

جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

المركز القانوني للمُعاقدين في الصفة العمومية

من خلال المرسوم الرئاسي 15-247

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير حقوق
تخصص إدارة و مالية

تحت إشراف الأستاذ:

** رابح بن معمر

من إعداد الطالب:

** بن عزوز قرشي

الموسم الجامعي:

2016 - 2017

جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

المركز القانوني للمتعاقد في الصفة العمومية

من خلال المرسوم الرئاسي 15-247

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير حقوق
تخصص إدارة و مالية

تحت إشراف الأستاذ:
** رابح بن معمر

من إعداد الطالب:
** بن عزوز قرشي

لجنة المناقشة

- 1- رشيد بشار رئيسا
- 2- رابح بن معمر مقرا
- 3- بن ويس أحمد مناقشا

الموسم الجامعي:

2016 – 2017



إهداء

الحمد لله والصلاة والسلام على خير المرسلين وخاتم النبيين...

أهدي ثمرة عملي المتواضع:

إلى مثلي الأعلى، إلى من علماني كيف تكون الحياة، و اللذان لم يبخلا علي بشيء... ،
أمي حفظها الله ورعاها وأطال في عمرها و أبي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته ..
إلى ثمرة حياتي في هذه الدنيا بناتي و أبنائي حفظهم الله وسدد خطاهم.
إلى كل من شجعني وصبر علي طوال هذه الأعوام، و شاركني طريق النجاح .
وكان وراء كل خطوة أخطوها في طريق العلم و النجاح.
إلى جميع إخوتي وأخواتي وكل أصدقائي وزملائي في الدراسة الذين أجد فيهم روح
الصدق والوفاء والإخلاص ، إلى الذين سهروا وتعبوا على تعليمنا وأوصلونا إلى طريق
العلم والمعرفة ، إلى كل الأساتذة الجامعيين وكل من ساعدني ولو بكلمة تشجيع.
وأخص بالذكر الأستاذ المشرف بن معمر رابح و الأستاذ بن ويس أحمد
لهم تحية تقدير وإجلال.

بن عزوز قرشي

شكر و عرفان

من لم يشكر الناس لم يشكر الله

لا يسعني وأنا أشرف على نهاية هذا العمل إلا أن أتقدم بجزيل الشكر
وعظيم الامتنان وخالص التقدير إلى أمي الحبيبة حفظها الله
رعاها وشريكتي حياتي .

وأخص بالشكر الأستاذ المشرف "بن معمر رابح " على ما بذله من نصائح و إرشادات و آراء سديدة وتوجيهات قيمة ومتابعة وإشراف منذ أن كان البحث فكرة إلى أن رأى النور وجزاه الله عنا كل خير.

بن عزوز قرشي

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	إهداء
ب	شكر و عرفان
ج	فهرس المحتويات
05	مقدمة عامة ..
09	الفصل الأول الأحكام العامة الصفقات العمومية
11	المبحث الأول تعريف ومجالات الصفقات العمومية
11	المطلب الأول تعريف الصفقات العمومية
18	المطلب الثاني مجالات تطبيق الصفقات العمومية
20	المبحث الثاني كفيات وإجراءات إبرام الصفقات العمومية
20	المطلب الأول إجراءات إبرام الصفقة العمومية
25	المطلب الثاني المبادئ التي تقوم عليها إجراءات الصفقة العمومية

30	المركز القانوني للمتعاقد و الضمانات الممنوحة له من خلال المرسوم الرئاسي 15-247	الفصل الثاني
31	حقوق المتعامل المتعاقد المكرسة في المرسوم 15-247	المبحث الأول
31	حق المتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي	المطلب الأول
36	حق المتعامل المتعاقد في التعويض والتوازن المالي	المطلب الثاني
41	سلطات المصلحة المتعاقدة المكرسة في المرسوم 15-247	المبحث الثاني
41	سلطة الإشراف والرقابة	المطلب الأول
44	سلطة التعديل	المطلب الثاني
50	سلطة توقيع الجزاء و إنهاء العقد	المطلب الثالث
56		خاتمة
60		قائمة المصادر والمراجع

ملخص

إن بحثنا هذا يدور حول المركز القانوني للمتعاقل الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 وكذا حقوقه وواجباته، كما رأينا فيها كل الإجراءات التي تحيط بالصفقة العمومية بما فيها من عمليات إبرام و تنفيذ السلطات الخاصة بالمصلحة المتعاقدة، و كما رأينا أيضا النصوص و القوانين التي سعى المشرع الجزائري من خلالها إلى تنظيم الصفقات العمومية و تجنبها من كل صور الفساد. من خلال الإشكالية التالية:

ماهي الضمانات الممنوحة للمتعاقل الصفقات العمومية من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 ؟

والى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تكريس حقوق المتعاقل الصفقات العمومية ؟

ما جعلنا نتوقع فرضيات لهذه الإشكالية تمثلت فيما يلي:

- الصفقات العمومية تحقق مبدأ المساواة بين المتعاهدين المتعاقدين لتحقيق الاقتصاد في تنفيذها.

- إبراز الدور والسلطات التي يخولها القانون للمصالح المتعاقدة و كذا حقوق وواجبات المتعاقل الصفقات العمومية التي ترميها لتحقيق أهداف و مخططات الدولة و ضمان حقوق المتعاقل الصفقات العمومية التي تكفلها المصالح المتعاقدة .

Résumé:

Notre étude statut juridique de l'entrepreneur pour le commerçant dans les transactions publiques en vertu du décret présidentiel 15-247, ainsi que ses droits et devoirs, comme nous l'avons vu où toutes les procédures qui entourent l'affaire pour le public, y compris la conclusion des opérations et la mise en œuvre des autorités pour l'intérêt contractant, et comme nous l'avons vu aussi les textes et lois ont cherché le législateur algérien à travers lequel de réglementer les transactions publiques et éviter toutes les images Alvesad.mn pendant le problème suivant:

Quelles sont les garanties données à l'entrepreneur au client par un décret 15-247? Et la mesure dans laquelle selon le législateur algérien de consacrer un droit contracting commerçant?

مقدمة

مقدمة:

تلعب الصفقات العمومية دورا نموذجيا في حماية المال العام حيث تتخذ الحماية عدة أشكال (حماية قبلية، حماية وقائية، حماية بعدية، حماية ادارية، حماية قضائية) وتكمن أهمية الصفقات العمومية بصورة واضحة بالنظر لصلتها الوثيقة بالخزينة العمومية وهذا لكونها تنصب على مصاريف الادارات العمومية أي على عملية الانفاق العام اذا وجب اخضاعها لطرق خاصة تتعلق أساسا بإبرامها كما ينبغي اخضاعها لرقابة محددة ومتنوعة تهدف الى ترشيد النفقات العمومية والحد من ممارسات اهدار الأموال العامة دون فائدة وقد جاء التعديل الأخير لقانون الصفقات العمومية والمتمثل في المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام ليؤكد على هذه المبادئ، كما تبرز أهمية الصفقات العمومية أيضا من حيث اعتبارها أداة تنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية على حد سواء، ذلك أن البرامج والخطط الاستثمارية التي تضعها السلطات المركزية المختصة انما يقع تنفيذها على الادارة المعنية في جزء كبير منها عن طريق الصفقات العمومية كما هو الحال في الجزائر بالنسبة لتنفيذ برنامج الانعاش الاقتصادي خلال الفترة 2001-2004 ثم تكملته ببرنامج آخر ألا وهو برنامج دعم النمو للفترة الممتدة من 2005 الى 2009 بحيث تعتبر هذا البرنامج جزءا من الانفاق العمومي في مجال التجهيز والاستثمار. ومع اقرار التوجه نحو انفتاح السوق أقر المشرع الجزائري سياسة قانونية لتجسيد مبادئ هذا التوجه خاصة مبدأ المنافسة بين المتعاملين وحياد الادارة في اختيار أحسنهم لما يملكونه من مؤهلات مالية وتقنية حيث تم تبني مجموعة من القواعد والأسس ذات الصبغة اللبرالية في النظام القانوني للصفقات العمومية تماشيا مع التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي عرفتها البلاد مع نهاية الثمانينات.

ونتيجة لذلك تم ادخال نظام خاص للضمانات التي تهدف الى حسن تنفيذ الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها وعدم المساس بحقوقها التعاقدية، وهذا في شكل مبادئ عامة وإجراءات عملية تميز الصفقات العمومية عن عقود الادارة الأخرى نظرا لإحاطتها بكم هائل من هذه المبادئ

والإجراءات ، فقد نصت المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أنه ((يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على ايجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة.

تحدد الضمانات المذكورة أعلاه وكذا كيفيات استرجاعها، حسب الحالة ، في دفتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة، استنادا الى الأحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها .))

وهذا يجرنا الى الحديث عن الصفقات العمومية التي تقدم اتفاق بين طرفين وهما المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة خاضعين بذلك لنظام قانوني خاص ألا وهو قانون الصفقات العمومية المبين لحقوق والتزامات كلا طرفي الصفقة ، وبما أن موضوع دراستنا ينصب على المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في الصفقة العمومية من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 ، مما يجرنا إلى طرح الإشكالية التالية:

ما هي الضمانات الممنوحة للمتعامل المتعاقد من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 ؟
والى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تكريس حقوق المتعامل المتعاقد ؟

فرضيات الدراسة:

- الصفقات العمومية تحقق مبدأ المساواة بين المتعاهدين المتعاقدين لتحقيق الاقتصاد في تنفيذها.
- قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه .

مبررات اختيار الموضوع:

- الرغبة في الاطلاع أكثر على جوانب الصفقات العمومية
- اظهار دور الصفقات العمومية في مجال التنمية
- معرفة سلطات المصلحة المتعاقدة في الصفقات العمومية من خلال المرسوم الرئاسي 15-247
- معرفة حقوق المتعامل المتعاقد وواجباته

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الموضوع في محاولة تبيان الدور والسلطات التي يخولها القانون للمصالح المتعاقدة و كذا حقوق وواجبات المتعامل المتعاقد في السهر على تنفيذ الصفقات العمومية التي تبرمها الأجهزة الإدارية لتحقيق أهداف و مخططات الدولة وضمان حقوقه المشروعة التي تكفلها المصالح المتعاقدة من خلال المرسوم الرئاسي 15-247.

المنهج والأدوات المستخدمة:

للتحقق من صحة الفرضيات اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي

صعوبات البحث:

- نقص المراجع بكليتنا خاصة منها المتعلق بقانون الصفقات.
- عدم توفر الوقت الكافي للإلمام و الإحاطة أكثر بحديثات الموضوع.

تبرير خطة البحث:

انطلاقاً من المعلومات المتوفرة لنا وبناء على طرح أهداف البحث فقد قسمناه إلى فصلين، تناول **الفصل الأول** الأحكام العامة للصفقات العمومية من حيث تعريف مجالات الصفقة العمومية وماهيتها ثم كفاءات وإجراءات إبرامها، في حين عني **الفصل الثاني** بالمركز القانوني للمتعامل المتعاقد والضمانات الممنوحة له التي حددها المرسوم الرئاسي 15-247 أثناء وبعد تنفيذ الصفقة العمومية من حيث سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية.



{ الفصل الأول }
الأحكام العامة للصفقات
العمومية

مدخل

تعد الصفقات العمومية الأداة القانونية و الاقتصادية الأكثر فعالية لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية و المحلية على حد سواء، ذلك أن سياسة الاستثمار التي تنتهجها الحكومة تقوم أساسا على آلية الصفقة العمومية التي تضطلع بدور أساسي في هذا المجال ' نظرا لصلتها الوثيقة بالخرزينة العامة، ولأهمية حماية المال العام من الفساد بثتى أنواعه : الرشوة ، الاختلاس ، تبديد المال العام ، جنحة المحاباة ، ... حيث أن استخدام المال العام من قبل أعوان الدولة يتطلب منا استخدامه في كنف الشفافية و في حدود ما نص عليه القانون.

كما أن للصفقات العمومية دور نموذجي في حماية المال العام الذي تستخدم الدولة أو أحد مؤسساتها وسائل القانون العام ، حيث تتخذ الحماية أنواع حماية قبلية أو الحماية الوقائية و الحماية البعدية، أو الحماية الإدارية أو الحماية القضائية فالأصل أن حماية المال العام في الصفقات العمومية يندرج في القانون الإداري، لكن إذا دخل الفساد من قبل الفاسدين في شروط و إجراءات الصفقات العمومية اختص القانون الجنائي بالفصل في قضاياها.

إن تنظيم الصفقات العمومية عرف تعديلا لعدة مرات بفعل سد الثغرات الموجودة من قبل ' و منح المزيد من الضمانات و الفاعلية بين المترشحين ، كان آخرها المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16-09-2015م المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقيوضات المرفق العام، وقد أولى المشرع الجزائري للمتعاقل المتعاقد عناية كبيرة في المرسوم الرئاسي بدء بمرحلة تقديم العروض ووصولاً إلى باب المنازعة الإدارية.

المبحث الأول : تعريف ومجالات تطبيق الصفقات العمومية

يرجع الفضل في وضع قواعد العقود الإدارية و نظامها القانوني للقضاء الإداري الفرنسي على غرار باقي نظريات القانون الإداري و لم يتدخل المشرع بداية في ضبط النظام القانوني لها لكن ولما كانت الصفقات العمومية تبرم بطرق خاصة وتحكمها إجراءات معقدة وتخضع لأنواع كثيرة من الرقابة، وأنها تتيح لجهة الإدارة ممارسة جملة من الامتيازات أو السلطات، وجب حينئذ وبالنظر لهذه الأسباب خاصة إعطاء تعريف للصفقات العمومية، حتى يتسنى معرفة العقود التي تبرمها جهة الإدارة والمعنية بطرق الإبرام وبإجراءاته المحددة تنظيمًا والمعنية بالرقابة المحددة في قانون الصفقات العمومية بأنواعها المختلفة وكذا معرفة مجالات تطبيق الصفقات العمومية.

المطلب الأول : تعريف الصفقات العمومية

تعد الصفقات العمومية صورة من صور العقود الإدارية لكن تطلق تسمية الصفقات العمومية على العقود ذات الأهمية و يبقى اصطلاح العقد الإداري وارد على تلك العقود المعتادة و التي ليست لها أهمية كبيرة و غطاء ماليًا مماثل ما هو معمول به في الصفقات العمومية.

الفرع الأول : التعريف التشريعي

لقد عرف المشرع الجزائري عبر قوانين الصفقات المختلفة الصفقات العمومية. نعرض هذه التعريفات حسب التدرج الزمني.

1- التعريف الأول "الأمر 67- 90" ¹

عرفت المادة الأولى الصفقات العمومية كما يلي " الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد انجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون."

2- المرسوم الرئاسي المتعلق بصفقات المتعامل العمومي 82-145 ²

¹ المادة الأولى من أمر 67-90 المؤرخ في 09 ربيع الأول 1387 هـ الموافق ل 17 يونيو 1967م المتضمن الصفقات العمومية
² - المرسوم الرئاسي 145/82 المؤرخ في 1982/04/10 المنظم لصفقات المتعامل العمومي.

عرفت المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 82-145 : " صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات."

3- المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم

الصفقات العمومية

لم يبتعد المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية عن سابقه كثيرا وقدمت المادة الثالثة منه تعريفا للصفقات العمومية بقولها " :الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة".

4- المرسوم الرئاسي 02 - 250 المؤرخ في 24/07/2002

قدمت المادة الثالثة من هذا المرسوم الرئاسي تعريفا للصفقات العمومية بقولها " :الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به .تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

5- المرسوم الرئاسي 10 - 236 المؤرخ في 07/10/2010

عرفها هذا المرسوم بدوره في المادة 04 بقوله: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة."

6- المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات

المرفق العام المؤرخ في 16-09-2015.

والذي جاء في المادة الثانية منه ما يلي: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات".

وليس المشرع الجزائري فقط من عرف الصفقات العمومية بل المشرع التونسي أيضا وهذا طبقا لما جاء في الفصل الأول من الأمر عدد 3158 المؤرخ في 17-12-2002 الذي تمّ تنقيحه بمقتضى الأمر عدد 1638 المؤرخ في 4 أوت 2003 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بأنها: " عقود مكتوبة تبرم لإنجاز أشغال أو للتزوّد بمواد أو لتقديم خدمات أو لإنجاز دراسات تحتاجها الإدارة ". كما عرّف المشرع الليبي في لائحة العقود الإدارية رقم 263 بتاريخ 17-05-2000 العقد الإداري في المادة 3 من اللائحة. " يقصد بالعقد الإداري في تطبيق أحكام هذه اللائحة كل عقد تبرمه جهة من الجهات المشار إليها في المادة السابقة (جهة الإدارة) بقصد تنفيذ مشروع من المشاريع المعتمدة في الخطة والميزانية أو الإشراف على تنفيذه أو تقديم المشورة الفنية أو تطوير أو تسيير المرافق العامة لخدمة الشعب بانتظام واطراد متى كان ذلك العقد يشمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية ويستهدف تحقيق المصلحة العامة"¹.

الفرع الثاني : التعريف القضائي

رغم أن المشرع الجزائري عرف الصفقات العمومية في مختلف قوانين الصفقات، إلا أن القضاء الإداري الجزائري، حال فصله في بعض المنازعات قدم تعريفا للصفقات العمومية. فالقضاء الإداري وهو يفصل في بعض المنازعات، وإن كان ملزم بالتعريف الوارد في التشريع والمتعلق بالصفقات العمومية وأن لا يخرج عنه، غير أن الوظيفة الطبيعية للقضاء تفرض عليه إعطاء تفسير وتحليل لهذا التعريف إن كان ينطوي على مصطلحات ومفاهيم غامضة ومحاولة ربطه بالوقائع محل الدعوى ومن هنا وجب علينا تتبع اجتهادات القضاء وإضافاته. و قد ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 فهرس 873 إلى القول... : " وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقابلة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات"...

¹ اقرأ المزيد: http://boubidi.blogspot.com/2012/02/blog-post_26.html#ixzz4cn7DyU3r

يبدو من خلال هذا المقطع من تعريف الصفقات العمومية أن مجلس الدولة حصر مفهوم الصفقة العمومية على أنها رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص. في حين أن العقد الإداري أو الصفقة العمومية يمكن أن تجمع طرفا آخر غير الدولة ممثلا في الولاية أو البلدية أو المؤسسة الإدارية خاصة ، كما أن التعريف أعلاه حصر الصفقة العمومية على أنها عقد يجمع بين الدولة وأحد الخواص في حين أن الصفقة العمومية قد تجمع بين هيئة عمومية وهيئة عمومية أخرى ومع ذلك تظل تحتفظ بطابعها المميز كونها صفقة عمومية.

ولم يصرف التعريف القضائي أي أهمية لعنصر الشكل بأن أشار مثلا أن الصفقة العمومية تتم وفقا لأشكال وإجراءات محددة قانونا رغم تأكيد التشريع على هذا الجانب.

و لا تقوتنا الإشارة أن التعريف أيضا استعمل مصطلح مقابلة بقوله "حول مقابلة أو إنجاز مشروع... " و كان حري بمجلس الدولة أن لا يستعمل هذا المصطلح ذو المفهوم المدني ويستعمل عوضا عنه عقد الأشغال العامة و هو عقد إداري تماشيا مع تنظيم الصفقات العمومية.

الفرع الثالث : التعريف الفقهي

لقد أجمع فقه القانون الإداري أن نظرية العقد الإداري هي نظرية من منشأ قضائي أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة عبر اجتهاداته من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه¹.

ورغم الطابع القضائي لنظرية العقد الإداري ومع محاولة المشرعين في غالبية النظم تقنين جوانب في النشاط التعاقدية للإدارة، إلا أن دور الفقه في تحليل الأجزاء المختلفة لهذه النظرية يظل بارزا في كل الدول. وإذا كان العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني بالنظر أن كل منهما يعبر عن توافق إرادتين بقصد إحداث الأثر القانوني المترتب على العقد، إلا أن تميّز العقد الإداري عن العقد المدني يظل واضحا في كثير من الجوانب والأجزاء. وهو ما تولّى الفقه الإداري توضيحه وتحليله. ولقد عرّف الفقه العقد الإداري على أنه: " العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون

¹ - الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، جامعة الإسكندرية كلية الحقوق، 1989، ص274. وأيضا الدكتور سليمان محمد الطماوي، العقود الإدارية دراسة مقارنة ط5، القاهرة، دار الفكر العربي، 1991، ص28.

العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص.¹

الفرع الرابع: أنواع الصفقات العمومية

يمكن تقسيم الصفقات العمومية إلى فئتين حسب المعيار المعتمد للتقسيم.

1- حسب الطبيعة:

هناك أربعة أنواع من العقود و هي:

أ -الصفقة البسيطة : و هي صفقة وحيدة ينفذها شخص واحد.

ب -عقد البرنامج² : و هو يأخذ شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات تكون مرجعا و تنفذ من خلال صفقات تطبيقية هذه الاتفاقية تحدد طبيعة الخدمات الواجب تأديتها وأهميتها والموقع ومبلغ عقد البرنامج و رزنامة إنجازها، ويرم مع المتعاملين العموميين الوطنيين أو مع المتعاملين الخواص الوطنيين المؤهلين والمصنفين قانونا كما يمكن أن يبرم مع المؤسسات الأجنبية الكائنة في الجزائر طبقا للتشريع المعمول به ويمكن أن يبرم أيضا مع المتعاملين الأجانب الذين تتوفر لديهم ضمانات تقنية ومالية. و أهم خصائص عقد البرنامج أنه ينصب حول عمليات معقدة و أنه اتفاق مرجعي لأن تنفيذه يتم وفق صفقات تطبيقية و ذلك في حدود القروض المتاحة³.

ج -صفقة الطلبات⁴: و هي الصفقة التي لا يمكن فيها تحديد الخدمات و نمط تنفيذها بدقة و مسبقا و تحدد مدة صفقة الطلبات بسنة واحدة قابلة للتجديد على ألا تتجاوز خمس سنوات و يجب فيها

¹ - الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 218.

وأيضا: الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإسكندرية دار الفكر الجامعي، 2005، ص 8.

الدكتور أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، الإسكندرية منشأة المعارف، 2002، ص 5.

الدكتور محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، جامعة القاهرة فرع بني سويف، كلية الحقوق، 1999، ص 14.

الدكتور ثروت بدوي، القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 2002، ص 402.

الدكتور فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، الإسكندرية مؤسسة شباب الجامعة، 1973 ص 640.

2- المادة 14 من المرسوم الرئاسي 02-250

3 - المادة 08 من المرسوم الرئاسي 08-338

4 - المادة 15 من المرسوم الرئاسي 02-250

تحديد كمية و/أو قيمة الحدود الدنيا و القصوى للوازم و/أو الخدمات التي موضوع الصفقة .وهي تتعلق عموما باقتناء اللوازم أو تقديم خدمات ذات النمط العادي أو التكراري.

تحدد صفقة الطلبات إما السعر وإما آلياته وإما كفاءات تحديده المطبقة على عمليات التسليم المتعاقبة ويشرع في تنفيذها بمجرد تبليغ الطلبات الجزئية التي تحدد كفاءات التسليم.

د -الصفقة المجزأة¹:بما أن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تبرم صفقة واحدة أو أكثر لتحقيق هدف معين خاص بالتسيير أو الاستثمار يمكن للمتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما مشتركين ومتضامنين و هي تكون عبارة عن مجموعات منفصلة من الأشغال يعهد بها إلى عدة متعاملين حيث يختص كل واحد في تنفيذ قسم من العملية، و لا يجوز تجزئة العملية في شكل حصص منفصلة إلا طبقا على دفتر شروط المناقصة و هيكل رخصة البرنامج كما هو محدد مقرر التسجيل الذي يعده الأمر بالصرف المعني.

2-تقسيم الصفقات حسب موضوع الصفقة:

تنقسم الصفقات بحسب موضوعها إلى:

أ - صفقة التوريدات: و تنصب على الحصول على المواد المنقولة أي التي يمكن نقلها دون أن يصيبها إتلاف.

- ب- صفة الانجاز: و تنصب على مشاريع الأشغال الرامية لإنجاز العمارات و البنايات...و كذا إحداث الإصلاحات بها و صيانتها.
- ج - صفة الخدمات: و تنصب على مجموع الخدمات.
- د - صفقات الدراسات :و تنصب حول موضوع الدراسات المخططات ,التقديرات.

المطلب الثاني: مجالات تطبيق الصفقات العمومية

لقد تضمنت المادة 02 من القانون 250 المعيار العضوي، بتحديد نطاق تطبيق هذا القانون، فأعدت ذكر المادة 02 نفسها من القانون 91 250، إلا أن المشرع أضاف الى هذه المادة أشخاص عموميين آخرين، حيث أصبح قانون الصفقات العمومية وبذلك يكون قد وسع من مجال تطبيق القانون يطبق على الأشخاص العموميين الآتي ذكرهم¹ :

1- مجمل الإدارات العمومية.

2- الهيئات الوطنية المستقلة.

3- الولايات والبلديات.

4- لمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

5- مراكز البحث والتنمية.

6- المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع التكنولوجي.

7- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.

8- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بإنجاز مشاريع استثمارات

عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة.

أما المرسوم 10-236 في مادته الثانية المعدلة فقد حدد نطاق تطبيق الصفقات العمومية

كما يلي: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل النفقات :

- الإدارات العمومية،

- الهيئات الوطنية المستقلة،

- الولايات،

- البلديات،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

¹ قدوح حمامة -مرجع سبق ذكره - صص 144.145

- مركز البحث و التنمية و المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التقني و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و المؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة¹

أما المادة 06 من المرسوم 15-247 قد حددت مجال تطبيق الصفقات العمومية في:

" لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل النفقات :

- الدولة.
- الجماعات الإقليمية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ، عندما يكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

و تدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة²

¹ - المادة 02 المعدلة من المرسوم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم النفقات العمومية ، المعدل والمتمم

² - المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

المبحث الثاني: كفاءات وإجراءات إبرام الصفقات العمومية

تمر عملية إبرام الصفقة العمومية بمراحل عدة قبل أن تتخذ صيغتها النهائية ، إذ في بعض الأحيان تنطلق من فكرة لتصبح مشروعا يتطلب وضعه في أيدي متخصصين في الميدان حتى يتحدد نوع الصفقة الواجب تقديمها وإبرامها كما تساير الصفقة العمومية خاصية من خصائص القانون الإداري والتي تتمثل في كونه سريع التطور والتغير ، مع العلم أنها تكتسي أهمية بالغة في الإقتصاد الوطني.

وقد نظم المشرع الجزائري كفاءة إبرامها تنظيما دقيقا في المواد 39 إلى 52 في المرسوم الرئاسي 15-247.

المطلب الأول : إجراءات إبرام الصفقات العمومية

حسب المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247 تبرم الصفقات العمومية وفق لإجراء طلب العروض أو وفق إجراء التراضي¹.

الفرع الأول: طلب العروض

حسب المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 فإن طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين و يستحق الصفقة العارض الذي يقدم أحسن عرض تقنيا و اقتصاديا ، و حسب المادة 42 من المرسوم ذاته يكون طلب العروض وطنيا أو دوليا حسب الأشكال التالية²:

¹ المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هـ الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 51 الصادرة بتاريخ مارس 2016.

² المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هـ الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 51 الصادرة بتاريخ مارس 2016.

1- طلب العروض المفتوح :

حسب المادة 43 من المرسوم 15-247 هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً¹.

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:

حسب المادة 44 من المرسوم 15-247 هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة².
وحددت الفقرة الثانية من هذه المادة الشروط المؤهلة و المتمثلة في مجال التأهيل و التصنيف و المراجع المهنية المتناسبة مع طبيعة المشروع و متطلباته.

3- طلب العروض المحدود:

عرفته المادة 45 و 46 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي ، وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائري منح للإدارة قدر واسع من الحرية من خلال السماح لها بالاتصال بالمتعاملين و انتقائهم بكل حرية، كما أكد على ضرورة احترام مبادئ قيام الصفقة العمومية وأعطى الحيز القانوني للعملية الإجرائية من خلال بيان اللجوء إليها إما على مرحلتين أو على مرحلة واحدة مع بيان المتطلبات و كفيات الانتقاء الأولي بصورة تبعد الإدارة من دائرة التهمة و الشك³.
إضافة إلى ذلك حدد المجال المغلق للاستشارة لبيان عدد المتنافسين و لم يحدد العدد الأدنى للعارضين مما يطرح تساؤلا.

¹ - المادة 43 المرجع السابق

² - المادة 44 نفس المرجع السابق

³ - المادة 45-46 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هـ الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 51 الصادرة بتاريخ مارس 2016.

4- المسابقة:

عرفتها المادة 47 و دعمتها المادة 48 و هي الإجراء الذي يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، و هي تتم بموجب جملة من الإجراءات المنظمة بموجب المادة 47 التي يتبين من خلال استقرائها بان المسابقة إجراء مخصص للأشخاص الطبيعيين دون المعنويين لأنه يركز على الجانب الفني مما يجعل المادة مقيدة جدا مقارنة بالغرض المرجو من الإجراء و المتمثل في إبرام المناقصة التي قد تتم من طرف أشخاص طبيعيين أو معنويين¹.

الفرع الثاني: التراضي

لقد اهتم المشرع الجزائري بتعريف التراضي عبر المراحل التشريعية المختلفة للصفقات العمومية، حيث عرفه في المادة 27 من المرسوم 10-236 بأنه ذلك الإجراء الهادف لتخصيص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون المرور بالإجراءات الشكلية². وهو مقيد بحالات محددة حصرا في المادة 43 من نفس المرسوم.

أما المرسوم 15-247 أكد بصورة صريحة على أن التراضي استثناء وليس بأصل، وحدده في المواد 49 - 50 - 51³. و هو نوعان:

1- التراضي البسيط: تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط حسب المادة 49 في الحالات الآتية فقط:

- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل إقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية (بموجب قرار مشترك بين وزير المالية ووزير الثقافة).

1 - المادة 47 - 48 ، نفس المرجع السابق

2 - المادة 27 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

3 - المادة 49-50-51 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هـ الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 51 الصادرة بتاريخ مارس 2016.

• في حالة الاستعجال الملح، المعلل بخطر (داهم أو مفاجئ وغير متوقع وغير متعمد) يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، ولا يسع المصلحة المتعاقدة التكيف مع آجال ابرام الصفقات العمومية.

• في حالة التموين المستعجل وغير المتوقع والمتعلق بتلبية حاجات السكان الأساسية.

• في حالة مشروع استعجالي وغير متوقع ذو أولوية وأهمية وطنية وبعد موافقة مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10.000.000.00 دج (عشرة ملايين دج)، أو الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا قل مبلغ الصفقة عن المبلغ السابق.

• عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تتجز هذه المؤسسة كل نشاطاتها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات ذات الطابع الإداري، وتنظم العملية بقرار من وزير المالية.

يجب على المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التراضي البسيط، أن:

• تحدد حاجاتها حسب الشروط و الكيفيات المحددة في المادة 27 من المرسوم التنفيذي 15-247، مع مراعاة الحالات الاستثنائية المحددة في ذات المرسوم؛

• تتأكد من قدرات المتعامل الإقتصادي كما هي محددة في المادة 54 من ذات المرسوم ؛

• تختار متعاملا اقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الإقتصادية، كما هي محددة في المادة 72 من ذات المرسوم؛

• تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 6 من المادة 52 من ذات المرسوم؛

• تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.

- التراضي بعد الاستشارة:

بينت المادة 51 من المرسوم الرئاسي أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات الآتية:

1. عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية
 2. في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.
 3. في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.
 4. في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت آجالها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.
 5. في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية و تحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك و في هذه الحالة يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى¹.
- تحدد كفاءات تطبيق أحكام هذه المادة عند الحاجة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

المطلب الثاني: المبادئ التي تقوم عليها إجراءات الصفقة العمومية

1- المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هـ الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 51 الصادرة بتاريخ مارس 2016.

القاعدة أن الصفقات العمومية هي عقد طرفها شخص عام على الأقل، حيث عرفت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي الصفقات العمومية على أنها " : الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال و اقتناء المواد و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقد " ¹ يتضح أن القاعدة فإن الصفقة العمومية مكتوبة و نعني بالمصلحة المتعاقد الجهة المتعاقد الدولة أو الولاية أو البلدية أو أحد المؤسسات العمومية.

أبرز المشرع الجزائري مبادئ أساسية و جب مراعاتها لاستكمال الصفقة العمومية ، كما تنص المادة 05 من قانون تنظيم الصفقات العمومية على أنه " : لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام ، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم.

يقوم قانون المنافسة على ثلاثة مبادئ ، نتناولها في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

الفرع الأول : شفافية الإجراءات

تعتبر شفافية الإجراءات و اختيار المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية أمراً جوهرياً لأنه يسمح بممارسة الرقابة سواء الإدارية منها و المالية بفعالية و على مستوى جميع مراحل إجراءات إبرام الصفقة العمومية و الواقع أنه لا يمكن تسليط الجزاءات المختلفة على الإخلال بالتنظيم الخاص بالصفقات العمومية إلا إذا كان إبرام الصفقة ظاهرياً و مرئياً، و لا يتأت ذلك إلا بوجود و تبني إجراءات خاصة باختيار المتعامل المتعاقد . ²

إن تكريس الشفافية في إجراءات الصفقات العمومية نابع من مبدأ ديمقراطي الذي يعترف به الدستور و كلما زادت نسبة الشفافية كلما قلت نسبة الفساد.

1- المادة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15

2- أبودالي محمد ، الملتقى الدولي حول الوقاية و الفساد في الصفقات العمومية يومي 24 و 25 أبريل 2013. كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس . ص 35

كما يدل على الفصل بين السلطات الإدارية و السلطات القضائية التي تنظر في المواد الإدارية باعتبار أن القضاء الإداري مختص في حالة وجود إخلال بشروط و إجراءات تنظيم الصفقة العمومية ، أو اختصاص القاضي الجزائي في حال ارتكاب جريمة من بداية القيام بإجراءاتها و بعد تنفيذها عملاً بنص المادة 01 من قانون العقوبات على أنه " : لا جريمة و لا عقوبة و لا تدابير أمن بدون نص "، لهذا تبرز أهمية الشفافية في إظهار الجريمة و مرتكبيها.

يعد هذا المبدأ حتمية أساسية يجب على الإدارة المتعاقدة أن تكرسه عبر مختلف المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية كما يعد هذا المبدأ آلية من آليات الحكم الراشد .¹ إن العمل بالشفافية و حرية الترشح و المساواة بين المترشحين هو في حد ذاته حماية و ضمان من قبل الإدارة الراشدة، التي تتعامل بمرونة و حكمة و الخضوع للقانون . و إشراكها لجميع المتعاملين الفاعلين في هذه العملية ، و إلا تتعرض لمساءلة قانونية على أساس نظرية عيب في الإجراءات أو إساءة استعمال السلطة أو الانحراف في استعمال السلطة ، و من ثمة تلغى الصفقة وتعاد من جديد وفقاً للقانون.

و مثال ذلك : القيام بعقد الأشغال العامة دون إعلان أو دون المرور على المناقصة التي نصت المادة 25 من قانون الصفقات العمومية على أنه " : تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي " .²

الفرع الثاني : الحرية في الترشح

1- عمروش حليم ، ، الملتقى الدولي حول الوقاية و الفساد في الصفقات العمومية ، المرجع السابق، ص15

2- أحمد سليم سعيان ، الحريات العامة و حقوق الإنسان ، الجزء الثاني ، النظام القانوني للحريات العامة في القانون المقارن الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، سنة 2010 ، ص325

كرس دستور سنة 1996 مبدأ حرية التجارة و الصناعة في الجزائر، للتخفيف في حدة الأزمة الاقتصادية التي عرفتھا ابتداء من سنة 1986 جراء انخفاض أسعار المحروقات ، و بعد ذلك تماشيا مع تعايش هذا المبدأ مع أسس اقتصاد السوق المعتمد بموجب دستور سنة 1989 إلا أن هذا المبدأ في مباشرة حرية التجارة و الصناعة أسوة بمبدأ مباشرة أية حرية أخرى ليس مطلقا و لا يمكن أن يكون خاليا من كل قيد ، إلا تحولت الحرية إلى فوضى و مصدرا للاضطراب ، و النصوص التي أقرت مبدأ الحرية الاقتصادية أوردت قيودا كثيرة عليها تستهدف حماية المصلحة العامة و الأمن العام و الآداب و الصحة العامة .¹

إن تنظيم الصفقات العمومية هو قانون الخضوع للمنافسة و يقصد به إتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيه الشروط أن يتقدم بعطائه و ذلك عن طريق الإعلان .

اعتبر المشرع الصفقة العمومية عقد بين المصلحة المتعاقدة و المتعاقد مثلا المقاول ، و تنطبق أحكام القانون الإداري كمركز لائحي و كذلك القانون المدني كمركز تعاقدية ، فإذا أخل المتعاقد بالتزاماته جاز للطرف الآخر فسخ العقد مع إمكانية المطالبة بالتعويض ، و هذا ما نصت عليه الفقرتين 01 و 02 من المادة 149 من قانون الصفقات العمومية على أنه " : إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته ، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد .

و إذا لم يتدارك المتعاقد تفصيله في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه ، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد و يمكنها كذلك بفسخ جزئي للصفقة " .²

تخضع الصفقات العمومية للرقابة بموجب دفتر الشروط المنصوص عليه في العقد الذي يحتوي على المركز اللائحي ، حيث تستخدم المصلحة المتعاقدة وسائل القانون العام كتوقيع الجزاء ، تعديل العقد ، الرقابة ، هذه الأخيرة نصت عليها المادة 156 من قانون الصفقات العمومية على أنه

1 - نفسه

2 - عمروش حليم ، ، الملتقى الدولي حول الوقاية و الفساد في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 37

"تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ و قبل تنفيذها و بعده " 1

و تتنوع الرقابة من رقابة من المؤسسة نفسها أو من القطاع أو رقابة مركزية و هذا ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 156 من قانون الصفقات العمومية على أنه : " تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات في شكل رقابة داخلية و رقابة خارجية و رقابة الوصاية".

الفرع الثالث : المساواة بين المترشحين

و هو كفالة حق تقديم العروض إلى جميع من يستوفون الشروط المطلوبة و دراستها وفق نفس الإجراءات و الأشكال التي حددها القانون المعمول به دون تهميش أي عارض و أحيانا يتدخل المشرع و يفرض على الإدارة أن تضع شروط معينة تتناسب مع طبيعة المشروع كما هو الحال مثلا بالنسبة للاستشارة الانتقائية أو المسابقة و هو ما يقلص مبدأ المنافسة و يحصره في فئة معينة من العارضين و هذا راجع إلى خصوصية و نوع الصفقة .

إن مبدأ المساواة بين المترشحين لا يعني الأخذ بالضوابط التي يجب أن يتحلى بها في ما يخص ملفه التقني و الاقتصادي و الصفة و الشروط القانونية ، و هذا قضت به المادة 75 من قانون الصفقات العمومية على أنه " يقصى ، بشكل مؤقت أو نهائي ، من المشاركة في الصفقات العمومية ، المتعاملون الاقتصاديون :

- 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 أو الصلح
- الذين كانوا محل حكم قضائي له حجية الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية .

- الذين لا يستوفوا واجباتهم الجبائية و شبه الجبائية.
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.

- الذين قاموا بتصريح كاذب"1.

1- عمروش حليم ، ، الملتقى الدولي حول الوقاية و الفساد في الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص38



{ الفصل الثاني }

المركز القانوني للمتعاقد و الضمانات
الممنوحة له من خلال المرسوم

247-15

المبحث الأول: حقوق المتعامل المتعاقد المكرسة في المرسوم 15-247

إن المتعاقد مع الهيئة العمومية على إثر صفقة عمومية يجب عليه أن يعتمد أساسا على إمكانياته الخاصة في تمويل المشروع كما اتفق عليه، والمطالبة بالثمن بعد انتهاء التنفيذ وتسليم الأشغال أو القيام بالتوريدات أو الخدمات. فالمتعاقد إنما يهدف قبل كل شيء إلى تحقيق منفعة مادية تتمثل في الربح الناجم عن الفرق بين كلفة العقد التخمينية و بين ما بذله المتعاقد من جهود فعلية. الأصل في تحديد الثمن وطرق مراجعته ودفعه إنما يتم باتفاق المتعاقدين، وفق القواعد المقررة قانونا في المادة 96-97 من المرسوم الرئاسي 15-247 يعتبر شرطا تعاقديا ألزم المشرع ذكره ضمن البيانات التعاقدية بمقتضى بند صريح في الصفقة ذاتها، بأن يتم بطريقة مفصلة .

المطلب الأول: حق المتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي

الفرع الأول: صور اقتضاء المقابل المالي

المقابل المالي هو المقابل المادي لما نفذه المتعاقد من أعمال أو توريدات لصالح جهة الإدارة المتعاقدة، ويختلف شكل المقابل المالي باختلاف العقود المبرمة¹، فقد يكون على شكل رسوم أو على شكل ثمن، الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة له نظير السلع التي تم توريدها أو الأشغال التي تم تنفيذها و يتم توضيح ذلك من خلال:

أولا: الثمن.

يعرف الثمن في العقد الإداري بأنه المقابل النقدي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة لتغطية نفقات وتكاليف العملية المتعاقد عليها، بالإضافة إلى أرباحه المشروعة، لذلك فمن الضروري أن تكون الإدارة على علم بذلك الثمن ولا يجوز إبرام العقد بدون ذكر الثمن و إلا اعتبر ذلك مضیعة للوقت².

1 - بو عمران عادل، النظرية العامة للقرارات الإدارية والعقود الإدارية (دراسة تشريعية فقهية و قضائية)، ط د . الجزائر: دار الهدى، 2010 ، ص11

2 - مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد الشلmani، العقود الإدارية وأحكام إبرامها ، ط د ، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية 2008، ص14

أ- تحديد الثمن في العقد:

الأصل أن يحدد الثمن في العقد الإداري باتفاق بين طرفيه، وذلك قبل البدء في تنفيذ العقد، وقد يكون ذلك ضمن شروط العقد أو ضمن وثائق ملحقة به، وتشكل جزءا لا يتجزأ من العقد ومكملا لبنوده المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ' حيث أدرجه المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15-247، خاصة وأن بعض الصفقات العمومية يستوجب تنفيذها زمنا طويلا بما يمكن أن ينتج عنه ارتفاع أسعار بعض المواد، لذلك نصت المادة 97 من المرسوم 15-247، على أن سعر الصفقة يمكن أن يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة، وكما يمكن أن يحين السعر، وذلك حسب شروط محددة وهذا ما سنوضحه كالتالي:

1- صفقة بسعر إجمالي: الأسعار الثابتة: هي تلك الأسعار غير القابلة للتغيير خلال مدة العقد، مهما تكن المسببات التقنية أو الظروف الاقتصادية.

2- صفقة بسعر قابل للمراجعة:

عندما تكون أسعار الصفقة محتملة التغيير وذلك راجع لظروف اقتصادية، فإنه يدرج في الصفقة طريقة مراجعة الأسعار وطريقة تنفيذ ذلك، وتلك بمراجعة أسعار الصفقة حسب الظروف المنصوص عليها في التنظيم الساري المفعول.

3- صفقة بسعر قابل للتحيين:

تكون الأسعار محينة عندما تقتضي ذلك الظروف الاقتصادية، وتحيين الأسعار يسمح بتحويل سعر الصفقة الأصلي من سعر ثابت إلى سعر جديد، سواء بواسطة سعر جزافي إجمالي أو بطريقة تدرج في الصفقة، وهذا النوع من الدفع تسديد المستحقات (مشار إليه في حالات تجاوز مدة صلاحية العروض المقدمة في المناقصة المطروحة وتبليغ أمر المصلحة المتضمن الشروع في الأشغال .

ب تحديد الثمن في حال عدم النص عليه:

-حالة التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر:

-الأمر الصادر من جهة الإدارة بتنفيذ أكثر مما اتفق عليه في العقد:

ثانيا :الرسم.

لبحث مسألة الرسم في عقد الامتياز لابد من التعرض لماهية عقد الامتياز ومن ثم كيفية

تحديد الرسم في هذا العقد من خلال ما يلي:

أ- عقد الامتياز:

إن عقد الامتياز هو " اتفاق يعمد بمقتضاه شخص عام إلى شخص آخر لاستغلال مرفق عام لقاء مبلغ مالي، ولا يأتي هذا المبلغ من الشخص العام وإنما من المنتفعين، ويجب أن يأخذ المستثمر بعين الاعتبار المخاطر الناتجة عن استثمار المرفق العام وكما جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 09 مارس 2004 قضية رقم 11950 فهرس رقم 11952 ما يلي " :أن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل أتاوة ولكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه "1...

إن الرسوم التي يجنيها المتعاقد مع المنتفعين من خدمات المرفق العام محل التزامه تعتبر بمثابة مقابل نقدي، يحصل عليه إجراءات التزامه للمرفق غير أنه لما كان هذا المقابل ليس ثمنا فإنه بهذا يختلف عن الشروط التعاقدية بالمزايا المالية الواردة في بقية العقود، والتي لا يجوز أن نتناولها سلطة التعديل من جانب الإدارة، فالرسوم في عقود التزام المرافق العامة تعتبر الشروط المتعلقة بها من قبيل الشروط العامة التنظيمية، بمعنى أنه يجوز للإدارة تعديلها من تلقاء نفسها، ودون حاجة لموافقة الملتزم ، إلا أنه لا يحق للملتزم أن يعمل على زيادة الرسوم بمفرده مهما كانت الصعوبات دون موافقة الإدارة مانحة الامتياز .

ب- تحديد الرسم في عقد الامتياز:

تساهم الإدارة في عقود الامتياز بتحديد الرسم بشكل أساسي، وتنظم عقود الامتياز ودفاتر الشروط الملحقة بها لتحديد الرسم الذي يجوز للملتزم تقاضيه من المنتفعين . وتلجأ الإدارة إلى إتباع إحدى الوسائل التالية:

1 - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الأولى، الجزائر: دار جسر، 2007 ، ص14

- تتولى الإدارة بنفسها تحديد هذه الرسوم، وقد يتم ذلك بعد استشارة الملتزم، مع الإشارة إلى أن هذه الاستشارة ليست إلزامية للإدارة، ولا تصبغ الطابع التعاقدى على الشروط المتعلقة بتحديد الرسم، ويمكن للإدارة أن تقوم بتحديد الرسم بصورة قاطعة وبدون استشارة الملتزم.
- قد تكتفي الإدارة بتحديد الحد الأقصى لمقدار الرسم تاركة للملتزم حرية التقدير في حدود الحد الأقصى الذي حددته له الإدارة سلفاً، ولا يكون الرسم الذي يحدده الملتزم سارياً إلا بعد التصديق عليه من قبل الجهة الإدارية المختصة وذلك تحقيقاً للصالح العام.

ج- القيود الواردة على تحديد الرسم:

تتمثل هذه القيود في:

- يجب أن يكون الرسم الذي يدفعه المنتفعون متساوياً بالنسبة للجميع وذلك تطبيقاً لمبدأ المساواة في الانتفاع من المرافق العامة، فعلى الملتزم أن يحقق المساواة بين عملائه سواء في الخدمات أو في تقاضي الأجور¹.

تكون الأسعار التي تقررها السلطة العامة بالنسبة للعقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه بقوة القانون الذي لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلافهما ، وكل غلط أو انحراف يقع عنه تطبيق تلك الأسعار على العقود الفردية بين الملتزم والمنتفعين يكون قابلاً للتصحيح².

الفرع الثاني: آليات دفع سعر الصفقة للمتعاقد

رجوعاً لنص المادة 108 " تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/ أو الدفع على الحساب أو بالتسويات على رصيد الحساب .

لا يترتب على دفع ما يحتمل من تسبيقات و / أو دفع على الحساب أي اثر من شأنه أن يخفف مسؤولية المتعاقد من حيث التنفيذ الكامل و المطابق و الوفي للخدمات المتعاقد عليها و بهذه الصفة فإن هذه الدفعات لا تمثل تسديد نهائياً³.

¹ اصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص507

² محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص190

³ المادة 108 من المرسوم 247/15

من نص المادة نستنتج ثلاثة آليات للدفع:

01- دفع التسبيقات: التسبيق هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد و بدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة.

وحسب المادة 110 من ذات المرسوم: " لا تدفع التسبيقات إلا في حالة الصفقات العمومية التي يفوق مبلغها الحدود المنصوص عليها في المادة 13 من هذا المرسوم:"

وقسمت المادة 111 التسبيقات إلا (جزافية) أو (على التموين)¹

02- الدفع على الحساب : قد عرفته المادة 117 من المرسوم 247/15 : " يمكن ان

يقدم دفع على الحساب لكل صاحب صفة عمومية إذا أثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة ، غير أنه يجوز لأصحاب الصفقات العمومية للأشغال أن يستفيدوا من دفعات على الحساب عند التموين بالمنتجات المسلمة في الورشة و التي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين بنسبة 80 بالمائة من مبلغها للتطبيق الاسعار للوحدة للتموين المعدة خصيصا للصفقة المقصودة على أساس كميات المعاينة"².

03- التسوية على رصيد الحساب : وقد تناولته المادة 119 : " تهدف التسوية على

رصيد الحساب المؤقت إذا نصت عليها الصفقة ، إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد للمتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها ، مع خصم ما يأتي :

- اقتطاع الضمان المحتمل .
- الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعاقد عند الاقتضاء .
- الدفعات بعنوان التسبيقات و الدفع على الحساب ، على اختلاف أنواعها ، التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد.³

أما في ما يخص التسوية على الرصيد الحساب النهائي فقد تطرقت له المادة 120 من ذات المرسوم.

¹ - المادة 111 - 112 - 113 من المرسوم 247 / 15

² - المادة 117 من المرسوم 15 - 247

³ - المادة 119 - 120 من ذات المرسوم

المطلب الثاني: حق المتعامل المتعاقد في التعويض والتوازن المالي

بمجرد قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ كل ما اتفق عليه في العقد المبرم مع المصلحة المتعاقدة، فإن المتعاقد يحصل على الثمن مقابل ذلك، كما قد ينفذ المتعاقد أعمالاً غير متفق عليها في العقد ولكن كان لابد من تنفيذها باعتبارها تمثل ضرورة تصب في مصلحة الإدارة، فينبغي على الإدارة دفع التعويض للمتعاقد عن هذه الأعمال، كذلك على الإدارة دفع التعويض المناسب للمتعاقد عند تنفيذ التزاماته التعاقدية على نحو يلحق به الضرر¹.

قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري طوارئ تؤدي إلى خلل في التوازن المالي للعقد فيكون للمتعاقد الحق في إعادة التوازن المالي بالحصول على مساعدة الإدارة لتمكينه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته رغم الظروف المفاجئة التي طرأت أثناء تنفيذ العقد، وللمحافظة على استمرارية عمل المرافق العامة محل العقد بانتظام.

أولاً . حق المتعامل في اقتضاء التعويض

من حق المتعاقد مع الإدارة طلب التعويض عن الأضرار التي تصيبه نتيجة لإخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، أو لممارسة حقها في تعديل شروط العقد، ولا يستطيع المتعاقد إجبار الإدارة على دفع التعويض إلا عن طريق القضاء، كما أنه لا يستطيع إجبار الإدارة على الوفاء بالتزاماتها، لأن ذلك يتنافى مع قاعدة دوام سير المرافق العامة بانتظام²، كما يحق للمتعاقد مع الإدارة أيضاً مطالبته بالتعويض عن الأعمال التي نفذها خارج نطاق الإطار التعاقدية.

• التعويض على أساس الخطأ

إن استعمال الإدارة للامتيازات التي تتمتع بها خلال تنفيذ العقد يلزمها بالتعويض للمتعاقد معها، عندما يلحق استعمال هذه السلطات ضرراً بالمتعاقد أو يترتب عليه أعباء إضافية كما هو الحال عند تعديل العقد أو إلغائه من قبل الإدارة، كما يترتب التعويض للمتعاقد إذا استعملت الإدارة سلطتها في إنزال العقوبات بالمتعاقد دون وجه حق.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات الإدارية و العقود الإدارية(، الإسكندرية ، منشأة المعارف،

2007، ص185

² - مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، الأردن، دار الثقافة، 2012، ص352

و ونذكر أهم حالات الخطأ التي توجب التعويض:

- تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية.
- امتناع الإدارة عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية
- الخطأ المشترك بين الإدارة والمتعاقد معها.
- شروط استحقاق التعويض عند خطأ الإدارة.

- وجود الضرر نتيجة خطأ الإدارة

- عدم التنازل عن المطالبة بالتعويض

ثانيا: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد

إن التوازن المالي للعقد الإداري يعني ضرورة وجود تناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، والحفاظ على التوازن المالي للعقد مرجعه اعتبارات العدالة وقد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد في مجال تنفيذ العقود الإدارية لأول مرة بمناسبة تنفيذ عقود التزام المرفق العام، وذلك في النزاع الشهير المعروف باسم قضية الشركة الفرنسية¹ للترامواي ، غير أن الاعتراف للمتعاقد المتعاقد بحقه في التوازن المالي يدخل إما تحت نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة أو نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أو نظرية القوة القاهرة¹.

- نظرية فعل الأمير

تعددت تعريفات الفقه لعمل الأمير، فيقال أن المقصود بعبارة " فعل الأمير " هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة " المخاطر الإدارية"، وهذه الإجراءات قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة، وكما قد يصدر عمل الأمير في صورة إجراء عام كقانون أو لائحة وقد يؤدي المساس بشروط العقد أو إلى التأثير في ظروف تنفيذه، ويشترط أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية والقرارات الإدارية: دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة، مرجع سابق، ص191

المتعاقد، فإذا توقعته نصوص العقد، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى تلك النظرية¹.

ويوجد مبدأ التوازن المالي أساسه القانوني في التشريع الجزائري في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي جاء فيها: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل من الطرفين." وحسنا فعل المشرع حين أقر مبدأ الحل الودي لحسم النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية. وكذلك عندما رخص للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة بما يعيد الاعتبار المالي للمتعاقد، ويدفعه أكثر للوفاء بالتزاماته وبمواصلة التنفيذ فما كانت الصفقات العمومية يوما مجالا لدفع المتعاقد المتعاقد على تحمل خسائر لم تكن متوقعة ساعة إبرام الصفقة، ثم إن المتسبب في إحداثها هي الإدارة المتعاقدة نفسها².

2- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تتلخص نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في أنه إذا صادفت المتعاقد مع الإدارة عند تنفيذه للعقد صعوبات مادية واستثنائية والتي لم يكن على علم بها وقت التعاقد مما تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا، فإن لهذا المتعاقد الحق في مطالبة الإدارة المتعاقدة معه بتعويض كامل عما سببته له الصعوبات المادية من أضرار³.

ومثال الصعوبات المادية التي تصادف المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، حدوث زلزال شديد، وأساس تعويض الطرف المتعاقد مع الإدارة في هذه النظرية، هو اعتبارات العدالة المجردة فقط وفقا لما يقرره

¹ - أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديدة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص292

² - عثمان بوشكيوة، التوازن المالي للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي، سوق أهراس، 2005 - ص60

³ - علاء الدين عشي، مرجع سابق، ص151

الرأي الراجح في الفقه¹، و نذكر شروط تطبيق هذه النظرية: أن تكون الصعوبة مادية - عدم توقع الصعوبة المادية وقت التعاقد - إصابة الصعوبة المادية للمتعاقد بضرر.

3- نظرية الظروف الطارئة :

أثناء تنفيذ العقود الإدارية قد تطرأ ظروف معينة خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقد وغير متوقعة تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد واستحالة متابعة التنفيذ مما قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد مع الإدارة ، ويطرح مسألة مصير تنفيذ الالتزامات التعاقدية وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل القوة القاهرة أو الظرف الطارئ².

تتلخص نظرية الظروف الطارئة فيما قد يصيب المتعامل المتعاقد من إرهاب في تنفيذه للعقد ولم يكن في الإمكان توقعها آنذاك، ومثال هذه الظروف، الأزمات الاقتصادية والحروب وعموما كل ظرف من شأنه إلحاق خسائر فادحة تحتل معها التزامات الطرفين في العقد فيكون مبررا لطلب المتعاقد من جهة الإدارة المشاركة في تحمل الأعباء الإضافية، أي لا يكون التعويض المقرر في هذه الحالة شاملا ومغطيا لكافة الخسائر الناتجة، بل يكون جزئيا يجعل الضرر موزع بين طرفي العقد بشكل متوازن³.

و شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

- وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ .
- أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين .
- ينبغي أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير واقعية .
- ينبغي أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع⁴.

ولقد اهتم المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة، وذلك من خلال نص المادة 107 من

القانون المدني والتي جاء فيها "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل وبحسن نية .ولا يقتصر العقد على

1 - عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2000 ، ص228

2 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات الإدارية والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص153

3 - صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الجازائر ، 1984 ، ص120

4 - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص471

إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام. غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.¹

¹ - المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

المبحث الثاني: سلطات المصلحة المتعاقدة المكرسة في المرسوم 15-247

إنَّ أبرز مظهر تتميز به الصفقات العمومية عن غيرها من العقود وخاصة المدنية والتجارية أن الصفة العمومية تخوّل جهة الإدارة ممارسة جملة من السلطات تتمثل في سلطة الإشراف والرقابة وسلطة التعديل وتوقيع الجزاءات وسلطة إنهاء الصفقة. نفصل هذه السلطات فيما يلي:

المطلب الأول: سلطة الإشراف والرقابة.

يقصد بسلطة الإشراف تحقّق الإدارة من أنّ المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه. أمّا سلطة الرقابة فتتمثّل في حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد. وتجد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العام، لا النصوص التعاقدية. فهي ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد. وهنا يبرز الفرق الواضح بين العقد الإداري والعقد المدني، إذ أنّ هذا الأخير لا يخوّل سلطة للمتعاقد إلا إذا تمّ النصّ عليها في العقد أو قرّرها القانون، بينما العقد الإداري يخوّل للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه وإن لم ينص في العقد على ذلك وهذا بهدف ضمان تلبية الحاجات العامة وحسن أداء الخدمة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة. وتعتبر سلطة الإشراف والرقابة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة العامة. كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها. فهي ليست بالامتياز الممنوح للإدارة في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قررت سلطة الإشراف والرقابة لحماية المال العام وضمان حسن سير المرافق العامة. وغالبا ما تشترط الإدارة ضمن بنود صفقاتها أو في دفاتر الشروط العامة والخاصة حقّها في إصدار التعليمات.

ويتجسد ذلك أكثر في عقود الأشغال العامة بالنظر لطبيعته الخاصة وكون أنّ تنفيذه يستغرق مدة زمنية طويلة. غير أنّ سلطة الإشراف والرقابة وإن كانت ثابتة بالنسبة لجهة الإدارة ومقرّرة في سائر العقود الإدارية، إلا أنّ ممارستها تختلف من حيث المدى بين صفقة وأخرى فسلطة الإشراف والرقابة تبرز أكثر، ويتسع مجالها ومداها في عقود الأشغال وهذا بالنظر لطابعها

الخاص كونها تكلف خزينة الدولة بمبالغ ضخمة. ثم أنّها تحتاج إلى متابعة مستمرة ومتواصلة تفاديا لأيّ خروج عن ما تمّ التعاقد بشأنه من جانب المقاول أو مؤسسة التنفيذ.

وعلى ذلك فعقد الأشغال بطبيعته يفرض تدخل مندوب الإدارة للإشراف على التنفيذ فيكون بمثابة المدير الحقيقي للعمل والمشرف العام عليه. وينقلب المقاول إلى جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن مندوب الإدارة .

وبهدف إجراء التوازن بين ممارسة الإدارة لسلطتها وضمان حقوق المتعاقد معها يجوز للمقاول المعني اللجوء للقضاء الإداري بهدف إلغاء قرار يتعلّق بتعليمة تخص تنفيذ عقد أشغال، أو أن يرفع دعوى تعويض عن الأعباء المالية الناتجة عن تنفيذ هذه التعليمات. لذلك ذهبت المحكمة العليا في مصر في قرار لها صدر بتاريخ 16-02-1978 إلى القول : " وإن كانت المادتان 11-12 من عقد حفر أبار المبرم بين جهة الإدارة والمقاول تخولان الإدارة إصدار الأوامر والتعليمات، إلا أنه يشترط لذلك أن تكون هذه التعليمات لازمة لتنفيذ العمل على الوجه الصحيح ، فإن تبين أن هذه التعليمات تتضمن أمورا لا تتفق مع أصول الفن كان من حق المقاول أن يعترض على هذه التعليمات وأن يبيّن أنّها تخالف أصول الفن ¹

وهو ما يؤكد لنا أن سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة ليست مطلقة لأن إطلاقها يؤدي إلى تعسف جهة الإدارة ومبالغتها في إصدار التعليمات والأوامر بما قد يضر بالمتعاقد معها خاصة من الناحية المالية.

إمّا التوريد فبطبيعته تفرض أن تتخذ سلطة الإشراف مظهرا آخر أقل شدة من الأول. فالأمر يتعلق بمواد أو منقولات يلزم المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة. ومن حق مندوب الإدارة رفض استلام المواد أو المعدات التي لا تنطبق عليها المواصفات المتفق عليها في العقد. وكذلك حق الامتياز يتخذ الإشراف فيه شكلا خاصا ومميزا. فالإدارة تراقب نشاط المرفق المسير بطريق الامتياز للتأكد عما إذا كان الملتزم يعمل وفقا للشروط الواردة في العقد أم أن هناك خرق من جانبه لأحد البنود العقدية فتتخذ الإجراءات القانونية. كأن يتعلق الأمر بإخلاله مثلا بالرسوم

¹ - قرار المحكمة العليا المصرية الصادر بتاريخ 16/02/1978.

الفصل الثاني:

المركز القانوني للمتعاقد والضمانات الممنوحة له من

حرف المرسوم 247-13

المتفق عليها وتجاوزه للحد المتفق عليه. أو يتعلق الأمر بتمييزه بين المنتفعين من خدمات المرفق وهكذا.

المطلب الثاني : سلطة التعديل

تعد سلطة التعديل أحد أهم مظاهر تميّز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص. فإذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أياً منهم بسلطة انفرادية تجاه الآخر يمكنه من تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة والزام الطرف الآخر بهذا التعديل. فإنّ العقد الإداري وخلاف القواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن جهة الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة. ويكاد فقه القانون والقضاء المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها. وتأسيس ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة. فتستطيع الإدارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان. وهذا الحق ثابت للإدارة ولو لم يتم النص عليه في العقد. بل هو ثابت للإدارة وإن لم ينص عليه القانون صراحة. ذلك أنّ عقود القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة لطرف على طرف. فإنّ العقد الإداري وخلاف ذلك يقوم على فكرة تفضيل مصلحة على مصلحة .

ولما كانت الإدارة تمثل جهة الطرف الذي يسعى إلى تحقيق مصلحة عامة وجب أن تتمتع بامتياز تجاه المتعاقد معها تمثل في أحقيتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون أن يكون للمتعاقد معها حق الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة واستوجبته المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام.¹

وسلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تمارس ضمن إطار محدد وضوابط دقيقة تتمثل

فيما يلي:

- 1 - أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد:

¹ - المادة 136 فقرة 1 من المرسوم 15-247

لا شك أن الإدارة وهي تمارس سلطتها في التعديل تباشرها على نحو يراعي موضوع العقد الأصلي وان لا يتجاوزه فلا يجوز لجهة الإدارة أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة أو مطية لتغيير موضوع العقد وإرهاق الطرف المتعاقد معها.¹

وعليه لا تستطيع الإدارة أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه. وإلا كنا أمام عقد جديد ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها، وألتزم بتنفيذ مضمون العقد في أجال محدّدة، فإنّه راعى في ذلك قدراته المالية والفنية. فإن أقبلت الإدارة على التغيير الموضوعي أو الهيكلية للعقد، فإن ذلك قد لا يناسب المتعاقد معها. ومن هنا وجب أن يكون التعديل من حيث المدى والأثر نسبياً بحيث لا يؤثر على العقد الأصلي.

• 2- أن يكون للتعديل أسباب موضوعية:

لا شك أن الإدارة وهي تباشر سلطتها في تعديل العقود الإدارية لا تتحرك من فراغ بل هناك عوامل تدفعها لتعديل هذا العقد أو ذلك. بهدف ضمان حسن سير المرافق العامة وتلبية الخدمة العامة للجمهور في أحسن وجه.²

إنّ الإدارة العامة تتعاقد في ظل ظروف معيّنة قد تتغير في مرحلة ما بعد توقيع العقد خاصة في العقود الإدارية التي تأخذ زمناً طويلاً في تنفيذها كعقد الأشغال أو عقد التوريد. فإن تغيرت الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتماشى والظروف الجديدة، وبما يراعي موضوع العقد الأصلي، ويلبي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام.

• 3- أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية :

إنّ الإدارة حين تقبل على تعديل صفقة ما، فإنّ وسيلتها في ذلك هي القرار الإداري. فتصدر السلطة المختصة قراراً إدارياً بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل صفقة عمومية. ووجب حينئذ أن تتوافر في هذا القرار سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعاً. وهنا أيضاً نسجل نقطة النقاء واقتران وتلازم أخرى بين نظرية القرار الإداري ونظرية الصفقات العمومية.

1 - عمار عوابدي - القانون الإداري ج2

2 - فؤاد مهنا - مبادئ و أحكام القانون الإداري.

إن أعمال الإدارة وإن صُنِّفها الفقه إلى نوعين انفرادية من جهة، وتعاقدية من جهة ثانية، إلا أن العلاقة بينهما قائمة. إذ قد تصدر الإدارة قرارا إداريا له علاقة بصفقة عمومية. كالقرار المتعلق بأعمال جديدة واردة في صفقة عمومية فتصدر الإدارة قرارها ثم تبادر إلى الإعلان عن التعديل. وكما مر بنا بالنسبة لسلطة الإشراف أن الإدارة تصدر قرارات بموجبها تعلن عن تعليمات موجهة للمقاول تتعلق بتنفيذ موضوع صفقة عمومية. ومن المفيد الإشارة أن فقه القانون الإداري لم يسلم كله بسلطة التعديل. فهناك من الفقهاء من أنكروا على الإدارة. وهناك من قيدها وحصرها في نوع معين من العقود كعقد الأشغال العامة وعقد الامتياز، وتبرير ذلك أن عقد الامتياز مثلا يتضمن شروطا لائحية تسوغ للإدارة حق التدخل لتعديل بنود العقد، وكذلك الحال في عقد الأشغال ، أما في غير العقد المذكورين لا يجوز مباشرة حق التعديل، إلا إذا تمّ الاتفاق عليها في العقد . والحقيقة أن مثل هذا الرأي من شأنه أن يجرد الإدارة من أحد أهم مميزات ومظاهر العقد الإداري فطالما تميز العقد الإداري بموضوعه وبالعلاقته بالمرفق العام وبخدمة الجمهور وبالمصلحة العامة وجب أن يتميز بالمقابل بالسلطات الممنوحة للإدارة وعلى رأسها سلطة التعديل. وإلا فإن العقد الإداري سيقرب من العقد المدني وتختفي مظاهره المميزة وتذوب نتيجة لذلك امتيازات السلطة العامة في مجال التعاقد وهو من شأنه أن يؤدي إلى اختفاء الأحكام المميزة للعقد الإداري.¹

وإذا كانت بعض الدراسات قد أشارت إلى أن مجلس الدولة الفرنسي طبق لأول مرة سلطة التعديل بتاريخ 21-02-1910 بمناسبة فصله في قضية ترام مرسيليا، فإن هناك دراسات أخرى أكدت أن مجلس الدولة الفرنسي طبق سلطة التعديل لأول مرة بتاريخ 10 جانفي 1902 في قضية (غازدوفيل) .

ورجوعا للمرسوم الرئاسي 02-250 وتحديدا للمواد 89 إلى 93 نجدتها وردت تحت عنوان الملحق (L'avenant) فأجازت المادة 89 للإدارة المتعاقدة إبرام ملاحق وفسرت المادة 90 المقصود بالملاحق بأنه: " 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 الأصلية."

ومن النص أعلاه نستنتج أن سلطة التعديل تجد أساسها القانوني في التشريع الجزائري في المادة 90 من المرسوم الرئاسي والتي أجازت للإدارة وفي جميع الصفقات العمومية أن تعدل بندا أو بنود إن بالزيادة أو النقصان. غير أن هذا التعديل مشروطا بما يلي:

1- أن يكون مكتوبا طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة فعنصر الكتابة أمر لازم في حال ممارسة الإدارة لسلطة التعديل وهذا شرط طبيعي فالتعديل فرع أو جزء من الصفقة وجب أن يخضع لما تخضع له شكلا بتوافر عنصر الكتابة.

2- أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهرى بالصفقة وهذا ما أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 90 ، وهذا شرط طبيعي ولازم أيضا إذ أن التعديل الجوهرى من شأنه أن يجعلنا أمام صفقة جديدة.¹

3- أن يتعلّق التعديل بالزيادة أو النقصان على أن يراعى فيه السقف المالي المحدّد في المادة 93 من المرسوم الرئاسي المعدلة سنة 2008 وقدره 20% من الصفقة الأصلية بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة. و10% من الصفقة الأصلية بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجنتين الوطنيتين للصفقات وفق ما سنبينه في الفصل الخاص بالرقابة.

وحتى يبعث المشرع بساطه ومرونة على إجراء أو سلطة التعديل نص في المادة 93 من المرسوم الرئاسي على عدم إخضاع الملحق لفحص هيئات الرقابة القبلية²

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 ان كان هناك تعسف في ممارسة سلطة التعديل من عدمه .

¹ - محمد عباس محرزى : اقتصاديات المالية العامة

² - محمد فؤاد عبد الباسط : أعمال السلطة الإدارية

أما بالرجوع للمرسوم 15-247 في مواد 135 الى 139 نجدها كذلك وردت تحت عنوان الملحق في الباب الخامس حيث فسرت المادة 136 الملحق بقوله " يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة 'ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة." ومن

نص هذه المادة نستنتج أن سلطة التعديل تستمد أساسها القانوني في التشريع الجزائري من هذه المادة (136) من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي سمحت للمصلحة المتعاقدة وفي جميع الصفقات العمومية أن تعدل بندا أو بنودا إن بالزيادة أو بالنقصان. غير هذا التعديل مشروطا بالشروط الآتية:¹

- أن تكون الآثار المالية بالعملة الصعبة' الناجمة عن تنفيذ بنود تعاقدية' غير تلك المتعلقة بتعديل كميات الخدمات ' موضوع شهادة إدارية تعدها المصلحة المتعاقدة . وترسل نسخة من هذه الشهادة إلى بنك الجزائر و البنك التجاري المعني.

- أن تغطي الخدمات موضوع الملحق خدمات تكميلية تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي. - عندما لا يمكن الكميات المحددة في الصفقة تحقيق موضوعها 'لا سيما في حالة صفقات الأشغال 'باستثناء الحالات التي ترجع لمسؤولية المؤسسة 'فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة 'في انتظار إنهاء الملحق 'إصدار أوامر بالخدمة تسمح بالأمر بخدمات إضافية و/أو تكميلية . وفي حالة الخدمات التكميلية بأسعار جديدة ' يمكن المصلحة المتعاقدة إصدار أوامر بالخدمة بأسعار مؤقتة.

- مهما يكن من أمر ' فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة إعداد ملحق وعرضه على دراسة لجنة الصفقات المختصة ' إذا بلغ المبلغ الإجمالي للخدمات الإضافية والتكميلية و المخفضة نسبة لا تتجاوز عشرة في المائة (10%) 'زيادة أو نقصانا ' من المبلغ الأصلي للصفقة. ويجب أن تنص أوامر الخدمة على أجال تنفيذ هذه الخدمات.

1- محمد عباس محرزي : اقتصاديات المالية العامة

- يمكن المصلحة المتعاقدة ' عندما تبرر الظروف ذلك ' إبرام ملحق لصفقة تم تنفيذ موضوعها ' لأداء خدمات أو اقتناء لوازم ' للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشئ من قبل ' ولكن مهما يكن من أمر قبل الاستلام النهائي للصفقة ' إذا قرر مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني بذلك ' شريطة أن لا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف التي استدعت هذا التمديد ' وأن لا تكون نتيجة ممارسات مماثلة من طرفها. ولا يمكن أن تتجاوز مدة الملحق ثلاثة (3) أشهر و الكميات بالزيادة ' نسبة عشرة في المائة (10%).
- مهما يكن من أمر ' فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ' ولا أن يغير من موضوعها أو مداها.
- عندما يتجاوز مبلغ ملحق يتعلق بزيادة في الخدمات أو القيمة الإجمالية للعديد من الملاحق ' باستثناء التبعات التقنية غير المتوقعة ' نسبة خمسة عشر في المائة (15%) من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللوازم و الدراسات و الخدمات ' وعشرين في المائة (20%) في حالة صفقات الأشغال ' فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر لدى لجنة الصفقات المختصة أنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة ' وأنه لم يتم التراجع فيها وأن إعلان إجراء جديد ' بعنوان الخدمات بالزيادة ' لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للإنجاز و السعر.

المطلب الثالث : سلطة توقيع الجزاء و إنهاء العقد.

أ / سلطة توقيع الجزاء

تملك الإدارة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة توقيع جزاءات على المتعاقد معها إذا ثبت إهماله أو تقصيره في تنفيذ أحكام العقد، أو عدم مراعاته آجال التنفيذ. ولم يحترم شروط التعاقد أو تنازل عن التنفيذ لشخص آخر وغيرها من صور الإخلال المختلفة.¹

¹ - محمد انس قاسم جعفر: العقود الإدارية

ويعود تأسيس سلطة توقيع الجزاء إلى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد. فهذه الأخيرة تفرض تزويد جهة الإدارة والاعتراف لها في مجال التعاقد بممارسة جملة من السلطات من بينها سلطة توقيع الجزاءات للضغط أكثر على المتعاقد معها وإجباره على احترام شروط العقد والتقيد بالآجال و كفايات التنفيذ دون حاجة للجوء للقضاء. بل دون حاجة للنص عليها قانونا . ويمكن تصنيف هذه الجزاءات إلى:

- أولا: جزاءات مالية .

- ثانيا: وسائل الضغط .

**** أولا: الجزاءات المالية:**

تتخذ الجزاءات المالية إما صورة الغرامات أو صورة مصادرة مبالغ الضمان.

أ- الغرامات:

تملك الإدارة المتعاقدة طبقا للمرسوم الرئاسي ممارسة سلطة الجزاءات المالية. وتجد هذه السلطة أساسها القانوني في المادة 8 من المرسوم الرئاسي والتي جاء فيها: " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفحة نسبة العقوبات وكفايات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط..."

وهكذا حوّل المشرّع الجزائري بموجب النص أعلاه للإدارة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة وقيد مجال ممارستها في حالتين بمنطوق النص:

1- في حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه:

لا شك أن الإدارة المتعاقدة عندما تتعاقد تضع بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ العقد. حتى يتسنى لها الانتهاء من عملية تعاقدية والدخول في علاقة جديدة. أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر والانتقال إلى جزء آخر وهكذا. فلا يمكن من حيث الأصل إغفال

عنصر الزمن أو عدم ايلائه الأهمية التي تليق به. والأمر يتعلق بمرفق عام وبخدمات عامة وبمصلحة عامة.

ومن هذا المنطق وجب تسليط جزاء مالي على كل متعاقد ثبت إخلاله بالقيود الزمني أو المدة المقررة لتنفيذ العقد. خاصة وأن هذه المدة هي من اقتراح المتعهد أو المتعاقد مع الإدارة. حينما أقبل على إيداع ملف المناقصة و تعهد باحترام المدة المتفق عليها. إنَّ المتعاقد مع الإدارة حينما يتعهد بتنفيذ موضوع العقد خلال مدة زمنية معينة متفق عليها في العقد، فإنَّ العقد الإداري هنا يقترب مع العقد المدني في المبدأ الذي يحكمه أن " العقد شريعة المتعاقدين". فالمتعاقد مع الإدارة التزم بالتنفيذ خلال مدة ذكرت في العقد ثم أخل بهذا الالتزام. فالوضع الطبيعي أن يخضع لجزاء. وهذا الأخير تسلطه الإدارة دون حاجة للجوء للقضاء. وهو أحد مظاهر ممارسة السلطة العامة. ومظهر تميز للعقد الإداري عن العقد المدني¹.

2- في حالة التنفيذ غير المطابق:

هنا يفترض أنَّ المتعاقد مع الإدارة أخل بالشروط المتفق عليها وكيفيات التنفيذ. فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها. فالوضع الطبيعي أيضا في الحالة هو خضوعه لجزاء مالي. وينبغي الإشارة أنَّ الجزاء المالي وإن كان مقرا بموجب أحكام المرسوم الرئاسي 02-250 (المادة 8منه). إلا أنَّ له أيضا أساس عقدي. ذلك أنَّ المادة 8 المذكورة في فقرتها الثانية ورد فيها أن نسبة الجزاء المالي تحدد في الصفقة. وهذا ما أكدته المادة 50 من المرسوم الرئاسي التي أوجبت ذكر نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها في الصفقة.

ب- مصادرة مبلغ الضمان:

لما كان للصفقة العمومية صلة بالخزينة العامة من جهة، وبحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد من جهة ثانية، وبالجمهور المنتفع من خدمات المرفق من جهة ثالثة وجب أخذ الاحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة والضغط أكثر على المتعاقد معها وجبره على تنفيذ التزاماته في

1- محمد انس قاسم جعفر: العقود الإدارية

الآجال المتفق عليها وبالشروط والمواصفات والكيفيات الواردة في عقد الصفقة. ولقد أوجب قانون الصفقات العمومية الجزائري في المادة 80 منه (المرسوم الرئاسي 02-250) على المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية التي تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة ولا يكون ذلك إلا بفرض ضمانات مالية بعنوان كفالة حسن التنفيذ.

وأكدت نصوص المرسوم الرئاسي أن كفالة حسن التنفيذ تخص المتعامل المتعاقد الوطني كما تخص المتعامل المتعاقد الأجنبي إذا لم يدعم عن طريق حكومة دولته وفي هذه الحالة وجب أن يعتمد البنك الأجنبي عن تغطيته لمبلغ كفالة مصرفية من قبل البنك الجزائري المختص، أما عن مبلغ الكفالة فحدده المادة 87 من المرسوم الرئاسي بين 5% و 10% من مبلغ الصفقة. كما يلزم المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة رد التسبيقات المنصوص عنها في المادة 63 من المرسوم وهي كلّها مبالغ يلزم المتعامل المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة بواسطة بنك لتمارس عن طريقها الجزء المالي في الإطار الذي حدده القانون¹.

ثانيا : وسائل الضغط.

من وسائل الضغط المكّرسة قضاء والمعتمدة فقها أنّ تعهّد الإدارة المتعاقدة بتنفيذ العقد في عقد التوريد مثلا لشخص آخر على حساب المتعامل المتعاقد الذي أخل بالتزامه. وتأسيس ذلك أنّ لموضوع الصفقة صلة وثيقة كما رأينا بفكرة استمرارية المرفق العام وخدمة الجمهور. فلا يمكن التسليم بتوقّف نشاط المرفق، وتأثر حركته ومردوده ، بسبب تقصير المتعاقد مع الإدارة، بل ينبغي الاعتراف لها (الإدارة) ولضمان أداء الخدمة وعدم توقفها باللجوء لشخص آخر تختاره فيزوّدها بالمادة موضوع الصفقة ويتحمّل الطرف المقصر النتائج المالية الناجمة عن هذا التنفيذ . كما لو أخلّ المتعهّد مع إدارة الخدمات الجامعية تزويدها بالمادة محل التعاقد في المدّة الزمنية المتفق عليها في العقد. فللإدارة المعنية حق اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية المرفق وأداء الخدمة للطلبة .

1 - عمار عوابدي - القانون الإداري ج2

وتملك الإدارة أيضا في عقد الأشغال توقيف الأشغال وسحب العمل من المقاول وإسناده لشخص آخر، وهذا بعد استيفاء جملة من الإجراءات و توافر جملة من الشروط. وهكذا ملكت الإدارة عند تنفيذها لصفقة عمومية وسائل التنفيذ العيني فإن لم يتم التعامل المتعاقد بالوفاء بما تعهد به، تحركت جهة الإدارة المعنية ولجأت لأسلوب الضغط على المتعاقد معها وجبره على التقيد بالتزاماته¹.

غير أنّ هذه السلطة، وبالنظر لخطورتها وآثارها، فإنّ الإدارة لا تلجأ إليها إلا في حالات الإخلال الجسيم بالأحكام التعاقدية وبكيفية تنفيذ موضوع الصفقة. وعادة ما توجه الإدارة قبل ممارستها لهذه السلطة إعدارا ينشر في الصحف لتتذّر به الطرف المخل وتمارس بعد إصداره الإجراءات القانونية اللازمة في هذه الحالة.

ب / سلطة إنهاء العقد:

يستهدف هذا الامتياز أو السلطة المخوّلة للإدارة إنهاء الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بينها وبين التعامل المتعاقد، ويفترض هنا في هذه الحالة أن يقدم التعامل المتعاقد على ارتكاب خطأ جسيم يخول للإدارة ممارسة هذه السلطة .

فإذا وضعنا بعين الاعتبار أنّ العقد الذي يربط الإدارة بالتعامل معها هو عقد امتياز فإننا نتصور في هذه الحالة أن يلجأ الملتزم إلى خرق بنود العقد المتعلقة بالرسوم التي يلزم المنتفعون من خدمات المرفق بدفعها، فيبادر إلى رفعها دون علم الإدارة وموافقتها أو يميّز بين المنتفعين اعتمادا على أسس تتعلق بجنس المنتفع أو معتقده. فهذا الفعل من جانبه يخوّل للإدارة فسخ الرابطة العقدية. وقد أطلق مجلس الدولة الفرنسي على هذه الحالة مصطلح إسقاط الالتزام. غير أن سلطة فسخ العقد، وبالنظر لخطورتها وآثارها، فإنّ الإدارة قبل ممارستها تلزم بإعذار المعني بالأمر، الملتزم مثلا في عقد الامتياز وهذا ما أقره القضاء المقارن².

1 - بوعمران عادل : النظرية العامة للقرارات الإدارية

2 - نفسه

ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما نص في المادة 99 من المرسوم الرئاسي 02-250 على وجوب توجيه إذار للمتعاقد بهدف الوفاء بالتزاماته خلال مدة معينة. كأن نتصور أننا أمام عقد أشغال عامة وأنّ المتعاقد المتعاقد توقف عن الأشغال مدة طويلة بما سينعكس سلبا على مدة إنجاز العقد وبما سيؤثر على نشاط المرفق. وفي هذه الحالة توجه الإدارة المعنية إذارا للمعني وتمنحه أجلا للوفاء بما تعهد به. وإن كان المرسوم لم يبيّن شكل الإذار إلا أنّه في عقد الأشغال العامة بالذات نجد أنّ الإدارة كثيرا ما تستعمل وسائل الإعلام المكتوبة (الجرائد) لتنبيه المعني قبل ممارسة سلطة الفسخ¹. وهذا ما تؤكدّه الإذارات الكثيرة المنشورة يوميا في الجرائد.

وإذا كان العقد المدني هو الآخر وطبقا للمادة 119 من القانون المدني يخول المتعاقد توجيه إذار في حال عدم الوفاء بالتزامات العقدية وبذلك يقترب العقد المدني بالصفقة العمومية. إلا أن مظهر تميز الصفقة يظل واضحا، فعدم الوفاء بالتزامات بعد انتهاء مدة الإذار يخول للطرف المدني (في العقد المدني) أحقية اللجوء للقضاء للمطالبة بالفسخ والتعويض. فالمتعاقد في ظل القانون المدني لا يملك أحقية الفسخ المنفرد بل يلجأ للقاضي. بينما الإدارة مخوّلة لها سلطة الفسخ بإرادة منفردة ودون حاجة للجوء للقضاء.

وجاء المرسوم الرئاسي 02-250 موضحا أكثر في المادة 99 منه سلطة الفسخ فنصت على أنها تتم من جانب واحد (إرادة الإدارة لوحدها) ودون حاجة للجوء للقضاء. وهذا مظهر آخر تميّزت به الصفقات العمومية عن العقود المدنية. هذه الأخيرة التي تأخذ طابع الفسخ القضائي ولا تزوّد أي طرف بممارسة سلطة اتجاه الطرف الآخر.

ولم يكتف المرسوم بالإعلان عن الفسخ من جانب واحد، بل نص على عدم قابلية الفسخ للاعتراض إذا لجأت الإدارة إلى تطبيق البنود الواردة في الصفقة. والحكمة التي أراد المشرع تحقيقها هي الاستمرار في فرض الضغوط المعنوية والقانونية على المتعاقد حتى يتقيد

1 - مفتاح خليفة عبد الحميد : العقود الإدارية وأحكام إبرامها

أكثر بالالتزامات التعاقدية بما يضمن حقوق الإدارة ويكرس مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد . ويكفل حقوق الجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام.

والى جانب الفسخ الأحادي (من جانب واحد) أجازت المادة 151 من المرسوم الرئاسي 15-247 اللجوء للفسخ التعاقدى حسب الشروط المدرجة في الصفحة، وهنا تقترب الصفحة من العقد المدني. الذي يخول أطرافه أحقية الفسخ التعاقدى طبقا للمادة 120 من القانون المدني.

خاتمة

خاتمة:

إن النظام القانوني للصفقة العمومية بين السلطات التي تتمتع بها السلطة المتعاقدة ، بحيث جعلها المشرفة على اختيار المتعامل المتعاقد الكفاء ، بإتباع إجراءات صارمة ومعقدة. مما جعل المركز القانوني للمتعاقد أقل من مركز الشخص العام المتعاقد معه ، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى أن يفرض على المصلحة المتعاقدة أن تختار المتعاقد ليس الذي يقدم أفضل عطاء وإنما بالنظر إلى معايير أخرى منها التقنية والفنية

وقد حرص المشرع على ضبط حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد فنظم حقه في اقتضاء الثمن سواء تحصل عليه بالطريق الإداري أو عن طريق تمويل الصفقة من طرف هيئة مالية كصندوق ضمان الصفقات العمومية ، وضمان حقه في التوازن المالي عن طريق تنظيم حالة الظروف الطارئة ' والقوة القاهرة في المرسوم الرئاسي الحالي (15-247) .

و ما يشكل أيضا ضمانا للمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة هو أن التزاماته محددة مسبقا ' حيث يتوجب عليه أن ينفذ بنود الصفقة ودفتر الشروط بكل إخلاص ' وطبقا للمواصفات ووفقا للأجال المحددة.

ومن المؤكد أن معرفة المتعامل المتعاقد سلفا لالتزاماته ، والجزاء المترتبة عن إخلاله بها يسد كل منافذ استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطاتها وامتيازاتها المقررة باسم المصلحة العامة من جهة ' ومن جهة أخرى ، يتعين عليه أن يحرص بشدة على تنفيذ ما أوكل إليه ضمانا لسير المرافق العامة بانتظام واضطراد ' مما يدفعه إلى التحلي بالانضباط في تنفيذ وإنجاز الأشغال.

حيث نجد أن التنظيم الحالي خول للمصلحة المتعاقدة في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ' التدخل بنفسها ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء ، بفرض جزاءات عليه سواء تلك التي لا تنهي الصفقة كالغرامات التأخيرية ، أو بسحب إنجاز الأشغال منه وتنفيذها عن طريق متعاقد آخر على حساب المتعامل المتعاقد المقصر.

خاتمة

وقد بينت دراسة الصفقة العمومية ، أنها صفقة تخضع لنظام قانوني مميز ومستقل حيث يتم تنظيمها بواسطة مرسوم رئاسي ، معناه يدخل تنظيمها ضمن المسائل المخصصة لرئيس الجمهورية ' وعليه فتتطلبها يخضع لتشريع مستقل.

وتدل كثرة التعديلات على التنظيم المنظم للصفقة العمومية ، على عدم استقرار مواقف المشرع الجزائري تجاه هذه الصفقة ومن جهة أخرى ، في إبرام هذه الصفقة بطرق تعمل على الحفاظ على المال العام وترشيد النفقات العامة ، وتكريس الحكم الرشيد.



المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

قائمة الكتب:

1. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، الإسكندرية منشأة المعارف، 2002
2. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديدة، الإسكندرية، منشأة . المعارف، 2002
3. أحيمه سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري علاقة العمل الفردية - الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998
4. بشير هادفي، الوجيز في شرح قانون العمل علاقات العمل الفردية والجماعية، الجزائر، دار ربحانة 2002
5. بو عمران عادل، النظرية العامة للقرارات الإدارية والعقود الإدارية (دراسة تشريعية فقهية و قضائية)، ط. د.. الجزائر: دار الهدى، 2010
6. ثروت بدوي، القانون الإداري ، القاهرة ،دار النهضة العربية، 2002
7. جلال مصطفى القريشي ، شرح قانون العمل الجزائري الجزء الأول علاقات العمل الفردية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984
8. زهدي يكن، عقد البيع، صيدا، بيروت منشورات المكتبة العصرية، دون تاريخ
9. سليمان محمد الطماوي ، العقود الإدارية دراسة مقارنة ط 5، القاهرة، دار الفكر العربي ، 1991
10. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإسكندرية دار الفكر الجامعي، 2005
11. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات الإدارية و العقود الإدارية)،. الإسكندرية ، منشأة المعارف، 2007

12. عثمان بوشكيوة، التوازن المالي للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي، سوق أهرا س، 2005
13. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الأولى، الجزائر: دار جسر، 2007
14. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2000
15. فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، الإسكندرية مؤسسة شباب الجامعة، 1973
16. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية ، جامعة القاهرة فرع بني سويف ، كلية الحقوق، 1999
17. محمد عباس محرزي، اقتصاديات المالية العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2010
18. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، جامعة الإسكندرية كلية الحقوق ، 1989،
19. مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، الأردن، دار الثقافة، 2012
20. مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلmani، العقود الإدارية وأحكام إبرامها ، ط. د ، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية 2008.

قائمة الرسائل والأطروحات الجامعية:

صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984.

قائمة والقوانين و المراسيم:

1. القانون رقم 90-21 المؤرخ في 15/08/1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية.

2. الأمر رقم 95-20 المؤرخ في 17/07/1995 المتعلق بمجلس المحاسبة

3. المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

4. المرسوم التنفيذي رقم 91-313 المؤرخ في 07/09/1991 المتعلق بإجراءات المحاسبة يمسخها الأمر بالصرف.

5. المرسوم التنفيذي رقم 04-374 المؤرخ في 24/11/2004

6. المرسوم التنفيذي 09-374 المؤرخ في 16/11/2009 يعدل ويتمم المرسوم

التنفيذي 92/414 والمتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها.

7. المرسوم التنفيذي رقم 08-272 المؤرخ في 26/09/2008 والذي يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية.

8. المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24/07/2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ' المعدل و المتمم

الجرائد و المجلات:

جريدة الخبر العدد 6106 الصادر بتاريخ: 08-10-2010

<http://boubidi.blogspot.com/2012/02/blog->

[post_26.html#ixzz4cn7DyU3r](http://boubidi.blogspot.com/2012/02/blog-post_26.html#ixzz4cn7DyU3r)