الجمهورية التّونسية **ا حمد لله**

مجلس المنافسة

الجلسـة العامّـة

*****الملف الإستشاري *****

عـدد 202759

الموضوع : مشروع أمر حكومي يتعلّق بضبط النّظام القانوني لإبرام الصّفقات العموميّة للجماعات المحلّية وتنفيذها ومراقبتها

القطاع : الصّفقات العموميّة.

الرّأي عدد 202759

الصّادر عن مجلس المنافسة

بتاريخ 29 ديسمبر 2020

إنّ مجلس المنافسة،

بعد الاطّلاع على مكتوب وزير التّجارة وتنمية الصادرات المرسّم بتاريخ 30 ديسمبر 2020 والمتضمّن طلب رأي المجلس حول مشروع أمر حكومي يتعلق بضبط النظام القانوني لإبرام الصفقات العمومية للجماعات المحلية وتنفيذها ومراقبتها.

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 الثلاثاء 29 ديسمبر 2020.

وبعد التأكّد من توفّر النّصاب القانوني.

وبعد الاستماع إلى المقرّر السيّد ذياب غانمي في تلاوته لتقريره الكتابي.

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

أولا– تقديم الملف الاستشاري :

– الإطار العام للاستشارة :

يندرج مشروع القرار موضوع الاستشارة الرّاهنة في إطار الاستشارة 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 مؤرخ في 19 أوت 2016 المتعلق بضبط إجراءات وصيغ الاستشارة الوجوبيّة على أنّه "يقصد بمشاريع النّصوص التّشريعيّة 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 المضمّنة بملف الاستشارة، فإنّ مشروع الأمر الحكومي الحالي يهدف إلى ضمان انسجام الإطار القانوني لإبرام الصّفقات العموميّة للجماعات المحليّة وتنفيذه ومراقبتها مع المتغيّرات الدّستورية والقانونيّة الخاصّة بالجماعات المحليّة.

فقد نصّ دستور 27 جانفي 2014 في فصله 132 على إسناد حرية تدبير الشّأن المحلي لمجالس الجماعات المحليّة بمختلف أصنافها. وصدر القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 المؤرّخ في 9 ماي

2018 المتعلّق بمجلّة الجماعات المحليّة بهدف ضبط القواعد المتعلّقة بتنظيم هياكل السّلطة المحليّة وصلاحياتها وطرق تسييرها وفقا لآليات الدّيمقراطيّة التّشاركيّة بما يحقّق اللّامركزيّة والتّنمية الشّاملة والعادلة والمستدامة في إطار وحدة الدّولة، وتمّ إقرار المنهج التّشاركي في وضع مخطّط التّنمية المحلّية.

ونصّ الفصل 102 من القانون المذكور على أنّه " مع مراعاة أحكام هذا القانون، تبرم صفقات التّزود بمواد وخدمات والدّراسات والأشغال من قبل الجماعات المحليّة على أساس مبادئ حريّة المشاركة والمنافسة والشفافيّة والمساواة وتكافؤ الفرص والنّزاهة. يضبط النّظام القانوني لإبرام وتنفيذ ومراقبة الصّفقات العموميّة للجماعات المحلّية بأمر حكومي بناء على رأي المجلس الأعلى للجماعات المحلّية ورأي المحكمة الإداريّة العليا."

وتقوم الفلسفة الجديدة للّامركزية على جعل الجماعة المحلّية هيكلا فاعلا في دفع نسق التّنمية محلّيا ووطنيّا. وبما أنّ الصّفقات التي تبرمها الجماعات المحلّية هي من أهم أدوات تنفيذ مخطّطات التّنمية المحلّية، فإنّ مشروع الأمر الحكومي راعى في مجمل أحكامه الضّوابط التي وضعتها المجلّة وخاصّة في فصليها 105 و106.كما أنّ المصادقة على عقود صفقات الجماعات المحلّية أسندتها مجلّة الجماعات المحلّية للمجلس البلدي وللمجلس الجهوي حسب الفصلين 217 و313، فيما خوّلت لرئيس الإقليم صلاحيّة اتّخاذ القرارات التي يراها في خصوص صفقات الإقليم.

وفي هذا الإطار، تضمّن مشروع الأمر الحكومي أحكاما تتعلّق أساسا بـ :

- ضبط أسقف الصّفقات.
- تدعيم مبادئ الشفافية والحوكمة المفتوحة.
- حفز مكوّنات الاقتصاد المحلي.
- النّهوض بالتّشغيل اللّائق والمساهمة في معالجة البطالة.
- الرقابة الذّاتيّة من قبل هياكل مجالس الجماعات المحليّة على الصّفقات الخاصّة بها.
- تبسيط الإجراءات الخاصّة بالضّمانات الماليّة.
- إرساء آليّة لفضّ النّزاعات.

– ا تو ى المادّي لمشروع القرار:

تضمّن الملف الاستشاري الوارد عن وزير التّجارة وتنمية الصّادرات نسخة من مشروع الأمر الحكومي باللّغتين العربيّة والفرنسيّة ومذكّرة في شرح الأسباب. ويحتوي مشروع الأمر الحكومي موضوع الاستشارة على 163 فصلا تمّ إدراجها ضمن سبعة عناوين على النّحو التّالي:

- العنوان الأوّل: أحكام عامّة
- العنوان الثاني: في إعداد الصّفقات العمومية للجماعات المحلّية
- الباب الثالث: في إبرام الصّفقات العمومية للجماعات المحلّية
- العنوان الرابع: في تنفيذ الصّفقات العمومية للجماعات المحلّية
- العنوان الخامس : في الأحكام الخاصّة ببعض أنواع الصّفقات العموميّة للجماعات المحلّية
- العنوان السادس: في حوكمة الصّفقات العموميّة للجماعات المحلّية
- العنوان السابع : في الأحكام الانتقاليّة والختاميّة

ثانيا :الجماعات ا لمّية في المنظومة التشريعيّة الجديدة:

أولى الدّستور التّونسي أهمّية بالغة للسّلطة المحلّية، وتضمّن بابه السّابع العديد من الأحكام من أهمّها:

- قيام السّلطة المحلّية على أساس اللّامركزية التي تتجسّد في جماعات محلّية تديرها مجالسُ منتخبة، تتكوّن من بلديّات وجهات وأقاليم، تتمتّع بالشّخصيّة القانونيّة وبالاستقلاليّة الإداريّة والماليّة، وتدير المصالح المحلّية وفقا لمبدأ التّدبير الحر.
- تتمتّع الجماعات المحلّية بصلاحيات ذاتيّة وصلاحيات مشتركة مع السّلطة المركزيّة وصلاحيات منقولة منها. وتوزّع الصّلاحيات المشتركة والصّلاحيات المنقولة استنادا إلى مبدأ التّفريع.
- تتمتّع الجماعات المحلّية بسلطة ترتيبيّة في مجال ممارسة صلاحياتها.
- للجماعات المحلّية موارد ذاتيّة، وموارد محالة إليها من السّلطة المركزيّة، وتكون هذه الموارد ملائمة للصّلاحيات المسندة إليها قانونا. كلّ إحداث لصلاحيات أو نقل لها من السّلطة المركزيّة إلى الجماعات المحلّية، يكون مقترنا بما يناسبه من موارد.
- للجماعات المحلّية في إطار الميزانيّة المصادق عليها حرّية التّصرف في مواردها حسب قواعد الحوكمة الرّشيدة وتحت رقابة القضاء المالي.

- تخضع الجماعات المحلّية فيما يتعلّق بشرعيّة أعمالها للرّقابة الإداريّة والقضائيّة اللّاحقة.
- تعتمد الجماعات المحلّية آليات الدّيمقراطيّة التّشاركيّة، ومبادئ الحوكمة المفتوحة.
- المجلس الأعلى للجماعات المحلّية هيكل تمثيلي لمجالس الجماعات المحلّية.
- ينظر المجلس الأعلى للجماعات المحلّية في المسائل المتعلّقة بالتّنمية والتّوازن بين الجهات، ويبدي الرّأي في مشاريع القوانين المتعلّقة بالتّخطيط والميزانيّة والماليّة المحلّية.
- يبتّ القضاء الإداري في جميع النّزاعات المتعلّقة بتنازع الاختصاص التي تنشأ فيما بين الجماعات المحلّية، وبين السّلطة المركزيّة والجماعات المحلّية.

وقد أقرّ القانون عدد 29 لسنة 2018 المؤرّخ في 9 ماي 2018 المتعلّق بمجلّة الجماعات المحليّة مبدأ التّدبير الحر للجماعات المحلّية، وتعدّ هذه الأخيرة على معنى الفصل 2 من نفس القانون ذوات عموميّة تتمتّع بالشّخصيّة القانونيّة والاستقلاليّة الإداريّة والماليّة.

وقد أحدث الفصل 61 من القانون المذكور هيئة عليا للماليّة المحليّة تحت إشراف المجلس الأعلى للجماعات المحليّة تنظر في كلّ المسائل المتعلّقة بالماليّة المحلّية ودعمها وتعصيرها وحسن التصرّف فيها وفقا لقواعد الحوكمة الرّشيدة، وبما من شأنه أن يدعم الاستقلاليّة الماليّة وأن يقلّص من التّفاوت بينها.

وبحسب مقتضيات القانون لا تخضع الجماعة المحلّية لأيّ نوع من أنواع الرّقابة المسبّقة، في حين تخضع للرّقابة اللاّحقة من قبل مصالح التّفقّد والرّقابة الماليّة ومحكمة المحاسبات، حيث ينصّ الفصل 197 من القانون المبيّن أعلاه أنّه:"يمكن الطّعن في القرارات الصّادرة في مجال إعداد وتنفيذ وتوازن الميزانيّة لدى هيئة محكمة المحاسبات المختصّة ترابيا من طرف ممثل السّلطة المركزيّة أو المطالبين بالضّرائب المحلّية بالجماعة المحليّة المعنيّة. ويتمّ الطّعن وفقا للإجراءات المنصوص عليها بالفصل 94 من هذا القانون."

وبالإضافة إلى ما سبق، يقتضي الفصل 198 أن تقوم السّلطة المركزيّة بتكليف مصالح التفقّد والرّقابة الماليّة بإجراء مراقبة لاحقة لمدى تقيّد الجماعة المحلّية بمقتضيات القانون والتّراتيب الماليّة.

وتشكّل الصّفقات العموميّة أهم مستوجبات الإنفاق العمومي عامّة، وهي أداة مهمّة لتشجيع الاستثمار الذي يولّد فرص العمل والتّنمية، وهي بذلك أداة للسّياسة العامّة للتّنمية المحلّية والإقليميّة خاصّة في السّياق الحالي.

في هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أنّ الصّفقات العموميّة تمثّل سنويا، خلال السّنوات الأخيرة، في حدود 14٪ من النّاتج المحلي الإجمالي وأكثر من 40٪ من ميزانيّة الدّولة. وتعتبر الجماعات المحلّية من أهمّ المشترين العموميّين ومع ذلك فإنّ معظم الصّفقات وخا□ة الهامّة منها والمخصّصة للبلديّات والجهات تنظّمها الإدارات المركزيّة. ومن هذا المنطلق تظهر أهمّية العلاقة بين السّلطات المحلّية والصّفقات العموميّة. ومن هنا تبرز أهمّية وضع إطار ترتيبي ينظّم النّظام القانوني لإبرام وتنفيذ □فقات الجماعات المحلّية يتلاءم مع المتغيّرات الدّستوريّة والتّشريعيّة ويستجيب لمتطلّبات مبادئ الاستقلاليّة والتّدبير الحرّ والرّقابة اللاّحقة.

ثالثا– الملاحظات:

نصّ الفصل 11 من قانون إعادة تنظيم المنافسة و الأسعار على استشارة مجلس المنافسة وجوبا حول مشاريع النّصوص التشريعيّة والتّرتيبيّة التّي تهدف مباشرة إلى فرض شروط خاصّة لممارسة نشاط اقتصادي أو مهنة أو تضع قيودا من شأنها أن تعرقل الدّخول إلى سوق معينة.

وبحسب الفصل الثاني من الأمر الحكومي عدد 1148 لسنة 2016 مؤرخ في 19 أوت 2016 المتعلّق بضبط إجراءات وصيغ الاستشارة الوجوبيّة، فإنّ المقصود بمشاريع النّصوص التشريعيّة والترتيبيّة المنصوص عليها بالفصل 11 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المشار إليه أعلاه هي مشاريع القوانين والأوامر الحكوميّة والقرارات وكرّاسات الشروط التي تهدف إلى فرض شروط كميّة أو نوعيّة للدّخول إلى السّوق أو ممارسة نشاط اقتصادي أو ممارسة مهنة.

وقد أفضت دراسة مشروع الأمر الحكومي موضوع الاستشارة إلى إبداء الملاحظات التّالية:

1– ملاحظات عامّة (بخصوص اختيار الصياغة والمحتوى):

سبق وأن تمّت استشارة مجلس المنافسة حول مشروع أمر حكومي يتعلّق بضبط النّظام القانوني لإبرام وتنفيذ ومراقبة الصّفقات العموميّة للجماعات المحليّة. واتّجه المجلس في رأيه عدد 192711 الصّادر بتاريخ 17 جانفي 2019 إلى أنّ الأمر المعروض للاستشارة، والذي جاء في شكل أمر منقّح ومتمّم للأمر عدد 1039 لسنة 2014 المتعلّق بتنظيم الصّفقات العموميّة، حاد عن الموضوع وعن الهدف من إصداره. كما اعتبر المجلس أنّ النّص المعروض على حاله لا يمكن من ضبط إطار واضح لصفقات هذه الجماعات المحلّية بما يكرّس استقلاليّتها ويتلاءم مع أحكام القانون الأساسي المنظّم لها والذي يلغى أي شكل من أشكال الرّقابة المسبّقة (الفصل 164) ويدعم الرّقابة اللاّحقة. واقترح المجلس إعادة النّظر في مشروع الأمر في اتّجاه

وضع تصوّر عام وواضح لطريقة إبرام وتنفيذ ومراقبة الصّفقات العموميّة الخاصّة بالجماعات المحلّية يكرّس خصوصيّة واستقلاليّة الجماعة المحلّية وطبيعة الصّلاحيات الموكولة لها وخصوصيّة الهياكل وخاصّة المجلس الأعلى للجماعات المحلّية والهيئة العليا للجماعات المحلّية باعتبار أن توجّه القانون هو اعتماد نصّ خاصّ منفصل عن الأمر المتعلق بالصّفقات العموميّة الجاري به العمل.

وبخصوص استشارة الحال، يتبيّن أن الخيار التّرتيبي اتّجه إلى اعتماد نصّ شامل ومتكامل يكون المرجع الوحيد للقواعد المنظّمة للصّفقات العموميّة الخاصّة بالجماعات المحلّية، وذلك بنقل القواعد والمبادئ والإجراءات المنظّمة بمقتضى الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 المتعلّق بتنظيم الصّفقات العموميّة، مع إدراج الخصوصيّات التّي تهم النّظام القانوني لإبرام الصّفقات العموميّة للجماعات المحلّية وتنفيذها ومراقبتها انسجاما مع مبدأ استقلاليّة الجماعات المحلّية والتّدبير الحرّ والرّقابة اللّاحقة.

وأدّى هذا الخيار إلى اعتماد مشروع نصّ مطوّل تضمّن نقلا للعديد من القواعد الواردة بالأمر عدد 1039 المنظّم للصّفقات العموميّة، وقد انعكس هذا الخيار على محتوى مشروع الأمر المعروض من خلال تضمّنه بعض الأحكام المتناقضة التي برزت كما يلي:

- تضمّن مشروع الأمر الحكومي في الفقرة الثّالثة من الفصل الثّاني منه أنه "مع مراعاة الأحكام الواردة بهذا الأمر الحكومي، تنطبق أحكام الفصل 2 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرّخ في 13 مارس 2014 المتعلق بتنظيم الصّفقات العموميّة على الصّفقات العموميّة للجماعات المحلّية".وتتعلق أحكام الفصل 2 المشار إليها بتعريف بعض المفاهيم، غير أنّ مشروع الأمر تضمّن في فصله الأوّل إدراجا لمحتوى الفصل 2 موضوع الإحالة.
- تمّ التّنصيص ضمن الفصل 77 من مشروع الأمر الحكومي على أنّه يتعين على الجماعات المحلّية اعتماد منظومة للشّراء على الخط"تونبس" لإنجاز مختلف العمليّات الخاصّة بالصّفقات التي تتولّى إبرامها وفقا لأحكام الفصول 77 إلى 82 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 المتعلق بتنظيم الصّفقات العموميّة.
- تضمّن المشروع في العنوان السّابع المتعلّق بالأحكام الانتقاليّة وبالتّحديد في الفصل 161 أنّ أحكام الأمر عدد 1039 المذكور لا تنطبق على الصّفقات العموميّة للجماعات المحلّية.

ويتبيّن جليّا من هذه المقتضيات وجود تناقض بين أحكام الفصلين 2 و77 من جهة وأحكام الفصل 161 من جهة ثانية، وهو ما يعكس تردّدا وتذبذبا واضحين بين إعادة إدراج كل التّنصيصات بما في ذلك الواردة في الأمر المنظّم للصّفقات العموميّة والرّغبة في التّخلّي نهائيّا عن تطبيق أحكام هذا الأمر والتوجّه لاعتماد الإحالة للأمر المنظّم للصّفقات بخصوص المفاهيم والإجراءات والقواعد العامّة والتّركيز فقط على القواعد الخاصّة بصفقات الجماعات المحلّية المستجيبة للهدف من إصدار هذا الأمر الخاصّ.

وبالتالي، وبهدف تفادي تكرار نفس القواعد والإجراءات ضمن نصوص ترتيبيّة مختلفة بما من شأنه التأثير على جودة النّصوص التّرتيبيّة، وتفاديا لتشتّت الأطر والنّظم القانونيّة وتناقضها، يقترح اعتماد نصّ يقتصر على الأحكام المستوجبة لنظام قانوني منظّم لصفقات الجماعات المحلّية يأخذ بعين الاعتبار خصوصيّة هذه الجماعات ويستجيب لمبدأ استقلاليّتها وتدبيرها الحرّ لشؤونها، مع التّنصيص به على أنّ أحكام الأمر عدد 1039 المنظّم للصّفقات العموميّة تنطبق فيما لم ينظّمه الأمر الخاص بالجماعات المحلّية وبما لا يتعارض معه.

2- ملاحظات تتعلّق بالمنافسة:

يثير مشروع الأمر الحكومي موضوع الاستشارة جملة من الملاحظات تتعلّق خصوصا ببعض الفصول ذات العلاقة باحترام مبادئ الصّفقات العموميّة وبالممارسات المخلّة بالمنافسة.

✓ **الفصل 6:**

ينصّ هذا الفصل على أنّ الصّفقات العموميّة للجماعات المحلّية تخضع إلى مبادئ المنافسة والنّزاهة وحرّية المشاركة في الطّلب العمومي والمساواة وتكافؤ الفرص والشّفافية والحوكمة المفتوحة والمرونة وتبسيط الإجراءات الإداريّة. ويتمّ تجسيم هذه المبادئ باتّباع إجراءات واضحة تضمن نجاعة طلبات الجماعات المحلّية وحسن التّصرف في الماليّة المحلّية. وتطبّق هذه المبادئ وفقا لقواعد من بينها خاصّة "...عدم التّمييز بين المترشّحين في حدود ما لا يتعارض مع الأحكام الخصوصيّة المتعلّقة بتحفيز المؤسّسات الصّغرى والمتوسّطة والحرفيين والمؤسّسات المحلّية..."

ويتبيّن ممّا تقدّم أنّ هذا الفصل أقرّ مبدأ عدم التمييز بين المترشّحين، كما أقرّ حدودا لهذا المبدأ تتمثّل في الأحكام الخصوصيّة الهادفة لتحفيز المؤسّسات الصّغرى والمتوسّطة والحرفيين والمؤسّسات المحلّية.

ولئن كانت الإجراءات الاستثنائيّة الهادفة لتحفيز المؤسّسات الصّغرى والمتوسّطة والحرفيين إجراءات مبرّرة وفي انسجام مع السّياسة الاقتصاديّة العامّة، إضافة إلى كونها لا تتعارض مع مبادئ الصّفقات العموميّة (وقد تضمّنها الأمر المنظم للصّفقات العموميّة) ، فإنّ الإجراءات الاستثنائيّة المقرّرة به لفائدة المؤسّسات المحلّية انبنت على اعتبارات جغرافيّة تؤدّي إلى استبعاد تطبيق بعض المبادئ الأساسيّة للصّفقات وخاصّة منها مبادئ المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص، علاوة على أنّ مثل هذه القواعد الاستثنائيّة لا تندرج أساسا ضمن الهدف من هذا الأمر الحكومي الرّامي إلى تكريس مبدأ التدبير الحرّ والرّقابة اللّاحقة فيما يتعلّق بالصّفقات العموميّة. وقد كرّست العديد من التّجارب المقارنة منع التّمييز بين المؤسّسات لاعتبارات جغرافيّة باعتبار تعارضه مع المبادئ التي تقوم عليها الصّفقات العموميّة ومنها خاصّة التجربة الأوروبيّة[1] والفرنسيّة[2].

وعليه، يقترح حذف المؤسّسات المحلّية من قائمة المؤسّسات التي تتمتّع بقواعد تحدّ من مبدأ عدم التّمييز بين المترشّحين.

بالإضافة إلى ذلك، تضمّن هذا الفصل تعريفا لمبدأ المرونة وتبسيط الإجراءات الإداريّة استنادا إلى عبارات فضفاضة وعامّة مثل "الوثائق التي لا تكتسي أهمّية بالغة"،وهي عبارات غير دقيقة ولا تستجيب للمعايير المطلوبة عند سنّ القواعد القانونيّة.

---

[1] CJCE, 3 juin 1992, Commission c/ Rép. Italienne, aff. C-360/89, point 8 : l'article 59 du traité instituant la Communauté européenne, relatif à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté imposait « notamment l'élimination de toute discrimination à l'encontre des prestataires établis dans un État membre autre que celui où la prestation doit être fournie ». Or « le fait que l'article 2, paragraphe 1, de la loi n° … réserve une partie des travaux aux seuls sous-traitants ayant leur siège social dans la région où les travaux sont exécutés constitue une discrimination à l'encontre des entreprises établies dans les autres États membres ».

[2] - Tribunal administratif de Toulouse, N°1801816, 27 avril 2018 :

« Si cette obligation, qui est de nature à assurer la bonne exécution du marché, peut être posée comme condition nécessaire à l'exécution de la prestation, elle ne peut conduire à privilégier les prestataires implantés à proximité … au détriment de tout candidat plus éloigné. Les modalités de calcul des frais engagés, basées exclusivement sur la distance …, favorisent nécessairement et systématiquement les candidats les plus proches, et restreignent abusivement la possibilité pour un candidat plus éloigné d'être retenu… Cette irrégularité est constitutive d'un manquement aux obligations de mise en concurrence. »

- le Conseil d'État, 12 septembre 2018, n° 420585 : « ce critère de sélection des offres était de nature à favoriser les candidats les plus proches et à restreindre la possibilité pour les candidats plus éloignés d'être retenus par le pouvoir adjudicateur ».

✓ **الفصل 14:**

تضمّن هذا الفصل أنّ المؤسّسات المحلّية تتمتّع بهامش تفضيل قدره 10% إذا كانت عروضها في مستوى جودة غيرها. وقد انبنى هذا التّفضيل بدوره على اعتبارات جغرافيّة تكرّس تمييزا بين المؤسّسات الوطنيّة وتساهم في وضع عوائق جغرافيّة لمشاركة المؤسّسات غير المحلّية وحتّى لدخول مؤسّسات جديدة للسّوق. كما يساهم هذا التّفضيل الجغرافي في الحد من المنافسة ويؤثّر بالتّالي على الجودة والأسعار في تعارض مع الهدف الأصلي للصّفقات العموميّة. هذا علاوة على أنّ المؤسّسات المحلّية تتمتّع أصلا بتفضيل واقعي جراء تموقعها الجغرافي يمكّنها من عدم تحمّل أعباء إضافيّة كمصاريف النّقل .

بالإضافة إلى ذلك، تتميّز الجهات والأقاليم بانعدام التّوازن وغياب المساواة وبدرجات غير متكافئة للغاية من التّنمية والديناميكيّة الاقتصاديّة، وبالتّالي فمن منظور التّواجد الجغرافي، فإنّ حظوظ المؤسّسات غير متكافئ أصلا، وإذا ما تمّ إقرار هذا التّفضيل الجغرافي، فإنّه سيدعّم وضعيّة المؤسّسات المنتصبة بالجهات والأقاليم ذات الديناميكيّة الاقتصاديّة والتي تتوفّر فيها استثمارات عموميّة هامّة على حساب المؤسّسات المتواجدة ببقيّة المناطق.

ويقترح بناء على ما تقدّم حذف هذا الفصل.

✓ **الفصل25:**

ينصّ هذا الفصل على أنّه "يحجر أن تتضمّن كرّاسات الشّروط الخاصّة أحكاما من شأنها استبعاد أو إقصاء مؤسّسات مهما كان نوعها وخاصّة المحلّية منها. وتعتبر أحكاما إقصائيّة على معنى هذا الفصل:

- الشّروط المتعلّقة بإنجاز مشاريع مماثلة في مجالات لم يسبق للمؤسّسات المحلّية القيام بها.
- الشّروط التي من شأنها التّمييز بين المشاركين أو تضييق مجال المنافسة أو توجيه الطّلب لمنتج أو علامة تجاريّة أو براءة أو أسلوب صنع أو مصدر معيّن عدا الحالات التي تهدف لتشجيع استعمال المواد والمنتجات المستخرجة أو المصنّعة جزئيّا على الأقل محليّا.
- ذكر أي علامة تجاريّة.
- ذكر منتجين معينين."

ويتبيّن من مضمون هذا الفصل أنّه اتّجه إلى منع مبدئي للشّروط التي تساهم في استبعاد أو إقصاء المؤسّسات من المشاركة مع إضافة عبارة "وخاصّة المحلّية منها"، وتمّ اعتبار الشّروط التّمييزيّة شكلا من أشكال الإقصاء عدا الحالات التي تهدف لتشجيع استعمال المواد والمنتجات المستخرجة أو المصنّعة جزئيّا على الأقل محلّيا. وتعدّ صياغة هذا الفصل قابلة للعديد من التأويلات خاصّة على مستوى التّطبيق، وبيان ذلك كالتّالي:

- التّحجير لا يهمّ إلّا الشّروط التي من شأنها الإقصاء أو الاستبعاد، والأسلم أن يكون التّحجير بخصوص أيّ شرط تمييزي.
- من خلال عبارة "وخاصة المحلّية منها"، يمكن أن يفهم الفصل على أنّه بالإمكان الإقرار ببعض الأحكام الإقصائيّة بالنّسبة للمؤسّسات غير المحلّية، وهو ما يتضمّن تفضيلا للمؤسّسات المحلية.
- تقبل الشّروط الإقصائيّة في الحالات التي تهدف لتشجيع استعمال المواد والمنتجات المستخرجة أو المصنّعة جزئيّا على الأقلّ محلّيا.

ويكتسب هذا الفصل أهمّيته القصوى من كونه يضع أسس المشاركة، حيث تعدّ كرّاسات الشّروط من الوثائق الأساسيّة والجوهريّة في الصّفقات العموميّة باعتبارها تضبط قواعد إبرام الصّفقات وتنفيذها، وهي محدّد أساسيّ لاحترام المبادئ سابقة الذّكر. وبالتّالي فإنّه لا يمكن التّنصيص على أيّ تفضيل ضمن كراس الشّروط لأنّ المسألة تتعلّق بشروط المشاركة، علاوة على أنّ مشروع الأمر نصّ في بعض فصوله الأخرى على عدد من الأحكام المتضمّنة لتفضيل المؤسّسات المحلّية (مثال الفصل 14).

وبما أنّه لا يمكن أن يتضمّن كرّاس الشّروط، بخصوص شروط المشاركة، أيّ تفضيل جغرافي دون انتهاك لمبادئ المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص،حيث يشكّل معيار الاختيار المرتبط بالموقع الجغرافي للشّركات في حد ذاته تجاهلًا للقواعد بشأن الصّفقات العموميّة، فإنّه من الضروري أن لا يتم التّنصيص على أيّ شرط تمييزي أو أي توجيه مهما كان نوعه. وبالتّالي يقترح أن تتمّ صياغة هذا الفصل استئناسا بالفصل 32 من الأمر المنظّم للصّفقات العموميّة الذي ينصّ على أنّه "يجب أن لا تؤدّي البنود التي تضبطها كرّاسات الشّروط إلى تمييز بين المشاركين أو تضييق مجال المنافسة أو ذكر أيّة علامة تجاريّة أو

منتجين معيّنين"، خاصّة وأنّ ضمان احترام مبدأ التّدبير واستقلاليّة الجماعات المحلّية لا يستوجب شروطا استثنائيّة للمشاركة باعتبار أنّ هذه الشّروط تتعارض أصلا مع مبادئ الصّفقات العموميّة.

✓ **الفصل63**:

اقتضى هذا الفصل أنّ الجماعة المحلّية تعد "منهجيّة تقييم العروض بالاعتماد على الشّروط المحدّدة بكرّاس الشّروط وكذلك على مجموعة من المعايير المرتبطة بموضوع الصّفقة دون تمييز بين العارضين والتي تهمّ خاصّة:- تحفيز المؤسّسات المحلّية..."

وتسري على هذا الفصل الملاحظات السّابقة المتعلّقة بتفضيل المؤسّسات المحلّية.

وعليه، فإنّه يقترح عدم التنصيص على "تحفيز المؤسّسات المحلّية " كاستثناء لمبدأ عدم التّمييز لاعتبارات جغرافيّة بحتة.

✓ **الفصل64**:

ينصّ هذا الفصل على أنّه "إذا تبيّن وجود عرض مفرط الانخفاض تقترح الجماعة المحلّية إقصاءه وذلك بعد طلب الإيضاحات الضروريّة بطريقة كتابيّة وبعد التثبّت من التبريرات المقدّمة.عندئذ يتعيّن على الجماعة المحلّية رفع دعوى لدى مجلس المنافسة ضد أصحاب هذه العروض وفقا لأحكام القانون المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار. ويتعيّن في هذه الحالة على الجماعة المحلّية إعلام الوزير المكلّف بالشّؤون المحلّية والوزير المكلّف بالتّجارة. عند الاقتضاء يمكن للوزير المكلّف بالتّجارة اتّخاذ الإجراءات التّحفظيّة المنصوص عليها بالفصل 8 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار."

ولئن تبنّى مشروع الأمر الحكومي الحالي في هذا الفصل أحكام الفصل 65 من الأمر عدد 1039 المنظّم للصّفقات العموميّة وأخذ بعين الاعتبار خصوصيّة الجماعات العموميّة كمشتر عمومي، فإنّه يقترح تدقيق وتصحيح بعض الأحكام الواردة في هذا الفصل على النّحو التّالي:

- التّنصيص على أنّه يتعيّن على الجماعة المحلّية رفع دعوى لدى مجلس المنافسة ضد أصحاب العروض "المالية غير المقبولة من أجل الأسعار المفرطة الانخفاض المخلّة بنزاهة المنافسة"

(عوضا عن "ضدّ أصحاب هذه العروض") وفقا لأحكام القانون المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

- عدم التّنصيص على ضرورة إعلام وزير التّجارة باعتبار أنّ الفصل 15 من القانون المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار ينصّ في الفقرة الخامسة من الفصل 15 منه على أنّه " تتولّى الكتابة القارّة للمجلس إرسال نسخة إلى الوزير المكلّف بالتّجارة من كل العرائض التي يتلقّاها عدا العرائض الصّادرة عن الوزارة نفسها."
- تتعلّق الإجراءات التّحفظيّة التي يتّخذها وزير التّجارة طبقا للفصل 8 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار بالتّركيز الاقتصادي ولا تتعلّق بالإجراءات التّحفّظية في المادّة القضائيّة والتي ينظّمها الفصل 15 من نفس القانون الذي ينص على أنه "في صورة التأكد، يمكن لمجلس المنافسة في أجل ثلاثين يوما أن يأذن وبعد سماع الأطراف ومندوب الحكومة باتّخاذ الوسائل التّحفّظية اللّازمة التّي من شأنها تفادي حصول ضرر محدق لا يمكن تداركه ويمسّ بالمصلحة الاقتصاديّة العامّة أو بالقطاعات المعنيّة أو بمصلحة المستهلك أو بمصلحة أحد الأطراف، وذلك إلى حين البتّ في أصل النزاع.ولا تقبل الطلبات المتعلّقة باتّخاذ الوسائل التّحفظية الوقتيّة إلا في نطاق قضيّة في الأصل سابقة النشر."

وعليه، يقترح حذف الفقرة الأخيرة من هذا الفصل، كإعادة صياغته على النّحو التّالي:

"إذا تبيّن وجود عرض مفرط الانخفاض تقترح الجماعة المحلّية إقصاءه وذلك بعد طلب الإيضاحات الضروريّة بطريقة كتابية وبعد التّثبّت من التّبريرات المقدّمة.وفي هذه الحالة يتعين على الجماعة المحلّية رفع دعوى لدى مجلس المنافسة ضد أصحاب العروض الماليّة غير المقبولة من أجل الأسعار المفرطة الانخفاض المخلّة بنزاهة المنافسة طبقا للقانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.كما يتعيّن على الجماعة المحلّية إعلام الوزير المكلّف بالشّؤون المحلّية."

✓ **الفصل69:**

ينص هذا الفصل على أنّه "في حالة اكتشاف معطيات تؤشّر بصفة جدّية عن احتمال وجود تواطؤ بين المشاركين أو البعض منهم، يجب على رئيس الجماعة المحلّية، بعد أخذ رأي لجنة الصّفقات، أن يعلن طلب العروض غير مثمر ويعيد الدّعوة إلى المنافسة، كما تعلم الجماعة المحلّية مجلس المنافسة بشبهة حالة التواطؤ بتقرير معلّل مشفوع بالأدلّة أو القرائن المتوفّرة لديها..."

ولئن تبنّى مشروع الأمر الحكومي الحالي في هذا الفصل أحكام الفصل 69 من الأمر عدد 1039 المنظّم للصّفقات العموميّة وأخذ بعين الاعتبار خصوصيّة الجماعات العموميّة كمشتر عمومي، فإنّه يقترح تدقيق وتصحيح بعض الأحكام الواردة في هذا الفصل على النّحو التالي:

- تعويض مصطلحات "اكتشاف معطيات تؤشّر بصفة جدّية عن احتمال وجود تواطؤ بين المشاركين أو البعض منهم" بعبارات " في حالة التّواطؤ البيّن بين المشاركين أو البعض منهم" باعتبار أنّ إقصاء العروض بناء على مجرد معطيات ومؤشّرات عن وجود تواطؤ قد يؤدّي في الواقع إلى مشاكل تطبيقيّة والمساس بمبادئ الصّفقات جراء بعض التأويلات الممكنة بخصوص جدّية المؤشّرات، وأنّ الإقصاء يجب أن يكون فقط في حالة التواطؤ البيّن.
- التّنصيص على أنّه في حالة التّواطؤ البيّن بين المشاركين أو البعض منهم يتعيّن على الجماعة المحلّية "رفع دعوى" لدى مجلس المنافسة ضدّ أصحاب العروض طبقا للتّشريع الجاري به العمل وذلك عوضا عن إعلام مجلس المنافسة باعتبار أنّ الجماعات المحلّية هي من بين الأطراف المخوّل لها رفع قضايا أمام مجلس المنافسة طبقا لأحكام الفصل 15 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

بناء على ما سبق، يقترح إعادة صياغة الفصل 64 على النّحو التالي:

"في حالة التّواطؤ البيّن بين المشاركين أو البعض منهم يجب على الجماعة المحلّية، بعد أخذ رأي لجنة الصّفقات، أن تعلن طلب العروض غير مثمر وتعيد الدّعوة إلى المنافسة. وفي هذه الحالة يتعيّن على الجماعة المحلّية رفع دعوى لدى مجلس المنافسة ضد أصحاب العروض طبقا

للقانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار".

✓ **الفصول 134و135 و136:**

خلافا لما تضمّنه الأمر المنظّم للصّفقات العموميّة، يتبيّن من تركيبة لجان الصّفقات كما وردت بمشروع الأمر الحكومي الحالي أنّها لا تضمّ ممثّلين عن الوزارات (الإدارات الجهويّة) رغم أهمّية دورهم في ضمان حسن احترام إجراءات الدّعوة إلى المنافسة وللآراء الفنيّة التي يمكن أن يقدّمها كلّ في مجاله،خاصّة وأنّ حضور ممثلين عن الوزارات لا يتناقض مع مبدأ التّدبير الحرّ للجماعات المحلّية ولا مع مبدأ الرّقابة اللّاحقة، حيث يعدّ كلّ ممثّل عن وزارة عضوا من أعضاء لجنة الصّفقات ويمارس اختصاصه بصفته تلك ضمانا لاحترام مقتضيات الأمر المنظّم للصّفقات، وتكون آراء وقرارات اللّجان في شكل جماعي وهي آراء استشاريّة. ويلاحظ خاصّة غياب ممثّل لوزارة التّجارة والحال أنّها تعدّ من أكثر الوزارات تمثيلا في لجان الصّفقات طبقا للأمر المنظّم للصّفقات العموميّة وذلك لقربها من واقع الأسواق والأسعار وللدّور الأساسي الذي تلعبه في مجال التّصدي للممارسات المخلّة بالمنافسة.

كما أنّ التّركيبة المقترحة لمختلف اللّجان تجعل من تفعيل أحكام الفصلين 64 و69 من مشروع الأمر الحكومي أمرا صعبا باعتبار ما يتطلّبه رصد مؤشّرات الممارسات المخلّة بالمنافسة من معرفة فنّية ودراية بمجال الأسعار والمنافسة خاصّة في ظلّ عدم وجود ممثّل لوزارة التّجارة.

ويقترح بالتّالي أن تشمل لجان الصّفقات للجماعات المحلّية ممثّلين عن الوزارات على غرار ما هو معمول به ضمن الأمر المنظّم للصّفقات العموميّة.

وصدر هذا الرّأي عن الجلسة العامّة لمجلس المنافسة بتاريخ 29 ديسمبر 2020 برئاسة السيّد رضا بن محمود وعضويّة السّادة محمّد العيّادي والخمّوسي بوعبيدي وعصام اليحياوي والسّيدتان ريم بوزيّان وسندس بالشّيخ وبحضور المقرّر العام السّيد محّمد شيخ روحه وكاتب الجلسة السيّد نبيل السّماتي.

الرّئيس