الضمانات المالية لتنفيذ الصفقة العمومية
كفالة حسن تنفيذ الصفقة العمومية نموذجا

ط .د **بوبكر بختي**، قسم الحقوق، كلية الحقوق العلوم السياسية ، جامعة بشار

ملخص الدراسة:

تعتبر الكفالات في الصفقات العمومية من بين أهم الضمانات المالية، التي قد تشترطها المصلحة المتعاقدة في مختلف مراحل إبرام الصفقات العمومية، لما توفر لها من دراية مالية للمتعهد وجديته في تنفيذ موضوع الصفقة، ومن بين هذه الكفالات كفالة حسن تنفيذ الصفقة العمومية.

الكلمات المفتاحية:

تنفيذ- الصفقة العمومية-الكفالات- الضمانات المالية- كفالة حسن تنفيذ الصفقة- مصادرة.

Résumé:

Les garanties dans les transactions publiques figurent parmi les garanties financières les plus importantes, qui peuvent être exigées par l'autorité contractante à diverses étapes des transactions publiques, compte tenu de la connaissance financière de l'entrepreneur et de sa gravité dans la mise en œuvre de l'objet de la transaction, notamment en assurant la bonne exécution de l'opération publique.

Mots-clés:

Mise en oeuvre -transaction publique -garanties - garanties financières pour assurer la bonne exécution de l'opération - confiscation.

مقدمة:

تحظى الصفقات العمومية في كل تشريعات العالم بمنظومة قانونية تهدف إلى توطيد الحماية اللازمة لها، سواء في إجراءات إبرامها ،مرورا بتنفيذها، و انتهاء بتسليمها، وتشكل هذه المنظومة كلا متكاملا ما بين الحماية الجنائية و الإدارية و التقنية.

ومن بين الآليات التي عززت بها التشريعات هذه المنظومة باب الضمانات هذه الأخيرة تشكل وسيلة ناجعة لضمان عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته، أو تنفيذها بشكل لا ينسجم مع مقتضيات الصفقة، أو في حالة عدم إرجاع المدفوعات الزائدة[1]، وهو من شأنه المساس بسير المرفق العام وبالنتيجة المساس بالمال العام.

و قد أحاط المشرع الفرعي تنفيذ الصفقات العمومية بحماية خاصة مثمتلة في كفالة حسن تنفيذ الصفقة، المنظم لأحكامها القسم الرابع بعنوان الضمانات، من الفصل الرابع المعنون بـ" تنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية، من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، حيث اوجب على المصلحة المتعاقدة إيجاد أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة، ومن بين هذه الشروط تقديم المتعامل المتعاقد كفالة حسن تنفيذ الصفقة.

وتتمثل إشكالية البحث الرئيسية في: إلى أي مدى تكمن فعالية ونجاعة كفالة حسن التنفيذ باعتبارها ضمان للصفقة العمومية في مرحلة التنفيذ؟

فالإجابة على هذه الإشكالية تُبين لنا دور الهام لكفالة حسن تنفيذ الصفقة من خلال التطرق إلى المقصود بكفالة حسن تنفيذ الصفقة، ثم تبيان خصائصها و مميزاتها والاستثناءات الواردة على تقديمها، وكذا آثارها على المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد، وعلى التنفيذ الحسن للصفقة العمومية.

أولا : تعريف كفالة حسن تنفيذ الصفقة العمومية

الكفالة في اللغة العربية هي الضمان[2]، فيقال لها أيضا : زعامة، حمالة قبالة، وصبارة، وكل هذه الألفاظ بمعنى واحد[3]، ويقال كفل الرَجل بالرَجل-كفالة أي ضمنه[4].

وتستعمل في معنيين مختلفين فيقصد بها ما يودعه بعض الأشخاص من نقود وسندات بحسب القانون أو الاتفاق ضمانا لما قد ينجم عن خطئهم أثناء قيامهم ببعض الأعمال، ويمكن أن يقصد بها أن يتعهد شخص لأحد العاقدين بوفاء ما تعهد به المتعاقد الأخر[5] .

وتعتبر الكفالة من المفاهيم التي نشأت في حضن القانون المدني، بحيث نورد لها التعريفات التالية:

- الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه [6].

- وعرفتها المادة 950 من القانون المدني الأردني بقولها " الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام [7].

أما كفالة حسن التنفيذ فنورد لها التعريفات التالية:

عرفها الأستاذ جوزيف بادروس بأنها " مبلغ من المال يودع في احد صناديق الخزينة أو في احد المصارف المقبولة لحسن تنفيذ موجب ولضمان حقوق الإدارة تجاه منفذ الموجب"[8].

وتعرفها الأستاذة مليكة الصروخ" وسيلة مادية يستعملها صاحب المشروع في الحالات التي تقتضيها الضرورة."[9].

و عرفها عبد اللطيف قطيس بأنها " هي الكفالة التي يجب تقديمها لضمان حسن قيام الملتزم بتعهداته، وهي تضمن ملاءة الملتزم بالتنفيذ"[10].

تعهد للجهة الحكومية أو غيرها لضمان دفع مبلغ من النقود يعادل نسبة اكبر من قيمة العملية التي استقرت على عهدة العميل، ويصبح الدفع واجبا عند تخلف العميل عن الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد النهائي للعملية بين العميل والجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها [11].

وهناك من عرفها بأنها :

تأمين يتم دفعه على من يرسو عليه العطاء، لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط العقد ومعرفة ملاءة المتعاقد مع الإدارة إزاء المسؤوليات التي تواجهه عند قيامه بتنفيذ العقد [12].

عقد يلتزم بموجبه المتعامل المتعاقد ضمان تنفيذه للخدمات موضوع الصفقة وفقا لما أتفق عليه في الصفقة تنفيذا كاملا، ومطابقا، ووفيا، تجاه المصلحة المتعاقدة[13] .

هي من الضمانات النقدية التي يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدمها [14].

ومن بين ما يستخلص من هذه التعريفات ما يلي:

- إن كفالة حسن التنفيذ الصفقة ضمانة مالية.

- إن كفالة حسن التنفيذ الصفقة مقررة لفائدة المصلحة المتعاقدة.

- إن كفالة حسن التنفيذ الصفقة هي من بين الالتزامات التي يقدمها المتعاقد للمصلحة المتعاقدة.

- كفالة حسن تنفيذ الصفقة ضمان وحماية للمصلحة المتعاقد لأي تنفيذ معيب أو عدم تنفيذ لصفقة.

- إن كفالة حسن التنفيذ الصفقة قررت من اجل ضمان حسن تنفيذ المتعاقد لالتزاماته.

ثانيا: خصائص كفالة حسن التنفيذ

تتميز كفالة حسن تنفيذ الصفقة بالخصائص التالية :

1- من حيث المدة :

يجب أن تكون هذه الكفالة سارية طوال فترة تنفيذ الأعمال[15]، وبالرجوع إلى الفقرة الخامسة من نص المادة 130 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام فإنها نصت على أنه لا يسمح بتجاوز تاريخ أول طلب لدفع على الحساب لتقديم كفالة حسن التنفيذ سواء لصفقة الأصلية أو الملحق [16]، وتبقى سارية الى غاية التسليم المؤقت، والتي يمكن ان تتحول بعد هذا التسليم الى كفالة ضمان إذا نصت الصفقة على ذلك[17].

في حين أن قانون الصفقات العمومية لسنة 1967، 1982، 1991 و 2002 الملغاة، نصت المواد 80[18] ، 91،[19] 87،[20] ، 88[21]، على أن الكفالة تسترجع خلال الشهر الذي يلي التسليم النهائي.

أما تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2010 لم يشر الى ذلك.

ومن التطبيقات القضائية لذلك نجد:

القرار رقم 4546 الصادر بتاريخ 2002/04/22 عن مجلس الدولة في قضية (م خ) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية (ب.ك) الذي أكد على ضرورة إرجاع الكفالات و/ أو اقتطاعات الضمان بأكملها في اجل شهر إلى المقاول ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للأشغال أو التوريدات أو الخدمات[22].

قرار غير موجود رقمه، صادر بتاريخ 2002/07/15 عن مجلس الدولة في قضية (ع.ب) (ز.س) ضد كتابة الدولة للتكوين المهني اكد ان مبلغ الكفالة لا يسترد إلا بعد تحرير المحضر النهائي للاستلام ورفع جميع التحفظات الواردة في محضر الاستلام المؤقت [23].

من حيث المبلغ :

مبلغ كفالة حسن التنفيذ في الغالب ما تكون نسبة معينة وهي تختلف وتتفاوت طبقا لكل بلد، أي ليس له قاعدة ثابتة[24].

تطبيقا لما جاء في نص المادة 133 من تنظيم الصفقات العمومية أن مبلغ كفالة حسن التنفيذ يتراوح بين خمسة في المائة (5%) وعشرة في المائة (10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب

تنفيذها هذا كأصل عام أما الاستثناء فهو ما يتعلق بالصفقات التي لا يبلغ مبلغها مجال رقابة اللجنة القطاعية للصفقات بحيث ان مبلغ كفالة حسن التنفيذ يتراوح بين واحد في المائة (1%) وخمسة في المائة (5%) من مبلغ الصفقة، حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها.

وهذه الصفقات هي :

1- كل صفقة أشغال يفوق مبلغها (1.000.000.000دج) مليار دينار.
2- كل صفقة لوازم يفوق مبلغها (300.000.000دج) ثلاثمائة مليون دينار.
3- كل صفقة خدمات يفوق مبلغها (200.000.000دج) مائتي مليون دينار.
4- كل صفقة دراسات يفوق مبلغها (100.000.000دج) مائة مليون دينار.

أما المادة 100 من تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2010 الملغى، كانت تنص على أن مبلغ كفالة حسن التنفيذ يتراوح بين خمسة في المائة (5%) وعشرة في المائة (10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها.

أما بالنسبة للصفقات التي لا تبلغ حدود اختصاص اللجان الوطنية للصفقات، فإن مبلغ كفالة حسن التنفيذ يتراوح بين واحد في المائة (1%) و خمسة في المائة (5%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تقديمها[25].

في حين أن المادة 78 من قانون الصفقات العمومية لسنة 1967 نصت على أن مبلغ الكفالة مع مبلغ الملاحق لا يجب أن يزيد على خمسة بالمائة (5%)، وعندما تنص الصفقة على مدة الضمان فلا يجب أن يتجاوز مبلغ الكفالة عشرة بالمائة (10%)[26].

أما المادتين 90 و 86 من تنظيم الصفقات العمومية لسنة 1982 و 1991 على التوالي، نصتا على ألا يقل مبلغ ضمانات حسن التنفيذ عن خمسة بالمائة (5%) من مبلغ الصفقة[27].

أما المادة 87 من تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2002 فنصت على أن مبلغ كفالة حسن التنفيذ يحدد ما بين خمسة بالمائة (5%) و عشرة بالمائة (10%)[28] وهذا حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها[29].

أما في لبنان فإن الكفالة يمكن أن تكون تأمينا عقاريا مسجلا في السجل العقاري وأن تساوي قيمته ثلاثة أضعاف الكفالة المطلوبة [30].

ثالثا : الاستثناءات الواردة على تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة

1- بالرجوع إلى الفقرة الثانية من نص المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر، فقد أتاحت للمصلحة المتعاقدة الخيار في عدم اشتراط تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة في بعض صفقات الدراسات والخدمات، ولكن بشرط أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من حسن تنفيذ هذه الصفقات قبل دفع مستحقاتها.
2- إذا لم يتعد اجل تنفيذ الصفقة ثلاثة (3) أشهر[31].
3- الصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط[32].
4- الصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية[33].
5- أما الفقرة الرابعة نص المادة 133 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر، فقد نصت على إعفاء كلي من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة ويتعلق بـ:

- الحرفيون الفنيون والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري ، عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية[34].

رابعا : تمييز كفالة حسن التنفيذ الصفقة عن ما يشابهها

1- الكفالات التضامنية و الشخصية :

هي عبارة عن ضمانات مالية تقدم لدولة، نيابة عن المتنافسين أو المقاولين، فهي نوع من أنواع الكفالات، يتم أعدادها في شكل شهادات، حيث أن الكفيل الشخصي المتضامن يكون ضمن قائمة مقبولة ومؤهلة من طرف الدولة [35].

ويدخل أيضا في حكمها ما يعرف بخطاب الضمان فهو كفالة شخصية من البنك للمدين الأصلي وهو المقاول، بحيث يصدر خطاب الضمان لصالح الدائن وهو الجهة الإدارية المتعاقدة و التزام البنك بموجب خطاب الضمان يتم بصفة البنك أصيلا وليس بصفته نائبا عن العميل و مؤدى ذلك التزام البنك بما تعهد به دون تأخير بغض النظر عن سائر العلاقات السابقة بين العميل و الدائن أو بين العميل و البنك، فخطاب الضمان يقوم مقام التامين إلا انه ليس أداة وفاء مثل الشيك، بل إن خطاب الضمان هو أداة ضمان فقط[36].

و مثل هذا النوع من الضمانات عرفته الجزائر فقط في قانون الصفقات العمومية لسنة 1967 الملغى، ولم يتم النص عليه في جميع القوانين أو التنظيمات الخاصة بالصفقات العمومية التي أعقبت هذا الأمر

90-67 ،حيث نجد أن هذا الأمر قد افرده الفصل الثاني من الباب الثالث إلى الضمانات أخرى غير الكفالة[37]، إلا انه مثلا في المغرب فإن الكفالة التضامنية الشخصية لا يزال معمول بها في مجال الصفقات العمومية[38].

2- كفالة التعهد و كفالة حسن التنفيذ :

كفالة التعهد قيمة يضمنها العارض عرضه، ويخصصها لمصلحة الإدارة، وذلك ضمانا لجدية العرض[39] ، فهي تقدم للاشتراك في المناقصة و للمصلحة المتعاقدة الحق في رفض أي عطاء غير مصحوب بكفالة التعهد، وفي حالة عدم فوز المتعهد بالصفقة، يرد إليه هذا التأمين (كفالة التعهد) كما يجوز للمصلحة المتعاقدة مصادرة التأمين الابتدائي في حالة انسحاب مقدم العطاء خلال فترة سريان العطاء أو امتناعه عن توقيع العقد، أو تقاعسه عن تقديم كفالة حسن التنفيذ(التأمين النهائي)[40] ، وهذه الأخيرة هي التي تحل محل كفالة الدخول في العطاء(كفالة التعهد) عند تقديمها من طرف المتعهد أو المقاول [41].

ولعل الحكمة من وراء اشتراط الكفالة هو جعلها كضمانة لجدية المتقدم إلى المناقصة العامة[42] ، وبالرجوع إلى نص المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، فقد نصت على أن كفالة التعهد تفوق واحد في المائة (1%) من مبلغ العرض إذا تعلق الأمر بصفقات الأشغال و اللوازم التي يخضع مبلغها لاختصاص اللجان القطاعية[43]، وتتضمن كافة العقود الإدارية عادة بنود تحدد الكفالة الواجب تقديمها، وأن تكون الكفالة جدية ويتعين ملاءة الملتزم في التنفيذ، أما الكفالة النهائية أي كفالة حسن التنفيذ فتقدم عند إبرام العقد من قبل الملتزم الذي رست عليه المناقصة، وأن الإدارة هي التي تحدد مهلة تقديم التأمين النهائي[44].

وفي مصر نظم قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 التأمين المؤقت (كفالة التعهد) و التأمين النهائي (كفالة حسن التنفيذ) حيث أوجبت المادة 17 من هذا القانون أن يؤدى مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغه ضمن شروط الإعلان بما لا يجاوز (2%) من القيمة التقديري، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ.

و نظمت المادة 18 من نفس القانون التأمين النهائي حيث الزمت صاحب العطاء المقبول أن يؤدي خلال عشرة أيام ابتداء من اليوم التالي بتبليغه بقبول عطائه، التأمين النهائي الذي يكمل التأمين المؤقت الى ما يساوي (5%) من قيمة العقد[45] .

أما في المغرب يتم دفع الضمان المؤقت (كفالة التعهد) في مرحلة تكوين ملفات الصفقة من أجل التنافس، فهو يدفع من طرف كل متنافس ويعبر عن مبلغ الضمان بالقيمة وليس بالنسبة المئوية، ولا يصبح

المتنافس مسؤولا عن دفع الضمان النهائي، إلا بعد حصوله على الصفقة و المصادقة عليها من السلطة المختصة، بحيث يتولى دفتر الشروط الخاصة، تحديد مبلغ التأمين النهائي(كفالة حسن التنفيذ) مع مراعاة النظام الخاص ببعض الفئات من المتعهدين، وفي حالة عدم النص على المبلغ الواجب أداؤه، فإنه مع مراعاة النظام الخاص ببعض الفئات من المتعهدين، وفي حالة عدم النص على المبلغ الواجب أداؤه، فإنه يعتد بالتحديد المنصوص عليه في المادة 12 من مرسوم 4 ماي 2000 التي بينت مبلغ الضمان النهائي في ثلاثة في المائة (3%) من المبلغ الأصلي لصفقة[46] .

3- كفالة حسن التنفيذ و التعويض:

يعرف التعويض بأنه مبلغ من المال يدفعه من أخل بالتزام قانوني أو تعاقدي مقابل الضرر الذي أحدثه بسبب ذلك الإخلال، وفي نطاق العقود الإدارية يكون دور التعويض اقل مما له في نطاق القانون الخاص، بحيث مهما انه ارتفعت قيمة التعويضات فان ذلك لا يسد الضرر الذي لحق بالمصلحة المتعاقدة ، و ذلك لان المستفيدين من المرفق العام لا يهمهم الأمر، بقدر ما يهمهم قيام المرافق العامة بأداء الخدمات لهم[47]، وحتى يثبت الحق في الحصول على التعويض يجب أن يكون هناك خطأ من المقاول، أي الإخلال بأحد التزاماته، وان يتسبب ذلك في ضرر للإدارة وتكون هناك علاقة سببية بين الإخلال وحدوث الضرر الفعلي للإدارة لذلك، فالتعويض يكون بقدر الضرر بتاريخ الحادث[48].

و يتفق حق الإدارة تجاه كفالة حسن التنفيذ مع حقها في التعويض في ان كليهما يغطيان الأضرار التي تصيب الإدارة جراء خطأ المتعاقد و الذي يلتزم بدفع مبلغ من المال للإدارة، إلا أن أوجه الاختلاف بينهما يكمن في عنصر الضرر ،حيث إن الإدارة تستطيع مصادرة كفالة حسن التنفيذ إذا ما أخل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية، دون حاجة لإثبات حصول الضرر، أما التعويض فيلزم اللجوء إليه إصابة جهة الإدارة بأضرار جسيمة تزيد قيمتها عن قيمة كفالة حسن التنفيذ، على اعتبار أن هذه الأخيرة تضمن الأضرار التي تقل قيمتها عن قيمته[49].

فقد اعتبر البعض أن كفالة حسن التنفيذ وجه من أوجه التعويض، يمنع الجمع بينها وبين العطل والضرر في الحالة الواحدة[50]، فيما يعتبر معظم الفقهاء أنه يجوز الجمع بين الكفالة وبين التعويض لكي تتمكن الإدارة من اقتضاء كامل قيمة الأضرار التي تسبب بها المتعاقد، ما لم ينص العقد صراحة على عكس ذلك، لأن مبلغ الكفالة يمثل الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة في حال الإخلال بشروط العقد وبالتالي ليس من المجدي بشيء للمتعاقد ان يثبت أن مقدار التعويض اللازم لجبر الضرر الذي أصاب الإدارة يقل عن مبلغ الكفالة ويستند التعويض التكميلي الذي يستحق للإدارة بالإضافة إلى مبلغ الكفالة إلى أحكام القانون الخاص إلى القواعد العامة في المسؤولية العقدية[51] .

خامسا: مصادرة كفالة حسن تنفيذ الصفقة العمومية

إذا فمصادرة الكفالة هو جزاء من قبيل الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته، ولما كانت هذه الجزاءات لا تستهدف في الواقع من الأمر تقويم اعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة، فإن هذا الجزاء المالي هو عبارة عن تعويض جزائي مقدر سلفا باتفاق الطرفين توقعه جهة الإدارة بنفسها، دون انتظار لحكم القضاء، وبغير حاجة إلى إلزامها بإثبات أن ضررا ما قد لحقها من جراء إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، وبهذا يتميز التعويض المذكور عن التعويض الإتفاقي المنصوص عليه في القانون المدني، وبالتالي فالقول بأن هذا التعويض لا يكون مستحقا إذا ثبت أن جهة الإدارة لم يلحقها أي ضرر، هو قول بعيد عن الصواب في مجال القانون الإداري.

و يعتبر جزاء المصادرة حقا من حقوق المصلحة المتعاقدة، تفرضه مع المتعامل المتعاقد معها مباشرة، ويرجع ذلك إلى السلطة التي تمتاز بها الإدارة[52]، وهي تقرر انفراديا هذا الجزاء المالي دون تثبت قضائي مسبق ،فالإفصاح عن هذا الجزاء يكون بصدور قرار إداري[53]، ولا تملك الإدارة التنازل عن هذا الامتياز في دائرة الجزاءات الإدارية، ذلك أن سلطتها في هذا الشأن سلطة تقديرية تنأى عن الرقابة القضائية، إلا إذا كانت مشوبة بعيب إساءة استعمال السلطة ،كما إن المصلحة المتعاقدة لا تلزم حينما تتخذ قرار المصادرة بإثبات أن ضررا ما قد أصابها[54].

سادسا: خصائص مصادرة الكفالات في الصفقات العمومية

تتسم عقوبة مصادرة الكفالة بجملة من الخصائص، فهي جزاء تفرضه المصلحة المتعاقدة، كما أنها جزاء اتفاقي وتلقائي، وتفرض دون حدوث ضرر.

1- جزاء تفرضه المصلحة المتعاقدة

يعتبر جزاء المصادرة حقا من حقوق المصلحة المتعاقدة، تفرضه مع المتعامل المتعاقد معها مباشرة، ويرجع ذلك إلى السلطة التي تمتاز بها الإدارة[55]، وهي تقرر انفراديا هذا الجزاء المالي دون تثبت قضائي مسبق ،فالإفصاح عن هذا الجزاء يكون بصدور قرار إداري[56]، ولا تملك الإدارة التنازل عن هذا الامتياز في دائرة الجزاءات الإدارية، ذلك أن سلطتها في هذا الشأن سلطة تقديرية تنأى عن الرقابة القضائية، إلا إذا كانت مشوبة بعيب إساءة استعمال السلطة ،كما إن المصلحة المتعاقدة لا تلزم حينما تتخذ قرار المصادرة بإثبات أن ضررا ما قد أصابها[57].

2- جزاء اتفاقي

اعتبر جانب من الفقه أن جزاء المصادرة هو جزاء اتفاقي استنادا إلى ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بأن اتفاق الإدارة و المتعاقد على تضمين العقد الإداري بندا يقضي بمصادرة التأمين لصالح الإدارة، جزاء الإخلال بالتزامات المتعاقد فان هذا الشرط يعتبر شرطا جزائيا متفقا عليه عن عدم التنفيذ، على هذا الأساس لا يحق للإدارة طلب أي تعويضات أخرى، إلا انه يجب اعذار المتعاقد عند توقيع جزاء المصادرة[58] .

وفي ذات السياق يرى جانب آخر من الفقه بأن من حق المصلحة المتعاقدة إيقاع الجزاء حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد عند تقصير المتعامل المتعاقد في التنفيذ[59]، وإذا نص العقد على بعض الجزاءات فان ذلك لا يعني أن الإدارة لا تملك غيرها[60].

3- جزاء تلقائي

تصادر الإدارة الكفالة تلقائيا بسبب إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية، وهي بذلك تمثل قيمة الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة الحصول عليه دون أن يقبل من المتعاقد المقصر التحدي بأن الضرر الذي لحق بالإدارة يقل عن قيمة مبلغ الكفالة، فالتلقائية في سلطة مصادرة كفالة حسن التنفيذ إنما ترجع إلى حق الإدارة في التنفيذ المباشر باعتبار أن المصادرة هي إحدى الجزاءات التي توقعها الإدارة دون اللجوء إلى القضاء[61]، كل ذلك من أجل الحفاظ على المصلحة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد[62].

4- جزاء يفرض بدون حدوث ضرر

تقوم المصلحة المتعاقدة بتوقيع هذا الجزاء بغير حاجة إلى إلزامها بإثبات أن ضررا ما قد لحق بها بسب التقصير، لأن الضرر مفترض بفرض غير قابل لإثبات العكس، فيكفي بذلك أن يختلف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة طبقا لشروط الصفقة، بحيث أن مبلغ الكفالة المودع لضمان تنفيذ الصفقة يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للمصلحة المتعاقدة اقتضاؤه، ولا يمثل الحد الأقصى، فلا يحق للمتعامل المتعاقد أن يثبت أن ضرر الذي لحق المصلحة المتعاقدة يقل عن الكفالة، وإذا كانت مصادرة الكفالة قد جبرت الضرر اللاحق بالمصلحة المتعاقدة كله، فلا محل للحكم بالتعويض إلا إذا اتفق على غير ذلك.

أما في الحالة المعاكسة فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبر الضرر، وعندئذ ينبغي عند حساب التعويض المستحق مراعاة خصم التأمين منه[63].

الخاتمه:

يتبين من خلال هذه الدراسة أن كفالة حسن التنفيذ، هي ضمانة من الضمانات التي تتيح تنفيذ الصفقة حسب ما هو مقرر في الصفقة المبرمة، من منطلق أن أي تنفيذ معيب أو إخلال بالتنفيذ، قد يؤدي إلى مصادرتها دون لجوؤها إلى القضاء، ومن بين الملاحظات التي نوردها:

1- إن كفالة حسن تنفيذ الصفقة هي ضمانة من بين الضمانات التي تتيح التنفيذ الحسن لصفقة.
2- أن كفالة حسن التنفيذ إنما تختلف قيمتها حسب أهمية الخدمة المراد انجازها.
3- أن كفالة حسن التنفيذ تقدم عند إبرام العقد وتسترجع عند التسليم النهائي و الحسن لموضوع الصفقة.
4- إن كفالة حسن تنفيذ الصفقة لها استثناءات على تقديمها أوردها نص المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

5 - لا يحق للمصلحة المتعاقدة أن تتنازل عن حقها في مصادرة الكفالة، إلا أن توقيع هذا الجزاء يرتبط بسلطتها التقديرية سواء من حيث توقيعه أم من حيث نسبة المصادرة وتوقيتها، ولها أن تعفي المتعاقد المتعامل منه إذا قدرت مثلا أنه لم يلحق بها ضرر ما، والإعفاء من هذا الجزاء قد يكون صراحة أو ضمنا، لذلك يلزم في توقيع جزاء المصادرة أن يصدر به قرار من الجهة الإدارية المتعاقدة حاسم لنيتها بهذا الخصوص.

6- تتسم عقوبة مصادرة الكفالة بجملة من الخصائص، فهي جزاء تفرضه المصلحة المتعاقدة، كما أنها جزاء اتفاقي وتلقائي، وتفرض دون حدوث ضرر.

7- يتفق حق الإدارة من مصادرة الكفالة مع حقها في فرض جزاء التعويض عن الأضرار التي تصيبها من جراء خطأ المتعامل المتعاقد، إلا أنه تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة توقيع جزاء مصادرة الكفالة بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، في حين أن التعويض تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة بمراجعة القضاء الذي يرجع إليه تقدير الأضرار اللاحقة بالإدارة والحكم بالتعويض لها طبقا للأضرار التي أصابتها من جراء خطأ المتعاقد معها.

قائمة المراجع والتهميش

[1]Christophe Lajoye ,Droit des marchés publics,5 édition, lextenso éditions, paris, p 375.

[2] عبد الهادي ثابت، اللسان العربي الصغير، دار الهداية، قسنطينة، 2001، ص 374.

[3] علي محمد عبد الحافظ السيد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 03.

[4] قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 11.

[5] أنور طلبة، العقود الصغيرة الوكالة والكفالة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص 310.

[6] جوزيف بادروس، القاموس الموسوعي الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 455.

[7] عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة، الطبعة الخامسة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2013، ص 225.

[8] جوزيف بادروس : القاموس الموسوعي الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 455.

[9] مليكة الصروخ: الصفقات العمومية في المغرب، الطبعة الثانية، دار القلم، الرباط، 2012، ص 191.

[10] عبد اللطيف قطيس، الصفقات العمومية ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، 2010، ص 89.

[11] محمد باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، دار التعارف للمطبوعات،بيروت، 1994، ص 129.

[12] فارس علي جامكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص 137.

[13] عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 109.

[14] فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013/07/03، ص 241.

[15] محمود محمد على صبره : إعداد وصياغة العقود الحكومية، الطبعة الرابعة، مكتب صبره، الجيزة، ماي 2007، ص 158.

[16] المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50 الصادرة بتاريخ 06 ذي الحجة 1436 الموافق 20 سبتمبر 2015.

[17] المادة 131 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع نفسه.

[18] أمر رقم 67-90 مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 الموافق 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، الملغى، الجريدة الرسمية العدد 52، الصادرة بتاريخ 19 ربيع الأول 1387 الموافق 27 يونيو 1967.

[19] مرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1402 الموافق 10 ابريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الملغى، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى 1402 الموافق 13 ابريل 1982.

[20] مرسوم تنفيذي رقم 91- 434 مؤرخ في 2 جمادى الأولى عام 1412 الموافق 9 نوفمبر 1991،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الملغى، الجريدة الرسمية العدد 57، الصادرة بتاريخ 6 جمادى الأولى الموافق 13 نوفمبر 1991.

[21] المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الملغى، الجريدة الرسمية العدد 25، الصادرة بتاريخ 17 جمادى الأولى الموافق 28 يوليو 2002.

[22] سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث،الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2013، ص 1473-1475.

[23] سايس جمال، المرجع نفسه، ص 1481.

[24] ايهاب محمد نور عبد الله، خطاب الضمان المصرفي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة جوبا، بدون تاريخ مناقشة، ص 82.

[25] المادة 100 من المرسوم الرئاسي 10- 236، المرجع السابق .

[26] أمر رقم 67-90، المرجع السابق.

[27] المرسوم رقم 82- 145، و المرسوم التنفيذي رقم 91- 434، المرجع السابق.

[28] المرسوم الرئاسي 02-250، السابق الذكر.

[29] محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2005، ص 78.

[30] جوزف بادروس، المرجع السابق 456.

[31] الفقرة الثالثة من المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[32] الفقرة الرابعة من المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[33] الفقرة الرابعة من المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[34] الفقرة الرابعة نص المادة 133 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[35] مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص 192.

[36] محمد ماهر أبو العينين، الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري، الكتاب الأول، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة،طبعة 2015-2016، ص 722.

[37] أمر رقم 67-90، المرجع السابق.

[38] مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص 192.

[39] مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص 569.

[40] محمود محمد على صبره ، المرجع السابق، ص 155.

[41] رقية جبار، الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس، دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة المدية، 20 ماي 2013، ص 8.

[42] بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، عين مليلة ، 2010، ص 100.

[43] مرسوم الرئاسي 15-247 ، السابق الذكر.

[44] نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 217.

[45] نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص 215-216.

[46] مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص 190- 191.

[47] فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 154-155.

[48] بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012، ص 113.

[49] نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 218.

[50] علي عبد الأمير قبلان ، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2014، ص 414.

[51] نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 218-219.

[52] فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 141.

[53] نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 193.

[54] سعيد عبد الرزاق باخبيره، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007-2008، ص 224.

[55] فارس علي جنكير، المرجع السابق، ص 143.

[56] نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 193- 194.

[57] سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 224.

[58] فارس علي جنكير، المرجع السابق ،ص 143.

[59] سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013/05/13، ص 110.

[60] علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 411.

[61] نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 214.

[62] خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 192.

[63] سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 111.