



رأي رقم 2022/71 بتاريخ 29 يوليوز 2022
بشأن التماس إلغاء مباراة تتعلق
بإنجاز أعمال لمرفق عمومي محلي معن عنها من طرف شركة للتدبير المفوض

اللجنة الوطنية للطلبات العمومية،

بناء على شكاية شركة «.....» المتوصل بها بتاريخ 22 يونيو 2022 وعلى الوثائق المرفقة بها؛
وعلى رسالة اللجنة الوطنية للطلبات العمومية رقم 252.22 بتاريخ 30 يونيو 2022 الموجهة إلى شركة قصد الإفصاح عن موقفها من موضوع الشكاية والتي ضلت دون جواب؛
وعلى القانون رقم 54.05 الصادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة؛
وعلى المرسوم رقم 2.14.867 الصادر في 7 ذي الحجة 1436 (21 سبتمبر 2015) المتعلق باللجنة الوطنية للطلبات العمومية كما وقع تغييره وتتميمه؛
وعلى النظام الخاص بصفقات شركة "....." المحدد بمقتضى الملحق رقم 13 باتفاقية التدبير المفوض المتعلقة بقطاع توزيع الماء والكهرباء وتطهير السائل المبرمة بين شركة "....." ومجلس جماعة وما تلاها من اتفاقيات مع باقي المجالس الجماعية ومراجعات تعاقدية؛
وبعد دراسة عناصر التقرير المقدم من طرف المقرر العام إلى الجهاز التداولي للجنة الوطنية للطلبات العمومية؛
وبعد مداولة الجهاز التداولي المذكور خلال جلسته المغلقتين المنعقدتين على التوالي بتاريخ 26 و29 يوليوز 2022.

أولا : المعطيات

طلبت شركة «.....» بواسطة شكايتها المشار إليها أعلاه، إلغاء مسطرة مباراة مفتوحة دوليا رقم 2021/..... المعن عنها من طرف شركة "....." المتعلقة بأشغال توسعة محطة تصفية المياه العادمة بمدينة بناء على ما اعتبرته المشتكية عيوب جوهرية شابت المسطرة لمخالفتها للنظام الخاص بصفقات شركة ".....".

وقد أجملت المشتكية ما تعييه على مسطرة المباراة المذكورة في النقطتين التاليتين:

أ- عدم إعلان صاحب المشروع عن الكلفة التقديرية للخدمات المتعلقة باستغلال محطة التصفية المشار إليها وهو ما يعتبر عيبا جوهريا يعيب مسطرة طلب العروض، ذلك أن صاحب المشروع اكتفى بالإعلان عن الكلفة التقديرية لتصور وإنجاز محطة التصفية المذكورة المحدد

مبلغها في 103.900.000,00 درهم (دون احتساب الرسوم) دون تحديد المبلغ التقديري لكلفة الأعمال المتعلقة بالاستغلال، وهو الأمر الذي يمس بحسبها بمبدأ المنافسة كمبدأ أساسي من مبادئ الطلبات العمومية المنصوص عليها في النظام الخاص بصفقات شركة "....."، وأن غياب هذا المعطى حرمها من إعداد عرضها المالي وبالتالي تمت إعاقتها من تقديم عرضها والمشاركة في المباراة؛

ب- عدم شفافية معايير إسناد الصفقة لأن الإسناد يعتمد على الثمن الإجمالي المتألف من ثمن تصور وإنجاز المحطة والتقييم النقدي لكلفة الاستغلال، لذلك فإن العرض المالي المتعلق بالاستغلال (عام ثابت + 05 سنوات اختيارية - قابلة للتجديد مرة واحدة) يعد أساسيا لتقييم العروض من خلال الترجيح المالي الإجمالي لعروض المتنافسين قصد تحديد الفائز بالصفقة.

وقد أضافت المشتكية بأنه قد سبق لها أن أخبرت صاحب المشروع بهذه العيوب لكنه لم يبد موقفا إيجابيا منها.

إثر توصلها بالشكاية، كتبت اللجنة الوطنية للطلبات العمومية شركة "....." بواسطة الرسالة رقم 252.22 بتاريخ 30 يونيو 2022 مطالبة إياها بتقديم عناصر الجواب وإطلاعها على موقفها مما جاء في الشكاية عملا بمقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 31 من المرسوم المنظم للجنة الوطنية.

إلا أنه ونظرا لعدم توصل اللجنة الوطنية بأي جواب في هذا الشأن تقرر التداول في الملف بناء على الوثائق المتوفرة لديها.

ثانياً : الاستنتاجات

أولاً- حول مسألة الاختصاص النوعي للجنة الوطنية للطلبات العمومية للبت في القضايا المتعلقة بالصفقات التي تبرمها شركات التدبير المفوض التي يعهد لها بتدبير مرفق عام :

حيث إن شركة "....." يربطها بجماعات و..... و..... عقد تدبير مفوض يهم تدبير مرفق عمومي محلي يتعلق بقطاع توزيع الماء والكهرباء وتطهير السائل ويحدد التزامات الطرفين وفق شروط قانونية وتعاقدية يتم بموجبها السهر على حسن تدبير القطاع المذكور في إطار الحكامة الجيدة وضمن مبادئ الشفافية وضمن الاستمرارية ومساواة المرتفقين وملاءمة المرفق العام المفوض مع التطورات التكنولوجية والاقتصادية والاجتماعية؛

وحيث إن من شروط الحكامة الجيدة الحرص على التدبير المعقلن والشفاف للصفقات التي تبرمها الشركة المفوض إليها وفق المبادئ الأساسية المتمثلة في الشفافية ومساواة المتنافسين ومعاملتهم على قدم المساواة واحترام حقوقهم كما هو محدد في ديباجة النظام الخاص بصفقات الشركة المذكورة والذي لا يتم العمل به إلا بعد موافقة الجهة المفوضة وفقا لأحكام المادة 30 من القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض؛

وحيث إن شركة "....." شركة مساهمة خاضعة للقانون التجاري المغربي ينحصر غرضها التجاري حسب نظامها الأساسي في الأعمال المتعلقة بتدبير المرفق العمومي المتعلق بقطاع توزيع الماء والكهرباء والتطهير السائل المحدثة من أجله والأنشطة التكميلية المتعلقة به والمرخص لها بمزاولةها من طرف المفوض، ولا يجوز لها مزاولة أي نشاط تجاري مستقل غير النشاط المتعلق بالتدبير المفوض طبقا لأحكام المادة 25 من القانون رقم 54.04 السالف الذكر؛

وحيث إن الشكاية تتعلق بمباراة معلن عنها من طرف شركة "....." في إطار برنامج الاستثمار المحدد في اتفاقية التدبير المفوض التي تهم تلبية حاجيات المرفق العمومي المحلي؛

وحيث إن هذه المباراة تتعلق بأشغال توسعة محطة التصفية بمدينة..... واستغلالها لمدة عام ثابت إجباريا و5 سنوات اختياريا، قابلة للتجديد مرة واحدة، وهي منشأة تدرج ضمن أموال الرجوع كما هي محددة بأحكام المادة 16 من القانون رقم 54.05 المذكور؛

وحيث إن شركة "....." المفوض لها قد حددت في النقطة 3 من الإعلان عن المباراة المعنية بالشكاية أن ملفات المتنافسين ينبغي تقديمها وفق النظام الخاص بالمباراة (RPC) وشروطه الخاصة؛

وحيث إن النظام الخاص بالمباراة (RPC) أكد في ديباجته أنه مطابق لمقتضيات النظام الخاص بصفقات "....." المحدد بمقتضى الملحق رقم 13 باتفاقية التدبير المفوض لمرافق تطهير السائل وتوزيع الماء والكهرباء.....؛

وحيث إن النظام الخاص بصفقات "....." المحدد في الملحق رقم 13 باتفاقية التدبير المفوض يندرج ضمن العناصر التي تشكل نظام الإعلام والتدبير والمراقبة الداخلية والإشهاد على الجودة التي ألزم المشرع بها المفوض إليه طبقا لأحكام المادة 30 من القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، إذ أوجب عليه وضع نظام يحدد شروط إبرام الصفقات وأشكالها وكذا الكيفيات المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها، ورتب على عدم القيام بذلك فرض العقوبات المنصوص عليها في اتفاقية التدبير المفوض وهو ما يجعل النظام الخاص بصفقات "....." يقع ضمن الشروط التنظيمية الموضوعة بقوة القانون الواجب التقيد بها واحترامها؛

وحيث إن القانون رقم 54.05 السالف الذكر قد نص في المادة 17 منه على السلطة العامة التي يتمتع بها المفوض إزاء المفوض إليه للمراقبة الاقتصادية والمالية والتقنية والاجتماعية والتدبيرية المرتبطة بالالتزامات المترتبة على العقد، كما منحه بصفة دائمة جميع سلط المراقبة للتأكد من خلال المستندات وبعين المكان من حسن سير المرفق المفوض وحسن تنفيذ العقد حرصا على استمرارية المرفق العمومي؛

وحيث إنه وبالرجوع إلى مقتضيات النظام الخاص بصفقات المفوض له "....." الذي تم اعتماده بناء على اتفاق مع المفوض ومصادقة السلطة الوصية، نجده قد نص في ديباجته على أن مقتضياته مستلهمة من المرسوم رقم 2.12.349 المتعلق بالصفقات العمومية، كما أنه نص على أن أعمال الهندسة المعمارية تظل خاضعة لمقتضيات الباب الخامس من المرسوم المذكور، وبالتالي فهذا الجزء من أعمال المباراة موضوع الشكاية يندرج تحت مقتضياته كاملة والتي تتضمن أيضا كل المواد الواردة في المادة 89 منه المتعلقة بمجال التطبيق و مقتضيات الباب الحادي عشر الذي نص في المادة 170 منه على الحق في اللجوء إلى اللجنة الوطنية للطلبات العمومية، ولما كانت الصفقة صفقة تصور وانجاز فإن ما يطبق على الجزء يشمل الكل؛

وحيث إن النظام الخاص بصفقات المفوض له "....." نص على أن تدبير الأموال يتم في إطار التمويل المشترك بما فيه أموال المفوض أو المفوض له أو هما معا أو من ميزانية الاستغلال؛

وحيث إن نظام صفقات "....." وعلى غرار مرسوم الصفقات العمومية 2013 قد استثنى في مادته 3 عقود و اتفاقات القانون العادي من نطاق تطبيقه وحدد لها قائمة بالأعمال التي يمكن أن تنجز وفقها، فإنه يكون قد أعلن بمفهوم المخالفة أن باقي الصفقات التي يبرمها هي خاضعة للقانون العام؛

وحيث إن هذا النظام قد جعل من بين الوثائق المكونة للمباراة المعنية دفتر الشروط الإدارية العامة؛

وحيث إن دفتر الشروط الإدارية العامة يتضمن شروطا غير مألوفة في العقود الخاصة؛

وحيث إن الطبيعة العامة لصفقات "....." تتأكد أيضا من خلال المقتضيات التي يتضمنها دفتر الشروط الإدارية والمالية (C.C.A.F) المتعلق بالأشغال والذي حدد في مادته السادسة (6)، مجموعة من النصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة بالصفقات العمومية كنصوص توطر العلاقة التعاقدية مع نائلي الصفقات التي تعلن عنها شركة "....."؛

وحيث إن السطر 2 من المادة 23 من اتفاقية التدبير المفوض تحتفظ للمفوض بإمكانية الحلول محل المفوض إليه، وهو شرط ملزم لكافة المتعاقدين مع شركة "....." يوقعون إلزاما على قبوله، مما يعني أنه في هذه الحالة تصبح العلاقة مع المفوض مباشرة؛

وحيث إنه علاوة على كل ما سبق تقديمه فإن الأحكام التشريعية والمقتضيات التنظيمية والبنود التعاقدية التي تؤكد أن صفقات "....." تنصب على تنظيم وتسيير مرفق عام وتتضمن شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص هي كثيرة ومتعددة، لعل من أبرز أمثلتها الطلبات التي ترفعها شركة "....." بوصفها مفوض له إلى الجهة صاحبة التفويض قصد القيام بالاحتلال المؤقت للملك العمومي أو مباشرة مسطرة نزع الملكية بغية إنجاز مختلف الأشغال والمنشآت المرتبطة بتدبير هذا المرفق، فإنه ولئن كانت شركة "....." شركة خاصة إلا أنها تدبر مرفقا عموميا محليا وتتضمن صفقاتها المبرمة لصالح هذا المرفق بنودا غير مألوفة في القانون الخاص، ويمكن للمفوض أن يجل محلها في جميع الأحوال، وبذلك تكون صفقاتها صفقات عمومية تدرج ضمن اختصاص اللجنة الوطنية للطلبات العمومية.

ثانيا- حول قبول الشكاية من حيث الشكل:

حيث إن نظام صفقات "....." (نسخة 2020) حدد في مادته 77 مسطرة شكايات المتنافسين في لجوء المتنافس إلى المفوض له بشكاية مكتوبة توجه نسخة منها إلى المفوض أي (مسطرة التظلم الإداري)؛

وحيث إن النظام الخاص بصفقات "....." وإن لم يضع مقتضيات تمكن المشتكين من اللجوء إلى اللجنة الوطنية للطلبات العمومية، فإن ذلك لا يحول دون حق المتنافسين من تقديم شكايته لهذه اللجنة التي قيد المرسوم المحدث لها المسطرة التي تنظم كيفية وشروط تقديم الشكايات لها؛

وحيث إن اللجوء إلى اللجنة الوطنية للطلبات العمومية باعتبارها هيئة وطنية عمومية منظم بمقتضيات المرسوم رقم 2.14.867 الذي منحها اختصاصات وصلاحيات تنتمي إلى النظام العام، فإن إغفال نظام خاص وضع مقتضيات تتعلق باللجوء إليها عديم الأثر لأنه لا يجوز لنظام خاص بالصفقات أن يمنع أو يقيد حق المتنافسين في اللجوء إلى اللجنة الوطنية للطلبات العمومية أو أن يمتنع بعض أصحاب الأعمال " المهندسين المعماريين" في هذه الحالة بهذا الحق ويمنع منه باقي المتنافسين.

وعليه، فإن الصفقات التي يبرمها المفوض إليه لإنجاز أو تسيير مرفق عام وتتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص وتمول ولو في جزء منها بمال عام هي طلبية عمومية تختص اللجنة الوطنية بالبت فيها.

ثالثا – حول التماس المشتكية إلغاء مسطرة المباراة بسبب الاختلالات الجوهرية التي شابتها:

حيث يتبين من الشكاية والوثائق المرفقة بها أن شركة «.....» تعيب أساسا على شركة "....." المفوض إليها تدبير مرفق عمومي التقصير في تقديم المعلومات المالية الكاملة التي يحتاجها المتنافسون لإعداد عروضهم المالية حينما اكتفت بنشر المبلغ التقديري لكلفة الأعمال دون أن يتضمن كلفة الاستغلال. « Estimation (MADHT) Hors coût d'exploitation »؛

حيث إن المشتكى بها شركة "....." لم تقدم جوابا على رسالة اللجنة الوطنية في هذا الشأن ولم تطلعها عن موقفها مما جاء فيها، مما يستنتج منه أن الشكاية لا تثير من طرفها أية ملاحظات؛

وحيث يتبين من وثائق الملف أن المباراة موضوع الشكاية تتعلق بصفقة تصور وإنجاز واستغلال «Projet Clé en Main» وهي صفقة فريدة توظرها المادة 5 من نظام صفقات "....." (النسخة المتعلقة بالمراجعة التعاقدية 2020)؛

وحيث إن النظام الخاص بالمباراة (RPC) قد حدد في مادته الأولى المتعلقة بموضوع المباراة تركيبية الأعمال المطلوب إنجازها حسب برنامج مقسم على النحو التالي:

- تصور وإنجاز وتشغيل محطة التصفية؛
- استغلال محطة التصفية لمدة عام ثابت إجباريا؛
- استغلال محطة التصفية لمدة 5 سنوات اختياريا قابلة للتجديد مرة واحدة.

كما أنه نص في المادة 41 منه على أن العرض المالي الأقل ثمنا الذي سيتم إسناد المباراة على أساسه بعد إجراء عملية الترتيب هو العرض الذي يقدم الكلفة الإجمالية الأقل مقارنة بالعروض المالية لباقي المتنافسين. وهذه الكلفة الإجمالية مكونة من مجموع:

- كلفة تصور وإنجاز محطة التصفية؛
- كلفة استغلال محطة التصفية لمدة عام ثابت إجباريا؛
- كلفة استغلال محطة التصفية لمدة 5 سنوات اختياريا قابلة للتجديد مرة واحدة.

تبعا لذلك يكون لزاما نشر المبلغ التقديري لكلفة الأعمال متضمنا لكافة الأشغال موضوع الصفقة بما فيها الجانب المتعلق بالاستغلال حتى يتمكن المتنافسون من إعداد عروضهم المالية؛

حيث إن نظام صفقات "....." (نسخة 2020) قد نص في مادته 22 على نشر المبلغ التقديري لكلفة الأعمال ضمن الإعلان عن الصفقات؛

وحيث إن الإعلان عن جزء من المبلغ التقديري لكلفة الأعمال دون تغطية بقية الأعمال التي تتضمنها المباراة لا يسمح بتحديد قواعد سليمة وموحدة وشفافة لتقييم كافة العروض المحتمل التوصل بها ويعتبر مخالفا لمقتضيات المادة 22 من نظام صفقات "....." والمادة 41 من النظام الخاص بالمباراة، الأمر الذي يجعل المسطرة معيبة.

ثالثا : رأي اللجنة الوطنية للطلبات العمومية

بناء على كل ما تم بسطه أعلاه، ترى اللجنة الوطنية للطلبات العمومية ما يلي:

- إن اللجنة الوطنية للطلبات العمومية مختصة نوعيا للنظر في الشكايات المتعلقة بالصفقات المعلن عنها من طرف شركات التدبير المفوض متى كانت هذه الصفقات تتعلق بتدبير مرفق عمومي واشتملت على شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص وتضمن تمويلها أموالا عامة وكان يحق للشخص المعنوي العام المفوض الحلول محل المفوض إليه وكان موضوع الصفقة يندرج ضمن أموال الرجوع أو الاسترداد؛
- إن اللجوء إلى اللجنة الوطنية للطلبات العمومية حق مكفول للمتنافسين، يندرج ضمن قواعد النظام العام التي لا يمكن مخالفتها بمقتضى أنظمة خاصة.
- إن الشكاية مرتكزة على أساس لكون النشر الجزئي للمبلغ التقديري لكلفة الأعمال يعتبر عيبا مسطريا لمخالفته لنظام الصفقات الخاص بصاحب المشروع وللنظام الخاص بالمباراة مما يمس بمبدأي المنافسة والشفافية ويشكل عيبا يترتب عليه الإلغاء.