



## رأي اللجنة الوطنية للطلبات العمومية رقم 2022/22 بتاريخ فاتح فبراير 2022 بشأن إقصاء العرض التقني والمالي لمنافس على عقد امتياز

### اللجنة الوطنية للطلبات العمومية،

بناء على شكاية شركة «.....» المتوصل بها بتاريخ 17 يوليوز 2020 ، وعلى الوثائق المرفقة بها؛

وعلى الرسالة المتضمنة للمعطيات التفصيلية والتكميلية المتوصل بها من نفس الجهة المشتكية بتاريخ 14 فبراير 2022؛

وعلى الرسالة الجوابية لشركة "....." رقم 264/2020..... المتوصل بها في 6 غشت 2020؛

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 المرسوم رقم..... الصادر في 10 شعبان 1413 (2 فبراير 1993) لتطبيق القانون رقم..... المتعلق ب.....، سيما المادة الأولى منه؛

وعلى اتفاقية الامتياز الممنوحة من طرف الدولة المغربية إلى المشتكى بها المصادق عليها بواسطة المرسوم رقم..... الصادر في 20 من ربيع الآخر 1441 (17 ديسمبر 2019)؛

وعلى الخلاصات التي انتهت إليها اللجنة الدائمة المكلفة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وعقود التدبير المفوض خلال جلساتها المنعقدتين على التوالي بتاريخ 19 فبراير و 10 ماي 2021؛

وبعد دراسة عناصر تقرير المقرر العام المقدم إلى الجهاز التداولي للجنة الوطنية للطلبات العمومية؛

وبعد مداوات الجهاز التداولي المذكور خلال جلساته المغلقة المنعقدة على التوالي بتاريخ 29 يونيو و 13 و 15 و 27 يوليوز 2021 و فاتح فبراير 2022،

### أولا: المعطيات

بمقتضى شكايتها المشار إليها أعلاه، تنازع شركة «.....» في مشروعية قرار إقصاء عرضها التقني والمالي من طلب العروض رقم 19/34..... المتعلق ببناء واستغلال محطة الاستراحة بمقطع الطريق

السيار الرباط – وجدة، المعلن عنه من طرف شركة " ..... " معتبرة أن الأسباب التي ارتكز عليها هذا القرار غير سليمة من الناحية القانونية، بدعوى أنها هي التي تقدمت بالعرض المالي الأفضل فيما يتعلق بمبالغ العائدات المالية التي اقترحتها الشركة وكذلك بالنسبة لحجم الاستثمارات كما أنه كان بإمكان صاحب المشروع إجراء التفاوض مع المشتكية للملاءمة عرضها مع ملف طلب العروض طبقا لمقتضيات المادة 5.2 من نظام طلب العروض وذلك قبل اتخاذ قرار الإقصاء.

وبعد مكاتبتها من طرف اللجنة الوطنية للطلبات العمومية بواسطة رسالتها رقم 222/20 بتاريخ 23 يوليوز 2020، تقدمت . ..... بواسطة رسالتها المذكورة أعلاه، بجواب أثارت فيه من حيث الشكل الدفع بعدم الاختصاص النوعي للجنة الوطنية للبت في هذه الشكاية بدعوى أن عقود الامتياز لا تندرج ضمن مفهوم الطلبات العمومية، أما من حيث الموضوع فقد تمسكت بمشروعية القرار المطعون فيه وأوضحت أن السببين المؤديان إلى إقصاء عرض المشتكية يتمثلان في السببين التاليين:

– عدم التزام المشتكية بالأجل المطلوب التعاقد بشأنه بغية إنجاز وتهيئة محطة الاستراحة، إذ حددته الشركة المشتكية في مدة اثني عشر (12) شهرا بدل أجل ستة (6) أشهر المحددة من طرف مانح الامتياز؛

– مطالبة المشتكية بالحصول على مساحة 12 ألف متر مربع لإنشاء المحطة عوض 6 ألف متر المنصوص عليها في نظام طلب العروض.

أما فيما يتعلق بمسألة اللجوء إلى مسطرة التفاوض وفق مقتضيات المادة 5.2 من نظام طلب العروض فقد أوضحت شركة " ..... " أنه مقرر لفائدتها ولها الخيار في اللجوء إليه من عدمه.

## ثانيا: الاستنتاجات

**1) حول الدفع بعدم الاختصاص النوعي للجنة الوطنية للطلبات العمومية للبت في القضايا المتعلقة بعقود الامتياز:**

حيث دفعت شركة " ..... " بعدم اختصاص اللجنة الوطنية للطلبات العمومية النظر في القضايا المتعلقة بعقود الامتياز؛

وحيث إن المادة 2 من المرسوم رقم 2.14.867 المتعلق باللجنة الوطنية للطلبات العمومية حددت الطلبات العمومية في 3 أنواع من العقود، وهي الصفقات العمومية وعقود التدبير المفوض وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص؛

وحيث إن البت في هذا الدفع يتوقف على تحديد ما إذا كان عقد الامتياز يندرج ضمن أحد هذه العقود من عدمه؛

وحيث إن عقد الامتياز يعرف على أنه تصرف إداري تعهد الإدارة بمقتضاه إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة، وذلك عن طريق مستخدمين وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته في مقابل رسوم يستخلصها من المنتفعين بهذا المرفق العام. ويخضع إسناده للمنافسة بغية الحصول على أحسن عرض من الناحية المالية والخدماتية لإدارة المرفق العام، ويتضمن شروطا تعاقدية وأخرى تنظيمية؛

وحيث لأن كانت عقود الامتياز تشكل أحد أقدم أنواع التعاقد الإداري مع الخواص بالمغرب وتم العمل بها والتعاقد في إطارها قبل صدور القانون رقم 54.05 المتعلق بعقود التدبير المفوض فإن خصائص عقود الامتياز مقارنة بعقد التدبير المفوض أثارت نقاشا فقهيا عميقا، سواء على مستوى الفقه الإداري المقارن أو الوطني حول حدود الاتصال والانفصال بين العقدين، حيث أثير التساؤل حول ما إذا كان عقد الامتياز يعتبر عقدا متميزا عن عقد التدبير المفوض يحتفظ بذاتيته المستقلة أم أنه لا يعدو أن يكون مجرد نوع من أنواع التدبير المفوض على أساس أن القانون المتعلق بالتدبير المفوض إنما جاء لتنظيم الأحكام العامة التي تخضع لها جميع أنواع التعاقدات المتعلقة بتدبير المرافق العامة؛

وحيث إذا كان بعض فقهاء القانون الإداري قد مالوا إلى القول بأن عقد الامتياز وإن كان يشترك مع عقد التدبير المفوض في كثير من خصائصه وآثاره فإنه يختلف معه في جزء منها مما يجعله متميزا عنه، فإن التوجه الغالب فقها يذهب إلى القول بأن عقد الامتياز ليس سوى أحد تطبيقات التدبير المفوض؛

وحيث إن هذا ما أكده كذلك المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي في تقريره الموضوعاتي المصادق عليه بتاريخ 17 ديسمبر 2015 بناء على الإحالة رقم 2015/18، والذي بعد أن تناول بالتفصيل الكافي التطور التاريخي لعقود الامتياز بالمغرب منذ مرحلة الحماية إلى حين صدور القانون رقم 54.05 ذهب إلى أن تسمية "التدبير المفوض" تشمل "خطاطات تعاقدية مختلفة، في صيغ عقود الخدمة أو التدبير أو الأيجار أو الامتياز" معتبرا هذه الأخيرة هي الأنواع الرئيسية للعقود التي يشملها تفويض المرافق العمومية (الصفحة 26)؛

وحيث إن ما يركي الطرح أكثر أنه باستقراء التطورات التي لحقت المرسوم المنظم لمساطر إبرام الصفقات العمومية ببلاذنا، نجد أن هذا الأخير قد اتجه إلى اعتبار عقود الامتياز مندرجة ضمن عقود التدبير المفوض، ذلك أنه وإن كان المرسوم رقم 2.98.482 الصادر في 11 من رمضان 1419 (30 ديسمبر 1998) وكذا المرسوم الذي كان قبله قد عمدا عند تحديدهما لنطاق تطبيق مقتضياتهما إلى الإشارة صراحة إلى عقود الامتياز ضمن العقود المستثناة من تطبيق هذه المقتضيات، فإنه بعد صدور القانون المنظم لعقود التدبير المفوض سنة 2006، جاء مرسوم الصفقات العمومية الصادر في 5 فبراير 2007 والذي عند تحديده للعقود المستثناة من نطاق تطبيقه ظهرت لأول مرة عدم الإشارة إلى عبارة "عقود الامتياز" التي استبدلها بعبارة "عقود التدبير المفوض للمرافق والمنشآت

العامة" وهو ما سار عليه كذلك المرسوم رقم 2.12.349 الصادر في سنة 2013. وهو ما يعد تعبيرا جليا على أن عقود التدبير المفوض تشمل عقود الامتياز، ولو لم يكن واضح النص يعتبرها مندرجة ضمنها لكان بمقدوره ذكرها منفصلة وهي التي لا تخضع لنص خاص منظم لها بدل عقود التدبير المفوض الذي أفرد لها قانونا خاصا بها؛

وحيث علاوة على ما سبق، فإن إرادة المشرع المعلنة من وراء إحداث اللجنة الوطنية هي وضع آلية مؤسسية تراقب احترام مبادئ وقواعد الأخلاق والحكامة الجيدة في مجال الطلبات العمومية المتعلقة أساسا بالشفافية وحرية الولوج إلى الطلبية العمومية والمساواة في التعامل مع المتنافسين وضمان حقوقهم، وهي المبادئ والقواعد الواجب احترامها في كافة أنواع وأشكال التعاقدات الإدارية، إذ لو كانت نية المشرع جعل عقود الامتياز مستثناة من اختصاص اللجنة الوطنية لنص على ذلك بشكل صريح، علما أنها كانت تندرج صراحة ضمن اختصاصات لجنة الصفقات، التي حلت محلها اللجنة الوطنية للطلبات العمومية، حيث إنه بالرجوع إلى المرسوم رقم 2.75.840 الصادر بتاريخ 27 من ذي الحجة 1395 (30 دجنبر 1975) المتعلق بلجنة الصفقات نجده قد نص في فصله 7 على جعل النظر في مشاريع الاتفاقيات أو الامتيازات أو العقود الإدارية المتعلقة بتنفيذ خدمة عمومية وكذا التغييرات الواجب إدخالها على الاتفاقيات أو الامتيازات أو العقود المذكورة....؛" ضمن اختصاص لجنة الصفقات؛

وحيث إن المادة 11 من القانون رقم 54.19 بمثابة ميثاق المرافق العمومية الصادر بتاريخ 22 يوليوز 2021 نصت في فقرتها الثالثة على ما يلي: "كما تعمل هذه المرافق عند الاقتضاء، على إسناد القيام ببعض الخدمات التي لا تدخل ضمن مهامها الاستراتيجية، لمتعهدي الخدمات وفق النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل"، مما يستتبع التقيد بالأحكام التشريعية والمقتضيات التنظيمية التي تؤطر منظومة الطلبات العمومية وحكومتها كما هو منصوص عليها ومعمول بها؛

وحيث يستنتج مما سبق أن عقود الامتياز لا تعدو أن تكون نوعا من أنواع عقود التدبير المفوض؛

وحيث بناء عليه فإن البت في الشكاية وبالشكل الذي وردت به يندرج ضمن اختصاص اللجنة الوطنية للطلبات العمومية.

## ثانيا: حول أوجه الطعن المرتبطة بمشروعية قرار الإقصاء المثارة من طرف المشتكية:

حيث يتبين من وثائق الملف أن المشتكية، شركة «.....»، تنازع في مشروعية أسباب إقصاء عرضها التقني والمالي، معتبرة إياه غير مرتكز على أساس قانوني سليم؛

وحيث إن المشتكى بها "....." أكدت سلامة قرارها الذي استند حسب رأيها إلى عدم احترام معايير وشروط تقييم وتصنيف العروض من طرف المشتكية "....." وبالتالي إخلالها بنظام طلب العروض وهو ما استوجب إقصاء عرضها بحسب لجنة طلب العروض؛

وحيث تنتشبت المشتكية بحقها في مناقشة عرضها مع صاحبة الامتياز الأصلي على أساس مسطرة التفاوض إلى حين بلوغ الاتفاق من عدمه؛

وحيث تدفع المشتكى بها "....." بكون التفاوض هو حق لها تستعمله إذا اقتضت الضرورة ذلك، وأنه إنما تم التنصيب عليه على سبيل الإمكان لا الإلزام، وتعييب على المشتكية "....." رغبتها المزدوجة في أن يسند لها العقد مرة بطريقة تنافسية معيارية ومرة أخرى بطريقة مباشرة وتفاوضية، وأنها لو أعملت مسطرة التفاوض لكان حري بها أن تسلكها مع كافة المنافسين وليس مع الشركة المشتكية بمفردها؛

وحيث يتبين من وثائق الملف، خاصة نظام طلب العروض في مادته 5.2 المتعلقة بتقييم العروض وترتيبها أن عروض المنافسين سيجري تحليلها، وذلك بعد فتح الملف الإداري والتقني، وأن عدم المطابقة بين العرض المقدم من قبل المنافس مع ما هو منصوص عليه في ملف طلب العروض يؤدي إلى إقصاء العرض المخالف، وأنه بعد اجتياز هذه المرحلة يجري تحليل العروض وفق منهجية متعددة المعايير تجمع بين جودة العرض التقني وقيمة العرض المالي، وأن العروض غير المناسبة أو تلك التي لا تحترم الشروط والمعايير الدنيا المنصوص عليها ضمن الوثائق المطلوبة بموجب نظام الاستشارة سيجري إقصاؤها. وأنه بعد نهاية هذا الفحص، فإن..... تحتفظ بالحق في تنظيم التفاوض مع أحد أو عدة متنافسين؛

وحيث إن المشتكية تقر اختلاف وتباين عرضها مع ما جاءت به مقتضيات نظام طلب العروض، إذ جعلت أجل إنجاز وتهيئة المحطة الطرقية محمدا في مدة اثني عشر (12) شهرا بدل أجل ستة (6) أشهر، كما طلبت الحصول على مساحة 12 ألف متر مربع لإنشاء المحطة عوض 6 آلاف متر مربع وهما أمران مخالفان لما هو منصوص عليه في نظام طلب العروض؛

وحيث إن إجراء التفاوض هو حق لصاحبة الامتياز الأصلي لها صلاحية تقدير مدى حاجة اللجوء إليه من عدمها، فإنه والحالة هاته، يكون قرار إقصاء عرض غير متناسب مع مقتضيات نظام طلب العروض مرتكز على أساس قانوني سليم.

### ثالثا : رأي اللجنة الوطنية للطلبات العمومية

استنادا إلى كل المعطيات والاستنتاجات المبسطة أعلاه، ترى اللجنة الوطنية للطلبات العمومية أنه:

#### 1) فيما يتعلق بالدفع بعدم الاختصاص النوعي؛

تعلن اللجنة الوطنية للطلبات العمومية اختصاصها النوعي النظر في الاستشارات والشكايات وطلبات الرأي المتعلقة بعقود الامتياز؛

## (2) بالنسبة لمشروعية قرار الإقصاء من المنافسة؛

بما أن نظام طلب العروض قد حدد المعايير التي سيتم على أساسها اختيار المتنافسين أو إقصاء عروضهم واحتفظ لصاحبة الامتياز الأصلي بحق اللجوء إلى التفاوض وفق حاجياتها وتقديرها، ولما كان العرض الأفضل هو العرض الذي يحترم شروط نظام طلب العروض ويقدم أحسن عرض تقني ومالي معا وليس ماليا فحسب، فإنه ولهذا الأسباب يكون إقصاء العرض التقني والمالي للمشتكية مشروع والشكاية غير مرتكزة على أساس.