

Décision N° 000012 /ARMP/CRD

AGENCE DE RÉGULATION
DES MARCHÉS PUBLICS
COPIE CERTIFIÉE
CONFORME A L'ORIGINAL
LE 30 MARS 2022

du 16 Mars 2022 sur l'examen au fond du recours Consortium Savannah-Anergi, assisté par Maître Agi Lawel Chekou Koré, Avocat à la Cour, BP : 12 9085 Niamey-Niger Tel : (+227) 20 72 79 56 contre le Ministère du Pétrole, de l'Energie et des Energies Renouvelables, BP : 603 Niamey-Niger, Tel (+227) 20 73 45 82, relatif à l'Avis de Pré-qualification pour l'octroi d'une délégation de production d'électricité Indépendante au Niger.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

- Vu la Directive N° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005, portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;
- Vu la Directive N° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005, portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;
- Vu la loi N°2011-37 du 28 octobre 2011 portant principes généraux, contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public au Niger ;
- Vu le Décret N°2016-641/PRN/PM du 1^{er} décembre 2016, portant code des marchés publics et des délégations de service public ;
- Vu le Décret N°2011-687/PRN/PM du 29 décembre 2011, portant attributions, composition, organisation et modalités de fonctionnement de l'Agence de Régulation des Marchés Publics, et ses textes modificatifs subséquents ;
- Vu le Décret N°2004-192/PRN/PM du 06 juillet 2004, fixant les modalités de fonctionnement du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu le Décret N° 2019-222/PRN/PM du 29 avril 2019, portant nomination des membres du Conseil National de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu le Décret N° 2021- 410/PRN/PM du 04 Juin 2021, portant nomination d'un membre du Conseil National de Régulation des Marchés Publics ;
-
- Vu le Décret N°2021/787/PRN/PM du 23 septembre 2021, portant nomination d'un membre du Conseil National de Régulation des Marchés Publics ;
-
- Vu le Règlement Intérieur du Comité de Règlement des Différends ;

- Vu la résolution du CNR du 02 décembre 2021, portant nomination du Président du Comité de Règlement des Différends,
- Vu la Décision N°00003/PCNR/ARMP du 02 décembre 2021, portant désignation des membres du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu la requête du 21 février 2022 du Consortium SAVANNAH-ANERGI ;
- Vu les pièces du dossier ;

Le conseiller instructeur entendu en son rapport ;

Statuant en matière de règlement de différend relatif à l'attribution de marchés publics, en sa session tenue à la date sus indiquée et à laquelle siégeaient **Mesdames : Bachir Safia Soromey**, Présidente, **Ali Mariama Ibrahim Maifada**, **Messieurs : Fodi Assoumane, Rabiou Adamou et Zarami Abba Kiari**, tous Conseillers à l'Agence de Régulation des Marchés Publics membres dudit Comité, assisté de **Messieurs Yacouba Soumana**, Directeur de la Réglementation et des Affaires Juridiques et **Elhadji Magagi Ibrahim**, Chef de Service du Contentieux, assurant le secrétariat de séance, après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation, le CRD a rendu la décision dont la teneur suit :

Entre

Le Consortium Savannah-Anergi, soumissionnaire, Demandeur, d'une part ;

Et

Le Ministère du Pétrole, de l'Energie et des Energies Renouvelables, Autorité contractante, Défendeur, d'autre part ;

FAITS :

Dans le cadre de la pré-qualification relative à l'avis susvisée, le Secrétaire Général du Ministère du Pétrole, de l'Énergie et des Énergies Renouvelables, Personne Responsable du Marché (PRM) a notifié au Consortium Savannah-Anergi par lettre du 09 février 2022, le rejet de son dossier de pré-qualification au motif qu'après évaluation et en application des stipulations du **paragraphe 5.5** du Document de Pré-qualification, celui-ci ne satisfait pas aux exigences du **paragraphe 4.2 de la section 4** dudit Document.

Par lettre en date du 11 février 2022, le Consortium Savannah-Anergi a introduit un recours préalable pour contester le motif de rejet de son dossier.

Le Secrétaire Général du **Ministère du Pétrole** a confirmé dans la réponse au recours préalable du 17 février 2022 les motifs du rejet.

N'étant pas satisfait de la réponse donnée à son recours préalable, le **Consortium** a introduit, par requête reçue le lundi 21 Février 2022, un recours devant Comité de Règlement des Différends pour contester le rejet de son offre en invoquant les mêmes motifs.

~~Dans le cadre du traitement de ce recours, le Comité de Règlement des Différends a rendu le~~
24 Février 2022, la décision n°000009/ARMP/CRD sur la forme, dont la teneur suit : 

- ✓ déclare, recevable en la forme, le recours du **Consortium Savannah-Anergi** contre le **Ministère du Pétrole, de l'Energie et des Energies Renouvelables**;
- ✓ dit qu'en application de l'**article 167** du code des marchés publics, **la procédure de passation dudit marché est suspendue**, en attendant la décision au fond du Comité de Règlement des Différends ;
- ✓ dit qu'un **Conseiller est désigné** pour instruire le dossier ;
- ✓ dit que les **documents originaux relatifs** à la procédure dudit marché doivent être transmis à l'Agence de Régulation des Marchés Publics dans les **meilleurs délais** ;
- ✓ dit que cette décision est exécutoire, conformément à la réglementation en vigueur ;

En application de cette décision le Secrétariat Exécutif de l'ARMP a demandé, par lettre du 25 Février 2022, au Secrétaire Général du Ministère du Pétrole, de l'Energie et des Energies Renouvelables, la transmission des documents originaux relatifs au marché querellé, aux fins d'instruction du dossier, ce qu'il a fait par courrier, reçu le 08 mars 2022.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

Pour justifier son recours, le **Consortium** soutient que son dossier a satisfait aux critères techniques demandés notamment, les stipulations des **articles 4.2.2 (d) (B) et 4.2.2 (e) (iv)** selon lesquelles, l'élément à retenir pour apprécier la disponibilité minimale d'au moins **90%** exigée pour la centrale électrique est la moyenne sur la période concernée, soit **trois (03) années** et non chaque année prise distinctement.

En effet, le requérant fait savoir que la fiche de présentation de critères techniques qu'il a fournie fait état d'une disponibilité moyenne sur trois ans à savoir **2018, 2019 et 2020, soit 91,3%**.

Selon la compréhension du Consortium, il est donné le soin au soumissionnaire de choisir les **trois (3) années** devant servir de base d'appréciation.

Il ajoute que relativement au marché de la Centrale Électrique de Rabai près de **Mombasa** au Kenya, produit comme preuve d'exécution d'un marché similaire, il peut être constaté dans le tableau ci-dessous que ladite Centrale, a une disponibilité moyenne d'au moins **90%** pour chacune des années, à savoir : **2018, 2019 et 2020**.

Année	Disponibilité
2014	90.1 %
2015	93.0 %
2016	92.2 %
2017	86.9 %
2018	93.7 %
2019	92.1 %
2020	88.0 %
2021	94.5 %

Aussi, il précise que le rapport attestant la disponibilité au titre de l'année 2016 a été joint au recours préalable mais ceux concernant les années 2018 et 2019 ont été présentés dans le de dossier de pré-qualification.

C'est pour toutes ces raisons que le **Consortium** a demandé au **Ministère du Pétrole** de reconsidérer sa décision de rejet de son dossier de pré-qualification afin de le retenir pour la prochaine étape du processus.

LES MOTIFS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

Le **Ministère du Pétrole** justifie le rejet du dossier de Pré-qualification du **Consortium Savannah-Anergi** par le fait que la disponibilité minimale de **88% en 2020** de la Centrale Electrique de Rabai présentée comme preuve d'exécution d'un marché similaire est en dessous de **90%** exigé au **paragraphe 4.2.2 (e) (iv)** du Document de Pré-qualification qui stipule que : *« la centrale électrique concernée doit avoir réalisé, au cours de la période concernée (telle que définie ci-dessous). Une disponibilité moyenne annuelle (calculée comme la proportion de la période totale annuelle au cours de laquelle la centrale électrique a été en mesure de générer de l'électricité » effectivement livrée, mais excluant du calcul toutes les périodes d'interruptions, planifiées ou non) d'au moins (...) 90% pour les autres centrales électriques ».*

Aussi, contrairement à la lecture faite par le **Consortium**, l'élément à retenir pour apprécier la disponibilité minimale d'au moins **90%**, est la disponibilité moyenne au cours d'une **(1) année** et non la moyenne de **trois (3) années**.

La PRM précise que si elle avait l'intention de demander la preuve d'une disponibilité moyenne de **90%** minimum au cours d'une année sur une période de trois, comme le prétend le requérant, le Document de Pré qualification aurait dû être rédigé dans ce sens afin d'éviter diverses interprétations.

Aussi, le marché portant sur la Centrale Electrique de Rabai fourni dans le dossier de pré-qualification ne présente qu'une disponibilité moyenne annuelle de **88% pour l'année 2020**, ce qui n'est pas conforme aux exigences du Document de Pré-qualification.

La **PRM** fait savoir au **Consortium** que par respect au principe d'égalité de traitement des candidats ou soumissionnaires prévu par **l'article 9** du Code des marchés publics suite à la clôture de la date limite de dépôt de dossiers de pré-qualification telle qu'indiquée dans l'avis de pré-qualification, elle n'est pas à mesure d'étudier de nouveaux éléments fournis concernant les années **2018, 2019 et 2020** à l'occasion du recours préalable, elle ne saurait les admettre.

L'OBJET DU DIFFEREND

Il ressort des éléments des faits que le différend porte sur la non-conformité de l'offre de pré-qualification présentée par le **Consortium Savannah-Anergi** au **paragraphe 4.2.2 (e) (iv)** du Document de Pré-qualification.

EXAMEN AU FOND DU DIFFÉREND

Après avoir entendu le conseiller rapporteur, suite aux échanges, le Comité de Règlement de Différends constate que contrairement à la lecture faite par le Consortium et comme l'a soulevé le Ministère du Pétrole, conformément aux stipulations du **paragraphe 4.2.2 (e) (iv)** du Document de Pré-qualification, pour la centrale électrique concernée doit avoir réalisé, au cours de la période concernée telle que définie dans l'Avis, une disponibilité moyenne annuelle calculée comme la proportion de la période totale annuelle au cours de laquelle la centrale électrique a été en mesure de générer de l'électricité, effectivement livrée, mais excluant du calcul toutes les périodes d'interruptions, planifiées ou non d'au moins (...) 90% pour les autres centrales électriques.

Par conséquent, il ne s'agit pas du cumul des disponibilités pour avoir la moyenne, mais plutôt une disponibilité moyenne de chaque année distinctement qu'il faut prendre comme base d'appréciation sur la période concernée.

Relativement à l'admissibilité de nouveaux documents transmis par le requérant à l'occasion du recours préalable, le CRD constate que c'est à bon droit que le Ministère du Pétrole avait refusé de les analyser par respect au principe d'égalité des candidats ou soumissionnaires consacré par l'**article 9** du Code des Marchés publics et des délégations de service public.

En considération de tout ce qui précède, il y a lieu de déclarer, non fondé, le recours du **Consortium Savannah –Anergi** contre le **Ministère du Pétrole, de l'Energie et des Energies Renouvelables**, de lever la suspension du processus de passation de l'avis de Pré-qualification et d'ordonner sa continuation.

PAR CES MOTIFS :

- ✓ constate que le Dossier de Pré-qualification présenté par **Consortium Savannah –Anergi** n'a pas satisfait aux exigences prévues au **paragraphe 4.2.2 de la section 4** du Document de Pré-qualification,
- ✓ rejette et déclare, non fondé, le recours du **Consortium Savannah –Anergi** contre le **Ministère du Pétrole, de l'Energie et des Energies Renouvelables ;**
- ✓ lève la suspension du processus de passation de l'avis de Pré-qualification et ordonne sa continuation;
- ✓ dit que la décision est exécutoire, conformément à la réglementation en vigueur ;
- ✓ dit que le Secrétaire Exécutif de l'Agence de Régulation des Marchés Publics est chargé de notifier au **Consortium Savannah –Anergi**, ainsi qu'au **Ministère du Pétrole, de l'Energie et des Energies Renouvelables ;**
- ✓ dit que la présente décision qui sera publiée au journal des marchés publics.

Fait à Niamey, le 16 Mars 2022

LA PRÉSIDENTE DU CRD

Le Président

Madame BACHIR SAFIA SOROMEY