

Fasken Martineau DuMoulin s.r.l.
Avocats
Agents de brevets et marques de commerce

www.fasken.com

Tour de la Bourse
Bureau 3400, C.P. 242
800, Place Victoria
Montréal (Québec) Canada H4Z 1E9



514 397 7400 Téléphone
514 397 7600 Télécopieur

André Turmel
Direct 514 397 5141
aturmel@mtl.fasken.com

Le 14 juin 2006
N° de dossier : 10887/ 116138.1

PAR COURRIEL ET PAR MESSENGER

Me Véronique Dubois, Secrétaire
Régie de l'énergie
800, Place Victoria, 2^e étage, bureau 255
Montréal (Québec) H4Z 2A2

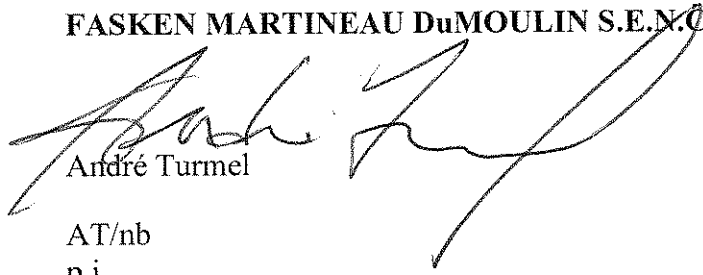
Objet : Appel d'offres A/O 2004-02 : Cogénération

Chère consoeur,

Suite à notre conversation téléphonique de ce jour, vous trouverez ci-joint la version expurgée de la lettre datée du 9 mai 2006 adressée à Me Yves Fréchette dans le cadre du dossier mentionné en titre.

Espérant le tout à votre entière satisfaction, nous vous prions d'agréer chère consoeur, nos salutations distinguées.

FASKEN MARTINEAU DuMOULIN S.E.N.C.R.L., s.r.l.



André Turmel

AT/nb
p.j.

DM_MTL/116138-00001/1268350.1

Tour de la Bourse
Bureau 3400, C.P. 242
800, Place Victoria
Montréal (Québec) Canada H4Z 1E9



514 397 7400 Téléphone
514 397 7600 Télécopieur

André Turmel
Direct 514 397 5141
aturmel@mtl.fasken.com

Le 9 mai 2006
N° de dossier : 10887/ 116138.1

PAR COURRIEL ET PAR MESSENGER

Me Yves Fréchette
HYDRO-QUÉBEC
75, boul. René-Lévesque ouest
4^e étage
Montréal (Québec) H2Z 1A4

Objet : Appel d'offres A/O 2004-02 : Cogénération

Cher confrère,

Nous représentons la société Kruger (« Kruger ») qui a participé à l'appel d'offres mentionné en rubrique.

Suite à la décision rendue le 12 avril 2006 par la Régie de l'énergie dans le dossier précité, nous demandons à Hydro-Québec Distribution de compléter la sélection et l'analyse des soumissions que vous avez reçues suite à votre appel d'offres A/O 2004-02 pour de la cogénération d'électricité.

I - Le contexte

Le 10 décembre 2003, le gouvernement du Québec a adopté le Décret 1319-2003 édictant le *Règlement sur l'énergie produite par cogénération* (le « **Règlement** »). Le Règlement, qui s'inscrit dans le cadre du décret 354-2003 du 5 mars 2003 concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l'énergie (la « **Régie** ») à l'égard de la cogénération, prévoit l'obligation pour Hydro-Québec de procéder à un appel d'offres pour un bloc d'énergie produit au Québec par des installations de cogénération d'une puissance maximale de 200 MW à partir d'une capacité totale de 800 MW d'ici 2013; une première tranche de 200 MW devant être produite dès que possible d'ici 2008.

Le 6 octobre 2004, Hydro-Québec Distribution («HQD») a lancé l'appel d'offres A/O 2004-02 (l'«**Appel d'offres**») pour l'octroi de contrats à long terme totalisant 350 MW de puissance garantie sur une base annuelle et provenant d'équipements de cogénération d'électricité et de chaleur utile. L'Appel d'offres était sujet à la *Procédure d'appel d'offres et d'octroi pour les achats d'électricité* (la « **Procédure** ») et le *Code d'éthique*

DM_MTL/116138-00008/1252849.1

sur la gestion des appels d'offres (le « Code d'éthique ») préparés par HQD et approuvés par la Régie par sa décision D-2001-191. Certaines modifications à la grille de sélection pour l'évaluation des soumissions découlant du Règlement ainsi que la pondération accordée aux divers critères étaient toutefois approuvées par la Régie par sa décision D-2004-180.

Dix (10) soumissions ont été reçues par HQD dans le cadre de l'Appel d'offres, dont une soumission de Kruger pour son projet de Trois-Rivières, ces soumissions comportant quinze (15) offres différentes.

Des quinze (15) offres reçues par HQD, six (6) ont été, dès la première étape de leur analyse, rejetées pour non-conformité avec les exigences minimales de l'Appel d'offres. Les neuf (9) offres restantes dont celle de Kruger furent analysées par HQD à la lumière des six critères monétaires et non monétaires identifiés à l'Appel d'offres.

Le 17 juin 2005, Tembec inc. était informée par écrit que sa soumission relative à la centrale à la biomasse de 8.082 MW était retenue, tandis que tous les autres soumissionnaires étaient, quelques jours plus tard, informés que la leur avait été rejetée. HQD considéra en effet que ces offres n'étaient pas concurrentielles parce que leur prix étaient indexés au prix d'un combustible fossile (par opposition à une indexation basée principalement sur l'indice des prix à la consommation) et comportaient donc une certaine volatilité. HQD invoqua donc l'article 4.18 de l'Appel d'offres, lequel permet d'écarter les offres dont les prix sont jugés non concurrentiels.

Le 3 octobre 2005, HQD signa un contrat d'approvisionnement avec Tembec inc. pour une puissance contractuelle de 8.082 MW.

II - Le constat et la décision de la Régie de l'énergie sur l'appel d'offres A/O 2004-02

Le 7 décembre 2005, la Régie émit un rapport de constatations, dans lequel elle indique que :

« La Régie constate que l'appel d'offres A/O 2004-02 pour les achats d'électricité est conforme à la Procédure et que les dispositions du Code d'éthique durant la période de l'appel d'offres ont été respectées, sauf pour la sélection des soumissions.

À l'étape de la sélection des soumissions, la Régie constate que le Distributeur s'écarte des objectifs prescrits par le gouvernement dans le décret 354-2003 lorsqu'il fait appel à la clause des prix non concurrentiels, après avoir introduit un élément de comparaison entre les prix des soumissions et ceux d'autres

*options de son portefeuille d'approvisionnement, dont la production éolienne*¹
[Nous soulignons]

HQD, sans donner suite aux préoccupations contenues au rapport de constatations de la Régie, soumit, le ou vers le 20 décembre 2005, une demande d'approbation du contrat d'approvisionnement conclu avec Tembec inc. le 3 octobre 2005 (la « **Demande** »).

Toutefois, devant l'omission et/ou le refus d'HQD de donner suite au rapport de constatations de la Régie et plus particulièrement en ce qui a trait au non-respect de la procédure à l'étape de la sélection des soumissions, la Régie informa HQD que la Demande n'était pas valablement présentée, ce à quoi HQD répondit avoir respecté toutes les conditions requises par l'Appel d'offres ainsi que les diverses étapes prévues par la Procédure.

En effet, par document en date du 2 mars 2006, HQD soutint que de retenir des soumissions dont le prix est indexé à celui d'un combustible fossile aurait un impact majeur sur le coût de l'électricité et qu'il serait déraisonnable de faire supporter un tel coût par sa clientèle². De plus, HQD soutint qu'il était implicite à toute démarche d'approvisionnement de considérer les alternatives qui s'offraient à elle en matière d'approvisionnement, et ce, même si l'Appel d'offres portait sur un bloc d'énergie déterminé par règlement³.

La Régie, par décision rendue en date du 12 avril 2006 (la « **Décision** »), rejeta la Demande d'HQD en raison de la non-conformité de la procédure d'appel d'offres dans l'un de ses aspects essentiels, soit la sélection des soumissions.

Nous avons pris connaissance de la Décision et faisons nôtres les arguments de la Régie, pour les motifs ci-après expliqués.

Premièrement, tel que précédemment exposé, le rejet de huit des neuf offres qui remplissaient les conditions initiales d'octroi fut motivé par HQD par le fait que ces soumissions ne présentaient pas des coûts concurrentiels et ce, en raison de la grande volatilité des prix indexés à un combustible fossile.

Or, HQD ne pouvait tenir compte d'une telle variable lors de l'étape de sélection sans aller à l'encontre des conditions qu'elle avait elle-même édictées dans l'Appel d'offres.

¹ Page 20.

² « Réponse d'Hydro-Québec Distribution à la demande de renseignements No. 1 de la Régie de l'énergie », datée du 2 mars 2006, à la page 4.

³ Ibid, à la page 5.

En effet, l'article 2.8, intitulé « Formules de prix admissible », de l'Appel d'offres prévoit:

« Pour les livraisons annuelles en vase, le prix de l'électricité doit comporter une composante pour la puissance et une composante pour l'énergie. [...] »

« Pour chaque composante, le prix de départ doit être exprimé en dollars de 2005. Les indices admissibles applicables à chacune des composantes sont présentés à l'Annexe 5. De plus, le choix des indices par le soumissionnaire doit être cohérent avec le type de combustible utilisé à la centrale de cogénération ».

L'annexe 5 indique clairement qu'une indexation des prix des soumissions à ceux des combustibles fossiles était acceptable aux fins de l'Appel d'offres puisqu'il inclut comme indice, outre l'indice des prix à la consommation, celui du prix du gaz naturel et celui du mazout, tels qu'utilisés dans les soumissions rejetées par HQD.

HQD ne pouvait donc invoquer son mandat d'approvisionner sa clientèle au plus bas prix afin d'écartier les soumissions comportant une indexation au prix d'un combustible fossile, puisque, ces soumissions rencontraient les exigences expresses de l'Appel d'offres.

À l'instar de la Régie, nous considérons qu'HQD ne pouvait rejeter les soumissions sur la base de la volatilité des coûts des combustibles fossiles puisque cela ne démontrait en rien le caractère non concurrentiel des soumissions rejetées, condition essentielle à l'application de la réserve de l'article 4.18 de l'Appel d'offres. Tel que l'exprime la Régie :

« Qui plus est, le Distributeur ne peut faire appel à la clause de non-concurrence des prix en raison de la volatilité des coûts des combustibles fossiles, sans remettre en cause l'appel d'offres en soi. En effet, le Distributeur précisait lui-même que, « le coût d'une centrale à cycle combiné au gaz naturel constitue le meilleur signal de prix disponible pour un approvisionnement de long terme » (coût de référence). Ainsi, la volatilité des prix du gaz ne modifie pas de façon significative le caractère concurrentiel des offres rejetées, le coût de référence variant pratiquement de la même façon que le prix des soumissions analysées. À tout événement, une telle démarche, en soi, ne démontre pas le caractère non concurrentiel des soumissions rejetées »⁴. (nos soulignés).

En conséquence, l'utilisation même de la clause de réserve alors que le caractère non concurrentiel des soumissions n'était pas démontré, affectait l'analyse des soumissions par HQD dans le cadre de l'Appel d'offres.

⁴ Page 4 de la Décision.

Deuxièmement, HQD ne pouvait introduire un élément de comparaison entre les coûts des soumissions rejetées et ceux d'autres options de son portefeuille d'approvisionnement, dont la production éolienne, dans le cadre d'un appel d'offres portant sur un bloc spécifique déterminé par le gouvernement.

En effet, en comparant les soumissions avec d'autres formes d'approvisionnement en énergie, HQD s'est écarté des objectifs prescrits par le Décret 1319-2003 édictant le Règlement et par le Décret 354-2003 concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie à l'égard de la cogénération.

III - Conclusion : Le droit des soumissionnaires à l'analyse complète des soumissions produites

Nous considérons donc que la décision de la Régie de rejeter la Demande d'HQD en raison de la non-conformité d'un des aspects essentiels de la procédure d'appel d'offres, au niveau de l'étape de la sélection des soumissions, est bien fondée en l'espèce.

Nous notons toutefois que la Décision ne remet pas en cause l'intégralité de la procédure de l'Appel d'offres, lequel, hormis l'étape de sélection des soumissions, est en tout temps demeuré conforme à la Procédure et aux dispositions du Code d'éthique. En effet, il est bien précisé par la Régie que seule l'étape relative à la sélection des soumissions n'était pas conforme et que c'est pour cette raison que la Demande n'a pu être accordée.

Il importe également de vous rappeler que le prix de référence soumis dans la soumission de Kruger représentait un prix de $\langle \ast \rangle$ ¢/kwh basé sur un prix du gaz naturel à $\langle \ast \rangle$ \$/gj, ce qui était déjà fort compétitif. Or, au prix actuel du gaz naturel soit $\langle \ast \rangle$ \$/gj, le prix du kilowattheure de notre soumission revient à $\langle \ast \rangle$ ¢/kwh, ce qui est encore plus compétitif et combien comparable avec d'autres sources d'énergie de votre portefeuille d'approvisionnement.

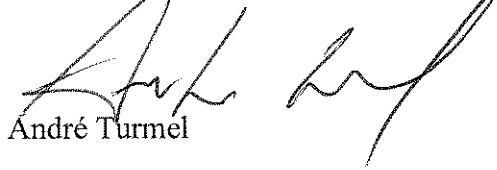
Nous requérons que les prix indiqués ci-haut soient maintenus confidentiels et que seul le personnel autorisé d'Hydro-Québec Distribution et de la Régie puissent en prendre connaissance. Le fait de rendre publique cette information pourrait entraîner un préjudice irréparable pour Kruger et est de nature commercialement sensible.

À la lumière de ce qui précède, Kruger requiert que HQD se conforme à ses obligations aux termes de l'Appel d'offres et complète dans les meilleurs délais son analyse de l'ensemble des soumissions rejetées en raison du fait que leurs prix étaient indexés selon le cours des combustibles fossiles, le tout en conformité des exigences de l'Appel d'offres et des dispositions législatives et réglementaires applicables.

Nous apprécierions connaître votre position à cet égard dans les prochains dix jours.
Copie de la présente est adressée à la Régie de l'énergie.

Dans l'attente d'une communication de votre part, nous vous prions d'agréer, nos salutations distinguées.

FASKEN MARTINEAU DuMOULIN S.E.N.C.R.L., s.r.l.



André Turmel

AT/nb

c.c. Me Véronique Dubois, Secrétaire, Régie de l'énergie