جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

سلطات المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية 15-247.

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص دولة ومؤسسات

إعداد الطالبة: **إشراف الدكتور:**

عفاف العقون ساعد العقون

لجنة المناقشة:

- أ/أحمد بن الصادق.....رئيسا.

- د/ساعد العقون..... مقررا.

-أ/عباس حمزة.....مناقشا.

السنة الجامعية: 2016/2015

بسم الله الرحمن الرحيم

"وقل ربي زدني علما"

صدق الله العظيم

الآية 144 من سورة طه .

إهـــداء

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى

وطني.....الجزائر

إلى مصدر فخري والدي العزيز أطال الله في عمره وأدامه لي ذخرا مدى الحياة

إلى من هي الجنة تحت أقدامها... والدتي التي حرصت على حسن تربيتي وارشادي

إلى من أشد بهم عضدي، سندي وأكبر ذخيرة لي..... إخوتي وأخواتي

إلى من أحبوني وأحببتهم..... صديقاتي عمري

إلى كل من وسعهم قلبي ... ولم يسعهم قلمي

تقديرا وعرفانا ومحبة على كل ما قدموه لي من دعم لإنجاز هذا العمل

الطالبة

شكر وتقدير

أولا الحمد لله حمدا كثيرا طيبا على ما وفقني إليه في انجاز هذا العمل بفضله ورحمته

أتقدم بالشكر والتقدير للدكتور **ساعد العقون** الذي وافق على الإشراف على هذا البحث وأولاه بالغ عنايته وجميل صبره وحسن توجيهه

كما أتقدم بالشكر إلى كل أساتذتي الكرام الذين تفضلوا بمناقشة المذكرة وإلى كل أساتذتي الذين درسوني خلال الدراسة النظرية

وإلى كل أساتذتنا الأجلاء

وكما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"**من أسدى إليكم معروف فكافئوه فإن لم تستطيعوا فادعوا له**"

فجزآكم الله عنا خير الجزاء

الطالبة

قائمة المختصرات

- ✓ (ق،ص،ع): قانون الصفقات العمومية.
- ✓ (ج ر): الجريدة الرسمية.
- ✓ (ط) : طبعة
- ✓ (ب ط): بدون طبعة.
- ✓ (ص): الصفحة.
- ✓ (**p**): page.
- ✓ (**L.G.D.J**): Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
- ✓ (**Op.cit**): ouvrages précédemment cité.

مقدمة

مقدمة

من المسلم به أن كل مجتمع إنساني مهما كان نظامه لا يستغني عن قواعد قانونية تنظم شؤونه وترعى مصالحه، فتحدد العلاقات القائمة بين أفراده، وعلاقاتهم بالسلطة العامة، وحتى علاقة السلطات فيما بينها، المنظمة في شكل إدارات يحكمها القانون العام، تهدف أساسا إلى تحقيق المنفعة العامة والصالح العام.

إن قوة الدولة في قوة إدارتها العامة، حسن سيرها وتنظيمها، فهي تقوم بمجموعة من الأنشطة والخدمات تحقيقا للصالح العام سواء من خلال تغطيتها للحاجات العامة وحمايتها للنظام العام، فهي تمارس نشاطها في إطار القوانين والتنظيمات، وسعيا منها لتحقيق أهدافها، فهي تلجأ إلى أسلوبين هما بمثابة سلطة وإمتياز لها، المتمثلان أساسا في القرار أو العقد الإداري.

فبالنسبة للقرارات الادارية نجد أنها تصدر من قبل الإدارة وحدها دون الحاجة إلى إرادة أخرى أو حتى قبول من الأفراد، وتليها العقود الإدارية التي تجد الإدارة نفسها مضطرة – لتحقيق ما تسعى إليه– إلى أن تتحد إرادتها مع إرادة أو إرادات أخرى، لينتج عن ذلك عقد إداري مبني على إرادة الطرفين، فيعد هذا الاخير أداة الإدارة في سبيل أدائها لواجباتها في تنظيم وتسيير المرافق العامة وفقا للقواعد والمبادئ العامة، وإشباع حاجات المجتمع التي تعرف تزايدا مستمرا.

ويعتبر عقد إداري كل عقد يبرمه شخص معنوي عام، مع أشخاص قانونية أخرى –عامة كانت أو خاصة– أساسه الإتفاق بين الطرفين يتعلق بتسيير وتنظيم مرفق عمومي، يتميز بطبيعة خاصة، نظرا لوجود شروط متميزة غير مألوفة عن تلك المنظمة في القانون الخاص، كونه يستخدم في ذلك أساليب القانون العام، فالإدارة هنا لا تنزل إلى مرتبة الفرد لتتساوى معهم، بل تبقى صاحبة الإمتياز والطرف الأقوى في العقد.

تشكل الصفقات العمومية أهم أنواع العقود الإدارية وأكثرها إنتشارا فهي تمثل الشريان الأساسي لنمو الإقتصاد الذي يدعم بدوره عملية التطوير في الدولة، كما تعتبر النظام الأفضل لإستغلال الأموال العامة وأداة تنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية فيها، وتعتبر الصفقات

العمومية من من أكثر التنظيمات ارتباطا بالواقع السياسي والاقتصادي للبلاد بدليل ماعرفته المنظومة القانونية الخاصة بها تعديلات مختلفة منذ الإستقلال إلى يومنا هذا.

فصدر أول قانون للصفقات العمومية 67-90* لتليه بعد ذلك عدة تعديلات وتشريعات متتالية كانت كل مرة تأتي لملائمة ما تعيشه الدولة من واقع اقتصادي وإجتماعي وسياسي... لتتوتج بأخر قانون للصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي15-247، وما هذا التعداد والتغير في المنظومة القانونية للصفقات العمومية إلا إنعكاس لمواكبة تطور المجتمع وحاجياته.

وتبقى الصفقات العمومية في تطور وإزدهار، تلبية منها للأحسن في مجال إشباع الحاجات العامة، فالصفقات العمومية ليست كباقي العقود التي تبرمها الإدارة -كما سبق الذكر- إنطلاقا من الإمتيازات التي تتمتع به المصلحة المتعاقدة والتي تشمل كافة مراحل الصفقة فالإدارة بصفتها طرف متعاقد تتمتع بهذه الإمتيازات وفقا للمبادئ العامة حتى ولو لم يتم النص عليها في التشريع أو تضمنها العقد، وجاء مرسوم 15-247 لتعزيز سلطات المصلحة المتعاقدة في عقود الصفقات العمومية، ليس تعسفا واستغلالا للمتعامل المتعاقد بل حرصا على المصلحة العامة، وفي المقابل أعطى للمتعامل حق الطعن أمام الجهات القضائية المختصة في حالة إثباته وجود إنحراف عن مبدأ المشروعية أو تعسف من جانب الإدارة.

وعلى هذا الأساس تمارس الإدارة سلطاتها بصفتها صاحبة إمتياز، بدءا من سلطتها في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية فلها أن توجه المتعاقد وتراقب تنفيذه، ويمكن أن تتعداها إلى سلطتها في تعديل شروط الصفقة العمومية وصولا إلى سلطتها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية شاملة في ذلك حقوقها في توقيع الجزاءات سواء مالية أو إدارية، ويمكن أن تتعداها إلى ذلك لتكون امام توقيع جزاءات تنهي الصفقة العمومية بصفة نهائية.

مما سبق بدأت رغبتنا في البحث حول موضوع سلطات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفق النظرة النقدية، والتقييمية، بالنظر للأهمية المتزايدة لموضوع الصفقات العمومية، وتحديدا سلطات المصلحة المتعاقدة فيها سواء تعلق الأمر بسلطتها في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية، أو سلطتها في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية.

أولا: أسباب إختيار الموضوع.

هناك أسباب ذاتية و هناك أسباب موضوعية:

-أسباب ذاتية:

- عامل التخصص بالنظر لدراستنا في هذه الشعبة والتخصص في هذا الميدان.
- الإهتمام الشخصي بمجال القانون الإداري، خاصة ما تعلق منه بالعقود الإدارية.
- الرغبة الشخصية في إضافة وتطوير الموضوع وجعله مرجعا لدارسي القانون.

-أسباب موضوعية:

- صدور المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وما عرفه من الجديد في مجال سلطات المصلحة المتعاقدة بإعتبارها مجالا خصبا يستحق الدراسة.

-حداثة الموضوع ونقص المراجع المتخصصة في هذا المجال وإثراء المكتبة القانونية بموضوع جديد.

ثانيا: صعوبات الموضوع.

-قلة المراجع لاسيما الحديثة والمتخصصة منها دفعنا إلى الإعتماد على المراجع العامة.

-قلة الدراسات والبحوث في قانون الصفقات العمومية الجديد.

-التعديل المستمر لقانون الصفقات العمومية الذي حال دون بروز عناصر مناقشة وتحليل لهذا القانون.

ثالثا: أهداف الموضوع.

- الرغبة بالوصول بالبحث وجعله إضافة حقيقية في مجال الدراسات القانونية، بإبراز أهم السلطات التي إعترف بها المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية 15-247.
- محاولة مواكبة أهم ما يصدر من تشريعات في مجال الصفقات العمومية بصدور المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- معرفة الأساس القانوني لهذه السلطات والتعديلات والإضافات التي عرفتها.
- الرغبة في تنوير المتعاملين المتعاقدين وإثراء ثقافتهم القانونية.

رابعا: أهمية الموضوع.

تكمن أهمية هذا الموضوع في ما يحققة منح سلطات وإمتيازات المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية 15-247 في مواجهة المتعامل المتعاقد معها، من إيجابيات بعيدا عن صور التعسف واستغلال السلطة، بإعتبارها إمتيازات هدفها الصالح العام بالحفاظ على إستمرارية المرفق وحسن سيره، وتبرز هذه السلطات خاصة في مجال تنفيذ الصفقة سعيا منها بأن يؤدي المتعامل المتعاقد إلتزاماته التعاقدية على أكمل وجه، بالحفاظ على المال العام والحرص على المحافظة عليه بالوقاية من الفساد.

خامسا: الدراسات السابقة.

من خلال بحثنا في هذا الموضوع لاحظنا قلة الدراسات والأبحاث في مجال الصفقات العمومية وتحديدا ما تعلق بإمتيازات المصلحة المتعاقدة فيها، بإستثناء ما تناولته المراجع العامة في مجال العقود الإدارية بصورة مقتضبة دون تفصيل، ولو أنه ظهرت مؤخرا دراسات في هذا المجال عن طريق البحوث والرسائل الجامعية.

سادسا: منهجية الموضوع.

إعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي تماشيا مع تحليل مواد قانون الصفقات العمومية الجديد، خاصة ما تعلق منها بسلطات المصلحة المتعاقدة للموضوع الذي نعالجه.

سابعا: مجال الدراسة.

سنحاول في بحثنا الإحاطة بسلطات المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية، والتركيز على الجديد في المرسوم الرئاسي 15-247 سواء ما تعلق منها بمتابعة تنفيذ الصفقة العمومية، أو بتوقيع الجزاءات أثناء تنفيذها، كما سنتعرض بشكل من التفصيل إلى كل سلطة على حدى بدءا بسلطة الرقابة، التعديل وسلطة توقيع الجزاءات سواء غير المنهية على غرار الغرامة التأخيرية... والمنهية للصفقة قبل تمام تنفيذها، على رأسها الفسخ الإنفرادي من جانب الإدارة...

ثامنا: إشكالية البحث.

مع الأخذ بعين الاعتبار المسائل القانونية المتعددة التي يثيرها الدراسة، وإيمانا منا بأهمية موضوع سلطات المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية بإعتبارها الأداة الفعالة لتحقيق المصلحة العامة بشكلها الصحيح، وعلى هذا الاساس ولمعالجة الموضوع بالشكل المناسب.

نطرح الإشكالية التالية:

- **فيما تتمثل سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها في قانون الصفقات العمومية الجديد 15-247؟**

ومن هنا تتفرع عنها عدة تساؤلات:

- هل يجب النص صراحة أو ضمنا على تمتع الإدارة بسلطتها في العقد؟

-هل تملك المصلحة المتعاقدة حق تعديل شروط تم الإتفاق عليها مسبقا؟

-إلى أي مدى يمكن للمصلحة المتعاقدة توقيع جزاءات دون النص عليها صراحة في العقد أو في دفتر الشروط؟ وهل تصل إلى حد إنهاء الصفقة العمومية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم موضوع بحثنا إلى فصلين:

الفصل الأول جاء تحت عنوان سلطات المصلحة المتعاقدة في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية وفق قانون الصفقات العمومية 15-247.

وقمنا بتقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول عالجنا فيه سلطات المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية وكل ما تعلق بها من مضمون ووسائل الرقابة عليها.

المبحث الثاني خصصناه لسلطات المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية وما تضمنته من قيود ترد على هذه السلطة وأليات ممارستها.

أما **الفصل الثاني** تطرقنا فيه إلى سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية وفق قانون الصفقات العمومية 15-247.

تمت دراسته ضمن مبحثين:

المبحث الأول حددنا فيه سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات غير المنهية للصفقة العمومية وما شملته من جزاءات إدارية ومالية.

المبحث الثاني تناولنا سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المنهية للصفقة العمومية بما في ذلك الفسخ بشتى أنواعه.

الفصل الأول:
سلطات المصلحة المتعاقدة في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية وفق قانون الصفقات العمومية
247-15.

الفصل الأول

سلطات المصلحة المتعاقدة في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية وفق قانون الصفقات العمومية 15-247.

تنشأ عند إبرام الصفقة العمومية ودخولها حيز التنفيذ حقوق وإلتزامات بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها ينبغي على الطرفين إحترامها، غير أنه في ذات الوقت تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات واسعة إتجاه المتعامل المتعاقد معها وبمركز تعاقدي لا مثيل له في عقود القانون الخاص، حيت تتمتع بمكانة متميزة في مواجهة المتعاقد معها وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة من خلال الحفاظ على حسن سير المرفق العام، لهذا تم تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة بالمتعاقد، وهذا دون التضحية بالمصلحة الفردية الخاصة للمتعامل المتعاقد بصفة كلية.

يقصد بهذه السلطات الوسائل القانونية التي تتمكن الإدارة من خلالها أن توجه المتعاقد، وتراقب تنفيذ هذا العقد، بل وأن تتدخل في حدود تتجاوز الرقابة في ظل عقود القانون الخاص، وكان لها أن تعدل كذلك شروط العقد حتى تحقق الصفقة العمومية الغرض الذي أبرمت لأجله.

ولمعالجة هذا الموضوع قسمنا هذا الفصل لمبحثين:

تطرقنا في **المبحث الأول** إلى سلطات المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية وكل ما يتعلق من مضمون الصفقة العمومية وكذا ألية الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.

أما **المبحث الثاني** خصصناه لسلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية وما يتضمنه من شروط وأليات لتمارس المصلحة المتعاقدة سلطتها في تعديل شروط الصفقة العمومية.

المبحث الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.

نظرا لأهمية الصفقة العمومية وإنعكاس تنفيذها على حسن سير المرفق العام فإن الإدارة تسعى إلى مراقبة تنفيذ هذه الصفقة عبر مختلف مراحلها، وهذا من خلال تكييف أليات ووسائل الرقابة التي تعرف بالقرارات الإدارية، وتبعا لأهمية الرقابة بإعتبارها أمرا ضروريا للتأكد من أن الصفقة تنفذ وفق القواعد المنظمة لها تطرقنا في مضمونها (**مطلب أول**)، وبتعدد وسائل الرقابة تطرقنا إلى أليات الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية (**مطلب ثاني**).

المطلب الأول: مضمون الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.

إعترف (ق،ص،ع) للمصلحة المتعاقدة بسلطة الرقابة على الصفقة العمومية عبر مختلف مراحلها، سواء قبل إبرامها أو أثناء التنفيذ أو بعده وذلك من خلال تفصيل أحكام تطبيقها، وهذا ضمانا بأن تنفيذها يتم وفق المسار الصحيح المرسوم لها.

سلطة الرقابة تمارسها المصلحة المتعاقدة بشتى صورها (**الفرع الأول**)، وإن كانت هذه السلطة حقا أصيلا دفعنا لضرورة البحث عن الأساس الذي تستند إلية (**الفرع الثاني**)، وضوابط ممارستها (**الفرع الثالث**)، وبتعدد أنواع الصفقة العمومية يتطلب منا إظهار مظاهر الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية (**الفرع الرابع**).

الفرع الأول: صور سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.

تتصل الصفقات العمومية بالمرافق العامة نظرا لقيامها بسد حاجيات هذه المرافق لضمان قيام هذه المرافق بوظائفها وتحقيقها المصلحة العامة، الأمر الذي يسمح للإدارة بممارسة سلطة الرقابة والتوجيه عن طريق التوجيهات لضمان تنفيذها على أكمل وجه، تنحصر سلطة الرقابة التي تباشرها المصلحة المتعاقدة في صورتين فحق الرقابة بالمعنى الضيق يكون مرادفا لمعنى الإشراف (**أولا**) وقد يتجاوز المفهوم الضيق ليصل إلى حد سلطة التوجيه (**ثانيا**).

أولا: حق الإشراف.

تمثل هذه الصورة المعنى الضيق لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية، ويكون المقصود بالرقابة هو التحقق من أن المتعامل المتعاقد يباشر تنفيذ الصفقة طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، ومن ثم فإن سلطة الرقابة بهذا المعنى تكون مرادفة لحق الإشراف[1].

يعتبر حق الإشراف الذي يمثل المعنى الضيق للرقابة الحد الأدنى الذي يمكن الإعتراف به للمصلحة المتعاقدة في مجال رقابتها على الصفقات العمومية، فمن واجبها القيام بعملية الرقابة على المتعاقد معها حتى تضمن تنفيذ البنود المتفق عليها في العقد تنفيذا سليما.

تمارس سلطة الرقابة بمعنى الإشراف عن طريق الأعمال المادية، التي تباشرها المصلحة المتعاقدة كزيارة ورشات العمل، التحقق من سلامة المواد المستعملة وجودتها بواسطة الفحص، الإختبار، أو إستلام بعض الوثائق للإطلاع عليها وفحصها أو مراقبة نوعية المستخدمين من حيث الخبرة، كما تحرص المصلحة المتعاقدة على إحترام المقاول لمدة الشغل القانونية ويعمل على تمتيع العامل بالعطل الأسبوعية[2].

كما تمارس عن طريق أعمال قانونية، كأن تصدر الإدارة أوامر تنفيذية أو تعليمات أو إنذارات للمتعاقد معها، وتمتلك المصلحة المتعاقدة هذا الحق حتى في حالة عدم وجود بند صريح منصوص عليه في العقد، فهي لا تستطيع التنازل عنه لأنه مبدأ عام مقرر في كافة الصفقات العمومية.

فإذا كانت الإدارة تمتلك هذا الحق، إلا أنها يمكنها أن تتعدى ذلك إلى حد التدخل في أوضاع التنفيذ وتوجيه المتعاقد، كأن تطلب الإدارة إتباع طريقة التنفيذ غير تلك التي يستعملها المتعامل المتعاقد[3].

---

1)- ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 14.

2)- سمير عبد العالي، الصفقات العمومية والتنمية، دار الأفاق المغربية، ب ط، الرباط، 2010، ص 52.

3)- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، ب ط، مصر، 2007، ص 215.

ثانيا: حق التوجيه.

تمثل هذه الصورة المعنى الواسع لسلطة الرقابة، أي من حق الإدارة توجيه أعمال التنفيذ وإختيار أنسب الطرق التي تؤدي إليه.

وحق الإدارة في التوجيه يسمح لها بأن تتدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد، أثناء القيام به في حالة ما إذا إستعملت الإدارة حق الرقابة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض الأوضاع وذلك في الحالات غير المنصوص عليها صراحة في العقد ومن ذلك مثلا أن تتدخل الإدارة وتطلب إستعمال طريقة في التنفيذ غير تلك التي يلجأ إليها المتعهد وهنا تصبح الرقابة بمثابة توجيه المتعاقد[1].

الرقابة بهذا المعنى لا تقتصر على مجرد التأكد بأن المتعهد ينفذ الصفقة طبقا للشروط التي يتضمنها العقد، وإنما تتعدى ذلك بأن تتدخل في توجيه أعمال التنفيذ باختيار أنسب طرق التنفيذ التي تراها حسب تقديرها مناسبة لحسن سير المرفق.

حق الإدارة في التوجيه يتم بأعمال قانونية فقط كإصدار التعليمات بإتباع طريقة معينة في التنفيذ، أو إستبعاد طريقة ما، أو إصدار أوامر تنفيذية لتوجيه أعمال التنفيذ[2].

إن حق التوجيه ليس مقرر كمبدأ عام في جميع الصفقات العمومية وإنما يختلف حسب طبيعة الصفقة، فهو مبدأ عام في صفقات الأشغال العامة ولو لم تنص عليه الصفقة، بعكس الحال بالنسبة لصفقات اللوازم أو التوريد حيث لا يتقرر للمصلحة المتعاقدة إذا لم تنص عليه الصفقة[3]، القاعدة العامة أن سلطة الإدارة في الإشراف والمراقبة من النظام العام لا يمكن الإتفاق على مخالفتها، كما لا يمكن للإدارة التنازل عنها، ذلك أنها تشكل أهم مظهر وتطبيق للشرط الإستثنائي غير المألوف الذي يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية[4].

1)- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط2، لبنان، 2012، ص 116.

2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، ب ط ، مصر، 2007، ص 256.

3)- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص17.

4)- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، ب ط، الجزائر، 2005، ص 73.

الفرع الثاني: أساس سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.

تعد سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية إحدى أهم السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة، لهذا من الضروري البحث عن الأساس الذي تستند إليه.

فقد يرد النص في العقد الإداري أو دفتر الشروط على إعطاء الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية **(أولا)**، كما قد يرد النص على ذلك في بعض القوانين المتعلقة بطائفة معينة من العقود **(ثانيا)**، وفي حالة غياب نص يمنح للمصلحة المتعاقدة هذا الحق فتجد أساسها في مقتضيات المرفق العام **(ثالثا)**.

أولا: الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.

تجد سلطة الرقابة أساسها التعاقدي إذا تم النص عليها في الصفقة العمومية أو دفتر الشروط. وتجسد صفقات الأشغال العامة بوضوح الأساس التعاقدي لسلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية، ويتجلى ذلك بوضوح من خلال ما تضمنه دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة، والذي فصل أحكام الرقابة والتوجيه في مواد متعددة منها المادة 4/12 [1]التي تنص على أنه « على المقاول أن ينفذ بدقه أوامر المصلحة التي تبلغ إليه» وتضيف المادة 2/13 من دفتر الشروط الإدارية العامة: « يحق لمهندس الدائرة أو المهندس أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان والعمال لعصيانهم أو عدم تأهيلهم أو عدم أمانتهم.».

والغرض من ذلك إخضاع المقاول لمهندسي المصلحة المتعاقدة، لتحديد خطوات العمل والتأكد من مطابقة التنفيذ لمقتضيات المصلحة العامة التي أبرمت من أجلها الصفقة، أما في صفقات اللوازم والتوريد يلتزم المتعامل المتعاقد بالخضوع لإشراف وتوجيه المصلحة المتعاقدة على النحو المنصوص عليه في الصفقة وفي دفتر الشروط، وتنظيم صفقات اللوازم لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية لا نجدها بذات الأهمية في صفقات الأشغال، لأن المبدأ العام في صفقات

1)- القرار المؤرخ في 16 رجب 1384 الموافق ل 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج ر، العدد 06، الصادر في 1965/01/19.

التوريد هو أن المورد له حرية إختيار المصدر الذي يحصل من خلاله على المنقولات المتفق عليها[1]، فالأمر يتعلق بمواد ومنقولات تتأكد الإدارة من مدى مطابقتها للمواصفات المتفق عليها في العقد.

يمكن القول أن هذه السلطة ترتكز على النصوص التعاقدية إذا تم النص عليها في الصفقة أو دفاتر الشروط الخاصة بها، وهذه السلطة لها طابع عام فهي موجودة في حالة عدم النص عليها صراحة في الصفقة أو في دفاتر الشروط، فالنص عليها هو مجرد تقرير وتنظيم لهذه السلطة أو توسيع من نطاقها لكنه ليس بغرض إنشائها.

ثانيا: الأساس التشريعي لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.

نظرا لما تحتله الرقابة من مكانة في الحفاظ على المال العام وحسن توظيفه خصص المشرع الفصل الخامس من المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية لتنظيم سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية تحت عنوان رقابة الصفقات العمومية.

ومن المواد التي كرست سلطة الرقابة نذكر ما جاء في المادة 1/156[2]: « تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده». وكذلك نص المادة 157 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص: « تمارس على الصفقات العمومية مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة، دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها».

يتضح من خلال هذه المواد تأكيد المشرع على ضرورة أن تكون هناك رقابة تشمل كافة المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة.

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

2)- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذو الحجة 1436 الموافق ل 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، ج ر، العدد 50 ، الصادرة في 2015/09/20.

ثالثا: المرفق العام كأساس لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.

إذا لم تتضمن الصفقة العمومية أو دفاتر الشروط المتعلقة بها نصا يتعلق بتنظيم سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة، فإن ذلك لا يعني عدم ممارستها لهذا الحق، فهو حق أصيل تتمتع به حتى في حالة غياب النص، وتستمد الرقابة أساسها من فكرة المرفق العام لأن الإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرفق وضمان حسن سيره بإنتظام.

فنجد الدكتور ناصر لباد من مؤيدي فكرة المرفق العام كأساس لسلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية فإنه يؤكد أنه: « تمارس الإدارة سلطة وتوجيه تعليمات المتعاقد معها حتى في حالة عدم وجود بند صريح في العقد ينص على ذلك، لأن هذه السلطات تجد أساسها في مفهوم المرفق العمومي الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف»[1].

تمتع المصلحة المتعاقدة بهذه السلطات لا يعني أن لها حرية مطلقة وغير محدودة، بل هي ملزمة عند إعمالها بالتقيد والإلتزام بما ورد في حدود وإطار العقد.

الفرع الثالث: ضوابط سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.

تتمتع المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها بحق رقابة تنفيذه للإلتزاماته التعاقدية وتوجيهه أثناء تنفيذه لتعلق هذه السلطات بالنظام العام، إلا أنه رغم ذلك فإن إستعمالها يخضع لعدة ضوابط، كأن تكون ممارسة هذه السلطة في إطار تحقيق المصلحة العامة **(أولا)**، ووجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدد المشروعية **(ثانيا)**، وأن لا يؤدي إستعمال المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الرقابة إلى تعديل شروط الصفقة **(ثالثا)**.

أولا: ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة.

تعد مباشرة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية بهدف تحقيق المصلحة العامة، وهذا من خلال أداء المقاول للعمل المنوط به في صفقات الأشغال، أو مطابقة مواد ومنقولات المورد للعينات المعتمدة في صفقات التوريد، وعلى ذلك يجب أن تكون

1)- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، لباد للنشر، ب ط، الجزائر، 2006، ص 284.

المصلحة العامة هي الباعث أو الهدف الذي يجب على الإدارة أن تسعى إلى تحقيقه من وراء كافة ما تقوم به من تصرفات وأعمال وإلا شاب تصرفها بعيب الإنحراف بالسلطة[1].

يمكن القول أن تراخي الإدارة في ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري شأنه في ذلك كشأن التشدد فيها لا يحقق الغاية المبتغاة من منح الإدارة تلك السلطة، وهي بلوغ المصلحة العامة، حيث يؤدي تفريط الإدارة في الرقابة على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، إلى جنوحه بهذا التنفيذ لما يخالف شروط التعاقد مما لا يحقق المصلحة المرجوة من إبرام العقد الإداري، كما أن إفراط الإدارة بلا موجب في إستعمال تلك الرقابة من شأنه عرقلة التنفيذ، الأمر الذي ينعكس سلبا على حسن أدائه لإلتزامه التعاقدي بعد تحوله من مساعد لإدارة ومشاركا لها في تحقيق المصلحة العامة إلى خصم تجمعه به ساحات القضاء[2].

ثانيا: وجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود المشروعية.

تلتزم المصلحة المتعاقدة أثناء ممارستها لسلطتها في الرقابة، تطبيقا للمبدأ العام للمشروعية بمراعاة النصوص القانونية، وذلك لأن القرارات الصادرة بمناسبة ممارسة سلطة الرقابة هي قرارات إدارية بغض النظر عن الأساس الذي ترتكز عليه هذه السلطة لذلك يجب أن تخضع هذه القرارات لما تخضع له القرارات الإدارية عموما، وضرورة صدورها في حدود المشروعية.

يجب كذلك مراعاة صدور القرارات المتصلة بالرقابة من جانب الجهة التي يحق لها قانونا ممارسة هذه السلطة ووفقا للإجراءات والأشكال المنصوص عليها، والتي يتطلبها القانون وفي كل الأحوال يتعين أن يكون الهدف منها تحقيق المصلحة العامة[3].

1)- محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، عن الموقع www.pdffactory.com ، تم فحص الموقع يوم 04 أفريل 2016 على الساعة 14:00، ص 91.

2)- نبيل أزرايب، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها، مذكرة مكملة لنيل متطلبات شهادة الماستر، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014،2015، ص 74.

3)- المرجع نفسه، ص 75.

ثالثا: ألا تؤدي سلطة الرقابة إلى تغيير مضمون وطبيعة الصفقة العمومية.

تمتد سلطة الرقابة بمعناها الواسع إلى توجيه أعمال التنفيذ وتحديد وسائل وطرق التنفيذ في العقد، غير أن ذلك لا يعني أن ينطوي إستعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة على تعديل في شروط العقد، فسلطة الإدارة بمعناها المزدوج " الإشراف والتوجيه" سواء كانت مستمدة من القوانين أو اللوائح أو نصوص العقد أو دفاتر الشروط أو كانت قائمة بذاتها كسلطة أصيلة خارج نصوص العقد، لها نطاق معين لابد وأن تنقضي عنده، حيث يمثل هذا النطاق الحد الفاصل بين سلطة الرقابة بمعنى التوجيه وبين سلطة تعديل نصوص العقد، بحيث إذا تجاوزت الإدارة في رقابتها هذا النطاق، فإننا نصبح بصدد سلطة تعديل شروط العقد، لا سلطة الرقابة على تنفيذه، فقد يرتب هذا التجاوز للمقاول حقا للمطالبة بالتعويض إذا تضرر من جرائه[1].

لهذا لا يجوز للإدارة تعديل شروط العقد بزعم إستعمالها لحقها في الرقابة والإشراف فإن فعلت كان قرارها خارج حدود هذه السلطة.

الفرع الرابع: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.

سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية وإن كانت ثابتة مقررة لها في سائر الصفقات العمومية إلا أن ممارستها تختلف من حيث المدى بين صفقة وأخرى فيتسع مداها ومجالها في صفقة الأشغال العامة **(أولا)**، مقارنة مع صفقات اللوازم والتوريد أين يكون حق المصلحة المتعاقدة في الرقابة أضعف **(ثانيا)**.

أولا: مظاهر الرقابة على تنفيذ صفقات الأشغال العامة.

تتجسد سلطة الرقابة بمعنى الإشراف والتوجيه على تنفيذ الصفقة العمومية في صفقات الأشغال على غيرها من الصفقات، وذلك نظرا لطبيعتها الخاصة فالمصلحة المتعاقدة هي الصاحب الحقيقي للمشروع لهذا تتسع سلطتها في مواجهة المتعامل المتعاقد منذ بداية تنفيذ الصفقة إلى غاية تسليم الأعمال المتعاقد عليها، وعلى ذلك فعقد الأشغال بطبيعته يفرض تدخل مندوب الإدارة

1)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص261.

للإشراف على التنفيذ فيكون بمثابة المدير الحقيقي للعمل والمشرف العام عليه، وينقلب المقاول إلى جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن مندوب الإدارة[1].

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

1-الأمر بالبدء في تنفيذ المشروع.

تحدد المصلحة المتعاقدة بوصفها صاحبة المشروع بداية تنفيذ الأشغال وهو التاريخ المحدد في الصفقة صراحة وإذا لم تتضمن الصفقة تحديد موعد البدء في التنفيذ فيحسب من تاريخ إعلان المقاول بالأمر المصلحي أو ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة للمقاول[2]، طبقا لما جاء في نص المادة 1/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تقضي بأنه: « يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الأجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري».

يتضح من نص المادة أن الأمر المصلحي هو أمر تنفيذي، ينبغي على المقاول إحترامه وتنفيذه ورفض تنفيذ هذه الأوامر المتعلقة بمباشرة الأشغال في الأجال المحددة خطأ تعاقديا يمنح للمصلحة المتعاقدة حق توقيع الجزاء عليه.

2- تحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال.

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

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

1)- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع ، ط 4 ، الجزائر، 2011، ص 210.

2)- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 31.

أما في حالة تأخر المقاول في تسليم الأعمال موضوع الصفقة يعطي للمصلحة المتعاقدة الحق في توقيع غرامة عن المدة التي يتأخر فيها إنهاء الأعمال[1].

3-الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتا.

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

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

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

يتحمل المقاول النفقات الناتجة عن تلك العمليات عندما يكون فساد البناء محققا ومعترفا به من دون الإخلال بالتعويض الذي يمكن أن تطالب به الدولة.».

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

4-الأمر باستبدال عمال المقاول.

تتسع سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة لتشمل العمال الذي يستعين بهم المقاول في تنفيذ الأشغال، فالمصلحة المتعاقدة لها على سبيل المثال أن تطلب تغيير العمال لعدم كفاءتهم الفنية، أو تمردهم، أو مخالفة شروط الصفقة وهذا ما أكدته المادة 13 من دفتر الشروط الإدارية

1)- نادية تياب، سلسلة محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية، السنة الثانية ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015/2014، ص87.

العامة على أنه:« لا يجوز للمقاول إتخاذ معاونين أو رؤساء ورش أو معامل إلا من الأشخاص الأكفاء لمعونته والحلول محله في تسيير الشغل وقياسه.

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

يبقى المقاول مسؤولا عن أعمال الغش أو فساد العمل التي يرتكبها المعاونون والعمال من جراء عملهم واستخدامهم المواد.».

ثانيا: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة اللوازم.

تنقسم العقود إلى نوعين من العقود حيث جرى التمييز في فرنسا بين طائفتين من العقود، عقود توريد عادية وعقود توريد صناعية[1]، فالتطور الذي حدث في عقود التوريد الصناعية، هو الذي يرتب عليه زيادة أهمية هذه العقود وهو الذي أدى إلى التمييز بين هاتين الطائفتين، وإخضاع كل منهما لنظام قانوني يختلف عن النظام الذي يخضع له الأخر، خاصة من ناحية سلطة الرقابة[2]، على عكس ما هو قائم في الجزائر فإنه لا يتم التمييز بين عقود التوريد العادية وعقود التوريد الصناعية، لهذا تختلف مظاهر سلطة الرقابة في عقود التوريد العادية، عنها في عقود التوريد الصناعية.

أ- مظاهر سلطة الرقابة في عقود التوريد العادية:

يملك المورد في عقود التوريد العادية سلطة إختيارية في طرق تنفيذ العقد فإذا لم يتم النص في العقد على صلاحية الإدارة في الرقابة فإنها تمارس سلطة الرقابة بمعناها الضيق فقط.

يلتزم المتعاقد بتسليم أصناف معينة من البضائع فيحق للمصلحة المتعاقدة التأكد من مصادرها ومدى مطابقتها للمواصفات المحددة[3]، فالتوريد في هذه الحالة يكون حسب الإتفاق مع

1)- محمد أبو السعود، (سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ، مصر، 1997، العدد الأول، ص233.

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

3)- محمد أبو السعود، المرجع السابق، ص 233.

المصلحة المتعاقدة إما دفعة واحدة أو على دفعات كما قد تشترط الإدارة على المورد أن يقدم شهادة بلد المنشأة أو المصنع للتأكد من سلامة الأصناف الموردة[1].

ففي عقود التوريد العادية تملك المصلحة المتعاقدة ممارسة سلطة الرقابة بمعنى الإشراف دون أن تمتد إلى معناها الواسع المتمثل في حق التوجيه إلا إذا تم النص عليها في العقد أو دفتر الشروط.

ب - مظاهر سلطة الرقابة في عقود التوريد الصناعية.

تتسع سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة في عقود التوريد العادية على عكس ما هو عليه الحال في عقود التوريد العادية، ولا تخضع عقود التوريد الصناعية لتعريف محدد ومتفق عليه فمعيار تحديد هذه العقود مرن جدا ويترك للإدارة حرية واسعة في التصرف[2]، فعقود التصنيع هي العقود التي يلتزم بمقتضاها المتعاقد مع الإدارة بتوريد مواد أو منتوجات صناعية بعد إنتاجها وفق مواصفات متفق عليها مقدما.

فالمتعاقد هنا لا يقوم بتوريد منتوجات أيا كان مصدرها، وإنما يقوم بتصنيعها وفق مواصفات طلبتها الجهة الإدارية المتعاقدة، ويحدث ذلك عندما تحتاج بعض الجهات الإدارية إلى أجهزة متطورة ومعقدة كالطائرات الحربية والصواريخ والغواصات، وأجهزة الأقمار الصناعية والفضائيات وغيرها، ولذا يكون التصنيع عادة تحت إشراف وتوجيه جهة الإدارة أي الرقابة بالمعنى الواسع الذي يمتد إلى أوضاع تنفيذ العقد وغير تلك الأوضاع فتملك الإدارة أن ترفض أو أن تمنع إستعمال طريقة معينة من طرق التنفيذ، ويقترب نظام الرقابة هنا منه في عقود الأشغال العامة حيث تحتوي عقود التوريد الصناعية على مزيج من مقاولة الأعمال والتوريد[3].

1)- خالد سليمان أسود العنزي، المرجع السابق، ص24.

2)- André De L'aubader, op cit, p 402.

3)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص219، 220.

المطلب الثاني: ألية الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.

منح المشرع الجزائري على غرار نظرائه الفرنسي والمصري امتيازات وصلاحيات للمصلحة المتعاقدة أهمها سلطة وهي سلطة الرقابة – الإشراف والتوجيه- على تنفيذ الصفقات العمومية، والتي يمكن إعتبارها سلطة شاملة لكل السلطات اللاحقة –في هذا البحث- تمارسها الإدارة في إطار القوانين والتنظيمات.

ونظرا للطبيعة الخاصة التي تتميز بها الصفقات العمومية بصفتها عقود إدارية خالصة ولما لها من أهمية بالغة في سير المرافق وإشباع الحاجات العامة، فهي تخضع لرقابة المصلحة المتعاقدة عن طريق القرارات الإدارية والتي تم تصنيفها إلى نوعين القرار الإداري المتصل **(الفرع الأول)** والقرار الإداري المنفصل**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: القرار الإداري المتصل بالصفقة العمومية:

كان القضاء الفرنسي حتى أواخر القرن الماضي يطبق نظرية الاندماج على أساسها كان يرفض فصل القرارات التي تساهم في تكوين العقد الإداري تمسكا بوحدة العملية العقدية، على أساس أنها تعتبر أعمال ممهدة لإبرام الصفقة العمومية ولا يمكن فصلها على أساس أنها وحدة متكاملة، كما أنه لا يجوز الطعن فيها أمام قضاء الإلغاء –على أساس الدعوى الموازية- إذ من الأولى رفع دعوى تعويض أمام القضاء الكامل[1].

ومنه كانت كل الأعمال الإدارية التي تقوم بها الإدارة في شكل قرارات أعمال إدارية متصلة بالعقد سواء كانت في مرحلة التكوين، التنفيذ أو الإنهاء ولا يمكن فصلها بأي حال عن العملية العقدية، مما سبق سنتناول في هذا الفرع تعريف القرار الإداري المتصل كأسلوب رقابي تمارسه الإدارة **(أولا)** بعدها نصرح صور الرقابة عن طريق هذا القرار **(ثانيا)**، ثم أثار الأخذ بهذا النوع من القرارات **(ثالثا)**.

1)-Richer Laurent, Droit des contrats administratifs, 2éme édition L.G.D.J, Paris, 1999, p160 ,161.

أولا: تعريف القرار الإداري المتصل.

يعتبر القرار الإداري المتصل وفق المفهوم البسيط، ألية مهمة تفرض بها المصلحة المتعاقدة سلطانها على العملية التعاقدية ويعرف بأنه عمل قانوني صادر عن جهة إدارية مختصة تنفيذي يتعلق أساسا بعملية عقدية، تمارسه الإدارة لبسط رقابتها على المتعامل المتعاقد خلال تنفيذه لإلتزاماته التعاقدية، إذن فهو مرتبط أساسا بالصفقة العمومية المبرمة ولا يمكن فصلهما على إعتبار أن العملية الإدارية مركبة تشمل العقد والقرار في آن واحد.

وعليه فإن القرارات المتصلة بالعقد الإداري هي تلك القرارات التي تصدر من جهة الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد، مستخدمة سلطاتها أمام المتعاقد، والتي يكون الطعن فيها أمام قاضي العقد بدعوى " القضاء الكامل "، لذا فإن اللائحة أو القرار الرقابي الذي قد تؤدي فيه الإدارة دور ممارسة الرقابة على المتعامل معها يوصف بالعمل المتصل، فإذا ألغيت هذه القرارات انهارت العملية الإدارية المركبة كلها[1].

ثانيا: صور رقابة المصلحة المتعاقدة عن طريق القرار الإداري المتصل أثناء تنفيذ الصفقة العمومية.

تأخذ القرارات المتصلة بالعقد الإداري أشكال متعددة نذكرها على التوالي:

1- **القرار الإداري المتضمن الرقابة بعنصريها الإشراف والتوجيه:**

بحيث تتحقق الإدارة من أن المتعامل المتعاقد يقوم بتنفيذ إلتزاماته العقدية على النحو المتفق عليه في الصفقة العمومية، وقد تكون هذه الرقابة فنية أو إدارية أي أن يكون التنفيذ وفق الشروط القانونية والتنظيمية وقذ تكون رقابة مالية لضبط ما يقوم بينهما من روابط مالية[2]، وذلك عن طريق قرارات تتضمن تعليمات وتوجيهات على المتعاقد معها إحترام تنفيذها تحت طائلة المسؤولية.

حتى أن قانون الصفقات العمومية في نص المادة 36 منه نص على أن:« كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن حسن تنفيذ جزء من الصفقة الذي يعنيها» وهذا لن يتأتى إلا بالإشراف والتوجيه

1)- حميد بن علية، مفهوم العمل الإداري المركب في التشريع الجزائري، تحول النشاط الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006، ص 240.

2)- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 200.

المستمر والدائم للمتعامل المتعاقد من جهة، ومن جهة أخرى تقوم مسؤوليته عن أي تقصير أو تقاعس في التنفيذ.

2- **القرار الإداري المتضمن التعديل في الصفقة العمومية:**

فأثناء عملية الرقابة على تنفيذ أحكام العقد قد تلجأ الإدارة الى تعديل العقد وفقا لما يتوافق وحاجات المصلحة العامة، وتعد سلطة التعديل أكثر تأثيرا على العلاقة التعاقدية من سابقتها- سلطة الرقابة – على أساس أن الأمر يشمل تعديل العقد بالزيادة أو النقصان(وسيلة التنفيذ، طريقة التنفيذ، مدة التنفيذ إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك في كل الأحوال وذلك بأن تطلب المصلحة العامة الإسراع في الإنجاز...)[1].

فنص المشرع على أن هذا التعديل يصدر في صورة ملحق[2]، كما لم يترك على إطلاقها إنما حددها بضوابط تحمي المتعامل المتعاقد من تعسف الإدارة بأن يخضع التعديل لقواعد المشروعية، وأن يتعلق التعديل بموضوع العقد...(سوف يتم التطرق لهذا العنصر بأكثر تفصيل في المبحث الثاني من الفصل الأول).

3- **القرار الإداري المتعلق بتوقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد:**

وهي أخطر أنواع الرقابة والتي تميز بصفة خاصة البند غير المألوف في الصفقة العمومية، تمارس الإدارة هذه السلطة دون الحاجة الى استصدار قرار من الجهات القضائية وما أمام المتعامل المتعاقد سوى الإذعان له.

وقد يشمل الجزاءات المالية (كالقرار المتضمن عقوبة غرامة التأخير، القرار المتضمن مصادرة مبلغ الضمان...) أو إدارية (كقرار سحب الصفقة العمومية من المتعامل المتعاقد، القرار المتضمن الشراء على حساب المورد...) والتي تهدف الإدارة من ورائها الى إرغام المتعامل المتعاقد على الوفاء بإلتزاماته التعاقدية وإجباره على التنفيذ، ويشترط على الإدارة في هذه الأحوال مراعاة مبدأ المشروعية[3]...(سوف يتم التطرق لهذا العنصر بأكثر تفصيل في المبحث الاول من الفصل الثاني).

1)- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 204، 205.

2)- أنظر المادة 135 و136 من نفس المرسوم الرئاسي 15-247.

3)- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 95.

4- القرار الإداري المتضمن فسخ الصفقة العمومية:

قرار الفسخ هو ذلك الجزاء الأشد جسامة الذي يمكن للإدارة إصداره ضد المتعامل المتعاقد المقصر في إنجاز بنود الصفقة العمومية على الوجه المناسب، بالرغم من أن الإدارة تلجأ إليه إذا لم تفلح العقوبات التي سبق وأن سلطتها على المتعاقد معها[1].

ويأخذ الفسخ عدة صور منها(الفسخ بإرادة منفردة، الفسخ التعاقدي، الفسخ عن طريق القضاء...). (لأكثر تفصيل أنظر المبحث الثاني من الفصل الثاني)

ثالثا: أثار الأخذ بفكرة القرارات الإدارية المتصلة:

- أن العملية التعاقدية مركبة ومتصلة ولا يمكن فصلها وتجزئتها.
- استبعاد إمكانية الطعن فيها عن طريق قضاء الإلغاء.
- الطعن في القرارات الإدارية المتصلة بالصفقة العمومية يكون عن طريق القضاء الكامل (قضاء التعويض) .

الفرع الثاني: القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية:

تبنى مجلس الدولة الفرنسي نظرية القرارات الإدارية في القرار 04 أوت 1905 في قضية مارتانMartin ، في هذه القضية قام المدعو مارتان Martin بالطعن في عدة مداولات مجلس المحافظة والمتعلقة بتنازل الإدارة عن خط حافلة كهربائية بالنسبة للسيد مارتان فإن المحافظ لم يحترم الإجراءات القانونية ولم يوزع على أعضاء مجلس المحافظة محضر مضبوط خاص بالمسألة وذلك خلال ثلاثة (03) أيام من قبل تاريخ المداولات وبهذه الطريقة منع أعضاء المجلس من ممارسة صلاحياته بكل موضوعية أما بالنسبة للإدارة فإن هذه المداولات أدت إلى ابرام عقد لا يخضع لاختصاص قاضي الإلغاء ولكن رفض مجلس الدولة هذه القضية وحكم بقبول الدعوى، أين

1)- ربيحة سبكي ، المرجع السابق، ص 140.

استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي منذ ذلك التاريخ على قبول الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عن العقد الإداري سواء من أحد المتعاقدين أو من الغير[1].

وهو نفس الامر الذي تبناه مجلس الدولة المصري في القرار الصادر بتاريخ 25-11-1998 وجاء فيه: " ... وحيث أنه مما يجب التنبيه إليه أن من العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مركبا... فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية تتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو بإبرامه أو اعتماده فتختص محكمة القضاء الإداري بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة للقوانين أو اللوائح وذلك دون أن يكون لإلغائها مساسا بذات العقد الذي يظل قائما بحالته "[2].

أما عن النظام القضائي الجزائري فقد عرف هو الأخر نظرية القرارات الإدارية المنفصلة التي وضع أسسها القاضي الإداري الفرنسي خاصة في مجال العملية العقدية وما تعلق منها بالصفقات العمومية، ومن تطبيقاتها إعتبار قرارات إرساء المناقصة قرارا إداريا منفصلا، ولم يتوقف هذا الاجتهاد على قبول طعن الغير ضد القرارات الإدارية المنفصلة بل سمح للمتعاقد نفسه الطعن فيها، سوف نتطرق في بادئ الأمر إلى تعريف القرارات الإدارية المنفصلة**(أولا)** ثم صور حول القرار الإداري المنفصل **(ثانيا)** وأخيرا أثر الأخذ بنظرية القرار الإداري المنفصل**(ثالثا)**.

أولا: تعريف القرار الإداري المنفصل.

يمكن تعريف القرارات الإدارية المنفصلة أنها :" تلك الاعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة وتساهم في التكوين أو التوقيع أو المصادقة على العقد الإداري، ومن ثمة يمكن فصلها عن ذات العقد المرتبطة به وبالتالي يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالا عن العملية العقدية." ومنه فالقرار المنفصل هو قرار يسهم في تكوين العقد الإداري، ويستهدف إتمامه إلا أنه ينفصل عن هذا العقد ويختلف عنه في طبيعته، الأمر الذي يجعل الطعن عليه بالإلغاء جائزاً.

1)-Richer Laurent, op cit , p 169.

2)- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 18-11-1996 في القضية رقم 1180 لسنة 1996 ، مجموعة القضاء الإداري، ص203.

لذا فالقرارات الإدارية المنفصلة والتي تمارسها المصلحة المتعاقدة في إطار عمليتها الرقابية السابقة لإبرام العقد، يمكن إلغائها على أساس أنها قرارات قائمة في ذاتها دون أن يؤثر ذلك على كيان العملية ذاتها –إبرام العقد– أو يحول دون ترتيب الأثار القانونية المرجوة من ورائها [1].

وهذا هو معيار تمييزه عن القرار الإداري المتصل بحيث أن القرار المنفصل يصدر في المرحلة التمهيدية والأولية لإبرام العقد الإداري، أين سمح القضاء بجواز الطعن فيه أمام قاضي الإلغاء دون التعويض على أساس استقلال القرار الصادر عن العقد من جهة وعدم نشوء العقد أصلا في هذه الفترة، وكذلك في مدى تأثير فصل القرار عن العملية ذاتها.

ثانيا: صور القرارات الإدارية المنفصلة:

تشمل القرارات الادارية المنفصلة القرارات الصادرة قبل إبرام العقد، بل وحتى القرارات الصادرة من جانب الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد، ومنها ما يلي:

- قرار الإعلان عن الصفقة العمومية.
- قرار لجنة تقييم العروض.
- قرار الحرمان من دخول المنافسة.
- قرار المنح المؤقت للصفقة العمومية .
- قرار الإستبعاد: وهو قرا يصدر عندما تقوم المصلحة المتعاقدة بالرقابة على ملفات الأشخاص مقدمي العروض ويكون نتيجة عدم (مطابقة الشروط والمواصفات أو المؤهلات المعلنة في الصفقة أو استبعاد العرض لدواعي المصلحة العامة).
- القرار المتضمن إلغاء الصفقة العمومية نظرا لاقتضاء المصلحة العامة ذلك.
- قرار عدم جدوى المناقصة.
- قرار ابرام الصفقة العمومية.
- القرار الصادر بقبول إجراء التعاقد.

1)– مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقة العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008، ص123.

ثالثا: الآثار المترتبة على إعتبار القرارات الإدارية السابقة لعملية التعاقد قرارات منفصلة:

- القرار القضائي المتضمن إلغاء القرار الإداري المنفصل لا يؤثر بأي شكل من الأشكال في الطبيعة التعاقدية للعقد.
- إذا صدر الحكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري، فإنه يمكن لأطراف العقد أن يعدلوا أوضاع العقد المبرم سابقاً وفقاً لما يقضي به حكم الإلغاء، وإذا لم يتفقا فإنه يكون بمستطاع أحدهما أن يطرق باب قاضي العقد المختص[1].
- المستفيد الأول من نظرية القرارات الإدارية المنفصلة هو الطرف غير المتعاقد معه، لأنه لا يمكنه اللجوء إلى قاضي العقد ومن ثمة فتح له مجال قضاء الإلغاء، أما المتعاقد معه فيمكنه اللجوء إلى قاضي العقد[2].

1)- مانع عبد الحفيظ ، المرجع السابق، ص 127.

2)- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة -، دار الفكر العربي، ط 5، مصر، 1991، ص209.

المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية.

تعد سلطة التعديل التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة نظير المتعامل المتعاقد معها من أبرز المميزات التي تميز العقد الإداري عن العقد المدني، فمن خصوصية العقد المدني أن تعديل مضمونه لا يكون إلا بإتفاق الطرفين، بينما في العقد الإداري تمارس هذه السلطة حتى من دون النص عليها صراحة في العقد، ومرد ذلك يعود لحسن سير المرفق العام.

فتستطيع الإدارة إذا إقتضت المصلحة العامة ذلك التعديل في مقدار إلتزامات المتعاقد معها بالزيادة أو بالنقصان، غير أن ذلك التعديل يكون وفق قيود تلزم الإدارة بإحترامها (**المطلب الأول**) وعن طريق وسائل أو ألية لممارسة هذه السلطة (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: حدود ممارسة سلطة التعديل في شروط الصفقة العمومية.

تمارس المصلحة المتعاقدة سلطة التعديل في شروط الصفقة العمومية بإعتبارها سلطة أصيلة تتمتع بها حتى دون الحاجة إلى النص صراحة عليها في العقد، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة، بل تخضع لقيود لتقرر مشروعيتها.

فنظرا لخطورة هذه السلطة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة، فإن ممارستها تكون ضمن إطار محدد وضوابط دقيقة لخضوعها لعدة قيود (**الفرع الأول**)، وبعدم تعدي التعديل لحدود معينة فتظهر بذلك صور سلطة التعديل (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: قيود ممارسة سلطة التعديل في شروط الصفقة العمومية.

على إعتبار أن سلطة التعديل في شروط الصفقة العمومية تتم بصفة إنفرادية فإن ممارستها تكون وفق أحكام على نحو تراعى فيه مشروعيتها لهذا فالمصلحة المتعاقدة ملزمة بالتقيد لهذه الشروط فيجب أن تكون هناك مستجدات تستدعي التعديل (**أولا**)، وأن يصدر التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية (**ثانيا**)، وأن تمارس سلطة التعديل أثناء مدة تنفيذ الصفقة**(ثالثا)** وأن لا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي لها (**رابعا**)، وأن لا يؤدي التعديل إلى التغيير من طبيعتها (**خامسا**).

أولا: أن تطرأ مستجدات بعد إبرام الصفقة العمومية.

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

فالتغيير يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة، سواء كانت مخطئة أو غير مخطئة في تقديراتها، فإنه يجب أن تمكنها من تنظيم المرافق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن، لأننا لسنا بصدد عقاب الإدارة على خطئها، ولكن بصدد إعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة[1].

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

1)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 457.

ثانيا: أن يصدر التعديل في حدود القواعد العامة المشروعية.

تلجأ الإدارة لتعديل الصفقة إلى القرارات الإدارية لهذا يجب أن يصدر القرار الإداري مستوفيا لجميع أركان المشروعية الإدارية، بحيث يصدر من شخص مختص بإصداره وفي الشكل والإجراءات المقررة للقواعد القانونية أو اللائحية التي تحكم الموضوع وأن تستهدف تحقيق الصالح العام[1].

وبالتالي فوسيلة الإدارة في التعديل تتمثل في القرارت الإدارية فإذا ما خالف قواعد المشروعية جاز للمتعامل المتعاقد الطعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري إذا أمكن تطبيق نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة، أو باللجوء إلى القضاء الكامل.

ثالثا: تزامن قرار التعديل مع سريان الصفقة العمومية.

يقصد بفترة سريان الصفقة التي يجب أن يصدر خلالها التعديل، هي المدة الفعلية وليست المدة الزمنية المحددة في الصفقة، لهذا يجب أن تمارس سلطة التعديل أثناء مدة تنفيذ صفقة الأشغال العامة أو صفقة لوازم لأن المتعامل المتعاقد قد يتأخر في التنفيذ عن المدة المتفق عليها، وعلى هذا الأساس تملك المصلحة المتعاقدة ممارسة سلطة التعديل حتى إنتهاء إلتزامات المتعامل المتعاقد وفقا لما جاء في قرار مجلس الدولة[2] بتاريخ 2001/12/24 في قضية وزارة التربية الوطنية ومن معها ضد مؤسسة أشغال البناء والترصيص في عدم إنقضاء إمتياز سلطة التعديل وإعادة النظر بعد الإنتهاء من التنفيذ.

إذ أن في حالة التأخير يمكن للإدارة تمديد أجال التنفيذ، فيكلف المقاول أو المورد بأعمال زائدة خلال فترة التمديد والتي تعتبر أعمالا إضافية وليست أعمال جديدة لأن التكليف بها قد تم خلال فترة تنفيذ الصفقة[3]، وليس بعد إنتهاء الفترة.

1)- مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ب ط ، مصر، 2000، ص67.

2)- قضية وزارة التربية الوطنية ومن معها ضد مؤسسة أشغال البناء والترصيص ، قرار مجلس الدولة رقم 1536، بتاريخ 2001/12/24 ، موسوعة الإجتهاد القضائي الجزائري، قرارات المحكمة العليا وقرارات مجلس الدولة، الإصدار الرابع، 2006.

3)- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 51.

أما إذا إنتهت إلتزامات المتعامل المتعاقد، فيؤدي ذلك بالتبعية إلى إنتهاء كافة حقوق المصلحة المتعاقدة حيال المتعاقد معها ومنها حقها في تعديل الصفقة، حيث سيرد هذا التعديل في هذه الحالة على غير محل يستحيل إعمال أثره ويمكن تكييف طلب الإدارة في هذا الشأن بمثابة تعاقد جديد، حيث أن التعديل هو إمتداد لصفقة قائمة بزيادة إلتزامات المتعاقد أو إنقاصها ومن ثم فإن طلب تعديل عقد إنقضى هو طلب يرد على غير محل[1].

رابعا: أن لا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة العمومية.

تنفرد المصلحة المتعاقدة بسلطة التعديل الذي يجب أن يحترم فيها التوازن المالي للصفقة لهذا يجب أن لا يمس التعديل بالشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد معها بحيث يقتصر على الشروط التنظيمية المتعلقة بتسيير وتنظيم المرفق العام[2].

ففكرة التوازن المالي هي الأساس العام لتقييم التعويض، غير أنه قد يحصل إرتباط بين الشروط التنظيمية والشروط التعاقدية فمتى إنجر عن تعديل تلك الشروط تعديل الشروط المالية فإن الإدارة تكون ملزمة عندها بإعادة التوازن المالي للعقد والتعويض، ومن هنا يكون للمتعاقد الحق في طلب تعويض كاف يعيد لإقتصاديات العقد توازنها[3]، ويكون التعويض بالقدر المحدد في العقد ويشمل ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة .

خامسا: ألا يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة العمومية.

لا تستطيع الإدارة تعديل أحكام العقد على نحو يغير طبيعة الصفقة العمومية، فإذا مس التعديل جوهر الصفقة[4]، فإننا نكون بصدد عقد جديد فقبول المتعاقد التعاهد مع الإدارة كان بعد مراعاة قدراته المالية والفنية فإن أقبلت الإدارة على التغيير الموضوعي والهيكلي للعقد فإن هذا يؤدي بنا إلى الإنصراف إلى صفقة جديدة يختلف موضوعها وهيكلتها عن الصفقة الأصلية ومن هنا

1)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 267.

2)- عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية دراسة تشريعية ، وفقهية وقضائية، دار الهدى، ب ط، الجزائر، 2011، ص 102.

3)- André De L'aubader, op cit, p 706.

4)- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 75.

وجب أن يكون التعديل نسبيا، فالإدارة ملزمة بأن تكون التعديلات في أطار العقد الأصلي وألا تؤدي إلى تغيير جذري بشكل يطال مضمونه جوهري ويغير من طبيعته[1]، فإن حدث ذلك نكون بصدد طلب أعمال جديدة.

الفرع الثاني: صور سلطة التعديل في شروط الصفقة العمومية.

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

وتظهر سلطة التعديل في شروط الصفقة العمومية في عدة صور فقد تكون في التعديل في مقدار تنفيذ الإلتزامات (**أولا**)، ومنها ما يتعلق بطرق ووسائل التنفيذ المتفق عليها (**ثانيا**)، وقد تتعلق بمدة تنفيذ الصفقة (**ثالثا**).

أولا: التعديل في مقدار إلتزامات المتعاقد.

تملك المصلحة المتعاقدة سلطة التعديل في مقدار إلتزامات المتعاقد زيادة أو نقصانا، فالتعديل الذي يطرأ يكون على مقدار الإلتزامات وليس نوعها، حيث تكون الزيادة أو الإنقاص المطلوبة من نفس طبيعة الإلتزامات المزادة أو المنقوصة، هذا دون إشتراط ذلك صراحة في الصفقة[2].

والمشرع الجزائري نظم عملية التعديل في مقدار إلتزامات المتعاقد بالنسبة لجميع الصفقات العمومية التي يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى هذه السلطة من خلال ألية الملحق المنصوص عليها في المادة 135[3] من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتظهر زيادة الخدمات أو إنقاصها على وجه الخصوص في المادة 136 الفقرة الأولى من ذات المرسوم.

---

1)- عادل بوعمران، المرجع السابق، ص 102.

2)- ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري،الجزء 2، لباد للنشر، ب ط، الجزائر، 2004، ص 439.

3)- أنظر المادة 135 من المرسوم الرئاسي 15-247.

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

وفيما يتعلق بتخفيض الأداء فتم تحديده بنسبة 20% من الصفقة الإجمالية ونسبة 35% من أعمال الصيانة والتصليح وهذا ماجاءت به المادة 31 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

وقد حدد المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقة العمومية السقف المالي المحدد الذي يجب مراعاته عند تعديل الصفقة العمومية فحددها بنسبة 10% لجميع أنواع الصفقات وهذا ما أكدته المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

والتعديل لا يقتصر على عقود الأشغال العامة فقط فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعدل في مقدار إلتزامات المتعاقد فيما يخص عقود التوريد فلها أن تلزم المورد بزيادة كميات التوريد أو إنقاصها إذا إقتضت ضرورة المصلحة المتعاقدة ذلك، فتحديد معدلات التعديل يهدف إلى إبقاء الصفقة العمومية محل تنفيذ [1] .

فالتعديل في مقدار إلتزامات المتعاقد تبقى ضرورة حتمية تلجأ إليها الإدارة، إذا إرتأت أن الظروف التي إستجدت تدفعها للتعديل وأن الشروط المتفق عليها لا تفي بالغرض المنشود.

ثانيا: التعديل في طرق ووسائل التنفيذ.

لا تظهر سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية في مظهر واحد فقط فإلى جانب سلطتها في التعديل في مقدار إلتزامات المتعاقد تملك كذلك سلطة التعديل في طرق ووسائل التنفيذ، فمبرر ذلك التعديل يرجع إلى رغبة المصلحة المتعاقدة في إدخال تعديلات على

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

المواد المستعملة وعلى أماكن إستخراجها كما أن تفرض تعديلات على أماكن العمل وفي إحلال شغل محل أخر[1].

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى سلطة التعديل بتوجيه المتعامل المتعاقد بمواكبة التطور الحاصل بإستخدامه للآلات المتطورة حتى يتمكن من الوصول إلى المستوى المطلوب .

وقصد من خلال هذه التعديلات هو تدارك الأخطاء التي قد تسببت في بطء إنجاز المشروع وإخراجه حيز التنفيذ، ولكون إستخدام أليات ووسائل عتيقة أثناء التنفيذ يؤدي للحصول على أشغال فاسدة وقليلة الجودة، وبالتالي تبذير الأموال العامة والخسائر الإقتصادية[2].

يفترض أن تكون الطرق ووسائل التنفيذ المستبدلة منصوص عليها في شروط الصفقة، أما إذا لم تكن كذلك فإن المصلحة المتعاقدة عندما تمارس هذه السلطة فإن ذلك من باب سلطة الرقابة وليس سلطة التعديل، لأن التعديل ينصب على مسائل أو الموضوعات تم الإتفاق عليها في الصفقة وتقوم المصلحة المتعاقدة مع ذلك بالتدخل لزيادة أو نقص الإلتزامات التعاقدية للمتعامل المتعاقد، أي أنها في هذا الصدد تدخل في مسألة نظمتها الصفقة، وذلك بخلاف سلطتها في الرقابة التي قد تمتد لتشمل توجيه المتعاقد في كيفية التنفيذ عن طريق فرض بعض الأوضاع التي لم تنص عليها صراحة في الصفقة[3].

ثالثا: التعديل في مدة تنفيذ الصفقة.

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

1)- أحمد عثمان عياد،،المرجع السابق، ص 199.

2)- سمير عبد العالي، المرجع السابق، ص 54.

3)- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 77.

فإذا كان تحديد الأجل المقرر للتوريد أو لإتمام الأشغال يخضع لمحض تقدير المصالح المتعاقدة حسبما تقتضيه ظروف إنجاز الصفقة فإنها تملك تعديل الأجل الذي سبق لها أن حددته[1].

يتم تعديل مدة إنجاز الصفقة بالزيادة أو النقصان، ففي حالة الإستعجال تتدخل المصلحة المتعاقدة لتطلب من المورد أو المقاول أن يتم التوريد أو إنجاز الأشغال في زمن قياسي أقل مما هو متفق عليه في الصفقة، كأن تتدخل أكاديمية التعليم مثلا لتطلب من مقاول ببناء إبتدائية معينة ضرورة إنهاء الأشغال قبل حلول موسم الدخول المدرسي، أو إستعجال مدة التوريدات لسيارات ترغب الدولة في وضعها تحت تصرف وفود رسمية أو غير ذلك ويمكن أن يكون التعديل في الأجل المقرر للتوريد قبل إنتهاء الميعاد المتفق عليه أو يكون بعد إنقضاء الميعاد الأصلي، ففي هذه الحالة لا يحق لجهة الإدارة توقيع غرامة التأخير عن المدة التي تأخر فيها المورد عن الميعاد الأصلي، فالتعديل هنا يعتبر إمتداد للعقد[2].

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

1)- نبيل أزرايب، المرجع السابق، ص 96.

2)- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 77، 78.

المطلب الثاني: ألية ممارسة سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية.

تجد سلطة التعديل تأصيلها في حسن سير المرافق العامة، لهذا تقتضي ضرورة المصلحة العامة أن يستمر تنفيذ الصفقة العمومية مهما طرأ من أمر، لهذا يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بتعديلات إنفرادية لمسايرة هذا التطور ولذلك فإنه لا يجوز لجهة الإدارة أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة التعديلية بإعتبارها من الخصائص الأساسية للعقود الإدارية بل عبرت عنها بعض الأحكام أنها من النظام العام[1].

فحرص المصلحة المتعاقدة على مواكبة هذه التحولات الحاصلة نتيجة الظروف الإقتصادية المحيطة بها، دفعها إلى إستعمال سلطة التعديل من خلال ألية الملحق.

لهذا خول القانون للمصلحة المتعاقدة إمكانية ممارسة سلطة التعديل من خلال ألية الملحق التي سنتطرق إلى تعريفها **(الفرع الأول)**، والشروط التي ينبغي توافرها في الملحق **(الفرع الثاني)**، وحالات خضوع وعدم خضوع الملحق للرقابة **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: تعريف ملحق الصفقة العمومية.

يعد الملحق من أبرز سلطات المصلحة المتعاقدة التي تظهر أثناء تنفيذ الصفقات العمومية، ولم يتم تعريف الملحق من خلال النصوص الفقهية والإجتهادات القضائية غير أنه، تم وضع تعريف له عبر مختلف التنظيمات التي تمثلت في المراسيم التي تضمنت قوانين الصفقات العمومية سواء التنظيمات السابقة أو التنظيمات الجديدة.

إن كل القوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية في الجزائر تعرضت لتعريف موحد للملحق، لهذا سنتطرق إلى تعريفه عبر مختلف التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية.

1)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 225.

أولا: تعريف المرسوم التنفيذي رقم 98-78 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 91-434.

تناول هذا المرسوم تعريف الملحق في نص المادة 89 التي جاء فيها:« يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية.

ويمكن أن تغطي الخدمات التي هي موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي.

وعلى أية حال لا يمكن أن يعدل الملحق موضوع الصفقة جوهريا. ».

وتجدر الإشارة أن هذا التعريف حرفيا تضمنته المادة 88 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434[1].

ثانيا: تعريف المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 03-301، والمرسوم الرئاسي 08-339.

تطرقت المادة 90 من هذا المرسوم لتعريف لملحق الصفقة العمومية غير أن هذه المادة تطرقت لذات تعريف المادة 89 من المرسوم التنفيذي 98-87 غير أن المشرع إستبدل عبارة "على أية حال" بعبارة "مهما يكن من أمر" لا يمكن أن يعدل الملحق موضوع الصفقة جوهريا.

ثالثا: تعريف المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية والذي يلغي أحكام المرسوم الرئاسي 02-250.

إحتفظت المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 بذات التعريف للملحق في التنظيمات السابقة في الفقرتين الاولى والثانية والأحكام الجديدة وردت في الفقرة الثالثة من المادة التي جاء فيها: « ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ماعدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف.».

1)- أنظر المادة 88 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 2 جمادى الأولى 1412 الموافق ل 1991/11/09 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر، العدد 57.

رابعا: تعريف المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية والذي يلغي أحكام المرسوم الرئاسي 10-236.

تناولت المادة 136 من ذات المرسوم تعريف الملحق التي جاء فيها: « يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة...».

إحتفظت المادة 136 [1]من المرسوم الرئاسي بذات التعريف للملحق غير أنه بالنظر لمحتوى المادة نجد أنه تم التفصيل أكثر في عملية إبرام الملحق وأجاله، فالملحق حسب المادة أعلاه إتفاق إضافي للصفقة الأولى، هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة الأصلية، بزيادة الخدمات أو تقليلها.

ومن هنا يتضح أن الملحق ليس عقدا فريدا ومستقلا بذاته، بل وثيق الصلة بالصفقة الأصلية ومن خلاله نعرف مجال الزيادة والنقصان، أو البنود الجديدة أو الأعمال الجديدة[2].

الفرع الثاني: شروط الملحق.

إذا كانت المصلحة المتعاقدة تملك سلطة التعديل الإنفرادي للصفقة سواء كان ذلك بالزيادة والنقصان ويحق لها ممارستها من خلال ألية الملحق الذي يعد وثيق الصلة بالصفقة الأصلية إلا أن عملية إبرام الملحق في الصفقة العمومية تخضع لمجموعة من الشروط التي يجب على المصلحة المتعاقدة الإلتزام بها من أجل إبرام الملحق حيث يشترط في الملحق أن يكون مكتوب **(أولا)**، وأن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهري بالصفقة **(ثانيا)** وأن يتم اللجوء إليه في حدود أجال تنفيذ الصفقة **(ثالثا)** وخضوع الملحق للشروط الإقتصادية للصفقة العمومية **(رابعا)**، وأن يحترم الملحق قواعد المنافسة **(خامسا)**.

1)- أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2)- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 216.

أولا: أن يصدر الملحق في صيغة كتابية.

يشترط في ملحق الصفقة العمومية أن يصدر بصيغة كتابية حيث يجب أن يكون مؤرخ ومصادق عليه ومرقم من قبل السلطة المختصة، فعنصر الكتابة أمر ضروري في حالة ممارسة الإدارة لسلطة التعديل وهذا شرط طبيعي فالتعديل فرع أو جزء من الصفقة الأصلية ووجب أن تخضع له شكلا بتوافر عنصر الكتابة[1].

ونجد المشرع الجزائري تناول هذا الشرط في المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاء فيها: « الملحق وثيقة تعاقدية...». فبغرض معرفة وتحديد الإلتزامات الجديدة يجب أن تصدر في وثيقة مكتوبة.

فطالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة يعد عنصر الكتابة شرطا جوهريا في حالة ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة التعديل.

ثانيا: أن لا يؤدي التعديل إلى المساس بجوهر الصفقة وتوازناتها.

إن التجاوز في التعديل يجعل المصلحة المتعاقدة أمام صفقة جديدة غير الصفقة الأصلية التي عملت المصلحة المتعاقدة على إبرامها، لهذا يعد هذا الشرط لازما وضروريا، وبناء عليه فيجب أن لا يؤثر الملحق على توازنات الصفقة العمومية إلا في حالة الظروف المستجدة غير المتوقعة غير أنه لا يمكن أن يغير ملحق الصفقة موضوعها أو مداها في أي حال من الأحول تجنبا لأي فساد في الجانب المالي[2].

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

1)- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 216.

2)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 285.

ثالثا: أن يتم اللجوء إلى الملحق في حدود أجال تنفيذ الصفقة.

ورد ذكر هذا الشرط في نص المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي جاء فيها: « لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا في حدود أجال التنفيذ التعاقدية...».

فنص المادة السابقة الذكر أكدت على أنه لا يتم إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات العمومية، إلا في حدود الأجال التعاقدية.

رابعا: خضوع الملحق للشروط الإقتصادية الأساسية للصفقة العمومية.

إذ تطبق في الملحق الأسعار التعاقدية الموضوعة مسبقا، ولكن في حالة ما إذا تعذر على الطرفين أن يطبقا الأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة على العمليات التكميلية الواردة في الملحق، فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة عند الإقتضاء[1].

خامسا: أن يحترم الملحق قواعد المنافسة.

على إعتبار أن الملحق يؤثر على شروط تنفيذ الصفقة العمومية سواء بالزيادة أو بالنقصان مما يؤدي إلى التأثير على الصفقة الأصلية، لكن يجب أن لا يمس بالمنافسة التي يكون ضمانها صعبا عند إبرام الصفقة والحفاظ عليها عند تنفيذ الخدمات أصعب لهذا فإنه يجب منع أي ملحق قد يسئ إليها[2].

الفرع الثالث: حالات خضوع الملحق للرقابة من عدمه في الصفقات العمومية.

تملك المصلحة المتعاقدة سلطة تعديل شروط تنفيذ الصفقة العمومية والتي يتم تكريسها من خلال ألية الملحق، لذا فهناك حالات أعفى فيها المشرع الملحق من خضوعه لرقابة لجان الصفقات المعنية (**أولا**)، إلا أنه رغم ذلك بإعتبار أن هذه السلطة من أخطر الحقوق التي تمتلكها الإدارة توجد حالات ألزم فيها المشرع الملحق بخضوعه لرقابة لجان الصفقات المعنية (**ثانيا**).

1)- أنظر المادة 137 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2)- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص58.

أولا: حالات عدم خضوع الملحق للرقابة.

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

1- حالة الملحق الذي لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد:

أعفت المادة 139[1] من المرسوم الرئاسي 15-247 الملحق من فحص هيئات الرقابة المعنية، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد.

2- حالة الملحق الذي لم ينجم عنه أي أثر مالي:

إذا لم يكن للملحق أي أثر مالي فلا داعي بأن يتم عرضه على لجنة الصفقات المعنية، لأن تغيير بنود الصفقة لم يخلف أي أثر مالي.

3- عدم تجاوز الملحق الحدود المالية:

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

ثانيا: حالات خضوع الملحق للرقابة.

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

1-حالة الظروف الإستثنائية غير المتوقعة:

1)-أنظر المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247.

قد تظهر بعد إبرام الصفقة وأثناء مرحلة التنفيذ وقائع وأحداث لم تكن في الحسبان ساعة التعاقد بما يؤدي وجودها إلى إختلال في التوازن العقدي إختلالا وصفته الفقرة 2 من المادة 138 بالإختلال المعتبر ما قد يؤثر على إحترام أجال التنفيذ، ومن هنا أتاح المشرع إمكانية إبرام الملحق وخضوعه للرقابة الخارجية القبلية نظرا للأثر المالي الناتج عن سلطة التعديل.

2- حالة الملحق المتعلق بضبط الكميات النهائية للصفقة:

في حالة عدم إمكانية وبصفة إستثنائية، إبرام الملحق محل ضبط الكميات النهائية للصفقة، في الأجال التعاقدية، فإنه يمكن إبرام الملحق حتى بعد الإستلام المؤقت للصفقة، شريطة أن يكون قبل إمضاء الحساب العام النهائي[1].

3- حالة العمليات الجديدة:

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

ومن البديهي القول أن سلطة التعديل تخضع لرقابة القاضي الإداري الذي إذا رفعت الدعوى أمامه من الطرف المعني صاحب المصلحة سعى إلى التأكد من مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام، والتأكد من مدى علاقته بالصفقة الأصلية وبالحدود المالية المنصوص عنها تشريعا وعلى ضوء ذلك يقدر عما إذا هناك تعسف في ممارسة سلطة التعديل من عدمه[2].

1)- أنظر المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2)- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص218.

ملخص الفصل الأول

حاولنا في الفصل الأول المعنون بـ " **سلطات المصلحة المتعاقدة في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية وفق قانون الصفقات العمومية 15-247** " معالجة الموضوع في شقين: الأول وتناولنا فيه تحديد سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية التي تعتبر أشمل الإمتيازات السلطوية في العقد الإداري التي تتمتع بها بصفة تلقائية حتى ولو لم يتم النص عليها صراحة في العقد أو في دفتر الشروط، وتتوسع الرقابة لتشمل سلطة الإدارة في الرقابة سواء بمعناها الضيق أو الواسع بمعنى الإشراف والتوجيه، بعدها تطرقنا إلى أساليب ممارسة الإدارة لهذه العملية، عن طريق أسلوب القرار الإداري سواء في مرحلة سابقة تمهيدية لإبرام العقد في صورة القرار الإداري المنفصل، أو أثناء تنفيذ العقد وتمارس رقابتها عن طريق القرار الإداري المتصل.

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

بعد إتمامنا لهذا الفصل سنحاول إظهار ما تتمتع بعه المصلحة المتعاقدة من سلطات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية وكل هذا وفق قانون الصفقات العمومية 15-247 في فصل ثاني.

الفصل الثاني:

سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية وفق قانون الصفقات العمومية 15-247.

الفصل الثاني: سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية وفق قانون الصفقات العمومية 15-247.

تتمتع المصلحة المتعاقدة إضافة إلى سلطتها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية المتمثلة في الرقابة والتعديل، سلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها في حالة إخلاله في تنفيذ إلتزاماته، تتعدد هذه الجزاءات طبقا لأسس ومبادئ عامة تحكم وتنظم هذه السلطة.

تم النص على هذه الجزاءات ضمن التشريعات المتعلقة بالصفقات العمومية ودفاتر الشروط الإدارية العامة، التي تحدد عادة سلطة الإدارة في إتخاذ الجزاءات عند تقصير الطرف الأخر في تنفيذ إلتزاماته، غير أن سكوت الصفقة عن النص على بعض الجزاءات لا يعني أن المصلحة المتعاقدة لا تستطيع توقيعها، كون الأمر يعتبر أساسا بمثابة إمتياز للإدارة بإعتبارها سلطة عامة تهدف إلى ضمان تنفيذ الصفقة العمومية وحسن سير المرفق.

ولمعالجة هذا الموضوع قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

تطرقنا في **المبحث الأول** إلى سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات غير المنهية للصفقة العمومية وكل ما يتعلق بها من جزاءات سواء كانت جزاءات إدارية أم مالية.

أما **المبحث الثاني** خصصناه إلى سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المنهية للصفقة العمومية وتضمن الجزاءات الفاسخة التي تنهي الرابطة التعاقدية بصفة نهائية.

المبحث الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات غير المنهية للصفقة العمومية.

للمصلحة المتعاقدة سلطة توقيع جزاءات لا تنهي الصفقة فهي جزاءات مؤقتة تفترضها إعتبارات الصالح العام، فهي بقصد تنفيذ الصفقة وليس إنهائها.

فلها أن تفرض جزاءات إدارية لإرغام المتعامل المتعاقد على تنفيذ إلتزاماته **(المطلب الأول)** كما لها سلطة أن تفرض جزاءات ذات طابع مالي إذا أخل بإلتزاماته التعاقدية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الإدارية.

تمتاز المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية وفرضها دون اللجوء إلى القضاء، وهو إجراء تهدف الإدارة من ورائه إلى دفع المتعاقد لتنفيذ إلتزاماته لضمان سير المرفق العام بإنتظام وإضطراد.

فقد تكون هذه الجزاءات بسحب العمل من المقاول (**الفرع الأول**) أو الشراء على حساب المورد (**الفرع الثاني**) كما يمكن أن تكون الإقصاء من المشاركة في الصفقة العمومية **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة.

قد يخل المتعاقد في عقود الأشغال العامة إخلالا جسيما بإلتزاماته التعاقدية طبقا لنصوص العقد أو روحه، الأمر الذي ترى الإدارة فيه خطرا على المرفق العام وعلى إستمراره بإنتظام[1]، وكعقاب لهذا الإهمال تسحب المصلحة المتعاقدة الصفقة من المقاول.

فعندما يتخلف المقاول في عقد الأشغال العامة عن تنفيذ إلتزاماته أو يتأخر في أدائها، تقوم الإدارة بوضع العمل تحت الإدارة المباشرة لها ضمانا لتنفيذ موضوع العقد ولحسن سير

1)- عبد القادر دراجي، (سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية)، مجلة المفكر، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014، العدد العاشر، ص101.

المرفق العام، وهنا تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله على حسابه أو تعهد به إلى الغير لتنفيذها على حساب مسؤولية المقاول الأول.

ويجد جزاء سحب العمل من المقاول أساسه القانوني في نص المادة 3/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تنص على أنه « إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيس، بإستثناء حالة الإستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا ».

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري خول للمصلحة المتعاقدة سحب العمل من المقاول أو كما سماه " إجراء النظام المباشر على نفقة المقاول " أي حلول المصلحة المتعاقدة بنفسها حلول المحل المتعاقد أو تعهد به إلى شخص أخر بصفة مؤقتة قصد تنفيذه، فهذا الإجراء يهدف لإرغام المقاول على تنفيذ الصفقة وليس إنهائها[1]، يفهم من قول المشرع « هذا النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا » فسحب العمل من المقاول قد يكون كليا أو جزئيا وهذا ما أكدته كذلك نص المادة 26 [2]من دفتر الشروط الإدارية العامة.

تتمتع هذه السلطة بجملة من الخصائص وهو ما سنورده **(أولا)** كما انه لها مجموعة من الشروط **(ثانيا)** وذلك حتى يرتب أثاره القانونية **(ثالثا)** الامر الذي سنتناوله فيما يأتي:

أولا: خصائص سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة.

يتميز جزاء سحب العمل من المقاول بعدة خصائص تتمثل فيما يلي:

1- يعد سحب العمل من المقاول المقصر، إجراء مؤقتا لا يترتب عليه إنهاء صفقة الأشغال العامة، وإنما تظل قائمة ويظل المقاول ملتزما أمام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ كافة الإلتزامات المتولدة عنها.

1)- نبيل ازرايب، المرجع السابق، ص 113، 114.

2)- أنظر المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

2- ضرورة إعذار المقاول بجزاء سحب العمل قبل توقيعه، فلا يجوز توقيعه دون سابق إعذار.

3- يرتبط جزاء سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بالنظام العام باعتباره ضمانة هامة لإتمام المشروع محل الصفقة ضمانا لسير المرفق العام الأمر الذي يبطل معه النص بالصفقة على حرمان المصلحة المتعاقدة من إستعماله لكونه يلغي سلطة هامة ممنوحة للإدارة لكفالة سير المرفق العام[1] .

4- يتم تسليط جزاء سحب العمل من المقاول بواسطة قرار تصدره المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء.

ثانيا: شروط إعمال جزاء سحب العمل من المقاول في عقود الاشغال العامة.

1- عدم إلتزام المقاول بشروط الصفقة العمومية المتمثلة في كيفية التنفيذ أو عدم التنفيذ أو عدم الإمتثال لأوامر المصلحة المتعاقدة الموجهة إليه من طرف مهندس الدائرة او من المهندس معماري أو لأن الأمر المصلحي ذو طابع إلزامي[2] .

2- وجوب إعذار المقاول، بإعذار يتضمن مهلة للتنفيذ أو إكمال التنفيذ[3].

3- وجوب منح أجل للمقاول بعد إعذاره حتى يتدارك تقصيره، ويجب إحترام هذه المدة ولا يوقع الجزاء إلا بعد نفاذها.

ثالثا: الأثار القانونية لسحب العمل من المقاول.

بتمتع جزاء سحب العمل من المقاول بكافة شروطه وخصائصه فإنه يرتب أثاره القانونية المتمثلة فيما يلي:

1)- سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 125.

2)- نبيل أزرايب، المرجع السابق، ص 114.

3)- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 97.

1- يترتب على سحب العمل من المقاول نتيجة إهماله أو تقصيره تنفيذ الصفقة على مسؤوليته إما عن طريق المصلحة المتعاقدة أو بواسطة مقاول أخر تختاره هذه الأخيرة بنفسها وهو ما أكدته المادة 3/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

2- يترتب عن جزاء السحب، حق حصول المصلحة المتعاقدة على النفقات الزائدة من مستحقات المقاول أو مبلغ التأمين، وهذا ما نصت عليه المادة7/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة أما إذا تحصلت المصلحة المتعاقدة على وفر مالي من جراء التنفيذ المباشر للأشغال بقيمة تقل عن المبلغ الأصلي للصفقة، فإنه لا وجه للمطالبة بها أو بأي جزء منها من قبل المقاول، لأن ذلك سيصبح حقا مكتسبا للمصلحة المتعاقدة.

3- يحق للإدارة إحتجاز ما يوجد في محل العمل من منشآت مؤقتة ومباني وأدوات ومواد وخلافه للحصول على حقها بل لها حق الإحتفاظ بتلك الأشياء حتى بعد إنتهاء العمل[1].

4- لا يجوز الجمع بين سحب العمل من المقاول وفسخ الصفقة لأن جزاء السحب يعتبر جزاءا مؤقتا لا يترتب عليه إنقضاء العقد، في حين أن جزاء الفسخ يؤدي إلى إنهاء العقد بصفة قطعية وإنقضاء العلاقات التعاقدية بين الإدارة والمقاول المقصر بصفة نهائية[2].

وبإعتبار سحب العمل من المقاول هو إجراء مؤقت، فإنه يمكن للمقاول أن يطلب إنهائه وإعادة الأعمال إليه لإتمام تنفيذها، إذا أثبتت أنه أصبح يملك من الوسائل الكافي، ما يمكنه من إستئناف الأعمال والوصول بها إلى نهاية مرضية وهذا ما تقضي به المادة6/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، كما يمكن أن ينتهي هذا الإجراء المؤقت بفسخ الصفقة[3].

الفرع الثاني: الشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقة التوريد.

إضافة إلى جزاء سحب العمل من المقاول يمكن للإدارة أن تلجأ إلى جزاء أخر متمثل في الشراء على حساب المتعاقد، يمكن تعريف الشراء على حساب المورد على أنه: « إجراء تتخذه

1)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 301.

2)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 253

3)- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 127.

المصلحة المتعاقدة إتجاه المورد المتعاقد معها، الذي تخلف عن توريده الأصناف المتعاقد عليها بموجب الصفقة المبرمة في المدة المحددة، أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة والمحددة في العقد، وذلك بشراء هذه الأصناف على نفقته وتحت مسؤوليته »[1].

يعتبر هذا الإجراء من وسائل الضغط المكرسة فقها وقضاء، لعلاقته الوثيقة بفكرة استمراريه المرفق العام وخدمة الجمهور وهو حق ثابت ولو لم تنص عليه الصفقة، وذلك ما قرره مجلس الدولة الفرنسي، رغم ذلك لم يسبق(ق، ص، ع) أن تضمنه في أحكامه سواء في التنظيم الحالي أو التنظيمات السابقة[2].

يتميز جزاء الشراء على حساب المورد بمجموعة خصائص سنتطرق إليها **(أولا)** مع تحديد الشروط الواجب توافرها (**ثانيا)** ليرتب هذا الجزاء أثاره القانونية(**ثالثا**) سنوضحه فيما يأتي:

أولا: خصائص الشراء على حساب ومسؤولية المورد.

يتميز هذا الجزاء بعدة خصائص تتمثل فيما يلي:

1- يعد هذا الجزاء وسيلة مؤقتة للضغط على المتعاقد للقيام بتنفيذ إلتزاماته، وذلك ضمانا لحسن سير المرافق العامة ومنعا من تعطلها[3].

2- يتخذ هذا الجزاء دون وساطة القاضي ومن دون إشتراط النص عليه في الصفقة.

3- تميز هذا الجزاء بخاصية الإعذار قبل توقيعه.

4- إن جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد، من وسائل التنفيذ العيني التي تتلائم مع السرعة والمرونة، على وفق ما يقتضيها حسن سير المرفق العام بإنتظام وإطراد، فهي تهدف إلى إرغام المتعامل المتعاقد على أداء إلتزاماته التي قصر فيها.

1)- سعيد عبد الرزاق باخبيره، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2008/2007، ص 262.

2)- نادية تياب، المرجع السابق، ص 96.

3)- عبد القادر دراجي، المرجع السابق، ص 102.

ثانيا: شروط الشراء على حساب ومسؤولية المورد.

1-حدوث خطأ جسيم من المورد لدرجة تبرر التنفيذ على حسابه ومسؤوليته[1]، ومن الأخطاء التي تبرر الشراء ما يلي:

أ- التأخر الجسيم عن تسليم الأصناف المتعاقد عليها.

ب- الإمتناع أو العجز عن تنفيذ التوريد.

ج- تنفيذ الصفقة على وجه غير مرض.

د- الإهمال في تنفيذ الإلتزامات التي تفرضها الصفقة على وجه يعرض المرفق للخطر.

2-يجب إنذار المورد قبل توقيع جزاء الشراء على حسابه، وأن الإدارة ملزمة به حتى في حالة عدم النص عليه لعلة إمكانية تدارك المورد بتوقيع الجزاء عليه وحثه على الوفاء بإلتزاماته في الوقت المحدد وبالشروط الواردة في العقد ويعتبر الإنذار السابق هو التمهيد الطبيعي لأي إجراء ضاغط[2]، وفي حالة غياب الإنذار فإن هذا الجزاء يعتبر معيبا لا يحتمل نتائجه، لكن ليس ثمة ما يمنع المصلحة المتعاقدة من إشتراط النص في الصفقة أو دفتر الشروط على إعفائها من شرط الإعذار المسبق، لتطبيق هذا الجزاء.

ثالثا: أثار الشراء على حساب ومسؤولية المورد.

يترتب على هذا الجزاء عدة أثار أهمها:

1- يترتب على جزاء الشراء على حساب المورد المقصر، شراء المصلحة المتعاقدة المواد والأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها بنفسه أو بواسطة مورد أخر على نفقة المورد العاجز، ولها أن تختاره بالطريقة التي تراها مناسبة[3].

1)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 267.

2)- المرجع نفسه، ص 267.

3)- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 134.

2- تحمل المورد الأصلي الأثار المالية الناتجة عن الصفقة فيظل مسؤولا عن تبعات التوريد سواء تم عن طريق الإدارة بنفسها أو عن طريق مورد أخر.

3- إعتبار الإدارة بمثابة الوكيل عن المورد، لذا فهي ملزمة بأن تبذل العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة وإلا تحملت هي نتائج تصرفها إذا تسببت في زيادة أعباء هذا المورد منع المورد المقصر أن يشترك في تنفيذ التوريدات المنفذة على حسابه[1].

4-لا يجوز الجمع بين الشراء على نفقة المورد وفسخ الصفقة في نفس الوقت، لأن الجمع بينهما يعني إنعدام الصفقة وكأنها لم تكن[2].

الفرع الثالث: الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

يعتبر الإقصاء من المشاركة في الصفقة العمومية من بين الجزاءات الإدارية التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة وقد يكون هذا الإقصاء بشكل مؤقت أو نهائي.

ويجد هذا الجزاء أساسه القانوني في نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص على الإقصاء من المشاركة في الصفقة العمومية وعددت حالاته في:

-الذين رفضوا إستكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ أجال صلاحية العروض، حسب الشروط المحددة في المادتين 71و74 [3] أعلاه.

- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

1)- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 273 .

2)- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 127.

3)- المادة 71 و74 من المرسوم الرئاسي 15-247.

- الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشي المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.

- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية والشبه جبائية.

- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.

- الذين قاموا بتصريح كاذب.

- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بإلتزاماتهم بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع.

- المسجلون في قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليهم في المادة 89 [1]من هذا المرسوم.

- المسجلون في البطاقية الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.

- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الإجتماعي.

- الذين أخلوا بإلتزاماتهم المحددة في المادة 84[2] من هذا المرسوم.».

تتمتع المصلحة المتعاقدة بقدر من الحرية في ممارسة حق حرمان بعض الأشخاص من التقدم للصفقة العمومية أو في ممارسة حق استبعاد، وقد يكون هذا المنع والحرمان كجزاء بسبب التنفيذ المعيب لالتزام سابق وهو ما يعرف بالحرمان الجزائي الذي تم بموجب حكم قضائي. وبالتالي من خلال هذه الحالات المذكورة حدد المشرع الجزائري حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقة

1)- تنص المادة 89 من المرسوم 15-247 على: «... كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان أخر... وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية...».

2)- تنص المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247 على:«... وإذا عاينت المصلحة المتعاقدة أن الإستثمار لم يتجسد طبقا للرزنامة االزمنية والمنهجية المذكورتين في دفتر الشروط لخطأ من المتعامل الأجنبي... وكذا تسجيله في قائمة المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية...».

العمومية ذات الطابع الجزائي والتي يمكن أن تؤدي إلى إقصاء المتعاملون الإقتصاديون من المشاركة في الصفقات العمومية بشكل مؤقت أو نهائي.

كما يمكن أن يكون كإجراء وقائي لتهيئة الجو الصالح للمنافسة تتخذه الإدارة مراعاة منها لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة ويطلق عليه الحرمان الوقائي.

وفي كلتا الحالتين فإن المصلحة المتعاقدة وهي تمارس هذا الحق تخضع لرقابة القضاء، لأنه يضيق كثيرا من دائرة حق الإدارة في إصدار قرارات الحرمان التي تعود لسلطتها التقديرية، إذ لا يسمح باستعماله إلا لأسباب جدية وغالبا ما تحدد في دفاتر الشروط.

المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية.

تتمتع جهة الادارة المتعاقدة بإيقاع جزاءات مالية على المتعاقد معها اذا قصر في تنفيذ التزاماته العقدية أو بعضها ويستوي في ذلك أن يكون قد امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها، حيث أن سلطة الادارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد معها لا تهدف في الأساس إلى الردع وتقويم الإعوجاج بقدر ما تهدف الى تحقيق التنفيذ للالتزام الضروري لسير المرفق العام.

تتخذ هذه الجزاءات المالية صورة غرامات التأخير (**الفرع الأول**) أو مصادرة التأمينات (**الفرع الثاني**) أو في صورة تعويض مالي يدفعه المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية لتغطية الضرر اللاحق بالمصلحة المتعاقدة (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول: غرامات التأخير.

يحدث وأن يخالف المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية الأحكام المتعلقة بمدة التنفيذ، فلا يتم إلتزاماته في المواعيد المقررة للإنجاز، ولا يحترم الشروط المتفق عليها، مما يدفع الإدارة لتسليط عقوبتها المتمثلة في غرامة التأخير.

من هنا سوف نحدد المقصود بغرامة التأخير **(أولا)** والخصائص المتعلقة بها **(ثانيا)** إضافة إلى حالات الإعفاء منها(**ثالثا**)

أولا: تعريف غرامة التأخير.

تعرف غرامة التأخير بأنها مبلغ من المال يتفق عليه في العقد على أداء المتعاقد لصالح جهة الإدارة المتعاقدة، جزاء إخلاله بالوفاء بإلتزامه في الميعاد المقرر بنصوص العقد أو في مدته الإضافية التي توافق عليها الإدارة، وتهدف تلك الغرامة لضمان تنفيذ عقد الإدارة في الموعد المتفق عليه حرصا على حسن سير المرفق العام موضوع التعاقد بانتظام واضطراد[1].

تملك الإدارة المتعاقدة طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 ممارسة سلطة الجزاءات المالية فتجد هذه السلطة أساسها القانوني في نص المادة 1/147 من نفس المرسوم، وجاء فيها: «... يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به...».

وبنص هذه المادة خول المشرع للمصلحة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية وقيد مجال ممارستها في حالتين:

الحالة 1: حالة عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجال المقررة.

تضع المصلحة المتعاقدة عند التعاقد بعين الإعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ العقد، حتى يتسنى لها الإنتهاء من العملية التعاقدية والدخول في علاقة جديدة، أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر والإنتقال إلى جزء أخر، فلا يمكن من حيث الأصل إغفال عنصر الزمن، فالغرامة في هذه الحالة تفرض في حالة التأخر في تنفيذ الصفقة[2] .

1)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 284، 285.

2)- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 93.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا 1989/12/16 أنه:"" من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الأجال على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ إنقضاء الأجل المتعاقد عليه وتاريخ الإستلام ومن ثمة أن النعي في القرار المطعون فيه غير سديد..."[1]

وعلى هذا الأساس يتم تسليط هذا الجزاء على كل متعاقد يثبت إخلاله بالقيد الزمني لتنفيذ العقد فهذه المدة هي من إقتراح المتعهد مع الإدارة وتعهد بإحترامها حين إيداعه ملف المناقصة.

الحالة 2: حالة التنفيذ غير المطابق.

هنا يفترض أن المتعاقد مع الإدارة أخل بالشروط المتفق عليها وكيفيات التنفيذ، فخرج عن الإلتزامات التي تعهد بها، فالوضع الطبيعي في الحالة هو خضوعه لجزاء مالي[2].

تجدر الإشارة أنه وإن كان هذا الجزاء يجد أساسه القانوني في أحكام المرسوم الجديد إلا أن له أساس عقدي يستمد قوته من العقد إلى جانب النصوص التنظيمية، ذلك أن المادة 2/147 من المرسوم الرئاسي 15-247 ورد فيها أن نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها تحدد في الصفقة، وهذا ما أكدته المادة95 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه التي أوجبت ذكر نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها في الصفقة.

ثانيا: خصائص غرامة التأخير.

1-الغرامة إتفاقية: لأنها تحدد مقدما في الإتفاق أو في القانون الذي تعتبر أحكامه مكملة للعقد الذي يتم التعاقد في ظله، فإذا لم يكن قد نص عليها فلا يجوز تطبيقها، وللإدارة أن تلجأ إلى جزاءات أخرى، ونجد تأييد هذه الفكرة من خلال ما ورد في نص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 التي تقضي:« إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على

1)- قضية (ع ط) ضد (و ق)، قرار المحكمة العليا رقم 65145، الصادر في 1989/12/16 ، المجلة القضائية، 1991 ، العدد1، ص 133 .

2)- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 221.

التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكيد العادي من تاريخ إنقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ وتاريخ إستلام الأشغال المؤقت ».

يتضح من خلال نص هذه المادة أن تطبيق الغرامة متوقف بتوفر شروط إستحقاقها وهو ما تفيده الأداة الشرطية "إذا"، ومن ثم فإن النص على الغرامة التأخيرية في الصفقة العمومية أو دفتر الشروط الخاص به، لأن المشرع علق تطبيق الغرامة التأخيرية على وجوب النص عليها ضمن شروط الصفقة[1].

والمشرع الجزائري حسم الأمر بتأكيده على الطبيعة الإتفاقية للغرامة التأخيرية [2].

2-الغرامة تلقائية: بمعن أنها تطبق مباشرة دون حاجة إلى إثبات أن ضررا ما قد أصاب الإدارة، بل لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم حصول ضرر، فهي توقع بمجرد حصول التأخير ومن دون حاجة إلى تنبيه أو إعذار أو إجراء أخر هذا ما أكدته المادة 147 السالفة الذكر.

3-الغرامة تطبق بمقتضى قرار إداري: تتميز غرامة التأخير بأنها تفرض بموجب قرار إداري متصل من قبل الإدارة أي أنه يجب لإستحقاق هذه الغرامة أن يصدر قرار تنفيذي من جانب الإدارة إستنادا إلى صلاحيات التنفيذ المباشر الذي هو سند لها بموجب سلطاتها في العقد الإداري، ومن بين هذه السلطات سلطتها في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها[3].

4-الغرامة تستحق عن التأخير: أي أنها تستحق من جانب المصلحة المتعاقدة بمجرد إنقضاء الفترة المحددة في العقد دون حاجة إلى التنبيه بإستحقاقها، فهي تختلف بذلك عن وضع الفوائد التي تحصل عن التأخير في ميدان القانون الخاص، إذ يتعين الإنذار بإستحقاقها حتى ولو يتضمن العقد شرطا جزائيا عن التأخير.

1)- نبيل أزرايب، المرجع السابق، ص 106، 107.

2)- أنظر المادة 3/147 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3)- زكية صيلع، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقدين معها، مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2014/2013، ص 35، 36.

ثالثا: الإعفاء من غرامة التأخير.

بالعودة إلى نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 في الفقرة 4،5 التي تنص على « يعود القرار بالإعفاء من العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة. ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو إستئنافها.

وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الأجال ولا يترتب على الأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف وإستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة».

يلاحظ من خلال هاتين الفقرتين أن المشرع الجزائري خول للمصلحة المتعاقدة حالتين تستطيع من خلالهما إعفاء المتعامل المتعاقد من غرامة التأخير وهما:

أ-حالة مسؤولية المصلحة المتعاقدة على توقيف الأشغال وبالتالي التأخر فيها، إذ لا ينجر عن ذلك غرامة تأخيرية طالما المتعامل المتعاقد ليس من تسبب فيه بأن تأمر المصلحة المتعاقدة بتوقيف الأشغال أو إستئنافها[1].

ب- حالة القوة القاهرة: وتعرف القوة القاهرة في القانون الإداري كما هو الحال في القانون المدني بأنها حدث أجنبي مستقل عن إرادة الأطراف غير المتوقع ولا يمكن رده[2]، مما يجعل تنفيذ الصفقة أكثر إرهاقا مثل إرتفاع الأسعار بسبب الظروف الإقتصادية، أو تعليق الأجل بسبب الظروف الطبيعية.

وفي كلتا الحالتين، يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية، بسبب التأخير تحرير شهادة إدارية[3].

1)- نبيل أزرايب، المرجع السابق، ص 108

2)- زكية صيلع، المرجع السابق، ص 52.

3)- أنظر المادة 6/147، المرسوم الرئاسي 15-247.

الفرع الثاني: مصادرة التأمينات.

مما لا شك فيه أن مصادرة التأمين يعد كأحد الجزاءات ذات الطابع الإداري التي توقعها المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية على المتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته.

لهذا سنتطرق إلى تعريفه **(أولا)** مع تحديد أهم أنواعه **(ثانيا)** وصولا إلى الحديث عن حالات الإعفاء من تقديم الضمانات **(ثالثا)**.

أولا: تعريف مصادرة التأمينات.

تعرف مصادرة التأمين بأنها إستيلاء الإدارة على مبالغ التأمين الذي يودعه المتعاقد مع الإدارة ليضمن لها ملائمته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد[1].

من هذا التعريف يتضح بأن مصادرة التأمينات هي جزاء مالي يتمثل في استحواذ المصلحة المتعاقدة على مبالغ التأمين الذي يودعها المتعاقد لدى الإدارة جزاء الإخلال بالإلتزامات، وتملك الإدارة توقيعه بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي ودون إشتراط تحقق خطر ما.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية نجد أنه إعترف للمصلحة المتعاقدة بحق مصادرة مبلغ الضمان، فأكدت نصوص المرسوم الرئاسي على أن تنظيم الصفقات العمومية أوجب في المادة 53 أنه لا تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة العمومية إلا لمؤسسة تكون قادرة على تنفيذها، كما أوجب في المادة 54 التأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين كما أن هذا التقييم يجب أن يستند إلى معايير غير تمييزية وجاء في المادة 56 أن تستعلم المصلحة المتعاقدة أثناء التقييم بكل الوسائل القانونية عن المتعامل سواء لدى مصالح متعاقدة أخرى وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي ولدى البنوك والممثليات الجزائرية في الخارج، وهذا التحقق كله بغرض ضمان تنفيذ الصفقة وإنجازها بالطرق المتفق عليها. وهذا الجزاء يتميز عن غيره من الجزاءات أنه:

1)- زكريا المصري، العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع المحلي، دراسة مقارنة محلية ودولية، دار الفكر والقانون، ط 1، مصر، 2014، ص 54.

- هذا الجزاء يحق للمصلحة المتعاقدة توقيعه في حالة التقصير في التنفيذ، حتى ولو لم يتم النص عليه في الصفقة.

- يوقع هذا الجزاء دون الحاجة إلى إتخاذ أية إجراءات قضائية ودون الحاجة إلى إلزامها بإثبات وقوع الضرر نتيجة تقصير المتعامل المتعاقد.

- يمثل التأمين المودع لضمان تنفيذ الصفقة الحد الأدنى للتعويض الذي يحق إقتضاءه فلا يحق للمتعامل المتعاقد أن يثبت أن الضرر الذي لحق المصلحة المتعاقدة يقل عن التأمين[1].

ثانيا: أنواع مصادرة التأمينات.

التأمين نوعين تأمين مؤقت وتأمين نهائي.

1-التأمين المؤقت: يجد التأمين المؤقت أو كما سماه المشرع الجزائري كفالة التعهد أساسه القانوني في المادة 125 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والتي ألزمت المتعامل المتعاقد فيما يخص ضفقة الأشغال واللوازم على تقديم كفالة تعهد تفوق(1%) من مبلغ العرض عندما تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المطتين الأولى والثانية من المادة 184[2] من المرسوم 15-247 وهذا الشرط كله لقبول العرض ولضمان جدية صاحب العرض، وبدونه لا يقبل عرضه ويتم إستبعاده ويصادر التأمين المؤقت إذا سحب مقدم العرض عرضه قبل إنتهاء سريان العروض أو إذا تخلف عن إيداع التأمين النهائي.

ويلاحظ على هذه المادة أن المشرع حدد مبلغ كفالة التعهد لصفقة الأشغال واللوازم ولم يحدد مبلغ كفالة التعهد الخاص بصفقة الدراسات والخدمات.

2-التأمين النهائي: ويجد التأمين النهائي أو كما سماه المشرع كفالة حسن التنفيذ أساسه القانوني في نص المادة 130 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقة العمومية التي تنص:« زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110 أعلاه، يتعين على

1)- نادية تياب، المرجع السابق، ص 94.

2)- أنظر المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247.

المتعامل المتعاقد أن يقدم، حسب نفس الشروط، كفالة حسن تنفيذ الصفقة.»، ويحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسب تتراوح بين (5%) و(10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها[1]وبالتالي حتى تتمكن المصلحة المتعاقدة من ممارسة سلطة مصادرة التأمين يجب أن يكون تحت إمرتها ضمان كفالة حسن التنفيذ، فإذا قصر المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته تتمكن من مصادرة التأمين.

ثالثا: الإعفاء من تقديم الضمان.

جاء في الفقرة 2 من المادة 130 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات أنه بالنسبة لبعض صفقات الدراسات والخدمات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات، قبل دفع مستحقاتها، يعفى المتعامل المتعاقد من كفالة حسن تنفيذ الصفقة، وورد في الفقرة 3 من المادة 130 أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد معها من كفالة حسن التنفيذ، إذا لم يتعدى أجل التنفيذ ثلاثة أشهر، كما نصت الفقرة 3 من المادة 130 أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد من تقديم كفالة حسن التنفيذ، بالنسبة للصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط وبالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية، كما أعفى المشرع بموجب المادة 133 فقرة 4 فئة الحرفيون الفنيون والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية.

1)- أنظر المادة 133 من المرسوم الرئاسي 15-247.

الفرع الثالث: التعويض.

وفقا للقواعد العامة، وطالما تم ابرام العقد الإداري ورضا المتعامل المتعاقد، وجب عليه تنفيذ الإلتزامات المحددة سلفا، سواء تعلق الأمر بطريقة التنفيذ، أو وسيلة التنفيذ أو مدة الإنجاز المحددة... وإلا وقع تحت طائلة عقوبتها الثالثة ألا وهي طلب التعويض جراء إخلاله بما هو متفق عليه.

سنتطرق إلى تعريف التعويض **(أولا)** ثم إلى خصائصه **(ثانيا)** ثم إلى طرق تحصيل هذا التعويض **(ثالثا)**.

أولا: تعريف التعويض.

يعتبر التعويض من بين الجزاءات المالية شأنه في ذلك شأن الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمين. وهو الجزاء الأصيل للإخلال بالإلتزامات التعاقدية، وذلك إذا لم تنص الصفقة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال[1].

يتضح من خلال ذلك أن التعويض يتم فرضه على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة بسبب إخلال المتعاقد معها بإلتزاماته، لذلك فإن التعويض هو جزاء المسؤولية العقدية التي يتحملها المتعامل المتعاقد وهو الجزاء الأساسي لعدم وفاء المدين في القانون المدني[2].

لذا يمكن القول أن النظام القانوني لهذه التعويضات قريب من النظام المدني لها ومع ذلك فإن تقارب أحكام التعويض في العقود الإدارية بصفة عامة وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة مع مثيلتها في عقود القانون الخاص لم تمنع من وجود بعض الإختلافات بين النظامين.

---

1)- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 503.

2)- تنص المادة 124 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ: 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 78، الصادر في 1975/09/30، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، على أنه:« كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض».

ثانيا: خصائص التعويض.

1-يهدف التعويض إلى جبر الضرر الذي تتعرض له المصلحة المتعاقدة نتيجة تقصير الطرف الأخر.

2-يمكن القول أن المصلحة المتعاقدة لا تملك إمكانية تحديد مقدار التعويض بنفسها طالما إنعدم وجود النصوص القانونية أو العقدية التي تخول لها ذلك ومن ثم فهي مجبرة على اللجوء إلى القضاء للحصول على التعويض المناسب للأضرار التي لحقت بها، من جراء تقصير المتعامل المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، وعليه فإن القاضي هو الذي يحدد قيمة التعويض الواجب دفعه من قبل المتعامل المتعاقد ويقدر التعويض وفقا لجسامة الضرر الذي تحملته المصلحة المتعاقدة.

3- التعويض كمبدأ عام لا يكون محددا ومقدرا في الصفقة، وإلا أصبح في حكم الغرامات[1].

4-لا يجوز للدائن كقاعدة عامة المطالبة بالتعويض إلا بعد إعذار المدين بالقيام بإلتزاماته غير أن في مجال الصفقات العمومية فإن النصوص التي تنظمها تشترط قبل فسخ الصفقة توجيه إعذار إلى المتعامل المتعاقد لتنبيهه، أما فيما يخص التعويض فإن النصوص سكتت عن ذلك، كون التعويض عن الأضرار التي تصيب المصلحة المتعاقدة يتم عن طريق القضاء[2] .

ثالثا: كيفية تحصيل التعويض.

للمصلحة المتعاقدة الحق في الحصول على التعويض المناسب جراء إخلال المتعامل المتعاقد عن تنفيذ إلتزاماته، والضرر الذي يصيبها من ذلك، إلا أنه لم تشر النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر شروطها إلى كيفية تحصيل التعويض المستحق بصفة واضحة، فبالرجوع إلى المواد7/35، 36، 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة نجد أن التعويض يقتطع من المبالغ التي يستحقها المتعاقد، أو من ضمانه، ولا يحول ذلك دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في

1)- على عكس القانون الخاص فإنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في إتفاق لاحق، وهذا طبقا لنص المادة 183 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

2)- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 114.

حالة عدم التسديد، فيفهم مما سبق أن التعويض يمكن أن تقدره وتحصله الإدارة من تلقاء نفسها، على أن ينازع المتعاقد هذا التقدير أمام القضاء إذا أراد ذلك[1].

أما المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته 152 فقرة 1 التي جاء فيها:« لا يمكن الإعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها، وزيادة على ذلك، يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة».

أشير من خلال هذه الفقرة للتعويض وتحمل التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة التي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها إلا أن المشرع الجزائري لم يفصح بوضوح عن تحصيل الإدارة لحقها في التعويض من تلقاء نفسها أو تترك هذا الأمر للقضاء.

1)- نبيل أزرايب، المرجع السابق، ص 112، 113.

المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المنهية للصفقة العمومية.

تملك المصلحة المتعاقدة سلطة توقيع جزاءات تنهي بها الصفقة العمومية، بسبب الإخلال بالإلتزامات المتعاقد عليهامن طرف المتعاقد معها، وهذا حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه، فكلما كان الخطأ جسيما كلما تدرجت العقوبة إلى درجة أشد قساوة، أين تصل إلى حد إنهاء العقد عن طريق فسخه بإرادة منفردة.

ويعرف الفسخ أنه ذلك الجزاء الذي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها نتيجة الخطأ المرتكب من قبله، وعلى أساسه تنتهي الصفقة العمومية قبل أوانها وهو ما يعرف بالإنتهاء المبستر.

ويأخذ الفسخ صور مختلفة فقد يكون بإرادة الطرفين (**المطلب الأول**) وقد يكون خارج إرادة الطرفين (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: فسخ الصفقة العمومية بإرادة الطرفين.

بمجرد إبرام عقد الصفقة العمومية، يسعى أطرافها لتنفيذ إلتزاماتهم وفق ما تم الإتفاق عليه، فللإدارة حقوقها وإلتزاماتها الأصيلة، وفي المقابل للمتعامل المتعاقد هو الأخر حقوق وواجبات، ويبقى لهما الحق في إنهاء هذه العلاقة التعاقدية بإرادتهما –مع إمتياز المصلحة المتعاقدة–، هذا عن طريق الفسخ وعلى هذا الأساس يمكن إنهاء عقد الصفقة العمومية ضمن إرادة الأطراف.

فقد يكون هذا الفسخ بإرادة منفردة (**الفرع الأول**) أو قد يكون فسخ الصفقة العمومية بإرادة مشتركة (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: فسخ الصفقة العمومية بإرادة منفردة.

تملك المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد سلطة إنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى إستصدار حكم قضائي، نظرا لما تتمتع به من إمتيازات في إمكانية قطع العلاقات كلية مع المتعامل المتعاقد وفق سلطتها التقديرية وبكل حرية، دون أن يتم النص على ذلك في العقد.

والفسخ في هذه الصورة يكون فسخ الصفقة العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة **(أولا)** أوقد يكون فسخ الصفقة العمومية إنفرادي أيضا للمصلحة العامة **(ثانيا)**.

أولا: فسخ الصفقة العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة.

يقع هذا النوع من الفسخ بفعل الإدارة وبإرادتها المنفردة، ويعد الفسخ الإنفرادي من بين أهم أنواع السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها، تلجأ الإدارة إلى هذا النوع من الفسخ سواء إرتكب المتعاقد معها أخطاء أو لم يرتكب وسواء تضمن العقد شروطا تمنح للإدارة حق إنهاء العقد بإرادتها المنفردة في حالات يحددها العقد أو لم يتضمن العقد هذه الشروط[1].

وعند ورود نص في العقد على حق الادارة بفسخ العقد بإرادتها المنفردة فانه لا تثور أية صعوبة في الأمر لأن ذلك يعتبر تطبيقا" لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين"[2]، وان النص في العقد الإداري صراحة على حق الإدارة بفسخ العقد جزاء لمخالفات معينه لا يمكن أن تتنازل عن حقها في الالتجاء إلى جزاء الفسخ في حالة ارتكاب المتعاقد معها لمخالفات أخرى غير تلك المنصوص عليها في العقد.

وذلك لأن الإدارة لا تستمد حقها في توقيع الجزاء على المتعاقد المخالف من نصوص العقد وإنما تستمدها من طبيعة العقد الإداري فالإدارة لا تستطيع أن تتنازل عن سلطتها تنازلا

1)- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 127.

2)- طعيمة الجرف، القانون الإداري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ب ط، مصر، 1975، ص 180.

"كاملا" أو جزئيا" وكل ما لهذه الشروط من اثر ويظهر ذلك في حالة الحكم بالتعويض عن الأضرار التي تصيب المتعاقد نتيجة لإخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية.

تنص المادة 149 من (ق،ص،ع) « إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بإلتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

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

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري إعترف صراحة للمصلحة المتعاقدة ممارسة هذه السلطة، كما منحها سلطة القيام بفسخ جزئي للصفقة، إلا أن ممارستها ليست سلطة مطلقة وإنما تخضع لعدة شروط ونتيجة ذلك يترتب عليها أثار.

1-شروط فسخ الصفقة العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة.

تملك جهة الإدارة الحق في توقيع جزاءات على المتعاقد معها، وهي تستمد سلطتها في هذا الشأن إما من نصوص العقد الإداري ذاته، وإما من السلطة الممنوحة لها، للحفاظ على سير المرافق العامة بإنتظام.

هناك عدة شروط لفسخ الصفقة العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة تتمثل فيما يلي:

أ-الخطأ الجسيم: تلجأ الإدارة للفسخ في حالة الخطأ الجسيم[1]، يقصد بالخطأ الجسيم في مجال تنفيذ الصفقة العمومية إخلال المتعاقد بإلتزام تعاقدي أو قانوني جوهري، إذ يمكن القول أن الأفعال التي تبرر هذا الفسخ يجب أن يكون أشد جسامة من تلك المتطلبة لتوقيع الجزاءات الضاغطة أو يمكن إعتبار تكرار هذه الأفعال مبررا كافيا لتوقيع جزاء الفسخ، ويرجع تقدير مدى جسامة الخطأ وكفايته لتقرير جزاء الفسخ إلى المصلحة المتعاقدة تحت رقابة القضاء[2].

1)- زكريا المصري، المرجع السابق، ص 55.

2)- ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 142.

وقد ذكر المشرع بعض الأفعال التي تبرر الفسخ بعبارات تخلو من التفسير وهذا في نص المادة 149 السابقة الذكر ويستنتج من هذه المادة أن الأفعال التي تبرر الفسخ هو كل إخلال بالإلتزامات التعاقدية، غير أنه يفضل ذكر الحالات الرئيسية حتى تتبين اتجاهات المشرع في هذا الشأن.

ومع ذلك تؤدي دفاتر الشروط الإدارية العامة دورا مهما إذ أنها تكمل البناء التشريعي، وقد تضمن بعض أحكام فسخ الصفقة ومثال ذلك إمتناع المقاول عن تنفيذ التعليمات والأوامر المصلحية أو حالة تخليه عن تنفيذ الأشغال أو حالة إمتناعه عن توريد الأصناف خلال المدة المحددة، يجوز للإدارة فرض الجزاء في الحالات غير المنصوص عليها على أن تخضع لرقابة القضاء بعكس الحالات المنصوص عليها فلا يجوز للقاضي التدخل للحكم على مدى ملائمة الفسخ إحتراما لإرادة المشرع[1].

ب- الإعذار: يشكل الإعذار حماية للمتعامل المتعاقد من تعسف المصالح المتعاقدة وخروجها عن مبدأ المشروعية، وبالتالي لا فسخ دون إعذار[2]، وما نلاحظه على نص المادة 149 أنها لم تحدد أجلا بعد توجيه الإعذار يسمح بعد إنتهائه ممارسة سلطة الفسخ، ويمكن أن تعمد المشرع ذلك ليمنح المصالح المتعاقدة سلطة تقديرية حسب طبيعة كل صفقة.

ولا يتم توقيع الفسخ من جانب المصلحة المتعاقدة إلا بعد توجيه إعذار للمتعامل المتعاقد الذي يحتوي على بيانات معينة وهذا ما أكدته المادة 149 فقرة 3 التي جاء فيها:« يحدد الوزير المكلف بالمالية، بموجب قرار، البيانات الواجب إدراجها في الإعذار وكذلك أجال نشره في شكل إعلانات قانونية». وبناءا عليه فالإعذار يتضمن عدة شروط ستوضح في إنتظار ما يصدر عن وزير المالية من مراسيم.

1)- ربيحة السبكي، ص 144، 145.

2)- نادية تياب، المرجع السابق، ص 107.

ج- صدور قرار إداري بالفسخ: يشترط لتوقيع الفسخ من قبل المصلحة المتعاقدة أن يتم عن طريق قرار تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة، ومن ثم لا يجوز أن يصدر قرار الفسخ من قبل المتعاقد[1].

2-أثار فسخ الصفقة العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة.

هناك أثار مشتركة في عقدي الأشغال العامة والتوريد وهناك أثار خاصة في عقود الأشغال العامة وعقود التوريد.

أ-الأثار المشتركة بين صفقة الأشغال العامة وصفقة التوريد.

إنتهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد من تاريخ صدور قرار الفسخ من جهة الإدارة أو من تاريخ إعلانه للمتعاقد ومصادرة الأدوات والمواد العائدة للمقاول في صفقة الأشغال العامة والمورد يعيد الأدوات التي قدمتها له الإدارة بالحالة التي كانت عليها[2]، من هنا نجد أن الوضع يعود إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

يكون هذا النوع من الفسخ فسخا كليا فلا يجوز للإدارة أن تفسخ العقد بشكل جزئي لأنه يؤدي إلى الإخلال بمبدأ التوازن الإقتصادي.

يترتب على هذا النوع من الفسخ إخلاء موقع العمل في صفقة الأشغال العامة ورفض إستلام البضاعة أو الأصناف في عقود التوريد ويحق للإدارة الحق في الحصول على التعويضات نتيجة الأضرار التي لحقت بها.

1)- رقية جودي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2014/2013، ص 46.

2)- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 209.

ب- الأثار الخاصة بصفقة الأشغال العامة وصفقة التوريد.

يترتب على الفسخ الإنفرادي إنهاء العقد بدون أن يتحمل المتعاقد المفسوخ عقده أية أثار ناتجة عن تعاقد الأدارة مع متعاقد جديد ولا يحق للمتعاقد المطالبة بأية تعويضا تبسبب الفسخ من جانب المصلحة المتعاقدة[1].

ثانيا: فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة.

تملك المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها سلطة توقيع جزاء فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد.

ويسري حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة على كافة العقود الإدارية، فبوسعها إنهاء عقد الأشغال العامة بإرادتها المنفردة إذا رأت أن ذلك من مقتضيات المصلحة العامة، وان تنفيذها لهذا العقد أصبح غير ضروريا، والقضاء الإداري اعترف للإدارة بحق إنهاء عقود الالتزامات متى اقتضت ذلك مصلحة عامه اضافه إلى إنهاء عقود التوريد متى قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام[2].

ويجد هذا النوع من الفسخ أساسه القانوني في نص المادة 150 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقة العمومية فجاء فيها ما يلي: « يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد ».

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري منح للمصلحة المتعاقدة سلطة فسخ الصفقة العمومية من جانب واحد لدواعي المصلحة العامة حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد.

1)- رقية جودي، المرجع السابق، ص 48.

2)- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 169.

وبالتالي يتعين على المصلحة المتعاقدة وهي تمارس هذه السلطة أن تكون لصالح المرفق حتى لا يؤدي إلى الإنحراف في إستعمال السلطة، لأن إمتلاكها لهذه السلطة قائم على أساس المرفق العام، وممارسة هذه السلطة تكون وفق شروط ويترتب عليها أثار للمتعامل المتعاقد معها.

1-شروط فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة.

أسس بعض الفقهاء لسلطة الإنهاء بالإرادة المنفردة للعقود الاداريه بأنها تقوم على ضرورات الصالح العام ومقتضيات حسن سير العمل بالمرفق العام وانتظامه فقد يظهر بعد التعاقد أن المرفق العام لم يعد في حاجه إلى هذا العقد وعليه فمن مصلحة المجتمع إنهاء العقد الإداري الذي أصبح يتنافى والمصلحة العامة، لهذا أورد الفقهاء شرطين لفسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة، حماية للمتعامل معها:

أ-إرتباط الإنهاء بالمصلحة العامة: إن الباعث الذي دفع المصلحة المتعاقدة لإبرام الصفقة العمومية هو مقتضيات المصلحة العامة، ونظرا لوجود ظروف تستدعي هذا الإنهاء وان يكون أولها هو تحقيق الصالح العام فإذا رأت الاداره أن العقد أصبح غير ذي فائدة للمرفق العام أو أضحت لا تحقق المصلحة العامة المرجوة منه، يعد فسخ الإدارة لدواعي المصلحة العامة سلطة تقديرية تستهدف دائما الأحسن للمجتمع، فالإدارة تستطيع إنهاء العقد عندما تشاء لان استمراره لم يعد يناسب مقتضيات المصلحة العامة وحاجات المرفق العام[1].

لهذا يجب أن يكون فسخ الصفقة العمومية من جانب واحد لدواعي تحقيق المصلحة العامة والتي يتوافق معها هذا الإنهاء.

ب-صدور قرار إنهاء الصفقة في إطار المشروعية: يتعين صدور قرار إنهاء الصفقة العمومية في إطار المشروعية وأن يصدر من قبل المصلحة المختصة، ما لم يرد بالعقد تحديد سلطة أخرى تختص بإصدار قرار إنهائه، ولأن فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة ليس بسبب خطأ من قبل المتعامل المتعاقد معها.

1)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 448.

فلا يشترط فيه الإعذار على النحو المعمول به بالنسبة للفسخ الإنفرادي، كما ينبغي لمشروعية قرار الإدارة بإنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة إستعمالا منها لسلطتها التقديرية في هذا الشأن ألا يشوب قراراها أحد العيوب الموضوعية التي تؤدي للبطلان كالغلط في الواقع أو الإنحراف في إستعمال السلطة[1].

2-أثار فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة.

الأثر الأساسي هو حق المتعامل المتعاقد في التعويض نتيجة إنهاء العقد دون خطأ منه وعليه أن يثبت فقط ما أصابه من ضرر، ويحصل المتعامل المتعاقد على التعويض حتى إذا خلا العقد من تنظيم عناصر التعويض ولم تكن هناك قوانين ولوائح ذات صلة بالموضوع[2] ، وبعد انهاء العقد تقوم الادارة بإعادة الضمانات المالية للمتعاقد التى قدمها وكل ما يمكن إعادته، ويمكن للقاضي تقدير ما يستحقه المتعاقد من تعويض وفقا للقواعد العامة،

وما على المتعاقد إلا أن يلتزم بالخضوع لأوامر المصلحة المتعاقدة إلا أن ذلك يحرمه من الفائدة التي كان يود الحصول عليها من تنفيذ عقده، مما يعطيه الحق في التعويض الكامل الذي يجبر ما لحقه من ضرر ويحقق له ما فاته من كسب[3].

إستحقاق المتعاقد للتعويض المناسب إزاء إلغاء عقدة القائم مع الإدارة، كأن يتحصل المقاول في عقد الأشغال العامة، أو المورد في عقد التوريد، أو في غيرهما من العقود، تعويضا كاملا من الإدارة مشمولا بذلك ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب[4].

1)- رقية جودي، المرجع السابق، ص 51.

2)- مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 318.

3)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 437.

4)- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 316.

الفرع الثاني: فسخ الصفقة العمومية بإرادة مشتركة.

إلى جانب سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، يمكن كذلك فسخ الصفقة العمومية بإرادة مشتركة، ويسري الفسخ بإتفاق طرفي العقد هو الأخر سواء تم النص على ذلك في عقد الصفقة العمومية أم لا.

قد يتم فسخ العقد الإداري بالاتفاق بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها قبل إنهاء التنفيذ الكامل العقد أو قبل انقضاء مدته، فالعقد الإداري ينعقد برضاهما، فلا مشكلة في أن ينتهي العقد برضاهم كذلك ولا مشكلة هنا إذا تطبق الأحكام العامة للعقود، ولكن يجب أن يكون هذا الرضا صادر من الجهة الإدارية التي تملك الصلاحية في ابرامه، ولا يشترط أن تفرغ هذه الإرادة في شكل معين ولكن يجب أن تكون هذه الإرادة واضحة كما لو تمت في شكل مكاتبات بين الأطراف، وقد يكون هذا الفسخ مصحوبا بتعويض المتعاقد أو عدم تعويضه حسب اتفاقهما [1].

قد يتفق المتعاقد مع جهة الإدارة على إنهاء العقد قبل مدته أو إتمام تنفيذه، ويكون الإنهاء في هذه الحالة اتفاقا يستند إلى رضا الطرفين، وتطبق على هذا الفسخ أحكام الإقالة في عقود القانون الخاص، وقد يكون إنهاء العقد بهذه الطريقة مصحوبا بالتعويض عما فات المتعاقد من كسب نتيجة لإنهاء العقد قبل أوانه، إذا ما اتفق المتعاقدان على ذلك.

قد نجد ظروف تؤدي إل فسخ الصفقة العمومية، قبل تنفيذه تنفيذا كاملا أو قبل إنقضاء مدته، ويتفق الطرفات على إتمام العقد قبل إتمام تنفيذه أو قبل إنتهاء مدته، ويتم بعد ذلك الإتفاق على تسوية ما يترتب على فسخ هذا العقد من حقوق بالنسبة للطرفين المتعاقدين[2].

لذا فالفسخ الإتفاقي هو إنهاء العقد قبل تمام تنفيذه أو تمام مدته، بإتفاق يتم بين طرفيه، الإدارة والمتعاقد معها، وإذا كانت القاعدة أن العقد لا يقوم إلا بإتفاق بين طرفيه، فإنه يكون منطقيا

1)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 758.

2)- أم هاني بلقاسمي، فسخ العقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2014/2013، ص 48.

أن ينتهي العقد كذلك بإتفاق طرفيه، فالذي يملك البناء يكون له حق الهدم وفقا لقاعدة توازي الأشكال[1].

يجد الفسخ التعاقدي أساسه القانوني في نص المادة 151 من المرسوم الرئاسي15-247 التي جاء فيها: « زيادة على الفسخ من جانب واحد، يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض.».

على هذا الأساس يتضح لنا أن المشرع الجزائري أجاز للإدارة بعد الإتفاق مع المتعامل المتعاقد معها أن تلجأ للفسخ الإتفاقي عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، ومن المؤكد أن الإدارة ملزمة بتبرير موقفها في قطع العلاقة العقدية وأن الفسخ سيأخذ الطابع التعاقدي وأن المتعامل المتعاقد لم يقصر في إلتزاماته التعاقدية.

طبقا لنص المادة 152 فقرة 2 التي جاء فيها: « وفي حالة فسخ صفقة عمومية جارية التنفيذ بإتفاق مشترك، يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقي تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة ».

لما كان للفسخ الإتفاقي طابع رضائي، فإن نص المادة 152 فقرة 2 أعلاه أوجبت توقيع إتفاقية أو وثيقة الفسخ من قبل الممثل القانوني للمصلحة المعنية والمتعامل المتعاقد، تتضمن التسوية المالية للأشغال المنجزة حفاظا على حقوق المتعامل المتعاقد خاصة وأنه لم يثبت الخطأ من جانبه[2].

لا يحكم الصفقة في هذا المجال شروط خاصة، وإنما يحكم حالات الفسخ الإتفاق ويرتب أثاره ونتائجه، القواعد العامة التي تخضع لها العقود جميعا، وقد يتضمن إتفاق الفسخ على إلزام أحد

1)- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 128.

2)- نادية تياب، المرجع السابق، ص 106.

الطرفين بتعويض، عما أصاب الطرف الأخر من أضرار، من جراء إنهاء العقد قبل بلوغ نهايته الطبيعية، وهو أمر قانوني وجائز[1].

المطلب الثاني: فسخ الصفقة العمومية خارج إرادة الطرفين.

يمكن أن يتم إنهاء الرابطة التعاقدية القائمة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها خارج إرادة الطرفين، هذا بالإستعانة بجهات أخرى تساعد في إنهاء عقد الصفقة العمومية، ودون وجود إمتياز لأي طرف في العقد

ففسخ الصفقة العمومية وفق هذه الصورة قد يكون:

- بقوة القانون **(الفرع الأول)** إنطلاقا من مبدأ المشروعية.
- ويمكن أن يكون هذا الفسخ فسخا قضائيا **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: فسخ الصفقة العمومية بقوة القانون.

يقع الفسخ هنا بقوة القانون، أي دون تدخل قضائي أو إداري، وهي حالات يقرر فيها القانون إنهاء العقد قبل نهايته الطبيعية إذا تحققت شروط يحددها، فإذا تحققت هذه الشروط صار العقد مفسوخا بقوة القانون، ويكون الفسخ إعتبارا من تاريخ تحقق الشروط[2].

خلافا للفسخ الإتفاقي قد ينفسخ العقد بقوة القانون دون الوقوف على رغبة أحد أطرافه، كما ولو هلك محل الصفقة العمومية فالعقد في هذه الحالة يكون مفسوخا تلقائيا وبقوة القانون، وكأن يتبين أن محله غير موجود أو أن البضاعة هلكت أو إحترقت إن هلاك محل العقد، فإذا كان بفعل أحد المتعاقدين يوجب عليه التعويض، أو كان محل هلاك العقد لقوة قاهرة او لسبب أجنبي عن طرفيه ينقضي العقد وجوبا دون أن يلتزم أي من طرفيه بتعويض الطرف الآخر.

1)- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 128.

2)- المرجع نفسه، ص 128.

أما إذا كان سبب هلاك خارج عن إرادة الطرفين فلا يجب التعويض لأن إنقضاء الإلتزام بهذه الطريقة يقوم مقام الوفاء به، ويمكننا أن نتصور أثر ما تقوم به الإدارة من أعمال من شأنها إزالة الوجود المالي لموضوع العقد، بأن تصدر تعليمات تجعل بموجبها تنفيذ الإلتزام الناشئ عن بعض العقود غير ممكن، وذلك بموجب نظرية المخاطر الإدارية قد يؤدي إجرائها الخاص بالعقد إلى هلاك محله، أيضا وفي حالتين تلزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن تبعة الهلاك[1].

وبتحقق شروط معينة منصوص عليها في العقد ويتم الإتفاق على أن العقد يعد مفسوخا من تلقاء نفسه في حالة تحققها فينقضي العقد اعتبارا من هذا التاريخ كحالة وفاة المقاول أو إفلاسه أو وضع أمواله تحت الحراسة القضائية[2].

قد يرد النص على حق الإدارة في فسخ العقد، وكل ما في الأمر أن النص في العقد الإداري صراحة على حق الإدارة في الفسخ كجزاء لمخالفات معينة لا يمكن أن يوجب حقها في الإلتجاء إلى جزاء الفسخ في حالة إرتكاب المتعاقد لمخالفات أخرى غير تلك المنصوص عليها في العقد، نظرا لأن الإدارة لا تستمد حقها في توقيع هذا الجزاء من نصوص العقد، ولكن من طبيعة العقد الإداري.

ولهذا فالإدارة لا تستطيع أن تتنازل سلطاتها تنازلا كاملا أو جزئيا عن سلطتها في الفسخ، وكل ما لهذه الشروط من أثر إنما يظهر في حالة الحكم بالتعويض عن الأضرار التي تصيب المتعاقد نتيجة لإخلال الإدارة بإلتزاماتها التعاقدية وقد يرد النص على حق الإدارة في فسخ الصفقة في نصوص القوانين أو اللوائح المعمول بها[3].

إضافة للحالات المبينة أعلاه والتي تبيح للإدارة فسخ الصفقة هناك حالة أخرى نص عليها القانون المصري وهي إذا ثبت أن المتعاقد مع الإدارة قد شرع، بنفسه أو بواسطة غيره بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون، أو حصل على

1)- أم هاني بلقاسمي، المرجع السابق، ص 55.

2)- المرجع نفسه، ص 56.

3)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 707.

العقد عن طريق الرشوة أو إرتكب المتعاقد جريمة معينة وذلك بنصه في نص المادة 24 من قانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998 على أنه يفسخ العقد تلقائيا في الحالتين الأتيتين:

أ-إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون أو حصل على العقد عن طريق الرشوة.

ب- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر وينقضي العقد بقوة القانون أيظا في حالات أخرى كما لو هلك محل العقد أو إرتكب المتعاقد لجريمة معينة[1].

لذا فإن الفسخ بقوة القانون يتحقق عند قيام الواقعة التي حصل بسببها الفسخ ، والذي يطلق عليه في قواعد القانون الخاص " تحقق الشرط الفاسخ "، ويكون الفسخ تاما مع تعويض الطرف المتضرر[2].

الفرع الثاني: الفسخ القضائي للصفقة العمومية.

بما أن حق التقاضي مكفول للجميع، فيجوز لطرفي العقد، وفي حالة حدوث خلاف بينهم اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة للفصل بشأنه، وهو ذات الأمر في العقود الإدارية التي يلجأ المتعاقدين إلى القضاء الإداري بهدف فك الرابطة العقدية، وسمي بالفسخ القضائي لأنه يتم إقراه بكم كاشف عن طريق القضاء.

فمن جهة للمتعامل المتعاقد له أن يطالب بفسخ عقد الصفقة مع الإدارة في حدود معينة، وهو نفس الحق مخول للإدارة، وسمي بالفسخ القضائي كونه لا يكون إلا بفعل القضاء نتيجة طلب أحد أطراف العقد، وفي حالة تأكد القاضي من صحة الإدعاءات، قضت المحكمة بفسخ العقد.

من هنا سوف نحدد المقصود الفسخ القضائي **(أولا)** بعد ذلك نبحث أسباب اللجوء إليه **(ثانيا)** وأخيرا في أثار الفسخ القضائي على الأطراف **(ثانيا)**

1)- ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري: الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2009/2008، ص 257.

2)- الشرط الفاسخ هو ما يتعلق عليه زوال الإلتزام القائم والنافذ، كان يتعلق الأمر بمخالفة النظام العام والأداب العامة.

أولا: تعريف الفسخ القضائي.

هو الفسخ الذي يحكم به القاضي المختص بناء على دعوى يقيمها الطرف صاحب المصلحة يطالب بموجبها إصدار حكما بالفسخ، وبفك الرابطة التعاقدية ويختلف الفسخ القضائي عن الفسخ بقوة النظام في أن آثار الفسخ بقوة النظام لا ترجع إلى بداية العقد وإنما إلى تاريخ تحقق الشروط الفاسخة أو الأحكام النظامية الموجبة للفسخ القضائي فإن آثار الفسخ ترتد إلى تاريخ إقامة الدعوى أي تطبق بأثر رجعي[1].

إلا أنه رغم ما قد يكون للإدارة من حق انهاء العقد بإرادتها المنفردة، فإنها قد ترى أن تلجأ للقضاء للحصول على حكم بفسخ العقد، وذلك لتثبت الإدارة أن إنهاء العقد إنما كان لأخطاء ارتكبها المتعاقد معها ومن ثم فإنه لا يستحق تعويضاً[2].

ثانيا: أسباب الفسخ القضائي للصفقة العمومية.

ويتم من خلال أن يتقدم أحد الأطراف بطلب إلى القاضي، ويكون ذلك بناء على استحالة تنفيذ العقد للقوة القاهرة، أو كجزاء لتقصير أحد الطرفين في تنفيذ التزاماته، أو في حال تجاوز الإدارة سلطتها في التعديل بحيث يكون المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد غير ما تم الالتزام به ابتداءا...

1- القوة القاهرة:

تؤدي القوة القاهرة إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ إلتزاماته دون ان تستطيع جهة الإدارة أن ترغمه على تنفيذ العقد إذا ما تبين أن وقوعها كان لسبب أجنبي يصعب دفعه، فضلا عن عدم قدرتها على أن تفرض في مواجهته غرامات التأخير المنصوص عليها في العقد، لهذا تعفي القوة القاهرة من المسؤولية لكونها خارجة عن إرادة طرفي الصفقة[3]، لذا فهي تؤدي إلى فسخ العقد قضائيا دون أن يكون أحد الطرفين الحق في طلب التعويض.

1)- محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 125.

2)- المرجع نفسه، ص 126.

3)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 559.

والقوة القاهرة هي ما يقود الى الاستحالة المطلقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية مثل الزلزال والبراكين والحروب، وذلك فإن حالة القوة القاهرة تقود بصورة تلقائية إلى انفساخ العقد بحيث يقتصر دور القضاء الإداري على التقرير بالفسخ وليس الحكم به.

كون الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية التي ترتبط بالمرافق العامة التي تطلب العمل بصورة مضطردة وعلى سبيل الاستقرار والاستمرار دونما توقف، ولذا فإن المسألة لا ينبغي أن تترك لمحض تقدير الأشخاص المتعاقدين مع جهة الإدارة وإنما يكون ذلك من عمل القضاء[1].

ويتم الفسخ في العقد الإداري بطلب من المتعامل المتعاقد أو من طرف المصلحة المتعاقدة، فالفسخ الذي يطلبه المتعامل المتعاقد صدور الحكم شرط ضروري لتطبيق نظرية القوة القاهرة، في حين تستطيع المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة دون الحاجة إلى اللجوء إلى القصاء وبالتالي نكون أمام فسخ إداري وليس فسخ قضائي.

2- الفسخ القضائي الناتج عن الإخلال في تنفيذ الإلتزامات العقدية:

ويكون هذا الفسخ في حالة الإخلال الجسيم ببنود العقد، ويشمل ذلك: التنفيذ الخاطئ للإلتزام العقدي أي على غير الوجه المناسب، أو نتيجة عدم التنفيذ من جانب أحد المتعاقدين دون أن يكون ذلك راجع إلى إستحالة مادية.

إن حق الفسخ بحكم قضائي بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد، لإخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته مضمون للطرفين، ما دامت الإدارة تملك حق فسخ العقد بقرار إداري استناداً إلى خطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، فلا تلجأ إلى القضاء لتقرير الفسخ إلا لكي تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض[2] هذا إذا تبين أن قرارها بالفسخ مشوباً بالتعسف.

فالمتعاقد مع الإدارة عليه إلتزام وجب تنفيذه وله حقوق على الإدارة إحترامها، فلا يستطيع فسخ العقد من جانبه، ولابد له من اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد إذا أخلت

1)- طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص 244.

2)- المرجع نفسه، ص 247.

الإدارة بالتزاماتها إخلالاً جسمياً، وله أن يطلب التعويض[1] وإذا حكم القضاء بذلك فأن آثار الفسخ ترتد إلى يوم رفع الدعوى، في حين أن الإدارة تستطيع توقيع الجزاء بنفسها.

3- خطأ المصلحة المتعاقدة:

والتوجه القضائي في هذا الشأن هو عدم الحكم بالفسخ ما لم تكن جهة الإدارة قد ارتكبت خطأ جسيما، غير أنه يجوز للمتعامل المتعاقد طلب التعويض في حالة إذا ما أثبت أن الإدارة قد أساءت في إستعمال هذا الحق، أو خالفت ما جاءت به النصوص والتنظيمات.

أجاز القضاء أن يطلب المتعامل المتعاقد فسخ الصفقة العمومية إذا تعسفت المصلحة المتعاقدة في إستغلال إمتيازاتها السلطوية ضده، وذلك بأن ترتكب المصلحة المتعاقدة خطأ يوصف بأنه جسيم وعلى هذا الأساس يحكم القاضي بفسخ العقد لصالح المتعامل المتعاقد مع إمكانية تعويضه.

4- الفسخ كمقابل لسلطة الإدارة في تعديل العقد:

تملك الإدارة كما سبق وأن بين سلطة تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يملك المتعاقد في مقابل هذا الحق المطالبة بالتعويض.

وإذا وجد المتعاقد أن التعويض غير كاف لمواجهة الظروف التي أوجدها التعديل، وأن التعديل تجاوز إمكانياته المالية وقدراته الفنية وتسبب في قلب اقتصاديات العقد، فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بفسخ العقد قضاء مع التعويض، لإن مرجع الفسخ في هذه الحالة هو تصرف الإدارة دائماً[2].

تملك الإدارة مكانة متميزة في الصفقة العمومية ومرد ذلك لمسؤوليتها في تسيير المرفق العام، لهذا تملك سلطة تعديل العقد دون الرجوع إلى المتعامل المتعاقد معها مراعاة منها للمصلحة

1)- ياقوتة عليوات، المرجع السابق، ص 260.

2)- طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص 95.

العامة، في إذا كان مضمون هذا التعديل هو تغيير جوهري في مضمون الصفقة وكأنه أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه أثناء التعاقد لأول مرة[1].

في هذه الحالة للمتعامل المتعاقد اللجوء للقضاء للمطالبة بفسخ الصفقة العمومية بسبب هذا التغيير في مضمون الصفقة الذي ألحق به ضررا، إذا ما أن هذا التجاوز في التعديل كان إنحراف في إستعمال السلطة.

ثالثا: أثار الفسخ القضائي للصفقة العمومية.

بإعتبار أن الفسخ القضائي هو إنهاء الرابطة التعاقدية قبل تمام تنفيذها أو تمام مدتها، لذا فهو إنهاء سابق لأوانه من المؤكد أن هذا الجزاء يترتب عليه إلحاق أضرار للطرف الصادر لصالحه، نتيجة مطالبة الطرف الأخر بالتعويض وفقا للقاعدة العامة أن كل من تسبب في إحداث ضرر ألزم بالتعويض للطرف المتضرر قبل نهايته الطبيعية.

ويتفق الفقهاء على أن عناصر تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة نتيجة إنهاء عقده لا مجال للجدل فيه ولا ترد عليه إستثناءات أوقيود، مادام أن المتعاقد المطالب بالتعويض قد إستطاع إثبات رابطة السببية المباشرة بين إنهاء العقد والخسارة التي لحقت به، ويشمل هذا العنصر كافة النفقات والتبعات الضارة التي تكون قد لحقت المتعاقد فعلا[2]

والمطالبة بالتعويض قد تكون في طلب الفسخ أو بعد الحكم بفسخ الصفقة العمومية.

1)- ياقوتة عليوات، المرجع السابق، ص 263.

2)- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 714.

ملخص الفصل الثاني

قمنا في الفصل الثاني المعنون بـ " **سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية وفق قانون الصفقات العمومية 15-247** " بتقسيمه إلى مبحثين حاولنا في المبحث الأول دراسة سلطات المصلحة المتعاقدة غير المنهية للصفقة العمومية، والمتمثلة في الجزاءات الإدارية التي قد تظهر في صفقة الأشغال العامة بسحب العمل من المقاول أو في صفقة التوريد بالشراء على حساب ومسؤولية المورد ويمكن أن تمتد لتصل إلى حد الإقصاء من المشاركة في الصفقة العمومية، كما حددنا الجزاءات المالية التي تلجأ إليها الإدارة كعقوبة ردعية على الإخلال بالإلتزامات التعاقدية، بفرض غرامات التأخير، أو مصادرة مبلغ التأمين، حتى اللجوء لطلب التعويض من المتعامل المتعاقد نتيجة تقصيره.

أما في المبحث الثاني فتطرقنا إلى سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المنهية للصفقة العمومية، التي تتمكن الإدارة من خلاله إنهاء العقد، عن طريق أسلوب الفسخ أين وضحنا صوره المختلفة التي قد تكون بتوافق من الطرفين أو من طرف الإدارة بمفردها، أو فسخ بتدخل جهات أخرى على غرار الفسخ القضائي وبقوة القانون...

وبهذا الفصل أتممنا معالجتنا لموضوع سلطات المصلحة المتعاقدة بعد إبراز أهم النقاط ذات الصلة، مع التركيز على تغلب جهة الإدارة في كل الأحوال.

الخاتمة

الخاتمة

لقد جاء قانون الصفقات العمومية بهدف حماية الأموال العامة كون أغلب النفقات العمومية تذهب في شكل صفقات عمومية بشتى أشكالها وأنواعها، لاسيما الموجهة لتنفيذ المشاريع ذات المنفعة الوطنية، كما جاء أيضا لتحقيق الفعالية والنجاعة من إجراء التعاقد مع أحسن المتعاملين لذلك فقد حرص المشرع على مسايرة القانون للتطورات الإقتصادية، الإجتماعية والسياسية، لهذا فإن التطور الدائم والمتزايد لمتطلبات ورغبات المواطنين دفع المشرع الجزائري إلى تعديل المنظومة القانونية للصفقات العمومية تبعا لما يتوافق وهذه التطورات، ذلك عن طريق المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/19 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ومن المتعارف عليه أن عقد الصفقة العمومية يمثل النموذج الأمثل للعقود الإدارية، فهو الأكثر شيوعا وإبراما، حيث منح المشرع الجزائري للإدارة سلطات إستثنائية واسعة غير مألوفة دون المتعامل المتعاقد معها، مع الإحتفاظ له بحق اللجوء للقضاء، وهي تمارسها بإرادتها المنفردة من دون وساطة من القضاء، أو حتى الإتفاق عليها في عقد الصفقة بالنص الصريح على ذلك، وهي تستمد هذا الإمتياز من فكرة تغليب المصلحة العامة عن باقي المصالح.

وفي إطار دراستنا لهذا الموضوع عالجنا بحثنا في فصلين، الأول تناولنا فيه سلطات المصلحة المتعاقدة في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية وفق قانون الصفقات العمومية 15-247 والمتعلقة أساسا بسلطتي الرقابة والتعديل، فتعتبر الأولى أشمل السلطات فهي تشمل الإشراف والتوجيه لتتبع مراحل الإنجاز وفقا للمتفق عليه، هذا الدور الرقابي الذي تمارسه المصلحة يعد بمثابة مؤشر لسعي الدولة لتكريس الأفضل من حيث الإنجاز والتطبيق، وتمارسها عن طريق أسلوب القرارات الإدارية، إضافة إلى سلطة التعديل التي تعد من أخطر الإمتيازات نظرا لتميزها بالطابع الإنفرادي، على عكس قواعد القانون الخاص، كما أن إجراء تعديلات في الصفقات

العمومية لابد وأن يتم في صورة ملحق بإحترام النظام القانوني له، حتى يكتسي هذا الإجراء طابع المشروعية خاصة وأنه ينبع من سعي الإدارة الدائم لتحقيق المصلحة العامة.

أما في الفصل الثاني الذي جاء تحت عنوان سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية وفق قانون الصفقات العمومية15-247 التي قد تكون جزاءات غير منهية للصفقة العمومية التي تفرضها الإدارة على المتعامل المتعاقد المقصر أو الذي أخل بإلتزاماته التعاقدية، بفرض جزاءات إدارية أو مالية للضغط عليه، من أجل التنفيذ على الوجه المناسب، وكذلك الشأن فيما يتعلق بالجزاءات المنهية للصفقة العمومية التي قد تدفع بالإدارة إلى إنهاء العقد الإداري، التي يمكن أن تتعدد صوره بين فسخ بإرادة الأطراف أو بدونها، أو حتى بتدخل جهات أخرى في إنهاء العملية التعاقدية كالقضاء...

من خلال دراستنا لهذا الموضوع خلصنا إلا أنه هناك سلطة شاملة متمثلة في سلطة الرقابة، وسلطة خطيرة تظهر في سلطة التعديل الإنفرادي، وسلطة محركة للنشاط موضوع الصفقة بهدف إنجازه على أكمل وجه والمتمثلة في فرض جزاءات مالية وإدارية، وسلطة أخطر تتمثل في سلطة إنهاء العقد التي تدفع إلى التشكيك في مصداقية العقود الإدارية .

بعد القيام بتوضيح السلطات المذكورة في المرسوم الرئاسي 15-247 توصلنا إلى **نتائج** هذا المرسوم في مجال إمتيازات الإدارة وسلطتها المتمثلة في:

- تغليب المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة وحسن سير المرفق العام في كل الأحوال.
- تشديد الرقابة للوقاية من الفساد والحفاظ على المال العام.
- التأكيد على مبدأ المساواة وشفافية الإجراءات.
- النص على حدود إبرام الملحق التي حددها بـ 10% والتفصيل أكثر بشأن مراحله وكيفيته وإجراءاته.

- النص على حالة جديدة التي بموجبها يتم الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، تتمثل في حالة المتعاملين الذين يرفضون إستكمال عروضهم قبل نفاذ الأجال.
- منح للإدارة سلطة أخرى لإنهاء العقد الإداري المتمثلة في الفسخ الجزئي.
- أتاح للإدارة إمكانية الفسخ من جانب واحد في ظروف مبررة حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد.

رغم هذه الإيجابيات التي يتميز بها هذا المرسوم في مجال الصفقات العمومية إلا أن هذا الموضوع تشوبه العديد من النقائص في مجال سلطات المصلحة المتعاقدة:

- عدم النص صراحة على سلطة المصلحة المتعاقدة الرقابية بشكل واضح وجلي.
- عدم تحديد أجال الإعذار التي بنفاذها يتم تطبيق سلطة الفسخ ولم يذكر البيانات الواجب ذكرها في الإعذار.
- لم يحدد المشرع الإجراءات الواجب إتباعها لإبرام الملحق.
- يعاب على أن المشرع حدد مبلغ كفالة التعهد لصفقة الأشغال واللوازم ولم يحدد مبلغ كفالة التعهد الخاص بصفقة الدراسات والخدمات.
- لم يفصح المشرع عن رؤيته بشكل واضح فيما يخص مسألة تقدير المصلحة المتعاقدة للتعويض كجزاء مالي.
- يبقى هذا المرسوم الرئاسي فيما يتعلق بسلطات المصلحة المتعاقدة غامضا في التطبيق بسبب إشكالية " إنتظار ما يصدر من مراسيم" التي لم تصدر لحد الأن.

ومن بين **التوصيات** التي يمكن أن تدعم هذا المجال والتي تخدم موضوعنا المتعلق بسلطات المصلحة المتعاقدة وهي:

- التطرق إلى سلطات المصلحة المتعاقدة بشيء من التوضيح والتفصيل.
- الموازنة بين سلطات المصلحة المتعاقدة وحقوق المتعامل المتعاقد معها بشكل يضمن حقوق كلا الطرفين.

- تخصيص مواد قانونية تضبط حرية الإدارة في الرقابة حتى لا تصل إلى التعسف، وإفراد قسم خاص بسلطات المصلحة المتعاقدة ضمن قانون الصفقات العمومية.
- تقييد سلطة الإدارة بنصوص قانونية جديدة توضح كل سلطة ومجال تطبيقها وحدودها والجزاءات المترتبة على مخالفتها.
- إصدار دفاتر شروط خاصة بما يتلائم وتطورات ومعطيات الحقائق الحالية لتنفيذ الصفقة العمومية.
- تكريس رقابة القضاء على سلطات المصلحة المتعاقدة بكل إجراءاتها وقراراتها.
- تحديد إجراءات الملحق وكيفية إبرامه مع خضوعه للرقابة في كل الأحوال.

وكختام يمكن القول أن سلطات المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية لم تأتي بصفة إعتباطية أو كإمتياز للإدارة وإنما جاءت مراعاة للمصلحة العامة وما تتطلبه ضرورة سيرورة المرفق العام بإنتظام وحماية المال العام من إحتيال المتعاملين المتعاقدين في ظل إنعدام نصوص يخضعون لها.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

-القرآن الكريم .

أولا: <u>النصوص القانونية.</u>

- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 1967/06/17 المعدل والمتمم المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر، العدد 52، الصادر في 1967/06/27.
- القرار المؤرخ في 16 رجب 1384 الموافق ل 1964/11/21 في المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج ر، العدد 06، الصادر في 1965/01/19.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ: 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 78، الصادر في 1975/09/30 المعدل والمتمم.
- المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 2 جمادى الأولى 1412 الموافق لـ: 1991/11/09 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر، العدد 57 .
- المرسوم التنفيذي رقم 98-87 المؤرخ في 07-03-1998 المعدل والمتمم للمرسوم 91-434 ج ر، العدد 13.
- المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 جوان 2002 المتعلق بتنظيم الصفقة العمومية المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية عدد 52 لسنة 2002.
- المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11-09-2003 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، العدد 55.
- المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 12-10-2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر، العدد 62.
- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال1431 الموافق لـ 2010/10/07، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، العدد 58، الصادر في 2010/10/7.

- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذو الحجة 1436الموافق لـ: 2015/09/19 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر، العدد50، الصادرة في 2015/09/20.

ثانيا: <u>المؤلفات العامة والمتخصصة:</u> (بالعربية)

1. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة الفكرية، ب ط، مصر، 1973.
2. زكريا المصري، العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع المحلي، دراسة مقارنة محلية ودولية، دار الفكر والقانون، ط 1، مصر، 2014.
3. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية –دراسة مقارنة –، دار الفكر العربي، ط 5، مصر، 1991.
4. سمير عبد العالي، الصفقات العمومية والتنمية، دار الأفاق المغربية، ب ط، الرباط، 2010.
5. طعيمة الجرف، القانون الإداري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ب ط، مصر، 1975.
6. عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، داسة تشريعية وفقهية وقضائية، دار الهدى، ب ط، الجزائر، 2011.
7. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، ب ط ، مصر، 2007.
8. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع ، ط 4، الجزائر، 2011.
9. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، ب ط، الجزائر، 2005.
10. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، ب ط، مصر، 2007.
11. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ب ط ، مصر، 2000.
12. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط 2، لبنان، 2012.

13. ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الأداري، الجزء2، لباذ للنشر، ب ط، الجزائر، 2004.
14. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، لباد للنشر، ب ط، الجزائر، 2006.

ثالثا: المؤلفات العامة والمتخصصة: (بالفرنسية).

15. – André De L'aubader : « traité théorique des contrats administratifs », Tome3,Paris,1956.
16. –Richer Laurent, Droit des contrats administratifs, 2éme édition L.G.D.J, Paris, 1999.

ثالثا: المجلات.

1. عبد القادر دراجي، (سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية)، مجلة المفكر، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014، العدد العاشر.
2. محمد أبو السعود، (سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1997، العدد الأول.

رابعا: أحكام وإجتهادات قضائية: (الترتيب بحسب تاريخ صدورها)

1. قضية (ع ط) ضد (و ق)، قرار المحكمة العليا رقم 65145، الصادر في 1989/12/16، المجلة القضائية، 1991 ، العدد1.
2. حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 18-11-1996 في القضية رقم 1180 لسنة 1996، مجموعة القضاء الإداري.
3. قضية وزارة التربية الوطنية ومن معها ضد مؤسسة أشغال البناء والترصيص، قرار مجلس الدولة رقم 1536،بتاريخ 2001/12/4، موسوعة الإجتهاد القضائي الجزائري، قرارات المحكمة العليا وقرارات مجلس الدولة، الإصدار الرابع، 2006.

خامسا: المذكرات.

أ- رسائل الدكتوراه.

1-حميد بن علية، مفهوم العمل الإداري المركب في التشريع الجزائري، تحول النشاط الإداري في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006.

2-سعيد عبد الرزاق باخبيره، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2008/2007 .

3-ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري: الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009/2008.

ب- رسائل الماجستير.

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

2-ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

3-مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقة العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008.

ج- مذكرة الماستر:

1-أم هاني بلقاسمي، فسخ العقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2013.

2-رقية جودي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2014/2013.

3-زكية صيلع، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية على المتعاقدين معها، مذكرة نهاية خالدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة،2014/2013.

4-نبيل أزرايب، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها، مذكرة مكملة لنيل متطلبات شهادة الماستر، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014.

سادسا: <u>المحاضرات.</u>

1-نادية تياب، سلسلة محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية، السنة الثانية ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015/2014.

سابعا: <u>المواقع الإلكترونية.</u>

1- محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، عن الموقع www.pdffactory.com.

قائمة المحتويات

قائمة المحتويات

إهداء	
شكر وعرفان	
قائمة المختصرات	
مقدمة	2-7
الفصل الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية وفق قانون الصفقات العمومية 15-247.	09
المبحث الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.	10
المطلب الأول: مضمون الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.	10
الفرع الأول: صور سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.	10
أولا: حق الإشراف.	11
ثانيا: حق التوجيه.	12
الفرع الثاني: أساس سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.	13
أولا: الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.	13
ثانيا: الأساس التشريعي لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.	14
ثالثا: المرفق العام كأساس لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.	15
الفرع الثالث: ضوابط سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.	15
أولا: ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة.	15
ثانيا: وجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود المشروعية.	16
ثالثا: ألا تؤدي سلطة الرقابة إلى تغيير مضمون وطبيعة الصفقة العمومية.	17
الفرع الرابع: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.	17
أولا: مظاهر الرقابة على تنفيذ صفقات الأشغال العامة.	17
1-الأمر بالبدء في تنفيذ المشروع.	18
2-تحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال.	18
3-الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتا.	19
4-الأمر باستبدال عمال المقاول.	19

ثانيا: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة اللوازم.	20
1-مظاهر سلطة الرقابة في عقود التوريد العادية.	20
2-مظاهر سلطة الرقابة في عقود التوريد الصناعية.	21
المطلب الثاني: ألية الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.	22
الفرع الأول: القرار الإداري المتصل بالصفقة العمومية.	22
أولا: تعريف القرار الإداري المتصل.	23
ثانيا: صور رقابة المصلحة المتعاقدة عن طريق القرار الإداري المتصل أثناء تنفيذ الصفقة العمومية.	23
1-القرار الإداري المتضمن الرقابة بعنصريها الإشراف والتوجيه.	23
2-القرار الإداري المتضمن التعديل في الصفقة العمومية.	24
3-القرار الإداري المتعلق بتوقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد.	24
4-القرار الإداري المتضمن فسخ الصفقة العمومية.	25
ثالثا: أثار الأخذ بفكرة القرارات الإدارية المتصلة.	25
الفرع الثاني: القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية.	25
أولا: تعريف القرار الإداري المنفصل.	26
ثانيا: صور القرارات الإدارية المنفصلة.	27
ثالثا: الآثار المترتبة على إعتبار القرارات الإدارية السابقة لعملية التعاقد قرارات منفصلة.	28
المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية.	29
المطلب الأول: حدود ممارسة سلطة التعديل في شروط الصفقة العمومية.	29
الفرع الأول: قيود ممارسة سلطة التعديل في شروط الصفقة العمومية.	30
أولا: أن تطرأ مستجدات بعد إبرام الصفقة العمومية.	30
ثانيا: أن يصدر التعديل في حدود القواعد العامة المشروعية.	31
ثالثا: تزامن قرار التعديل مع سريان الصفقة العمومية.	31
رابعا: أن لا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة العمومية.	32
خامسا: ألا يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة العمومية.	32
الفرع الثاني: صور سلطة التعديل في شروط الصفقة العمومية.	33
أولا: التعديل في مقدار إلتزامات المتعاقد.	33

ثانيا: التعديل في طرق ووسائل التنفيذ.	34
ثالثا: التعديل في مدة تنفيذ الصفقة.	35
المطلب الثاني: ألية ممارسة سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية.	37
الفرع الأول: تعريف ملحق الصفقة العمومية.	37
أولا: تعريف المرسوم التنفيذي رقم 98-78 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 91-434.	38
ثانيا: تعريف المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 03-301، والمرسوم الرئاسي 08-339.	38
ثالثا: تعريف المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية والذي يلغي أحكام المرسوم الرئاسي 02-250.	38
رابعا: تعريف المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية والذي يلغي أحكام المرسوم الرئاسي 10-236.	39
الفرع الثاني: شروط الملحق.	39
أولا: أن يصدر الملحق في صيغة كتابية.	40
ثانيا: أن لا يؤدي التعديل إلى المساس بجوهر الصفقة وتوازناتها.	40
ثالثا: أن يتم اللجوء إلى الملحق في حدود أجال تنفيذ الصفقة.	41
رابعا: خضوع الملحق للشروط الإقتصادية الأساسية للصفقة العمومية.	41
خامسا: أن يحترم الملحق قواعد المنافسة.	41
الفرع الثالث: حالات خضوع الملحق للرقابة من عدمه في الصفقات العمومية.	41
أولا: حالات عدم خضوع الملحق للرقابة.	42
1-حالة الملحق الذي لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد.	42
2 -حالة الملحق الذي لم ينجم عنه أي أثر مالي.	42
3 - عدم تجاوز الملحق الحدود المالية.	42
ثانيا: حالات خضوع الملحق للرقابة.	42
1-حالة الظروف الإستثنائية غير المتوقعة.	43
2- حالة الملحق المتعلق بضبط الكميات النهائية للصفقة.	43
3-حالة العمليات الجديدة	43

ملخص الفصل الأول.	44
الفصل الثاني: سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية وفق قانون الصفقات العمومية 15-247.	46
المبحث الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات غير المنهية للصفقة العمومية.	47
المطلب الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الإدارية.	47
الفرع الأول: سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة.	47
أولا: خصائص سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة.	48
ثانيا: شروط إعمال جزاء سحب العمل من المقاول في عقود الاشغال العامة.	49
ثالثا: الأثار القانونية لسحب العمل من المقاول.	49
الفرع الثاني: الشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقة التوريد.	50
أولا: خصائص الشراء على حساب ومسؤولية المورد.	51
ثانيا: شروط الشراء على حساب ومسؤولية المورد.	52
ثالثا: أثار الشراء على حساب ومسؤولية المورد.	52
الفرع الثالث: الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.	53
المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية.	55
الفرع الأول: غرامات التأخير.	55
أولا: تعريف غرامة التأخير.	56
الحالة 1: حالة عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجال المقررة.	56
الحالة 2: حالة التنفيذ غير المطابق.	57
ثانيا: خصائص غرامة التأخير.	57
1-الغرامة إتفاقية.	57
2-الغرامة تلقائية.	58
3-الغرامة تطبق بمقتضى قرار إداري.	58
4-الغرامة تستحق عن التأخير.	58
ثالثا: الإعفاء من غرامة التأخير.	59
الفرع الثاني: مصادرة التأمينات.	60

أولا: تعريف مصادرة التأمينات.	60
ثانيا: أنواع مصادرة التأمينات.	61
1-التأمين المؤقت.	61
2-التأمين النهائي.	61
ثالثا: الإعفاء من تقديم الضمان.	62
الفرع الثالث: التعويض.	63
أولا: تعريف التعويض.	63
ثانيا: خصائص التعويض.	64
ثالثا: كيفية تحصيل التعويض.	64
المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المنهية للصفقة العمومية.	66
المطلب الأول: فسخ الصفقة العمومية بإرادة الطرفين.	66
الفرع الأول: فسخ الصفقة العمومية بإرادة منفردة.	67
أولا: فسخ الصفقة العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة.	67
1- شروط فسخ الصفقة العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة.	68
أ- الخطأ الجسيم.	68
ب- الإعذار.	69
ج- صدور قرار إداري بالفسخ.	70
2-أثار فسخ الصفقة العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة.	70
أ- الأثار المشتركة بين صفقة الأشغال العامة وصفقة التوريد.	70
ب- الأثار الخاصة بصفقة الأشغال العامة وصفقة التوريد.	71
ثانيا: فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة.	71
1- شروط فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة.	72
أ- إرتباط الإنهاء بالمصلحة العامة.	72
ب- صدور قرار إنهاء الصفقة في إطار المشروعية.	72
2- أثار فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة.	73
الفرع الثاني: فسخ الصفقة العمومية بإرادة مشتركة.	74

المطلب الثاني: فسخ الصفقة العمومية خارج إرادة الطرفين.	76
الفرع الأول: فسخ الصفقة العمومية بقوة القانون.	76
الفرع الثاني: الفسخ القضائي للصفقة العمومية.	78
أولا: تعريف الفسخ القضائي.	79
ثانيا: أسباب الفسخ القضائي للصفقة العمومية.	79
1- القوة القاهرة.	79
2- الفسخ القضائي الناتج عن الإخلال في تنفيذ الإلتزامات العقدية.	80
3- خطأ المصلحة المتعاقدة.	81
4- الفسخ كمقابل لسلطة الإدارة في تعديل العقد.	81
ثالثا: أثار الفسخ القضائي للصفقة العمومية.	82
ملخص الفصل الثاني.	83
الخاتمة.	85
قائمة المراجع.	90
قائمة المحتويات.	96