



**DECISION N°021 /19/ARMP/CRD/DEF DU 06 FEVRIER 2019
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DU MINSITRE DE LA COMMUNICATION,
DES TELECOMMUNICATIONS, DES POSTES ET DE L'ECONOMIE NUMERIQUE
SOLLICITANT L'ANNULATION DE L'APPEL A LA CONCURRENCE RELATIF A
L'EXTERNALISATION DE L'EXPLOITATION DE LA CAPACITE EXCEDENTAIRE DE
L'INFRASTRUCTURE DE L'ETAT ET LA GESTION DU CABLE SOUS-MARIN EN
CONSTRUCTION, LANCE PAR L'AGENCE DE L'INFORMATIQUE DE L'ETAT (ADIE)**

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

VU la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration modifiée par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 ;

VU la loi n°2011-01 du 24 février 2011 portant Code des Télécommunications du Sénégal ;

VU la loi n°2017-28 du 14 juillet 2017 autorisant la création de la société de Télédiffusion du Sénégal (TDS-SA) ;

VU le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), notamment en ses articles 20 et 21 ;

VU le décret n° 2011-1158 du 17 août 2011 portant création, organisation et fonctionnement de l'Agence de l'Informatique de l'Etat ;

VU le décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics ;

VU le décret n° 2017-527 du 11 avril 2017 portant nomination des membres du Conseil de Régulation de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), modifié par le décret n° 2018-802 du 30 avril 2018 ;

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

VU la résolution n°09-12 du 13 décembre 2012 instituant le versement d'une consignation pour la saisine du Comité de Règlement des Différends ;

VU la résolution n° 04-17 du 20 avril 2017 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP ;

VU la demande d'annulation du Ministre de la Communication, des Télécommunications, des postes et de l'Economie numérique, reçue le 16 novembre 2018 ;

Après avoir entendu le rapport de M. Baye Samba DIOP, Chef de division régulation et affaires juridiques, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de monsieur Oumar SAKHO, Président ; de messieurs Ibrahima SAMBE, Alioune Badara FALL et Abdourahmane NDOYE, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Monsieur Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, assisté par ses collaborateurs, observateurs ;

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

Adopte la présente décision :

Par courrier du 4 octobre 2018, le Ministre de la Communication, des Télécommunications, des Postes et de l'Economie numérique (MCTPEN) a saisi le CRD d'une demande d'annulation de l'appel à la concurrence relatif à l'externalisation de l'exploitation de la capacité excédentaire de l'infrastructure de l'Etat et la gestion du câble sous-marin en construction, lancé par l'Agence de l'Informatique de l'Etat (ADIE).

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS

Considérant que l'article 22 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, en son article 22, donne compétence à la Commission Litiges du Comité de Règlement des Différends (CRD) pour statuer sur les saisines relatives aux litiges opposant les organes de l'Administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics et délégations de service public ;

Considérant que tel est le cas en l'espèce, la saisine du CRD par le MCTPEN faisant suite à l'avis d'appel à la concurrence publié par l'ADIE dans la parution du journal « le Soleil » du 27 septembre 2018 pour la sélection d'un opérateur pour l'exploitation des capacités excédentaires de l'infrastructure de l'Etat détenue par l'ADIE et d'un câble sous-marin en construction ;

Considérant que le Code des Marchés publics ne fixe pas, dans ce cas de figure, un délai de saisine du CRD ;

Qu'en conséquence, il y a lieu de déclarer la demande du MCTPEN recevable.

LES FAITS

A la suite de l'avis n°003/17/ARMP du 12 avril 2017 rendu par le CRD, l'Agence de l'Informatique de l'Etat (ADIE) a , dans la parution du quotidien « Le Soleil » du 27 septembre 2018, lancé un appel à la concurrence pour sélectionner un partenaire chargé de l'exploitation des surcapacités de l'infrastructure de l'Etat qu'elle détient et du futur câble sous-marin en construction.

Ayant pris connaissance de l'avis d'appel à concurrence, le MCTPEN a saisi le Comité de Règlement des Différends pour demander son annulation.

LES MOYENS DEVELOPPES PAR LE MCTPEN

A l'appui de sa demande, le MCTPEN déclare que l'ADIE n'a aucune prérogative pour entreprendre une démarche visant à contractualiser avec un partenaire pour l'exploitation

de ses surcapacités de l'infrastructure de l'Etat et du câble sous-marin en construction. Il précise que la fibre optique et le câble sous-marin ne sont pas propriété de l'ADIE mais plutôt de l'Etat du Sénégal et qu'il n'est nullement mentionné dans ses missions, ni dans les prérogatives des organes délibérants de l'Agence, qu'elle a la possibilité de commercialiser ses capacités excédentaires et de contractualiser avec un partenaire pour l'exploitation du câble sous-marin.

Le MCTPEN relève que la question de la gestion et de la valorisation des capacités numériques excédentaires des infrastructures publiques a été réglée par la loi n°2017-28 du 14 juillet 2017 autorisant la création de la société de Télédiffusion du Sénégal (TDS-SA) dont les statuts ont été approuvés par décret n°2018-1366 du 19 juillet 2018. Cette structure technique a pour missions, outre le pilotage de la transition numérique, notamment :

- l'exploitation technique et commerciale des infrastructures numériques publiques mutualisées ;
- la mutualisation de l'ensemble des infrastructures numériques « active et passive » ;
- la commercialisation des services de connectivité et de transit dans le domaine du numérique et celle des capacités excédentaires de l'Etat.

Au vu des éléments précités, le MCTPEN soutient que seul TDS SA est habilitée à prendre des décisions concernant la gestion des capacités excédentaires.

Par ailleurs, il affirme que conformément aux dispositions du Code des Télécommunications, l'exploitation du réseau ouvert au public et du câble sous-marin est exclusivement du ressort de son ministère.

Il rappelle que l'article 2 de la loi 2011-01 du 24 février 2011 portant Code des Télécommunications exclut de son champ d'application, les installations de l'Etat établies pour les besoins des administrations de l'Etat.

Ainsi, il affirme que ces dispositions écartent l'ADIE de toute initiative visant à entreprendre des activités de télécommunications de quelque nature que ce soit.

A la réunion d'échanges d'audition des parties du 24 janvier 2019, le MCTPEN relève que l'infrastructure détenue par l'ADIE appartient à l'Etat du Sénégal. C'est dans ce cadre qu'il a produit une note de la Direction du secteur parapublic dans laquelle cette dernière déclare que l'analyse des états financiers certifiés de l'ADIE pour l'exercice 2015 montre que les projets d'infrastructures réseau résultant notamment de la mise en œuvre du projet PHASE 3 E-GOV ne sont pas retracés dans les comptes d'immobilisations de l'Agence.

En outre, le MCTPEN a transmis un arrêté interministériel cosigné par le Ministre de l'Economie, des Finance et du Plan et le Ministre de la Promotion des Investissements, des Partenariats et du Développement des Téléservices de l'Etat du 27 juillet 2018, portant création et fixant les règles d'organisation et de fonctionnement du Comité technique chargé de la mise en œuvre du schéma d'exploitation de la surcapacité de l'ADIE.

Il relève que ce comité interministériel a pour objet la mise en œuvre du schéma d'exploitation des capacités numériques excédentaires de l'ADIE, par une concession dans le respect des principes d'accès ouvert et de non-discrimination.

D'ailleurs, il affirme que la décision de l'ADIE d'engager la procédure, susvisée, a pour fondement l'avis n°003/17/ARMP/CRD du 12 avril 2017.

LES MOTIFS DE L'AGENCE DE L'INFORMATIQUE DE L'ETAT

Dans sa lettre du 4 décembre 2018 et à la réunion du 24 janvier 2019, l'ADIE déclare qu'elle est chargée de la mise en œuvre de la politique d'informatisation de l'Etat, définie par le Président de la République. A ce titre, elle est chargée de « mener et de promouvoir, en coordination avec les différents services de l'Administration, les autres organes de l'Etat et les collectivités locales, tous types d'actions permettant à l'Administration de se doter d'un dispositif cohérent de traitement et de diffusion de l'information, répondant aux normes internationales en matière de qualité, de sécurité, de performance et de disponibilité ».

Elle précise que sa mission consiste, en outre, à assurer la mutualisation des ressources de l'Etat en vue de rationaliser les dépenses informatiques, d'harmoniser les choix technologiques des différents services de l'Administration, de faciliter les échanges de données et de favoriser le développement d'applications spécifiques ainsi que le partage des applications transversales.

C'est dans ce contexte qu'elle assure la gestion d'importantes infrastructures acquises dans le cadre de la coopération bilatérale entre la République populaire de Chine et le Gouvernement du Sénégal à travers des conventions signées avec la société HUAWEI Technologies Co Ltd.

L'ADIE affirme que ces différents investissements, qui ont permis un maillage du territoire national en fibre optique et favorisé la démultiplication des capacités de transport des données, sont d'autant plus importants que leur gestion et leur exploitation ont permis de déployer des services et produits essentiels pour le fonctionnement de l'Administration. C'est le cas notamment de la messagerie gouvernementale, de l'hébergement, de la téléphonie mobile, de la plateforme de vidéoconférence ainsi que de la Télé présence pour l'Administration territoriale, les hôpitaux et les universités.

Mieux, cet investissement permet d'héberger des plateformes critiques telles que la Télé demande d'Autorisation de Construire, l'Infrastructure de Données géospatiales, le Fichier unifié des Données du Personnel de l'Etat, mais aussi et surtout d'assurer le transport pour les applications ASTER, SIGFIP, SIGTAS et la haute disponibilité pour les services de la Douane, sans oublier l'Intranet gouvernemental qu'il abrite.

Elle soutient que conformément au décret 2011 abrogeant et remplaçant celui de 2004 fixant les règles d'organisation et de fonctionnement de l'ADIE, elle a la compétence pour exercer les activités de location (cf article 26 dudit décret qui justifie la facturation en précisant que les ressources de l'Agence peuvent provenir de l'exercice de ses activités, notamment, celles versées par les bénéficiaires des secteurs publics ou privés de prestations fournies).

Par ailleurs, l'ADIE précise que le Code des Télécommunications, en son article 3, définit les exploitants d'infrastructures alternatives en ces termes : « *les personnes morales de droit public et les sociétés concessionnaires de service public disposant d'infrastructures ou de droits pouvant supporter ou contribuer à supporter des réseaux de télécommunications, sans qu'elles puissent exercer par elles-mêmes les activités d'exploitant de réseau des télécommunications ouvert au public* ».

Elle ajoute que l'article 11 du Code des Télécommunications précise que les exploitants d'infrastructures alternatives peuvent mettre à la disposition d'un opérateur de télécommunications titulaire d'une licence, la capacité excédentaire dont ils disposent

après avoir déployé des infrastructures destinées à leurs propres besoins et/ou les droits de passage sur le domaine public, les servitudes, les emprises, les ouvrages de génie civil, les artères et canalisations et les points hauts dont ils disposent. Cette mise à disposition peut s'effectuer soit par le biais d'une participation au capital de l'exploitant concerné, conformément à la réglementation en vigueur, soit par la voie d'une location fixée par une convention dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires.

En conséquence, l'ADIE estime être en droit de commercialiser sa capacité excédentaire en tant qu'exploitant d'infrastructures alternatives.

Elle informe que des opérateurs comme Espresso et HAYO utilisent ses infrastructures depuis cinq (5) années, par le biais de conventions de location signées et dont les ressources contribuent aujourd'hui faiblement à son budget.

Concernant l'opportunité du lancement de l'appel à concurrence, elle relève que l'objectif visé à travers la saisine du CRD, est de s'assurer de la qualification juridique de l'activité pour pouvoir ensuite déterminer la démarche à suivre.

Elle rappelle que l'activité est considérée selon l'avis du CRD n°03/17/ARMP/CRD du 12 avril 2017, réitéré dans sa lettre de précision n°002488/ARMP/CRD/DG/CD-RAJ du 06 juillet 2017, comme une opération purement commerciale non régie par les dispositions concernant la commande publique. A ce titre, elle a la latitude de contracter directement avec un opérateur.

ADIE considère que la demande du MCTPEN est sans fondement puisqu'il n'a pas de liens institutionnels avec elle et qu'il n'est pas concerné par l'exercice de ses compétences légales et réglementaires.

Toutefois, elle précise que dans un souci de transparence, elle a été décidé de rester dans le même modèle qu'un appel d'offres classique pour élargir cette opportunité à l'ensemble des acteurs du secteur dans la perspective de sélectionner le meilleur partenaire en vue de l'atteinte de ses objectifs.

En conséquence, l'ADIE estime avoir la compétence à commercialiser ses capacités excédentaires.

OBJET DE LA SAISINE

Il ressort des motifs, ci-dessus développés, que la saisine porte sur la compétence de l'ADIE à lancer une procédure d'appel à la concurrence pour sélectionner un partenaire chargé de l'exploitation des surcapacités de l'infrastructure de télécommunications de l'Etat qu'elle détient et du futur câble sous- marin en construction.

EXAMEN DE LA SAISINE

- 1) Sur la compétence de l'ADIE à lancer une procédure d'appel à la concurrence pour sélectionner un opérateur chargé de l'exploitation de ses surcapacités en fibre optique

Considérant le MCTPEN demande l'annulation de l'avis d'appel à la concurrence lancé par l'ADIE pour sélectionner un partenaire chargé de l'exploitation de ses surcapacités en fibre optique pour incompétence matérielle de cette dernière ;

Considérant que le CRD, dans le cadre de l'examen de cette demande, devra au préalable trancher la question préjudicielle liée au droit de propriété ou non de l'ADIE sur l'infrastructure à fibre optique, ce qui excède ses pouvoirs au regard :

-des dispositions du Code des marchés publics et du décret 2007-546 DU 25 AVRIL 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP;

-de l'article 5 de la loi n°2017-28 portant création de la Société autonome dénommée « Société de Télédiffusion du Sénégal « TDS-SA » qui prévoit une possibilité, voire une faculté de versement des investissements réalisés ou programmés dans le cadre de l'exploitation technique des infrastructures numériques mutualisées ou dans le cadre de l'externalisation de ses services, dans le patrimoine de cette dernière lorsqu'ils présentent une vocation économique et commerciale prédominante et ;

- l'article premier du décret n° 2011-1158 du 17 aout 2011 portant création de l'ADIE qui précise que cette personne morale de droit public dotée d'un patrimoine propre et d'une autonomie de gestion peut bénéficier des ressources tirées de l'exploitation de ses infrastructures ;

Que dès lors, le CRD se déclare incompétent pour trancher ce conflit de compétence ;

2) Sur la compétence de l'ADIE à sélectionner un partenaire chargé de l'exploitation du futur câble sous- marin en construction

Considérant que l'avis d'appel à la concurrence lancé par l'ADIE le 27 septembre 2018 a également pour objet de sélectionner « *un partenaire chargé de l'exploitation du futur câble sous- marin en construction* », ce qui peut être assimilée à une délégation de service public justifiant ainsi le contrôle de l'ARMP qui connaît de toutes les irrégularités constatées par les parties intéressées ou celles qui sont connues de toute autre personne avant, pendant et après la passation ou l'exécution des marchés publics ou délégation de service public ;

Considérant qu'un câble sous-marin est une infrastructure posée sur le fond marin et destiné à acheminer des télécommunications ou à transporter de l'énergie électrique ;

Considérant qu'il importe de préciser que le Code des Télécommunications, objet de la loi 2011-01 du 24 février 2011 demeure encore applicable en la matière, faute de publication dans le journal officiel du Sénégal de la loi 2018-28 du 12 Décembre 2018 portant nouveau Code des communications électroniques et ce, conformément à l'article 2 de la loi n°70-14 du 6 février 1970 modifiée fixant les règles d'applicabilité des lois, des actes administratifs à caractère réglementaire et individuels ;

Considérant que l'article 32 dudit Code dispose que « des personnes morales, entité, société et/ou organisation enregistrée peuvent bénéficier d'une autorisation d'opérateurs d'infrastructures en vue :

- d'améliorer la compétitivité des entreprises ;
- d'aménager le territoire ;
- de faciliter le développement d'infrastructures transfrontalières et
- de favoriser l'augmentation de l'offre de capacité et la connectivité locale, régionale et internationale ;

Que cette infrastructure ne doit pas permettre à son titulaire d'offrir des services de télécommunications au public ; elle est uniquement destinée à offrir des capacités à l'Etat, aux opérateurs titulaires de licence et aux fournisseurs de service ;

Que l'autorisation d'opérateurs d'infrastructures est un droit attribué par décret portant approbation d'une convention de concession et d'un cahier des charges ;

Que la convention de concession est signée entre l'opérateur d'infrastructures et l'Etat représenté par le Ministre en charge des Télécommunications et le Ministre en charge des Finances »;

Considérant qu'en application de ces principes, il doit être retenu que l'ADIE ne peut valablement permettre à un partenaire d'exploiter un câble sous-marin pour offrir des services de télécommunications par le biais d'un contrat de concession portant sur une fibre optique qui est en cours de construction par un partenaire technique et financier au profit de l'Etat du Sénégal d'autant plus que, par ailleurs, l'article 22 du Code des Obligations de l'Administration sanctionne de nullité absolue les contrats conclus par une autorité administrative incompétente ;

Qu'en conséquence, il y a lieu d'ordonner l'annulation de la procédure lancée par l'ADIE et la renvoyer au respect des prescriptions du Code des Télécommunications sur ce point ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que la saisine du CRD par le MCTPEN fait suite à l'avis d'appel à la concurrence publiée par l'ADIE dans la parution du journal « le Soleil » du 27 septembre 2018 pour la sélection d'un opérateur pour l'exploitation des capacités excédentaires de l'infrastructure de l'Etat qu'elle détient et du câble sous-marin en construction ;
- 2) Dit que le CRD statue sur les saisines relatives aux litiges opposant les organes de l'Administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics et délégations de service public ;
- 3) Déclare la saisine du MCTPEN recevable ;
- 4) Dit que le CRD se déclare incompétent pour trancher le conflit de compétence opposant l'ADIE au MCTPEN portant sur la sélection d'un partenaire en vue de l'exploitation des surcapacités ;
- 5) Constate, cependant, que l'avis d'appel à la concurrence lancé par l'ADIE, le 27 septembre 2018, a aussi pour objet la sélection d'un partenaire chargé de l'exploitation **du futur câble sous-marin en construction** ;
- 6) Dit que l'exploitation d'un câble sous-marin pour offrir des services de télécommunications aux opérateurs est soumise au régime d'opérateur d'infrastructures prévu par l'article 32 du Code des Télécommunications ;
- 7) Dit que l'autorisation d'opérateurs d'infrastructures est un droit attribué par décret portant approbation d'une convention de concession qui est signée entre l'opérateur d'infrastructures et l'Etat représenté par le Ministre en charge des Télécommunications et le Ministre en charge des Finances ;

- 8) Dit que l'autorisation d'opérateurs d'infrastructures est un droit attribué par décret portant approbation d'une convention de concession qui est signée entre l'opérateur d'infrastructures et l'Etat représenté par le Ministre en charge des Télécommunications et le Ministre en charge des Finances ;
- 9) Dit qu'en application de ces principes, l'ADIE ne peut valablement permettre à un partenaire d'exploiter un câble sous-marin par le biais d'un contrat de concession portant sur une fibre optique qui est en cours de construction par un partenaire technique et financier au profit de l'Etat du Sénégal ;
- 10) Ordonne l'annulation de la procédure d'appel à la concurrence et renvoie l'ADIE au respect des prescriptions de l'article 32 du Code des Télécommunications du Sénégal sur l'exploitation du futur câble sous-marin en construction ;
- 11) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) est chargé de notifier à l'Agence de l'Informatique de l'Etat, au Ministère de la Communication, des Télécommunications, des Postes et de l'Economie Numérique en et à la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.

Le Président



Oumar SAKHO

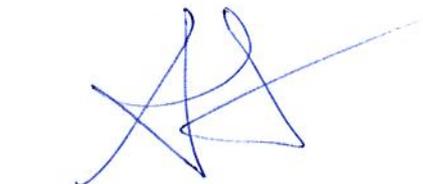
Les membres du CRD



Ibrahima SAMBE



Alioune Badara FALL



Abdourahmane NDOYE

**Le Directeur Général
Rapporteur**



Saër NIANG



Autorité de Régulation des Marchés Publics