الجمهوريّة التّونسيّة **الحمد لله**

مجلس المنافسة

الجلسة العامّة

القطاع: الصّفقات العموميّة

الرّأي عدد 182669

الصّادر عن مجلس المنافسة

بتاريخ 4 ماي 2018

إنّ مجلس المنافسة،

بعد الإطّلاع على مكتوب إحالة مصالح مستشار القانون والتّشريع للحكومة إلى وزير التّجارة بتاريخ 27 أفريل 2018 والمتضمّن طلب رأي المجلس في مشروع تنقيح الأمر المتعلّق بالصّفقات العموميّة لإبداء الرّأي فيه، وذلك طبقا لأحكام الفصل 11 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

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

وعلى الأمر الحكومي عدد 1148 لسنة 2016 المؤرّخ في 19 أوت 2016 والمتعلّق بضبط إجراءات وصيغ الإستشارة الوجوبيّة لمجلس المنافسة حول مشاريع النّصوص التّشريعيّة والتّرتيبيّة.

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

وبعد الإطّلاع على ما يفيد استدعاء أعضاء المجلس وفق الصّيغ القانونيّة لجلسة يوم الجمعة 4 ماي 2018،

وبعد التأكّد من توفّر النّصاب القانوني،

وبعد الإستماع إلى المقرّرة السيّدة جميلة الخبثاني في تلاوة تقريرها الكتابي،

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

I- تقديم الملف:

يتبيّن بالإطّلاع على الإستشارة الرّاهنة أنّها تتعلّق بتنقيح الأمر المنظّم للصّفقات العموميّة ويهمّ هذا التّنقيح في واقع الأمر أربعة جوانب .يتعلّق الجانب الأوّل بإقرار مبدأ إبرام الصّفقات والشّراءات العموميّة عبر منظومة الشّراء العمومي على الخطّ "تونيبس"، أمّا الجانب الثّاني فيتعلّق بتدعيم نجاعة الشّراء العمومي وذلك بإحداث صيغة جديدة لتلبية الطّلبات وهي الإتّفاق الإطاري واعتماد طريقة فتح العروض على مرحلتين بالنّسبة لصفقات الدّراسات.

وتجدر الإشارة أنّه بالنّسبة لآليّة الإتّفاق الإطاري فإنّها تعتمد أساسا على التزامات المزوّدين بالأسعار الفرديّة التي تمّ التّوصّل إليها بعد المنافسة لمدّة تتراوح بين سنة و ثلاثة سنوات الأمر الذي يمكّن المشترين العموميّين من اعتماد هذه الأسعار كلّما اقتضت الحاجة إلى ذلك خاصّة بالنّسبة إلى الحاجيّات المتأكّدة.

ويهمّ الجانب الثّالث المعني بالتّعديل المعروض على أنظار المجلس مراجعة نظام التّظلّم وذلك بتوحيد هيئة المتابعة والمراجعة في الصّفقات العموميّة ولجنة فضّ النّزاعات بالحسنى ضمن هيكل واحد وهو لجنة التّظلّم وفضّ النّزاعات.

كما يهمّ الجانب الأخير من التّنقيح إدماج لجنة إقصاء المتعاملين الإقتصاديّين من الصّفقات العموميّة المحدثة بمقتضى الأمر الحكومي عدد 498 لسنة 2016 المؤرّخ في 8 أفريل 2016 المتعلّق بضبط شروط وإجراءات الإقصاء من

الصّفقات العموميّة الذي جاء تطبيقا لمقتضيات الفصل 177 من الأمر المنظّم للصّفقات موضوع التّنقيح المعروض، صلب الأمر المنظّم للصّفقات العموميّة.

II – الملاحظات المتعلّقة بمشروع تنقيح الأمر المتعلّق بالصّفقات العموميّة:

يثير مشروع التّنقيح ملاحظات عامّة وملاحظات خاصّة:

1– الملاحظات العامّة:

* يفضي مشروع تنقيح الأمر المنظّم للصّفقات العموميّة المعروض في جانب منه، إلى إلغاء الأمر عدد الحكومي عدد 498 لسنة 2016 المؤرّخ في 8 أفريل 2016 المتعلّق بضبط شروط وإجراءات الإقصاء من المشاركة في الصّفقات العموميّة وإضافة فصول جديدة صلب الأمر المتعلّق بالصّفقات العموميّة تقتصر على إحداث هذه اللّجنة لدى الهيئة العليا للطّلب العمومي وضبط تركيبتها ومشمولاتها دون الخوض في مختلف إجراءاتها. وتقوم اللّجنة بصفة لاحقة تضمين إجراءات سيرها بدليل إجراءات.

ولئن كان تنقيح الفصل 147 جديد لا يثير بذاته ملاحظات خاصّة باعتبار أنّ فحوى التّنقيح هو إلحاق لجنة إقصاء المتعاملين الإقتصاديّين من الصّفقات العموميّة بالهيئة العليا للطّلب العمومي كما هو منصوص عليه بالفصل 6 من الأمر الحكومي 498 لسنة 2016 المؤرّخ في 8 أفريل 2016 ، فإنّ التوجّه نحو إلغاء هذا الأمر الأخير يثير بعض الإحتراز في ظلّ عدم تنقيح الفصل 177 من الأمر المتعلّق بالصّفقات العموميّة وخاصّة الفقرة الأخيرة منه التي تنصّ على أنّه:" تحدّد طرق ضبط القائمة المذكورة والعقوبات تجاه المشاركين المعنيّين بمقتضى أمر". لذا يقترح الإبقاء على الفصل 147 جديد وحذف كلّ الفصول المضافة للغرض وهي الفصل 177 مكرّر والفصل 177 ثانيا وثالثا ورابعا وخامسا وسادسا وحذف الفقرة الثّانية

من الفصل الخامس المتعلّق بإلغاء الأمر الحكومي سابق عدد 498 لسنة 2016 سابق الذّكر.

وفي هذا الإطار وفي صورة الإبقاء على التوجّه نحو إلغاء الأمر المحدث للجنة الإقصاء وإدماج بعض من مقتضياته صلب الأمر المنظّم للصّفقات العموميّة يقترح:

– ضرورة مطابقة الفصل 177 مكرّر للفصل 13 من الأمر الحكومي عدد 498 لسنة 2016 المؤرّخ في 8 أفريل 2016 المتعلّق بضبط شروط وإجراءات الإقصاء من المشاركة في الصّفقات العموميّة.

– تنقيح الفقرة الأخيرة للفصل 177 سادسا كما يلي:" يعيّن أعضاء اللّجنة بقرار... وتضبط إجراءات سيرها ضمن دليل إجراءات تعدّه اللّجنة وتصادق عليه وتقوم بنشره على موقع الصّفقات العموميّة".

– إضافة فصل يكرّس محتوى الفصل 10 من الأمر سابق الذّكر الذي يقتضي أن: " يتولّى أعضاء سلك مراقبي ومراجعي الطّلب العمومي مهامّ البحث والتّحقيق الخاصّة بأعمال اللّجنة. ويشار إلى أعضاء سلك مراقبي ومراجعي الطّلب العمومي المكلّفين بمهامّ البحث والتّحقيق في هذا الأمر الحكومي بالمراقبين."

– تعديل الفقرة الثّانية من الفصل الخامس من مشروع الأمر المتعلّق بتنقيح الأمر المتعلّق بالصّفقات العموميّة المتعلّقة بإلغاء أحكام الأمر الحكومي عدد 498 لسنة 2016 بالإبقاء على تطبيقه إلى حين إعداد ونشر دليل إجراءات لجنة الإقصاء.

* يقترح إضافة عضو ممثّل عن الهيئة الوطنيّة لمكافحة الفساد إلى تركيبة لجنة إقصاء المتعاملين العموميّين من المشاركة في الصّفقات العموميّة باعتبار ما لها من معلومات هامّة وما اكتسبه أعضاءها من خبرة في مجال الممارسات غير النّزيهة في مجال الصّفقات العموميّة.

* كما يقترح إضافة عضو ممثّل عن مجلس المنافسة إلى تركيبة لجنة التّظلّم وفضّ النّزاعات لما اكتسبه أعضاءه من معرفة بالنّظر لاختصاص المجلس القضائي في مادّة الصّفقات العموميّة تمكّنهم من ضبط أهمّ إشكاليّات إبرام وتنفيذ الصّفقات العموميّة.

2- الملاحظات الخاصّة:

* **إلغاء الفقرة الثّانية من الفصل الخامس وتعويضها** بما نصّه:" يجب تنظيم منافسة في شأن الطّلبات التي تقلّ قيمتها عن المبالغ المشار إليها أعلاه بالإعلان على استشارة عبر منظومة الشّراءات العموميّة على الخطّ بالمنظومة الفرعيّة السّوق الإفتراضيّة وذلك باحترام المبادئ المنصوص عليها بالفصل 6 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرّخ في 13 مارس 2014 وفقا لدليل إجراءات تعدّه الهيئة العليا للطّلب العمومي...". وقصد إضفاء الشّفافيّة والوضوح أمام المشتري العمومي والمزوّد فإنّه يقترح التّنصيص على ضرورة نشر دليل إجراءات الهيئة العليا للطّلب العمومي بالموقع الخاصّ بالصّفقات العموميّة.

كما جاء بالفقرة المذكورة أنّه " لا يتمّ اعتماد منظومة الشّراءات العموميّة على الخطّ بالنّسبة للطّلبات التي تقلّ عن مبالغ يتمّ تحديدها بدليل الإجراءات المنصوص عليه بالفقرة الثّانية من هذا الفصل وفي حالات التّعذّر الفنّي على معنى الفصل 77 (فقرة جديدة)."

وبالرّجوع إلى الفصل 77 فقرة جديدة فإنّ المصطلح المعتمد هو "حالات التعذّر الفنّي الطّارئة"، لذا يقترح توحيد المصطلحات المعتمدة مع تحديد المفاهيم كبيان حالات التعذّر.

*** الفصل 8 (فقرة ثالثة جديدة):**

استوجبت هذه الفقرة الجديدة أن يتولّى المشتري العمومي إشهار المخطّط التّقديري وجوبا ودون مقابل على موقع الصّفقات العموميّة بالهيئة العليا للطّلب العمومي وعلى منظومة الشّراء العمومي على الخطّ تونيبس خمسة عشر يوما على الأقلّ قبل الشّروع في إجراءات إبرام الصّفقات باستثناء حالات التّأكّد.

ويقترح في خصوص هذا الفصل توضيح مصطلح "حالات التأكّد" باعتبار ما يكتسيه من غموض.

*** الفصل 32 (جديد):**

اقتضى هذا الفصل ما نصّه:"... يمكن لكلّ مشارك محتمل اعتبر البنود المضمّنة بكرّاسات الشّروط مخالفة للأحكام الواردة بالفقرة الأولى من هذا الفصل، أن يتظلّم لدى الهيئة العليا للطّلب العمومي... في أجل أقصاه عشرة أيّام من تاريخ... ويخفّض إلى خمسة أيّام..."

وفي الواقع فإنّ إسناد التظلّم في هذا الجانب إلى الهيئة العليا للطّلب العمومي دون تحديد إجراءاته ومآله والقرارات الممكن اتّخاذها ومدى إلزاميّتها يحدث إزدواجيّة في هياكل التظلّم وهو ما يعارض التوجّه العامّ لمشروع التّنقيح الذي يرمي إلى توحيد هياكل التظلّم كما يحدث فراغا في مجال ما سيؤول إليه هذا التظلّم. لذا يقترح إمّا الإحالة إلى لجنة التّظلّم وفضّ النّزاعات أو في حالة الإبقاء على اختصاص الهيئة العليا للطّلب العمومي تحديد إجراءات ومآل التظلّم ومدى إلزاميّة القرار المتّخذ.

*** الفصل 181 (جديد):**

أحدث هذا الفصل لجنة التظلّم وفضّ النّزاعات لتتولّى النّظر في العرائض المتعلّقة بإبرام الشّراءات والصّفقات العموميّة وتلك المتعلّقة بالبحث عن عناصر الإنصاف التي يمكن اعتمادها للوصول إلى فضّ النّزاع بالحسنى في الخلافات المتعلّقة بتنفيذ الصّفقات العموميّة وبيّن أنّ آراءها تكتسي صبغة استشاريّة.

وفي الحقيقة فإنّ إضفاء الصّبغة الإستشاريّة لآرائها في عملها المتعلّق بفضّ النّزاعات بالحسنى بشأن تنفيذ الصّفقات يبدو في رأينا وجيها، على أنّ سحب هذه الصّبغة على ما تبديه من قرارات عند النّظر في العرائض المتعلّقة بإبرام الشّراءات والصّفقات العموميّة قد يجعل منها لجنة دون فاعليّة بما تنعدم معه كلّ جدوى من تقديم عريضة لديها هذه اللّجنة والحال أنّ قراراتها غير ملزمة للمشتري العمومي.

كما تتعارض هذه المقتضيات مع الفقرة الأخيرة من الفصل 184 (جديد) التي تقتضي أن يتولّى المشتري العمومي تعليق إجراءات إبرام وتبليغ الطّلبيّة أو الصّفقة بطلب من رئيس اللّجنة إذا كانت المطاعن تبدو في ظاهرها جديّة ومن شأن مواصلة إجراءات الإبرام أن يتسبّب في نتائج يصعب تداركها، فكيف للمشتري العمومي أن يطبّق طلبا استعجاليّا بتعليق إجراءات الصّفقة في انتظار قرار غير ملزم وذو طبيعة إستشارية.

لذا وقصد الجمع بين السّرعة في اتّخاذ القرار ونجاعة عمل اللّجنة ورفع التّضارب، يقترح:

– أوّلا حذف ما يلي من الفقرة الأخيرة من الفصل 184 جديد : "ومن شأن مواصلة إجراءات الإبرام أن يتسبّب في نتائج يصعب تداركها." وذلك نظرا إلى أنّ هذه الشّروط ذات طبيعة قضائيّة لا يمكن تطبيقها واعتمادها بالنّسبة إلى لجنة استشاريّة والإكتفاء بالتّأكيد على جدّية الأسباب سند التّظلّم.

– ثانيا إضافة مقتضيات تأكّد على أنّه في حالة توصّل اللّجنة إلى صحّة ووجاهة المطاعن موضوع التظلّم في خصوص إجراءات إبرام الصّفقة، فإنّها ترفع تقريرا معلّلا إلى المشتري العمومي أو الهيكل المعني بالصّفقة تضمّنه رأيها بخصوص

التّظلّم المرفوع أمامها الذي يعود إليه اتّخاذ القرار إمّا بمواصلة إجراءات الصّفقة أو إعادة النّظر في إجراءاتها أو إيقافها واتّخاذ إجراءات جديدة.

كما نصّت الفقرة الأخيرة من الفصل 181 جديد على أنّه تتولّى لجنة التّظلّم وفضّ النّزاعات نشر آرائها بصفة دوريّة دون تحديد لهذه الدّوريّة. لذا يقترح تحديد هذا الجانب وتوضيحه.

*** الفصل 77 (فقرة أخيرة):**

تمّت إضافة هذه الفقرة لبيان مرحليّة تطبيق إجباريّة اعتماد منظومة الشّراء على الخطّ "تونيبس" من قبل مختلف المشترين العموميّين. وقد أقرّ هذا الفصل تاريخ 1 سبتمبر 2018 بالنّسبة إلى الوزارات والمؤسّسات التي لا تكتسي صبغة إداريّة والمنشآت العموميّة وتاريخ 1 سبتمبر 2019 بالنّسبة إلى المؤسّسات العموميّة والجماعات المحليّة.

وباعتبار أنّ هذه المقتضيات ظرفيّة تتعلّق ببداية تطبيق الإجراء، فإنّه يقترح إدراج هذه المقتضيات ضمن الأحكام الإنتقاليّة.

وصدر هذا الرّأي عن الجلسة العامّة لمجلس المنافسة بتاريخ 4 ماي 2018 برئاسة السيّد رضا بن محمود وعضويّة السّادة عمر التّونكتي والخموسي بوعبيدي وسالم بالسّعود وخالد السلاّمي وأكرم الباروني والسيّدة ريم بوزيّان وبحضور المقرّر العام السيّد محمّد شيخ روحه وكاتب الجلسة السيّد نبيل السماتي.

الرئيس