

**AVIS N°004/ARCOP/CRD DU 18 SEPTEMBRE 2024
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES SUR LA SAISINE DE L'AUTORITE DE REGULATION DES
TELECOMMUNICATION ET DES POSTES (ARTP) PORTANT SUR LE
LANCEMENT DES MARCHES DE L'AUDIT DES COÛTS DES OPERATIONS DE
COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES.**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES,**

VU la loi n° 2022-07 du 19 avril 2022 modifiant le Code des Obligations de l'Administration ;

VU le décret n° 2022-2295 du 28 décembre 2022 portant Code des Marchés publics ;

VU le décret n° 2023-832 du 05 avril 2023 fixant les règles d'organisation et de fonctionnement de l'Autorité de Régulation de la Commande publique (ARCOP) ;

VU la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 20 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

VU la lettre numéro 1953 ARTP /DG/CPM du 03 septembre 2024 ;

Monsieur Al Hassane DIOP, entendu en son rapport ;

En présence de Monsieur Mamadou DIA, Président, de Messieurs Moundiaye CISSE, Mbareck DIOP et Alioune Ndiaye, membres de la Chambre des marchés publics du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARCOP ;

De monsieur Saër NIANG, Directeur général de l'ARCOP, secrétaire rapporteur du CRD ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation ;

Emet l'avis qui suit :

Par lettre du 03 Septembre 2024, l'ARTP a saisi l'Autorité de Régulation de la Commande publique (ARCOP) d'une demande d'avis portant sur le lancement des marchés de l'audit des coûts des opérations de communications électroniques.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 2.5 du décret n° 2023-832 du 05 avril 2023 que l'Autorité de Régulation de la Commande publique (ARCOP) a pour mission de veiller, par ses avis et recommandations, à l'application de la réglementation et des procédures relatives à la passation et à l'exécution des contrats de la commande publique.

Qu'à ce titre, elle peut être saisie par tout candidat, titulaire de marché ou autorité contractante, pour avis sur le sens, la portée de la réglementation et des procédures de passation de la commande publique ;

Que dans de tels cas, la saisine n'est soumise à aucune condition de délai ;

Considérant que l'ARTP souhaite recueillir l'avis du Comité de Règlement des Différends (CRD) sur le lancement des marchés de l'audit des coûts des opérations de communications électroniques;

Qu'en conséquence, il y a lieu de déclarer recevable la saisine de l'ARTP.

SUR LES MOYENS DE L'ARTP

L'ARTP invoque l'article 76 de la loi numéro 2018-28 du 12 décembre 2018 portant Code des Communications électroniques qui oblige les opérateurs à tenir « une comptabilité analytique permettant de déterminer les coûts, produits et résultats de chaque réseau exploité ou service offert. Les comptes et les états de synthèse des opérateurs, dégagés, au plus tard dans les trois (3) mois suivant la date de clôture de l'exercice comptable, sont soumis, annuellement pour audit, à leurs propres frais, à un organisme désigné par l'Autorité de Régulation des Télécommunications et des Postes ».

L'ARTP, en charge de la sélection des organismes en charge de l'audit des coûts, est soucieuses du respect des règles de concurrence prescrites par le Code des Marchés Publics.

Etant donné que l'audit des coûts est à la charge des opérateurs de communications électroniques, donc pas à la charge de l'ARTP, cette dernière s'interroge sur l'opportunité ou non d'utiliser les procédures du Code des marchés publics étant entendu que les fonds ne sont pas des deniers publics même s'ils servent à régler une prestation d'utilité publique.

C'est la raison pour laquelle l'ARTP sollicite l'avis du CRD de l'ARCOP afin de savoir si cette obligation du Code des Télécommunications électroniques est soumise au Code des Marchés publics étant donné que les fonds devant servir au règlement proviennent du privé.

OBJET DE LA DEMANDE

Il résulte de la saisine et des faits qui la sous-tendent que la demande vise à recueillir l'avis du CRD sur la soumission ou non aux dispositions du Code des Marchés publics de la procédure de sélection des structures en charge de l'audit dont les frais sont supportés par les opérateurs privés de communications électronique.

EXAMEN DE LA DEMANDE

Considérant l'article 76 de la loi 2018-28 du 12 décembre 2018 portant Code des Communications électroniques consacre l'ARTP comme structure en charge de la désignation de l'organisme chargé de l'audit des comptes et les états de synthèse des opérateurs de communication électroniques ;

Qu'au regard des informations fournies, les coûts liés à cette activité d'audit sont à la charge des opérateurs de communications électroniques qui sont sous contrat avec l'ARTP ;

Considérant que l'article 25 de la loi n°65-51 du 19 janvier 1965 portant Code des Obligations de l'Administration modifié précise que les règles régissant la préparation, la passation, l'approbation, l'exécution et le contrôle des commandes sont fixées par un décret portant Code des marchés publics et qu'aucune réglementation, aucune procédure particulière à une catégorie de fournitures, de services ou de travaux ne peut déroger aux règles fixées par le Code des Marchés publics... ;

Que la sélection des organismes, comme le soutient l'ARTP, requiert une procédure qui respecte les règles de transparence, d'égal accès et de concurrence comme prescrit par le Code des Marchés publics ;

Que l'exécution d'une telle mission renvoie à un marché public, précisément, à un marché de prestation intellectuelle ;

Qu'à l'issue de la procédure de sélection, un contrat est signé entre l'ARTP et l'organisme choisi pour matérialiser la mission et les obligations des parties ;

Considérant qu'au-delà de la procédure de sélection, l'ARTP devra s'assurer que les candidats non choisis pour la mission peuvent user de leur droit de recours ou de réclamation ;

Que dans ces conditions, la passation du marché conformément aux procédures du code des Marchés publics, requiert la disponibilité des fonds et son inscription préalable dans le plan de passation de marché de l'ARTP ;

Qu'au regard de ce qui précède, un appel à la concurrence doit être organisé pour l'attribution du contrat conformément aux dispositions du décret n°2022-2295 du 28 décembre 2022 portant Code des Marchés publics.

EMET L'AVIS QUI SUIT :

- 1) Constate que l'article 76 de la loi 2018-28 du 12 décembre 2018 portant Code des Communications électroniques consacre l'ARTP comme structure en charge de la désignation de l'organisme en charge de l'audit des comptes et les états de synthèse des opérateurs de communication électroniques ;
- 2) Constate qu'au regard des informations fournies, les coûts liés à cette activité d'audit sont à la charge des opérateurs de communications électroniques qui sont sous contrat avec l'ARTP ;
- 3) Dit que l'article 25 de la loi n°65-51 du 19 janvier 1965 portant Code des Obligations de l'Administration modifié précise que les règles régissant la préparation, la passation, l'approbation, l'exécution et le contrôle des commandes sont fixées par un décret portant Code des marchés publics et qu'aucune réglementation, aucune procédure particulière à une catégorie de fournitures, de services ou de travaux ne peut déroger aux règles fixées par le Code des Marchés publics... ;
- 4) Dit que la sélection des organismes, comme le soutient l'ARTP, requiert une procédure qui respecte les règles de transparence, d'égal accès et de concurrence comme prescrit par le Code des Marchés publics et que l'exécution d'une telle mission renvoie à un marché public, précisément, à un marché de prestation intellectuelle ;
- 5) Constate qu'à l'issue de la procédure de sélection, un contrat est signé entre l'ARTP et l'organisme choisi en vue de matérialiser la mission et les obligations des parties ;
- 6) Dit qu'au-delà de la procédure de sélection, l'ARTP devra s'assurer que les candidats non choisis pour la mission peuvent user de leur droit de recours ou de réclamation ;
- 7) Soutient que dans ces conditions, la passation du marché conformément aux procédures du code des Marchés publics, requiert la disponibilité des fonds et son inscription préalable dans le plan de passation de marché de l'ARTP ;

**AUTORITÉ DE RÉGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

ÉQUITÉ - TRANSPARENCE - IMPARTIALITÉ

- 8) Dit qu'au regard de ce qui précède, un appel à la concurrence doit être organisé pour l'attribution des contrats conformément aux dispositions du décret n°2022-2295 du 28 décembre 2022 portant Code des Marchés publics.
- 9) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique (ARCOP) est chargé de notifier à l'ARTP le présent avis qui sera publié.

Le Président



Mamadou Dia

Les membres de la Chambre des marchés publics du CRD


Moundiaïe Cissé


Mbareck DIOP


Alioune Ndiaye

**Le Directeur Général de l'ARCOP,
rapporteur**



Saer NIANG