الجمهورية التّونسية **الحمد لله**

مجلس المنافسة

الجلسـة العامّـة

*****الملف الإستشاري *****

عـدد 202745

الموضوع : مشروع أمر حكومي يتعلق بضبط شروط و إجراءات منح اللزمات

القطاع : اللزمات.

الرّأي عدد 202745

الصّادر عن مجلس المنافسة

بتاريخ 14 ماي 2020

إنّ مجلس المنافسة،

بعد الاطّلاع على مكتوب وزير التّجارة المرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 11 ماي 2020 والمتضمّن طلب رأي المجلس حول مشروع أمر حكومي يتعلق بضبط شروط و إجراءات منح اللزمات.

وبعد الإطّلاع على القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

وعلى الأمر عدد 477 لسنة 2006 المؤرّخ في 15 فيفري 2006 المتعلّق بضبط التّنظيم الإداري والمالي وسير أعمال مجلس المنافسة.

وعلى الأمر عدد 1148 لسنة 2016 المؤرخ في 19 أوت 2016 المتعلّق بضبط إجراءات وصيغ الاستشارة الوجوبيّة لمجلس المنافسة حول مشاريع النّصوص التّشريعيّة والتّرتيبيّة ،

وبعد الإطّلاع على ما يفيد استدعاء أعضاء الجلسة العامّة الإستشاريّة وفق الصّيغ القانونيّة لجلسة يوم الخميس 14 ماي 2020.

وبعد التأكّد من توفّر النّصاب القانوني.

وبعد الاستماع إلى المقرّر ذياب غانمي في تلاوته لتقريره الكتابي.

وبعد المداولة استقرّ رأي الجلسة العامّة لمجلس المنافسة على ما يلي:

أولا– تقديم الملف الاستشاري :

1– الإطار العام للاستشارة :

يندرج مشروع الأمر الحكومي موضوع الإستشارة الرّاهنة في إطار الإستشارة الوجوبيّة طبقا لمقتضيات الفصل 11 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار الذي ينصّ على أنّ مجلس المنافسة يستشار " وجوبا حول مشاريع النّصوص التشريعيّة والترتيبيّة التي تهدف مباشرة إلى فرض شروط خاصّة لممارسة نشاط اقتصادي أو مهنة أو تضع قيودا من شأنها أن تعرقل الدّخول إلى سوق معينة".

و قد نصّ الفصل الثّاني من الأمر الحكومي عدد 1148 لسنة 2016 المؤرخ في 19 أوت 2016 المتعلق بضبط إجراءات وصيغ الاستشارة الوجوبيّة على أنّه " يقصد بمشاريع النصوص التشريعيّة والترتيبيّة المنصوص عليها بالفصل 11 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المشار إليه أعلاه مشاريع القوانين والأوامر الحكوميّة والقرارات وكرّاسات الشّروط التي تهدف إلى فرض شروط كميّة أو نوعيّة للدّخول إلى السّوق أو ممارسة نشاط اقتصادي أو ممارسة مهنة."

وحسب وثيقة شرح الأسباب المضمنة بملف الاستشارة فان مشروع الأمر الحكومي الحالي يهدف إلى المساهمة في تطوير المنظومة القانونية المنطبقة على نظام اللزمات في إطار مراجعة شاملة لمقتضيات الأمر عدد 1753 لسنة 2010 المؤرخ في 19 جويلية 2010 المتعلق بضبط شروط و إجراءات منح اللزمات كما تم تنقيحه وإتمامه بالأمر عدد 4631 لسنة 2013.

كما يهدف مشروع الأمر المعروض إلى التسريع في نسق انجاز المشاريع في إطار عقود لزمات وتحفيز المتعاملين الاقتصاديين لتقديم مبادرات وأفكار مشاريع في هذا الإطار وذلك من خلال:

- تعزيز مبادئ المساواة بين المترشحين وتكافؤ الفرص وشفافية الإجراءات والحياد وموضوعية المعايير في الاختيار واللجوء إلى المنافسة والحوكمة الرشيدة في عملية منح هذه اللزمات وتأمين متابعة فعالة عند تنفيذها.
- تبسيط الإجراءات المنظمة لعقود اللزمات وإضفاء المرونة والوضوح اللازمين عليها
- مزيد توحيد منظومة الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص التي تضم بالأساس صيغتين وهما عقود اللزمات وعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.
- الانصهار ضمن التوجهات الإستراتيجية الوطنية لدفع الاستثمار وإزالة العراقيل التي تعوق تنفيذها.
- تطبيق الأحكام الجديدة لنظام اللزمات التي نص عليها القانون عدد 47 لسنة 2019 المؤرخ في 29 ماي 2019 المتعلق بتحسين مناخ الاستثمار وخاصة فيما يتعلق بإخضاع اللزمات المتعلقة بالمشاريع الصغرى لإجراءات مبسطة وتمكين صاحب العرض التلقائي من هامش تفضيل.

2- المحتوى المادّي لمشروع الأمر الحكومي:

يحتوي مشروع الأمر الحكومي موضوع الاستشارة الرّاهنة على 61 فصلا تمّ إدراجها ضمن ثمانية أبواب على النّحو التّالي:

- الباب الأوّل: أحكام عامّة
- الباب الثاني: اللجنة القارة لمشاريع اللزمات
- الباب الثالث: في طرق إسناد اللزمات
- الباب الرابع: اللزمات المتعلقة بالمشاريع الصغرى الخاضعة للإجراءات المبسطة
- الباب الخامس : العروض التلقائية
- الباب السادس: اللزمات ذات الأهمية الوطنية
- الباب السابع : متابعة التنفيذ والرقابة والتدقيق
- الباب الثامن: أحكام ختامية

3- الإطار القانوني والتّرتيبي المنطبق في المجال :

- القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرّخ في 1 أفريل 2008 والمتعلّق بنظام اللّزمات كما تم تنقيحه بالقانون عدد 47 لسنة 2019 بتاريخ 29 ماي 2019 والمتعلق بتحسين مناخ الأعمال.
- القانون عدد 49 لسنة 2015 المؤرخ في 27 نوفمبر 2015 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص كما تم تنقيحه بالقانون عدد 47 لسنة 2019 بتاريخ 29 ماي 2019 والمتعلق بتحسين مناخ الأعمال.
- القانون عدد 71 لسنة 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 المتعلق بقانون الاستثمار
- الأمر عدد 1753 لسنة 2010 المؤرّخ في 19 جويلية 2010 المتعلّق بضبط شروط وإجراءات منح اللّزمات المنقح والمتمم بالأمر عدد 4631 لسنة 2013 المؤرخ في 18 نوفمبر 2013.
- الأمر عدد 3437 لسنة 2010 المؤرخ في 28 ديسمبر 2010 المتعلق بضبط معايير تصنيف اللزمات ذات الأهمية الوطنية.
- الأمر الحكومي عدد 1185 لسنة 2016 المؤرخ في 14 أكتوبر 2016 المتعلق بضبط تنظيم و صلاحيات الهيئة العامة للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص
- الأمر الحكومي عدد 389 لسنة 2017 المؤرخ في 9 مارس 2017 المتعلق بالحوافز المالية لفائدة الاستثمارات المنجزة في إطار قانون الاستثمار.

ثانيا– مجال اللزمات :

يعرّف عقد اللّزمة على معنى الفصل الثّاني من القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرّخ في 1 أفريل 2008 والمتعلّق بنظام اللّزمات بأنّه العقد الذي يفوّض بمقتضاه شخص عمومي يسمّى "مانح اللّزمة" لمدّة محدّدة إلى شخص عمومي أو خاص يسمّى "صاحب اللّزمة" التصرّف في مرفق عمومي أو استعمال واستغلال أملاك أو معدّات عمومية وذلك لقاء رسوم يستخلصها لفائدته من المستعملين حسب الشّروط التي يضبطها العقد.

ويمكن أن يكلّف صاحب اللّزمة أيضا بإنجاز أو تغيير أو توسيع بنايات ومنشآت وتجهيزات أو اقتناء ممتلكات لازمة لإنجاز موضوع العقد.

كما يمكن أن يرخّص العقد لصاحب اللّزمة في إشغال أجزاء من الملك الرّاجع لمانح اللّزمة بهدف إنجاز أو تغيير أو توسيع البنايات والمنشآت والتجهيزات المشار إليها. ولا يعتبر لزمة على معنى القانون الإشغال الوقتي للملك العمومي.

وقد تمّ بمقتضى هذا القانون إرساء إطار تشريعي عام لهذا النّظام بعد أن كانت هذه التّقنية القانونية مكرّسة ضمن النصوص القانونية والترتيبية القطاعية.

وتعتبر اللّزمة شكلا من أشكال الشّراكة التعاقدية بين القطاعين العام والخاص وقد تمّ العمل بنظام اللّزمات في العديد من المجالات كالملك العمومي البحري والملك العمومي المينائي والملك العمومي للمياه والملك العمومي للطّرقات ومجال الإتّصالات والكهرباء والنقل والتطهير والمناجم والمحروقات وذلك بالاعتماد على تشريعات قطاعية خصوصية.

ثالثا– الملاحظات:

نص الفصل 11 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار على وجوب استشارة مجلس المنافسة حول مشاريع النصوص التشريعية والترتيبية التي تهدف مباشرة إلى فرض شروط خاصة لممارسة نشاط اقتصادي أو مهنة أو تضع قيودا من شأنها أن تعرقل الدخول إلى سوق معينة.

وحسب الفصل الثاني من الأمر الحكومي عدد 1148 لسنة 2016 مؤرخ في 19 أوت 2016 المتعلق بضبط إجراءات وصيغ الاستشارة الوجوبية فإن المقصود بمشاريع النصوص التشريعية

والترتيبية المنصوص عليها بالفصل 11 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المشار إليه أعلاه هي مشاريع القوانين والأوامر الحكومية والقرارات وكراسات الشروط التي تهدف إلى **فرض شروط كمية أو نوعية للدخول إلى السوق أو ممارسة نشاط اقتصادي أو ممارسة مهنة.**

من هذا المنطلق، فإن دراسة مدى فرض مشروع الأمر الحكومي موضوع الاستشارة الحالية لشروط كمية أو نوعية من خلال ضبط شروط وإجراءات منح اللزمات ومتابعة تنفيذها ومراقبتها طبقا لأحكام القانون المتعلق بنظام اللزمات أفضت إلى إبداء الملاحظات التالية:

الملاحظات الشكلية :

- في مستوى الإطلاعات: يقترح التنصيص على رأي مجلس المنافسة ضمن الإطلاعات
- إعادة صياغة الفصلين الأول والثالث والأربعون لتدقيق المرجع القانوني بذكر القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرّخ في 1 أفريل 2008 والمتعلّق بنظام اللّزمات.
- الفصل 28 : تعويض عبارة " العنوان الرابع " ب " الباب الرابع".
- الفقرة الثانية من الفصل 49: تصحيح هذه الفقرة على النحو التالي: " في صورة اللجوء إلى المنافسة عن طريق **طلب** العروض ..." .
- الفصل 50 : اعتماد مصطلحات "هذان المعياران " عوضا عن " هذين المعيارين".

الملاحظات الأصلية:

✓ **الفصل السابع:**

ينص هذ الفصل على إسناد اللزمة "للعارض الذي قدم العرض الأفضل اقتصاديا بالاعتماد على جملة من المعايير ذات الصلة بموضوع اللزمة دون تمييز بين العارضين". و بهدف ضمان احترام المبادئ الأساسية للزمات يقترح تدقيق مفهوم العرض الأفضل اقتصاديا من خلال تعريف هذا المصطلح في علاقة باللزمات على غرار ما أشار إليه المشرع ضمن القانون عدد 49 لسنة 2015 المؤرخ في 27 نوفمبر 2015 (الفصل 13) المتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص. حيث تم تعريف العرض الأفضل اقتصاديا بكونه " العرض الذي ثبتت أفضليته بالاعتماد على جملة من المعايير تتعلق أساسا بالجودة ونوعية الأداء والقيمة الجملية للمشروع والقيمة المضافة و نسبة تشغيلية اليد العاملة التونسية ونسبة تأطيرها ونسبة استعمال المنتوج الوطني واستجابة العرض لمتطلبات التنمية المستدامة ."

✓ **الفصل الحادي عشر:**

يستنتج من هذا الفصل أن اللزمات تمنح بعد الدعوة إلى المنافسة عن طريق طلب عروض مضيق مسبوق بانتقاء أولي أو عن طريق طلب عروض مفتوح بالنسبة للزمات المتعلقة بالمشاريع الصغرى الخاضعة للإجراءات المبسطة. وبالتالي يتبين أن طلب العروض المفتوح يعتمد فقط بالنسبة للمشاريع الصغرى وتم استثناؤه بالنسبة لبقية المشاريع والحال أن طلب العروض المفتوح هو المبدأ لضمان احترام مبدأ المنافسة والمساواة وشفافية الإجراءات وتكافؤ الفرص وهو ما نص عليه الفصل 9 من القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرّخ في 1 أفريل 2008 والمتعلّق بنظام اللّزمات.

و بالتالي يقترح إعادة صياغة هذا الفصل في اتجاه اعتماد مبدأ طلب العروض المفتوح بالنسبة لكل المشاريع.

✓ **الفصل الخامس عشر:**

ينص هذا الفصل على إمكانية تحديد العدد الأدنى و/ أو الأقصى للمترشحين الذين يمكن قبولهم وهو تحديدا كميا يمكن أن يساهم في الحد من المنافسة وبالتالي يقترح إما حذف هذه الإمكانية أو مزيد تدقيق شروطها.

✓ **الفصل العشرون:**

ينص هذا الفصل على أنه يمكن لكل من له مصلحة أو صفة أن يتقدم بتظلم لدى الهيئة العامة للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في أجل لا يتجاوز 15 يوما من تاريخ التصريح بالنتائج.

ويقترح على هذا المستوى تحديد طبيعة القرار الصادر عن الهيئة المذكورة كتحديد آجال قصيرة لإبداء رأيها وأن يتخذ هذا الرأي صبغة تقريرية حتى يتم ضمان مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص.

✓ **الفصل السابع والعشرون:**

ينص هذا الفصل على أنه في حالة اللجوء إلى التفاوض التنافسي يمكن أن ينص نظام طلب العروض على إسناد منحة تعويضية للمترشحين المدعووين للمشاركة في التفاوض والذين لم يتم إسناد عقد اللزمة إليهم ويحدد نظام طلب العروض قيمة المنحة التعويضية جزافيا. ويجب أن لا يتجاوز عدد المترشحين المعنيين بهذه المنحة التعويضية مترشحين اثنين.

ويتبين أن هذا النص لم ينص على الشروط الواجب توفرها ولا على كيفية اختيار المترشحين المعنيين بهذه المنحة مما قد يمس بالمبادئ الأساسية للزمات.

و بالتالي يقترح حذف الفقرة الأخيرة من الفصل 27 أو تدقيق الشروط وكيفية الإختيار.

✓ **الفصل التاسع والثلاثون:**

تضمن هذا الفصل خمس حالات للتفاوض المباشر مخالفا بذلك الفصل العاشر من القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرخ في 01 أفريل 2008 والمتعلق بنظام اللزمات والذي ضبط صور التفاوض المباشر في أربع حالات فقط. وتعين لذلك مطابقة أحكام الفصل 39 لمقتضيات الفصل العاشر المشار إليه بسحب حالة العروض التلقائية من صور التفاوض المباشر.

✓ **الفصل الثاني والأربعون:**

حدد هذا الفصل المعايير المعتمدة لتعريف المشاريع الصغرى الخاضعة لإجراءات مبسطة ومن بينها اللزمات الموجهة للباعثين الشبان التي تكون موضوع منافسة حصرية بين هذه الفئة من المستثمرين.

وعرف هذا الفصل الباعثين الشبان بكونهم أصحاب الشهائد العليا الذين لا تتجاوز أعمارهم ثلاثين سنة في آخر أجل لتقديم العروض والذين يتحملون مسؤولية التصرف في المشروع بصفة شخصية و دائمة.

وانبنى هذا التعريف على شرط العمر(30 سنة) والحال أن مجلة تشجيع الإستثمارات مثلا اعتمدت شرط 40 سنة في تعريفها للباعثين الجدد في ميدان الفلاحة والصيد البحري (الفصل 44). وبالتالي يقترح الاستئناس بهذا الفصل في تحديد شرط السن قصد ضمان التناغم بين النصوص القانونية.

✓ **الفصل الثاني والخمسون:**

تم التنصيص على أنه يمكن أن تسحب الامتيازات المسندة للمشاريع ذات الأهمية الوطنية المنصوص عليها بالعنوان الخامس من الأمر الحكومي عدد 389 لسنة 2017 مؤرخ في 9 مارس 2017 المتعلق بالحوافز المالية لفائدة الاستثمارات المنجزة في إطار قانون الاستثمار على اللزمات ذات الأهمية الوطنية. ويقترح إعادة صياغة الفصل على نحو يتم فيه التنصيص على أن هذه الإمكانية تعتمد كلما توفرت الشروط المستوجبة.

وصدر هذا الرّأي عن الجلسة العامّة لمجلس المنافسة بتاريخ 14 ماي 2020 برئاسة السيّد رضا بن محمود وعضويّة السّيّدات والسّادة محمّد العيّادي وفتحية حماد وريم بوزيّان والخمّوسي بوعبيدي وسالم بالسّعود وأكرم البارودي ومحمّد شكري رجب، والمقرّر العام السّيد محّمد شيخ روحه وأمّن كتابة الجلسة السيّد نبيل السّماتي.

الرّئيس