



قسم الحقوق

التراضي في العقود الإدارية في الجزائر

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

إشراف الأستاذ:
- د. حمزة عباس

إعداد الطالب :
- شداد سارة
-

لجنة المناقشة

رئيسا
مقررا
ممتحنا

- د/أ. بن صادق أحمد
- د/أ. حمزة عباس
- د/أ. بن يحي أبو بكر الصديق

الموسم الجامعي 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال العماد الأصفهاني:

" لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد
كذا لكان يستحسن ولو ترك هذا لكان أفضل، وهذا من أعظم العبر وهو دليل على
استيلاء النقص على جملة البشر".

شكر وعرفان

يقول الله عز وجل في محكم تنزيله:

((وَإِذْ تَأْتِيَنَّكُمْ رُبُكُمُ لَّئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ))

الشكر لله الذي وفقنا وأعاننا

والحمد لله الذي يسر لنا أمورنا سبحانه نعم المرشد والمعين

وإلى الأستاذ المشرف: **عباس حمزة** جزيل الشكر والامتنان على حسن

التوجيه والنصح والثقة التي منحتني إياها

إلى كل من مد لنا يد العون من أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية

والشكر موصول لجميع الأصدقاء ورفاق الدرب

ولكل من أعاننا ولو بكلمة طيبة

الإهداء

إلى التي وهبت فلذة كبدها كل العطاء والحنان
التي صبرت على كل شيء والتي رعتني حق الرعاية
التي كانت سندي في كل الشدائد وكانت دعواها لي بالتوفيق، أمي الغالية
الحببية إليها أهدي هذا العمل المتواضع وأدخل على قلبها شيئاً من
السعادة.

إلى الذي وهبني كل ما يملك حتى أحقق آمالي
إلى القلب الكبير والدي العزيز.
إلى كل رياحين حياتي إخوتي وأخواتي
إلى كل الأيدي الخفية التي تعبت من أجل إنجاز هذا البحث
وإلى كل أفراد عائلتي
إلى جميع الأصدقاء بقسم الحقوق
إلى جميع طلبة جامعة زيان عاشور بالجلفة
إلى كل من يؤمن بأن بذور نجاح التغيير هي في ذواتنا وفي أنفسنا قبل أن
تكون في أشياء أخرى.

مقدمة

مقدمة:

يتكون العقد سواء أكان مدنيا أم إداريا بتوافق إرادتين بقصد احداث أثر قانوني معين، وتتعدد الوسائل التي تلتزم الإدارة من خلالها ابرام العقد الإداري، فتكون عن طريق اجراء طلب العروض طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، مع وجود دائما اجراء التراضي كاستثناء الذي تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة للخروج عن الإجراءات المعروفة وهو يعد أسلوب أكثر مرونة.

أسلوب التراضي هو إجراء استثنائي، إذ يعد أسلوب أكثر مرونة لأنه يترك للإدارة حرية أكبر في اختيار الشخص الذي ستعاقد معه، بمعنى أن الإدارة تتحرر فيه من كل القيود المفروضة عليها في حالة إقدامها على التعاقد؛ فأسلوب التراضي يعني الإدارة من أهم قيد من القيود ألا وهو الإعلان والإشهار، وعليه تملك المصلحة المتعاقدة حرية اختيار المتعاقد معها، فتقوم بإجراءات التراضي في أجل لا يتعدى 3 أشهر كحد أقصى وتسمى صفقة تسوية طبقا لنص المادة 23 الفقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

يتفق العقد الإداري والعقد المدني حيث أن كلا منهما يقوم على أساس توافق إرادتين على احداث أثر قانوني معين، ويتمثل هذا الأثر في إنشاء التزامات وحقوق متبادلة بين الطرفين، كما يتفقان من ناحية الأركان الأساسية الواجب توافرها أثناء التعاقد وهي الرضا والمحل والسبب، إلا أن الاختلاف بينهما يكون عادة في النظام القانوني الذي يخضع له كمنهما، ويعود ذلك إلى أن الإدارة تبرم عقودها باعتبارها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات السلطة العامة، وبالتالي تكون في موقع مختلف ومتميز عن موقف الأفراد يخولها سلطات خاصة لا يتمتع بها الأفراد العاديين أو الأشخاص الخاصة.

فإذا كان أطراف العقد المدني يتمتعون بحرية كبيرة في التعبير عن إرادتهم في تحديد مضمون العقد ووسائل تنفيذه -كقاعدة عامة- فإن الأمر يختلف كثيرا بالنسبة للعقد الإداري باعتبار أن الإدارة طرفا فيه.

كما أن التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد، فوجود هذا الأخير لازم في كل العقود سواء كانت بين أطراف القانون الخاص أو أطراف القانون العام إذ لا يمكن تصور عقد دون ركن الرضا، فالأساس في العقود هو مبدأ الرضائية، وهذا ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني بمعنى تلاقي الإيجاب والقبول من الإدارة والمتعاقد معها من خلال نصها: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية، وفي هذا الشأن يطبق القضاء الإداري القواعد المعمول بها في القانون المدني.

فمقارنة بالعقود الخاصة التي يسودها مبدأ سلطان الإرادة أساسا فإن حرية الإدارة تتسم بالتقييد، حيث أن الإدارة العامة ملزمة بإبرام صفقاتها وفق كفاءات وقواب وطرق رسمها لها القانون مسبقا.

وما يميز اجراء التراضي عن اجراء طلب العروض واجراء المناقصة هو عدم الزامية الاشهار، وإنما يتم جلب العروض فيها عن طريق الوسائل العادية.

أسباب اختيار الموضوع:

-البحث في مجال العقود الإدارية بصفة عامة من المواضيع الحساسة والدقيقة، وهذا ما أعطانا الدافع والعزيمة للبحث في طريقة من طرق إبرام العقود الإدارية ألا وهو إجراء التراضي.

-كذا تصاعد الاهتمام بهذا الموضوع في الآونة الأخيرة، نظرا لما أثير من التجاوزات لعدد هام من العقود من طرف الجهات الإدارية المختلفة والتي يمكن رد بعضها إلى التجاوز الصادر من جانب الإدارة المتعاقدة من جراء استعمال سلطتها.

أهداف الموضوع:

الهدف من الدراسة الذي نسعى الوصول إليه هو:

- محاولة التعرف على النظام القانوني الذي يحكم اجراء التراضي.

- جعل المذكرة إضافة حقيقية في مجال البحث العلمي من خلال ابراز أهم المستجدات التي

نص عليها المشرع الجزائري في مجال إبرام العقود الإدارية عن طريق التراضي.

صعوبات الدراسة:

من أبرز الصعوبات التي واجهتنا وإن لم نقل الوحيدة هي قلة المراجع في

هذاالموضوع وخاصة المراجع المتخصصة.

الإشكالية:

وبما أن عنوان المذكرة هو التراضي في العقود الإدارية فإننا سنحاولالإجابة على

الإشكالية التالية:

كيف نظم المشرع الجزائري إبرام العقود الإدارية عن طريق التراضي فيالقانون

الجزائري؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سنتبع منهجين الأول هو المنهج التحليلي وذلك من

خلال تحليلنا للنصوص القانونية الواردة في قانون الإداري وخاصة المتعلقة بإبرام العقود

الإدارية عن طريق التراضي وهذا كمنهج رئيسي، مع الاستعانة بالمنهج المقارن من خلال

المقارنة بين مختلف النصوص المتعلقة بهذا الموضوع بجميع التعديلات التي مر عليها

القانون.

وقد قمنا بتقسيم المذكرة إلى فصلين: الفصل الأول تحت عنوان ماهية التراضي في العقود الإدارية، أما الفصل الثاني فبعنوان الحقوق والالتزامات المترتبة عن التراضي.

الفصل الأول

ماهية التراضي في العقود الادارية

المبحث الأول: مفهوم التراضي في العقود الادارية

أسلوب التراضي هو اجراء استثنائي، اذ يعد أسلوب أكثر مرونة لأنه يترك للإدارة حرية أكبر في اختيار الشخص الذي ستتعاقد معه، بمعنى أن الإدارة تتحرر فيه من كل القيود المفروضة عليها في حالة اقدمها على التعاقد؛ فأسلوب التراضي يعفي الإدارة من أهم قيد من القيود ألا وهو الإعلان والاشهار، وعليه تملك المصلحة المتعاقدة حرية اختيار المتعاقد معها.

ومن هنا قسمنا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول بعنوان تعريف التراضي في

العقود الادارية، المطلب الثاني اجراءات التراضي،

المطلب الأول : تعريف التراضي في العقود الادارية

يمكن تعريف اسلوب التراضي أو الاتفاق المباشر على انه أسلوب استثنائي تلجأ اليه الإدارة في حالة اللجوء الى الطرق الأخرى وغالبا ما يتعلق الأمر باحتياجات عاجلة تريد الإدارة ان تتعاقد عليها، وعلى ذلك فان أسلوب الاتفاق المباشر يتحرر من الإجراءات الصارمة التي تحكم المناقصات، فهو يعطي للإدارة حرية واسعة في اختيار المتعاقد معها دون اتباع إجراءات معينة.

الفرع الأول: تعريف التراضي

التراضي هو تطابق الإرادتين، وهو أساس وقوام العقد، فالإرادة باعتبارها مكونة للرضا ليس لها أي قيمة قانونية إلا إذا تم التعبير عنها، فالعقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد⁽¹⁾.

لتحقق ركن التراضي يجب توفر إرادتين أساسيتين هما الإيجاب والقبول.

(1) المادة 59 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، عدد 78، صادف في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر، عدد 44، صادر في 26 جوان 2005.

أولاً - تعريف الإيجاب فقهاً وقانوناً:

يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود، فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، ولكي يتم العقد ينبغي أن يكون هناك عرض من طرف أحد الأشخاص إلى آخر أو إلى آخرين، بقصد إبرام عقد مالحصول على قبول لهذا العرض.

والتعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروفاً حال شكاً في دلالاته على حقيقة مقصودة.

يعرف الفقه الإيجاب بصفة عامة على أنه: "إبداء للإرادة أحادي الجانب يعلم فيه أحد الأشخاص عن نيته في التعاقد والشروط الأساسية للعقد، وقبول الطرف الآخر شروط هذا الإيجاب يكون العقد"⁽¹⁾.

ويعرفه جانب آخر من الفقه على أنه: "تعبير لازم عن إرادة شخص، يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه رغبتة في إبرام عقد معين بقصد الحصول على قبول ينعقد به العقد"⁽²⁾.

يشترط في الإيجاب أن يكون واضحاً تاماً ومحدداً، لا يشوبه أي غموض، وأن يكون باتاً منجزاً، لا رجعة فيه من جانب الموجب، وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 60 من القانون المدني بنصه على أنه: "... كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه"⁽³⁾، ويفهم من نص هذه المادة أن الإيجاب يشترط أن يكون باتاً، محدداً وواضحاً.

(1) جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الثانية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 28.

(2) مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 23.

(3) انظر المادة 59 من القانون المدني المرجع السابق.

ولا يعني العزم النهائي القاطع على التعاقد عدم جواز الرجوع فيه مادام انه لم يقترن بقبول، ففي هذه اللحظة فقط تتجلى أهمية العزم القاطع، أما قبل صدور القبول فيمكن العدول عن الإيجاب في الأحوال التي يجوز للموجب ذلك⁽¹⁾.
لا يكفي لإبرام العقد وجود الإيجاب لوحده، بل لا بد أن تقابله إرادة عقدية أخرى تتضمن قبولاً لهذا الإيجاب، وقد يأخذ القبول عدة صور.

ثانياً - تعريف القبول فقهاً وقانوناً:

يعرف الفقه القبول على أنه: "التصرف الذي بمقتضاه يعلن الموجب له عن إرادته بالموافقة على التعاقد، أي من وجه إليه الإيجاب يعلن صراحة، أو ضمناً عن موافقته على ما تم توجيهه إليه، ويجب أن يصدر القبول والإيجاب ما زال قائماً، فالعقد لا ينعقد إلا بتلاقي الإرادتين والتوافق والتطابق بينهما"⁽²⁾.

كما يذهب البعض الآخر إلى أن: "القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، فهو الإرادة الثانية في العقد، إذ لا ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين"⁽³⁾.
إذن فالقبول هو الإرادة الثانية في التراضي، إذ لا ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين، ويجب لكي ينتج القبول أثره في انعقاد العقد أن يتطابق تماماً مع الإيجاب في كل جوانبه، وإلا فإن العقد لا ينعقد، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب اعتبر إيجاباً جديداً وليس قبولاً.

(1) محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأربن، ص 60.

(2) لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 84.

(3) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دس ن، ص 74.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للتراضي في العقود الإدارية

يعتبر العمل بالتراضي - والذي يسمى أيضا بالاتفاق المباشر - وسيلة أكثر مرونة لأنها تترك للإدارة حرية تامة، فيمكن لها أن تتصرف كالأفراد وتحدد بحرية الشخص الذي تتعاقد معه، وهذه العقود هي الأكثر استعمالا في الوقت الراهن، بعكس ما يدعو تقنين الصفقات للاعتقاد به، حيث يعتبر المناقصة الوسيلة الرئيسية للتعاقد.

غير أن الصفقات بالتراضي تستدعي مراقبة صارمة لأن حرية التعامل بين عالم الأعمال والعالم الإداري تتحقق أحيانا على حساب المصلحة العامة.

ونشير إلى أنه حتى ولو استعملت السلطات الإدارية أسلوب التراضي، فإن عليها احترام بعض القواعد المشتركة لمختلف أشكال الصفقات، وترد هذه القواعد في وثائق خطية أو في دفاتر شروط ذات أنواع ثلاثة⁽¹⁾:

دفاتر البنود الإدارية العامة التي تتضمن القواعد القانونية القابلة للتطبيق في كل الصفقات التي تريد الإدارة إجرائها.

-دفاتر التعليمات (الشروط) المشتركة الذي يحدد القواعد التقنية القابلة للتطبيق في فئة معينة من الصفقات.

-دفاتر التعليمات (الشروط) الخاصة الذي يحدد البنود الخاصة بكل صفقة أو عقد⁽²⁾.

ومن جهته أورد المشرع الجزائري في التقنيات الخاصة بالصفقات التي أصدرها منذ الاستقلال أورد هذا الإجراء، وفيما يلي نورد التعريفات التي جاءت بها التقنيات:

أولاً - التراضي في التقنيات الإدارية السابقة

(1) المادة 10 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية (الملغى).
(2) أ. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، د م ج، الجزائر، 1992، ص 370.

1- التراضي في الأمر 90/67 المؤرخ في 17/06/1967⁽¹⁾:

عرف المشرع التراضي في المادة 60 من هذا الأمر بأنه: «تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم ومنح الصفقة لمن تختار منهم» كما أسلفنا فإن هذا الأسلوب يمنح الإدارة قدرا واسعا من الحرية في اختيار المتعاقد معها، إذ تضمن هذا النص عبارة «بحرية» لكن نجد أن هذا النص - كما يربفي الصياغة إذ أنه في تعريفه للتراضي تضمن هذا التعريف كلمة «تنافس فيها الإدارة بعض الباحثين - أنه تضمن خطأ بحرية مع المتعاملين والموردين» وهذا يدل على أن الإدارة طرف في التنافس وليست هي من يختار المتعاقد معها⁽²⁾.

ولعل المشرع هنا، كان يقصد «... تتناقش فيها الإدارة بحرية مع المقاولين...» فكلمة تتناقش توضح بجلاء بأن إجراء التراضي فيه نقاش بين المرشحين والإدارة المتعاقدة للوصول إلى اختيار العرض المناسب.

2- التراضي في المرسوم 145/82

عُرف التراضي في هذا المرسوم بأنه «إجراء يخصص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة إلى الشكلية للمنافسة ولا يستبعد فيه الاستشارة».

فانطلاقا من تعريف التراضي في الأمر 90/67 والمرسوم 145/82 نجد أن هذا التعريف الأخير جاء أكثر دقة خاصة، وأنه أعلن صراحة على تحرير جهة الإدارة من الخضوع للدعوة الشكلية للمنافسة⁽³⁾، إلا أن هذا الإعفاء لا يمنع الإدارة من القيام

(1) انظر الأمر 90/67 الملغى المؤرخ في 17/6/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية (الملغى)، ج ر 52 لسنة 1967.

(2) ا.دوج حمامة، عمليات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د م ج، الجزائر الطبعة الثالثة، 2008، ص 57.

(3) المادة 27 من المرسوم 145/82 المؤرخ في 10/4/1982 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي (الملغى)، ج ر العدد 15 لسنة 1982.

بالاستشارة، لكن هذا في نظر بعض الباحثين يعد تناقضا، فمن جهة يحرر الإدارة من الشكليات ومن جهة أخرى يفرض عليها الاستشارة.

ويرى الأستاذ «بن ناجي شريف» أن الاستشارة المسبقة المرتبطة بإجراء التراضي تضع صعوبات عديدة للمتعامل العمومي حيث كانت أجهزة الرقابة الخارجية للصفقات العمومية تطلب من المتعامل العمومي الذي يلجأ إلى كيفية التراضي تبرير اختياره على أساس الاستشارة المسبقة⁽¹⁾.

3- التراضي في المرسوم التنفيذي 434/91

عرف هذا المرسوم التنفيذي التراضي بأنه: « إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة»⁽²⁾، وهو تقريبا نفس التعريف السابق الذي ورد في المرسوم 145/82 المادة 27 منه؛ غير أننا لا نجد الإضافة التي أضافها تعريف التراضي في المرسوم الأخير وهي «ولا يستبعد فيه الاستشارة». ولكن إذا تفحصنا المرسوم التنفيذي 434/91 نجده قد نص في مادة أخرى على وجوب قيام الإدارة بالاستشارة عند استعمالها للتراضي كطريقة من طرق إبرام العقود والصفقات العمومية، لا يعفيها من القيام بشكليات الاستشارة مقدما⁽³⁾.

ثانيا - التراضي في المرسوم الرئاسي 247/15

(1) BENNEDJI Chérif, la corruption dans les marches publics, la revue NAQD, revue d'étude et de critique social, n°25, Alger, 2008, p587

(2) المادة 23 من المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 1991/11/09 ج ر 57 لسنة 1991 المتعلق بالصفقات العمومية (الملغى).

(3) المادة 39 المرسوم التنفيذي 434/91 (الملغى) المؤرخ في 1991/11/09 ج ر 57 لسنة 1991.

تشابه تعريف التراضي في التقنيات السابقة للمرسوم الرئاسي 247/15⁽¹⁾.
فالمادة 22 من المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى عرفت التراضي بأنه: «إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة».

والمرسوم الرئاسي 236/10 في المادة 27 أعطى نفس الوارد في المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15 وهو: «إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو بعد الاستشارة، تنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة...»، والذي نلاحظه أن التعريف جاء، إجراء تقوم المصلحة المتعاقدة من خلاله باختيار، وذلك مضبوطا أكثر وأكثر توظيفا لأشكال التراضي⁽²⁾، فالتراضي إذ بالتفاوض مباشرة معه أسعاره وشروطه قصد التعاقد معه.

وعلى هذا الأساس، يمنح إجراء التراضي للإدارة حرية في اختيار من يتعاقد معها، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، بل هناك شروط تنظيمية يتعين على الإدارة التقيد بها، من أجل ضمان جو من الشفافية وحرية المنافسة تضمن نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام⁽³⁾.

المطلب الثاني: إجراءات التراضي

سبق الإشارة إلى أن الإدارة تستطيع اللجوء إلى التعاقد عن طريق إجراء التراضي مباشرة في اختيارها للمتعاقد معها، شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين في اختيارهم لمن يتعاقدون معهم، وتكون لها الحرية في التفاوض والمساومة دون قيد أو شرط، وذلك في

(1) المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تقنين الصفقات العمومية، ج ر العدد 50 لسنة 2015.

(2) د/عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 135.

وأنظر أيضا أ.قدوح حمامة: عمليات إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق ص 149.

وأنظر أيضا د/محمودي مسعود: أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية. د.م.ط، الجزائر، 2009 ص 9.

(3) د/عليوات ياقوته: مرجع سابق، ص 131.

الحالات المحددة قانونا كحالة الاستعجال أو عندما يكون هناك احتكار لخدمة من شخص معين، أو في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد، أو توفير حاجات السكان الأساسية...إلخ.

ففي هذه الحالات تستدعي الإدارة مباشرة شركة أو شركات للتفاوض معهم من ضمن الأفراد أو الشركات المسجلين لديها في قوائمها الخاصة وتحدد لهم تاريخ معين للحضور للتفاوض، ويتم التفاوض معهم للتعرف على أسعارهم وشروطهم، بعد الاتفاق يتم التعاقد⁽¹⁾.

الفرع الأول: الدعوة إلى التعاقد

رغم أن أسلوب التراضي بشكليته لم يضبط ولم يضع له القانون إجراءات محددة وهذا راجع إلى ان هذا الأسلوب استثنائي في اختيار المتعامل المتعاقد إلا أن المصلحة المتعاقدة لا يمكنها اعمال هذا الأسلوب الا بضوابط محددة، وعليه فان دعوة المتعاملين للتعاقد تعد أول مرحلة يتعين على المصلحة المتعاقدة القيام بها، فتقوم باستدعاء المتخصصين في مجال التعاقد وهو ما يقابل الاعلان في مختلف أشكال المناقصة تطبيقا لمبدأ حرية المنافسة وذلك للحصول على عدد من العارضين حتى تتعدد فرص الانتقاء لدى المصلحة المتعاقدة⁽²⁾، إلا أن لجوء المصلحة المتعاقدة لهذا الاجراء لا يكون إلا بعد تأكدها من توافر شرطين وهما:

الشرط الأول: يجب أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من ان قيمة الصفقة المزمع عقدها

يفوق السقف المالي الذي حدد ب 12.000.000 دج أو يقل عنه بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم و 6.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات او الخدمات، وعليه إذا كانت قيمة الصفقة تقل او تساوي هذه المبالغ فان الأمر لا يقتضي وجوبا ابرام صفقة وفق

(1) د/عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص 128-129.

(2) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، منكر دكتوراه، فرع قانون عام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 100-101.

الإجراءات المنصوص عليها، استنادا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ، وهذا تطبيقا لنص المادة 13 من ذات المرسوم⁽¹⁾.

فقد رفع المرسوم الرئاسي رقم 247/15 الحد الأدنى لإبرام صفقة، اذ كانت المبالغ في المرسوم 236/10 مقدرة ب 8.000.000 دج بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم، و 4.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات⁽²⁾.

الشرط الثاني: سبقت الإشارة إلى أن أسلوب التراضي بشكليه البسيط وبعد الاستشارة قد حددت حالات اللجوء إلى كل واحد منهما من خلال قانون الصفقات، حرصا من المشرع على عدم التوسع في اعماله وهذا حفاظا على الصفة الاستثنائية لهذا الأسلوب.

وبعد أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من توافر الشرطين معا تقوم بتوجيه دعوة للتعاقد بالمهتمين والمختصين في موضوع العقد، اذ تلزم بتوجيه خطابات تشمل العناصر الأساسية للتعاقد، قد تتم باستدعاء كتابي أو بطريق شفهي بالاتصال مباشرة بالمتعاملين الذين سبق للمصلحة المتعاقدة التعامل معهم.

الفرع الثاني: التفاوض

يقوم اجراء التراضي على أساس التفاوض بين الإدارة والمرشحين الراغبين في الحصول على الصفقة⁽³⁾، فبعدما تقوم المصلحة المتعاقدة بتجميع العروض التي سبق لها دعوة أصحابها للتعاقد، تقوم بإجراء مفاوضات مباشرة مع أصحاب تلك العروض.

واعترافا بأهمية المفاوضات في عملية ابرام صفقات التراضي، أشار المشرع في أحكام المرسوم رقم 247/15 إلى هذا الاجراء في نص المادة 52 التي جاء فيها: "قيما

(1) أنظر المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(2) أنظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236.

(3) سحنون سمية، اجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، منكرة ماجستير، فرع قانون أعمال، جامعة الجزائر 01، 2013/2012، ص 36.

يخص العروض التي تكون مطابقة للمقتضيات التقنية والمالية المنصوص عليها في دفتر الشروط، فإنه يمكن للجنة تقييم العروض أن تطلب، بواسطة المصلحة المتعاقدة، كتابيا، من المتعاملينا لاقتصاديين الذين تمت استشارتهم، توضيحات أو تفاصيل بشأن عروضهم... " فالتفاوض اجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة مع الطرف الراغب في التعاقد من أجل الاعداد لإبرام العقد أو تسوية نقطة خلاف بينهما تتعلق بإحدى بنود العقد أو تنفيذه⁽¹⁾، كما أنه يختلف في الميدان الخاص عن مجال الصفقات العمومية من حيث أن الخواص يتمتعون بحرية مطلقة في التفاوض، بينما تواجه الإدارة بعض القيود عند التفاوض، وهذا راجع لأهمية العقد فالإدارة تتعامل بالأموال العامة وهذا يستلزم اتخاذ احتياطات لكي لا يتم التلاعب بها.

يمكن تعريف التفاوض في إجراء التراضي بأنه أسلوب قائم على التشاور والحوار عن طريق تبادل وجهات نظر وأفكار الطرفين أي الإدارة والمترشحين من أجل الوصول إلى اتفاق، فالإدارة تعمل على الحصول على أحسن عرض من حيث السعر والجودة والأجل أيتخفيض السعر ورفع الجودة، أما المترشح فيعمل على الحفاظ على هامش كبير للحصول على الأرباح.

ولتحقيق ذلك وجب على كل طرف اتباع سياسة معينة خاصة المصلحة المتعاقدة، فلا توجد قواعد إجرائية محددة تنظم التفاوض الأمر الذي يجعل الإدارة تتمتع بحرية في تنظيمه ولكن دون أن تكون هذه الحرية مطلقة، فعليها احترام بعض المبادئ المتعلقة بالتفاوض⁽²⁾ والمتمثلة في:

• مبدأ عدم المساس بالعرض: بمعنى أنه لا يجب تغيير الميزات الأساسية لدفتر الشروط وقت التفاوض.

(1) تياب نادية، مرجع سابق، ص 102.

(2) سحنون سمية، اجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر ، مرجع سابق، ص 36-38.

- مبدأ المساواة في معاملة المترشحين: وذلك بوضع الشروط المتعلقة بالإعلام السابقة للتفاوض تحت علم المترشحين دون تمييز.
- مبدأ سرية العروض فلا يجب على الإدارة الادلاء للمترشحين بمعلومات من شأنها كشف عروض مترشحين آخرين مثل: الأسرار التجارية، براءة الاختراع ... الخ.
- مبدأ شفافية الإجراءات: فعلى الإدارة بمجرد اللجوء للتفاوض اعلام المترشحين بذلك وبالشروط التي تنظمها مثل شكل التفاوض، مدة التفاوض، شروط التفاوض.
- مبدأ تتبع الإجراءات: حيث يستلزم التفاوض إمكانية تتبع مجمل المفاوضات مع المترشحين.

الفرع الثالث: مرحلة التعاقد

بعدما تقوم المصلحة المتعاقدة بتجميع العروض عن طريق دعوة المتعاملين للتعاقد وانتقاء أفضلها وأنسبها في مرحلة المفاوضات، تقوم المصلحة المتعاقدة بإسناد الصفقة بطريق مباشر للمتعامل الذي اختارته وتفاوضت معه على جميع شروط العقد.

تجدر الإشارة في هذا المقام أن المصلحة المتعاقدة وإن كان لها السلطة التقديرية الكاملة في اختيار المتعامل المتعاقد معها وفقا لأسلوب التراضي، إلا أنها ملزمة بأن تضع نصبأعينها المصلحة العامة وأن تعمل من أجلها، خاصة وأن المرسوم الرئاسي رقم 247/15 أفاد في المادة 60 منه على أنه: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة".

ومن ثم يجب على المصلحة المتعاقدة التصرف وفق ما تمليه المصلحة العامة ضمانا لسير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وعليه فطبيعة صفقات التراضي وفق ما هو معمول به في التشريعات المقارنة وكما هو وارد في النظرية العامة للعقود الإدارية، تفرض مراعاة المراحل السابقة للوصول إلى الاختيار السليم والصحيح للمتعاقد والمتعاقد وتحصين المصالح المتعاقدة من الفساد والمفسدين⁽¹⁾.

المبحث الثاني: أشكال التراضي

أصبحت كيفية التراضي أكثر وضوحا بموجب المرسوم الرئاسي رقم 236/10 وحددها أكثر وبصورة دقيقة في المرسوم الرئاسي رقم 23/12 من خلال ما تضمنه من تعديلات ومستجدات وإضافات وبذلك يكون قد تفادى كل العيوب التي تضمنتها القوانين السابقة له بالنسبة لهذه الكيفية.

المطلب الأول: التراضي البسيط

أفرد المشرع الجزائري للتراضي البسيط حالات حصرية تختلف عن حالات التراضي بعد الاستشارة وقد تم ذكرها ضمن احكام المادة 43 من المرسوم رقم 236/10⁽²⁾، إذ تميزت بصيغتها القطعية في تحديد الحالات فنصت الفقرة الأولى منها على أن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط:

عندما تنفذ الخدمات في إطار احكام المادة 07 من هذا المرسوم⁽³⁾

(1) تيايب نادية، مرجع سابق، ص 104.

(2) أنظر المادة 43 و 44 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

(3) المادة 7 (معدلة): تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات، وفي حالة وجود خطر يهدد استثمارا، أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي، يمكن مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني، أن يرخصبموجب مقرر معلل، بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة. وترسل نسخة من المقرر المذكور في الفقرة السابقة إلى الوزير المكلف بالمالية وإلى مجلس المحاسبة. عندما لا يسمح الاستعجال الملح بإعداد الصفقة، يثبت اتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل .

بمعنى أنها ذكرت بشكل حصري الحالات التي يتم من خلالها اللجوء إلى التراضي البسيط من خلال مصطلح فقط، أما في القانون الجديد أي المرسوم الرئاسي رقم 247/15 فقد ذكر هذه الحالات من خلال نص المادة 49 منه: تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط:

- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات الا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية،
أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية. وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

- في حالة الاستعجال الملح المعطل بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعها التكيف مع أجال إجراءات ابرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

- في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها،

- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن

ومهما يكن من أمر، فلا بد من إعداد صفقة تسوية خلال ستة (6) أشهر، ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر المذكور أعلاه، إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة أعلاه، وعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات.

نتيجة مناورات للمماثلة من طرفها. وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج. وفي هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تتجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

تحدد كفاءات تطبيق أحكام هذه المادة، عن الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية". سنتطرق إلى هذه الحالات كل واحدة على حدى:

الفرع الأول: الوضعية الاحتكارية للمتعاقل المتعاقل

وهي الحالة التي لا يمكن فيها تنفيذ الخدمات إلا على يد متعاقل متعاقل وحيد، وقد عرفت المادة 03 فقرة ج من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المقصود بالاحتكار بأنه «الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنية

من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممولائها⁽¹⁾.

وقد أحسن المشرع تحرير الإدارة من الخضوع لإجراءات المناقصة، بل وحتى الاستشارة في هذه الحالة طالما أن هناك متعاقد وحيد يحتكر النشاط وتوافرت فيه المواصفات التقنية المطلوبة من جهة الإدارة فلماذا يشترط الإعلان أو تلزم الإدارة بالخضوع لأجراء المناقصة، وهناك متعامل وحيد يستجيب لشروط التعاقد ويلبي الخدمة⁽²⁾.

الفرع الثاني: حالة الاستعجال المُلح

إن حالة الاستعجال في علم القانون عامة حالة معروفة ومكرسة في كثير من الميادين والمجالات:

• ففي مجال التراضي هناك أحكام استعجالية تختلف عن تلك المعمول بها في الحالات العادية سواء في مجال إجراءات المرافعة وانعقاد الجلسات أو فيما تعلق بطبيعة الأحكام وأجال الطعن وغيرها.

وكذلك الحال في مجال التعاقد قد تكون المصلحة المتعاقدة في وضعية استعجال كون أنها إذالم تدخل في رباط عقدي في وقت سريع، فانه سينجم عن ذلك ضياع مالها واستثمارها.

• ويبقى أنها هي من تكون في وضعية المدعي بتوافر هذه الحالة وعليها يقع عبئ اثباتها.

إن الاستعجال الذي يبرر اللجوء إلى التراضي البسيط لم يعد في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 23/12 يقتصر على خطر يهدد ملك أو استثمار، فعندما يتحتم تنفيذ خدمات

(1) الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، ج ر عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003.

(2) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 136.

بصفة استعجالية لا تتلاءم طبيعتها مع أجال إجراءات ابرام الصفقات فيماكان المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي البسيط بتبرير صريح من المشرع وفق شروط وهي:

• ألا يكون من الممكن توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال.

• ألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة.

• أن تتم الموافقة أثناء اجتماع الحكومة⁽¹⁾.

غير أن المرسوم الرئاسي رقم 247/15 فقرة 2 من المادة 49 قد أضاف حالات أخرى لم تكن في المرسوم الرئاسي رقم 236/10 الذي كان يقتصر على أن حالة الاستعجال يتم اللجوء إليها في حالة خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان وكذلك في حالة تنفيذ خدمات لا تتلاءم طبيعتها مع أجال الصفقات التي تتميز بطول الإجراءات⁽²⁾، وهذه الحالات هي:

• خطر يهدد استثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة.

• أو يمس الأمن العمومي.

• أو خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان...⁽³⁾.

الفرع الثالث: حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية

هذه الحالة ليست منفردة أو مستقلة عن الحالات السابقة لأنها هي الأخرى تدخل ضمن الحالة المستعجلة، غير أن وجه الجد فيها يكمن في موضوع العقد كونه يتعلق بالتمويل، فكأنما نحن أمام وضعية تكون فيها مصلحة المتعاقد في حاجة ماسة وسريعة

(1) أنظر المادة 43 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 23/12.

(2) أنظر المادة 43 فقرة 2 و 4 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

(3) أنظر المادة 49 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

لخدمة مايتوقف عليها نشاطها، ولو ألزمت بالخضوع لإجراءات التعاقد العادية بما تكفله من نشروأجال وإجراءات لتوقفت على كل حركة وفي ذلك اضرار بها. لذا وجب تمكينها من التعاقد بأسلوب التراضي⁽¹⁾.

ثم إن النص ذاته أضاف عبارة "أو توفير حاجات السكان الأساسية" فنحن اذن أمام حالة تكون الادارة فيها في حاجة لمادة أو منتج معين تسعى، وبحكم الظروف المستعجلة ايصاله للسكان في وقت قياسي⁽²⁾.

وفي ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15 تم ضبط هذه الحالة بشرطين وتتمثل هذه الشروط في:

• عدم توقع الظروف المسببة لهذه الحالة من قبل المصلحة المتعاقدة.

• وألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها⁽³⁾.

وتتحقق هذه الحالة في ظل الكوارث الطبيعية التي تفرض على الدولة بمختلف أجهزتها السرعة في اتخاذ القرارات من أجل تغطية حاجات المنكوبين التي تبرز دفعة واحدة وتتعلق بمطالب متعددة في آن واحد مما يحتم ويسمح في نفس الوقت للمصلحة المتعاقدة اللجوء مباشرة لممول أو مجموعة ممولين لتزويدها بالمواد والمنتجات محل التعاقد بهدف تمكينها من أداء نشاطها والتكفل بأعباء الخدمة العامة⁽⁴⁾.

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 138.

(2) مرجع نفسه، ص 138.

(3) المادة 49 الفقرة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 تنص: " في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها".

(4) تياب نادية، مرجع سابق، ص 306.

• أن يتجسد ذلك الخطر في الميدان، والوقاية منه لا تتكيف وأجال المناقصة التي تتميز بإجراءاتها الشكلية الطويلة والمعقدة مما يؤثر سلبا أو يزيد في النتائج السلبية التي يتعرض لها الملك أو الاستثمار.

• ألا يكون من الممكن التنبؤ وتوقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال لأنه لو حدث عكس ذلك لكان لازما على المصلحة المتعاقدة أن تتخذ الاحتياطات اللازمة للتقليل من آثاره بما يحافظ على سلامة العين المهدة.

• ألا يكون نتيجة مناورات للمماطلة وهو الشرط الذي استحدثه المشرع بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236/10 ومفاده تماطل المصلحة المتعاقدة إلى أن يتعرض الملك أو الاستثمار إلى خطر داهم وهذا للجوء إلى المتعاقد الذي ترغب فيه لتحقيق مصالح شخصية وبمفهوم المخالفة ان يكون نتيجة لقوة القاهرة وبذلك يقطع كل سبيل للاحتيال.

وبانتفاء احدى هذه الشروط تزول حالة الاستعجال الملح التي تجيز للمصلحة المتعاقدة إبرام الصفقة وفقا لإجراء التراضي البسيط، وعند كل رقابة تمارس على الصفقة فالمصلحة المتعاقدة ملزمة بتقديم التبريرات الازمة وكل ما يثبت تحقق هذه الشروط⁽¹⁾.

الفرع الرابع: حالة مشروع ذي أهمية وطنية

تعد هذه الحالة من بين المستجدات التي حملها المرسوم الرئاسي رقم 250/02 وبعد الغاءه جاء المرسوم الرئاسي رقم 236/10 ليؤكد نفس الاتجاه بجعلها حالة من حالات التراضي البسيط، ونفس الحالة نجدها في اخر تعديل طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، وقد جاءت نتيجة الواقع العملي الذي عرفه مجال الصفقات العمومية، فقد كانت المشاريع ذات أهمية بالغة مما أدى إلى تدهور النمو الاقتصادي للبلاد.

(1) تياب نادية، مرجع سابق ، ص 304-305.

لا شك أن الطابع الخاص لهذا المشروع سيخلف أثرا إيجابيا عاما يمس كل إقليم الدولة، طالما وصفت الفقرة الرابعة من المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 بأن له أهمية وطنية بنصها: "عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابع استعجاليا، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها. وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر"

ومن المؤكد أن الأعباء المالية الناتجة عن إبرام هذا العقد دون سواه من العقود ستكون ضخمة جدا، لذا شدد النص في فرض موافقة مسبقة لمجلس الوزراء.

أي أن مدى أهمية وأولوية المشروع على المستوى الوطني يرجع إلى السلطة التقديرية للجهة المركزية التي تضم مختلف القطاعات المستفيدة من تنفيذ المشروع.

وهنا تقل مسؤولية المصلحة المتعاقدة لتتوزع بين مختلف الجهات الوزارية التي يهمل تنفيذ العملية، وبالتالي فإن المسؤولية هنا تلقى على عاتق مجلس الوزراء صاحب القرار النهائي في اجازة إتمام الصفقة.

كما أن إبرام صفقة متضمنة لمشروع بهذه الأهمية وفقا لطريقة المناقصة التي تعرف بشكلياتها المعقدة أو حتى عن طريق المسابقة أو الاستشارة الانتقائية قد لا يحقق ذات النتائج المتوخاة خاصة إذا لم تتمكن هذه الأساليب من رصد المتطلبات الأساسية كالسعر، أجال الإنجاز، اليد العاملة وخاصة المؤهلات التقنية العالية وضرورة مراعاة التأثيرات

الجانبية للمشروع خاصة على البيئة، كما ان إتمام هذه الصفقة يتم عادة على يد متعاملين أجانبنظرا للمؤهلات التقنية والتجارية والمالية التي يتمتعون بها⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التراضي بعد الاستشارة

جاء تحديد حالات التراضي بعد الاستشارة في نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15⁽²⁾، غير أن طريق صياغتها لا توضح أن حالات اللجوء اليه مذكورة على سبيل الحصر، كذلك الأمر كان في المرسوم الرئاسي رقم 236/10 الملغى، اذ لم تذكر عبارة "فقط" التي تم ذكرها في المادة 49 المتعلقة بحالات التراضي البسيط.

ومنه يمكن القول ان حالات اللجوء لإجراء التراضي بعد الاستشارة ليست على سبيل الحصر، وهي كالاتي:

الفرع الأول: عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية

وهنا تكون الإدارة على دراية سلفا بالمعنيين بالخدمة أو المشروع ويفترض هنا أن عددهم قليل، حيث أنها لا تلجأ لطريقة التراضي بعد الاستشارة الا بعد أسلوب طلب

(1) تياب نادية، مرجع سابق، ص 306-307.

(2) المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 تنص على:

" تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي، بعد الاستشارة، في الحالات الآتية:

- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية،
- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض، وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.
- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.
- في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع اجال طلب عروض جديد.
- في حالة العمليات المنجزة، في إطار استراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك. وفي هذه الحالة، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

تحدد كليات تطبيق أحكام هذه المادة، عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

العروض، إذ أن أعمال هذا الأخير كان غير مثمر ومنه لم يحقق النتائج المرجوة منه⁽¹⁾، وهذا بسبب اما لم يتم استلام أي عرض، أو لم يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أيعرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، يفهم من هذه الحالة أنه تعلن حالة عدمجوى بعد استلام العروض وأثناء فتح وتحليل العروض وتقييمها تبين أن العروض غيرمطابقة وهذا نظرا على سبيل المثال بسبب الأهلية أو غير مطابق لمحتوى وبنود دفترالشروط.

وأما لعدم التمكن من ضمان تمويل الحاجات بمعنى أن المتعهد الذي قدم العرض مبلغهيفوق الغلاف المالي للعملية وعليه تعلن عدم جدوى ويذكر سبب عدم القدرة على التمويل⁽²⁾.

الفرع الثاني: حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض

إن الطبيعة الخاصة لمثل هذه الصفقات هي التي تحتم على المصلحة المتعاقدة اعمال أسلوب التراضي بعد الاستشارة، فالمرسوم الرئاسي 236/10 سابقا لم يحدد ولم يبين طبيعة هذه الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة وما المراد بها، حيث أن مصطلح "الخاصة" أضفى عليها نوعا من الغموض⁽³⁾.

(1) بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009/2008، ص 23.

(2) أنظر المادة 40 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(3) بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص 23.

فيمكن أن يكون قصد المشرع به صفقات الدولة التي تكتسي طابعا سريا في ابرامها وتنفيذها ولها علاقة بأسرار الدولة وتمس بالسيادة الوطنية كصفقات الأسلحة ولوازم وزارة الدفاع الوطني والأمن، وهذا بحكم طبيعتها المهمة التي لا تتوافق وأسلوب طلب العروض⁽¹⁾. إلا أنه طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15 فقد نكر أن خصوصية هذه الصفقات تحدد بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات⁽²⁾.

وتحدد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة⁽³⁾.

الفرع الثالث: حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة

قد استحدثت هذه الحالة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 338/08⁽⁴⁾، وقد تم الإبقاء عليها فهي تتعلق بالأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة، يتم تحديد طبيعتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية للدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني حسب ما ورد في الفقرة 04 من المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(1) تيايب نادية، مرجع سابق، ص 113.

(2) أنظر المادة 51 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(3) أنظر المادة 52 فقرة 04، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(4) المرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 62، الصادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2008، ملغى.

إن اعتبار هذه الحالة من حالات التراضي بعد الاستشارة كان مقصودا من المشرع لتعلقها بالعمليات المتميزة بالدقة والسرية إذ تخص الأمن والدفاع الوطني، فهذا النوع من الصفقات يكتنفه الطابع السري الذي يتنافى وعملية النشر في طلب العروض⁽¹⁾.

الفرع الرابع: حالة العمليات المنجزة في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات

تم النص على هذه الحالة بموجب المادة 51 فقرة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، بحيث تلجأ المصلحة المتعاقدة لاختيار المتعامل المتعاقد معها بواسطة التراضي بعد الاستشارة عندما تنص اتفاقية التمويل الامتيازية على ذلك؛ وقد نص التنظيم القانوني للصفقات العمومية على إمكانية حصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني في حالة الاتفاقيات الثنائية ومؤسسات البلد المقرض للأموال في الحالات الأخرى.

لم يحدد المشرع المقصود بالتمويلات الامتيازية ولم يبين الكيفية التي يتم بموجبها تحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، وهذا ما يفتح المجال للمصلحة المتعاقدة للتحايل على تطبيق ق.ص.ع، وهو ما من شأنه أن يقضي على الطابع الاستثنائي للتراضي بعد الاستشارة كأسلوب ثاني لاختيار المتعامل المتعاقد⁽²⁾.

(1) تياي نادية، مرجع سابق، ص 314.

(2) بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص 24.

الفصل الثاني

الحقوق والالتزامات المترتبة عن التراضي

المبحث الأول: حقوق التراضي

في مقابل الامتيازات والسلطات التي تتمتع بها الإدارة لدى التعاقد، فإن القانون يوفر للمتعاملا المتعاقد معها حماية قانونية، تتمثل في الاعتراف له بمجموعة من حقوق وتأخذ هذه الحقوق في مجملها طبيعة واحدة وهي الطبيعة المالية وإن كانت تختلف صورها وإجراءاتها وحالاتها بين حقوآخر.

فالمتعامل المتعاقد عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة صار من حقه الحصول على المقابل المالي، أما في حال ما إذا واجهته وقائع وعوامل صعبة ومرهقة لا يمكن معها الاستمرار في تنفيذ الصفقة بات من حقه المطالبة بالحق في التوازن المالي.

وإذا أصابه ضرر جراء عمل قامت به الإدارة فمن حقه المطالبة بالتعويض، وعليه قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، المطلب الأول يتناول الحق في المقابل المالي، أما المطلب الثاني الحقيقي التعويض والثالث الحق في التوازن المالي.

المطلب الأول: الحق في المقابل المالي

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة يلزم فيه المتعامل المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات والشروط المتفق عليها، وتلزم الإدارة المعنية بدفع المقابل المالي بالأشكال والكيفيات التي حددها القانون⁽¹⁾.

وقد بينت المادة 73 وما بعدها من المرسوم الرئاسي 236/10 أن التسوية المالية للصفقة تتم بدفع قسط المتعامل المتعاقد يأخذ عدة أشكال.

(1) المواد من 73 إلى 91 من المرسوم الرئاسي 236/10

الفرع الأول: التسبيق

عرفته المادة 74 من المرسوم الرئاسي:

"هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة "معناه أنالمتعامل قبل مباشرته للخدمة موضوع الصفقة ، تبادر الإدارة المعنية بالتعاقد بدفع تسبيق في رقمالحساب الجاري للمتعامل المتعاقد، وهذا بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال والوفاء بالأعباءالمالية حيث يمكنه هذا التسبيق من توفير المواد التي يتطلبها لتنفيذ الصفقة.

ويتخذ التسبيق شكلين هما⁽¹⁾:

1- التسبيق الجزافي:

هو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل قبل بدء تنفيذ الصفقة على أن لا تتجاوز قيمته كحد أقصى 15% من السعر الأولي للصفقة.

ويمكن أن يدفع مرة واحدة كما يمكن توزيعه على فترات يتم الاتفاق عليها في الصفقة⁽²⁾.

إلا أنه هناك استثناء في نص المادة 78 وهي أن مبلغ التسبيق الجزافي لا يزيد عن 15% منالسعر الأولي للصفقة وأجازت للمصلحة المتعاقدة أن تدفع تسبيقا جزافيا أكبر من النسبة المقررةشريطة توافر ما يلي:

- إذا رأت المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع أو التمويل، سينجم عنه تحقيق ضرر أكبر.

(1) المادة 76 من المرسوم الرئاسي 10-236 .

(2) أنظر المادة 79 من نفس المرسوم.

- ضرورة استشارة لجنة الصفقات المعنية.

- ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسئول الهيئة المستقلة أووالي.

2- التسبيق على التموين:

هو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل التنفيذ إذا اثبت لجهة الإدارة بموجب وثائق وعقود تؤكد ارتباطه القانوني مع الغير بهدف توفير المادة موضوع الصفقة⁽¹⁾.

ويتعلق هذا النوع من التسبيق بنوعين من الصفقات ثم تحديدهما حصرا وهما صفقة الأشغال و صفقة اقتناء اللوازم، وذلك لاختلاف العتبة المالية لكل نوع من الصفقات.

وفي حال منحت الإدارة التسبيق على التموين يحق لها اشتراط تعهد أو التزام صريح من جانب المتعامل المتعاقد بإيداع المواد أو المنتجات في الورشة أو في مكان التسليم تحت طائلة إرجاع التسبيق.

إن الغرض من تمكين المتعامل المتعاقد من هذه المبالغ هو مساعدته على تحمل الأعباء المالية للمشروع بهدف تنفيذ موضوع الصفقة في الآجال المتعاقد عليها.

وقد أجاز المرسوم للمتعامل المتعاقد حق الجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين منباب افتراض حسن النية من جانب الإدارة في المتعامل المتعاقد، غير أنه متى جاز الجمع بينالتسبيق الجزافي والتسبيق على التموين فلا يجوز كحد أقصى أن يتجاوز 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة⁽²⁾.

(1) المادة 80 من نفس المرسوم.

(2) المادة 82 من المرسوم الرئاسي 236/10.

الفرع الثاني: الدفع على الحساب

عرفته أيضا المادة 74 من المرسوم الرئاسي:

"هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة"

ومنه فان الدفع على الحساب يتعلق بالتنفيذ الجزئي للصفقة، حيث أن المتعامل المتعاقد ينفذ جزء من موضوع الصفقة مثلا 40% ويطلب بالدفع على الحساب لهذه القيمة، وينقسم الدفع على الحساب إلى نوعين⁽¹⁾:

1- الدفع على الحساب عند التمويل بالمنتجات:

إن هذا الدفع على الحساب يخص فقط عقد الأشغال، فمتى أثبت المتعاقد مع الإدارة أنه وضعت ذمة المشروع منتجات معينة وتم استلامها في الورشة بإمكانه الحصول على دفع على الحساب يقدر بـ 80% من مبلغ هذه المنتجات.

ويشترط لإتمام الدفع على الحساب ألا يكون المتعاقد قد حصل على تسبيق بالتمويل، وأن يكون مصدر المنتجات من الجزائر. لأنه لا يمكن الاستفادة من هذا النوع من الدفع لو تعلق الأمر بمنتجات تم جلبها من الخارج.

2- الدفع على الحساب الشهري:

إن الدفع على الحساب يتم شهريا ما لم ينص أحد بنود الصفقة على مدة أطول حسب طبيعة الخدمة، ونظرا لتعلق الدفع على الحساب بنسبة تقدم الأشغال أو الخدمة فقد علق المشرع منحه على تقديم الوثائق التالية:

- محاضر أو كشوف حضورية أو ميدانية خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريها.

(1) المادتين 84 و85 من نفس المرسوم.

- جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة.
- جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به وجدول تكاليف الضمان الاجتماعي مؤشر عليهم صندوق الضمان الاجتماعي المختص.

الفرع الثالث: التسوية على رصيد الحساب

إن التسوية على رصيد الحساب تتمثل في الدفع المؤقت أو الدفع النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها.

1- التسوية على رصيد الحساب المؤقت:

لقد بينت المادة 86 من المرسوم الرئاسي كيفية التسوية المؤقتة للرصيد كونها تتم بعد تسليم المشروع أو أداء الخدمة على أن تبادر الإدارة إلى اقتطاع الضمان المحتمل والغرامات المالية عند الاقتضاء والدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب على اختلاف أنواعها.

2- التسوية النهائية:

إن التسوية النهائية للرصيد تكون برد الاقتطاعات بعنوان الضمان للمتعامل المتعاقد وشطب الكفالات التي قدمها ، ولا يتم ذلك إلا بعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع وبعد تقديم الوثائق القانونية 134 المثبتة لذلك⁽¹⁾.

لقد ألزمت المادة 89 الإدارة المعنية بالقيام بالتسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوماً من استلام الكشف أو الفاتورة.

كما أجازت إقرار مدة أطول لبعض الصفقات بقرار من وزير المالية، ولا يمكن أن يتجاوز شهرين أخذاً بعين الاعتبار الأجل الأول أو الأجل العادي، وتقوم المصلحة المتعاقدة بإعلام المتعامل المتعاقد بتاريخ الدفع وإصدار الحوالة.

(1) المادة 87 وما بعدها من المرسوم 236/10.

ويحق للمتعامل المتعاقد الحصول على الفوائد التأخيرية في حال تجاوز الآجال المذكورة، وتحسب هذه الفوائد على أساس نسبة الفائدة البنكية المطبقة على القروض القصيرة المدى⁽¹⁾.

إن بعض الصفقات العمومية يستوجب تنفيذها زمنا طويلا مما قد ينتج عنه ارتفاع أسعار بعض المواد، لذلك فإن سعر الصفقة يمكن أن يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة⁽²⁾.

1- السعر الثابت:

قد تنص الصفقة على أن يكون السعر ثابتا ولا يمكن للإدارة أن تغيره (رفعا أو تخفيضا) استنادا على سلطتها في التعديل.

2- السعر القابل للمراجعة:

قد ينص العقد الإداري أو الصفقة على إمكانية مراجعة السعر وفق كيفية أو صيغة وألية تحدد مسبقا في الصفقة "بتحيين L'actualisation" السعر وتجعله متجاوبا مع التطور العام للأسعار، ويجب أن تراعي في صيغ مراجعة الأسعار الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة من خلال تطبيق معاملات وأرقام استدلالية تخص المواد، الأجر، العتاد⁽³⁾.

المطلب الثاني: الحق في التعويض

في حال إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية أو عند استعمالها للسلطات المخولة لها استعمالا يخالف القانون يقع لزاما عليها تعويض المتعاقد معها، كما تكون مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها لما لحق به من ضرر رغم عدم نسبة خطأ ما لها، ويكون أساس إلزامها بالتعويض الاستناد لنظرية الإثراء بلا سبب، وإما الاعتبارات العدالة وموجبات الحفاظ

(1) د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 226.

(2) المادة 64 من المرسوم الرئاسي 236/10.

(3) د. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 82.

على التوازن المالي للعقد، وعليه فان مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها قد تتعدى على أساس الخطأ أو دونه⁽¹⁾.

الفرع الأول: المسؤولية على أساس الخطأ

إذا كان على المتعاقد مع الإدارة الالتزام بأداء ما تقرر عليه بموجب الصفقة المبرمة ودفترالشروط المصاحب لها فان الإدارة هي الأخرى وفي المقابل تكون مجبرة على تنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد المبرم. وملزمة باستعمال السلطات الاستثنائية المقرر لها على نحو مشروع ذلكأن أي إخلال منها بالتزاماتها التعاقدية وأي استعمال منها لسلطاتها على نحو غير مشروع يشكلخطا عقدي يرتب مسؤولية الإدارة ويولد معه حق المتعاقد في التعويض.

إن الخطأ العقدي المرتب لمسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها يأخذ صورتان:

- إخلال المصلحة المتعاقدة بأحد الالتزامات العقدية المقررة كعدم تسليمها الموقع في وقت مناسب وخالي من الموانع، أو عدم تقديمها للمواد الضرورية للتنفيذ أو حرمان المتعاقد من التسهيلات المالية المقررة في العقد أو عدم منحها المقابل المالي للمتعاقد في الآجال المقررة.

- مخالفة الإدارة لقواعد المشروعية عند مباشرتها لسلطاتها كاستعمالها اللامشروع لسلطات الرقابة والتوجيه أو تجاوز تعديلاتها لنطاق المشروعية أو توقيفها للأعمال موضوع العقد دونمبرر أو توقيعها الجزاءات بالغة الجسامة دون مبرر لها، أو فسخها للعقد لمجرد التحلل منالالتزامات.

(1) د. بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 116.

الفرع الثاني: مسؤولية الإدارة على أساس الإثراء بلا سبب

إن جهة الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها في حال قيامه بإنجازات إضافية متى ثبت أنها ضرورية لإنجاز محل العقد على أحسن وجه أو أنها ذات فائدة تعود على الإدارة وإن الإدارة كانت راضية عن قيامه بها، وهو في إطار التنفيذ لالتزامه التعاقدية، والتعويض في هذه الأحوال يكون استناداً لقاعدة الإثراء بلا سبب المقررة في الشريعة العامة.

المطلب الثالث: الحق في الحفاظ على التوازن المالي

تعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية محضة، يعود للقضاء الفرنسي الفضل في إظهارها إلى حيز الوجود من خلال القضايا المعروضة عليه. وكان أولها قضية العربات الكهربائية بتاريخ 11 مارس 1910⁽¹⁾.

ويعود سر إقرار هذه النظرية أن المتعاقد مع الإدارة يلزم في كل الحالات بالوفاء بالتزامه بتنفيذ ما تعهد به، ولا يحق له التوقف عن أداء الخدمة بحجة غلاء أسعار بعض المواد مثلاً.

إن التوازن المالي يعني ضرورة وجود تناسب بين إلتزامات المتعاقد وحقوقه حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، حيث أنه لا يمكن تركه لوحده يعاني من هذه الضائقة المالية وقديودي به الأمر إلى الإفلاس وغلق المشروع والتوقف عن كل نشاط وهو ما سيؤثر على المرفق العام وخدمة الجمهور ومدة انجاز المشروع، بما يفرض في النهاية الاعتراف للمتعاقد بحقه في التوازن المالي.

إن الاعتراف للمتعاقد بحقه في التوازن المالي يدخل إما تحت نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة.

(1) د.عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 228.

الفرع الأول: نظرية فعل الأمير

1- مفهومها:

فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة بقرار فردي خاص تصدره، أو بقواعد تنظيمية عامة يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة بحيث يترتب على ذلك جعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية أكثر كلفة مما يلحق به ضرراً يستوجب التعويض⁽¹⁾.

ويجد مبدأ التوازن المالي أساسه القانوني في التشريع الجزائري في نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي الجديد، حيث ورد في نصها:

"تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل".

غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل من الطرفين.

وعليه فننّ المشرع الجزائري هذه النظرية ذات المصدر القضائي كما بينا سابقاً، وتأثر بها القضاء الجزائري، حيث أقر المشرع الجزائري مبدأ الحل الودي لحسم النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، وأيضاً عندما رخص للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة مما يعيد

(1) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 193.

الاعتبار المالي للمتعاقد المتعاقد ويدفعه أكثر للوفاء بالتزاماته وبمواصلة التنفيذ، فما كانت الصفقات العمومية يوماً مجالاً لدفع المتعاقد المتعاقد على تحمل خسائر لم تكن متوقعة ساعة إبرام الصفقة ثم إن المتسبب في إحداثها هي الإدارة المتعاقدة نفسها.

2- شروط تطبيق النظرية:

حتى يطالب المتعاقد المتعاقد بحقه في التوازن المالي بعنوان نظرية فعل الأمير وجب توافر ثلاثة شروط نبينها فيما يلي:

1 - أن يصدر العمل الذي تسبب في الخلل المالي للمتعاقد المتعاقد عن الإدارة المتعاقدة لنفسها وليس عن جهة إدارية أخرى⁽¹⁾.

2 - أن يكون العمل القانوني الصادر عن الإدارة المتعاقدة مشروعاً غير مخالف للنظام العام فإن صدر العمل عن الإدارة وكان غير مشروع جاز للطرف الآخر اللجوء للقضاء ومساءلتها طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية.

3 - أن يؤدي العمل المشروع الصادر عن الإدارة المتعاقدة إلى قلب اقتصاديات العقد والتأثير عليها بصورة أساسية بما يؤثر على المركز المالي للمتعاقد المتعاقد فيسبب له ضرراً مالياً.

مثلاً إذا نتج عن تعديل الصفقة زيادة كبيرة في تحمل الأعباء المالية بالنسبة للمتعاقد المتعاقد جاز له المطالبة في التوازن المالي⁽²⁾.

4 - الآثار المترتبة على النظرية:

(1) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، الجامعة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 577.

(2) المادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10.

تولد نظرية فعل الأمير حقا للمتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض كامل يعيد التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه قبل صدور قرار الإدارة المتعاقدة و الذي أضر بالمتعاقد معها و تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الضرر والذي لحق به بسبب فعل الأمير يقوم على عنصرين:

- ما لحق به من خسارة، ويتضمن المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعامل المتعاقد، ومثاليذلك إذا طلبت الإدارة من المقاول سرعة تنفيذ الأعمال فإن هذا قد يؤدي إلى زيادة أعباء المقاول بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة أجور الأيدي العاملة في صورة أجور إضافية.
- ما فات المتعامل المتعاقد مع الإدارة من كسب على اعتبار أن من حقه أن يعرض عن ربحه الحلال وعن عمله ورأس ماله⁽¹⁾.

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة

1 - مفهومها:

جعلت نظرية الظروف الطارئة لمواجهة آثار ظرف يقع أثناء مدة تنفيذ العقد حيث يلحق بالمتعاقد مع الإدارة خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد الإداري في حين أن المتعاقد لم يتوقع حدوث هذا الظروف حال إبرامه العقد و لم يكن بوسع توقعه أو استطاعته دفعه، الأمر الذي يلزم الإدارة بمشاركته في تحمل جزء من الخسارة بحيث يعود التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه قبل حدوث الظرف الطارئ، حيث يستوي في ذلك ان يكون مرجع الظرف الطارئ ظواهر طبيعية أو ظروف اقتصادية أو إجراءات إدارية صادرة عن غير جهة الإدارة المتعاقدة.

تتميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية فعل الأمير ، أن العمل المتسبب في الخلل المالي بالنسبة لنظرية فعل الأمير صدر عن الإدارة المتعاقدة، بينما نظرية الظروف الطارئة

(1) د. عبد العزيز عبد المنعم، مرجع سابق، ص 199-200.

ليس للإدارة المتعاقدة أي يد في الحدث مصدر الخلل المالي، فهو عارض خارجي وليس لإرادة الإدارة أي دخل فيه.

كما تتميز كذلك نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة، أن هذه الأخيرة رغم أنه لا يدل أطراف العقد في حدوثها، إلا أنها تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، خلافاً لنظرية الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ العقد ممكناً و لكنه مرهق ويبقى من حق المتعامل المتعاقد المطالبة بإعادة التوازن المالي.

2 - شروط تطبيقها:

من أجل تطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب توافر الشروط التالية:

- وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ:

حيث تعد من قبيل الظروف الاستثنائية غير المتوقعة ارتفاع أسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع ارتفاعاً غير عادي، وذلك أن الارتفاع البسيط و الطبيعي أمره يقدره أطراف العقد ويضعونه بعين الاعتبار ساعة التعاقد، وفي حال ما إذا كان الارتفاع يسير بوتيرة متسارعة ومرتفعة

كما هو الحال في القضية التي عرضت على مجلس الدولة الفرنسي، حيث تنتج عن نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفاع أسعار الفحم بما سبب ضرر للملتزم فلم يعد بإستطاعته تحمل الأعباء المالية الجديدة، ولما لجأ الملتزم للإدارة المتعاقدة لتعديد النظر في الأحكام المالية الواردة في العقد رفضت ما دفعه للجوء إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي إعترف له بحقه في التوازن المالي بعنوان الظروف الطارئة، ومن يعود الفضل لهذه القضية في ظهور نظرية الظروف الطارئة سنة 1916⁽¹⁾.

(1) دعمار بوضياف، مرجع سابق، ص 231.

- أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين:

لا يستفيد المتعامل المتعاقد من إعادة التوازن المالي تحت عنوان الظروف الطارئة إذا تسبب هو بعمله أو تدخله في إحداث السبب أو الطارئ الجديد، كذلك الحال فلا ينبغي أن تكون الإدارة هي المتسببة في ظهور هذا الطارئ الجديد، فإن كانت هي من أحدثت بعملها الطارئ الجديد جازمساءلتها تحت عنوان الإخلال بأحكام المسؤولية التقصيرية لا نظرية الظروف الطارئة.

- أن ينتج عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة:

يقصد بالخسائر الغير مألوفة أن الظروف الطارئة أدت إلى قلب الوضع الاقتصادي للمتعاملا لمتعاقد رأسا على عقب، وتدخل بالتوازن المالي للعقد إخلالا خطيرا وغير مألوف بحيث يصعب تنفيذ المتعاقد مع الإدارة إلتزاماته التعاقدية مرهقا لأنه يتحمل أعباء مالية خطيرة وخسائر كبيرة.

- أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع:

أي يكون بوسع أطراف العقد توقعه، فإذا كان الظرف الطارئ ممكن توقعه، كأن تكون الحرب ممكنة الوقوع نتيجة استياء العلاقات بين دولتين على درجة كبيرة جدا فإن المتعاقد لا يمكنها الاستفادة من أحكام هذه النظرية لأنه في وسع الرجل المعتاد توقع حدوث الحرب، كما لا يكفي أن يكون الظرف أو الحادث غير متوقع إذا كان ممكن تفادي وقوعه، لأن المدين المتعاقد مع الإدارة ملزم بتفادي مثل هذه الظروف التي تعجزه عن الوفاء أو ترهقه ما دام في وسعه ذلك⁽¹⁾.

3 - آثار النظرية الظروف الطارئة:

(1) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص203.

تجد النظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني في الجزائر في نص المادة 107 من القانون المدني التي جاء فيها:

"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية و لا يقتصر العقد على الزام بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام، غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وأن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جازللقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق يخلف ذلك".

لقد قن المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة⁽¹⁾ لأنها فكرة تتماشى ومبادئ العدالة، لأنه ليس من العدل ترك المتعامل المتعاقد يتحمل ولوحده الأعباء المالية بحجة أن الإدارة ليست المتسببة في هذه الظروف.

وتتحصر آثار العمل بنظرية الظروف الطارئة في الحصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض جزئي من الإدارة تحت رقابة القضاء، وهو تعويض جزئي لكونه لا يشمل الخسارة كلها و لا يغطي إلا جزء من الأضرار التي أصابت المتعاقد في الخسارة⁽²⁾.

وإذا لم يتوصل الطرفان إلى الاتفاق حول إعادة التوازن المالي للعقد الإداري لأن الطرف المتعاقد ملزم على تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم حدوث الاختلال بالتوازن المالي للعقد، وذلك نزولا وتطبيقا لمبدأ ضرورة انتظام و استمرار سير المرفق العام حكم القضاء بفسخ العقد بناء على طلب أحد طرفي العقد الإداري⁽³⁾.

(1) المادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10.

(2) بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 123.

(3) د.عمار عوايدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 596.

المبحث الثاني: القيود الواردة على سلطات الإدارة المتعاقدة

إن الصفقات العمومية تتميز عن غيرها من العقود وخاصة العقود المدنية والتجارية أنها تخولجهة الإدارة ممارسة جملة من السلطات تتمثل في امتيازات السلطة العامة وهي وسائل قانونية تمتلكها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد، والتي من شأنها أن تجعل ذلك العقد محققا للغرض الذي أبرم من أجله، ولها أن تمارسها كلها، أو على انفراد وعلى نحو مستقل أو بصورة مجتمعة ما لم تكن هناك عقبات مادية في إمكانية الجمع.

المطلب الأول: سلطة الرقابة والإشراف

نظرا لكون الإدارة طرفا في العقد الإداري يتمتع بامتيازات السلطة العامة، فإن هذا يعطيها حقافي إسباغ رقابتها على كيفية تنفيذ المتعاقد معها لإلتزاماته التعاقدية.

الفرع الأول: المقصود بسلطة الرقابة والإشراف

يقصد بسلطة الإشراف تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ إلتزاماته العقدية علانحو المتفق عليه. أما سلطة الرقابة فيقصد بها حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمالواختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد⁽¹⁾.

تجد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العام، فهي ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد.

ومفادها أن للمصلحة المتعاقدة أن تشرف على تنفيذ العقد فتراقب المتعاقد بغية التحقق من أن ذلكالتنفيذ يتم وفقا للشروط المحددة للعقد.

(1) د.عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 202.

وتتخذ سلطة الرقابة من جانب الإدارة صورتان⁽¹⁾:

أ- الاكتفاء بالرقابة والإشراف على مراحل التنفيذ وإلزام المتعاقد بمراعاة شروط العقد، وهو مبدأ عام سواء نص عليه العقد أم لم ينص.

ب - قيام الإدارة بتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقة التنفيذ التي تراها مناسبة، وهو مبدأ عام في عقود الأشغال العمومية ولو لم ينص عليه العقد، لكنه لا يتقرر في عقود التوريد إلا إذا نص عليها العقد فهو إذا ليس مقرراً كمبدأ عام في جميع العقود.

وتعتبر سلطة الإشراف والرقابة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة العامة، كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها، فهي ليست بالإمتياز الممنوح للإدارة فيحد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قررت هذه السلطة لحماية المال العام وضمان حسن سير المرافق العامة، حيث غالباً ما تشترط الإدارة ضمن بنود صفقاتها أو في دفتر الشروط العامة والخاصة حقها في إصدار التعليمات.

تتم الرقابة بالتفتيش على العمل بطلب البيانات والإحصاءات وفحص طبيعة العمل، وتأخذ هذه السلطة مداها في مجال عقود الأشغال العامة بالنظر لطبيعة العمل الخاصة، وكون تنفيذه يستغرق مدة زمنية طويلة، وإن كانت سلطة الرقابة و الإشراف ثابتة بالنسبة لجهة الإدارة و مقررة في جميع العقود الإدارية إلا أن ممارستها تختلف من حيث المدى من صفقة إلى أخرى.

إلا أن سلطة الإشراف و الرقابة تبرز أكثر في مجال عقود الأشغال العامة و ذلك لطابعها الخاص كونها تكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة، وأنها تحتاج إلى متابعة مستمرة ومتواصلة تفادياً لأى خروج عن ما تم التعاقد بشأنه سواء كان من جانب المقاول أو مؤسسة التنفيذ.

(1) نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، صفحة 29.

لذلك إن عقد الأشغال بطبيعته يفرض تدخل مندوب الإدارة للإشراف على التنفيذ، فيكون بمثابة المدير الحقيقي للعمل و المشرف العام عليه، وينقلب المقاول إلى جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن مندوب الإدارة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطة الرقابة و التوجيه

إن سلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه ليست مطلقة بل تحدها اعتبارات⁽²⁾، بهدف إجراء التوازن بين ممارسة الإدارة لسلطتها و ضمان حقوق المتعاقد يجوز للمقاول المعني اللجوء للقضاء الإداري⁽³⁾ بهدف إلغاء قرار يتعلق بتعليمة تخص تنفيذ عقد أشغال أو أن يرفع دعوى تعويض عن الأعباء المالية الناتجة عن تنفيذ هذه التعليمات.

حيث تنص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بنص المادة 12 من المرسوم الرئاسي الجديد على أنه:

"تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها".

غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل وديللنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يلي:

• إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

• التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.

• الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

(1) راجع المواد 116، 117، 118 من المرسوم الرئاسي 10/236.

(2) د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، صفحة 110.

(3) راجع أكثر الأستاذ حسين طاهري، شرح وجزيل للإجراءات المتبعة في المواد الإدارية، و الأستاذ فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد.

وفي حالة اتفاق الطرفين، يكون هذا الإتفاق موضوع مقرر يصدره الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، حسب طبيعة النفقات المطلوب الإلتزام بها في الصفحة.

ويصبح هذا المقرر نافذا، بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية.

ويمكن المتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة التي تصدر مقررًا في هذا الشأن خلال ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ إيداع الطعن.

يسري هذا المقرر على مصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية، حسب الشروط المحددة في أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-314 المؤرخ في 28 صفر عام 1412 الموافق لـ 07 سبتمبر 1991 والمتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين.

وهكذا، وبغرض حل المشاكل والمنازعات التي تطرأ لدى تنفيذ الصفقات العامة، فإن المادة 115 أعلاه تسمح بالطعن "أمام العدالة" دون تحديد الجهة القضائية المختصة.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽¹⁾ يمكن القول أن الاختصاص القضائي بمنازعات الصفقات العمومية موزع بين المحاكم الإدارية والمحاكم العادية⁽²⁾.

وبما أن سلطة الإشراف و التوجيه و الرقابة ليست مطلقة كما سلف الذكر، وذلك لأن إطلاقها يؤدي إلى تعسف جهة الإدارة و مبالغتها في إصدار التعليمات و الأوامر بما قد يضر بالمتعاقدين معها خاصة من الناحية المالية. لذلك وضعت ضوابط تتمثل في:

(1) المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) د. محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2009، ص 247.

- وجوب توفير ضمانات للمتعاقد معها ضد تعسفها أو إنحرافها في استعمال السلطة بغية تحقيق أغراض غير متعلقة بالمصلحة العامة.

- لا يجوز أن تؤدي سلطة الإدارة في الرقابة إلى التدخل في الأعمال الداخلية للمرفق العام وإلا انقلب أسلوب إدارة ذلك المرفق إلى إستغلال مباشر⁽¹⁾.

- أما في مجال التوريد فطبيعته أن تتخذ سلطة الإشراف مظهرا آخر أقل شدة من الأول فالأمر يتعلق بمواد أو منقولات يلتزم المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة، ومن حق مندوب الإدارة رفض استلام المواد أو المعدات التي لا تنطبق عليها المواصفات المتفق عليها في العقد.

أما فيما يخص عقد الامتياز يتخذ الإشراف شكلا خاصا و مميزا، فالإدارة تراقب نشاط المرفقالمسير بطريق الامتياز للتأكد عما إذا كان الملتزم يعمل وفقا للشروط الواردة في العقد أو أنه هناك خرق لأحد البنود العقدية فتتخذ الإجراءات القانونية.

المطلب الثاني: سلطة التعديل والفسخ

من المبادئ المسلم بها في عقود القانون الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي متى تم العقد لا يجوز لأي من المتعاقدين التحلل من إلتزامه بإرادته المنفردة، ولا يجوز له نقضه ولا تعديلهإلا باتفاق أطرافه أو للأسباب يقررها القانون⁽²⁾.

ويكاد الفقه والقضاء المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها، ويعود ذلك إلى حسن سير المرافق العامة.

(1) د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 111.

(2) المادة 106 من القانون المدني.

فتستطيع الإدارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، ويعتبر هذا حقا ثابتا للإدارة حتى ولو لم يتم النص عليه في العقد وحتى إن لم ينص عليه القانون صراحة⁽¹⁾.

وهنا 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، طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة وإستوجيبته المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام.

الفرع الأول: الملحق

يمكن للإدارة المتعاقدة أن تعدل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، خاصة من خلال آلية الملحق⁽²⁾، ورجوعا للمرسوم الرئاسي 236/10، تجده ورد تحت عنوان القسم الخامس "الملحق"⁽³⁾، فأجازت المادة 102 للإدارة المتعاقدة إبرام ملاحق للصفقة ولكنها اشترطت أن تتم في ضوء أحكام المرسوم الرئاسي.

1 - تعريف الملحق:

لقد عرفته المادة 103 من المرسوم السابق بأنه:

"يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة".

نستنتج من خلال التعريف أن سلطة التعديل تجد أساسها القانوني في التشريع الجزائري في المادة 103 والتي أجازت للإدارة وفي جميع الصفقات العمومية أن تعدل بندا أو

(1) د.عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 203.

(2) د.محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 74.

(3) المواد من 102 إلى 106 من المرسوم 236/10.

بنودا إن كان بالزيادة أو النقصان وقد ينصب الملحق على عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة. مما يعني أنه ليس عقدا فريدا ومستقلا بذاته، بل له وثيق الصلة بالصفقة الأصلية .
ومنه نستطيع معرفة مجال الزيادة أو النقصان، أو البنود الجديدة أو الأعمال الجديدة.

2- شروط الملحق:

إن هذا التعديل في العقد الإداري مشروط بما يلي⁽¹⁾:

- أن يكون مكتوبا طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة، فعنصر الكتابة أمر لازم وهو ما عبر عنه المشرع في المادة 103 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدلة بالمادة 12 من المرسوم الرئاسي، 23/12 بعبارة "الملحق وثيقة" والوثيقة يجب أن تكون مكتوبة، فبعنصر الكتابة يتسن معرفة الإلتزامات الجديدة.

- أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهرى بالصفقة وتوازنها، وهو شرط طبيعي ولازم، لأن التعديل الجوهرى يجعلنا أمام صفقة جديدة.

- أن يتم اللجوء إلى الملحق في حدود آجال تنفيذ الصفقة، وهو ما نصت عليه المادة 105 من المرسوم الرئاسي 236/10.

- أن يخضع الملحق كأصل عام لرقابة لجنة الصفقات المعنية، حيث وضع المشرع قاعدة من خلال المرسوم الجديد، مفادها انه إن لم يكن للملحق أثر مالي فلا حاجة لعرضه على لجنة الصفقات المعنية، كذلك إن لم يكن هناك تعديل في تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات المالية والتقنية وأجالات التعاقد أو مدة الإنجاز ولم يبلغ الحد المالي المبين في المرسوم.

3- حالات الملحق:

لقد حدد المرسوم الجديد الحالات المختلفة للملحق وهي:

(1) د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 207-209.

أ- عدم تجاوز الملحق لحدود مالية مبينة في المرسوم:

لقد نصت المادة 106 المعدلة بنص المادة 12 من المرسوم الجديد أن الملحق لا يخضع لرقابة لجنة الصفقات متى تم ضمن السقف التالي:

20% من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.

و10% من الصفقة الأصلية بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجنتين الوطنيتين للصفقات.

ب- حالة الملحق الذي لا ينجم عنه أي أثر مالي:

وهو ما يعني أننا أمام تغيير في بنود الصفقة لأصلية لكن دون أن يخلف هذا التغيير أي أثر مالي.

في هذه الحالة تتحرر الإدارة من إجراء إحالة مشروع الملحق للجنة الصفقات المعنية.

ت- حالة الظروف الإستثنائية غير المتوقعة:

قد تظهر بعد إبرام الصفقة وفي مرحلة التنفيذ أحداث أو وقائع لم تكن في الحسبان ساعة التعاقد حيث يؤدي وجودها إلى اختلال في التوازن العقدي، مما قد يؤثر على عمر الصفقة وأجال التنفيذها أجاز المشرع إبرام ملحق ويخضع لإجراءات الرقابة الخارجية القبلية.

ث- حالة إقفال ملف الصفقة:

يمكن أن يكون الهدف من إعداد الملحق إقفال ملف الصفقة بصفة نهائية وفي هذه الحالة يخضع الملحق للرقابة الخارجية المسبقة المتمثلة في رقابة لجنة الصفقات العمومية المعنية.

ج- حالة العمليات الجديدة:

في حال ظهور أعمال أو خدمات جديدة لم يتم النص عليها في الصفقة الأصلية، ولكنها مع ذلك ذات علاقة بها، تقوم الإدارة المعنية بتعديل الصفقة بما يدخل في بعين الاعتبار الظروف الجديدة، وفيهذه الحالة لا بد من عرض الأمر على لجنة الصفقات العمومية لتدرس مشروع الملحق شريطة أن تكون القيمة المالية للأعمال الجديدة تجاوز النسب المبينة في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236/10.

الفرع الثاني: قيود استعمال الإدارة لحق التعديل

إن القانون الإداري في مبادئه العامة وفي الأحكام القضائية يفرض على الإدارة قيود لا بد من مراعاتها عندما تنوي إجراء أي تعديل على مضمون العقد الإداري⁽¹⁾.

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

تتمثل في:

1- أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد:

إن الإدارة وهي تمارس سلطتها في التعديل تباشرها على نحو يراعي موضوع العقد الأصلي وأن لا يتجاوزه، حيث لا يجوز لها أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة لتغيير الموضوع أو إرهاب الطرف المتعاقد معها.

(1) د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 101.

ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها، وإلتزم بتنفيذ مضمون العقد في آجال محددة حيث أنه يراعي في ذلك قدراته المالية والفنية ومن هنا يجب أن يكون التعديل من حيث المدبوالأثر نسبيا بحيث لا يؤثر على العقد الأصلي.

2 - أن يكون للتعديل أسباب موضوعية:

إن الإدارة العامة تتعاقد في ظل ظروف معينة قد تتغير في مرحلة ما بعد توقيع العقد خاصة فيالعقود الإدارية التي تأخذ زمنا طويلا في التنفيذ كعقد الأشغال العامة أو كعقد التوريد، فإن تغيرالظروف وجب الإعتراف للإدارة بحق التعديل وذلك بما يتماشى والظروف الجديدة، وبما يراعي موضوع العقد الأصلي.

3 - أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة المشروعة:

تصدر الإدارة أو السلطة المختصة قرارا إداريا بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل صفقة عموميةويجب أن يتوفر في هذا القرار الإداري جميع أركانه ليكون مشروعاً كالقرار المتعلق بأعمال جديدةواردة في صفقة عمومية فتصدر الإدارة قرارها ثم تبادر إلى الإعلان عن التعديل.

الفرع الثالث: حقوق المتعاقد في مقابل سلطة التعديل

إن تجاوزت الإدارة المتعاقدة قيود التعديل فإن قرارها يكون باطلا يحق للمتعاقد الإمتناع عنتنفيذ العقد وفقا لما جاء بقرار التعديل.

فإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تعديل العقد الإداري فإن العدالة تقضي بضرورة تعويضالمتعاقد معها عن الأضرار التي تكون لحقته في مركزه التعاقدية جراء ممارسة سلطة التعديل، لأنضرورات الحفاظ على المصلحة العامة في المرفق العام لا تبرر التضحية

بمصلحة المتعاقد⁽¹⁾ وذلك لأنها هي أيضا مصلحة مشروعة، فينبغي إيجاد توازن من الناحية الحقوقية.

والفقه يرى أن أساس التعويض الذي يستحقه المتعاقد جراء التعديل هو مبدأ المساواة في تحمّل الأعباء العامة، ويؤسسها البعض على فكرة المسؤولية بدون خطأ الإدارة و على فكرة التوازن المالي للعقد.

ويشمل التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة تتمثل في المصروفات الفعلية التي أنفقها على العقد وهذه تختلف حسب طبيعة التعديل و نتائجه. كذلك ما فات المتعاقد من كسب على اعتبار أن من حقها التعويض عن أرباحه المشروعة والتي لولاها لما أقدم على إبرام العقد مع الإدارة.

المطلب الثالث: سلطة توقيع الجزاءات وإنهاء العقد

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

الفرع الأول: سلطة توقيع الجزاءات

وتأخذ الجزاءات الإدارية عدة صور مختلفة تتمثل في جزاءات مالية أو جزاءات ضاغطة.

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

(1) رياض العيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب.ت، ص

1- الغرامات المالية:

طبقاً للمرسوم الرئاسي 236/10 فإن الإدارة تملك سلطة توقيع الجزاءات المالية وتجد هذه السلطة أساسها القانوني في المادة 9 من المرسوم الرئاسي والتي جاء فيها ما يلي:

" يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقاً لدفاتر الشروط المذكورة أدناه باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية".

كذلك نصت المادة 24 من نفس المرسوم على إلزام الإدارة في حال إعدادها لدفاتر شروط المناقصات الدولية ضرورة النص على تطبيق عقوبات مالية قد تصل إلى 20% من مبلغ الصفقة.

وذكر المشرع الغرامة المالية في المادة 62 من المرسوم الرئاسي 236/10 كأحد البيانات الواجب ذكرها في الصفقة، وقيد مجال ممارستها في حالتين بمنطوق المادة 9.

أ- غرامة التأخير:

إن الإدارة عند تعاقدتها تضع بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ العقد، حيث يتسنى لها الانتهاء من العملية التعاقدية والدخول في علاقة جديدة أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر والانتقال إلى جزء آخر⁽¹⁾.

(1) د. عبد المنعم عبد العزيز، مرجع سابق، ص 265.

وغرامة التأخير هي مبلغ من المال ينفق في العقد على أداء المتعاقد له لصالح جهة الإدارة المتعاقدة، جزاء إخلاله بالوفاء بإلتزامه في الميعاد المقرر بنصوص العقد أو في مدته الإضافية التي توافق عليها الإدارة.

حيث تهدف تلك الغرامة لضمان تنفيذ العقد الإداري في الموعد المتفق عليه حرصاً على حسن سير المرفق العام موضوع التعاقد بانتظام وباضطراد.

ومن هذا المنطلق وجب تسليط جزاء مالي على كل متعاقد ثبت إخلاله بالقيود الزماني أو المدة المقررة لتنفيذ العقد، خاصة وأن هذه المدة هي من اقتراح المتعهد أو المتعاقد مع الإدارة حينما أقبل على إيداع ملف المناقصة وتعهد بإحترام المدة المتفق عليها⁽¹⁾.

حيث إنّ المتعاقد مع الإدارة إلتم بالتزامه بالتنفيذ خلال مدة ذكرت في العقد ثم أخل بهذا الإلتزام، فالوضع الطبيعي أن يخضع لجزاء، وهذا الأخير تسلطه الإدارة دون الحاجة للجوء إلى القضاء.

ب- في حال التنفيذ الغير مطابق:

إن الوضع الطبيعي في حال إخلال المتعاقد مع الإدارة بالشروط المتفق عليها وكيفيات التنفيذ هو خضوعه لجزاء مالي.

إن الجزاء المالي يجد أساسه القانوني في أحكام المرسوم الرئاسي الجديد⁽²⁾ إلا أن له أيضاً أساس عقدي وتستمد قوتها من العقد إلى جانب النصوص التنظيمية.

إن المادة 9 من المرسوم الجديد ورد فيها أن نسبة الجزاء المالي أو العقوبات المالية تحدد فيالصفحة. أما المادة 62 فقد ذكرت نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها في الصفحة.

(1) د،عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 212 .

(2) المواد 62، 24، 8، من المرسوم الرئاسي 236/10.

بحيث أنّ المتعاقد على علم بمجرد توقيع الصفقة أن الإدارة المتعاقدة تمارس تجاهه جملة من امتيازات السلطة المتعاقدة فتفرض عليه مبالغ مالية ونسب محددة في الصفقة وقبل ذلك في دفتر الشروط.

2- مصادرة التأمين:

إنّ التأمين أو مبلغ الضمان الذي يلتزم المتعاقد مع الإدارة بأدائه حال تقدمه بعطائه، يعد بمثابة شرط جزائي للإدارة تطبقه في حال إخلال المتعاقد معها أو تقصيره في أداء إلتزامه التعاقدية.

ولما كان للصفقة العمومية صلة بالخزينة العامة من جهة، وبحسن سير المرفق العام بانتظام واستمرار من جهة أخرى، وبالجمهور المنتفع من الخدمات من جهة ثالثة، وجب أخذ الاحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة والضغط أكثر على المتعاقد معها وجبره على تنفيذ إلتزاماته في الأجال المتفق عليها وبالشروط والمواصفات والكيفيات الواردة في عقد الصفقة.

إنّ القانون أوجب على الإدارة إسناد الصفقة لمؤسسة يعتقد أنّها قادرة على تنفيذها⁽¹⁾، كما يجب عل المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية سواء من الناحية التقنية أو التجارية⁽²⁾.

إنّ قانون الصفقات العمومية أوجب بموجب المادة 38 أن تستعلم الإدارة المتعاقدة بكل الوسائل القانونية عن المتعامل سواء لدى مصالح متعاقدة أخرى سبق لها التعاقد المتعامل المختار، أو عن طريق المرافق العامة المعنية، أو البنوك أو حتى التمثيليات الدبلوماسية وهذا التحقيق كله في مجالسوابق المتعامل إنما أقر بغرض الوصول إلى نتيجة

(1) المادة 35 من المرسوم الرئاسي 236/10.

(2) المادة 36 من المرسوم الرئاسي 236/10.

إبرام الصفقة مع متعامل مأمون من جميع الجوانب حتى لا يتسبب في تأخيرها أو إنجازها بغير الكيفية المتعاقد عليها.

إن ما يمكن الإدارة من ممارسة سلطة مصادرة مبلغ ما، يتعين أولاً وجوده بين يدها أو تحت إمرتها في شكل مبلغ ضمان يسمى بضمان كفالة حسن التنفيذ.

التي تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة، بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة.

لقد جاء نص المادة 97 من المرسوم الرئاسي 236/10 بما يلي:

"زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 75 أعلاه يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة"⁽¹⁾.

لقد ورد في المادة نكر الكفالة وحالات الإعفاء من تحمل عبء إيداع الكفالة، فيما خص بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات، كما أعلنت المادة عن قرار وزاري مشترك بين وزير المالية ووزير الوصاية يحدد قائمة هذه الصفقات.

كما أنه يمكن للإدارة المعنية إعفاء المتعاقد معها من كفالة حسن التنفيذ إذا كان أجل تنفيذ الصفقة لا يتجاوز ثلاثة أشهر، كما أبقى المشرع فئة الحرفيين والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري من تحمل كفالة حسن التنفيذ حينما يتعلق الأمر بترميم ممتلكات ثقافية⁽²⁾.

كما أكد المشروع الجزائري أن كفالة حسن التنفيذ تخص المتعامل المتعاقد الوطني كما تخص المتعامل المتعاقد الأجنبي إذا لم يدعم عن طريق حكومة دولته⁽³⁾. وفي هذه الحالة

(1) لقد ورد نكر الكفالة في العديد من المواد: 5، 92، 95، 100 المرسوم 236/10.

(2) المادة 100 من المرسوم 236/10.

(3) المادة 81 من المرسوم الرئاسي 250/02.

وجب أن يعتمد البنك الأجنبي عن تغطيته لمبلغ الكفالة المصرفية من قبل البنك الجزائري المختص⁽¹⁾.

فيما يخص مبلغ الكفالة فحدده المادة 100 المعدلة بنص المادة 12 من المرسوم الرئاسي الجديد بين 5 % و 10% من مبلغ الصفقة، كما يلزم المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المرسوم وهي مبالغ يلزم المتعامل المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة بواسطة بنك لتمارس عن طريقها الجزاء المالي في الإطار الذي حدده القانون.

II. الجزاءات الضاغطة

لكي تمارس الإدارة سلطة اتخاذ إجراءات ضغط مؤقتة حيال المتعاقد معها، فإنه يتعين أن ينسب إليه ارتكاب خطأ تعاقدية إضافة إلى ضرورة قيام الإدارة بإعداره قبل اتخاذ الإجراءات من وسائل الضغط المكرسة قضاء والمعتمدة فقها أن تعهد الإدارة المتعاقدة بتنفيذ العقد في صفقة اقتناء اللوازم مثلا لشخص آخر على حساب المتعامل المتعاقد الذي أدخل بالتزامه.

وتأسيسا على ذلك أن لموضوع الصفقة صلة وثيقة كما رأينا بفكرة استمرارية المرفق العام وخدمة الجمهور، فلا يمكن التسليم بتوقف نشاط المرفق وتأثر حركته ومردوده بسبب تقصير المتعاقد مع الإدارة.

ولضمان أداء الخدمة وعدم توقفها باللجوء لشخص آخر نختاره فيزودها بالمادة موضوع الصفقة ويتحمل الطرف المقصر النتائج المالية الناجمة عن هذا التنفيذ.

وتملك الإدارة أيضا في عقد الأشغال توقيف الأشغال وسحب العمل من المقاول وإسناده لشخص آخر، وهذا بعد انتقاء جملة من الإجراءات وتوافق جملة من الشروط.

(1) المادة 82 من المرسوم الرئاسي 250/02.

وهكذا تملك الإدارة عند تنفيذها لصفقة عمومية وسائل التنفيذ العيني فان لم يتم التعامل المتعاقد بالوفاء بما تعهد به، تتحرك جهة الإدارة المعنية وتلجأ إلى أسلوب الضغط على المتعاقد معها وجبره على التقيد بالتزاماته.

غير أن هذه السلطة مقيدة وذلك بالنظر لخطورتها وآثارها، فان الإدارة لا تلجأ إليها إلا في حالات الإخلال الجسيم بالأحكام التعاقدية وبكيفية تنفيذ موضوع الصفقة وعادة ما توجه الإدارة قبل ممارسة هذه السلطة إعدار ينشر في الصحف لتتذرع به الطرف المخل، وتمارس بعد إصدارها لإجراءات القانونية اللازمة في هذه الحالة.

الفرع الثاني: سلطة إنهاء العقد

إن هذه السلطة يمكن أن تمارس سواء كعقوبة بسبب تقصير خطير ارتكبه المتعاقد مع الإدارة أو لأن مصلحة المرفق العام تتطلب ببساطة ذلك أي أنه عندما لا يكون هناك خطأ من جانب المتعاقد وتدفع الإدارة تعويضا له⁽¹⁾.

غير أن هذه السلطة، وبالنظر لخطورتها وآثارها فإن الإدارة قبل ممارستها تلزم بإعدار المعني بالأمر وهو ما أقره القضاء المقارن.

وهو ما نص كذلك عليه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي الجديد⁽²⁾، حيث أوجب على توجيه إعدار للمتعاقد بهدف الوفاء بالتزاماته خلال مدة معينة، كما أشار بوضوح البيانات الإعدار وأجاله يحددها قرار صادر عن وزير المالية.

ونجد هذا القرار في الجريدة الرسمية رقم 24 الصادرة بتاريخ 28 مارس 2011، حيث نصت المادة 2 من أن الفسخ لا يتم من جانب المصلحة المتعاقدة إلا بعد توجيه إعدار يبين

(1) د. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. عرب محمد صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2009، ص 384.

(2) المادة 112 من المرسوم الرئاسي 236/10.

للمتعامل المتعاقد العاجز كما وصفته المادة المذكورة، وبنيت المادة 3 من القرار مضمون الإعذار وأوجبت ذكر البيانات التالية:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.

- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.

- التعيين الدقيق للصفحة ومراجعتها.

- توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار.

- موضوع الإعذار.

- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار.

- العقوبات المنصوص عليها في حال رفض التنفيذ.

وبخصوص شكل الإعذار، فقد بينته المادة 4 بأنه يتم برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعاملا لمتعاقد مع إشعار بالاستلام ونشره وجوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وبالتالي يلزم القرار المصلحة المتعاقدة بنشر الإعذار في الجرائد الوطنية.

إلا أنه في عقد الأشغال العامة بالذات نجد أن الإدارة كثيرا ما تستعمل وسائل الإعلام المكتوبة (الجرائد) لتتبيه المعني قبل ممارسة سلطة الفسخ، وهو ما تؤكد الإعذارات الكثيرة المنشورة يوميا في الجرائد.

إن الإدارة مخول لها سلطة الفسخ بإرادة منفردة ودون الحاجة للجوء للقضاء، وهو مظهر آخر تميزت به الصفقات العمومية عن العقود المدنية، ولم يكتف المرسوم بالإعلان عن الفسخ من جانب واحد، بل نص على عدم قابلية الفسخ للاعتراض إذا لجأت الإدارة إلى تطبيق البنود الواردة في الصفحة.

والهدف الذي أراد المشرع تحقيقه هو الاستمرار في فرض الضغوط المعنوية والقانونية على المتعامل المتعاقد حتى يتقيد أكثر بالالتزامات التعاقدية بما يضمن حقوق الإدارة ويكرس مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، ويكفل حقوق الجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام.

وإلى جانب الفسخ الأحادي أجازت المادة 113 من المرسوم الرئاسي 2236/10 اللجوء للفسخ التعاقدى حسب الشروط المدرجة في الصفقة، وهنا تقترب الصفقة من العقد المدني⁽¹⁾، الذي يخول أطرافه أحقية الفسخ التعاقدى⁽²⁾.

وفي حال اللجوء للفسخ الاتفاقي لصفقة جارية التنفيذ يتعين على الطرفين توقيع وثيقة الفسخ التبتطوي على كشف الحسابات المعدة تبعا لما تم إنجازه من أعمال وما بقي منها، وهذا أمر طبيعيتقتضيه الأصول المحاسبية.

(1) د.عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 219.

(2) المادة 120 من القانون المدني.

خاتمة

خاتمة:

لقد جاء قانون التعاقد الإداري بهدف حماية الأموال العمومية، كون أغلب النفقات العمومية تذهب في شكل صفقات بشتى أشكالها وأنواعها لا سيما الموجهة لتنفيذ مشاريع ذات منفعة وطنية، كما جاء أيضا لتحقيق الفعالية والنجاعة من جراء التعاقد مع أحسن المتعاملين فنيا وماليا، لذلك فقد حرص المشرع على مسايرة قانون الصفقات العمومية للتطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وكل ما تتطلبه المصلحة العامة.

وقد أزم المشرع الجزائري الإدارة ببعض القيود و الضوابط التي تحد من حريتها فيالتعاقد و اختيار المتعاقد معها، و من بين أهم هذه القيود الزامها باتباع الإجراءات التي رسمها لها القانون لاختيار المتعاقد وتحديده لطرق ابرامها للصفقات العمومية و التي تتمثل في طريقتين: القاعدة العامة في التعاقد هي اتباع أسلوب طلب العروض والذي يعتبر طريقة تلجأ اليها المصلحة المتعاقدة لإبرام صفقاتها العمومية وهو يعتمد على عدة معايير تقنية ومالية، فمن بين هذه المعايير يوجد معيار أجل التنفيذ وخبرة الشركة المتعاقدة في انجاز مشاريع شبيهة بموضوع الصفقة المزمع ابرامها، إضافة الى حداثة معداتها وكذا معيار المبلغ المالي وغيرها من المعايير.

ويتم الاعتماد على هذا الأسلوب في انجاز المشاريع المعقدة والتي تحمل في طياتها التكنولوجية المتطورة.

إضافة الى ذلك اعتمد قانون التعاقد الإداري أسلوب التراضي والذي وضعناه تحت مجهر الدراسة والتحليل من مختلف جوانبه، وهذا لمعرفة مختلف التعديلات التي طرأت عليه، وقد كانت محاولة منا القيام بمقارنة بين المرسوم الرئاسي 236/10 والمرسوم الرئاسي 247/15.

إذ يعد أسلوب التراضي أسلوب استثنائي لا يجوز اللجوء إليه إلا في حالات محددة لا يمكن اللجوء فيها لأسلوب طلب العروض نظرا لخصوصيته المتمثلة في صفة التعامل، طبيعة الصفقة، الاستعجال، الخ.

كما أنه تم التوصل الى أن المصلحة المتعاقدة تلجأ الى أسلوب التراضي لأنه يتيح لها إنجاز المشاريع في وقت قصير لما تتطلبه المصلحة العامة مقارنة بأسلوب طلب العروض، وهذا لما يمتاز به من السرعة والبساطة في كيفية الإبرام وكذا تفادي تكرار إجراءات طلب العروض.

ولأسلوب التراضي شكلين التراضي البسيط والذي يتم اللجوء إليه في حالات محددة طبقا لقانون الصفقات العمومية كذلك الشأن فيما يتعلق بالتراضي بعد الاستشارة.

قد كفل المشرع الجزائري مجموعة من السلطات الثابتة للمصلحة المتعاقدة كونها تتمتع بامتيازات السلطة العامة، بدءا من انتقاء المتعامل المتعاقد الكفؤ إلى الرقابة على جملة أعماله المتعلقة بالصفقة والصفقة في حد ذاتها، ناهيك عن سلطة توقيع الجزاء وهي أخطر سلطة في يد الإدارة حيث يمكن أن تصل باستعمالها إلى وضع حد للصفقة وفسخها.

أما في حالة تنازع طرفي الصفقة فنستنتج أن المشرع قد أخذ بفكرة الحل الودي للنزاع، حيث أجبر الإدارة على المضي قدما والبحث في كل حل يمكن أن يفض النزاع في أقرب الآجال، وقد تبنى هذا المبدأ في مختلف مراحل الصفقة من الإبرام إلى التنفيذ، وذلك كله تفاديا للجوء للنزاع القضائي المعروف بطول الإجراءات.

وكتدعيم للحل الودي جعل المشرع مجموعة من اللجان ذات تشكيلة متنوعة معروفة بكفاءتها، وخول لها صلاحية النظر في النزاع وذلك بالاحتكام إليها من طرف المتعامل المتعاقد اختيارا وليس وجوبا، وهذا كذلك في جميع مراحل الصفقة، ففي مرحلة الإبرام يكون بالطعن أمام لجنة الصفقات المختصة، أما في مرحلة التنفيذ فيكون رفع النزاع أمام

لجنة التسوية الودية والتي أنشأها بموجب المرسوم 247/15، وهذا كله لعدم تعطيل المشاريع العمومية ويؤدي ذلك لاستلام المشروع في آجاله، وإن لم تصل اللجان إلى حل يرضي الأطراف فإن النزاع يدخل مرحلة جديدة وهي مرحلة التقاضي أمام العدالة، فقد منح المشرع لأطراف الصفقة أحقية اللجوء إلى القضاء واتباع إجراءات التقاضي المنصوص عليها في ق إ م إ وهذه كآخر مرحلة في عمر النزاع.

لكن ما يؤخذ على أعمال هذا الأسلوب في التعاقد هو ما يلي:

- الحد كثيرا من المنافسة لاسيما في التراضي البسيط وهو ما يحرم الإدارة من المقارنة بين العروض وبالتالي اختيار أفضلها.
- غياب ضوابط تحد طريقة الإبرام وفقا لهذا الأسلوب مما يؤدي إلى اختيار المتعامل المتعاقد بناء على أسس ذاتية واعتبارات شخصية، وهو ما يفتح باب التحايل والتلاعب فيعملية التعاقد.
- تضيق مساحة الرقابة القبلية على صفقات المصلحة المتعاقدة بالاعتماد على أسلوب التراضي.
- ورغم تقييد حرية الإدارة من خلال إحاطة المشرع هذا الإجراء بمجموعة من القيود الملزم إتباعها إلا أنه لا يمكن لهذه النقائص أن تقلل من أهمية التراضي، كما أنه كثيرا ما يعتبر هو الأسلوب الملائم والأنجح لإتمام عملية التعاقد لاسيما في الحالات التي تتسم بطابع الاستعجال ولعل هذا هو سبب اعتبار المشرع هذا الأسلوب طريقا استثنائيا لإبرام الصفقات العمومية.
- ومن خلال النتائج المتوصل إليها، فقد خلصنا من هذا العرض ببعض التوصيات أو الاقتراحات والتي سنوردها في نقاط:

- على المشرع إعادة النظر في الطريقة التي نظم بها التراضي فأربع مواد قانونية لا تكفي لضبط إطار قانوني واضح يؤمن التطبيق المشروع لصفقات التراضي خاصة إذا كانت هذه المواد على قلتها جاهزة للاستغلال في ارتكاب ممارسات غير مشروعة يكون ضحيتها المال العام.

- التفعيل القانوني للنص القانوني المتعلق بمكافحة الرشوة من خلال إجراءات ملموسة.

- تكثيف الرقابة على العقود الادارية وتوقيع عقوبات صارمة على كل مساس بالمال العام.

فضلا عن هذا لا بد أن يكون تنظيم العقود الادارية بمجمله منطلقا من الواقع ويستفيد من الممارسات الميدانية في وضع ضمانات لحماية المال العام على نحو يجعل من أسسها القانونية قوية مستقلة.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

المصادر القانونية:

(1) القوانين:

1. الأمر 67/90 الملغى المؤرخ في 17/6/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية (الملغى)، ج ر 52 لسنة 1967.
2. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر، عدد 44، صادر في 26 جوان 2005.
3. القانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007، يعدل ويتمم، الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 31.
4. الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، ج ر عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003.

(2) المراسيم:

1. المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية (الملغى).
2. المرسوم 145/82 المؤرخ في 10/4/1982 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي (الملغى)، ج ر العدد 15 لسنة 1982.
3. المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 09/11/1991 ج ر 57 لسنة 1991 المتعلق بالصفقات العمومية (الملغى).

4. المرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 62، الصادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2008، ملغى.

5. المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تقنين الصفقات العمومية، ج ر العدد 50 لسنة 2015.

المراجع:

(1) الكتب:

1. أ. قدوج حمامة، عمليات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د م ج، الجزائر الطبعة الثالثة، 2008.

2. د. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. عرب محمد صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2009.

3. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دس ن.

4. بو عمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

5. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة.

6. جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الثانية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

7. رياض العيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب.ت.

8. شريقي نسرين، القانون الإداري، دون رقم طبعة، مكتبة بلقيس للنشر، الجزائر، دون ذكر سنة النشر.
9. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.
10. د. عمار عوايدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
11. لزهري بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
12. د. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2005.
13. د. محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2009.
14. د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، الجامعة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
15. محمد فواز المطالفة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.
16. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
17. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

(2) الرسائل الجامعية:

1. بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009/2008.

2. تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة دكتوراه، فرع قانون عام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

3. د. عليوات ياقوته: تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري على الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة قسنطينة، 2009.

4. سحنون سمية، اجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة ماجستير، فرع قانون أعمال، جامعة الجزائر 01، 2013/2012.

5. مانع عبد الحفيظ، طرق ابرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون عام، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007.

(3) المحاضرات:

6. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، د م ج، الجزائر، 1992.

(4) دراسات:

1. د. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، الطبعة 01، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

5) المراجع الأجنبية:

1. BENNEDJI Chérif, la corruption dans les marches publics, la revue NAQD, revue d'étude et de critique social, n=°25, Alger, 2008.

الفهـ رس

1 مقدمة

الفصل الأول: ماهية التراضي في العقود الإدارية

6 المبحث الأول: مفهوم التراضي في العقود الادارية

6 المطلب الأول : تعريف التراضي في العقود الادارية

6 الفرع الأول: تعريف التراضي

9 الفرع الثاني: التعريف القانوني للتراضي في العقود الإدارية

12 المطلب الثاني: إجراءات التراضي

13 الفرع الأول: الدعوة إلى التعاقد

14 الفرع الثاني: التفاوض

16 الفرع الثالث: مرحلة التعاقد

17 المبحث الثاني: أشكال التراضي

17 المطلب الأول: التراضي البسيط

19 الفرع الأول: الوضعية الاحتكارية للمتعاقل المتعاقد

20 الفرع الثاني: حالة الاستعجال المُلح

21 الفرع الثالث: حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان

23 الفرع الرابع: حالة مشروع ذي أهمية وطنية

25 المطلب الثاني: التراضي بعد الاستشارة

25 الفرع الأول: عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية

الفرع الثاني: حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها

26 اللجوء إلى طلب العروض

الفرع الثالث: حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في
الدولة 27

الفرع الرابع: حالة العمليات المنجزة في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتمويلات
الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات 28

الفصل الثاني: الحقوق والالتزامات المترتبة عن التراضي

المبحث الأول: حقوق التراضي 30

المطلب الأول: الحق في المقابل المالي 30

الفرع الأول: التسبيق 31

الفرع الثاني: الدفع على الحساب 33

الفرع الثالث: التسوية على رصيد الحساب 34

المطلب الثاني: الحق في التعويض 35

الفرع الأول: المسؤولية على أساس الخطأ 36

الفرع الثاني: مسؤولية الإدارة على أساس الإثراء بلا سبب 37

المطلب الثالث: الحق في الحفاظ على التوازن المالي 37

الفرع الأول: نظرية فعل الأمير 38

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة 40

المبحث الثاني: القيود الواردة على سلطات الإدارة المتعاقدة 44

المطلب الأول: سلطة الرقابة والإشراف 44

الفرع الأول: المقصود بسلطة الرقابة والإشراف 44

الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطة الرقابة و التوجيه 46

المطلب الثاني: سلطة التعديل والفسخ 48

الفرع الأول: الملحق 49

الفرع الثاني: قيود استعمال الإدارة لحق التعديل 52

53.....	الفرع الثالث: حقوق المتعاقد في مقابل سلطة التعديل
54.....	المطلب الثالث: سلطة توقيع الجزاءات وإنهاء العقد
54.....	الفرع الأول: سلطة توقيع الجزاءات
60.....	الفرع الثاني: سلطة إنهاء العقد
65	خاتمة
70	قائمة المصادر والمراجع