

Atelier de travail avec la société civile

Sur

« Les résultats des travaux de la 2^{ème} phase de l'étude d'analyse d'écart et d'impact en vue d'un rapprochement réglementaire tunisien vers les normes internationales et de l'UE en matière des marchés publics »

Tunis, Vendredi 22 Mars 2019

La Présidence du Gouvernement a organisé, vendredi 22 mars à Tunis, une rencontre avec les représentants de la société civile sur les résultats des travaux de la deuxième phase de l'étude d'analyse d'écart et d'impact en vue d'un rapprochement réglementaire tunisien vers les normes internationales et de l'UE en matière des marchés publics pour la préparation des négociations à propos de l'ALECA.

Les travaux de cette rencontre ont été coordonnés par Mme Fatma Oueslati, Directrice générale de l'UGPO/ALECA, Chargée de Mission au Cabinet du Chef du Gouvernement et animée par M. Mounir Maaroufi, représentant de la Haute Instance de la Commande Publique (HAICOP) et chef du Groupe « Marchés Publics » et coordinateur du projet.

Les experts, Dr. David Luff, Chef de Mission et M. Andras Lakatos, Expert dans les domaines du commerce international et les marchés publics, ont participé à la rencontre afin de présenter les résultats des travaux de la 2^{ème} phase de l'étude d'analyse d'écart et d'impact en vue d'un rapprochement réglementaire tunisien vers les normes internationales et de l'UE en matière des marchés publics

Mme Oueslati a rappelé, au début de son intervention d'ouverture, que cette manifestation s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre de la démarche adoptée pour le travail conjoint pour cette phase des négociations entre les groupes de travail et négociateurs thématiques et les panels d'experts de la société civile créés autour de chaque thème. Lesquelles réunions devraient en général être précédées des rencontres sectorielles organisées par les départements sectoriels avec les représentants du secteur privé dans les panels d'experts concernés .

Ainsi pour le secteur des Marchés Publics, une première réunion a eu lieu en novembre 2018 afin de présenter les résultats de la 1^{ère} phase de l'étude d'écart et d'impact. La réunion

d'aujourd'hui, a-t-elle ajouté, est consacrée aux résultats de la 2^{ème} phase de l'étude. Une autre réunion sera organisée avec la HAICOP pour examiner afin d'aller dans les détails de vos contributions et commentaires concernant le chapitre des marchés publics.

Mme Oueslati a annoncé à l'occasion que le rapport de la 2^{ème} phase envoyé aux participants ne sera pas validé tant qu'il n'a pas été étudié et discuté par les intéressés : soit de l'administration soit de la société civile.

Pour sa part, M. Mounir Maaroufi a insisté sur l'importance de l'approche participative qui représente une garantie de transparence. Il a affirmé que son groupe a reçu la version du rapport de cette deuxième phase qui est une version initiale afin que tous, administration et société civile, puissent réagir et débattre de son contenu.

M. Maaroufi a rappelé que les négociations sont menées au rythme choisi par la partie tunisienne qui garde comme but l'intérêt de la nation avant toute autre chose. L'intervenant a signalé que la 3^{ème} phase de l'étude, consacrée à l'impact du rapprochement réglementaire, sera très importante. Il a par ailleurs souligné le travail colossal effectué par la Tunisie afin de rehausser sa réglementation au niveau des normes internationales en la matière, travail qui s'est traduit par un rapport et un plan d'actions de très grande envergure. Plusieurs avancées ont été ainsi enregistrées dans ce domaine, avancées qui font que les écarts par rapport aux standards internationaux sont minimes et ne constituent pas un obstacle à la mise en place d'un système et d'un jeu de marchés équilibré et intègre.

Après cette intervention, les experts ont pris la parole pour exposer les résultats de la 2^{ème} phase de l'étude.

M. David Luff, chef de mission, a passé en revue les écarts actuels entre la législation, les normes, les structures et procédures tunisiennes et les règles de l'OMC et le chapitre ALECA sur les Marchés Publics.

Il a fait remarquer que cet examen est utile non seulement en vue de l'accord de l'ALECA mais également pour la législation tunisienne qui est actuellement en cours d'examen. L'intervenant a souligné l'absence de grands écarts et l'existence de beaucoup de conformité tout en relevant que les écarts concernent surtout des points techniques pertinents.

La première question soulevée par M. Luff concerne le concept de discrimination entre les acteurs nationaux et internationaux. Cette discrimination n'est pas littéralement mentionnée dans les textes de la législation tunisienne mais elle est effective par les procédures obligatoires comme l'exigence de l'agrément, l'octroi des crédits par des banques tunisiennes auxquelles l'acteur étranger n'a pas accès.

M. Luff ajoute que d'autres difficultés existent handicapant les acteurs non nationaux comme la lenteur bureaucratique de certaines autorisations, les retards de paiement, ou encore les prescriptions techniques obsolètes. L'intervenant ajoute que des difficultés

existent aussi pour ce qui est de la documentation électronique, de la gestion du risque, ou encore de l'absence du cadre adéquat pour certaines tâches et certains marchés.

M. Luff a indiqué ensuite que l'analyse effectuée par les experts s'est basée sur le projet de texte de l'accord de l'ALECA et sur la comparaison entre les textes tunisiens et ceux de l'accord de l'OMC sur les marchés publics dans sa nouvelle version, pas encore signée par la Tunisie.

L'expert a ensuite effectué une comparaison rapide de certains détails, renvoyant au texte du rapport pour plus de précision.

Ainsi pour la définition du « Marchés Publics », il a indiqué que les textes tunisiens se contentent souvent de la définition par le montant du marché tandis qu'il faut considérer aussi d'autres critères comme la nature du marché, celle de l'acheteur, ou le type de la commande, critères qui existent dans le texte du projet de l'ALECA.

Pour ce qui des principes généraux, M. Luff a rappelé ses remarques concernant la discrimination entre nationaux et internationaux et a souligné l'existence de quelques écarts comme ceux liés à l'exclusion pour activités frauduleuses, aux délais de suspension (5 jours et 10 jours) ou encore des détails sur les procédures électroniques...

Le chef de mission a déclaré ensuite que la législation tunisienne est dans l'ensemble conforme aux règles de l'accord de l'OMC avec quelques détails mineurs à prendre en considération et qui généralement même adoptés n'entraînent pas de vrai impact sur ce qui existe actuellement.

Selon M. Luff, il y a également des règles à ajouter comme celles concernant les définitions générales, les règles d'évaluation des valeurs des marchés, les règles d'origine dans le commerce, ceux des marques dans les appels d'offre, les règles des procédures, des adjudications, de la transparence, des motivations des refus ou encore les règles des recours.

Lors du débat ouvert après l'intervention de Mr Luff, Mme Rim Zahari, de la HAICOP, est intervenue pour indiquer que le décret de 2014 sur les Marchés Publics est le fruit d'un travail colossal qui a débuté en 2012 et ce décret répond aux normes internationales et que les instances internationales font confiance à la réglementation tunisienne telle que modifiée par ce décret. Mme Zahari a ajouté que les standards internationaux, ont été la référence de tout le travail d'aménagement introduit dans le décret de 2014.

L'intervenante a ensuite répondu à plusieurs remarques citées par M. Luff en indiquant que les lacunes normatives relevées ne le sont que partiellement (délais de 5 jours et 10 jours pour les recours, les définitions du marché public qui existent dans plusieurs articles, un chapitre est consacré à l'intégrité et la transparence...)

Mme Zahari a indiqué aussi qu'elle considère que la plupart des remarques citées par l'expert concerne la version de 2012 du décret et cette version a été profondément remaniée par le décret de 2014. Pour ce qui est des procédures électroniques, Mme Zahari a remarqué que le portail du TUNEPS est en 3 langues afin d'améliorer son utilisation par tous les usagers.

L'intervenant suivant a été M. Imed Ghabri, du réseau Euromed qui a axé son intervention sur deux points à savoir la définition des marchés publics et les modalités des recours. Pour la définition des marchés publics, M. Ghabri a souligné que la jurisprudence du Tribunal Administratif a amélioré les définitions de la réglementation chaque fois que c'est nécessaire, appelant la primauté de loi sur les réglementations et remarquant que la jurisprudence a défini les marchés publics par un critère organique et un critère matériel.

M. Ghabri a également indiqué que le décret de 2014 n'a pas précisé les voies des recours et que cette précision est venue par la jurisprudence du Tribunal Administratif se demandant pourquoi on se réfère seulement au décret de 2014 et on oublie l'existence d'autres textes législatifs.

Dans le même contexte, Mme Sonia Ben Salem, représentante de la HAICOP et membre de TUNEPS, est intervenue pour indiquer que le décret de 2014 a mentionné l'obligation à l'acheteur public d'informer le fournisseur de la motivation du rejet de son offre dans un délai bien déterminé et que le seul moyen de passer des marchés publics en Tunisie est le site Web TUNEPS. Il y a également le portail des marchés publics qui est fonctionnel depuis 2008 et qui a pour objectif l'information des candidats potentiels des opportunités et de toutes les nouveautés en la matière. D'un autre côté, Mme Ben Salem a fait remarquer que l'approche adoptée pour ce qui est du TUNEPS est une approche progressive qui a été une option ouverte et gratuite jusqu'en 2018 à tous les fournisseurs tunisiens et étrangers sans avoir à faire de déplacements vers la Tunisie. L'intervenante a cité l'exemple de fournisseurs étrangers qui ont fait leurs enregistrements sur ce site et ont obtenu leurs certificats électroniques et ont pu, suite à cela, participer à des marchés publics. Finalement, elle a mentionné que TUNEPS présente des mesures d'accompagnement tel que TUNEPS-Kit.

M. Jamel Ksibi, représentant de la Fédération BTP de l'UTICA, est intervenu ensuite pour remarquer qu'il va falloir sortir de la « zone de confort » comme il a dit et comprendre comment les entreprises tunisiennes perçoivent les marchés publics en remarquant que ces marchés ne représentent pas moins de 17% du BIP et 40% du budget de l'Etat ce qui est considérable. M. Ksibi a rappelé que plusieurs crédits alloués n'ont pas été consommés et risquent d'être perdus pour le pays et qu'il faut impérativement connaître les raisons de cet état des choses et y remédier. Pour l'intervenant, il va falloir sortir des schémas classiques, par exemple, en ayant recours plus souvent aux bureaux d'études tunisiens. M. Ksibi a insisté sur le fait que l'entreprise tunisienne ne cherche qu'à être considérée comme l'entreprise étrangère quand les projets sont gérés de manière à exclure pratiquement les

entreprises locales par le jeu des exigences exorbitantes dans les appels d'offre. L'intervenant appelle à réfléchir ensemble sur une méthode à gérer nos marchés avec les compétences tunisiennes sous la conduite de l'administration qui souffre elle-même du départ de ses compétences..

M. Ksibi a conclu son intervention en insistant sur le fait que l'UTICA est pour l'ALECA mais à condition de bien le négocier. Il a ajouté que son organisation soutient les améliorations citées dans le rapport en insistant sur la nécessité de la numérisation appelant à rendre le passage par le TUNEPS obligatoire.

M. David Luff a repris la parole pour répondre à certaines interrogations de l'assistance. Il a d'abord indiqué qu'il serait plus judicieux de consigner les remarques et les commentaires par écrit pour pouvoir les corriger et les suivre. Concernant la jurisprudence, M. Luff s'est demandé si elle est obligatoirement considérée comme loi et qu'en règle générale il vaut mieux améliorer les textes des lois, en appelant à signaler les sources réglementaires qui ont pu être omises par les experts dans le rapport.

M. Abdellatif Cherni de la SNCFT est intervenu ensuite pour souligner certaines incohérences de son point de vue. Il a cité le fait qu'en réalité dans plusieurs appels d'offre, on est obligé d'utiliser les normes européennes ce qui privilégie automatiquement les entreprises européennes. M. Cherni a par ailleurs signalé que des fois, quand on veut travailler sur un appel d'offre, la plateforme TUNEPS ne fonctionne pas.

M. Maaroufi a repris la parole pour indiquer que le thème des marchés publics est passionnant mais qu'il faut se limiter ici au sujet de la réunion qui est l'étude des écarts. Concernant les projets financés par des dons et des crédits spécifiques, M. Maaroufi a rappelé que ces projets sont fixés par des accords internationaux qui sont au point de vue légal supérieurs à la législation nationale.

Mme Oueslati a conclu cette première partie en rappelant que le sujet de la réunion concerne bien la réglementation liée à l'accord de l'ALECA.

En 2^{ème} partie de la rencontre M. Andras Lakatos, expert dans les domaines du commerce international et des marchés publics, est intervenu pour présenter un aperçu rapide de l'étude de benchmark d'Etats membres de l'UE et des pays tiers et d'évaluation du degré de transposition de l'acquis UE et des règles de l'OMC. Dans cette étude M. Lakatos a mentionné qu'il a travaillé sur deux Etats membres de l'UE qui sont la Belgique et la Hongrie et deux Etats non membres qui sont le Vietnam et l'Ukraine. L'expert a fait remarquer que les deux Etats tiers sont des anciens pays socialistes ou il n'y avait aucune tradition dans les marchés publics et leur gestion ce qui fait que le rapprochement avec l'acquis de UE a créé des nouvelles données tandis que la Belgique et la Hongrie ont des histoires juridiques différentes d'où la différence entre ces deux pays.

M. Lakatos a rappelé brièvement le socle juridique européen pour les marchés publics appuyé sur les 3 directives 2014/23, 2014/24 et 2014/25 en soulignant que la Belgique et la Hongrie sont obligées de transposer la totalité de la réglementation européenne ce qui a été fait par des lois spécifiques dans les deux pays.

L'expert a ensuite passé en revue les principes généraux, le champ d'application, les définitions des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs, le cadre institutionnel, les voies de recours ainsi que les procédures électroniques dans les deux pays membres de l'UE.

Pour ce qui est des pays tiers, Vietnam et Ukraine, M. Lakatos a signalé que le Vietnam a signé un accord de libre échange avec l'UE en 2015 et que cet accord reprend essentiellement les prescriptions de l'accord de l'OMC. L'expert a aussi indiqué que malgré cet état des choses le degré d'ouverture est enfin de compte le résultat des négociations que le Vietnam a mené avec l'UE.

Pour ce qui est de l'Ukraine, M. Lakatos a rappelé que le pays a signé un accord ALECA en 2017 et, pour des raisons politiques et géostratégiques, l'Ukraine va transposer intégralement la réglementation européenne.

L'expert a ensuite passé en revue, comme précédemment, les principes généraux, le champ d'application, les définitions des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs, le cadre institutionnel, les voies de recours ainsi que les procédures électroniques dans les deux pays non membres de l'UE.

M. David Luff a ensuite repris la parole pour présenter les recommandations du rapport de la 2^{ème} phase de l'étude pour le rapprochement réglementaire avec l'UE.

M. Luff a rappelé qu'il existe deux scénarii pour le rapprochement. Le premier est celui d'une harmonisation totale et il est exclu pour le cas de la Tunisie. Le deuxième est celui d'un rapprochement avec les règles substantielles existant dans l'accord de l'ALECA et celui de l'OMC. Dans ce cas il ya plusieurs ajustements techniques qu'il faut introduire dans la réglementation tunisienne, tout en précisant que les écarts ne sont pas toujours des lacunes graves. Ainsi en est-il de la définition du marché public, des règles d'inéligibilité pour fraude, des délais de suspension, des procédures de recours et de contestation...

M. Luff a ajouté qu'il existe d'autres ajustements à introduire pour les délais de publicité de l'avis d'appel d'offre, l'harmonisation des délais de recours, l'amélioration des critères de sélection (ne pas se contenter de la règle du moins disant...). Il faut également penser à unifier la réglementation dans un code unique, améliorer la transparence de la procédure et procéder à une refonte de tout le système hérité du décret de 2012 . Il faudrait également penser à faciliter les procédures de passation et réduire la centralisation excessive et accroître l'autonomie de l'acheteur public... D'autre part il faudrait aussi améliorer les procédures de recours et l'exécution matérielle des marchés, éviter les retards de paiement,

moderniser les moyens de communication et les prescriptions techniques imposées par les acheteurs publics. M. Luff a également signalé qu'il faut traiter les fluctuations du taux de change et améliorer en continu la plateforme TUNEPS. L'expert a conclu que si on souhaite intégrer les marchés publics dans les textes internationaux, il faut oublier la discrimination national/ international.

M. Moez Aloui, représentant de la SONEDE qui a pris la parole, s'est interrogé sur les procédures de recours en Belgique, vu que le recours dans ce pays se fait devant le Conseil d'Etat, ce qui n'est pas normalisé par rapport à l'UE. D'autre part, l'intervenant a posé la question concernant l'exclusion des entreprises qui n'ont pas payé leurs impôts de la passation de marchés publics en Tunisie. Cette information a été confirmée par les représentants de la HAICOP qui ont signalé qu'en Tunisie, toute entreprise voulant participer à un marché public doit impérativement incorporer dans son dossier de participation une pièce administrative prouvant sa situation fiscale délivrée par l'administration fiscale, sinon elle est écartée. D'autre part sur la plateforme de TUNEPS.

M. Aloui a demandé des éclaircissements concernant la phase préliminaire de sélection des offres et les moyens permettant d'accroître l'autonomie de l'acheteur public.

M. David Luff a indiqué à ce propos que ces pratiques existent au niveau des appels d'offre de l'UE elle-même mais pas forcément au niveau des Etats membres et ces pratiques permettent d'écarter d'office des dossiers non éligibles par pré-qualifications.

M. Mounir Maaroufi a repris la parole pour indiquer que ceci existe dans la législation tunisienne qui détermine les conditions de participation qu'elle énumère (conditions administratives, fiscalité, CNSS, faillite) en plus d'autres conditions comme les agréments, le chiffre d'affaires, et ceci constitue en fait une phase d'évaluation préliminaire qui précède l'évaluation de l'offre.

M. Lassad Msahli, représentant du Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens, s'est interrogé à propos des mécanismes adoptés par l'ALECA sur la conservation des secrets d'affaires dans le domaine pharmaceutique et le secteur des dispositifs médicaux. L'intervenant a fait remarquer que dans les accords de l'OMC cette clause n'existe pas et qu'elle a été inventée et introduite par les Américains suivis par les Européens dans la législation internationale. M. Msahli souligne que cette notion présente un antagonisme et favorise la corruption et le blanchiment d'argent.

En réponse M. David Luff a déclaré que c'est un équilibre difficile à trouver et pas toujours facile et ceci pas seulement pour les marchés publics.

Mme Oueslati est intervenue dans la discussion pour signaler que des réunions concernant le chapitre de la santé seront organisées et que cette question des secrets des affaires sera abordée.

Mme Mouna Mhadhebi, du ministère de la justice est intervenue à propos du principe de la non-discrimination. Elle a rappelé que bien que la loi ne différencie pas entre nationaux et étrangers, des pratiques discriminatoires existent dans les faits et l'intervenante s'est demandée comment la loi, non discriminatoire, peut régler un problème né de la pratique. Mme Mhadhebi s'est également demandée s'il est pertinent de passer d'un décret à une loi.

M. Nabil Arfaoui du ministère du commerce a pris la parole pour faire remarquer que l'étude, objet de cette réunion, devrait dégager les obstacles d'accès des entreprises tunisiennes aux marchés publics en Europe.

M. David Luff a affirmé que ces obstacles sont essentiellement des obstacles liés à la réglementation technique et qui dépassent le champ des TdR de cette étude.

Mme Oueslati a ajouté qu'une autre étude d'analyse d'écart en matière de réglementation technique en perspective de ce projet d'ALECA est en cours

Au terme des travaux de cet atelier, les participants ont été invités à communiquer leurs commentaires par écrit dans les quinze prochains jours pour pouvoir les intégrer dans le rapport de la deuxième phase de cette étude.