جامعة زيان عاشور – بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

منازعات ملحق الصفقة العمومية في التشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص إدارة ومالية

إعداد الطالب :

أسامة قويدر زفزاف

إشراف الأستاذة :

د/عائشة خلدون

لجنة المناقشة :

1-..... رئيسا

1-..... مقررا

1-..... مناقشا

السنة الجامعية : 2017/2016

الإهداء

إلى روح أبي الزكية الطاهرة

إلى أمي العزيزة الغالية أدام الله عافيتها

إلى إخوتي حفظهم الله إلى زوجتي وأبنائي الأعزاء

إلى طلبة وعمال وإدارة جامعة الجلفة

إلى كل هؤلاء وهؤلاء أهدي هذا البحث

أسامة زفزاف

تشكرات

أتقدم بجزيل الشكر والإمتنان العظيم والتقدير العميق

إلى الأستاذة المشرفة الدكتورة خلدون عائشة لما منحته لي من وقت وجهد وتوجيه وإرشاد وتشجيع كذلك أتقدم بالشكر لأساتذتي الكرام وكل من ساهم في تعليم وأخص بالذكر الأستاذ الخلوق بورزق أحمد كما

أشكر كل من ساعدنا من قريب أو بعيد

المقدمة

تعد الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية التي تخضع إلى طرق خاصة عند إبرامها وتنفيذها، ولرقابة متنوعة ترشيدا للنفقات العامة، كما أنها وسيلة تنفيذ مخططات التنمية والبرامج والخطط الاستثمارية الموضوعة من قبل السلطة المركزية والتي يتم تنفيذها من قبل الإدارة المعنية بهدف تنشيط العجلة الاقتصادية من خلال زيادة حجم النفقات العامة وبالتالي اللجوء إلى الطلبات العامة.

ولقد اعتنت منظومتنا القانونية بالصفقات العمومية، بحيث أخضعها المشرع الجزائري لتشريع متميز ومستقل، وهو تشريع الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي يمنح للمصلحة المتعاقدة جملة من السلطات والامتيازات غير المعروفة في القانون الخاص، من أهمها سلطة التعديل الانفرادي للصفقة بأنواعها وأشكالها، حيث يمكن للمصلحة المتعاقدة تعديل أحكام الصفقة العمومية بإرادة واحدة وإلزام الطرف الآخر بهذا التعديل، دون التفاوض معه حول تعديل بنود هدا العقد. وتمارس المصلحة المتعاقدة هده السلطة أو الصلاحية عن طريق الملحق وفق إجراءات وشروط محددة ودقيقة، وان رأى المتعامل المتعاقد أن المصلحة المتعاقدة قد أخلت بالشروط أو الإجراءات التي يجب عليها إتباعها لممارسة هده السلطة أو الصلاحية فهنا يحدث التصادم بينهما ودالك فيما يتصل بمدى مشروعية استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطتها اتجاه المتعامل المتعاقد معها، وهدا ما يؤدي إلى رفض واعتراض الطرف المتضرر ،وبالتالي قيام المنازعة.

1 الإشكالية

سنتناول هذه الدراسة وفق الإشكالية التالية: "**كيف عالج القانون الجزائري قواعد تسوية المنازعات المتعلقة بملحق الصفقة العمومية** "

2-أهمية ودوافع الدراسة

لقد قمت باختيار هذا الموضوع كونه الموضوع الأكثر جدلا وتعقيدا في الصفقات العمومية وكذلك الرغبة في تسليط الضوء على جانب ظل ولا يزال محل نظرة ريبة وشك في أنه مجال خصب للفساد لغياب إطار قانوني يضبطه،كما تكتسب تسوية منازعات ملحق الصفقة العمومية أهميتها النظرية لتخلف مؤلفات متخصصة في هدا المجال ،إضافتا إلى أن معظم الدراسات السابقة لهدا الموضوع لم تتناول هدا النوع من التسوية ، بل اكتفت بالتركيز على سلطة الإدارة في

تعديل العقد كما أن صدور القانون الجديد للصفقات العمومية 247/15 والذي مازال محل مناقشات وندوات في الجزائر عن كيفية تطبيقه شجعني للخوض في هذا الموضوع.

3-أهداف الدراسة:

إن الغاية الأساسية من الدراسة هو تسليط الضوء على الجانب القانوني للملحق في الصفقة العمومية وكذلك التنظيمات التي تحكمه لغرض توضيح دوافع إبرام الملحق وشروط التعديل في الصفقة الأصلية، وتطرق لمدى تأثير إبرام ملاحق دون سقف مالي محدد على المنافسة الحرة وتوازن الصفقة الأصلية ونزاهتها،

كما تهدف الدراسة لإبراز دور التسوية الودية لمنازعات الصفقة الأصلية ودور لجان التسوية في ذلك قبل اللجوء للقضاء.

بالإضافة إلى الاختصاص القضائي بنظر في منازعات الملحق وطرق الطعن في القرارات الصادرة في مجال منازعات ملحق الصفقة العمومية.

4-المنهج المتبع

اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع المنهج الاستقرائي، من خلال دراسة مختلف النصوص القانونية التي جاءت في المرسوم التنظيمي للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،15-247 والقانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية والقانون 06-01 المتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته، مما جعلنا نستعين بالمنهج الاستدلالي بغية الربط بين هده النصوص القانونية المتفرقة، وكذلك المراسلات الإدارية المدعمة للموضوع.

ولبلوغ الهدف من هذه الدراسة قسمن هذا الأخير تقسيما ثنائيا من خلال فصلين تناولنا في الفصل الأول آلية الملحق لتعديل الصفقة العمومية والذي تم تقسيمه إلى مبحثين، جاء المبحث الأول تحت عنوان: **ماهية الملحق**،أما المبحث الثاني تحت عنوان: **دوافع إبرام الملحق وتحديد السقف المالي.**

في حين الفصل الثاني جاء معنون **بتسوية المنازعات المتعلقة بملحق الصفقة العمومية** الذي قسم بدوره إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول: **التسوية الودية للمنازعات المتعلقة بملحق الصفقة العمومية** والمبحث الثاني تم إفراده إلى **التسوية القضائية للمنازعات المتعلقة بملحق الصفقة العمومية.**

الفصل الأول:

آلية الملجوء لتعديل الصفقة العمومية

تمهيد:

تتميز الآثار القانونية لإبرام الصفقات العمومية عن أثار بقية عقود القانون الخاص بخصائص ومميزات، أهمها أن السلطات الإدارية المتعاقدة تتمتع بحقوق وسلطات أوسع مدى من حقوق الطرف المتعاقد معها.

إن آثار الصفقات العمومية لا تقتصر على تلك الحقوق والالتزامات التي تتولد وتنشأ عن الصفقة العمومية وقت إبرامها بل تشمل حقوق والتزامات أخرى تتولد في وقت لاحق نتيجة استخدام السلطة الإدارية لحقها في تعديل شروط الصفقة عكس ما هو الحال عليه في عقود القانون الخاص حيث لا يجوز لأحد طرفي العقد أن ينفرد بتعديل شروط والتزامات المتعاقد.

ويعتبر الملحق آلية الإدارة في تعديل بنود عقد الصفقة العمومية.

المبحث الأول: ماهية الملحق

إن من أبرز الآثار المترتبة عن إبرام الصفقات العمومية هي سلطة الإدارة في تعديل بعض شروط الصفقة بالإرادة المنفردة لها، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ويقصد بسلطة التعديل حق المصلحة المتعاقدة في تغيير التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد لتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها ولها أن تتناول الأعمال والكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقصان على خلاف ما ينص عليه العقد.

وللتطرق لسلطة تعديل الصفقات العمومية، سنتناول نشأتها أولا ثم سنحاول بعد ذلك تسليط الضوء على آلية الملحق، وذلك من خلال: المطلبين التاليين:

المطلب الأول: نشأة فكرة سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري الصفقة العمومية.

المطلب الثاني: مفهوم الملحق وشروط إبرامه.

المطلب الأول: نشأة فكرة سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري الصفقات العمومية.

لم تكن فكرة العقد الإداري قد تبلورت بالقدر الكافي، فكان يُنظر إلى الإدارة بوصفها مقيدة بما تعهدت به، ولا تستطيع تعديله بإرادتها المنفردة ولكن يجب أن يكون هناك نص صريح يجيز لها ذلك تماشيا مع القوة الإلزامية للعقد المعمول به في نطاق القانون الخاص.

وقد ساد هذا الاتجاه حتى مطلع القرن العشرين، وإن كان قد تم التحقيق منه بإيراد بعض التحفظات عليه، ومثال ذلك القول بأنه إذا كانت الإدارة المتعاقدة لا تملك بصفتها هذه إدخال أي تعديل على نصوص العقد إلا أنها وبوصفها سلطة ضبط إداري مكلفة بالمحافظة على الأمن والسكينة تستطيع اتخاذ ما تشاء من إجراءات ولو أسفر ذلك عن تعديل شروط العقد.[1]

هذا وقد ثار خلاف فقهي حول فكرة تعديل العقد، وانقسمت الآراء الفقهية بين معارضين ومؤيدين لها، لذلك سوف نتطرق لهذه الآراء الفقهية لنصل فيما بعد إلى موقف الفقه العربي ثم نعرج بعد ذلك إلى موقف الفقه الجزائري وذلك فيما يلي:

أولا: الآراء المنكرة لسلطة الإدارة في التعديل

في نهاية القرن التاسع عشر كان فقهاء القانون العام الفرنسي يرون وفقا للرأي الساند آنذاك التزام الإدارة باحترام العقد، شأنها في ذلك شأن الأفراد المتعاقدين معها، ذلك أن القانون لم ينص بنصوص خاصة وبالتالي لا يكون لها مركز متميز عن مركز هؤلاء الأفراد ولا ينال من ذلك مشروعية الهدف الذي تسعى إليه من وراء التعديل ن وقيل أن احترم التعهدات التعاقدية تعتبر الضمان الأساسي لاستقرار العلاقات التعاقدية والقانونية وأنه يتعين على الدولة أن تعطى القدرة للأفراد لاحترام تعهداتها التي ضمنتها في عقودها، وأن الضرر الذي يترتب على مساس الإدارة بمبدأ احترم العقود واحترام الحقوق المكتسبة سيكون أشد وأفدح من النفع العام الذي تهدف إلى تحقيقه من جراء هذا المساس.[2]

---

[1] – حمد محمد حمد الشلماني، **امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 145.

[2] – المرجع نفسه ، ص 147.

ولعل الفقيه الفرنسي لولييه "L'Huillier" يعد من أبرز من ناهضوا سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة ، حيث يرى أن سلطة التعديل الانفرادي المقررة للإدارة في عقودها الإدارية ترتكز على فكرة زائفة ابتدعها الفقهاء وأنها لم تؤيد بأحكام من مجلس الدولة الفرنسي إذ أن الأحكام التي قررت وجود هذه السلطة كحل لحالة خاصة يمكن تفسيرها من دون حاجة إلى القول بأن العقود الإدارية تخرج عن تلك القاعدة الأساسية التي تقتضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، كما أنه توجد أحكام متعددة تنكر صراحة على الإدارة التي تعاقدت سلطة التعديل الانفرادي المزعومة.[1]

وقد استند (لولييه) لتأييد رأيه إلى ثلاثة أحكام صادرة عن مجلس الدولة الفرنسي صدر أول حكم في 23-05-1936 في قضية قرية(فيزنييه)[2]وأما الحكم الثاني فقد صدر في 11-07-1941 في قضية مستشفى (شوني)[3]، والحكم الصادر في قضية مدينة (ليموج) الصادر في 19-01-1946 وقد خلص (لولييه) إلى أن الإدارة لا تملك إلا السلطات المخولة كما بموجب النصوص الصريحة، وأنَّ هذه النصوص كثيرا ما توجد في دفاتر الشروط، ومع كثرة تكرارها افترض القضاء وجودها، وهذه الحلول القضائية ما هي إلا تطبيقا للمادة 1135من القانون المدني الفرنسي التي تطبق على عقود القانون الخاص التي تقضي بأن الاتفاقات لا تقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيها، بل تشتمل أيضا ما هو من مستلزماتها وفقا للعرف والعدالة والقانون،

[1] – أحمد عثمان عياد، **مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 200.

[2] – **قضية فيزنييه:** صدر بشأن نزاع حول ملحق عقد أبرم في فيفري 1923 بين قرية فيزنييه والشركة الملتزمة بتوزيع الغاز في القرية، وتضمن فيما يتعلق بالتعريفة شرطا بمقتضاه تتم المحاسبة على سعر الغاز المورد للأفراد وفقا لنصوص هذا الملحق اعتبارا من آخر ديسمبر التالي لإبرامه، وعند حلول هذا التاريخ طلبت الإدارة تطبيق أسعار أقل قليلا مما توصل إليه الحساب، وعرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسي،حيث قرر المجلس ان عناصر التعريفة التي تضمنها العقد والمدرجة في ملحق سنة 1923 يمكن ان تحسب دون تدخل المدينة، ثم أعلن عن هذه المدينة لها بدون شك السلطة في حالة ما إذا اعترض المنتفعون على طريقة الحساب في أن تتدخل في علاقتهم مع الملتزم لتأكيد احترام نصوص العقد، وليس بهدف فرض تعريفة جديدة لا تتفق ونصوص العقد.

[3] – **قضية شوني:** يتعلق الحكم الصابر في قضية مستشفى (شوني) في صفة عهدتها الإدارة إلى احد المهندسين بوضع المرسوم والتصميمات الخاصة بإعادة بناء مستشفى (شوني)، وبتوجيه أعمال البناء، ونظرا لأن المهندس المتعاقد اضطر أثناء التنفيذ إلى الإقامة في مدينة أخرى فقد اختار مهندسا آخر لمشاركته في أعماله المكلف بها وعرض على الإدارة هذا ١لاختيار فوافقت عليه، إلا انها اشترطت توزيع الأجر المتفق عليه في العقد مناصفة بينهما فريض المهندس المتعاقد هذا الشرط، أما الحكم الصادر في قضية مدينة (ليموج) ، فقد نصَّ على ان الإدارة في حالة تعديلها لعقد الامتياز فهي لا تعدل إلا الحقوق المنصوص عليها في قانون تنظيم المرفق، أما ما عدا ذلك فهو خروج عن العقد.

وحسب طبيعة الالتزام.[1]

ثانيا:الآراء المؤيدة لسلطة التعديل

يلاحظ أن الغالبية العظمى من فقهاء القانون العام تؤكد أنه إذا تضمن العقد نصا يجيز للإدارة الحق في تعديل شروط العقود، فإن هذا النص لا يقرِّر للإدارة حقا، وإنما يعد نصا كاشفا لا منشئا لهذا الحق في تعديل العقد يوجد مستقلا عن النص الوارد بخصوصه بل إنَّ هذا الحق ثابت للإدارة حتى في حالة خلو العقد أو دفتر الشروط[2]عن هذا النص أو حتى إذا دخلت القوانين واللوائح من الإشارة إليه.

ويضيفون بأن حق الإدارة بزيادة أو نقصان الالتزامات الواجب على المتعاقد أداؤها مبدأ عام يسري على جميع العقود الإدارية بلا استثناء وذلك تأسيسه على وجود هذه السلطة بقوة القانون، دونما حاجة إلى النص عليها.

ولقد ذهب العميد هوريو (Hauriou) إلى القول بأن كل عملية إدارية هي عملية احتمالية، بمعنى أته قد يرد أثناء التنفيذ وقفها أو تأجيلها أو تعديلها لأسباب تتعلق بالصالح العام، ويترتب على ذلك أن كل اتفاق يتعلق بعملية إدارية يكون عقدا احتماليا.[3]

كما يلاحظ برنار(Bonnard) وهو بصدد تحليل عقود مقاولات الأشغال العامة أنه لا يطبق عليها مبدأ قدسية الاتفاقات التعاقدية تطبيقا دقيقا، إذ أنه من المفروض في أي وقت أن تفرض الإدارة بإرادتها المنفردة تعديلات في شروط المقاولة.[4]

---

[1] – سهام شقطمى، **النظام القانوني لملحق الصفقة العمومية**. مذكرة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة عنابة.2011.ص 24-25.

[2]– **ترام مرسيليا:** حيث تلخص وقائع هذه القضية في قيام الإدارة بإبرام عقد مع احد الخواص لتأمين النقل العمومي بواسطة (التزام) في مدينة مرسيليا الفرنسية لكنها اتخذت بعد نلك قرارا يفرض على الشركة صاحبة الامتياز الزيادة في عدد السفرات المخصصة لفصل الصيف لمواجهة تزايد الطلب خلال هذه الفترة ، فقامت هذه التركة بدعوى قضائية لإلغاء قرار الإدارة نظرا للمعارضة مع بنود العقد، ولكن مجلس الدولة الفرنسي رفض هذه لدعوى وأقرّ حق الإدارة في إدخال التعديلات اللازمة لمواجهة المتطلبات الجديدة للمرفق العام اعتمادا على نص قانوني يسند للإدارة اختصاص تحديد السفرات وأوقاتها.

[3] – سهام شقطمى، **مرجع سابق**، ص 22.

[4] – حمد محمد الشلماني، **مرجع سابق**، ص149.

كما يرى الأستاذ بيكييو (Pequignot) انه ليس هناك حقوق مكتسبة يمكن أن تحول بين الإدارة وبين تعديل المرق العام بقصد الوصول إلى أداء حسن أو إلى تطوير المرفق ليساير أهدافه، وبالتالي يكون للإدارة الحق في التعديل الانفرادي لشروط العقد المتعلقة بالمرفق العام وإن هذه هي فكرة العقد الإداري التي تقف في مواجهة المبدأ الأساسي السائد في القانون الخاص، وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد.[1]

وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بفكرة تعديل العقود الإدارية أول في 21-02-1910 في القضية الخاصة بشركة (ترام مرسيليا) المتعلقة بعقد التزام مرفق عام، ثم اهتدت هذه السلطة لتشمل العهود كافة.

ولاقت هذه السلطة القبول لدى الفقه والقضاء الإداريين وأصبحت الإدارة تفرض بإرادتها المنفردة على المتعاقد مع تغيير أحد شروط العقد كمدّته أو أوضاع تنفيذه أو كمية الأعمال المراد تنفيذها.[2]

ثالثا: موقف الفقه العربي

يأخذ الرأي الراجح في الفقه العربي بحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، حيث يرى الأستاذ محمد فؤاد مهنا :"أن حق الإدارة في تعديل العقد الإداري، بإرادتها المنفردة مسلم به بصفة عامة من جانب الفقه والقضاء ، وهو حق مقرّر للإدارة كمبدأ عام بالنسبة لكل العقود الإدارية ، ولو لم ينص عليه العقد ، وليس معنى ثبوت حق الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة أنها غير ملزمة باحترام العقود التي تبرمها ، ولكن معنى ذلك أن مبدأ عدم جواز تعديل العقد إلا برضا الطرفين ، وهو المبدأ المقرر في القانون المدني بالنسبة لعقود القانون المدني بالنسبة لعقود القانون الخاص، هذا المبدأ ليس واجب التطبيق بصفة مطلقة في العقود الإدارية لأن الإدارة تملك طبقا للمبادئ المسلَّم بها في القانون الإداري حق تعديل شروط العقود الإدارية بضوابط معينة والاتفاق يكاد يكون تاما بين فقهاء القانون العام في فرنسا على أن الشروط التي تقرر حقوق المتعاقد المالية لا يتناولها حق التعديل أما ماعدا ذلك من شروط، وهي التي

[1] – أحمد عثمان عياد: **مرجع سابق**، ص196.

[2] – مازن ليلو راضي، **العقود الادارية في القانون الليبي والمقارن**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 123.

تتعلق بسير المرفق وتنظيمه، فتخضع لقاعدة التعديل".[1]

أما سليمان محمد الطماوي فيحسم الموقف بقوله: أنه مهما كان الخلاف حول سلطة التعديل في فرنسا فإن هذا الحق فوق كل شك في مصر".[2]

ولقد ثار حلاف في الفقه العربي حول حالة ما إذا كانت الظروف لم تتغير ومع ذلك رأت الإدارة أنها أخطأت في تقدير مقتضيات سير المرافق العامة فهل تملك تعديل العقد بما يتفق والحاجات الحقيقية للمرفق العام.

ذهب الأستاذ ثروت بدوي[3] إلى الإجابة بالنفي، فهو يرى أن تدارك خطأها وتفرض على المتعاقد معها تعديل العقد لتلبية احتياجات الجماعة بصورة أفضل ذلك أنه كان يتعين عليها أن تدرس بصورة كاملة مشاريعها قبل أن تعرضها على المتعاقد معها فيما عدا ذلك يسلم الأستاذ ثروت بدوي بأن فكرة السلطة العامة وما تتمتع به الإدارة من امتياز اتخاذ القرارات النافذة من تلقاء نفسها وامتياز تنفيذ قراراتها تنفيذا جبريا إذا لم ينفذها الأفراد اختياريا ، هده الفكرة هي التي تجعل سلطة التعديل سلطة فعلية لها أثارها العملية ، فالإدارة بمقتضى حقها في اتخاذ قرارات ذات طابع تنفيذي ، وبمقتضى سلطتها في التنفيذ المباشر تستطيع أن تفرض على المتعاقد التعديلات التي يقتضيها الصالح العام وتجعل التعديلات نافذة من تلقاء نفسها رغما على المتعاقد.[4]

ويلقى هذا الرأي تأييدا من غالبية الفقه فيما يتصل بتقريره سلطة الإدارة في تعديل العقد إلا أنه يلقى معارضة من بعض الفقهاء، حيث ينكر على الإدارة حقها في التعديل تصحيحا لخطأ وقعت فيه،[5]ويقول هؤلاء الفقهاء أن هذا الرأي يتجاهل الأساس الذي يقوم عليه سلطة التعديل فهي مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة، ومن أولها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير، والمرفق العام يقبل التغير في كل وقت متى ثبت بأعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة.

---

[1] – حمد محمد الشلماني، **مرجع سابق**، ص151-152.

[2] – سهام شقطمى، **مرجع سابق**، ص 24.

[3] – ينظم ثروت بدوي إلى الرأي المؤيد لحق الإدارة في تعديل العقد.

[4] – حمد محمد الشلماني، **مرجع سابق**، ص153.

[5] – سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ،ط3، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1975، ص422.

إن التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسن الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة فسواء أكانت الإدارة مخطئة في تقديراتها فإنه يجب تمكينها من تنظيم المرفق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن.[1]

ويؤكد الدكتور صبيح مسكوني الرأي القائل بتحويل الإدارة سلطة تعديل شروط العقد ويرى أن أساس هذه السلطة هو ضرورة مواجهة متطلبات سير المرافق العامة وتكييفها، وذلك من مراجعة لشروط العقد تبعا لمستلزمات المصلحة الخاصة في سبيل المصلحة العامة بإعادة النظر. في شروط العقد.[2]

رابعا : موقف الفقه في الجزائر

ساير الفقه في الجزائر الرأي المؤيد للسلطة الإدارية في تعليل عقودها بحيث يؤكد أحمد محيو أن : "حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد ، وتحقيق النفع العام هو الهدف الوحيد الذي تستعمل الإدارة العامة من اجله سلطة تعديل الانفرادي ، وأنه من الصعب إنكار وجود سلطة تعديل بصفة انفرادية ، وفي نفس الوقت يشيد على ضرورة ضبط كيفية ممارسة هذه السلطة غير مألوفة في القانون المدني وذلك بصورة لا تتعسف فيها الإدارة وعلى هذا الأساس فإنه إذا اقتضت المصحة العامة ممارسة هذه السلطة فلها ذلك".[3]

أما الأستاذ ناصر لبّاد فيرى أن الإدارة تتمتع إلى حد ما بسلطة تعديل بصفة انفرادية، وسلطة تعديل معترف بها للإدارة باعتبارها طرفا في العقد تميّز العقد الإداري عن عقد القانون الخاص، بحيث أن هذا الأخير لا يمكن تعديله إلا بإرادة وموافقة الطرف الآخر.

إلا أنّ سلطة التعديل هذه، من الطبيعي أن تجد بعض الحدود، لأنه إذا كانت المصلحة

[1] – حمد محمد الشلماني، **مرجع سابق**، ص153.

[2] – المرجع نفسه، ص154.

[3] – أحمد محيو: **محاضرات في المؤسسات الإدارية**: ترجمة محمد عرب مصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1996، ص383-384.

العامة تحتّم تكييف العقد، فإنه لا يمكن أن نتجاهل حقوق ومصالح المتعاقد.[1]

أكد الأستاذ عمار بوضياف، على أنه اعتبار سلطة التعديل أحد أهم مظاهر العقد الإداري التي تميزه عن غيره من عقود القانون الخاص، ويرى أيضا أن كل العقود الإدارية قابلة لتعديل من جانب الإدارة لوحدها، وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة، قد تستطيع الإدارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان ، وهذا الحق ثابت للإدارة لولم يتم النص عليه في العقد بل هو ثابت للإدارة، وإن لم ينص عليه القانون صراحة، ذلك أنّ عقود القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز المفاضلة لطرف على طرف ، فإن العقد الإداري وخلاف ذلك يقوم على فكرة تفضيل مصلحة على مصلحة.

ولما كانت الإدارة تمثل جهة الطرف الذي يسعى إلى تحقيق مصلحة عامة وجب ان تتمتع بامتياز تجاه متعاقد معها تمثّل في أحقيتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون أن يكون للمتعاقد معها حق الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة واستوجبته المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام.[2]

أمّا عن الأستاذ عادل بوعمران فذهب أيضا إلى نفس الاتجاه وهو يرى أنها سلطة ثابتة للإدارة حتى ولم يرد بشأنها نص في دفتر شروط العقد أو في النصوص القانونية، لا يجوز النص على خلافها أو التنازل عنها من قبل الإدارة، ومردّ ذلك أن هذه السلطة تجد أساسا في فكرة المرفق العام وضرورة مسايرته للتطورات التي تستلزمها مقتضيات الصالح العام.[3]

يستفاد ممّا تقدّم أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها بات أمرا محتما سلّم به أغلبية الفقهاء لكن هذه السلطة ليس مطلقة، وإنما تخضع لضوابط يلتزم على جهة الإدارة التقيد بها.

---

[1] – ناصر لبّاد: **الأساسي في القانون الإداري**، ط1، دار المجد، سطيف، 2011، ص12.

[2] – عمّار بوضياف: **شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ط3، 2011، ص201.**

[3] – عادل بوعمران: النظرية العامة للعقود الادارية ، دار الهدى ، الجزائر ، 2010، ص109.

المطلب الثاني: مفهوم الملحق وشروط إبرامه

تطرقنا فيما مضى لسلطة الإدارة في تعديل عقودها، ووجدنا إنها حق ثابت للإدارة ولو لم يتم النص عليه في العقد ، لكن وبالنظر إلى خطورة ممارسة هذا الامتياز من جانب الإدارة، كان لزاما وضعه في قالب قانوني لتنظيم ممارسته ، وهذا ما فعله المشع الجزائري حين نص على هذه الآلية في القسم الخامس من الفصل الرابع المعنون تحت عنوان : الأحكام التعاقدية، إذ تنص المادة 135 من تنظيم الصفقات العمومية على أنه: "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم"[1]، مما يستدعي بنا إلى تحديد مفهوم الملحق وشروط ابرامه

الفرع الأول: مفهوم الملحق

يعتبر الملحق من أبرز سلطات المصلحة المتعاقدة التي تظهر أثناء تنفيذ الصفقات العمومية، وللوقوف على مفهومه سوف نتطرق إلى تعريف الملحق أولا، ثم أنواع الملاحق التي جاء بها تنظيم الصفقات العمومية ثانيا، وذلك فيما يلي:

1. **تعريف الملحق:**لتعريف الملحق يجب أن نتناول تعريفه لغة وكذا التعريفات التي جاء بها تنظيم الصفقات العمومية، وذلك فيما يلي:

1.1/ الملحق لغة:هو الزائد فنقول ألحق يلحق إلحاقا، فهو ملحق، وجمعه ملحقون أو ملاحق، ونقول ما يلحق بالصفقة العمومية إضافة أو زيادة قبل الانتهاء منها.[2]

2.1/ الملحق في تنظيم الصفقات العمومية:لقد اهتم المشع الجزائري بتعريف الملحق في كل التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية ماعدا الأمر رقم: 90/97 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وسنحاول تقديم أهم التعاريف التي أشارت إليها هاته التنظيمات كما يأتي:

أ/ تعريف الملحق في ظل الأمر رقم: 90/67:لم يتناول هذا الأمر تعريف الملحق، ولكن

[1] – المادة: 135 من **المرسوم الرئاسي** رقم:247/15.مؤرخ في 16ديسمبر 2015.يتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. جريدة رسمية رقم 50مؤرخة في 2015/09/20.

[2] – مجد البين الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، دار الحديث، القاهرة، ب ت ن، ص 324.

حسب نص المادة 06 من هذا الأمر نجد أنها نصت على: "إنّ دفاتر الشروط تحدد الشروط التي تبرم بموجبها الصفقات وتنفذ، وتشتمل خاصة على ما يلي:

– دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على جميع صفقات الأشغال والتوريدات المصادق عليها بموجب مرسوم..."[1]

وعند الرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل فإنّنا نجد أنه تضمّن العديد من النصوص التي تعطي للمصلحة المتعاقدة الحق في التعديل الانفرادي للصفقة العمومية، وتمثيلا لذلك جاء في نص البند الرابع والخامس في المادة 12 من المرسوم السابق الذكر على أنه: على المقاول أن ينفذ أوامر المصلحة التي بلغ إليه، كما يخضع للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل عندما يأمر بتلك التغييرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر المصلحة ".[2]

وتنص المادة 32 منه أيضا على أنه: "عندما يتبين أن التغييرات التي تأمر بها الإدارة أو تنتج عن ظروف غير متأتية من خطأ أو عمل المقاول، فتتناول أهمية الأشغال بشكل تختلف فيه المقادير بما يفوق 35% بزيادة أو نقصان عن المقادير المقيدة في التفصيل التقديري فيستطيع المقاول عندئذ أن يقدّم عند انتهاء الحساب طلبا للتعويض مرتكزا على الضرر المسبب من جراء التعديلات الحاصلة...".[3]

من خلال ما سبق ينضح لنا أن الأمر رقم: 90/67 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لم يعرّف الملحق، ولكنه أحالنا إلى المرسوم الذي نص على سلطة الإدارة في تعديل عقودها، دون أن يتطرق لآلية الملحق.

ب/ تعريف الملحق في ظل المرسوم رقم: 145/82: لقد عرف هذا المرسوم الملحق في المادة

[1] – المادة 06 من الأمر رقم: 90/67، المؤرخ في 17جوان 1967 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .ص720.

[2] – المادة 12 من القرار المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، عدد06، ص5.

[3] – المادة 32 من القرار المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، **مرجع سالف الذكر** ، ص5.

84 منه بقوله: "الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية هدفها زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل شرط أو عدّة شروط تعاقدية في الصفقة الأصلية...".[1]

إن الناظر إلى هذا التعريف من الوهلة الأولى يجد أن المشرّع الجزائري قد حافظ على الشرط الشكلي المتعلق بالكتابة المذكور في المادة الرابعة من ذات المرسوم، فما دام أنَّ الصفقة العمومية هي عقد مكتوب فالوثيقة التعاقدية التي تعدلها تكون مكتوبة، نجد أيضا أن المشرّع قد حافظ على المعيار العضوي بقوله أنها تابعة للصفقة الأصلية، فأطراف الصفقة الأصلية هم نفس أطراف الملحق، أمّا عن المعيار المادي أو الموضوعي فإننا نجده في قول المشرّع أن هدف الملحق هو زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل شرط أو عدة شروط تعاقدية في الصفقة الأصلية.

ج/ تعريف الملحق في ظل المرسوم التنفيذي رقم 434/91: لم يبتعد هدا المرسوم عن سابقه، وجاء تعريف الملحق في المادة 88 منه على أنه: "يمثل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل به عدّة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية..."[2].

هذه المادة أيضا تؤكد على عنصر الكتابة، وعلى المعيار العضوي والمعيار الموضوعي، فهي نقل حرفي لما تضمنه المرسوم 145/82 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

د/ تعريف الملحق في المرسوم الرئاسي رقم 250/02:هذا المرسوم قدّم ذات التعريف المذكور في المراسيم السابقة للملحق، ولكن تم النص عليه في نص المادة 90 منه بقولها: " يمثل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدّة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية..."[3]

هـ/ تعريف الملحق في المرسوم الرئاسي رقم: 236/10: وقد أشارت المادة 103 من

[1] – المادة 94 من المرسوم رقم: 145/82، المؤرخ في 10افريل1982،المنظم للصفقات العمومية ،جريدة رسمية رقم 15،ص761.

[2] – المادة 88 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المؤرخ في09 نوفمبر 1991،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية،جريدة رسميةرقم57، ص21.

[3] – المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 24جويلية 2002.المتضمن تنظيم الصفقات العمومية،جريدة رسمية رقم 52ص21.

هذا المرسوم إلى تعريف الملحق، وقد احتفظت هذه المادة بنفس التعريف الوارد في التنظيمات السابقة والاختلاف بين هذا التعريف والتعريفات السابقة طفيف جدا، وهذا باستبدال عبارة "يمثّل" بعبارة "يشكّل" وحذف كلمة الأصلية في آخر التعريف، بحيث نصت المادة 103 على أنّه: " يشكّل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدّة بنود تعاقدية في الصفقة..."[1]

و/ تعريف الملحق في ظل المرسوم رقم: 247/15: أشارت المادة 135 من المرسوم 247/15 إلى: "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار هذا المرسوم..."[2]

ويقصد بالملحق كل اتفاق إضافي للصفقة الأولى، هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة الأصلية أو زيادة الخدمات أو تقليلها.

كما تضمنت المادة 136 من نفس المرسوم على أن يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.[3]

ما يلاحظ من خلال التعريفات التي وردت في التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية أن هناك تعريف موحّد للملحق، على أنّه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، الدافع الجوهري من إبرامه هو التعديل في الالتزامات التعاقدية، والتعديل يحتمل الزيادة أو النقصان أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية، مع العلم أن التعريف الوارد في المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 لم يتم تعديله.

الفرع الثاني : شروط إبرام ملحق الصفقة العمومية .

[1] – المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 23/12، المؤرخ في18 جويلية 2012 .المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،جريدة الرسمية رقم :04،ص16.

[2] – المادة 135 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، مرجع سالف الذكر .ص30.

[3] – المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، سالف الذكر، ص 30.

تمثل سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة أو تعديل طريقة تنفيذها أبرز الخصائص التي تميز نظام الصفقات العمومية عن عقود القانون الخاص[1] يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعيد النظر في موقفها بالنسبة إلى أوضاع تنفيذ الصفقة، إذا اتضح أن الأوضاع المحددة في الصفقة لم تعد توافق الصالح العام.

وهو حق ثابت لها بوسعها استعماله ولو لم يتضمن العقد نص بشأنه ولو انطوى العقد على نص يحظره ليبقى الحق قائما، وبالرجوع لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تحديدا المواد 135إلى139[2]، منح المشرع الحق للمصلحة المتعاقدة لممارسة سلطة التعديل عن طريق إبرام ملاحق إذا كان هدفها زيادة الخدمات، أو تقليصها أو تعديل بند من عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فبالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة نلاحظ تضمنه للعديد من النصوص التي تعطي المصلحة المتعاقدة الحق في التعديل الانفرادي، وأمام خطورة ممارسة المصلحة المتعاقدة لهذه السلطة على مصلحة المتعامل الاقتصادي المتعاقد ، أولاها المشرع اهتماما واضحا من خلال التشريعات المنظمة للصفقات العمومية، بالإضافة إلى الأحكام التي تضمنتها دفاتر الشروط الإدارية العامة. وباستقراء أحكام النصوص السابقة نجد سلطة تعديل شروط الصفقة أثناء التنفيذ ليست مطلقة، بل يرد عليها شروط وضوابط يتعين ممارسة السلطة في إطارها، كما أن التعديل حتى وان توافرت مبرراته يجب أن يمارس وفقا لآليات معينة سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل بنود الصفقة الأصلية بإرادتها المنفردة ليست مطلقة، بل تخضع لضوابط يتعين توافرها لإمكان ممارستها وهي كما يلي:

-وجود ظروف ومستجدات بعد إبرام الصفقة تستدعي التعديل.

-صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية.

-أن يتم التعديل داخل أجال تنفيذ الصفقة.

[1] – التي تقوم على مبدأ هام مفاده العقد شريعة المتعاقدين الذي جاء النص عليه في صلب المادة 106 من الأمر رقم، 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، (جريدة رسمية عدد 78، الصادر في 30سبتمبر 1975).

[2] – المواد 135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

-أن لا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة.

-أن لا يؤدي التعديل لتغيير طبيعة الصفقة وموضوعها.

1. وجود ظروف ومستجدات بعد إبرام الصفقة تستدعي التعديل:[1]

التعديل مرتبط في جوهره بظروف استجدت بعد إبرام الصفقة، ففي هذه الحالة يكون من الجائز تعديل بعض شروط الصفقة الأصلية التي تعرقل إمكانية مسايرتها للواقع، وبالتالي فهو تمكين للصفقة من أن تحقق ما كانت تهدف إليه منذ إبرامها وهو تحقيق النفع العام للإدارة والأفراد.

تختلف سلطة التعديل من عقد إلى آخر حسب طبيعته وحسب الظروف التي ينفذ فيها، ففي صفقات الأشغال العامة تمارس سلطة التعديل من المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة المشروع، غير أنه لا يجوز إجراء تعديل على الأعمال والشروط المتعاقد عليها إلا عند الضرورة القصوى وذلك:

أ- إذا كان عدم التعديل يسبب تأخيرا في التنفيذ المشروع أو ضررا كبيرا بالصفقة من الناحية الاقتصادية والفنية.

ب- إذا كان التعديل يؤدي إلى توفير مبالغ كبيرة للإدارة.[2]

ففي هذه الحالات فقط يتقرر التعديل في صفقات الأشغال العامة أما في صفقات التوريد خاصة ذات المدة الطويلة فتغير الظروف فرصة لإجراء التعديلات على الأسعار، وعلى نوعية السلع محل التوريد، بل يؤدي التعديل في بعض الأحيان إلى إعادة تنظيم عمل مرفق انصب عليه التوريد بمواصفات جديدة.

2. صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية:

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **تنفيذ العقد الإداري، وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما**، منشأة المعارف، مصر، 2009، ص52.

[2]- محمود خلف الجبوري، **العقود الإدارية**، دار الثقافة، عمان، 2010، ص173-174.

فقرار تعديل الصفقة العمومية قرارا إداريا وبالتالي يتعين أن يتوفر على مقومات وأركان القرار الإداري، فيجب أن يصدر في حدود المشروعية التي هي الإطار العام الذي يحكم جميع الأعمال الإدارية. وإذا خرج عن هذا المبدأ وقع باطلا وأمكن المتعامل الاقتصادي المتعاقد الطعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري أو باللجوء إلى القضاء الكامل.

3. أن يتم التعديل داخل أجال تنفيذ الصفقة:

يجب أن تمارس سلطة التعديل أثناء تنفيذ الصفقة، ويقصد به فترة سريان الصفقة التي يتعين صدور قرار التعديل خلالها هي الفترة أو المدة الفعلية وليس المدة الزمنية المحددة في العقد، لأن المتعامل قد يتأخر في التنفيذ،[1] وبالتالي تملك المصلحة المتعاقدة حق التعديل التزامات المتعامل وفقا لما تحدده شروط كل صفقة.

4. ألا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة:

إذا كان من حق المصلحة المتعاقدة تعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، فيقابله حق المتعامل المتعاقد بأن لا يخل هذا التعديل بالتوازن المالي للصفقة، وذلك بجعل التزامات المتعامل المتعاقد لا تتناسب مع حقوقه، أو أن يلحق به خسائر لم يتوقعها وقت إبرام العقد، لأن طبيعة الصفقات العمومية يجب أن تتجه إلى تحقيق التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعامل المتعاقد وبين المزايا المالية التي ينتفع بها، وكل إخلال بهذا التوازن بسبب تدخل الإدارة في تعديل شروط الصفقة فمن حق المتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض.

5. ألا يؤدي التعديل لتغيير من طبيعة الصفقة وموضوعها:

لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة أو موضوعها بما يخالف المحل الذي انصرفت إليه إرادة الأطراف. وهذا يعني أن على المصلحة المتعاقدة أن تراعي عند إصدار قرار التعديل الدقة في مضمونه بما لا يؤدي إلى انصرافه إلى موضوع جديد يختلف عن الموضوع الأصلي، فنكون أمام صفقة جديدة، إذن على الإدارة أو المصلحة المتعاقدة المعنية ممارسة حقها

[1]– سبكي ربيحة، **سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص51.

في التعديل دون قلب اقتصاديات الصفقة العمومية، لذا حرصت المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة[1] على حصر التعديل في حدود 70%بالنسبة لعقد الأشغال العامة.

واضح من النص أعلاه أن الأعباء الجديدة إذا زادت أو نقصت عن الحدود الموضحة لا يكون المتعامل المتعاقد طبقا للقانون ملزما بتنفيذها وإذا قام بذلك له حق المطالبة بالتعويض.

المبحث الثاني: دوافع إبرام ملحق الصفقة وتحديد السقف المالي.

تعد سلطة التعديل أحد أهم مظاهر تميز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص، فإذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أيا منهم بسلطة انفرادية تجاه الآخر يمكنه من تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة وال ا زم الطرف بهذا التعديل، فإن العقد الإداري وخلاف القواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن جهة الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة.

ويكاد فقه القانون والقضاء المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها، وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة، فتستطيع الإدارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار التزام المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، وهذا الحق ثابت للإدارة ولو لم يتم النص عليه في العقد، بل هو ثابت للإدارة وان لم ينص عليه القانون صراحة، ذلك أن عقود القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة لطرف على طرف، فإن العقد الإداري وخلاف ذلك يقوم على فكرة تفضيل مصلحة على مصلحة.

وسنعالج في هذا المبحث دوافع إبرام الملحق مع التسليط الضوء على فكرة تحديد السقف المالي من خلال:

المطلب الأول: دوافع إبرام ملحق الصفة العمومية.

المطلب الثاني: تحديد السقف المالي للملحق.

[1]– المادة 30، قرار المؤرخ في 1964/12/31 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة (جريدة رسمية عدد 06 بتاريخ 1965/01/19).

المطلب الأول: دوافع ابرم ملحق الصفقة العمومية.

الإدارة تمثل جهة الطرف الذي يسعى إلى تحقيق مصلحة عامة وجب أن تتمتع بامتياز تجاه المتعاقد معها تمثل في أحقيتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون أن يكون للمتعاقد معها حق الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة واستوجبته المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام.

وسلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تمارس حسب التنظيم القانوني الساري المفعول وفي حدود المشروعية والاختصاص، مع مراعاة الأسباب والدوافع الذي أدت بالمصلحة المتعاقدة لإبرام ملحق للصفقة الأصلية، ويكون ذلك بتعديل التزامات المتعاقد معها من حيث مقدارها، أو من حيث طرق ووسائل التنفيذ أو من حيث مدد التنفيذ ذاتها، إذ يحق للإدارة بإرادتها المنفردة تعديل شروط التنفيذ المتفق ليها في العقد في جميع الحالات. ويهدف الملحق لتحقيق التالي:[1]

1. الزيادة أو النقصان في الخدمات.
2. إضافة خدمات جديدة.
3. تعديل بند أو عدة بنود من الصفقة الأصلية دون موضوع الصفقة.
4. زيادة أو إنقاص الآجال.
5. تغيير نوعية المواد أو اللوازم المستعملة في تنفيذ الأشغال.
6. أحداث طارئة تغير في الأشغال المتفق عليها.

إن التعديل يظهر بصورة أكثر وضوح في صفقات الأشغال العامة مقارنة بصفقات اقتناء اللوازم، إذ أن الإدارة صاحبة الاختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بالأشغال العامة أما فيما يخص النوع الثاني من الصفقات تبدو سلطة الإدارة بالتعديل في حدود أضيق، وذلك لكون سلطة الإدارة في التعديل ليست إلا نتيجة مترتبة على سلطتها على المرفق العام، فكلما كانت صلة العقد بالمرفق العام أوثق كانت سلطة التعديل أوضح وتبدو هذه السلطة في حدود أضيق حين لا يكون

[1] المادة 136من المرسوم الراسي 247/15 ، سالف الذكر.

موضوع العقد مساهمة مباشرة للمتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام كما هو الحال بالقياس إلى عقود التوريد.

الفرع الأول :إعادة التوازن المالي للصفقة.

إن فكرة إعادة التوازن المالي للصفقة من بين أهم الدوافع للمصلحة المتعاقدة لإبرام الملاحق على أساس أن الصفقة العمومية تهدف إلى إشباع الحاجات العامة بينما، المتعامل الاقتصادي يهدف إلى تحقيق الربح واستهداف مصلحته الشخصية، فإذا حال بينه وبين تحقيق تلك المصلحة إجراءات اتخذتها المصلحة المتعاقدة أو فرضتها ظروف أو صعوبات جعلت تنفيذ التزاماته التعاقدية عسيرا ومكلفا بصورة فاقت إمكانياته، على المصلحة ضمان التوازن المالي تحقيقا لفكرة التناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه، حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه،[1] فتتدخل المصلحة المتعاقدة على الرغم من أنها لم ترتكب أي خطأ، فأساس مسؤوليتها اعتبارات العدالة، فضلا عن مقتضيات المصلحة العامة التي تستلزم معاونة المتعاقد مع الإدارة لضمان استمراره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، الذي سيؤدي إلى ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام في أداء خدماته للجمهور.

ويكون دافع المصلحة المتعاقدة للتعويض في إطار شروط النظريات التالية:

- نظرية فعل الأمير.
- نظرية الظروف الطارئة.
- نظرية الظروف المادية غير المتوقعة.

أولا: التعويض على أساس نظرية فعل الأمير:

[1]- أكلي نعيمة، **النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري،تيزي وزو، 2013، ص124.

تعتبر نظرية فعل الأمير وما تستهدفه من إعادة التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة من قبيل المظاهر الإنسانية المعروفة في القانون الإداري.

والنظرية من ابتكار القضاء الفرنسي، تهدف إلى تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقته الناتجة عن ممارسة الإدارة لسلطتها المشروعة دون أن يكون هناك خطأ من جانبها، إذ تصدر أعمالا لكنها ذات طبيعة تنظيمية أو تشريعية دون أن يكون الهدف منها إحداث تعديلات على العقد، تحمل تغيرات على شروط تنفيذه، فتصبح أكثر صعوبة على المتعامل الاقتصادي المتعاقد الذي يتحمل بسببها أعباء إضافية.

فيقصد إذن بفعل الأمير التصرف أو العمل الصادر عن الإدارة الذي يؤدي إلى إرهاق المتعامل الاقتصادي المتعاقد بصورة جدية، الأمر الذي يقتضي دعمه ماليا وتعويضه حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ العقد تحقيقا للمصلحة العامة،[1] يتخذ عمل الأمير صورة العمل الفردي، أو صورة إجراء عام.

1-عمل الأمير في صورة إجراء خاص:

وهي الصورة الغالبة لعمل الأمير ويتم ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

أ- **تعديل مباشر في شروط الصفقة** :يحق للمصلحة المتعاقدة أن تتدخل مباشرة بقرارات لتعديل في التزامات المتعامل الاقتصادي معها سواء بالزيادة أو النقصان.

يشكل هذا الإجراء أعباء وتكاليف مالية مرهقة للمتعامل الاقتصادي، فتمس بالتوازن المالي للصفقة العمومية يؤدي إلى ضرورة تعويض المتعامل الاقتصادي تعويضا كاملا عما لحقه من جراء تعديل شروط العقد.[2]

ب- **تعديل غير مباشر في شروط الصفقة** :قد لا يؤثر الإجراء بطريقة مباشرة على شروط الصفقة، ولكنه يؤثر على ظروف تنفيذها، ما من شأنه تحميل المتعامل الاقتصادي أعباء جديد

[1] – بعلي محمد الصغير، **العقود الإدارية**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص89.

[2]– سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة لعقود الإدارية** مرجع سابق ، ص626.

غير متوقعة عند التعاقد، حينئذ يتعين تعويض المتعامل الاقتصادي المتعاقد تعويضا كاملا تحقيقا للتوازن المالي للعقد.

2-عمل الأمير في صورة إجراء عام:

يقصد بالإجراء العام صدور قوانين وتشريعات من المصلحة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعامل الاقتصادي معها، وقد يؤدي الإجراء العام إلى تعديل شروط العقد أو يؤثر في ظروف التنفيذ الخارجية شأنه في ذلك شأن الإجراء الخاص[1].ولا تطبق النظرية إلا بتوافر مجموعة من الشروط وضعها القضاء وهي:

أ/ وجود عقد إداري: فلا تطبيق لنظرية فعل الأمير على عقود القانون الخاص ولو كانت الإدارة طرفا في العقد.

ب/ صدور تصرف من الجهة الإدارية: فالإجراء الذي يطبق على أساسه نظرية فعل الأمير هو الإجراء الصادر عن الهيئة المتعاقدة أو من أي سلطة أخرى في الدولة، المهم أن يؤثر في التزامات المتعامل الاقتصادي المتعاقد بما يزيد من أعباءه، وأن يكون التصرف غير مخالف للنظام العام، بمعنى أن يكون مشروعا، مطابقا للنظام القانوني السائد بالدولة

ج/ أن يكون الإجراء غير متوقع: فالتمسك بنظرية فعل الأمير يشترط أن تكون الإجراءات غير متوقعة بمعنى لم يكن بوسع المتعامل الاقتصادي المتعاقد التنبؤ بها، كما يفعل الرجل العادي ولا الحريص الذي يتواجد في نفس ظروفه، والا اعتبر مقصرا يستحق التعويض.

د/أن يلحق الإجراء ضررا: فالضرر هو السبب في تقرير التعويض ولا يشترط في الضرر قدر من الجسامة، فكل ضرر يولد الحق في التعويض فقد يزيد من أعباءه المالية أو يُنقص ما توقعه المتعامل المتعاقد من أرباح، فتوافر الشروط السابقة يؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة يولد حق الحصول على تعويض كامل يعيد التوازن المالي للعقد.

---

[1]- بن دعاس سهام، **المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، *ص86*.

وجدت نظرية فعل الأمير لمواجهة المخاطر التي يتعرض لها المتعامل الاقتصادي المتعاقد نتيجة سلطات الإدارة الخطيرة، على أن السؤال يثور في حالة تعرض المتعامل الاقتصادي المتعاقد لأضرار تعود أسبابها إلى ظروف خارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة وتخرج عن إرادة أجهزة الدولة، فهل يتحمل وحده التكاليف والخسائر التي تحدثها الظروف؟ من أجل التصدي لهذه الاحتمالات عمل مجلس الدولة الفرنسي على إيجاد نظرية الظروف الطارئة[1].

ثانيا: التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة

برزت نظرية الظروف الطارئة أثر الأزمات التي حلت بالاقتصاد الرأسمالي بعد الحرب العالمية الأولى، وظهرت في وقتنا هذا لمواجهة ظروف تقع أثناء تنفيذ العقد، تؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد، الأمر الذي يلزم المصلحة المتعاقدة تحمل جزء من هذه الخسارة يعود بفضلها التوازن المالي للعقد، لأن المتعاقد لا يتحمل لوحده الأعباء غير المتوقعة، وتعد هذه النظرية من الأسس التي تقوم عليها العقود الإدارية، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على استبعاد تطبيقها،[2] يستوي أن يكون مصدر الظرف الطارئ ظواهر طبيعية أو ظروف اقتصادية أو إجراءات إدارية صادرة عن غير الجهة الإدارية المتعاقدة صاحبة الصفقة أو المشروع.

وتطبيق النظرية يستوجب توافر الشروط التالية:

أ. حدوث ظرف أو حادث استثنائي[3]: فتطبيق النظرية مرهون بأن يطرأ خلال تنفيذ العقد ظروف خارجة عن إرادة الطرفين لم تكن في الحسبان عند إبرام العقد، وتترك للقاضي تقدير مدى توقع المتعامل الاقتصادي المتعاقد لوقوع الظرف الطارئ، أو إمكانية توقع حدوثه على ضوء معيار الرجل العادي المتواجد في نفس ظروفه.

---

[1]– أنشئت نظرية الظروف الطارئة من طرف مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ 30 ماي 1916 في قضية شركة غاز بوردو.

[2]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، **التحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكم** (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008، *ص146*

[3]– يقصد بالظروف الاستثنائية أحداث الحرب والفتن والانقلابات الداخلية، وكل الحالات الخطيرة التي من شأنها المساس بالنظام العام، لمزيد من التفصيل انظر: تميمي نجاة، حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، بحث للحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، الجزائر، *2002، ص13.*

ب .**أن يحدث الظرف الطارئ خلال تنفيذ الصفقة وليس بعدها** :لذلك فأكثر الصفقات عرضة تطبيقه التطبيق النظرية هي صفقات الأشغال العامة التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن ويقل وينعدم في صفقات التوريد لأن مدة تنفيذها قصيرة.[1]

ج .**أن يكون الظرف الاستثنائي غير متوقع** :وإلا كنا أمام نظرية فعل الأمير، أما إذا كان الظرف الطارئ يعود إلى فعل المتعامل الاقتصادي المتعاقد فتثار آنذاك مسؤوليته على أساس الخطأ العقدي، وقد أكد القضاء الإداري الجزائري هذا الموقف.[2]

لذا أجاز القانون المطالبة بتعويض كامل لجبر ما أحدثته تلك الصعوبات من أضرار[3] ولاستحقاق المتعامل الاقتصادي المتعاقد للتعويض يستوجب توافر شروط خاصة، وهي:

1. أن يواجه تنفيذ العقد صعوبات مادية غير متوقعة، إذ يخرج عن إطار تطبيق النظرية إذا كانت الصعوبات ذات طبيعة اقتصادية أو إدارية أو طبيعية أو سياسية، لأن مجالها نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة، إذا توافرت شروط تطبيقها.

2.أن تكون الصعوبة المادية ذات طابع استثنائي تُجاوز ما كان متوقعا وخارجة عن إرادة طرفي العقد، فلو اعترض تنفيذ العقد صعوبة مادية كان يمكن تجاوزها لولا خطأ أو إهمال المتعامل الاقتصادي المتعاقد فلا مجال لتطبيق النظرية

3.أن تلحق الصعوبة المادية ضررا بالمتعاقد. وما وإذا توافرت الشروط السابقة مجتمعة على القاضي تطبيق أحكام النظرية يتبعها من أحكام تتمثل أساسا في تعويض المتعامل الاقتصادي المتعاقد كاملا عما لحقه من أضرار، أما المتعامل المتعاقد المتقاعس عن تنفيذ التزاماته فانه يكون عرضة لتطبيق الجزاءات فضلا عن فقدانه لحق التعويض[4].

---

[1]– سحر جابر يعقوب، **فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة**، كلية الحقوق، مجلة جامعة الكوفة، العدد السابع، 2008، ص148.

[2]– المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 99694المؤرخ في 1993/10/10، قضية (د.ح) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة،المجلة القضائية، العدد 01، الجزائر، 1994، ص217.

[3]– سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، مرجع سابق، ص714.

[4]– أكلي نعيمة ، مرجع سابق، ص 133.

إذا تحققت الشروط السابقة الذكر أمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ويترتب عن ذلك مساهمة المصلحة المتعاقدة في تحمل الأعباء المالية من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام وباضطراد.

غير أن تشجيع التعديل عن طريق الملحق أدى إلى تراجع طلبات التعويض للظروف الطارئة وذلك ما توضحه المادة 2/138 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-274 التي تجعل إبرام الملحق ضروري إذا اختل التوازن الاقتصادي للصفقة، دون أن تنص على مصدر أو سبب الاضطراب بل أكدت فقط على أن تكون لأسباب خارجة عن إرادة الطرفين.

وحرصا على مواصلة تنفيذ الصفقة يصبح من الضروري إبرام ملحق من أجل إعادة التوازن المالي للصفقة، والملحق الذي يؤسس على نظرية الظروف الطارئة يمكن إبرامه خارج حدود الآجال التعاقدية وفي جميع الحالات يخضع لرقابة لجنة الصفقات المختصة.

في غياب الأرقام والإحصائيات والدراسات عن الملاحق المبرمة بسبب الظروف الطارئة وغياب الاجتهاد القضائي، لا يمكن الجزم حول مدى استعمال أو تراجع نظرية الظروف الطارئة في ميدان الصفقات العمومية في الجزائر، أما في حالة تبين أن العقد لن يعود له توازنه المالي وقلب اقتصاديات الصفقة، بما يتعارض مع الطبيعة المؤقتة التي يتسم بها الظرف الطارئ، يحق لطرفي العقد المطالبة بفسخ العقد.[1]

ولا يتحقق إعادة التوازن المالي من خلال نظريتي فعل الأمير والظروف الطارئة، بل هناك نظرية أخرى قد تجد أساسا لتطبيقها في حالة عدم توفر شروط تطبيق النظريتين السابقتين، وهذه النظرية تتمثل في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ثالثا: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

[1]- أكلي نعيمة ، مرجع سابق ، ص 127.

النظرية من اجتهادات القضاء الفرنسي وقد جاءت لمواجهة صعوبات استثنائية غير متوقعة يترتب عليها زيادة أعباء المتعامل الاقتصادي المتعاقد تجعل العقد أكثر إرهاقا وتكلفة، لذا من حقه المطالبة بتعويض كامل لجبر ما أحدثته تلك الصعوبات من أضرار[1].

لاستحقاق المتعامل الاقتصادي المتعاقد مع الإدارة للتعويض الكامل، يستوجب توافر مجموعة من الشروط كغيرها من النظريتين السابقتين وتتمثل في:

أ- أن يعترض بتنفيذ العقد صعوبة ذات طابع مادي استثنائي تُجاوز ما كان متوقعا وقت التعاقد، فضلا عن ذلك يجب أن تكون الصعوبة المادية خارجة عن إرادة طرفي العقد وإلا فسح المجال لتطبيق نظرية فعل الأمير إذا ما توفرت شروط تطبيقها.

ب- أن تلحق الصعوبة المادية ضررا بالمتعاقد، فلا تطبق النظرية تلقائيا بمجرد اعتراض التنفيذ صعوبة مادية استثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين، إذ يفترض إصابة الملتزم بضرر جراء ذلك يستوي أن يكون بسيطا أو جسيما، فأساس تطبيق النظرية جبر الضرر الناجم عن الصعوبة المادية.

فإذا توفرت الشروط السابقة مجتمعة، تسنى للقاضي تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وأهم نتائجها التزام المصلحة المتعاقدة تعويض المتعامل الاقتصادي المتعاقد تعويضا كاملا عما لحقه من أضرار.

وقيام الظروف المادية غير المتوقعة لا يعد سببا لإعفاء المتعاقد من أداء التزامه التعاقدية، إذ يفرض على المتعامل الاقتصادي المتعاقد واجب الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم ما يعترض طريقه من صعوبات مادية، طالما اقتصرت آثارها على جعل التنفيذ أكثر كلفة ماديا دون أن تجعله مستحيلا، وتوقفه عن تنفيذ التزاماته يجعله عرضة لمختلف الجزاءات فضلا عن فقدانه

[1]- سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص714.

لحق التعويض عما خلفته الصعوبات المادية من آثار ضارة ولا يتقرر الإعفاء إلا في حالة القوة القاهرة[1].

والجدير بالذكر أن النظريات الثلاث السابقة تقوم على أساس مسؤولية الإدارة بلا خطأ، فإن أخطأت لا يمكن إثارة مسؤوليتها على أساس النظريات السابقة بل تسأل على أساس المسؤولية العقدية.

فضلا عن الحقوق السابقة يتمتع المتعامل الاقتصادي المتعاقد ببعض المزايا المالية الأخرى ومن أمثلتها، القروض التي تتعهد الإدارة بتنفيذها للمتعاقد معها والتسهيلات الائتمانية.

كما يجوز للمتعامل الاقتصادي المتعاقد مع المصالح المتعاقدة في حالات عديدة المطالبة بالتعويض سواء بارتكاب الأخطاء من هذه المصالح أدى إلى إحداث الأضرار أو بسبب قيامه بأعمال غير مطلوبة ولكنها ضرورية للمرفق محل الصفقة ولازمة بالنسبة للمتعاقد جاز له في هذه الحالات وغيرها المطالبة بالتعويض.

المطلب الثاني: السقف المالي للملحق.

تطرق المشرع الجزائري في القانون الجديد لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 247/15 في الفصل الرابع والقسم الخامس منه في المواد 35 إلى 139 للملحق الصفقة العمومية.

وباعتبار المشرع الجزائري لم يوضح من خلال التنظيم نموذج محدد بدقة للسقف المالي للملحق، رغم إصداره لنموذج مذكرة تحليلية[1] لمشروع ملحق في الجريدة الرسمية رقم 16 الصادرة بتاريخ 5316 مارس 2011، إلا أنها لم تشير لتحديد السقف المالي للملحق.

[1]– وجد هذا المبدأ تكريسا في القضاء الجزائري لاسيما في قرار مجلس الدولة المؤرخ في 5 مارس 1990، في قضية بلارة توفيق ضد رئيس المندوبية ولاية سكيكدة، نقلا عن: لباد ناصر، القانون الإداري، النشاط الإداري،LEBED، 2004، ص450.

ومن خلال استقرار معظم المراسلات الواردة لمدير قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية، من طرف المصالح المتعاقدة للدولة، نجدها تتمحور حول صعوبات عملية يجدها المسيرون في أثناء حدوث تعديلات في الصفقة أو عملية غلق الصفقة.

خاصة فيما يتعلق بحدود السقف المالي للملحق بالنسبة للصفقة الأصلية، وتأثير ذلك على توازن الصفقة وشروط المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين وهناك من يشكك حتى في لجوء الإدارة المتزايد للملحق كإجراء يدعوا للريبة على وجود مَوَاطن للفساد وعدم النزاهة، باعتبار الملحق إجراء استثنائي في حد ذاته.

أ/ مدى إمكانية إبرام ملحق دون سقف مالي محدد

في الحقيقة وفي قوانين الصفقات العمومية السابقة وكذلك تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام247/15 الجديد، لا توجد مادة قانونية واضحة وصريحة تنص على عدم تجاوز السقف المالي للملحق بزيادة أو نقصان كما جاء في النص الجديد نسبة 15% من المبلغ الأصلي للصفقة اللوازم والدراسات والخدمات و20%في حالة صفقات الأشغال.

إلا أن المشرع أجبر المصالح المتعاقدة، أنه إذا فاق مبلغ الملحق النسبة التي أقرها كهامش تسامح (merge de tolerance)، بالزيادة أو النقصان فيجب أن يعرض الملحق على لجنة الرقابة للصفقات المختصة، مدعم بتقرير يبرر ويقنع اللجنة أنه:

- لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة.
- لم يتم التراجع فيها.
- أن إعلان إجراء جديد يتعلق بالخدمات الزائدة لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للآجال والسعر.

[1]– المرسوم التنفيذي 11–118 مؤرخ في 16 مارس 2011، **المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية** (جريدة رسمية رقم 16 بتاريخ 2011/03/13).

كل هذه التبريرات السابقة يجب أخذها بعين الاعتبار، مع مراعاة عدم المساس بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية المبنية في المادة 05[1] من نفس المرسوم 247/15 وهي كالتالي:

- حرية الوصول للطلبات العمومية.
- المساواة في معاملة المرشحين.
- شفافية الإجراءات المعمول بها.

لكن في الواقع العملي أثناء انجاز صفقة عمومية، هل يمكن تصور وجود سقف مالي لملحق صفقة بأكثر من 50% من مبلغ الصفقة الأصلية.

ب/ وجود سقف مالي لملحق نسبته 130% من قيمة الصفقة الأصلية:

ورد في رد رئيس قسم الصفقات العمومية لوزارة المالية على المراسلة رقم 2359 بتاريخ 2013/10/02 للسيد الأمين العام لولاية تلمسان في استفساره القانوني عن ملحق صفقة تبلغ قيمته 130% من قيمة الصفقة الأصلية، وهل هذه النسبة المرتفعة للسقف المالي للملحق، لها تأثير كبير على المكونات الاقتصادية للصفقة وتوازنها.

في الحقيقة جاء في رد رئيس قسم الصفقات العمومية لوزارة المالية، أنه يمكن إبرام هذا الملحق في حالة وجود دواعي تقنية لم تكن متوقعة من الطرفين أي المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي، في هذه الحالة يمكن اللجوء لملحق مهما كانت قيمته لإنجاز موضوع الصفقة.

ولكن مع الإشارة في نفس المراسلة إلى أن الإذن بإبرام هذا الملحق مع وجود دواعي وتبعات تقنية غير متوقعة من الطرفين، يجب أن تكون محل تبرير حالة بحالة من طرف المصلحة المتعاقدة أمام لجنة الرقابة للصفقات المختصة.

في الواقع إن قانون الصفقات يأخذ في الحسبان كامل المرونة التي يتطلبها تسيير الطلب العمومي وإدارة المشاريع التي تسمح للمصلحة المتعاقدة بأن تتكيف مع المتغيرات المحتملة والغير

[1]- المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، سالف الذكر.

المتوقعة وبالتالي لم يحدد القانون سقف مالي للملاحق تاركا الموضوع لضوابط التسيير السليم للمشاريع وتلبية الطلب العمومي.

ولكن هذه المرونة هي سلاح ذو حدين، فمن جهة تمكن من معالجة الحالات الغير متوقعة وتبعاتها التقنية التي لم تأخذ في الحسبان ولكنها من جهة أخرى تغطي على سوء التسيير وعدم ضبط الاحتياجات الطلب العمومي من البداية من طرف المصالح المتعاقدة.

ج/ الحدود المنطقية والموضوعية لسقف الملحق

من المفروض أن القانون جاء لينظم الحالات المنطقية والموضوعية ومن الطبيعي أن نصادف حالات يتجاوز فيها مبلغ السقف المالي للملحق الحدود المنطقية والموضوعية، ولكن من جهة أخرى فيظل تسيير سليم ورشيد وضبط للحاجات والطلب العمومي، لا يتصور الحديث عن ملحق بقيمة تفوق50% من القيمة الأولية للعقد الأصلي للصفقة.

فقانون الصفقات كل متكامل، وبالتركيز على مسائل مثل مسألة "التحديد الدقيق[1] للحاجات"ومسألة "دراسة الجدوى" وغيرها، كل هذه المسائل تأتي في سياق عام يستهدف التقليص إلى أبعد الحدود من دائرة الحاجة إلى إبرام ملاحق باعتبار الملحق في حد ذاته استثناء في الصفقة.

وهو ما أثار أيضا انتباه المشرع من خلال نصه في الفصل السادس، الباب الرابع المادة 213[2] على إنشاء سلطة ضبط للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي من بين مهامها المذكورة في الفقرة الرابعة والخامسة من نفس المادة.

- إجراء إحصاء اقتصادي للطلب العمومي سنويا.
- تحليل المعطيات المتعلقة بالجانبين الاقتصادي والتقني للطلب العمومي وتقديم توصيات للحكومة.

[1] – المادة 27 من المرسوم الرئاسي 247/15، سالف الذكر

[2] – المادة 213 من المرسوم الرئاسي 247/15، سالف الذكر.

عموما وفي كل الحالات فإن إبرام ملحق دون سقف مالي محدد من حيث المبدأ أمر ممكن قانونيا، ولدراسة أسبابه ومبرراته ومدى مشروعيته، أخضع المشرع الملحق للرقابة الخارجية للجنة الصفقات المختصة، إذا تجاوز النسب والهوامش المسموح بها، المذكورة في المادة 136 من المرسوم 247/15 أين تجد المصلحة المتعاقدة نفسها مجبرة على تقديم تبريرات وتوضيحات مقنعة ومؤسسة. ومنه يمكن أن نصل للنتيجة التالية:

" نعم يمكن إبرام ملحق دون سقف محدد إذا كان ذلك له دوافع مبررة ومؤسسة لإتمام الصفقة وهي إجابة تشبه القول نعم ولكن".

د/ السقف المالي لملحق صفقة مبرمة حسب الإجراءات المكيفة:[1]

قام المشرع الجزائري في التنظيم الجديد لصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي 247/15 بسد ثغرة قانونية كانت محل غموض في القانون الملغي 236/10، وذلك بنصه على إمكانية إبرام ملحق لعقد صفقة تمت وفق الإجراءات المكيفة، وهو ما ورد في المادة 18 من القانون 247/15، وذلك حسب الشروط المحددة في المواد 135 إلى 139 من هذا المرسوم، باستثناء تلك المتعلقة بالرقابة الخارجية للجان الصفقات العمومية وحسب الشروط التالية[2]:

- يجب أن يبرم الملحق في فترة الآجال التعاقدية.
- لا يمكن أن يتضمن الملحق تمديد لهذه الآجال التعاقدية.
- السقف المالي لملحق خاص بالخدمات الإضافية لا يمكن أن يتجاوز 10% من مبلغ الصفقة أو العقد.
- السقف المالي لملحق خاص بالخدمات التكميلية لا يمكن أن يتجاوز 10% من مبلغ الصفقة أو العقد (صفقات الأشغال فقط.)

هـ/ تأثير السقف المالي للملحق على شروط المنافسة وتوازن الصفقة الأصلية:

[1]- المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15، سالف الذكر.

[2]- المادة 18 من المرسوم الرئاسي 247/15، سالف الذكر.

إذا كان من واجب المصالح المتعاقدة الالتزام بالشروط الأصلية للمنافسة عند إبرام ملحق لصفقة حسب ما جاء في الفقرة الأخيرة[1] للمادة 136 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي 247/15، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو تأثير السقف المالي للملحق على شروط المنافسة، وهل يمكن الطعن أمام مجلس المنافسة في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بمبدأ المنافسة الحرة.

أولا: تأثير السقف المالي للملحق على شروط المنافسة:

نصت المادة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15 على وجوب احترام المبادئ الأساسية لحرية المنافسة في الصفقات العمومية وباعتبار الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة فإنه يخضع أيضا لمراعاة شروط المنافسة.

وهذا ما أكدت عليه المادة 136 الفقرة الأخيرة[2]أنه في حالة تجاوز سقف الملحق أو الملاحق نسبة 15% بالنسبة لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات أو 20% بالنسبة لصفقات الأشغال فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر لدى لجنة الصفقات المختصة أنه:

- لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة.
- لم يتم التراجع فيها.
- وأن الإعلان جديد يتعلق بالخدمات الزائدة لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للآجال والسعر.

ثانيا: مدى إمكانية خضوع الملاحق ذات السقف المالي الغير المحدد لرقابة مجلس المنافسة

وباعتبار العبارة التي وردت في المادة 136 من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 247/15 المتعلقة بعدم المساس بشروط المنافسة، لم تكن واضحة حول

[1]– المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15، سالف الذكر.

[2] – لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام المرسوم الرئاسي 247/15.

كيفية تطبيقها وهل يمكن إخضاع الملحق مهما كان سقفه المالي لمراقبة مجلس المنافسة، وبالتالي حضر الملاحق والصفقات متى كان شروط إبرامها ممارسة تخل بمبدأ المنافسة.

طالما أن المادة 05 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم[1] لم تستثني الاتفاقات التي تبرمها الإدارة، خاصة إذا كانت تتضمن بعض الأعمال المدبرة باعتبارها من الممارسات المنافية للمنافسة وكما أشرنا سابقا أكدت المادة 02 الواردة في القانون 08-12 المعدل للأمر 03-03 المتضمن قانون المنافسة، على إدراج الصفقات العمومية ضمن النشاطات الخاضعة لتطبيق قانون المنافسة، لكن التساؤل يطرح أنه إذا تم إخضاع الملاحق ذات السقف المالي الغير محدد لاختصاص مجلس المنافسة نقع أمام مشكل الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري باعتبار عقود الصفقات العمومية تخضع لاختصاص القضاء الإداري.

أجابت على هذه الإشكالية نص المادة 946 [2] من قانون 08-09 التي جعلت الاختصاص يؤول للمحكمة الإدارية عند الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة، وبالتالي يتحدد مجال تدخل مجلس المنافسة في مراقبة المتعاملين الاقتصاديين المتعاقدين في مجال الصفقات العمومية دون المصلحة المتعاقدة، خاصة أن المادة 02 من قانون المنافسة قيدت تدخل مجلس المنافسة بضرورة عدم إعاقة أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة.

وفي إطار شفافية المعلومات وحرية الوصول للطلب العمومي والمشاركة في المناقصات أوجب القانون الجديد 15-247 على المصلحة المتعاقدة أن تعد في بداية كل سنة مالية:

- قائمة بكل الصفقات العمومية التي أبرمت خلال السنة المالية السابقة.
- قائمة المؤسسات التي حازت عليها.
- البرنامج التقديري للمشاريع التي يتعين الانطلاق فيها السنة المالية الحالية ويتم تعديلها إذا توجب ذلك أثناء نفس السنة المالية.

[1]- الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية عام 2003 والمتعلق بالمنافسة (جريدة رسمية رقم 43 بتاريخ 20 جويلية 2003).

[2]- المادة 946 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (جريدة رسمية رقم 21 بتاريخ 23 أفريل 2008).

كما يجب نشر كل هذه المعلومات في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومية، BOMOP أو في الموقع الالكتروني للمصلحة المتعاقدة.

الفصل الثاني:

تسوية منازعات ملحقة الصفقة العمومية

تمهيد

لما كان للصفقات العمومية بملاحقها صلة بالمال العام وحقوق الخزينة العامة من جهة ترتب حقوق والتزامات لأطرافها من جهة ثانية، فإنّها لا شك تثير منازعات إن على مستوى الإبرام أو أثناء التنفيذ حين تصطدم مصلحة الإدارة مع المتعامل الاقتصادي المتعاقد، وهو ما يفرض وضع نظام قانوني متكامل لفض هذه المنازعات.

وجدير بالإشارة أّن الصفقة العمومية بما فيها الملحق وبالّنظر لطابعها التنموي، كونها تتعلّق بمشاريع الدولة أو الإدارة المحلية أو الإدارة المرفقية، وجب أن يتبع بشأن منازعاتها طرقا خاصة وأحكام ممّيزة تتسم بالسرعة حتى لا يتعطل المشروع العام، أو يطول ويمتد النزاع لمدة كبيرة، بما يؤثر سلبا على مبدأ الاستمرارية، مما يلحق الضرر بجمهور المنتفعين من خدمات المرفق العام، وهو ما يعطل في النهاية تنفيذ المخططات التنموية.

والدارس للنظام القانوني لمنازعات الصفقات العمومية في الجزائر يجدها قد توزعت بين النص العام ممثلا في القانون 08-09المؤرخ في 25فبراير 2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية من جهة، وبين النص الخاص ممثلا في المرسوم الرئاسي 247 -15المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

يجدر التذكير بأن تسوية منازعات الملحق تدخل في إطار تسوية منازعات الصفقة العمومية في مرحلة التنفيذ .

المبحث الأول: التسوية الودية لملحق الصفقة العمومية

لقد أصبح اللجوء إلى القضاء ليس هو الطريق الوحيد بشأن كل النزاعات التي تثار بين أطراف التعاقد في مجال الصفقات العمومية، وبالتالي أصبح من الضروري تقديم إجراءات ووسائل بديلة لتسوية النزاعات وحلها خارج الدعوى القضائية، توفرا للجهد والوقت وتقليصا لحجمه في المستقبل خاصة أن القضاء بطيء بطبيعته في إجراءاته.

حرصا من المشرع الجزائري على حل الإشكالات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية وملاحقها لاسيما وضع ميكانيزمات لفض مختلف النزاعات القائمة بين الطرفين في الصفقة تم تكريس مبدأ حل النزاعات وتسويتها بالتراضي أولا.

وتجدر الإشارة أن الملحق في حد ذاته هو آلية من آليات التسوية الودية للنزاعات الطارئة أثناء التنفيذ حيث تبرمه المصلحة المتعاقدة بدافع إعادة التوازن للتكاليف المترتبة ماليا على كل طرف في الصفقة ،فعند إبرام المصلحة المتعاقدة ملحق أو ملاحق للصفقة متجاوزة في ذلك حدود سلطتها في التعديل، بما يؤدي إلى إرهاق المتعامل معها في تنفيذ الصفقة ،الأمر الذي يؤدي معه حتما إلى وقوع نزاع بينها وبين المتعامل الاقتصادي المتعاقد معها، لذلك تدخل المشرع من خلال قانون الصفقات العمومية ونظم قاعدة الحل الودي الرضائي للنزاع الناتج عن التنفيذ، ويجب أن نشير أن المشرع أشار أيضا للتحكيم الدولي عند تنفيذ صفقة أو ملحق مبرم مع متعاملين متعاقدين أجانب وذلك باقتراح من الوزير المعني وبعد الموافقة المسبقة للحكومة أثناء اجتماعها .

المطلب الأول :الحل الودي و لجانه في التسوية الودية للنزاعات الملحق الصفقة العمومية .

الفرع الأول : الحل الودي .

إن المقصود بتسيير نزاعات ملحق الصفقات العمومية هو البحث عن الحل الودي أولا ، وقد عالج المرسوم الرئاسي 247/15هذه المسألة في القسم الحادي عشر 11من الفصل الرابع المعنون بـ: " تنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية" في المواد153/154و155. في حالة قيام نزاع بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي المتعاقد معه، تؤكد المادة153من المرسوم الرئاسي المذكور على وجوب البحث عن الحل الودي للنزاع مع مراعاة النقاط التالية:

✓أن التسوية لابد وأن تتم في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

✓أن المصلحة المتعاقدة عليها أن تسعى لإيجاد حل ودي شرط أن يضمن هذا الحل:

أ. توازن للتكاليف المترتبة على كل طرف.

ب. التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

ج. الحصول على تسوية نهائية وبأقل تكلفة.

د. يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج، في دفتر الشروط اللجوء إلى التسوية الودية للنزاعات قبل كل مقاضاة أمام العدالة، والتي بدورها عليها أن تبحث عن الحل الودي والمنصف للنزاع.

أما في حالة فشل المصلحة المتعاقدة في الوصول إلى حل ودي، فإن النزاع يعرض أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات، التي تبحث عن الحل الودي والمنصف للنزاع.

الفرع الثاني : لجان التسوية الودية للنزاعات

التعديل الجديد الذي جاء به المرسوم الرئاسي، 247/15هو إنشاء لجان التسوية الودية للنزاعات على مستوى كل ولاية برئاسة الوالي أو ممثلا عنه، وسنتناول فيما يأتي تشكيلة هذه اللجان وصلاحيتها ومهامها.

1-تنشأ هذه اللجان على المستوى التالي:

-على مستوى كل وزير.

-على مستوى كل مسؤول هيئة عمومية

-على مستوى كل والي.

2-تشكيلة هذه اللجان:[1]

أ -لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الوزارة والهيئة العمومية:

-ممثل الوزير أو ممثل الهيئة العمومية (رئيس للجنة)

-ممثل المصلحة المتعاقدة.

-ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع.

-أمانة اللجنة.

ب **لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الولاية:**

-ممثل عن الوالي رئيسا.

-ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

-ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع.

-ممثل عن المحاسب العمومي المكلف بالدفع.

-أمانة اللجنة.

[1] المادة 154 من المرسوم الر آسي 247/15 مرجع سالف الذكر.

3-شروط الانضمام لهذه اللجان[1]:

✓يعين أعضاء اللجان المختارون نظرا لكفاءتهم في الميدان المعني للصفقة أو الملحق، وهذا بموجب مقرر من رئيسها.

✓كما يمكن لرئيس اللجنتين السابقتين الاستعانة بكل كفاءة من شأنها توضيح أعمال اللجنة وذلك على سبيل الاستشارة فقط.

✓يعين الرئيس من بين أحد الأعضاء المشكلين للجنة مقررا.

✓لا يجب أن يكون أعضاء هاتين اللجنتين قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة والملحق المعنيين بالنزاع.[2]

4-صلاحيات لجان التسوية الودية:[3]

-**اللجنة الوزارية** : تختص بدراسة النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات و الملاحق الخاصة بالإدارة المركزية أو المؤسسات العمومية الوطنية، والمصالح الخارجية التابعة لها.

-**لجنة الهيئات العمومي**:تختص بدراسة النزاعات الخاصة بالمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها.

-**اللجنة الولائية**: تتولى دراسة نزاعات الولاية، البلديات، المؤسسات العمومية المحلية والمصالح غير الممركزة للدولة من خلال البحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي و منصف للنزاعات المترتبة عن تنفيذ الصفقات المطروحة أمامها.

5-كيفية سير أعمال هذه اللجان:

أولا يجب الإشارة إلى انه يمكن لأي طرف عرض النزاع على هذه اللجان سواء كانت المصلحة المتعاقدة أو المتعامل الاقتصادي وتتم أشغال هذه اللجان كالتالي:

[1] المادة 154 من المرسوم الرآسي 247/15 مرجع سالف الذكر

[2] المادة 153 من المرسوم الرآسي 247/15 مرجع سالف الذكر .

[3] المادة 154 من المرسوم الرآسي 247/15 مرجع سالف الذكر.

-يتم عرض النزاع برسالة موصى عليها مع وصل استلام ، كما يمكن إيداعها لدى أمانة اللجنة مقابل وصل استلام ، متضمنة الوثائق الثبوتية اللازمة للصفقة أو الملحق موضوع النزاع.

-يعين الرئيس احد الأعضاء اللجنة مقررا للملف النزاع.

-يدعى الطرف الأخر برسالة موصى عليها مع وصل استلام من طرف الرئيس، لتوضيح رأيه في النزاع.

-يعيد رده خلال عشرة أيام برسالة موصى عليها مع وصل استلام.

-تكون مهلة دراسة الملف في اجل ثلاثون يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الرد الأخير.

-يمكن للجنة الاستماع إلى طرفي النزاع ،و الطلب منهما استكمال أي وثيقة للملف النزاع.

-يتم تداول بين أعضاء اللجنة في اتخاذ القرار بأغلبية الأصوات، وفي حالة التساوي رأي الرئيس هو المرجح.

-يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موصى عليه مع وصل استلام، وترسل نسخة من الرأي إلى لجنة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1] .

-تبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة، للمتعامل الاقتصادي المتعاقد في اجل أقصاه ثمانية أيام ،ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل استلام ،وتعلم اللجنة بذلك.

✓أخيرا أي طرف لم يقتنع برأي اللجنة من حقه رفع طعن أمام القضاء.

المطلب الثاني: التحكيم كآلية لتسوية الودية لنزاعات ملحق الصفقة العمومية.

[1] المادة213 من المرسوم الرآسي 247/15 ،مرجع سالف الذكر .

في حالة عدم التوصل إلى حل النزاع وديا، ولعدم رغبة الأطراف تحويل النزاع على جهة القضاء المختص، يمكن الاتفاق إلى وسيلة أخرى لتسوية النزاع الحاصل لدى تنفيذ التعديلات التي أحدثتها المصلحة المتعاقدة على الالتزام التعاقدي وتتمثل في التحكيم.

فقد أجاز القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التحكيم للهيئات المذكورة في المادة 800 [1]، في حالات الاتفاقيات الدولية والصفقات العمومية في حين أقصى باقي المؤسسات العمومية المذكورة في نص المادة 6 من المرسوم الراسي 247/15 وهذا ما يحرمها من مزايا اللجوء إلى التحكيم في حال نشوب النزاع في مجال الصفقات العمومية وملاحقها.

للتحكيم بصفة عامة مبررات دعت إلى وجوده كوسيلة سريعة لفض منازعات تقتضي طبيعتها الخاصة سرعة الفصل فيها.

وعلى الرغم من كون التحكيم وسيلة لتسوية المنازعات بحكم ملزم لأطرافها، إلا أن له ذاتيتها الخاصة، التي ينفرد بها عما سواه من وسائل تسوية المنازعات.

وقد أقر المشرع للأشخاص المعنوية اللجوء إلى آلية التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية حسب ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 153 من المرسوم15-247.

1-تعريف التحكيم:

أ- اصطلاحا:

يعرف التحكيم في الاصطلاح على أنه: "تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما والمراد بالخصمين هو الفريقان المتخاصمان[2]".

ب- الفقه:

[1] المادة800 من القانون 09/08 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية ،جرسدة رسمية رقم:21 بتاريخ 23أفريل 2008.

[2]محمد بن ناصر البجاد: التحكيم في المملكة العربية السعودية. مركز البحوث و الدراسات الإدارية.الرياض1999.ص17.

ويعرفه الفقه كالآتي: "التحكيم هو اتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة[1]".

ومن ثم فهو عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه على ضوء قواعد العدالة، وفقا لما ينص عليه الاتفاق مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين والذي يحوز حجية الأمر المقتضي فيه، ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه فيها[2].

ويعرفه آخرون "بأنه اتفاق أطراف النزاع اتفاقا يجيزه على اختيار بعض الأشخاص أو الهيئات للفصل في المنازعة وقبول القرار الصادر فيها[3].

2-تمييز التحكيم عن القضاء:

هناك العديد من الأوجه التي تميز التحكيم عن قضاء الدولة الرسمي تتمثل في أساس ونطاق كلمنهما بالإضافة إلى الصلاحيات التي تملكها المحكمة وهيئة المحكمة وهيئة التحكيم المترتبة على كلمنهما، وسنبرز الاختلاف بين التحكيم والقضاء في الآتي:

أ- من حيث الأساس:

أساس اللجوء للتحكيم هو إرادة طرفي النزاع، ويسمى هذا الاتفاق بشرط التحكيم حيث يلتزم بموجبه الأطراف في عقد الأصلي أو عقد منفصل لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم، كما يطلق عليه باتفاق التحكيم حينما يقبل الأطراف على عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم.

وعلى العكس من ذلك، حيث يكون بوسع كل من يدعي أن له حقا لدى آخر، أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحماية القضائية لحقه الذي ينازعه فيه آخر، وهنا ينشأ لهذا الأخير حق الدفاع عن نفسه أمام القضاء.

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية. الطبعة الأولى .دار الفكر الجامعي .الإسكندرية .2006.ص12

[2] يسري محمد العطار: التحكيم في المنازعات الإدارية وغير العقدية .دون طبعة .دار النهضة العربية .2002.ص14

[3] ماجد راغب الحلو :العقود الإدارية و التحكيم .دون طبعة. الدار الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع .2000.ص161.

ومن ثم فإن الالتجاء إلى القضاء هو بمثابة حق عام للخصم أن يستعمله تلقائيا دون حاجة إلى الحصول على موافقة الخصم الآخر أو الاستناد إلى نص خاص.

وبناءا على ما تقدم، فإنه إذا كان لمبدأ سلطان الإرادة دور في قيام التحكيم، إلا أن إرادة أطراف النزاع غير كافية لذلك، حيث يتعين أن يجيز المشرع لهم اللجوء لهذا النظام في تسوية المنازعة وإلا أضحى المختص هو قضاء الدولة التي وقع على أرضها النزاع[1].

ب- من حيث نطاق الاختصاص:

نطاق اختصاص القضاء أوسع بالمقارنة بنطاق اختصاص هيئة التحكيم نظرا لما يتمتع به القضاء من ولاية عامة تمكنه من الفصل في جميع المنازعات في حين أن نطاق التحكيم يقتصر على المنازعة المتعلقة بحقوق مالية، من الجائز الصلح والتنازل فيها، ومن ثم فلا يمتد نطاق اختصاص التحكيم إلى الفصل في المنازعات المتعلقة بمشروعية أعمال الإدارة كدعوى الإلغاء مثلا.

ج -من حيث الأثر:

الأصل العام في الأحكام القضائية هو تمتعها بحجية نسبية، حيث تقتصر آثار الحكم على أطراف الدعوى دون أن تمتد لسواهم، ويستثني من هذا الأصل العام الأحكام الصادرة في الدعوى ذات الطبيعة العينية كدعوى الإلغاء، حيث تتمتع الأحكام الصادرة فيها بحجية مطلقة تسري في مواجهة الكافة.

وعلى العكس من ذلك فان حكم التحكيم ليس له في جميع الأحوال سوى حجية نسبية حيث اقتصر أثره على طرفي النزاع وحدهما[2].

د- من حيث قابلية الحكم للتنفيذ:

[1] محمد شفيق: التحكيم التجاري الدولي. دون طبعة .دار النهضة العربية .القاهرة .1997.ص15.

[2] عبد العزيز عبدالمنعم خليفة:مرجع السابق ،ص17.

الحكم القضائي يكون واجب التنفيذ بمجرد صدروه وانقضاء مواعيد الطعن عليه ما لم يكن قد قضي بوقف تنفيذه.

3-شروط التحكيم:

التحكيم كإجراء قانوني يستوجب توافر شروط شكلية وموضوعية لازمة لصحته:

أ-الشروط الشكلية :تتمثل الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم في ضرورة كتابته وأن يكون عدد المحكم ينفيه وترا (عدد فردي.)

-**كتابة اتفاق الأطراف** :الكتابة شرطا لازما لصحة كل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم، حيث يقع باطلا كل اتفاق لم يفرغ في شكل مكتوب، فشرط التحكيم يثبت تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها، ويحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا.

-**العدد الوتري للمحكمين** :قد نص المشرع على أن تكون تشكيلة محكمة التحكيم تتكون من محكم أوعدة محكمين بعدد فردي.

ب-الشروط الموضوعية :الاتفاق بين طرفي التعاقد على تسوية نزاعاتهم عن طريق التحكيم، فهو عقد يلقى التزاما على عاتق طرفيه بعدم الالتجاء إلى القضاء لتسوية هذا النزاع، وهذا يتطلب أن تتوافر في هذا الاتفاق الشروط الواجبة التوافر لصحة الالتزامات بصفة عامة وهي الرضا والمحل والأهلية.

1-الرضا :تلعب إرادة طرفي التعاقد دورا بارزا في مجال التحكيم، حيث يتفق على الالتجاء إليه في التعاقد ذاته، أو يبرم اتفاقا خاصة ينطوي على قبول طرفي التعاقد بتسوية نزاعاته من خلال أسلوب التحكيم.

2-المحل :محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع ، ويشترط لصحة التحكيم ألا يكون موضوعه "محله"مخالفا للنظام العام، وإلا وقع الاتفاق عليه باطلا، وينسحب هذا البطلان إلى قرار التحكيم.

وحكمة عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، أن هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة واش ا رفها والتي يعنيها أن تسري عليها قواعد موحدة[1]،وهو الأمر الذي لن يتحقق في حالة اللجوء لنظام التحكيم بصدد تلك المسائل.

يضاف إلى ما تقدم أنه لا يجوز أن يكون محل التحكيم مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الجنسية حيث تعد تلك المسائل من النظام العام.

3-الأهلية :لأن اتفاق التحكيم لا يصح إلا إذا كان تعبيرا عن إرادة حرة لطرفيه فإن هذا الاتفاق يتعين أن يكون طرفيه من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين ممن يملكون التصرف في حقوقهم، بمعنى أن يكون الشخص متمتعا بحقوقه المدني

4-أنواع التحكيم:

ينقسم التحكيم من حيث دور إرادة الخصوم في إنشائه إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري وبالنظر إلى النطاق الجغرافي ينقسم التحكيم إلى تحكيم داخلي وتحكيم خارجي.

أ-التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

الأصل في التحكيم أن يكون اختياريا، بحيث يستند في قيامه إلى إ رادة أطراف النزاع واختيارية التحكيم تعني ترك الحرية لأطراف النزاع في اللجوء إلى هذا الأسلوب لتسوية النزاع أو العزوف عن ذلك مفضلين رفع الأمر للقضاء، أو اللجوء لأي طريق آخر لتسوية نزاعهم[2].

في التحكيم الإجباري قد يكتفي المشرع بفرض التحكيم تاركا للخصوم حرية اختيار وتعيين إجراءات التحكيم، وقد لا يكتفي المشرع بهذا القدر من التدخل فيضع تنظيما كاملا لإجراءات التحكيم، بحيث لا يكون لإرادة الخصوم أي دور في هذا الشأن.

ب-التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي:

[1]أحمد ابو الوفاء: التحكيم الاختياري و الاجباري، منشأة المعارف ،الاسكندرية ،1978،ص73.

[2]عبد العزيزعبدالمنعم خليفة:المرجع السابق ،ص28.

ينصرف تعبير التحكيم الدولي إلى التحكيم الذي يتصل بمصالح التجارة الدولية أما التحكيم الداخلي فيقصد به أساسا التحكيم الذي تجري إجراءاته أو يصدر الحكم فيه داخل الدولة [1]بمعنى أن التحكيم الذي يصدر حكمه خارج الدولة يطلق عليه تحكيم خارجي.

المبحث الثاني: التسوية القضائية لمنازعات ملحق الصفقة العمومية.

بناءا على نص المادة 153 من المرسوم الراسي 15-247 ، إذا فشل المتعامل الاقتصادي في تسوية نزاعاته مع المصلحة المتعاقدة بالطريق الودي له أن يلجأ إلى القضاء بعد استنفاذ التسوية الودية للنزاع أو عدم قبول لجنة التسوية

إن السبب الغالب في منازعات ملحق الصفقات العمومية هو مخالفة نص أو بند من بنود ملحق الصفقة العمومية ا والى خطأ يرتكبه أحد المتعاقدين نتيجة أعماله المادية، كما يمكن أن يكون الطعن القضائي مؤسسا عند قيام أي عارض من عوارض تنفيذ الملحق مثل حالة القوة القاهرة، أو الظروف الطارئة.

ولتحديد الاختصاص القضائي بنظر المنازعات المتعلقة بملحق الصفقة العمومية، وكذا طرق الطعن في القرارات الصادرة في مثل هذا النوع من المنازعات سنتطرق إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الاختصاص القضائي في مجال منازعات ملحق الصفقة العمومية.

المطلب الثاني:طرق الطعن في القرارات الصادرة في منازعات ملحق الصفقة العمومية .

المطلب الأول: الاختصاص القضائي في مجال منازعات ملحق الصفقة بالعمومية.

لم يحدد المشرع الجزائري الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالصفقة العمومية بما فيها منازعات الملحق ،لكن باستقراء نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 وقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 247/15 ، يمكننا القول أن الاختصاص

[1]عصمت عبد الله الشيخ :التحكيم في العقودالادارية دات الطابع الدولي ،دون طبعة ،دار النهضة العربية 2000،ص30.

القضائي لهذه المنازعات موزع بين القضاء الإداري من جهة و القضاء العادي من جهة أخرى، وهذا ما قد ينجر عنه تنازع الاختصاص .

الفرع الأول: اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات ملحق الصفقة العمومية.

ينعقد الاختصاص الموضوعي باعتبار أن الملحق الصفقة العمومية عبارة عن وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، فإننا وفيما يلي سنحاول بيان إطار اختصاص قاضي الإلغاء باختصاص المنازعات المتعلقة بملحق الصفقة العمومية من جهة، وبيان ولاية القضاء الكامل بنظر هذه النزاعات من جهة أخرى:

1- اختصاص قاضي العقد بنظر منازعات الملحق (ولاية القضاء الكامل):

إن المنازعات الناشئة عن منازعات ملحق الصفقة العمومية تدخل كأصل عام في ولاية القضاء الكامل، ولا يخرج على هذه القاعدة سوى الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية إذ يدخل هذا الطعن في ولاية قضاء الإلغاء،[1] لكن وكما نعلم أن نظرية القرارات الإدارية المنفصلة تصدر قبل العملية التعاقدية، باعتبار أن القرار المنفصل هو قرار لا يدخل في الرابطة العقدية وان كان يمهد لانعقادها، وبالتالي فنظرية القرارات الإدارية المنفصلة لاتدخل في نطاق دراستنا، ولكننا بصورة مبدئية سنولي توضيح اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الملحق.

حيث أن الاختصاص بنظر دعاوي القضاء الكامل المتعلقة بمنازعات ملحق الصفقة العمومية ينعقد للمحاكم الإدارية كقاعدة عامة، وذالك حسب ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

وسميت بدعوى القضاء الكامل نظرا لاتساع وتعدد سلطات القاضي المختص بنظر هذه الدعوى، ومن أهم دعاوي القضاء الكامل "دعوى التعويض" والتي سنحاول التحدث عنها –باختصار نوعا

[1] عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،دار النشر جيطلي،برج بوعريريج،2012،ص108.

[2] المادة 801 من القانون رقم :08-09 ، مرجع سالف الذكر ، ص75.

ما–فيما يلي محاولين بذلك ربطها بمنازعات ملحق الصفقة العمومية، وذلك كون دعوى التعويض من أهم الدعاوي الإدارية التي يرفعها المتعامل المتعاقد أمام القاضي المختص بهدف المطالبة والاعتراف له بوجود حق أو مركز شخصي مكتسب والإقرار له بان الإدارة من خلال أعمالها، قد مست حقوقه الذاتية بصفة غير شرعية.

تعريف دعوى التعويض:

دعوى التعويض هي الدعوى الإدارية العامة التي يطالب فيها الفرد خصمه بحق شخصي وتكون ولاية القاضي في هذه الدعاوي كاملة تتناول تمحيص النقاط القانونية والأمور الواقعية ولا تقف مهمته عند حد التدقيق فيما إذا كان القرار مخالفا للقانون أولا، بل تتجاوز سلطات القاضي هذا الحد إلى درجة الحكم بالتعويض للمتضرر.([1])

وتعتبر الدعاوي الإدارية المتعلقة بالعقود والصفقات العمومية من أهم دعاوي التعويض ورغم أن المشرع قد نص على دعوى التعويض ونظم إجراءات رفعها إلا انه لم يورد لها تعريفا محددا وفسح المجال بذلك للاجتهادات الفقهية والقضائية والتي تعددت و اختلفت في هذا المجال ونذكر من بينها من عرف دعوى التعويض على أنها :"الدعوى التي يرفعها احد الأشخاص إلى القضاء للمطالبة بجبر ما أصابه من ضرر نتيجة تصرف الإدارة بحيث يستند فيها رافع الدعوى إلى أن الإدارة قامت بعمل من الأعمال مست مركزا قانونيا خاصا به وبذالك اعتدت على حق له أو أصبح مهددا بالاعتداء عليه".([2]).

كما عرفها الأستاذ عمار عوابدي بأنها : الدعوى القضائية الذاتية التي يحركها ويرفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة وطبقا للشكليات والإجراءات المقررة قانونيا للمطالبة بالتعويض الكامل العادل واللازم لإصلاح الأضرار التي أصابت حقوقهم بفعل النشاط الإداري الضار".([3])

---

[1] نبيل صقر،الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،ص234.

[2] عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري(نظرية الدعوى الإدارية)،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،2005،ص260.

[3] نفس المرجع،ص261.

ومن هذا التعريف يمكننا استنتاج خصائص دعوى التعويض وشروط رفعها والتي سنحاول بيانها فيما يلي :

خصائص دعوى التعويض: تتميز دعوى التعويض عن باقي الدعاوي الإدارية بجملة من الخصائص التي يمكن إجمالها فيما يلي :

دعوى قضائية: اكتسبت دعوى التعويض الطبيعية القضائية منذ وقت ليس بالقريب وقد ترتب عن طبيعتها القضائية تميزها واختلافها عن فكرتي القرار الإداري السابق والتظلم الإداري باعتبار انه طه الأخيرة مجرد طعون أو تظلمات إدارية تفتقر للصفة القضائية.([1])

دعوى ذاتية شخصية: أساس كون دعوى التعويض هي دعوى ذاتية شخصية هو أنها تتحرك في حالة المساس بمركز قانوني شخصي ذاتي لرافعها و تستهدف تحقيق مصلحة شخصية ذاتية إذ تترتب عنها تحقيق فوائد ومكاسب مادية أو معنوية ذاتية للتعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية التي أصابت الحقوق القانونية الشخصية لرافعها.([2])

من دعاوي القضاء الكامل: تعتبر دعوى التعويض من أهم دعاوي القضاء الكامل التي تتسع فيها سلطة القاضي الإداري لتصل إلى درجة:

- البحث والكشف عن مدى وجود الحق الشخصي لرافع الدعوى.
- البحث عما إذا كانت قد أصاب هذا الحق ضرر بفعل النشاط الإداري.
- تقدير نسبة الضرر.
- تقدير نسبة التعويض العادل، واللازم لإصلاح الضرر.
- الحكم بالتعويض.([3])

من دعاوي قضاء الحقوق: تعتبر دعوى التعويض من أهم دعاوي قضاء الحقوق كونها تكفل للأفراد حق الدفاع عن حقوقهم الشخصية عن طريق جبر الأضرار التي تصيبهم نتيجة أعمال

[1] عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري(نظرية الدعوى الإدارية)،مرجع سابق، ص 264.

[2] نفس المرجع السابق،ص268.

[3] حسين طاهري، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية (التنظيم الإداري والنشاط الإداري)،دار خلدون للنشر والتوزيع،الجزائر،2007،ص185.

الإدارة وهو مايستلزم ضرورة منح القاضي سلطات واسعة يحمي بموجبها حقوق الأفراد الشخصية، هذا وينجم عن هذه الخاصية عدم ارتباط دعوى التعويض بآجال محددة بل ترتبط في هذه الحالة بمدة تقادم الحق الذي تحميه فمتى سقط حق الشخص بالتقادم سقطت معه دعوى التعويض.([1])
ومن أهم دعاوي القضاء الكامل المتعلقة بمنازعات ملحق الصفقة العمومية نجد:

أ. دعوى بطلان ملحق الصفقة العمومية: وهي من ابرز دعاوي القضاء الكامل لان موضوعها موجه إلى عيب في تكوين الصفقة العمومية وصحتها،ودعوى الإلغاء لا توجه إلى العقد الإداري، وإنما موضوعها القرارات الإدارية كونها دعوى عينية.([2])

إذا فالسبيل لدعوى بطلان صفقة عمومية هي دعوى القضاء الكامل، التي يرفعها المتعامل المتعاقد باعتباره هو صاحب الصفة في ذالك و المصلحة كونه طرفا في عقد الصفقة العمومية،([3]) وبطبيعة الحال سيكون طرف في الملحق الوارد عليها.

ب. دعوى الحصول على مبالغ مالية:([4]) إن جميع منازعات ملحق الصفقة العمومية التي يكون موضوعها الحصول على مبالغ مالية في إطار بنود الصفقة العمومية المعدلة فهي تمارس بموجب دعوى القضاء الكامل، فهي منازعات على الحق ومدى الالتزام بشروط الملحق.

ج. دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة خلاف التزاماتها التعاقدية: ([5])

إن المصلحة المتعاقدة قد تقوم بتصرفات مخالفة لالتزاماتها المتضمنة بنود ملحق الصفقة العمومية، وتتجلى بعض تلك التصرفات في صورة قرارات إدارية، فان للمتعامل المتعاقد أن يسعى لإبطال تلك التصرفات عن طريق دعوى القضاء الكامل، ولا يستطيع لان يلجأ إلى قضاء دعوى الإلغاء إلا إذا اقتصرت دعواه على طلب إلغاء قرار التعديل الذي أصدرته المصلحة المتعاقدة.

---

[1] المرجع نفسه ،ص186.

[2] عز الدين كلوفي، مرجع سابق،ص110.

[3] المرجع نفسه،ص110.

[4] عز الدين كلوفي، مرجع سابق،111.

[5] المرجع نفسه،ص112.

د. دعوى فسخ ملحق الصفقة العمومية: إن فسخ ملحق الصفقة العمومية عن طريق القضاء تأخذ إحدى الصور التالية:([1])

– إما أن يتم الطعن في القرار الإداري الذي أصدرته المصلحة المتعاقدة والمتضمن فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، وهو الحق المخول لها بموجب المادة150 من تنظيم الصفقات العمومية.([2])

– وإما أن يتم اللجوء إلى القضاء الإداري من طرف المتعامل المتعاقد للمطالبة بفسخ ملحق الصفقة العمومية لسبب من الأسباب(كاستحالة في التنفيذ لقوة قاهرة أو للإخلال بالالتزامات)([3])

اختصاص قاضي الإلغاء بنظر منازعات الملحق: إن مجال دعوى الإلغاء في نطاق منازعات الصفقة العمومية بصفة عامة ومنازعات الملحق بصفة خاصة محدودة بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة وهو يقوم على مبدأين أساسيين ألا وهما:

أ- **المبدأ الأول:** هو أن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه إلى العقود ذالك انه من شرط قبول دعوى الإلغاء أن توجه الدعوى إلى قرار الإداري.([4])

ب- **المبدأ الثاني:** في مجال قضاء الإلغاء لا يمكن الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري،فدعوى الإلغاء هي جزاء لمبدأ المشروعية والالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي الالتزامات شخصية.([5])

وللبحث عن منازعات ملحق الصفقة العمومية المتعلقة بالقرارات الإدارية المنفصلة التي تمارس عن طريق دعوى الإلغاء بعد معرفة المبدأين اللذين يضبطان هذه الدعوى وجب التطرق إلى تحديد القرارات الإدارية المنفصلة في مجال منازعات ملحق الصفقات العمومية أولا،ثم معرفة

[1] ناصر لباد، مرجع سابق،ص290.

[2] راجع المادة150 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق،ص24.

[3] عز الدين كلوفي، مرجع سابق،ص113.

[4] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق،ص197.

[5] المرجع نفسه السابق،ص197.

حجية الأحكام الصادرة بإلغاء تلك القرارات الإدارية المنفصلة على عقد الصفقة العمومية ومدى استمرارها ثانيا، وذلك من خلال مايلي:

– تحديد القرارات الإدارية المنفصلة في مجال منازعات الصفقات العمومية:([1])إن فكرة القرارات الإدارية المنفصلة في مجال منازعات ملحق الصفقة العمومية تظهر جليا قبل مرحلة إعداد ملحق الصفقة العمومية وإبرامه، لتوفر في القرارات الإدارية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة الشرطين الواجب توافرهما في القرارات الإدارية المنفصلة، ذلك أن لقرار تعديل الصفقة العمومية يصدر عن المصلحة المتعاقدة، ويندرج الطعن فيه ضمن ولاية قضاء الإلغاء ويخرج عن نطاق دائرة دعوى القضاء الكامل.

– حجية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على ملحق الصفقة العمومية:الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة عن طريق دعوى الإلغاء يتميز بنتيجة أساسية بالغة الخطورة،([2])تتمثل في أن اثر إلغاء تلك القرارات المنفصلة على الصفقة العمومية يمتد إلى ملحقها، إذا ما كان ذلك الإلغاء يؤدي بصفة تلقائية إلى بطلان ملحق الصفقة العمومية من عدمه.

لقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي منذ أمد بعيد إلى أن القرارات المنفصلة في حالة العقود الإدارية وحدها فقط لا يمكن أن يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد بل يبقى سليما ونافذا حتى يتمسك احد أطرافه بالحكم الصادر بالإلغاء أمام قاضي العقد، وحينئذ يجوز لقاضي العقد أن يحكم بإلغائه استنادا إلى سبق إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة التي ساهمت في إتمام عملية التعاقد([3])وما يقال على الصفقة العمومية يقال على ملاحقها.

من خلال ما سبق يتجلى ممارسة كل أنواع الدعاوى الإدارية، حيث أن دعوى القضاء الكامل تمارس في المنازعات الناتجة عن مرحلة تنفيذ ملحق الصفقة العمومية، لأنها تتعلق بالحقوق

[1] عز الدين كلوفي، مرجعسابق، ص116.

[2] عز الدين كلوفي، مرجع سابق، ص119.

[3] المرجع نفسه ، ص119.

الناتجة عن الرابطة التعاقدية و التعديل الوارد عليها، في حين أن مجال ممارسة دعوى الإلغاء يتعلق بالإلغاء قرار التعديل الوارد على الصفقة العمومية باعتبارها من القرارات الإدارية المنفصلة.

ثانيا الاختصاص النوعي:تنص المادة الأولى من القانون رقم 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية في فقرتها الأولى على انه: تنشأ محاكم إدارية كجهات فضائية للقانون العام في المادة الإدارية[1].

كما تنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن: المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.[2]

كما نصت المادة 801 الفقرة الثانية من نفس القانون على أنه: تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في دعوى القضاء الكامل.

وفضلا عن هده النصوص القانونية فان كلا المادتين أعلاه المادة800والمادة 801 قد نصت في أخرها على اختصاص المحاكم الإدارية ومجلس الدولة حسب الحالة بالقضايا المخولة لها بموجب نصوص قانونية خاصة.

وكنتيجة لما سبق نصل إلى أن المعيار الذي اتبعه المشرع الجزائري في تحديده للاختصاص القاضي هو المعيار العضوي الذي يركز على أطرف أو أعضاء النزاع، فكلما كانت الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا في النزاع انعقد الاختصاص للقضاء الإداري، وهدا حسب نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما عن الجهات القضائية الإدارية المختصة بنظر منازعات الملحق فتتمثل في:

1-المحاكم الإدارية:تعد المحاكم الإدارية صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية بما فيها العقود الإدارية.

[1]المادة الأولى من القانون رقم 98-02 يتعلق بالمحاكم الإدارية، المؤرخ في 30ماي 1998، عدد37.

[2]المادة 800 من القانون رقم :08-09، مرجع سالف الذكر ، ص76.

حيث أنها تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف فيما بعد أمام مجلس الدولة، وهذا ما جاءت به المادة 800 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتتضح المسألة أكثر بالمادة 801 الفقرة الثانية حيث نجدها تنص على أن: تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في دعوى القضاء الكامل ....

حيث انه تختص المحاكم الإدارية في دعوى القضاء الكامل ،و التي تتضمن منازعات ملحق الصفقة العمومية، وبالتالي نخلص إلى أن المحاكم الإدارية تعتبر جهة تقاضي ابتدائية يلجأ إليها المتعامل المتعاقد خصوصا في رفع دعواه القضائية الإدارية وبالتالي فهي تختص على الدوام بالفصل في أي نزاع قد ينشأ في مرحلة إبرام الملحق وتنفيذه بمجرد أن يكون أحد الأطراف شخصا عاما تبعا للمعيار العضوي.

2-مجلس الدولة: يمارس مجلس الدولة الاختصاصات القضائية بأوصاف ثلاثة:

أ-مجلس منازعات قاضي الاختصاص:يفصل مجلس الدولة كقاضي اختصاص ابتدائيا ونهائيا في المنازعات التي تثور بشأن بعض الأعمال والقرارات والتصرفات الصادرة عن الهيئات التنظيمات المركزية والوطنية، وقد نصت المادة 09 من القانون العضوي 98-01 على أنه "يفصل مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في:

الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارة المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية. الطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة.[1]

وعليه ومن خلال استقرائنا لنص المادة09 من القانون العضوي 98-01 نجد أن المشرع الجزائري قد أخرج دعاوي القضاء الكامل من اختصاص مجلس الدولة .

ولعل سر إخراج قضاء التعويض من اختصاص مجلس الدولة يعود إلى طبيعة النزاع في حد ذاته ، كون الفصل في قضايا التعويض أمر يمارسه القاضي المدني والقاصي التجاري .....الخ،

[1]المادة 09 من القانون العضوي رقم 98-01 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المؤرخ في 30 ماي 1998،عدد37 .

ولا ينطوي هدا النزاع من القضاء على مخاطر ،ولا يحتاج إلى خبرة و مؤهلات قضائية عالية كقضاء الإلغاء أو فحص المشروعية أو التفسير ،وهدا عهد المشرع للبنية القضائية التحتية ممثلة في المحاكم الإدارية ، و تعلق الأمر بأحد الأشخاص المذكورين أعلاه كالوزارات و الهيئات العمومية الوطنية [1].

ت- مجلس الدولة قاضي الاستئناف :تنص المادة 10من القانون العصوي رقم 98-01 على أنه : " يفصل مجلس الدولة في استئناف القرارات ابتدائيا من قبل المحاكم الإدارية في جميع الحالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ."[2]

ثالثا :الاختصاص الإقليمي :

1-القاعدة العامة : يقوم الاختصاص كأصل عام على معيار مادي يتمثل في فكرة الموطن[3]،وإذا ما عدنا إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فان الاختصاص الإقليمي قد تكلمت عليه المواد من 803إلى غاية 806 منه .

وعموما فان الاختصاص الإقليمي في المادة الإدارية كما هو الحال عليه في المواد العادية إنما يتحدد طبقا لنص المادة 37و 38 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

ينعقد الاختصاص القضائي للمحاكم الإدارية ، و التي يوجد بدائرة اختصاصها الإقليمي موطن المدعي عليه بغض النظر عن نوع دلك الموطن أو تعدد المدعي عليهم .

2-الاستثناء :أما بالنسبة إلى الاستثناء فقد أوردته المادة 804 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، حيث نجدها نصت على بعض الاستثناءات و التي حدد فيها المشرع الاختصاص الإقليمي لبعض المنازعات الإدارية مباشرة دون

التقيد بالقاعدة العامة ، نظرا للطبيعة الخاصة لهده المنازعات و التي من بينها الصفقات العمومية باعتبارها عقود إدارية .[1]

[1]محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص197.

[2] المادة 10 من القانون العضوي رقم 01/98 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، مرجع سالف الذكر.

[3]المادة 804 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سالف الذكر ، ص76.

كما يجب الإشارة إلى أن الاختصاص الإقليمي، لا يمكن أن يتفق الأطراف أثناء الإبرام على الجهة القضائية المختصة محليا في النزاع الذي يثور بشأن حالة معينة ترتبط بإبرام العقد أو تنفيذه، وذلك لان الاختصاص القضائي المحلي من النظام العام[2]

الفرع الثاني : اختصاص القضاء العادي بنظر منازعات ملحق الصفقة العمومية .

نظرا للتنظيم القضائي المزدوج في الجزائر ،فان الحديث عن الجهة المختصة بنظر نزاعات الصفقة العمومية ، و التي يعقد لها الاختصاص بتطبيق المعيار العضوي ، إلا أن الإشكال القائم في هدا المقام يكمن في المعيار العصوي الذي يعتمده المشرع في حد ذاته ، فمن خلال فانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،نجد أن المشرع قد وسع في المعيار العصوي ، في حين أنه ضيقه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .حيث أنه إضافة إلى الهيئات التي اعتمدها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فانه أضاف المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و غيرها من الأخرى المنصوص عليها في ظل قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .[3]

وبمفهوم المخالف لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يمكننا القول أن منازعات المؤسسات العمومية التي جاء بها تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام هي منازعات تخرج عن اختصاص القاضي الإداري، و يختص بها القاضي العادي في نطاق اختصاص القاضي العادي نميز بين اختصاص القاضي المدني بنظر في منازعات الملحق واختصاص القاضي الجزائي بنظر في منازعات الملحق. فيما يلي:

أولا : اختصاص القاضي المدني بمنازعات ملحق الصفقة العمومية

يعقد الاختصاص للقاصي العادي بنظر منازعات الصفقات العمومية في حال أعمال المعيار العضوي، فالعقد هو :"العقد الذي يكون أحد أطرافه شخص من الأشخاص المذكورين في المادة

[1] المادة 804 من القانونرقم 08-09 المتصمن الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص76.

[2] المادة 37و38 من القانون رقم 08-09 المتصمن الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص7.

[3] المادة 800 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص75

800 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و هم الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية "[1].

فإذا طرح على القضاء الإداري نزاع يتعلق بعقد لا يكون أحد أطرافه شخصا من الأشخاص المذكورين في المادة 800 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فعليه أن يصرح بعدم اختصاصه في النظر في النزاع ،ويؤول الاختصاص بنظر النزاع إلى اختصاص القضاء العادي ، اعتبارا أن الصفقة في هده الحالة تعد عقدا من عقود القانون الخاص .

ثانيا اختصاص القاضي الجزائي بنظر في منازعات ملحق الصفقة العمومية :

لقد نص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على جملة من الجرائم الخاصة بالصفقات العمومية وملاحقها، يمكن إجمالها في ظل القانون 01/06 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في ستة (6) جرائم أساسية:

1/جريمة الرشوة .

2/جريمة استغلال النفوذ.

3/جريمة استغلال الوظيفة .

4/جريمة الامتيازات الغير مبررة في مجال الصفقات العمومية .

5/جريمة أخد فوائد بصفة غير قانونية .

6/جريمة تعارض المصالح.

الفرع الثالث: تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي.

إن وجود جهتين قضائيتين تتوليان النظر في منازعات الصفقات العمومية وملاحقها، أمر يجعل إمكانية نشوء تنازع بينهما أمرا وارد وقائما، ويتخذ تنازع الاختصاص ثلاث صور:

[1] ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، مرجع سابق، ص203.

أولا : التنازع الايجابي : يعني أن تتمسك كل جهة قضائية باختصاصها في نظر نفس النزاع ،نصت المادة 16 من القانون العضوي رقم 98-03 المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها و عملها على ما يلي :"يكون تنازع الاختصاص عندما تقصي جهتان قضائيتان إحداهما خاضعة للنظام القضائي العادي و الأخرى للنظام القضائي الإداري باختصاصها ....."[1]

وشروط التنازع الايجابي ثلاثة :

1/ اختصاص مزدوج في قصية واحدة .

2/صدور قرارين من كل من القضاء العادي و القضاء الإداري .

3/وحدة الأطراف و الموضوع و السبب و الهدف [2].

ثانيا التنازع السلبي : ويكون في حالة تمسك كل جهة قضائية بعدم اختصاصها بنظر النزاع ، نصت المادة16 من القانون العضوي رقم 98-03 المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها و عملها على ما يلي :"يكون تنازع الاختصاص عندما تقصي جهتان قضائيتان إحداهما خاضعة للنظام القضائي العادي و الأخرى للنظام القضائي الإداري باختصاصها أو بعدم اختصاصها للفصل في نفس النزاع ...."[3].

إن صورتي التنازع السلبي و الايجابي لهما نفس الشروط ، فلا يقومان إلا بعد توفر الشروط السابقة الذكر.

ثالثا : حالة الإحالة : ونكون أمام هده الحالة في حالة إحالة القاضي ملف القضية إلى محكمة التنازع للفصل في الاختصاص حتى لا يصدر قرارا يتناقض مع قرار صادرا من نظام قضائي آخر و في النزاع الواحد ، وهو ما يسمى بالإحالة، و في هده الحالة تتوقف كل الإجراءات إلى

[1] المادة 16 من القانون العصوي رقم 03/98 يتعلق باختصاصات محكمة التنازع و تنظيمها و عملها ، المؤرخ في 03 جوان 1998

[2] عمار بوضياف، تطور التنظيم القضائي الإداري في الجزائر، دارالأمل، تيزي وزو ،2010، ص80 .

[3] المادة 16 من القانون العصوي رقم 03/98 يتعلق باختصاصات محكمة التنازع و تنظيمها و عملها ، مرجع سالف الذكر.

حين صدور القرار من المحكمة التنازع ،و يمكن أن تكون هده الإحالة من القضاء العادي أو القضاء الإداري [1].

المطلب الثاني : الطعن في الأحكام الصادرة في منازعات ملحق الصفقة العمومية

بعد النطق بالحكم أو القرار وحيازته لقوة الشيء المقضي فيه، تستنفد الجهة القضائية وولايتها ولا يجوز للمحكوم عليه إعادة طرح النزاع مجددا بدعوى ابتدائية، إلا إذا شاب الحكم عيب من العيوب فهنا جاز الطعن فيه من طرف صاحب المصلحة بطرق وإجراءات محددة محترما ميعادها حتى يقبل طعنه.وتنقسم إلى طرق عادية وأخرى غير عادية.

الفرع الأول : طرق الطعن العادية

تتمثل طرق الطعن العادية في الاستئناف والمعارضة.

أولا الاستئناف : هو وسيلة قضائية منظمة قانونا تهدف إلى مراجعة الحكم الصادر عن المحكمة،ومن خلاله يمكن للمحكوم عليه أو المحكوم له إعادة طرح النزاع من جديد أمام محكمة أعلى درجة من تلك التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، وقد يكون الغرض من الاستئناف إلغاء الحكم المطعون فيه أو استبداله بحكم جديد أو تعديله [2].

إن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ترك الغموض حول مدى قابلية الأوامر الصادرة بخصوص الاستعجال في مادة إبرام العقود و الصفقات العمومية للاستئناف و مصدر هذا الغموض نابع من أنه نص في حالات أخرى صراحة على قابلية للطعن مثلا في حال التسبيق المالي ،وبما أن هذا القانون نص على أجل الفصل في الدعوى في المادة الموالية فان ذلك يعني قابلية هذه الأوامر للاستئناف وفقا للقواعد العامة [3].

[1] عمار بوضياف، تطور التنظيم القضائي الإداري في الجزائر، مرجع سابق، ص80 .

[2] عمار بوضياف، تطور التنظيم القضائي الإداري في الجزائر مرجع سابق، ص80

[3] مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعة الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية ،2009، ص289.

ثانيا المعارضة :وهي وسيلة طعن عادية ترفع من طرف الخصم المتغيب تهدف إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي ،وأنه من خلالها يتم الفصل في القصية من جديد من حيث الوقائع و القانون ويصبح الحكم أو القرار المعارض كأن لم يكن ما لم يكن القرار أو الحكم مشمولا بالنفاذ المعجل[1].وتختص بالنظر في المعارضة نفس الجهة القضائية مصدرة الفرار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وذلك في أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي [2] حسب الأشكال المقررة لعريضة افتتاح الدعوى مع إرفاق هذه العريضة بنسخة من الحكم المطعون تحت طائلة عدم القبول شكلا [3].

ويترتب على المعارضة وقف التنفيذ في المادة الإدارية ما لم ينص على خلاف ذلك، وعليه إذا صدر حكم غيابي في نزاع صفقة عمومية أو ملاحقها فانه للخصم المتغيب أن يطعن فيه بالمعارضة ويتعرض هذا الحكم لوقف التنفيذ .

الفرع الثاني : طرق الطعن الغير عادية .

تنقسم طرق الطعن غير العادية إلى الطعن بالنقض واعتراض الغير خارج عن الخصومة و التماس إعادة النظر :

أولا النقض : وهو طريق من الطرق الطعن غير العادية مفتوح للأطراف وفي بعض الحالات لنيابة العامة ،ويرمي إلى النظر فيما ادا كانت المحاكم طبقت النصوص و المبادئ القانونية بصورة سليمة [4]، وتكون قابلة للطعن بنقض الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع و الصادر في آخر درجة و التي تنهي الخصومة بالفصل في أحد الدفوع الشكلية أو أي دفع عارض آخر [5].

[1]المادة 328من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سالف الذكر، ص28

[2]المادتين 953و954 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سالف الذكر ، ص28

[3]المادة 330 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع، سالف الذكر، ص86-87

[4]عبد الغاني بلعابد، الدعوى الاستعجالية الإدارية و تطبيقاتها في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة منتوري ، قسنطينة ، ص66.

[5]المادة 348و 349 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سالف الذكر، ص29.

ويختص مجلس الدولة بالنقض، ويتحدد آجاله بشهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار محل الطعن ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويقوم رئيس مجلس الدولة بتوزيع هدا الطعن المعروض أمام مجلس الدولة على الغرف [1].

تجدر الإشارة إلى أن الطعن بالنقض كالطعن بالاستئناف ليس له أثر موقف [2].

ثانيا : اعتراض غير الخارج عن الخصومة :

يعد هذا النوع من الطعن وسيلة غير عادية جعلها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في نص عام يقضي بأن لكل ذي مصلحة ولو لم يكن طرفا ولا ممثلا في الحكم أو القرار الأمر المطعون فيه، تقديم اعتراض غير الخارج عن الخصومة، لأن هدا الطعن يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار الذي فصل في أصل النزاع ومن خلاله يفصل قي القضية من جديد من حيث الوقائع و القانون [3].

وللتذكير فان اعتراض الغير الخارج عن الخصومة يرفع فوق الأشكال المقررة لرفع الدعوى وبنفس إجراءات التحقيق، ويقدم أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، كما أنه يجوز الفصل فيه من طرف نفس القضاة، مع ضرورة إرفاق الاعتراض بوصل يثبت إيداع المبلغ لدى أمانة الضبط يساوي الحد الأقصى من الغرامة المحددة في المادة 338 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يجوز لقاضي الاستعجال أن يوقف تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه.

ثالثا التماس إعادة النظر: يتعلق هدا النوع من الطعن فقط بالقرارات الصادرة عن مجلس الدولة، فلا يمتد تطبيقه على مستوى المحاكم الإدارية [4].

[1] المادة 351 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سالف الذكر ، ص30.

[2] المادة 909 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سالف الذكر ، ص83.

[3] المادة 380و 381 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع، سالف الذكر، ص32.

[4] المادة 966 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سالف الذكر ، ص386

ولقد أقرت هده الطريقة غير العادية للطعن من أجل استدراك ما قد يقع فيه القاضي من خطأ في القانون أو في الوقائع بغية إصلاحه و جبر الطرف المتضرر، وتتعلق هده الطريقة في الإجراءات المدنية و الإدارية بالقرارات القضائية النهائية فقط [1].

وقد حددت المادة 967 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية [2]حالتين للطعن بالتماس إعادة النظر هما :

1-إذا اكتشف أن القرار صدر بناء على وثائق مزورة قدمت لأول مرة أمام مجلس الدولة.

2-إذا حكم على خصم بسبب عدم تقديم وثيقة قاطعة كانت محتجزة لدى الخصم

أما فيما يتعلق بأجل الطعن بالتماس إعادة النظر فقد حسمت المادة 968 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية وحددته بمدة شهرين تسري من تاريخ التبليغ الرسمي بالقرار أو من تاريخ اكتشاف التزوير أو من تاريخ استرداد الوثيقة المحتجزة بغير حق من طرف الخصم [3].

وبناءا على ما تقدم ،فانه يمكننا التوصل إلى أن دور القاصي الإداري في منازعات الصفقات العمومية و ملاحقها يحمل العديد من الضمانات التي تحمي حقوق المتعاقدين من تعسف المصالح المتعاقدة ، لآن القاصي الإداري له سلطات واسعة ، لاقتصر على إلغاء القرارات الإدارية ، وإنما قد تصل إلى فرض غرامة تهديديه عليها إن امتنعت عن التنفيذ.

[1]عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر ، 2013،ص386.

[2]المادة967 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سالف الذكر، ص88.

[3]المادة 968 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سالف الذكر ، ص88.

الخاتمة

تم التطرق في هذه الدراسة إلى ماهية الملحق من خلال التذكير بالتطور التاريخي لفكرة تعديل العقد وموقف المشرع الجزائري منه، ثم مفهوم الملحق وتوضيح قواعد مشروعية الملحق، ودالك بالتركيز على أهم القيود التي تضبط عملية إبرامه حتى يكتسب هدا الإجراء طابع المشروعية، خاصة وأن المصلحة المتعاقدة تسعى دائما إلى تحقيق المصلحة العامة التي تمثل أساس اعتراف المشرع لها بأهلية التعاقد، ومنحها سلطات استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص.

كما تم التطرق في هده الدراسة إلى أهم الدوافع والأسباب التي تؤدي بالإدارة المتعاقدة إلى إبرام ملاحق لصفقاتها العمومية وأن سلطة الإدارة في إبرام الملاحق ليست مطلقة، بل تخضع لضوابط يتعين توافرها نذكرها كالتالي:

-وجود ظروف ومستجدات بعد إبرام الصفقة تستدعي التعديل.

-صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية.

- أن يتم التعديل داخل أجال تنفيذ الصفقة.

-ألا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة.

- ألا يؤدي التعديل لتغيير طبيعة الصفقة وموضوعها.

والتطرق إلى فكرة السقف المالي للملحق من خلا تسليط الضوء على إمكانية إبرام ملحق دون سقف مالي محدد، وتأثير دالك على شروط المنافسة وتوازن الصفقة الاصلية، كما تم الإشارة إلى مدى إمكانية خضوع الملاحق ذات السقف المالي الغير المحدد لرقابة مجلس المنافسة،

كما تطرقنا أيضا إلى تسوية المنازعات المتعلقة بملحق الصفقة العمومية بشقيها الودية والقضائية، هذا وقد توصلنا أثناء هده الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات نذكرها كالتالي:

1- الملحق اتفاق تعاقدي لاحق وتابع للتعاقد الأصلي ولا يمثل عقدا جديدا.

2- الدافع الجوهري من إبرام ملحق أو ملاحق الصفقات العمومية يتجلى في الزيادة أو الإنقاص في مقدار الالتزامات، أو تعديل بنود إدخال خدمات جديدة غير مضمنة في الصفقة الأصلية أو إعادة التوازن المالي للاقتصادي للصفقة.

3- صفقة الأشغال العامة تمثل المجال الخصب لسلطة التعديل عن طريق إبرام ملاحق الصفقة.

4- عدم تحديد حدود منطقية ومعقولة لسقف الملحق، ولو بنص عليه المرسوم التنظيمي حسب كل قطاع وزاري وحسب كل حالة، ساهم في وجود ملاحق تتجاوز قيمتها المبلغ التقديري للصفقة الأصلي، وهو أمر ساهم في وجود ثغرات تمس بالشفافية و النزاهة في الصفقات العمومية.

5-توسيع من صلاحيات تدخل مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية، خاصة أثناء مرحلة التعديل في الصفقة و إبرام ملاحقها ادا تجاوزت أسقفها المالية، النسب المحددة في المادة139 من المرسوم 247/15 للحفاظ على شروط المنافسة الحرة .

6- إن الوقاية من المنازعة أصبح من الأولويات لضمان مواصلة تنفيذ الصفقة العمومية.

7- توزيع منازعات ملحق الصفقة العمومية، بين جهتين قضائيتين جهة القضاء الإداري وجهة القضاء العادي.

8- أغفل المشرع للتفاصيل عند لجوء طرفي الملحق الصفقة العمومية للقضاء، اد لم يخصه بأي تراتيب تذكر، دون توضيح القضاء المختص ولا نوع الدعاوي المرفوعة ولا الإجراءات التقاضي.

قَائمة المصادر والمراجع

1- المعاجم :

مجد الدين الفيروزي آبادي، القاموس المحيط ،دار الحديث ، القاهرة .

2- القوانين والأوامر:

1-قانون رقم 06-01المؤرخ في 2016/02/20المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ،جريدة رسمية رقم 41بتاريخ 08مارس2006.

2-قانون رقم 08-09 لمؤرخ في 25 فيفري 2008 متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،جريدة رسمية 21بتاريخ 23أفريل2008.

3-قانون رقم 06-01المؤرخ في 2016/02/20المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ،جريدة رسمية رقم 41بتاريخ 08مارس2006

4-الأمر رقم 90/67المؤرخ في 17 جوان 1967،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،جريدة رسمية رقم 52.

5-الأمر رقم 75-58المؤرخ في 26سبتمبر 1975والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم جريدة رسمية رقم 55صادرة في 30سبتمبر 1975.

6-الأمر رقم 03-03 مؤرخ في19 جويلية 2003المتعلقة بالمنافسة المعدل والمتمم ،جريدة رسمية رقم 43بتاريخ 20 جويلية 2003

5-قانون رقم 08-09 لمؤرخ في 25 فيفري 2008 متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية 21بتاريخ 23أفريل2008.

3- المراسيم:

1- المرسوم الرئاسي 145/82المؤرخ في 10أكتوبر1982،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريد رسمية رقم15.

2-المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 حويلية 2002،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريد رسمية رقم52.

3-المرسوم الرئاسي 236/10المؤرخ في 07 أكتوبر2010،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريد رسمية رقم58 .

4-المرسوم الرئاسي 23/12 المؤرخ في 18 حويلية 2012،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريد رسمية رقم04.

5-المرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في 15 حويلية 2013،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريد رسمية رقم 02.

6-المرسوم الرئاسي رقم 247/15مؤرخ في 16سبتمبر 2015المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،جريد رسمية رقم 50 بتاريخ 20سبتمبر 2015.

7-مرسوم تنفيذي 434-91مؤرخ في 09 نوفمبر1991 لمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية رقم 57.

8-مرسوم تنفيذي 11-118مؤرخ في 16 مارس2011 لمتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية.

4- القرارات:

1 -قرار مؤرخ في 1964/12/31 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة (جريدة رسمية عدد 06 ، بتاريخ 1965/10/19

5-المؤلفات باللغة العربية:

أ- الكتب

1-أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري ، دون طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1978.

2-أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية

3-أحمد محيو ، محاضرات في المؤسسات الإدارية :ترجمة محمد عرب مصيلا، ديوان مطبوعات الجامعية ، الجزائر ،1996 .

4-أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1973.

5-بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة ، طبعة 1، 2005.

6-حسبن طاهري ،القانون الإداري و المؤسسات الإدارية (التنظيم الإداري و النشاط الإداري)،دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر .

7-حمد محمد حمد الشلماني ،امتيازات السلطة الإدارية العامة في العقد الإداري ،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ،2007.

8-حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة العقود الإدارية و الدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،1998.

9-سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة لعقود الإدارية، جامعة عين شمس، مصر،1991.

10- سحر جابر يعقوب، *فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، كلية الحقوق، مجلة جامعة الكوفة، العدد السابع، 2008*

11-عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

12-عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دون طبعة، دار النهضة العربية 2000.

13-علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكم (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة،الأزاريطة،2008 .

14-عز الدين كلوفي ، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية ،دار النشر حيطلي ، برج بوعريريج ،2012 .

15-عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ،2011.

16-عمار بوضياف، تطور التنظيم القظائي الاداري في الحزائر ، دار الامل ، تيزي وزو ،2010 .

17-عمار عوابدي ،النظرية العامة للمنازعات الادارية في النظام القضائي الجزائري (نظرية الدعوى الادارية) ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،2006 .

18-عادل بوعمران: النظرية العامة للعقود الإدارية ، دار الهدى ، الجزائر ، 2010

19-ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دون طبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع،2000 .

20-محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية ،دون طبعة وتاريخ نشر، دار العلوم للنشر التوزيع، عنابة- الجزائر.

21-محمد بن ناصر بن محمد البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، 1999 .

22-محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010 .

23-محمد شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

24-مازن ليلو راضي ،العقود الإدارية في القانون الليبي و المقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،2003 .

25-مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعة الإدارية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،2009

26-يسري محمد العطار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دون طبعة، دار النهضة العربية، 2002 .

27-ناصر لباد ، الأساسي في القانون الإداري ، دار المجد ، سطيف ،2011.

28-نبيل صقر ،الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية ، الصلح،الوساطة ، التحكيم ، دار الهدى للنشر ،الجزائر ،200

6- المذكرات:

1-ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013 .

2-سهام بن دعاس ، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2011.

3 -سهام شقمطي، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر مذكرة ماجستير،كلية الحقوق ، جامعة عنابة ،2011.

4-نعيمة أكلي ، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

5-عبد الغاني بلعابد ،الدعوى الاستعجالية الإدارية و تطبيقاتها في الجزائر ، مذكرة ماجستار، جامعة منتوري ، قسنطينة، 2013

فهرس المواضوعات	الصفحة
مقدمـــــة	أ – ب
الفصل الأول:آلية الملحق لتعديل الصفقة العمومية .	5
المبحث الأول :ماهية الملحق .	6
المطلب الأول : نشأة فكرة سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري (الصفقة العمومية).	13-07
المطلب الثاني :مفهوم الملحق و شروط إبرامه .	21-14
المبحث الثاني : دوافع إبرام الملحق وتحديد السقف المالي .	21
المطلب الأول :دوافع إبرام ملحق الصفقة العمومية.	30-22
المطلب الثاني : السقف المالي لملحق الصفقة العمومية.	37-13
الفصل الثاني : تسوية منازعات ملحق الصفقة العمومية .	39
المبحث الأول :التسوية الودية لملحق الصفقة العمومية.	40
المطلب الأول :الحل الودي ولجانه في التسوية الودية للنزعات ملحق الصفقة العمومية.	44-41
المطلب الثاني: التحكيم كآلية لتسوية الودية للنزعات ملحق الصفقة العمومية.	50-45
المبحث الثاني : التسوية القضائية لمنازعات ملحق الصفقة العمومية.	50
المطلب الأول: الاختصاص القضائي في مجال منازعات ملحق الصفقة العمومية .	63-51
المطلب الثاني: الطعن في الأحكام الصادرة في منازعات ملحق الصفقة العمومية .	67-64
خاتمـــــة	70-69
قائمة المصادر والمراجع	77-72
فـــــــهرس الموضوعات	79

فهرس الموضوعات