الجمهوريّة التّونسيّة **الحمد لله**

مجلس المنافسة

الجلسة العامّة

القطاع: الشّراكة بين القطاع العام والقطاع الخاصّ

الرّأي عدد 162589
الصّادر عن مجلس المنافسة
بتاريخ 31 مارس 2016

إنّ مجلس المنافسة،

بعد الإطّلاع على مكتوب وزير التّجارة المؤرّخ في 19 فيفري 2016 والمرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 23 فيفري 2016 تحت عدد 162589، والمتضمّن طلب رأي المجلس في شأن مشروع أمر حكومي يتعلّق بضبط شروط وإجراءات منح عقود الشّراكة بين القطاع العام والقطاع الخاصّ، 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 عدد 370 لسنة 2006 المؤرّخ في 3 فيفري 2006 والمتعلّق بضبط إجراءات وصيغ الاستشارة الوجوبيّة لمجلس المنافسة حول مشاريع النّصوص الترتيبيّة،

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 الخميس 31 مارس 2016،

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:

√ – الإطار العام للإستشارة:

يندرج مشروع الأمر في إطار تطبيق أحكام الفصول 15 و18 و39 من القانون عدد 49 لسنة 2015 المؤرّخ في 27 نوفمبر 2015 والمتعلّق بعقود الشّراكة بين القطاع العام والقطاع الخاصّ. ويتعلّق مشروع الأمر بصفة خاصّة بضبط:

- شروط وإجراءات الدّراسة التّقييميّة والدّراسة المسبقة وكيفيّة إبداء الرّأي بشأنهما.
- العروض التّلقائيّة.
- إسناد عقد الشّراكة على أساس الأفضل اقتصاديّا.
- التّنصيصات الوجوبيّة لعقد الشّراكة.
- إعداد ملخّص عقود الشّراكة ونشره ونزاهة عقود الشّراكة.

√ – الإطار التّشريعي والتّرتيبي:

– القانون عدد 49 لسنة 2015 المؤرّخ في 27 نوفمبر 2015 والمتعلّق بعقود الشّراكة بين القطاع العام والقطاع الخاصّ.

√ – المحتوى المادّي لمشروع الأمر:

يحتوي مشروع الأمر موضوع الإستشارة على 77 فصلا تمّ تبويبها على النّحو التّالي:

العنوان الأوّل: أحكام عامّة

العنوان الثّاني: في طرق إسناد عقود الشّراكة وإجراءاتها

الباب الأوّل: في الدّراسة المسبقة

الباب الثّاني: في الدّراسة التّقييميّة

الباب الثّالث: في إبداء الرّأي بخصوص الدّراسات

العنوان الثّالث: في طرق إبرام عقود الشّراكة

الباب الأوّل: في إجراءات طلب العروض المضيّق

الباب الثّاني: في فتح وفرز التّرشّحات والعروض وتقييمها

الباب الثّالث: في التّفاوض التنافسي

الباب الرّابع: مآل الدّعوة للمنافسة

الباب الخامس: في عقد الشّراكة عن طريق التّفاوض المباشر

الباب السّادس: في العروض التّلقائيّة

العنوان الرّابع: في إسناد عقد الشّراكة على أساس العرض الأفضل اقتصاديّا

العنوان الخامس: في التّنصيصات الوجوبيّة لعقد الشّراكة

العنوان السّادس: في إعداد ملخّص عقود الشّراكة ونشره

العنوان السّابع: في نزاهة عقود الشّراكة

العنوان الثّامن: أحكام ختاميّة

II – الشّراكة بين القطاع العامّ والقطاع الخاصّ:

تعدّ الشّراكة بين القطاعين العام والخاص أحد الوسائل الأساسيّة التي يمكن أن تساهم في تمويل المرافق العموميّة والمشاريع الكبرى في مجال البنية الأساسيّة. كما أنّها تمثّل أحد وسائل التّثمين الإقتصادي للملك العمومي. كما تمثّل بالتّالي آلية من آليّات التصرّف الحديث في المرافق العموميّة وإنشاء مشاريع البنية الأساسيّة الضّخمة في مجال الخدمات. وترتكز أساسا على تفويض مهمّة تصريف شؤون مرفق من المرافق العموميّة أو استغلال أو استعمال أملاك أو معدّات عموميّة من قبل السّلطات العموميّة لفائدة مستثمرين خواصّ أو عموميّين.

ويستنتج ممّا سبق أنّ مفهوم الشّراكة هو مفهوم واسع يستوعب العديد من الآليات لتكريسها من بينها عقود اللّزمة وعقود الشّراكة واتّفاقيّات الإستثمار[1] وعقود الاستثمار[2] وغيرها من الآليات التي يمكن أن تجسّد مفهوم الشّراكة بين القطاع العامّ والقطاع الخاصّ.

وفي هذا الإطار، يعرّف عقد الشّراكة بين القطاع العام والقطاع الخاصّ حسب الفصل الثّالث من القانون عدد 49 لسنة 2015 المؤرّخ في 27 نوفمبر 2015 بأنّه عقد كتابي يعهد بمقتضاه شخص عمومي إلى شريك خاصّ بمهمّة شاملة تتعلّق كلّيا أو جزئيّا بتصميم وإحداث منشآت أو تجهيزات أو بنى تحتيّة ماديّة أو لا ماديّة ضروريّة لتوفير مرفق عامّ. ويشمل العقد التّمويل والإنجاز أو التّغيير والصّيانة وذلك بمقابل يدفع إلى الشّريك الخاصّ من قبل الشّخص العمومي طيلة مدّة العقد طبقا للشّروط المبيّنة به ولا يشمل عقد الشّراكة تفويض التّصرّف في المرفق العام.

وقد ألغى القانون سابق الذّكر القانون التّوجيهي عدد 13 لسنة 2007 المؤرّخ في 19 فيفري 2007 المتعلّق بإرساء الإقتصاد الرّقمي الذي كان أوّل فرصة لتكريس مبدأ الشّراكة بين القطاعين العامّ

[1] يذكر في هذا الإطار مثال االتفاقية الاستثمار مع مؤسسة مالية بحرينية وهي بيت التمويل الخليجي لغاية إنشاء مرفإ مالي بمنطقة الحسيان قرب قلعة الأندلس من ولاية أريانة.

[2] قانون عدد 12 لسنة 2015 مؤرّخ في 11 ماي 2015 يتعلّق بإنتاج الكهرباء من الطّاقات المتجدّدة.

والخاصّ من خلال إبرام اتّفاقيّات شراكة في مجال الإقتصاد الرّقمي عن طريق صيغ تعتمد على مبادئ المساواة في معاملة المشاركين وشفافيّة الإجراءات.

ويستوجب في نفس السّياق تمييز الشّراكة عن مفاهيم أخرى من بينها الصّفقة العموميّة وهي عقد كتابي بمقابل يلتزم بمقتضاه صاحب الصفقة، عمومي أو خاص، إزاء المشتري العمومي بإنجاز أشغال أو التزويد بمواد أو إسداء خدمات أو إعداد دراسات وتحمّل المخاطر المتعلّقة بعقد الصّفقة العموميّة على كاهل الشّخص العمومي الذي يبقى صاحب المشروع كما أنّ تمويل المشروع ينقسم إلى أقساط تدفع من طرف الشّخص العام مقابل إنجاز فعلي وهو ما يتعارض مع ما هو معمول به في عقد الشّراكة بين القطاع العامّ والقطاع الخاصّ.

كما يستوجب تمييز عقود الشّراكة عن الخوصصة التي تعتبر نقل للملكيّة العموميّة ونقل التّصرّف من القطاع العامّ إلى القطاع الخاصّ لبعض الأنشطة الصّناعيّة والتّجاريّة وكذلك نقل المنشآت من القطاع العامّ إلى القطاع الخاصّ من خلال تخلّي الدّولة عن جزء أو جميع الأسهم التي كانت بحوزتها لفائدة الخواصّ.

وتختلف اللّزمة وإن كانت نوع من أنواع الشّراكة بين القطاعين العام والخاصّ عن عقد الشّراكة باعتبارها وتطبيقا للفصل الثّاني من القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرّخ في 1 أفريل 2008 المتعلّق بنظام اللّزمات، عقد يفوض بمقتضاه شخص عمومي يسمى "مانح اللزمة"، لمدة محدّدة، إلى شخص عمومي أو خاص يسمى "صاحب اللّزمة"، التصرف في مرفق عمومي أو استعمال واستغلال أملاك أو معدات عمومية وذلك بمقابل يستخلصه لفائدته من المستعملين حسب الشروط التي يضبطها العقد. يمكن أن يكلف صاحب اللزمة أيضا بإنجاز أو تغيير أو توسيع بنايات ومنشآت وتجهيزات أو اقتناء ممتلكات لازمة لإنجاز موضوع العقد. يمكن أن يرخص العقد لصاحب اللزمة في إشغال أجزاء من الملك الراجع لمانح اللزمة بهدف إنجاز أو تغيير أو توسيع البنايات والمنشآت والتجهيزات المشار إليها.

وتتضمّن اللّزمة أهمّ مبادئ الشّراكة بين القطاع العام والقطاع الخاصّ وهي مبدأ الدّعوة إلى المنافسة وشفافيّة الإجراءات وتقاسم المخاطر وتختلف عن عقود الشّراكة باعتبار الأخيرة لا تشمل تفويضا للتّصرّف في المرفق العامّ كما أنّ استرجاع الخواصّ للتّمويلات المنفقة في إطار عقود الشّراكة لا تسترجع من مستعملي المرفق العمومي كما هو الشّأن بالنّسبة إلى اللّزمة وإنّما من خلال مقابل يدفع إلى الشّريك الخاصّ من قبل الشّخص العمومي طيلة مدّة العقد طبقا للشروط المبيّنة به.

III– الملاحظات:

تثير استشارة الحال الملاحظات العامّة والملاحظات الخاصّة التّالية:

الملاحظات العامّة:

* ورد ضمن اطّلاعات مشروع الأمر القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرّخ في 29 جويلية 1991 المتعلّق بالمنافسة والأسعار والحال أنّه تمّ إلغاؤه لذا يقترح تعويضه بالقانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار. كما ورد ضمن الإطّلاعات الأمر عدد 388 لسنة 2008 المؤرّخ في 11 فيفري 2008 والمتعلّق بتشجيع الباعثين الجدد والمؤسّسات الصّغرى والمتوسّطة والمؤسّسات الصّغرى والمهن الصّغرى والحال أنّه تمّ تنقيحه وإتمامه في مناسبتين بالأمر عدد 36 لسنة 2009 المؤرّخ في 13 جانفي 2009 والأمر عدد 2753 لسنة 2009 المؤرّخ في 28 سبتمبر 2009.

* تسرّب خطأ في تسلسل ترقيم أبواب العنوان الثّالث من مشروع الأمر المعروض للإستشارة لذا يقترح إصلاح هذا الخطأ.

* لم يتمّ مدّ المجلس بالنّسخة الفرنسيّة من مشروع الأمر المعروض للإستشارة.

* ورد بمشروع الأمر المعروض للإستشارة عبارات التّشريع الجاري به العمل والأحكام التّشريعيّة الجاري بها العمل دون تحديدها. وقد استقرّ عمل المجلس على ضرورة الإفصاح عن المراجع التّشريعيّة والتّرتيبيّة الخاصّة والعامّة التي يستند إليها عمل الإدارة لما في الإغفال عن ذلك من حجب للإطار التشريعي والتّرتيبي عن المتعاملين مع الإدارة ومن تقليص لحظوظ إعمال المنافسة.

الملاحظات الخاصّة:

الفصل 17:

يقترح حذف عبارة "واستغلال" من المطّة الثّانية باعتبار أنّ عقد الشّراكة لا يمتدّ إلى الإستغلال.

الفصل 29:

أحال هذا الفصل إلى الفصل 29 في حين وجبت الإحالة إلى الفصل 28 من هذا الأمر الحكومي. لذا يقترح إصلاح الخطأ.

الفصل 61:

أحال هذا الفصل إلى الفصل 27 في حين وجبت الإحالة إلى الفصل 26 من هذا الأمر الحكومي. لذا يقترح إصلاح الخطأ.

وصدر هذا الرّأي عن الجلسة العامّة لمجلس المنافسة بتاريخ 31 مارس 2016 برئاسة السيّد الحبيب جاء بالله وعضويّة السيّدات والسّادة سلوى بن والي وإيناس معطر حرم الوكيل وعماد الدّرويش وماجدة بن جعفر ومحمّد بن فرج والهادي بن مراد وأمّن كتابة الجلسة السيّد نبيل السماتي.

الرئيس