

تعبير الإدارة عن إرادتها في إبرام الصفقات العمومية

دايم نوال ♦

يمر تعبير الإدارة عن إرادتها في الصفقة العمومية بمجموعة من المراحل. فبعد الإعلان عن المناقصة تقوم لجنة فتح الأظرفة بتلقي العروض وتحضيرها؛ لتقوم بعد ذلك لجنة تقييم العروض، بدراسة العروض المقدمة دراسة دقيقة، بغرض القيام بإرساء الصفقة مؤقتا على المترشح الذي قدم أحسن عرض. وجدير بالذكر أن تعبير الإدارة عن إرادتها لا يكون نهائيا إلا باعتماد الصفقة من الجهات الإدارية المختصة قانونا بذلك.

الكلمات المفتاحية: صفقة عمومية، تعبير عن الإرادة، عروض، لجنة، منح مؤقت، اعلان

Résumé :

L'expression de l'administration de sa volonté passe par plusieurs étapes.

Après l'avis d'appel d'offre la commission d'ouverture des plis reçoit les offres, La commission d'évaluation étudie les offres pour attribuer le marché au soumissionnaire présentant l'offre jugée la plus favorable.

L'expression de l'administration de sa volonté n'est pas définitive qu'après son approbation par l'autorité compétente.

Mots clés : marché public, expression de la volonté, offre, commission, attribution provisoire, avis.

Abstract:

The expression of the consent of the administration in public procurement goes through several steps. The tender opening committee receives the bids, after the advertisement of the tender. The former

committee examines the bids and attributes the public procurement to the tendered who presents the most favorable bid.

The consent of the administration becomes final only when it is approved by the competent authority.

Keywords:Public contracts, consent, tenders, committee, provisional attribution, calls for tenders.

مقدمة

من الأصول المسلم بها أن الإدارة، لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن إرادتها في التعاقد، ذلك أنها تلتزم في إبرامها للصفقات العمومية، بإجراءات وبأوضاع رسمها المشرع.¹

ومن المعلوم أن الصفقات العمومية تمر بمراحل وإجراءات متعددة حتى يكتمل إبرامها؛ بدءاً بالإجراءات الممهدة لعملية الإبرام وصولاً إلى تلك الإجراءات التي تتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة

وبالتالي فإن كل مرحلة من مراحل التعبير عن الإرادة لا تنجز إلا عن طريق موظف مختص بإنجاز هذه المرحلة بإصداره قراراً. وهذا الأخير يعد في حد ذاته سبباً للمرحلة التالية التي تستلزم تدخل الموظف المختص بإنجاز المرحلة اللاحقة.²

وعليه فما هي المراحل التي تتم من خلالها عملية الإبرام؟ وماهي اللجان المختصة والأشخاص المؤهلون قانوناً للتعبير عن إرادة الإدارة؟

للإجابة عن هاتين الإشكاليتين قسمنا موضوعنا إلى فقرتين

¹ - الميلودبوتركي، القرارات الإدارية المنفصلة على ضوء الاجتهاد القضائي، سلسلة البحث الأكاديمي، الرباط 2014، ص 18

² - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 223

الفقرة الأولى :ارساء الصفقة والفقرة الثانية آثار الارساء واعتماد الصفقة

الفقرة الأولى : ارساء الصفقة

بعد أن يعد المرشحون عروضهم ،ويرسلوها إلى جهة الإدارة المعنية بالمناقصة ؛ تقوم الإدارة بفحص هذه العروض للتأكد من مطابقتها للموجبات القانونية المطلوبة ؛ ومن ثم المفاضلة بينها ،في سبيل الوصول إلى العرض الأفضل الذي يجب أن يتم التعاقد مع صاحبه ويطلق على هذه المرحلة بالإرساء .

هذه الأخيرة تتضمن بداية فحص العروض بعد القيام بفتحها ثم البث فيها

البند الأول : الجهة الإدارية المختصة بالإرساء

لجنة المناقصة هي سلطة مختصة بإدارة إجراءات المناقصة ،عن طريق قرارات إدارية تصدرها ،أو أعمال مادية تقوم بها،وهي بذلك تملك سلطات عامة تقتضيها هذه المهمة.

إلا أن تكوين هذه اللجان يختلف من تشريع لآخر؛ ففي بعض الدول كفرنسا يختلف تكوين لجان المناقصات باختلاف الشخص العام المعني بالصفقة.

أما في المغرب فتعد لجنة طلب العروض صاحبة الإختصاص بدء بفتح الأظرفة إلى الإعلان عن النتائج¹.

بينما نجد بعض الدول منحت نصوصها القانونية مهمة البت في المناقصات وارسائها للجنة الواحدة- مثل ما هو الحال في كل من مصر والجزائر .

¹ - مليكة الصروح ، الصفقات العمومية في المغرب ، مطبعة النجاح الجديدة ،الطبعة الاولى 2009 ،ص 101

تعبير الإدارة عن إرادتها في إبرام الصفقات العمومية

ففي مصر ، تقوم إحدى اللجنتين بفتح المظاريف والآخرى بالبت في المناقصة مع استثناء المناقصات قليلة الأهمية - التي لا تتجاوز قيمتها خمسين ألف جنيه- أوكل فيها المشرع مهمة فتح الاظرفة والبت في المناقصة إلى لجنة واحدة فقط.¹

وفي الجزائر فقد منح المشرع صلاحيتي فتح الاظرفة، وتقييم العروض، للجنيتين متميزتين هما لجنة فتح الاظرفة ولجنة تقييم العروض. وهذا ما سنفصله كالاتي:

أولا : لجنة دائمة لفتح الأظرفة

وفقا للمادة 121 من المرسوم الرئاسي 10- 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم²، فإنه تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لفتح الأظرفة تحدد تشكيلتها بموجب مقرر صادر عن مسؤول المصلحة المتعاقدة .

وعليه فالمشرع منح مسؤول المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في اختيار اعضاء لجنة فتح الأظرفة مع عدم اشتراطه توافر صفات وشروط ومؤهلات معينة في أعضائها. كما أنه أضاف صفة "دائمة" على هذه اللجنة أي أنها ليست لجنة عارضة أو مؤقتة ، ولكن هذا لا يعني تضمينها لقائمة محددة غير قابلة للتعديل ،بل يجوز إدخال تعديلات عليها من حيث التشكيلة بموجب مقرر موقع من مسؤول المصلحة المتعاقدة³.

¹ - المادة 11 من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998

² المرسوم الرئاسي 10- 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 2010/10/07 ج ر 58 لسنة 2010، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 2011/03/01 ج ر 14 لسنة 2011، والمرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 2011/06/16 ج ر 34 لسنة 2011 ؛ و المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ 18 /01/ 2012 ج ر 04 لسنة 2012 ؛ والمرسوم الرئاسي 13-03 ج ر 02 لسنة 2013

³ عمار بوضياف ،شرح تنظيم الصفقات العمومية ،جسور للنشر والتوزيع ،2011، ص 165

1- اختصاصات لجنة فتح الأظرفة

إن مهمة اللجنة كما هو واضح من تسميتها ينحصر في فتح الأظرفة الخاصة بالعروض المقدمة تمهيدا لتقييمها. وذلك من خلال :

- القيام بأعمال مادية بحتة

حيث تقوم لجنة فتح الأظرفة بتثبيت صحة العروض على سجل خاص ،مع إعداد قائمة المتعهدين حسب تاريخ وصول أظرفتهم.

إعداد وصف مفصل للوثائق التي يحويها كل عرض ، مع ضرورة التوقيع بالحروف الأولى على كل وثائق الأظرفة المفتوحة .

دعوة المتعهدين عند الإقتضاء كتابيا الى استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة باستثناء التصريح بالإكتتاب وكفالة التعهد¹

2- سير عمل اللجنة

تجتمع طبقا للمادة 122 من قانون الصفقات العمومية لجنة فتح الأظرفة لفتح الأظرفة التقنية والمالية في جلسة علنية ، بحضور كافة المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا ،ويوافق تاريخ إجتماعها آخر يوم من الأجل المحدد لإيداع العروض²

¹ المادة 122 ق ص ع

² - المادة 50 فقرة 5 "يوافق يوم وآخر ساعة لإيداع العروض ويوم وساعة فتح الأظرفة التقنية والمالية ،آخر يوم من مدة تحضير العروض .وإذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية ،فإن مدة تحضير العروض تمدد إلى غاية يوم العمل الموالي "

تعبير الإدارة عن إرادتها في إبرام الصفقات العمومية

والملاحظ أنه بذلك تم إختزال أجل العرض ،أو إنهاؤه قبل أوأنه.فالمفروض أن اليوم الأخير للعرض هو يوم قانوني بإمكان كل عارض طبقا لمبدأ المساواة تقديم عرضه طيلة اليوم¹

ويبدو النقص المسجل واضحا إذاقارناها بالمادة 108 من المرسوم التنفيذي 91-434 التي اعتبرت أن إجتماع لجنة فتح المظاريف،، يكون بناء على استدعاء المصلحة المتعاقدة في يوم العمل الذي يلي آخر أجل لإيداع العروض .فهذا النص أدق وأبلغ ،خاصة من حيث ضمانته المدة المقررة للتنافس، والمذكورة في إعلان المناقصة واحترام الأجل كاملا غير منقوص²

وهذا خلافا للمادة 109 من المرسوم الرئاسي 02-250 والمادة 50 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم التي سبقت الإشارة إليها .

ومن جهة أخرى فإن إجتماع لجنة فتح الأظرفة يصح مهما كان عدد أعضائها الحاضرين.³

-الدور الإستشاري للجنة فتح الأظرفة

للجنة فتح الأظرفة دور استشاري من خلال ما تبديه من التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضائها يتم ذكرها في محضراللجنة .⁴

¹ - شريفي الشريف،النظام المالي للعقد الإداري،رسالة دكتوراه في القانون العام ،جامعة ابي بكر بلقايد،2013-2014 ،ص 123

² -عمار بوضياف ،المرجع السابق ، ص 180

³المادة 124 ق ص ع

⁴ فقرة 5 المادة 122 ق ص ع

هذا وتعمل اللجنة على تحرير محضر يعدم جدوى العملية موقعا من قبل الأعضاء الحاضرين وذلك في حالة تلقي العرض الوحيد أو عدم تلقي أي عرض

3- إجراءات خاصة ببعض أشكال المناقصة

بالنسبة للاستشارة الإنتقائية يتم فتح الأطراف التقنية النهائية والمالية على مرحلتين

أما في حالة إجراء المسابقة، فيتم فتح الأطراف التقنية، وأطراف الخدمات والأطراف المالية على ثلاث مراحل.

كما تجدر الإشارة أن اللجنة لا تلتفت إلى أي عرض يرد بعد الموعد المحدد لفتح الأطراف. حيث تقوم اللجنة بإرجاع الاطرفة غير مفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الإقتصاديين.

مما سبق نقول أن عمل لجنة فتح الاطرفة اعدادي، وتمهيدي لعمل لجنة تقييم العروض.

ثانيا : اللجنة الدائمة لتقييم العروض

وفقا للمادة 125 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم فإنه تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض، يعين أعضاؤها الذين يشترط أن يكونوا مؤهلين؛ وألا يكونوا أعضاء في لجنة فتح الاطرفة، بمقرر من مسؤول المصلحة المتعاقدة.

1- اختصاصاتها

تعمل اللجنة على اتمام الاجراءات ،بقصد الوصول الى الارساء على أفضل عرض وذلك من خلال :

-اقضاء العروض¹:

أ- غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط

ب- التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة للعروض التقنية،
المنصوص عليها في دفتر الشروط ، بعد القيام كمرحلة أولى بالترتيب التقني
للعروض

-دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الاولي تقنيا مع مراعاة
التخفيضات المحتملة في عروضهم

- الاستعانة بالخبراء تحت مسؤوليتها كمكاتب الدراسات على سبيل المثال

2- معايير تحديد العرض الاحسن وارساء الصفقة

تلتزم الإدارة قانونا باختيار أفضل العروض ترتيبا .ولكن هل العرض الأصلح هو أقل
العروض ثمنا أم أفضلها من النواحي التقنية ؟

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية، فإن المشرع عند تعريفه للمناقصة أشار إلى
تخصيصها للعارض الذي يقدم أفضل عرض²

وعليه يتعين عند اختيار الفائز على أساس الشروط المحددة في دفتر الشروط ،أن
يتم اسناد الصفقة على أساس نظام تنقيط، مؤسس على ما قدمه المتعهدون من ضمانات
تقنية ومالية.

¹ - المادة 125 ق ص ع

² - المادة 26 ق ص ع

فإذا رأت الإدارة أن العرض المالي معقول، وأن العرض التقني يكفل انشاء المشروع في أفضل الظروف ؛ وتبعا للمقاييس المراد تحقيقها فيه، وتكفل أيضا اكمال المشروع في الآجال المحددة فيمكنها قبوله¹

ومن ناحية اخرى فإن المشرع الجزائري،أضاف معايير لابد أن تؤخذ بعين الاعتبار وهي اعطاء اهمية الى المنتج المحلي أو الوطني²

واعلانه صراحة على أفضلية التعامل الوطني العمومي عن غيره. حيث نصت المادة 23 على أن يمنح هامش افضلية بنسبة 25 للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/ للمؤسسات التي يحوز اغلبية راسمالها جزائريون مقيمون ،فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 13.

كما ويمكن لجنة التقييم أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا اثبتت أنه يترتب على منح الصفقة هيمنة التعامل المقبول على السوق.أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت .

هذا وقد تواجه لجنة تقييم العروض-فرضا - أثناء أدائها لمهامها صعوبات :

أ-العرض المنخفض بشكل غير عادي

وقد أشارت لهذه الحالة المادة 10/ 125 فإذا كان العرض المالي للمتعاقل الإقتصادي المختار مؤقتا ،يبدو منخفضا بشكل غير عادي ،فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب كتابيا التويحات التي تراها ملائمة والتحقق من التبريرات المقدمة.

¹لتفصيل أكثر راجع شريفي شريف ،المرجع السابق ،ص 129 وما بعدها

²المادة 56فقرة 6 من المرسوم الرئاسي 10-236 سالف الذكر

تعبير الإدارة عن إرادتها في إبرام الصفقات العمومية

ب-العروض المتساوية في عطاءاتها :المشرع الجزائري لم يعالج هذه الحالة لنذرتوقعها.في حين أن التشريعات المقارنة كالتشريع المغربي الذي نص أنه في حالة ثبوت أن العروض المقدمة من المتنافسين ،قد جاءت متساوية في عطاءاتها؛ فإن لجنة العروض تكون مؤهلة لاتخاذ مايلي:

-استدعاء المتعهدين الذين ترى أنه من الضروري الحصول منهم على كل توضيح بخصوص عروضهم

-مطالبة المتعهدين بتقديم عروض جديدة إذا تبين لها أن العروض قد جاءت متساوية بالنظر إلى جميع عناصرها مما أدى إلى صعوبة الفصل بين المتعهدين¹.

الفقرة الثانية: آثار الارساء واعتماد الصفقة

قرار لجنة تقييم العروض بارساء المناقصة على أحد العارضين ليس الخطوة الاخيرة في التعاقد بل ليست الا اجراء تمهيديا. اما عملية التعاقد فإنها خطوة اخرى لاحقة وتختص بها هيئة اخرى²

البند الاول: آثار الارساء

تترتب على ارساء المناقصة على احد المتنافسين نتائج اهمها :

1 -لايؤدي الارساء في حد ذاته الى ابرام العقد ،وإنما يساهم فيه ،إذ أن إبرام العقد لا يتم الا بتدخل السلطة المختصة

¹ - المادة 41 من مرسوم 05 فبراير 2007 بشأن صفقات الدولة. أشارت إليه مليكة صروخ ،المرجع السابق ،ص112

²سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية ، دار الفكر العربي ، ص 281

2-يؤدي الارساء الى تحول مركز المتعهد الذي رست عليه المناقصة من مركز المتنافس الى مركز المتعاقد المؤقت.

وهنا تجدر الاشارة أنه في القانون الجزائري يتم الاعلان عن المنح المؤقت للعقد،وفيه إعلان عن العارض الفائز الذي رست عليه الصفقة مؤقتا، مع تبيان نتائج تقييم العروض المالية والتقنية.

على أن يتم نشر الاعلان عن المنح المؤقت في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة¹ الامر الذي من شأنه السماح لكل من يريد الاحتجاج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة بأن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في اجل 10أيام ابتداء من تاريخ نشر اعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو الصحافة²

مما سبق نلاحظ كيف وفر المشرع ضمانا الطعن للمتعهدين الذين لم يقنعهم خيار الادارة.كمافرض قيود رقابة على الادارة لاختيارها لمتعهد دون الآخر باعتبار لجنة تقييم العروض لجنة تضم اعضاء تابعين لنفس الادارة .فحفاظا على نزاهة التقييم وموضوعيته فان هذا الاخير يخضع لرقابة لجنة الصفقات المعنية على اختيار المصلحة المتعاقدة والفصل في الطعون المرفوعة حول ذلك .³

3-يلتزم هذا المتعاقد المؤقت بالبقاء على ايجابه حتى صدور قرار اعتماد نتائج الارساء وتوقيع العقد من جانب السلطة المختصة⁴

¹المادة 49 ق ص ع

²المادة 114 ق ص ع

³عمار بوضياف،المرجع السابق،ص 181

⁴ مهند مختار نوح، المرجع السابق ، ص 677

البند الثاني : اعتماد الصفقة

قرار إبرام العقد هو القرار الذي يكون محله اعتماد نتائج الارساء ، وإبرام العقد ، ويطلق عموما على عملية تدخل السلطة المختصة باعتماد نتائج الارساء تسمية الاعتماد.

إذ أن من الامور المسلم بها ان التزامات الادارة لا تبدأ الا من هذه اللحظة اما قبل ذلك فان التعاقد يكون في طور التكوين .

وبالرجوع الى قانون الصفقات العمومية الجزائري فانه طبقا للمادة 8 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم فان الصفقات لا تصح ولا تكون نهائية الا اذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه:

- الوزير ، فيما يخص صفقات الدولة ،
- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة ،
- الوالي ، فيما يخص صفقات الولاية ،
- رئيس المجلس الشعبي البلدي ، فيما يخص صفقات البلدية ،
- المدير العام او المدير ، فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الاداري ،
- المدير العام اوالمدير ، فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ،
- مدير مركز البحث والتنمية ،

- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي و التقني ،

- مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي،

- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.

مما سبق ، يمكن القول ان الصفقة العمومية بعد الموافقة عليها من السلطة المختصة المشار اليها في المادة 8 تعتبر نهائية وتدخل بذلك مرحلة جديدة هي مرحلة التنفيذ فالاعتماد يجعل العقد نهائيا.

ولكن لابد من الاشارة الى ان المادة 8 سالفة الذكر لم تبين اذا كان الوزير او الوالي او المدير او رئيس المجلس الشعبي البلدي....يملك رفض الموافقة والاعتماد ام لا؟ فماهي الحلول القانونية والاجرائية لهذا الاشكال¹

لابد على المشرع من تدارك هذه الثغرة القانونية . أما عن موقف الفقه والقضاء

فقد تساءل الفقه حول ذلك عن مدى حرية الادارة في اختيار المتعاقد؟؟

فعلى الرغم من أن سلطة لجنة البت - لجنة تقييم العروض - مقيدة بالنسبة للإرساء على صاحب العرض الأفضل تقنيا ، والأقل سعرا .ولا يجوز لجهة الادارة أن تتعاقد مع غيره .إلا أن السلطة المختصة لها سلطة تقديرية في رفض اعتماد قرار الإرساء أو العدول عن اتمام العقد² .وفي ذلك جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على تخويل الإدارة حق العدول عن التعاقد إطلاقا إذا رأت أن المصلحة العامة في هذا العدول ،حتى لا تُجبر الادارة على التعاقد مع شخص لا تريده³.

¹ عمار بوضياف ،المرجع السابق ،ص 183

² - جعفر عبد الملك الحمادي،ضمانات العقد الإداري،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،2009،ص355

³ - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 03 مارس 1944 اشار اليه سليمان الطماوي ،المرجع السابق ،ص 281

خاتمة

إذا كانت سلطة الإدارة في تقييم العروض وتفحصها سلطة مقيدة بالقانون وبما تتطلبه دفاتر الشروط، أي أن اللجان لا تستبعد أي عرض طالما كان موافقا للأوضاع القانونية، ومطابقا لدفتر الشروط؛ وأنها ملزمة في نفس الوقت برفض أي عرض مقدم على خلاف ما ينص القانون، أو على خلاف ما تتضمنه دفاتر الشروط، أو إذا كان غير متطابق مع محل العقد المراد إبرامه. وإذا كانت سلطتها مقيدة في الإرساء على العرض الأفضل تقنيا وماليا .

فإن السلطة المختصة بإبرام العقد تتمتع بالسلطة التقديرية في قبول أو رفض اعتماد نتائج الإرساء أو العدول عن إتمام العقد وذلك راجع لاتصال العقد بسير مرفق عام ؛ وهذا الأخير لا يتحقق مصلحته إذا كان إبرام الصفقة يمر بسلسلة من العمليات المتتالية التي يكون فيها اختصاص الإدارة مقيدا فقط. ما يُوجب تمتع الإدارة بسلطة غير مقيدة وذلك نابع من كونها مسؤولة عن حسن سير المرفق العام الذي تديره.