مبدأ المنافسة في عقود اللزمة في القانون التونسي

مليكة بن مسعودة

طالبة دكتوراه بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

إن تطوير البنية التحتية و حسن التصرف في المرافق العمومية يعد الشغل الشاغل للدولة ، لذلك كثيرا ما تلجأ الدولة إلى أساليب مختلفة في التصرف في المرافق العمومية بالإضافة إلى أسلوب التسيير المباشر و هو أسلوب التعاقد الذي تزامن اعتماده مع ظهور سياسة تحرير المرافق العمومية وفتحها للمنافسة بين الخواص خاصة في ظل التحولات العميقة التي شهدها العالم على مستوى تغيير مهام الدولة وانسحابها التدريجي من عديد القطاعات الهامة وإتاحة الفرصة أمام الخواص للاضطلاع بمهام كانت طوال سنوات مضت حكرا على الدولة .

يعتبر عقد اللزمة أحد أساليب انفتاح الدولة على القطاع الخاص و قد حدد المشرع هذا العقد من خلال الفصل الأول من القانون عدد 23 لسنة 2008 المتعلق بنظام اللّزمات الصادر في 01 أفريل 2008 و الذي ينص على ما يلي :

"اللّزمة على معنى هذا القانون هي العقد الذي يفوض بمقتضاه شخص معنوي عمومي يسمى "مانح اللّزمة" لمدة محددة إلى شخص عمومي أو خاص يسمى "صاحب اللّزمة" التّصرف في مرفق عمومي أو استعمال أو استغلال أملاك أو معدات عمومية وذلك بمقابل يستخلصه لفائدته من المستعملين حسب الشروط التي يضبطها العقد .

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

يمكن أن يكلف صاحب اللّزمة أيضا بإنجاز أو تغيير أو توسيع بنايات و منشآت و تجهيزات أو انتقاء ممتلكات لازمة لإنجاز موضوع العقد.

يمكن أن يرخص العقد لصاحب اللّزمة في إشغال أجزاء من الملك العمومي الراجع لمانح اللّزمة بهدف إنجاز أو تغيير أو توسيع البنايات و المنشآت المشار إليها."

في تونس تعد التّجربة في مجال اللّزمات قديمة و متجذّرة حيث تعود أولى التجارب إلى عهد الحماية حيث تم إبرام أول لزمة للتنوير بالغاز بين الدولة و شركة الغاز و المياه بتونس في أكتوبر 1861.

لقد شملت اللّزمة في تونس أغلب المجالات تقريبا خاصة مع صدور عدة تشريعات تجيز صراحة اعتماد اللزمة[2][3].

و لكن تميزت مختلف النصوص القانونية ببعض الغموض حيث أنها لم تضبط مختلف الشروط والإجراءات المتعلقة بعملية منح اللزمة و هو ما يطرح عديد الإشكالات عند تنفيذها .

إذا أمام هذا التشتّت في النصوص القانونية كان من الضروري إرساء نظام قانوني متكامل ينظم عملية التعاقد عن طريق اللزمة وعلى هذا الأساس تم وضع القانون المؤرخ في 01 أفريل 2008 والذي حدد من خلاله المشرع مختلف الإجراءات الواجب إتباعها لأجل إبرام و تنفيذ عقد اللّزمة كما

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

---

[1] Ridha Jnaieh « La loi fixant le régime des concessions et le devenir du service public en Tunisie », *Revue Internationale des contrats publics*- Décembre2013 page 9 article publié sur le site suivant :www.direitodoestado.com.br/ijpc .

القانون عدد 41 لسنة 1993 المؤرخ في 19 أفريل 1993 المتعلق بالديوان الوطني للتطهير //القانون عدد 10 لسنة 1998 المؤرخ في 28 ديسمبر 1998 المتعلق بديوان الطيران المدني و المطارات //القانون عدد 17 لسنة 1986 المؤرخ في 07 مارس 1986 المتعلق بتحوير التشريع الخاص بملك الدولة العمومي للطرقات [2]

كرس جملة من المبادئ الأساسية التي تنظم عملية التعاقد و التي من أهمها مبدأ المنافسة في إختيار صاحب اللزمة والذي سعى المشرع من خلاله إلى محاولة إرساء معادلة بين ضمان المصلحة العامة عن طريق ضمان التعاقد مع المترشح الأكفأ و المصلحة الخاصة و هي ضمان المساواة و تكافؤ الفرص بين المترشحين.

إذا كيف تمكن المشرع من خلال تكريسه لمبدأ المنافسة من تحقيق التوازن بين المصلحة العامة ومصلحة الخواص في إطار عقود اللزمة ؟

تستدعي الإجابة على هذه الإشكالية دراسة هذين الفصلين التاليين:

الفصل الأول:إقرار المنافسة كمبدأ في إسناد عقود اللزمة

الفصل الثاني:تجاوز مبرر لمبدأ المنافسة

الفصل الأول :إقرار المنافسة كمبدأ في إسناد اللزمة

تتيح المنافسة الفرصة لتوسيع دائرة المشتركين الذين يودون الفوز بالحصول على عقد اللّزمة ممّا يضمن اختيار المترشح الذي يوفر ضمانات مالية و فنية هامة تضمن النّجاعة على مستوى تنفيذ عقد اللزمة و تتجسد المنافسة عمليا عن طريق اعتماد تقنية طلب العروض .

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

الفقرة الأولى:طلب العروض ضمانة لتحقيق تكافؤ الفرص بين المترشحين

لقد قيد المشرع حرية مانح اللزمة في اختيار المستثمر الذي ينوي التعاقد معه حيث فرض على الجهة التي تنوي منح عقود لزمة اللّجوء إلى المنافسة لاختيار الملتزم و ذلك من خلال الفصل 9 من القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرخ في 01 أفريل 2008 و المتعلق بنظام اللّزمات الذي ينص على ما يلي:

"باستثناء الحالات المنصوص عليها بالفصل 10 من هذا القانون يجب لاختيار صاحب اللّزمة أن يقوم مانح اللّزمة بالدعوة إلى المنافسة ضمانا للمساواة بين المترشحين و لشفافية الإجراءات و تكافؤ الفرص. "

إن تقييد حرية اختيار صاحب اللّزمة لا يقصد منه التضييق على مانح اللّزمة أو الحد من سلطاته التقديرية بل يفسر عموما بالسّعي نحو ضمان المصلحة العامة و ذلك من خلال العمل على التخفيض من النفقات العمومية من خلال الحصول على أفضل العروض من الناحية المادية بالإضافة إلى الاستفادة قدر الإمكان من كفاءات وخبرات و قدرات الخواص.[4]

كما يفسر الحرص على ضرورة إعتماد مبدأ المنافسة بالرغبة في ضمان حياد الإدارة وضمان نزاهة عملية منح اللّزمة بالإضافة لما تتيحه المنافسة من فرص لجعل الإدارة ملمة بمعطيات السوق بما يسمح لها بالاختيار الأنجع. [5]

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

---

[4] ماجد راغب الحلو،العقود الإدارية دار الجامعة الجديدة 2012 صفحة 67

[5] ليلى بوكحيل "دور القضاء الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة " مداخلة ملقاة بمناسبة ملتقى حرية المنافسة في التشريع الجزائري الملتئم في 28 ماي 2013 مداخلة منشورة على الموقع التالي :

Dr.sassane.over-blog.com

إذن رغم ما تتميز به عقود اللزمة من الطابع الشخصي الذي يبرر إبرام عقد اللّزمة على أساس الصفات الشخصية لصاحب اللّزمة [6] والذي يفرض إختيار الشخص الذي يتمتع بثقة مانح اللّزمة[7]،

فإن ذلك لا يعطي لهذا الأخير سلطة الاختيار دون التقيد بمبادئ و إجراءات تضمن المساواة و تكافؤ الفرص بين المترشحين و ذلك تماشيا مع التشريعات المقارنة لبعض الدول التي سعت إلى الحد من حرية السلطة المانحة في اختيار المتعاقد معها [8] و خاصة التشريع الفرنسي من خلال القانون عدد 122 لسنة 1993 المؤرخ في 29 جانفي 1993 الذي أقر بأن عقود تفويض المرفق العام لا يمكن إسنادها إلاّ عن طريق الدعوة إلى المنافسة[9] و كذلك أخذا بتوصيات منظمة التعاون والنمو الاقتصادي و التي أكدت في أحد تقاريرها على ضرورة وضع قانون خاص بعقود اللزمة ينصّ على جملة من المبادئ الواجب احترامها عند القيام باختيار صاحب اللّزمة و التي من بينها الدعوة إلى المنافسة

و شفافية الإجراءات.[10]

مجلة المنارة - مجلة قانونية الكترونية

---

[6] أنظر الفصل 29 من القانون المؤرخ في 01 أفريل 2008 المتعلق بنظام اللّزمات

[7] ماجد صفر " اللزمة في القانون التونسي " مجلة القضاء و التشريع (مارس 2010) عدد 3 سنة 52 صفحة 120

7 محمد رضا جنيح القانون الإداري طبعة ثانية محينة و مزيدة مركز النشر الجامعي 2008 صفحة307

[9] Voir loi du Sapin n°93-122 du 29 Janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques notamment l'article 38 modifié par la loi n°2014-873 du 4 Aout 2014 abrogée par ordonnance n°2016-650 du 29 Janvier 2016 qui prévoit que : « Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par un décret en conseil d'Etat ». Loi publié sur http://www.légifrance.gouv.fr

[10] L'organisation de coopération et de développement économique « Etude sur la participation privée dans les infrastructures en Tunisie volume 2 » page 38 article publié sur http://www.ppmi.org

لئن كانت حرية الشخص المانح للزمة مقيدة من حيث ضرورة اللّجوء إلى المنافسة و إتّباع الآليات التي تحددها مسبقا النصوص القانونية المتعلقة بعقد اللّزمة، إلاّ أن هذا الأخير يكتسب بعض الحرية من حيث توسيع مجال التنافس أي اعتماد طلب العروض المفتوح أو الاقتصار فقط على طلب العروض المضيق حيث بين الفصل 5 من الأمر المؤرخ في 19 جويلية 2010 أنه:"يكون طلب العروض مفتوحا أو مضيقا مسبوقا بانتقاء أولي أو بطلب تعبير عن الرغبة. "

إذا سواء كان طلب العروض مفتوحا أو مضيقا، فهو يمثل طريقة قريبة من المناقصة من حيث الإجراءات و لكنها مختلفة من حيث المعايير المعتمدة في إسناد اللّزمة إذ أن إسنادها لا يكون آليا باختيار العرض الأدنى ثمنا فقط[11] بل يتطلب الأخذ بعين الاعتبار عديد المعايير على غرار جودة الخدمات و آجال تنفيذ الالتزامات التعاقدية[12] ،لأن الاقتصار على الجانب المادي فقط لا يضمن اختيار المترشح الأكثر كفاءة و بالتّالي ضمان حسن تنفيذ بنود اللّزمة لذلك برز توجه عام نحو اعتماد طلب العروض كآلية رئيسية في إبرام العقود الإدارية و ذلك سواء تعلق الأمر بالصفقات العمومية أو عقود الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص و كذلك عقود اللزمة.[13]

لكن رغم تأكيده على اعتماد طلب العروض كوسيلة رئيسية في إسناد اللّزمة فإن القانون المتعلق بنظام اللّزمات آنف الذكر لم يحدد الشروط و المعايير التي يتم اعتمادها لتقييم العروض و قد لاقت

---

[11] محمد رضا جنيح القانون الإداري مرجع سابق الذكر صفحة 27

[12] Jeans Mickel de Forges, *Droit administratif*, Presses Universitaire de France, page79

الفصل 8 من الأمر عدد 722 لسنة 2016 المؤرخ في 20 جوان 2016 المتعلق بضبط شروط و إجراءات منح عقود الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص

[13] الفصل 2 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية

مجلة القانون - مجلة قانونية الكترونية

هذه المسألة نقدا من أحد أساتذة القانون الذي بين أنه بخلاف ما هو معمول به في بعض القوانين المقارنة التي تحدد بطريقة واضحة و مفصلة المعايير التي يتم على أساسها اختيار المتعاقد فإن الفصل 9 من القانون المؤرخ في 2008 أوكل المسألة إلى النصوص التطبيقية التي لم تضع بدورها معايير واضحة [14] ولكن تم تلافي هذا النقص من خلال التنقيح الذي أدخل على الأمر المؤرخ في 19 جويلية 2010 بمقتضى الأمر عدد 4631 لسنة 2013 المؤرخ في 18 نوفمبر2013 حيث أن هذا الأخير قد حدد معايير متعددة و متنوعة تأخذ بعين الاعتبار لتقييم العروض و يفسر هذا التنقيح بالرغبة في ضمان اختيار الملتزم الذي يقدم أفضل الشروط على المستوى المادي و الفني مما يضمن حسن تنفيذ بنود اللّزمة خاصة إذا تعلق الأمر بلزمة تفويض المرفق العام التي تتطلب قدرا عاليا من الإمكانيات الفنية و التقنية لأجل تقديم خدمات ذات جودة عالية تسد حاجات مستعملي المرافق العمومية، و بتفحص محتوى الأمر المؤرخ في 18 نوفمبر 2013 سابق الذكر فإن مانح اللزمة يعتمد على معيار الأثر الاقتصادي و الاجتماعي و البيئي للزمة عند اختيار الملتزم.[15]

إن مختلف المعايير التي وقع تكريسها لم توضع بطريقة غامضة و مبهمة بل لقد تم تحديدها وتوضيحها لأجل عدم ترك المجال المفتوح للتأويل و إعمال السلطة التقديرية لمانح اللزمة عند القيام بعملية تقييم العروض المقدمة من قبل المستثمرين و ذلك رغبة في المحافظة على مبدأ المساواة بين المترشحين بالإضافة إلى تحفيز المستثمرين و مزيد تدعيم ثقتهم في عمل الأشخاص المكلفين بمنح اللزمات و تتمثل مختلف المعايير التي تم التنصيص عليها صلب الفصل 13 مكرر فيما يلي:

---

[14]Lotfi Chedly « L'actualité du PPP en Tunisie: La loi de 1er Avril 2008 relative au régime de concessions », *Revue Tunisienne de droit* , 2008 Centre de publication universitaire, page 153

[15] راجع الفصل 13 ر.ر.ج.ت عدد 95 المؤرخ في 29 نوفمبر 2013 صفحة 3983

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

-كلفة المشروع و مدته

-المعلوم الراجع لصاحب اللزمة و كذلك المقابل الذي يستخلصه صاحب اللزمة مقابل الخدمات المسدات

-جودة الخدمات المسدات و جودة البناءات عند الاقتضاء و العناصر المقترحة لتقييمها

-مؤهلات الأعوان المعنيين بتنفيذ العقد و خبرتهم

-معايير مراقبة و متابعة اللزمة

-المساهمة في التنمية الجهوية

- الخصائص البيئية للمشروع

-نقل التكنولوجيا و الخبرة

- القدرة على إحداث مواطن شغل أو عمل مستقل

-تحسين القدرة التشغيلية لأعوان اللزمة

إن ضبط مختلف هذه المعايير المتنوعة بطريقة واضحة و مفصلة يمثل إجراءا شبيها بما هو معمول به في بعض التجارب المقارنة على غرار ما هو معمول به القانون الإسباني و الفرنسي على حد

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

السواء،إذ أنه بالإضافة إلى المعايير ذات الطابع الاقتصادي يكرس القانون الإسباني معايير ذات علاقة بالبيئة و المحيط بالإضافة إلى معايير ذات منحى اجتماعي تتمثل في إدماج الأشخاص حاملي الإعاقة[16].

كما أن القانون الفرنسي المتعلق بعقد اللزمة يكرس معايير مماثلة للتي تم اعتمادها صلب التنقيح الذي تم إضفاءه على النظام القانوني الخاص بعقد اللزمة في القانون التونسي حيث أن الفصل 27من القانون عدد 86-2016 المؤرخ في 01 فيفري 2016 المتعلق بعقد اللزمة قد كرس جملة من المعايير الموضوعية التي يتم اعتمادها عند منح اللزمة و التي من بينها المعيار البيئي و الاجتماعي و كذلك جودة الخدمات المسدات لمستعملي المرافق العمومية.[17]

رغم الجهود المبذولة لأجل وضع نظام قانوني واضح و قادر على تدعيم المنافسة و جلب الاستثمار الخارجي فإن هناك بعض نقاط الغموض فيما يخص اعتماد مختلف المعايير التي يتم تكريسها في إطار طلب العروض المفتوح لذلك يثار التساؤل حول ما إذا كانت هذه المعايير مرتبة ترتيبا تفاضليا أو أن جميع هذه المعايير تكتسي نفس الأهمية؟

المجلة القانونية الميزان - مجلة قانونية الكترونية

---

[16] Miguel Sanchez Moran « La réforme de la législation des contrats publics Tendances Générales en Espagne dans l'union européen » in *Le droit des contrats publics en Tunisie et en Espagne Aspects Récents*, sous la direction de Musthapha Ben Letaif et Miguel Sanchez Moran, Centre de publication universitaire, page 26.

[17] http://www.légifrance.gouv.fr

إذا كانت هذه المعايير مرتبة ترتيبا تفاضليا فهذا يعني أن المعيار المادي يمثل المعيار الرئيسي في عملية تقييم العروض لاختيار صاحب اللزمة باعتبار أن كلفة المشروع و المعلوم الراجع لصاحب اللّزمة و المقابل الذي يستخلصه من مستعملي المرفق العمومية هي المعايير المرتبة في المراتب الأولى في حين أنّ المعايير المتعلقة بالجانب البيئي و الاجتماعي مرتبة في أسفل هرم الترتيب و هو ما يعني بوضوح بأن الكفة سترجّح حتما للعرض الذي يقدم الكلفة الأدنى لمشروع اللّزمة، لذلك كان من الأجدر وضع منهجية واضحة و دقيقة تساهم في التكريس الفعلي لمبدأ المساواة بين المترشحين مثل المنهجية التي تم اعتمادها عند إسناد عقود الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص حيث بين الفصل 60 من الأمر المؤرخ في 20 جوان 2016 المتعلق بضبط شروط وإجراءات إسناد عقود الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص سابق الذكر الذي يبين أنه:

"يتم ترتيب العروض تفاضليا من خلال إسناد ضارب لكل معيار حسب الأهمية كما أنه و في صورة تساوي أفضل العروض باعتبار كل العناصر يتولى الشخص العمومي تفضيل العارض الذي إقترح أحسن النسب بعنوان معايير المناولة و التشغيلية و المنتوج الوطني".

لكن رغم الحرص الشديد الذي أبداه المشرع التونسي حول ضرورة إعتماد المنافسة في إسناد عقود اللزمة فإن هناك عديد الحالات لم يتم فيها التقيد بالإجراءات القانونية المنظمة لعملية إنتقاء صاحب اللزمة حيث بينت دائرة المحاسبات في تقريرها السابع والعشرين حول وكالة حماية و تهيئة الشريط الساحلي أنه " وقعت المصادقة في موفى سنة 2009 على منح لزمة استغلال أجزاء من الملك العمومي البحري إلى شركة الدراسات و تهيئة مارينا الحمامات الجنوبية قصد التصرف في المأوى

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

العمومي الكائن بالجهة الشمالية و ذلك دون الدعوة إلى المنافسة و هو ما من شأنه أن يخل بقاعدة المساواة بين المترشحين و بشفافية الإجراءات و بتكافؤ الفرص "[18].

الفقرة الثانية: تكريس ضوابط موضوعية لحرية التنافس حول عقد اللزمة

إن الالتزام بالمنافسة كأهم المبادئ في منح اللزمات لا يعني بالضّرورة فسح المجال لكل من يود الترشح لأجل التنافس حول عقد اللزمة بل بالعكس فضمانا لجدية المنافسة و تكريسا للمساواة الفعلية بين المترشحين لا بد من ضبط جملة من الشروط الموضوعية الواجب توفرها في الأشخاص الذين ينوون التعاقد مع صاحب اللزمة و ذلك لأجل ضمان الحد الأدنى من الكفاءة الفنية و المالية و هذا ما أكده مجلس المنافسة التونسي في تقريره الصادر سنة 2009 حيث يبين من خلاله أنه:

"و غني عن البيان أن المبادئ التي تسوس مادة اللزمات تكفل في حال احترامها تفعيل المنافسة بين المتدخلين وذلك من خلال ما تقوم عليه من إخضاع الإدارة المانحة للزمة لواجب القيام بالدعوة العامة للمنافسة و دعوتها إلى وجوب التحري عند إدراج شروط المشاركة في العروض و الضمانات المالية و الفنية و الاكتفاء بما هو لازم لغرض حسن تسيير المرفق العام و دون استحداث حواجز عند الدخول إلى السوق التي تمثلها اللّزمة ..."[19].

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

---

[18] التقرير السابع و العشرين الصادر عن دائرة المحاسبات صفحة 330-331 تقرير منشور على الموقع التالي:

www.coursdescomptes.tn

[19] الرآى عدد92256 الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 11 جوان 2009 ص 356 رآى منشور على الموقع التالي:

www.cct.tn

إن إعطاء مانح اللزمة السلطة التقديرية للتثبت من ملائمة الوضعية الاقتصادية و المالية للمترشح مع مشروع عقد اللّزمة يجد مبرره أساسا في ضمان المصلحة العامة وتلافي تبديد المال العمومي لذلك يجب على مانح اللزمة عدم الانحراف بهذه السلطة و تطويعها لأجل الإتيان بممارسات مخلة بمبدأ المنافسة كاستبعاد البعض من المترشحين أو إعفاء البعض من المتنافسين من شروط معينة دون البعض الآخر أو إضافة شروط لفئة معينة دون الأخرى [20] و بالبحث في النظام القانوني المتعلق بعقود اللزمات فإن المشرع أوكل مهمة تحديد الشروط العامة للترشح إلى الأمر المؤرخ في 19 جويلية 2010 المتعلق بضبط شروط و إجراءات منح اللّزمات و الذي بدوره خصص الفصلين 11 و13 الذين حدد من خلالهما الوثائق الواجب توفرها ضمن ملف طلب العروض حيث أنه من بين الوثائق التي تم التأكيد على ضرورة تضمينها في ملفات الترشح نجد ما يلي: [21]

*رسالة تعهد للإلتزام باحترام مقتضيات طلب العروض و خاصة منها ما يتعلق بالمساهمات في رأس مال صاحب اللزمة و تركيبته.

*مشروع العقد التأسيسي لشركة المشروع التي سيتم إحداثها لتنفيذ عقد اللزمة.

*نسخة من اتفاق المساهمين بخصوص المساهمة في رأس مال شركة المشروع

*تصريح على الشرف بأن العارض ليس في حالة إفلاس أو تسوية قضائية

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

---

[20] مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق و ضمانات المتعاقد مع الإدارة و التحكيم في العقد الإداري دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية صفحة 264

[21] الفصلين 11 و13 من الأمر عدد 1753 لسنة 2016 المؤرخ في 19 جويلية 2010 المتعلق بضبط شروط و لإجراءات منح اللّزمات

*شهادة في الوضعية الجنائية بالنسبة المترشحين المقيمين.

*تصريح العارض بالتعهد بسرية المعلومات و المعطيات الخاصة بالمشروع موضوع اللزمة وبحفظها و عدم إفشاءها

*مضمون من السجل التجاري أو ما يعادل ذلك بالنسبة للمترشحين غير المقيمين و ذلك حسب ما تنص عليه تشريعات بلدانهم

* شهادة في الوضعية الجبائية

*القوائم المالية الخاصة بالسنتين المحاسبتين الأخيرتين للمترشح مصادق عليها من قبل مراقب الحسابات

*إتفاق التجمع و العقود التأسيسية للشركات المكونة له

*بطاقة تقديم خاصة بالمترشح

الجنسية

الفصل الثاني : تجاوز مبرر لمبدأ المنافسة عند إختيار صاحب اللزمة

لقد أجاز المشرع صراحة لمانح اللزمة اعتماد تقنية الاتفاق المباشر لمنح عقود اللزمة و لكن ربط ذلك ببعض الحالات الاستثنائية المحدودة التي تبرر تجاوز مبدأ المنافسة كما ألزم مانح اللزمة بضرورة الالتزام بعديد الضمانات التي تساهم في تكريس مبدأ المساواة بين المترشحين في منح اللزمة.

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

الفقرة الأولى :حالات استثنائية محدودة تبرر اعتماد طرق غير تنافسية

لئن حرص المشرع من خلال القانون المؤرخ في 1 أفريل 2008 المتعلق بنظام اللزمات على جعل المنافسة المبدأ الرئيسي في عملية اختيار صاحب اللزمة و التي تكرس عمليا من خلال آلية طلب العروض فإن ذلك لم يمنعه من إضفاء بعض المرونة على مستوى إجراءات اختيار صاحب اللّزمة حيث أقر بعض الآليات التي تجسد الحرية التعاقدية للشخص المانح للزمة بحيث يتحرر من الالتزامات التي يفرضها مبدأ المنافسة.[22]

و لقد بين المجلس الدستوري في رأيه عدد 75-2007 بخصوص مشروع القانون المتعلق بنظام اللّزمات" أن مبدأ المساواة لا يحول دون أن يضع المشرع استثناءات لهذا المبدأ متى كان ذلك يهدف إلى تحقيق ازدهار الاقتصاد أو لصالح العام و الدفاع الوطني ."[23]

و في نفس السياق بين مجلس المنافسة بأنه" تقتضي الضرورة إدراج بعض الاستثناءات لمبدأ المنافسة من شأنها أن تمكن مانح اللزمة من إبرام هذه العقود دون التقيد بوجوبية إجراء طلب العروض و ذلك بعقد اللزمات بعد تنظيم استشارة موسعة أو عن طريق التفاوض المباشر."[24]

كما أيدت المحكمة الإدارية هذا التوجه من خلال الحكم الابتدائي الصادر في 04 ديسمبر سنة 2009 حيث أجازت إمكانية اللّجوء إلى طريقة التعاقد المباشر إذا تم الإعلان عن أن طلب العروض غير مثمر.

---

[22] راجع الفصل 10 من القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرخ في 01 أفريل 2008

[23] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 28 الصادر في 4 أفريل 2008

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

كما بينت المحكمة في نفس السياق بأن اختيار صاحب اللزمة يخضع لمبدأ الحرية التعاقدية لكن شريطة مراعاة الشروط الفنية و المالية اللازمة لتحقيق المصلحة العامة. [25]

إذن نتبين من خلال ما سبق بأن تكريس آليات الاستشارة الموسعة و التفاوض المباشر لا يمثل خرقا لمبدأ المساواة الذي يعد أحد أهم المبادئ الذي تنبني عليه عملية منح اللزمات كما لا يمثل عقبة أمام حرية المنافسة باعتبار أن اعتماد مختلف هذه الآليات يعد استثناء تفرضه الضرورات و لا يعتمد إلا في حالات استثنائية كما أنه ليست الغاية من اعتماد طرق غير التنافسية التقليص من حرية المنافسة بالعكس يمكن أن تمثل هذه الآليات وسيلة لخدمة المصلحة العامة باعتبار أن إبرام بعض العقود الإدارية و خاصة تلك المتعلقة بتسيير المرافق العمومية يتطلب توفير بعض المرونة على مستوى الإجراءات مما يمكن مانح اللزمة من اختيار المتعاقد الذي يحضى بثقته و الذي يرى فيه قدرته على التسيير الأحسن للمرفق العام.

إن تقنية الاتفاق المباشر تمنح الشخص المانح للزمة مجال من الحرية تمكنه من التحرر من العلانية و الإشهار الذي يفرضه مبدأ المنافسة و لكن اعتماد هذه الآلية لا يعني الغياب التام للتنافس حول المشروع المراد إنجازه عن طريق عقد اللزمة بل بالعكس فإن الاستشارة الموسعة تفتح نسبيا المجال للتنافس لأن هذه التقنية تتطلب بطبيعتها حضور فئة معينة من المتعاملين الاقتصاديين الذين تتوفر فيهم الشروط اللازمة لحسن تنفيذ مشروع اللّزمة و لهذا فإن مانح اللزمة يجب أن يكون مطلعا على معطيات السوق الوطنية و الدولية وعلى المستثمرين الذين يمكن استدعائهم للمشاركة في الاستشارة الموسعة ومن ثم اختيار الطرف الأكثر تلاءما مع حاجيات مانح اللزمة و يتمتع مانح اللزمة في

---

[25] فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2009 منشورات مجمع الأطرش بالتعاون مع المحكمة الإدارية تونس 2011 صفحة 289-290

مجلة القانون - مجلة قانونية الكترونية

إطار إعداد الاستشارة الموسعة بقدر من الحرية تسمح له بتحديد العدد الخاص بالمتنافسين الذين يمكنهم المشاركة في المنافسة.

لقد مكن المشرع مانح اللّزمة من التّحرر من اعتماد مبدأ المنافسة عند القيام بعملية انتقاء صاحب اللّزمة و ذلك عند توفر بعض الظروف و الوقائع القانونية التي لا تتيح المجال لخلق إطار تنافسي [26] و في هذا السياق أكد التوجيه الأوروبي الصادر في 26 فيفري 2014 و المتعلق بمنح عقود اللزمة على أن منح عقود اللزمة دون اعتماد المنافسة لا يجب الترخيص فيه إلا في بعض الوضعيات الاستثنائية و خصوصا إذا تبين بأن موضوع عقد اللزمة لا يمكن إنجازه إلا من قبل متعامل إقتصادي وحيد كما بين التوجيه كذلك بأن هذه الوضعية لا يجب أن تكون مفتعلة من قبل الشخص المكلف بمنح اللّزمة ، كما يجب التّحري كذلك في بعض الحلول الممكنة قبل إعتماد الطرق غير التنافسية لمنح اللزمة. [27]

و نظرا لاعتبارها استثناء لمبدأ المنافسة في منح عقود اللّزمة لم يجز المشرّع التونسي اعتماد الاستشارة الموسعة أو اللّتفاوض المباشر إلا في حالات معينة تم تحديدها من خلال الفصل 10 من

مجلة التمويل - مجلة قانونية الكترونية

---

[26] مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، مرجع سابق صفحة 780

[27] Directive 2014/23/CE du Parlement européen du conseil du 26 Février 2014 sur l'attribution des contrats de concession : « Compte tenue de ses effets négatifs sur la concurrence, l'attribution d'une concession sans publication préalable ne devrait être autorisée que dans des circonstances exceptionnelles. Ces exceptions devraient se limiter aux cas ou il est clair dés le départ qu'une publication ne susciterait pas plus de concurrence, en particulier parce qu'il n'existe objectivement qu'un seul opérateur économique capable d'exploiter la concession. L'impossibilité d'attribuer la concession à un quelconque autre opérateur économique ne devrait pas avoir été créée par le pouvoir adjudicataire lui-même ou par l'entité adjudicatrice elle-même, en vue de cette attribution, en outre une évolution approfondie devrait être effectuée afin de déterminer s'il existe d'autres solutions adéquates ». Journal Officiel de l'Union européenne 28/03/2014 L94/1 .

القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرخ في 01 أفريل 2008 و المتعلق بنظام اللزمات و الذي ينص على أنه:

"يمكن إختيار صاحب اللزمة إما بعد تنظيم استشارة أوعن طريق التفاوض المباشر في إحدى الحالات الاستثنائية التالية:

أ-إذا تم الإعلان على أن الدعوة إلى المنافسة غير مثمرة

ب- لأسباب يقتضيها الدفاع الوطني أو الأمن العام

ج- في حالة التأكد لضمان استمرارية المرفق العام

د-إذا تعلق إنجاز موضوع العقد بأعمال لا يمكن أن يعهد بإنجازها إلاّ لشخص معين أو بنشاط يختص باستغلالها حامل براءة اختراع "

و بنفس الصياغة الحرفية تقريبا أكد الفصل 24 من الأمر عدد 1753 لسنة 2010 المؤرخ في 19 جويلية 2010 المتعلق بضبط شروط و إجراءات منح اللّزمات على الحالات الحصرية و الاستثنائية التي تبرر اعتماد الطرق غير التنافسية في اختيار صاحب اللّزمة حيث ينص على ما يلي:

" يمكن اختيار صاحب اللزمة إما بعد تنظيم استشارة أو عن طريق التفاوض المباشر في الحالات الاستثنائية التالية :

-إذا تم الإعلان على أن الدعوة إلى المنافسة غير مثمرة

-لأسباب يقتضيها الدفاع الوطني أو الأمن العام

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

-في حالة التأكد لضمان استمرارية المرفق العام

-إذا تعلق إنجاز موضوع العقد بأعمال لا يمكن أن يعهد بإنجازها إلا لشخص معين أو بنشاط يختص باستغلاله حامل براءة اختراع"

و المتأمل في صياغة هذا الفصل له أن يلاحظ من الوهلة الأولى الغموض الذي يكتنفه على مستوى عديد العبارات الفضفاضة و التي تحتمل التوسع في تأويلها مما يوسع في الحالات التي يمكن فيها تجاوز مبدأ المنافسة وذلك خدمة لغايات شخصية على حساب مصلحة المستثمرين و على حساب المصلحة العامة على حد السواء و لقد لقيت صياغة هذا الفصل عديد النقد من قبل أحد الباحثين من أساتذة القانون حيث رأى بأن تحديد هذه الحالات ينقصه المزيد من الوضوح و الدقّة خصوصا فيما يتعلق "بالدفاع الوطني والأمن العام و حالة التأكد "التي في غالب الأمر تعود للسلطة التقديرية للإدارة المكلفة بمنح اللّزمة لتأويلها.[28]

و نظرا لغموض صياغته و للعديد من الإشكالات التي من الممكن أن يطرحها على مستوى التطبيق تم إلغاء هذا الفصل بصفة كلية وتم تعويضه بالفصل 24 (جديد) من الأمر عدد 4631 لسنة 2013 المؤرخ في 18 نوفمبر 2013 و الذي ينص على أنه:

" يمكن اختيار صاحب اللزمة إما بعد الاستشارة أو عن طريق التفاوض المباشر في إحدى الحالات التالية:

-إذا تم التصريح بأن الدعوة إلى المنافسة كانت غير مثمرة.

[28] Hassayoun Moez, « Le droit de contrats publics en Tunisie, Tendances générales d'évolution » in *Le droit des contrats publics en Tunisie. Aspects récents*, page 56, ouvrage précité.

مجلة الديوان - مجلة قانونية الكترونية

و تكون الدعوة إلى المنافسة غير مثمرة إذا لم يتم تقديم أي عرض أو إذا كان العرض المقدم غير مناسبا أو لا يستجيب للشروط المطلوبة.

و يعد العرض غير مناسب لانتفاء علاقته باللزمة وذلك لعدم استجابته لحاجيات صاحب اللزمة كما فصلها طلب العروض و سائر وثائق اللزمة و الملف الإعلامي للزمة كما وجد،

و يعد العرض غير مستجيب للشّروط المطلوبة إذا لم يكن مطابقا لوثائق اللزمة أو إذا إقترح معاليما أو شروطا لم تعرض في إطار المنافسة أو لم يتم تسلم أي عرض مستوفي لشروط القبول.

- في حالة التأكد لضمان استمرارية المرفق العمومي

-إذا تعلق إنجاز موضوع العقد بأعمال لا يمكن أن يعهد بإنجازها إلا لشخص معين وذلك خاصة لانعدام المنافسة لأسباب فنية و اقتصادية على أن لا يكون غياب المنافسة ناتجا عن تقييد في وثائق الدعوة إلى المنافسة.

- إذا تعلق تنفيذ موضوع العقد بنشاط يختص باستغلاله حصريا حامل براءة اختراع محمية طبق القانون التونسي."

-لأسباب يقتضيها الدفاع الوطني أو الأمن العام.

لم تبين مختلف النصوص القانونية المنظمة لعملية اختيار صاحب اللزمة المقصود بحالة التأكد التي تستدعي إعتماد طرق غير تنافسية في عملية منح اللزمة و لكن بالعودة إلى مداولات مجلس النواب حول مشروع القانون المتعلق باللزمات فإن هذه الحالة مفادها :

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

"أن يتم تأمين استمرارية إنجاز و استغلال اللزمة في صورة إخلال صاحبها بالالتزامات الملقاة على عاتقه أثناء تنفيذ العقد و هو ما يخول لمانح اللزمة تكليف شخص آخر يحل محل صاحب اللزمة المخل بالتزاماته دون تنظيم طلب عروض جديد ".[29]

و قد أكد مجلس الدولة الفرنسي على هذه الإمكانية في أحد قراراته حيث أجاز للشخص العمومي إمكانية إعادة إبرام عقد اللزمة مع متعاقد ثان في حالة إستعجالية مردها عدم إمكانية تسيير المرفق العمومي المرتبط باللزمة و لم يشترط المجلس أن تكون هذه الاستحالة معللة بإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية الجوهرية بل علل ذلك بالضرورة التي تقتضيها المصلحة العامة و المتمثلة في تعطل سير المرفق العمومي.[30]

الفقرة الثانية : إرساء ضوابط إجرائية ملزمة في حال تجاوز مبدأ المنافسة

بخلاف طلب العروض الذي يتميز بإجراءات واضحة و دقيقة تضمن احترام المبادئ الأساسية التي تنبني عليها عملية اختيار صاحب اللزمة فإن الآليات غير التنافسية التي أباح المشرع اعتمادها في حالات استثنائية محدودة تتميز بنظام إجرائي غامض حيث لم يتدخل ليضع نظاما إجرائيا يؤطر مختلف المراحل المتعلقة بالاستشارة الموسعة و التفاوض المباشر.

---

[29] مداولات مجلس النواب عدد 23 الصادر في 04 مارس 2008 صفحة 1005

[30] Arrêt du Conseil d'Etat n°405157 du 14 Février 2017 /7éme -2éme chambre réunie.

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

إن غياب الإطار الإجرائي الواضح لعملية منح اللزمة باعتماد طرق غير تنافسية يمكن أن يؤدي إلى استغلال هذا الفراغ و توجيهه لتوفير غطاء قانوني لممارسات مشبوهة و تلاعبات خفية[31].

لذلك و تفاديا لمختلف هذه الإشكاليات التي يمكن أن تنشأ عند القيام بالاستشارة الموسعة أو التفاوض المباشر ارتئ المشرع وضع جملة من الضمانات و التي ألزم مانح اللزمة إتباعها في حال اعتماد طرق غير تنافسية في اختيار صاحب اللزمة و ذلك من خلال مختلف الأحكام التي ضمنتها النصوص القانونية المنظمة للزمات ومن بين هذه الضمانات الإلزامية تكليف لجنة خاصة تشرف على عملية المفاوضات و الاستشارة الموسعة حيث ينص الفصل27 من الأمر المؤرخ في 19 جويلية 2010 سابق الذكر على أنه:" تتم متابعة عملية منح اللزمة بعد تنظيم استشارة أو بالتفاوض المباشر من قبل لجنة خاصة تحدث وفقا لأحكام الفصل 8 من هذا الأمر. "

و لم يكتفي المشرع بتكليف لجنة خاصة للإشراف على عملية اختيار صاحب اللّزمة. بل لقد ألزم هذه الأخيرة بإتباع صيغ معينة في عملها و هي الصيغة الكتابية لمختلف أعمالها و للإجراءات التي تتبعها كما اشترط المشرع أيضا الصبغة الكتابية أيضا في عملية التفاوض[32].

و قد تم التأكيد أيضا على الصبغة الكتابية في موضع آخر من مختلف النصوص التطبيقية المتعلقة باللّزمات حيث ألزم المشرع كذلك مانح اللزمة على ضرورة التقيد بالصبغة الكتابية للإجراءات المتبعة في حال اعتماد الاستشارة الموسعة حيث ينص الفصل 25 على أنه: "في صورة اعتماد

---

[31] بن محمد محمد /منال حليمي "صفقات التراضي في الجزائر :أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة " دفاتر السياسة و القانون عدد 13 جوان 2015 صفحة 187

[32] الفصل 8 (فقرة أخيرة جديدة) من الأمر الصادر في 2013

مجلة الميزان مجلة قانونية الكترونية

صيغة تنظيم الاستشارة يجب على مانح اللزمة أن يعمل على توسيع الاستشارة و أن يتقيد بإجراءات مكتوبة تضمن مساواة المترشحين و تكافؤ الفرص بينهم و الشفافية في إختيار صاحب اللزمة" .

لكن لم يكتفي المشرع بهذه الالتزامات فقط بل ارتئ تكريس جملة من الضّمانات الأخرى المرتبطة بمنح اللّزمة عن طريق التفاوض المباشر أو الاستشارة الموسعة والمتعلقة بعملية تلقي الاقتراحات التلقائية حيث أن هذه الأخيرة لا يمكن قبولها مباشرة عن طريق التفاوض المباشر إلا في حالات استثنائية حيث يبين الفصل 29 من الأمر الصادر في 19 جويلية 2010 أنه:

"يتولى الشخص العمومي الذي تلقى عرضا تلقائيا النّظر في إمكانية إنجاز المشروع أو ممارسة النّشاط موضوع هذا العرض في إطار لزمة خاصة من النواحي القانونية والاقتصادية والفنية وله أن يستعين في ذلك بكل شخص يعتبر رأيه مفيدا في تقييم العرض التلقائي."

لقد أكد المشرع من خلال أحكام الأمر الصادر في 19 جويلية 2010 سابق الذكر أن العروض التلقائية التي حظيت بالموافقة يجب إخضاعها للإجراءات التنافسية كما تم تحديدها ضمن مختلف النصوص القانونية المنظمة لعملية منح اللزمة.

و لا يمكن أن تؤدي الموافقة المبدئية على العرض التلقائي إلى التعاقد مع مقدمه بصفة مباشرة إلا إذا تعلقت بالعرض التلقائي براءة اختراع أو حقوق ملكية.[33]

ولقد بين مجلس المنافسة فيما يخص المبادرة الخاصة أن تمسك الطرف الذي قدم مقترحا تلقائيا للتعاقد مع صاحب اللّزمة بصفة مباشرة "يتنافى مع المبادئ العامة المعمول بها في مجال عقود

[33] راجع الفصلين 31 و 32 من الأمر عدد 1753 لسنة 2010 مؤرخ في 19 جويلية 2010 المتعلق بضبط شروط و إجراءات منح اللزمات

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

اللزمة و التي تقتضي الدعوة إلى المنافسة بين مختلف الأطراف المتنافسة في السوق مما يسمح بالتوصل إلى أنسب العروض سواء من الناحية المالية أو من الناحية الفنية".[34]

إذا من خلال تنظيمه لعملية قبول الاقتراحات التلقائية و تحديد الحالات التي يمكن فيها قبول العروض بصفة مباشرة دون اللجوء إلى المنافسة يمكن القول بأن المشرع التونسي ضمن عدم اعتماد هذه الوضعية كذريعة لقبول عروض لا تخدم المصلحة العامة بل يتم تكريسها خدمة لغايات شخصية و مصالح خاصة تضر بالمال العام و تنتج آثارا سلبية تظهر عند بداية تنفيذ مشروع اللّزمة .

بالإضافة إلى جملة هذه الالتزامات فإن مانح اللزمة مطالب أيضا بتبرير الحالات التي جعلته يتجاوز مبدأ المنافسة و يعتمد الاستشارة الموسعة أو التفاوض المباشر و ذلك من خلال إعداد تقرير يقدمه لوحدة متابعة اللزمات يعلل فيه أسباب اختيار إحدى الآليات غير التنافسية و قائمة في المشتركين المحتملين المزمع استشارتهم أو المشارك المحتمل المزمع التفاوض معه.[35]

مجلة الميزان - مجلة قانونية الكترونية

[34] تقرير مجلس المنافسة الصادر سنة 2008 صفحة 216

[35] راجع الفصل 26 من الأمر المؤرخ في 19 جويلية 2010