

جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

النظام القانوني للملحق في الصفة العمومية في القانون الجزائري

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص إدارة ومالية

إشراف الأستاذ:

- د. شنوف العيد

إعداد الطالبة :

• بن تليجان فطومة

السنة الجامعية: (2016 - 2017)

جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في القانون الجزائري

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص إدارة ومالية

إشراف الأستاذ:
- د. شنوف العيد

إعداد الطالب :
• بن تليجان فطومة

لجنة المناقشة

- 1-أ.جمال عبد الكريم.....رئيسا
- 2-د.شنوف العيد.....مشرفا و مقرا
- 3-أ.عرواي مرية.....مناقشا

السنة الجامعية:(2016 - 2017)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر

الحمد لله والشكر لله
الذي وفقني لإتمام هذا البحث
وبقدرته تعالى تجاوزت كل الصعوبات
وأتوجه بالشكر الجزيل إلى الأستاذ
المشرف شنوف العيد الذي
لم يبخل علي بنصائحه وتوجيهاته ومساعدته
لي طيلة إنجاز هذا البحث
كما لا أنس الشكر والامتنان إلى كل أعضاء اللجنة المناقشة
وإلى كل من ساهم من قريب وبعيدة وإلى
أسرة قسم الحقوق بالجلفة

بن ثليجان

الإهداء

بوهج الحروف وعطر الكلمات ونبض القلوب أهدي عملي هذا دفقة النور في عتمة الديجور،

ولحن الوجود الذي يخترق الأصوار إلى أغنية الأغنيات النابضة بالحياة . . . والدتي أطال الله في

عمرها إلى من كان الدليل المنير إلى من أعطاني ولم يطلب إلى من تمنى لي أكثر من ما تمنى لنفسه

والدي الغالي حفظه الله وإلى من غرسو في روحي المواظبة والعمل والجد وبفضلهم أدركت أن انوار

العلم تشع لتنير من حولها إخوتي وأخواتي

إلى من دخلو قلبي من دون إستئذان وكانو نعمة الأصدقاء

بن ثليجان

مقدمة

نظرا لما تلعبه العقود الإدارية دور بالغ الأهمية في تنظيم الأعمال الإدارية المختلفة من خلال توجيه النشاط الإداري للدولة، وتمكنها من إنشاء واستغلال وتنشيط المرافق العامة وترشيد النفقات حتى تستطيع أن تؤدي وظيفتها وخدماتها على أحسن وجه وبصورة منتظمة لإشباع حاجات الأفراد في المجتمع.

حيث نجد أن العقود الإدارية تقوم على فكرة تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فالإدارة تتمتع وهي بصدد تنفيذها لنشاطاتها بامتيازات وشروط استثنائية، وهذا ما يترجم فكرة المرفق العام، فهي تبرم عقودها بطرق مقننة ومنظمة وفق أطر قانونية وتنظيمية أقرها المشرع لتمارس نشاطها لتحقيق أهدافها المسطرة وفق برامج تحددها السلطة العامة بمختلف درجاتها . حيث تأتي على رأسها إبرام الصفقات بمختلف موضوعاتها.

ولأن الصفقات العمومية تعتبر إحدى هذه العقود التي تبرمها الإدارة بشكل واسع يكاد يكون الركن الأساسي في تعاملاتها مع الآخرين . لتنفيذ سياسة الدولة الاقتصادية والاجتماعية... الخ . وتعتبر أداة لتجسيد وترشيد المخططات التنموية الوطنية والإقليمية والمحلية على حد سواء. ولما كان تنفيذها يتجسد عن طريق الإبرام والتعاقد مع المتعاملين الاقتصاديين كالشركات والمقاولات والمؤسسات والأشخاص الطبيعية والاعتبارية لغرض تحقيق أغراضها وأهدافها المرجوة. كإنجاز الأشغال وتقديم الخدمات وإنجاز الدراسات واقتناء اللوازم وغيرها مما تتطلبه الحاجات العامة.

وعليه فهي عند ممارستها لهذه العلاقات المتعددة فهي تخضع لمختلف أنواع الرقابة الإدارية المختلفة كالرقابة على مراحل الإبرام والتنفيذ والرقابة المالية والمحاسبية على كل المستويات وذلك حفاظا على حسن توجيه المال العام وتحقيق أهداف الإدارة بعيدا عن التبذير والفساد الذي أصبح متفشيا بصورة جلية في دواليب الإدارة . كما تخضع الإدارة إلى الرقابة القضائية من خلال دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات التي تنشأ بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين المتعاقدين خلال كل مراحل إبرام وتنفيذ الصفقة.

وعليه سوف نتطرق في هذا البحث إلى النظام القانوني للملحق في الصفقة ومختلف القوانين المنظمة له في التشريع الجزائري مبرزين في ذلك أنواع اللجان الرقابية التي تسهر على السير الحسن لهذا الملحق، ونحاول إبراز طرق تعديل الصفقات وسلطة الإدارة باعتباره أهم عنصر في عملية الإبرام. ومن أجل تحقيق تكافؤ المصالح بين المتعامل والإدارة ولا يتحقق ذلك إلا عن طريق نظام قانوني لملحق الصفقات

حيث نجد أن المشرع خص الملحق وكل ما يتعلق به من إبرام وتنفيذ ورقابة إلى مجموعة من المبادئ الأساسية التي يجب أن تتوفر في الإدارة المتعاقدة، حيث راعى في ذلك مبدأ المساواة والشفافية والنزاهة، ومبدأ حرية وصول الطلبات عند تنفيذها للمشاريع.

فعلی ضوء هذا نصل إلى طرح الإشكالية الرئيسية لموضوع بحثنا هو:

ما المقصود بالنظام القانوني لملحق الصفقة وما مدى فعالية سلطة الرقابة عليه؟

وعليه نجد أنفسنا أمام تساؤلات فرعية تتفرع عن الإشكالية الرئيسية تتمثل فيما يلي:

- ما مفهوم الملحق للصفقة؟

- ما أثر التعديلات المتتالية على تنظيم الصفقات العمومية على حقوق والتزامات طرفا العقد؟

- وهل المنظومة القانونية والنصوص التنظيمية المكرسة للملحق في الصفقات العمومية تعد ضمانا أساسية كافية لضمان السير الحسن لتنفيذ الصفقات؟

إن ما دفعني من الأسباب لاختيار موضوع بحثي هو الميل الشخصي لدراسة الموضوع واهتمامي الكبير بكل ما يتعلق بالصفقات العمومية وخاصة سلطة الإدارة في تعديلها إضافة إلى التجربة العملية في ميدان الصفقات والتي دفعتنا إلى معالجة هذا الموضوع واختياره وكذا قلة الأبحاث والدراسات التي عالجت موضوع الملحق في الصفقات.

لقد قمت باختيار هذا الموضوع كونه الموضوع الأكثر جدلا وتعقيدا في الصفقات العمومية وكذلك الرغبة في تسليط الضوء على جانب ظل محل نظرة ريبة وشك في أنه مجال خصب للفساد لغياب إطار قانوني يضبطه، أما الأسباب الموضوعية فهي غياب دراسات كثيرة عن الملحق وفقر المكتبة الجزائرية لأبحاث متخصصة في هذا المجال.

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

2- أهداف الدراسة

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

كما تهدف الدراسة لإبراز دور الملحق كآلية لتسوية الودية لمنازعات الصفقة الأصلية ودور لجان التسوية في ذلك قبل اللجوء للقضاء، وأثار الملحق على الصفقة الأصلية.

3- المنهج المتبع

وبناء على ما سبق ذكره، اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع المنهج التحليلي، من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية التي جاءت في المرسوم التنظيمي الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 247/15، وذلك من خلال عرض وتحليل النصوص القانونية والتنظيمية وكذلك المراسلات الإدارية المدعمة للموضوع.

للإجابة على هذه الإشكالية ومن أجل بلوغ الهدف من هذه الدراسة انتهجت الخطة التالية، أين قسمت هذا البحث إلى فصلين، بحيث سنتناول في الفصل الأول أحكام الملحق في الصفقة العمومية، أما في الفصل الثاني سنتناول الرقابة وآليات تسوية منازعات الملحق في القانون الجزائري.

الفصل الأول

أحكام الملحق في الصفة العمومية

تمهيد

للحرص على السير الحسن للمرفق العمومي العام وإشباع حاجاته العامة، خصص المشرع الجزائري حيزا هاما لتنظيم المعاملات التي يقوم بها المرفق العام في مجال الصفقات، التي تعتبر وسيلة من وسائل تجسيد فكرة استمرار المرفق وكذا باعتبارها وسيلة تضمن الحفاظ على المال وتعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية التي تبرمها الدولة ممثلة في مختلف هيكلها على المستوى المركزي أو المحلي.

فقد حرص المشرع الجزائري على النص على جميع الأحكام والإجراءات الخاصة لإبرام الصفقات العمومية، ووضع الحلول لكافة الظروف التي من الممكن أن تعيق تنفيذها كعدم كفاية الغلاف المالي المخصص لها أو وجود فائض فيه مما يستدعي إحداث تعديلات على موضوع الصفقة، كما ألزم جهة الإدارة (المصلحة المتعاقدة) على ضرورة إتباع واحترام كافة الإجراءات والمراحل وعليه من خلال الفصل سنعالج موضوع أحكام الملحق للصفقات العمومية وذلك من خلال ثلاث مباحث كالآتي:

المبحث الأول: سلطة التعديل في الصفقة

المبحث الثاني: النظام القانوني للملحق

المبحث الثالث: أثار الملحق على الصفقة الأصلية

المبحث الأول: سلطة التعديل في الصفقة

أتاح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة إمكانية تعديل الصفقات العمومية التي تبرمها في حال استلزمت الظروف ذلك، ولتتطرق لسلطة التعديل والتعريف بها وجب علينا تقديم مفهوم الصفقة العمومية من خلال المطلب الأول لنتناول بعد ذلك سلطة التعديل من خلال المطلب الثاني

المطلب الأول: تعريف الصفقة العمومية:

انطلاقاً من مبدأ علو تعريف المشرع على بقية التعريفات الأخرى بالنظر للدور الكبير والرائد للقضاء الإداري، كان علينا أن نسوق أولاً التعريف التشريعي لنتبعه بالتعريف القضائي¹، ثم نتوج جهود المشروع والقضاء، بتبيان جهود الفقه، وعليه قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: التعريف التشريعي

من خلال المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، في المادة الرابعة (4). عرف المشرع الجزائري الصفقات العمومية كما يلي:

"الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال، واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"².

ووجب علينا أن ننوه إلى أن المشرع الجزائري عرف الصفقة عبر القوانين والتنظيمات السابقة والصادرة في مراحل مختلفة نذكر منها على سبيل الحصر الأمر رقم 67-90 والمرسوم إلى المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، فصدورها كان في حقب زمنية مختلفة وفي مراحل اقتصادية وسياسية عرفت الجزائر فكان المشروع في كل مرة يعطي تعريفاً للصفقة بصيغة متباينة بين مرحلة وأخرى.

¹ عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية. حبور للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة 03-2011 ص:33.

² -المادة 4- المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07/10/2010 الجريدة الرسمية رقم 2010/58

وبالرجوع إلى جديد وتحسين الصفقات العمومية خلال تعديل 2012 في المرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18 يناير 2012 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. فنجد أن هذا المرسوم لم يحدث المادة 04 المتضمنة تعريف الصفقات العمومية.¹

وبالرجوع للمرسوم الرئاسي رقم 03/13 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 والمؤرخ في 13 جانفي 2013 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 02 المؤرخ 13 جانفي 2013 نجد أن المشرع حافظ على نفس التعريف في المادة 04 ولم يحدث فيها شيئا جديدا.

ومن خلال المرسوم 15 / 247 على نفس التعريف السابق للصفة العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، في المادة الرابعة منه، أبقى المشرع الجزائري

الفرع الثاني: تعريف الصفقات في القضاء والفقهاء الإداري

أولاً: في القضاء:

رغم أن المشرع الجزائري عرف الصفة في مختلف القوانين إلا أن القضاء الإداري الجزائري من خلال فصله في المنازعات الإدارية المتعلقة بهذا الجانب قدم تعريفا للصفات العمومية من خلال اجتهاداته وإضافاته حيث عرفها مجلس الدولة في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 على أنها «عقد يربط الدولة بالخواص حول مقابلة أو إنجاز مشروع أو أداة خدمات».

ثانياً: التعريف الفقهي:

لقد أجمع فقهاء القانون الإداري أن نظرية العقد الإداري هي نظرية من منشأ قضائي رأسي مبادئها وأحكامها القضاء الإداري الفرنسي ممثلاً في مجلس الدولة عبر اجتهاداته من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه: وعليه فإن دور الفقه في تحليل الأجزاء المختلفة لهذه النظرية يظل بارزاً في كل الدول.

¹-زواوي عباس: الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية . رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد

خيضر ، بسكرة 2012 ص 48

فلقد عرف الفقه العقد الإداري على أنه "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام يقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص.¹

المطلب الثاني: ماهية سلطة تعديل الصفة

التعرف على مفهوم سلطة التعديل يستوجب علينا كذلك عرض دوافع التعديل وآلياته لذلك سنتناول من خلال الفرع الأول تعريف سلطة التعديل ودوافع ممارستها وفي الفرع الثاني نستعرض شروط ممارسة سلطة التعديل

الفرع الأول: تعريف سلطة التعديل ودوافع ممارستها

أولاً: تعريف سلطة التعديل :

تعد سلطة التعديل أحد أهم مظاهر تميز 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 بهذا التعديل، فإن العقد الإداري وخلاف القواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن جهة الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة.

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

¹بوضيف، المرجع السابق، ص 41 .

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 واستجوبته المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام.

وسلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تمارس حسب التنظيم القانوني الساري المفعول وفي حدود المشروعية والاختصاص، مع مراعاة الأسباب والدوافع الذي أدت بالمصلحة المتعاقدة لإبرام ملحق للصفقة الأصلية، ويكون ذلك بتعديل التزامات المتعاقد معها من حيث مقدارها، أو من حيث طرق ووسائل التنفيذ أو من حيث مدد التنفيذ ذاتها، إذ يحق للإدارة بإرادتها المنفردة تعديل شروط التنفيذ المتفق عليها في العقد في جميع الحالات¹. ويهدف التعديل لتحقيق التالي:

- الزيادة أو النقصان في الخدمات.
- إضافة خدمات جديدة.
- تعديل بند أو عدة بنود من الصفقة الأصلية دون موضوع الصفقة.
- زيادة أو إنقاص الأجال.
- تغيير نوعية المواد أو اللوازم المستعملة في تنفيذ الأشغال.
- أحداث طارئة تغير في الأشغال المتفق عليها.

إن التعديل هنا يظهر بصورة أكثر وضوح في صفقات الأشغال العامة مقارنة بصفقات اقتناء اللوازم، إذ أن الإدارة صاحبة الاختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بالأشغال العامة أما فيما يخص النوع الثاني من الصفقات تبدو سلطة الإدارة بالتعديل في حدود أضيق، وذلك لكون سلطة الإدارة في التعديل ليست إلا نتيجة مترتبة على سلطتها على المرفق العام، فكلما كانت صلة العقد بالمرفق العام أوثق كانت سلطة التعديل أوضح وتبدو هذه السلطة في حدود أضيق حين لا يكون موضوع العقد مساهمة مباشرة للمتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام كما هو الحال بالقياس إلى عقود التوريد.

¹ André de L'aubadair : "du pouvoir de administration imposer unilateralement des changements aus dispositions des contrats administratifs".R.D.P, 1954.p103

ثانيا: دوافع ممارسة سلطة التعديل

وسنعالج في هذا دوافع التعديل الذي ينشأ عنه إبرام ملحق الصفقة العمومية من طرف المصالح المختصة بإبرامه وذلك بتسليط الضوء على سلطتها في تعديل شروط الصفقة الأصلية، بالإضافة إلى فكرة إعادة التوازن المالي للصفقة وسنتناول ذلك ضمن العناصر الآتية:

- تعديل شروط الصفقة الأصلية.

- إعادة التوازن المالي للصفقة.

1- تعديل شروط الصفقة الأصلية.

تمثل سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة أو تعديل طريقة تنفيذها أبرز الخصائص التي تميز نظام الصفقات العمومية عن عقود القانون الخاص.¹

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعيد النظر في موقفها بالنسبة إلى أوضاع تنفيذ الصفقة، إذا اتضح أن الأوضاع المحددة في الصفقة لم تعد توافق الصالح العام.

وهو حق ثابت لها بوسعها استعماله ولو لم يتضمن العقد نص بشأنه ولو انطوى العقد على نص يُحظره ليبقى الحق قائما، وبالرجوع لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 247-15 وتحديد المواد 135 إلى 139،² منح المشرع الحق للمصلحة المتعاقدة لممارسة سلطة التعديل عن طريق إبرام ملاحق إذا كان هدفها زيادة الخدمات، أو تقليصها أو تعديل بند من عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية هذا من جهة، ومن جهة أخرى بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة نلاحظ تضمنه للعديد من النصوص التي تعطي المصلحة المتعاقدة الحق في التعديل الانفرادي، وأمام خطورة ممارسة المصلحة المتعاقدة لهذه السلطة على مصلحة

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

² انظر المواد 135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي رقم 247 / 15 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ونقويضات المرفق العام (جريدة رسمية رقم 10 المؤرخة في 20/09/2015)

المتعامل الاقتصادي المتعاقد، أولاها المشرع اهتماما واضحا من خلال التشريعات المنظمة للصفقات العمومية، بالإضافة إلى الأحكام التي تضمنتها دفاتر الشروط الإدارية العامة.

و باستقراء أحكام النصوص السابقة نجد سلطة تعديل شروط الصفقة أثناء التنفيذ ليست مطلقة، بل يرد عليها شروط وضوابط يتعين ممارسة السلطة في إطارها

الفرع الثاني: شروط ممارسة سلطة التعديل

أولا: شروط ممارسة سلطة التعديل

سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل بنود الصفقة الأصلية بإرادتها المنفردة ليست مطلقة، بل تخضع لضوابط يتعين توافرها لإمكان ممارستها وهي كما يلي:

- وجود ظروف ومستجدات بعد إبرام الصفقة تستدعي التعديل.
- صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية.
- أن يتم التعديل داخل أجل تنفيذ الصفقة.
- أن لا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة.
- أن لا يؤدي التعديل لتغيير طبيعة الصفقة وموضوعها.

ونستعرض هذه الضوابط بالتفصيل فيما يلي:

1- وجود ظروف ومستجدات بعد إبرام الصفقة تستدعي التعديل: ¹

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

تختلف سلطة التعديل من عقد إلى آخر حسب طبيعته وحسب الظروف التي ينفذ فيها، ففي صفقات الأشغال العامة تمارس سلطة التعديل من المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة المشروع،

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، وتسوية منازعاته قضاء وتحكيميا، منشأة المعارف، مصر، 2009، ص 52

غير أنه لا يجوز إجراء تعديل على الأعمال والشروط المتعاقد عليها إلا عند الضرورة القصوى وذلك:

أ - إذا كان عدم التعديل يسبب تأخيراً في التنفيذ المشروع أو ضراراً كبيراً بالصفقة من الناحية الاقتصادية والفنية.

ب - إذا كان التعديل يؤدي إلى توفير مبالغ كبيرة للإدارة.¹

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

2- صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية:

ف قرار تعديل الصفقة العمومية قرار إداري وبالتالي يتعين أن يتوفر على مقومات وأركان القرار الإداري، فيجب أن يصدر في حدود المشروعية التي هي الإطار العام الذي يحكم جميع الأعمال الإدارية.

وإذا خرج عن هذا المبدأ وقع باطلاً وأمكن المتعامل الاقتصادي المتعاقد الطعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري أو باللجوء إلى القضاء الكامل.

3- أن يتم التعديل داخل أجل تنفيذ الصفقة:

يجب أن تمارس سلطة التعديل أثناء تنفيذ الصفقة، ويقصد به فترة سريان الصفقة التي يتعين صدور قرار التعديل خلالها هي الفترة أو المدة الفعلية وليس المدة الزمنية المحددة في العقد، لأن

¹ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010، ص ص 173 - 174

المتعامل قد يتأخر في التنفيذ،¹ وبالتالي تملك المصلحة المتعاقدة حق التعديل التزامات المتعامل وفقا لما تحدده شروط كل صفقة.

4- أن لا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة:

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

5- أن لا يؤدي التعديل لتغيير من طبيعة الصفقة وموضوعها:

لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة أو موضوعها بما يخالف المحل الذي انصرفت إليه إرادة الأطراف . وهذا يعني أن على المصلحة المتعاقدة أن تراعي عند إصدار قرار التعديل الدقة في مضمونه بما لا يؤدي إلى انصرافه إلى موضوع جديد يختلف عن الموضوع الأصلي، فنكون أمام صفقة جديدة، إذن على الإدارة أو المصلحة المتعاقدة المعنية ممارسة حقها في التعديل دون قلب اقتصاديات الصفقة العمومية، لذا حرصت المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة² على حصر التعديل في حدود 20% بالنسبة لعقد الأشغال العامة.

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

¹ سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص15

² انظر المادة 30، قرار المؤرخ في 31/12/1964 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة جريدة رسمية عدد 06 بتاريخ 19/01/1965

المطلب الثالث: آليات ممارسة سلطة التعديل وأهدافها**الفرع الأول: آليات ممارسة سلطة التعديل**

يتطلب سير المرفق العامة بانتظام أن يستمر العقد أو الصفقة مهما حصل من تغييرات أثناء تنفيذها، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بتعديلات انفرادية على التزاماتها التعاقدية لمواكبة التغيير الحاصل بعد إبرام الصفقة، لذا خول قانون الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة سلطة تعديل شروط الصفقة عن طريق تقنية الملحق وبإمكانها تعديل الشروط تنفيذ الصفقة خارج الإطار التعاقدية نتيجة تدابير متخذة من طرفها.

3-1 التعديل عن طريق الملحق: وسنتناول بالتفصيل ما يتعلق بالملحق من خلال المبحث

الثاني من هذا الفصل

3-2 التعديل خارج الإطار التعاقدية:

كما يحدث تعديل شروط الصفقة أثناء تنفيذها نتيجة تدابير متخذة من قبل المصالح المتعاقدة التي تؤدي إلى تغيير شروط تنفيذ الصفقة، دون أن يكون الهدف منها إحداث تعديلات على الصفقة التي أبرمتها.

الفرع الثاني: أهداف التعديل

تهدف التعديلات التي يمكن أن تحدثها المصلحة المتعاقدة إلى تحقيق التوازن المالي، كما يمكن أن تنتج بسبب ظروف طارئة أثناء تنفيذ الصفقة. حيث أنه في هذه الحالة يعد التعديل أمرا ضروريا لإعادة التوازن المالي، ذلك لأن الصفقة العمومية تهدف بالأساس إلى إشباع الحاجات العامة بينما، المتعامل الاقتصادي يهدف إلى تحقيق الربح واستهداف مصلحته الشخصية.¹

¹ أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي

فإذا حال بينه وبين تحقيق تلك المصلحة إجراءات اتخذتها المصلحة المتعاقدة أو فرضتها ظروف أو صعوبات جعلت تنفيذ التزاماته التعاقدية عسيراً ومكلفاً بصورة فاقت إمكانياته، على المصلحة ضمان التوازن المالي تحقيقاً لفكرة التناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه، حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، فنتدخل المصلحة المتعاقدة على الرغم من أنها لم ترتكب أي خطأ، فأساس مسؤوليتها اعتبارات العدالة، فضلاً عن مقتضيات المصلحة العامة التي تستلزم مساعدة المتعاقد مع الإدارة لضمان استمراره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، الذي سيؤدي إلى ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام في أداء خدماته للجمهور.¹

¹ أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 124

المبحث الثاني: النظام القانوني للملحق

تمثل الصفقة العمومية الوثيقة الأصلية التي ينصب عليها التعديل عن طريق تنفيذ آلية الملحق لذا لا بد من التطرق إلى ماهية الملحق وسقفه

المطلب الأول: مفهوم الملحق

جسد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 هذه الآلية في الفصل الرابع، القسم الخامس منه المتضمن المواد 135-139 .

حيث نص على مايلي:

من خلال المادة 135 " يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجا إلى إبرام ملاحق للصفقة في اطار أحكام هذا المرسوم «وأضاف التفصيل من خلال المادة 136 :¹ يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة خدمات أو تقليها و- أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة .

يجب أن تكون الآثار المالية بالعملة الصعبة، الناجمة عن تنفيذ بنود تعاقدية، غير تلك المتعلقة إلى بنك الجزائر والبنك التجاري المعني .

و يمكن أن تغطي خدمات 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 للمصلحة المتعاقدة، في انتظار انتهاء الملحق، إصدار أوامر بالخدمة تسمح بالأمر بخدمات إضافية و/ أو تكميلية وفي حالة الخدمات التكميلية بأسعار جديدة، يمكن للمصلحة المتعاقدة إصدار أوامر بالخدمة بأسعار مؤقتة ومما يكن من أمر، فإن يجب على المصلحة المتعاقدة إعداد ملحق وعرضه على دراسة لجنة

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247

الصفقات المختصة، إذا بلغ المبلغ الإجمالي للخدمات الإضافية والتكميلية والمخفضة النسب المذكورة في المادة 139. ويجب أن تنص أوامر الخدمة على أجل تنفيذ هذه الخدمات.

لا يمكن أن تكون خدمات التي لا تمنح بأوامر الخدمة محل تسوية بملحق.

يمكن للمصلحة المتعاقدة، عندما تبرز الظروف ذلك، إبرام ملحق لصفقة تم تنفيذ موضوعها، لآداء خدمات أو اقتناء لوازم، للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشئ من قبل، ولكن مهما يكن من امر قبل الاستلام النهائي للصفقة، إذا قرر مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني ذلك، 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 03 أشهر والكميات بالزيادة، نسبة 10 % المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 139 " لا يخضع الملحق في مفهوم المادة 136 أعلاه، إلى فحص هيئات الرقابة القبلية، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز، زيادة أو نقصانا نسبة 10 % من المبلغ الأصلي للصفقة .

و يخضع الملحق لهيئة الرقابة الخارجية في حالة ما إذا تضمن خدمات تكميلية في مفهوم المادة 136 أعلاه تتجاوز مبالغها النسبة المحددة أعلاه.

و أخيرا نستعرض التعريف الذي جاء في نص المادة 135: "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم"

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

كما يعرف أيضا بأنه عقد مكتوب يشمل اتفاق إرادة الطرفين في الصفقة، يتضمن تعديل بند أو عدة بنود.¹

المطلب الثاني: نطاق تنفيذ آلية الملحق

الفرع الأول: شروط إقرار الملحق

يستدعي تعديل شروط الصفقة عن طريق الملحق توفر شروط أهمها:

- أ- صدور الملحق في صيغة مكتوبة، مرقم ومؤرخ ومصادق عليه من السلطة المختصة.
- ب- احترام الملحق لقواعد المنافسة، لذا يتعين منع أي ملحق قد يسيء إليها.
- ج- إخضاع الملحق كأصل عام للرقابة لكن هناك حالات لا يلزم فيها القانون بإخضاع الملحق لرقابة هيئات الرقابة الخارجية القبلية إذ استوفت الشروط التالية:
- إذا كان موضوع الملحق لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجال التعاقد وعديم الأثر المالي.
- إذا كان مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق بالزيادة أو بالنقصان أو أشغال تكميلية لا يتجاوز النسبة 50% من المبلغ الأصلي للصفقة.²

أ- ألا يؤدي الملحق إلى إخلال التوازن الاقتصادي للصفقة، فلا يمكن أن يؤثر الملحق بصفة جوهرية على محلها وقلب اقتصادياتها وكل تعديل يمس بشروط الصفقة يجعل منها صفقة جديدة.

¹ المادة 136/01 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247 / 15

² المادة 531 من المرسوم الرئاسي رقم 247 / 15

وباعتبار المشرع الجزائري لم يوضح من خلال التنظيم نموذج محدد بدقة للسقف المالي للملحق، رغم إصداره لنموذج مذكرة تحليلية¹ لمشروع ملحق في الجريدة الرسمية رقم: 16 الصادرة بتاريخ 13 مارس 2011، إلا أنها لم تشير لتحديد السقف المالي للملحق .

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

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

وفي هذا المجال سنستعرض حدود سقفه والحدود المنطقية والموضوعية لسقف الملحق وإمكانية إبرام ملحق بدون تحديد السقف

الفرع الثاني: مدى إمكانية إبرام ملحق دون سقف مالي محدد

في الحقيقة وفي قوانين الصفقات العمومية السابقة وكذلك تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 247 / 15 الجديد، لا توجد مادة قانونية واضحة وصريحة تنص على عدم تجاوز السقف المالي للملحق بزيادة أو نقصان كما جاء في النص الجديد نسبة 15% من المبلغ الأصلي للصفقة اللوازم والدراسات والخدمات و 20% في حالة صفقات الأشغال.

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

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

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

كل هذه التبريرات السابقة يجب أخذها بعين الاعتبار، مع مراعاة عدم المساس بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية المبنية في المادة 05¹ من نفس المرسوم 247 / 15 وهي كالتالي:

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

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

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

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

في الحقيقة جاء في رد رئيس قسم الصفقات العمومية لوزارة المالية، أنه يمكن إبرام هذا الملحق في حالة وجود دواعي تقنية لم تكن متوقعة من الطرفين أي المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي، في هذه الحالة يمكن اللجوء لملحق مهما كانت قيمته لإنجاز موضوع الصفقة. ولكن مع الإشارة في نفس المراسلة إلى أن الإذن بإبرام هذا الملحق مع وجود دواعي وتبعات تقنية غير

¹ انظر المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247 / 15 مرجع سابق.

متوقعة من الطرفين، يجب أن تكون محل تبرير حالة بحالة من طرف المصلحة المتعاقدة أمام لجنة الرقابة للصفقات المختصة.

ثانياً: الحدود المنطقية والموضوعية لسقف الملحق

من المفروض أن القانون جاء لينظم الحالات المنطقية والموضوعية ومن الطبيعي أن نصادف حالات يتجاوز فيها مبلغ السقف المالي للملحق الحدود المنطقية والموضوعية، ولكن من جهة أخرى فيظل تسيير سليم ورشيد وضبط للحاجات والطلب العمومي، لا يتصور الحديث عن ملحق بقيمة تفوق 50% من القيمة الأولية للعقد الأصلي للصفقة. فقانون الصفقات كل متكامل، وبالتركيز على مسائل مثل مسألة "التحديد الدقيق¹ للحاجات" ومسألة "دراسة الجدوى" وغيرها، كل هذه المسائل تأتي في سياق عام يستهدف التقليل إلى أبعد الحدود من دائرة الحاجة إلى إبرام ملاحق، باعتبار الملحق في حد ذاته استثناء في الصفقة.

وهو ما أثار أيضاً انتباه المشرع من خلال نصه في الفصل السادس، الباب الرابع المادة 213² على إنشاء سلطة ضبط للصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام والإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي من بين مهامها المذكورة في الفقرة الرابعة والخامسة من نفس المادة.

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

عموماً وفي كل الحالات فإن إبرام ملحق دون سقف مالي محدد من حيث المبدأ أمر ممكن قانونياً، ولدراسة أسبابه ومبرراته ومدى مشروعيته، أخضع المشرع الملحق للرقابة الخارجية للجنة الصفقات المختصة، إذا تجاوز النسب والهوامش المسموح بها، المذكورة في المادة 136 من المرسوم

¹ انظر المادة 27 من المرسوم الرئاسي 15 / 247 مرجع سابق.

² أنظر المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15 / 247، نفس المرجع.

247 -15، أين تجد المصلحة المتعاقدة نفسها مجبرة على تقديم تبريرات وتوضيحات مقنعة ومؤسسة.

ومنه يمكن أن نصل لنتيجة التالية:

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

ثالثا: السقف المالي لملحق صفقة مبرمة حسب الإجراءات المكيفة¹.

قام المشرع الجزائري في التنظيم الجديد لصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي 15-247 بسد ثغرة قانونية كانت محل غموض في القانون الملغي 236/10، وذلك بنصه على إمكانية إبرام ملحق لعقد صفقة تمت وفق الإجراءات المكيفة، وهو ما ورد في المادة 55 من القانون 247 -15، وذلك حسب الشروط المحددة في المواد 135 إلى 139 من هذا المرسوم، باستثناء تلك المتعلقة بالرقابة الخارجية للجان الصفقات العمومية وحسب الشروط التالية:²

- يجب أن يبرم الملحق في فترة الآجال التعاقدية.
- لا يمكن أن يتضمن الملحق تمديد لهذه الآجال التعاقدية.
- السقف المالي لملحق خاص بالخدمات الإضافية لا يمكن أن يتجاوز 50 % من مبلغ الصفقة أو العقد.
- السقف المالي لملحق خاص بالخدمات التكميلية لا يمكن أن يتجاوز 50 % من مبلغ الصفقة أو العقد (صفقات الأشغال فقط).

المطلب الثالث: تأثير السقف المالي للملحق على توازن الصفقة الأصلية وشروط المنافسة

إذا كان من واجب المصالح المتعاقدة الالتزام بالشروط الأصلية للمنافسة عند إبرام ملحق لصفقة حسب ما جاء في الفقرة الأخيرة³ للمادة 136 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات

¹ أنظر المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247 / 15، مرجع سابق .

² أنظر المادة 18 من المرسوم الرئاسي 247 / 15، نفس المرجع .

³ انظر المادة 136 مرسوم رئاسي 247 / 15، نفس المرجع.

المرفق العمومي 247 -15، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو تأثير السقف المالي للملحق على شروط المنافسة، وهل يمكن الطعن أمام مجلس المنافسة في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بمبدأ المنافسة الحرة.

الفرع الأول : تأثير الملحق على نزاهة الصفقة الأصلية

إن مجال الصفقات العمومية يشكل المسار المتحرك للأموال العامة فهو مجال خصب للفساد بكل صوره، لأجل هذا اهتم المشرع بتجريم المخالفات المتعلقة بالصفقات العمومية وبرر ذلك بتعديله لقانون العقوبات عدة مرات، والذي استحدث تجريم الوقائع التي ترتكب أثناء إبرام وتنفيذ الصفقة ولعل أهم محطة في مكافحة الفساد وهي صدور القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20-01-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته¹، لكن هذه الجريمة ككل الجرائم لا تكتمل صورتها إلا بتوافر أركانها القانونية وانعدام أي ركن منها يؤدي إلى انعدام الجريمة بالضرورة ومبرر العقاب عليها، وباعتبار الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، فإنه يعد أحد مظاهر اللجوء إلى التعديل والتسوية للصفقات الأصلية، هذه التسوية بالملحق وان كانت مشروعة في أصلها فإنها تتحول إلى عمل غير مشروع ومجرم إذا ما استعملت لغير الغرض الذي أوجدت من أجله وذلك بمجرد مخالفة النصوص التنظيمية والتشريعية الجاري العمل بها.

وأكدت مختلف النصوص التي اعتمدها المشرع الجزائري في تجريم جريمة المحاباة، إعطاء تصورات واسعة لهذه الجريمة، وفي كل مراحل الصفقة العمومية، خاصة في مرحلة التنفيذ والتعديل، وهي المرحلة الصعبة من حيث الدراسة، إذ يجد القاضي الجزائري، نفسه أمام عالمين لا يعرفان بعضهما البعض، الإداري والجزائي وبينهما نصوص تنظيمية وأخرى تشريعية مبعثرة هنا وهناك، ثم أن إخضاع الصفقات العمومية والملاحق للرقابة الجزائرية هي من مظاهر الشعور بعدم الاستقرار القانوني من قبل المشتريين العموميين.

¹ قانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المؤرخ في 20-02-2006 جريدة رسمية رقم 14 بتاريخ 08-03-2006

أدى عدم تمكن الرقابة الإدارية من الحد من عدم نزاهة بعض الصفقات، إلى استتجاد المشرع الجزائري بالاتفاقيات الدولية وسن قانون الفساد، ولعل ما يعاب على هذا القانون انه ركن إلى مبادئ أخلاقية لمكافحة الفساد لكنها تبقى في غالب الأحيان مثالية لا يتأتى العمل بها إلا في المجتمعات التي تعرف قيمتها وتعرف مفاهيم وقيمة النجاح وتسعى إلى ترك بصمات في تاريخها.

الفرع الثاني : تأثير السقف المالي للملحق على شروط المنافسة

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

وهذا ما أكدت عليه المادة 136 الفقرة الأخيرة¹ أنه في حالة تجاوز سقف الملحق أو الملاحق نسبة 15% بالنسبة لصفقات اللوازم الدراسات والخدمات أو 20% بالنسبة لصفقات الأشغال فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر لدى لجنة الصفقات المختصة أنه:

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

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

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

¹ لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام المرسوم الرئاسي 247/15

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

طالما أن المادة 06 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم¹، لم تستثني الاتفاقات التي تبرمها الإدارة، خاصة إذا كانت تتضمن بعض الأعمال المدبرة باعتبارها من الممارسات المنافية للمنافسة وكما أشرنا سابقا أكدت المادة 02 الواردة في القانون 12-08 المعدل للأمر 03-03 المتضمن قانون المنافسة، على إدراج الصفقات العمومية ضمن النشاطات الخاضعة لتطبيق قانون المنافسة، لكن التساؤل يطرح أنه إذا تم إخضاع الملاحق ذات السقف المالي الغير محدد لاختصاص مجلس المنافسة نفع أمام مشكل الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري باعتبار عقود الصفقات العمومية تخضع لاختصاص القضاء الإداري.

أجابت على هذه الإشكالية نص المادة 946² من قانون 08-09 التي جعلت الاختصاص يؤول للمحكمة الإدارية عند الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة، وبالتالي يتحدد مجال تدخل مجلس المنافسة في مراقبة المتعاملين الاقتصاديين المتعاقدين في مجال الصفقات العمومية دون المصلحة المتعاقدة، خاصة أن المادة 02 من قانون المنافسة قيدت تدخل مجلس المنافسة بضرورة عدم إعاقة أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة.

وفي هذا الشأن ينبغي التنويه لموقف القضاء الفرنسي حول هذه المسألة، أين تم حل هذا الإشكال في فرنسا وذلك بإعمال نظرية الأعمال المنفصلة، حيث تم توزيع الاختصاص في قمع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة بين مجلس المنافسة والقضاء الإداري، فإذا كانت الممارسة بفعل إحدى المصالح المتعاقدة فيؤول الاختصاص للقضاء الإداري، أما إذا صدرت الممارسة من طرف عون اقتصادي طبيعي أو معنوي عام أو خاص يمارس نشاط الإنتاج والتوزيع أو الخدمات أو الاستيراد فان الاختصاص يؤول لمجلس المنافسة³. إلا أن تطبيق ذلك في الجزائر صعب

¹ الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية عام 2003 والمتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية رقم 43 بتاريخ 20 جويلية 2003

² انظر المادة 948 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. جريدة رسمية رقم 21

بتاريخ 23 افريل 2008

³ HUBRECHT Hubert -Gerald. Droit public economique dalloz .L'aris.1997.p295-296

باعتبار المشرع الجزائري أخذ بالمعيار العضوي لتحديد اختصاص القضاء الإداري وهذا ما يدفعنا لاستبعاد اختصاص مجلس المنافسة بالرغم من أنها الهيئة الأكثر خبرة للفصل في مثل هذه المنازعات المخلة بشروط المنافسة.

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

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

كما يجب نشر كل هذه المعلومات في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومية، أو في الموقع الإلكتروني للمصلحة المتعاقدة.¹

¹ المرسوم الرئاسي 247 /15

المبحث الثالث: آثار الملحق على الصفقة الأصلية

باعتبار الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة فان نهاية الصفقة وزوال آثارها التعاقدية، يؤدي حتما إلى زوال الملحق التابع لها، كما أن نهاية الملحق في الصفقة قد تكون نهاية طبيعية وذلك بانتهاء الغرض من وجوده، بمعنى آخر تنفيذ موضوع الملحق، أو بانتهاء المدة المتفق عليها لتنفيذ الأشغال الإضافية محل الملحق.

كما قد ينتهي الملحق نهاية غير طبيعية والتي تأخذ أشكالا مختلفة منها ما يقترب من عقود القانون الخاص كالفسخ الاتفاقي والفسخ بقوة القانون، وهناك شكل آخر غير مألوف في القانون الخاص يتمثل في الفسخ من جانب الإدارة أو ما يعرف بالفسخ الإداري والذي يمثل امتياز مقرر للإدارة باعتبارها سلطة عامة.

وستتناول هذه الحالات في هذا المبحث من خلال المطالبين التاليين في المطلب الأول: حالات النهاية الطبيعية للملحق في الصفقة العمومية. وفي المطلب الثاني: النهاية غير الطبيعية للملحق الصفقة العمومية.

المطلب الأول: حالات النهاية الطبيعية للملحق في الصفقة العمومية.

ينتهي الملحق نهاية طبيعية في الحالتين الآتيتين:

الفرع الأول: تنفيذ موضوع الملحق

ينتهي الملحق نهاية طبيعية بتنفيذ موضوعه، فتتحل الرابطة العقدية بوفاء كل طرف بالتزاماته التعاقدية، المكونة لمضمون الملحق، فإذا كان الالتزام التعاقدية الأصلي المتمثل في الصفقة يحتاج إلى ملحق واحد لإنجاز موضوع الصفقة، فإنه بمجرد التنفيذ تتحل الرابطة التعاقدية بوفاء كل طرف بالتزاماته التعاقدية، حيث أن المشرع منح الحق للإدارة بإبرام ملاحق للصفقة¹،

¹ أنظر المادة 135 من المرسوم الرئاسي 247 / 15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ففي عقد الخدمات ينتهي العقد بوفاء كل طرف بما في ذمته من التزام، فيقوم المتعامل الاقتصادي بتنفيذ الخدمة موضوع العقد والخدمة الملحقة بها وتقوم المصلحة المتعاقدة بالتسوية المالية

على دفع ما يحتمل من تسبيقات و/ أو دفع على الحساب أي أثر من شأنه أن يخفف مسؤولية للصفقة، أو أن يقوم المتعامل المتعاقد في عقد الدراسات بإنجاز الدراسة موضوع الصفقة¹ والدراسة الملحقة بها، ويكون ذلك طبعاً عن طريق تنفيذ الخدمة موضوع الملحق، فالأصل العام أن أي اتفاق قانوني ينتهي وينقضي بتمام تنفيذه، أي ترتيب جميع آثاره وهذا ما يطبق بالقياس على الملحق باعتباره وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة.

رغم ذلك تظل الصفقة العمومية بملاحقها متميزة بأحكام خاصة في عقد الأشغال العامة فبعد وفاء المتعامل الاقتصادي بالتزاماته كاملة في الموعد المحدد وتسليمه المشروع، تظل مسؤوليته قائمة في هذا النوع من الصفقات بملاحقها وهذا ما أوضحه المرسوم الرئاسي -15- 247 بنصه:

"... لا يترتب المتعامل المتعاقد من حيث التنفيذ الكامل والمطابق الوفي للخدمات المتعاقد عليها"² ونميز في هذا الصدد بين نوعين من التسليم:

1- التسليم المؤقت:

عند إتمام الأشغال موضوع الصفقة يتولى المتعامل المتعاقد تسليم المشروع للإدارة وتبادر هذه الأخيرة إلى الاحتفاظ بمبلغ الضمان للتأكد من حسن تنفيذ الصفقة طبقاً لما تم الاتفاق عليه في عقد الصفقة.³

¹ د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية فقهية، الطبعة الأولى، جس ور للنشر والتوزيع، الجزائر 2007 ص

² أنظر المادة 108 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 247 / 15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ سهام شقمطي، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2011، ص 142

2-التسليم النهائي:

عند تسجيل تحفظات على كيفية التنفيذ أثناء مرحلة التسليم المؤقت للمشروع، يلزم المتعامل الاقتصادي المتعاقد بمحاولة رفعها والاستجابة لمضمونها، وفي حالة إتمام ذلك يتم تسليم المشروع نهائياً حيث يترتب عندها ما يلي:¹

- يتحرر المتعامل المتعاقد - مبدئياً - من جميع الالتزامات.
- يسترجع الضمانات والكفالات المتعلقة بحسن التنفيذ.

وبهذا الصدد قضى مجلس الدولة الجزائري بأن الحساب العام النهائي الموقع عليه من طرفي الصفقة العمومية قابل للاحتجاج به على الطرفين الموقعين اللذين لا يستطيعان المنازعة لاحقاً.

الفرع الثاني: انتهاء المدة

الملحق كالصفقة الأصلية يتضمن مدة محددة لتنفيذه، بحيث يلتزم المتعامل المتعاقد بها فعند انتهاء تلك المدة الزمنية لنفاذه يؤدي حتماً إلى انقضائه.

المطلب الثاني: النهاية غير الطبيعية لملحق الصفقة العمومية

تنتهي الصفقة العمومية بملاحقها كأصل عام بتنفيذ موضوعها وهو الوضع الطبيعي والمألوف وقد تنتهي قبل إتمام عملية التنفيذ، حال ارتكاب خطأ جسيم أثناء تنفيذ العقد أو بتقاعس أحد طرفي العقد في الوفاء السليم بالتزاماته، وهو ما يؤدي إلى وضع حد لهذا العقد قبل حلول أجله في صورة نهاية مبسترة، وهذه الحالة تأخذ أشكالاً متعددة حسب نوع وطبيعة كل صفقة بملاحقها. يجب الإشارة أن حالات النهاية الغير طبيعية للصفقة الأصلية، التي سيأتي شرحها، فبالقياس على الإجراء المطبق على الصفقة فإنها حتماً ستطبق على ما يتبعها من ملاحق، لكننا في هذا المقام نتعرض إلى الفسخ باعتباره النهاية الغير الطبيعية المشتركة لجل الصفقات على اختلاف أنواعها وطبيعتها.

¹ محمد الصغير بعلي : العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 102

الفرع الأول: الفسخ الاتفاقي

وهو ذلك الفسخ الذي يتم باتفاق الطرفين قبل نهاية مدة الصفقة وبمقتضاه يتولى الطرفان تقدير التعويض المستحق وكيفية دفعه دون حاجة للجوء إلى القضاء.

يجد هذا الفسخ أساسه في أحكام المادة 151 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 التي جاء فيها "زيادة على الفسخ من جانب واحد المذكور في المادتين 149 و150 أعلاه يمكن القيام بالفسخ التعاقدية للصفقة العمومية عندما يكون مبرر بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض".

ولما كان للفسخ الاتفاقي الطابع الرضائي¹، فإن نص المادة 151 الفقرة الثانية أوجبت توقيع اتفاقية أو وثيقة الفسخ من قبل الممثل القانوني للمصلحة المعنية والمتعامل الاقتصادي المتعاقد، تتضمن التسوية المالية للأشغال المنجزة حفاظا على حقوق المتعامل المتعاقد خاصة وأنه لم يثبت الخطأ من جانبه.

الفرع الثاني: الفسخ بقوة القانون والفسخ الإداري

أولا: الفسخ بقوة القانون:

خلافا للفسخ الاتفاقي قد يفسخ العقد بقوة القانون دون الوقوف على رغبة أحد أطرافه كما لو هلك محل الصفقة العمومية بسبب قوة قاهرة، أو إذا تضمنت الصفقة شرطا فاسخا يجعل الصفقة مفسوخة بتحقيقه... وغيرها.

ثانيا: الفسخ الإداري

من أهم سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد الفسخ الانفرادي أو الإداري للصفقة العمومية وهو ما جاء صراحة في أحكام المادة 150، والفقرة الثانية من المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15.

¹ يوضياف عمار، مرجع سابق، ص 354

واضح من نص المادتين أن المشرع الجزائري اعترف صراحة للمصلحة المتعاقدة ممارسة هذه السلطة، إلا أن ممارستها معلقة على إجراء جوهري يتمثل في الإعذار وهو إجراء شكلي جوهري قبل توقيع الفسخ.

إذ يشكل الإعذار حماية للمتعامل المتعاقد من تعسف المصالح المتعاقدة وخروجها عن مبدأ المشروعية، وبالتالي لا فسخ دون إعدار، وما نسجله على نص المادة¹ 149 أنها لم تحدد أجلا بعد توجيه الإعذار يسمح بعد انتهائه ممارسة سلطة الفسخ، ولربما تعمد المشرع ذلك ليمنح المصالح المتعاقدة سلطة تقديرية حسب طبيعة كل صفقة.

وبالرجوع إلى قرار وزير المالية بتاريخ 28 مارس 2011 نصت المادة 02 منه أن الفسخ لا يتم من جانب المصلحة المتعاقدة إلا بعد توجيه إعدارين للمتعامل المتعاقد العاجز كما وصفته المادة المذكورة، كما بينت المادة 03 من ذات القرار مضمون الإعدار، وأوجبت ذكر البيانات التالية:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.
- تعيين العامل المتعاقد وعنوانه.
- التحيين الدقيق للصفقة ومراجعتها.
- توضيح إن كان أول أو ثاني إعدار.
- موضوع الإعدار.
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعدار.
- العقوبات المنصوص عليها في حال رفض التنفيذ.

أما عن شكل الإعدار فبينته المادة 04 إذ يتم برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل الاقتصادي المتعاقد مع إشعار بالاستلام ونشره وجوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وفي صفقات الأشغال العامة كثيرا ما تستعمل الإدارة وسائل الإعلام المكتوبة كالجرائد قبل ممارسة سلطة الفسخ وهذا ما توضحه الاعتذارات المنشورة يوميا في الجرائد.

¹ انظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247 / 15 مرجع سابق.

على خلاف الفسخ الاتفاقي فإن الفسخ الانفرادي أو الإداري يشكل أهم صورة لسلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل الاقتصادي المتعاقد، تمارس جزاء تقصيره أو إخلاله الجسيم بالتزاماته العقدية بما يضمن السير الحسن للمشروعات محل الصفقات العمومية، بما يجسد فكرة استمرارية المرفق العامة لذا يسمى أيضا بالفسخ الجزائي.

كما يجوز للمصلحة المتعاقدة فسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى ولو لم يرتكب المتعامل المتعاقد أي خطأ مراعاة لمبدأ الملائمة، غير أن هذا الأمر يعطي المصالح المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في وضع حد للرابطة العقدية، وتلتزم المصلحة المعنية تبرير موقفها عند ممارسة الرقابة من الجهات المخولة قانونا.

كما منح قانون الصفقات الجديد 247 -15 في المادة 149 منه، إمكانية الفسخ الجزئي للصفقة أو الملحق مع تحميل المتعامل الاقتصادي جميع التكاليف.

الفرع الثالث: الفسخ القضائي

حق اللجوء للقضاء يبقى قائما، فيجوز لطرفي الرابطة العقدية اللجوء إلى القضاء الإداري ممثلا في المحاكم الإدارية المختصة إقليميا.

ومن الطبيعي أن يستند رافع الدعوى لسبب جدي يوجب الفسخ القضائي ويبرر استجابة القاضي الإداري لموضوع الدعوى.¹

تلك هي حالات نهاية الصفقة العمومية بملاحقتها، بمعنى نهاية حياتها أو مسارها القانوني.

الملحق في الصفقة العمومية وككل تصرف قانوني تنتهي آثاره إما بنهاية طبيعية أو نهاية مبسترة، وتأسيس ذلك هو إسقاط أحكام نهاية الصفقة الأصلية عليه باعتباره وثيقة تابعة لها.

¹ بعلي محمد الصغير، مرجع سابق، ص 503.

خلاصة الفصل

توصلنا من خلال المفاهيم والأحكام المتعلقة للملحق في الصفقة العمومية أن المشرع أراد من خلال هذه الآلية الحفاظ على السير الحسن للمرفق العمومي تلبية للحاجات وتحقيقاً للأهداف المبرمجة، حيث أتاح للهيئة المتعاقدة إمكانية تعديل الصفقة وإبرام ملحق لها بشرط توافر شروط والتي ذكرناها من خلال هذا الفصل، ويمكن للملحق أن ينتهي نهاية طبيعة مثلما يمكنه أن ينتهي نهاية غير طبيعة ويؤدي إلى نشوء منازعات وحفاظاً على المال العام وحمايته أقر المشرع رقابة على سير هذه الإجراءات وتنفيذ هذه التعديلات، كما بين أيضاً طرق تسوية المنازعات المتعلقة بالملحق وهذا ما سنتناوله من خلال الفصل الموالي

الفصل الثاني

الرقابة وآليات تسوية منازعات الملحق للصفحة
العمومية في القانون الجزائري

تمهيد

لما كان الملحق عبارة عن حل وآلية يتسنى من خلالها تحقيق الرضاء لدى الأطراف المتعاقدة تجنب الإضرار بمصلحة كلا الطرفين إلا أن هذا الحل قد تنتج عنه منازعات تتطلب التسوية وقد يخل أحد الطرفين أو كلاهما بشروط إبرامه أقر المشرع الجزائري الرقابة على ملحق الصفقة العمومية وأكد عليها من خلال عدة نصوص قانونية تنظيمية حدد من خلالها اللجان المكلفة بالرقابة كما حدد آليات تسوية المنازعات المتعلقة بأحكامه وهذا ما سنستعرضه من خلال هذا الفصل من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: سلطة الرقابة على الملحق للصفقة العمومية

المبحث الثاني: الملحق كآلية تسوية ودية لنزاعات الصفقات العمومية

المبحث الثالث: التسوية القضائية لمنازعات ملحق الصفقات العمومية

المبحث الأول: سلطة الرقابة على الملحق للصفقة العمومية

قبل أن نتطرق إلى لجان الرقابة على الملحق وجب علينا التطرق أولاً إلى حالات عدم إخضاع الملحق للرقابة وكذلك إلى ما جاء به القانون 15 - 247 فيما يخص سلطة الرقابة وذلك من خلال المطلب الأول في حين سنتناول لجان الرقابة على الصفقات العمومية في المطلب الثاني والآثار المترتبة عنها في المطلب الثالث

المطلب الأول: حالات عدم إخضاع الملحق للرقابة وما جاء به القانون 15 - 247

الفرع الأول: حالات عدم إخضاع الملحق للرقابة

إن المشرع حتى يبعث بساطة ومرونة على سلطة تعديل الصفقة، نص في المادة 138 و المادة 139 من التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية رقم 247 - 15، على عدم إخضاع الملحق لفحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، وذلك في الحالات التالية:

- عندما يكون الملحق عديم الأثر المالي ويتعلق بإدخال أو تعديل بند تعاقدى أو أكثر غير البنود المتعلقة بأجال التنفيذ.
- إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجال التعاقد.
- إذا كان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز زيادة أو نقصاناً النسبة الآتية:

• 10% نسبة عشرة في المائة من المبلغ الأصلي للصفقة حسب المادة¹

139، إذن فالأصل عدم إخضاع الملحق لأي نوع من الرقابة المقررة للصفقة الأصلية

واستثناء هناك حالات يخضع فيها الملحق للرقابة الخارجية القبلية للجان الصفقات المختصة:

• إذ تضمن عمليات جديدة في مفهوم الفقرة الأولى للمادة 136 وتجاوز مبلغها

النسب المحددة في المادة 139.

¹ أنظر المادة 139 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية والمرفق العمومي

• إذا ترتب على أسباب استثنائية، وغير متوقعة وخارجة عن إدارة الطرفين اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبرا أو أدى تأخير الأجل التعاقدى الأصلي¹.

• لم يكن من الممكن وبصفة استثنائية إبرام الملحق محل ضبط الكميات النهائية للصفقة في آجال التعاقدية، ويمكن إبرام هذا الملحق من بعد الاستلام المؤقت للصفقة، ولكن مهما يكن الأمر قبل إمضاء الحساب العام والنهائي².

الفرع الثاني: ما جاء به المرسوم 15- 247 بخصوص الرقابة على ملحق الصفقة
إن الرقابة الخارجية³ تم تنظيمها لأول مرة، بموجب المرسوم رقم 82 - 145 من خلال المادة 115 منه، أما المرسوم الرئاسي الجديد 15- 247 فقد حددت المادة 163 منه الهدف من الرقابة الخارجية والمتمثل في مايلي:

- التحقق من مطابقة الصفقات المعروضة على الهيئات الخارجية للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

- التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية. تمارس هذا النوع من الرقابة هيئات يطلق عليها اسم لجان الصفقات. كما خصص المشرع الجزائري المواد 163 إلى 190⁴ من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للرقابة الخارجية، حيث يهدف هذا النوع من الرقابة حسب المادة 163 إلى التحقق من مطابقة الصفقات العمومية للتشريع والتنظيم المعمول بهما والتحقق من مطابقة المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بطريقة نظامية حيث وبعد الاطلاع على الأحكام الجديدة للرقابة الخارجية في ضوء المرسوم الرئاسي 15- 247 سجلنا الملاحظات التالية:

1 أُلغى القانون الجديد نهائيا اللجان الوطنية للصفقات العمومية وهي اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال، واللجنة الوطنية لصفقات اللوازم، واللجنة الوطنية لصفقات الدراسات

¹ أنظر المادة 138 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 نفس المرجع.

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

³ فاطمة الزهراء فرقان: رقابة الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006 - 2007، ص 26

⁴ المواد من 163 إلى 190 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

والخدمات كما ألغى العمل بنظام اللجان الوزارية وهذا من أجل القضاء على مركزية الرقابة على الصفقات العمومية من جهة وتخفيف من حدة بيروقراطية الإجراءات من جهة أخرى.

2 قسم القانون الجديد المكلفين بالرقابة إلى قسمين، يتعلق القسم الأول بلجان

الصفقات للمصالح المتعاقدة والقسم الثاني باللجنة القطاعية للصفقات العمومية. والتي سنتناولها من خلال المطلب الموالي

المطلب الثاني: لجان الرقابة على الصفقات العمومية

الفرع الأول: لجان الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة

تتمثل هذه اللجان في اللجنة البلدية للصفقات العمومية، اللجنة الولائية للصفقات العمومية اللجنة الجهوية للصفقات العمومية، لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل الممركز للمؤسسة العمومية المحلية ذات الطابع الإداري، وقد حدد القانون الجديد مجال اختصاص كل لجنة من اللجان المذكورة أعلاه كما يلي:

أولا : اللجنة البلدية للصفقات العمومية¹:

والتي تختص حسب المادة 174 بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها البلدية والتي تقل قيمتها المالية عن مائتي دينار جزائري (200.000.000 دج) في حالة صفقات الأشغال وخمسين مليون دينار جزائري (50 000 .000 دج) في حالة صفقات الخدمات وعشرون مليون دينار جزائري (20 000.000 دج) في حالة صفقات الدراسات.

ثانيا : اللجنة الولائية للصفقات العمومية²:

و تختص حسب المادة 173 من قانون الصفقات العمومية الجديد بالرقابة على دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها الولاية والمصالح الممركزة للدولة والمصالح الخارجية للإدارات المركزية التي تساوي قيمتها المالية أو تفوق مليار دينار جزائري(1000.000.000 دج) في حالة صفقات الأشغال وثلاث مائة مليون دينار جزائري(300 000 .000 دج) في حالة صفقات اللوازم، ومائتي مليون دينار جزائري (200000000 دج) في حالة صفقات الخدمات، ومائة مليون دينار

1 أنظر المادة 174 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

2 أنظر المادة 173 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

جزائري (1 000.000 دج) في حالة صفقات الدراسات، زيادة على ذلك تختص اللجنة الولائية للصفقات العمومية بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية التي يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي 200000000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات.

ثالثا: اللجنة الجهوية للصفقات العمومية¹ :

والتي تختص حسب المادة 171 من قانون الصفقات العمومية الجديد بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية في حدود المستويات المحددة في المستويات المطات من 1 إلى 4 من المادة 184 من تنظيم الصفقات العمومية والتي سنتناولها في اللجنة القطاعية للصفقات العمومية .

جدير بالذكر أن القانون الجديد خص لجان الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة ببعض الأحكام القانونية الخاصة منها أن أعضاء لجان الصفقات ومستخلفوهم يعينون من طرف إداراتهم لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد باستثناء المعينون بحكم الوظيفة، زيادة على منح المسؤول الأول للمصلحة المتعاقدة سلطة تعيين عضو مستخلف من خارج المصلحة لاستخلاف رئيس اللجنة في حالة الغياب، والإعلان عن حضور ممثلون عن المصلحة المتعاقدة والمصلحة المستفيدة أشغال لجنة الصفقات بصوت استشاري على أن يكلف مسؤول المصلحة المتعاقدة بتزويد أعضاء اللجنة بكل المعلومات اللازمة والضرورية لاستيعاب محتوى الصفقة، وأخيرا نصت المادة 178² على أن الرقابة لجنة الصفقات للمصلحة المتعاقدة تتوج بمقرر منح التأشير أو رفضها خلال أجل أقصاه عشرون (20) يوم ابتداء من تاريخ الملف كاملا لدى هذه اللجنة.

الفرع الثاني: اللجنة القطاعية للصفقات العمومية³.

تتمثل مهمة صلاحيات اللجنة القطاعية التي تحدث لدى كل دائرة وزارية في مجال الرقابة دراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق في حدود المستويات المحددة في فقرات المادة 184 من تنظيم الصفقات العمومية الجديد وفق التالي :

¹ المادة 171 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 نفس المرجع.

² المادة 178 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

³ المادة 184 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

- دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مليار دينار (1000.000.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.¹
- دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار (200000000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائة مليون دينار (100.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر شروط أو صفقة أشغال أو لوازم للإدارة المركزية، يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر شروط أو صفقة دراسات أو خدمات للإدارة المركزية، يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، ستة ملايين دينار (6.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في المادة 139 من هذا المرسوم يمكن أن يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار المبالغ المحددة أعلاه، أو أكثر من ذلك.
- ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستويات المحددة أعلاه، أو أكثر من ذلك في حدود المستويات المبينة في المادة 139 من هذا المرسوم.

¹ المادة 139 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

وضع المشرع بعض الأحكام الخاصة باللجنة القطاعية للصفقات العمومية تتمثل في أن الوزير المعني يعين بموجب قرار أعضاء اللجنة القطاعية ومستخلفيهم بأسمائهم على أساس الكفاءة بناء على اقتراح من الوزير الذي يخضعون لسلطته حسب المادة¹ 187، ومن الأحكام الخاصة أيضا أن الرقابة التي تمارسها اللجنة القطاعية تتوج بمقرر منح أو رفض منح التأشيرة في أجل أقصاه 45 يوما ابتداء من إيداع الملف لدى أمانة اللجنة.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن الرقابة للملحق للصفقة العمومية

تتوج الرقابة التي تمارسها لجان الصفقات بإصدار التأشيرة، حيث تتوج الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة، بمنح التأشيرة أو رفضها خلال عشرين يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجنة، أما الرقابة التي تمارسها اللجان القطاعية للصفقات فتتوج بإصدار تأشيرة في غضون خمسة وأربعين (45) على الأكثر ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجان.

الفرع الأول: حالة منح التأشيرة

على الرغم من أن التأشيرة تتمتع بجميع خصائص القرار الإداري، لكنها لا تحدث أثرا بذاتها نظرا لعدم تمتعها بالطابع التنفيذي، فإنها تقوم كتصرف قانوني على مجموعة من الأركان والشروط، تتمثل في ما يأتي:²

1- التسبيب: يتمثل سبب منح التأشيرة من طرف لجنة الصفقات المختصة كحالة قانونية هي الطلب المقدم من المصلحة المتعاقدة (الإدارة) وهذا ما يتضح في نص المادة 196 من المرسوم الرئاسي 247-15 "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجباريا التأشيرة".

2- الاختصاص: المادة من المرسوم 247-15 نفس حتى تكون التأشيرة قانونية، يجب أن تراعي قواعد الاختصاص التالية:

أ. **الاختصاص الشخصي:** اللجنة هي مركز اتخاذ القرار فيما يخص الرقابة في حدود اختصاصها وتسلم لهذا الغرض: "تأشيرة في إطار تنفيذ الصفقة"، وعليه فإن الاختصاص بمنح التأشيرة يؤول إلى لجنة الصفقات المختصة، تبعا لقواعد توزيع الاختصاص التي أشرنا إليها

¹ أنظر المادة 187 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

² محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دون طبعة وتاريخ نشر، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة - الجزائر، ص 61.

سابقا بالنسبة لكل لجنة، إذ صدور التأشيرة عن لجنة صفقات غير مختصة يجعلها باطلة وغير مشروعة،¹ لأن الأصل في الاختصاص أنه شخصي وهو ما يعني أنه يلزم صاحبه بأن يمارسه بنفسه وليس له حق أن يعهد به إلى سواه.²

ب. الاختصاص الزمني: إن الاختصاص الزمني بمنح التأشيرة محدد بمدة عشرين (20) يوما من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة لجنة الصفقات المصلحة المتعاقدة، أما فيما يخص اللجان القطاعية للصفقات فالاختصاص الزمني بمنح التأشيرة محدد بخمسة وأربعين (45) يوما تبدأ من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة اللجنة.

وإذا لم تصدر التأشيرة في الآجال المحددة، تخطر المصلحة المتعاقدة الرئيس، الذي يجمع لجنة الصفقات المختصة في غضون الثمانية أيام الموالية لهذا الإخطار، ويجب على هذه اللجنة أن تبت في الأمر حال انعقاد الجلسة بالأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين.³

3- المحل:

إن الأثر القانوني المترتب على منح التأشيرة هو التنفيذ، إذ يجب تنفيذ الصفقة أو الملحق المؤشرين من قبل اللجنة المختصة خلال الثلاثة (3) أشهر على الأكثر الموالية لتاريخ تسليم التأشيرة وإذا انقضت هذه المهلة، تقدم الصفقة أو الملحق من جديد إلى اللجنة المختصة قصد الدراسة، ومع ذلك فإن تشريع الصفقات العمومية يسمح للجنة الصفقات منح تأشيرة مرفقة إما.

➤ بتحفظات غير موقفة (عندما تتصل بشكل الصفقة)

➤ أو بتحفظات موقفة (عندما تتصل بموضوع الصفقة)، حيث يجب رفعها قبل البدء

في تنفيذ الصفقة.

ومن جهة أخرى، فإن منح التأشيرة ليس له أثر ملزم على المصلحة المتعاقدة، حيث يمكن لهذه الأخيرة أن تعدل تماما عن إبرام الصفقة وتنفيذها بما لها من سلطة تقديرية، ومراعاة لمقتضيات المصلحة العامة ومستجدات وتطورات العمل والنشاط الإداري.⁴

¹ محمد الصغير بعلي: مرجع سابق، ص 65

² عمار بوضياف: القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص 114

³ أنظر المادة 198 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

⁴ محمد الصغير بعلي: المرجع السابق، ص 67

فإذا عدلت المصلحة المتعاقدة عن إبرام إحدى الصفقات التي كانت موضوع تأشيرة من قبل فإنها يجب أن تعلم اللجنة المختصة بذلك،¹ وينطبق أمر العدول أيضا على الملحق في الصفقة.

4- الشكل والإجراءات:

يخضع منح التأشيرة للأشكال والإجراءات التالية:

1 - التبليغ: يجب تبليغ قرار لجنة الصفقات إلى المصلحة المتعاقدة خلال 05 أيام من تاريخ انعقاد الجلسة.²

2 - الكتابة: يجب أن تفرغ التأشيرة في شكل كتابي.

5- الهدف (الغاية):

يدخل منح التأشيرة في المسعى الرامي إلى توسيع دائرة الرقابة على استعمال الأموال العمومية حفاظا على المصلحة العامة، وعدم استفحال الفساد الإداري.

ويشكل مجال الصفقات العمومية، نظرا للمبالغ المالية الضخمة المعتمدة له ميدانا خصبا للرشوة والتهرب غير المشروع، وخاصة من خلال إبرام الإدارة ملاحق للصفقة التي تتميز بعدم خضوعها للرقابة المقررة للصفقة الأصلية.

الفرع الثاني: حالة رفض التأشيرة

يمكن للجنة أن تمنح التأشيرة أو ترفضها،³ وكما هو الحال بالنسبة لمنح التأشيرة يقوم رفض منح التأشيرة، على مجموعة من الأركان والشروط تتمثل فيما يلي:

1- السبب:

يعود سبب رفض منح التأشيرة إلى قيام حالة قانونية تعاينها اللجنة من حيث وجود مخالفة للتشريع أو التنظيم المعمول بهما،⁴ أي خرق مبدأ المشروعية كصدور الملحق مخالفا لقواعد المشروعية.

2- الاختصاص:

حتى يكون رفض التأشيرة مؤسسا، يجب أن يراعي قواعد الاختصاص التالية:

¹ أنظر المادة 196 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

² أنظر المادة 195 فقرة 06 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 نفس المرجع.

³ أنظر المادة 195 فقرة 05 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 نفس المرجع.

⁴ المادة 195 من المرسوم الرئاسي 15-247 "...فان كل مخالفة للتشريع أو التنظيم المعمول بهما قد تعاينه اللجنة، تكون سببا لرفض التأشيرة".

أ- الاختصاص الشخصي:

كما هو بالنسبة لمنح التأشيرة، تختص برفض التأشيرة لجنة الصفقات المختصة، تبعا لقواعد توزيع الاختصاص الخاصة بكل لجنة، فمثلا صفقات الأشغال العامة التي تجاوزت فيها المبالغ المذكورة سابقا، ففي هذه الحالة يعهد الاختصاص بالرقابة إلى اللجنة القطاعية وعليه فقرار رفض التأشيرة يصدر من طرفها، فمن المنطقي أن يعقد الاختصاص برفض التأشيرة مثلا للجنة القطاعية المختصة.

ب- الاختصاص الزمني:

كما هو الشأن لمنح التأشيرة، فإن الاختصاص الزمني برفض منح التأشيرة محدد بمدة عشرين (20) يوما تبدأ من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة أما فيما يخص اللجان القطاعية للصفقات فالاختصاص الزمني بمنح التأشيرة أو رفضها محدد بخمسة وأربعين (45) يوما تبدأ من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة اللجنة.

يتمثل الأثر المترتب على رفض منح التأشيرة أساسا في عدم تنفيذ الصفقة أو ملحقها. ولما كانت رقابة لجان الصفقات بمنح التأشيرة أو رفضها ليست مختصة بإبرام الصفقات العمومية ، وإنما تمثل فقط رقابة خارجية لاحقة، فإن المرسوم الرئاسي 247 - 15 يخول كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي، الوالي، الوزير، مسؤول الهيئة العمومية المعني، حق "تجاوز رفض التأشيرة"، إذا أملت اعتبارات ومعطيات وضرورات المصلحة العامة والتسيير الإداري الحسن¹. ونظرا لخطورة مقررات التجاوز على مبدأ المشروعية، فقد أحاطه المرسوم الرئاسي 247 - 15 بجملة من الحدود، تتمثل في مايلي:

- لا يمكن اللجوء إلى مقرر التجاوز إلا في حال رفض التأشيرة المعلل لعدم مطابقة الأحكام التنظيمية²، وهكذا فإن تجاوز رفض التأشيرة إنما يقتصر فقط على حالة رفض التأشيرة نظرا لعدم مطابقة الملحق للأحكام التنظيمية.

¹ دمحمد الصغير بعلي: المرجع السابق، ص 61.

² انظر المادة 202 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

- يشترط لصحة مقرر التجاوز أن يبنى على تقرير من المصلحة المتعاقدة وأن يكون معللا ومسببا حيث يجب أن يشار ويذكر في صلب المقرر السبب الدافع إلى عدم الاعتداد بقرار رفض التأشيرة ومن ثم الانتقال إلى تنفيذ ملحق الصفقة.
- لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز إلا بعد تسعين (90) يوما ابتداء من تاريخ تبليغ رفض التأشيرة.¹
- ضرورة إعلام الجهات المعنية وذات العلاقة.

3- الشكل والإجراءات:

- أ. **التبليغ:** يستلزم تبليغ قرار لجنة الصفقات برفض التأشيرة إلى المصلحة المتعاقدة خلال 08 أيام من تاريخ انعقاد اللجنة.
- ب. **التسبيب:** تشترط المادة 195 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 أن يكون رفض التأشيرة معللا وذلك من حيث تضمينها بالسبب أو الأسباب التي يقوم عليها الرفض.
- ج. **الكتابة:** قياسا على منح التأشيرة الذي يجب أن يكون رفضها كتابيا أيضا.

¹ انظر المادة 202 فقرة 07 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

المبحث الثاني: الملحق كآلية لتسوية منازعات الصفقة الأصلية.

المبحث الثاني: الملحق كآلية تسوية ودية لنزاعات الصفقات العمومية:

يعد التسوية الودية للمنازعات في الصفقات العمومية عن طريق الملحق كآلية من آليات فض النزاعات دون اللجوء إلى القضاء، وفي نفس الوقت تمثل ضمانا كافية لكلا الطرفين المتعاقدين ويجب أن نشير أن المشرع أشار أيضا للتحكيم الدولي عند تنفيذ صفقة أو ملحق مبرم مع متعاملين متعاقدين أجنب وذلك باقتراح من الوزير المعني وبعد الموافقة المسبقة للحكومة أثناء اجتماعها وهو أيضا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث

المطلب الأول: ماهية التسوية الودية

الفرع الأول: التسوية الودية

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

وتجدر الإشارة أن الملحق في حد ذاته هو آلية من آليات التسوية الودية للنزاعات الطارئة أثناء التنفيذ حيث تبرمه المصلحة المتعاقدة بدافع إعادة التوازن للتكاليف المترتبة ماليا على كل طرف في الصفقة¹، فعند إبرام المصلحة المتعاقدة ملحق أو ملاحق للصفقة متجاوزة في ذلك حدود سلطتها في التعديل، بما يؤدي إلى إرهاب المتعامل معها في تنفيذ الصفقة، الأمر الذي يؤدي معه حتما إلى وقوع نزاع بينها وبين المتعامل الاقتصادي المتعاقد معها، لذلك تدخل المشرع من خلال قانون الصفقات العمومية ونظم قاعدة الحل الودي الرضائي للنزاع الناتج عن التنفيذ،

الفرع الثاني: الحل الودي

إن المقصود بتسيير نزاعات الصفقات العمومية هو البحث عن الحل الودي² أولا للنزاعات المترتبة عن تنفيذ الصفقات العمومية أو ملاحقها من طرف المصلحة المتعاقدة، وقد عالج المرسوم الرئاسي 247 - 15 هذه المسألة في القسم الحادي عشر (11) من الفصل الرابع المعنون ب: " تنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية" في المواد 153 - 154 و 155.

¹ انظر نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

² انظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 نفس المرجع.

في حالة قيام نزاع بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي المتعاقد معه، تؤكد المادة 153 من المرسوم الرئاسي المذكور على وجوب البحث عن الحل الودي للنزاع مع مراعاة النقاط التالية:

- ✓ أن التسوية لا بد وأن تتم في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.
- ✓ أن المصلحة المتعاقدة عليها أن تسعى لإيجاد حل ودي شرط أن يضمن هذا الحل:
 - أ. توازن للتكاليف المترتبة على كل طرف.
 - ب. التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
 - ج. الحصول على تسوية نهائية وبأقل تكلفة.
 - د. يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج، في دفتر الشروط اللجوء إلى التسوية الودية للنزاعات قبل كل مقاضاة أمام العدالة، والتي بدورها عليها أن تبحث عن الحل الودي والمنصف للنزاع.

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

المطلب الثاني: لجان التسوية الودية للمنازعات

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

الفرع الاول: تشكيلة اللجان

تتشأ لجان التسوية الودية للمنازعات على المستويات التالية :

- على مستوى كل وزير .
- على مستوى كل مسئول هيئة عمومية.
- على مستوى كل والي.

و تتشكل من ¹:

¹ انظر المادة 154 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

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

- ممثل الوزير أو ممثل الهيئة العمومية (رئيس اللجنة)
- ممثل المصلحة المتعاقدة.
- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع.
- أمانة اللجنة.

ب لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الولاية:

- ممثل عن الوالي رئيسا.
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع.
- ممثل عن المحاسب العمومي المكلف بالدفع.
- أمانة اللجنة.

2- شروط الانضمام لهذه اللجان:

- ✓ يعين أعضاء اللجان المختارون نظرا لكفاءتهم في الميدان المعني للصفحة أو الملحق، وهذا بموجب مقرر من رئيسها¹.
- ✓ كما يمكن لرئيس اللجنتين السابقتين الاستعانة بكل كفاءة من شأنها توضيح أعمال اللجنة وذلك على سبيل الاستشارة فقط.
- ✓ يعين الرئيس من بين احد الأعضاء المشكلين للجنة مقرر².
- ✓ لا يجب أن يكون أعضاء هاتين اللجنتين قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة أو الملحق المعنيين بالنزاع³.

¹ انظر المادة 154 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 نفس المرجع.

² انظر المادة 154 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 نفس المرجع.

³ انظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 نفس المرجع.

الفرع الثاني: صلاحيات لجان التسوية الودية وسير أعمالها :

أولا : صلاحياتها¹:

- اللجنة الوزارية: تختص بدراسة النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والملاحق الخاصة بالإدارة المركزية أو المؤسسات العمومية الوطنية، والمصالح الخارجية التابعة لها.
 - لجنة الهيئات العمومية : تختص بدراسة النزاعات الخاصة بالمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها.
 - اللجنة الولائية : تتولى دراسة نزاعات الولاية، البلديات، المؤسسات العمومية المحلية والمصالح غير الممركزة للدولة من خلال البحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف للنزاعات المترتبة عن تنفيذ الصفقات المطروحة أمامها.
- ثانيا: كيفية سير أعمال هذه اللجان:

- أولا يجب الإشارة إلى انه يمكن لأي طرف عرض النزاع على هذه اللجان سواء كانت المصلحة المتعاقدة أو المتعامل الاقتصادي وتتم أشغال هذه اللجان كالتالي :
- يتم عرض النزاع برسالة موصى عليها مع وصل استلام، كما يمكن إيداعها لدى أمانة اللجنة مقابل وصل استلام، متضمنة الوثائق الثبوتية اللازمة للصفقة أو الملحق موضوع النزاع.
 - يعين الرئيس احد الأعضاء اللجنة مقرر للملف النزاع.
 - يدعى الطرف الآخر برسالة موصى عليها مع وصل استلام من طرف الرئيس، لتوضيح رايه في النزاع.
 - يعيد رده خلال عشرة أيام (10) برسالة موصى عليها مع وصل استلام.
 - تكون مهلة دراسة الملف في اجل (30) ثلاثون يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الرد الأخير.
 - يمكن للجنة الاستماع إلى طرفي النزاع ،و الطالب منهما استكمال أي وثيقة للملف النزاع .

¹ انظر المادة 154 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

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

- يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موسى عليه مع وصل استلام، وترسل نسخة من الرأي إلى لجنة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹.

تبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة، للمتعامل الاقتصادي المتعاقد في أجل أقصاه (08) ثمانية أيام، ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موسى عليها مع وصل استلام، وتعلم اللجنة بذلك.

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

المطلب الثالث: التحكيم كآلية لتسوية الودية لنزاعات الصفقة العمومية.

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

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

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

وقد أقر المشرع للأشخاص المعنوية اللجوء إلى آلية التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية حسب ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 153² من المرسوم

247-15.

¹ انظر المادة 213 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 نفس المرجع.

² انظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

الفرع الأول : ماهية التحكيم:

أولاً: تعريف التحكيم

يعرف التحكيم في الاصطلاح على أنه: "تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما والمراد بالخصمين هو الفريقان المتخاصمان"¹.

ويعرفه الفقه كالاتي: "التحكيم هو اتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"².

ومن ثم فهو عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه على ضوء قواعد العدالة، وفقا لما ينص عليه الاتفاق مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين والذي يحوز حجية الأمر المقتضي فيه، ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه فيها"³.

ويعرفه آخرون "بأنه اتفاق أطراف النزاع اتفاقا يجيزه على اختيار بعض الأشخاص أو الهيئات للفصل في المنازعة وقبول القرار الصادر فيها"⁴.

ثانيا: تمييز التحكيم عن القضاء:

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

أ- من حيث الأساس:

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

¹ محمد بن ناصر بن محمد البجاد : التحكيم في المملكة العربية السعودية ، مركز البحوث والدراسات الإدارية ، الرياض ، 1999، ص 17

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة :التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 12

³ يسري محمد العطار :التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، د ن طبعة، دار النهضة العربية، 2002 ، ص14

⁴ ماجد راغب الحلو :العقود الإدارية والتحكيم، د ن طبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، 2000، ص 161

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

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

وبناء على ما تقدم، فإنه إذا كان لمبدأ سلطان الإرادة دور في قيام التحكيم، إلا أن إرادة أطراف النزاع غير كافية لذلك، حيث يتعين أن يجيز المشرع لهم اللجوء لهذا النظام في تسوية المنازعة والاضحى المختص هو قضاء الدولة التي وقع على أرضها النزاع¹.

ب- من حيث نطاق الاختصاص:

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

من حيث الأثر:

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

و على العكس من ذلك فإن حكم التحكيم ليس له في جميع الأحوال سوى حجية نسبية حيث يقتصر أثره على طرفي النزاع وحدهما².

¹ محمد شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دو ن طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 15

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 28

ج- من حيث قابلية الحكم للتنفيذ:

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

الفرع الثالث: شروط التحكيم وأنواعه:

أولاً: شروطه: التحكيم كإجراء قانوني يستوجب توافر شروط شكلية وموضوعية لازمة لصحته: أ-الشروط الشكلية: تتمثل الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم في ضرورة كتابته وأن يكون عدد المحكمين فيه وترا (عدد فردي).

- كتابة اتفاق الأطراف: الكتابة شرطاً لازماً لصحة كل من شرط التحكيم واتفاق

التحكيم، حيث يقع باطلاً كل اتفاق لم يفرغ في شكل مكتوب، فشرط التحكيم يثبت تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها، ويحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً.

- العدد الفردي للمحكمين: قد نص المشرع على أن تكون تشكيلة محكمة التحكيم

تتكون من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي.

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

- الرضا: تلعب إرادة طرفي التعاقد دوراً بارزاً في مجال التحكيم، حيث يتفق على

الالتجاء إليه في التعاقد ذاته، أو يبرم اتفاقاً خاصة ينطوي على قبول طرفي التعاقد بتسوية نزاعاته من خلال أسلوب التحكيم.

- المحل: محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع، ويشترط لصحة التحكيم ألا يكون

موضوعه "محلّه" مخالفاً للنظام العام، والا وقع الاتفاق عليه باطلاً، وينسحب هذا البطلان إلى قرار التحكيم.

وحكمة عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، أن هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة وإشرافها والتي يعنيها أن تسرى عليها قواعد موحدة¹، وهو الأمر الذي لن يتحقق في حالة اللجوء لنظام التحكيم بصدد تلك المسائل. يضاف إلى ما تقدم أنه لا يجوز أن يكون محل التحكيم مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الجنسية حيث تعد تلك المسائل من النظام العام.

- **الأهلية:** لأن اتفاق التحكيم لا يصح إلا إذا كان تعبيراً عن إرادة حرة لطرفيه فإن

هذا الاتفاق يتعين أن يكون طرفيه من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين ممن يملكون التصرف في حقوقهم، بمعنى أن يكون الشخص متمتعاً بحقوقه المدنية.

ثانياً: أنواع التحكيم:

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

أ- **التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:** الأصل في التحكيم أن يكون اختياريًا، بحيث يستند في قيامه إلى إرادة أطراف النزاع واختيارية التحكيم تعني ترك الحرية لأطراف النزاع في اللجوء إلى هذا الأسلوب لتسوية النزاع أو العزوف عن ذلك مفضلين رفع الأمر للقضاء، أو اللجوء لأي طريق آخر لتسوية نزاعهم².

وفي التحكيم الإجباري قد يكتفي المشرع بفرض التحكيم تاركاً للخصوم حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم، وقد لا يكتفي المشرع بهذا القدر من التدخل فيضع تنظيمًا كاملاً لإجراءات التحكيم، بحيث لا يكون ل إرادة الخصوم أي دور في هذا الشأن.

ب- التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي:

ينصرف تعبير التحكيم الدولي إلى التحكيم الذي يتصل بمصالح التجارة الدولية أما التحكيم الداخلي فيقصد به أساساً التحكيم الذي تجري إجراءاته أو يصدر الحكم فيه داخل الدولة³، بمعنى أن التحكيم الذي يصدر حكمه خارج الدولة يطلق عليه تحكيم خارجي.

¹ أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري أو الاجباري ، د ط، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1978، ص 73

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص28

³ عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دو ن طبعة، دار النهضة العربية 2000 ، ص30.

المبحث الثالث : التسوية القضائية لمنازعات ملحق الصفقات العمومية

بناء على نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247-15، إذا فشل المتعامل الاقتصادي في تسوية نزاعاته مع المصلحة المتعاقدة بالطريق الودي له أن يلجأ إلى القضاء بعد استنفاد التسوية الودية للنزاع أو عدم القبول بقرار لجنة التسوية .

إن السبب الغالب في منازعات ملحق الصفقات العمومية هو مخالفة نص أو بند من بنود الصفقة أو إلى أي خطأ يرتكبه أحد المتعاقدين نتيجة أعماله المادية، كما يمكن أن يكون الطعن القضائي مؤسسا عند قيام أي عارض من عوارض تنفيذ الصفقة العمومية مثل حالة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة وهو ما طبقه القضاء الجزائري في كثير من أحكامه.¹

وتجدر الإشارة أن منازعات ملحق الصفقات العمومية هي من اختصاص القضاء الإداري سواء فيما يتعلق بإعدادها وتكوينها وكذا تنفيذها، وحتى في حالة فسخها كليا.² وتصنف منازعات الصفقات العمومية وملاحقتها إما تحت عنوان القضاء الكامل أو قضاء الإلغاء.

المطلب الأول: دعوى القضاء الكامل

من المسلم به أن قضاء العقود الإدارية هو المجال الأصيل للقضاء الكامل وبالتالي فإن مجال قضاء الإلغاء في العقود الإدارية هو نطاق محدود.

على هذا الأساس فالقاعدة العامة أن كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تدخل في ولاية القضاء الإداري الكامل ولا يخرج عن هذه القاعدة سوى الاستثناء الضيق في المجال العملي وهو القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية.

ويستمد القضاء الإداري اختصاصه بمنازعات العقود الإدارية من طبيعة القضاء الكامل والتي تتسجم وتعبر عن الطبيعة الذاتية لمنازعات العقود الإدارية.

ومن ثم يكون مجال حماية الحقوق المتولدة عن العقد الإداري هو القضاء الكامل بما يضمنه من حماية للحقوق.

¹ انظر قرار مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الثالثة، قضية بلارة توفيق ضد رئيس المندوبية لبلدية سكيكدة في 08-03-1993 لحسين بن الشيخ آيت

ملويا : المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2003، ص 73

² حسب المادة 149 من المرسوم 247 - 15 الجديد سمح للمصالح المتعاقدة بإمكانية فسخ جزئي للصفقة .

الفرع الأول: تعريف دعوى القضاء الكامل وشروطه :

أولاً: تعريفها

هي الدعوى التي يرفعها المدعي أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة للمطالبة بالتعويض وإعادة التقدير المالي.

وسميت بدعوى القضاء الكامل نظراً لتعدد واتساع سلطات القضاء المختص في هذه الدعوى مقارنة بسلطاته المحدودة في الدعاوى الأخرى ، الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية، ومن أهم وأشهر دعاوى القضاء الكامل، دعوى التعويض ، ودعوى العقود الإدارية.¹

الفرع الثاني : شروط اختصاص القضاء الكامل:

وتتلخص شروط اختصاص القضاء الكامل في ما يلي:

أ- أن تصدر القرارات عن الإدارة بوصفها جهة تعاقدية:

بمعنى يجب أن يصدر القرار عن الإدارة باعتبارها السلطة المختصة بإصدار هذا القرار وأن مصدر سلطاتها هو العقد، وأن تصدر في مواجهة المتعاقد الاقتصادي بوصفه طرفاً في العقد.

ب- أن يتصل القرار بالصفحة:

يقصد بذلك القرارات المركبة المتصلة بالعمليات الإدارية العقدية في مرحلة إبرام وتنفيذ العقد والداخلية في تكوين العقود، فالأصل أنها قرارات إدارية مركبة متصلة بالعقد وليست منفصلة عنه وبالتالي يختص بمنازعاتها قاضي العقد.

حتى يخضع القرار لأولوية القضاء الكامل يجب أن يتصل بالصفحة انعقاداً أو تنفيذاً أو انقضاء دون أن تصدر في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، وعليه يخرج من ولاية القضاء الكامل القرارات الصادرة للتمهيد لانعقاد العقد الإداري والتي تصدر عن دعوى القضاء الكامل التي تنتهي بانتهاء الحقوق وبالتالي يلجأ إلى قضاء الإلغاء.²

الفرع الثالث: صور دعاوى القضاء الكامل:

تأخذ منازعات العقود الإدارية في مجال القضاء الكامل صوار متعددة:³

1 سهام عبدلي، مفهوم دعوى القضاء الكامل في الجزائر، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2007 - 2008 ، ص 212

² سهام عبدلي ،نفس المرجع، ص215

3 محمود عاطف ألبنا، العقود الإدارية ،دون طبعة،دار الفكر،القااهرة-مصر ، ص 328

أ - دعوى بطلان العقد الإداري:

هي دعوى تتصل بانعقاد العقد وصحته، سواء لعييب في الإجراءات السابقة أو في إبرام العقد والذي يملك إقامة دعوى بطلان العقد هو أحد المتعاقدين. ودعوى بطلان العقد الإداري تعد من أهم صور القضاء الكامل، فليس للمتعاقد الذي يريد أن يتوصل إلى إلغاء العقد إلا سبيل القضاء الكامل لأن القاعدة المسلم بها تقوم على أن دعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود الإدارية،¹ هذه الدعوى لا يمكن لغير المتعاقد أن يرفعها فالغير ليس له أن يقيم دعوى بطلان العقد لأنه ليس طرفا فيه.

ب - دعوى الحصول على مبالغ مالية استناد للعقد:

إن دعوى الحصول على مبالغ مالية يكون إما في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد، أو لأي سبب من الأسباب التي ترد في مجال العقود الإدارية، والتي تؤدي إلى الحكم بمبلغ من المال²، والدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة كثيرة جدا تكاد أن تغطي على بقية المنازعات الأخرى.

إن التعويض في هذه الدعوى يختلف عن الغرامة، فالغرامة هي مبلغ من المال يحدد جزافا في العقد كجزاء لإخلال المتعاقد بشرط معين من شروط العقد، أما التعويض فهو المبلغ الذي يلزم المتعاقد بدفعه نظير إخلاله بالتزاماته التعاقدية دون أن يكون محددًا مسبقًا في العقود، ولا يلزم المتعاقد بالتعويض إلا إذا نتج عن فعله ضرر، أما الغرامة فلا يشترط فيها تحقق الضرر³.

ج - دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة من الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية

إذا صدر عن الإدارة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية، فإن للمتعاقد الآخر أن يحصل على حكم بإبطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل لأنه لا يستطيع أن يلجا إلى قضاء الإلغاء.

وتحتفظ دعوى المتعاقد في هذه الحالة بصفقتها تلك من حيث أنها تنتمي إلى القضاء الكامل حتى ولو اقتضرت على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفقتها متعاقدة.

¹ محمود عاطف البنا ، نفس المرجع ، ص 329

² سليمان محمد الطماوي : القضاء الإداري - قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي ، 1976، ص 253

³ محمد فواد مهنا : مبادئ وأحكام القانون الإداري، دون طبعة وتاريخ نشر، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، ص 776

المطلب الثاني: دعوى قضاء الإلغاء

الفرع الأول : تعريف دعوى قضاء الإلغاء

دعوى الإلغاء أداة قانونية فعالة لتحريك عملية الرقابة القضائية على أعمال الدولة والإدارة العامة، تؤدي إلى القضاء على الأعمال الإدارية غير المشروعة بصفة نهائية وهدم آثارها القانونية بأثر رجعي.

لقبول دعوى الإلغاء وضع المشرع شروطا يجب توافرها تتعلق بقبول الدعوى أو ما يسمى بالشروط الشكلية (أولاً)، كما يجب أن يستند رافع الدعوى إلى وجه من أوجه الطعن ويطلق عليها تسمية الشروط الموضوعية (ثانياً).

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لدعوى قضاء الإلغاء:

تخضع دعوى الإلغاء باعتبارها دعوى قضائية للشروط والإجراءات المقررة قانوناً، فلا يمكن للقاضي الفصل فيها ما لم تتوفر على الشروط المقررة لقبولها وتعرف اصطلاحاً بـ "شروط القبول"¹. إن الشروط المقررة قضاء وفقها وتشريعاً وتنظيماً هو أن يتوفر في رافع الدعوى الشروط التالية:

- شرط الصفة والمصلحة والأهلية.
- أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار له مواصفات وخصائص القرار الإداري .
- أن ترفع في الميعاد والأجل المحدد قانوناً.
- أمام الجهة القضائية المختصة .

أ- شروط الصفة والمصلحة:

دعوى الإلغاء باعتبارها دعوى قضائية في طبيعتها وخصائصها، فلا يمكن قبولها إلا إذا توافر في رافعها شرط الصفة والمصلحة، وهو المبدأ الذي وضعته المادة 13 من قانون رقم 08-09² التي جاء فيها "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقررها القانون".

¹ عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر، 2005، ص 356

² قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم المؤرخ في 25 فبراير 2008، ج ر عدد 21 بتاريخ 23 أفريل 2008

واضح من النص أن الأهلية لم تعد شرطا لقبول الدعوى سواء أمام الجهات القضائية العادية أو الإدارية، لورود نص المادة 13 تحت عنوان الكتاب الأول "الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية".

السؤال المطروح: ما مدى تمتع المتعامل بالصفة؟ أليس أمامه قاضي العقد وهو قاضي القضاء الكامل وما له من ولاية إلغاء القرار غير المشروع وتصحيح الوضع والتعويض عنه؟ ويتعبير دقيق هل للمتعامل الاقتصادي المتعاقد الصفة لرفع دعوى الإلغاء؟

يذهب أغلب الفقهاء إلى القول بأن المتعامل المتعاقد ليس أمامه سوى اللجوء إلى قاضي العقد لحسم المنازعات المتعلقة بالعقد.

غير أن القضاء الفرنسي أوجد بعض الاستثناءات، إذ أجاز للمتعاملين مع الإدارة الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بمرحلة الإبرام، لكن إذا أصدرت الإدارة قرارات تخص تنفيذ الصفقة أو على الصفقة ذاتها، فتكون قراراتها غير قابلة للطعن فيها بالإلغاء استقلالا عن العقد.

أما لغير المتعاقد مع الإدارة أجاز له القضاء الفرنسي الطعن بالإلغاء شرط أن تكون له مصلحة جادة ومشروعة في إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العملية التعاقدية، خاصة وأن الغير لا يمكنه بأي حال من الأحوال اللجوء إلى قاضي العقد أو القضاء الكامل لأنه ليس طرفا في العقد، من المنطقي أن لا يحرم من دعوى تجاوز السلطة.

بالإضافة إلى الصفة يشترط فيرفع الدعوى المصلحة التي يجب أن تكون مباشرة، شخصية ومشروعة.

وفي مجال الصفقات العمومية يأخذ شرط المصلحة طابعا خاصا انطلاقا من أن إلغاء القرار الإداري المنفصل لا يؤدي بذاته إلى إلغاء الصفقة العمومية، وإنما يبقى العقد أو الصفقة قائما حتى يطلب أحد أطرافه إلغاءه أمام قاضي العقد وهو ما جعل القضاء والفقهاء الإداريين يقران بعدم وجود مصلحة من رفع دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل، لأنه لا يمس بالصفقة العمومية.

ب- أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار إداري:

من أهم شروط دعوى أن تنصب على قرار إداري وهو ما أكدته صراحة نص المادة 801 من قانون رقم 08-09 التي جاء فيها "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في¹: دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية.
- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية.
- المؤسسات العمومية المحلية ذات الطبعة الإدارية.
- دعاوى القضاء الكامل.
- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة".

يبدو واضحا اشتراط المشرع وجود قرار إداري، لكن رغم أن المنازعة متعلقة بصفحة عمومية أجاز القضاء الفرنسي بأن تكون محلا لدعوى الإلغاء إذا انصبت على قرار إداري منفصل من القرارات السالف ذكرها.

ج- شرط الميعاد:

تقتضي المصلحة العامة وضع مواعيد وأجال لرفع دعوى الإلغاء وعدم تركها عرضة للطعن حتى تحظى القرارات والمعاملات بالاستقرار. يقصد بشرط الميعاد المدة التي خولها المشرع للفرد للمطالبة بحقوقه أمام الجهات القضائية²، على هذا الأساس حدد المشرع الجزائري أجلا لرفع الإلغاء مميذا بين ميعاد الإلغاء أمام المحاكم الإدارية (1)، ومجلس الدولة (2)، نظرا لتنوع الجهات المؤهلة بإبرام الصفقات العمومية.

¹ انظر المادة 801 من قانون رقم 08-09 مرجع سابق.

² د. تاجر محمد، ميعاد رفع دعوى إلغاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة م ولود معمر، تيزي وزو 2006، ص

✓ ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحاكم الإدارية:

نصت المادة 829 على ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحاكم الإدارية بأنه "يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة (4) أشهر يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي".

وعليه فإن رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية يكون خلال أربعة أشهر التابعة لتبليغ قرار الاستبعاد أو الحرمان من دخول الصفقة العمومية، أو قرار الإبرام أو رفض الإبرام، لأن هذه القرارات يتم تبليغها بطبيعتها، وخلال أربعة أشهر التابعة لنشر القرار عندما يتعلق الطعن بالإعلان عن المنح المؤقت أو قرار إلغاء الصفقة العمومية، لأن هذه القرارات بطبيعتها تنشر ولا تبلغ.

✓ ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة:

يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.¹

كما يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية² ، وبالرجوع إلى نص المادة 970 من قانون رقم 08-09 تنص "عندما يفصل مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة تطبق الأحكام المتعلقة بالآجال المنصوص عليها في المواد 829 إلى 832 أعلاه"³.

تلك هي مواعيد رفع دعوى الإلغاء انطلاقاً من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فهل نص قانون الصفقات العمومية على مواعيد خاصة لرفع الدعوى؟
بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية لا نجد أي ميعاد أو آجال خاصة لرفع دعوى الإلغاء، يُفهم من ذلك ضمناً أنه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على النحو المبين أعلاه.

¹ أنظر المادة 901 من قانون رقم 08-09 مرجع سابق.

² أنظر المادة 902 قانون رقم 08-09 نفس المرجع.

³ الإحالة إلى نصوص المواد 829 إلى 832 يجعل ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة هو 4 أشهر التابعة لتبليغ القرار أو نشره.

د- شرط الاختصاص:

يعرف الاختصاص على أنه صلاحية جهة قضائية بالنظر في نزاع في الحدود المرسومة لها قانونا.

يعتبر من أهم شروط قبول الدعوى الإدارية فلا ينظر القاضي الإداري في الشروط الأخرى إلا بعد تأكده من الاختصاص لأنه من النظام العام.

✓ الاختصاص النوعي:

تناول المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة الاختصاص النوعي لجهات القضاء الإداري ضمن القسم الأول من الكتاب الرابع تحت عنوان " في الاختصاص النوعي " من المادة 800 إلى غاية المادة 802 .

واضح من النصوص السابقة أن الذي تبناه المشرع الجزائري لتحديد جهة القضاء الإداري يتمثل في المعيار العضوي¹.

فالاختصاص القضائي يؤول إلى الجهة الإدارية كلما كان أحد أطراف الخصومة أحد الأشخاص المذكورين ضمن نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ولا ينظر لطبيعة المنازعة ولا لموضوعها إلا ما تم استثناءه².

لكن الدارس لتنظيم الصفقات العمومية 247-15 من خلال نص المادة 06 منه ، يتأكد بأنها لم تحدد الاختصاص القضائي لمنازعات الصفقات العمومية، وإنما حددت مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية.

إذ قامت بتعداد الأشخاص المعنوية العامة وهذه الأشخاص لا إشكال فيها إذ يعود الاختصاص بشأنها إلى القضاء الإداري تطبيقا للمعيار العضوي سالف الذكر.

¹ بموجب هذا المعيار تتحدد الجهة القضائية بالنظر إلى أطراف المنازعات فإذا كان أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام فإن المنازعات تخضع للقضاء الإداري بغض النظر عن موضوعها.

² المعيار العضوي الذي تبناه المشرع الجزائري وطبقه القضاء تعترضه إشكالية قانونية هامة لوجود نص المادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15-247

لكن الإشكال يثور بالنسبة للمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بعملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

هذه المؤسسات ستحدث على المستوى القضائي إشكالات عملية في غاية التعقيد فهل تعود المنازعة لاختصاص القاضي العادي أم لاختصاص القاضي الإداري؟

يبقى اختصاص القضاء الإداري هو الاحتمال الوارد مع أنه هداماً صارخاً للمعيار العضوي، استناداً لمعيار "الوكالة" وهذا ما رأى به الأستاذ رشيد خلوفي وهو راي مسنود بالمادة 06 من قانون الصفقات العمومية 247-15، لأنه ورد في المادة 06¹ من قانون الصفقات العمومية العبارة التالية "...عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة"، فوجود عبارة "تكلف" تعني وجود موكل هو الدولة كلف وكيل وهي هذه المؤسسات التي جاءت في صلب المادة 06 للقيام بعمل ما لحساب الدولة ولمصلحتها.

فامتداد نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية على الوجه المحدد في المرسوم الرئاسي رقم 247-15، إنما يدل على رغبة المشرع في توسيع نطاق الرقابة على الصفقات العمومية المخصصة أساساً للاستثمارات التنموية، خاصة في ظل صرامة الإجراءات التي تمر بها عملية إبرام الصفقات ناهيك عن الرقابة المفروضة في كل مرحلة من مراحل عمر الصفقة أو الملحق سواء قبل الإبرام أو أثناءه أو حين التنفيذ.

✓ الاختصاص الإقليمي (المحلي):

تم إفراد قواعد الاختصاص الإقليمي لمنازعات القضاء الإداري بصفة عامة ومنازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصوص خاصة ضمن قواعد الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية.²

¹ انظر نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 مرجع سابق.

² نص المشروع على قواعد الاختصاص الإقليمي من المادة 803 إلى المادة 806 وذلك ضمن القسم الثاني من الفصل الأول المتعلق بالاختصاص من الباب الأول المتضمن الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية.

جاء المشرع بثلاثة معايير لتحديد الاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية، تشكل استثناءات على القاعدة العامة، ضمن أحكام المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقراتها الثانية والثالثة والسادسة وذلك وفقا لما يلي:

أول قاعدة تخص عقد الأشغال العامة والجهة القضائية المختصة هي المحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال العامة، وهو ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها "في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الشغال".

أما القاعدة الثانية فقد تضمنتها الفقرة الثالثة من المادة نفسها¹ التي تنص على "في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه"

فجاءت الصياغة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أكثر وضوحا ودقة بذكر المشرع لمصطلح "العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها، وهنا تدخل الصفقات العمومية لاعتبارها أهم أنواع العقود الإدارية.

ما يلاحظ هو استعمال معيارين لتحديد الإقليمي "مكان الإبرام" أو "مكان التنفيذ"، وحق الخيار يعود لرافع الدعوى، وبذلك تجنب المشرع النقد الذي وجه إليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الملغى.

أما القاعدة الثالثة فتخص صفقات التوريد أو الأشغال، جاء تنظيمها في الفقرة السادسة من المادة نفسها التي نصت على "في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف يقيم به".

فالمحكمة الإدارية المختصة إقليميا هي التي يقع في دائرة اختصاصها "مكان الإبرام" أو "مكان التنفيذ" بشرط أن يكون أحد أطرافها مقيما بهذا المكان ولا تطبق القاعدة العامة المتمثلة في المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليها (المصلحة المتعاقدة)

¹ المادة 804 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 15 فبراير 2008 مرجع سابق.

أما إذا كان موضوع الصفقة العمومية¹ أحد الأنواع المتبقية المتمثلة في انجاز دراسات أو تقديم خدمات، فالمحكمة الإدارية المختصة إقليميا هي تلك التي يقع بدائرة اختصاصها "مكان إبرامها" أو "مكان تنفيذها" طبقا للفقرة الثالثة من المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثالث: أوجه الاختلاف بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل الفرع الاول : من حيث سلطة القاضي:

تختلف دعوى الإلغاء عن دعوى القضاء الكامل من حيث حجم سلطات القاضي في كل منها حيث أن سلطات القاضي المختص محدودة وضيقة في دعوى الإلغاء، بالرغم من شدة فاعلية وقوة هذه الدعوى في القضاء على الأعمال الإدارية غير المشروعة وانهاء آثارها القانونية نهائيا والى الأبد.

ولكن سلطات القاضي في دعاوى القضاء الكامل واسعة ومتعددة ولذلك سميت بدعاوى القضاء الكامل، فهكذا ونظرا لكون كل من دعوى التعويض والمسؤولية الإدارية ودعاوى العقود الإدارية من دعاوى قضاء الحقوق ونظرا لطبيعتها الشخصية والذاتية تتسع فيها سلطة القاضي الإداري.² حيث يجوز للقاضي المختص في دعاوى القضاء الكامل، سلطة عن مدى وجود الحقوق الشخصية المكتسبة والاعتراف بوجودها، ثم سلطة البحث والتقدير عن مدى عدم شرعية الأعمال الإدارية الضارة، ثم سلطة البحث عن المساس والاضرار بالحقوق الشخصية المكتسبة بفعل الأعمال غير المشروعة والضارة، وسلطة تقدير التعويض الكامل والعادل واللازم لإصلاح الأضرار المادية أو المعنوية التي أصابت الحقوق الشخصية المكتسبة، وسلطة الحكم بالتعويض الكامل والعادل وسلطة أمر السلطات الإدارية بدفع التعويض المحكوم به. فسلطة القاضي في دعاوى القضاء الكامل واسعة ، بينما سلطات القاضي في دعوى الإلغاء محدودة وضيقة.

الفرع الثاني : من حيث النظام القانوني:

تختلف دعوى الإلغاء عن دعاوى القضاء الكامل من حيث الطبيعة، إذ أنّ دعوى الإلغاء هي دعوى عينية موضوعية وهي من دعاوى قضاء الشرعية.

¹ يتحدد الاختصاص الإقليمي في منازعات الصفقات العمومية حسب موضوع الصفقة أو الملحق، تلك هي الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء أمام القضاء.

² معوض عبد التواب ، دعاوى التعويض الإدارية وصيغتها، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، 1997، ص 11

بينما دعاوي القضاء الكامل هي دعاوي شخصية وذاتية وهي أيضا من دعاوي الحقوق في طبيعتها، يترتب عن ذلك بطبيعة الحال اختلاف النظام القانوني لعملية تطبيق دعوى الإلغاء عن النظام القانوني لدعاوي القضاء الكامل من حيث عدة عناصر وأمور أهمها ما يلي:

- اختلاف مفهوم الصفة والمصلحة في دعوى الإلغاء عن مفهوم شرط الصفة والمصلحة في دعاوي القضاء الكامل.

حيث يتميز مفهوم شرط الصفة والمصلحة في دعوى الإلغاء نظرا لطبيعتها الموضوعية والعينية بالمرونة والسهولة في التطبيق تشجيعا لتحريك ورفع دعوى الإلغاء من الأفراد لحماية شرعية أعمال الدولة العامة.

فيكفي لتحقيق شرط الصفة والمصلحة في دعوى الإلغاء أن يكون للشخص مجرد وضع قانوني أو حالة قانونية وقع عليها اعتداء بفعل قرار إداري غير مشروع فمفهوم شرط الصفة والمصلحة في دعاوي القضاء الكامل يتسم بالتعقيد والصعوبة والجمود.

- إجراءات وشكليات عريضة الإلغاء تمتاز في القضاء الإداري بالبساطة والسهولة والسرعة عكس دعاوي القضاء الكامل حيث أن الإجراءات والشكليات المتعلقة بعريضة الدعوى تتسم بالتعقيد والصعوبة والإطالة في إنجازها وتقديمها.

- الجهة القضائية المختصة بدعوى الإلغاء هي دائما جهة القضاء الإداري، متمثلة في المحاكم الإدارية وهي جهات الولاية العامة للمنازعات الإدارية¹، ومجلس الدولة كجهة استئناف في الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية² وكجهة نقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية³، بينما تتقاسم كل من جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري بالنظر والفصل في دعاوي القضاء الكامل وفقا لقواعد الاختصاص القضائي السائد في كل بلد.

¹ أنظر المادة 800 من القانون 08-09 ، مرجع سابق

² أنظر المادة 902 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 10 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بصلاحيات وتسيير مجلس الدولة.

³ أنظر المادة 903 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والمادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بصلاحيات وتنظيم وتسيير مجلس الدولة.

خلاصة الفصل

من خلال هذا الفصل لاحظنا أنه كضمان لنزاهة سير إجراءات الملحق للصفقة العمومية أقر المشرع إنشاء لجان تتولى مهام الرقابة على هذه الإجراءات ، كما أنه أوضح آليات تسوية المنازعات الممكنة الحدوث نتيجة أي ظرف من الظروف مما يعرق السير الحسن للصفقة وفي ظل النظام القانوني للملحق للصفقة أصبح اللجوء إلى القضاء ليس هو الطريق الوحيد بشأن كل النزاعات التي تثار بين أطراف التعاقد في مجال الصفقات العمومية، وبالتالي أصبح من الضروري تقديم إجراءات ووسائل بديلة لتسوية النزاعات وحلها خارج الدعوى القضائية، توفيراً للجهد والوقت وتقليصاً لحجمه في المستقبل خاصة أن القضاء بطيء بطبيعته في إجراءاته.

لتحقيق أفضل الحلول فمن المستحسن أولاً إعمال التسوية الودية قبل ولوج الطريق القضائي، وما ينتج عنه من آثار ونتائج التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية. وفي الثاني التسوية القضائية لنزاعات الصفقات العمومية.

الخاتمة

الخاتمة

إن الضوابط القانونية التي أقرها المشرع في مختلف النصوص والأطر القانونية والتي تحدد النظام القانوني للملحق الصفقة العمومية ، وذلك من أجل حسن التسيير والتوجيه وضبط المال العام وضمان مصالح المصلحة المتعاقدة وكذلك المتعامل المتعاقد ، حيث أن المشرع أخذ في الحسبان كافة الاحتمالات الممكنة الحدوث خلال تنفيذ الصفقة كعدم كفاية القيمة المحددة لتنفيذ الصفقة أو تغييرها بزيادة أو نقصان وذلك لأجل ضمان السير الحسن للمرافق العمومية ، وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة معرفة النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في القانون الجزائري .

وتنظيم الصفقات العمومية الجديد جاء أكثر تفصيلا للنظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية عن سابقه، بحيث جاء بعدة قيود لإبرام الملاحق أو عرض الملاحق على هيئة الرقابة القبلية الخارجية، لذلك فقد عمدت من خلال هذه الدراسة بالاعتماد على قانون الصفقات العمومية الجديد 15- 247 إلى تحليل جميع المواد القانونية واستنباط منها أهم الأحكام والقواعد التي تناولت الجزئية المتعلقة بالملحق.

كما تم التطرق في هذه الدراسة إلى أهم الدوافع والأسباب التي تؤدي بالإدارة المتعاقدة إلى إبرام ملاحق لصفقاتها، ولعل الدافع الجوهرى لإبرام الملاحق أو ملاحق للصفقة هو تعديل العقد بالزيادة والنقصان نتيجة أحداث وظروف استجدت أثناء التنفيذ أو إبرام الصفقة، تم التطرق أيضا لحدود السقف المالي للملحق وتأثيره على المنافسة وتوازن الصفقة وكذلك على نزاهتها.

خلال هذه الدراسة تعرضنا كذلك إلى الرقابة المفروضة على الملحق، وإلى ضمانات المنازعات الناجمة عن ممارسة سلطة التعديل والمقررة للمتعامل المتعاقد نتيجة استعمال الإدارة لحقها في التعديل عن طريق إبرامها لملاحق للصفقة.

إن الملحق وكأي تصرف قانوني آخر تزول آثاره نتيجة عدة عوامل طبيعية وأخرى غير طبيعية وهذا ما تم معالجته تحت عنوان آثار الملحق على الصفقة العمومية.

بعد الدراسة الموضوع الملحق في الصفقة العمومية، يمكن استخلاص أهم هذه النتائج والتوصيات:

- يجب العمل على استقلال أجهزة الرقابة عن السلطة التنفيذية حتى تستطيع القيام بدورها لتقوية أساليب رقابتها، للحفاظ على المال العام، والحد من اللجوء المفرط لاستعمال الملحق في الصفقة لأنه يعد في الأصل إجراء استثنائي.

- صفقة الأشغال العامة تمثل المجال الخصب لسلطة التعديل عن طريق إبرام ملاحق للصفقة.
- هناك غموض في نص المادة 195 من المرسوم الرئاسي 15-247 فيما يتعلق بخضوع مشروع الصفقة والملحق لمداولة المجلس الشعبي البلدي طبقاً لأحكام قانون البلدية 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 بل إرسالها إلى لجنة الصفقات المختصة، ومع احتمال عدم موافقة المجلس على الصفقة أو الملحق فكيف يتم الإجراء وما مصير الصفقة أو الملحق.
- الملحق يمثل أداة ووسيلة من وسائل التسوية الودية لمنازعات الصفقة العمومية.
- تم التأكيد في المرسوم الجديد 15-247 على إجراءات التسوية الودية للمنازعات، وإنشاء لجنة التسوية الولائية للتسوية للمنازعات على المستوى المحلي يعد أمر إيجابي، أحسن المشرع الصنع بالنص عليه، قبل اللجوء إلى القضاء.
- عدم تحديد حدود منطقية ومعقولة لسقف الملحق، ولو بالنص عليه بمرسوم تنظيمي حسب كل قطاع وازري وحسب كل حالة، ساهم في وجود ملاحق تتجاوز قيمتها المبلغ التقديري للصفقة الأصلي، وهو أمر ساهم في وجود ثغرات تمس بالشفافية وال نزاهة في الصفقات العمومية.
- توسيع من صلاحيات تدخل مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية، خاصة أثناء مرحلة التعديل في الصفقة وابرما ملاحقها إذا تجاوزت أسقفها المالية، النسب المحددة في المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247 للحفاظ على شروط المنافسة الحرة.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

بسملة

تشكر

إهداء

مقدمة

02

05

06

07

07

07

08

09

09

12

15

15

15

17

17

19

19

20

23

..... الفصل الأول: أحكام الملحق في الصفقة العمومية.....

..... تمهيد

..... المبحث الأول: سلطة التعديل في الصفقة

..... المطلب الأول: تعريف الصفقة العمومية:

..... الفرع الأول: التعريف التشريعي.....

..... الفرع الثاني: تعريف الصفقات في القضاء والفقہ الإداري

..... المطلب الثاني: ماهية سلطة تعديل الصفقة

..... الفرع الأول: تعريف سلطة التعديل ودوافع ممارستها

..... الفرع الثاني: شروط ممارسة سلطة التعديل

..... المطلب الثالث: آليات ممارسة سلطة التعديل وأهدافها

..... الفرع الأول: آليات ممارسة سلطة التعديل

..... الفرع الثاني: أهداف التعديل

..... المبحث الثاني: النظام القانوني للملحق

..... المطلب الأول: مفهوم الملحق

..... المطلب الثاني: نطاق تنفيذ آلية الملحق

..... الفرع الأول: شروط إقرار الملحق

..... الفرع الثاني: مدى إمكانية إبرام ملحق دون سقف مالي محدد

..... المطلب الثالث: تأثير السقف المالي للملحق على توازن الصفقة الأصلية وشروط

..... المنافسة

24	الفرع الأول : تأثير الملحق على نزاهة الصفقة الأصلية
25	الفرع الثاني : تأثير السقف المالي للملحق على شروط المنافسة
	الفرع الثالث: مدى إمكانية خضوع الملاحق ذات السقف المالي الغير المحدد لرقابة مجلس
25	المنافسة
28	المبحث الثالث: آثار الملحق على الصفقة الأصلية
28	المطلب الأول: حالات النهاية الطبيعية للملحق في الصفقة العمومية.....
28	الفرع الأول: تنفيذ موضوع الملحق
30	الفرع الثاني: انتهاء المدة
30	المطلب الثاني: النهاية غير الطبيعية لملحق الصفقة العمومية
31	الفرع الأول: الفسخ الاتفاقي
31	الفرع الثاني: الفسخ بقوة القانون والفسخ الإداري
33	الفرع الثالث: الفسخ القضائي
34	خلاصة الفصل
	الفصل الثاني: الرقابة وآليات تسوية منازعات الملحق للصفقة العمومية في القانون
35	الجزائري
36	تمهيد
37	المبحث الأول: سلطة الرقابة على الملحق للصفقة العمومية
37	المطلب الأول: حالات عدم إخضاع الملحق للرقابة وما جاء به القانون 15 - 247....
37	الفرع الأول: حالات عدم إخضاع الملحق للرقابة.....
38	الفرع الثاني: ما جاء به المرسوم 15 - 247 بخصوص الرقابة على ملحق الصفقة.....
39	المطلب الثاني: لجان الرقابة على الصفقات العمومية.....
39	الفرع الأول: لجان الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة.....
40	الفرع الثاني: اللجنة القطاعية للصفقات العمومية.....
42	المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن الرقابة للملحق للصفقة العمومية.....
42	الفرع الأول: حالة منح التأشيرة.....
44	الفرع الثاني: حالة رفض التأشيرة.....

47	المبحث الثاني: الملحق كآلية تسوية ودية لنزاعات الصفقات العمومية:.....
47	المطلب الأول: ماهية التسوية الودية.....
47	الفرع الأول: التسوية الودية.....
47	الفرع الثاني: الحل الودي
48	المطلب الثاني: لجان التسوية الودية للمنازعات.....
48	الفرع الأول: تشكيلة اللجان.....
50	الفرع الثاني: صلاحيات لجان التسوية الودية وسير أعمالها.....
51	المطلب الثالث: التحكيم كآلية لتسوية الودية لنزاعات الصفقة العمومية.....
52	الفرع الأول : ماهية التحكيم:.....
54	الفرع الثالث: شروط التحكيم وأنواعه:.....
56	المبحث الثالث: التسوية القضائية لمنازعات ملحقات الصفقات العمومية.....
56	المطلب الأول: دعوى القضاء الكامل.....
57	الفرع الأول: تعريف دعوى القضاء الكامل وشروطه.....
57	الفرع الثاني: شروط اختصاص القضاء الكامل:.....
57	الفرع الثالث: صور دعاوى القضاء الكامل:.....
59	المطلب الثاني: دعوى قضاء الإلغاء.....
59	الفرع الأول: تعريف دعوى قضاء الإلغاء.....
59	الفرع الثاني: الشروط الشكلية لدعوى قضاء الإلغاء:.....
65	المطلب الثالث: أوجه الاختلاف بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل.....
65	الفرع الأول : من حيث سلطة القاضي
66	الفرع الثاني: من حيث النظام القانوني
68 خلاصة الفصل
71 الخاتمة

قائمة المراجع

قائمة المراجع

- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري أو الإجباري، دط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978،
- سليمان محمد الطماوي : القضاء الإداري - قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي ، 1976،
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، مصر، 2009
- عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دون طبعة، دار النهضة العربية 2000
- عمار بوضياف: القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2007
- عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية. حبور للنشر والتوزيع الجزائر الطبعة 03-2011
- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2007
- عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005،
- لحسين بن الشيخ آيت ملويا: المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2003،
- ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم، دون طبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، 2000
- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دون طبعة وتاريخ نشر، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة - الجزائر

- محمد بن ناصر بن محمد البجاد: التحكيم في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، 1999
- محمد شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997،
- محمد فؤاد مهنا: مبادئ وأحكام القانون الإداري، دون طبعة وتاريخ نشر، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية،
- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010،
- محمود عاطف ألبناء، العقود الإدارية، دون طبعة دار الفكر، القاهرة-مصر،
- معوض عبد التواب، دعاوى التعويض الإدارية وصيغتها، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، 1997،
- يسري محمد العطار: التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دون طبعة، دار النهضة العربية، 2002

مذكرات ورسائل التخرج

- أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013
- تاجر محمد، ميعاد رفع دعوى إلغاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة م ولود معمري، تيزي وزو 2006
- زواوي عباس: الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2012
- سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013
- سهام شقمطي، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2011،

- سهام عبدلي، مفهوم دعوى القضاء الكامل في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ،
جامعة الجزائر 2007 - 2008
- فاطمة الزهراء فرقان: رقابة الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق،
جامعة الجزائر، 2006 - 2007

القوانين والمراسيم

- المرسوم التنفيذي 11 - 118 مؤرخ في 16 مارس 2011 ، المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية (جريدة رسمية رقم 16 بتاريخ 13 /03/ 2011
- رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية عام 2003 والمتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية رقم 43 بتاريخ 20 جويلية 2003
- المادة 108 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 247 / 15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- المادة 135 من المرسوم الرئاسي 247 / 15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- المادة 30، قرار المؤرخ في 31/12/1964 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة جريدة رسمية عدد 06 بتاريخ 19/01/1965
- المادة 903 من القانون 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والمادة 11 من القانون العضوي رقم 98 - 01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بصلاحيات وتنظيم وتسيير مجلس الدولة.
- المادة 948 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. جريدة رسمية رقم 21 بتاريخ 23 افريل 2008
- المادة 139 من المرسوم الرئاسي 247 - 15 المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية والمرفق العمومي
- المواد 135 الى 139 من المرسوم الرئاسي رقم 247 / 15 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،جريدة رسمية رقم 10 المؤرخة في 20/09/2015

- المادة 106 من الأمر رقم 75-58 ، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975
- حسب المادة 149 من المرسوم 247 - 15 الجديد سمح للمصالح المتعاقدة بإمكانية فسخ جزئي للصفقة .
- قانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المؤرخ في 20-02-2006 جريدة رسمية رقم 14 بتاريخ 08 - 03 - 2006
- قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم المؤرخ في 25 فبراير 2008، ج ر عدد 21 بتاريخ 23 افريل 2008
- المادة 4- المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07/10/2010 الجريدة الرسمية رقم 2010/58
- المادة 902 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 10 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بصلاحيات وتسيير مجلس الدولة.

المراجع بالفرنسية :

André de L'aubadair : "du pouvoir de administration imposer nilateralement des changements aus dispositions des contrats administratifs".R.D.P, 1954.