REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Partrie

Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

DECISION N° 079-2015/ARMP/CRD DU 28 OCTOBRE 2015 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION LITIGES SUR LES RECOURS DE LA SOCIETE TRYBA ENERGY INVEST ET DU GROUPEMENT DELMICRO & BRICKCOM W2S & EDF ENR CONTESTANT LES RESULTATS PROVISOIRES DE L'APPEL D'OFFRES N° 001/ARSE/PRMP/2015 DU 10 MARS 2015 DE L'AUTORITE DE REGLEMENTATION DU SECTEUR DE L'ELECTRICITE (ARSE) RELATIF AU PROJET PILOTE DE CONSTRUCTION DE CENTRALES ELECTRIQUES A BASE DE LA BIOMASSE, DES DECHETS MUNICIPAUX ET DU SOLAIRE PHOTOVOLTAIQUE (LOT N° 3)

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION LITIGES,

Vu la loi n° 2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public ;

Vu le décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public ;

Vu le décret n° 2009-296/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics modifié par le décret n° 2011-182/PR du 28 décembre 2011 ;

Vu le décret n° 2015-008/PR du 22 janvier 2015 portant nomination du Directeur général de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) ;

Vu le décret n° 2015-009/PR du 22 janvier 2015 portant nomination au Conseil de régulation de l'Autorité de régulation des marchés publics ;

Vu la décision n° 002/2012/ARMP/CR du 03 janvier 2012 portant règlement intérieur du Conseil de régulation des marchés publics ;
Vu la décision n° 001/2015/ARMP/CR du 10 février 2015 portant nomination des membres du Comité de règlement des différends (CRD) ;

Vu la requête de la société TRYBA ENERGY INVEST non référencée du 31 août 2015 et enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2105 ;

Vu la requête du groupement DELMICRO & BRICKCOM W2S & EDF ENR référencée n°31/DEL/15 du 07 septembre 2015 et enregistrée le 08 septembre 2015 au secrétariat du Comité de règlement des différends (CRD) sous le numéro 2184 ;

Sur le rapport du Directeur général de l'Autorité de régulation des marchés publics ;

En présence de Madame Ayélé DATTI, Président, de Messieurs Konaté APITA, Abeyeta DJENDA et Kuami Gaméli LODONOU, membres dudit Comité ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente décision portant sur le bien-fondé du recours ;

Par décision n° 070-2015/ARMP/CRD du 09 septembre 2015, le Comité de règlement des différends de l'ARMP a reçu les recours de la société TRYBA ENERGY INVEST et du groupement DELMICRO & BRICKCOM W2S & EDF ENR et a ordonné la jonction desdits recours et la suspension du lot n° 3 de l'appel d'offres sus-indiqué jusqu'au prononcé de la décision au fond.

Par lettre n° 2008/ARMP/DG/DRAJ du 03 septembre 2015, la direction générale de l'ARMP a réclamé à la personne responsable des marchés publics de l'autorité délégante la documentation utile à l'instruction du dossier.

Par lettre n° 616/ARSE/PRMP/CPMP/2015 du 07 septembre 2015, reçue le même jour au secrétariat du CRD et enregistrée sous le numéro 2175, l'Autorité de réglementation du secteur de l'électricité a fait parvenir à l'ARMP la documentation ainsi réclamée.

LES FAITS

Dans le cadre du renforcement de la capacité nationale de production d'énergie électrique et de la promotion des énergies renouvelables au Togo, l'Autorité de réglementation du secteur de l'électricité (ARSE) a lancé l'appel d'offres n° 001/ARSE/PRMP/2015 du 10 mars 2015 relatif au projet pilote de

d'offres n° 001/ARSE/PRMP/2015 du 10 mars 2015 relatif au projet pilote de construction de centrales électriques à base de la biomasse, des déchets municipaux et du solaire photovoltaïque. Ce processus est destiné à sélectionner des promoteurs-investisseurs potentiels, pour la signature d'une convention de concession, afin de réaliser le projet de construction et d'exploitation technique et commerciale des centrales de production d'électricité à partir des énergies renouvelables.

L'appel d'offres est réparti en trois (03) lots dont le lot n° 3 concerne la construction et l'exploitation technique et commerciale d'une centrale solaire photovoltaïque d'une capacité de production comprise entre 2 et 10 mégawatt-crêtes (MWc). Ce lot est subdivisé en deux (2) sous-lots : le sous-lot 3A est relatif à la construction d'une centrale solaire photovoltaïque de 5 mégawatt-crêtes (MWc) au sud-Togo, et le sous-lot 3B prévoit la construction d'une centrale solaire photovoltaïque de 5 mégawatt-crêtes (MWc) au nord-Togo.

La centrale sera réalisée sur la base du Partenariat Public-Privé (PPP) de type Build Own Operate (BOO), à travers une concession accordée par l'Etat togolais pour une durée de vingt (20) ans.

A la date limite de dépôt des offres, fixée au 07 mai 2015, la commission de passation des marchés publics de l'ARSE a reçu et ouvert, pour le lot n° 3, les offres présentées par douze (12) soumissionnaires, dont six (6) pour le sous-lot 3A et six (6) pour le sous-lot 3B.

A l'issue de l'évaluation des offres, la sous-commission d'analyse a déclaré infructueux le sous-lot 3A. Par contre, elle a déclaré le groupement EIFFAGE & NEOEN attributaire du sous-lot 3B pour un prix de cession du kilowattheure (KWh) hors TVA de cent deux virgule vingt-deux (102,22) francs CFA aux fins d'une négociation du prix.

Après l'avis de non objection de la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP) donné par lettre n° 2033/MEFPD/DNCMP/DAF du 13 août 2015 sur le rapport d'évaluation des offres, la personne responsable des marchés publics (PRMP) de l'ARSE a respectivement, par bordereaux d'envoi n° 559/ARSE/PRMP/CPMP/2015 et n° 557/ARSE/PRMP/CPMP/2015 datés du 18 août 2015, informé la société TRYBA ENERGY INVEST et le groupement DELMICRO & BRICKCOM W2S & EDF-ENR des résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné et corrélativement du rejet de leurs offres pour le sous-lot n° 3B.

Par courriels datés des 14 et 19 août 2015 adressés à l'ARSE, le soumissionnaire TRYBA ENERGY INVEST propose d'émettre une nouvelle garantie de soumission en remplacement des garanties initiales contenues dans son offre.

Suite au rejet de cette proposition, la société TRYBA ENERGY INVEST a, par lettre non référencée datée du 24 août 2015, contesté les résultats provisoires par un recours gracieux.

Par lettre n° 573/ARSE/PRMP/CPMP/2015 datée du 26 août 2015, l'autorité délégante a rejeté le recours de la société TRYBA ENERGY INVEST comme non-fondé.

Par ailleurs, par lettre non-référencée du 27 août 2015 adressée à la personne responsable des marchés publics de l'autorité délégante, le groupement DELMICRO & BRICKCOM W2S & EDF-ENR a contesté les résultats provisoires par un recours gracieux.

Par lettre n° 593/ARSE/PRMP/CPMP/2015 datée du 1er septembre 2015 reçue le même jour, l'autorité délégante a rejeté le recours gracieux introduit par le groupement DELMICRO & BRICKCOM W2S & EDF-ENR.

Non satisfaits, la société TRYBA ENERGY INVEST et le groupement DELMICRO & BRICKCOM W2S & EDF-ENR ont respectivement, par requêtes enregistrées le 31 août et le 08 septembre 2015, saisi le Comité de règlement des différends pour contester les résultats provisoires de l'appel d'offres susmentionné.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DES RECOURS

- **La société TRYBA ENERGY INVEST soutient à l'appui de son recours :**

  - que concernant le sous-lot 3B, le groupement EIFFAGE & NEOEN, dont l'offre a été déclarée conforme, a bénéficié d'un avantage excessif ; qu'il a eu la possibilité de pouvoir modifier son offre après clôture officielle de dépôt des offres ;
  - qu'elle s'est vue refuser sa demande de rectification de la garantie de soumission pour le sous-lot 3A après la clôture officielle de dépôt des offres ;
  - qu'en conséquence, il ne s'agit ni plus ni moins, que d'une violation des procédures, plus précisément du sacro-saint principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires prévu par les textes ;
  - qu'au regard de ce qui précède, elle prie le Comité de règlement des différends de bien vouloir la rétablir dans ses droits.

❖ **Quant au groupement DELMICRO & BRICKCOM W2S & EDF-ENR, il soutient à l'appui de son recours :**

- que la sous-commission d'analyse a jugé son offre non-conforme au motif que la garantie de soumission a été donnée au nom de la société DELMICRO Sarl et non au nom du groupement ;

- que la garantie de soumission faite au nom du mandataire vaut pour le groupement car tout acte effectué par le mandataire et qui entre dans l'objet du groupement engage celui-ci ;

- que s'agissant des insuffisances relevées, le groupement aurait pu y apporter des mesures correctives au cours de la phase d'étude de 09 à 12 mois prévue dans le dossier d'appel d'offres (DAO) ;

- qu'alors que dans le cahier des charges la date de clôture des demandes de pré-qualification était prévue pour le 05 août 2014, les soumissionnaires pré-qualifiés n'ont reçu le dossier d'appel d'offres (DAO) que le 10 mars 2015 ;

- que les résultats de la pré-qualification du 13 novembre 2014 ainsi que le procès-verbal ne mentionnaient pas le groupement EIFFAGE & NEOEN, attributaire provisoire du sous-lot 3B, mais plutôt la société EIFFAGE SA comme pré-qualifiée ;

- qu'au regard de ce qui précède, elle prie le Comité de règlement des différends d'invalider la décision d'attribution de la délégation de service public.

<u>LES MOTIFS DE L'AUTORITE DELEGANTE</u>

L'autorité délégante a déclaré les offres des requérants non-conformes et a conclu qu'ils ne satisfont pas aux critères de qualification.

❖ **Pour la société TRYBA ENERGY INVEST**

L'autorité délégante soutient dans son mémoire en réponse :

- qu'en ce qui concerne le sous-lot 3B, la modification du prix de cession du KWh de l'attributaire provisoire se justifie par la correction des prix qu'autorise l'article 33.3 des Instructions aux candidats (IC) du dossier d'Appel d'offres (DAO) ;

- que s'agissant du sous-lot 3A, la garantie de soumission de la requérante n'est pas exhaustive ; qu'en plus, elle peut être assimilée à une fausse déclaration au sens de la clause 3.1 (e) des Instructions aux candidats (IC) du dossier d'appel d'offres (DAO) ;

- que la proposition de rectification de la garantie de soumission de la requérante ne pouvait être acceptée, car la procédure était au stade de la notification des résultats aux soumissionnaires et que la publication au journal TOGO-PRESSE était en cours ;

❖ **Pour le groupement DELMICRO & BRICKCOM W2S & EDF-ENR**

L'autorité délégante n'ayant pas fourni de mémoire en réponse, il ressort néanmoins du rapport d'évaluation que la garantie de soumission du requérant n'est pas établie au nom du groupement comme exigée dans la clause 20.6 des Instructions aux candidats (IC) du dossier d'appel d'offres (DAO).

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, prétentions et moyens des parties que le litige porte, d'une part, sur la validité des garanties de soumission des requérants et, d'autre part, sur la régularité des ajustements opérés sur l'offre financière de l'attributaire provisoire.

EXAMEN DU LITIGE

AU FOND

1. Sur le recours de la société TRYBA ENERGY INVEST

❖ **Sur la validité de la garantie de soumission**

Considérant que suivant les clauses IC 20.1 et 20.2 des données particulières de l'appel d'offres, il est exigé des candidats de fournir une garantie de soumission d'un montant de cinquante millions (50 000 000) de francs pour chaque sous-lot ;

Considérant que dans son offre, le soumissionnaire TRYBA ENERGY INVEST a produit une garantie de soumission délivrée par la BANQUE POPULAIRE ALSACE LORRAINE CHAMPAGNE (BPALC) d'un montant de soixante-seize mille (76 000) euros ;

Qu'en convertissant ce montant en FCFA au taux de 1 Euro = 655,957 francs CFA, on obtient un montant de quarante-neuf millions huit cent cinquante-deux mille sept cent trente-deux (49 852 732) francs CFA ;

Que ce montant est inférieur au montant fixé par la clause 20.2 des données particulières de l'appel d'offres qui est de cinquante millions (50 000 000) de francs CFA ; que ce motif est suffisant pour rejeter l'offre de ce soumissionnaire ;

Considérant par ailleurs que suivant la clause 20.2 c) des Instructions aux candidats, la garantie de soumission doit être conforme au formulaire de garantie de soumission figurant à la section III du dossier d'appel d'offres ou à un autre modèle approuvé par l'autorité délégante avant le dépôt de l'offre ;

Considérant que pour permettre aux candidats de se conformer aux exigences relatives à la garantie de soumission, l'autorité délégante a prévu dans le dossier d'appel d'offres un modèle de garantie de soumission renfermant des mentions obligatoires et non modifiables ;

Considérant que de l'examen de la garantie de soumission produite par le soumissionnaire TRYBA ENERGY INVEST, il ressort que certaines des mentions contenues dans ledit formulaire n'y figurent pas, notamment l'obligation de fournir la garantie de bonne exécution, s'il est tenu de le faire, au cas où la convention lui a été octroyée ;

Considérant que de plus le requérant reconnaît avoir apporté des aménagements au formulaire de garantie de soumission contenu dans le dossier d'appel d'offres ;

Qu'en ayant unilatéralement modifié le formulaire de garantie de soumission sans avoir obtenu l'accord expresse de l'autorité délégante avant le dépôt de l'offre, le requérant n'a pas respecté les clauses du dossier d'appel d'offres ;

Que c'est à bon droit que l'autorité délégante a rejeté son offre pour avoir fourni une garantie de soumission non conforme et au montant insuffisant ;

- **Sur la régularité des ajustements opérés sur le prix proposé par l'attributaire provisoire**

Considérant que suivant la clause IC 33.4 des données particulières de l'appel d'offres, « les offres de chaque sous-lot seront évaluées sur la base du critère coût de la tarification de l'énergie à vendre : le candidat devra faire ressortir dans son plan d'affaires couvrant une période de vingt (20) ans le prix du kilowatt heure (F CFA/KW H) produit et livré au réseau de l'acheteur. Pour raison d'analyse des offres, ce prix doit se décomposer comme suit : (i) 90 % pour la rémunération au délégataire, (ii) 7,5 % à l'autorité délégante et (iii) 2,5 % à l'autorité de régulation » ;

Considérant que suivant le procès-verbal d'ouverture des offres, le prix du kilowatt heure proposé par le groupement EIFFAGE/NEOEN est de quatre-vingt-douze (92) francs CFA ;

Considérant que l'analyse de la lettre de soumission du groupement EIFFAGE/NEOEN fait apparaître au point c) que le prix de son offre est de quatre-vingt-douze (92) francs CFA le kilowatt heure et correspond à la part du délégataire toutes taxes hors TVA ;

Qu'il est donc établi que ce prix ne prend en compte ni la part de l'autorité délégante ni celle de l'autorité de régulation tel que le stipule la clause IC 33.4 des données particulières de l'appel d'offres ;

Considérant que pour se conformer à la clause IC 33.4 précitée, la sous-commission d'analyse a appliqué au prix proposé par le groupement les taux de 7,5 % pour la part de l'autorité délégante et 2,5 % pour celle de l'autorité de régulation ;

Qu'en appliquant ces taux, l'autorité délégante a obtenu les résultats ci-après :

N°	Part	Taux (%)	Montant (F CFA/KW H)
1	Délégataire	90	92
2	Autorité délégante	7,5	**7,67**
3	Régulateur	2,5	**2,55**
Montant de la tarification			**102,22**

Considérant que le montant de la tarification du kilowatt heure contenu dans le tableau ci-dessus, correspond exactement à celui attribué au groupement EIFFAGE/NEOEN par l'autorité délégante ;

Que contrairement à l'argumentaire du requérant, le montant attribué au groupement EIFFAGE/NEOEN résulte plutôt des ajustements opérés sur son prix conformément aux clauses du dossier d'appel d'offres et non d'une modification apportée par ledit soumissionnaire à son offre après le dépôt de celle-ci ;

Qu'il convient de rejeter ce grief comme non pertinent ;

2. Sur le recours du groupement DELMICRO & BRICKCOM W2S & EDF-ENR

❖ Sur le groupement constitué par l'attributaire provisoire

Considérant que dans sa requête le groupement DELMICRO, BRICKCOM W2S et EDF-ENR conteste la régularité de la participation du groupement constitué par les sociétés EIFFAGE et NEOEN au motif que l'une desdites sociétés, en l'occurrence NEOEN ne fait pas partie de la liste des entreprises pré-qualifiées ;

Considérant que pour soutenir ce moyen, le requérant évoque la clause 4.1 des IC qui dispose que seuls les candidats qui se sont vus notifiés qu'ils étaient pré-qualifiés sont autorisés à soumissionner au présent appel d'offres ;

Considérant qu'au regard des résultats issus de la pré-qualification, il est incontestablement établi que le soumissionnaire EIFFAGE SA est, à lui seul, qualifié pour exécuter les prestations sollicitées par l'autorité délégante ; que ce soumissionnaire dispose donc pleinement le droit de prendre part à l'appel d'offres susmentionné ;

Considérant que pour participer à l'appel d'offres susmentionné, la société EIFFAGE SA, qui est déjà pré-qualifiée à cet effet, a décidé de s'associer à la société NEOEN en signant un acte de groupement dans lequel elle est désignée mandataire ;

Considérant de plus que l'objectif d'un groupement d'entreprises est de réunir les expériences et moyens (humains et matériels) en possession de ses membres en vue d'accroitre ses chances de remporter le marché et éventuellement de pouvoir l'exécuter si le groupement constitué venait à être déclaré attributaire ;

Que même s'il est vrai que suivant la lettre d'invitation adressée aux candidats, la société NEOEN, membre du groupement EIFFAGE/NEOEN, ne fait pas partie de la liste des entreprises pré-qualifiées, il n'en demeure pas moins que l'association de ladite société à la société EIFFAGE SA ne peut que renforcer les capacités de cette dernière pour une meilleure exécution des prestations sollicitées ;

Que dans la mesure où ni le dossier de pré-qualification ni le dossier d'appel d'offres remis aux entreprises pré-qualifiées n'interdit expressément à une entreprise de la liste restreinte de se mettre en groupement avec une autre qui n'y figure pas, le requérant ne saurait contester le fait que la société EIFFAGE SA se soit associée à la société NEOEN pour présenter une offre ; qu'il y a lieu de déclarer ce motif inopérant ;

- **Sur la validité de la garantie de soumission du groupement**

Considérant que suivant la clause 20.6 des Instructions aux Candidats, la garantie de soumission d'un groupement doit être au nom du groupement qui a soumis l'offre ;

Que la même clause précise que si le groupement n'a pas été formellement constitué lors du dépôt de l'offre, la garantie de soumission doit être au nom de tous les futurs membres du groupement ;

Considérant que pour participer à l'appel d'offres susmentionné, les sociétés DELMICRO, BRICKCOM W2S et EDF-ENR ont décidé, par acte sous-seing privé daté du 25 juillet 2014, de se constituer en groupement pour présenter une offre avec comme mandataire la société DELMICRO ;

Considérant qu'en application de la clause 20.6 précitée, la garantie de soumission à fournir par le groupement ainsi constitué par lesdites sociétés doit être au nom dudit groupement ;

Considérant que dans son offre, le groupement DELMICRO, BRICKCOM W2S et EDF-ENR a produit une garantie de soumission délivrée par CORIS BANK INTERNATIONAL (CBI) TOGO établie au seul nom de la société DELMICRO ;

Considérant qu'au regard de la clause 20.6 précitée, la garantie de soumission ainsi produite ne remplit pas les exigences du dossier d'appel d'offres d'autant plus qu'elle n'est établie ni au nom du groupement d'entreprises ni aux noms des différents membres composant le groupement ;

Que c'est à juste titre que l'autorité délégante a déclaré ladite garantie non conforme et a donc rejeté l'offre du groupement DELMICRO, BRICKCOM W2S et EDF-ENR conformément à la clause 20.6 précitée ;

Considérant qu'au regard de tout ce qui précède, il convient de déclarer les recours de la société TRYBA ENERGY INVEST et du groupement DELMICRO, BRICKCOM W2S et EDF-ENR non fondés.

DECIDE :

1) Déclare non fondés les recours de la société TRYBA ENERGY INVEST et du groupement DELMICRO & BRICKCOM W2S & EDF-ENR ;

2) Dit que les garanties de soumission desdits soumissionnaires ne sont pas conformes aux clauses du dossier d'appel d'offres ;

3) Dit que les ajustements opérés par l'autorité délégante sur le prix proposé par le groupement EIFFAGE & NEOEN sont réguliers ;

4) Déboute les requérants de tous leurs moyens, prétentions et demandes ;

5) Ordonne la mainlevée de la mesure de suspension prononcée par décision n° 070-2015/ARMP/CRD du 09 septembre 2015 ;

6) Dit que la présente décision est immédiatement exécutoire nonobstant toutes voies de recours ;

7) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société TRYBA ENERGY INVEST, au groupement DELMICRO & BRICKCOM W2S & EDF-ENR, à l'Autorité de réglementation du secteur de l'électricité (ARSE), ainsi qu'à la Direction nationale du contrôle des marchés publics (DNCMP), la présente décision qui sera publiée.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

LE PRESIDENT

Madame Ayélé DATTI

LES MEMBRES

Konaté APITA

Abeyeta DJENDA

Kuami Gaméli LODONOU