



قسم الحقوق

السلطات الاستثنائية للإدارة في الصفقات العمومية طبقا للمرسوم 15-247

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص الدولة و المؤسسات

إشراف الأستاذ:
-د. ساعد العقون

إعداد الطالب :
- بوزيد حياة
-

لجنة المناقشة

رئيسا
مقررا
ممتحنا

-د/أ. صدارة محمد
-د/أ. ساعد العقون
-د/أ. بن الصادق أحمد

الموسم الجامعي 2021/2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال العماد الأصفهاني :

" لا يكتب انسان كتابا في يومه إلا قال في غده

لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن

ولو ترك هذا لكان افضل، وهذا من اعظم العبر وهو

دليل على استيلاء النقص على جملة البشر."

إِهْدَاء

الى الذي منحني كل ما يملك.....

ولم يأخذ جهدا في تقديم الدعم لي....

ماديا ومعنويا ونفسيا حتى صرت نباتا استوى بإذن الله

وكنت الزرع الذي اعجب الزراع نباته.....

وسر نجاحي ونور دربي.....والذي

الى نبع المحبة و الحنان و الوفاء واغلى ما املك.....

والدتي الحبيبة

الى من احن واشتاق اليهم دائما.....

الى من ساهم في انجاز هذا العمل المتواضع

الى من هم عزوتي وسندي في الحياة اخوتي

شُكْرُهُ وَعِرْفَانُهُ

" لقمان 12

قال تعالى : "

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من لم يشكر الناس لم يشكر الله عز وجل".

أحمد الله تعالى حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه ملئ السموات الارض على ما اكرمني به من اتمام هذه الدراسة التي ارجو ان تنال رضاه.

ثم اتوجه بجزيل الشكر وعظيم الامتنان الى كل من:

- الدكتور الفاضل لعقون ساعد حفظه الله واطال في عمره لتفضله الكريم بالإشراف على هذه الدراسة بنصحي وتوجيهي في اتمام هذه الدراسة.
- اعضاء لجنة المناقشة الكرام، حفظهم الله لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الدراسة.
- وفي الاخير لا ان اعبر عن بالغ تحياتنا الى كل من ساعدني من قريب او من بعيد في انجاز هذا البحث المتواضع.

حياة بوزيد

تتدخل الإدارة في مختلف نواحي الحياة الإدارية والاقتصادية والاجتماعية قصد تحقيق حاجيات المواطنين، ومن بين الأساليب التي تلجأ إليها الإدارة في هذا التدخل هو الأسلوب التعاقدية، فالعقود التي تبرمها الإدارة في هذا الصدد تقام على نوعين من التعاقدات، فالنوع الأول تتمسك فيه الإدارة بجميع امتيازاتها وسلطاتها مما يجعلها أقوى من المتعاقد معها، فيظهر العقد في شكل مميز حيث يتضمن شروط غير مألوفة في مجال عقود القانون الخاص، والنوع الثاني يتمثل في العقود التي تبرمها الإدارة متخفية عن امتيازاتها مما يجعلها في موقع موازي مع المتعاقد معها، و من ابرز العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد نجد الصفقات العمومية .

فتعتبر الصفقات العمومية الأداة القانونية والاقتصادية الأكثر فعالية في تنفيذ مخططات التنمية المحلية و الوطنية، لما لها من دور فعال في حماية المال العام، وكون الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية، فهي تخضع لطرق خاصة عند إبرامها و تنفيذها وهذا وفق التعريف المنصوص عليه في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث جاء فيها : «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم و الخدمات والدراسات».

فمن خلال هذا التعريف يتبين لنا أهمية الصفقات العمومية باعتبارها أهم طرق و أساليب الإنفاق العام لتحقيق المصلحة العامة، فقد اعتنى المشرع الجزائري بالصفقات العمومية فأخضعها لتشريع مستقل و متميز وهو تشريع الصفقات العمومية، الذي عرف عدة تطورات منذ الاستقلال إلى يومنا هذا بصدور أوامر ومراسيم عدة توضح مدى اهتمام المشرع بالأموال العامة، وكذا رغبته في الإصلاح للمحافظة على الاقتصاد بوجه عام، وضمان السير الحسن و النزاهة لإبرام الصفقات العمومية.

حيث منح للإدارة سلطات و امتيازات في كافة مراحل الصفقات العمومية، من بداية إبرامها إلى غاية تنفيذها على أكمل وجه، وهذا من اجل تحقيق المصلحة العامة أولا إذ تملك المصلحة المتعاقدة حقوق و سلطات تبرز بعد إبرام العقد كسلطة الرقابة و سلطة تعديل العقد و سلطة توقيع الجزاءات و سلطة انهاء العقد، أي أن للإدارة سلطات واسعة اتجاها المتعامل المتعاقد معها.

لقد نص المشرع الجزائري على ان هذه الامتيازات في مختلف قوانين الصفقات العمومية، فمنح للمصلحة المتعاقدة جملة من السلطات التي لا يوجد مثلها على مستوى القانون الخاص.

أولاً : أهمية الموضوع :

و تتجسد أهمية هذا الموضوع كونه جدير بالبحث و الدراسة والتلخيص، و ذلك من خلال أهميته بالنظر إلى التعديلات المتتالية التي عرفتها المنظومة القانونية للصفقات العمومية، و التي أدت في كل مرة إلى رفع الامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة، من أجل الحد من السلوكيات السلبية قدر الإمكان، و هدر المال العام من قبل المتعامل المتعاقد، و أيضا تسعى هذه الدراسة الى الكشف عن الإجراءات التي جاء بها المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام لتحقيق أحسن تنفيذ للصفقات العمومية.

اما الأهمية العلمية لهذا الموضوع تتمثل في خطورة السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة التي يمكن ان تتعسف في استعمالها ضد المتعامل المتعاقد معها والتي دائما ما تكون تحت غطاء تحقيق المصلحة العامة.

ثانياً : أسباب اخيار الموضوع:

- و تعود أسباب اختيار هذا الموضوع لأسباب ذاتية و شخصية:
- عامل التخصص بالنظر لدراستنا في هذه الشعبة والتخصص في هذا الميدان.
- الاهتمام الشخصي بمجال القانون الإداري، خاصة ما تعلق منه بالعقود الإدارية (الصفقات العمومية).
- الرغبة الشخصية في إضافة وتطوير الموضوع وجعله مرجعا لدارسي القانون.

ثالثاً : إشكالية الموضوع:

و الجدير بالذكر إن السلطات التي جاء بها المرسوم 15-247 وباقي المراسيم السابقة ما هي إلا امتداد للقواعد العامة للقانون الاداري التي تحكم العقود الإدارية، كون الصفقات العمومية عقد إداري وبما أن موضوع الدراسة المتمثل في سلطات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فإننا سنقوم بطرح الإشكالية الرئيسية التالية:

كيف عالج القانون الجزائري السلطات الاستثنائية للإدارة في قانون الصفقات العمومية ؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية التالية :

▪ فيما تتمثل السلطات التي تمارسها المصلحة المتعاقدة ؟

▪ ما هي الأسس القانونية التي تستند عليها المصلحة المتعاقدة في ممارسة السلطة الممنوحة لها؟

▪ فيما تكمن الحدود التي تمارس فيها المصلحة المتعاقدة سلطاتها في الصفة العمومية؟

رابعاً: المنهج المتبع:

وقد اعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي و التحليلي لدراسة هذا الموضوع و ذلك بتحليل و تفسير النصوص القانونية التي يركز عليها هذا الموضوع، لتبيان مدى نجاح المشرع الجزائري في منح الامتيازات للمصلحة المتعاقدة في مجال عقود الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247.

خامساً: أهداف الدراسة:

إن الهدف من هذه الدراسة هو الوصول إلى إبراز أهم السلطات التي اعترف بها المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية من مرحلة إبرامها إلى غاية تنفيذها او انهاءها، وكذا معرفة أساسها القانوني والضوابط التي تحكمها أثناء إبرام أعمالها لسلطتها و تتمحور اهم أهداف هذه الدراسة في ما يلي :

أ- إبراز أهم الامتيازات و السلطات التي منحها المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 .

ب- محاولة البحث على آليات لحماية المال العام، من خلال دراسة القيود والضوابط على سلطات الادارة في مجال الصفقات العمومية، لمكافحة الفساد الاداري.

ت- إثراء المكتبة بكل ما هو جديد من الدراسات في مجال الصفقات العمومية و الدراسات القائمة على المرسوم الجديد 15-247.

سادساً: الدراسات السابقة:

نشير أننا بمناسبة انجاز هذه المذكرة المكملة وقفنا على دراسات علمية متخصصة تتعلق بسلطات المصلحة المتعاقدة و التي تتشابه مع موضوعنا هذا إلا أنها في حقيقة الأمر تختلف عنها في عدة جوانب نذكر منها مذكرة الماجيستير لسبكي ربيعة بعنوان سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية والجدير بالملاحظة أن هاته الدراسات لاتملك نفس الموضوع ضمناً كون موضوعنا يتمحور حول السلطات الاستثنائية للإدارة في الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247.

سابعا: صعوبات الدراسة:

حيث واجهتنا في دراستنا لهذا الموضوع بعض الصعوبات المتمثلة في تشعب المنظومة القانونية، و نظرا لقلّة المراجع التي تتعلق بالموضوع اضطررنا إلى الاجتهاد و الاستعانة بخبراء في الميدان التطبيقي من أجل جمع كم كافي من المعلومات المتعلقة بالموضوع التي رأينا أنها تساعدنا على الإجابة على الإشكالية المطروحة، و قمنا بتقسيم هذه الدراسة تقسيما ثنائيا من خلال فصلين و هي كآآتي:

الفصل الأول: سلطات الادارة في الرقابة على تنفيذ العقد وتعديله.

المبحث الأول : سلطة الادارة في الرقابة على تنفيذ العقد.

المبحث الثاني : سلطة الادارة في تعديل العقد.

الفصل الثاني: سلطات الادارة في فرض العقوبات و انتهاء العقد.

المبحث الأول : سلطة الادارة في فرض العقوبات.

المبحث الثاني : سلطة الادارة في إنهاء العقد.

:

تتفيذ العقد وتعديله

الفصل الأول: سلطات الادارة في الرقابة على تنفيذ العقد وتعديله.

إن الهدف من تنفيذ الصفقة العمومية و دخولها حيز التنفيذ و إنتاجها أثاراً معينة في مواجهة أطرافها و تتمثل هذه الآثار في الحقوق و الالتزامات التي ترتبها هذه الصفقة في ذمة الإدارة المتعاقدة من ناحية و ما يقابلها من حقوق و التزامات في ذمة المتعاقد معها من ناحية أخرى، و التي يجب على الطرفين احترامها.

و نظراً للأهمية البالغة للصفقات العمومية و انعكاس تنفيذها على حسن سير المرافق العمومية و كذا تحقيق المصلحة العامة، ما يجعل المصلحة المتعاقدة تسعى دائماً إلى مراقبة تنفيذ هذه الصفقات عن طريق سلطة الرقابة كضمان حسن سير تنفيذها على النحو المتفق عليه على اكمل وجه، كما قد تتجاوزها و تتدخل بغرض متابعة تنفيذ بزيادة أو إنقاص الالتزامات التعاقدية للمتعاقل المتعاقد، و ذلك من خلال سلطتها في تعديل الصفقة العمومية¹، و عليه سنتطرق إلى ذلك من خلال المبحثين:

المبحث الأول: سلطة الادارة في الرقابة على تنفيذ العقد.

المبحث الثاني: سلطة الادارة في تعديل العقد.

¹ - أزياب نبيل، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعاقل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في

الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2016، ص 64

المبحث الأول: سلطة الادارة في الرقابة على تنفيذ العقد

إن أهم الآثار المترتبة على تنفيذ العقد الإداري سلطة الرقابة، حيث تعتبر مظهر من مظاهر السلطة العامة الممنوحة لجهة الإدارة فهذا الحق يستمد من طبيعة المرفق العام، فالسلطة العامة لا تتنازل عن المرفق العام كلياً بل تبقى سيطرتها من خلال الرقابة لأنها مسؤولة عن ضمان الخدمة و هو ما أشار إليه المر سوم الرئاسي 15-247، مانحاً لها حق الرقابة على تنفيذ المرفق العام و استغلاله حسب الشروط المتفق عليها في العقد¹.

و بما أن الصفقات العمومية بجميع أنواعها تتصل بأموال الخزينة العامة، فمن الضروري إخضاعها إلى الرقابة على الصفقة العمومية حيث بين فيها أن هذه الرقابة تكون قبل إبرام الصفقة وأثناء تنفيذها و بعده، حيث أن الإدارة تمارس رقابتها ابتداء من إبرام الصفقة و التي تتم بواسطة لجان، و كذا أثناء تنفيذها و ذلك بالعمل على مراقبة المتعاقد معها و مدى التزامه بتنفيذ الصفقة العمومية، و حتى بعد التنفيذ، نظراً للطابع التنموي للصفقة و تعلقها بمشاريع الدولة².

و من خلال هذا سنتطرق إلى مفهوم سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية (المطلب الأول)، و معرفة أساس سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية (المطلب الثاني)، و ضوابط ممارسة سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية (المطلب الثالث).

¹ أنظر المادة : 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2015

،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، ج ر ج ج، العدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

² بوستة ليندة، سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2016، ص 16.

المطلب الأول: مفهوم الرقابة على تنفيذ العقد

تعرف سلطة الرقابة على أنها " حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد و توجيه الأعمال و اختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط و ضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد¹ ".
فمن خلال هذه السلطات التي خولها القانون للإدارة فإننا نجد أن لها الحق ان تكون الطرف المتعاقد من ناحية و المراقب من ناحية أخرى، من أجل ضمان أحسن تنفيذ للعقد المبرم بينها و بين المتعامل المتعاقد معها و ضمان سلامة الصفقة العمومية .

الفرع الأول: سلطة الرقابة بالمعنى الضيق

إن المعنى الضيق لسلطة الرقابة يكون مرادف لمعنى الإشراف² ، و الذي يقصد به : تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية حسب الشروط المتفق عليها في العقد، كون أن هذه السلطة مقررة في جميع العقود الإدارية كمبدأ عام، سواء تم النص عليها في الصفقة أو لم ينص عليها³.

فالإدارة تمارس هذه السلطة عن طريق الأعمال المادية التي تقوم بها الإدارة كزيارة ورشات العمل و كذا التحقق من سلامة وجود المواد المستعملة، أو استلام بعض الوثائق من المتعامل المتعاقد و الاطلاع عليها و فحصها، أو مراقبة نوعية المستخدمين التي تتطلب أشخاص لهم خبرة و دراية تتطلبها طبيعة الأعمال موضوع الصفقة⁴، و أيضا تمارس عن طريق أعمال قانونية و ذلك عن طريق إصدار أوامر تنفيذية للمتعامل المتعاقد معها تلزمه بتحديد أوضاع التعديل و التنفيذ فيها، حيث تكون هذه الأوامر في شكل قرار إداري و يمكن للمتعامل المتعاقد معها الاعتراض عليها، لكن نظرا لقوتها التنفيذية التي تحوزها لا يمكن لهذا الاعتراض أن يوقف تنفيذها⁵.

¹ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية و قضائية و فقهية)، ط1، جسر للنشر، الجزائر، 2007 ص 209.

² أزرايب نبيل، المرجع السابق، ص 65 .

³ محمد الصغير بعلي، القرارات و العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر - عنابة-، 2017، ص 267.

⁴ عطه صوفيان، عروج يونس، النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر في

الحقوق، فرع قانون عام، تخصص قانون الجماعات الإقليمية، جامعة عبد الرمحن ميرة، 2016/2015 ص 49.

⁵ عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية (دراسة تشريعية فقهية و قضائية)، دار الهدى-الجزائر-، 2010، ص 108.

فهذه السلطة تظهر في صفقات الإنجاز و تمارس عادة بالتنسيق مع مكتب الدراسات المعهود إليه متابعة إنجاز الصفقة¹، و هذا ما أشارت إليه المادة 36 الفقرة 3 من المرسوم الرئاسي 15-247، و التي تنص على ما يلي: "كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن تنفيذ الجزء من الصفقة الذي يعنيها"، و بالرجوع إلى المواد 126 و 129 من نفس المرسوم نجده ينص على إلزامية المصلحة المتعاقدة بالتأكد من إلزامية تنفيذ الالتزامات المتعهد لها مع المتعاملون المتعاقدون معها سواء كانوا و وطنيين أو أجنب².

و يستخلص من ذلك أن المصلحة المتعاقدة باعتبارها كمبدأ مقرر في كافة العقود الإدارية، فإنها تتمتع بممارسة هذه السلطة سواء نص عليها العقد أو لم ينص عليها³، حيث أنها لا تستطيع التنازل على هذه السلطة لأنها تشكل أهم مظهر و تطبيق للشرط الاستثنائي غير المألوف الذي يميز العقود الإدارية عن غيرها من العقود⁴.

الفرع الثاني: سلطة الرقابة بالمعنى الواسع

و يقصد به سلطة التوجيه، أي حق الإدارة في توجيه أعمال تنفيذ العقد⁵. فهنا لا يقتصر دور الإدارة على التأكد من تنفيذ العقد على نحو يتطابق مع الشروط الواردة به، بل يتعدى ذلك إلى تدخلها في توجيه أعمال التنفيذ⁶، و ذلك في الحالات التي لم ينص عليها العقد⁷. فسلطة الإدارة في توجيه تكون بإصدار التعليمات عن طريق إتباع طريقة معينة في التنفيذ، أو عدم إتباع مثل هذه الطريقة أو إصدار أوامر تنفيذية لتوجيه أعمال التنفيذ و توقيتها، و

¹ محمد بوناب، سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص منازعات عمومية، جامعة العربي بن مهيدي _ام البواقي_ 2015/2016، ص 28.

² انظر المواد:

المادة 36 الفقرة 3 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق .

المادة 126 الفقرة 2، المصدر نفسه.

المادة 129 الفقرة 2، المصدر نفسه.

³ محمد بوناب، المرجع نفسه، ص 28.

⁴ محمد الصغير بعللي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر (عنابة)، 2015، ص 73

⁵ زرناجي وليد، التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15/247، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اداري جامعة محمد خيضر بسكرة 2015/2016، ص 10.

⁶ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية: مصر، 2005، ص 238

⁷ نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية _دراسة مقارنة_ ط1، منشورات الزين الحقوقية: مصر 2010 ص 116.

لا يمكن للإدارة أن تتنازل أو تتخلى عن هذا الحق مسبقاً لأنه يتعلق بمسئوليتها كسلطة عامة اتجاه المرفق العام¹.

و تتم سلطة التوجيه بواسطة التقارير التي يرسلها المتعامل المتعاقد و مكتب الدراسات المكلف بالمرقبة والمتابعة (suivie et contrôle des travaux) إلى المصلحة المتعاقدة ،أو عن طريق الخرجات الميدانية التي تقوم بها فرق إدارية متخصصة من أجل معاينة التنفيذ، و توجيه للمتعامل المتعاقد الذي اخل بتنفيذ التزاماته او لم ينفذ التزاماته حسب الشروط التعاقدية وحسب المعايير الوطنية و العالمية المطبقة في المجال (Normes Algérien et les normes international) اعدارات على شكل أوامر مصلحية مكتوبة و مؤرخة تبلغ للمتعامل المتعاقد في سجل خاص، لتدارك الأخطاء و النواقص يفتح لدى المصلحة المتعاقدة خصيصاً لهذا الغرض.

و يشمل هذا النوع من الرقابة الأعمال القانونية فقط و هي ما تسمى أيضاً بالأوامر المصلحية، حيث تصدر هذه الأوامر كقاعدة عامة في شكل كتابي باعتبارها تقارير إدارية تعبر فيها الإدارة عن إرادتها فيما يتصل بكيفية تنفيذ العقد طبقاً لدواعي المصلحة العامة و احتياجات المرفق العام ،لذلك يجب على المفاوض الالتزام بما يصدر إليه من أوامر وألا انعقدت مسؤوليته أمام المصلحة المتعاقدة في حالة إهماله أو رفضه للقيام بتنفيذها.

و يفهم من ذلك أن سلطة التوجيه حق ليس مقرر كمبدأ عام في جميع الصفقات العمومية، و إنما يختلف حسب طبيعة الصفقة فهو مبدأ عام في صفقات الأشغال و لو لم ينص عليه صراحة في الصفقة .

المطلب الثاني: أساس سلطة الرقابة على تنفيذ العقد

إن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة كان محور خلاف بين العديد من فقهاء القانون الإداري ، و ذلك في ما إذا كانت هذه السلطة نص عليها العقد أو القانون أم لم ينص عليها ،فإذا نص على تلك السلطة في الصفقة أو في القوانين و اللوائح فيجب إعمال تلك النصوص على أن الفقهاء هنا يميزون بين الرقابة المستمدة من نصوص القوانين و اللوائح².

و يتوقف تحديد أساس سلطات الرقابة على تحديد مصدر هذه السلطات، فنجد في بعض الأحيان ينص صراحة في العقد الإداري أو الصفقة العمومية أو في دفاتر الشروط على سلطات المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة، وفي بعض الأحيان تستمد هذه السلطة

¹ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 116.

² ابراهيم طه فياض، العقود الإدارية، ط 1، مكتبة الفالح: الكويت 1981، ص 168-169.

من القوانين و التشريعات المطبقة في مجال العقود الادارية والصفقات أما في حالة غياب نص فإن سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية تجد أساسها في مقتضيات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة.

الفرع الأول: الأساس التشريعي لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية في العديد من التشريعات و القوانين المنظمة للصفقات العمومية، نظرا لما تحتله من مكانة في الحفاظ على المال العام و حسن توظيف تلك الأموال المرصودة للصفقة العمومية، و كذلك وضع الأسس التي تحكم أنواع الرقابة المتعلقة بمرحلة إبرام الصفقة و تنفيذها¹، و ذلك من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 في الفصل الخامس المدرج تحت عنوان رقابة الصفقات العمومية.

ومن المواد التي نظمت أحكام سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية، المادة 157 من نفس المرسوم بقولها "تمارس على الصفقات العمومية مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها و في حدود معينة دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها"².

من خلال هذه المواد التي تم ذكرها نجد أن المشرع الجزائري أكد على ممارسة سلطة الرقابة في جميع المراحل التي تمر بها الصفقات العمومية، سواء في مرحلة التنفيذ أو ما بعد التنفيذ³، و الذي أعطى مساحة واسعة للمصلحة المتعاقدة أثناء ممارسة سلطتها في الرقابة و ذلك من خلال إخضاع جميع الصفقات العمومية لرقابة الإدارة بهدف تحقيق النفع العام .

و كما تعتبر ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة من قبيل اختصاصاتها التنظيمية، و التي نجد أساسها القانوني في النصوص القانونية التي تحكم نشاط المصلحة المتعاقدة⁴.

الفرع الثاني: الأساس التعاقدى لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد

قد تنص المصلحة المتعاقدة في عقودها الإدارية أو في دفاتر الشروط بنص يخولها سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة¹، و منه فإن في هذه الحالة تجد سلطة الرقابة أساسها في فكرة العقد،

¹ ازرايب نبيل، المرجع السابق، ص71.

² أنظر المادة 157 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

³ محمد بوناب، سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15/247 مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص منازعات عمومية، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي 2016/2015 ص 33.

⁴ موهوبي مراد، امتيازات السلطة العامة في تنفيذ الصفقة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام، تخصص قانون الجماعات المحلية، 2018/2017، ص13.

فعندما تتعاقد الإدارة مع الأشخاص لا تتخلى عن مسؤوليتها للمتعاقل المتعاقد معها، و تتعاون هي والمتعاقل المتعاقد معها في تسيير المرفق لكن تحت إشرافها و رقابتها، و تشتترط غالبا حقا في إصدار القرارات التنفيذية التي تخضع لتنفيذ العقد لتوجيهها، و كذلك تراقب المتعاقد في تنفيذ التزاماته².

فالأساس التعاقدى لسلطة الرقابة يتجلى في صفقات الأشغال، و ذلك من خلال ما تضمنه دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة، الذي فصل في أحكام سلطة الرقابة و التوجيه في العديد من المواد، و نذكر منها ما جاءت به المادة 12 فقرة 4 بقولها "على المقاول أن ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه"³، و كذلك تضيف المادة 13 فقرة 2 بقولها "يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب المقاول تبديل الأعوان و العمال لعصيانهم أو عدم تأهيلهم أو عدم أمانتهم"⁴ و من خلال هذه المواد نجد أن المشرع أكد صراحة على ضرورة صدور أوامر الخدمة مكتوبة، من خلال دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال لوزارة البناء و الأشغال العمومية و النقل، بحيث يبدأ المقاول الأشغال في الآجال المحددة و المدونة في الأوامر المصلحية التي يقدمها المهندس المعماري أو مهندس الدائرة و ما على المقاول إلا تنفيذها.

الفرع الثالث: المرفق العام كأساس لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد

إذا لم تتضمن الصفقة العمومية أو دفتر الشروط الملحق بها نص يتعلق بتنظيم سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة، و إذا أغفلت النصوص التشريعية تنظيم هذه السلطة، فلا يعني ذلك حرمان الإدارة من ممارسة سلطتها⁵، لأن سلطة الإدارة في الرقابة حق مقرر لها و أصيل، أي أنها لا تحتاج إلى نص يقررها أو يمنحها تلك السلطة و دون الاعتراف بأي نص يرد بالصفقة

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 239.

² ازرايب نبيل، المرجع السابق، ص 70.

³ انظر المادة 12 فقرة 04 من دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الاشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء و الاشغال العمومية والنقل، ج ر ج رقم 06 بتاريخ 19 جانفي 1965.

⁴ انظر المادة 13 فقرة 02 من دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الاشغال، المرجع نفسه.

⁵ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 258.

يحضر عليها استعمالها لتعلقها بالنظام العام، الأمر الذي لا يجيز للإدارة أن تتنازل عن استعمالها لسلطتها أو الاتفاق على إعفاء المتعامل المتعاقد من الرقابة¹.

فالمرفق العام يتصل في موضوعه بالعقد الإداري مهما كان نوعه سواء كان عقد أشغال أو عقود توريد خدمات أو لوازم أو دراسات، و منه نجد أن للعقد الإداري علاقة خدمة للمبادئ العامة التي تحكم سير المرافق العامة و استمراريتها بانتظام.

فيوجد الكثير من الفقهاء من أيد هذه الفكرة ، ومن بينهم محمد سليمان الطماوي بقوله " الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الدولة في الرقابة، ذلك أن المرفق ما هو إلا هيئة أو مشروع يعمل بانتظام لسد حاجات الجمهور و حق الرقابة يظل موجودا طالما وجد المرفق العام"².

و يرجع الرأي الراجح إلى أن ضمانه الرقابة غير المنصوص عليها تجد أساسها في المرفق العام فاحتياجات المرفق و ضمان سيره و انتظامه هي التي تبرر ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من سلطات استثنائية في مجال الصفقات العمومية و العقود الادارية بصفة عامة ،بما فيها ضمانه الرقابة و كذلك في حالة خلو الصفة من النص على الضمانات³.

و عليه فإن كل نص يرد بالصفة يحرم المصلحة المتعاقدة من هذه السلطة فإنه يقع باطلا بطلانا مطلقا.

المطلب الثالث: ضوابط استعمال سلطة الرقابة على تنفيذ العقد

بالرغم من تمتع المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها بحق رقابة تنفيذ التزاماته، و توجيهه أثناء تنفيذ العقد⁴، غير أنها لا يجب أن تتعسف في استخدام هذه السلطة لتحقيق أغراض خاصة و لا تتعلق بالمصلحة العامة⁵، و كذلك يجب أن لا تؤدي هذه السلطة إلى حد تغيير طبيعة العقد⁶، أي أن سلطة الإدارة في الإشراف و التعديل ليست مطلقة بل مقيدة ببعض القيود.

¹ سبكي ربيعة، سلطات المصلحة المتعاقدة اجتهاد المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2013، ص 23.

² محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة)، ط5، جامعة عين شمس، دار الفكر العربي، مصر، 1999، ص456

³ صياد رحيمة، سعدي كاتية، ضمانات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع قانون عام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2016، ص62.

⁴ أزرايب نبيل، المرجع السابق، ص 73.

⁵ بن دراجي عثمان، سلطات المصلحة المتعاقدة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، 2015/2016، ص54.

⁶ د-محمد طماوي سليمان، المرجع السابق ص 449.

و عليه فان استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطتها على تنفيذ الصفقة العمومية يكون من خلال ضابطين و هما الضابط العام و آخر خاص :

الفرع الأول: الضابط العام

يتمثل الضابط العام في ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة هو تحقيق المصلحة العامة، و كذلك أن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية¹، و هو ما سيتم تفصيله في ما يلي :

أولاً: أن يكون الهدف من الرقابة هو تحقيق المصلحة العامة

و هو هدف النشاط الإداري، أي أن مباشرة المصلحة المتعاقدة لسلطاتها و منها الرقابة على تنفيذ عقد الصفقة العمومية يجب أن تكون بهدف و بدافع تحقيق مصلحة المرفق الذي كرس الصفقة لأجله²، و لا يجوز للإدارة أن تستخدم هذه السلطة من أجل تحقيق هدف لا يتصل بسير المرفق العام موضوع العقد لأنها بذلك تكون قد تسيء استعمال هذه السلطة³.

و عليه فإنه يجب أن تكون المصلحة العامة هي الهدف الذي يجب على الإدارة أن تسعى إلى تحقيقه من خلال كافة ما تقوم به من أعمال و تصرفات و إلا اعتبرت منحرفة و متعسفة في استعمال السلطة المخولة لها، و من ثم فان كانت صاحبة المشروع هي الإدارة و المنفذ هو المتعامل المتعاقد تبقى الرابطة العقدية هي من تجمعهما فلا يجب أن تكون الإدارة هي المسيطر و المتعامل المتعاقد معها المسيطر عليه أو الخاضع لها⁴.

و يمكن القول بأن تراخي الإدارة في ممارسة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية لا يحقق المصلحة العامة، حيث يؤدي تقريط الإدارة في الرقابة على تنفيذ المتعامل المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية و مخالفته لشروط التعاقد، مما لا يحقق المصلحة التي ابرم العقد لأجلها، كما أن إفراط الإدارة في استعمال تلك الرقابة قد يعرقل التنفيذ الحسن مما يدفع المتعاقد ليتخذ سبيل التقاضي مما يؤثر سلباً على علاقة الإدارة مع المتعامل المتعاقد، فينعكس ذلك سلباً على أدائه لالتزاماته التعاقدية بعد تحوله من مساعد للإدارة في تحقيق المصلحة العامة إلى خصم لها.

¹ كنعان نواف، القانون الإداري، ط1، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2003، ص355.

² أزرايب نبيل، المرجع السابق، ص 74.

³ محمد بوناب، المرجع نفسه، ص 34.

⁴ محمد بوناب، المرجع السابق، ص 34.

ثانيا: وجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود المشروعية

إن سلطة الإدارة في الرقابة ليست مطلقة بل هي سلطة مقيدة منحت من أجل تحقيق هدف معين و هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام، فإذا كانت نية الإدارة من ممارسة هذه السلطة هو تحقيق غرض آخر، فيعتبر ذلك إساءة لاستعمال السلطة، استنادا إلى قاعدة مجافاة تخصيص الأهداف و يخرج قرارها عن إطار المشروعية¹.

أي أنه يجب على المصلحة المتعاقدة أثناء ممارستها لسلطتها في الرقابة أن تلتزم بمراعاة النصوص القانونية تطبيقا لمبدأ المشروعية، لان القرارات الصادرة لممارسة سلطة الرقابة هي قرارات إدارية، لذلك يجب أن تخضع هذه القرارات لما تخضع له القرارات الإدارية مع ضرورة صدورها في حدود و قواعد المشروعية².

و عليه فإن كانت سلطة الرقابة منصوص عليها في العقد فلا يمكن استعمالها إلا في حدود و نطاق الاشتراطات التعاقدية، ولا يجوز للإدارة أن تتجاهل هذه الاشتراطات دون المساس بمبدأ المشروعية.

الفرع الثاني: الضابط الخاص

و يتعلق هذا الضابط بالعقد الإداري موضوع الرقابة و يتعين ألا يترتب على استعمال الإدارة لهذا الحق تعديل طبيعة و شروط العقد³، و هو ما سيتم تفصيله في ما يلي:

أولاً: ألا تؤدي ممارسة سلطة الرقابة إلى تغيير مضمون و طبيعة الصفقة (العقد)

لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تتخذ من سلطتها في الرقابة على تنفيذ الصفقة ستاراً لها لتعديل العقد، ذلك بأن تصدر إلى المتعامل المتعاقد معها بعض الأمور التي من شأنها تغيير جوهر و وضعية الصفقة، أو تتعدى الحدود الطبيعية و المدة المطلوبة لتنفيذ الصفقة⁴.

فسلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة بمعناها المزدوج (الإشراف و التوجيه)، سواء كانت هذه السلطة مستمدة من القوانين أو دفاتر الشروط أو نصوص العقد أو كانت قائمة بذاتها كسلطة أصيلة خارج نصوص العقد أي لها نطاق معين، و يمثل هذا النطاق الحد الفاصل بين سلطة الرقابة بمعنى التوجيه و بين سلطة تعديل العقد، فإذا تعدت الإدارة و تجاوزت في رقابتها هذا

¹ محمد بوناب، المرجع نفسه، ص35.

² ازرايب نبيل، المرجع السابق، ص 75.

³ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص125.

⁴ ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص28.

النطاق، فإنها تكون قد باشرت سلطة تعديل شروط العقد لا سلطة الرقابة على تنفيذه، و هو ما يعطي للمتعاقل المتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض اذا لحقه ضرر من جرائه¹.

فإذا كان تجاوز الإدارة في استعمال سلطاتها (رقابة و توجيه) يسيرا فان ذلك التجاوز لا يشكل خطأ من جانب الإدارة و إن كان التزامها يرتب بتعويض المتعاقد معها عن كل النفقات الإضافية التي تقدمها بسبب تجاوز الإدارة في استعمال سلطاتها ليس على أساس الخطأ بل تطبيقاً لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري، و الذي يعتبر صورة من صور المسؤولية الإدارية العقدية بلا خطأ.

إذن فسلطة الرقابة يتعين أن يكون استعمالها في حدود توقعات العقد و بما لا يتضمن تغيير في مضمونه أو قلباً لتوازنه المالي².

و عليه فإنه مهما كانت الامتيازات التي تخول المصلحة المتعاقدة سلطة الرقابة على شخص المتعاقل المتعاقد فإنها تتوقف عند المساس بجوهر العقد.

ثانياً: خضوعها للرقابة القضائية

إذا كان للمتعاقل المتعاقد إمكانية الطعن أمام قاضي العقد في نزاع يتعلق بتنفيذه، فإن دعوى التعويض هي السبيل الوحيد لجبر الضرر المترتب عن الإجراء المطعون ضده، و خروجاً على المبدأ، في حالات نادرة يمكن الحصول على إلغاء ذلك الإجراء من القضاء، حيث يقوم القاضي بفحص الضوابط الشكلية للأوامر المصلحية من حيث الإمضاء و التاريخ و التقييم و الوقوف على ما جاء في موضوعها، فإن قدر مشروعيتها حكم للمتعاقل المتعاقد بالتعويض متى أثبت هذا الأخير الضرر الذي أصابه، و لا يمكن للقاضي إلغاء ما جاءت به تلك الأوامر المصلحية من إجراءات³.

المطلب الرابع: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ العقد

سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية و ان كانت ثابتة و مقررة لها في سائر الصفقات العمومية إلا أن ممارستها تختلف من حيث المدى بين صفقة وأخرى فيتسع مداها و مجالها في صفقة الشغال العامة، مقارنة مع صفقات اللوازم و التوريد أين يكون حق المصلحة المتعاقدة في الرقابة أضعف بقليل.

¹ كنعان أبو نواف، المرجع السابق، ص 355.

² ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 29.

³ محمد بوناب، المرجع السابق، ص 36.

الفرع الأول: مظاهر الرقابة على تنفيذ صفقات الأشغال

تتجسد سلطة الرقابة بمعنى الإشراف والتوجيه على تنفيذ الصفقة العمومية في صفقات الأشغال على غيرها من الصفقات، وذلك نظرا لطبيعتها الخاصة فالمصلحة المتعاقدة هي صاحب الحقيقي للمشروع لهذا تتسع سلطتها في مواجهة المتعامل المتعاقد منذ بداية تنفيذ الصفقة إلى غاية تسليم الأشغال المتعاقد عليها، وعلى ذلك فعقد الأشغال بطبيعته يفرض تدخل مندوب الإدارة للإشراف على التنفيذ فيكون بمثابة المدير الحقيقي للعمل والمشرف العام عليه، وينقلب المقاول إلى جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن مندوب الإدارة.

فاتساع سلطات المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال يؤدي الى تعدد مظاهرها التي تتمثل في:

1- الأمر بالبداية في تنفيذ المشروع:

تحدد المصلحة المتعاقدة بوصفها صاحبة المشروع بداية تنفيذ الأشغال وهو التاريخ المحدد في الصفقة صراحة وإذا لم تتضمن الصفقة تحديد موعد البدء في التنفيذ فيحسب من تاريخ إعلان في الصفقة ص المقاول بالأمر المصلي أو ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة للمقاول¹ ، طبقا لما جاء في نص المادة 12 الفقرة 10 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تقضي بأنه: " يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري." يتضح من نص المادة أن الأمر المصلي هو أمر تنفيذي، ينبغي على المقاول احترامه وتنفيذه ورفض تنفيذ هذه الأوامر المتعلقة بمباشرة الأشغال في الآجال المحددة يعد خطأ تعاقديا يمنح للمصلحة المتعاقدة حق توقيع الجزاء عليه.

2- تحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال:

فاحترام خطوات سير العمل ومدة التنفيذ يعد من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول، إذ تنص صفقات الأشغال في غالب الحالات على خطوات تنفيذ الأشغال وسيرها بوضع جدول أعمال بالفترات التي تتم فيها تلك الأعمال وكذا مواعيد التسليم.

أما إذا جاء العقد خاليا من خطوات تنفيذ الأشغال ومواعيد التسليم فإن مندوبي المصلحة المتعاقدة الفنيين يحددون تلك الخطوات والمواعيد.

¹ ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 31.

أما في حالة تأخر المقاول في تسليم الأشغال موضوع العقد يعطي للمصلحة المتعاقدة الحق في توقيع غرامة عن المدة التي يتأخر فيها المتعامل المتعاقد عن تسليم الأشغال.

3- الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتا:

يحق لمندوبي المصلحة العامة المكلفون بالإشراف والتوجيه أن يرفعوا المواد أو الأعمال التي يرون أنها من نوع رديء أو غير مطابق للمواصفات المتفق عليها.

كما يجوز لمهندسي المصلحة المتعاقدة في هذا الصدد هدم أو إزالة ما تم تنفيذه من أشغال وإعادة القيام بها من جديد على عاتق المتعامل المتعاقد المقصر طبقا للمادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة: "إذا حصل لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري شك بوجود فساد في أشغال البناء فيجوز له إصدار أمر مصلحة بالخراب سواء كان ذلك أثناء التنفيذ أو قبل الاستلام النهائي أو بالهدم وإعادة بناء الأشغال أو أقسام الأشغال المظنون فسادها .

إن لم يجري المقاول هذه العملية فتباشر بحضوره أو دعوته لذلك رسميا .

يتحمل المقاول النفقات الناتجة عن تلك العمليات عندما يكون فساد البناء محققا ومعترفا

به من دون الإخلال بالتعويض الذي يمكن أن تطالب به الدولة."

إذ يظهر النص سلطة المصلحة المتعاقدة في ممارسة الرقابة أثناء تنفيذ صفقة الأشغال العامة في شكل إصدار أوامر بهدم الأشغال إذا شك المهندس بوجود تقصير أو في أشغال البناء.

4- الأمر باستبدال عمال المقاول:

تتسع سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة لتشمل العمال الذي يستعين بهم المقاول في تنفيذ الأشغال، فالمصلحة المتعاقدة لها على سبيل المثال أن تطلب تغيير العمال لعدم كفاءتهم الفنية، أو تمردهم، أو مخالفة شروط الصفقة وهذا ما أكدته المادة 13 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنه: "لا يجوز للمقاول اتخاذ معاونين أو رؤساء ورش أو معامل إلا من الأشخاص الأكفاء لمعاونته والحلول محله في تسيير الشغل وقياسه.

يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان والعمال لعصيانهم أو عدم أهليتهم أو عدم امانتهم.

يبقى المقاول مسؤولا عن أعمال الغش أو فساد العمل التي يرتكبها معاونون والعمال

من جراء عملهم واستخدامهم المواد».

الفرع الثاني: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة اللوازم

تنقسم العقود إلى نوعين من العقود حيث جرى التمييز في فرنسا بين طائفتين من العقود، عقود توريد عادية وعقود توريد صناعية¹ ، فالتطور الذي حدث في عقود التوريد الصناعية، هو الذي يرتب عليه زيادة أهمية هذه العقود وهو الذي أدى إلى التمييز بين هاتين الطائفتين، واخضاع كل منهما لنظام قانوني يختلف عن النظام الذي يخضع له الآخر، خاصة من ناحية سلطة الرقابة²، على عكس ما هو قائم في الجزائر فإنه لا يتم التمييز بين عقود التوريد العادية وعقود التوريد الصناعية، لهذا تختلف مظاهر سلطة الرقابة في عقود التوريد العادية، عنها في عقود التوريد الصناعية.

أ- مظاهر سلطة الرقابة في عقود التوريد العادية :

يملك المورد في عقود التوريد العادية سلطة اختيارية في طرق تنفيذ العقد فإذا لم يتم النص في العقد على صلاحية الإدارة في الرقابة فإنها تمارس سلطة الرقابة بمعناها الضيق فقط. يلتزم المتعاقد بتسليم أصناف معينة من البضائع فيحق للمصلحة المتعاقدة التأكد من مصادرها ومدى مطابقتها للمواصفات المحددة³، فالتوريد في هذه الحالة يكون حسب الاتفاق مع المصلحة المتعاقدة إما دفعة واحدة أو على دفعات كما قد تشترط الإدارة على المورد أن يقدم شهادة بلد المنشأ أو المصنع للتأكد من سلامة الأصناف الموردة⁴. ففي عقود التوريد العادية تملك المصلحة المتعاقدة ممارسة سلطة الرقابة بمعنى الإشراف دون أن تمتد إلى معناها الواسع المتمثل في حق التوجيه إلا إذا تم النص عليها في العقد أو دفتر الشروط.

ب- مظاهر سلطة الرقابة في عقود التوريد الصناعية

تتسع سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على عقود التوريد العادية على عكس ما هو عليه الحال في عقود التوريد الصناعية، ولا تخضع عقود التوريد الصناعية لتعريف محدد ومتفق عليه فمعيار تحديد هذه العقود مرن جدا ويترك للإدارة حرية واسعة في التصرف⁵ ، فعقود التصنيع هي

¹ محمد أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1997، العدد الأول، ص 233.

² André De L'aubader : « traité théorique des contrats administratifs », Tome3, Paris, 1956, p 399-401.

³ محمد أبو السعود، المرجع نفسه، ص 233.

⁴ خالد سليمان أسود العنزي، عقد التوريد الإداري، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويتي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص 24.

⁵ André De L'aubader, op cit, p 402.

العقود التي يلتزم بمقتضاها المتعاقد مع الإدارة بتوريد مواد أو منتجات صناعية بعد إنتاجها وفق مواصفات متفق عليها مقدما .

فالمتعاقدين هنا لا يقوم بتوريد منتجات أيا كان مصدرها، وإنما يقوم بتصنيعها وفق مواصفات طلبتها الجهة الإدارية المتعاقدة، ويحدث ذلك عندما تحتاج بعض الجهات الإدارية إلى أجهزة متطورة ومعقدة كالمطائرات الحربية والصواريخ والغواصات، وأجهزة الأقمار الصناعية والفضائيات وغيرها، ولذا يكون التصنيع عادة تحت إشراف وتوجيه جهة الإدارة أي الرقابة بالمعنى الواسع الذي يمتد إلى أوضاع تنفيذ العقد وغير تلك الأوضاع فتتملك الإدارة أن ترفض أو أن تمنع استعمال طريقة معينة من طرق التنفيذ، ويقترن نظام الرقابة هنا منه في عقود الأشغال العامة حيث تحتوي عقود التوريد الصناعية على مزيج من مقولة الأعمال والتوريد¹.

المبحث الثاني: سلطة الادارة في تعديل العقد

من المسلم أنه من مبادئ وأحكام القانون العام المطبقة على العقد الإداري أثناء تنفيذه هو مبدأ تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة، وهو ما يميز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص، حيث تمارس الإدارة هذه السلطة دون الحاجة إلى النص عليها صراحة²، وللإدارة الحق بإجراء تعديل انفرادي لشروط العقد دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر، فلا يمكن الاحتجاج والاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة واستراتيجية المصلحة العامة وكذا حسن سير المرفق العام³. وهو حق ثابت للإدارة وإن لم ينص عليه القانون صراحة.

و من خلال ذلك سنتطرق إلى المضمون العام لسلطة التعديل من خلال تعريف سلطة التعديل، و ضوابطها، وكذلك أساسها القانوني.

المطلب الأول: مفهوم و أسس سلطة التعديل على تنفيذ العقد

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن المشرع الجزائري منح للإدارة حق التعديل الانفرادي حيث نصت المادة 135

¹ محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، (ط1) دار الفكر العربي القاهرة، 2007، ص232، ص219، 220.

² ازرايب نبيل، المرجع السابق، ص81.

³ عظه صوفيان، عروج يونس: المرجع السابق، ص 50.

منه إلى انه "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق الصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم"¹.

الفرع الأول: تعريف سلطة التعديل

إن العقد الإداري شأنه شأن باقي العقود، ينشئ حقوقاً و التزامات متبادلة بين طرفي العقد، غالباً ما يكون منصوصاً عليها في عقد الصفقة العمومية، إلا أن علاقة الإدارة بالمتعامل المتعاقد معها في العقد الإداري تختلف عن العلاقة التي تربط المتعاقدين في العقود المدنية.

حيث تعد سلطة التعديل أهم مظهر من مظاهر التي تميز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص، فإذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أيّاً منهما بسلطة انفرادية اتجاه الآخر إذ لا يمكنه تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة و إلزام الطرف الآخر بالتعديل، فإن العقد الإداري و خلافاً للقواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن لجهة الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة. فللمصلحة المتعاقدة أن تعيد النظر في موقفها بالنسبة إلى أوضاع تنفيذ الصفقة العمومية، إذا اتضح أن الأوضاع المحددة في الصفقة لم تعد توافق الصالح العام، و هذا الحق هو حق ثابت لها و يمكنها استخدامه حتى و لو خلى العقد من نص بشأنه و لو انطوى على نص يحظره ليبقى ذلك الحق قائماً².

و بالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام في نص المادتين 135-139³، فنجد المادة 135 نصت على أن "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم " و المادة 139 نصت على أن "لا يخضع الملحق في مفهوم المادة 136 أعلاه، إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة و الضمانات التقنية والمالية و أجل التعاقد، و كان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز زيادة أو نقصاناً نسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة. و يخضع الملحق لهيئة الرقابة الخارجية في حالة ما إذا تضمن خدمات تكميلية في مفهوم المادة 136 أعلاه تتجاوز مبالغها النسبة المحددة أعلاه".

¹ انظر المادة 135، من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

² نادية تياب، محاضرات في مادة الصفقات العمومية، أقيمت على طلبة السنة ثانية ماستر، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، السنة دراسية 2014/2015، ص 87.

³ أنظر المواد: 139/135 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

و منه نجد أن المشرع قد أعطى المصلحة المتعاقدة سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة من خلال آلية الملحق¹.

مقارنة بالمرسوم الرئاسي السابق 10-236 الذي منح لهذه الأخيرة سلطة التعديل من خلال آلية الملحق و ذلك في المواد 106/102²، و ذلك إذا كان هدفها زيادة الخدمات أو تقليصها أو تعديل بند من البنود التعاقدية في الصفقة العمومية يلاحظ تضمنه للعديد من النصوص السابقة التي تعطي المصلحة المتعاقدة الحق في التعديل الانفرادي³.

و منه فإن سلطة الإدارة في تعديل عقد الصفقة العمومية هو حق ثابت لها، و بوسعها أن تستعمله و لو خلا العقد بشأنه، و حتى لو انطوى العقد على نص يحظره، حيث يبطل النص و يبقى الحق دائماً، حتى و لو وجد نص في العقد يجيز للإدارة تعديل العقد، و نظراً لاستناد سلطة الإدارة استعمالها في تعديل العقد الإداري لفكرة المرفق العام، فإن حق استعمالها يتصل بالنظام العام، الأمر الذي يجوز للإدارة التنازل عن استعمالها⁴.

الفرع الثاني: أسس سلطة التعديل على تنفيذ العقد

لقد اختلف الفقه الإداري حول أساس سلطة الإدارة في تعديل عقد الصفقة العمومية، فمنهم من يرى أن الأساس القانوني لسلطة التعديل يقوم على فكرة السلطة العامة، و منهم من يرى أنها تقوم على فكرة المصلحة العامة، و منهم من يرى أنها تقوم على فكرة المرفق العام، و هناك من جمع بين الأساسيين.

أولاً: الأساس القانوني لسلطة التعديل القائم على فكرة السلطة العامة

لقد ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن حق سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادة منفردة هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية⁵.

فالسلطة العامة تشمل كل نشاط إداري تمارسه الإدارة مع استعمالها لوسائل القانون العام الغير مألوفة في القانون الخاص، و على الإدارة أن تراعي دوماً ضرورات المصلحة العامة و

¹ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 74.

² أنظر المواد: 106/102 من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 28 شوال عام 1431، الموافق لـ 7 أكتوبر 2010، ج. ر. ج. العدد 58.

³ نادية تياب، المرجع نفسه، ص 88.

⁴ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 441.

⁵ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 334.

ترجعها دائما على المصلحة الخاصة باعتبارها سلطة عامة¹، و بما أنها صاحبة السلطة العامة فهي مكلفة بمراعاة الضروريات الملحة للمصلحة العامة، حتى ولو قامت و هي تباشر تحقيق المصلحة العامة، بتفويض أحد الأطراف بأسلوب التعاقد الإداري، للمساهمة في تحقيق الهدف فإنها تبقى صاحبة السلطة العامة و كذلك صاحبة الحق الأصل².

و على اعتبار ان سلطة الإدارة في تعديل عقودها يقوم على أساس السلطة العامة فتصرف الإدارة و هي بصدد تعديل عقودها الإدارية، يعتبر عملاً من أعمال السلطة العامة³.
و منه فإن الإدارة في هذه الحالة لا تستخدم امتيازاً تعاقدياً، و إنما تستعمل حقا مقرر لها باعتبارها سلطة عامة⁴.

ثانيا: الأساس القانوني لسلطة التعديل القائم على المرفق العام

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة تجد أساسها في فكرة المرفق العام و مقتضياته، من حيث ضرورة سيره بانتظام و قابليته للتطوير و التغيير⁵ و هنا ينكرون تقييد الإدارة بعقود لا تتجاوب مع احتياجات المرفق العام فلا يمكن الزام الإدارة إلى الأبد بمقتضى عقود أصبحت غير مطابقة لحاجات المرافق العامة⁶.

فمن طبيعة العقود الإدارية قيامها على فكرة استمرارية سير المرافق العامة، و التعاقد فيها يتم على أساس الوفاء بحاجات المرفق و تحقيق المصلحة العامة، جعل الإدارة صاحبة اختصاص أصيل في تنظيم المرفق العام و تسييره، و يترتب على ذلك أنها تملك حق التعديل لما تحققه تلك المصلحة، و عليه وجوب الحرص على سير المرفق العام بانتظام لحماية تلك المصلحة⁷.

والمسلم به أن سلطة الإدارة في التعديل تلك، إنما مناطها احتياجات المرافق العامة، فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام، التي ترجع إليها معظم قواعد القانون الإداري⁸.

¹ ازرايب نبيل، المرجع السابق، ص82.

² حمد محمد حمد الشلmani، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص162.

³ ازرايب نبيل، المرجع نفسه، ص82.

⁴ علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص304.

⁵ حمد محمد حمد الشلmani، المرجع السابق، ص162.

⁶ موريس أندري فلام، عقود الأشغال الإدارية، مقالة عن الأشغال العامة - مترجم - مجلة العلوم الإدارية، مصر ص 213.

⁷ د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2009، ص124.

⁸ عبد الكريم بولقدابر، سلطة تدخل الإدارة في تعديل الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون

إداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013/2014، ص16.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من الأساس القانوني لسلطة التعديل تتبين من خلال استقراء المرسوم الرئاسي 15-247 و بالتحديد في القسم الخامس بعنوان الملحق من المواد 135 إلى 139 نجده اعترف للمصلحة المتعاقدة بممارسة ضمانات التعديل عن طريق إبرام الملاحق، إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة. و قد اعتمد المشرع الجزائري المرفق العام كأساس لهذه السلطة في المادة 136 الفقرة 7، هذا من جهة و من جهة أخرى و بالرجوع إلى دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة، حيث نجد أنها تتضمن العديد من النصوص التي تعطي للمصلحة المتعاقدة الحق في التعديل الانفرادي.

حيث جاء في المرسوم أعلاه، أن للمصلحة المتعاقدة الحق في وضع الشروط التي تنفذ الصفقات وفقها و منها ما يتعلق بسلطتها في تعديل الصفقة في دفاتر الشروط. و ذلك ما أكدته المادة 26 من نفس المرسوم الرئاسي 15-247 في قسمه الثالث تحت عنوان دفاتر الشروط و التي تنص على ما يلي: " توضح دفاتر الشروط ، المحينة دوريا، الشروط التي تبرم و تنفذ وفقها الصفقات و هي تشمل على الخصوص ما يأتي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي،
- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني،
- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية¹.

و باستقراء نصوص الصفقات العمومية نجد أن المشرع الجزائري لم يقف عند حد التعبير عن رغبته بالاعتراف للمصلحة المتعاقدة بهذه السلطة، و إنما قام بتنظيم تفاصيلها و إبراد مبادئها و أحكامها، و مما لا شك فيه أن سلطة التعديل أكثر خطورة من سلطة الرقابة، هذ ما جعل المشرع الجزائري يورد عليها شروط أو قيود عديدة ليضمن للمتعاقد من خلالها حماية حقه من تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطتها المطلقة.

¹ انظر المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

المطلب الثاني: قيود ممارسة سلطة تعديل العقد

بالرغم من أن سلطة الإدارة في تعديل عقد الصفقة العمومية سلطة منفردة و أصيلة و توجد دون الحاجة للنص عليها، إلا أنها مقيدة¹، أي أن الإدارة لا تتمتع بسلطة مطلقة في التعديل، و ذلك حتى لا يترك المتعامل المتعاقد في حالة خضوع تام لتعسفها، ومنه فإن سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل عقود الصفقات العمومية يخضع لشروط و ضوابط البد من توفرها لممارسة سلطتها، و من بين هذه الضوابط ما يلي:

الفرع الأول: أن تطرأ مستجدات بعد إبرام الصفقة العمومية

تبرم المصلحة المتعاقدة الصفقة العمومية في ظروف معينة هذه الظروف تتميز بعدم الاستقرار والثبات، مما قد يؤدي إلى تغييرها بعد إبرام الصفقة خاصة في بعض الصفقات التي يتطلب تنفيذها مدة من الزمن فبتغير الظروف يحق للمصلحة المتعاقدة ممارسة سلطة التعديل لمواكبة هذا التغير بما يلبي ضرورة استمرارية المرفق العام وقابليته للتغيير.

فالتغيير يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة، سواء كانت مخطئة أو غير مخطئة في تقديراتها، فإنه يجب أن تمكنها من تنظيم المرافق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن، لأننا لسنا بصدد عقاب الإدارة على خطئها، ولكن بصدد أعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة.

وبالتالي فنتيجة هذا التوقع غير السليم للظروف المستقبلية لا يحرم الإدارة من ممارسة حقها في التعديل وكل هذا لمواجهة هذه الظروف التي قد تطرأ على المرفق، فعدم تغير الظروف لا يكون مبرر لممارسة هذه السلطة.

الفرع الثاني: أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد

على الإدارة و هي تمارس سلطاتها في التعديل مراعاة موضوع العقد الأصلي و أن لا تتجاوزه، فلا يجوز لجهة الإدارة أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة لتغيير موضوع العقد و إرهاب المتعامل المتعاقد معها.

و عليه لا يمكن للإدارة أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه و إلا كانت أمام عقد جديد، ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها، و التزم بتنفيذ المضمون التعاقدية في

1 نادية تياب، المرجع السابق، ص 88.

آجال محددة، فإنه راعى في ذلك قدراته المالية و البشرية الفنية، فإذا أقبلت الإدارة على التغيير الموضوعي أو الهيكلي للعقد، فإن ذلك قد لا يناسب المتعاقد معها¹.

و منه فإن الشروط اللائحية يمكن تغييرها حتى بغير رضا المتعاقد مع الإدارة، أما بالنسبة للشروط التعاقدية التي على أساسها قبل المتعامل المتعاقد مع الإدارة فإنه لا يمكن و لا يجوز تعديلها، لأنها تؤثر على حسن سير المرفق العام، و كذلك تمس الضمانات المالية التي دفعت المتعامل المتعاقد إلى التعاقد مع الإدارة².

الفرع الثالث: أن يصدر التعديل في حدود المشروعية

حين تقبل الإدارة على تعديل صفقة ما، فإن وسيلتها في ذلك هي القرار الإداري، فتصدر السلطة المختصة قرارا إداريا بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل الصفقة العمومية، ووجب حينئذ أن تتوفر في هذا القرار سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعاً³. أي أن يكون مستوفيا للقواعد المعمول بها لصيانة مبدأ المشروعية الإدارية، بحيث يصدر من شخص مختص و وفقا للقواعد القانونية التي تحكم المحل و السبب، وأن تكون الغاية منه هي تحقيق المصلحة العامة⁴.

وعليه فإن قرار التعديل الذي يخالف عناصر المشروعية يستوجب إلغائه لأنه قرار باطل.

الفرع الرابع: اقتصار التعديل على الشروط المتصلة بموضوع العقد

إن الإدارة لا تستطيع أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه إلا إذا كان أمام عقد جديد، ذلك أن المتعامل المتعاقد مع الإدارة حين قبل التعاقد معها، ألزم بتنفيذ العقد في آجال محددة، فإنه راعى إمكانيته المالية و كذلك الفنية لذلك لا يمكن أن يتجاوز التعديل هذه الإمكانيات لأن تجاوزها سيؤدي إلى الفسخ مع المتعامل المتعاقد معها⁵.

الفرع الخامس: اقتصار التعديل على الشروط المتصلة بموضوع العقد المتصلة بالمرفق العام

إن أساس التعديل هو إشباع حاجات المرفق العام، و هذا الأساس يحدد نطاق التعديل و محله⁶، و ذلك يعني أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية يجب أن يقتصر على النصوص

¹ د.عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر بين نظام الوحدة و الازدواجية، دار ربحانة، الجزائر، طبعة أولى، 2000، ص 213.

² بن دراجي عثمان، المرجع السابق، ص 61.

³ عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 205.

⁴ عمار بوضياف، المنازعات الإدارية، القسم 2، ط1، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013، ص 205.

⁵ زرايب نبيل، المرجع السابق، ص 87.

⁶ محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 232.

المتصلة بالمرفق العام، التي يجب على المتعاقد التقيد بها لصالح المرفق العام، ومن ثم فإنه يجوز لسلطة التعديل أن تتناول النصوص المتعلقة بالمزايا المالية التي دفعت بالمتعاقد إلى إبرام العقد مع الإدارة، لأن الفقه و القضاء اجمعوا تقريبا على أن هذه النصوص لا صلة لها بالمرفق العام فلا يجوز المساس بها¹.

الفرع السادس: احترام قواعد الاختصاص

يجب أن يصدر التعديل من سلطة مختصة ووفقا للإجراءات و الأشكال المقررة بالقانون، و هنا تثار مشكلة الاختصاص بين الإدارات المعنية، فعندما يكون الاختصاص بالمتعاقد من صالحية جهة فإنه لا يجوز لجهة أخرى إجراء تعديل على ذلك العقد²، حتى و لو تعلق بأمر من شؤونها ما لم تفوض بذلك الإدارة المتعاقدة و تجري تعديلا على العقد المبرم من قبلها لأن الحلول لا يكون إلا بالقانون، إلا أن النيابة تخول الجهة النائية في التعاقد من القيام بما تقتضيه ضرورة تنفيذ العقد من تعديلات، لأن النيابة في التعاقد تعني حلول إرادة الأصيل مع انصراف آثار التعديل إليه و كأنه هو الذي تعاقد و عدل وحده³.

المطلب الثالث: صور سلطة التعديل على تنفيذ العقد

تملك المصلحة المتعاقدة سلطة التدخل بإرادتها المنفردة لتعديل شروط الصفقة العمومية، سواء بالزيادة أو بالنقصان بغض النظر سواء كانت صفقة أشغال عامة أو صفقة لوازم مع مراعاة الحدود المعينة في ذلك.

وتظهر سلطة التعديل في شروط الصفقة العمومية في عدة صور فقد تكون في التعديل في مقدار تنفيذ الالتزامات، ومنها ما يتعلق بطرق ووسائل التنفيذ المتفق عليها، وقد تتعلق بمدة تنفيذ الصفقة.

الفرع الاول: التعديل في مقدار التزامات المتعاقد

تملك المصلحة المتعاقدة سلطة التعديل في مقدار التزامات المتعاقد زيادة أو نقصانا، فالتعديل الذي يطرأ يكون على مقدار الالتزامات وليس نوعها، حيث تكون الزيادة أو الإنقاص

¹ ابراهيم طه فياض، المرجع السابق، ص 192.

² محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، (ط1) دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010، ص154.

³ محمد بوناب، المرجع السابق ص14.

المطلوبة من نفس طبيعة الالتزامات المزادة أو المنقوصة، هذا دون اشتراط ذلك صراحة في الصفقة¹.

والمشرع الجزائري نظم عملية التعديل في مقدار الالتزامات المتعاقد بالنسبة لجميع الصفقات العمومية التي يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى هذه السلطة من خلال آلية الملحق المنصوص عليها في المادة 135² من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتظهر زيادة الخدمات أو إنقاصها على وجه الخصوص في المادة 136 الفقرة الأولى من ذات المرسوم.

أما بخصوص مجالات التعديل فقد حددها المشرع الجزائري في دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 فقد نصت المادة 30 منه أنه في حالة إصدار أمر يتعلق بإجراء إضافة على جملة الأشغال، لا يملك المتعامل المتعاقد إلا تنفيذها إذا لم يتجاوز 20 % من قيمة الصفقة الإجمالية، ونسبة 50 % بالنسبة لأشغال الصيانة والتصليح.

وفيما يتعلق بتخفيض الأداء فتم تحديده بنسبة 20 % من الصفقة الإجمالية ونسبة 35 % من أشغال الصيانة والتصليح وهذا ما جاءت به المادة 31 من دفتر الشروط الإدارية العامة . وقد حدد المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن تنظيم الصفقة العمومية السقف المالي المحدد الذي يجب مراعاته عند تعديل الصفقة العمومية فحددها بنسبة 10 % لجميع أنواع الصفقات وهذا ما أكدته المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

والتعديل لا يقتصر على عقود الأشغال العامة فقط فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعدل في مقدار التزامات المتعامل المتعاقد فيما يخص عقود التوريد فلها أن تلزم المورد بزيادة كميات التوريد أو إنقاصها إذا اقتضت ضرورة المصلحة المتعاقدة ذلك، فتحديد معدلات التعديل يهدف إلى إبقاء الصفقة العمومية محل تنفيذ³.

فالتعديل في مقدار التزامات المتعامل المتعاقد تبقى ضرورة حتمية تلجأ إليها الإدارة، إذا ارتأت أن الظروف التي استجدت تدفعها للتعديل وأن الشروط المتفق عليها لا تفي بالغرض المنشود.

¹ ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء 2 ، لباد للنشر، ب ط، الجزائر، 2004 ،ص 439

² أنظر المادة 135 من المرسوم الرئاسي 15-247

³ أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة الفكرية، ب ط، مصر، 1973 ،ص 155.

الفرع الثاني: التعديل في طرق ووسائل التنفيذ

لا تظهر سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية في مظهر واحد فقط فالى جانب سلطتها في التعديل في مقدار التزامات المتعامل المتعاقد تملك كذلك سلطة التعديل في طرق ووسائل التنفيذ، فمبرر هذا التعديل يرجع إلى رغبة المصلحة المتعاقدة في إدخال تعديلات على المواد المستعملة وعلى أماكن استخراجها كما أن تفرض تعديلات على أماكن العمل وفي إحلال شغل محل آخر¹.

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى سلطة التعديل بتوجيه المتعامل المتعاقد بمواكبة التطور الحاصل باستخدامه للآلات المتطورة حتى يتمكن من الوصول إلى المستوى المطلوب. ويقصد من خلال هذه التعديلات هو تدارك الأخطاء التي قد تسببت في بطء إنجاز المشروع و إخراج حيز التنفيذ، ولكون استخدام آليات ووسائل عتيقة أثناء التنفيذ يؤدي للحصول على أشغال فاسدة وقليلة الجودة، وبالتالي تبذير الأموال العامة والخسائر الاقتصادية².

يفترض أن تكون الطرق ووسائل التنفيذ المستبدلة منصوص عليها في شروط الصفقة، أما إذا لم تكن كذلك فإن المصلحة المتعاقدة عندما تمارس هذه السلطة فإن ذلك من باب سلطة الرقابة وليس سلطة التعديل، لأن التعديل ينصب على المسائل أو الموضوعات التي تم الاتفاق عليها في الصفقة وتقوم المصلحة المتعاقدة مع ذلك بالتدخل لزيادة أو نقص الالتزامات التعاقدية للمتعامل المتعاقد، أي أنها في هذا الصدد تدخل في مسألة نظمها الصفقة، وذلك بخلاف سلطتها في الرقابة التي قد تمتد لتشمل توجيه المتعاقد في كيفية التنفيذ عن طريق فرض بعض الأوضاع التي لم تنص عليها الصفقة صراحة³.

الفرع الثالث: التعديل في آجال تنفيذ العقد

من المسلم به أن سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط التنفيذ تمتد لتشمل حتى عنصر الزمن بتقصيرها وتمديدتها، متى اقتضت ضرورة الصالح العام ذلك.

¹ أحمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص 199

² سمير عبد العالي، المرجع السابق، ص 54.

³ ربيعة سبكي، المرجع السابق، ص 77.

فإذا كان تحديد الأجل المقرر للتوريد أو لإتمام الأشغال يخضع لمحض تقدير المصالح المتعاقدة حسبما تقتضيه ظروف إنجاز الصفقة فإنها تملك سلطة تعديل الأجل الذي سبق لها أن حددته¹.

يتم تعديل مدة إنجاز الصفقة بالزيادة أو النقصان، ففي حالة الاستعجال تتدخل المصلحة المتعاقدة لتطلب من المورد أو المقاول أن يتم التوريد أو إنجاز الأشغال في زمن قياسي أقل مما هو متفق عليه في الصفقة، كأن تتدخل مديرية التربية مثلا لتطلب من المقاول ببناء ابتدائية معينة مع ضرورة إنهاء الأشغال قبل حلول موسم الدراسي، أو استعجال مدة التوريدات لتجهيزات طبية ترغب الدولة في وضعها تحت تصرف مؤسسات استشفائية لمجابهة حالة وباء كالتي شهدها العالم مؤخرا أو غير ذلك، ويمكن أن يكون التعديل في الأجل المقرر للتوريد قبل انتهاء الميعاد المتفق عليه أو يكون بعد انقضاء الميعاد الأصلي، ففي هذه الحالة لا يحق لجهة الإدارة توقيع غرامة التأخير عن المدة التي تأخر فيها المورد عن الميعاد الأصلي، فالتعديل هنا يعتبر امتداد للعقد.

يجب أن لا يكون التعديل بغرض تعجيز المتعامل المتعاقد أو وضعه في موقف محرج فيجب أن تتوافق التعديلات التي طرأت مع قدرة المتعامل المتعاقد في التنفيذ، لذا فالتعديلات التي تمت سواء بتقصير مدة التنفيذ، أو بمد مدة التنفيذ ينجم عنها حق مطالبة المتعامل المتعاقد بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به.

المطلب الرابع: آليات ممارسة سلطة التعديل على تنفيذ العقد

لسير المرافق العامة بانتظام واطراد يتطلب ذلك استمرار العقد أو الصفقة مهما حصل من تغيرات أثناء تنفيذها، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بتعديلات انفرادية على التزاماتها التعاقدية لمواكبة التغيير الحاصل بعد إبرام الصفقة العمومية².

و بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، و تحديدا في المواد من 135 إلى 139، التي وردت تحت عنوان الملحق نجد بأنه قد منح للمصلحة المتعاقدة ضمانا تعديل شروط الصفقة عن طريق تقنية الملحق. و عليه سنتطرق لتعريف الملحق، و ذكر شروط ممارسة الملحق، و تحديد حالات عدم خضوع الملحق للرقابة.

¹ نبيل أزياب، المرجع السابق، ص 96.

² خليفي جمال عبد الناصر، الملحق في الصفقة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2016، ص 6.

الفرع الأول: تعريف الملحق

لقد عرف المشرع الجزائري الملحق في المادة 136 الفقرة 1 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة"¹.

و من خلال هذه المادة يتضح بأن الملحق هو اتفاق إضافي للصفقة، الأولى هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة الأصلية بزيادة الخدمات أو تقليلها، و قد أشارت أيضا هذه المادة إلى أن الملحق قد ينصب عليه عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة، وهذا ما يدل على أنه ليس عقدا فريدا بل مستقل بذاته².

الفرع الثاني: شروط الملحق

يستدعي تعديل شروط الصفقة عن طريق الملحق لمجموعة من الشروط أهمها:
أولا: أن يصدر في صيغة كتابية:

و ذلك يعني أن يكون مكتوبا و يكون مرقما، و مؤرخا و مصادق عليه من قبل السلطات المختصة، لان عنصر الكتابة يعتبر عنصر جوهري في حالة ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة التعديل حيث عبر عنها المشرع بعبارة " الملحق وثيقة "، و يجب ان تكون مكتوبة كي يتسنى للمتعاقل المتعاقد معرفة الالتزامات الجديدة موضوع التعديل و مجالها.

ثانيا: أن يكون هناك التزام تعاقدي جديد

إذ يجب أن يصدر الملحق مكتوبا ومصادق عليه من طرف السلطة المختصة بمعنى لا يقبل اي طلب من المتعاقل المتعاقد بعد تلقيه وعودا من السلطات غير المؤهلة³.

ثالثا : أن لا يؤدي التعديل إلى المساس بجوهر الصفقة وتوازنها

ان التجاوز في التعديل يجعل المصلحة المتعاقدة أمام صفقة جديدة غير الصفقة الأصلية التي عملت المصلحة المتعاقدة على إبرامها، لهذا يعد هذا الشرط لازما وضروريا، وبناء عليه فيجب أن لا يؤثر الملحق على توازنات الصفقة العمومية إلا في حالة الظروف المستجدة غير

¹ أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

² عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 207.

³ شقمطي سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار-غابية-، 2011، ص 32.

المتوقعة غير أنه لا يمكن أن يغير ملحق الصفقة موضوعها أو مداها في أي حال من الأحوال تجنباً لأي فساد في الجانب المالي¹.

ونظراً لأهميته فقد تناوله المشرع الجزائري في نص المادة 136 فقرة 5 و التي جاء فيها: "ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ماعداً في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، وزيادة على ذلك، لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها."

رابعاً : خضوع الملحق للشروط الاقتصادية للصفقة

يخضع الملحق لنفس الشروط الاقتصادية الأساسية التي تخضع لها الصفقة الأصلية ، حيث تطبق في الملحق الأسعار التعاقدية الموضوعة مسبقاً، و لكن في حالة عندما يتعذر على الطرفين أن يطبقا الأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة على الخدمات الجديدة (تكميلية) تحدد لها اسعار جديدة بما يتوافق و الاسعار المطبقة في الاسواق الوطنية، وهذا حسب نص المادة 137 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص على أنه: " يخضع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة. وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة، بالنسبة للخدمات التكميلية الواردة في الملحق، فإنه يمكن ان تحدد اسعار جديدة، عند الاقتضاء."²

خامساً: إبرام الملحق في الآجال التعاقدية

و هو ما أشارت إليه المادة 138 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها: " لا يمكن إبرام الملحق و عرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية"³ ويمكن للملحق ان يبرم خارج الآجال التعاقدية إلا في الحالات التالية:

- عندما لا يكون للملحق آثار مالية على الصفقة الأصلية، ولا يمس بالبنود المتعلقة بآجال تنفيذها.
- عندما يتم إبرام الملحق في ظل تأخير في الآجال التعاقدية الأصلية و ذلك بسبب اختلال التوازن الاقتصادي للعقد لأسباب استثنائية غير متوقعة .
- إذا ابرم الملحق بصورة استثنائية بغرض الإقفال النهائي للصفقة⁴.

¹ محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 285.

² أنظر المادة 137 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

³ أنظر المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع نفسه.

⁴ أنظر المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

سادسا: أن يحترم الملحق قواعد المنافسة

على اعتبار أن الملحق يؤثر على شروط تنفيذ الصفقة العمومية سواء بالزيادة أو بالنقصان مما يؤدي إلى التأثير على الصفقة الأصلية، لكن يجب أن لا يمس بالمنافسة التي يكون ضمانها صعبا عند إبرام الصفقة والحفاظ عليها عند تنفيذ الخدمات أصعب لهذا فإنه يجب منع أي ملحق قد يسئ إليها¹.

الفرع الثالث: حالات خضوع الملحق للرقابة من عدمه في العقود

تملك المصلحة المتعاقدة سلطة تعديل شروط تنفيذ الصفقة العمومية والتي يتم تكريسها من خلال آلية الملحق، لذا فهناك حالات أعفى فيها المشرع الملحق من خضوعه لرقابة لجان الصفقات المعنية ، إلا أنه رغم ذلك و باعتبار أن هذه السلطة من أخطر الحقوق التي تمتلكها الإدارة توجد حالات ألزم فيها المشرع الملحق بخضوعه لرقابة لجان الصفقات المعنية

أولا: حالات عدم خضوع الملحق للرقابة

حدد المشرع الجزائري حالات أعفى فيها الملحق من الخضوع لهيئات الرقابة الخارجية القبلية وهي:

1- عدم تجاوز الملحق الحدود المالية:

نص المشرع الجزائري في المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن الملحق لا يخضع لرقابة لجان الصفقات الخارجية القبلية متى لم يتجاوز السقف المالي والذي حدده بنسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة، وبمفهوم المخالفة يتضح من نص هذه المادة أن تجاوز هذه النسبة يلزم المصلحة المتعاقدة بعرض الملحق على رقابة لجان الصفقات المعنية.

2- حالة الملحق الذي لم ينجم عنه أي اثر مالي

هنا نكون أمام تغيير في بنود الصفقة الأولية دون أن يخلف التغيير أي اثر مالي، في هذه الحالة تتحرر الإدارة من إجراء إحالة مشروع الملحق على لجنة الصفقات المعنية².

3- حالة الملحق الذي لم يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة

لقد نصت المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247 على إعفاء الملحق من فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا كان موضوع هذا الملحق لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة و الضمانات التقنية والمالية و أجل التعاقد¹.

¹ ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص58.

² عمار بوضياف، المرجع السابق ، ص 208.

ثانيا: حالات خضوع الملحق للرقابة

حدد المشرع الجزائري حالات تلتزم المصلحة المتعاقدة بتوافرها لإحالة مشروع الملحق على رقابة لجان الصفقات المعنية.

1- حالة الظروف الاستثنائية غير المتوقعة:

قد تظهر بعد إبرام الصفقة وأثناء مرحلة التنفيذ وقائع وأحداث لم تكن في الحسبان ساعة التعاقد بما يؤدي وجودها إلى اختلال في التوازن العقدي اختلالا وصفته الفقرة 2 من المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر بالاختلال المعتبر ما قد يؤثر على احترام أجال التنفيذ، ومن هنا أتاح المشرع إمكانية إبرام الملحق وخضوعه للرقابة الخارجية القبلية نظرا للأثر المالي الناتج عن سلطة التعديل.

2- حالة الملحق المتعلق بضبط الكميات النهائية للصفقة:

في حالة عدم إمكانية وبصفة استثنائية، إبرام الملحق محل ضبط الكميات النهائية للصفقة، في الآجال التعاقدية، فإنه يمكن إبرام الملحق حتى بعد الاستلام المؤقت للصفقة، شريطة أن يكون قبل إمضاء الحساب العام النهائي².

3- حالة العمليات الجديدة:

يحدث وان تطرأ ظروف لم تكن في الحسبان أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، الدافع الذي من خلاله تلجأ المصلحة المتعاقدة للتعديل بأن تضيف أعمالا جديدة لم يتم النص عليها في الصفقة الأصلية إلا أن لها صلة بالصفقة محل الإبرام، إلا أن الإدارة في هذه الحالة تكن ملزمة باحترام النسبة التي سبق ذكرها التي قدرت بـ 10 % والتي نصت عليها المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ومن البديهي القول أن سلطة التعديل تخضع لرقابة القاضي الإداري الذي إذا رفعت الدعوى أمامه من الطرف المعني صاحب المصلحة سعى إلى التأكد من مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام، والتأكد من مدى علاقته بالصفقة الأصلية وبالحدود المالية المنصوص عليها تشريعا وعلى ضوء ذلك يقدر عما إذا كان هناك تعسف في ممارسة سلطة التعديل من عدمه³.

¹ انظر المادة 139، من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

² أنظر المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع نفسه.

³ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص218.

الفرع الرابع : أنواع الملاحق

وتصنف إلى الأنواع التالية :

أولا : ملحق الأشغال الإضافية، بالزيادة أو بالنقصان

يمنح قانون الصفقات العمومية للمتعاقدين إمكانية تعديل بنود الصفقة الأصلية بواسطة الملحق في ظل احترام القسم الخامس منه، ومع هذا فان من المتكرر في الصفقات العمومية قيام المتعامل المتعاقد على القيام بأشغال دون ترخيص من المصلحة المتعاقدة، هذه الاشغال التي عادة ما تتم بدون اوامر مصلحة لا يمكن ان تكون محل تسوية بملحق وهذا حسب نص المادة 136 الفقرة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247. وقد يكون موضوع ملحق الأشغال الاضافية أو بالنقصان اما تعديلات في كمية وطبيعة الأشغال وإما تعديلات في آجال التنفيذ وتكون هذه التعديلات التي يشملها الملحق بالزيادة او بالنقصان.

ثانيا: ملحق التغيير

يتم اللجوء إلى هذا النوع من الملاحق في حالة تغيير إحدى أطراف الصفقة سواء انصب هذا التغيير على المصلحة المتعاقدة أو انصب على المتعامل المتعاقد. إذا انصب التغيير على المصلحة المتعاقدة فإن هذا التغيير لا يتطلب دائما ضرورة إبرام ملحق، لكنه من الضروري صدوره في شكل كتابي، في هذه الحالة يجب تبليغ أمر مصلي (Ordre de service) إلى المتعامل المتعاقد.

يستدعي تغيير المصلحة المتعاقدة عن طريق ملحق في حالة التقسيم الذي يحدث للمقاطعات الإدارية مثلا إنشاء ولايات جديدة، هذا الأمر يتطلب نقل الصفقة من مصلحة متعاقدة إلى أخرى ويتم ذلك بإبرام ملحق يشمل هذا التغيير الذي حدث على المصلحة المتعاقدة.

يكون التغيير أيضا على المتعامل المتعاقد، ففي حالة وفاة المتعامل المتعاقد الأصلي يجب إبرام ملحق تغيير إذا قبلت المصلحة المتعاقدة العروض التي قد يتقد بها إليها ورثته لاستكمال الأشغال ، وخلاف ذلك تفسخ الصفقة بحكم القانون.

الأمر نفسه في حالة الإفلاس والتسوية القضائية.

ثالثا: ملحق الإقفال النهائي للصفقة

يسمح هذا الملحق بإيقاف و قفل بصفة نهائية الخدمات المنفذة في الصفقة و اللجوء إلى هذا النوع من الملاحق استثنائي و يجب أن يكون مبررا، مثال :التخلي عن المشروع بقرار من الإدارة،

القوة القاهرة، التسوية الودية للنزاع أو التسليم النهائي للمشروع، إذ أن الملحق يكفل تحقيق حلول ودية، فتجنب اللجوء للقضاء هو هدف تقليدي للإدارات العامة إذ أن تجنب النزاع الإداري أصبح أولوية لضمان مواصلة تنفيذ الصفقة العمومية على اكمل وجه.

ملخص الفصل الأول

حاولنا في الفصل الأول المعنون بـ " سلطات الادارة في الرقابة على تنفيذ العقد وتعديله " معالجة الموضوع في شقين: الأول وتناولنا فيه تحديد سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ العقد التي تعتبر أشمل الامتيازات السلطوية في العقد الإداري التي تتمتع بها بصفة تلقائية حتى ولو لم يتم النص عليها صراحة في العقد أو في دفتر الشروط، وتتوسع الرقابة لتشمل سلطة الإدارة في الرقابة سواء بمعناها الضيق أو الواسع بمعنى الإشراف والتوجيه، بعدها تطرقنا إلى أساليب ممارسة الإدارة لهذه العملية.

أما في الشق الثاني فقد حاولنا إبراز سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية، أين ذكرنا القيود التي يتعين عليها الالتزام بها وعدم تجاوزها، في ظل انعدام سلطة موازية لها فهي امتياز خاص بالإدارة دون المتعامل المتعاقد، ووضحنا ذلك من خلال مجالات استعمال التعديل، وسائل وطرق التنفيذ، مدة التنفيذ ويعد الملحق الوسيلة القانونية التي منحها المشرع الجزائري للإدارة للقيام بالتعديل، فرغم تمتعها بحق وحرية التعديل من جهة، إلا أنه قيدها بضوابط في حالة اللجوء إليه، ضمانا لحق المتعامل معها من التعسف في استغلال الادارة لسلطاتها.

بعد إتمامنا لهذا الفصل سنحاول إظهار ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من سلطات في فرض العقوبات و انتهاء العقد في الفصل الثاني.

:

وانهاء

الفصل الأول: سلطات الادارة في فرض العقوبات وانهاء العقد.

تتمتع المصلحة المتعاقدة إلى جانب سلطتي الرقابة و التعديل بسلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها في حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث تعتبر هذه الجزاءات كذلك من أخطر السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد، بقرارات صادرة عنها بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء .

إن الجزاءات المقررة في القانون الخاص التي تجبر الأفراد على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، كالدفع بعدم التنفيذ أو اللجوء إلى القضاء للحكم بالجزاءات على المتعاقد الذي قصر في تنفيذ التزاماته، لا تتلاءم مع مجال القانون العام، و بالأخص في مجال الصفقات العمومية، ذلك لاختلاف الهدف في كل من النظامين.

فالجزاءات التي توقع على المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية و العقود الإدارية، تحكمها قواعد خاصة، تتضمنها التشريعات المنظمة للصفقات العمومية و دفا تر الشروط الإدارية العامة، فضلا عن نصوص الصفة العمومية و دفا تر شروطها التي عادة ما ينص فيها على حق الإدارة في اتخاذ الجزاءات في حالة إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامات.

فباعتبار الإدارة سلطة عامة يمكنها توقيع الجزاءات إذا قامت بإثبات تقصير أو إهمال في تنفيذ أحكام العقد أو عدم احترام شروط التعاقد، أو بأي صورة من صور الإخلال المختلفة، فهنا تلجأ الإدارة إلى الجزاءات المالية و هي جزاءات ذات طابع مالي لتغطية الضرر الذي لحقها جراء إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته لإرغامه على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، و إذا لم تفلح هذه الأخيرة في إرجاع الأمور إلى نصابها تلجأ إلى الجزاءات الفاسخة ذلك بإنهاء العلاقة التعاقدية بصفة نهائية عند الوصول إلى عدم فائدة ترجى من تقويم المتعامل المتعاقد معها.

المبحث الأول: سلطة توقيع العقوبات المالية على المتعامل المتعاقد

تتمتع المصلحة المتعاقدة بعدة جزاءات إدارية من بينها الجزاءات المالية، التي توقعها على المتعامل المتعاقد معها، إذا قصر في تنفيذ التزاماته بالكامل أو البعض منها، ويستوي في ذلك إذا امتنع عن تنفيذ التزاماته كلها أو تأخر في تنفيذها، أو أن يكون قد قام بها بصورة غير مرضية، أو أن يكون قد احل غيره مكانه من دون رضا المصلحة المتعاقدة، وذلك من اجل ضمان تنفيذ عقودها الإدارية طبقاً للشروط والمواعيد المتفق عليها في العقد¹.

ولا يحق للإدارة توقيع الجزاءات الجنائية على المتعاقد معها، كما يجب عليها أن تقدم اذار مسبق للمتعاقدين قبل توقيع الجزاءات عليه إلا في الحالات المستعجلة، أو إذا نص العقد على خلاف ذلك².

وتأخذ الجزاءات المالية التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته عدة صور، فمنها ما تأخذ شكل غرامات تأخيرية أو مصادرة تأمينات، كما أنها يمكن أن تكون في صورة تعويضات مالية تفرضها الإدارة على المتعاقد معها جراء إخلاله بالتزاماته التعاقدية وهذا من اجل جبر ضرر حقيقي³.

وللتعرف أكثر على الجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، سنقسم هذا المبحث إلى الغرامة التأخيرية (المطلب الأول)، ومصادرة التأمينات (المطلب الثاني)، و التعويض (المطلب الثالث).

¹ سبكي ربيحة ، المرجع سابق ،ص 89.

² ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص150.

³ بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام المعقم، جامعة أبي بكر بالفايد - تلمسان-، 2014، ص 61.

المطلب الأول: الغرامة التأخيرية

تتملك الإدارة سلطة ممارسة الجزاءات المالية، حيث تجد أساسها القانوني في نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي تنص على ما يلي: "يمكن أن ينجز عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفية فرضها والإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط"¹.

و يقصد بها أن المشرع الجزائري قد فرض على المتعامل المتعاقد عقوبات مالية إذا لم يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية في الوقت و بالشكل المتفق عليه.

أي أن المادة السابقة الذكر جاءت خصيصا للضغط على المتعامل المتعاقد لكي ينجز التزاماته على الوجه المطلوب وفي الوقت المحدد دون اللجوء للقضاء.

وبموجب النص أعلاه قد منح المشرع الجزائري للإدارة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في صورة غرامة².

وبالنظر إلى تنوع أشكال الإخلال عند المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقات العمومية بجميع أنواعها، كان من الضروري علينا دراسة الغرامة التأخيرية من جميع نواحيها وذلك من خلال التطرق إلى تعريفها، وكذا معرفة أهم الخصائص التي تمتاز بها، وأخيرا إلى حالات الإعفاء منها

الفرع الأول : تعريف الغرامة التأخيرية

لقد عرفها العديد من الفقهاء، ومن هذه التعاريف مايلي :

عرفها الدكتور عمار عوابدي بأنها " المبالغ المالية التي يمكن للإدارة أن تطلبها من المتعامل المتعاقد معها إذا ما قصر بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية "

كما عرفها الدكتور سليمان محمد الطماوي بأنها "مبالغ إجمالية تقوم بتقديرها الإدارة مسبقا وتنص على أن توقعها متى ما قصر المتعاقد بالتزام معين، لا سيما إذا ما تعلق الأمر بالتأخير في تنفيذ العقد"³.

¹ انظر المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع سابق.

² عمار بوضياف، المرجع السابق، ص152.

³ بوستة ليندة، المرجع السابق، ص 68

وتأخذ الغرامة معنى العقوبة المالية أكثر من احتمالها معنى التعويض، لذا فهي تعتبر جزاء تقوم بتوقيعه الإدارة، وذلك لأنها مبلغا محددًا مسبقًا ويشترط توقيعه بمجرد وقوع المتعاقد في خطأ تأخير تنفيذ التزاماته مع الإدارة لذلك سميت بالغرامة التأخيرية¹.

فالعقوبة التأخيرية هي عبارة عن مبالغ مالية تحددها الإدارة مسبقًا في العقد الإداري كجزاء توقعه على الطرف الآخر في العقد الإداري عندما يتأخر في انجاز الأعمال المكلف بها ضمن المدة المتفق عليها في العقد².

وبالرجوع إلى المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن المشرع الجزائري قد منح للمصلحة المتعاقدة حق توقيع عقوبات في حالتين:

أولاً: حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه

إن الإدارة المتعاقدة عند عملية التعاقد تأخذ بعين الاعتبار المدة الزمنية التي ينبغي خلالها تنفيذ العقد، وحتى يتسنى لها إنهاء العملية التعاقدية والدخول في علاقة جديدة، أو تنفيذ جزء مسطر والانتقال إلى جزء آخر، لذا وجب توقيع جزاء مالي على كل متعاقد ثبت بأنه اخل بالمدة المحددة لتنفيذ الصفقة³.

ومن هنا وجب توقيع جزاء مالي على كل متعاقد ثبت بأنه قد اخل بالمدة المحددة لتنفيذ العقد خاصة بما أن هذه المدة من اقتراح المتعهد أو المتعاقد مع الإدارة حينما اقبل على إيداع الملف وتعهد بالالتزام بالمدة المتفق عليها، فالغرامة في هذه الحالة توقع في حالة التأخر في تنفيذ الصفقة⁴، وهذا ما أكدته أيضا الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا⁵.

يتضح مما سبق أن الغرامة التأخيرية توقع من قبل المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد إذا تجاوز المدة المتفق عليها في تنفيذ الصفقة.

إن المتعاقد مع الإدارة عندما يتعهد بتنفيذ موضوع العقد خلال فترة معينة متفق عليها في العقد، فإن العقد هنا يتشابه مع العقد المدني في المبدأ الذي يقضي أن "العقد شريعة المتعاقدين".

¹ احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد الثبوت، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 183.

² بوسنة ليندة، المرجع السابق، ص 68.

³ عبلاش كاهنة، علي سوهيلة، الضمانات العقدية في الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، فرع القانون الاقتصادي للأعمال، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية -، 2015، ص 43-44.

⁴ بوسنة ليندة، مرجع سابق، ص 69.

⁵ المحكمة العليا الغرفة الإدارية، قرار رقم 64145، بتاريخ 1989/12/16، المجلة القضائية، العدد الأول، 1991، ص 133.

فالمتعاقدين تعهد بالتنفيذ خلال مدة حددت في العقد ثم اخل بهذا الالتزام فمن الطبيعي أن يخضع إلى الجزاء، وهذا الأخير توقعه الإدارة دون أن تلجأ إلى القضاء وهو احد مظاهر ممارسة السلطة العامة، ومن المظاهر التي تميز العقد الإداري عن العقد المدني¹.

ثانيا : حالة التنفيذ غير المطابق

في هذه الحالة يفترض أن المتعاقد مع الإدارة قد اخل بالشروط و كفاءات التنفيذ المنفق عليها، فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها مع المصلحة المتعاقدة، فمن الطبيعي أن يخضع إلى الجزاء المالي والمتمثل في الغرامة التأخيرية².

ونشير إلى أن العقوبات المالية تقررت بموجب أحكام المرسوم الرئاسي 10-236 في المادتين 9 و 62 منه غير أن لها أيضا أساس عقدي وتستمد قوتها من العقد إلى جانب النصوص التنظيمية، ذلك أن المادة 9 من نفس المرسوم قد ورد فيها نسبة الجزاء المالي أو العقوبات المالية تحدد ضمن الصنف، حيث نصت المادة في الفقرة الثانية منها على انه "تحدد الأحكام التعاقدية للصنف نسبة العقوبات المالية و كفاءات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة أدناه باعتبارها عناصر مكونة للصنف العمومية".

كما أكدت على ذلك المادة 62 من نفس المرسوم والتي ألزمت على ذكر نسب العقوبات المالية وكذا طرق حسابها وشروط تطبيقها وشروط تطبيقها و النص على حالات الإعفاء منها في الصنف.

وهو ما ورد أيضا في أحكام المادتين 147 و 95 من المرسوم الرئاسي 15-247 حيث نصت المادة 147 في الفقرة الثانية منه على انه "تحدد الأحكام التعاقدية للصنف نسبة العقوبات وكفاءات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصنف العمومية".

كما أكدت ذلك نص المادة 95 من ذات المرسوم في الفصل الرابع من القسم الأول تحت عنوان البيانات الإلزامية على أن يتم "...نسب العقوبات المالية وكفاءات حسابها، وشروط تطبيقها او النص على حالات الإعفاء منها.... " يفهم مما سبق أن المرسوم الرئاسي 15-247 منح للمصلحة المتعاقدة مجموعة من الامتيازات لتوقيع العقوبات المالية على المتعامل المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته، وأن هذه العقوبات المالية تكون محددة سلفا في الصنف وفي دفتر الشروط.

¹ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 212.

² عمار بوضياف، الصنف العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 130.

ومن هذا المنطلق أصبح المتعامل المتعاقد على دراية انه بمجرد توقيع الصفقة أن الإدارة المتعاقدة قد تفرض تجاهه جملة من امتيازات السلطة المتعاقدة فتفرض عليه مبالغ مالية تكون نسبتها محددة سابقا في الصفقة وقبل ذلك في دفتر الشروط.

الفرع الثاني : خصائص الغرامة التأخيرية

تتميز الغرامة التأخيرية بعدة خصائص وتتمثل في ما يلي:

أولاً: الطابع الاتفاقي للغرامة التأخيرية

للغرامة التأخيرية طبيعة اتفاقية، أي أن عملية تطبيقها تتوقف على إرادة الطرفين، ويتم تحديد قيمتها او نسبتها في الصفقة مسبقا، وتلزم المصلحة المتعاقدة بها فلا يمكن زيادتها حتى ولو نتج عن التأخير ضرر يزيد عما حدد في الصفقة¹.

ولقد أشار المشرع الجزائري إلى الطابع الاتفاقي للغرامة التأخيرية في المرسوم الرئاسي 15-247 من خلال الفقرة 3 من المادة 147 منه والتي تنص على انه "تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة"².

يلاحظ من نص المادة أن العقوبات المالية التي تفرض على المتعامل المتعاقد يتم اقتطاعها طبقا للشروط و الكيفيات التي جاءت في بنود الصفقة.

و يجدر الإشارة إلى أن العقوبات المالية التي تكون في الأغلب على شكل غرامات تأخيرية لا توقع فقط على المتعامل المتعاقد المحلي فقط بل يمكن توقيعها على المتعامل المتعاقد الأجنبي إذا عاينت الإدارة المتعاقدة أن الاستثمار لم يتجسد حسب الرزنامة الزمنية والمنهجية المذكورة لخطأ من المتعامل المتعاقد الأجنبي³.

ثانيا : الغرامة الجزافية

بمجرد التأخير، حتى وان لم يلحق هذا التأخير ضررا بالإدارة المتعاقدة، فان للجهة الإدارية الحق في استيفاء غرامة التأخير دون الحاجة إلى التزامها بإثبات انه قد أصابها من التأخير ضرر، ولا يقبل من المتعامل المتعاقد أن يثبت عدم تسبب التأخير في إصابة الإدارة بضرر، حيث أن الضرر مفترض لا يقبل إثبات عكس ذلك بمجرد التأخير، على اعتبار أن جهة

¹ سبكي ربيحة، مرجع سابق ، ص 94.

² انظر المادة 147 الفقرة 3 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

³ سبكي ربيحة ، المرجع السابق ، ص 96.

المصلحة المتعاقدة عندما قامت بتحديد موعد محدد لتنفيذ العقد، لأنها قدرت بان المرفق العام يستوجب تنفيذه خلال هذا الموعد ويستحق غرامة التأخير دون الحاجة لتتبيه و اعذرا المتعامل المتعاقد وذلك تأكيدا لتلقائية تلك الغرامة¹.

بالرجوع إلى أحكام المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجد أن المشرع الجزائري لم يشترط لتوقيع هذه العقوبة حدوث ضرر، بمعنى أنها تطبق تلقائيا دون الحاجة إلى إثبات أن هناك ضرر ما قد أصاب الإدارة، كما انه لا يقبل من المتعامل المتعاقد إثبات عدم وقوع ضرر².
أي أن الغرامة التلقائية يتم توقيعها مباشرة بمجرد حصول التأخير دون الحاجة إلى تتبيه او اعذار المتعامل المتعاقد.

ثالثا : غرامة توقع إداريا

أي أنها تطبق بمقتضى قرار إداري دون اللجوء إلى القضاء، وهذا عكس ما يجري عليه العمل في القانون الخاص³.

فالمصلحة المتعاقدة تقرر عن رغبتها في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزامه بموجب صدور قرار إداري وذلك عن طريق توقيع غرامة التأخير التي هي جزء مالي، و لا يكفي مجرد النص عليه ليصبح استحقاقه أمرا مقضيا، تطالب به الإدارة المتعاقدة في أي وقت تشاء، وعليه تقوم الإدارة بتوقيع غرامات التأخير عن طريق إجراء إداري صادر بإرادتها المنفردة دون أن تلتزم باللجوء إلى القضاء، وعليها هنا أن تتأكد من تقصير المتعاقد بالفعل عن أداء التزاماته، ولا يجوز لها فرض هذا الجزاء المالي على مجرد افتراضات أو قناعات غير مبررة وثابتة⁴.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247، نجد أن المادة 147 الفقرة 1 أشارت بوضوح إلى هذا الجزاء بقولها " يمكن أن ينجز عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذه غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به"⁵.

¹ صياد رحيمة، سعدي كاتية، المرجع السابق، ص 76.

² بوسنة ليندة، المرجع السابق، ص 72.

³ حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 178.

⁴ صياد رحيمة، سعدي كاتية، المرجع السابق، ص 77.

⁵ انظر المادة 147، الفقرة 1، من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

رابعاً : غرامة تستحق عن التأخير

أي أنها تستحق من طرف الإدارة المتعاقدة بمجرد انتهاء الفترة المحددة في العقد دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقها، فهي تختلف بذلك عن وضع الفوائد التي يتم تحصيلها في ميدان القانون الخاص، إذ يتعين الإنذار باستحقاقها¹، حتى ولو يتضمن العقد شرطاً جزائياً عن التأخير².

الفرع الثالث : الإعفاء من الغرامة التأخيرية

بما أن التأخير يعد السبب الرئيسي والوحيد لتوقيع غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد فهو يعتبر أيضاً المسلك الوحيد لإعفائه منها، حيث يمكن أن يجد هذا التأخير أسباباً تبرره، فيعفى المتعاقد من مسؤولية التأخير إذا اتضح أن الوفاء بالالتزام قد استحال لوجود سبب آخر لا يد للمتعامل المتعاقد فيه وهذا ما قضت به نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق ذكره في فقرتيها 4 و5 على أنه " يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة .

ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة وأمر بتوقيف الأشغال أو استئنافها.

وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة "

يقصد مما سبق أن المتعامل المتعاقد يعفى من العقوبات المالية ولا يترتب في حقه شيء إذا كان التأخير في التنفيذ لم يتسبب فيه هو، بل التأخير يعود إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة أو قد تسببت فيه حدوث قهوة القاهرة.

فمن خلال هاتين الفقرتين نجد أن المشرع الجزائري قد منح للمصلحة المتعاقدة حالتين فقط تستطيع من خلالها إعفاء المتعامل المتعاقد من غرامة التأخير وهما:

أ- حالة مسؤولية الإدارة المتعاقدة على توقيف الأشغال: وبالتالي التأخر في إنجازها، إذ لا يترتب عليها غرامة تأخيرية طالما أن المتعامل المتعاقد ليس من تسبب فيه، بأن تأمر الإدارة المتعاقدة بتوقيف الأشغال أو استئنافها³.

¹ أزياب نبيل، المرجع السابق، ص 107.

² حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 178

³ سبكي ربيعة، المرجع السابق، ص 126.

ب- حالة القوة القاهرة : تتعلق هذه الحالة بهذه الحالة بتعرض المتعامل المتعاقد لظروف خارجية لم تكن متوقعة حين إبرام الصفقة تجعل تنفيذها أكثر ارهاقا كأن تكون الظروف الاقتصادية تؤدي إلى ارتفاع الأسعار أو حدوث ظروف طبيعية تؤدي إلى تعليق آجال التنفيذ مثلا، وفي كلتا الحالتين تقوم المصلحة المتعاقدة بما يلي:

- تسليم أوامر بتوقيف الأشغال واستئنافها حسب الحالة طبقا للمادة 147 الفقرة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق ذكره.
- أي تلقي أوامر من المصلحة المتعاقدة لتوقيف الأشغال لحدوث ظروف خارجية تجعل من تنفيذ الصفقة أمر مرهق.
- تحرير شهادة إدارية طبقا للمادة 147 الفقرة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق ذكره¹.

ويقصد به أن قرار وقف الأشغال يجب أن يكون صادر من قبل جهة إدارية.

المطلب الثاني: مصادرة مبلغ الضمان في ظل المرسوم الرئاسي 15-247

تخضع العقود الإدارية أثناء إبرامها لقاعدة تنص على العطاء بغير تأمين، وعند رسو العطاء عليه، يصبح هذا التأمين بمثابة ضمان مالي نهائي، يعطي للإدارة في مواجهة المتعاقد معها التزامه بتنفيذ التزاماته؛ وذلك طبقا للشروط المنصوص عليها في العقد الإداري ودفتر الشروط الملحق به، وبالتالي فإن أي تقصير من طرفه، سوف يدفع بالمصلحة المتعاقدة إلى مصادرة هذا التأمين².

ولما كان للصفقة العمومية صلة بالخزينة العمومية و كذلك صلة بحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، وبالجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام وجب الأخذ بالاحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة³، والضغط أكثر على المتعامل المتعاقد معها، و جبره على القيام بأداء التزاماته في الآجال المتفق عليها وبجميع الشروط والمواصفات و الكيفيات المحددة في عقد الصفقة، وذلك عن طريق توقيعها لعقوبة مصادرة التأمينات في مواجهته كالجاء المالي والذي غالبا ما تنص عليه العقود الإدارية⁴.

¹ بوسته ليندة، المرجع السابق، ص 73-74.

² بن سديرة جلول، مرجع سابق، ص 74.

³ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 131.

⁴ بوسته ليندة، المرجع السابق، ص 74.

وللتعرف على مفهوم مصادرة التأمينات يجب علينا التطرق إلى تعريفه (الفرع الأول) و التعرض إلى أنواعه (الفرع الثاني) وإعفاء المتعامل المتعاقد من تقديم الضمان (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تعريف مصادرة التأمينات

تعتبر التأمينات مبالغ مالية تقدم من طرف المتعامل المتعاقد كضمان للمصلحة المتعاقدة تتوقى بها آثار الأخطاء التي يمكن أن تصدر منه أثناء مباشرة تنفيذ الصفقة العمومية و قصد ضمان جدية العرض وبالتالي فان مصادرة التأمين هو جزء مالي يتمثل في حجز و استحواذ الإدارة المتعاقدة على هذه التأمينات جراء الإخلال بالالتزامات¹، و تملك الإدارة توقيعه بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء ودون اشتراط تحقق خطر ما²، ولقد أوجب المشرع الجزائري في المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15- 247 سالف الذكر على أن الإدارة المتعاقدة أن تحرص في جميع الحالات على إيجاد الضمانات اللازمة التي تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة بما يضمن حسن تنفيذ الصفقة ولا يكون ذلك إلا بفرض ضمانات مالية تحت عنوان كفالة حسن التنفيذ، وأكدت نصوص المرسوم الرئاسي سالف الذكر أن ضمان حسن التنفيذ تخص المتعامل المتعاقد الوطني كما أنها تخص المتعامل المتعاقد الأجنبي إذا لم يتم دعمه بواسطة حكومة دولته، وفي هذه الحالة وجب أن يعتمد البنك الأجنبي عن تغطيته لمبلغ كفالة مصرفية من طرف البنك الجزائري المختص، أما مبلغ الكفالة فحدده المادة 133 من المرسوم الرئاسي 15-247 بين 5 بالمئة و 10 بالمئة من مبلغ الصفقة، كما انه يجب على المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة رد التسبيقات وهي كلها مبالغ يجب على المتعامل المتعاقد بان يضعها تحت تصرف الإدارة عن طريق بنك جزائري او صندوق ضمان الصفقات العمومية لتمارس عن طريقه الجزاء المالي في الإطار الذي حدده القانون .

ومن هنا يبرز الفرق الجوهرى بين جزاء مصادرة التأمينات وجزاء الغرامة التأخيرية من حيث هدف كل منهما، فإذا كان جزاء مصادرة التأمينات ينصب على محل العقد، في انه يتصدى لمخاطر عدم أداء المتعاقد لشروط العقد، فان جزاء الغرامة التأخيرية ينصب على مدة التنفيذ، وذلك لأنه يواجه التأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في الآجال المتفق عليها.

الفرع الثاني: خصائص مصادرة التأمينات

يتميز جزاء مصادرة التأمينات بعدة خصائص، يمكن إجمال أبرزها كالاتي:

¹ سبكي ربيحة، المرجع، ص 107.

² بوستة ليندة، المرجع نفسه ص74.

- تتمتع المصلحة المتعاقدة بحق مصادرة التأمين عند الإخلال في التنفيذ حتى وان لم ينص عليه صراحة في الصفة¹.
 - أي انه يمكن للمصلحة المتعاقدة توقيع جزاء مصادرة التأمين إذا أخل المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته حتى وان لم ينص على ذلك في الصفة.
 - يتطلب جزاء مصادرة التأمينات لتوقيعه ضرورة صدور قرار إداري من طرف الجهة الإدارية، دون أن تكون هناك حاجة لتقريره من قبل القضاء².
 - يتضح مما سبق أن جزاء مصادرة التأمينات لا يتطلب اللجوء إلى القضاء لتقريره بل يكفي صدوره من طرف المصلحة المتعاقدة على شكل قرار اداري.
 - تمثل التأمينات المودعة لضمان حسن تنفيذ العقد الحد الأدنى للتعويض الذي يجوز للإدارة اقتضاؤه، وعليه لا يحق للمتعامل المتعاقد أن يثبت أن الضرر اللاحق بالمصلحة المتعاقدة من جراء إخلاله يقل عن التأمين³.
 - أي انه لا يجوز للمتعامل المتعاقد أن يثبت بأن الضرر الذي ارتكبه يقل عن التأمين، لأن التأمين المودع يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يمكن للإدارة أن تستوفيه من المتعامل المتعاقد.
 - أما في الحالة المعاكسة فانه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لصالح الضرر، وعندئذ يجب عند حساب التعويض المستحق مراعاة خصم التأمين منه⁴.
 - تقوم المصلحة المتعاقدة بتوقيع هذا الجزاء دون حاجة إلى ضرورة إثبات أن ضررا قد لحق بها بسبب التقصير، لان الضرر مفترض بفرض غير قابل لإثبات العكس فيكفي بذلك أن يتخلى المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة طبقا لشروط الصفة⁵.
 - ومعناه أن في جزاء مصادرة التأمينات وقوع الضرر مفترض ولا يمكن إثبات عكس ذلك، حيث يكفي لتوقيعه تقصير المتعامل في تنفيذ التزاماته في الأجل وحسب الشروط المتفق عليها.
- الفرع الثالث: أنواع مصادرة التأمينات**

¹ مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري في القانون الإداري الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص 203.

² رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 66-67.

³ بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 77.

⁴ سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 111.

⁵ سبكي ربيحة، المرجع نفسه، ص 110.

ويكون التأمين على نوعين وهما:

أولاً: التأمين المؤقت

في الأغلب ما يكون نسبة معينة من قيمة العطاء موضوع التعاقد وهو ما يستدل به على جدية المتقدم للعطاء¹، ويجد التأمين المؤقت أو كفالة التعهد كما سماه المشرع الجزائري أساسه القانوني في المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي نصت على انه " يجب على المتعهدين، فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المظتين الأولى والثانية على التوالي من المادة 184 من ذات المرسوم، تقديم كفالة تعهد تفوق واحد بالمئة (01%) من مبلغ العرض...".

من خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد منح للإدارة المتعاقدة الحق بتوقيع هذا الجزاء في الحدود المحددة بموجب هذا المرسوم، بان يقوم المتعامل المتعاقد معها بتقديم كفالة تعهد تفوق واحد في المئة، إذا كانت مبالغها تفوق الحدود المنصوص عليها في المادة 184 من نفس المرسوم والتي تكون مبلغها بحسب طبيعة الصفقة في حال ما إذا كانت صفقة أشغال أو توريد، ويخضع الاختصاص للفصل في ذلك للجنة القطاعية للصفقات².

ثانياً: التأمين النهائي

هو عبارة عن ضمان للمصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في أداء ما التزم به في العقد الإداري وهذا النوع يعد نهائياً لان المتعاقد يلزم بتقديمها بعد إحالة المناقصة عليه بصورة قطعية ضماناً لحسن التنفيذ³.

حيث يجد التأمين النهائي أو كفالة حسن التنفيذ كما سماه المشرع الجزائري أساسه القانوني في المادة 130 الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي تنص على انه "زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110 اعلاه يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن التنفيذ".

وبالتالي نجد انه حتى تتمكن المصلحة المتعاقدة من ممارسة سلطة مصادرة مبلغ معين، يجب أن يكون قد سلم مبلغ ضمان يسمى بمبلغ كفالة حسن التنفيذ، ويكون من حق الإدارة إذا ما قصر المتعاقد في أداء التزاماته أن تصدر التأمين.

¹ رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص 63.

² انظر الملحق I(8)، بوستة ليندة، مرجع سابق، ص 75-76.

³ رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص 64.

الفرع الرابع : الإعفاء من تقديم الضمان

ورد في الفقرة الثانية من المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247 على انه "بالنسبة لبعض صفقات الدارسات والخدمات التي يمكن المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات، قبل دفع مستحققاتها، يعفى المتعامل المتعاقد من كفالة حسن تنفيذ الصفقة وتكون صفقات الإشراف على انجاز الأشغال غير معنية بهذا الإعفاء.

يمكن المصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل معها من كفالة حسن تنفيذ، إذا لم يتعد أجل تنفيذ ثلاثة (03) أشهر.

ويمكن المصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد من تقديم كفالة حسن التنفيذ بالنسبة لصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط وبالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية ."

طبقا لما ورد في الفقرة الثانية من المادة 130 نجد أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة السابق ذكرها انه قد أعفى المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ فيما يخص بعض أنواع صفقات الدارسات والخدمات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات، قبل دفع مستحققاته، واستثنى من تطبيق الإعفاء صفقات الإشراف على انجاز الأشغال، إلا انه قد ترك الأمر غامضا بالنسبة لصفقات اقتناء اللوازم.

كما نص المشرع الجزائري في الفقرة 3 من المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه يمكن للإدارة المعنية أن تعفي المتعامل المتعاقد من تقديم كفالة حسن التنفيذ إذ لم يتجاوز أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة (03) أشهر غير أننا نجد بأنه قد أضاف إلى ذلك الصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط، و الصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية في الفقرة 4 من نفس المادة.

وكما أعفى المشرع كذلك بموجب المادة 133 من المرسوم الرئاسي 15-247، فئة الحرفيين و المؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري من تحمل كفالة حسن التنفيذ حينما يتعلق الأمر بترميم ممتلكات ثقافية.

المطلب الثالث: التعويض

إلى جانب الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمينات منح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة إجراء آخر من إجراءات توقيع الجزاءات المالية¹، التي يتم فرضها على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة جراء إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، ولذلك نجد أن التعويض عكس الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمين، فهو لا يستحق إلا إذا ثبت الضرر كما هو الشأن في القانون الخاص²، وبما أن التعويض في العقود الإدارية يتشابه مع فكرة التعويض في القانون الخاص، فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض³.

وللتعرف على التعويض أكثر يجب التطرق لتعريف التعويض (الفرع الأول)، و كذا خصائص التعويض (الفرع الثاني)، وفي الأخير التطرق إلى كيفية تحصيل التعويض (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التعويض

التعويض هو مبالغ مالية يجوز للإدارة أن تطالب بها المتعامل المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية حالة سكوت العقد أو دفا تر الشروط عن النص على جزاء مالي آخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال⁴.

وكما عرفه الدكتور محمد سليمان الطماوي "هو الجزاء الأصيل لإخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلك إذا لم تنص الصفة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال" أو بعبارة أخرى هو "جزاء يفرض على المتعامل المتعاقد عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية بقصد جبر الضرر الذي أصاب الإدارة المتعاقدة صاحبة الصفة من جراء هذا الإخلال"⁵.

يتضح من هذا التعريف أن التعويض يتم فرضه على المتعاقد قصد جبر الأضرار التي مست المصلحة المتعاقدة بسبب إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، لذلك فإن التعويض هو جزاء

¹ عبلاش كاهنة، وعلي سوهيلة، المرجع السابق، ص 43.

² إذ تنص المادة 124 من القانون المدني " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.

³ رشا محمد، جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 55.

⁴ رشا محمد، جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 55.

⁵ بوسته ليندة، المرجع السابق، ص 78.

المسؤولية العقدية التي يتحملها المتعامل المتعاقد وهو الجزاء الرئيسي لعدم وفاء المدين في القانون المدني¹.

لذلك يمكن القول أن النظام القانوني للتعويض قريب من النظام المدني ومع ذلك تشابه أحكام التعويض في العقود الإدارية بصفة عامة وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة، مع مثلتها في عقود القانون الخاص لا تعني عدم وجود اختلافات بين النظامين².

الفرع الثاني : خصائص التعويض

بما أن التعويض هو جزاء لإخلال بالالتزامات التعاقدية فمن أهم خصائصه انه يهدف إلى إصلاح الضرر التي تتعرض إليه الإدارة المتعاقدة، وبذلك فان التعويض في الصفقات العمومية يرمي إلى ضمان حسن سير المرافق العامة، و ذلك باقتضاء التعويض من المتعامل المتعاقد الذي اخل بالتزاماته التعاقدية، حيث أن خوف المتعامل المتعاقد من دفع مبلغ مرتفع سيجعله إلى أداء التزاماته عن طواعية.

كما أن التعويض كمبدأ عام لا يكون محددًا ومقدراً مسبقاً في الصفقة³، و إلا أصبح في حكم الغرامات، فالنصوص المنظمة للصفقات العمومية وكذلك دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات الأشغال العامة، لم تتناول ولم توضح طريقة تحديد مبلغ التعويض، فقد اكتفت بالبت في ضرورة تعويض الإدارة المتعاقدة التي تصيبها من جراء الأخطاء التي ارتكبتها المتعامل المتعاقد معها لإصلاح هذه الأضرار.

كما انه يمكن القول أن المصلحة المتعاقدة لا تتمك القدرة على تحديد مقدار التعويض نفسها طالما انعدم وجود النصوص القانونية أو العقدية التي تخول لها ذلك ومن ثم فهي ملزمة على الالتجاء إلى القضاء للحصول على التعويض المناسب للأضرار التي لحقت بها من جراء إخلال المتعاقد معها في أداء التزاماته التعاقدية. وعليه فان القاضي هو الذي يحدد قيمة التعويض الواجب دفعه من طرف المتعامل المتعاقد، حيث يقدر التعويض تبعا لجسامة الضرر الذي تحمته المصلحة المتعاقدة⁴.

¹ انظر المادة 124 من القانون المدني، المرجع نفسه.

² سبكي ربيحة ، المرجع السابق، ص 113.

³ سبكي ربيحة ، المرجع السابق، ص 113.

⁴ سبكي ربيحة ، المرجع السابق، ص 113-114.

ولا يجوز للدائن كقاعدة عامة المطالبة بالتعويض إلا بعد إعدار المدين بالقيام بالتزاماته¹، إلا انه في مجال الصفقات العمومية فان النصوص التي تنظمها تشترط قبل فسخ الصفقة توجيه إنذار إلى المتعامل المتعاقد لتبنيه، وأما بالنسبة إلى التعويض فان النصوص قد سكتت عن ذلك، لان التعويض عن الأضرار التي تمس الإدارة المتعاقدة يتم عن طريق القضاء².

يجوز للمتعامل المتعاقد أن يطلب من المصلحة المتعاقدة التعويض إذا تسببت في إحداث ضرر له، وفي جميع الحالات لزم الالتجاء إلى القضاء المختص وان يثبت المتعاقد إما خطأ الإدارة أو تجاوزها بنود العقد أو حتى القيام بأعمال ثانوية أو تحمل أعباء إضافية وغيرها³.

الفرع الثالث: كيفية تحصيل التعويض

لقد منح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة الحق في الحصول على التعويض جراء إخلال المتعامل المتعاقد عن أداء التزاماته، والضرر الذي يلحقها من ذلك، غير أن النصوص المنظمة للصفقات العمومية لم تتطرق إلى كيفية تحصيل التعويض، وبالرجوع إلى المواد 35 الفقرة السابعة (07)، 36 و 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة نجد بان التعويض يتم اقتطاعه من المبالغ التي يستحقها المتعاقد، أو من ضمانه، ولا يحول ذلك دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد.

يستنتج من السابق أن التعويض يمكن أن تقدره الإدارة من تلقاء نفسها، وعلى أن ينازع المتعامل المتعاقد هذا التقدير أمام القضاء إذا أراد⁴.

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد

للإدارة سلطة إنهاء الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعامل المتعاقد لارتكاب خطأ جسيم يخول للإدارة ممارسة هذا الحق.

وبالنظر لخطورة سلطة فسخ العقد والآثار المترتبة عليه، فان الإدارة قبل ممارستها لهذه السلطة تلتزم بإعذارها للمعني بالأمر.

فالأصل أن الصفقات العمومية تنتهي سواء بأداء الالتزامات التعاقدية، أو بانقضاء مدتها القانونية كطرق طبيعية غير أنها قد تنتهي بطريقة استثنائية كحالة الفسخ كأحد الجزاءات التي

¹ نظر المادة 179 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع نفسه.

² سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 114.

³ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 165-166.

⁴ بوستة ليندة، المرجع السابق، ص 79.

توقعها المصلحة المتعاقدة بنفسها طبقا إلى النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفتر الشروط¹.

ونجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر على أنه "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة اعدار ليفي بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعامل المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

وجاءت المادة 150 من المرسوم 15-247 سالف الذكر على انه "يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد".

أما المادة 151 من نفس المرسوم فقد نصت على "زيادة على الفسخ من جانب واحد، المذكور في المادتين 149 و 150 اعلاه، يمكن القيام بالفسخ التعاقدية للصفقة العمومية عندما يكون مبرر بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض"².

ومن هنا يتبين لنا ان المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 قد أعطى للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في الفسخ الجزئي أو الكلي للصفقة، أو فسخها بمبرر حتى من دون خطأ من المتعامل المتعاقد.

المطلب الأول: تعريف الفسخ الجزئي للصفقة العمومية (إنهاء العقد)

يعرف الفسخ في مجال تنفيذ العقود الإدارية بانه "هو ذلك الجزاء الشديد الذي تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة، لحل الرابطة التعاقدية بينها و بين المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية إخلالا جسيما، مما يستدعي استبعاده نهائيا عن دائرة التنفيذ"³.

حيث يعتبر الفسخ الجزئي، من أخطر الجزاءات التي يمكن أن توقعها جهة الإدارة على المتعاقد معها في حالة ارتكابه خطأ جسيما أو تقصيراً أو إخلالا بالتزاماته، فتقوم الإدارة بفسخ

¹ عطه صوفيان، عرج يونس، المرجع السابق، ص 51-52.

² انظر المواد 149-151 من المرسوم الرئاسي 15-247

³ منصور نصري نابلسي، المرجع السابق، ص112.

العقد أي إنهائه كجزاء له على تقصيره في تنفيذ التزاماته أو الخطأ الجسيم الذي قام بارتكابه، و فقدانه لكل حقوقه المستمدة من العقد، بما فيها التأمين الذي دفعه .

و يمكن للإدارة أن تطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها جراء تنفيذ الأشغال العامة بنفقات أكبر ،نتيجة زيادة المواد الأولية و أجور العمال، و نظرا لخطورة جزاء الفسخ بما يتضمنه من إسقاط حقوق المتعاقد بما في ذلك التأمين، يمكنه مطالبة الإدارة بالتعويض، و القضاء الإداري لا يسمح للإدارة بتوقيع جزاء الفسخ إلا بشرط أن يكون الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد على قدر من الجسامة¹.

و بناء على ذلك فإن الإدارة لا تلجأ إلى توقيع الجزاء الفاسخ، إلا بعد أن تتأكد من أن المتعاقد معها لم يقم بتنفيذ التزماته على وجه مرضٍ، مما يهدد استمرار المرفق العام أي تعرض المصلحة العامة للخطر. مما يدفع بالإدارة المتعاقدة إلى الاستغناء نهائيا عن مشاركة هذا المتعاقد².

و بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد انه لم يعطي تعريفا جامعاً مانعاً لسلطة الفسخ بل اكتفى بالإشارة إليه في المادة 149 الفقرة 1 و 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقوله "إذ لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

و إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، و يمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

ومن خلال هاتين المادتين نستنتج أن الفسخ الانفرادي للعقد يتم من قبل المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء.

و مما سبق يتضح لنا أن قانون الصفقات لم يعطي تعريفا للفسخ الجزئي بل اكتفى بالإعلان عنه، إلا انه يمكن استنتاجه من المادة 149 أعلاه التي نصت عليه فالفسخ الجزئي بصفة عامة لا يعدو عن كونه جزاء إداريا رادعا نهائيا ،وان اختلف نوع الصفقة العمومية³.

المطلب الثاني: شروط الفسخ الجزئي

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ و أحكام القانون الإداري، (د ط)، منشورات طلبة الحقوقية ببيروت، 2005، ص529-530.

² أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 362.

³ سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص141.

بالنظر لخطورة فسخ العقد يشترط على المصلحة المتعاقدة قبل ممارستها لهذه السلطة التقيد بالشروط الآتية:

الفرع الأول: ارتكاب المتعاقد خطأ جسيم:

من المسلم به أن الجزاء يفترض حدوث أخطاء جسيمة من المتعامل المتعاقد وعلى العموم فإن الوقائع التي تبرر تطبيق الجزاءات الضاغطة إذا ظهرت خطورتها بدرجة كافية قد تكون أسباب للفسخ ذاته. ويعرف الخطأ الجسيم في الصفقة بأنه: عبارة عن تقصير المتعامل المتعاقد بالتزام قانوني أو تعاقدي وللمصلحة المتعاقدة سلطة تقدير مدى جسامته هذا الخطأ أو الإخلال بتلك الالتزامات، حيث يمكن توقيع الفسخ كجزاء وذلك في ظل رقابة القاضي الإداري¹. فالعبرة من مدى جسامته الخطأ لا من تنفيذ العقد². ونجد أن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 قد ذكر بعض الأفعال التي تبرر الفسخ إلا أنه قد ذكرها بعبارات تخلو من التفصيل³، ويبرر ذلك من خلال المادة 149 بقوله "إذ لم ينفذ المتعاقد التزاماته...و إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره"⁴.

الفرع الثاني: وجوب الإعذار

إن الإعذار يشكل حماية للمتعامل المتعاقد من تعسف الإدارة المتعاقدة وخروجها عن مبدأ المشروعية، وبالتالي لا يمكن إجراء الفسخ بدون اعذار، و ما نلاحظه من نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247، أنها لم تقم بتحديد أجال بعد توجيه الإعذار يسمح بانتهائه بتوقيع الفسخ، وعلى الأغلب تعمد المشرع ذلك ليعطي الإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية حسب طبيعة الصفقة.

وبالرجوع الى قرار وزير المالية بتاريخ 28 مارس 2011، والمتعلق بمسألة الإعذار حيث أظهرت المادة 02 منه أن الفسخ لا يتم من جانب الإدارة المتعاقدة إلا بعد تقديم اعذارين للمتعاقد العاجز كما وصفته المادة المذكورة، وبينت المادة 03 من نفس القرار مضمون الإعذار و أوجبت ذكر البيانات والتي يحددها وزير المالية بموجب القرار، أما بالنسبة لشكله فقد بينته المادة 04 من القرار المذكور سابقا بأنه يتم برسالة موصى ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام

¹ صياد رحيمة، سعدي كاتية، المرجع السابق، ص 82.

² محمد بوناب، المرجع السابق، ص 21.

³ سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 142.

⁴ انظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

وينشر وجوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، و عليه يستنتج أن القرار لم يجبر الإدارة المتعاقدة بنشر الإعذار في الجرائد الوطنية مثل ما هو عليه الحال بالنسبة للإعلان عن المنح المؤقت للصفقة.

ومعناها أن قرار فسخ الصفقة عندما يكون من جانب الإدارة المتعاقدة فقط تجبر هذه الأخيرة بتقديم اعذارين للمتعامل المتعاقد، كما يجب أن يتوفر على جميع البيانات المذكورة في المادة 03 و يرسل برسالة إلى المتعاقد مع إشعار التسليم و ينشر في النشرة الرسمية لصفقات العمومية.

المطلب الثالث: أنواع الفسخ الجزائي للصفقة العمومية

تمتاز الإدارة المتعاقدة بسلطة إنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعامل المتعاقد معها متى كان هناك دواعي للصالح العام تتطلب هذا الفسخ، حتى وان لم يصدر أي خطأ من المتعامل المتعاقد، ولاختلاف درجة جسامة خطأ المتعامل المتعاقد يؤدي إلى اختلاف أنواع الفسخ الذي يمكن توقعه من طرف المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد، فإما أن توقع فسخ الصفقة دون قيد (الفرع الأول) أو توقع الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: فسخ الصفقة دون قيد

ويعني إنهاء العلاقة التعاقدية نهائيا وبعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، مع إفرازه للجزاءات مالية، كالغرامات التأخيرية أو التعويض عن الأضرار التي تصيب المرفق العام، والتي تقتضيها المصلحة المتعاقدة جراء إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته، وهو ما نص عليه المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 152 الفقرة الأولى 01 بقولها "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها، وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة"¹.

ونجد أن المرسوم الرئاسي 15-247 قد أكد على قابلية الفسخ إذا لجأت الإدارة إلى تطبيق البنود الموجودة في الصفقة، والحكمة التي أراد المرسوم تطبيقها هي المواصلة في فرض الضغوط المعنوية والقانونية على المتعاقد حتى يتقيد أكثر بالالتزامات التعاقدية بما يكفل حقوق المصلحة المتعاقدة ويكرس مبدأ سير المرافق العامة بانتظام و استمرار، ويكفل حقوق المواطنين من الانتفاع بخدمات المرفق العام.

¹ انظر المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

وبالرجوع إلى المادة 35 الفقرة الخامسة (05) من دفتر الشروط الإدارية العامة نجد بأنه عبر عن الفسخ المجرد بالفسخ دون قيد وذلك بقوله "وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا لظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالصفقة"¹، ويرى البعض أن هذا الفسخ هو الذي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها، دون تحمله أي تعويضات، نتيجة لفسخها البسيط للعقد الإداري، وهنا تظهر الإدارة اقل صرامة في ممارستها لامتيازاتها في فسخ العقد جراء أخطاء المتعاقد الجسيمة².

الفرع الثاني : الفسخ على حساب ومسئولية المتعاقد

يقصد به إنهاء الإدارة المتعاقدة للصفقة القائمة بينها وبين المتعامل المتعاقد المقصر بالتزاماته التعاقدية، بالإضافة إلى تحميل المتعاقد جميع النفقات والمصروفات الإضافية الواردة من إبرام صفقة جديدة مع الغير، سواء تعاقدت بصفقة أشغال عامة مع مقاول جديد لأداء المشروع المتفق عليه أو تعاقدت بصفقة توريد لتوريد المواد المتفق عليها، ويتميز هذا النوع من الفسخ انه أقسى من النوع الأول ، لأن في هذه الحالة يكون الفسخ مرفوقا بإعادة طرح الأشغال في طلب العروض لإعادة تنفيذها على حساب المتعامل المتعاقد المقصر .

ونجد أن المرسوم 15-247 تطرق إلى الفسخ على حساب ومسئولية المتعاقد في نص المادة 152 بقولها "....يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة"، أما بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي السابق 10-236 لم يتطرق إلى هذا النوع من الفسخ بل اكتفى بالفسخ دون قيد على أن أحكامه تتطابق مع أحكام الفسخ على حساب ومسئولية المتعاقد ويعتبر هذا قفزة نوعية في مجال منح الادارة مزيدا من السلطات.

المطلب الرابع: الآثار الناجمة عن فسخ الصفقة

تتباين الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي في شدة قسوتها حسب نوع الفسخ الجزائي الذي تستهدفه الإدارة إذا ما كان فسخ الصفقة دون قيد أو الفسخ على حساب ومسئولية المتعاقد، بحيث يترتب على قيام الإدارة المتعاقدة بتقرير الفسخ بنوعيه ، العديد من الآثار القانونية حيث تختلف

¹ انظر المادة 35 ف 5 من القرار المؤرخ في 16 رجب 1384 الموافق ل 21 نوفمبر، 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 6، الصادر في 19 يناير 1965 ، ص 59.

² ازرايب نبيل ، المرجع السابق، ص 13.

باختلاف نوعي الفسخ ومع هذا هناك ما هو مشترك بين نوعي الفسخ (الفرع الأول)، ومنها ما هو خاص بالفسخ دون قيد (الفرع الثاني)، ومنها ما هي خاصة بالفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول : الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ

ينتج عن قيام الإدارة المتعاقدة بإصدارها قرار فسخ الصفقة سواء إن كان فسحا دون قيد أم فسحا على حساب ومسؤولية المتعاقد عدة آثار قانونية نذكر أهمها:

- إنهاء الرابطة التعاقدية بين طرفي الصفقة، وذلك ابتداء من تاريخ الإعلان بقرار الفسخ إلى المتعامل المتعاقد أو من التاريخ المعين في قرار المصلحة المتعاقدة بالفسخ.
- يشمل الفسخ دون قيد أو الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد الصفقة كلها، أي لا يوجد فسخ جزئي، كما هو الحال في الجزاءات الضاغطة، فإما أن يكون كلياً أو لا يطبق نهائياً.
- يترتب على كمال من نوعي الفسخ استبعاد المتعاقد كلياً نتيجة لفسخ عقده بالتالي يلزم عليه إخلاء أماكن العمل في صفقة الأشغال العامة في المواعيد التي تحددها الإدارة المتعاقدة، فإذا تأخر في الإخلاء أو رفض ذلك سمح لهذه الأخيرة إخلاء هذه الأماكن على نفقته ومسؤوليته، وخصم المبالغ المستحقة لها من مبالغ التأمين أو بيع أدواته عن طريق المزاد¹.

الفرع الثاني : الآثار الخاصة بالفسخ دون قيد

و يعد هذا الجزاء اقل صرامة من جزاء الفسخ على حساب و مسؤولية المتعاقد، حيث يترتب عليه مجموعة من الآثار نذكرها فيما يلي

- إنهاء صفقة الأشغال العامة و صفقة اللوازم حالا ودون أي قيد أو شرط فهو يقطع الرابطة نهائياً بين المقاول و الإدارة².
- تستطيع الإدارة المتعاقدة عند توقيع الفسخ الجزائي البسيط أن تجبر المتعامل المتعاقد الجزاءات المالية اذا توافرت أسبابها القانونية، فبالنسبة لغرامة التأخير فإنها تجبر على المتعاقد المفسوخ عقده في الفترة السابقة على صدور جزاء الفسخ، سواء كان الضرر ناتجا

¹ ازرايب نبيل، المرجع السابق، ص125.

² مفتاح خليفة عبد الحميد: إنهاء العقد الإداري، طبعة 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 354.

عن وقف تنفيذ الأشغال العامة، أو عن عدم توريد الأصناف في صفقة التوريد أو كان الضرر ناتجا عن الفسخ ذاته¹.

- يتم استلام الأشغال المنفذة طبقا للنصوص العقد و دفتر الشروط، كذلك يتم تصفية العقد، كما يجب على المقاول أن يقوم بإثبات الأشغال التي تم تنفيذها أو الأجزاء المنفذة من هذه الأشغال، و أن يقوم كذلك بإجراء جرد للمواد الخام و وصف المواد و التجهيزات و الأدوات المتعلقة بالعمل، و كذلك عليه ان يعد محضرا يضمنه استلام الأشغال أو الأجزاء المنفذة منها².
- لا يتحمل المقاول المصروفات التي تتفقها الإدارة من أجل إبرام عقد جديد لتنفيذ الأشغال العامة المتبقية من العقد الأصلي، كما أن الإدارة لا تستطيع إبرام عقدا جديدا إلا بعد فسخ العقد الأصلي³.

الفرع الثالث: الآثار الخاصة بالفسخ على حساب و مسؤولية المتعاقد

يترتب على هذا النوع من الفسخ كافة الآثار التي تترتب على الفسخ المجرد، إلا أنه في الفسخ الجزائي على المسؤولية التعاقدية يتحمل المتعاقد كافة المخاطر التي تنتج عن إبرام عقد جديد مع غيره، و أمام هذه الاختلافات مع النوع الأول يؤدي إلى اختلاف الآثار المترتبة عنه و تكمن أهمها فيما يلي:

- إبرام صفقة جديدة مع متعامل متعاقد آخر لإنجاز الالتزامات التي تخلف عن المتعاقد الأصلي و للمصلحة المتعاقدة أن تختار كيفية الإبرام التي تراها ملائمة⁴، فلها أن تلجأ إلى إجراء المناقصة، كما لها أن تلجأ إلى التراضي و هذا حسب المواد 51~59، من المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر⁵.

¹ سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص160.

² بوسنة ليندة، المرجع السابق، ص 96.

³ مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع نفسه، ص355.

⁴ سعيد عبد الرزاق باخبرية، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة عملية لنيل الدكتوراه في القانون العام،

كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص361.

⁵ أنظر المواد: 51-59 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

- يتحمل المتعاقد الأصلي كافة النفقات، التي تفرضها عملية التعاقد مع متعاقد جديد بما في ذلك الثمن الناتج عن الصفقة الجديدة، مشمولاً بأيّة زيادات ناتجة عن ارتفاع الثمن الناشئ عن إطالة مدة التنفيذ، و هذه الزيادات يمكن خصمها من المبالغ المستحقة له¹.

¹ يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة و في قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، بحث للحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، معهد الحقوق و العلوم السياسية و الإدارية، الجزائر، 1977، ص144.

خلاصة الفصل الثاني:

و من خلال هذا الفصل استنتجنا بأن للمصلحة المتعاقدة ليس سلطات وقائية فقط بل لها سلطات علاجية والتي تتمثل في فرض الجزاءات المالية و جزاء فسخ العقد، ذلك عند و جود أي خلل من شأنه عرقلة تنفيذ الصفقة العمومية، فالمصلحة المتعاقدة فرض الجزاءات المالية في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما، و كذلك تستطيع المصلحة المتعاقدة تسليط جزاء الفسخ و هو إنهاء الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد بصفة نهائية.

بعد دراسة موضوع السلطات الاستثنائية للإدارة في الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، يمكن استخلاص أهم النتائج التي تم التوصل إليها فضلا عن بعض التوصيات والاقتراحات التي يمكن تقديمها في إطار هذا الموضوع .

اتضح لنا بجلاء مدى حجم السلطات والامتيازات الضخمة الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، باعتبارها المشرفة على كل ترتيبات السابقة و اللاحقة لإبرام الصفقة العمومية وتنفيذها والتي تجعلها تمارس هذه السلطات المخولة لها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة من دون وساطة القضاء، و ليست بحاجة إلى تضمين الصفقة نصا يسمح لها بممارسة هذه السلطات، فهي تستمدّها من الطبيعة والخصائص الذاتية التي تميز الصفقات العمومية والتي يراعى دائما في تنفيذها تغليب الصالح العام على الصالح الخاص .

إن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطاتها والمتمثلة في سلطة الرقابة والتعديل وتوقيع الجزاءات حق ثابت ومؤكّد لها في كافة الصفقات العمومية، غير أنّ استعمالها يكثر بصدّد صفقات اللوازم وصفقات الأشغال العامة، حيث تصل مداها في هذه الأخيرة كونها تتمتع بطبيعة خاصة تميزها عن سائر الصفقات الأخرى، حيث تظل المصلحة المتعاقدة صاحب الحقيقي للمشروع، وبالتالي يتعين على المتعامل المتعاقد ليس فقط الالتزام ببنود وشروط الصفقة، وإنما أيضا احترام الأوامر المصلحية التي تصدرها إليه المصلحة المتعاقدة بمناسبة ممارستها كل من سلطتي الرقابة والتعديل.

تبدو مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية أكثر أهمية من مرحلة إبرامها، من حيث أنها تبرز بوضوح طبيعتها الذاتية، والامتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في ظلها وهو الأمر الذي نعتقد أنه يتطلب تغطيتها تشريعا بصورة كاملة لا سيما في تشريعات الصفقات العمومية، إذ لوحظ وجود بعض الثغرات والنواقص فيما يخص مرحلة التنفيذ التي لا تقل أهمية من مرحلة الإبرام، كونها المرحلة التي تبرز فيها العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد.

تتمتع السلطات المخولة للمصلحة المتعاقدة بخصوصيات تعكس استقلال كل منها على حدّ، غير أنّها تتداخل فيما بينها من خلال تأثير كل منها بالأخرى .

تتأثر سلطة توقيع الجزاءات باستعمال المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الرقابة وفي تعديل الصفقة، فإذا كان لا يتصور فرض الجزاء على المتعامل المتعاقد بسبب قيام المصلحة المتعاقدة

بتعديل شروط الصفقة، فإن إخلال المتعامل المتعاقد الجسيم للأوامر المصلحية الصادرة عنها أثناء ممارسة سلطة الرقابة يعد أحد الأفعال التي تبرر للإدارة توقيع الجزاء عليه.

إن سلطة توقيع الجزاءات لا تهدف فقط إلى إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة لأطراف العلاقة التعاقدية ولا تتسم بطابع العقوبات التي توقع على المتعامل المتعاقد وإنما هدفها الأساسي هو الوصول إلى تنفيذ الصفقة في المواعيد المقررة ووفقا للشروط المتفق عليها، وهي سلطة متدرجة تبدأ بالجزاءات التي لا تواجه الأخطاء الجسيمة كالجزاءات المالية وتنتهي بالجزاءات الفاسخة التي تواجه الأخطاء الجسمية التي يرتكبها المتعامل المتعاقد إذ لا تستهدف سلطتي الرقابة و التعديل مجرد متابعة تنفيذ الالتزامات التعاقدية فقط وإنما هدفها الأساسي هو ضمان تنفيذ الصفقة بصفة مرضية حسب ما تتطلبه المصلحة العامة.

و في الأخير و مما سبق توصلنا إلى جملة من النتائج و التوصيات تتمثل فيما يلي :

أولاً: النتائج:

- تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات هامة اتجاه المتعامل المتعاقد من خلال سلطة الإشراف و التوجيه و توقيع الجزاءات و كذا سلطة إنهاء العقد.
- أساس هذه السلطات هي استهداف المصلحة المتعاقدة تحقيق المصلحة العامة، و لها الحق في إستعمالها من أجل حماية المال العام و تحقيق مقتضيات المصلحة العامة.
- بالرغم من السلطات الواسعة للمصلحة المتعاقدة إلا أنها تبقى خاضعة لمبدأ المشروعية، فهي تخضع للقانون نقاديا لأي تعسف من طرفها، حيث توخى المشرع الموازنة بين المصلحة العامة و مصلحة المتعامل المتعاقد.
- السلطات الواسعة التي منحها المشرع للمصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد، غير فعالة، الأمر الذي يستدعي ضرورة تفعيلها ضمانا للتنفيذ الحسن للصفقة العمومية.
- عدم النص صراحة على سلطة المصلحة المتعاقدة الرقابية بشكل واضح وجلي.
- عدم تحديد أجال الإعذار التي بنفاذها يتم تطبيق سلطة الفسخ ولم يذكر البيانات الواجب نكرها في الإعذار.
- لم يحدد المشرع الإجراءات الواجب إتباعها لإبرام الملحق.

- يعاب على أن المشرع حدد مبلغ كفالة التعهد لصفقة الأشغال واللوازم ولم يحدد مبلغ كفالة التعهد الخاص بصفقة الدراسات والخدمات والتي تسمح للمصلحة المتعاقدة بمصادرتها في حال التنفيذ الغير مطابق.
- لم يفصح المشرع عن رؤيته بشكل واضح فيما يخص مسألة تقدير المصلحة المتعاقدة للتعويض كجزء مالي.
- خلو تشريع الصفقات العمومية من الإشارة إلى الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعامل المتعاقد، غير أن دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة لمح باقتضاب شديد إلى هذا النوع من الفسخ.
- استمرار العمل بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقة الأشغال العامة رغم أنه يحمل في تأشيراته نصوصا فرنسية ملغاة تماما، مما يجعله من الناحية القانونية ملغى، وعلى الرغم من أهميته فإن كثيرا من أحكامه تتعارض مع التنظيم الحالي للصفقات العمومية.

ثانيا: التوصيات:

- لمواجهة هذه النقائص مستقبلا لابد من تقديم بعض الاقتراحات التي يمكن للمشرع الجزائري مراعاتها واستيعابها فيما يلي:
- الموازنة بين سلطات المصلحة المتعاقدة وحقوق المتعامل المتعاقد معها بشكل يضمن حقوق كال الطرفين.
 - تقييد سلطة الإدارة بنصوص قانونية جديدة توضح كل سلطة ومجال تطبيقها وحدودها و الجزاءات المترتبة على مخالفتها.
 - سد الثغرات التشريعية المتعلقة بعملية تنفيذ الصفقة العمومية، خاصة أنها أهم مرحلة أين تبرز فيها سلطات المصلحة المتعاقدة سواء التي تهدف إلى متابعة تنفيذها أو إلى التعديل فيها، وذلك بأن يحرص المشرع على النص للسلطات المخولة للمصلحة المتعاقدة أثناء هذه المرحلة وتخصيص لها قسم خاص بها في قانون الصفقات العمومية .

- يتعين إصدار دفاتر الشروط المتعلقة بصفقات اللوازم وتعديل دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 بما يتلاءم و المعطيات والحقائق الحالية لتنفيذ الصفقات العمومية خاصة أن القانون يتطلب صدور هذه الدفاتر بموجب مرسوم تنفيذي¹.
- اكتفى المشرع في المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-2476 بإحالة موضوع تحديد نسب اقتضاء غرامة التأخير إلى بنود الصفقة وعليه، نقترح بأن يقوم المشرع بوضع النسب التي يراها مناسبة ويفصلها ويحددها في كل نوع من الصفقات على حدى وذلك أسوة بالمشرع المصري.
- نصي المشرع بتطوير النصوص التشريعية التي لمح فيها إلى مسألة التعويض وبيعد صياغتها بشكل يبيح للمصلحة المتعاقدة تقدير التعويض بنفسها، كما هو مستقر في فرنسا كما تمّ توضيح ذلك سابقا، حيث أنه من غير المنطقي أن تحرم المصلحة المتعاقدة من اقتضاء التعويض بنفسها طالما اعترف لها المشرع بمصادرة التأمين من جانب واحد.
- كان مستحسنا أن ينص القانون على الجزاءات الضاغطة وضرورة تحديد الأخطاء والأفعال التي تبرر توقيع هذا الجزاء، لتفادي أي تعسف من طرف المصلحة المتعاقدة أثناء توقيعه، حيث يجب عليها أن تراعي التناسب بين الخطأ والجزاء المقرر له.
- يفترض على المشرع استكمال البناء التشريعي لجزاء الفسخ ما دام قد تضمن مرسوم الصفقات العمومية صراحة سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيعه لاسيما في المادة 149 منه وذلك بإضافة فقرات لهذه المادة تتضمن أهم حالات الفسخ الجزائي وكذلك تقنين الأخطاء التي تبرر هذا الجزاء حتى لا تترك لمحض تقدير المصلحة المتعاقدة التي قد تتعسف في تكييفها القانوني مع الأخذ بعين الاعتبار الجزاء المناسب لها بهدف وضع حد للسلطة التقديرية للإدارة في هذا المجال.

وكختام يمكن القول أن سلطات المصلحة المتعاقدة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 لم تأتي بصفة اعتباطية أو كامتياز للإدارة وإنما جاءت مراعاة للمصلحة العامة وما تتطلبه ضرورة سيرورة المرفق العام بانتظام وحماية المال العام من احتيال المتعاملين المتعاقدين في ظل انعدام نصوص يخضعون لها.

¹ - 247-15 على أنه: "دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة واللوازم

أولاً : الكتب

باللغة العربية:

- د.عمار بوضياف ،الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية و قضائية و فقهية)،ط1،جسور للنشر و التوزيع ،الجزائر، 2007.
- د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2009.
- د.عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر بين نظام الوحدة و الازدواجية، دار ربحانة، الجزائر، طبعة أولى،2000.
- د.عمار بوضياف، المنازعات الإدارية، القسم 2،ط1،جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013.
- محمد الصغير بعلي، القرارات و العقود الإدارية ،دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر عنابة،2017.
- عادل بو عمران ،النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية (دراسة تشريعية فقهية و قضائية)،دار الهدي-الجزائر،2010.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الكتب القانونية مصر، 2005.
- نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية -دراسة مقارنة- ط1، منشورات الزين الحقوقية :مصر 2010.
- ابراهيم طه فياض، العقود الإدارية ، ط 1، مكتبة الفالح -الكويت 1981.
- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة)، ط5، جامعة عين شمس، دار الفكر العربي- مصر 1999.
- كنعان نواف، القانون الإداري، ط1، الكتاب الثاني دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان،2003.
- محمد أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1997 العدد الأول.
- محمود عاطف البناء، العقود الإدارية،(ط1) دار الفكر العربي القاهرة،2007.

- حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، (ط1) دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010.
- ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء 2 ، لباد للنشر، ب ط، الجزائر، 2004.
- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة الفكرية، ب ط، مصر، 1973.
- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد الثبوت، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري في القانون الإداري الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007 .
- رشا محمد، جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010
- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ و أحكام القانون الإداري، (د ط)، منشورات حلبي الحقوقية بيروت، 2005.
- مفتاح خليفة عبد الحميد: إنهاء العقد الإداري، طبعة 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.

باللغة الأجنبية:

- André De L'aubader : « traité théorique des contrats administratifs », Tome3, Paris, 1956.

ثانيا : الرسائل والمذكرات الجامعية

1- رسائل الدكتوراه:

- سعيد عبد الرزاق باخبرية، سلطة الإدارة الجزائرية أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة عملية لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007.

2- مذكرات الماجستير:

- سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة اجتاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2013.
- خالد سليمان أسود العنزي، عقد التوريد الإداري، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويتي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام.
- شقمطي سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار-عنابة-، 2011.
- بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام المعمق، جامعة أبي بكر بالقايد - تلمسان، 2014.
- يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة و في قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، بحث للحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، معهد الحقوق و العلوم السياسية و الإدارية، الجزائر، 1977.

3- مذكرات الماستر:

- أزرايب نبيل، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر بسكرة 2015-2016.
- بوسنة ليندة، سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015-2016.
- عطه صوفيان، عروج يونس، النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع قانون عام، تخصص قانون الجماعات الإقليمية، جامعة عبد الرمحان ميرة، 2015/2016.
- محمد بوناب، سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص منازعات عمومية، جامعة العربي بن مهدي ام البواقي 2015/2016.
- زرناجي وليد، التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مذكرة

تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اداري، جامعة محمد خيضر بسكرة
،2015- 2016.

- محمد بوناب ،سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم
الرئاسي 15/247 مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص منازعات عمومية، جامعة العربي بن
مهدي ام البواقي 2016/2015.
- موهوبي مراد، امتيازات السلطة العامة في تنفيذ الصفقة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر
في الحقوق، فرع القانون العام، تخصص قانون الجماعات المحلية، 2018/2017.
- صياد رحيمة ،سعيد كاتية، ضمانات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفقا
للمرسوم الرئاسي 15-247،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ،فرع قانون عام ،كلية
الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة بجاية ،2016.
- بن دراجي عثمان، سلطات المصلحة المتعاقدة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة
لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، 2016/2015.
- عبد الكريم بولقداير، سلطة تدخل الإدارة في تعديل الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل
شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري ،جامعة محمد خيضر بسكرة،
2014/2013.
- خليفي جمال عبد الناصر، الملحق في الصفقة العمومية ،مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص
قانون الشركات، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2016.
- عبلاش كاهنة، علي سوهيلة، الضمانات العقدية في الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل
شهادة الماستر، فرع القانون الاقتصادي للأعمال، تخصص القانون العام للأعمال ،جامعة
عبد الرحمن ميرة -بجاية، 2015.

ثالثا : المقالات

- موريس أندري فلام، عقود الأشغال الإدارية، مقالة عن الأشغال العامة -مترجم- مجلة العلوم
الإدارية ،مصر.

رابعا : المحاضرات

- نادية تياب، محاضرات في مادة الصفقات العمومية ،أقيت على طلبة السنة ثانية ماستر،
جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، السنة دراسية 2014 / 2015

خامسا : النصوص القانونية

- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق لـ 07 أكتوبر سنة 2010 ،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج ج، العدد 58، الصادرة في 07 أكتوبر 2010.
 - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2015 ،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، ج ر ج ج، العدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.
 - القرار الوزاري المؤرخ في 1964/12/21 المتضمن دفاتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الاشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء و الاشغال العمومية والنقل، ج ر ج ج رقم 06 بتاريخ 19 جانفي 1965.
- رابعا : الاجتهاد القضائي
- المحكمة العليا الغرفة الإدارية، قرار رقم 64145، بتاريخ 16/12/1989، المجلة القضائية، العدد الأول، 1991.

الفهرس

الصفحة	العناوين
02	مقدمة
08	الفصل الأول: سلطات الادارة في الرقابة على تنفيذ العقد وتعديله
09	المبحث الأول: سلطة الادارة في الرقابة على تنفيذ العقد
10	<u>المطلب الأول: مفهوم الرقابة على تنفيذ العقد</u>
10	الفرع الأول: سلطة الرقابة بالمعنى الضيق
11	الفرع الثاني: سلطة الرقابة بالمعنى الواسع
12	<u>المطلب الثاني: أساس سلطة الرقابة على تنفيذ العقد</u>
13	الفرع الأول: الأساس التشريعي لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد
14	الفرع الثاني: الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد
15	الفرع الثالث: المرفق العام كأساس لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد
16	<u>المطلب الثالث: ضوابط استعمال سلطة الرقابة على تنفيذ العقد</u>
16	الفرع الأول: الضابط العام
18	الفرع الثاني: الضابط الخاص
19	<u>المطلب الرابع: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ العقد</u>
20	الفرع الأول: مظاهر الرقابة على تنفيذ صفقات الأشغال
22	الفرع الثاني: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة اللوازم
23	<u>المبحث الثاني: سلطة الادارة في تعديل العقد</u>
24	<u>المطلب الأول: مفهوم و أسس سلطة التعديل على تنفيذ العقد</u>
24	الفرع الأول: تعريف سلطة التعديل
26	الفرع الثاني: أسس سلطة التعديل على تنفيذ العقد
29	<u>المطلب الثاني: قيود ممارسة سلطة تعديل العقد</u>
29	الفرع الأول: أن تطراً مستجدات بعد ابرام الصفقة العمومية
29	الفرع الثاني: أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد
30	الفرع الثالث: أن يصدر التعديل في حدود المشروعية
30	الفرع الرابع: اقتصار التعديل على الشروط المتصلة بموضوع العقد

31	الفرع الخامس: اقتصار التعديل على الشروط المتصلة بموضوع العقد المتصلة بالمرفق العام
31	الفرع السادس: احترام قواعد الاختصاص
31	المطلب الثالث: صور سلطة التعديل على تنفيذ العقد
32	الفرع الأول: التعديل في مقدار التزامات المتعاقد
33	الفرع الثاني: التعديل في طرق ووسائل التنفيذ
34	الفرع الثالث: التعديل في آجال تنفيذ العقد
35	المطلب الرابع: آليات ممارسة سلطة التعديل على تنفيذ العقد
35	الفرع الأول: تعريف الملحق
36	الفرع الثاني: شروط الملحق
38	الفرع الثالث: حالات خضوع الملحق للرقابة من عدمه في العقود
40	الفرع الرابع : أنواع الملاحق
42	ملخص الفصل الأول
44	الفصل الثاني: سلطات الادارة في فرض العقوبات وانهاء العقد
45	المبحث الأول : سلطة توقيع العقوبات المالية على المتعامل المتعاقد
46	المطلب الأول: الغرامة التأخيرية
46	الفرع الأول : تعريف الغرامة التأخيرية
49	الفرع الثاني : خصائص الغرامة التأخيرية
52	الفرع الثالث : الإعفاء من الغرامة التأخيرية
53	المطلب الثاني: مصادرة مبلغ الضمان في ظل المرسوم الرئاسي 15-247
54	الفرع الأول : تعريف مصادرة التأمينات
55	الفرع الثاني: خصائص مصادرة التأمينات
56	الفرع الثالث: أنواع مصادرة التأمينات
57	الفرع الرابع : الإعفاء من تقديم الضمان
58	المطلب الثالث: التعويض
59	الفرع الأول: تعريف التعويض
59	الفرع الثاني : خصائص التعويض

61	الفرع الثالث: كيفية تحصيل التعويض
61	المبحث الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد
62	المطلب الأول: تعريف الفسخ الجزائي للصفقة العمومية (إنهاء العقد)
63	المطلب الثاني: شروط الفسخ الجزائي
63	الفرع الأول: ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم
64	الفرع الثاني: وجوب الإعذار
65	المطلب الثالث: أنواع الفسخ الجزائي للصفقة العمومية
65	الفرع الأول: فسخ الصفقة دون قيد
66	الفرع الثاني : الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد
66	المطلب الرابع: الآثار الناجمة عن فسخ الصفقة
67	الفرع الأول : الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ
67	الفرع الثاني : الآثار الخاصة بالفسخ دون قيد
68	الفرع الثالث: الآثار الخاصة بالفسخ على حساب و مسؤولية المتعاقد
70	خلاصة الفصل الثاني
72	الخاتمة
78	قائمة المصادر و المراجع
84	الفهرس

ملخص:

لا شك في أن الصفقات العمومية من أبرز العقود التي تبرمها الإدارة العامة لا سيما و أنها تتعلق بالمال العام و المصلحة العامة و المرفق العام و بالنظر إلى هذه الأهمية أولاها المشرع الجزائري العناية الكبيرة و ذلك عند صدور أول قانون للصفقات العمومية بموجب الأمر رقم 90/67 و إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، حيث أقر هذا المرسوم إصلاحات هامة تدعم سلطات الإدارة العامة في مواجهة المتعاملين معها .

ولأجل إبراز ذلك تناولنا هذا الموضوع من خلال مذكرتنا التي عالجت إشكالية كيف عالج القانون الجزائري السلطات الاستثنائية للإدارة في قانون الصفقات العمومية؟، و ذلك بتقسيمه إلى فصلين تطرق أولهما إلى سلطات الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد وتعديله و ثانيهما سلطات الإدارة في فرض العقوبات وانهاء العقد.

Résumé

Les marchés publics sont indéniablement parmi les plus éminents contrats que l'administration publique conclue étant donné du lien qu'il a avec les deniers publics, l'intérêt public et le service public et la grande importance accordée par le législateur algérien et ce dès la promulgation de l'ordonnance 67/90 jusqu'au décret présidentiel 67/90 portant organisation des marchés publics et les délégations du service public qui a approuvé de réformes pertinentes soutenant l'administration publique face à ses partenaires.

Le présent mémoire traite de ce sujet et tente de répondre à la problématique suivante: Le législateur algérien a-t-il accordé au service contractant les moyen légaux pour imposer son autorité à l'opérateur contractant dans le cadre du décret 15/247? Nous l'avons divisé en deux chapitres; le premier est consacré aux pouvoirs de l'administration lors de contracter, quant au deuxième chapitre, il traite des pouvoirs de l'administration dans la phase d'exécution.