

DECISION N°2018-0009/ARCOP/ORD

sur recours du Groupement TSK Electronica Y Electricidad SA-ACCESS Infra Afica LLC-ENERGY EXPERTS NOW SA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°017-0389/ME/SG/DMP du 06 novembre 2017 pour la sélection d'un partenaire privé faisant suite à la manifestation d'intérêt n°2016-022/MEMC/SG DMP du 23 novembre 2016 pour la réalisation d'une centrale thermique de fuel lourd de production d'électricité de 100 mégawatts (MW) extensible à 150 MW à Ouagadougou.

**L'ORGANE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS
STATUANT EN MATIERE DE LITIGE :**

Vu *la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique ;*

Vu *la loi n°20-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso et le décret n°2014-024/PRES/PM/MEF du 03 février 2014 portant modalités de son application ;*

Vu *le décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;*

Sur *recours par lettre en date du 08 janvier 2018 du Groupement TSK Electronica Y Electricidad SA-ACCESS Infra Afica LLC-ENERGY EXPERTS NOW SA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Monsieur Amado OUEDRAOGO, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

-Monsieur Didace T. DOUAMBA, membre de l'ORD ;

-Monsieur Achille YAMEOGO, membre de l'ORD ;

-Messieurs Tahirou SANOU, Modeste YAMEOGO, B. Adama OUEDRAOGO et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

-au titre du requérant, Maîtres Moumouni GNESSIEN, Mireille Marie BARRY, et Messieurs Alassane BAGUI, Boureima TAPSOBA, représentants du Groupement TSK Electronica Y Electricidad SA-ACCESS Infra Afica LLC-ENERGY EXPERTS NOW SA ;

-au titre de l'autorité contractante, Messieurs Seydou TRAORE, Yacouba Herman NACAMBO, Jean Baptiste KY, Aboubacar BARRO, Aboubacar ZONGO, Jean Bedel GOUBA, Frédéric D. LOUE et Souleymane OUMTANA, représentants le Ministère de l'énergie ;

-au titre de partenaire privé retenu, Clément TOE, représentant le Groupement MELEC POWERGEN Inc & MATELEC S.a.i ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après ;

EN LA FORME :

sur la compétence,

considérant que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique et du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

considérant qu'aux termes de article 39 de la loi n°2017-039 ci-dessus citée et de l'article 24 du décret n°2017-0050 ci-dessus cité, l'ORD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ;

considérant que le recours concerne la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres n°017-0389/ME/SG/DMP du 06 novembre 2017 pour la sélection d'un partenaire privé pour la réalisation d'une centrale thermique de fuel lourd de production d'électricité de 100 mégawatts (MW) extensible à 150 MW à Ouagadougou ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaître ;

sur la recevabilité,

considérant qu'aux termes de l'article 26 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique sus visée « Les délais de passation, de contrôle et de règlement de différends relatifs aux commandes publiques sont fixés comme suit :

– (...);

- pour le recours des candidats et soumissionnaires auprès de l'autorité contractante ou devant l'instance de recours non juridictionnel, selon qu'ils exercent un recours préalable devant l'autorité contractante qui est facultatif ou un recours, directement devant l'instance de recours non juridictionnel: deux jours ouvrables à compter du lendemain de la publication de l'avis d'appel à concurrence ou des résultats des travaux de la commission d'attribution des marchés ou de la réception de la lettre d'invitation selon le cas.

En cas d'exercice de recours préalable devant l'autorité contractante, celle-ci répond aux candidats ou soumissionnaires requérants dans les deux jours ouvrables à compter de sa saisine.

Lorsque la réponse de l'autorité contractante est insatisfaisante ou lorsqu'elle ne répond pas dans le délai qui lui est imparti, les candidats ou soumissionnaires disposent de deux jours ouvrables à compter de l'échéance du délai imparti à l'autorité contractante, pour saisir l'instance de recours non juridictionnel ;

(...) » ;

considérant que les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2220 du jeudi 04 janvier 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 08 janvier 2018; que le Groupement TSK Electronica Y Electricidad SA-ACCESS Infra Africa LLC-ENERGY EXPERTS NOW SA a saisi l'ORD, par lettre en date du 08 janvier 2018 ; que, par ailleurs, le recours est conforme aux autres conditions de recevabilité prévues à l'article 28 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

que dès lors, il convient de déclarer son recours recevable ;

AU FOND :

sur les faits,

le Ministère de l'énergie a lancé l'appel d'offres n°017-0389/ME/SG/DMP du 06 novembre 2017 pour la sélection d'un partenaire privé pour la réalisation d'une centrale thermique de fuel lourd de production d'électricité de 100 mégawatts (MW) extensible à 150 MW à Ouagadougou ;

la Commission de sélection des soumissionnaires (CSS) a jugé que l'offre du Groupement TSK Electronica Y Electricidad SA-ACCESS Infra Africa LLC-ENERGY EXPERTS NOW SA est conforme et lui a attribué une note totale hors taxe (HT) de 82,5 points sur 100 et une note toutes taxes comprises (TTC) de 77,87 points sur 100 ; le groupement a ainsi été classé au 2^{ème} rang et par conséquent n'a pas été retenu pour les négociations finales ; les griefs suivants ont été retenus contre lui : corrections portant d'abord sur la réduction de la consommation spécifique par utilisation du produit cataphore non retenu (initialement de 7368 kj/kWh à 7530,6698 kj/kWh) ; corrections sur les pièces de rechanges omises : 62.3 milliard

de FCFA a été appliqué, sur l'eau de refroidissement omise (508 millions de FCFA, estimation sur la base tarif ONEA) et sur les autres consommables omis (5,1932 milliard de FCFA a été appliqué) ; il lui a été aussi reproché l'absence de crédit relié de même que le projet de convention de concession ; par ailleurs, il a été relevé qu'un mémorandum a été mentionné sur le projet de convention mais celui-ci est inexistant dans l'offre ; que diverses garanties ont été sollicitées de l'Etat ; qu'il a fourni des lettres de supports d'intentions de financement sans la qualité du signataire des institutions bancaires ; que l'offre ne mentionne pas le recrutement du personnel local ; que la consommation spécifique de garantie de 195,7 g/kWh donnée est différente de celle utilisée pour le calcul du LEC(7368,56kj/kWh soit 184,21g/kWh) ; que la description de l'organisation de la société de projet est insuffisante ; qu'à la phase d'exploitation, le personnel local n'est pas précisé ;

la CSS a ainsi retenu, pour les négociations finales, le Groupement MELEC POWERGEN Inc & MATELEC S.a.I, classé au premier rang avec une note totale hors taxe (HT) de 91,73 points sur 100 et une note toutes taxes comprises (TTC) de 99,5 points sur 100 ;

le requérant conteste les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité au motif que son offre est techniquement supérieure, en tout point, à celle du partenaire privé retenu ; qu'en effet, pendant qu'il propose une puissance nette de 120 MW, des moteurs de marque MAN reconnus mondialement et utilisés dans les centrales de la SONABEL, un tarif LEC corrigé HT moins disant de 121,35287 FCFA/kWh et un délai plus court de réalisation de 22 mois, son concurrent retenu propose une puissance nette de 111 MW, des moteurs de marque Wärtsilä , un tarif LEC corrigé plus cher de 129,16005FCFA/kWh et un délai plus long de réalisation de 24 mois ; qu'il a fourni des lettres d'intention d'institutions financières de développement de renommée internationale, en l'occurrence OPIC et EAIF, reflétant des termes et conditions de financement extrêmement compétitifs pour la région et pour un projet thermique ; qu'ainsi, la note financière de 6/20 qui lui a été attribuée est très surprenante, de même que les différentes corrections qui ont été apportées à son offre financière; qu'au vu de tous ces arguments, son offre ne doit pas être relayée au second plan ;

le requérant sollicite donc de l'ORD le réexamen des résultats provisoires afin de le rétablir dans ses droits ;

sur la discussion,

considérant qu'aux termes de l'article 47.4 des instructions aux soumissionnaires, la commission de sélection évaluera et comparera seulement les offres finales jugées substantiellement conformes ; que pour évaluer les offres finales qui ont été jugées conformes et pour déterminer leur classement, la commission de sélection tiendra compte de deux critères de pondération qui sont : le critère financier noté sur 90 points et le critère technique noté sur 10 points ;

considérant que le requérant note que l'article 47.4 ci-dessus cité dispose que seule les offres finales jugées conformes seront évaluées ; que son offre a fait l'objet d'évaluation et de comparaison, ce qui signifie qu' aucun problème de conformité ne peut lui être opposable à cette étape de la procédure ; que cependant et contre toute attente, les griefs qui lui sont reprochés dans la publication des résultats provisoires sont pour l'essentiel des griefs portant sur des éléments de conformité ; que ces griefs ne sont pas fondés sur les critères d'évaluations ci-dessus cité ; que la publication ne fait pas ressortir les notations attribuées pour chaque sous critère ; qu'il invite donc la commission de sélection a porté à sa connaissance les observations, ainsi que les notes obtenues pour chaque sous critère ; que les griefs relatifs aux critères de conformité doivent purement et simplement être rejetés ; qu'à titre d'exemple, l'exigence de la convention qui ne figure nulle part parmi les critères ne doit être retenu ;

considérant que la CSS fait observer qu'il est inacceptable que le requérant remettre en cause les efforts qu'elle a fourni depuis l'année 2016 date du lancement du dossier ; que toutes les offres ont été évaluées sur la base des mêmes critères techniques et financiers ; que le rapport de la sous-commission technique est très précis sur tous les points qui lui ont été reprochés ; qu'il est constant que tous ces points ne peuvent pas figurer sur la fiche de synthèse ; que le requérant a été évalué ainsi qu'il suit sur les points faisant l'objet de contestation :

au niveau des critères financiers :

- le premier critère est relatif au coût évalué sur la base du coût moyen actualisé de l'électricité :

qu'il a obtenu une note de 70/70 pour le LEC HT, mais pour le LEC TTC, il a obtenu une note de 65,37/70 car le modèle d'évaluation TTC n'a pas été fourni ; que la valeur qu'il a donnée est une valeur brute ; que la commission de sélection a donc intégré cette valeur dans la formule donnée au point 47.4.2 du DAO, d'où la correction du LEC ;

considérant que le requérant note que le DAO ne demandait pas aux soumissionnaires de présenter un modèle d'évaluation TTC ; que le tarif LEC TTC figure en note de bas de page de sa lettre d'engagement ; que mieux, dans un souci d'équité, les offres doivent être évaluées sur la base du tarif hors taxe ;

- le second critère est relatif au niveau des redevances éventuellement reversées à l'autorité publique porteuse du projet par le candidat :

qu'il a été reproché au candidat de n'avoir pas joint le projet de convention de concession dans son offre ; qu'il mentionne un memorandum sur le projet de convention de concession mais qui ne figure pas dans l'offre ; que ces insuffisances ont conduit la commission a lui attribuer une note de zéro sur quatre points (00/04) ; que lors des négociations, il a été clairement signifié au soumissionnaire de prendre en compte cet aspect qui est très important ; que la clause de bonne fortune devrait être prise en compte à ce niveau ; qu'il a clairement marqué son désaccord sur ce point lors des négociations ; qu'ainsi, son absence dans l'offre finale n'est qu'une suite logique de ses affirmations lors des négociations ;

considérant que le requérant rétorque que le projet de convention joint dans le dossier lie le soumissionnaire ; qu'ainsi, il n'avait pas le droit de procéder à des modifications de ce contrat ; que mieux, à cette étape de la procédure, il est inadmissible de parler de projet de contrat ; que si le projet n'est pas dans l'offre, il s'agit d'un critère de non-conformité ; que ce critère ne doit pas être évalué à cette étape et surtout en terme de point afin de défavoriser son offre ;

- le troisième critère est relatif à la viabilité des arrangements financiers : qu'il a fourni des lettres de supports d'intentions de financement sans la qualité du signataire des institutions bancaires (OPIC et EEIF) ; qu'il y a absence de crédit-relai, de modèle financier, d'engagements de capital à contracter ; qu'il y a incohérence au niveau de la proposition des capitaux propres ; que les TRI ne sont pas indiqués ; que pour ces insuffisances, il a obtenu la note de cinq sur dix (05/10) ; que l'importance de ses éléments a été signifiée au requérant dans la phase des négociations, mais il n'a pas satisfait à cette exigence ;

- le quatrième critère, la conformité des propositions aux clauses contractuelles négociables proposées par l'Autorité publique porteuse du projet, le cas échéant : que le contrat de la convention de concession n'a pas été joint dans l'offre ; que l'insuffisance de ce point capital lui a valu la note de zéro sur quatre (00/04) ;

- le cinquième critère est relatif au potentiel de développement socio-économique offert par le soumissionnaire : que l'offre ne mentionne pas le recrutement de personnel local, ce qui lui a valu une note de demi sur un (0.5/01) ;

au niveau des critères techniques :

- le premier critère, la rationalité technique, apprécié notamment au regard de l'adéquation des estimations de coûts (coûts de construction, exploitation et maintenance) : que les coûts proposés sont peu cohérents ; qu'il manque des éléments incompressibles tels que les pièces de rechange, l'huile, les consommables ; qu'il s'agit des coûts non prévus par le partenaire privé alors même qu'on ne peut s'en passer ; que ces pièces sont indispensables au fonctionnement d'une centrale ; que c'est seulement en ce qui concerne le carburant que l'Etat intervient ; qu'en comparaison avec les autres offres, seul ce partenaire ne les a pas intégrés ; qu'il a ainsi obtenu la note de demi sur un (0.5/01) ;

- le second critère, la valeur technique et le caractère innovant de l'offre : que la consommation spécifiques garantie de 195,7 g/kWh donnée est différente de celle utilisée pour le calcul du LEC (184,21 g/kWh) ; que le partenaire explique cette variation par le fait qu'il ajoute une substance dans le combustible pour faire baisser la consommation alors même que le combustible est fourni par l'Etat ; que dans ces conditions, il ne revient plus au partenaire de modifier cette substance ; que ce grief a conduit la commission à lui attribuer la note de 1,5/3 ;

- le troisième critère, la faisabilité opérationnelle :

qu'il a obtenu la note de 1/2 car, comparée aux autres offres, la description de l'organisation de la société de projet n'est pas suffisante ; que sa proposition est non exhaustive ;

- le quatrième critère, la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans locaux ;

qu'à ce niveau, le personnel local n'as pas été précisé à la phase d'exploitation d'où la note de 0,5/1 ;

considérant que la CSS soutient qu'il s'agit des points majeurs ayant défavorisés l'offre du requérant ; que conformément à l'article 47.1 (clarification des offres) du DAO, elle a conclu qu'il y a une absence du contrat de concession, du modèle d'évaluation en TTC et le modèle financier ; que le partenaire se contredit en mentionnant que toutes les charges sont prises dans son calcul du LEC (HT) d'une part, et d'autre part, en fournissant une liste d'exclusion et de limites sur les éléments indispensables à l'exploitation et la maintenance de la centrale ; qu'ainsi des corrections ont été apportées à son offre sur la base des données disponibles notamment au niveau du coût et moyen actualisé de l'électricité ; que certaines omissions et charges ont dues être rétablies pour une meilleure exhaustivité de l'offre et pour plus d'équité dans la comparaison ; qu'ainsi, 62.3milliards de FCFA ont été appliqués pour prendre en compte les pièces de rechange omises ; que sur les estimations de la base tarifaire de l'ONEA, 508 millions de FCFA ont été appliqués pour prendre en compte les eaux de refroidissement omises et enfin pour les autres consommables omis, 5,192 milliard de FCFA ont été appliqués ; que c'est ce qui justifie les notes financières de 76/90 en HT et 71,73/90 en TTC et une note technique de 6.5/10 ;

considérant que le requérant rétorque que les coûts des pièces de rechange nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de la centrale sont inclus dans le tarif ; que la lettre d'introduction de son offre mentionne explicitement que toutes les pièces de rechange sont incluses dans son offre tarifaire ; que le risque de surcout lié à l'achat de pièces de rechange supplémentaires sera à sa charge ; que dans ces conditions, aucun ajustement du tarif LEC n'est donc nécessaire ; qu'il convient de faire la part des choses avec les marchés publics ; qu'il s'agit de partenariat public privé dans le cadre duquel ces coûts ne seront pas facturés à l'Etat ; que le financement revient à sa charge dans la mesure où c'est lui qui aura à sa charge le financement du projet ; qu'il n'y a pas eu une liste de pièces de rechange prévu dans le dossier permettant à la commission de faire lesdites corrections ; qu'ainsi les corrections faites par la commission n'ont aucune base ;

considérant que la commission rétorque en ce qui concerne les corrections, que ces points ont été délibérément omis par le partenaire ; que cela a été fait sciemment dans le but de minimiser son offre ; que ce n'est pas parce que les coûts sont supportés par le requérant qu'ils n'ont pas de lien avec la dette publique ; que mieux, l'autorité a un droit de regard sur les coûts proposés par les partenaires privés ; que la liste de ces pièces de rechange doit être donnée par le partenaire qui est censé maîtriser le domaine en question et non par l'autorité porteuse du projet ; qu'elles doivent être fournies avec les coûts pour permettre à la commission

de bien faire l'analyse ; que le requérant n'ayant pas approché l'autorité porteuse du projet pour avoir des informations complémentaires sur la question, il faut bien que la commission les intègre conformément au dossier afin de permettre le suivi lors de l'exécution si celui-ci est retenu ; que certes, la liste des pièces de rechange n'a pas été fournie dans le DAO mais que l'autorité doit s'assurer de la capacité du partenaire à concevoir, à réaliser et à exploiter l'ouvrage ; que tout concessionnaire de centrale averti doit pouvoir établir cette liste de pièces de rechange et de consommables nécessaire à l'exploitation d'une centrale ; que pour les corrections, en l'absence de règle préétablie, elle s'est inspirée de la méthode existante dans les marchés publics ; que les technologies proposées par les trois partenaires évalués sont très proches les unes des autres ; que la seule différence entre ces technologies réside dans les moteurs qui n'ont pas les mêmes fabricants, mais qui fonctionnent avec la même source d'énergie ; que ce sont les coûts intermédiaires qui ont été appliqués ; qu'elle n'a pas appliqué la moyenne comme en marché public car le troisième concurrent a des coûts plus élevés en la matière ; que les coûts appliqués sont des coûts raisonnables au regard de la taille de la centrale ;

considérant que le requérant soutient que cette correction est arbitraire et n'est fondée sur aucune base légale ; que l'ORD doit purement et simplement la rejeter ; que la correction n'a aucune logique car il n'a pas la même machinerie que son concurrent et les pièces de rechange des deux machines ne peuvent être les mêmes ;

considérant que le partenaire retenu fait observer que les pièces de rechange doivent être prise en compte dans l'évaluation des offres ; que tous les moteurs des grands constructeurs ont le même fonctionnement et les consommables ; qu'il est constant que l'échec des partenariats publics privés en Afrique est dû au fait que les partenaires minimisent leur coûts lors des soumissions et l'exécution se trouvent bloquée ; que les exemples sont très nombreux dans la sous-région ; que le listing de ses pièces de rechange n'est pas difficile à faire et permet d'évaluer facilement l'offre proposée ;

considérant que, l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé qu'il est constant que l'offre du requérant ne prend pas en compte les pièces de rechange, les eaux de refroidissement et les autres consommables ; qu'une partie de son offre intitulée « limites et exclusions » en est très explicite ; que cette omission des rubriques importantes et indispensables dans la construction et l'exploitation d'une centrale électrique peut avoir pour but d'obtenir un coût moyen actualisé compétitif alors même que les tarifs proposés ne reflètent pas la réalité ; que mieux, la phase de négociations n'a pas pu amener le requérant à reconsidérer son offre sur ces points capitaux ; que dans ces conditions, c'est donc à bon droit que la commission de sélection a corrigé l'offre du requérant ; qu'il est aussi constant qu'il existe un vide sur les modalités de correction des offres financières en la matière ; que dès lors, il revenait à la commission de trouver une méthode à cet effet ; que cette méthode ne devait en aucun cas porter atteinte aux droits des soumissionnaires ; qu'en prenant les coûts intermédiaires du concurrent immédiat du requérant comme base de calcul, la commission a, tout en respectant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, fait une analyse objective de l'offre du requérant ; que l'absence de la convention de concession (refus de la clause de

bonne fortune par le requérant), du crédit relai afin d'entamer la construction de la centrale avant la fin du closing financier dans le souci de respecter le délai d'entrée en service de l'ouvrage sont des points majeurs dans la sélection d'un partenaire privé ; qu'en ne les prenant pas en compte, le requérant n'a pas respecté toutes les exigences du DAO ; que le personnel local à la phase d'exploitation de la centrale n'a pas été pris en compte ; que tous les griefs ainsi établis ont compromis la qualité de l'offre du requérant et conduit à la réévaluation de son offre financière ; que c'est donc à bon droit qu'il a été classé au second rang et n'a pas été retenu pour les négociations finales ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée et de confirmer ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours du Groupement TSK Electronica Y Electricidad SA-ACCESS Infra Africa LLC-ENERGY EXPERTS NOW SA est recevable ;

-que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions de la n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique et décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que la plainte du Groupement TSK Electronica Y Electricidad SA-ACCESS Infra Africa LLC-ENERGY EXPERTS NOW SA n'est pas fondée ;

-qu'il sied de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres n°017-0389/ME/SG/DMP du 06 novembre 2017 pour la sélection un partenaire privé pour la réalisation d'une centrale thermique de fuel lourd de production d'électricité de 100 mégawatts (MW) extensible à 150 MW à Ouagadougou ;

-que le Secrétaire permanent de l'Autorité de régulation de la commande publique est chargé de notifier aux parties et à la Direction générale du contrôle des marchés publics et des engagements financiers la présente décision qui sera publiée partout où besoin sera.

Ouagadougou, le 10 janvier 2018

le Président de séance

Amado OUEDRAOGO

Chevalier de l'ordre du mérite de la santé et de l'action sociale