

أ، عبد اللطيف بن زيدي..... إشكالية تعديل عقد الإتفاقية في إطار المرسوم الرئاسي 10-236م،م

"إشكالية تعديل عقد الإتفاقية في إطار المرسوم الرئاسي 10-236 م،م"

الأستاذ عبد اللطيف بن زيدي a.latifbenzidi@gmail.com

تقديم:

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية التي تبرمها الدولة ممثلة في مختلف هيكلها على المستوى المركزي أو المحلي، ونظرا للأهمية البالغة لعقود الصفقات العمومية باعتبارها وسيلة من وسائل تجسيد فكرة استمرار المرفق العام وإشباع الحاجات العامة، وكذا باعتبارها وسيلة تضمن الحفاظ على المال العام في الدولة، فقد حرص المشرع الجزائري على النص على جميع الأحكام والإجراءات الخاصة لإبرام الصفقات العمومية.

أنّ أبرز مظهر تميّز به الصفقات العمومية عن غيرها من العقود وخاصة المدنية و التجارية هو أن الصفقة العمومية تحوّل جهة الإدارة ممارسة جملة من السلطات تتمثّل في سلطة التعديل فضلا عن سلطة الإشراف و الرقابة و توقيع الجزاءات و سلطة إنهاء الصفقة¹.

واعترف المنظم الجزائري للإدارة بسلطة تعديل عقودها الإدارية في إطار ما يعرف بالملحق، المنصوص عليه في المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ضمن القسم الخامس من الباب الرابع. و باعتبار الاتفاقية عقد إداري اخترنا العنوان التالي:

إشكالية تعديل عقد الاتفاقية في إطار المرسوم الرئاسي 10-236

أ، عبد اللطيف بن زبدي.....إشكالية تعديل عقد الإتفاقية في إطار المرسوم الرئاسي 10-236م،

و في هذا الصدد يمكن طرح وصياغة الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة على النحو التالي:

ما مدى تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية على الاتفاقيات، و فيما تتجلى إشكالية إبرام ملحق اتفاقية؟
هيكل الدراسة:

تم تقسيم الدراسة الى العناصر التالية:

أولاً: سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة.

ثانياً: ماهية الاتفاقية في إطار المرسوم الرئاسي 10-236.

ثالثاً: إشكالية إبرام ملحق اتفاقية.

أولاً: سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة

سنتطرق في هذا العنصر الى شروط و آليات ممارسة سلطة التعديل.

1. شروط ممارسة سلطة التعديل:

سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل بنود الصفقة ليست مطلقة بل تمارس ضمن

إطار محدد و ضوابط دقيقة تتمثل فيما يلي:

- أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد.
- أن يكون للتعديل أسباب موضوعية.
- أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية.

2. آليات ممارسة سلطة التعديل أو الأساس التنظيمي للملحق:

أ، عبد اللطيف بن زبدي.....إشكالية تعديل عقد الإتفاقية في إطار المرسوم الرئاسي 10-236م،م

يتطلب سير المرافق العامة بانتظام أن تستمر الصفقة مهما طرأ عليها من تعديلات أثناء تنفيذها، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بتعديلات انفرادية على التزاماتها التعاقدية لمواكبة التغيير الحاصل بعد إبرام الصفقة، لذا خول قانون الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة سلطة تعديل شروط الصفقة عن طريق وثيقة تسمى الملحق.

ماهية الملحق و إجراءات إبرامه .

خول المنظم الجزائري للمصلحة المتعاقدة إبرام الملحق ضمن القسم الخامس المتضمن المواد من 102 الى 106 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07، إذ تنص المادة 102 " يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم".

1. مفهوم الملحق:

يعرف الملحق على أنه " وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة"².

كما أشارت الفقرة الثانية من أن الملحق قد يتضمن عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي، و هذا يدل على أن الملحق ليس عقدا فريدا و مستقل بذاته بل له صلة وثيقة بالصفقة الأصلية.

2. شروط إبرام الملحق:

ومن خلال التعريف نستنتج أن تعديل شروط الصفقة عن طريق الملحق يتطلب توفر شروط أهمها³:

- أن يكون مكتوبا طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة، فعنصر الكتابة لأمر لازم في حال ممارسة الإدارة لسلطة التعديل و هذا شرط طبيعي فالتعديل فرع أو جزء من الصفقة ووجب أن يخضع لما تخضع له شكلا بتوفر عنصر الكتابة. وقد عبر المشرع على عنصر الكتابة في المادة 103 من المرسوم المذكور أعلاه بعبارة " الملحق وثيقة تعاقدية" والوثيقة يجب أن تكون مكتوبة.
 - أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهرى بالصفقة و توازنها و هذا ما أشارت اليه الفقرة الأخيرة من المادة 103 بنصها على " و مهما يكن من أمر فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ". و هذا شرط طبيعي و لازم أيضا إذ أن لا يؤدي التعديل الجوهرى من شأنه أن يجعلنا أمام صفقة جديدة.
 - أن يتم اللجوء إلى إبرام الملحق في حدود آجال التنفيذ التعاقدية (آجال تنفيذ الصفقة).
 - أن يخضع الملحق كأصل عام لرقابة لجنة الصفقات المعنية.
3. أسباب إبرام ملحق:

تمثل العوامل التي تؤدي الى إبرام ملحق فيما يلي:

- تعديل تسمية الأطراف المتعاقدة.
- تعديل الضمانات التقنية و المالية.
- تعديل أجل التعاقد.
- الزيادة في الخدمات أو التقليل منها.

4. حالات إبرام الملحق خارج الآجال التعاقدية:

- إن من أهم شروط إبرام ملحق هو التقيد بالآجال التعاقدية حيث ينص قانون الصفقات العمومية على " لا يمكن إبرام الملحق إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية"، غير أن هذا الشرط لا يطبق في الحالات التالية⁴:
- عندما يكون الملحق عديم الأثر المالي ويتعلق بإدخال و /أو تعديل بند تعاقدي أو أكثر غير البنود المتعلقة بآجال التنفيذ.
 - إذا ترتب على أسباب استثنائية ، وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبرا أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدية الأصلي.
 - إذا كان الغرض من الملحق ، بصفة استثنائية إفعال الصفقة نهائيا.

5. الرقابة على الملحق:

- إن إبرام ملحق وعرضه على لجنة الصفقات العمومية قصد دراسته لا يكون إجباريا في الحالات التالية:
- إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية و أجل التعاقد، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة عندما تبرر الظروف ذلك، تمديد آجال صفقة لأداء خدمات أو اقتناء لوازم في حدود أربعة (04) أشهر على الأكثر، بهدف التكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة الخدمة العمومية، إذا قرر مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني ذلك شريطة أن لا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف التي استدعت هذا التمديد، و أن لا تكون نتيجة ممارسات مماثلة من طرفها

أ، عبد اللطيف بن زيدي..... إشكالية تعديل عقد الإتفاقية في إطار المرسوم الرئاسي 10-236م،

● إذا كان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز زيادة أو نقصانا النسب الآتية⁵:

○ 20% من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة للصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.

○ 10% من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجان الوطنية للصفقات.

ثانيا: ماهية الاتفاقية في إطار المرسوم الرئاسي 10-236 م،

يقصد بالصفقات العمومية على أنها " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال و اقتناء المواد و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"⁶، و لعل إصرار المشرع على إعطاء تعريف للصفقات العمومية يعود بالأساس للأسباب التالية⁷:

● أن الصفقات العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة و لإجراءات في غاية من التعقيد.

● أن الصفقات العمومية تخضع لأطر رقابية خاصة داخلية و خارجية.

● أن الصفقات العمومية تخول جهة الإدارة مجموعة من السلطات.

إذا كانت الصفقات العمومية عقودا إدارية محددة بموجب التشريع فلا شك أن المشرع بتقنيته للعمل و النشاط التعاقدى للإدارة يكون قد حدد معالم و عناصر تتميز بها الصفقة العمومية على الاتفاقية و لعل أهم معيار للتفريق بينهما المعيار المالي⁸. و لما كان للصفقة العمومية صلة وثيقة بالخزينة العامة و جب حينئذ ضبط سقف مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية، و هو ما نصت عليه المادة 06 " بأن

أ، عبد اللطيف بن زيدي.....إشكالية تعديل عقد الإتفاقية في إطار المرسوم الرئاسي 10-236م،م

كل عقد أو طلب يساوي مبلغه 8.000.000.00 دج أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم و 4.000.000.00 دج لخدمات الدراسات أو الخدمات، لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم القانون ."

من خلال ما نصت عليه المادة المذكورة أعلاه من قانون الصفقات العمومية نستنتج أن الطلبات التي تقل عن المبالغ المشار إليها أعلاه تنفذ بإبرام اتفاقية والتي تتطلب إجراء الاستشارة بين 03 متعهدين مؤهلين على الأقل لانتقاء أحسن عرض من حيث الجودة والسعر أي دون اللجوء إلى إجراءات إبرام صفقة المتمثلة في:

- إعداد دفتر الشروط و عرضه على لجنة الصفقات العمومية.
- إلزامية الإشهار الصحفي للمنافسة مهما كان نوعها.
- تشكيل لجنتي فتح الأظرفة و تقييم العروض.
- إلزامية إعلان نتائج المنافسة (الإعلان عن المنح المؤقت) في الصحف، وتحديد مدة 10 أيام كآجال لفترة تقديم الطعون.
- الرقابة على الصفقات من طرف الجان في حدود الاختصاص.

ثالثا: إشكالية إبرام ملحق اتفاقية

إن تعريف المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم بأن الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة يبرم في جميع الحالات، تولد عنها إشكالية تكمن في تضارب الأحكام بين النص التشريعي الأصلي و النصوص التنظيمية المحددة كيفية تطبيق بعض الأحكام، و في هذا الصدد هناك بعض النصوص التطبيقية تؤكد:

- إمكانية إخضاع الطلبات التي لا تفوق مبالغها حدود إبرام الصفقات لأحكام المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم بعد القيام بكل الإجراءات من إعداد دفتر الشروط و تقديمه الى لجنة الصفقات العمومية، العمل بلجان فتح الأظرفة و تقييم العروض و تمكين المتعهدين من تقديم الطعون⁹.
- أن تخفيض مبلغ الطلب و إعداد اتفاقية في حالة إلغاء اعتمادات مفتوحة يعتبر إجراء صحيح مطابق لأحكام المادة 06 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه¹⁰.
- على أن العقود غير الصفقات العمومية المبرمة طبقا للمادة 06 من المشار إليه أعلاه تخضع لأحكام القانون العام للعقود (القانون المدني)¹¹.
- أنه لا يوجد أي حكم تشريعي أو تنظيمي يمنع اللجوء لإبرام ملحق عادي لاتفاقية لخدمات إضافية كانت موضوع استشارة¹².
- إمكانية إبرام ملحق غلق لاتفاقية إذا كان موضوعه لا يتضمن أشغال إضافية¹³.
- كما أنه لا يوجد أي حكم تشريعي أو تنظيمي يمنع اللجوء لإبرام ملحق غلق لاتفاقية طبقا للأحكام التنظيمية السارية المفعول، سيما تلك المتعلقة باستشارة 03 متعهدين اقتصاديين مؤهلين و الالتزام المسبق

- للنفقة من قبل المراقب المالي و منح الأشغال الإضافية موضوع الملحق للمقابلة المعنية في إطار الآجال التعاقدية المحددة في الاتفاقية¹⁴.
- أن أحكام المواد من 102 إلى 106 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتم، تخص فقط الصفقات المبرمة بمعنى هذا المرسوم¹⁵.
- ملحق الغلق يخص الصفقات فقط¹⁶.
- إمكانية إبرام ملحق غلق صفقة يتضمن أشغال إضافية و تكميلية لانجاز موضوع الصفقة¹⁷.

وبناء على ما سبق ذكره فإن الإشكال لا يكمن في شروط إبرام ملحق اتفاقية و إنما يكمن في الاتفاقية، بمعنى هل تخضع الاتفاقية لقانون الصفقات العمومية أو للقانون المدني باعتباره قانون عام تخضع له كافة العقود الإدارية بالرغم من وجود مفارقة بينهما، حيث تتمثل أوجه الاختلاف بينهما في:

- من حيث مراكز أطراف العلاقة العقدية:

يحتل أطراف العقد المدني مرتبة واحدة، فلا امتياز لطرف على آخر، فلا مجال لتغليب مصلحة البائع على المشتري أو المؤجر على المستأجر أو الرهن على المرتهن، باحتواء العقد الإداري عضويًا على إدارة عامة أو ما يسمى " شخص معنوي عام"، ووجب الاعتراف لها بامتيازات السلطة العامة.

- من حيث إجراءات إبرام العقد:

إذا أرادت الإدارة أن تبدي رغبتها في التعاقد تُلزم كأصل عام بإعلام الجمهور، وذلك بنشر إعلان المناقصة بأشكالها المختلفة في جريدتين وطنيتين؛ وفي نشرة

أ، عبد اللطيف بن زبدي.....إشكالية تعديل عقد الإتفاقية في إطار المرسوم الرئاسي 10-236م،

صفقات المتعامل العمومي BOMOP كما تخضع لإجراءات طويلة ولأوجه رقابية صارمة جاء تنظيمها في أحكام المرسوم 10-236، رغبة في الحفاظ على المال العام وترشيد النفقات العمومية.

ولم يكتفِ المشرع بهذه القواعد إذ عمد إلى حماية الصفقة العمومية بأدوات جزائية أشارت إليها المادة 26 من قانون رقم 06-01. ينما يحكم العقد المدني مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، فللمتعاقدين الحرية في اختيار بنود العقد واختيار الطرف المتعاقد ولا يخضع العقد لإجراءات النشر والإشهار كأصل عام.

إذا أخذنا بنص المراسلة التي تخول للمصلحة المتعاقدة إخضاع الاتفاقية لقانون الصفقات العمومية، فهذا يعني إمكانية إبرام ملحق بغض النظر عن طبيعته سواء كان ملحق عادي أو ملحق غلق بشرط إبرامه طبقاً لأحكام المرسوم الرئاسي 10-236، إلا أن بعض النصوص التطبيقية تنفي ذلك.

خلاصة:

من خلال تحليلنا لسلطة تعديل العقود من طرف المصلحة المتعاقدة في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 تم تسليط الضوء على إشكالية إبرام ملحق اتفاقية في إطار المرسوم المشار اليه، حيث توصلت الى نتيجة عامة مفادها أن النظام الحالي للصفقات العمومية في الجزائر لم يختلف كثيراً عن النظم السابقة له هذا من جهة، و كثرة التعديلات ناهيك عن تضخم النصوص التطبيقية لتوضيح أحكام مواده من جهة أخرى.

أ، عبد اللطيف بن زيدي.....إشكالية تعديل عقد الإتفاقية في إطار المرسوم الرئاسي 10-236م،م

ومن بين التوصيات التي استخلصتها أثناء الدراسة هو سن نصوص تشريعية و تنظيمية تتعلق بتنظيم عقود الاتفاقيات بدلا من ازدواجية تطبيق قانون الصفقات العمومية و لا سيما المادة 06 منه فيما يخص الاتفاقيات في حالة عدم تجاوز السقف المالي و الصفقات، بهدف تفادي الغموض في تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية سواء من طرف الأمرين بالصرف باعتبارهم مكلفين بتسيير و تنفيذ المشاريع التنموية كذا مسؤولي الهيئات الرقابية.

¹: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسر للنشر و التوزيع، الطبعة 03، 2011، ص 203.

²: المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، العدد 58، 2010، ص 22.

³: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسر للنشر و التوزيع، الطبعة 3، 2011، ص 207.

⁴: المادة 105 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، العدد 58، 2010، ص 22.

⁵: المادة 106 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، العدد 58، 2010، ص 23.

⁶: المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، العدد 58، 2010، ص 05.

⁷: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر و التوزيع، الطبعة 03، 2011، ص 35.

⁸: خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار قانون الصفقات العمومية، دار الخلدونية ، الجزائر، 2011، ص 135.

⁹: المراسلة رقم 430 المؤرخة في 2013/07/29، الصادرة عن قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية.

¹⁰: المراسلة رقم 153 المؤرخة في 2013/03/26، الصادرة عن قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية.

¹¹: المراسلة رقم 81 المؤرخة في 2013/02/13، الصادرة عن قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية.

¹²: المراسلة رقم 430 المؤرخة في 2013/07/29، الصادرة عن قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية.

¹³: المراسلة رقم 10457 المؤرخة في 2011/07/29، الصادرة عن قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية.

¹⁴: المراسلة رقم 280 المؤرخة في 2013/05/22، الصادرة عن قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية.

¹⁵: المراسلة رقم 280 المؤرخة في 2013/05/22، الصادرة عن قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية.

¹⁶: المراسلة رقم 10457 المؤرخة في 2011/07/29، الصادرة عن قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية.

¹⁷: المراسلة رقم 567 المؤرخة في 2012/11/25، الصادرة عن قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية.