المملكة المغربية
الأمانة العامة للحكومة
اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية

رأي رقم 15 بتاريخ 27 يونيو 2023
حول تضمين ملف الدعوة إلى المنافسة مبدأ الأفضلية الوطنية وبنودا استثنائية

اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية،

بناء على رسالة المركز .....رقم 39 المتوصل بها بتاريخ 6 يناير 2023؛

وعلى المرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013) المتعلق بالصفقات العمومية، كما وقع تغييره وتتميمه؛

وعلى المرسوم رقم 2.14.867 الصادر في 7 ذي الحجة 1436(21 سبتمبر 2015) المتعلق باللجنة الوطنية للطلبيات العمومية كما وقع تغييره وتتميمه؛

وبعد دراسة عناصر التقرير المقدم من طرف المقرر العام إلى الجهاز التداولي للجنة الوطنية للطلبيات العمومية؛

وبعد مداولة الجهاز التداولي للجنة الوطنية للطلبيات العمومية خلال الجلسة المغلقة المنعقدة بتاريخ 27 يونيو 2023،

أولا : المعطيات

بواسطة الرسالة المشار إليها أعلاه، استطلع مدير المركز .....- .....بالنيابة رأي اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية حول مشروعية تضمين دفتر الشروط الخاصة المتعلق بصفقات ..... شرطا يجعل اقتناء ..... يقتصر فقط على تلك التي يتم تعويضها من طرف الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي واستبعاد تلك التي لا تحصل على تعويض من طرف الصندوقين المذكورين.

كما تقدم أيضا باستفسار يهم تمتيع العروض المقدمة من طرف المقاولات الوطنية بالأفضلية طبقا لأحكام المادة 155 من المرسوم رقم 2.12.349 المتعلق بالصفقات العمومية.

وقد أوضح في معرض رسالته أنه في إطار إصلاح المنظومة الوطنية للصحة فإن المستشفيات العمومية ملزمة بالبحث عن مصادر التمويل الذاتي للاستمرار في أداء مهامها، وهو ما لا يتأتى إلا من خلال تحصيل نفقات الخدمات ..... المقدمة للمرتفقين، ولما كانت نسبته % 80 من المرتفقين قد تم إدماجها في نظام التأمين الإجباري الأساسي عن المرض ضمن ورش الحماية الاجتماعية، فإن ..... التي لا تندرج ضمن سلة العلاجات التي يتم تعويضها من طرف الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي تتحملها المستشفيات وهو ما يشكل نفقات تثقل كاهلها وتجعلها تبحث عن إعانات من الميزانية العامة للدولة.

ثانيا : الاستنتاجات

حيث ينصب موضوع الاستشارة حول مسألتين اثنتين: تتعلق الأولى بقانونية تضمين ملف الدعوة إلى المنافسة شرطا يجعل صفقات ..... مقتصرة على تلك التي تحصل على تعويض الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بينما تخص المسألة الثانية منح الأفضلية للمقاولات الوطنية المشاركة في صفقات .....

أولا- بالنسبة لتضمين ملف المنافسة شرطا يقصر صفقات ..... على تلك التي تحصل على التعويض من طرف الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي:

حيث إن المرسوم رقم 2.12.349 المتعلق بالصفقات العمومية أوجب على أصحاب المشاريع في المادة 5 منه ضرورة تحديد الحاجيات المراد تلبيتها بدقة تمكن من الاستجابة إلى طبيعة وحجم الحاجات موضوع الصفقة مع تحديد المواصفات التقنية ومحتوى الأعمال، مع التأكيد على أن تحديد المواصفات التقنية يجب ألا ينتج عنها بأي حال من الأحوال وضع عراقيل أمام حرية المنافسة؛

وحيث إن تعويض صنف من ..... أو عدم التعويض عنه لا يندرج ضمن المواصفات التقنية فإنه لا يمكن بالتالي جعل توصيف غير تقني ذو طبيعة مالية سببا في اختيار أو استبعاد عرض متنافس تقدم به، كما لا يجوز التنصيص عليه ضمن بنود دفتر الشروط الخاصة بالصفقة؛

وحيث إن المادة 18 من المرسوم رقم 2.12.349 المذكور المتعلقة بنظام الاستشارة قد نصت على أن مقاييس قبول المتنافسين وإسناد الصفقة، يجب أن تكون موضوعية وغير تميزية ومتناسبة مع محتوى الأعمال موضوع الصفقة؛

وحيث إن إدراج دواء ضمن قائمة ..... التي يتم التعويض عنها أو ضمن تلك التي لا يعوض عنها من طرف الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لا يشكل مقياسا موضوعيا للقبول بل إنه يعد بندا تميزيا من شأنه أن يشكل عيبا مسطريا يستوجب إلغاء المسطرة؛

وحيث إن الجهة المستشيرة عللت طلب استبعاد ..... التي لا تحصل على تعويض الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي من صفقات أدويتها، كونها نفقات مرهقة لميزانيتها المالية، الأمر الذي يضطرها إلى طلب إعانات من الميزانية العامة للدولة، فإنه ينبغي التمييز بين التوازنات المالية لميزانية المؤسسة والواجبات التدبيرية وبين المبادئ العامة التي تحكم إبرام الصفقات العمومية القائمة على حرية الولوج إلى الطلبية العمومية والمساواة في التعامل مع المتنافسين وضمان حقوقهم والشفافية في اختيار صاحب المشروع، علما أن حرية المنافسة هي مبدأ دستوري لا يمكن الحيد عنه؛

وحيث إن ملف الدعوة إلى المنافسة لا يمكن بأية حال من الأحوال أي يتضمن بنودا تميزية أو إقصائية أو شرطا يحد من حرية المنافسة وبالتالي فإنه لا يجوز إدراج هذا الشرط المستفسر حول قانونيته ضمن ملف الدعوة إلى المنافسة.

ثانيا - بخصوص منح الأفضلية للمقاولات الوطنية المشاركة في صفقات ..... بناء على المادة 155 من المرسوم رقم 2.12.349 المتعلق بالصفقات العمومية:

حيث ولئن كانت المادة 155 من المرسوم رقم 2.12.349 حصرت منح الأفضلية للعروض المقدمة من طرف المقاولات الوطنية في صفقات الأشغال والدراسات المرتبطة بها، فإنه لا يجوز تطبيقها على صفقات التوريدات.

ثالثا : رأي اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية

بناء على المعطيات والاستنتاجات المبسوطة أعلاه، ترى اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية عدم مشروعية تضمين ملف الدعوة إلى المنافسة بندا يحصر ..... موضوع الصفقات التي تبرمها تلك التي تتم تغطية نفقاتها بالتعويض الممنوح من طرف الصندوق الوطني لمنظمات الاحتياط الاجتماعي أو الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي باعتبارها بندا تميزيا مخالفا لحرية المنافسة.

كما ترى أن مقتضيات المادة 155 من مرسوم الصفقات رقم 2.12.349 المتعلقة بمنح الأفضلية للمقاولات العمومية يخص المقاولات الوطنية المشاركة في صفقات الأشغال والدراسات المرتبطة بها دون غيرها.