

مبدأ حرمة العروض.. إجراءات جديدة لاختيار المتعامل الاقتصادي
 عمراني مصطفى¹، بوغازي سماعيل²

¹ جامعة سيدي بلعباس، omrani.mustapha46@gmail.com

² جامعة سيدي بلعباس، boughazilenovo08@gmail.com

تاريخ النشر: 2021/06/30

ملخص:

مقارنة بالمراسيم الرئاسية السابقة والمتضمنة تنظيم الصفقات العمومية، وبموجب دخول المرسوم الرئاسي 15-247 حيز التنفيذ تم التخفيف من حدة تقييم العروض. و الذي أتى بضمانات تحقق توازن أفضل بين تقييم العروض و البراغماتية في معالجة الأخطاء الواردة في العروض من خلال تبني مبدأ حرمة العروض. ومن جهة أخرى، تجسيد تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. الكلمات المفتاحية: حرمة العروض، تقييم العروض، أجل صلاحية العروض، مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، نجاعة الطلبات العمومية.

Résumé:

En comparaison avec les précédents décrets présidentiels, qui prévoyaient la régulation des offres publiques, l'assouplissement de l'évaluation des offres a été assoupli grâce à l'entrée en vigueur du décret présidentiel 15-247, ce qui a permis de garantir un meilleur équilibre entre l'évaluation des offres et le principe d'inviolabilité des offres. D'autre part, l'application du principe de l'égalité de traitement des candidats.

Mots clés: L'inviolabilité des offres; l'évaluation des offres; durée de validité des offres; le délai de validité des offres; Egalité de traitement des candidats; l'efficacité de la commande publique.

تمهيد:

تلعب الطلبات العمومية دوراً رئيسياً في الاستراتيجية العامة للدولة، فهي واحدة من الأدوات القائمة على تحقيق الأهداف الاجتماعية و البيئية، و صولا إلى التنمية المستدامة، مع ضمان الاستعمال الحسن للمال العام و نجاعة الطلبات العمومية. وتحقيقا لهذه الغايات، ينبغي مراجعة وتحديث المبادئ الأساسية للصفقات العمومية، لأنه في انعدام الأهداف المشتركة للمبادئ الأساسية. تظل الصفقات العمومية واحدة من بين أنشطة القطاع العام الأكثر تعرضاً لخطر الفساد، و خرق النزاهة، و يحدث حالة من عدم اليقين القانوني، و الاصطدام بعوائق تحول دون حرية الوصول للطلبات العمومية، و تحقيق المساواة في معاملة المرشحين. لاسيما لدى المتعامل الاقتصادي و المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، و الفئات المحرومة من الشغل.

كما يمثل إدماج المبادئ الأساسية في الصفقات العمومية نقلة نوعية، نظراً لما تتضمنه من معايير مختلفة بما يساهم في تعزيز ضمان نجاعة الطلبات العمومية، من حيث الجودة والكفاءة و السماح للمتنافسين في الإبداع والابتكار، مما يؤدي إلى فتح مجال المنافسة بين جميع المرشحين، وإتاحة مساحة لمؤسسات جديدة لتزيد من كفاءة الإبداع، بالإضافة للاستعمال الحسن للمال العام. تحت إطار حرية الوصول للطلبات العمومية، و المساواة في معاملة المرشحين، و شفافية الإجراءات، إلا أن هذا الأمر كما توصي الدراسات و البحوث العلمية، يعتمد بشكل أساسي على التطبيق الصارم لتلك المبادئ بصفة مجتمعة في شكل وحدة وظيفية متكاملة فيما بينها على جميع مراحل الصفقة العمومية.

أهمية الدراسة

من خلال ما تقدم، تأتي أهمية هذا البحث من أهمية المبادئ الأساسية للصفقات العمومية، باعتبارها تسعى إلى تحقيق أهداف مشتركة رصدت لأجلها. و المبادئ هي الأساس القانوني للعديد من الفروع القانونية، فمنها ما هو تقليدي كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني، ومنها ما هو حديث مثل قانون البيئة، ومنها ما هو تقني مثل قانون المالية و المحاسبة و تنظيم الصفقات العمومية، ومنها ما هو أكثر عمومية وشمولية كما هو الحال بالنسبة للقانون الدولي و الدستوري. و قانون الصفقات العمومية كبقية القوانين يتضمن مبادئ أساسية ذات قيمة دستورية، و ذات طبيعة تقنية، تتألف من حرية الوصول للطلبات العمومية، و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات.

علاوة على ذلك، اكتسبت هذه المبادئ قيمة "المبادئ الأساسية"¹ و في المجال القانوني يعبر عن "المبدأ": المصدر في الأولوية و الأسبقية، و تعني "الأساسي": المصدر في الصلابة والاستقرار. وعندئذ يمكن أن يُفهم مصطلح "المبدأ الأساسي" على أنه له معنى مزدوج: أي الأصل و المنشأ.²

كما استمدت هذه المبادئ قيمتها الدستورية منذ قرار المجلس الدستوري الفرنسي في 26 يونيو 2003 والذي يصنفها على أساس أنها مبادئ أساسية يجب على أطراف العقد احترامها.³ وفي سياق العمل الحالي، يعتبر مبدأ حرمة العروض من بين المبادئ التي تسعى لتحقيق نجاعة الطلبات العمومية، والإستعمال الحسن للمال العام. كما يستمد هذا المبدأ أساسه القانوني من المبدأ العام للمساواة، كما يعطي فائدة من حيث تحديد الوظائف و المهام الصحيحة العملية لكيفية معالجة العروض تمهيدا لمرحلة إختيار أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية. هدف الدراسة

يهدف التطرق لمدى فعالية الإطار القانوني المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ضوء الممارسات العملية، ارتأينا تسليط الضوء على أهم مرحلة من مراحل الصفقات العمومية المتمثلة في إختيار المتعامل المتعاقد. لأن هذه الأخيرة لها إنعكاسات إيجابية وكذلك سلبية. وعلى هذا الأساس خصصنا المنظم بجملة من الإجراءات، وضبطها بعدة مبادئ إختارنا أهمها و المتمثل في مبدأ حرمة العروض.

وبعبارة أخرى، فإن الغاية المحددة من حظر التفاوض و عدم المساس بحرمة العروض يضمن المساواة الفعلية بين المرشحين.

وبالتالي، فإن مبدأ حرمة العروض يفيد مرحلة إختيار المتعامل الإقتصادي، ويخدم غرضا محدد يتمثل في الإبقاء على العروض كما هي و عدم المساس بهما إلا بما يسمح به القانون. إشكالية الدراسة

من خلال الاعتماد على إشكالية الملتقى الوطني و المتعلق بالجوانب العملية و لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247. وبغرض الوصول لإختيار أحين عرض من حيث المزايا الإقتصادية. نعتد الإشكالية التالية: ما هي أهم الإجراءات العملية الجديدة التي أتى بها المرسوم الرئاسي 15-247، من أجل إختيار أحسن عرض؟ منهج الدراسة

من أجل الإحاطة بجوانب موضوع هذه الدراسة نعتد على المنهج المقارن وهذا راجع للاعتماد على دراسات وبحوث أجنبية، بالإضافة إلى المنهج التحليلي الأقرب لاستخلاص النتائج و طرح التساؤلات. من خلال خطة البحث التالي.

المحور الأول: مفهوم مبدأ حرمة العروض.

المحور الثاني: تطبيقات مبدأ حرمة العروض عند اختيار المتعامل الاقتصادي.

المحور الثالث: حدود و مجالات تطبيق مبدأ حرمة العروض.

المحور الأول: مفهوم مبدأ حرمة العروض

يهدف تسليط الضوء حول مفهوم مبدأ حرمة العروض، والذي يعد من بين أهم الضمانات الرئيسية لتجسيد تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، نتطرق لتعريف مبدأ حرمة العروض (أولاً)، ثم خصائصه (ثانياً)

أولاً- تعريف مبدأ حرمة العروض

يُطرح هذا المبدأ بشكل غير مباشر بالفقرة 1 من المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء."

تطرق المشرع من خلال نص المادة إلى مبدأ حرمة العروض بصفة غير مباشرة من خلال حظر إجراء التفاوض، لأن هذا الأخير له تأثير سلبي على اقتراح المتعامل المتعاقد في مجال الدعوة إلى المنافسة، إذا لم تضبط إجراءاته.

وبالتالي، يقتصر مجال تطبيق مبدأ حرمة العروض على كل من المصلحة المتعاقدة والمرشح. ويشمل كذلك عدم المساس بالعرض ككل، أي الملف التقني و الملف المالي للعرض، و يمتد كذلك للردود التقنية المقدمة من طرف المرشح على الاحتياجات المعبر عنها في مواصفات الصفقة.

و على هذا الأساس لا يمكن للمصلحة المتعاقدة تعديل عروض المرشحين من تلقاء نفسها، و الأمر نفسه بالنسبة للمتعامل المتعاقد في حال طلب منه تقديم توضيحات أو تفصيلات.

و في هذا السياق، يعزز هذا المبدأ نجاعة الطلبات العمومية من خلال الدعوة إلى طلب العروض،و التي تعني وجود تعريف جيد للحاجيات من طرف المصلحة المتعاقدة، لأن المرشحين لا يمكنهم التأثير على المواصفات في سياق التفاوض. وهذا هو السبب في توفير إجراء الحوار التنافسي، مما يسمح للمصلحة المتعاقدة بأن تطور مع المرشحين إجابة لاحتياجاتها عندما يتبين أن تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة معقد للغاية طبقاً للمادة 4/27: "عندما ترخص المصلحة المتعاقدة، فيما يخص الخدمات المعقدة تقنيا وفق الشروط المحددة والمضبوطة في دفتر الشروط، فإنه يمكن المتعهدين تقديم بديل أو عدة بدائل للمواصفات التقنية."

ومن خلال هذا الإجراء و المتعلق بتحديد حاجات المصلحة المتعاقدة، يتضح للمتعامل الإقتصادي قابلية دخوله مرحلة تفاوض مع المصلحة المتعاقدة أم لا.

من خلال ما سبق يمكن اعتماد تعريف خاص بمبدأ حرمة العروض من خلال تحليل مواد المرسوم الرئاسي 15-247، كالتالي:

مبدأ حرمة العروض: "هو مجموعة الإجراءات الملزمة بالنسبة للمصلحة المتعاقدة و المرشح في مرحلة الدعوة للتنافس، و التي تعني عدم إمكانية تعديل العرض بمجرد تقديمه من قبل مرشح للمنافسة. كما يعارض هذا المبدأ إجراءات التفاوض".⁴

كما نجد أن المشرع من خلال مواد المرسوم الرئاسي 15-247، يعبر عن مبدأ حرمة العروض

كتالي:

1- مدة صلاحية العروض: وهو تاريخ أجل صلاحية العروض، نلاحظ أن المشرع لم يحدد هذا الأجل وإنما ترك هذا الأمر للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة وذلك حسب المادة 62: " يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية التالية:

...-

- مدة صلاحية العروض،"

2-أجل صلاحية العروض: هي الفترة التي يبقى فيها المتعاملون ملتزمين بعروضهم، إلا أن المرسوم الرئاسي 15-247، و لا المراسيم التي سبقته حددت آجال صلاحية العروض⁵، وبالتالي فهي متروكة للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، ويشترط القانون تحديدها إجباريا في ملف الدعوة إلى المنافسة، إذ تنص المادة 64 من المرسوم الرئاسي 15-247: " يحتوي ملف استشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة، لاسيما ما يأتي:

... -

- أجل صلاحية العروض أو الأسعار،"

ثانيا-شرح إجراءات مبدأ حرمة العروض

من خلال الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، و المتعلق بالرد حول سؤال يتعلق بكيفية تطبيق أحكام المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتوفيرها المرفق العام، و الخاص بمعايير تقييم العروض التقنية بالنسبة لتقييم المذكرة التقنية التبريرية المنصوص عليها في المادة 67 من نفس المرسوم الرئاسي.⁶

وفي هذا الشأن، يشير قسم الصفقات العمومية لدى وزارة المالية أن المذكرة التبريرية وثيقة يصوغها المتعهدون استجابة لمتطلبات المصلحة المتعاقدة، المحتواة في دفتر الشروط.

وهي وثيقة تسمح للمصلحة المتعاقدة بمقارنة العروض، على أن تحدد في دفتر الشروط النقاط

التي يجب أن تتطرق إليها المذكرة التقنية التبريرية.

كما أدرج قسم الصفقات العمومية في هذا الرأي القانوني و على سبيل البيان، النقاط التي يمكن أن تحتويه المذكرة التقنية في إطار صفقة الأشغال و المتمثلة في النقاط التالية:

منهجية تنفيذ الأشغال، و الوسائل المادية و البشرية المرصودة للمشروع بما فيها، عند الإقتضاء، و سائل المناول، و الهيكل التنظيمي للمؤسسة و السيرة الذاتية للمتدخلين في المشروع، و كل التدابير المتخذة من طرف المتعهد لإحترام متطلبات دفتر الشروط، والعراقيل المحتملة التي يمكن أن يصادفها المشروع، و المخطط التوقعي لتنفيذ الخدمات و وصف البدائل المحتملة، عند الإقتضاء، ...إلخ.

كما تستعمل هذه المذكرة التقنية من أجل تنقيط معيار القيمة التقنية المنصوص عليها في المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247، معايير فرعية تأخذ بعين الإعتبار كل النقاط المنصوص عليها في المذكرة التقنية التبريرية.

على أن يتم تقييم معيار القيمة التقنية استنادا لمختلف المعايير الفرعية، بالرجوع لمستويات تقدير، طبقا لسم تنقيط يحتوي على عدة مستويات.

و في الأخير أدرج الرأي القانوني وعلى سبيل المثال، معايير تنقيط القيمة التقنية في حالة إذا ما إعتمدت المصلحة المتعاقدة نقطة 40، وعليه يكون الترتيب كالتالي:

- ممتاز 40 نقطة.

- مرضي 30 نقطة.

- متوسط 20 نقطة.

- غير كافي 10 نقاط.

- متدني 0 نقطة.

من خلال الرأي القانوني السابق و المرسوم الرئاسي 15-247، و المرسوم التنفيذي 18-199، كان المطلوب من المصلحة المتعاقدة في السابق تستبعد دون فحص العروض غير منتظمة وكذلك غير مقبولة وكذلك العرض الذي يبدو منخفض بشكل غير قانوني. دون إمكانية دعوة المرشح لتنظيمها أو تعديل هذه العروض، وكانت تقبل تصحيح الأخطاء المادية فقط.⁷

و من جهة أخرى، و في سياق الإجراءات المكيفة كانت المصلحة المتعاقدة لا تقبل الدخول في مفاوضات مع المرشحين الذين قدموا عروض غير مطابقة و العرض غير مناسب، و العرض الذي يبدو منخفض بشكل غير عادي.⁸

وبعد صدور المرسوم الرئاسي 15-247، ومن خلال الرأي القانوني المذكور أعلاه، استدرك المشرع آليات جديدة لمعالجة العروض المذكورة والتي كانت محل رفض من قبل المصلحة المتعاقدة. و هذا ما سوف نتطرق إليه من خلال المحور الثاني والثالث من هذه الدراسة.

المحور الثاني: تطبيقات مبدأ حرمة العروض عند اختيار المتعامل الاقتصادي

يضمن مبدأ حرمة العروض بالموازاة مع مبدأ المساواة في معاملة المرشحين أن نفس القواعد و الإجراءات تطبق على جميع المرشحين خلال الدعوة إلى المنافسة.

ولذلك يجب على المصلحة المتعاقدة أن تضمن تقييم عروض المرشحين استنادا إلى معايير غير تمييزية، و لها علاقة بموضوع الصفقة و متناسبة مع مداها⁹. وبالإضافة إلى ذلك، في حالة طلب توضيحات أو تفصيلات بشأن تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة أن توفر نفس المعلومات لجميع المرشحين وتتركها كما هي إلى غاية نهاية إجراءات تقييم العروض.¹⁰

و على هذا النحو، فإن مبدأ المساواة في معاملة المرشحين أمر أساسي و ضروري في أهم مرحلة من مراحل إبرام العقود الإدارية بصفة عامة و عقود الصفقات العمومية بصفة خاصة.

وبخلاف هذه الوظيفة العامة، و التي تطبق على جميع إجراءات إبرام العقود الإدارية، فإن المرسوم الرئاسي 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام. يكشف تحليل معمق لمواد المرسومين أن تطبيق محتوى مبدأ حرمة العروض تحت إطار مبدأ المساواة في معاملة المرشحين يختلف حسب طبيعة العقد المتوخى. من خلال إعطاء بعض المرونة للسلطة المفوضة، في تطبيق مبدأ حرمة العروض عند تنظيم الطلب على المنافسة بالنسبة لتفويض المرفق العام (أولا). أما بالنسبة للعقود الأخرى، و بالخصوص عقود الصفقات العمومية، يجب تقييم العروض في إطار تطبيقات صارمة لمبدأ حرمة العروض (ثانيا). وبالتالي، فإن تطبيقات مبدأ حرمة العروض و في ظل إحترام مبادئ الصفقات العمومية لا سيما مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، و في سياق الطلبات العمومية تختلف بالنسبة لتنظيم الطلب على المنافسة و لا يطبق بشكل موحد، ولكنها تختلف باختلاف طبيعة و الغرض من العقد المبرم من طرف الإدارة.

أولا- إجراءات مرنة في تطبيق مبدأ حرمة العروض في إطار تفويض المرفق العام

إن تقرير منح تفويض المرفق العام هو ترجمة لإرادة الشخص العام المسؤول عن المرفق العام، و الذي يتمتع بحرية واسعة في إطار إجراءات قانونية أوجدها المشرع، من خلال قابلية المرفق العام للتفويض، و من جهة أخرى حسن اختيار وانتقاء أفضل العروض لتسيير المرفق العام من قبل المفوض

له.11

و في هذا الإطار تنص المادة 150 فقرة الثانية من قانون البلدية: "ويمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض"¹² وتضيف المادة 156 من قانون البلدية أيضا: "يمكن البلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها"¹³

وتنظم نصوص المرسوم الرئاسي 15-247، والمرسوم التنفيذي 18-199 إجراءات تفويض المرفق العام عن كئيب. وفي هذا الصدد، نستقرء تمتع السلطة المفوضة بهامش كبير من المناورة في إجراءات التفويض، ولها حرية اختيار المفوض له المستقبلي.

و يتجلى هامش المرونة خاصة في مرحلة التفاوض، وقد تم الإشارة إلى التفاوض طبقا للمواد 35 و المادة 36 من المرسوم التنفيذي 18-199 عن طريق دعوة المرشح أو المرشحين المقبولين و المؤهلين، كتابيا كل على حدى من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية و في الأخير تقترح اللجنة على مسؤول السلطة المفوضة المرشح الذي يتم إنتقاؤه وقدم أحسن عرض.

وبالتالي، و ما يتم تسجيله من خلال المواد المذكورة أعلاه عدم وجود قاعدة خاصة تحكم الترتيبات الخاصة بتنظيم المفاوضات من قبل السلطة المفوضة، كما أنها ليست ملزمة بشكل خاص بوضع جدول زمني أولي للمفاوضات، أو تحديد خيارها في مواصلة أو عدم مواصلة المفاوضات مع المرشح أو المرشحين المقبولين و المؤهلين.

إلا أن هذه الحرية الممنوحة للسلطة المفوضة في مرحلة التفاوض لا تحرر السلطة المفوضة من احترام المبادئ الأساسية للصفقات العمومية و المنصوص عليها ضمن المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، ولا سيما مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. لذلك لا يمكن توقع أن السلطة المفوضة تُعفى فجأة من شروط المنافسة الأكثر صرامة، و التي تفلت من احترام و تطبيق مبدأ حرمة العروض و الناتج من مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

لذلك، يجب على السلطة المفوضة التأكد من أن إجراءات الإبرام المشار إليها في القسم الثالث ضمن المرسوم التنفيذي 18-199، تتم في إطار المساواة، خاصة خلال مرحلة التفاوض.

وبالتالي، فإن إجراءات التفاوض يجب أن لا تفلت من تطبيقات مبدأ حرمة العروض، بحيث يجب على السلطة المفوضة أن تتأكد عن طريق شروط، و إجراءات التفاوض، مع إلزامية إتاحتها لجميع المرشحين بشكل متساوي في سياق مفاوضات. عن طريق إرسال المعلومات المتعلقة بالإجراء والعقد المستقبلي إلى جميع المرشحين بموجب شروط المساواة الدقيقة.

وعلى النقيض من إجراءات طلب العروض، لا تكون السلطة المفوضة ملزمة بشدة بوثائق المفاوضات. ونتيجة لذلك، قد تجري تغييرات في المرحلة الأخيرة أثناء مرحلة التفاوض. ومع ذلك، يمكن أن تتطرق المفاوضات كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض¹⁴، شريطة أن لا تؤثر هذه التغييرات اقتصاد العقد ولا تهدف إلى استفادة مرشح من بين المرشحين إلى امتيازات غير مبررة.

كما لا ينبغي أن تساعد هذه المفاوضات في توجيه المفاوضات في اتجاه أكثر ملاءمة لمرشح دون البقية، لأن ما يميز هذه المرحلة إمكانية تعديل المرشحين عروضهم أثناء التفاوض. وبشكل عام، يجب ألا تكون هذه التعديلات تشكل خرق لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين و المساس بمبدأ حرمة العروض.

ومثال ذلك، في حالة ما إذا قررت السلطة المفوضة تمديد الموعد النهائي لتقديم العروض حسب ما جاء في المادة 35، من المرسوم التنفيذي 18-199: "تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين والمؤهلين كتابيا، كل على حدة، من أجل مفاوضة العرض أوالعروض المعنية".

وعليه، يجب على السلطة المفوضة أن تجعل هذه المدة متاحة لجميع المرشحين وضمان ألا ينتج عنها انتهاك لمبدأ حرمة العروض طبقا لما ورد في المادة 36 فقرة 02، من المرسوم التنفيذي 18-199: "لا يمكن قبول الملفات الناقصة. غير أنه، يمكن للجنة أن تطلب، عند الاقتضاء، من المترشح وثائق تكميلية لتدعيم العرض، عن طريق السلطة المفوضة وفي أجل محدد".

وهكذا فإن تطبيق إجراءات مبدأ حرمة العروض يتيح للسلطة المفوضة إمكانية الإشراف على حسن سير إجراءات تفويض المرفق العام، حتى في غياب الدقة في نصوص المرسوم التنفيذي 18-199، لذلك و حتى ولو اقتصر على عملية تأهيل المرشحين، إلى قبول مرشحين اثنين فقط، ففي مرحلة المفاوضات يمكن للسلطة المفوضة استدعاء واحد منهما لإجراء مرحلة التفاوض دون الآخر طبقا للمادة 35 من المرسوم التنفيذي 18-199¹⁵. و الذي يعتبر موقف تميزي تجاه واحد منهم طبقا لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين. وهو ما يؤكد حرية السلطة المفوضة في اختيار المرشحين خلال مرحلة التفاوض.

وبالتالي فإن مبدأ حرمة العروض أو ما يصطلح عليه عدم المساس بالعروض. له وظيفة أساسية في هذه المرحلة و المتمثل في إيجاد التوازن بين الإلتزام بقواعد المنافسة، والاعتراف للسلطة المفوضة بحرية اختيار المرشحين عندما يتعلق الأمر بإجراءات تفويض المرفق العام، وتتجلى هذه الوظيفة أكثر وضوحا في مرحلة التفاوض أين نجد النصوص القانونية التي تنظم هذه المرحلة تتميز

بالغموض و المراوغة، وهذا الأمر غير متاح بالنسبة لبقية العقود المشار إليها في المرسوم الرئاسي 15-247.

ومع ذلك، حتى لا تقع السلطة المفوضة في الشكلية المفرطة، يقر المشرع إمكانية الاحتفاظ بهامش معين من المناورة. وبالتالي، فإن هذه الأخيرة ليست ملزمة بالتفاوض حتى النهاية مع كل مرشح. و نتيجة لذلك، يمكن للسلطة المفوضة أن تختار بحرية المرشحين الذين تجري معهم المفاوضات، دون أن يكون ذلك انتهاكاً لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

ثانيا- إجراءات صارمة في تطبيق مبدأ حرمة العروض في إطار إبرام الصفقات العمومية الدعوة لتقديم الطلبات، هو الإجراء الذي يتم فيه تقييم العروض بأكثر صرامة، خاصة بالنسبة للصفقات التي يتجاوز معيارها المالي الحد المنصوص عليه في المرسوم الرئاسي 15-247¹⁶، و بالتالي لا يترك المشرع في هذا الإجراء مجالا للمناورة للمصلحة المتعاقدة في إجراء الدعوة للمنافسة، ولا للمرشحين في تعديل عروضهم. وبالتالي، فإن أي سلوك لا يخضع لشروط التفاوض المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية قد يؤدي إلى خرق مبدأ المساواة بين المرشحين، والمساس بحرمة العروض. وعليه و في سياق الإجراءات القانونية، وتجسيدا لما أتى به المرسوم الرئاسي 15-247، نجد أنه من النادر أن تنتهك المصلحة المتعاقدة مبدأ حرمة العروض، لأن هذا الأخير مؤطر بقوة من النصوص ولا يترك مجالا للمناورة للمصلحة المتعاقدة في إجراء تقييم العروض. ابتداء من تاريخ صلاحية العروض 17 وصولا إلى أجل صلاحية العروض أو الأسعار¹⁸، و التي تنتهي إلى اختيار المتعامل المتعاقده. للإشارة هذه القواعد تطبق على كل من المرشحين والمصلحة المتعاقدة، والتي لا يوجد لديها إمكانية لتعديل العروض المودع لديها.

بالإضافة إلى ذلك، قد يؤدي انتهاك أحد هذه القواعد إلى إلغاء إجراءات منح الصفقة العمومية مع إمكانية المتابعة القضائية في حالة توفر أركان الجرائم المنصوص عليها في التشريع الجزائري لا سيما قانون مكافحة الفساد.

وعلى هذا الأساس، يمنع المشرع أي إجراءات تفاوضية في مرحلة اختيار المتعامل المتعاقده، لأن هذه الإجراءات من شأنها أن تفضي إلى حدوث سلوك تمييزي من جانب السلطة المتعاقدة لصالح مرشح دون البقية. علاوة على ذلك، و في إطار الطلبات العمومية، فإن تقديم أي عرض يجعل من المستحيل القيام بتعديله اللاحق أو السحب منه، إما بمبادرة من السلطة المتعاقدة أو من طرف المرشح نفسه. وهو ما يصطلح عليه مبدأ ثبات ووضوح العرض.

وبالتالي، فإن احترام هذا المبدأ ضروري بقدر ما يجعل من الممكن تحديد فترة يتم فيها تثبيت محتوى العروض، حتى تتمكن المصلحة المتعاقدة و تكون قادرة على فحص جميع العروض ومقارنتها فيما بينها.¹⁹

كما ينص هذا المبدأ إمكانية منح العقد بموجب شروط صارمة، طبقاً لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين الذين يقدمون عروضهم مع مراعاة خصائص العقد وشروط المصلحة المتعاقدة، وبالتالي، فإن هذا المبدأ وبالموازاة مع مبدأ المساواة يخلق جو من الموازنة أو ما يصطلح عليه تقييم العروض بين الحاجة التي تعبر عنها السلطة المتعاقدة والعرض الذي قدمه المرشح.

وفي هذا السياق، وفي غياب إجراءات التفاوض بالنسبة لعقود الصفقات العمومية، وجب على المرشح تقديم عرض يتوافق بدقة مع حاجات المصلحة المتعاقدة و المعلن عنها في دفتر الشروط، و ليس عليه الكشف عن التناقضات أو الحكم عن هذه الحاجات المعبر عنها من طرف المصلحة المتعاقدة. حتى ولو كان هذا الحكم أو الكشف عن التناقضات ضئيلاً، لأن مثل هذا الإجراء يؤدي إلى رفض العرض من طرف لجنة فتح وتقييم العروض.

و عليه فإجراءات مبدأ حرمة العروض هي المثال الواضح على الصلابة القانونية التي يحضى بها مبدأ المساواة في معاملة المرشحين في إطار منح الصفقات العمومية، إلا أن هذه الإجراءات المتعلقة بمبدأ حرمة العروض قد تخضع لبعض المرونة.

طبقاً لما ورد في المادة 68، المرسوم الرئاسي 15-247: "يمكن المصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعهدين تدعيم عروضهم بعينات أو نماذج أو تصاميم عندما تستدعي مقارنة العروض فيما بينها ذلك. ويجب أن ينص دفتر الشروط على كفاءات تقديمها وتقييمها وإرجاعها عند الاقتضاء."

المحور الثالث: حدود ومجالات تطبيق مبدأ حرمة العروض

من خلال نص المادة 1/40، من المرسوم الرئاسي 15-247: "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، إستناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء."

وكذلك المادة 46، من المرسوم الرئاسي 15-246: "....

- يجب أن لا تؤدي طلبات تقديم التوضيحات و التفضيلات إلى تعديل العروض بصفة أساسية
- تكون الأجوبة المكتوبة للمرشحين على طلبات التوضيحات أو التفصيلات و محتوى محاضر الاجتماعات جزء لا يتجزأ من عروضهم."

من خلال المادة 40 و المادة 46، المذكورة أعلاه يتضح لنا جليا أن المشرع أحاط مبدأ حرمة العروض بقداسة قانونية. لم يترك من خلالها للمصلحة المتعاقدة أي مجالا للمناورة. وبهذا المعنى يتمثل مبدأ حرمة العروض في عدم المساس بمحتوى العروض، ولا يمكن أن يكون محل تعديل أو تصحيح، سواء من طرف المصلحة المتعاقدة أو المرشح، سدا لأي ذريعة في التلاعب بالمال العام، أو محاولة في الزيادة غير المبررة في سعر الصفقة، و ضمنا لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين. وبالتالي:

- لا يمكن تعديل أو تصحيح العرض المودع لدى المصلحة المتعاقدة إلا بما يسمح به القانون.
- منع اللجوء إلى أي ممارسة من شأنها تعديل أو تصحيح العرض مهما كانت الدوافع والأسباب المحيطة بذلك.

- الالتزام المفروض على المصلحة المتعاقدة و المتمثل في ضمان نجاعة الطلبات العمومية، والإستعمال الحسن للمال

العام. ضمن تجسيد مبادئ الصفقات العمومية.

تقليديا، هناك استثناء لمبدأ حرمة العروض والذي يتمثل في تصحيح الخطأ المادي فقط، بقدر ما لا يعمل على تصحيح أو تعديل سعر العقد أو تعديل العرض بصفة عامة.²⁰

ومع ذلك و في الآونة الأخيرة، اعترف مجلس الدولة الفرنسي، من خلال قراره في 21 سبتمبر 2011، إمكانية تصحيح خطأ مادي بحيث يؤثر على سعر الوحدة. موضحا في ذلك المعنى المقصود في المادة I-59 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي.²¹

تم إصدار هذا القرار بمناسبة نزاع بين تجمع مؤسسة Pareng / Sade / Segex، و إدارة مقاطعة Hauts-de-Seine حيث قامت هذه الأخيرة بإعلان عن مناقصة مع أوامر الشراء للأعمال العاجلة المتعلقة بأعمال شبكة الصرف الصحي بالإدارات.

و في سياق تحليل العروض، وجدت الإدارة أن السعر المتضمن ضمن رقم 903 من بين قائمة أسعار الوحدات يبدو منخفضا بشكل غير طبيعي، و المتعلق بعرض تجمع مؤسسة Pareng / Sade / Segex. و في هذا الشأن طلبت الإدارة من المتعهد تقديم توضيحات وتفصيلات. و عليه أجابة مؤسسة Pareng / Sade / Segex بأن هذا السعر لم يكن 22 يورو كما تم إحضارها إلى القائمة ولكن السعر الصحيح هو 220 يورو.

وبناءً على هذا التوضيح، قررت إدارة شركة Hauts-de-Seine رفض عرض مجموعة مؤسسة Pareng / Sade / Segex على أساس أنه بعد تعديل أحد أسعار الوحدة، فإن التجمع لم يحترم مبدأ حرمة العرض الناتج عن المادة I-59 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي.

وهو نفس القرار الصادر من طرف المحكمة الإدارية لـ Cergy-Pontoise، بعدها تم الإستئناف على مستوى مجلس الدولة الفرنسي و الذي أصدر قراريعتبر فيه أن القرار الصادر برفض عرض مؤسسة Pareng / Sade / Segex. وعليه هذا الإلغاء غير قانوني لأنه يشكل من جانب الإدارة، خرقاً لالتزاماتها المتعلقة بالدعاية والمنافسة وبالتالي:²²

فإن قرار مجلس الدولة يعطي المزيد من المعلومات حول طبيعة العرض الذي ينطبق عليه مبدأ حرمة العروض أو عدم المساس بالعروض. وبما أن العرض المقترح غير صحيح بشكل واضح، فإن مبدأ عدم المساس بالعرض ما زال في الواقع مطلقاً. من ناحية أخرى، فإن العرض الذي أفسده خطأ مادي بحت هو عرضة للتصحيح وليس التعديل.

وبالتالي فإن مجلس الدولة الفرنسي أستند على الوقائع الموضوعية للقضية بهدف تحديد وجود أو عدم وجود خطأ مادي على أساس المؤشرات التالية:

- سعر الوحدة رقم 903 منخفض بشكل غير طبيعي و الخاص بالنقل والإمداد في مركز تخزين و معالجة النفايات الخطرة.

- استحالة أحد الأطراف أو الأطراف الأخرى، ولا سيما المصلحة المتعاقدة من الإعتماد بحسن نية على السعر غير المصحح.

- السهو في تحديد السعر الوحدوي رقم 903 من طرف تجمع مؤسسة Pareng / Sade / Segex، يعد من قبيل الأخطاء المادية.

وهكذا خلص مجلس الدولة الفرنسي في وجود خطأ فادح مؤهل لأن يكون ضمن الأخطاء المادية، بحيث لا يمكن للمصلحة المتعاقدة إلغاء عرض تجمع المؤسسة المقدم بعد تصحيح السعر دون تجاهل التزاماتها بالمساواة في معاملة المرشحين.

و من جهة أخرى، يتميز قرار مجلس الدولة الفرنسي بميزة مزدوجة تتمثل في الاعتراف لمقدمي العروض بالحق المشروع في الخطأ وإمكانية تصحيحه في مرحلة تقييم العروض دون المساس بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، مع وضع قواعد دقيقة لمراجعة من قبل لجنة تقويم العروض للجيلولة من الأخطاء المادية المحتملة.

و عليه، و من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي نستخلص شروط تطبيق تصحيح العروض، تحت إطار تطبيق مبدأ حرمة العروض كتالي:

1. يجب أن يكون هناك خطأ مادي محض من جانب المرشح و الذي يندرج ضمن التناقضات و الأخطاء الشائعة بين تحديد السعر بالأرقام و الأحرف .

2. يجب أن يكون هذا الخطأ ذا طبيعة لا يمكن لأحد الأطراف أن يعتمد عليه بحسن نية لتنفيذ العقد. لو أن المرشح منح له العقد.

الخاتمة

وختاماً لهذا البحث المتواضع، ووفقاً لمواد المرسوم الرئاسي 15-247، و المرسوم التنفيذي 18-199، فإن مبدأ حرمة العروض يتطلب عدم المساس بمحتوى العروض ولا يجوز تعديلها ما لم يتم تبرير هذا التعديل أو التصحيح بشكل قانوني يسمح بهذا الإجراء.

في سياق تتبع المراحل الزمنية لإعداد و إبرام الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، يمارس مبدأ حرمة العروض بالموازاة مع مبدأ المساواة في معاملة المرشحين وظائفه في الفترة الممتدة بين تاريخ وساعة إيداع العروض إلى غاية الإعلان عن الفائز بالصفقة، و التي يصطلح عليها طبقاً للمادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247، بصلاحيية العروض.

ولذلك، فإن مبدأ حرمة العروض يفيد فئة قانونية معينة، و هي محصورة بالنسبة للمرشحين الحقيقيين، أي الذين تقدموا بالفعل بطلباتهم للوصول إلى الطلب العمومية. وعلاوة على ذلك، فإن هذا المبدأ يعني ضمناً أن المرشحين يعاملون بشكل متماثل من قبل المصلحة المتعاقدة، وبالتالي يسعى إلى تحقيق هدف المساواة في معاملة المرشحين في تنفيذ الإجراء.

كما يكشف تحليل معمق لإجراءات منح الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام، أن تطبيق مبدأ حرمة العروض يختلف آثاره وفقاً لطبيعة العقد. بالنسبة لبعض العقود، مثل العقود المبرمة في إطار قانون الصفقات العمومية، يجبر المشرع المصلحة المتعاقدة بتطبيق مبدأ حرمة العروض بدقة، ولا يترك لها أي مجال للمناورة في تنفيذ أي إجراء مخالف. أما بالنسبة للعقود المبرمة في إطار تفويضات المرفق العام، فبالرغم من حتمية تطبيق مبدأ حرمة العروض، إلى أن المشرع يمنح مجال من الحرية للسلطة المفوضة بتطبيق المبدأ بشكل أكثر مرونة. في هذه الحالة، تتمتع السلطة المفوضة بحرية تعديل وتصحيح العروض.

لذلك، من الممكن أن نستنتج من هذا التحليل وجود معايير تنقيط في هذه المرحلة يتم على أساسها اختيار المتعامل المتعاقد وتحديد أحسن عرض من بين العروض المقدمة.

قائمة المراجع:

¹المبدأ لغة مصدر ميمي من الفعل بدأ يبدأ مبدأ واصطلاحاً عاماً: المبدأ هو فكر أساسي تبنى عليه أفكار فرعية أخرى، فمثلاً يقول قائل: الصدق مبدئي، فيقصد أن الصدق هو الأساس الذي يقيم عليه معاملاته. مبادئ من مبدأ، و المبدأ كل ما يحصل عنه وجود شيء آخر و يقوم به. يوسف خياط، معجم المصطلحات العلمية و الفنية، دار لسان العرب، بيروت، ص55. ومنه نقول أساس قانوني بمعنى: القاعدة القانونية التي تشكل أساساً يرتكز عليه الحل القانوني للمسائل المعروضة. محمد شريط، عقود الصفقات العامة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر-1، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة و القانون، السنة الجامعية، 2016-2017، ص: 32.

²يستعمل مجلس الدولة الفرنسي، صراحة في بعض قراراته صيغة "المبادئ الأساسية للطلبات العمومية". إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي لا يستخدم صفة "الأساسية" عندما يشير إلى المبادئ. و هو ما نلاحظه كذلك لدى المشرع الجزائري من خلال المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247. أنظر، Marie-Charlotte Bontron, Les fonctions des principes fondamentaux de lacommande publique, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur, Préparée au sein de l'école doctorale, Droit et Science politique, Et de l'unité de recherche CREAM (EA 2038) Spécialité : Droit public, Université de Montpellier, France, Soutenue le 7 novembre 2015, p 37.

⁽³⁾CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, Ibid., p 36.

³CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, Ibid., p 36.

⁴من إعداد الباحث، بناء على مواد المرسوم الرئاسي 15-247، و المرسوم التنفيذي 18-199، بالاضافة إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي في 21 سبتمبر 2011.

⁵كان الأمر 67-90 يحددها ب 90 يوما، في المادة 40: "يبقى المرشحون ملتزمين بعروضهم مدة تسعين يوما"، و تنص المادة 53: "يعتبر المرشحون ملتزمين بعروضهم مدة تسعين يوما. ويمكن الزيادة في هذه المدة بناء على رغبة من الادارة التي يتحتم عليها أن تحدد ذلك في الاعلان عن المنافسة."

⁶الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 157 و.م.ق.ص.ع.م.ق.ص.ع.م.ف.ت/2018، بتاريخ 12 مارس 2018،

⁷أخطاء القلم المنصوص عليها في المادة 84 من القانون المدني التي تنص أنه : " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجتصحح الغلط."

⁸Laurent Chomard, La régularisation des offres, (Article non publié).

⁹المادة 2/54، من المرسوم الرئاسي 15-247: " يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها."

¹⁰كما يمكنها القانون من تعيين لجنة تحت إشراف المصلحة المتعاقدة بهدف إجراء مفاوضات في إطار احترام مبادئ الصفقات العمومية لاسيما مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، على أن تتوج هذه المفاوضات ضمن محضر (المادة 52 فقرة 06)

¹¹صالح زمال، مبادئ تفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في أحكام نص المادة 109 من المرسوم الرئاسي 15-247، حوليات جامعة الجزائر1، العدد 32، الجزء الأول، 2018.

¹²قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية (ج.ر 37 المؤرخ 3 يوليو 2011).
¹³نفس القانون.

¹⁴المادة 40، المرسوم التنفيذي 18-199: "تفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المترشحين المقبولين المعنيين، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط، لاسيما على ما يأتي:
-مدة تفويض المرفق العام، عند الاقتضاء،

- التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعمل والمرفق العام، أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة، أو المنح التي تدفعه السلطة المفوضة للمفوض له حسب شكل التفويض.

يمكن أن تتطرق المفاوضات كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض، باستثناء معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط. ولا يمكن أن تتطرق المفاوضات، في أي من الأحوال، إلى موضوع التفويض."

¹⁵المادة 35: "تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين والمؤهلين، كتابيا، كل على حدة، من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية.

وتحرر اللجنة محضر مفاوضة وتقييم العروض خلال كل جلسة مفاوضة، يتضمن قائمة العروض المدروسة والمرتبة ترتيبا تفضيليا .

تقترح اللجنة على مسؤول السلطة المفوضة، المترشح الذي يتم انتقاؤه وقدم أحسن عرض."

¹⁶المادة 13، المرسوم الرئاسي 247-15.

¹⁷المادة 62، المرسوم الرئاسي 247-15.

¹⁸المادة 64، المرسوم الرئاسي 247-15.

¹⁹المادة 66، المرسوم الرئاسي 247-15: "يحدد أجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة مثل تعقيد

موضوع الصفقة المعتمز طرحها و المدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض و ايصالها."

²⁰بالنسبة للأخطاء المادية الواردة في المبلغ النهائي للعرض الناتجة خطأ في الحساب، أو المبلغ النهائي

للعرض الموقوف بالأحرف غير موافق للمبلغ بالأرقام. يكون التصحيح أمراً ممكناً، لأن سعر دائماً لا

يتأثر. أما بالنسبة للخطأ في أسعار قائمة الوحدات فيعد التصحيح مستحيلاً، لأن مبلغ النهائي للعرض

سيكون ناتجاً من جمع أسعار الوحدات.

²¹Article 59-I: "l. - Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre."

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, JORF n°0074 du 27 mars 2016.

Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 21/09/2011, 349149, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr, ²²

Date de visite, 01/12/2018.