مجلة الدراسات القانونية المقارنة
EISSN:2600-6154 المجلد 09/ العـــدد01 (2023)، ص.ص.528-540 ISSN:2478-0022

التعديل الإتفاقي للصفقة العمومية عن طريق الملحق

The agreement modification of the public procurement by the appendix

قدوج حمامة

Gueddoudj Hemama

أستاذة محاضرة أ، التخصص: (القانون، قانون عام)، كلية العلوم القانونية والسياسية (بودواو)، جامعة مُحَّد بوقرة (بومرداس)

Lecturer Class A, Specialization: (Law, Public Law), Faculty of Law and Political Sciences (Boudouaou), M'hamed Bougara University (Boumerdes).

h.gueddoudj@univ-boumerdes.dz

تاريخ إرسال المقال:2023/04/30 تاريخ القبول:2023/06/07 تاريخ النشر:2023/06/11

ملخص:

الملحق عمل اتفاقي ما بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين يقوم على مبدأ الحرية التعاقدية، ولا علاقة له بالتعديل الانفرادي كامتياز تتمتع به المصالح المتعاقدة في مواجهة المتعاملين المتعاقدين.

فالملحق أداة تستخدم لتعديل الصفقة باتفاق أطرافها وباحترام الشروط المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي (15-247) فهو يستهدف تمديد حياة الصفقة العمومية، كما أنه معلل بالطبيعة الإضافية والتكميلية له، مما يسمح باستمرارية المرافق العمومية وتكيفها مع الظروف المستجدة. هذا ما يجسد أهميته في مجال تنفيذ الصفقات العمومية.

كلمات مفتاحية:

الملحق، التعديل الاتفاقي، الحرية التعاقدية، الضرورة التقنية الطارئة.

Abstract:

The appendix is a consensual work between the contracting interests and the economic dealers based on the principle of contractual freedom, and it is irrelevant with unilateral modification as a privilege enjoyed by the contracting interests in the face of the contracting dealers.

The appendix is a tool used to modify the deal by agreement of its parties and by respecting the conditions stipulated in Presidential Decree (15-247). It aims to extend the life of the public deal, and it is justified by the additional and complementary nature of it, which allows the continuity of public utilities and their

المؤلف المرسل: قدوج حمامة Email:. h.gueddoudj@univ-boumerdes.dz

adaptation to emerging circumstances. This is what embodies its importance in the implementation of public procurement.

Keywords:

Appendix; agreement modification; contractual freedom; emergency technical necessity.

مقدمة:

ترتبط فكرة الملحق بصورة عامة بالعقود الإدارية، فهي لا تخص فقط الصفقات العمومية، بل يمكن للمصالح المتعاقدة اللجوء إليها في عقود تفويض المرافق العمومية بصورة عامة.

إن الملحق بصورة عامة له مفهوم متعارف عليه في الفقه والقضاء الإداري، فهو عمل اتفاقي يستهدف تمديد حياة العقد الأصلي أي الصفقة العمومية. فهو معلل بالطبيعة الإضافية والتكميلية للعقد الأصلي مما يسمح باستمرارية تسيير المرافق العمومية وتكيفها مع الظروف المستجدة، وهذا ما يجسد أهميتها في مجال تنفيذ الصفقات العمومية.

إن الملاحق التي لا تستهدف تمديد حياة العقود الأصلية تعتبر عقود غير مشروعة تدفع القضاء الإداري إلى إبطالها.

فعدم المشروعية تشمل الملاحق التي تتضمن عقود جديدة، هذا ما أقره القضاء والفقه الإداري الفرنسي في حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 28 جويلية 1995 في قضية:

(Le préfet de la région Ile de France et soc de France Jeanne d 'Arc R, D, P. 1996-569-Conel Fratacci)

إن فكرة الملاحق تتعلق بعملية تنفيذ الصفقات العمومية، وليس لها علاقة بعملية إبرامها. لذلك فأي نزاع يتعلق بها، هو نزاع يتعلق بعملية تنفيذ الصفقات العمومية، ورغم ذلك يمكن الاتفاق مسبقا ما الأطراف المتعاقدة على اللجوء إلى نظام الملاحق قبل إبرام الصفقة الأساسية، هذا ما أجازه الفقه والقضاء الإداري الفرنسي وذلك استجابة للمبدأ المعروف بمبدأ الحرية التعاقدية.

ما يمكن الإشارة إليه كذلك في هذا المجال أن الملحق ليس هو العمل الأتفاقي الوحيد المسموح به للمصالح المتعاقدة، بل هناك أعمال اتفاقية أخرى كالأعمال الاتفاقية الخاصة بالتعامل الثانوي، أو الأعمال المتعلقة بحالات التعديل في الأسعار الجزافية، وما يعرف كذلك بالتعديل عن طريق جداول الإرسال للأسعار الموحدة وغيرها.

كما يجب التأكيد أن الملحق يتعلق بتعديل الصفقة العمومية على أساس مبدأ الحرية التعاقدية المعروفة في إطار القانون العام، وليس مبدأ الحرية التعاقدية المعروفة في إطار القانون الخاص، كما أنه لا يتعلق بالتعديل بالإرادة المنفردة الذي يقوم على أساس امتيازات السلطة العامة في إطار تسيير المرافق العمومية وتلبية الحاجات العمومية. إن حدود الملحق مؤطرة بموجب المرسوم الرئاسي (15-247) وبموجب الحدود المرسومة من طرف الفقه والقضاء الإداري، ويخضع لرقابة المشروعية التي يمارسها القاضي الإداري. إن المصالح المتعاقدة لا يمكنها اللجوء إلى فكرة الملحق إلا إذا تم ضمان التمويل المالي له مسبقا قبل اتخاذ القرار باللجوء إليه في إطار وجود اعتماد مالي مسبق.

تكمن أهمية الملاحق في ارتباطها بالصفقة العمومية، التي تعتبر أحد الوسائل المستخدمة لإشباع الحاجات العمومية المقننة مما يؤدي الى تنفيذ البرامج الحكومية.

كذلك تعود أهمية هذا الموضوع الى كون الصفقة العمومية، والملحق المرتبط بها ينصبان على صرف أموال عمومية، تستوجب إقامة حماية خاصة لها.

اما الدوافع التي تكمن وراء اختيار هذا الموضوع هي، دوافع موضوعية، وأخرى شخصية تتمثل فيما يلي:

الدوافع الموضوعية تتمحور، حول محاولة المساهمة في إيجاد عناصر للتمييز ما بين التعديل الاتفاقي للصفقة العمومية عن طريق الملحق والتعديل بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة والذي يتم عن طريق القرارات الإدارية. حيث لاحظنا انه تم الخلط بينهما في الكثير من الدراسات التي تناولت هذا الموضوع.

في حين تتلخص الدوافع الشخصية، في ان الصفقات العمومية هي مجال تخصصي يدفعني دائما الي الخوض فيه لاكتساب البعد المعرفي في هذا المجال.

وتبعا لما تم ذكره يمكن طرح الإشكالية التالية:

ماهي الطبيعة القانونية للملحق؟

أي هل الملحق كوثيقة تعاقدية هو عقد جديد أم مجرد عقد يسمح بتمديد حياة الصفقة العمومية؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم تحديد أفكار هذا الموضوع على النحو التالي:

مبحث أول: الملحق وثيقة تعاقدية تقوم على أساس مبدأ الحرية التعاقدية

مطلب أول: الملحق وإرادة طرفي الصفقة العمومية

مطلب ثاني: الملحق عقد مقيد بشروط رغم قيامه على مبدأ الحرية التعاقدية

مبحث ثاني: تنوع مضمون الملاحق وتنوع اهدافها

مطلب أول: تنوع مضمون الملاحق

مطلب ثاني: تنوع أهداف الملاحق

مبحث أول: الملحق وثيقة تعاقدية تقوم على أساس مبدأ الحرية التعاقدية.

الملحق باعتباره عقد يستوجب تحديد تبيان إرادة طرفيه، كما يستوجب تحديد فكرة الحرية التعاقدية التي يقوم عليها، وتحديد الشروط المقيدة لهذه الحرية باعتبار أن هذا العقد من عقود القانون العام التي ترتبط بفكرة المرفق العمومي وبفكرة المصلحة العامة. لهذا تم تحديد أفكار هذا المبحث بفكرتين هي: الملحق وإرادة طرفي الصفقة العمومية في المطلب الأول، في حين تضمن المطلب الثاني الشروط المقيدة للحرية التعاقدية في إطار الملحق.

مطلب أول: الملحق وإرادة طرفي الصفقة العمومية.

الملحق هو عقد بمقتضاه يتفق أطراف الصفقة، وهما المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد أو ما يعرف كذلك بالمتعامل الاقتصادي بتعديل بند أو عدة بنود من الصفقة استجابة لمبدأ الحرية التعاقدية الذي يعتبر أساس هذا التعديل، خلافا للتعديل بالإرادة المنفردة والذي يعتبر امتياز من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل الاقتصادي .(Laurent Richer,1999,page208)

لقد تم النص على الملحق في القسم الخامس من الفصل الرابع المعنون بتنفيذ الصفقات العمومية، وأحكام تعاقدية من الباب الأول المعنون بأحكام تطبق على الصفقات العمومية، وفي المواد من 135 إلى139 من المرسوم الرئاسي (15-247) المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي، وهي خمس مواد فقط لا تعتبر كافية على الإطلاق لأنها أغفلت الكثير من العناصر المتعلقة بالملحق، والتي كان من المفترض معالجتها خاصة بالنسبة للأعمال والخدمات التي يقوم بها المتعاملون الاقتصاديون بالزيادة أو النقصان دون الاتفاق مع المصالح المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية والتي تدفع فيما بعد طرفي الصفقة إلى إبرام الملاحق.

عرفت المادة 136 من المرسوم الرئاسي (15-247) 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.

وإذا قلنا إن الملحق عقد يخضع لمبدأ الحرية التعاقدية، لا يعني الحرية التعاقدية في إطار القانون الخاص، بل الحرية التعاقدية المقيدة بفكرة المرفق العمومي والمصلحة العامة. فالملحق هنا مرتبط بفكرة تسيير المرفق العمومي، والمصالح المتعاقدة تبقى تتمتع بامتيازات السلطة العامة، ولا يمكن إغفال ذلك بمجرد القول أن الملحق يقوم على الحرية التعاقدية.

وبناء على ما تم ذكره، فإن الملحق يخضع للنظام القانوني الذي تخضع له الصفقة العمومية.

أمثلتها، قواعد اقتسام الاختصاص الإداري أو القضائي، أو التي تتعلق بالامتيازات التي تتمتع بها مختلف السلطات الإدارية، وكذلك قواعد العقاب المنصوص عليها في قانون العقوبات، وقواعد المحاسبة العمومية، وقواعد الاختصاص بالنسبة للمتعامل الثانوي وغيرها...

تعتبر هذه القواعد أغلبها من النظام العام وهي تشكل القواعد العامة للقانون الإداري,1985) (Brechon، وهي تتدخل بصفة مطلقة في كل من الصفقات العمومية والملاحق.

إن إبرام الملاحق يقوم على قاعدة أساسية من قواعد التعاقد وهي الحق في التعاقد، فلا يوجد ملحق او صفقة إلا إذا التقت إرادة الأطراف، فكل طرف يتمتع بحرية كبيرة، وله أن يمارسها بمفهوم قبول التعاقد أو رفض التعاقد.

لكن جزء من هذه الحرية تنعدم عند كيفيات إبرام الصفقات العمومية خاصة في كيفية طلب العروض، فتخرج عن إرادة الطرفين لأنها منظمة مسبقا بموجب تنظيم الصفقات العمومية أي المرسوم الرئاسي (15-247).

غير انه بالنسبة للملاحق، فإن عملية إبرامها تخرج عن النظام القانوني الذي يحكم عملية إبرام الصفقات العمومية، فهي تستجيب للمنطق التعاقدي أي حرية التعاقد بشرط أن لا تخرج عن لعبة المنافسة التي خضعت لها الصفقة العمومية وذلك باحترام العروض الأساسية التي تم تقديمها في الصفقة) المادة 136 فقرة 9 من المرسوم الرئاسي (15-247).

وبالتالي لا يمكن تعديلها لاحقا بموجب الملاحق. لذلك تم الحد من اللجوء إلى التعديل بواسطة الملاحق بتقييدها (Guibal, 1992, page 113),

فالملاحق لا يمكن اللجوء إليها إلا باحترام مضمون الصفقة، ويجب أن لا تؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة (المادة 136 فقرة 8 من المرسوم الرئاسي (15-247)، ولا تؤدي إلى إعطاء تسبيقات إذا كانت غير متوقعة أثناء إقامة المنافسة للصفقة، كما يجب أن لا تؤدي إلى مراجعة سعر الصفقة والتي تم إبرامها على أساس السعر الثابت (المادة 101 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي (15-247).

كما يجب أن تبرم الملاحق قبل انتهاء مدة التنفيذ أي فترة تنفيذ الصفقة العمومية باستثناء الحالات المنصوص عليها في المادة 138 من المرسوم الرئاسي (15-247).

مطلب ثاني: الشروط الشكلية والموضوعية للملحق.

رغم قيام الملحق كعقد على مبدأ الحرية التعاقدية إلا انه مقيد بشروط شكلية وشروط موضوعية وذلك يعود إلى أن هذا التعاقد مرتبط بفكرة تسيير المرافق العمومية وتلبية الحاجات العمومية.

أ-الشروط الشكلية للملحق كعقد:

1-الملحق هو عقد مكتوب هذا ما نصت عليه المادة 135 من المرسوم الرئاسي (15-247). إذ نصت هذه المادة على إبرام الملحق في إطار أحكام هذا المرسوم، وباعتبار الملحق يخضع لنفس النظام القانوني للصفقة، فهو يخضع لشرط الكتابة.

تعتبر الكتابة ركن من أركان الملحق. وبناء على ذلك لا يمكن أن يكون الملحق ضمني، بل يجب أن يكون صريحا، وخال من أي غموض. باعتباره عقد فهو يفترض وجود اتفاق إرادات، وأن يكون رضا الطرفين صحيح، وغير معيب. كما يجب أن يرقم ويؤرخ كعناصر من عناصر شكلية الملحق. وان يكون ممضي من الطرفين (Lajoye, 2007, page 185).

2-الملحق باعتباره عقد يستوجب اتفاق ما بين الشخص العمومي أي المصلحة المتعاقدة، والتي تقدم عرضا، والشخص الخاص في غالب الأحيان، وهو المتعامل الاقتصادي الذي يقبل هذا العرض، وفي حالة غياب هذه الصراحة وهذا الوضوح القاضي يلجأ إلى البحث بدقة عن وجود علاقة تعاقدية أو عدم وجودها بالتأكد من إمضاء العقد أي الملحق. فالإمضاء هو الدليل القاطع على إرادة الشخص الممضي. وبمجرد تبادل رسالة بغرض تحيين سعر الصفقة يعتبر ذلك تعبير عن الإرادة قبل إمضاء الملحق. يجب أن يكون اتفاق إرادة الطرفين صحيح، غير معيب وإلا اعتبر الملحق باطلا، وتسري على ذلك نظرية عيوب الرضا تقريبا المطبقة على العقود في إطار القانون الخاص.

وإذا كان هناك عدم وضوح حول إرادة الأطراف، وعدم وجود اتفاق فيما بينها، أو تدخل انفرادي من طرف الإدارة، هذه الفرضيات تدفع القاضي إلى دراسة وتفسير الشروط التعاقدية الخاصة بالتعديل.

فالتفسير يكون بطريقة منطقية باحترام إرادة الأطراف (Brechon, 1985,page 152).

فالمفترض أن هذه الأطراف قد استخدمت حريتها التعاقدية بما يتوافق مع المصلحة العمومية، ومصلحة المتعامل الاقتصادي، باحترام القواعد المفروضة في تنظيم الصفقات العمومية.

ب-الشروط الموضوعية للملحق:

1-احترام قواعد المنافسة: يجب ان لا يمس الملحق بقواعد المنافسة التي تمت إعمالها في عملية إبرام الصفقة (المادة 136 فقرة 7 من المرسوم الرئاسي (15-247).

فالملحق لا يكون مشروعا إلا إذا كان لا يمس بمبدأ المنافسة الذي تمت إقامته عند إبرام الصفقة، كالإنقاص من الالتزامات التعاقدية بطريقة كبيرة باللجوء إلى التعامل الثانوي بطريقة واسعة. كما لا يمكن الزيادة في قيمة الصفقة بطريقة مبالغ فيها.

إن الملاحق يجب أن تبرم في إطار احترام قواعد الإشهار والمنافسة التي خضعت لها الصفقة العمومية. لذلك يجب اتخاذ كل الاحتياطات لاجتناب التعديل في الإجراءات التي شكلت عملية إبرام الصفقة العمومية كعقد أصلي والملحق كعقد إضافي.

2-احترام المدة التعاقدية: إن الملحق يجب أن يبرم ويخضع لرقابة لجنة الصفقات العمومية المختصة في حدود آجال التنفيذ التعاقدية ولا يمكن أن يخرج عن هذه المدة إلا في الحالات المحددة في المادة 138 من المرسوم الرئاسي (15-247).

3-عدم توقع الضرورة الطارئة، هذا ما نصت عليه المادة 136 في فقرتها 7 و 8 من المرسوم الرئاسي (15-247).

إن هذا المرسوم لم يعرف عدم التوقع، لكن القانون المدني (المادة 107 فقرة 2 من قانون (05-10) المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم (75-58) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني) قد كرس له تعريفا لذلك في المادة 107 فقرة 2 وهي كالآتي:

" غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن التنفيذ التعاقدي، وغن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

بالنتيجة توافر عدم التوازن الاقتصادي ما بين التزامات رب العمل والمقاول.

كما نصت المادة 561 من القانون المدني المذكور فقرة 3 على ما يلي:

" على انه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقديم المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الجرة أو بفسخ العقد ".

فالظرف الاستثنائي هو الذي يؤدي بصورة أساسية إلى عدم التوازن الاقتصادي العام للعقد أي الصفقة العمومية، إن تقدير الضرورة الطارئة من اختصاص السلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة.

وفي حقيقة الأمر أن منحها هذه السلطة في هذا المجال قد يؤدي إلى فتح الباب أمامه للتحايل، وباللجوء على التعاقد المباشر بمخالفة قواعد المرسوم المنظم للصفقات العمومية إذا استخدمت هذه السلطة بدون مبرراتها.

إذ أن اللجوء إلى الملحق بكثرة هو مظهر من مظاهر عدم إجراء الإدارة للدراسات الواقعية والموضوعية اللازمة لتحديد احتياجاتها الفعلية، بالإضافة إلى غموض فكرة الضرورة الطارئة التي تبيح للإدارة استعمال هذه السلطة (عاطف سعدي ,2006 ,صفحة 440-441) . لهذا يمكن جعل تقدير الضرورة الطارئة من اختصاص سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي عن طريق إيجاد مفهوم محدد ودقيق للضرورة الطارئة.

4-عدم التوازن الاقتصادي العام للصفقة:

من شروط إبرام الملاحق هو أن لا تؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة العمومية كعقد أصلي (المادة 136 فقرة 7 من المرسوم الرئاسي (15-247) باستثناء الضرورة الطارئة.

وفي إطار غياب تعريف قانوني لعدم التوازن الاقتصادي للصفقة في إطار المرسوم الرئاسي (15-247) ، حاول الفقه ايجاد تعريف لذلك. فقد اعتبر اقتصادية العقد هو الجانب المالي للعقد، وفي بعض الحالات يعني تنظيم المقابل المالي للمتعامل المتعاقد (Richer, 1999, page 208).

كما نجد المجلس الدستوري الفرنسي قد حاول كذلك إيجاد تعريف لذلك بموجب قرار مؤرخ في 10 جوان 1998. فاعتبر التوازن الاقتصادي للصفقة هو على العموم التنظيم المالي العام للصفقة (Richer,1999, page 208).

بالرجوع إلى الجزائر نجد التعليمة الوزارية المؤرخة في 7 نوفمبر 1990 تعتبر التقلبات الهامة في الشروط الاقتصادية وبالخصوص في الارتفاع المفرط للأسعار كعامل لتوقف التوازن الاقتصادي للعقد.

كما تضيف هذه التعليمة أن دفتر الشروط الإدارية العامة، يتمسك بالمعيار المالي من أجل تقدير توقف التوازن الاقتصادي للعقد، يرخص للمتعامل المتعاقد طلب فسخ الصفقة. كما انه من جهة أخرى يرخص هذا الدفتر للمتعامل المتعاقد (أي الشريك) بطلب تعويضات عن الخسارة التي لحقته من جراء التعديلات التي أمر بها رب العمل.

-عدم المساس بموضوع الصفقة:

هذا ما نصت عليه المادة 136 فقرة 7.

إن الملاحق التي يكون موضوعها خارج موضوع الصفقة كعقد أصلي، تكون غير مشروعة باستثناء الملاحق المتعلقة بالضرورة الطارئة المتعلقة بالشروط التقنية غير المتوقعة. ففي هذه الحالة يكون المتعامل المتعاقد قد وجد نفسه أمام شروط تقنية غير متوقعة أثناء إبرام الصفقة الأصلية. فله في هذه الحالة الحق في التعويض عن الأعباء الإضافية غير المتوقعة في الصفقة الأصلية، وذلك لضمان استمرارية المرفق العمومي. فالملحق يعطي له الحق في التعويض، فعدم المشروعية يشمل الملاحق التي في حقيقتها تتضمن عقود جديدة.

فمعيار العقد الجديد يوجد في موضوع ومضمون العقد. فالملحق إذا كان موضوعه لا يتطابق مع مضمون وموضوع الصفقة كعقد أصلي يعتبر عقدا جديدا وبالتالي يعتبر غير مشروع(Richer, 1999, page 208 et 209).

6-احترام سقف الملحق:

معنى ذلك الإلتزام بنسب التعديل المقررة قانونا والمنصوص عليها في المادة 136 فقرة 9 والمادة 139 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي (15-247).

فالقاعدة العامة أن كل ملحق يخضع لفحص لجنة الصفقات المختصة إذا كان موضوعه الزيادة أو النقصان في:

- أكثر من 15 % المبلغ الأصلي للصفقة في صفقات اللوازم والدراسات والخدمات وهنا يؤخذ بعين الاعتبار مبلغ ملحق او عدة ملاحق.

-أكثر من 20 % من المبلغ الاصلي للصفقة في حالة صفقات الأشغال، وهنا يؤخذ بعين الاعتبار مبلغ ملحق أو عدة ملاحق. في هذه الحالة يخضع الملحق للرقابة الخارجية المحددة في المرسوم الرئاسي (15-247). كما يستوجب تبرير من المصلحة المتعاقدة لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة.

- إذا كانت الصفقة قد تم تنفيذ موضوعها، ولم يتم بعد الاستلام النهائي لها، يمكن للمصلحة المتعاقدة عندما تبرر الظروف ذلك إبرام ملحق لا تتجاوز مدته 3 أشهر، ولا يمكن أن تتجاوز الكميات بالزيادة (10 %) من المبلغ الأصلي للصفقة، ما عدا إذا كان الأمر يتعلق بالضرورة التقنية الطارئة التي لم يكن بالإمكان توقعها، وخارجة عن إرادة الأطراف. زيادة على ذلك لا يمكن أن يغير الملحق في موضوع الصفقة أو في مداها.

نستخلص في هذه الحالة أنه يجب توافر شرط عدم توقع الظروف التي استدعت التمديد، وتكون خارجة عن إرادة الأطراف، وأن لا تكون نتيجة ممارسات مماطلة من طرفها وأن لا يتجاوز مدته 3 أشهر، وأن لا يتجاوز الكميات بالزيادة او النقصان (10 %) من مبلغ الصفقة الأصلي، وان يبرم الملحق الذي تم تنفيذ موضوع الصفقة التابع لها قبل الاستلام النهائي للصفقة.

- احترام قواعد المشروعية:

يعني ذلك احترام قواعد التعاقد، بحيث تكون كل أركان العقد (الملحق) صحيحة وتوافر الاعتماد المالي الخاص لتجسيده هذا التعديل عن طريق الملحق، وان يكون اثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية باستثناء ما يرخص به تنظيم الصفقات العمومية (عاطف سعدي, 2006, صفحة 437).

مبحث ثاني: تنوع مضمون الملاحق وتنوع أهدافها:

يتنوع مضمون الملاحق أي مضمون حق التعديل الاتفاقي بواسطة الملحق حسب الظروف المحيطة بتنفيذ الصفقة العمومية.

فالتعديل الاتفاقي بواسطة الملحق قد ينصب على كمية أو حجم العقد بالنقصان أو الزيادة أو بإدخال خدمات جديدة غير متوقعة، وقد ينصب على التغيير في أطراف الصفقة، وقد ينصب على التسوية النهائية لصفقات عمومية منجزة فعليا أو احتساب مجموع الحسابات التي نجمت عن إنجاز مشروع وتجسيدها ماليا.

كما تنوع أهداف الملاحق بتنوع النتائج النهائية المراد التوصل إليها من طرفي الصفقة. فقد تبرم الملاحق بهدف تسوية نزاعات بالطريقة الودية، أو بهدف التعديل في الالتزامات التعاقدية لتحقيق المصلحة العامة تكيفا مع الظروف المستجدة، أو لأجل تصحيح أخطاء تم ارتكابها أثناء تحديد الاحتياجات من طرف المصالح المتعاقدة.

مطلب أول: تنوع مضمون الملاحق

تتنوع الملاحق حسب مضمون حق التعديل الاتفاقي كالآتي:

1-الملحق الخاص بالخدمات الإضافية أو الناقصة:

إن المرسوم الرئاسي (15-247) المنظم للصفقات العمومية في مادته 136 والمنشور الوزاري المؤرخ في 7 جانفي 1992، يمنح لأطراف الصفقة أي المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي إمكانية التعديل في كميات او حجم العقد أي الصفقة بالزيادة أو التخفيض الكميات المتعاقد عليها بواسطة الملحق، على أن تكون هذه التعديلات من ذات طبيعة الصفقة الأصلية، وباحترام المبادئ الأساسية التي أقيمت عليها عملية إبرام الصفقة فيما يخص عملية المنافسة والإشهار كما ذكر سابقا. وأن تكون هذه التعديلات متى اقتضت مصلحة المرفق العمومي ذلك.

ويكون من الجدير بالذكر أنه في الكثير من الحالات في المجال التطبيقي، أن تكون هذه التعديلات من جانب المتعامل الاقتصادي أثناء تنفيذه للصفقة. وبدون ترخيص من المصلحة المتعاقدة. ورغم ذلك لم يتدخل المرسوم المنظم للصفقات العمومية بإعطاء حل لهذه الحالات وتكييفها.

لكن يمكن الإشارة إلى أن المادة 22 من دفتر الشروط الإدارية العامة اعتبرت هذه التعديلات مقبولة إذا كانت مطابقة للقواعد الفنية وللذوق السليم-3 (Sabri et collaborateurs, 2000, chapitre 222)

وكان من الصائب إيجاد حلا لهذه الوضعية بإيجاد مادة في إطار المرسوم المنظم للصفقات العمومية تعمل على منح حق التعديل في حالات خاصة للمتعامل الاقتصادي إذا كان هذا التعديل لا يمكن تفاديه. تأخذ الملاحق في هذه الحالة الأشكال التالية:

أ-ملحق الخدمات الإضافية أو الناقصة عن ما هو محدد في الصفقة الأصلية: هذا الملحق مضمونه الأخذ بعين الاعتبار الخدمات الزائدة أو الناقصة(Sabri et collaborateurs, 2000, chapitre 3-2222) . إن مراجعة الأسعار لهذه الخدمات توضع على أساس شروط الصفقة الأصلية.

ب-الملحق الذي يدخل خدمات جديدة غير متوقعة في الصفقات الأصلية، هذا النوع من الخدمات هي إضافية وتكميلية لتنفيذ موضوع الصفقة الأصلية(Sabri et collaborateurs, 2000, chapitre 3-2222) . إن مراجعة سعر هذه الخدمات تقام على أساس مؤشرات (كمؤشر السعار لشهر التوثيق لأمر المصلحة). بالنسبة للصفقات العمومية، فإن المبدأ العام السائد فيها هو عدم جواز التراجع في أسعار الصفقات المتفق عليها، واستثناء على هذا المبدأ أجاز القضاء الإداري التراجع في هذه الأسعار كحالة الخطأ المادي المحض وبعدها تبنى القانون هذه الفكرة، فنجد في هذا المجال قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 2 ماي 1990 في قضية-Ste (Guibal, 1992, page 113 et 114). Frederic Roudet

إن مبدأ عدم جواز التراجع في أسعار الصفقات العمومية المتفق عليها لا يشكل عائق أمام تعويض المتعامل المتعاقد في حالة الأسباب التقنية غير متوقعة أو تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ج-الملحق المتخذ على أساس الأخذ بعين الاعتبار الخدمات التي أعطيت أسعارها كتذكير في الصفقة الأصلية. فمراجعة أسعارها تكون بنفس الأسعار التي تم التذكير بها في الصفقة الأصلية.

2-ملاحق التعويل أو التغيير في أطراف الصفقة:

يتم اللجوء إلى هذه الملاحق في حالات تغيير أحد أطراف الصفقة و/أو تحويل ونقل التسيير.

وبالتالي يمكن إبرام ملاحق في حالة تغيير الشخص العمومي أي المصلحة المتعاقدة، كالتخلي الإداري عن الصفقة بسبب اندماج البلديات، المؤسسات العمومية، لكن في حالة انتقال الصفقة داخل إدارات الدولة، ليس من الضروري إجراء ملاحق، لأن الشخص العمومي هنا لم يتغير(Richer, 1999, page 208), كذلك يمكن إجراء الملحق في حالة التغيير في المتعامل المتعاقد (كموت المتعامل المتعاقد- اندثار لشركة صاحبة الصفقة بسبب الإنشاء الجديد لشركة جديدة- تحويل ممتلكات الشركة المتعاقدة إلى الغير).

في هذه الحالة يرى مجلس الدولة الفرنسي في رأي له مؤرخ في 8 جوان سنة 2000، أن التخلي عن الصفقة من طرف المتعامل المتعاقد لا يكون إلا بموافقة مسبقة من المصلحة المتعاقدة، وبعد تقدير الضمانات المهنية والمالية التي يقدمها صاحب الصفقة الذي سيقوم بإتمام إنجاز الصفقة، وذلك من اجل ضمان التنفيذ الجيد للصفقة. في هذه الحالة يمكن للشخص العمومي أي المصلحة المتعاقدة الترخيص بالتخلي للشخص الآخر عن الصفقة، وإذا كان التخلي عن الصفقة بتغيير الشخص الذي أسندت له الصفقة قد يمس بالعناصر الأساسية التي تم على أساسها اختيار المتعامل المتعاقد، ويؤدي ذلك على قلب اقتصاديات الصفقة فإن الجماعة العمومية مجبرة على رفض الترخيص بالتخلي عن الصفقة لصاحب الصفقة (Richer, 1999, page 208) .

إن مثل هذه الملاحق تخضع على العموم إلى ما يلي-Sabri et collaborateurs, 2000) (chapitre 3 :2222

- الأخذ بعين الاعتبار المسائل المتعلقة بالرهن والضمان
- إقامة وقف للحسابات والمحاضر الشفوية للاستلام مع المتعامل المتعاقد السابق
- تأهيل متعاقدين جدد لإبرام صفقات عمومية وبالخصوص في مجال التصنيف المهني والالتزامات الضريبية والاجتماعية
- الأخذ بعين الاعتبار المسؤوليات بالنسبة للخدمات المنجزة

3-ملاحق الغلق:

هي ملاحق تسمح بإنهاء وتسوية بصورة نهائية خدمات الصفقات المنجزة فعليا.

كما تهدف إلى حساب مجموع الحسابات التي نجمت عن إنجاز مشروع وتجسيده ماليا. هذا النوع من الملاحق يستوجب تسبيبه (كالملاحق المتعلقة بالتخلي عن المشاريع بقرار من الإدارة-أو تأجيل مشاريع-أو الملاحق المتعلقة

بالتسوية الودية للمنازعات الناجمة عن الصفقات العمومية–أو الملاحق المبرمة عند حدوث القوة القاهرة) Sabri et collaborateur, 2000, chapitre 3-2222).

مطلب ثاني: تنوع أهداف الملاحق

يستخدم أطراف الصفقة العمومية الملحق لأغراض عديدة ومتنوعة يمكن تحديدها كالآتي:

1-تكييف الصفقة العمومية مع الشروط الخارجية بعد إبرامها:

قد يصادف المتعامل الاقتصادي أثناء تنفيذ الصفقة العمومية ظروفا استثنائية لم تكن متوقعة أثناء إبرام الصفقة، وخارجة عن إرادة الأطراف سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو مادية،

وترتب عنها قلب اقتصاديات الصفقة مما يهدد بتوقفه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، مما يؤثر سلبا على سير المرفق العمومي، جاز لطرفي الصفقة الاتفاق على تعديل الصفقة بما يتكيف مع هذه الظروف الاستثنائية.

2-تصحيح الأخطاء عند تحديد الاحتياجات من طرف المصالح المتعاقدة: عندما تكون المصلحة المتعاقدة قد أخطأت في تقدير احتياجاتها المحددة بموجب الصفقة الأصلية سواء بالزيادة أو النقصان، سمح المشرع لطرفي الصفقة باللجوء إلى الملحق لتصحيح هذه الأخطاء عن طريق الملحق، أي عن طريق عمل اتفاقي ما بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي بشرط الالتزام بالشروط المنصوص عليها في المرسوم (15-247) والمذكور سابقا.

3-الوقاية من النزاعات ما بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين: إن اللجوء إلى الملحق كعمل اتفاقي لتعديل الصفقة هو أحد الوسائل الهامة المستخدمة لأجل الوقاية من النزاعات التي تقوم ما بين طرفي الصفقة، فهو عمل اتفاقي يسمح لهذه الأطراف بالوصول إلى حل اتفاقي حول الخلافات القائمة بدل اللجوء إلى القضاء الذي يقتضي وقتا طويلا وإجراءات معقدة لحل هذه النزاعات، مما يؤدي إلى المساس بسيرورة المرفق العمومي.

الخاتمة:

إن الملحق عقد يقوم على أساس الحرية التعاقدية ما بين أطراف الصفقة. لهذا يمكن القول إنه يتمتع بنظام قانوني متميز عن العمل بالإرادة المنفردة الذي تتمتع به المصالح المتعاقدة باعتباره سلطات إدارية عمومية.

إن الحرية التعاقدية التي تتمتع بها أطراف الصفقة في الملحق ليس لها نفس المعنى المتعارف عليه في إطار القانون الخاص بل هذه الحرية مقيدة بنظام تسيير المرافق العمومية وما تقتضيه من إشباع الحاجات العمومية. لذلك لا يمكن اللجوء اليه إلا إذا اقتضت المصلحة العامة والضرورة التقنية الملحة ذلك. لذلك يمكن القول إنه لا يمكن للأطراف المتعاقدة اللجوء إلى الملحق إلا إذا توافرت شروط معينة منصوص عليها في المرسوم (15-247) وأكد عليها الفقه والقضاء الإداري وهي:

عدم مساس الملحق بمبدأ المنافسة الذي تم إعماله في مرحلة إبرام الصفقة، وان لا يؤدي هذا التعديل الاتفاقي إلى التغيير والتعديل في موضوع الصفقة الأصلية، وأن لا يمس بالتوازن الاقتصادي للصفقة الأصلية إلا في حالة تبعات تقنية لم

تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، ولا يتجاوز التعديل النسب المنصوص عليها في المرسوم السالف الذكر، ولا يكون هذا التعديل كقاعدة عامة خارج آجال التنفيذ التعاقدية.

وبناء على ما تم معالجته من أفكار في هذه الورقة البحثية يمكن تقديم الاقتراحات الآتية:

1-أهم هذه الاقتراحات، هو أن يضيف المشرع ضمن المراسيم المنظمة للصفقات العمومية، مواد خاصة بتنظيم حالات التعديل التي يقوم بها المتعاملين الاقتصاديين أثناء تنفيذ الصفقة العمومية دون موافقة المصالح المتعاقدة، والتي تدفع بالمصالح المتعاقدة إلى قبولها حفاظا على استمرارية المرافق العمومية. وأن يقوم بتحديد شروط قبول هذه التعديلات حتى لا يترك المجال مفتوحا للمراوغة من طرف طرفي الصفقة بقصد الوصول إلى إبرام ملاحق بدل تنفيذ الصفقة وفقا للشروط الأصلية للصفقة،

2-إعادة صياغة النصوص المتعلقة بالملحق بطريقة واضحة ودقيقة وبأسلوب يسهل فهمه من طرف المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين.

3-يمكن كذلك إلزام المصالح المتعاقدة بعدم تجاوز عدد معين من ملاحق في صفقة عمومية واحدة، لأن الملاحق تعبر في الحالات العادية عن عدم جدية المصالح المتعاقدة في تحديد احتياجاتها مسبقا.

المراجع:

المصادر القانونية والتنظيمية:

القوانين:

- قانون رقم (05-10) مؤرخ في 10 يونيو 2005 يتضمن القانون المدني.
- قانون (10-05) مؤرخ في 15غشت سنة 2010 المعدل والمتمم لأمر (03-03) المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بالمنافسة.

النصوص التنظيمية:

-مرسوم رئاسي (15-247) مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي.

المؤلفات العامة والخاصة باللغة العربية:

-عاطف سعدي مُحَمَّد. (2006). عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق(دراسة مقارنة) مؤسسة الطوبجي للتجارة والطباعة والنشر, القاهرة.

المؤلفات باللغة الفرنسية:

Michel Guibal. (1998). Mémento des marches publics. Le moniteur, 2 ème édition, Paris.

Cristine Brechon. (1985). Moulenes- réglementation et pratique des marches publics, Dalloz, Paris.

M. Sabri, K. Aoudia et M. Lalem. (2000) Guide de gestion des marchés publics, Edition Sahel, Alger.

C. Lajoye. (2007). Droit des marches publics. Berti éditions, Alger.

Laurent Richer. (1999). Droit administratif. éditions L G D J, Paris.

Michel Guibal. (1992). Code des marchés publics, le moniteur, Paris.