الرأي رقم 60 بتاريخ 18 أبريل 2024
بشأن تحرير الضمانات المالية بعد فسخ صفقة عمومية في إطار منشور السيد رئيس الحكومة رقم 2022/09 بتاريخ 18 أبريل 2022

اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية،

بناء على رسالة السيد ..... رقم 2276.23 بتاريخ 5 دجنبر 2023؛

وعلى مقتضيات المرسوم رقم 2.14.867 الصادر في 7 ذي الحجة 1436 (21 سبتمبر 2015)؛

وعلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المصادق عليه بالمرسوم رقم 2.14.394 الصادر في 7 شعبان 1437 (13 ماي 2016)؛

وعلى منشور السيد رئيس الحكومة رقم 09/2022 بتاريخ 18 أبريل 2022 بسن تدابير استثنائية للتخفيف من آثار ارتفاع الأسعار وندرة المواد الأولية على الالتزامات التعاقدية في إطار الصفقات العمومية؛

وبعد دراسة عناصر تقرير المقرر العام المقدم إلى الجهاز التداولي للجنة الوطنية للطلبيات العمومية؛

وبعد مداولة الجهاز التداولي للجنة الوطنية خلال جلسته المنعقدة بتاريخ 18 أبريل 2024،

أولا: المعطيات

استطلع السيد ..... بواسطة رسالته المشار إليها أعلاه، رأي اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية بشأن الكيفية السليمة الواجب اتباعها لتحرير الضمانات المالية المتعلقة بصفقة طلب صاحبها فسخها دون حجز الضمانات في إطار مقتضيات منشور السيد رئيس الحكومة رقم 9/22 الصادر في 18 أبريل 2024.

كما تساءلت الجهة المستشيرة إذا كان يتوجب على صاحب المشروع تحرير الضمان النهائي والاقتطاع الضامن أو أحدهما في حالة الفسخ دون مصادرة الضمانات المالية المنظمة بحسب مقتضيات المنشور رقم 9/22 السالف الذكر.

ثانيا: الاستنتاجات

حيث إن موضوع الاستشارة يتمحور حول الكيفية السليمة قانونا التي يتوجب اتباعها بشأن مآل الضمانات المالية في حالة فسخ صفقة دون مصادرة الضمانات المالية طبقا لمقتضيات منشور رئيس الحكومة رقم 9/22 بتاريخ 18 أبريل 2022؛

وحيث إنه بالرجوع إلى مقتضيات المنشور السالف الذكر نجده قد نص في الإجراء الثالث منه على ما يلي:

"إذا تبين لصاحب المشروع من المعطيات والظروف المرتبطة بالصفقة تعذر استكمال إنجازها بسبب الظروف الاستثنائية المشار إليها أعلاه، وليس بسبب خطأ أو تقصير راجع لصاحب الصفقة، فيمكنه فسخ هذه الصفقة، بمبادرة منه أو بطلب من صاحب الصفقة، دون إقران هذا الفسخ بمصادرة الضمانات المالية؛"

وحيث إنه باستقراء هذا الإجراء نجده قد نص على إمكانية فسخ الصفقة دون إقران الفسخ بمصادرة الضمانات متى توفرت الشروط التي حددها والتي ذكرت آنفا، فإنه مع ذلك لم ينظم كيفية تحرير هذه الضمانات ولم يختصها بمقتضيات استثنائية، وهو ما يستفاد منه أن تحريرها يخضع للمقتضيات العامة المنظمة لها كما هي واردة في دفتر الشروط الإدارية العامة وبالتالي فإنها تظل خاضعة للمقتضيات التنظيمية المطبقة في الحالات العادية؛

وحيث إن تحرير الاقتطاع الضامن مرتبط بانقضاء آجال الضمان المحددة في بنود عقد الصفقة، ولما كان أجل الضمان يعادل حسب مقتضيات المادة 75 من دفتر الشروط الإدارية العامة أشغال لعام 2016 المدة الفاصلة بين التسلم المؤقت للأشغال والتسلم النهائي لها ولما كان المقاول مقيدا بمسؤولية "التزام الإنهاء التام". ولما كانت المادة 19 من دفتر الشروط الإدارية العامة السالف الذكر قد نصت على أن إرجاع الضمان النهائي وأداء الاقتطاع الضامن يتم بعد رفع اليد الذي يسلمه

صاحب المشروع بعد التوقيع على محضر التسلم النهائي للأشغال، وبما أن المشرع لم ينظم مسألة التسلم النهائي في إطار مسطرة الفسخ فإنه يتم إعمال القواعد المعمول بها في الحالات العادية؛

وحيث إن الفسخ ينهي تنفيذ بنود العقد ولكنه لا يوقف سريان مدة الضمان، فعليه يكون تحرير الاقتطاع الضامن والضمانة النهائية مرتبط بانتهاء مدة الضمان المنصوص عليها في عقد الصفقة.

ثالثا: رأي اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية

بناء على المعطيات والاستنتاجات المبسوطة أعلاه، ترى اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية أن منشور السيد رئيس الحكومة رقم 9/22 بتاريخ 18 أبريل 2022 لم ينص على مقتضيات استثنائية تتعلق بتحرير الضمانات المالية، وبالتالي تطبق الإجراءات المتبعة في الظروف العادية وعندها يكون بإمكان صاحب المشروع تحرير الضمانة النهائية والاقتطاع الضامن وفق ما هو منصوص عليه في بنود العقد أي بعد انقضاء مدة الضمان المنصوص عليها في عقد الصفقة.