المملكة المغربية
الأمانة العامة للحكومة

اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية

رأي اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية رقم 21/2019 بتاريخ 11 يونيو 2019 بشأن الزيادة في حجم الأشغال في إطار عقد التدبير المفوض .....

اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية،

بناء على رسالة السيد رئيس مجلس جماعة ..... رقم 1264 بتاريخ 18 فبراير 2019، المتعلقة بالزيادة في حجم الأشغال في إطار عقد التدبير المفوض ..... ب.....؛

وعلى المرسوم رقم 2.14.867 الصادر في 7 ذي الحجة 1436 (21 سبتمبر 2015) المتعلق باللجنة الوطنية للطلبيات العمومية سيما المادتين 4 و26 منه؛

وعلى ما خلصت إليه اللجنة الدائمة المكلفة بالقضايا المتعلقة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وعقود التدبير المفوض المحدثة لدى اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية خلال اجتماعاتها المنعقدة على التوالي بتواريخ 27 مارس و8 و 18 أبريل و20 و28 ماي من سنة 2019؛

وبعد الاستماع إلى التوضيحات المقدمة من طرف السيد رئيس القسم التقني بجماعة ..... خلال جلسة اللجنة ا الدائمة المذكورة المنعقدة بتاريخ 18 أبريل 2019؛

وبعد دراسة عناصر التقرير الذي أعده المقرر العام؛

وبعد مداولة الجهاز التداولي خلال جلسته المغلقة المنعقدة بتاريخ 11 يونيو 2019،

أولا: المعطيات

بموجب رسالته المشار إليها أعلاه، أشار السيد رئيس مجلس جماعة ..... أن هذه الأخيرة قامت سنة 2002 وعلى إثر إعلان طلب عروض دولي بإبرام اتفاقية تدبير مفوض مع

مجموعة شركات .....يتعلق بإنشاء واستغلال مطرح عمومي مراقب للنفايات وان هذه الاتفاقية نصت في مادتها 18 على أهمية تطوير الجانب البيئي عن طريق استعمال الغاز الحيوي المنتج من النفايات المنزلية وتحويله الى طاقة كهربائية تستغل في الإنارة العمومية لمدينة ..... .

وعلى أساس ما تم التنصيص عليه في هذه المادة تم إبرام ملحق تعديلي للاتفاقية بتاريخ 04/08/2006 من أجل تحديد شروط تثمين الغاز الحيوي المستخرج من النفايات وتحويله الى طاقة كهربائية. إلا أن هذا الملحق أثار إشكالا قانونيا بشأن مدى سلامته القانونية نظرا لكون الاتفاقية أحالت على " دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال" (المصادق عليه بموجب المرسوم رقم 2.99.1087 بتاريخ 29 من محرم 1421 (4 ماي 2000))، والذي حصر سقف الزيادة في حجم الأشغال الممكن إبرام عقد ملحق بشأنها في عشرة في المائة من مبلغ الصفقة الأصلي، في حين أن مبلغ العقد الملحق المراد إبرامه يفوق هذه النسبة .

وبناء عليه فقد طلب السيد رئيس المجلس الجماعي استطلاع رأي اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية بشأن إمكانية اعتماد القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة (الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.15 بتاريخ 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006))، كأساس قانوني للاتفاقية المشار إليها من أجل تجاوز الإشكال القانوني المطروح .

<u>ثانيا: الاستنتاجات</u>

حيث باستقراء طلب الاستشارة، واعتمادا على التوضيحات التي قدمها السيد ممثل المجلس الجماعي ل..... (رئيس القسم التقني) أمام أعضاء اللجنة الدائمة من جهة وباستحضار الإشكالات المطروحة بشأن ملحق الاتفاقية من جهة أخرى، يتبين بوضوح أن النقطتين القانونية الواجب مناقشتها هما المرتبطتين بالسؤالين التاليين:

- هل يمكن إخضاع هذه الاتفاقية وعقدها الملحق لمقتضيات القانون رقم 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض ما دام أن موضوع الاتفاقية يهم تدبير مرفق عام (مطرح النفايات) ؟
- ما هي آثار الإحالة في متن هذه الاتفاقية على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال وإلى أي مدى يحد ذلك من ارادة طرفي الاتفاقية في إبرام عقد ملحق لها بالشكل المرغوب فيه؟

1 – فيما يتعلق بإمكانية إخضاع الاتفاقية و العقد الملحق بها لأحكام القانون رقم 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض:

لقد التمس صاحب الاستشارة معرفة ما إذا كان ممكنا اعتماد هذا القانون أساسا للاتفاقية طالما أنها تتعلق بالتدبير المفوض.

وحيث إن المادة 34 من القانون السالف الذكر رقم 54.05 المحددة لتاريخ دخوله حيز التنفيذ تنص على أنه" **لا تطبق أحكام هذا القانون على عقود التدبير المفوض أو مساطر الدعوة إلى المنافسة أو التفاوض المباشر التي شرع فيها قبل دخول القانون حيز التنفيذ**"؛

وحيث إن الاتفاقية موضوع طلب الاستشارة قد أبرمت منذ سنة 2002,

وحيث يستفاد مما سبق عدم إمكانية إخضاع هذه الإتفاقية لأحكام هذا القانون طالما أنها أبرمت قبل دخول مقتضياته حيز التنفيذ؛

وحيث ما دام أن الاتفاقية (الأصل) غير خاضعة لأحكام القانون رقم 05-54 السالف الذكر، فإن نفس الحكم ينطبق على العقد الملحق المبرم في إطارها بحكم أن العقد الملحق ليس إلا فرعا من الأصل (الاتفاقية) وأن المبدأ المسلم به في هذا الشأن يقضي بأن الفرع يتبع الأصل في حكمه وفي وجوده وزواله؛

2 – حول تحديد الآثار المترتبة على إحالة الاتفاقية على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال:

حيث إن ما يجب التذكير به بداية لأهميته هو أن الاتفاقية– موضوع الاستشارة الحالية– وإن كان قد تمت عنونتها ب «اتفاقية التدبير المفوض" فإن إبرامها كان بتاريخ لم يتدخل المشرع المغربي فيه بعد لتنظيم عقود التدبير المفوض بمقتضيات خاصة اي أن هذا العقد أبرم في مرحلة زمنية (سنة 2002) لا يوجد فيها أي إطار قانوني خاص ينظم مسطرة وطرق إبرام عقود التدبير المفوض ويحدد الأحكام المطبقة عليها والتي يتعين على اطراف العقد الالتزام بها سواء أثناء إبرامها أو أثناء تنفيذها أو تعديلها.

وحيث أمام هذا الفراغ التشريعي المتمثل في غياب إطار قانوني منظم لهذا النوع من العقود فقد عمدا طرفا العلاقة التعاقدية إلى الإحالة في متن الاتفاقية المبرمة بينهما على مجموعة من النصوص المنظمة لأنواع أخرى من العقود الإدارية سيما الصفقات العمومية، وهو ما يستوجب تحديد آثار هذه الإحالة على طبيعة العقد القانونية. أي هل يعتبر صفقة عمومية وبالتالي خاضع لأحكام الصفقات العمومية أم أنه عقد خاص لا تحكمه إلا البنود والأحكام المنصوص عليها في صلبه وكذا المبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية بصفة عامة وفيما لا يتعارض مع طبيعته؛

وحيث إن العقد يستمد طبيعته القانونية من خصائصه الذاتية وليس من الوصف الذي يطلقه عليه المتعاقدون ولا من العبارات والمصطلحات والإحالات التي قد ترد فيه؛

وحيث باستقراء بنود الاتفاقية يتبين بجلاء أنها تتضمن بنودا ومقتضيات لا تنطبق على الصفقات العمومية بل منها ما يتعارض مع طبيعة وخصائص هذه الأخيرة من قبيل الأحكام المتعلقة بالاستغلال وبالمستخدمين وبأموال الرجوع وأموال الاسترداد وغيرها من الأحكام المنصوص عليها في مواد مختلفة من الاتفاقية (مثلا المواد: 8، 13، 20، 21، 31، 38، 39، 40، 46، 50، 51 و59)؛

وحيث بناء عليه فإن هذه الاتفاقية لا يمكن تصنيفها في خانة الصفقات العمومية، مما يترتب عليه استبعادها مبدئيا من نطاق تطبيق الأحكام المنظمة للصفقات العمومية.

غير أنه وإن كان الأمر كذلك، فإن إحالة الاتفاقية في إطار تحديدها لنصوصها المرجعية على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال (المصادق عليه بموجب المرسوم رقم 2.99.1087 بتاريخ 4 ماي 2000) يطرح السؤال حول آثار هذه الإحالة وكذا حول مدى وجوب التقيد بمقتضيات هذا الدفتر أثناء تنفيذ الاتفاقية أو تعديلها أو إنهائها.

وحيث إن الإحالة في أي عقد على نص أو مقتضى معين وإن كانت تضفي على هذا النص أو المقتضى صبغة تعاقدية وتجعله ملزما لطرفي العلاقة التعاقدية فإن هذا المبدأ لا يجب دائما الأخذ به على إطلاقه بحكم أن إعماله رهين بأن يكون النص أو المقتضى المحال

عليه قابلا للتطبيق و منسجما مع طبيعة العقد ومتوافقا مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وألا ينطوي على تناقض واضح وثابت مع مقتضيات أخرى منصوص عليها صراحة في العقد؛

وحيث إنه بتنزيل ما سبق على نازلة الحال، وبالاقتصار فقط على الإشكال القانوني المطروح بشأنها والمتعلق بالزيادة في حجم الأعمال موضوع العقد الملحق وبالسقف الواجب مراعاته في هذا الشأن ، نجد أن دفتر الشروط الإدارية المحال عليه قد حدد سقف الزيادة في حجم الأشغال الممكن التعاقد بشأنها بمقتضى عقد ملحق في 10 % فقط من المبلغ الأصلي للعقد، في حين أن المادة 43 من الاتفاقية نفسها أجازت لطرفي العقد القيام بموجب عقد ملحق بكل تغيير أو تعديل على بنودها دون قيد أو شرط. وهذا ما يمكن اعتباره تناقضا أو تعارضا بين بنود نفس العقد؛

وحيث أمام هذا التناقض وما دام العقد المبرم بين الطرفين غير خاضع لقانون خاص وفق ما سبق بسطه أعلاه ، فإن القواعد الواجب إعمالها هي المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود باعتباره الشريعة العامة؛

وحيث بالرجوع إلى الفصل 462 من قانون الالتزامات والعقود الوارد في الباب الثاني المتعلق بتأويل الاتفاقات نجده ينص على ما يلي:

"**يكون التأويل في الحالات الآتية:**

1) إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصده عند تحرير العقد؛

2) إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها أو كانت لا تعبر تعبيرا كاملا عن قصد صاحبها

3) إذا كان الغموض ناشئا عن مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير المقارنة الشك حول مدلول تلك البنود.

وعندما يكون للتأويل موجب، يلزم البحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل"؛

وحيث إن كل هذه الحالات أو أغلبها متوفرة في هذه الاتفاقية مما يستوجب حتما تأويلها عن طريق البحث عن نية المتعاقدين وقصدهما المشترك؛

وحيث إن قراءة متأنية في بنود الاتفاقية وثناياها وباستحضار المعطيات المرتبطة بها أو القائمة أثناء إبرامها يتأكد بشكل واضح أن نية الطرفين قد اتجهت صراحة إلى إبرام عقد للتدبير المفوض بالشكل المتعارف عليه حاليا وذلك حتى قبل صدور القانون المنظم لهذا النوع من العقود في بلادنا، وأن نيتهما لم تتجه إلى إخضاع عقدهما للمقتضيات المنظمة للصفقات العمومية ولا إلى الالتزام بالمقتضيات المنصوص عليها في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال والمحال عليه وذلك استنادا إلى الاعتبارات الجوهرية التالية :

الاعتبار الأول: أن الطرفين أطلقا صراحة على عقدهما اسم "عقد التدبير المفوض" وهو ما يستنتج منه توجه نيتهما المشتركة إلى إفراغ علاقتهما التعاقدية في شكل عقد تدبير مفوض بالمعنى المتعارف عليه وليس في شكل صفقة عمومية، مما يعني استبعادهما الصريح لهذه الصيغة في التعاقد (الصفقات العمومية).

وحيث تجدر الإشارة الى ان عقد التدبير المفوض – وإن كان المشرع المغربي وقت إبرام الاتفاقية لم يتدخل بعد لتنظيمه – فإن هذا النوع من العقود لم يكن مجهولا في المغرب بحكم أن فقهاء القانون الإداري وشراحه قد أسهبوا في بسط أحكامه وتفاصيله وفي بيان خصائصه وآثاره ومجالاته وبحكم كذلك ان لهذا النوع من العقود وجودا واقعيا في الممارسة العملية بدليل إقدام بعض الأشخاص الإعتبارية العامة على إبرام عقود التدبير المفوض رغم غياب النص القانوني المنظم لها وذلك بسنوات غير قليلة قبل إبرام الاتفاقية موضوع هذه الاستشارة نذكر منها على الأخص عقود التدبير المفوض المبرمة بشأن تدبير مرفق الماء والكهرباء.

وحيث يستفاد من ذلك أن تسمية الاتفاقية " باتفاقية التدبير المفوض " ليست من قبيل الصدفة ولا أمرا إعتباطيا وإنما كانت غاية مقصودة لتحديد طبيعة العقد المبرم ورفع أي لبس قد يثار بشأنه.

الاعتبار الثاني: أن تنصيص العقد صراحة في مادته 43 على حرية الطرفين في تعديل وتغيير مقتضيات العقد بناء على عقود ملحقة دون تحديد سقف ولا شروط شكلية مسبقة لهذا التعديل يعني بداهة أن المتعاقدين قد قصدا صراحة الأخذ بأحكام عقد التدبير المفوض كما هي متعارف عليها وقت إبرام العقد وأنه تبعا لذلك لم يتجه قصدهما الى الأخذ بما هو منصوص عليه في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال المحال عليه.

الاعتبار الثالث: وهو أنه بالتمعن في بنود الاتفاقية – التي نصت على مختلف النصوص المحال عليها – يتضح جليا أن نية المتعاقدين لم تتجه صراحة إلى إخضاع علاقتهما لمقتضيات هذه النصوص وإنما يبدو أن الإشارة اليها ليست إلا من باب الاعتقاد خطأ أن سلامة العقد متوقفة على استيفاء شكلية الإشارة الى النصوص المرجعية التي يخضع العقد وذلك سيرا على ما هو معمول به في إطار الصفقات العمومية التي يتم فيها تخصيص مادة لتحديد النصوص المرجعية المطبقة على الصفقة؛

وحيث إن ما يزكي هذا الطرح ويدعمه هو أن الإتفاقية حين تحديدها للنصوص المحال عليها أوردت وأشارت الى نصوص منسوخة لم يعد العمل بها قائما أثناء إبرام الاتفاقية و كدا إلى نصوص لا علاقة لها بالاتفاقية المبرمة كما هو الشأن بالنسبة للإحالة على المرسوم الملكي رقم 66–151(المتعلق بتمديد تطبيق دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1966 على جميع القطاعات الوزارية) والى نصوص غير قابلة للتطبيق على هذه الاتفاقية كما هو الأمر بالنسبة لتعليمات الوزير الأول الصادرة بتاريخ 6 يونيو 1966 أو الدوريتين رقم 4/59 و23/59 الصادرتين على التوالي في 12 فبراير 1965 و6 أكتوبر 1965.

و خلاصة ما سبق أن نية المتعاقدين الحقيقية والمشتركة قد اتجهت صراحة إلى إبرام عقد تدبير مفوض بالمفهوم المتعارف عليه ولم تتجه إلى إبرام صفقة عمومية ولا إلى إخضاع علاقتهما التعاقدية هذه للمقتضيات التي تنظمها الصفقات كما لم تتجه إلى الأخذ بالأحكام المنصوص عليها في دفتر الشروط الإدارية العامة المحال عليه مما يجعل من هذه الإحالة أمرا زائدا غير ذي أثر.

ثالثا: رأي اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية:

بناء على الاستنتاجات أعلاه، فإن اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية ترى :

- أنه لا يجوز تطبيق مقتضيات القانون رقم 54.05 المتعلق بعقود التدبير المفوض على اتفاقية سبق إبرامها قبل صدور الأمر بتنفيذه، كما أنه لا يجوز إخضاع عقودها الملحقة له ولو تم إبرامها بعد دخوله حيز التنفيذ وذلك تطبيقا للقاعدة التي تقضي بأن "الفرع يتبع الأصل" في حكمه؛

- أن إحالة الاتفاقية على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال مقتضى لا أثر له بحكم أن نية المتعاقدين والمشتركة قد اتجهت إلى الالتزام بما هو منصوص عليه في المادة 43 من الاتفاقية وذلك فيما يتعلق بالتغييرات والتعديلات المراد إدخالها على بنود الاتفاقية وبالتالي فإن هذه المادة هي الواجب إعمالها.