

Décret n° 2013-4631 du 18 novembre 2013, modifiant et complétant le décret n° 2010-1753 du 19 juillet 2010, fixant les conditions et procédures d'octroi des concessions.

Le chef du gouvernement,

Vu la loi constitutive n° 2011-6 du 16 décembre 2011, portant organisation provisoire des pouvoirs publics,

Vu le code de la comptabilité publique promulgué par la loi n° 73-81 du 31 décembre 1973, tel que modifié et complété par les textes subséquents et notamment la loi n° 2012-27 du 29 décembre 2012, portant loi de finances pour l'année 2013,

Vu la loi n° 89-9 du 1^{er} février 1989, relative aux participations, entreprises et établissements publics, ensemble les textes qui l'ont modifiée ou complétée et notamment la loi n° 2006-36 du 12 juin 2006,

Vu le code d'incitation aux investissements promulgué par la loi n° 93-120 du 27 décembre 1993, tel que modifié et complété par les textes subséquents,

Vu le code des sociétés commerciales promulgué par la loi n° 2000-93 du 3 novembre 2000, tel que modifié et complété par les textes subséquents,

Vu la loi organique n° 2004-63 du 27 juillet 2004, relative à la protection des données à caractère personnel,

Vu la loi n° 2008-23 du 1^{er} avril 2008, relative au régime des concessions,

Vu le décret n° 70-118 du 11 avril 1970, portant organisation des services du Premier ministre, tel que modifié et complété par les textes subséquents,

Vu décret n° 2008-2965 du 8 septembre 2008, portant création d'une unité de suivi des concessions,

Vu le décret n° 2010-1753 du 19 juillet 2010, fixant les conditions et procédures d'octroi des concessions,

Vu le décret n° 2010-3437 du 28 décembre 2010, fixant les critères de classification des concessions d'intérêt national,

Vu l'arrêté Républicain n° 2013-43 du 14 mars 2013, portant nomination de Monsieur Ali Larayedh chef du gouvernement,

Vu le décret n° 2013-1372 du 15 mars 2013, portant nomination des membres du gouvernement,

Vu le décret n° 2013-4630 du 18 novembre 2013, portant création d'une unité de suivi des concessions au sein de la Présidence du gouvernement,

Vu l'avis du ministre du développement et de la coopération internationale,

Vu l'avis du ministre des finances,

Vu l'avis du tribunal administratif,

Vu la délibération du conseil des ministres et après information du Président de la République.

Décète :

Article premier - Est ajouté le terme « et de suivi » directement après le terme « octroi », dans l'intitulé et au sein de l'article premier du décret n° 2010-1753 du 19 juillet 2010 susvisé.

Art. 2 - Sont abrogées, les dispositions du dernier paragraphe de l'article 8 et celles de l'article 24 du décret 2010-1753 du 19 juillet 2010, fixant les conditions et procédures d'octroi et de suivi des concessions et remplacées par :

Article 8 (dernier paragraphe nouveau) - La commission assure par tous les moyens appropriés, la traçabilité de ses travaux, de la procédure suivie et des négociations. Ainsi, La commission et le concédant assurent le respect de proportionnalité dans tous les actes et documents, à toutes les phases de la procédure d'octroi et de suivi des concessions. Les décisions de la commission sont prises à la majorité des membres présents et, en cas d'égalité, la voix du président est prépondérante.

Les membres du comité consultatif de l'unité de suivi des concessions créée en vertu du décret n° 2013-4630 susvisé, ne peuvent pas faire partie de la composition des commissions spéciales créées conformément aux dispositions du présent article.

Article 24 (nouveau) - Le concessionnaire peut être choisi après consultation ou par voie de négociation directe dans l'un des cas exceptionnels suivants :

- lorsque l'appel à la concurrence a été déclaré infructueux.

L'appel à la concurrence est déclaré infructueux, si aucune offre, ou aucune offre appropriée ou régulière n'a été déposée.

Une offre n'est pas considérée comme appropriée dès lors qu'elle est sans rapport avec la concession parce qu'elle n'est pas en mesure de répondre aux besoins du concédant, tels que détaillés dans l'appel d'offre et les différents documents de la concession et le memorandum d'information de la concession s'il existe.

Une offre est considérée comme irrégulière si elle n'est pas conforme aux documents de concession, si les prix ou conditions qu'elle propose ne sont pas exposés à une concurrence normale ou si aucune offre recevable n'a pas été reçue.

- pour des raisons de défense nationale ou de sécurité publique,

- lorsqu'il y a urgence à assurer la continuité du service public,

- lorsque la réalisation de l'objet du contrat se rapporte à des prestations dont l'exécution ne peut être confiée qu'à une personne déterminée, notamment en raison de l'absence de concurrence pour des raisons techniques, économiques et à condition que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction dans les documents d'appel à la concurrence,

- lorsque l'exécution de l'objet du contrat se rapporte à une activité dont l'exploitation est exclusivement réservée à un porteur de brevets d'invention dont la protection est assurée conformément à la législation tunisienne.

Art. 3 - Est ajouté au décret 2010-1753 du 19 juillet 2010, fixant les conditions et procédures d'octroi des concessions les articles 3bis, 3 ter, 3 quater, 3 quinquies, 3 sexies, et un paragraphe dernier à l'article 5 et un article 6 bis et les articles 13 bis, 13 ter, 13 quater et un paragraphe premier à l'article 22 et les articles 23 bis, 23 ter, 23 quater, 23 quinquies, 23 sexies, 23 septies, 23 octies, 23 nonies et les articles 33 bis, 33 ter et 33 quater comme suit :

Article (3 bis) - Le concédant ne divulgue pas les renseignements de nature confidentielle que les candidats lui ont communiqués, y compris, entre autres, les secrets techniques ou commerciaux, ni les aspects confidentiels des offres.

Le concédant est tenu de refuser la communication de documents contenant :

- des secrets industriels de candidats,
- des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis par un candidat, qui sont de nature confidentielle,
- des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un candidat ou de nuire à sa compétitivité,
- des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un candidat en vue de contrats ou à d'autres fins.

Le concédant n'est pas tenu de communiquer les documents contractuels à l'état de projet.

Le concédant peut imposer aux candidats des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'il met à disposition tout au long de la procédure d'attribution du contrat.

Lors qu'il estime qu'un document n'est pas communicable, le concédant motive son refus et vise les dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Les documents qui comportent des mentions de données à caractère personnel ne peuvent être rendus publics ou communiqués par le concédant qu'après avoir fait l'objet d'un traitement afin d'occulter ces mentions ou de rendre impossible l'identification des personnes qui y sont nommées.

Article 3 (ter) - Dans le cadre de chaque concession, l'unité de suivi des concessions créée en vertu du décret n° 2013-4630, susvisé, peut demander au concédant de procéder à une évaluation préalable des aspects financiers, techniques et juridiques du projet, ses implications économiques et sociales, sa capacité de répondre aux exigences de développement durable et le cas échéant, son rapport avec d'autres projets.

Cette évaluation préalable est exigée pour toutes les concessions d'intérêt national.

Article 3 (quater) - L'unité de suivi des concessions donne un avis sur l'évaluation mentionnée à l'article 3 (ter) du présent décret. Elle peut demander tout document ou information manquant, incomplet ou qui lui apparaît nécessaire.

L'unité donne son avis dans un délai de deux mois à compter de la date de la réception du dossier complet.

Article 3 (quinquies) - En vue d'assurer l'égalité des candidats, l'équivalence des chances, la neutralité et l'objectivité, est exclu de la participation à toute procédure conduisant à l'attribution d'une concession, tout agent public, salarié, ou conseil qui, au cours des cinq dernières années précédant le lancement de la procédure d'octroi de la concession, aura été chargé :

- de surveiller ou contrôler le secteur auquel se rapporte la concession,
- de passer des marchés ou contrats dans le secteur auquel se rapporte la concession ou d'exprimer un avis sur de tels marchés ou contrats,

- ou, de par sa fonction préalablement occupée ou les missions confiées, aura eu à connaître de quelque façon que ce soit, de l'objet de la concession, sans préjudice de la législation en vigueur en matière d'essaimage.

Article 3 (sexies) - L'exclusion aux fins de l'application de l'article 3 (quinquies) du présent décret s'applique aux dirigeants des sociétés candidates ou membre de groupements candidats, ainsi qu'à tout agent public, salarié ou conseil qui serait employé sous quelque forme que ce soit par le candidat ou un membre du groupement candidat ou qui serait rémunéré par une participation au capital de l'un des membres du groupement ou du groupe auquel appartient ce membre du groupement.

Est réputée conseil aux fins de l'application de l'article 3 quinquies du présent décret, toute personne physique ou morale qui aura soit conseillé directement, soit aura été salariée, consultante, ou sous-traitante d'une entreprise de conseil.

Article 5 (paragraphe dernier) - La procédure de dialogue compétitif peut être utilisée dans le cadre d'appel d'offres restreint.

Article 6 (bis) - En cas d'utilisation de la procédure d'appel d'offres par voie électronique, le concédant met les documents à la disposition de tout candidat gratuitement et sans restriction, à partir de la date de publication de l'avis d'appel d'offres. L'avis précise également l'adresse internet à laquelle les documents sont accessibles et la date limite de présentation des offres.

Le concédant exige, dans ce cas, que le candidat remplisse un formulaire en ligne pour identifier le nombre de candidats ayant retiré le dossier d'appel d'offres.

Article 13 (bis) - Le concédant se fonde pour l'attribution des concessions sur le critère de l'impact économique, social et environnemental de la concession, et notamment sur :

- * le coût du projet et sa durée,
- * le montant de la redevance versé au concédant et le montant de la rémunération que le concessionnaire perçoit en contrepartie des prestations,
- * la qualité du service rendu et la qualité des ouvrages, le cas échéant, et les éléments proposés pour les mesurer,

* les qualifications et l'expérience du personnel affecté à l'exécution du contrat,

* Les critères de contrôle et de suivi de la concession,

* la contribution au développement régional,

* les caractéristiques environnementales du projet,

* les transferts de technologie et de savoir faire,

* la capacité à créer des emplois et du travail indépendant,

* l'amélioration de l'employabilité des personnels de la concession.

Article 13 (ter) - Le concédant peut limiter de manière transparente et sur la base de critères objectifs le nombre de candidats à un niveau approprié, en l'indiquant dans le règlement d'appel d'offres.

Le concédant peut préciser dans le règlement d'appel d'offres les informations et références à présenter comme preuve des capacités du candidat. Ces informations et références sont liées à l'objet du contrat et strictement proportionnées à celui-ci.

Article 13 (quater) - Le concessionnaire est autorisé à soumissionner seul ou dans le cadre d'un seul groupement. Le soumissionnaire peut s'appuyer sur les capacités d'autres membres du groupement.

Le concédant peut exiger dans le règlement d'appel d'offres que les membres du groupement soient solidairement responsables de l'exécution du contrat.

Article 22 (paragraphe premier) - La commission spéciale créée conformément à l'article 8 du présent décret, transmet les documents d'appel d'offre pour avis à l'unité de suivi des concessions créée en vertu du décret n° 2013-4630 susvisé, et ce avant la publication de l'appel d'offre.

Article 23 (bis) - Le concédant peut recourir à la procédure de dialogue compétitif dans le cas d'un appel d'offres restreint, en raison de la complexité du projet, caractérisée par l'impossibilité pour le concédant de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, ou d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

Pour la mise en œuvre de cette procédure, le concédant définit un programme qui comporte des objectifs et résultats vérifiables à atteindre ou qui précise les besoins à satisfaire.

Les moyens de parvenir à ces résultats ou de répondre à ces besoins font l'objet d'une proposition de la part de chaque candidat.

Article 23 (ter) - En cas de recours au dialogue compétitif, toute commission spéciale créée conformément à l'article 8 du présent décret est chargée de mener la procédure de dialogue compétitif.

Elle peut être appuyée par des personnalités désignées par le concédant en raison de leur compétence dans la matière objet du dialogue compétitif.

Article 23 (quater) - La procédure de dialogue compétitif est organisée conformément aux dispositions suivantes :

- un avis d'appel d'offres est publié dans les conditions prévues aux articles 4 et suivants du présent décret. Il définit les besoins et exigences du concédant,

- les modalités du dialogue sont définies dans le règlement d'appel d'offres, qui peut limiter le nombre de candidats qui seront admis à participer au dialogue.

Le règlement peut fixer un nombre minimum de candidats qui seront admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Le nombre minimum ne peut être inférieur à trois.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, le concédant peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés.

Article 23 (quinquies) - La liste des candidats invités à dialoguer est établie par classement répondant aux critères de présélection requis et fournis par le candidat.

Le concédant informe les candidats éliminés et indique les motifs pour lesquels ils n'ont pas été retenus.

Article 23 (sexies) - Les candidats sélectionnés sont invités à participer au dialogue compétitif selon les conditions prévues par le règlement d'appel d'offres.

Tous les aspects du projet de contrat peuvent être discutés avec les candidats sélectionnés.

Le concédant peut décider que la procédure se déroulera en phases successives, de manière à réduire le nombre de solutions et montages à discuter pendant la phase du dialogue, en respectant les critères définis dans le règlement d'appel d'offres.

Le concédant ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Il ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat, sans l'accord de celui-ci.

Article 23 (septies) - Le dialogue se poursuit jusqu'à ce que soient identifiées les solutions susceptibles de répondre aux besoins. Le concédant en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la négociation. Le cas échéant, il leur communique les renseignements complémentaires émanés des solutions retenues, dont ils n'auraient pas connaissance, dans un délai fixé dans le règlement d'appel d'offres révisé.

Il les invite à remettre leurs offres finales sur la base des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue, dans un délai fixé dans le règlement d'appel d'offres conformément au principe de fixation du délai visé à l'article 4 du présent décret.

L'invitation aux candidats à remettre leurs offres finales comporte au moins la date et l'heure limites de réception de ces offres, l'adresse à laquelle elles seront transmises.

Article 23 (octies) - Le concédant peut demander des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments aux candidats sur leurs offres finales. Ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre finale, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

Article 23 (nonies) - Les offres irrégulières ou inappropriées sans rapport avec la concession parce qu'elle n'est pas en mesure de répondre aux besoins du concédant, sont éliminées, les autres étant classées par ordre décroissant. L'offre retenue est choisie en application des critères établis dans le règlement d'appel d'offres révisé.

Lorsque aucune offre finale n'a été remise ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres inappropriées, ou irrégulières, le dialogue compétitif est déclaré infructueux.

Cette déclaration est effectuée par le concédant.

Article 33(bis) - Le contrat fixe la périodicité et les modes de contrôle par le concédant de l'exécution du contrat, et notamment les obligations du concessionnaire en matière financière, de tarif, de sous-traitance, de qualité, de régularité et de continuité du service rendu, et le cas échéant, de la qualité des ouvrages, constructions et équipements, du respect des objectifs de performance, de ses engagements en matière d'emploi, de développement local et de développement durable, ainsi que l'attribution d'une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises.

Le contrat peut prévoir que le compte annuel de résultat de l'exploitation des opérations objet du contrat, présentera les données utilisées pour les révisions et indexations contractuelles et les justifications des prestations extérieures facturées à l'exploitation.

Le contrat peut également prévoir que sera fourni le suivi des indicateurs correspondant :

- aux objectifs de performance prévus au contrat,
- à la part d'exécution du contrat sous-traitée, ou confiée aux petites et moyennes entreprises,
- au suivi des recettes annexes perçues par le concessionnaire, lorsque de telles recettes sont prévues au contrat,
- aux pénalités demandées au concessionnaire, et à celles acquittées.

Un rapport type peut être annexé au contrat.

Article 33 (ter) - Un rapport d'exécution de la concession est transmis annuellement par le concessionnaire au concédant ainsi qu'à l'unité de suivi des concessions susvisée. Ce rapport comprend les données économiques et comptables dont le compte annuel de résultat de l'exploitation de l'opération objet du contrat ainsi qu'un compte rendu de la situation des biens nécessaires à la bonne exécution du projet.

Le cas échéant, le rapport présentera une comparaison avec les données de l'année précédente.

Article 33 (quater) - Sans préjudice des dispositions de l'article 21 de la loi n° 2008-23 du 1^{er} avril 2008, relative au régime des concessions, une modification substantielle des stipulations d'un contrat de concession en cours est considérée, aux fins du présent décret, comme une nouvelle attribution de concession et nécessite une nouvelle procédure d'attribution de concession conformément au présent décret.

La modification est considérée comme substantielle, lorsqu'une des conditions suivantes est remplie :

(a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale d'attribution, auraient permis la sélection et l'attribution du contrat à d'autres candidats,

(b) elle modifie l'équilibre économique du contrat en faveur du concessionnaire,

(c) elle modifie considérablement le champ d'application du contrat de sorte qu'elle englobe des fournitures, des services ou des travaux non couverts au départ.

Les modifications du contrat ne sont pas considérées comme substantielles lorsqu'elles ont été prévues dans les documents contractuels sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et univoques. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des éventuelles modifications ou options ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Art. 4 - L'expression «le décret n° 2008-2965 du 8 septembre 2008, portant création d'une unité de suivi des concessions» est remplacé par l'expression «le décret n° 2013-4630 du 18 novembre 2013 », et ce, là où elle est mentionnée au décret n° 2010-1753 du 19 juillet 2010, fixant les conditions et procédures d'octroi des concessions.

Art. 5 - Les ministres et secrétaires d'Etat sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret qui sera publié au Journal Officiel de la République Tunisienne.

Tunis, le 18 novembre 2013.

Le Chef du Gouvernement
Ali Larayedh