وزارة التـعليـم العـالـي و البـحـث العلـمي
جـامعة قـاصـدي مـرباح ورقلـة
قسـم الحـقوق والعـلـوم السيـاسية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة

الماستر

الميدان : حقوق والعلوم السياسية

الشعبة حقوق

تخصص : القانون العام الاقتصادي

من إعداد الطالبين :لهواجي مسعودة

بويذية محمد السعيد

بعنوان

آليات تنفيذ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

أمام اللجنة المكونة من السادة الأعضاء:

أعضاء لجنة المناقشة	الدرجة العلمية	الصفة
قشار زكريا	أستاذ محاضر ب	رئيسا
بوطيب بالناصر	أستاذ محاضر أ	مشرفا
زعباط عمر	أستاذ مساعد أ	مناقشا

الموسم الجامعي
2020/2019

إهـــــــداء

إلى والديا العزيزين اللذان ربياني

الى إخوتي و أخواتي

الى كل أصدقائي و أحبائي

إلى كل عائلة بويدية كبيرا و صغيرا

إلى أستاذي الفاضل الدكتور

بوطيب بالناصر

إلى كل زملائي في مشواري الدراسي

أهدي هذا العمل

إلى والدتي العزيزة التي كانت لي عونا

إلى

أمي الثانية صورية

الى مديري الذي كان لي سندا حمزة

الى الوكالة الوطنية للتشغيل

إلى كل عائلة لهواجي و دهمة كيوص

إلى أستاذي الذي كان لي سندا في مشواري الدراسي

الدكتور بوطيب بالناصر

إل صهريا العزيزين محمد الصالح و السعيد

إلى كل زملائي في مشواري الدراسي

إلى أختي الغالية أمينة

إلى كل إخوتي بوعلام , مهدي ,عبد المالك, محي الدين , عبد الرحمان ,منعم,مسعود

إلى أخواتي مريم , سميحة,ميمونة ,خنساء,زوبيدة,عائشة ،عبير ،حبيبة ,حفصة

إلى كتاكيت العائلة

عبد الرحمان, محمد حسام لجين مسعودة

شكر وعرفان

الشكر الجزيل والحمد لله العلي القدير الذي وفقنا و أعاننا على إتمام هذا العمل المتواضع و الذي نأمل أن يجعله سبحانه خالصا لوجهه الكريم

لا يسعنا في هذا المقام إلا أن نخلص بأسمى عبارات الشكر و التقدير لأستاذنا المشرف الدكتور بوطيب بالناصر الذي لم يبخل علينا بالجهد في التوجيه و تسديد الخطى

كما لا ننسى أن نتقدم بأثمن عبارات الشكر و العرفان إلى الأستاذ خوخي خالد و الأستاذ جابو ربي اسماعيل اللذان شجعاني على العمل و زرعا فيا التفاءل في دربي وقدما لي يدا المساعدة و التسهيلات و المعلومات

كما أخص بالشكر كل عمال وكالة متليلي للتشغيل خاصة عبد اللطيف ،حمزة،عبد المالك ،منير،رضوان ،فؤاد،جلول،فاطمة ،سعيدة

كما لا أنسى محمد الذي ساعذني في كتابة عملي وفي الأخير تقبلو مني أسمى عبارات الإحترام والتقدير

مقدمة

مقدمة:

تسعى الإدارة إلى تحقيق الغاية من وجودها ألا وهي إشباع الحاجات العامة وتحقيق الصالح العام ، و لأجل ذلك فهي تمارس نشاطها معتمدة على عدة وسائل و أعمال متنوعة و متعددة ، هذه الأعمال قد تكون أعمال قانونية أو تصرفات مادية .

و الأعمال القانونية قد تكون من جانب واحد وهي القرارات الإدارية التي تتخذ من وسيلة الأوامر و الإلزام ، و التي تعتبر الصورة الأولى للنشاط الإداري، و قد تكون عبارة عن أعمال اتفاقية تشارك فيها إرادتها مع إرادة الأفراد، ويتجلى ذلك في العقد الإداري الذي يتميز عن العقود الخاصة ،غير أن الإدارة وهي تدخل في روابط عقدية مع الغير، قد تخضع أحيانا لقواعد القانون الخاص الذي يحكم عقود الأفراد والإدارة عندما تتنازل عن امتيازات السلطة العامة، وأحيانا أخرى تخضع لتشريع متميز ومستقل يتميز بخصوصية واضحة تظهر فيه الإدارة بمظهر السلطة العامة خاضعة لقواعد استثنائية غير مألوفة لا نظير لها في مجال القانون الخاص ، كتشريع الصفقات العمومية ، وذلك راجع إلى طبيعة العقد الذي تبرمه الإدارة مع الأفراد، والذي يختلف في طبيعته وجوهره و أحكامه عن العقد الذي يبرمه الأفراد في ظل القانون الخاص، وكذا اختلاف الهدف من العملية التعاقدية ذاتها لأن العقد المدني يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة أما العقد الإداري يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

وتعتبر الصفقات العمومية نوع من أنواع التصرفات التي تبرمها الإدارة في إطار أداء الوظيفة الإدارية وتحقيق الخدمة العمومية وتسيير المرافق العمومية، وهي عبارة عن عقد إداري يتحد طبيعة وشكل محدد يجعله مختلف في العديد من جوانبه عن العقود الخاصة التي تقتضي توافق إرادتين على إحداث آثار قانونية تخضع لطرق خاصة عند إبرامها وتنفيذها ولرقابة متنوعة ترشيدا للنفقات العامة.

وتعرف الصفقة العمومية حسب المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملان اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة " ، من خلال هذا التعريف يتبين لنا أهمية الصفقات العمومية باعتبارها أهم وأبرز طرق وأساليب الإنفاق العام لإنجاز المشاريع وتحقيق المصلحة العامة، كما تعد وسيلة لتنفيذ مخططات التنمية والبرامج والخطط الاستثمارية الموضوعة من قبل السلطة المركزية، والتي يتم تنفيذها من قبل الإدارة المعنية بهدف تنشيط العجلة الاقتصادية ، بزيادة حجم النفقات العامة، وبالتالي اللجوء إلى الطلبات العامة.

وقد اعتنت منظومتنا القانونية بالصفقات العمومية، حيث أخضعتها لتشريع متميز ومستقل، وهو تشريع الصفقات العمومية، هذا الأخير الذي عرف عدة تطورات وذلك تماشيا مع النظام الاقتصادي المنتهج في كل مرحلة، فصدور أول قانون للصفقات العمومية الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 1967/06/17إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي 247/15المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، حيث جاء بصيغة مخالفة حين جمع بين عقدين مهمين وهما عقود الصفقات العمومية وعقود تفويضات المرفق من أجل إنعاش الاقتصاد الوطني وتدارك النقائص التي عرفتها القوانين السابقة وتكريس مبدأ الشفافية واحترام مبدأ المنافسة والمساواة بشكل واسع بين المتنافسين.

ومن المعروف في الصفقات العمومية أن العقد لا يمثل المصدر الوحيد للالتزامات المتقابلة، إنما ونظرا للطابع المميز لها من تحقيق النفع العام وسير المرفق بانتظام، فقد تترتب التزامات وحقوق تسري حيال الطرفين لا يتضمنها العقد المبرم بينهما ولكن لها وجود قانوني.

وبناء على ذلك يمكن للإدارة الحق في إخضاع علاقاتها التعاقدية لنظام السلطات العامة، فإن ممارسة هذا الحق يكون بإعلانها عن رغبتها في مباشرة هذه الامتيازات قبل المتعاقدين معها، ويكون ذلك عن طريق تضمين العقود التي تبرمها الإدارة بشروط استثنائية لا نظير لها في عقود القانون الخاص، لواجهة المتعاقد معها أثناء عملية تنفيذ الصفقة، حيث تبدأ هذه السلطات بالرقابة والتوجيه مرورا بسلطة التعديل وفرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد بإرادتها المنفردة وصولا لسلطة إنهاء الصفقة.

و أمام هذه الامتيازات المخولة للإدارة التي تحمل في طياتها و في الكثير من الأحيان احتمال تعسف هذه الأخيرة في استخدام سلطاتها، الأمر الذي يؤدي إلى الإخلال بالمشروعية الذي يعتبر من أهم ركائز دولة القانون، تدخل المشرع الجزائري بالعديد من النصوص القانونية بغية إقامة التوازن بين هذه السلطات الواسعة من جهة، وضمان حق المتعامل المتعاقد و حمايته من جهة أخرى.

ذلك أن المتعامل المتعاقد قد اعترف له التشريع الجزائري بمجموعة من الحقوق التي تأخذ في مجملها طبيعة واحدة هي الطبيعة المالية وإن كانت تختلف صورها وإجراءاتها وحالاتها بين حق وأخرلذلك ارتأينا في خطتنا إلى التعرض إلى آليات تنفيذ الصفقات العمومية و ذلك لتوضيح حقوق وواجبات كلى الطرفين لتفادي اللجوء الى القضاء و إكهال عاتقهم بالقضايا الإدارية .

أهمية الدراسة:

تناول موضوع آليات تنفيذ الصفقة العمومية في ظل التشريع الجزائري، والذي يتجسد في كثير من النواحي، ذلك أن موضوع آليات تنفيذ الصفقة يتجسد في كثير من النواحي، وهو من أهم المواضيع التي يبنى عليها إنفاق المال العام، نظرا لعلاقتها بالخزينة العمومية.

إضافة إلى أنه من أصعب المواضيع في نظرية العقد الإداري، ذلك لأن الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة تظهر بصورة واضحة خلال التنفيذ وهو ما يزيد من صعوبة الموضوع وإهمال الفقه الجزائري له من حيث الدراسة والتحليل إذ لو يوليه العناية الكافية رغم أهميته من الناحية العملية، الأمر الذي يجعله ثغرة خطيرة تسهل عملية إهدار المال العام.

أهداف الدراسة:

يتمثل الهدف الرئيسي من هذه الدراسة والذي نسعى للوصول إليه وجعله إضافة حقيقية في مجال البحث القانوني في إبراز آليات تنفيذ الصفقة العمومية ، و معرفة أهم السلطات التي اعترف بها المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية من مرحلة الإبرام إلى غاية تنفيذها وإنهائها، وكذلك معرفة أساسها القانوني ومداها والضوابط التي تقف عندها أثناء إعمالها لسلطتها، حتى يتمكن كل دارس أو ممارس كالمقاولين الحصول على ثقافة قانونية والرفع من مستواهم بالتعرف على مجموعة الامتيازات التي تجعل المصلحة المتعاقدة في مركز أسمى منهم ومدى خضوعها لرقابة القضاء المختص حماية لهم من تعسفها في استخدام سلطتها .

أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب الذاتية:

- الاهتمام بالموضوع ورغبتي الملحة بالاطلاع عليه.
- البحث في جوانب هذا الموضوع خاصة الجانب العملي المتخصص بالعقود الإدارية، ودراسة أهم الحقوق والامتيازات المفروضة على المتعاقدين.

الأسباب الموضوعية:

- الوضع الراهن في البلاد من جراء الحراك الوطني الذي بفضله تم التطرق إلى أهم مورد لتبديد المال العام وهي الثغرات التي غفل عليها المشرع أثناء شنه لقانون الصفقات العمومية التي باتت سبيلا للتعسف في استغلال السلطة لمركزها في اتجاه المتعامل معها.
- إثراء المكتبة الجامعية التي تعاني نقصا كبيرا في هذا المجال خاصة وأن الاختصاص قانون الاقتصاد العام مزيج بين القانون والاقتصاد.

الإشكالية:

وتأسيسا لما سبق سنحاول معرفة واقع الصفقات العمومية في مجال تنفيذها وعليه تطرح دراستنا في هذا الموضوع الإشكالية التالية:

ما غاية المشرع الجزائري من وضع آليات لتنفيذ الصفقة العمومية؟

المنهج المتبع:

ومن أجل وضع هذه الدراسة في صورة واضحة، وإعطائها قدرا من الواقعية والتجسيد، وللإجابة على الإشكالية التي تطرحها الدراسة تم الاعتماد على المنهج التحليلي.

فالمنهج التحليلي يكون لتحليل مفردات هذا الموضوع ومضمون النصوص القانونية التي تحكم الصفقات العمومية.

وللإجابة على إشكالية هذا الموضوع، قسمت الدراسة كالاتي:

الفصل الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقات العمومية في مبحثين: الأول متعلق بسلطة المصلحة المتعاقدة بالرقابة والتعديل والثاني بسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات وإنهاء الصفقة العمومية مع التطرق إلى إشكالات التنفيذ التي تقع فيها المصلحة المتعاقدة كجانب عملي يدخل ضمن موضوع البحث في هذا الفصل.

أما الفصل الثاني: فقد خصصناه لحقوق و التزامات المتعامل المتعاقد اتجاه الادارة أثناء تنفيد الصفقة العمومية و ذلك في مبحثين , الأول التزامات المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة و الثاني حقوق و التزامات المتعامل المتعاقد في مواجهة الادارة أثناء التنفيذ , مع التطرق في كل عنصر إلى الجانب العملي , و المتمثل في الاشكالات التي تصادف المتعامل الاقتصادي في تنفيذ الصفقة العمومية .

الفصل الأول

سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقات العمومية

الفصل الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقات العمومية

تمر الصفة العمومية بعدة مراحل حتى تنفيذها وتدخل بذلك مرحلة التنفيذ وينشأ عنها حقوق والتزامات يتعين على الأطراف احترامها وفي الوقت نفسه تتمتع المصلحة المتعاقدة بأهم العناصر المميزة للعقد الإداري ألا وهي تضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في مجال روابط القانون الخاص، بحيث يمارس هذه السلطة حتى ولو لم ينص عليها في العقد.

فهي تتمتع فيما تبرمه من صفقات بمركز متميز في مواجهة المتعاقد معها وذلك رغبة في تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على سير المرافق العامة وفي سبيل تحقيق تلك الغاية يتم تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة للمتعاقد، وإذا كان لا يصوغ للمصلحة المتعاقدة التضحية بتلك المصلحة الفردية كلية.

يقصد بهذه السلطات الوسائل القانونية التي تملكها المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية من خلالها تتمكن من متابعة تنفيذها من البداية حتى النهاية والتي من شأنها أن تجعل الصفقة محققة للغرض الذي أبرمت من أجله.

تتمتع المصلحة المتعاقدة إلى جانبي سلطتي التعديل والرقابة سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة المنصبة على موضوع العقد وسلطة توقيع الجزاءات في حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية وهذه السلطات مكملة لبعضها البعض.

ولما كانت هذه السلطات تمارسها الإدارة على شخص المتعامل المتعاقد من أهم الوسائل القانونية التي تملكها في مرحلة التنفيذ، وجب توضيح معالمها وهو ما نستعرض من خلاله التفصيل في المبحث يتناول فيهما على التوالي سلطة الرقابة والتعديل في المبحث الأول وسلطة توقيع الجزاءات وإنهاء العقد في المبحث الثاني.

المبحث الأول: سلطة الرقابة والتعديل

تساهم المصلحة المتعاقدة من خلال سلطتي الرقابة والتعديل في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية فهي تسعى دائما إلى يجاد الطرق والأوضاع التي تكفل حسن تنفيذ تلك الصفقة فهي تتدخل لكي تفرض على المتعاقد أوضاعا أو طرقا للتنفيذ غير منصوص عليها أصلا في الصفقة، كما قد تتدخل في مسألة نظمتها الصفقة لتحقيق الغرض الذي أبرمت من أجله وحرصا على تفادي أي خلل من شأنه أن يعيق سير تنفيذها.[1]

إن الاعتراف للمصلحة المتعاقدة سلطة الرقابة والتعديل يستلزم علينا تقسيم المبحث إلى مطلبين المطلب الأول سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية والمطلب الثاني سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل عقد الصفقة العمومية.

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

من المبادئ المسلم بها في القانون الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين[2] لكن هذا المبدأ لا يسري على إطلاقه بالنسبة للعقود الإدارية بصفة عامة أو الصفقات العمومية بصفة خاصة، ذلك أن التنفيذ الجيد للصفقة يخضع لقواعد استثنائية غير مألوفة، اعترف بها القانون والقضاء الإداري من شأنه إهدار كافة هذه المبادئ.

وباعتبار أن الصفقات العمومية من أهم الوسائل التي تعتمد عليها الدولة لتسيير مرافقها العامة الأمر الذي من خلاله تم منح الإدارة المتعاقدة عدة حقوق وسلطات استثنائية لمواجهة المتعاقد معها، وذلك استنادا إلى أن الصفقات العمومية تنعقد بهدف تحقيق المصلحة العامة في مختلف الظروف مع الاستعانة بالنشاط الخاص الذي يلزم أن يتم في إطار هذا الهدف.

ولمعرفة هذه السلطات خصيصا الفرع الأول القواعد العامة لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية والفرع الثاني عالج وسائل الرقابة. وضوابط استعمالها على تنفيذ الصفقة العمومية والفرع الثالث الإشكالات الناشئة على سلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.

الفرع الأول: القواعد العامة لسلطة الرقابة على الصفقة العمومية

لما كانت الصفقات العمومية ذات صلة وثيقة بالمال العام فقد منح التشريع الجزائري للمصلحة المتعاقدة حق الرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية [3] عبر مختلف المراحل التي تمر بها الصفقات

---

[1] سبكي ربيحة ،سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقة العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، جامعة تيزي وزو،2013 ص11 .

[2] تنص م106 من الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ،ج.ر الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ،ع.78 ،المعدل والمتمم على أن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، والأسباب التي يقررها القانون ،ص53.

[3] هاشمي فوزية ، المرجع نفسه ،ص14 .

العمومية سواء قبل إبرامها وأثناء التنفيذ وبعده ، لتعلقها بحقوق الخزينة العمومية ، وذلك من خلال تفصيل أحكام تطبيقها .

خولت هذه السلطة للمصلحة المتعاقدة للتحقق أن تنفيذ الصفقة يتم وفقا للشروط التي تضمن تصحيح مسار التنفيذ عن طريق معالجة القصور والانحرافات حتى يمكن علاجها وتجنب أسباب وقوعها مستقبلا[1].

لذلك تحدثنا أولا عن تعريف سلطة الرقابة وثانيا الأساس القانوني لسلطة الرقابة.

أولا: تعريف سلطة الرقابة

تنوعت واختلفت الآراء حول تعريف سلطة الرقابة والتوجيه في العقد الإداري لذلك سوف يتم توضيح ذلك من جانبين الضيق والواسع.

1-1 المعنى الضيق يتناول فكرة الإشراف

لغة: الرقابة تعني حارس المتاع ونحوه.

والرقابة: تعني القيام بالمراقبة والإشراف على العمل.

كذلك ورد أيضا الرقابة اسم مصدره راقب ويعني لاحظ وحرس[2] .

كذلك عرفه عمار بوضياف بسلطة الإشراف وهي تحقق الإدارة من أن المتعاقد مهما يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه[3].

وتمارس المصلحة المتعاقدة الرقابة بهذا المعنى عن طريق إرسال مهندسيها إلى مواقع العمل وتعيين مندوبيها بقصد الإشراف عل تنفيذ الصفقة والتحقق من صلاحية المواد التي ينفذ بها المتعاقد التزاماته، وهذا بهدف التأكد من أن كل شيء يسير وفقا لمقتضيات الصالح العام [4].

وهذا ما أشارت إليه المادة 36 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي 247/15 بنصها

"كل مصلحة متعاقدة على حسن تنفيذ الجزء من الصفقة التي تعينها "[5].

---

[1] سبكي ربيحة ، مرجع سابق،ص 13

[2] كمال العطراوي ، دور القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة ، أطروحة دكتوراه في الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2018, ص 18.

[3] عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر و التوزيع ، ج 2 ، ط5، 2017 ، ص7.

[4] سليمان محمد الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية ، ط5 ، دار الفكر العربي ، سنة 1995 ، ص 464 .

[5]أنظر المادة 36 الفقرة 3 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجريدة الرسمية ،العدد 50، بتاريخ 20 سبتمبر سنة 2015، ص ص34، 33.

إلا أنه في كثير من الأحيان تشترط الإدارة في العقد أو في دفتر الشروط حقها في إصدار القرارات التنفيذية التي تخضع لتنفيذ العقد لتوجيهاتها ومراقبتها وذلك لضمان سير المرفق العام وما يعود على المنتفعين من خدمات خلال الإشراف على تنفيذ التزامات المتعاقد اتجاه العقد [1].

ويتم الإشراف والتوجيه عمليا من خلال تعليمات توجه للمتعاقد ولمكتب الدراسات على حد سواء تدون في محضر موقع الإنجاز، وتتمتع هذه التعليمات بالقوة الملزمة مثل القرار الإداري تماما متى كانت صادرة من الأعوان الإداريين المكلفين رسميا بالإشراف على تنفيذ الصفقة [2].

كذلك تتأكد المصلحة المتعاقدة من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقديم العروض وهذا ما جاءت به المادتين53 و54 من المرسوم الرئاسي 15-247 [3] .

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 10- 236 من المادة 92 منه " أنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تنتج أحسن العروض وأحسن الشروط لتنفيذ الصفقة " [4].

1-2 المعنى الواسع بتناول سلطة التوجيه:

يتمثل حق التوجيه في رقابة تنفيذ الصفقة العمومية والذي يسمح لها بتمديد أعمال الإشراف إلى سلطة التدخل في أوضاع تنفيذ المشروع وتوجيه أعمال الإشراف إلى سلطة التدخل في أوضاع تنفيذ المشروع وتوجيه أعماله فضلا عن سلطتها في إجبار المتعامل المتعاقد معها على أساس طرق ووضعيات معنية للتنفيذ تراها محققة الأهداف التي سيطرتها.

وتمارس الإدارة الرقابة بالمعنى الواسع من خلال ما يتم إصداره من أوامر في شكل مذكرات العمل المكتوبة كأمر ببدء العمل أو إنجاز أشغال إضافية واتخاذ تدابير لتصليح عيب في البناء وتكون ممضية ومؤرخة ومرقمة ترسل في نسختين إلى المتعاقد معها، الذي يجب عليه بصفة إلزامية تنفيذها[5].

---

[1] محمد كمال، سلطة الرقابة على أعمال الإدارة الرقابة القضائية، "دراسة مقارنة"، ط1 ، وائل للنشر و التوزيع ،الجزائر ، 1996 ، ص135

[2] يوسف حوري، مداخلة بعنوان سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية ، رقم 13 ،جامعة غليزان ،ص3.

www.uni-medea.dz20/04/2020.

[3] أنظر المواد 53 و54 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص14.

[4] أنظر المادة 92 من المرسوم الرئاسي10-236، المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية العدد58 ص 22.

[5] أنظر المادة 12، من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل الجريدة الرسمية العدد 6، بتاريخ 19 يناير سنة 1965، ص52.

والقاعدة أن سلطة الإدارة في الإشراف والمراقبة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها كما لا يمكن للإدارة التنازل عنها ذلك لأنها تشكل أهم مظهر وتطبيق للشرط الاستثنائي غير المألوف الذي ميز العقود الإدارية عن العقود المدنية [1]

ونجد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العام لا النصوص التعاقدية ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد ، وهنا يبرز الفرق الواضح بين العقد الإداري والعقد المدني ، إذ أن هذا الأخير لايخول سلطة للمتعاقد إلا إذا تم النص عليها في العقد أو أخرها القانون بينما العقد الإداري يخول للإدارة الإشراف والتوجيه وإن لم ينص عليها في العقد[2]

ثانيا :الأساس القانوني لسلطة الرقابة :

لتحديد الأساس القانوني لسلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ الصفقة العمومية ، لابد من الوقوف على القواعد التي تركز عليها هذه الرقابة ، ولذلك لابد من البحث على مصدر هذه السلطة ففي بعض الأحيان قد ينص صراحة في العقد الإداري أو الصفقة العمومية أو قد تستمد هذه السلطة من القوانين والتشريعات أما في حالة غياب نص فإن سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية تجد أساسها في مقتضيات المرفق العام.

2-1 <u>الأساس التشريعي لسلطة الرقابة</u> :

نظم المشرع الجزائري أحكام سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية في العديد من التشريعات منها القوانين المنظمة للصفقات العمومية وذلك بالنظر لما تحتله الرقابة من مكانة في الحفاظ على المال العام .ولما يكفل حسن توظيف تلك الأموال المرصودة للصفقات العمومية وليس ذلك فحسب بل وضع الأسس التي تحكم أنواع الرقابة التي تتعلق بإبرام وتنفيذ هذه الصفقات[3] .

لذا نجد أن المشرع خصص فصلا كاملا في المرسوم الرئاسي 15-247 وهو الفصل الخامس بعنوان رقابة الصفقات العمومية حيث تنص م 156 منه "تخضع الصفقات لعمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده "[4]. العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده "[5].

1 د محمد الصغير بعلي ، القرارات والعقود الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ،2017 ص 268 .

2 د عبد العالي سمير ، الصفقات العمومية و التنمية ، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط ، ط 1 ، 2010 ، ص53.

3سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص 22.

[4]أنظر المادة 156، من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق ، ص38.

[5] أنظر المادة 116 من المرسوم الرئاسي 10-236 ، مرجع سابق ، ص 11.

ومن المواد التي نظمت سلطة الرقابة نجد المادة 116" تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده ".

تعتبر ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة من قبل اختصاصاتها التنظيمية وبالتالي فإن أساسها القانوني نجده في النصوص القانونية التي يحكم نشاط المصلحة المتعاقدة [1] .

2-2 الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة :

قد ينص صراحة على سلطة الرقابة في الصفقة ذاتها أو في دفاتر الشروط على نحو يوضح كيفية ممارسة السلطات المخولة للموظفين المندوبين للرقابة والإشراف على تنفيذ الأشغال [2] .

ويتجلى الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة في صفقات الأشغال العامة من خلال ما تضمنه دفتر الشروط الإدارة العامة الذي فصل أحكام سلطة الرقابة والتوجيه في المادة 12 فقرة 4 على أن " على المقاول أن ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه "[3].

الفرع الثاني :وسائل الرقابة وضوابط استعمالها على تنفيذ الصفقة العمومية

على اعتبار أن الإدارة هي صاحبة المشروع والمقاول هو أداة التنفيذ فهي تسيطر على التنفيذ بمجموعة الوسائل ذات الصلة بالعقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة وتنفرد الإدارة بالوسائل القانونية لمواجهة المتعاقد معها غير أن استعمالها يرتكز على حدود وضوابط قانونية تعتبر ضمانا لحقوق المتعامل المتعاقد[4] .

أولا :<u>وسائل الرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية</u> :

باعتبار أن الإدارة تطلع بالوظيفة العامة من أجل إنجاز المشاريع التنموية ، فهي تتبع مجموعة من الوسائل المادية قصد تحقيق أهدافها المرسومة [5] .

لذا عند دخول الصفقة حيز التنفيذ وذلك بالاعتماد الذي يتم عن طريق توقيفها من قبل السلطة المخول لها ذلك ، فإن الاعتماد يجعل العقد نهائيا تتدخل المصلحة المتعاقدة [6] .

---

[1] سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص 23 .

[2] محمود عاطف ألبنا، العقود الإدارية ، دارا لفكر العربي ، مصر ، 2008 ، ص 215

[3] أنظر المادة 12 فقرة 54 ، من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 ، ص53.

[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء وحكما ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2009 ص 34 .

[5] هاشمي فوزية ، مرجع سابق ، ص 32.

[6] هبة إسماعيل ، تنفيذ الصفقات والرقابة الخارجية عليها ، مذكرة الحصول على شهادة الماجستير في القانون العام والاقتصادي ، جامعة وهران 2، 2016/ 2017 ، ص 10 .

لمراقبة المتعاقد معها والتحقق من مدى التزامه بتنفيذ الصفقة ،وماتم إصداره له من توجهات وأوامر والتعليمات الضرورية لحسن التنفيذ والالتزام بمواعيد بدءالأعمال خاصةبعد إصدارالأمر بالشروع في الخدمة هدا الأخير الذي بعد عنصر جوهري في سريان استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة والتوجيه [1] قد تلجأ الجهة الإدارية بغرض ممارسته حقها في الرقابة إلى هيئات رقابية مختصة بالنسبة للمشاريع الكبرى تتمثل في :

- هيئة المراقبة التقنية للبناء ctc .
- هيئة المراقبة التقنية لأشغال الري ctth .
- هيئة المراقبة التقنية للأشغال العمومية cttp.

فالمصالح التقنية التابعة للإدارة المتعاقدة تقوم بمراقبة الأشغال حسب الأوقات التي يحددها دفاتر الشروط سواء يوميا أو أسبوعيا ويكون لممثل الإدارة مطلق الحرية لدخول الورشة في كل وقت إذ لا يمكن للمتعاقد إعاقته أو تقيد هذا الحق [2] .

كما لها الحق بالتدخل بوسائل قانونية عن طريق الأعمال القانونية ويكون هذا التدخل بإصدار أوامر تنفيذية على على المتعاقد مهما تلزمه بتحديد أوضاع التنفيذ أو التعديل فيها ، وتعتبر هذه الأوامر المصلحية من قبل القرارات الإدارية باعتباره أعمالا قانونية صادرة من جانب واحد وهو الإدارة ، ينتج عنها أثرا قانونيا هو تحديد أوضاع التنفيذ أو التعديل في العقد ، وبالتالي فهي تخضع إلى قواعد القرار الإداري وشروطه وضوابطه [3] .

إن أهم ماتتمتع به هذه الأوامر هي تمتعها بقوة تنفيذية حيث تلزم المتعاقد بتنفيذ مضمونها حال صدورها ، وإلا فإنه يعرض نفسه للمسؤولية القانونية وعلى هذا الأساس تبقى تلك الأوامر نافذة وتملك قوة توليد الآثار المطلوبة حتى يحكم بإلغائها ، أوقف تنفيذها بحسب الطرق المتبعة في قواعد القانون الإداري[4].

وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في دفتر الشروط الإدارية العامة

" فإنه يتقيد بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه "[5].

---

[1] هاشمي فوزية ، مرجع سابق ، ص 33 .

[2] المرجع نفسه ، ص 34.

[3] النوى الخرشي ، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية ،ط2011 ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ص 364.

[4] هبة إسماعيل ، مرجع سابق ، ص11 .

[5] أنظر المادة 20, الفقرة 10, من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر1964, مرجع سابق،ص 55 .

ويشترط أن تكون هذه الأوامر مكتوبة، وصادرة من سلطة مختصة لتكسب طابعها الإلزامي هذا ما نص عليه م 12 فقرة 80 من دفاتر الشروط الإدارية العامة"يتعين أن تصدر أوامر المصلحة كتابة ويجب أن تكون مؤرخة وموقعة ومسجلة "[1].

و الهدف من ذلك أن تصدر التعليمات من الشخص أو الجهة المختصة مكانا وزمانا فإن أي أمر مصلحي لا يحترم هذه الشكليات فالمقاول لا يلتزم بمضمونه وإن التزم فعلى مسؤوليته الخاصة ولا يستطيع الرجوع على الإدارة بأي شيء [2] .

ثانيا :ضوابط استعمال سلطة الرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية :

تتمتع المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها بحق رقابة تنفيذه لالتزاماته التعاقدية وتوجيهه أثناء تنفيذها .

تمارس هذه السلطة ولو لم ينص عليها صراحة في الصفقة العمومية ودون حاجة منها اللجوء إلى الفضاء ، ذلك لتعليق هذه السلطة بالنظام العام وبالتالي لايجوز الاتفاق على استبعادها [3] .

لكن مع ذلك تخضع في تكريسها لضوابط فرضها المشرع عليها كضمانات للمتعاقد معها باعتباره يشغل هو الآخر مركزا عقديا في الصفقة ينبغي الحفاظ عليه وحمايته من أي صورة من صور إساءة استعمال المصلحة المتعاقدة لامتيازاتها في هذا النوع من العقود [4]

وتمارس السلطة المتعاقدة هذه السلطة من خلال ضابطين نذكرهم فيمايلي :

1) الضابط العام :

ويتمثل في ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة هو الإلتزام بتحقيق المصلحة العامة ، بأن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية وهو ما سيتم تفصيله فيما يلي:

1-1 أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة :

إعمالا لقاعدة عدم محافات تخصيص الأهداف ،لايجوز للإدارة استخدام هذه السلطة لتحقيق غرض لايتصل بسير المرفق العام ، ،وموضوع العقد وإلا خانها بذلك شيء استعمال [1]هذه السلطة

[1]أنظر م 12 ف 8 ، المرجع نفسه ، ص 52 .

[2]جراد لطيفة مرجع سابق ، ص 29 .

[3]حلمي منال ،مرجع سابق ،ص 79 .

[4]سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص25 .

حيث يؤدي تفريط الإدارة في الرقابة على تنفيذ المتعاقد مما لا يحقق المصلحة المرجوة من إبرام العقد الإداري ، إما أن إفراط الإدارة بلا موجب في استعمال تلك الرقابة من شأنه عرقلة التنفيذ ودفع المتعاقد ليتخذ سبل التقاضي .

مما تؤثر علاقته بالإدارة ،الأمر الذي ينعكس سلبا على حسن أدائه لالتزامه التعاقدي بعد تحوله من مساعد للإدارة ومشاركا لها في تحقيق المصلحة العامة إلى خصم تجمعه به ساحات القضاء [2]

1-2وجوب صدور القرارات بالرقابة في حدود المشروعية :

تلتزم المصلحة المتعاقدة عند ممارستها لسلطة الرقابة باحترام مقتضى المشروعية لأن القرارات بمناسبة ممارستها لهذه السلطة هي قرارات إدارية ، لذلك يجب أن تخضع له هذه الأخيرة ، فيما تخص متطلبات المشروعية كضرورة صدور القرار عن الجهة المختصة وكذا مراعاة الشكليات والإجراءات التي تفرضها النصوص القانونية المنظمة للقرار [3] .

2- الضابط الخاص :

وهو الذي يتعلق بالعقد الإداري موضوع الرقابة حيث يتعين ألا يترتب على استعمال الإدارة لهذا الحق تعديل شروطه وطبيعته وبالإضافة إلى موضوعه للرقابة القضائية وهو ما سيتم تفصيله فيما يلي :[4] .

1-ألا تؤدي ممارسة سلطة الرقابة إلى تغيير مضمون العقد وطبيعته :

إن الهدف الأساسيفي منح القانون حق الرقابة على عملية تنفيذ العقد هو ، ضمان تنفيذه وفق ما تم التعاقد عليه وما يحقق الصالح العام ، فيمكن للإدارة المتعاقدة أن تسعى من وراء حقها في الرقابة والتوجيه أثناء عملية تنفيذ العقد إلى إدخال تعديلات من شأنها أن تمس بمضمون العقد ،وذلك ما سبب ضررا للمتعاقد معها [5'] .

حيث يقع عليها الفصل بين سلطتها في الرقابة وسلطتها في التعديل ، لأن نطاق ممارستها للرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية يفصل عن تعديلها لمضامين هذه الأخيرة ، وإن وجدت وتجاوزت هذا النطاق فإن بذلك تكون قد باشرت سلطة تعديل الشروط الصفقة لا سلطة الرقابة على التنفيذ .

---

[1]نورالدين عبابسة،تنفيذ الصفقة العمومية بين امتيازات المصلحة المتعاقدة وحقوق المتعامل المتعاقد، مذكرة مكملة لنيل الماجيسترفي لقانون العام فرع قانون الإدارة العامة، ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي،2016/2015 ، ص 34 .

[2]سبكي ربيحة ، مرجع سابق ،ص 27 .

[3]حلمي منال ، مرجع سابق ، ص79 .

[4] نور الدين عبابسة ، مرجع سابق ، ص 16.

[5] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،مرجع سابق ، ص 111.

وتزداد هذه السلطة أتساعا في عقود الأشغال العامة إذ توجه الإدارة تعليمات للمقاول حول كيفية تنفيذ الأشغال وهو ما يأخذصورة الأوامر المصلحة التي يجب على المقاول تنفيذها ومن أمثلتها الأمر ببدء الأشغال أو الإيقاف وحتى لا تسوغ الإدارة لنفسها الإقتداء على المركز القانوني للمتعاقد معها تحت ستار الرقابة ألزمها القانون إبرام مجموعة من القواعد القانونية [1] كصدور الأوامر موقعة ومكتوبة ومؤرخة وأن تبلغ منها نسختين إلى المقاول فهنا يمكن أن تتجاوز حقها بإحلال مواد أخرى محل المواد الأولية المتفق عليها وبذلك تكون قد عدلت من أحد شروط العقد التي كانت محل اعتبار لدى المتعاقد معها حين قدر المقابل المالي .

كما أن ممارسة حقها في الرقابة لايعد خطأ ، من جانبها خاصة إذا كان سيرا إلا أنه يلزمها تعويض المتعاقد معها على ما أنفقته على التعديلات التي أحدثتها الإدارة أثناء تنفيذ العقد ، وذلك بإعادة التوازن المالي للعقد والذي يمثل حالة من حالات مسؤولية الإدارة بدون خطأ [2].

2- خضوعها للرقابة القضائية :

إذا كان للمتعاقد إمكانية الطعن أمام قاض العقد في نزاع يتعلق بتنفيذه ، فدعوى التفويض هو السبيل القضائي الوحيد لجبر الضرر المترتب عللا الإجراء المطعون ضده وخروجا على المبدأ في حالات نادرة لايمكن الحصول من الفضاء على إلغاء ذلك الإجراء ، بحيث يفحص القاضي الضوابط الشكلية لأوامر المصلحة من حيث الإمضاء والتاريخ والترقيم ثم الوقوف على ما جاء في موضوعها، فإن قدر مشروعيتها حكم للمتعاقد لتعويض متى أثبت هذا الأخير الضرر الذي أصابه جراءها ، وليس للقاضي إلغاء ما جاءت به تلك الأوامر المصلحية من إجراءات [3].

الفرع الثالث : الإشكالات الناشئة على سلطتي الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية :

تتمتع الإدارة في مجال الصفقات العمومية بسلطات واسعة تبدأ من إبرام العقد إلى نهايته وهي متنوعة ، منها سلطة الرقابة والإشراف وإحلال المصلحة المتعاقدة بممارسة هذه السلطة ينشأ عنه إشكالات تعرقل تنفيذ الصفقة لأن هذا الموضوع يستمد أهميته من المكانة التي تحتلها الصفقات

[1] نجاة طباع ، الحماية القانونية للمال العام من جانب اختيار المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية بين الامتيازات والعراقيل ، الملتقى الوطني حول دور قانون الصفقات العمومية حماية المال العام كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة يحي فارس ، المدية الجزائر ، بيومي 20- 21ماي 2013 ، ص11.

[2] محمد حسن مرعي الجبوري ، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية و المالية في العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،2014 ،ص53.

[3] كنعان نواف ، القانون الإداري ، الكتاب 2 ، ط1 ، دار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان، 2003 ،ص 357 .

العمومية وحمايتها قبل المشرع عن طريق ترسانة من النصوص القانونية والموضوعية والإجرائية من الإشكالات التي تطرح في هذا الإطار ما يلي:

أولا : إشكالات ناشئة عن سلطة الإشراف:

هو امتياز يخول للإدارة مرافقة المتعاقد معها وتوجيهه من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة و إتمامها على النحو المتفق عليه وهذا في مختلف مراحل الصفقة وعادة مايقوم بهذا العمل أعوان إداريون وتقنيون مختصون حسب موضوع الصفقة وتظهر هذه السلطة خاصة في صفقات الإنجاز وتمارس عادة مع مكتب الدراسات المعهود إليه ، وتزداد اتساعا من عقود الأشغال العامة إذ توجه الإدارة تعليمات للمقاول حول كيفية تنفيذ الأشغال وهو ماتأخذ صورة الأوامرالمصلحية التي يجب على المقاول تنفيذها ومن أمثلتها البدء بالأشغال أو إيقافها وحتى لا تسرع الإدارة لنفسها الاعتداء على المركز القانوني للمتعاقد معها تحت ستار الرقابة والإشراف ألزمها باحترام وجوب ممارسته سلطة الرقابة في حدود المشروعية وأن تكون الأوامر مكتوبة ومؤرخة [1] ومسجلة مع توقيع المتعاقد في سجل خاص وإذا مالا حظنا أن هذه التوجيهات تعدت التزاماته التعاقدية .

وبالتالي المتعامل لا يمكنه الطعن بالإلغاء, وإنما عليه أن يسلك سبيل القضاء الكامل ، ذلك أن الإدارة أصدرت القرارات باعتبارها الطرف الثاني من العقد [2] .

حيث تنص م 115 من المرسوم الرئاسي10-236 المعدلة تنص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 "مستوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها " يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقتها كلما سمح هذا الحل بما يلي :

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة عن كل طرف من الطرفين .
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة .
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة [3] .

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

[1] نجاة طباع ، مرجع سابق، ص 11.

[2] هاشمي فوزية ،مرجع سابق ،ص 38.

[3] أنظر م 115 من المرسوم 10-236 ، مرجع سابق ، ص 25 .

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

– ويمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة التي تصدر مقررا في هذا الشأن خلال 30 يوم ابتداء من تاريخ الطعن.

– سرى هذا المقرر على مصلحة المتعاقد بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية أحسن الشروط المحددة في أحكام المرسوم التنفيذي 91–314 [1] المؤرخ في 07 سبتمبر 1991 المتعلق بإجراء تسخيره للأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين .

– نجد أن المادة153 أعلاه ، لم تحدد الجهة القضائية المختصة وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية [2] يمكن القول أن الاختصاص القضائي لمنازعات الصفقات العمومية موزع بين المحاكم الإدارية والمحاكم العادية .

ثانيا : الإشكالات الناشئة على سلطة الرقابة .

– هي سلطة ممنوحة للإدارة وهي مقيدة وليست مطلقة ، وينبغي أن تراعي فيها مجموعة من الشروط من أهمها التقيد بمبدأ المشروعية والمصلحة العامة وألا تهدف الرقابة إلى مخالفة موضوع العقد أو تعديله ، وتشمل رقابة الإدارة للمتعامل المتعاقد كافة مناخي عمله .

– لايمكن للإدارة انتظار الصفقة حتى تمارس سلطة الرقابة ، وإنما تتزامن هذه المراقبة مع التنفيذ وتتم عن طريق التقارير التي يرسلها كل من المتعاقد ومكتب الدراسات إلى الإدارة والتي تتعرض لنسبة تقديم الأشغال والعراقيل المادية والتقنية التي تفوق السير الحسن للأشغال إن وجدت .

– وإما عن طريق الخرجات الميدانية التي تقوم لها فرق إدارية متخصصة من أجل معاينة التنفيذ سواء بالعينة المحددة أو بأخذ عينات و إرسالها للمخبر أن تطلب الأمر ذلك[3] .

– كما أن المصلحة المتعاقدة سلطة توقيع العقوبات على المتعاقد معها إذا أثبتت إهماله أو تقصيره غي تنفيذ التزاماته التعاقدية أو عدم مراعاة آجال التنفيذ وتأخذ الجزاءات ، أما صورة الجزاءات المالية التي تتمثل قي فرض الغرامات أو في مصادرة مبلغ الضمان والتي يشترط في توقيعها أن تقوم على أسباب قانونية جدية وأن تتضمن كل صفقة نسبة العقوبات المالية و كيفية حسابها والإعفاء منها .

---

[1] المرسوم التنفيذي 91–314 المؤرخ في 7 سبتمبر 1991 يتعلق بإجراءات سفير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين العدد43

[2] م 800 ق.إ. .م .إ 08–09المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،جر،عدد21،بتاريخ23 أفريل2008، ص204.

[3] محمود خلف الجبوري ،العقود الإدارية ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الأردن , ط 1، 2010، ص ص 110–112 .

وقد تأخذ صورة وسائل الضغط التي تلجأ إليها الإدارة لإرغام المتعاقد معها على التنفيذ كأن تحل محله في العقد أو تحل شخص آخر في العقد غير أن الإدارة في اتخاذ ها لهذه الوسائل تنفيذ بقيود من شأنها حماية المتعامل المتعاقدون والمتمثل فيما يلي :

- الإخلال الجسيم من قبل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية .
- تناسب الجزاء مع الحظ الذي وقع من المتعاقد[1].
- توجيه إعذار ينشر في الصحف لإنذار المخل بضرورة تنفيذ التزاماته ، وهو وما على المقاول إلا أن يستجيب لتلك الأوامر أو أن يتحفظ عليها إذا رأى أنها تضر بالمصلحة ، ولا تحترم دفتر الشروط المؤشر سابقا والمصادق عليه من طرف لجنة الصفقات المختصة وهذا مانص عليه المشرع الجزائري في دفتر الشروط الإدارية العامة " عندما يرى المقاول بأن مقتضيات أمر المصلحة تتجاوز الالتزامات المتعاقد عليها بالصفقة ، فيجب عليه تحت طائلة الفسخ تقديم ملاحظة خطية ومعللة الأسباب إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري خلال 10 أيام"[2].

وبالتالي له الحق في الطعن فيها أمام القضاء بعد التنفيذ أو إقامة دعوى وفق التنفيذ لتلك الأوامر ، إذا ما كانت هناك ضرورة لوقف تنفيذها.

المطلب الثاني :سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل عقد الصفقة

إن من المسلم به في مجال تنفيذ العقود الإدارية ,تستأثر الإدارة أو المصلحة المتعاقدة مجموعة من السلطات ,أهمها سلطة التعديل ألإنفرادي للعقد و كذلك إنهائه, حيث تمارس المصلحة المتعاقدة هذه السلطة دون الحاجة للنص عليها صراحة ، و إذ هي مستمدة من مبادئ القانون العام ذاته ,ومن طبيعة العقد الإداري [3].

وقد اعترف المشرع الجزائري للإدارة بهذا الحق من خلال تنظيم قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام 15-247 في إطار ما يعرف بالملحق في المواد من 135-139 [4], وكذلك في دفتر الشروط الإدارية العامة على صفقات الأشغال العامة حيث تتضمن العديد من النصوص التي تعطي للمصلحة المتعاقدة الحق في التعديل الانفرادي[5].

---

[1] نجاة طباع ، مرجع سابق ص11-12

[2]أنظر 12 الفقرة 7 من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، مرجع سابق،ص52 .

[3]- فاطمة ريفي ,سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية ,مذكرة ماستر تخصص قانون إداري ,جامعة محمد خيضر بسكرة ,2018-2019 ,ص 21.

[4]- أنظر المواد من 135إلى 139، من المرسوم الرئاسي 15-247 ،مرجع سابق ، ص ص 34، 33.

[5]- أنظر المواد 12 , الفقرة 4و 5 ، المادة 30،و المادة 32 الفقرة 1 من القرار المؤرخ في 1964/11/21 ،مرجع سابق ، ص 52-57.

ولما كانت هذه السلطات التي تمارسها الإدارة بإرادتها المنفردة على العقد الإداري ,وجب علينا توضيح معالمها و هذا ما يتسم عرضه بالتفصيل من خلال التطرق إلى الأحكام العامة لسلطة تعديل شروط العقد للصفقة العمومية , أما الفرع الثاني فيتم معالجة الملحق كتطبيق لسلطة تعديل الصفقة ,أما الفرع الثالث فيتم فيه طرح الإشكالات الناشئة عن سلطة تعديل عقد الصفقة العمومية

الفرع الأول : الأحكام العامة لسلطة تعديل شروط عقد الصفقة العمومية

نظرا لارتباط الصفقات العمومية بتسيير المرافق العامة الذي يقبل التغيير و التبديل في أي وقت ، وحسب تغيير الظروف المحيطة بالتنفيذ ،الأمر الذي جعل المصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطة تعديل الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في الصفقة سواء بالزيادة أو بالنقصان دون الحاجة للحصول على موافقة المتعاقد الأخر .[1]

أولا : تعريف سلطة تعديل الصفقة العمومية .

بما أن التعريف التشريعي يعلو على بقيه التعارف الأخرى للدور الذي الكبير للقضاء سوف نتطرق أولا للتعريف التشريعي ليتبعه التعريف القضائي ثم تبيان جهود الفقه

1 – التعريف التشريعي:لقد تطرق المشرع الجزائري لسلطه التعديل عبر قوانين الصفقات العمومية ألا إننا ارتأينا آن نتطرق إليه عبر المرسومين التاليين المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الذي اعترف للمصلحة المتعاقدة بممارسه هذه السلطة في أثناء تنفيذ عقودها من خلال نص المادة**102** منه" يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم ".[2]

ثم أتبعها بالمادة 103 بنصها على أنه" يشكل المحق وثيقة تعاقدية تابعه للصفقة ويبرم في جميع في جميع الحالات أن كان هدفه زيادة الخدمات او تقليصها و/ أو تعديله بند أو عده بنود تعاقدية في الصفقة, ويمكن ،أن تغطى الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة"[3]

---

[1] جراد لطيفة، تنفيذ الصفقات العمومية ، مذكرة مقدة لنيل شهادة الماستر الأكاديمي، تخصص قانون إداري ،جامعة حمد بوضياف ،المسيلة،2018-2019، ص7.

[2] أنظر المادة 102 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية ،العدد58، ص 22.

[3]أنظرالمادة103 من المرسوم الرئاسي 236/10 ، المرجع السابق، ص 23.

أما المرسوم 247/15المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام اعترف في المادة 135 منه للمصلحة المتعاقدة ،أن تلجأ ،إلى إبرام ملا حقللصفقة في إطار أحكامهذا المرسوم و جاءت المادة 136 منه لتوضيح ما المقصود بالملحق حيث جاء فيها " يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، وتبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها ، أو تعديلها و أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة" [1].

-يلاحظ من خلال التعريفين السابقين للملحق من خلال المرسومين 236/10 و 247/15 للصفقات العمومية أنه تعريف موحد للملحق باعتباره آلية لممارسة سلطه تعديل الصفقة على انه قد تعاقديه وثيقة وثيق تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية الدافع الجوهري من إبرامها هو التعديل في الالتزامات التعاقدية والتعديل يحتمل الزيادة أو النقصان ن أو تعديل بند من البنود التعاقدية في الصفقة الأصلية[2]

2 التعريف القضائي :

تتجلى كذلك سلطه التعديل في الصفقة العمومية في الجزائر من خلال أحكام القضاء الإداري و المتمثلة في قضية عمر طالبي ضد والي قالمة و تتلخص وقائع القضية أن السيد عمر طالبي ا برم صفقه عموميه بتاريخ 26 فيفري1980 مع والي قالمه من اجل الانجاز 198 مسكن القرية الاشتراكية ألفلاحيه بعين التراب دائرة وادي ألزناتي وانه مجرد توجيه أمر 1980 تلقى أمر بإيقاف الأشغال في الموقع الجديد خلال سنة 1980 ومن خلال تغيير الموقع و عدم إثارة هذا التغيير أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا.

يمكن أن نستخلص أن القضاء الإداري الجزائري أقر بسطة التعديل من خلا تغيير موقع التنفيذ.3

3 التعريف الفقهي: لا مانع في الإقرار بأن نظرية العقد الإداري هي نظرية أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة عبر اجتهاداته من خلال القضايا والمنازعات المعروضة وقد أجمع فقه القانون الإداري على ذلك ولا اختلاف فيه: وعليه فإن دور الفقه في تحليل الأجزاء المختلفة لهذه النظرية يظل بارزا في كل الدول. [4]

[1] أنظرالمادة 135-136 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق ، ص33.

[2] جراد لطيفة ، مرجع سابق ، ص9.

[3] خلفان محمد أمين ، كمال محمد ، سلطة الإدارة في تعديل و توقيع الجزاءات ثناء تنفيذ العقد الإداري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون إداري ، جامعة البويرة ، 2018-2019، ص 14 .

[4] بوعبد الله نور الدين ، سلطة تعديل الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 ، مذكرة تخرج لنيل الماستر ، تخصص قانون إداري، جامعة حمة لخضر الوادي ، لسنة 2017-2018، ص5.

وفي هذا المقام يرى الأستاذ عمار بوضياف "أنه جاز للإدارة أن تمارس بمقتضاه حق تعديل بعض أحكام العقد إذا كانت موجبات المصلحة العامة تفرض ذلك , و هذا أمر طبيعي طالما تمتعت الإدارة أصلا بموضع أحكام العقد وشروط التعاقد بإرادتها المنفردة "[1]

كما أكد أحمد محيو " وطبيعي أن تجد سلطة التعديل هذه بعض الحدود , لأنه إذا كانت موجبات المصلحة العامة تحتم تغيير العقد فإنها لا يمكن أن تتجاهل حقوق ومصالح المتعاقد "[2]

ثانيا: الأساس القانوني لسلطة تعديل شروط الصفقة العمومية .

تعددت الآراء الفقهية حول أساس تعديل العقد الإداري، فمنهم من أكد على جانب السلطة العامة، ومنهم من أقر على فكرة المرفق العام واحتياجاته كأساس قانوني لسلطة التعديل.

كما يرجح الفقه سلطة الإدارة في التعديل إلى أنها مزيج بين فكرتين هما: احتياجات المرافق العامة، وكذا سلطة الإدارة في تحقيق تلك الاحتياجات، لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها العامة اقتضت حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات المرافق العامة، كما أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة .[3]

1-2 الأساس القانوني لسلطة التعديل القائم على فكرة السلطة العامة .

تشمل السلطة العامة كل نشاط إداري تمارسه الإدارة، مع استعمالها لوسائل القانون العام الغير مألوفة في الخاص، وعلى الإدارة باعتبارها سلطة عامة بأن تراعى دوما ضرورات المصلحة العامة و ترجحها دائما على المصلحة الخاصة.[4]

ويرى أنصار هذا الرأي إلى أن للإدارة الحق في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة عن طريق امتيازات السلطة العامة التي تملكها، ومن ثم فإن تعديل الإدارة لشروط العقود الإدارية لا يكون بصفتها متعاقدة بل باعتبارها سلطة عامة في مواجهة فرد من الأفراد في أي أمر إداري تصدره الإدارة إلى المتعاقد خارج عن العقد ومنفصل عنه لا يعتبر ممارسة للسلطة التعاقدية، بل ممارسة الولاية العامة [5]

[1] عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الإداري ، ط5 ، جسور النشر و التوزيع ،لسنة2019 ،ص ص 482 -483.

[2] أحمد محيو ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،1996 ، ص 383.

[3] خلفان محمد أمين ، مرجع سابق ، ص17 .

[4] بوعبد الله نور الدين ، مرجع سابق ، ص 16.

[5] جراد لطيفة ، مرجع سابق ، ص 10.

ويرى الدكتور أحمد عثمان عياد أن حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة إنما هو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، تباشره الإدارة باستعمال امتياز من أهم امتيازات السلطة العامة التي تملكها ، وهو امتياز التنفيذ المباشر ، كما يرى أن هذا الحق إذ يعتمد على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام فإنه يعتبر امتيازا تعاقديا يمس بالعقد ذاته وليس مرتكزا على سلطة الإدارة اللائحية أو قاصرا على ما يطلق عليه بالشروط اللائحية في بعض طوائف العقود الإدارية [1].

2-2 :الأساس القانوني لسلطة التعديل القائم على فكرة المرفق العام:

تؤسس هذه السلطة أساسا على فكرة المرفق العام، و جعله مسايرا للتطورات التي ستلزمها مقتضياتها,والإدارة العامة دون سواها هي صاحبة الاختصاص الأصيل في تنظيم المرفق العام وكذلك في تحديد قواعد تسييره.[2]

ويتمثل أساس هذه السلطة في مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتأقلم مع المعطيات الجديدة[3], أي يمكن المرفق العام من تحقيق المنفعة التي أنشأ المرفق في ظلها , و نظم ابتداء على أساسها, أو ظهر لل'دارة خلال ممارسة المرفق لنشاطه أنه يستحسن تغيير طريقة الإدارة لزيادة كفاءتها فإنها تملك ذلك وتتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال , و إن أبقت الإدارة المرفق على شكله ولم تغيره , فإنه يترتب عليه جمود و عجز المرفق عن تحقيق المصلحة العامة التي أنشأ لأجلها .[4]

3 – موقف المشرع الجزائري من الأساس القانوني لسلطة التعديل في الصفقات العمومية.

بالرجوع للمرسوم الرئاسي 247 / 15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المواد 135 إلى 139، وكذا دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة لسنة 1964 في المواد 30 إلى32 [5]، يمكن القول أن سلطة التعديل حق مخول للمصلحة المتعاقدة في تغيير التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الأخر أو تنقصها ولها أن تتناول الأعمال والكميات المتعاقد عليها

[1] شقطمي سهام , النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر , مذكرة ماجيستير في القانون الإداري , جامعة باجي مختار عنابه , كلية الحقوق ، 2010-20111، ص 28.

[2] فاطمة ريفي ، مرجع سابق ، ص 25 .

[3] جراد لطيفة ، مرجع سابق ، ص10.

[4] د مهند نوح ، مرجع سابق ، ص54.

[5] أنظر المواد 30/32المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل ، مرجع سابق ص 57.

بالزيادة أو النقصان على خلاف ماينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق العام إلى هذا التعديل.[1]

ومن خلال هذه النصوص يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يقف عند حد التعبير عن رغبته بالاعتراف للمصلحة المتعاقدة بهذه السلطة، وإنما قام بتنظيم تفاصيلها وإيراد مبادئها وأحكامها.[2]

ثالثا : شروط وضوابط سلطة التعديل.

إن سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية ليست مطلقة، بل يجب أن تمارس وفق ضوابط معينة، ولهذا فإن القانون الإداري وأحكام القضاء قد فرضت على الإدارة قيودا لابد من مراعاتها عندما تنوي استخدام سلطة التعديل، وذلك لكي لا تلحق أضرار بالمتعامل المتعاقد معها، وهذه الضوابط أو الشروط يمكن إجمالها فيما يلي:

1- يجب أن لا يؤدي التعديل إلى تغيرات جذرية في العقد أو أن يؤثر على توازن الصفقة .

ومعنى هذا أن التعديل لا يدخل ضمن العقود التي ليس لها علاقة بالمرفق العام , و بمعنى أخر لا يخضع لسلطة التعديل التي تمتاز بها الإدارة، حيث يجب على التعديل أن يدخل ضمن شروط العقد فقط، التي تحدد التزامات المتعاقد معها ذلك في مجال تنفيذ العقد الإداري، إذ لا يجب على هذه السلطة أن تتعدى إلى المقابل المالي المتفق عليه في العقد.3

إن تغيير الظروف ليس شرطا لازم التعديل الذي إما أن يكون ضروريا أو ليس ضروريا على حسب ما يستجد من تغيرا ت وبقدر ما تريد الإدارة إدخاله من مواصفات جديدة على العقد من شانها إحداث على الظروف ألاقتصاديه للعقد ولهذا تختلف سلطه التعديل من عقد لأخر حسب طبيعته وحسب الظروف ولهذ ا التي ينفذ فيها ففي صفقات الإشغال العامة تمارس التعديل من قبل المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبه المشروع غير انه لا يجوز إجراء تعديل على الإعمال وشروط المتعاقدة عليها, إلا عند الضرورة القصوى .[4]

2-أن يكون التعديل لأسباب موضوعية.

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

---

[1] هاشمي فوزية، مرجع سابق ، ص 58.

[2] جراد لطيفة ،مرجع سابق ،ص 11.

[3] فاطمة ريغي ، مرجع سابق، ص 16.

[4] خلفان محمد أمين ، مرجع سابق، ص 19.

3-أن يصدر قرار التعديل في حدود المشروعية الإدارية

تلتزم المصلحة المتعاقدة عند ممارستها لسلطة التعديل باحترام مقتضيات المشروعية لان القرارات الصادرة بمناسبة ممارستها لهذه لسلطة هي قرارات إدارية ، لذلك يجب أن تخضع هذه الأخيرة فيما يخص متطلبات المشروعية كضرورة صدور القرار من الجهة المختصة و كذا مراعاة الشكليات و الإجراءات التي تفرضها النصوص القانونية المنظمة للقرار .[1]

4 – أن يقتصر التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام: يجب أن يقتصر التعديل على شروط العقد المتصلة بتسيير المرفق و احتياجاته، أما الشروط الأخرى غير المتصلة بالمرفق العام أي التي لا تتعلق بشؤون المرفق العام أو تنظيمه، لا يمكن للجهة الإدارية أن تمسها بالتعديل لأنها تعد ضمانات ومزايا مالية متفق عليها في العقد والمقررة لمصلحة المتعامل المتعاقدة.[2]

الفرع الثاني : الملحق كتطبيق لسلطة تعديل الصفقة العمومية.

يمكن للإدارة المتعاقدة أن تعدل العقد الإداري بإرادتها المنفردة من خلال آلية الملحق [3] ورجوعا للمرسوم الرئاسي 247/15 نجده ورد تحت عنوان الملحق فأجازت المادة 135 للإدارة المتعاقدة إبرام ملاحق الصفقة و لكن اشترطت أن تتم في ضوء أحكام المرسوم الرئاسي .

أولا – تعريف الملحق :

لم يعرف من خلال النصوص الفقهية أو الاجتهادات القضائية ، و لم يتم وضع تعريف له إلا من خلال قانون الصفقات العمومية وذلك سواء في التنظيم السابق أو التنظيم الجديدة والمتمثل في المرسوم الرئاسي 10- 236 المؤرخ في 2010/10/07 من خلال نص المادة 103 منه ،إن كل القوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية في الجزائر تعرضت لتعريف الملحق ، وقد أجمعت كلها على تعريف موحد للملحق في الصفقة العمومية ، وسنحاول تقديم أهم التعريف التي أشارت إليها التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية، على النحو الآتي:

أولا : تعريف المرسوم التنفيذي رقم 98-87 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 91-434

فقد نصت المادة 89 منه على الأتي: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة

[1] حليمي منال ، مرجع سابق ، ص 79.

[2] جراد لطيفة، مرجع سابق ، ص12.

[3] د محمد الصغير بعلي ، القرارات و العقود الإدارية ، مرجع سابق ،ص269.

الأصلية. ويمكن أن تغطي الخدمات التي هي موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي. وعلى أية حال لا يمكن أن يعدل الملحق موضوع الصفقة جوهريا". [1]

وتجدر الإشارة أن هذا التعريف حرفيا تضمنته المادة 88 من المرسوم التنفيذي رقم 91-2434

ثانيا:تعريف المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي301 - 03 ، والمرسوم الرئاسي 08- 338.

وقد نصت المادة 90 منه على نفس التعريف الذي تضمنته المادة 89 من المرسوم التنفيذي 98 - 87 والاختلاف بين التعريفين طفيف جدا وهذا باستبدال عبارة وعلى أية حال بالعبارة "، ومهما يكن من أمر" لا يمكن أن يعدل الملحق موضوع الصفقة جوهريا.

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

وقد أشارت إلى تعريف الملحق المادة 103 منه وقد احتفظت المادة بنفس التعريف الوارد في التنظيمات السابقة وهذا في الفقرة الأولى والثانية، أما الأحكام الجديدة وردت في الفقرة الثالثة من المادة بنصها الآتي: "ومهما يكن من أمر ، فانه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ماعدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف"

إذن الملحق هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة أبرم على إثر التعديلات التقنية والإدارية والمالية المحدثة في الصفقة. كما يمثل الملحق اتفاق إضافي للصفقة الأولى هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة أو زيادة الخدمات أو تقليلها.[2]

كما عرفه **برنارد كاستينغ** "بأنه عقد مكتوب يجسد توافق إرادة أطراف الصفقة و الذي يتضمن تعديل واحد أو أكثر من مواد هذه الأخيرة , وطبيعته الثنائية عبارة عن مواصفات أساسية للملحق "[3]

ما يلاحظ من خلال التعريفات التي وردت في التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية أن هناك تعريف موحد للملحق : " وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة وأن الدافع الجوهري من إبرامه هو التعديل في الالتزامات التعاقدية والتعديل يحتمل الزيادة أو النقصان أو إضافة أعمال جديدة شريطة أن تكون لها اتصال مباشر بموضوع الصفقة .

[1] أنظر المادة 88 من المرسوم التنفيذي المرسوم التنفيذي رقم 91-343 المؤرخ في 09 نوفمبر 1999، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، العدد 57.

[2]Christophe L'ajoye: "Droit des marchés public", Galino éditeur, L.G.D.J,Paris,2008, P183.

[3] Bernard casting ,Rozennoguelloucatheringbrebssy-schnall ,les marches publics,paris,France,2002,p130.

يجدر بالذكر أن في كلتا أنواع التعديل سواء الانفرادي من جانب الإدارة فقط أو الإتفاقي وذلك بتوافق إرادة الأطراف المتعاقدة ، (المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها)، فإن التعديل لا يكون إلا بموجب ملحق للصفقة .[1]

إن التعديل الإتفاقي للصفقة في الأصل لا يثار فيه إشكال على أنه هناك اتفاق مسبق بين الأطراف المتعاقدة وهذا مقارنة بالتعديل الانفرادي للصفقة من جانب الإدارة باعتباره سلطة مفترضة ومقررة للإدارة دون حاجة إلى النص عليها في الصفقة .

لكن يمكن القول أنه في كلتا الحالتين هناك قيود مشتركة على الإدارة الالتزام بها، حتى لا يخرج الملحق عن إطار المشروعية القانونية .[2]

ثانيا: أنواع الملحقات.

يمكن تصنيف الملحقات إلى الأنواع التالية :

2-1 : ملحق الأشغال المضافة.

يمنح قانون الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة إمكانية تعدي بنود الصفقة الأولية من خلال الملحق في ظل احترام القسم الخامس منه و مبادئ المنافسة.

وتجدر الإشارة أنه من المتكرر في الصفقات العمومية قيام المتعامل بتعديلات عن الأشغال دون ترخيص من المصلحة المتعاقدة ، و إن لم يتضمن قانون الصفقات هذه الحالة ، فإن دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 نص على أن هذه التعديلات مقبولة ما لم تكن مخالفة لقواعد الفن و للذوق السليم ، و إذا ما كانت القياسات تحسب على أساس الإتساعات المنصوص عليها في دفتر الشروط الخصوصية ، و هذه الوضعية قد تسبب إشكالات في التنفيذ و لهذا فإن أسلم للصفقة تضمينها بند يسمح للمتعامل المتعاقد بالقيام بتعديلات في الأشغال و الخدمات من تلقاء نفسه إلا إذا اتضح أنها ضرورية ولا يمكن الاستغناء عنها .[3]

ويمكن أن يكون موضوع ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة إما تعديلات في كمية وطبيعة الأشغال وإما تعديلات في مدد التنفيذ أو أسعار الصفقة إذا لم تكن هذه الأخيرة مبرمة بناءا على سعر ثابت غير قابل للمراجعة، وتكون هذه التعديلات التي يشملها الملحق بالزيادة أو النقصان.[4]

---

[1] شقطمي سهام ، مرجع سابق ،ص30.

[2] المرجع نفسه ،ص30.

[3] امحمد الأمين بودخيل ،لملتقى الوطني حول ضبط آلية سلطة التعديل في الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد، يوم 2015/04/13،المركز الجامعي تيندوف ،ص 7.

[4] سبكي ربيحة ،مرجع سابق ،ص 62.

2-3 : ملحق إدخال أشغال جديدة غير متضمنة في الصفقة الأولية.

إن هذا النوع من الأشغال تابع ومكمل لإنجاز موضوع الصفقة وتكون مراجعة الأسعار في هذا الملحق بناء على الصيغة المتضمنة في الصفقة الأصلية.[1]

2-2 :ملحق الإقفال النهائي للصفقة

هذا النوع من الملاحق يسمح بإيقاف وقفل بصفة نهائية الخدمات المنفذة فعلا في الصفقة، وهذا الملحق مشروع يقرر الوضعية المالية للبرنامج، وهو ما يبرر إمكانية إبرامه خارج الآجال التعاقدية واللجوء إلى هذا النوع من الملاحق استثنائي، ويجب أن يكون مبررا بعناية، ومن بين مبررات ذلك:

* التخلي عن المشروع بقرار من الإدارة.

*حالة التسوية الودية للنزاع.

*حالة القوة القاهرة.

وتجدر الإشارة أن إقفال الصفقة العمومية يمكن أن يعتمد إلى حد كبير على التسيير المالي للصفقة لبلوغ إمكانيتين:[2]

* إقفال الصفقة ببلوغ الهدف منها .

* إقفال الصفقة بعد فشلها.

2-4 : ملحق التغيير.

إن اللجوء إلى هذا النوع من الملحقات ضروري أحيانا عندما تتغير إحدى أطراف العقد أو تغيير التزامات التسيير.

وإبرام هذا النوع من الملاحق مرتبط بالشروط التالية :

- مراعاة المسائل المتعلقة بالرهن الحيازي والكفالة .
- إعداد قفل الحسابات ومحاضر التسليم مع المتعامل المتعاقد السابق.
- أهلية المتعامل المتعاقد الجديد لإبرام الصفقات العمومية خصوصا فيما يتعلق بالتصنيف المهني والالتزامات الضريبية والاجتماعية .

تحمل المسؤوليات فيما يتعلق بالأشغال المنجزة[1].

1عادل بو عمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية ، دار الهدي، الجزائر ،2010، ص 109.

[2]مختار كاملي، إبرام الصفقات العمومية و مراقبتها في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير جامعة الجزائر، 2007-2008، ص 113.

ثالثا – شروط الملحق .

قد نص المرسوم الرئاسي 15-247 في المواد من 135 إلى 139 على التعديل بواسطة الملحق، ويفهم من خلال هذه المواد أنه في حالة اللجوء لإبرام ملاحق للصفقة العمومية الأصلية يتطلب الشروط التالية

1- الملحق يعتبر وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية سواء كان هدفه الزيادة أو النقصان أو تعديل بنود تعاقدية.[2]

2- خضوع الملحق للشروط الاقتصادية للصفقة إن الملحق يخضع لنفس الشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة الأصلية"، إذ تطبق في الملحق الأسعار التعاقدية الموضوعة مسبقا ، ولكن في حالة ما إذا تعذر على الطرفين أن يطبقا الأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة على العمليات الجديدة المنصوص عليها في الملحق فإنهما يحددان أسعار جديدة.[3]

3- إمكانية أن تغطي الخدمات موضوع الملحق أشغال إضافية أي تكميلية تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي، مع مراعاة أحكام الفقرة 8 من المادة 136 المرسوم الرئاسي 15-247 من أجل عدم المساس بمبادئ حرية المنافسة والعدالة بين المتنافسين والتمكين من الطلبية العمومية.[4]

4- لا يمكن أن تكون الخدمات التي لا تمنح بأوامر الخدمة محل تسوية بملحق، هذا أمر جديد جاء به المشرع في هذا المرسومة، حيث كانت بعض المصالح المتعاقدة لا تعطي أوامر ببدء الأشغال أو توقيفها أو بإعادة الانطلاق في الأشغال وتحاول أن تغطي هذا الخطأ بإبرام ملحق.

5 – يجب أن لا تتجاوز مدة الملحق ثلاثة (03) أشهر ، ولا يؤثر على توازن الصفقة، ما عدا إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف كالزيادة المفاجئة لسعر السلع والخدمات، ومهما يكن من أمر فإنه لا يؤثر الملحق على موضوع الصفقة ومدة الإنجاز.[5]

6 – في حالة ما تجاوز مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق التقنية الغير بالزيادة أو النقصان 15% من المبلغ الأصلي الصفقة اللوازم والدراسات والخدمات و20% في حالة صفقات الأشغال، فالمصلحة المتعاقدة مجبرة بتقديم تبرير لدى لجنة الصفقات المختصة أنه لم يتم

---

[1] شقطمي سهام ، مرجع سابق، ص31.

[2] جراد لطيفة ،مرجع سابق ،ص13.

[3] سبكي ربيحة،مرجع سابق، ص 58.

[4] النوي خرشي، الصفقات العمومية – دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2018، ص353.

[5] جراد لطيفة، مرجع سابق،ص 13.

المساس بالشروط الأصلية للمنافسة أو الرجوع فيها أو استحالة إعلان جديد لإنجاز المشروع نظرا لاعتبارات الآجال و السعر.[1]

الفرع الثالث : الإشكالات الناشئة على سلطة تعديل عقد الصفقة العمومية.

على اعتبار أن الملحق آلية لممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة تعديل الصفقة، فقد خصه المشرع الجزائري بأحكام قانونية جديدة في المرسوم الرئاسي 15-247 من المواد 135 إلى 4139، ليقضي على التناقض الحاصل بين التشريع والواقع العملي، غير أنه يعاب على هذا المرسوم هو تعدد الفقرات بالنسبة لبعض المواد مما قد يؤدي إلى لبس الفهم أحيانا, وسنتطرق إلى أهم الإشكالات التي يطرحها الملحق على الصعيد العملي .

أولا: إشكالية مبلغ الملحق وضرورة عرضه على لجنة الصفقات خلال الأجل التعاقدي للصفقة.

إن إشكالية الملحق تكمن في التناقض الواقع بين النص التشريعي ومتطلبات الواقع العملي، فالنص يؤكد على ضرورة إبرام الملحق و عرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات خلال الآجال التعاقدية للصفقة (خلال مدة إنجاز المشروع)، إلا أن التناقض الحاصل هو أنه لا يمكن إعداد ملحق الصفقة إلا بعد إكمال المشروع وتعيين الأشغال التي تندرج ضمن الملحق وتحسب كمياتها، وبالمقابل لا يمكن للمقاول الشروع في إنجاز الأشغال الملحقة إلا إذا تم إعداد ملحق، وتمت المصادقة عليه من طرف اللجان المختصة، وكذا المراقب المالي، وبعدها يتم إصدار أمر بالخدمة إلى المقاول للشروع في تلك الأشغال.[2]

غير أنه عمليا ولتجاوز هذه المشكلة، نجد أنه يتم التضحية بالمتعامل المتعاقد الذي يباشر الأشغال الإضافية و التكميلية، دون أن يملك أي وثيقة رسمية تسمح له بفوترة مبالغ تلك الأشغال، وبعد انتهاء المشروع تبدأ عملية إعداد الملحق من طرف المتعامل المكلف بالدراسة والمتابعة، ليمر على العديد من المصالح والهيئات الرقابية ليتم في النهاية المصادقة عليه ومنح أمر شكلي للمتعامل المتعاقد للانطلاق في أشغال الملحق[3].

ويبقى الإشكال قائما بالنسبة له إسنادا إلى أن الصفقات العمومية هي أصلا متعلقة بالمصلحة العامة، مما يسهل عملية تبرير الإدارة لتجاوزها للنسب المحددة قانونا.[4]

---

[1] حليمي منال ، مرجع سابق ، ص82

[2] جراد لطيفة،مرجع سابق ،ص15.

[3] هداية يوعزة، "إشكالية الملحق والرقابة عليه في الصفقات العمومية بين تناقضات النص التشريعي ومتطلبات الواقع الميداني والعملي" ، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، رقم 05- 2018، ص 189 .

[4] ابن خليفة سميرة، " الملحق و عامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات ، جامعة غرداية، العدد1، (المجلد1)، 2018، ص203.

وكل تلك الخطوات والمراحل قد تستغرق وقتل طويلا مما يحرم المتعامل المتعاقد من مبالغ هامة لفترة زمنية طويلة، وهو ما يخل بالتوازن المالي[1]، ما يزيد الأمر تعقدا هو أن التأخير في المصادقة على الملحق سيؤدي ضمنيا إلى التأخر في الاستلام المؤقت للمشروع رغم انتهاء أشغاله كلها، وبالتبعية تأخر الاستلام النهائي للمشروع.

ثانيا: إشكالية خصوصية ملحق الغلق:

كذلك من بين الإشكاليات نجد أن الأحكام الخاصة التي خصها المشرع الجزائري بملحق الغلق تشترك جميع أحكامه القانونية مع ملحق الغلق بصفة عامة، ماعدا تلك المتعلقة بإمكانية إبرامه وعرضه حتى خارج الآجال التعاقدية، وكذا ضرورة خضوعه لفحص لجنة الرقابة الخارجية للصفقات.

إن الإشكال الذي يطرح بخصوص ملحق الغلق في الواقع، هو أنه قد يتضمن أحيانا في موضوعة على أشغال جديدة غير مدرجة في إطار الصفقة الأصلية تعرف بالأشغال أو الخدمات التكميلية، وهو ما لا يمكن تصوره في ملحق الغلق، لأن هذا الأخير يهدف إلى الغلق النهائي للصفقة الأصلية[2]، لكن على الصعيد العملي تمت المصادقة على العديد من ملاحق الغلق والتي تتضمن أشغال إضافية جديدة وبأسعار جديدة يتم التفاوض عليها لم تأخذ بعين الاعتبار في موضوع الصفقة الأصلية، وذلك لعدم وجود نص قانوني يمنع ذلك.

ثالثا : إشكالية علاقة الملحق بالتوازن الاقتصادي للصفقة العمومية

المشرع الجزائري أتى بأحكام جديدة في المرسوم الرئاسي 15-247 فيما يتعلق بتسقيف الملحق وهذا ما نصت عليه المادة 136 منه على أن المشرع حدد سقف الملحق بنسب لا تتجاوز 20% من مبلغ الصفقة بالنسبة لصفقات الأشغال و15% بالنسبة لصفقات التوريد الخاصة باللوازم والخدمات، وذلك منعا للتحايل و إبرام ملاحق قد تصل قيمتها إلى قيمة الصفقة فتكون بذلك مشبوهة.

لكن رغم ذلك يبقى بالإمكان للإدارة تجاوز النسب المحددة في المادة أعلاه، إن هي بررت ذلك للجان المختصة خاصة بالنسبة للصفقات التي تتطلب السرعة في الإنجاز وإن هي وجدت الحجج المتعلقة بالمصلحة العامة، بمعنى أخر لم يحسم المشرع نهائيا مسألة الملحق ويبقى الإشكال قائم بالنسبة له استنادا إلى الصفقات العمومية هي أصلا متعلقة بالمصلحة العامة مما يسهل عملية تبريد الإدارة لتجاوزها للنسب المحددة قانونا[3] .

[1] حليفي جمال عبد الناصر ، الملحق في الصفقة العمومية , مذكرة ماستر ، جامعة قاصدي مرباح ، قسم الحقوق ، 2015-2016،ص6

[2] كراش دحو،الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري و الفرنسي، التشر الجامعي الجديد، تلمسان الجزائر،2017, ص122

[3] رياض عيسى ،نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائر ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1985، ص 15.

المبحث الثاني :سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الإدارية و إنهاء عقد الصفقة العمومية

المطلب الأول : سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الإدارية.

فالجزاءات التي توقع على المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية و العقود الإدارية بصفة عامة، تحكمها قواعد خاصة بها تتضمنها التشريعات المنظمة للصفقات العمومية و دفاتر الشروط الإدارية العامة، فضلا عن نصوص الصفقة ذاتها التي عادة ما ينص فيها على حق الإدارة في اتخاذ الجزاءات في حالة إخلال الطرف الآخر.[1]

الفرع الأول : الأحكام العامة المنظمة للجزاءات الإدارية.

أولا : مفهوم الجزاءات الإدارية .

تمتاز المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية و فرضها دون اللجوء إلى القضاء الذي يتطلب منا معرفة هذه الجزاءات و الخصائص العامة المشتركة لها فيما يلي:

1: تعريف الجزاءات الإدارية:

حاول الفقه الإداري تعريف الجزاءات الإدارية على أنها :**<<هي عقوبة تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية >>.**[2]

"الجزاءات الإدارية هي عبارة عن تعويض جزافي للإدارة نتيجة للأضرار التي تحملتها من جراء إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته ."

ويتضح من خلال هذين التعريفين أن غاية الإدارة من توقيعها الجزاء ليس إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التي ينشئها العقد ، وإنما تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام أو استبعاد الاختلال الذي لحقه .[3]

كما تتسم الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد المقصر بخاصيتين أساسيتين:

– حق الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها دون حاجة الالتجاء للقضاء مقدما ،وان كانذلك يتم تحت رقابة القضاء

---

[1] سبكي ربيحة ، مرجع سابق، ص87.

[2] محمد الشافعي أبو رأس ، العقود الإدارية ، كلية الحقوق ، جامعة بنها ، القاهرة ، د س ن، ص93

. انظر الموقع :(http://www.pdffactory.com)LE 01/09/2020

[3] رشا جعفر الهاشمي ، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة 2010،ص34.

– حق الإدارة في توقيع الجزاءات هو حق مكفول لها دون حاجة لوجود نص يقره فيالعقد ، فسلطته الإدارة في توقيع الجزاء هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد توجد حتى ولو لم ينص عليها في العقد ، وإذا نص العقد على بعضها فذلك لا يعني حريتها فيها عدا ما نص عليه بل لها أن توقع على المتعاقد تحت رقابة القضاء.

2- خصائص الجزاءات الإدارية:

تتسم الجزاءات الإدارية بجملة من الخصائص التي يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد المقصر وتتجسد فيما يلي :

2-1 – سلطة الإدارة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة.

للإدارة أن توقع بنفسها أغلب الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته دون الحاجة للالتجاء إلى القضاء، ضمانا لحسن سير المرافق العامة وانتظامها. ومنعا من تعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق. فإذا كان الحكم بالجزاءات المنصوص عليها في مجال عقود القانون الخاص تستلزم استصدار حكم قضائي على إخلال المتعاقد بتنفيذ بنود العقد، فإن هذه القاعدة لا يمكن إعمالها في العقود الإدارية، لأنها تتطلب وقتا طويلا إجراءات معقدة لا تتناسب مع مقتضيات المرافق العامة التي تبرم بشأنها العقود الإدارية مما يستدعي منح الإدارة نفسها سلطة توقيع الجزاءات، لأن اللجوء إلى القضاء يزيد في تعقيد الإجراءات ويعطل حسن سير المرفق العام .[1]

2-2 حق الإدارة في اختيار موعد توقيع الجزاء.

تتسم الجزاءات الإدارية بأن ميقات توقيعها يتوقف عند إرادة الإدارة، فإذا لم يوجد نص يلزم الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في حالة إخلاله بإلتزماته التعاقدية في مدى زمني معين فإن الإدارة يكون لها حق اختيار الوقت التي تراه مناسبا لتوقيع الجزاء وفق ما تراه محققا الضمان سير المرفق العام[2].

2-3 سلطة الإدارة في فرض الجزاء دون الحاجة الى النص عليها في العقد.

[1] أزريب نبيل ، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة ماستر، تخصص قانون إداري ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق 2015/2014،ص98

[2] جراد لطيفة ،مرجع سابق ،35.

ينص العقد عادة على مختلف الجزاءات التي يجوز للإدارة أن توقعها على المتعاقد المقصر ,و لكن المسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد ,توجد حتى و لو لم ينص عليها في العقد .[1]

كما أن النص على الجزاء في العقد الإداري لا يمنعها من استعمال و تطبيق جزاءات أخرى .[2]

ولكن إذا توقع العقد خطأ معين ووضع له جزاء بعينه , فيجب أن تتقيد الدارة بهذا الجزاء ، بحيث لا يجوز لها كقاعدة عامة أن تستبدل به غيره.[3]

2-4 الضرر ليس شرطا لتوقيع الجزاء الإداري.

إن الإدارة تملك سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بدون الحاجة لإثبات وقوع ضرر معين , لأن الهدف من توقيع الجزاءات الإدارية عند إخلال المتعاقد في تنفيذ العقد ليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه , و إنما يتجه أساسا إلى حسن سير المرافق العامة و انتظام سيرها تحقيقا للمصلحة العامة .[4]

ثانيا: أساس سلطة توقيع الجزاءات الإدارية .

من المسلم فقها وقضاء أن الإدارة لها حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية، ومبرر ضده السلطة هو ضمان تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره تحقيقا للمصلحة العامة [5]، لذلك نجد أنه تعددت الآراء الفقهية حول أساس سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات، فمنهم من أكد على جانب السلطة العامة فيما رأى البعض الأخر عكس ذلك، وأقر بأن الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاء يكمن في فكرة المرافق العامة واحتياجاتها، وذلك على التفصيل الأتي:

2-1: فكرة السلطة العامة كأساس قانوني.

[1] هبة اسماعيل ، مرجع سابق ، ص 45.

[2] قرانه عادل ، سلطات الادارة العامة في العقد الإداري، رسالة ماجيستر، كلية الحقوق ، جامعة عنابة ،2005، ص 55.

[3] سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص481.

[4] محمد بوناب ، سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 ، مذكرة تكميلية لنيل شهادة ماستر ,جامعة العربي بن المهيدي أم البواقي ، تخصص منازعات عمومية ،2015-2017,ص 38

[5] عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة الفكر، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، 2014، ص 103.

يرى بعض فقهاء القانون الإداري أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر يحكم في فكرة السلطة العامة، ودليلهم في ذلك ارتباط العقد الإداري بسير المرفق العام وديمومته مما يخضع لعقد الظروف الاستثنائية ولم يكن منصوصا عليها فيه لأن السلطة العامة لها خصائص ومميزات تحدد الفرق بين العقود الإدارية والعقود الخاصة.

كما يؤكد ذلك الفقيه **ديلوبادير** بقوله أن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار انفرادي من المصلحة المتعاقدة، وأن هذه الأخيرة بعكس الوضع في القانون الخاص ليست في حاجة لأن تطلب من القضاء توقيع الجزاء، فهي تباشر في هذا النطاق امتيازها في التنفيذ المباشر وامتياز التنفيذ المباشر هو سلطة الإدارة في أن تصدر قرارا في مواجهة الأفراد وتنفذها بنفسها دون الحاجة للجوء القضاء.[1]

2-2: فكرة المرفق العام كأساس قانوني.

هناك جانب أخر من الفقه يرى أن الأساس القانوني للسلطة الجزائية للإدارة تكمن في فكرة المرفق العام، ، ففي مجال الفقه الفرنسي نجد أن جانب منه يذهب إلى الإدارة تفرض الجزاءات باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر، وهذا الامتياز يعد استعماله التزامات ليس رخصة، وهذا ما أكده الفقيه" **جيز**"، بقوله أن ضمان السير المنتظم أن تكون الجزاءات المترتبة على الإخلال مؤثرة، ومبرر ذلك أن احتياجات المرافق العامة هي أساس جزاءات القانون العام ، وهذا ما يجعل اتخاذ هذه الجزاءات يكون على الفور ودون وساطة القاضي.[2]

2-3 : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في التشريع الجزائري.

تعد امتيازات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في حالة إخلالهم بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية لم يكن أساسا التناقضات كما هو الحال في نظرية الجزاءات في العقد الإداري في ظل القضاء والفقه المقارن، بل فرضتها الظروف الموضوعية للتطور الاقتصادي والاجتماعي ومتطلبات التنمية في الجزائر ، وتعمد المصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ التزاماتها إلى اللجوء الى ابرام صفقات عمومية بينها وبين مؤسسات القطاع الخاص في إطار المخطط الوطني.

وهذا ما أكده المشرع الجزائري على سبيل المثال في قانون 88-01 بموجب نص المادة 34، والتي تنص على أنه: " تنجز مخططات المؤسسات الاقتصادية بواسطة عقود يرتضيها الأطراف بحرية

[1] حمد محمد الشلمائي، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ،2007، ص 201.

[2] رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 203.

قصد تبادل مواردهم وخدماتهم في إطار الأهداف والمقاييس المنصوص عليها في المخطط الوطني".[1]

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المنظم للصفقات العمومية والمرفق العام في الجزائر حاليا وتحديدا في نص المادة 01 / 147 ، والتي فحواها ما يلي:" يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول"

ومن خلال ما سبق تناوله يمكن القول أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية في التشريع الجزائري هو المخطط الوطني.[2]

الفرع الثاني :أنواع الجزاءات الإدارية و ضوابط استعمالها.

أولا : أنواع الجزاءات الإدارية

استقر غالبية الفقهاء على تقسيم الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها إلى ثلاث أنواع .

1-الجزاءات المالية مثل : غرامة التأخير و مصادر الضمان

2-الجزاءات الضاغطة مثل : وضع مشروع تحت الحراسة , و سحب العمل من المقاول و الشراء على حساب المورد .

3-الجزاءات الفاسخة (الفسخ الجزائي).

4-وستنصب دراستنا في هذا المقام على الجزاءات المالية و الجزاءات الضاغطة دون التطرق إلى الجزاءات الفاسخة التي ستتطرق إليها في المطلب الثاني.[3]

1-1 سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية .

الجزاءات المالية عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة مطالبة المتعاقد الأجنبي بها عند الإخلال بالتزاماته التعاقدية، منها ما يكون الغرض منه تغطية ضرر حقيقي لحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد ومنها ما يقصد به توقيع العقاب على المتعاقد بغض النظر عن عدم صدور خطأ من جانبه،لأن الجزاءات في العقود الإدارية لا تنحصر في الحقيقة بضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية وإنما يشمل كذلك ضمان سير المرافق العامة بانتظام[4]،وعليه تنقسم الجزاءات المالية إلى:

---

[1] أنظر المادة 27 ، القانون رقم 88-02 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بالتخطيط، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد . 1988

[2] عبد القادر رحال ،ص 133.

[3] جراد فوزية ، مرجع سابق ،ص 36.

4محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 133.

1. 1 التعويض:

1-1-1 تعريفه: عبارة عن مبلغ من المال يمثل الضرر الذي لحق بالطرف المضرور فلا يعتبر من الجزاءات الإدارية لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة [1]، وحتى يثبت الحق في الحصول على التعويض يجب ان يكون هناك خطأ بحت يتسبب بضرر للإدارة، ويكون التعويض بقدر الضرر، أما كيفية تقديره فإن مجلس الدولة الفرنسي يسمح للإدارة بتقدير التعويض بنفسها مقدما ويسمح القضاء الفرنسي كذلك للإدارة في الكثير من الحالات أن تستعمل وسيلة "أوامر الأداء لتحصيل قيمة التعويضات .[2]

فالتعويض بعكس الغرامة المالية لا يحكم القاضي به , إلا إذا أثبت الضرر كما هو الشأن في القانون الخاص[3]

1-1-2 كيفية تحصيل التعويض:لابد من الإشارة إلى أن التنظيم القانوني للصفقات العمومية بالجزائر لم يشر بطريقة مباشرة و صريحة إلى التعويض كجزاء مالي يطبق على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله أو تقصيره في أداء التزاماه التعاقدية , إلا أنه يمكن إدراجه في إطار ما سماه التنظيم بالعقوبات المالية التي أفاد أنه [4]يمكن أن ينجز عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق ,فرض عقوبات مالية , دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

إلا أنه و بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة نجده لمح عن كيفية تحصيل التعويض حيث نجد أن التعويض يقتطع من المبالغ الي يستحقها المتعاقد أو من ضمانه دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ في حالة عدم التسديد .

1-2 الغرامة التأخيرية :

1-2-1 تعريفها: عرفها فقه القانون بأنها مبلغ نقدي يحدد عادة في العقد الإداري بنسبة معينة من قيمة الأعمال تفرضها الإدارة إذا ما أخل المتعاقد معها لميعاد تنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك ضمانا لانتظام سير المرفق العام، ويفهم من التعريف أن غرامات التأخير عبارة عن تعويضات جزافية، منصوص عليها مقدما في العقد الإداري، وتستحقها الإدارة تلقائيا جراء وقوع الإخلال من المتعاقد او بصرف النظر عما أصابها من ضرر من ذلك أو عدمه، وتتفرد الغرامة التأخيرية عن غيرها من

---

[1] نواف كنعان، مرجع سابق ، ص309. 163.

[2] بن زموري أنور، سلطة الإدارة في عقد الانشغال العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري جامعة محمد خيضر، بسكرة ،2014، ص 44.

[3] إبراهيم محمد علي ، أثار العقود الإدارية وفقا للقانون 1998/89 ، ط2، النهضة العربية، 2003،ص74.

[4] بن دعاس سهام ، ص 121.

الجزاءات بأنها اتفاقية حيث يتم النص عليها في العقد أو في دفتر الشروط، وتعتبر كذلك تلقائية أي تطبق بمجرد حصول التأخير بمقتضى قرار إداري.[1]

وبالرجوع للمرسوم الرئاسي 247/15 لم يحدد نسبة العقوبات المالية التي لا يمكن للمصلحة المتعاقدة ألا تتجاوزها , مما فتح لها باب التعسف اتجاه المتعامل معها .

وهكذا خول المرسوم الرئاسي للإدارة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة و قيد مجال ممارستها في حالتين المادة 147 من المرسوم السالف الذكر

- حالة تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه .
- في حالة التنفيذ غير المطابق .[2]

2-1-2 خصائص الغرامة التأخيرية: تتميز الغرامة التأخيرية بعدة خصائص نفردها كما يلي:

أ – اتفاقية: فهي محددة مقدما في العقد وتلتزم الإدارة بها ولا يون لها الحق في زيادتها حتى ولو أدى هدا التأخير إلى ضرر يزيد على ضرر الغرامة المنصوص عليها في العقد .[3]

ب- تلقائية: بمعنى أنها تطبق مباشرة دون حاجة من جانب الإدارة إلى إثبات أن الضرر ما قد أصابها.[4]

ت –تطبق بمقتضى قرار إداري: توقعها الإدارة المتعاقدة بنفسها دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء للحكم بتوقعيها ، فالمصلحة المتعاقدة تفصح عن رغبتها في استعمال سلطة توقيع جزاءات على المتعامل المتعاقد المقصر في أداء التزاماته بموجب صدور قرار إداري بتوقيع غرامة التأخير التي هي جزاء مالي.[5]

د- لا يحتاج توقيعها إلى تنبيه: بحيث تستحق عن التأخير و تطبق بمجرد انقضاء الفترة المحددة في العقد و بذلك تختلف عن الفوائد التأخيرية إذ يتعين الإنذار باستحقاقها .[6]

---

[1] السعيد عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص196. 165- بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص213.

[2] جراد لطيفة ، مرجع سابق ، ص 37.

[3] محمد بوناب ،مرجع سابق، ص42.

[4] محمود عاطف البنا، مرجع سابق,،ص252.

[5] عباد صوفيا ، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية ،مذكرة ماستر ، كلية الحقوق ، جامعة تبسة، 2011، ص151.

عبد العزيز عبد لمنعم خليفة ، مرجع سابق ،ص149.

[6] جراد لطيفة ،مرجع سابق ،ص 37.

ج – الإعفاء من الغرامة التأخيرية :بالرجوع لمرسوم الرئاسي 247/15 نجده ذكر حالتين تستطيع المصلحة المتعاقدة إعفاء المتعامل المتعاقد من غرامة التأخير و ذلك في المادة 147 الفقرة 5/4.[1]

-حالة مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن توقيف الأشغال و التأخر فيها.

- حالة القوة القاهرة .

3-**مصادر التأمين** :

1-3-1: تعريف مصادر التأمين :

إن 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 لالتزامه التعاقدي.[2]

1-3-2 **أنواع مصادر التأمين:** التأمين على نوعين تأمين مؤقت و تأمين نهائي

أ التأمين المؤقت: و هو التأمين الذي يدفع عند التقدم بعطاء العقد لضمان جدية المتقدم بالعطاء, و أطلق عليه المشرع الجزائري كفالة التعهد الذي يجد أساسه في المادة 133 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجد أنها ألزمت المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين و/أو أحسن الشروط التنفيذ

الصفقة، وهي كفالة حسن التنفيذ حيث يحدد مبلغها بنسبة تتراوح من 5% إلى 10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها.[3]

وفي حال إخلال المتعاقد بالتزاماته تقوم المصلحة المتعاقدة بمصادرة كفالة حسن التنفيذ أو التأمين و هو جزاء مالي يتمثل في حجز و استحواذ المصلحة المتعاقدة معها جراء الإخلال بالالتزامات التي تملك الإدارة توقيعها بإرادتها المنفردة .[4]

ب التأمين النهائي: وهو بمثابة ضمان لجهة الإدارة تتوقى به أثار أخطاء المتعاقد ، و هو بصدد تنفيذ التزاماته التعاقدية .[1]

---

[1] أنظر المادة 147 الفقرة 5/4 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، مرجع سابق ،ص36.

[2] بالسعيد زينة ، القيود الواردة على حرية الادارة لدى المتعاقد ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق،تخصص إدارة عامة,كلية الحقوق، جامعة عبدا لحميد بن باديس ، مستغانم،2011-2012، ص54.

[3]حجاج حنان ،الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العقيد أحمد دراية أدرار،2018/2017 ، 29.

[4] جمال الدين سعدالله ، المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية من منظور التشريع الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي تخصص الدولة و المؤسسات العمومية , كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوصياف، المسيلة 2016-2017،ص41.

فالتأمين النهائي أو كما سماه المشرع كفالة حسن التنفيذ يجد أساسه القانوني في المادة 130 الفقرة 1 من المرسوم الرئاسي 247/15 [2].

فالمصلحة المتعاقدة لها أن تعفي المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ إذا لم يتعدى أجل تنفيذ الصفقة 3 أشهر و هو ما نصت عليه الفقرة 3 من المادة 130، كما تعفيه أيضا بالنسبة في الصفقات المبرمة بالتراضي البسط و الصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية ،وهو ما نصت عليه الفقرة 4 من نفس المادة، و تتم مصادرة التأمين بقرار صريح من السلطة المختصة تفصح فيه عن نيتها لترتيب هذا الأثر في حق المتعاقد معها دون الحاجة باللجوء للقضاء، حيث يعد ذلك بمثابة استعمالها لامتياز التنفيذ المباشر . [3]

ويتم تحويل الرصيد المكون للضمان من مجموع الاقتطاعات عند التسليم النهائي إلى كفالة ضمان عندما يكون أجل الضمان منصوصا عليه في صفقة الدراسات و الخدمات .[4]

1-2- سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة:

الوسائل الضاغطة: هي أشد ثقلا على المتعاقد من الجزاءات المالية ، ذلك كونها مظهر من مظاهر سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر للعقد . وهي التي تستهدف من وراء إرغام المتعاقد المقصر أو المهمل للوفاء بالتزاماته التعاقدية [5] كاملة ولعل من أبرزها التنفيذ على حساب المتعاقد الذي هو " جزاء من الجزاءات التي تملك الإدارة ممارستها ، فهي وسائل ضغط وإجراءات قهرية يبررها أن العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لان سير المرافق العامة يقتضي ذلك ".[6]

2-2 صور الوسائل الضاغطة :ويأخذ التنفيذ على حساب المتعاقد صورتين :

1- حلول الإدارة محل المتعاقد معها : ويتم ذلك عن طريق تنفيذ العقد بنفسها مباشرة وعن طريق موظفيها وعمالها[7]، ويكون ذلك في حالات الاستعجال التي لا تتحمل البحث على متعاقد جيد ، فلو كان العقد توريدا مثلا قامت هي بنفسها بالتوريدات المطلوبة للمرفق الذي يتبعها مع تغطية المورد

---

[1] عبد العزيز عبد لمنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص99.

[2] أنظرالمادة 130الفقرة 1 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 32.

[3] سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ،ص112.

[4] إسماعيل بحري,الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير ,كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر ، قسم الحقوق، 2009, ص108.

[5] عليوات ياقوتة ، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري الصفقات العمومية في الجزائر ، رسالة مقدمة لنيل الدكتورة في القانون العام ،جامعة منثوري ، قسنطينة ، كلية الحقوق، 2009/2008، ص255.

[6] خوخة توتي، سلطات الادارة العامة في العقد الاداري ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون إداري جامعة محمد خيضر بسكرة تخصص قانون إداري ،2013/2012،ص 48.

[7] Christophe Lajouye, op cit.p200.

المتعهد للفارق في السعر وتحمله بالتوريد المطلوبة للمرفق الذي يتبعها مع تعطيه المورد المتعهد للفارق في السعر وتحمله النفقات الإضافية ولكل خسارة تلحق بالإدارة المستفيدة أو كوضع المرفق تحت الحراسة وتتولى الإدارة إدارته في عقود الامتياز

2 – التنفيذ عن طريق متعاقد آخر: أي بإحلال شخص أخر لتنفيذ العقد بدلا عن المتعاقد المقصر مع العلم أن الأخير يبقى في علاقة عقدية مع الإدارة .[1]

ثانيا :ضوابط ممارسة سلطة توقيع الجزاءات الإدارية .

إن السلطات التي تمارسها المصلحة المتعاقدة على شخص المتعاقد معها ليست مطلقة بل يجب أن تمارسها وفق ضوابط وقيود نفردها كما يلي:

1 التقيد بالجزاءات العقدية: إذ يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتقيد بالجزاءات الواردة في الصفقة و ليس لها أن تفرض سواها. 2

2 وجوب الاعذار: إن الإعذار وسيلة ضرورية تفرضها القواعد العامة في تنفيذ الالتزام ولا يصح الإعفاء منه إلا في إطار الاستثناء بنص تشريعي، إذ يجب أن يتضمن الإعذار بيان المخالفات التي أرتكبها المتعاقد مع الإدارة وكيفية تفاديها ولا يتطلب أن يتخذ الإعذار شكلا محددا، وإنما يجوز للإدارة أن تبلغه للمتعاقد بأي طريقة على أن تبين فيه وجه المخالفة والمهلة الممنوحة له لتصحيح هذه المخالفة

3- **الخضوع للرقابة القضائية:** إن هذه الرقابة تمثل ضمانة فعالة ضد تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون، بحيث يقع على الشخص العمومي المتعاقد احترام مبدأ نسبية العقوبة مع الضرر وللقاضي سلطة الرقابة على ذلك [3]

الفرع الثالث: الإشكالات الناشئة على سلطة توقيع الجزاءات الإدارية للصفقة العمومية

أولا : إشكالية حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعامل المتعاقد.

للإدارة حق توقيع جزاءات متعددة على المتعاقد معها، الذي يخل بالتزاماته سواء تمثل هذا الإخلال في الامتناع عن التنفيذ، أم في التأخير فيه، أم في القيام به بصورة غير مرضية وهذا الحق مقرر للإدارة أيضا ولو لم يرد النص عليه صراحة في العقد[1].

[1] بوعمران عادل ، المرجع السابق ، ص 111.

[2] نور الدين عبابسة، مرجع سابق، ص55.

[3] نور الدين عبابسة ، مرجع سابق، ص56.

وليس للإدارة توقيع العقوبات الجنائية، على المتعاقد معها، كما يجب عليها إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاءات عليه، إلا في حالات الاستعجال أو نص العقد على خلاف ذلك، ويراقب القضاء الإداري الإدارة في استعمالها لحق توقيع الجزاءات من حيث المشروعية والملائمة معا، أي أنه لا يراقب فقط مخالفة الجزاء لأحكام القانون، وإنما كذلك تناسب الجزاء الموقع مع المخالفة المرتكبة

ثانيا : إشكالية الآليات المخولة للمصلحة المتعاقدة لمواجهة المتعامل المتعاقد

رغم تعدد الآليات التي خولها المشرع للمصلحة المتعاقدة لمواجهة المتعامل المتعاقد عند الإخلال والخروج عن مقتضى الإلتزام بالتنفيذ، إلا أن الصورة التي يعكسها الواقع العملي تقتضي إشراك العديد من الفواعل والآليات قصد الحد من هذه التجاوزات نتيجة تعقيد عمليات الإخلال التي يرتكبها المتعامل المتعاقد تجاهها، أن أغلب هذه الجزاءات لا تحمل معنى العقاب والجزاء بقدر ما تحمل معنى الحث والضغط على المتعاقد للتقيد بتنفيذ إلتزاماته وهو ما قد يحد من فعالية هذه الآليات في مقابل تعدد أشكال عملية الإخلال، ثم إن هذه الجزاءات وإن تنوعت وتعددت إلا أنها لا تخلو من النقائص التي نجملها وفق الأتي:[2]

. لم تحدد أحكام تنظيم الصفقات العمومية الجزاءات الضاغطة والأفعال و الأخطاء التي تبرر توقيع هذا النوع من الجزاءات إلا من خلال بعض الإشارات .

. اكتفي بالإحالة إلى تحديد نسب الغرامة التأخيرية إلى بنود الصفقة، وحبذا لو عمل المشرع على تحديد نسبها ضمن أحكام تنظيم الصفقات العمومية، وذلك بأن يخص كل نوع من الصفقات بنسبتها

. ضرورة تحديد الحالات اللجوء إلى الفسخ ألإنفرادي وتحديد قائمة الأخطاء التي تبرر ذلك وعدم فتح المجال أمام المصلحة المتعاقدة لتقدير ذلك تجنبا لأشكال التعسف التي قد تمارس من قبلها.

– لم يفصح المشرع الجزائري على إمكانية اقتضاء الإدارة للتعويض وتقديره وتحصيلية كجزاء يمكن أن يفرض على المتعاقد من قبلها.

. ضرورة تحيين دفتر الشروط الإدارية العامة بما يتماشى ومقتضيات التنظيم الحالي للصفقات العمومية، ومراعاة صدورها بموجب مرسوم تنفيذي خلافا لما هو عليه الوضع الحالي ذلك أن المرسوم الرئاسي 15–247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قد أكد على صدورها بموجب مرسوم تنفيذي (المادة 26).

[1] العايب سهام ، مرجع سابق ، ص7.

[2] دهمة مروان، "الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة،2018،ص372.

من الأحسن إنذار المتعامل قبل توقيع الجزاء حتى لا يصل به الحد إلى الإرهاق فهو شريك وعاون في التنمية المحلية الوطنية، فتقديم الإعذار قد يضمن ثقته ويوفر هامش إصلاح وتدارك الإخلال وبالتالي ربح الوقت في عمر الصفقة.[1]

المطلب الثاني : سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء عقد الصفقة العمومية.

يعد الجزاء الفاسخ، الامتياز السلطوي الأخير، الذي تلجأ إليه الإدارة لحسم مسألة عدم التزام المتعاقد معها على أداء التزاماته التعاقدية, وهو وسيلة خطيرة في الأساس, إذ إن الإدارة تهاجم به العلاقة التعاقدية القائمة، بغرض ضرب الالتزامات المختلة، ومن ثم إنهاء هذه الرابطة من الأساس، وذلك دفاعا عن المرفق العام والمصلحة العامة للجمهور .[2]

و نظرا للطبيعة المميزة لسلطة إنهاء عقد الصفقة بتوقيع الجزاءات الفاسخة، لا بد أن إلى تحديد الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي في الفرع الأول، ثم تبيان أنواعه وآثاره في الفرع الثاني وكذا الإشكاليات الناشئة على هذه السلطة في الفرع الثالث.

الفرع الأول : الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي.

تنتهي الصفقات العمومية بصفة عامة إما نهاية طبيعية بالتنفيذ الكلي لمضمون الصفقة و المتعامل المتعاقد، أو بانتهاء المدة المتفق عليها قانونا أو تنظيما[3]، كما تنتهي نهاية غير طبيعية وتكون قبل إتمام عملية تنفيذ الصفقة أو بانقضاء آجال التنفيذ، وهذه الحالة تأخذ فسخ التعاقدي أو الفسخ بقوة القانون أو الفسخ القضائي من منطلق أن حق التقاضي الحالات مكفول للجميع إضافة إلى الفسخ الإداري الذي يكون نتيجة لما تتمتع به الإدارة من امتيازات السلطة العامة، ويكون في صورتين:

الصورة الأولى : تتمثل في سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة بإرادتها المنفردة وفقا لتقديراتها دون خطأ من جانب المتعاقد معها، وهو ما يطلق عليه بالفسخ لدواعي المصلح العامة.

الصورة الثانية : فتتمثل في إنهاء الصفقة العمومية بالإرادة المنفردة لخطأ من المتعامل المتعاقد نتيجة تقصيره و إخلاله بالتزاماته[4]، وهذا ما يطلق عليه بالفسخ الجزائي للصفقة وهو موضوع دراستنا

---

[1] بن عبد المالك بوقلجة، "الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، مجلة الإجتهاد القضائي، العدد15، 2017، ص 263

[2] باخبيرة السعيد عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص275.

[3] نور الدين عبابسة، مرجع سابق،ص58.

[4] عادل بوعمران ،مرجع سابق ،ص 126.

أولا : تعريف الفسخ الجزائي للصفقة العمومية

الفسخ في الاصطلاح الفقهي القانوني: حق للمتعاقد في العقد الملزم للجانبين إذا ما أخل الأخر بالتزامه في حل الرابطة التعاقدية كي يتحلل هو من التزامه .[1]

فسخ الصفقة هو ذلك الجزاء الشديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعه على المتعامل المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية، حيث يترتب على ذلك استبعاده نهائيا عن تنفيذ العمل موضوع العقد[2]

ويمكن تعريف الفسخ: أنه جزاء تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة عندما يثبت لها بصور قاطعة عجز وعدم مقدرة المتعاقد في تنفيذ التزاماته محل التعاقد بصورة مرضية منها ،وعدم مراعاة تنفيذ الأعمال أو عدم تسليم التوريدات في المواعيد المقررة تنتهي بمقتضاه الرابط التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة وبين المتعاقد معها.[3]

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 نجده لم يعطي تعريفا جامعا مانعا لسلط فسخ الصفقة، إلا أنه يمكن استنتاجه من تفسير نص المادة 149 حيث نصت على: " إذا لم ينف المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد ".[4]

ثانيا: شروط الفسخ الجزائي

نظرا لخطورة سلطة فسخ الصفقة العمومية يشترط على المصلحة المتعاقدة قبل ممارستها التقيد بالشروط التالية .

1- **ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم يوجب السحب:** و هذا الخطأ يكون لمخالفة نصوص العقد ، فهنا يفترض خطأ المتعاقد، ويكون هذا الأخير مخطئا إذا لم يتقيد بشروط الصفقة أو لم يمتثل لأوامر المصلحة، بيد أنه يتعين أن تكون هذه الأخطاء على درجة كافية من الجسامة حتى تكون مبررا لتطبيق هذا الإجراء ، فالأخطاء البسيطة و القليلة الأهمية لا تكف لتبرير هذا الجزاء.[5]

2- وجوب إعذار المتعاقد:ونشير في هذا الصدد إلى أن فسخ العقد الإداري يكون لتحقيق المصلحة العامة قبل انتهاء مدته ، فيستوجب من الإدارة إخطار المتعاقد فيها قبل الإنهاء ، إذ نص

[1] باخبيرة السعيد عبد الرزاق ،مرجع سابق،ص278.

[2] عبد الحميد مفتاح، خليفة,إنهاء العقد الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ,2000،ص ص61.62.

[3] سبكي ربيحة ،مرجع سابق،ص 140.

[4] أنظر المادة 149 الفقرة 1من المرسوم الرئاسي247/15، مرجع سابق،ص 37.

[5] رحال عبد القادر،مرجع سابق ،ص 186.

العقد على مصلحة الإخطار قبل الانتهاء ،و إلا تكون الإدارة قد ارتكبت خطأ يولد مسؤوليتها عما أصاب المنعقد من ضرر.[1]

لذا نجد المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 قد اهتم بالأعذار بموجب المادة149 [2]، ويفهم من مضمون هذه المادة أن المشرع قد مكن المصلحة المتعاقدة من ممارسة سلطتها في فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة ،وذلك خروجا عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في عقود القانون الخاص .[3]

ثالثا : خصائص الفسخ الجزائي:

ينفرد الفسخ الجزائي الذي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها إذا أخل بإلتزامه لتعاقدي إخلالا جسيما، بالعديد من السمات تميزه عن غيره من الجزاءات.

1- حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الفسخ الجزائي بنفسها.

تملك المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة العمومية بنفسها بمقتضى قرار إنفرادى صادر عنها أو بمقتضى ما تخوله لها النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر الشروط الإدارية العامة دون اللجوء إلى القضاء، كما يحق لها أن تمارس هذه السلطة حتى وإن لم ينص العقد أو دفتر الشروط صراحة على هذا الحق. [4]

2 - ضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع الفسخ الجزائي.

يعتبر الإعذار وسيلة قانونية لإثبات إخلال المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية مع إفصاح الإدارة فيه عن نيتها في توقيع الجزاء لذلك الإخلال إذا لم يقم المتعاقد معها بالوفاء بالتزاماته في وقت يحدده الإعذار، ولهذا الإجراء الأخير أهميته الخاصة بالنسبة للمتعاقد والمصلحة المتعاقدة على حد سواء، فقد يثنى المتعاقد عن الاستمرار في الإخلال بالتزامه التعاقدي تحت تأثير علمه بجسامة الجزاء الوارد ذكره بالإعذار للأمر الذي تتحقق معه مصلحة الإدارة من خلال تنفيذ العقد على نحو ما ينبغي .[5]

---

[1] محمد الكامل مختار ،عوا ريب عبد الكريم،المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في عقود الصفقات العمومية ، مذكرة ماستر ،تخصص قانون الأعمال ،جامعة قاصدي مرباح ورقلة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية،2017-2018،ص20.

[2] أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع سابق، ص37.

[3] د خلاف فاتح ، محاضرات في قانون الصفقات العمومية ، جامعة محمد الصديق بن يحي – جيجل كلية الحقوق والعلوم سياسية ،قسم علوم قانونية ،2016/2015 ،ص76.

[4] سبكي ربيحة ،مرجع سابق،ص151.

[5] إحسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، دون ذكر بلد النشر، سنة 2002، ص76.

3- الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي

يخضع القرار الصادر عن المصلحة المتعاقدة بتوقيع جزاء الفسخ على المتعامل المتعاقد

يخضع القرار الصادر عن المصلحة المتعاقدة بتوقيع جزاء الفسخ على المتعامل المتعاقد الرقابة القضاء ولا يكون للمتعاقد الطعن بالإلغاء ضد هذا القرار حتى وإن كان غير مشروعا، لأنه إجراء متصل بالعقد وليس من القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد ويدخل في ولاية القضاء الكامل، وتختص المحاكم الإدارية[1] بهذه المنازعات، إذ يملك القاضي الإداري في هذه الحالة سوى الحكم بتعويض المتعامل المتعاقد في حالة تعسف الإدارة في استعمال سلطة الفسخ دون الإلغاء.

الفرع الثاني : أنواع الفسخ الجزائي وآثاره القانونية.

إن الإخلال الجسيم الصادر من المتعامل المتعاقد يؤدي إلى فسخ الصفقة وإنهاء الرابطة العقدية مع المصلحة المتعاقدة، واختلاف درجة جسامة الخطأ يؤدي إلى اختلاف أنواع الفسخ الذي يمكن توقيعه من المصلحة المتعاقدة، وبالتالي اختلاف الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي تبعا لمدى جسامة وخطورة نوع الفسخ على مركز المتعامل المتعاقد .

أولا : أنواع الفسخ الجزائي

يتضمن القسم العاشر من الفصل الرابع من تنظيم الصفقات العمومية الجديد الأحكام القانونية التي تأطر الصور المختلفة للفسخ في مجال الصفقات العمومية ، و هي كالتالي :

1 فسخ الصفقة دون قيد(الفسخ المجرد)

ويعني إنهاء العلاقة التعاقدية نهائيا ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد مع إفرازه الجزاءات مالية ; كالغرامات التأخيرية أو التعويض عن الأضرار التي تصيب المرفق العام, والتي تقتضيها المصلحة المتعاقدة جراء إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته, وهو ما نص عليه المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 152 في بقولها "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان, والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها, وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة " . ونجد أن المرسوم الرئاسي 15-247 قد أكد على قابلية الفسخ إذا لجأت الإدارة إلى تطبيق البنود الموجودة في الصفقة, والحكمة التي أراد المرسوم تطبيقها هي المواصلة في فرض الضغوط المعنوية والقانونية على المتعاقد حتى يتقيد أكثر بالالتزامات التعاقدية

[1] كلوفي عز الدين ، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار النشر جيطي ، الجزائر ،201، ص67.

بما يكفل حقوق المصلحة المتعاقدة ويكرس مبدأ سير المرافق العامة بانتظام و باضطراد, ويكفل حقوق الجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام.1

2 الفسخ على حساب و مسؤولية المتعاقد

هذا النوع اشد جسامة و وطأة على المتعاقد المقصر ، إذ يكون الفسخ في هذه الحالة مصحوبا بإبرام عقد جديد لإتمام تنفيذ العقد الأصلي ، و يتحمل المتعاقد مع الإدارة الذي فسخ عقده فسخا جزائيا في هذه الحالة ، كافة الأعباء المالية المترتبة على قيام الإدارة بتعاقد جديد مع الغير ، سواء تعاقدت الإدارة بعقد أشغال عامة مع مقاول جديد لتنفيذ المشروع المتفق عليه أو تعاقدت مع مورد جديد في عقد التوريد لتوريد المواد المتفق عليها ، و كل ذالك على حساب المتعاقد مع الإدارة نتيجة إخلاله لالتزاماته العقدية .

و لكن بالرجوع للمرسوم الرئاسي 247 / 15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على الفسخ الجزائي على حساب و مسؤولية المتعاقد ، و أن جميع أحكامه تتفق مع أحكام الفسخ الجزائي المجرد البسيط.[2]

و لكن بالجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة نجد أنها تضمنت و أشارت إلى هذا النوع من الفسخ بمقتضى المادة 3 / 35 التي تنص على أنه: " ... **يرفع الأمر بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه ... أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف ...** "[3]

يستنتج من هذه المادة قصد المشرع بصدد قوله عبارة " على ذمة المقاول المتخلف "رغبته في الأخذ بالفسخ الجزائي على حساب و مسؤولية المتعاقد.

إضافة إلى ذالك تبنى المشرع الجزائري الفسخ لدواعي الصالح العام ، و الفسخ الإتفاقي ، أو من جانب واحد كأشكال للفسخ .

ثانيا : الآثار القانونية للفسخ الجزائي.

2-1 : الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ.

يترتب على قيام المصلحة المتعاقدة بإصدارها قرارها بفسخ الصفقة سواء كان فسخا مجردا أ فسخا على مسؤولية المتعاقد عدة أثار قانونية نذكر أهمها :

---

[1] ستو مروى، بالطيب أمينة،امتيازات الإدارة في عقود الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15،مذكرة لنيل شهادة ماستر اكاديمي ، فرع القانون الاقتصادي العام ،جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، 2018-2019، ص46.

[2] ميهوبي مراد ، إمتيازات السلطة العامة في تنفيذ الصفقة العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، فرع القانون العام ، جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية، 2017-2018،ص71-72.

[3] أنظر المادة 3/35 من دفتر الشروط الادارية العامة ، مرجع سابق ، ص58.

– إنهاء العلاقة التعاقدية بين طرفي الصفقة بالنسبة للمستقبل ، و ذالك من تاريخ الإعلان بقرار الفسخ إلى المتعاقد أو ابتداء من تاريخ المحدد في قرار المصلحة المتعاقدة بالفسخ .يشمل الفسخ الجزائي سواء المجرد البسيط أو الفسخ على مسؤولية المتعاقد الصفقة كلها أو جزءا منها كما هو عليه الحال في الجزاءات الضاغطة .[1]

– يترتب عن كلا النوعين استبعاد المتعاقد نهائيا نتيجة لفسخ عقده بالتالي يتحتم عليه إخلاء أماكن العمل في صفقة الأشغال العامة في المواعيد التي تحددها المصلحة المتعاقدة ، إذا تأخر في الإخلاء أو رفض في صفقة الأشغال العامة في المواعيد التي تحددها المصلحة المتعاقدة ، إذا تأخر في الإخلاء أو رفض ذالك جاز لهذه الأخيرة إخلاء هذه الأماكن على نفقته و مسؤوليته ، و خصم المبالغ المستحقة لها من مبالغ التامين أو بيع أدواته عن طريق المزاد.[2]

2-2 الآثار الخاصة بالفسخ دون قيد.

– ويعد هذا الجزاء أقل صرامة من جزاء الفسخ على حساب و مسؤولية المتعاقد, حيث يترتب عليه مجموعة من الآثار نذكرها فيما يلي :

– إنهاء صفقة الأشغال العامة وصفقة اللوازم حالا ودون أي قيد أو شرط فهو يقطع الرابطة نهائيا

– بين المقاول و الإدارة .[3]

– تستطيع الإدارة المتعاقدة عند توقيع الفسخ الجزائي البسيط أن تجبر المتعامل المتعاقد الجزاءات

– المالية إذا توافرت أسبابها القانونية, فبالنسبة لغرامة التأخير فإنها تجبر على المتعاقد المفسوخ عقده في الفترة السابقة على صدور جزاء الفسخ وسواء كان الضرر ناتجة عن وقف تنفيذ الأشغال العامة أو عن عدم توريد الأصناف في صفقة التوريد أو كان الضرر ناتجا عن الفسخ ذاته.[4]

2-3 الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد .

إذا صدر قرار الفسخ وتم تبليغه للمتعامل المتعاقد، ترتبت عنه الآثار التالية:

أ- إنهاء الصفقة وإنفصام الرابطة العقدية بين طرفيه ويشمل الفسخ الصفقة كله، فلا وجود للفسخ الجزئي.

ب- يجب على المقاول أن يخلي أماكن العمل وإلا تحققت مسؤوليته، كما أن من حق الإدارة أن ترفض إستلام أية توريدات بعد فسخ الصفقة. [5]

---

[1] أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، مرجع سابق ،ص 37.

[2] ميهوبي مراد ،مرجع سابق، ص77.

[3] مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 354.

[4] ستو مروى،بالطيب آمنة،مرجع سابق ، ص48.

[5] عباد صوفيا ، مرجع سابق ، ص 165.

ج- تسوية مصير الأدوات والمواد الخاصة بالمقاول، وعادة ما ينظم العقد هذه المسألة ، فإذا لم ينص على ذلك في الصفقة لا تكون الإدارة ملزمة باكتسابها كما أن المقاول له أن يرفض التنازل عنها.

الفرع الثالث : الإشكالات الناشئة عن سلطة إنهاء عقد الصفقة

و قد تثور إشكالات بسب قيام المصلحة المتعاقدة بممارسة السلطة الممنوحة بإنهاء عقد الصفقة حيث يمكن للإدارة أن تستعمل سلطاتها على نحو غير مشروع وتتعسف في استعمالها مما يسبب أضرار للمتعاقد معها على النحو التالي :

أولا: فسخ الصفقة العمومية نتيجة خطأ الإدارة في تقدير جسامة الضرر

كأن تفسخ الصفقة العمومية على عاتق المتعامل المتعاقد وتخطأ المصلحة المتعاقدة في تقدير جسامة الضرر الذي سببه المتعاقد معها، فالمادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 تجعل المتعاقد يحتج على ذلك أمام القضاء، فهنا تتسع رقابة القضاء الإداري على قرار الفسخ الجزائي ليشمل زيادة على رقابة المشروعية رقابة مدى ملائمة جزاء الفسخ للخطأ الذي ارتكبه المتعامل المتعاقد.

إلا أنه لا يزال يثور جدل فقهى وقضائي حول سلطات القاضي الإداري في مواجهة قرار الإدارة والمتضمن توقيع جزاء الفسخ في حالة ما إذا كان غير مشروع، ويكتفي بالحكم بالتعويض وإعفاء المتعامل المتعاقد من النتائج المالية الباهظة المترتبة عن الفسخ.[1]

في حين أن هذا الموقف فيه إجحاف كبير في حق المتعامل المتعاقد وفي حق مبدأ المشروعية، ومن غير المعقول أن يكتفي القاضي بالاقتناع بعدم مشروعية القرار دون أن يتمكن من إلغائه بحجة لا يمكن الطعن في القرارات المتصلة بالصفقة العمومية بالإلغاء، لأن طلب إلغاء قرار غير مشروع متصل بالصفقة ويندرج ضمن رقابة المشروعية التي تعتبر من صميم اختصاصات قاضي القضاء الكامل[2].

ثانيا: فسخ الصفقة رغم عدم إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية

عادة ما يكون حق الفسخ الانفرادي الذي منحه المشرع للمصلحة المتعاقدة محل إشكال من طرف المتعامل المتعاقد، ليس بسب إخلال المصلحة المتعاقدة بإلتزاماتها الإجرائية المتمثلة في إعذار

---

[1] بومدين هاجيرة، الفسخ في الصفقات العمومية – دراسة مقارنة. ، مذكرة ماجستير، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014، ص133. 2 – المرجع نفسه، ص 134.

[2] بومدين هجيرة ،مرجع سابق،ص134.

المتعامل المتعاقد، لأن المصلحة المتعاقدة لا يمكنها قانونا تقرير فسخ الصفقة قبل ذلك، ولكن لأن المتعامل المتعاقد يدعي عدم إخلاله بالتزاماته العقدية.[1]

إلا أن نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247 تنص على أنه" **لا يجوز الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة وينحصر في مجال تطبيقها للبنود التعاقدية المتعلقة بالضمان وإصلاح الضرر**"[2]، ولا يمتد للمنازعة في إدعاء المصلحة المتعاقدة بعدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته العقدية، وبالتالي لا يمكن رفض دعوى المتعامل المتعاقد تأسيسا على ذلك، فإذا ثبت للمحكمة بأن المتعامل المتعاقد ليس مخلا بالتزاماته العقدية تنطق بإلغاء مقرر الفسخ ألإنفرادي، وبالتالي مواصلة تنفيذ الصفقة [3].

[1]بن بوزيد، دغبارة نورة، "منازعات الصفقات العمومية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة البليدة2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 15، 2018 ، ص446

[2]نظر المادة 152فقرة من المرسوم الرئاسي 15- 247، المرجع السابق، ص37.

[3]بن بوزيد، دغبارة نورة، مرجع سابق،ص24.

ملخص الفصل الأول .

تعتبر الصفقة العمومية وسيلة في يد الإدارة ، تخول لها جملة من السلطات الإستثنائية ، وهي الامتيازات التي تتمتع بها في مواجهة المتعامل المتعاقد معها, تمارسها على محل العقد من بينها: سلطة التعديل الانفرادي للعقد، والرقابة عليه وسلطة إنهائه، باعتبارها سلطات تهدف إلي صون محل العقد الذي يربطها مع المتعاقد معها حال تنفيذ الصفقة.

و كذا معرفة الأسس التي تقوم عليها سلطتي المصلحة , حيث تسعى لكفالة أحسن تنفيذ للعقد المبرم بينها و بين المتعامل المتعاقد معها وضمانا لسلامة الصفقة العمومية و تدارك الأخطاء و الأخطار المحتملة قبل وقوعها "بهدف الوصول إلى الغايات التي أبرمت من اجلها الصفقة و التي هي السعي وراء تحقيق المصلحة العامة.

و تتدرج الجزاءات الإدارية التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه هذا الأخير ، فكلما كان الخطأ جسيما كلما أصبحت العقوبة اشد قسوة ابتداء من الجزاءات المالية ، ثم الجزاءات الضاغطة، وصولا إلى جزاء الفسخ ، الذي يهدف إلى إنهاء العلاقة التعاقدية بصفة نهائية و قبل أوانها مع المتعاقد و انقضاء العقد ، و يتم توقيعه في الحالات التي يرتكب فيها المتعاقد مع الإدارة مخالفات جسيمة لا يجدي معها توقيع الجزاءات المالية أو الضاغطة في ردع المتعاقد مع الإدارة أو إصلاحه.

الفصل الثاني:

حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية

الفصل الثاني: حقوق و إلتزامات المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية

يعتبر الإنفاق العمومي من أهم الوسائل التي تستخدمها الدولة في إشباع الحاجات العمومية ، إذ هو من أهم الأهداف الرئيسية ،والتي يتم عن طريق إبرام الصفقات العمومية ،حيث يتم تنفيذ الصفقات العمومية عن طريق إلتزام المتعامل المتعاقد بتنفيذ ما طلب منه من عمل أو خدمة موضوع الصفقة العمومية وفق الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط المتفق عليه ، في حين تلتزم المصلحة المتعاقدة بالوفاء بالتزاماتها اتجاه المتعامل المتعاقد .

فالطرف المتعاقد عند قيامه بالظفر بالصفقة إنها يهذف إلى تحقيق المصلحة الخاصه له ،و المتمثلةفي تحقيق الربح ، و هذا عند قيامه بتنفيذ عقد الصفقة و من خلاله يحصل على العمل المتفق عليه مع الملحة المتعاقدة و قد يقوم المتعامل المتعاقد بأعمال إظافية لم يتم النص عليها في العقد ، إذ على الإدارة دفع التعويض للمتعاقد مقابل هذة الأعمال أما في حالة تأكد الإدارة بإخلالها بإلتزاماتها التعاقدية بحيث تؤدي إلى الفقدان المالي للعقد ، فللمتعاقد الحق في طلب إعادة التوازن المالي من المصلحة المتعاقدة ، و ذلك لتمكيته من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية .

و في مقابل الحقوق التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد، نجد أن المشرع قد حمله إلتزامات منصوص عليها قانونا ،وذلك يكون بعد توقيع العقد مباشرة مع المصلحة المتعاقدة ، بحيث يتم تنفيذ العقد شخيا و في المدة المحددة و بالشروط المحددة ، وكما هو ملزم بدفع مبالغ الضمان من أجل طمأنة المصلحة المتعاقدة و الذي من شأنه ضمان حسن تسيير المال العام والمحافظة عليه.

وعلى هذا الأساس و للتوضيح و التفصيل أكثر قسمنا الفصل الثاني لمبحثين هما :

المبحث الأول : دراسة التزامات المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة

المبحث الثاني : نعالج فيه حقوق المتعامل المتعاقد اتجاه المصلحة المتعاقدة

المبحث الأول : إلتزامات المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة

من المتعارف به في الصفقات العمومية أن المصلحة المتعاقدة مقيدة في إختيارها للمتعاقد معها في العقد ، من أجل إنجاز مشاريعها وأعمالها بجودة عالية و بأقل تكلفة وفي أقصر الآجال ،بجملة من الشروط محكومة بنصوص قانونية .فتبذل المصلحة المتعاقدة على هذا الأساس أقصى جهدها لإختيار المتعاقد معها ،من حيث المؤهلات و الكفاءة المهنية والبشرية والمالية قصد التنفيذ الجيد للصفقة العمومية. ومنه فإن على المتعامل المتعاقد مراعاة بعض الإلتزامات التي تخدم الهدف الأساسي وراء تعاقده .

ومنه سنتطرق أكثر في هذه الإلتزامات و سنوضح في المطلب الأول إلتزامات المتعامل المتعاقد بالتنفيذ الشخصي للصفقة العمومية ، وفي المطلب الثاني سندرس فيه احترام الآجال اللازمة لتنفيذ الصفقة ، أما المطلب الثالث فسنعالج فيه الإلتزام بتقديم الضمانات المالية .

المطلب الأول : التنفيذ الشخصي للصفقة العمومية

تقوم العلاقة بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد معها كمبدأ عام يقوم على أساس التنفيذ الشخصي ، ويعني هذا أن ينفذها بنفسه فلا يجوز أن ينفذها غيره إلا بموافقة المصلحة المتعاقدة. ولهذا سندرس التنفيذ الشخصي في ثلاث فروع ، سنتطرق في الفرع الأول الإعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقات العمومية ،وفي الفرع الثاني سندرس فيه المناولة كإستثناء على التنفيذ الشخصي للفقة العمومية ،وفي الفرع الثالث سنتناول فيه وفاء المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية .

الفرع الأول : الإعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقة العمومية

تقوم المصلحة المتعاقدة عند إختيارها للمتعامل المتعاقد معها بمراعاة إعتبارات خاصة به سواء كانت تتعلق بالكفاءة المالية أو الفنية و المهنية[1]، وبالتالي فإن منح الصفقة يرجع أساسا للصفات و القدرات الشخصية للمتعاقد والتي تضمن بها المصلحة المتعاقدة حسن تنفيذ الصفقة وتحقيق المصلحة العامة[2].

[1] محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق،ص438

[2] هاشمي فوزية،المرجع السابق،ص313

ويقصد بالإعتبار الشخصي للعقد، هو أن يكون شخص المتعاقد وصفاته و إمكانياته المالية وقدراته التقنية محل إعتبار شخصي لتنفيذ موضوع الصفقة العمومية ، وهو واجب على المتعاقد حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد. إذ يكون المتعامل المتعاقد مسؤولا مسؤولية شخصية ومباشرة لإلتزاماته العقدية مع المصلحة المتعاقدة ، سواء نفذها بنفسه أو استعان بغيره في التنفيذ.

وهذا ما أكدته المادة 141 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص على أنه " المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد اتجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناوبة"[1]

وبالرجوع لنص المادة 37 من المرسوم الرئاسي أعلاه ،فإن للمصلحة المتعاقدة الحق بالرجوع عليهم جميعا في حالة ما إذا كان المتعاقد مع الإدارة عدة أشخاص طبيعين أو معنويين مجتمعين ، أو مشتركين لإنجاز صفقة واحدة[2]

ولقد حرص المشرع الجزائري من خلال المادة 67[3] من المرسوم الرئاسي 15-247 ، على إلزامية المتعامل المتعاقد على تقديم شهادة التأهيل و التصنيف و شهادة الجودة عند الإقتضاء في ملف الترشح ، وهذا تأكيدا لقاعدة الإعتبار الشخصي لأنها تعتبر عنصرا جوهريا في العقود ووسيلة ضمان هامة للمصلحة المتعاقدة .

ثانيا : الآثار المترتبة على الإعتبار الشخصي في التنفيذ

يترتب على فكرة الإعتبار الشخصي عدة آثار تتمثل في :

1-عدم جواز التنازل عن الصفقة وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 11 الفقرة الأولى من دفتر الشروط الإدارية العامة فقد نصت أنه " لايجوز للمقاول التنازل عن جزء أو كل مقاولته لمقاولين فرعيين أو لجماعة بدون إذن صريح من الإدارة "[4]

[1] أنظر المادة 141 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق،ص34.

[2] أنظر المادة 37، المرجع نفسة،ص11.

[3] أنظر المادة 67، المرجع نفسه،ص18.

[4] أنظر المادة 11 من القرار المؤرخ في نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل،المرجع السابق،ص52.

2- موت و إفلاس المتعاقد ، فالبنسبة لموت المتعاقد نص التشريع الجزائريفي المادة 37 الفقرة الأولى من دفتر الشروط الإدارية العامة أنه في حالة وفاة المتعامل المتعاقد ، قيام الجهة المتعاقدة بالفسخ بقوة القانون و بدون تعويض ، لكن إذا قام الورثة بتقديم عرض للمصلحة المتعاقدة بغية الإستمرار في تنفيذ موضوع الصفقة بدل مورثهم ، ووافقت الجهة المتعاقدة على هذا العرض متى قدرت تحقيق المصلحة العامة ، فهنا تستمر الرابطة العقدية و يواصل الورثة تنفيذ إلتزامات مورثهم المنصوص عليها في العقد [1].

أما في حالة إفلاس المتعاقدة نص المشروع بموجب الفقرة الثانية من المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية العامة على فسخ العقد بقوة القانون وبدون تعويض ، أو استمرار الرابطة العقدية من خلاله تعويض المقاول المفلس بوكيل دائن أو المصغي[2] .

الفرع الثاني : المناولة كإستثناء على التنفيذ الشخصي للصفقة

إن الإعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقة العمومية له دور أساسي وأهمية بالغة ، وذلك كأصل عام هو إلتزام المتعامل المتعاقد بأداء الأعمال محل التعاقد بنفسه ، إلا أنه ونظرا لكثرة التخصصات التي تتضمنها الصفقة ، خاصة المشاريع الكبرى التي تتطلب تنوع الكفاءات ، صار من المناسب الخروج عن مبدأ التنفيذ الشخصي لمحل العقد ن إلى الاستعانة بمقاول فرعي وتكليفه بتنفيذ جزء من موضوع الصفقة [3].

(-أولا : تعريف المناولة وشروطها

1-تعريف المناولة :

حسب نص المادة 140 تعرف المناولة على أنها رابطة تعاقدية بموجبها يلتزم المناول بتنفيذ جزء من الصفقة العمومية ، فهي عملية مثلثية بين المصلحة المتعاقدة و المتعاقد معها ، وبين المتعامل والمناول .

---

[1] انظر المادة 37 الفقرة 1، المرجع نفسه،ص59.

[2] أنظر المادة 37 الفقرة 2، من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة للمصفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية والنقل، المرجع السابق،ص59

[3] نظر المادة 564 من الأمر 75، 58 المتضمن القانون المدني،المرجع السابق،ص93.

فبموجب المادة 140 فقد أجاز المشرع الجزائري على إمكانية لجوء المتعاقد إلى عقد المناولة بين المتعاقد الأصلي والمناول[1].

2-شروط المناولة :

إن المشرع الجزائري وبالرجوع للقواعد العامة نجده قد أطلق إمكانية التعاقد الفرعي على كامل العمل[2]،غير أن قانون الصفقات العمومية قيد هذا الإطلاق بمجموعة من الشروط نصت عليها المادة 143 من المرسوم الرئاسي 15-247[3]، وتتمثل في شرط الترخيص بعقد المناولة في دفتر الشروط وفي الصفقة الأصلية وهذا مانص عليه المشرع الجزائري في المادة 143 من نفس المرسوم المذكور أعلاه .

-عدم تجاوز النسبة المحددة تنظيمها و ذلك فيما نصت عليه المادة 140 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه " ومهما يكن من أمر لا يمكن أن تتجاوز المناولة 40% من المبلغ الإجمالي الأصلي[4].

-الموافقة المسبقة للإدارة على المناول و هذا حسب نص المادة 143 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن تتجسد الموافقة كتابيا من طرف الإدارة المتعاقدة بعد تأكدها من القدرات التقنية و المالية والمهنية للمترشح لنيل عقد المناولة[5].

-تصريح المناول للإدارة متواجدة في مكان التنفيذ ، وهذا حسب ما ورد في نص المادة 142 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه يقع على عاتق المناول أن يصرح للإدارة المتعاقدة بأنه متواجد في مكان التنفيذ[6].

[1] أنظر المادة 140 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق،ص34.

[2] أنظر المادة 564 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني،المرجع السابق،ص93.

[3] أنظر المادة 143 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق،ص34.

[4] أنظر المادة 140، المرجع نفسه، ،ص34.

[5] انظر المادة 143 الفقرة 2، المرجع نفسه،ص35.

[6] أنظر المادة 142، المرجع نفسه، ص34.

ثانيا : الإشكالات الناتجة عن عقد المناولة في تنفيذ الصفقة

يمكن أن تنشأ نزاعات بين المصلحة المتعاقدة والمناول (المتعامل الثانوي) والمصلحة المتعاقدة ، وهذه النزاعات غالبا ما تكون نزاعات مالية، فإذا كانت القاعدة العامة أن المتعامل الثانوي يأخذ مستحقاته من المتعامل المتعاقد ، فإن المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، اعترفت للإدارة المتعاقدة بدفع مستحقات المناول[1].

ولقد صدر قرار وزاري بتاريخ 28 مارس 2011 عن وزير المالية ،حددت المادة 2منه شروط دفع المستحقات من جانب المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل الثانوي ، وأي اخلال من المصلحة المتعاقدة بعدم تنفيذ التزاماتها المالية ، يمكن أن ينشأ نزاع بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل الثانوي ، قد يؤدي بالمتعامل الثانوي لرفع دعوى قضائية إلى الجهة القضائية المختصة للمطالبة بحقوقه[2].

الفرع الثالث : وفاء المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية

يتعين على المتعاقد مع المصلحة الإدارية المتعاقدة الوفاء بإلتزاماته التعاقدية على ماهو منصوص عليه في العقد وهذا لتحقيق الغاية من إبرام الصفقة و التنفيذ الجيد للصفقة .إذ يعتبر إلتزاما جوهريا يترتب على الإخلال به قيام المسؤولية العقدية للمتعاقد ، الأمر الذي يبرر استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطتها في تطبيق الجزاءات أو فسخ الصفقة مع تحمله لآثار الإخلال بهذا الإلتزام .

أولا : تنفيذ الإلتزام بطريقة سليمة وفق ما تليه الشروط

يعتبر العقد هو النقطة الأساسية الواصلة بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة إذ تمكنه 58منمعرفة موضوع إلتزاماته بصورة مفصلة وواضحة وتحديد جميع الإلتزامات المتقابلة وكل الأوصاف و المقادير، وكذا مواعيد التنفيذ ،

[1] العايب سهام، منازعات تنفيذ الصفقات العمومية وكيف حاول المرسوم الرئاسي رقم 247 / 15 معالجتها، مداخلة من الملتقى الوطني بعنوان الجوانب العملية مستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل ، كلية الحقوق والعلوم الساسية ، قسم الحقوق ، يومي 13/ 12 ديسمبر 2018، ص6.

[2] المرجع نفسه،ص7

وبالتالي فهو يعتبر وثيقة واجبة الإحترام بين الطرفين لأنها عبرت عن إرادتها[1].

كما لا يجوز للمتعامل المتعاقد الإحتجاج بالعقد على ماهو موجود في دفتر الشروط لأنه كل ما يوضع من شروط يكون لدواعي المصلحة العامة .

يجب على المتعامل المتعاقد المعرفة الجيدة والواضحة للشؤون الفنية والخبرة في مجال الأعمال و هذا حسب طبيعة الصفقة محل التعاقد ، وهذا ما نصت عليه المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة [2].وهذا للتنفيذ السليم للصفقة من قبل المتعامل المتعاقد .

ثانيا : قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته بحسن نية

يعتبر مبدأ حسن النية في مجال الصفقات العمومية إلتزام جوهري ، ويعني أن يحرص المتعامل المتعاقد في البدء في تنفيذ الصفقات على تحقيق المصلحة العامة ، إلى جانب إهتمامه بتحقيق كسب مادي ، وإذا قصرت الجهة المتعاقدة في تنفيذ إلتزاماتها ،أو حدثت ظروف طارئة فإنه يبقى ملزم ببذل أقصى جهد و عناية لإكمال تنفيذ موضوع الصفقة[3].

وقد نص التشريع الجزائري على تنفيذ العقد بحسن نية بموجب المادة 107 فقرة 1 من القانون المدني التي جاء فيها " يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه حسن النية "[4].

وحسب نص المادة نجد أن المشرع الجزائري ألزم المتعاقد بتنفيذ العقود بحسن نية تطبيقا للقواعد العامة في تنفيذ العقود ، ولهذا فلا يمكن أن يمتنع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ إلتزاماته لأي حجة كانت ، بل يظل وافيا لهذه الإلتزامات ولا يحرر منها بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ المقررة في العقود الخاصة[5].

[1] محمد خلف الجبوري،المرجع السابق،ص187.

[2] انظر المادة 12 من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات

[3] هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص335.

نظر المادة 123 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق،ص22.

[4] نظر المادة 107 ، المرجع السابق،ص19.

[5] نظر المادة 123 ، المرجع السابق،ص22.

ثالثا :الإشكالات الناتجة عن إخلال المتعامل المتعاقد بالوفاء بإلتزاماته التعاقدية

يمكن أن ينشب نزاع حول تنفيذ الصفقة بين طرفي العقد بسبب إخلال أحد طرفي الصفقة العمومية عن التزامته ، سواء تمثل هذا الإخلال في عدم التنفيذ أو التأخير أو القيام به بصورة غير مرضية أي معيبة ، مما يؤدي بالمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى استعمال الإمتيازات التي تتمتع بها فتقوم بإرادتها المنفردة بتوقيع مختلف الجزاءات المخولة لها على المتعاقد معها ،أو اللوجوء إلى القاضي للمطالبة بإدانة المتعاقد معها نتيجة الإخلال الذي اقترفه المتعاقد معها.[1]

إن المتعاقد مع الإدارة في إطار الصفقة العمومية يجب أن يقوم بالتنفيذ طبق للشروط والمواصفات التي تعهد بها و الإمتثال للأوامر المصلحة المشروعة والإلتزام بمسألتين أساسيتين :

-تواجده بعين المكان و إنجاز الصفقة في موعدها المحدد ، وعلى المقاول أن يحرص بنفسه على حسن سير للأشغال وهذا التواجد يمكنه من التدخل في الوقت المناسب قصد تقويم الإعوجاج المحتمل و تنفيذ أوامر الإدارة و إيجاد الحلول للمشاكل التي من شأنها أن تعرقل السير العادي للمنجزات .

-أما المسألة الثانية والتي تهم إنجاز الصفقة في موعدها المحدد ، فإنه يتعين على المتعاقد أن يبادر بالشروع في التنفيذ بمجرد المصادقة على الصفقة[2].

قد يحدث و تنشأ نزاعات حول تنفيذ الصفقة ، مردها أسباب خارجة عن إرادة طرفي الصفقة، ناتجة عن أحداث غير متوقعة تؤدي إلى إرهاق المتعاقد أو استحالة تنفيذ الصفقة وترتب على المتعاقد المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عن الصعوبات .

وتتخد هذه النزاعات ثلاث أشكال أساسية هي :

1-نزاعات بسبب صعوبات مادية غير متوقعة؛

2-نزاعات نتيجة حدوث ظرف طارئ؛

3-نزاعات نتيجة حدوث قوة قاهرة قاهرة

[1] العايب سهام، المرجع السابق،ص7

[2] المرجع نفسه،ص8.

المطلب الثاني: احترام الأجال اللازمة لتنفيذ واستلام الصفقة العمومية

إن إلتزام المتعامل المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية وتنفيذ ماهو موضوع الصفقة وفق الشروط المتعلق عليها في العقد. إذ لا يكفي هذا فقط وانما يتعين أن يتم موضوع الصفقة خلال الفترة و المدة المتفق عليها حتى تسلم الجهة المتعاقدة الصفقة موضوع العقد ونظرا لأهمية الوفاء بالالتزام سنخصص الفرع الأول لكيفية احترام الأجال تنفيذ الصفقة أما الفرع الثاني نعالج فيه التزام المتعاقد بتسليم الصفقة.

الفرع الأول: احترام أجال تنفيذ الصفقة العمومية

أن احترام أجال التنفيذ يعتبر أمر منطقيا و التزاما أساسيا، اذا تعتبر أجال التنفيذ شرطا أساسيا الذي يحكم الرابطة العقدية التي تجمع المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد باعتبار أن الصفقة العمومية هي احدى الوسائل التيتملكها الجهة المتعاقدة لتسيير مرافقها العامة باحترام مدة التنفيذ في مجال الصفقات العمومية.

أولا: احترام الأجال اللازمة لتنفيذ الصفقة

تتغير مدة تنفيذ الصفقة العمومية باختلاف كل صفقة وحسب طبيعتها الذاتية وتعرف على أنها المواعيد المنصوص عليها في العقد أو دفتر الشروط لإنهاء الأعمال محل التعاقد[1]

وبهدا فإن اللالتزام بالمواعيد المحددة من قبل المتعامل المتعاقد تعتبر إلتزاما جوهريا و أساسيا واردة في دفتر الشروط الذي تمت الإحالة اليه، وفي حالة مخالفة المتعاقد لها يترتب عليه جزاء، وقد أكد المشرع الجزائري على وجوب احترام المواعيد الانجاز تحت طائلة توقيع العقوبات بموجب المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاء فيها " يمكن أن ينجز عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجال المقررة أو تنفيذها غير مطابق، فرض عقوبات مالية دون الاخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول"[2]

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة،المرجع السابق،ص269

[2] أنظر المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247،المرجع السابق،ص36.

فهنا المشرع الجزائري حرص على إدراج هذا الالتزام في نصوص العقد باعتباره، أمر الزامي مع ربطه بتوقيع الجزاءات في حالة، خلال المتعامل المتعاقد للالتزام. كما أن تحديد مدة التزامات المتعاقد لها أهمية كبيرة، باعتبارها النقطة التي يبدأ سريان أجال التنفيذ وتحديد تاريخ نهاية تنفيذ الصفقة و استلامها.[1]

ومن خلال نص المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي جاء فيها " يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم ويجب أن يتضمن على الخصوص البيانات الآتية:

- أجل تنفيذ هذه الصفقة"[2]

لقد حدد المشرع بالرجوع إلى المادة 2 من دفتر الشروط الادارية العامة لسنة 1964، بدء سريان مدة التنفيذ من اليوم الموالي لتاريخ إبلاغ المتعامل المتعاقد بالأمر المصلحي المتعلق بذلك، على أن يقوم مهندس الادارة بتمكين المتعاقد بكل المخططات و الرسومات التي تتعلق بالتنفيذ.[3]

إن الأجل قد يحسب بالأيام أو بالأشهر،[4] وعندما يكون محسوبا بالأيام فإن الأجل يبدأ من اليوم الانطلاق وينتهي في نهاية آخر يوم من الأجل التعاقدي، أما إذا كان محسوبا بالأشهر فإن الحساب يتم من اليوم المحدد كيوم انطلاق من الشهر إلى اليوم المقابل له في الشهر الثاني، فإن الأجل ينتهي في نهاية آخر يوم من هذا الشهر.[5]

فإذا صادف آخر يوم من الأجل من يوم عطلة مدفوعة الآجر، فإن الأجل يمدد إلى نهاية أول يوم عمل يلي تلك العطلة.[6]

---

[1] هاشمي فوزية، المرجع السابق،ص343.

[2] أنظر المادة95 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق،ص26.

[3] أنظر المادة 2 الفقرة 5 من القرار المؤرخ في21نوفمبر 1964،المتضم المصادقة على دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية والنقل،المرجع السابق،ص48.

[4] أنظر المادة 2الفقرة 4، المرجع نفسه،ص48.

[5] أنظر المادة2 الفقرة 3،المرجع نفسه،ص48.

[6] أنظر المادة2 الفقرة 4،المرجع نفسه،ص48.

ثانيا: تمديد أجال التنفيذ الصفقة العمومية

في ظل حرص المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة في الأجال المتفق عليها، قد تطرأ بعض الظروف التي قد تعطل تنفيذ الصفقة صعبا أو مستحيلا في بعض الأحيان، الأمر الذي يدفع الادارة وفق صلاحيتهاإلى تمكين المتعامل المتعاقد باستمرار في تنفيذ عقد الصفقة، وذلك عن طريق تمديد آجال الصفقة الذي يأخد شكلين:

- وجود قوة قاهرة كحالة الظواهر الطبيعية أو الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدة.[1]
- صدور التمديد بفعل الادارة المتعاقدة وخارجا عن إرادة المتعامل المتعاقد مع عدم توقع صدور العمل من الجهة الادارية وقت إبرام العقد معها.[2]

الفرع الثاني: إلتزام المتعاقد بتسليم الصفقة

بعد انتهاء المتعامل المتعاقد من تنفيذ إلتزاماته التعاقدية و بالطريقة المتفق عليها، وفي الأجل المحدد، يقوم بتسليم الخدمة للمصلحة المتعاقدة، حيث يتم تحديد آجال تسليم الصفقة العمومية وكذا الوفاء بالمقابل المالي المستحق للمتعاقد وفق دفتر الشروط.

أولا: أدوات إستلام الصفقة

تتمثل أدوات الستلام فيها يأتي:

1) الأدوات القانونية لعملية الستلام:

يعتبر تنظيم الصفقات العمومية وكذا أحكام دفتر الشروط الادارية العامة لسنة 1964 أهم الركائز الأساسية التي تعتمد عليها الجهة الادارية لتحكم عملية تسليم الخدمة موضوع الصفقة. إلى جانب القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك الذي يشكل أداة هامة من الأدوات القانونية التي مكن طبيقها في بعض الصفقات، حيث يضع هذا القانون بين يدي الجهة الادارية إطارا عاما لعمليات الاستلام التييقوم بها باعتبارها الطرف المشتري و المستهلك.[3]

[1] هاشمي فوزية ،المرجع السابق،ص350.
[2] هاشمي فوزية ،نفسه،ص357.
[3] خرشي النوي، المرجع السابق،ص302.

الأدوات العملية الاستلام:

يتوجب على المصلحة المتعاقدة أن تحدد في الدفتر الشروط المتعلقة بالصفقة العمومية وكيفية اجراء عملية الاستلام، وجميع الوسائل المستعملة لمراقبة الانجاز، وعلى هذا الأساس تتمثل الأدوات العملية التي تستخدمها المصلحة المتعاقدة للتأكد من سلامة الخدمة المقدمة في العينات، الخبرة،المعاينة والعد، و المتابعة الميدانية.[1]

ثانيا: مراحل استلام الصفقة

يتعين على الجهة المتعاقد القيام العملية الإستلام بعد انتهاء المتعامل المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية، باعتبار الإستلام إلتزام أساسي واقع على عاتق المصلحة المتعاقدة وإذا لم تتم بهذه العملية يعتبر خطأ ينتج عنه قيام المسؤولية العقدية، وهذا ما أكدته المادة 558 من القانون المدني[2]

وتتم عملية الإستلام في مرحلتين هما: الإستلام المؤقت و الاستلام النهائي.

1)الإستلام المؤقت:

عرفة القانون 11-04 على أنه محضر يتم إعداده و التوقيع عليه من طرف لمرقى العقاري و المقاول، بعد انتهاء الأشغال ويتم الإستلام المؤقت عند إنتهاء خدمات موضوع الصفقة العمومية وإعلام المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة كتابيابتاريخ انتهائها.[3]

أي أن مكتب الدراسات المكلف بمتابعة تنفيذ الأشغال، يقوم بالإستلام المؤقت للأشغال بعد القيام بعملية المعاينة التي لا يمكن تأخيرها ولا إطالة مدة إجراءتها، و إلزامية دعوة المتعامل المتعاقد بشكل رسمي لحضور التسليم، وأن تغيب يسجل ذلك كملاحظة على محضر الإستلام، وهذا ما أكدته المادة 46 الفقرة الأولى من دفتر الشروط الادارية العامة[4]، أما في حالة عدم إستلام الجهة

[1] المرجع نفسه،ص 304-305.

[2] أنظر المادة558 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني ،ص90.

[3] أنظر القانون11-04المؤرخ في ربيع الأول 1432،الموافق ل17-02-2011المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية،ج رالصادرة في06-03-2011، العدد 14.

[4] أنظر المادة148 الفقرة1 من المرسوم الرئاسي 15-247،المرجع السابق ،ص36.

الادارية للصفقة فقد أشارت الفقرة 3 من المادة 148 من المرسوم الرئاسي 15-247 على إصدار المصلحة المتعاقدة لقرار عدم الإستلام وتبيلغه للمتعاقد معها.[1]

ويترتب على التسليم المؤقت عدة آثار تتمثل في:

- يقع على عائق المتعامل المتعاقد أثناء الفترة الفاصلة بين الإستلام المؤقت و الإستلام النهائي قيامة بإصلاح كل العيوب التي ظهرت أثناء المعاينة والتي كانت محل تحفظ من قبل الجهة المتعاقدة.[2]

- لا يعتبر المتعامل المتعاقد مسؤولا عن الأعطاب التي تحدث بخطأ من الإدارة بعد عملية التسليم.[2]

- بدء سريان مدة الضمان، التي يلتزم من خلالها المتعامل المتعاقد بضمان جميع، العيوب الخفية.[3]

2) الإستلام النهائي:

يقصد به الأجراء الذي تتسلم من خلالها المصلحة الإدارية موضوع الصفقة بصورة نهاية بعد التأكد من أن المتعامل المتعاقد قد أوفى بإلتزاماته جميعا ووفقا لما تم الاتفاق عليه[6] فالتسليم النهائي يمثل مرحلة الثانية من الإستلام التي يحين أوانها عند نهاية أجل الضمان الذي إتفقا عليه الطرفان ضمن بنود الصفقة.[4]

ولقد نص عليها المشرع الجزائري على التسليم النهائي في المادة 47 من دفتر الشروط الادارية العامة التي جاء فيها "يتبع نفس الإجراء فيها يخص الإستلام النهائي بعد إنقضاء أجل الضمان"[5] .

---

[1] أنظر المادة 46الفقرة 1من القرار المؤرخ في 21نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية والنقل،المرجع السابق،ص62.

[2] أنظر المادة 148الفقرة3 من المرسوم الرئاسي 15-247،المرجع السابق،ص36.

[2] سليمان محمد الطماوي ،المرجع السابق،ص815.

[3] خرشي النوي، تسير المشاريع في إطار تنظيم صفقات العمومية ، المرجع السابق، ص312.

[6] أنظر المادة 379 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني ،ص61.

[4] محمد خلف الجبوري ،المرجع السابق،ص264.

[5] أنظر المادة 47 الفقرة1 من القرار المؤرخ في 21نوفمبر 1964المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل ،المرجع السابق،ص63.

يقوم المهندس المعماري بالإستلام النهائي بحضور المقاول بعد دعوته بشكل رسمي، وفي حلة غيابه يشار إلى ذلك في محضر الإستلام، وفي حالة رفض المصلحة الإدارية الإستلام النهائي لموضوع الصفقة بعد اندارها من طرف المتعاقد معها، يمكنه اللجوء إلى القضاء لإستصدار حكم بالتسليم النهائي متى رأى القاضي توافر شروط معنية للتسليم.[1]

أما بالنسبة لأجل التسليم النهائي فقد ألزم المشرع الجزائري على ضرورة تسليم الأشغال في أجل ستة أشهر و ذلك في حالة عدم ورود نص صريح في دفتر الشروط الخاصة، غبتداء من تاريخ التسليم المؤقت لأشغال الصيانة وحفر الأسس و الطرق الحجرية ،وسنة واحدة للأشغال الأخرى.[2]

ويترتب على التسليم النهائي عدة آثار تتمثل في :

- يؤدي إلى إنتقال ملكية الأعمال إلى الجهة الادارية بصفة نهائية .
- تحلل المقاول من واجب الصيانة الذي يقع على عاتقه في الفترة الممتدة مابين الاستلام المؤقت و النهائي .
- يحق للمتعامل المتعاقد من تاريخ الاستلام النهائي المطالبة بكافة مستحقاته المالية من قبل الادارة .
- انهاء العلاقة التعاقدية بين المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة بإمضاء محضر الاستلام النهائي .

المطلب الثالث: الالتزام بتقديم الضمانات المالية

تقوم المصلحة المتعاقد بالاختيار الأمثل للمتعامل للمتعاقد معها وفق للمعايير المعروفة وذلك لتحقيق أهدافها و الحفاظ على سير المرفق العام، من خلال الاستعانة بجهود و إمكانيات المتعامل للمتعاقد معها، وكل هذا متعلق بالبحث عن الضمانات الضرورية و الملائمة التي توفر التنفيذ الجيد للصفقة العمومية.

[1] هاشمي فوزية ،المرجع السابق ،ص370.

[2] أنظر المادة 47الفقرة 2 من القرار المؤرخ في 21نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية والنقل ،المرجع السابق ،ص63.

ان تنظيم الصفقات العمومية ألزم كل متعاقد بتقديم ضمانات مالية، تعتبرها المصلحة المتعاقد كحماية من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها إنجاز مشروع ما، كما يعتبر في الأصل اختيار المتعامل المتعاقد في حد ذاته ضمانا.[1]

ومما سبق سنتطرق في الفرع الأل إلى الالزامية القانونية للضمانات، وفي الفرع الثاني معرفة الضمانات المقدمة في الصفقات العمومية، وفي الفرع الثالث سنتطق فيه إلى مسؤولية ضرفي الصفقة العمومية في مجال الضمانات.

الفرع الأول: الإلزامية القانونية للضمانات المالية

تقوم المصلحة المتعاقد من أجل الضمانات الضرورية خاصة المالية منها بالاستعلام بشتى الطرق و الوسائل القانونية عن المتعامل المتعاقد، وذلك من خلال الهيئات المكلفة بمهمة المرافق العمومية، أو لدى مصالح متعاقدة أخرى سبق لها التعاقد معه ، أو لدى البنوك و التمثيلات الدبلوماسية في الخارج ان كان المتعامل أجنبي وفق ما نص عليه التشريع الجزائري في المادة 56 من المرسوم الرئاسي 15-247.[2]

فقد أوجب المشرع الجزائري بموجب المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15-247 على تقديم ضمانات مالية تتيح التنفيذ الأمثل و الجيد للصفقة العمومية، وهذا حتى تتمكن الادارة من حماية نفسها مصالحها من المخاطر المالية التي يمكن أن تتعرض لها بصدد تنفيذ صفقاتها العمومية.[3]

أولا: الطبيعة القانونية للضمانات المالية:

تعتبر الضمانات في القواعد العامة هي التزام بتعويض الغير لما لحق به من أضرار أدت إلى اتلاف المال أو ضياع المنافع.[4]

أما في الصفقات العمومية تعتبر الضمانات هي الحق الذي تتمتع به الجهة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد حتى يؤمن سداد ديونه، وقد يكون هذا الضمان شخصيا كعقد الكفالة أو عينيا

[1] خرشي النوي، المرجع السابق ص314.

[2] أنظر المادة 56 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق،ص16.

[3] بحري إسماعيل، المرجع السابق،ص96.

[4] أنظر المادة 178 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق،ص30 .

كالرهن الحيازي، إذ الهدف من هذه الضمانات هو حماية الادارة المتعاقدة من مخاطر التنفيذ، أو خطر عدم استرجاع الأموال المدفوعة كالتسبيقات زيادة على مبالغ المستحقة بغية التمويل لتنفيذها[1].

ثانيا: خصائص الضمانات المالية:

تتمتع الضمانات المالية بمجموعة من خصائص[2] المتمثلة في:

- يعتبر الضمان وثيقة مكتوبة تصدر عن البنك
- يتم تحديد مبلغ الضمان من قبل المصلحة المتعاقدة ويدرج ضمن بنود دفتر الشروط
- وثيقة الضمان تؤدي إلى إدخال طرف ثالث، وإشراكه مع الأطراف المتعاقدة
- لايقع على المصلحة المتعاقدة بصفتها المستفيد من الضمان إلى التأكد من وجود وثيقة الضمان البنكي ومطابقتها الأشكال المعمول بها.
- يتم تفعيل الضمان في مجمله و المطالبة به من قبل المصلحة المتعاقدة، إذ لا يمكن للبنك الاعتراض على هذا التفعيل.
- وفي حالة وجود عدة ضمانات لصفقة واحدة، فإن المبلغ المستحق لا يتم تقسيمه على عدد الضمانات، وإنما يتم تفعيل الضمان كله دون الحاجة إلى توزيعه على أكثر من ضمان.
- **ثالثا: أدوات تنفيذ الضمانات المالية**

توفر المصلحة المتعاقدة الأدوات الازمة مسبقا و تسجيلها في الميزانية المخصصة لها وعلى المتعامل المتعاقد قبل البدء بعملية التنفيذ أن يوفر الأموال التي تسمح له باقتناء اللوازم الضرورية لتنفيذ مشروع الصفقة.[3]

نظرا بأن نفقات الدولة أغلبها تذهب في شكل صفقات[4] فانه يتم تنفيذ هذه للضمانات المالية بالاستعانة بالأدوات التالية:

[1] هاشمي فوزية،المرجع السابق،ص292.

[2] خرشي النوي، المرجع السابق،ص317

[3] عباد صوفية، المرجع السابق،ص125

[4] أنظر الأمر رقم 01،المؤرخ في 2001/02/27 المعدل و المتمم للقانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد و القرض الجريدة الرسمية رقم 14

1) **الدور الفعال للبنوك:** تعتبر البنوك المورد الأساسي في منح الضمانات بأنواعها، على اعتبار أنها تهدف إلى مساعدة التطهير المالي للمؤسسات، وتطوير العلاقة بين البنوك وزبائنها عن طريق قاعدة قابلية تسديد القرض.[1]

2) **صندوق ضمان الصفقات العمومية:** أنشئ هذا الصندوق خصيصا لتكملة النظام المصرفي ليقوم بالإسهام في ضمان تمويل الطلبات العمومية، عن طريق آليات قانونية مثل الرهن الحيازي للصفقة[2]و الضمان الاحتياطي، وهو تحول صندوق الضمانات إلى ضمان احتياطي.[3]

الفرع الثاني: الضمانات المقدمة في الصفقات العمومية

إن المشرع الجزائري من خلال مواد كثيرة قد أفردها بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 حرص على دفع الادارة على تجسيد نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام ،ولهذا فإن على المتعامل المتعاقد أن يضمن كفالات و التزامات تعاقدية خاصة بتنفيذ الصفقة ويتم اصدارها من البنك أو من خلال ضمانات غير بنكية آخرى.

أولا: الضمانات غير البنكية:

وهي ثلاثة أنواع أخرى من الضمانات متمثلة في:

1) الضمانات ذات الصبغة الحكومية:

لقد حددتها المادة 127 من المرسوم الرئاسي 15-247 كما يلي: استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة، الضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات للضمان ذات الصبغة العمومية أو شبه عمومية، ومن بين المعايير المستعملة لاختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب يستفيد من الأسبقية المتعهد الذي يقدم الضمانات ذات الصبغة الحكومية[4].

[1] عباد صوفية، المرجع السابق،ص126

[2] أنظر المادتان 145و 146 من المرسوم الرئاسي 15-247،المرجع السابق،ص35،ص36

[3] طبي إسماعيل، المرجع السابق،ص68

[4] أنظر المادة 127 الفقرة من المرسوم الرئاسي 15-247،المرجع السابق،ص32

2) الضمانات الخاصة بالمتعاملين المتعاقدين الأجانب المستفيدين من هامش الأفضلية:

من خلال المادة 129 من المرسوم الرئاسي 15-247 تلزم المتعاملين المتعاقدين الأجانب المستفيدين من هامش الأفضلية المنصوص عليها في المادة 83 من نفس النص باستعمال المواد و الخدمات المنتجة محليا وعلى المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من تنفيذ هذا المتعامل الالتزامات المتعهد بها.[1]

3) الضمانات التقنية:

هذه الضمانات القنية تخص صفقات اقتناء اللوازم و الأشغال، فصفقات اللوازم فالعقد هو الذي يحدد نوع الضمانات وكيفية تطبيقها، حسب طبيعة اللوازم.

أما صفقات الأشغال فقد أقر القانون المدني في المواد من 550إلى 557 " المسؤولية العشرية" التي تقع على عائق المهندس المعماري و المقاول بصفة تضامنية.[2]

ثانيا: الضمانات البنكية

نص المرسوم الرئاسي 15-247 في المواد من 124 إلى 134 على عدة أصناف من الكفالة، إذ تعتبر الكفالة هي شكل من الضمان تفرض كل المتعامل المتعاقد صاحب الصفقة من أجل ضمان تنفيذ الجيد للإلتزامات الصفقة العمومية[3]

1) الضمانات المقدمة قبل تنفيذ الصفقة:

يوجد نوعين من الضمانات يفرض عليهما القانون الطابع البنكي وهما كفالة التعهد و كفالة رد التسبيقات، تؤسس كفالة التعهد في مرحلة التعهد، أما كفالة رد التسبيقات فإنها تقدم بعد إبرام الصفقة ولكن عند دفع التسبيقات و القبل البدء في تنفيدها.

---

[1] أنظر المادة 129، المرجع نفسة،ص32

[2] أنظر المواد من 550إلى 557 من الأمر 75-58المتضمن القانون المدني،المرجع السابق،ص91-ص92

[3] حميداتو محمد"الضمانات البنكية المقدمة في الصفقات العمومية"، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الدولي الذي نظمته ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة ،بعنوان الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والتشريعات المقارنة يومي 18-19 أكتوبر 2016، ص3 .

1-1- كفالة التعهد:

هي عبارة عن كفالة تقدم على شكل وثيقة تسلم من طرف بنك أو مؤسسة مالية إلى المصلحة المتعاقدة، بغرض ضمان إمضاء الصفقة وتنفيذها من طرف المترشحين إلى صفقات الأشغال و صفقات إقتناء اللوازم التي يفوق مبلغها عتبة اختصاص بعض لجان الصفقات.[1]

وفقا للمادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247 يشترط ذكر الزامية كفالة التعهد إذا كانت مطلوبة في الصفقة، وطبقا لنص المادة 67 الفقرة 2، التي يجب تقديم كفالة التعهد ضمن العرض التقني والتي أحالت الشروط المنصوص عليها في المادة 125 من نفس المرسوم التي تحدد كيفية تقديم وكالة التعهد.[2]

1-1-1- الصفقات المعنية بكفالة التعهد:

حددث المادة 125 كيفية تقديم وكالة التعهد وفي هذا الاطار، بينت المادة 184 المذكورة الصفقات المعنية بهذه الكفالة من حيث مبالغها فيجب أن تفوق 1% من مبلغ العرض الذي قدمه المتعهد في كفالة التعهد كما يجب على دفتر الشروط الدعوة بالمنافسة أن ينص صراحة على هذا المطلب.[3]

1-1-2- كيفية إدراج الكفالة في ملف التعهد

حسب المادة 125، يجب إدراج الكفالة التعهد إذا كانت مطلوبة في ظرف مقفل يحمل العبارة التالية:" لا يفتح إلاعند فتح الأظرفة المالية".

لقد عرفت المادة 45 من المرسوم الرئاسي 15-247 الإجراءات المحدودة كما يلي: " طلب العروض المحدود هو إجراء لإستشارة إنتقائية يكون المرشحون الذين تم إنتقائهم الأولي من قبل مدعوين وحدهم لتقديم تعهد"[4]

1-1-3- المؤسسة المصدرة لكفالة التعهد:

[1] المرجع نفسه، ص6 .

[2] أنظر المواد 62و67 من المرسوم الرئاسي 15-247،المرجع السابق ص16- ص17.

[3] أنظر المادة 185،المرجع نفسه،ص42.

[4] أنظر المادة 45 فقرة1 ، المرجع السابق،ص12.

تصدر كفالة التعهد من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري بالنسبة للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري أو من صندوق ضمان الصفقات العمومية الذي يحكمه المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 21 فبراير، أما بالنسبة للمتعهدين الأجانب تصدر كفالة التعهد من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.[1]

1-1-4- استرداد كفالة التعهد:

ترد كفالة التعهد[2] حسب الحالة كما يلي:

- بالنسبة للمتعهد الذي لم يقبل ولم يقدم طعنا، ترد الكفالة بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن الذي حددته المادة 82، بعشرة(10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية، أما فيها يخص الأجل نصت المادة 82 على أنه إذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، يجب تمديد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي.
- بالنسبة للمتعهد الذي لم يقبل و الذي قدم طعنا ترد الكفالة عند تبليغ قرار رفض الطعن الذي تصدره، لجنة الصفقات المختصة.
- بالنسبة للمتعهد الذي حصل على الصفقة ، ترد كفالة التعهد بعد وضع كفالة حسن التنفيذ.

1-2- كفالة رد التسبيقات:

يبقى الضمان البنكي هو الوحيد الذي يضمن كفالة رد التسبيقات، إن يجب على المتعامل المتعاقد استراد التسبيقات قبل الانتهاء من إنجاز المشروع وقبل الحصول على المبلغ المالي الاجمالي للصفقة.

1-3- كيفيات استعادة التسبيقات الجزافية و التسبيقات على التموين:

لقد وضعت المادة 116 من المرسوم الرئاسي 15-247، تتم عملية استعادة التسبيقات الجزافية و التسبيقات على التموين عن طريق اقتطاعات من المبالغ المدفوعة في شكل دفع على الحساب

[1] أنظر المادة 25 فقرة 2 من القرار المؤرخ في 21نوفمبر 1964المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل ،المرجع نفس، ص32

[2] أنظر المادة 25 فقرة4 ،المرجع نفسه ،ص32.

أوالتسوية على الرصيد تقوم بها المصلحة المتعاقدة، كما يجب أن تتم عملية إسترداد التسبيقات عندما يبلغ مجموع المبالغ المدفوعة نسبة 80% من المبلغ الأصلي للصفقة[1].

1-2-2-هدف كفالة رد التسبيقات

هدفها هو ضمان إسترجاع التسبيقات الجزافية والتسبيقات على التموين التي تم تقديمها من قبل المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد قبل الإنطلاق في انجاز المشروع ،وهذا لتمكينه من الحصول على تمويل تحضير ورشات العمل وشراء المواد والمنتوجات التي تدخل في انجاز المشروع[2].

1-2-3-كيفة تحرير الجزئي والكلي لكفالة رد التسبيقات

يتم استرجاع التسبيقات الجزافية وكذلك على التسبيقات على التموين عن طريق اقتطاعات من المبالغ المدفوعة وهذا في شكل دفع على الحساب أو التسوية على رصيد الحساب تقوم بها المصلحة المتعاقدة ،طبقا للمادة 116من المرسوم الرئاسي 15-247، أما التحرير الكلي يكون بعد استرداد المبلغ الإجمالي لكل التسبيقات الممنوحة للمتعامل المتعاقد[3].

2)الضمانات المقدمة أثناء تنفيذ الصفقة

توجد نوعان من الضمانات وهما كفالة حسن تنفيذ الصفقة، وكفالة الضمان[4]

2-1- كفالة حسن تنفيذ الصفقة

هي كفالة بنكية هدفها ضمان المصلحة المتعاقدة ضد عدم قدرة المتعامل المتعاقد على إتمام الصفقة في الآجال والشروط المحددة[5].

[1] أنظر المادة 116 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق ،ص30.

[2] احميداتو محمد ،المرجع السابق ،ص12.

[3] أنظر المادة 116 ،المرجع السابق، ص30.

[4] احميداتو محمد ،المرجع السابق ،ص13.

[5] المرجع نفسه ،ص13.

يعد تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة إجباري بالنسبة للمتعامل المتعاقدة ،ويجب أن تقدم هذه الكفالة حسب نفس الشروط المطبقة على كفالة رد التسبيقات[1].

2-1-1- مبلغ كفالة حسن التنفيذ

كقاعدة عامة ، حددت المادة 133 من المرسوم الرئاسي 15-247 مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتروح بين 5% و 10% من مبلغ الصفقة ، وهذا حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها ، أما بالنسبة للصفقات العمومية التي لا تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المطات من 1 إلى 4 من المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247، فإن مبلغ كفالة حسن التنفيذ يتراوح بين واحد بالمائة 1% وخمسة بالمائة 5% من مبلغ الصفقة[2] .

2-1-2- إقتطاعات حسن التنفيذ:

عندما يتعلق الأمر بصفقات الدراسات وصفقات الخدمات، فيتم تعويض كفالة حسن التنفيذ باقتطاعات حسن التنفيذ، وهذا طبقا الفقرة2 من المادة 130 من المرسوم أعلاه، ويكون هذا تحث شرط أن ينص دفتره الشروط الدعوة للمنافسة على ذلك، فتتم الاقتطاعات من المبالغ يبقى لها طابعها المالي.[3]

وبالنسبة لصفقات الأشغال التي لاتبلغ الحد المنصوص في المطة الأولى من المادة 184، أي 1.000.000.000دج، يكون اقتطاع حسن التنفيذ بنسبة 5% من المبلغ كشف الأشغال كبديل لكفالة حسن التنفيذ ،طباقا للمادة 133 الفقرة 3، حيث تشترط الفقرة 5 من نفس المادة على عملية تحويل كفالة حسن التنفيذ إلى اقتطاع حسن التنفيذ عندما يكون منصوص عليه في دفتر الشروط[4]

2-1-3- كيفية الإعفاء من كفالة حسن تنفيذ الصفقة

هناك أربع حالات إعفاء من كفالة حسن تنفيذ الصفقة ولقد وردت في نص المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247، كما يتم اعفاء الحرفيين الفنيين والمؤسسات المصغرة الخاضعة

[1] أنظر المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247 ،المرجع السابق ،ص32.

[2] أنظر المادة 133 الفقرة 1،2 ، المرجع السابق ،ص33.

[3] أنظر المادة 132 الفقرة 1و2، المرجع نفسه،ص32.

[4] أنظر المادة 133 الفقرة 3و5، المرجع نفسه، ص33.

للقانون الجزائري ، من كفالة حسن التنفيذ بصفة خاصة وفقا للفقرة 4 من المادة 133 من المرسوم نفسه[1] .

2-2- كفالة الضمان

لقد جاء في المادة 131 من المرسوم الرئاسي 15-247 على كفالة الضمان أنها ناتجة عن تحول كفالة حسن التنفيذ عند الإستلام المؤقت للصفقة ، وتحصيل مبالغ ديون المتعامل المتعاقد بعنوان الصفقة ، كما تهدف لحماية الشخص العمومي المتعاقد ضد مخاطر التنفيذ غير المطابق من طرف المقاول صاحب الصفقة و ضد عدم إسترجاع المبالغ المالية المتحصل عليها بدون حق[2] .

2-2-1-شروط تأسيس كفالة الضمان

وفقا للمادة 131 أعلاه ،فلتأسيس كفالة الضمان يجب أن تكون مدرجة ضمن شروط الصفقة وأن هذه الأخير تتضمن أجل الضمان ، وهنا تتحول كفالة حسن التنفيذ إلى كفالة الضمان ، ابتداء من القيام بعملية التسليم المؤقت للصفقة.

ونقصد بأجل الضمان هو المدة المحددة في الصفقة التي يجب خلالها على المقاول صاحب الصفقة اصلاح أو تعويض على المشروع أوالتوريدات التي تشوبها عيوب أو جزء منها بالنسبة لصفقات الأشغال، فإن أجل الضمان يمنح للمصلحة المعاقد مهلة كافية لمراقبة صحة المشروع و الانجاز و السير الحسن للمنشئات.[3]

2-2-2- أنواع الصفقات المعنية باقتطاع الضمان:

أن في صفقات الدراسات وصفقات الخدمات عندما يكون أجل الضمان منصوص عليه في الصفقة، يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ باقتطاعات حسن التنفيذ، حسب المادة 132 الفقرة 2، من المرسوم الرئاسي 15-247، في حالة ما إذا ثم تعويض كفالة حسن التنفيذ باقتطاعات حسن

[1] أنظر المادة 130و133 ،فقرة 5، من المرسوم الرئاسي 15-247،ص32،ص33.

[2] أنظر المادة 131 الفقرة 3و5 ، المرجع نفسه،ص 32.

[3] احميداتو محمد ،المرجع السابق،ص18.

التنفيذ، فإن الرصيد المكون من مجموع الاقتطاعات بحول إلى اقتطاع ضمان عند اجراء عملية الاستلام المؤقت في الصفقات المذكورة.[1]

2-2-3- كيفية استرجاع كفالة الضمان:

لقد حددت المادة 134 من المرسوم الرئاسي 15-247، أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة لاسترجاع كفالة الضمان.[2]

أما المادة 148، فإنها بينت كيفية القيام بعملية استلام الصفقة، وقد جاء فيها أنه في حالة الصفقات العمومية التي تتضمن مدة الضمان فإن الاستلام يتم على مرحلتين: استلام مؤقت و استلام نهائي.

ولقد حددت نفس المادة على امكانية القيام باستلام مؤقت جزئي للخدمات الموافقة لذلك الأجل، إذا نصت الصفقة على أجل جزئي منفصل عن الأجل الكلي، أما استرجاع كفالة الضمان أو اقتطاع الضمان فإنه يتم بعد انتهاء أجل الضمان جميع الخدمات.[3]

الفرع الثالث: مسؤولية طرفي للصفقة العمومية في مجال الضمانات

يقع على عاتق طرفي الصفقة العمومية مسؤولية تأسيس الضمانات فيها يخص تنفيذ الصفقات العمومية، ويتم رفع اليد الكامل عن كل الكفالات بعد التسليم النهائي للصفقة.

أولا: مسؤولية المصلحة المتعاقدة في تأسيس الضمانات

حسب ما جاء في المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15-247، فإنه يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة الحرص لايجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط من أجل اختيار المتعاملين معها وكذلك أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة.

أما المسؤولية في مجال الضمانات وكيفية تحديدها واسترجاعها، فقد نصت المادة المذكورة على أن دفتر الشروط و الأحكام التعاقدية هي التي تحدد الضمانات وهذا على آساس الأحكام القانونية و التنظمية السارية المفعول.

---

[1] ا احميداتو محمد ،لمرجع نفسه،ص19.

[2] أنظر المادة 134 من المرسوم الرئاسي 15-247،المرجع السابق ،ص33.

[3] أنظر المادة 148،المرجع نفسه،ص37،ص36.

ثانيا: مسؤولية المتعامل المتعاقد فيما يخص تنفيذ الصفقات العمومية

لقد فرضت المادة 126 على المتعاملين المتعاقدين وعلى مناويلهم أن يرصدو كل الوسائل البشرية و المادية المصرح بها في عروضهم تنفيذ الصفقة، وفي نفس الإطار فإن نفس المادة تفرض على المصلحة المتعاقد أن تتأكد بأن المتعهد نفذ كل الالتزامات التي تعهد بها. حسب نفس المادة، لا تطبق هذه القاعدة إذا حدث استثناء مبرر[1] فقد وضعت هذه المادة مبدأ كبير يحدد مسؤولية المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية وتعد الضمانات البنكية إلا وسائل لتطبيق هذا المبدأ.[2]

ثالثا: رفع اليد عن الكفالات

طبقا للمادة 121 من المرسوم 15-247 فإن رفع اليد عن الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد وكذلك رد اقتطافات الضمان هما إجراءين يتما مباشرة بعد قيام المصلحة المتعاقدة بعملية تسوية الرصيد[3]

وفقا المادة 108 من المرسوم المذكور، تتم التسوية المالية للصفقة حسب احدى الكيفيات الثلاثة التالية: دفع على الحساب، التسويات على رصيد الحساب.[4]

لقد عرفت المادة 109[5] العناصر الثلاثة كم يأتي:

ان دفع التسبيقات و الدفع على الحساب لا يعفيان المتعامل المتعاقد و لا يخففان من مسؤولية فيها يخص التنفيذ الكامل و المطابق و الوفي للخدمات التعاقدية. كما أن الدفعات المذكورة لاتمثل تسديدا نهائي لمبلغ الصفقة.

يتم رفع اليد الكامل عن كفالة رد التسبيقات و كفالة حسن التنفيذ وكفالة للضمان و اقتطاعات حسب التنفيذ في أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للأشغال.

المبحث الثاني: حقوق المتعامل المتعاقد اتجاه المصلحة المتعاقدة

[1] أنظر المادة 126 من الرسوم الرئاسي 15-247، المرجع نفسه ،ص32.

[2] احميداتو محمد ،المرجع السابق ،ص5.

[3] أنظر المادة 121، المرجع السابق ،ص30.

[4] أنظر المادة 108،المرجع نفسه،ص42.

[5] أنظر المادة 109 ،المرجع نفسه ،ص42

عند دخول الصفقة العمومية حيز التنفيذ، ينتج عنها عدة أثار قانونية للمتعامل للمتعاقد، وذلك بالإعتراف له بمجوعة حقوق، ولعل أن معظمها تنحصر ضمن الطبيعة المالية للصفقة، و الهدف منها تحقيق الربح، وذلك بعد تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة العمومية.

ومن هذا فسندرس في المطلب الأول الحق في الحصول على المقابل المالي للصفقة العمومية أما المطلب الثاني فسنعالج فيه الحق في التوازن المالي العقد الصفقة، وفي المطلب الثالث نخصصه على الحق في اقتضاء التعويض في الصفقة العمومية.

المطلب الأول: الحق في الحصول على المقابل المالي

يعتبر المقابل المالي هو حق أساسي من الحقوق الممنوحة للمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، وهذا من أجل تحقيق منافع المادية، وتغطية تكاليف تنفيذ الصفقة، إذ أن المتعامل للمتعاقد يلتزم فيها بتنفيذ عمل أو تقديم خدمة موضوع الصفقة، و بالمقابل تلتزم الادارة بدفع المقابل المالي المتفق علية وفق الكيفيات التي يحددها القانون[1].

ولقد أولى المشرع أهمية بالغة له لأنه يرتبط بالمال العام و الخزينة العمومية[2]ومن هذا سوف نتطرق لهذا المطلب من ثلاث فروع، الفرع الأول آليات تحديد الأجر المالي.و الفرع الثاني يتضمن الآليات المتبعة للدفع الأجر المالي، أما الفرع الثالث فسندرس فيه التعديلات الاتفاقية لأسعار و الاشكالات المتعلقة بها.

الفرع الأول: آليات تحديد الأجر المالي:

لقد ثم تحديد سعر الصفقة وفق كيفيات ذكرها المشرع الجزائري في نص المادة 96 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي جاء فيها[3]" يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات التالية:

- السعر الاجمالي الجزافي ،
- بناء على قائمة سعر الوحدة ،
- بناء على نفقات المراقبة ،
- بسعر مختلط،

[1] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة 2 ذارجسور، الجزائر،2009،ص136.

[2]بوشيرب مليكة، المتعامل مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،2013-2014،ص38.

[3] أنظر للمادة 96 من المرسوم الرئاسي 15-247،المرجع السابق،ص27.

وسنشرح كل كيفية على حدة:

أولا: السعر الاجمالي الجزافي:

لم يتم تعريف هذا الأسلوب من خلال التنظيمات القانونية للصفقات العمومية باستثناء دفتر الشروط الادارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاص بوزارة البناء و الأشغال العمومية في الجزء أ من الفقرة ب من المادة الأولى على أنها " هي الصفقة التي حدد فيها على اتمام الشغل المطلوب من المقاول والذي يجري سعره جملة ومسبقا"[1].

يفهم من نص المادة أن السعر الاجمالي الجزافي لعقد الصفقة يكون عندها يشمل كافة المستحقات المالية التي يتقاضاها المتعامل المتعاقد مقابل تنفيذه للصفقة دون الاعتماد على حساب الوحدات المنجزة[2].

ثانيا: سعر الوحدة

عرفها دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال في المادة الأولى الجزء ب للفقرة ب على أن:"صفقات أسعار الوحدات هي الصفقات التي يجري تسديدها على أسعار الوحدات وفق المقادير المنفذة فعليا ويجوز بصورة خاصة إعداد أسعار الوحداث على الصفقة المعتبرة (الجدول) أو اعدادها على أسعار النشرة المتداولة (المتسلسلة)[3]".

[1] أنظر المادة الألى الجزء(أ) الفقرة (ب) من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل،ص47.

[2] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق ،ص81.

[3] أنظر المادة الألى الجزء(ب) الفقرة(ب) من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل،المرجع السابق،ص47.

يتضح أن سعر الوحدة يستعمل عندما تتضمن الصفقة عدة خدمات متماثلة أو عدة أصناف تتضمن وحدات متماثلة كوحدات القياس بالمتر مربع أو الكيلوغرام، وهنا يكون التمن اجمالي متغير بناء على الوحدات المنفذة فعليا[1]. وتتضمن صيغة الصفقة بناءا على سعر الوحدة ثلاث كيفيات وهي:

1-الصفقات بناءا على قائمة الأسعار:

في هذا النوع تحدد الأسعار بناءا على كشف معد من قبل الادارة وعروض المتنافسين.[2]

2-الصفقات بناءا على الكشف:

وهي الصفقة التي تحدد فيها الأسعار حسب طبيعة كل منشأة وكميات الأشغال التي ستنفذ ويوضع الكل في كشف مع تقديم النفقة الملتزم بها.

3-الصفقة بناءا على قائمة سعر الوحدة

هنا يمكن أن يدفع أجر المتعامل المتعاقد في شكل سعر الوحدة ،يكون سعر الوحدة في حالة تحديد سعر الصفقة بناءا على وحدات القياس[3] .

ثالثا: السعر بناء على نفقات المراقبة:

عرفت هذه التقنية في المادة الأولى من دفترالشروط الادارية العامة المطبقة على الصفقات الأشغال في الجزء ج الفقرة ب والتي جاء فيها "إن صفقة النفقات المراقبة هي الصفقات التي تكون نفقات المقاول فيها حقيقية ومراقبة(اليد العاملة و الأدوات والمواد المستهلكة وكراء الآلات و النقل وما إلى ذلك...)والتي تستهدف تنفيذ شغل محدود ويجري تسديدها اليه مع اضافة زيادة في مقابل النفقات

[1] بوشيرب مليكة، المرجع السابق،ص39-40.

[2] مراد زوايد، النظام القانوني الوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري،مذكرة ماجيستير ،جامعة محمد بوقرة بومرداس،كلية الحقوق 2011-2012،ص34.

[3] مراد زوايد ،المرجع السابق،ص34.

العامة والربح"[4] ،حيث يتم تحديد سعر الصفقة على أساس النفقات مع الادارة على أساس وثائق ثبوتية كالفواتير مع اضافة نسبة معينة من الفائدة.[5]

رابعا: السعر المختلط:

لقد تم التطرق إلى هذه التقنية لأول مرة في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن قانون الصفقات العمومية دون أن يقدم تعريفا لها.اذ يتم تحديد سعر الصفقة العمومية وفق السعر المختلط ،عندما يكون جامعا لأسلوبين من أساليب تحديد الثمن ،بحيث يتم تقييم جزء من الخدمات المنجزة في الصفقة بسعر جزافي وسعر الوحدة في الجزء الباقي.[1]

الفرع الثاني: الآليات المتبعة لدفع الأجر المالي:

لقد أوجد المشرع الجزائري آليات للتسوية المالية نظرا لطبيعة بعض الصفقات التي تتطلب في العديد من الأحيان تميلا خاصا، وقد جاء بها المشرع وفق نص المادة108 من المرسوم الرئاسي 15-247 حيث نصت على أنه" تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات أو الدفع على الحساب،وبالتسوية على رصيد الحساب"[2]

أولا: التسبيقات

1-تعريف التسبيقات:

عرفته المادة 109 في الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه" التسبيق هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة"[3]

2-أنواع التسبيقات:

[4] أنظر المادة الأولى الجزء (ج) الفقرة (ب) من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل، المرجع السابق،ص47.

[5] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص81-82.

[1] بحري إسماعيل، مرجع سابق،ص61.

[2] أنظر المادة 108 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق،ص29.

[3] أنظر المادة 109 الفقرة 1 ، المرجع السابق،ص29.

تنقسم إلى نوعين تسبيقات جزافية وتسبيقات على التموين وهذا ما نصت عليه المادة 111 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه" تسمى التسبيقات حسب الحالة جزافية أو على التموين.[4]

2-1- التسبيقات الجزافية:

هو مبلغ من المال دفعه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد معها قبل البدء في تنفيذ موضوع الصفقة، فهو بناء على اعتبارات معينة مسبقا،ويمكن دفعه مرة واحدة قبل بدء تنفيذ الصفقة،أو يكون في عدة أقساط تنص الصفقة على تعاقبها الزمني بهدف مساعدة المقاولين في إنجاز الأشغال محل الصفقة وهذا ما وضحته المادة 112من المرسومالرئاسي15-247.[1]

وبالعودة لنص المادة111 من نفس القانون نجد أن المشرع الجزائري حدد نسبة الدفع المسبق الجزافي للأطراف المتعاقدة بنسبة أقصاه خمسة عشر في المائة(15) من السعر الأولي للصفقة.[2]

2-2- التسبيقات على التموين:

هو عبارة عن مبلغ من المال يوضع حت تصرف المتعامل المتعاقد قبل التنفيذ إذا أثبت لجهة الإدارة بموجب وثائق وعقود تؤكد ارتباطه القانوني مع الغير بهدف توفير المادة او المواد موضوع الصفقة ،يتميز هذا النوع بالطابع الاختياري وهذا مانصت عليه المادة112 من المرسوم الرئاسي صراحة" يمكن أصحاب صفقات عمومية االأشغال واللوازم أن يحصلوا بالإضافة إلى التسبيق الجزافي، على تسبيق على التموين"[3] ولابد من الاتفاق على منحها في الصفقة. ويتم اعتماد هذا التسبيق فقط في صفقات الأشغال واللوازم ففي هذه الحالة يمكن للإدارة أن تطلب التزاما صريحا بإيداع المواد او المنتجات في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل معين وذلك حسب مانصت عليه المادة 113 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247.[4]

[4] أنظر المادة 111 الفقرة1، المرجع نفسه،ص29.

[1] أنظر المادة 112 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع نفسه،ص29.

[2] أنظر المادة 111 الفقرة 2، المرجع نفسه،ص29.

[3] أنظرالمادة 112 ،المرجع السابق،ص29.

[4] أنظر المادة 113 الفقرة 2، المرجع نفسه، ص29.

ثانيا: الدفع على الحساب

عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 109 الفقرة الثانية على أن " كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة"[5]أي أنه هو دفعات جزئية تقدم قبل التنفيذ الكلي للأشغال المتضمنة في الصفقة العمومية. وتشترط القاعدة العامة أن يكون الدفع على الحساب شهريا.

ومن خلال نص المادة 117 من المرسوم الرئاسي 15-247 نستنتج نوعين من الدفعات على الحساب وهي:

1) الدفع على الحساب بعد القيام بعمليات جوهرية في الصفقة.[1]
2) الدفع على الحساب بعد وضع منتجات وتموينات في الورشة

وتكون قيمة هذه الدفعات بنسبة 80% من قيمتها التي تحسببتطبيق الأسعار الوحدوية للتموينات ولكن بشروط.[2]

- أن يكون قد استفادة بمناسبتها من تسبيقات على التموين
- أن تقوم المصلحة المتعاقدة بمعاينة الكميات المقتناة حقا
- اقتناء التموينات في الجزائر الإستفادة من الدفع على الحساب

ثالثا: التسوية على رصيد الحساب

عرفة المشرع الجزائري في المادة 109 الفقرة الثالثة على أنه " التسوية على رصيد الحساب هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل و المرضي لموضوعها"[3]

ومن نص هذه المادة نستنتج صورتين لتسوية على رصيد الحساب:

[5] أنظر المادة 109 الفقرة 2، المرجع نفسه،ص29.

[1] أنظر المادة 117 الفقرة1_من المرسوم الرئاسي 15-247،المرجع نفسة،ص29.

[2] أنظر المادة 117 فقرة 2، المرجع نفسه،ص30.

[3] أنظر المادة 109 فقرة 3،المرجع نفسه،ص29.

1) التسوية على رصيد الحساب المؤقت:

نصت عليه المادة 119 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه " تهدف التسوية على رصيد الحساب المؤقت إذا نصت عليها الصفقة، إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها مع خصم ما يأتي:

- اقتطاع الضمان المحتمل
- الغرامات المالية التي تبقي على عاتق المتعامل عند الاقتضاء
- الدفعات بعنوان التسبيقات أو الدفع على إكساب على اختلاف أنواعها، التي تسترجعه المصلحة المتعاقد بعد"[1]

ومن خلال نص الفقرة الأول نجد أن طابع التسوية على الرصيد المؤقت اتفاقي وتكون موازاة مع التنفيذ العادي الأشغال.

أما الفقرة الثانية نجد أنه يجب عند دفع المبالغ المستحقة للمقاول إقتطاع الضمان المحتمل، وكذا الغرامات المالية التي تبقي عائق المتعامل عند الاقتضاء.

2) التسوية على رصيد الحساب النهائي:

يقصد بها أن يرد اقتطاعات الضمان إلى المتعامل المتعاقد صاحب الصفقة العمومية، ورفع الكفالات التي كونها عند الاقتضاء، نصت عليها المادة 120 من المرسوم الرئاسي 247/15[2] ونصت المادة 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة على رد اقتطاعات الضمان بأنه " يرد مبلغ الضمان أو تحرر الضمانة الحالة محله على إثر قيام الادارة برفع اليد على الأشغال وذلك في الشهر الذي يلي تاريخ الاستلام النهائي للأشغال إذا كان متعهد الصفقة قد أكمل لذلك التاريخ تعهد أنه اتجاه الادارة، وإذا أثبت المقاول خاصة تأدية التعويضات التي يكون ملزم بها ....."[3]

[1] أنظر المادة 119 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق،ص30.

[2] أنظر المادة 120، المرجع نفسه،ص30.

[3] أنظر المادة 48 فقرة 1من القرار المؤرخ في 29 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية و النقل، المرجع السابق،ص63.

وبالتالي فإنه يتم شطب كل الكفالات التي كونها بعد نهاية التسوية المالية بالنسبة لرفع اليد عن الكفالات.[1]

الفرع الثالث: التعديلات الاتفاقية للأسعار و الاشكالات المتعلقة بها

إن لأهمية المقابل المالي في الصفقة العمومية كون مال عام، فيدخل في نطاق النبود التعاقدية، الذي لا يمكن تغيره من جانب الطرفين المتعاقدين، لأن تحديد السعر غير قابل للتغير من حيث المبدأ، إلا في حالة استتنائية قد ترد على هذا المبدأ تمليها إرادة المتعاقدين أو بسبب ظروف خارجية، ويتم ذلك وفق حالتين، إما مراجعة الأسعار أو تحيينها.

أولا: مراجعة الأسعار:

ان تجسيد صورة المراجعة تعني بأن السعر الابتدائي لم يعد صالحا نتيجة حدوث تغيرات الاقتصادية وبذلك يجب مراجعته، على أن تنصب هذه المراجعة على الأعمال المنفذة فعلا[2] وحسب نص المادة 97 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي جاء فيها " يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابل للتعديل"[3]إذ يمكن للمتعاقدين الاختيار نحو صيغة السعر الثابت أو جعله قابلا للتعديل.

1) السعر الثابت:

يقصد به أن يكون السعر ثابت و الأسعار نهائية لا يمكن تعديلها بسبب تغيير الظروف الاقتصادية[4] على عكس الأسعار القابلة للمراجعة التي يمكن تغيرها أو تبديلها نظرا لمرونتها.

2) السعر القابل للمراجعة:

[1] خرشي النوي، تسير المشاريع في إطار تنظيم صفقات العمومية ، مرجع سابق، ص327.

[2] بوشيرب مليكة، المرجع السابق،ص44.

[3] أنظر المادة 97 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 15-247،المرجع السابق،ص27.

[4] طبي إبراهيم، الضمانات المالية في مجال صفقات العمومية، مذكرة ماستر، جامعة محمد بوضياف مسيلة، كلية الحقوق وعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015،ص18.

وهو عكس السعر الثابت إن يقصد به السعر القابل للتغير و التبديل، وذلك بشرط اتفاق صريح يتم النص عليه في بنود الصفقة.

ومنه فإن حالة قبول السعر للمراجعة يجب أن يتم تحديد صيغة المراجعة وكيفية تطبيقها كما أنه لايمكن العمل ببند مراجعة الأسعار إلا للخدمات المنفذة فعلا دون سواها، أما بالنسبة للخدمات المنجزة بين تاريخ الأمر بالخدمة وتاريخ نهاية صلاحية العروض فهي غير قابلة للمراجعة.[1]

ولقد نصت المادة 102 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي جاء فيها" يجب أن تراعى في صيغ مراجعة الأسعار الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة من خلال تطبيق معاملات وأرقام

إستدلالية تخص "المواد"و"الأجور"و"العتاد"[2]، نستنتج أن العناصر التي يجب أن تدخل في بند مراجعة الأسعار هي المواد و الأجور و العتاد.

وتتمتل المعاملات في صيغ مراجعة الأسعار فيها يأتي:

1-المعاملات المحددة مسبقا و الواردة في الوثائق المتعلقة باستشارة المؤسسات باستثناء الحالات المبررة كما ينبغي.
2-المعاملات المحددة مسبقا باتفاق مشترك عند مايتعلق الأمر بصفقة مبرمة وفق صيغة التراضي البسيط.[3]

وكما يجب أن تشمل صيغة مراجعة الأسعار على مايلي:

1-جزء ثابت لا يمكن أن يقل عن النسبة المنصوص عليها في العقد فيما يخص التنسيق الجزافي و الذي لا يمكن أن يقل عن 15%
2-حد استقرار التغيير في الأجور قدره 05%
3-الأرقام الاستدلالية للأجور والمواد المطبقة ومعامل التكاليف الاجتماعية[4] التي يصدرها الديوان الوطني الإحصائيات.

[1] أنظر المادة 101 من المرسوم الرئاسي 15-247،المرجع السابق،ص27-28.

[2] أنظر المادة 102 فقرة 1، ،المرجع السابق،ص28.

[3] أنظر المادة 102 فقرة 2، المرجع نفسه،ص28.

[4] أنظر المادة 102 فقرة 3، المرجع نفسه،ص28.

إذ تطبق بنود مراجعة الأسعار مرة واحدة كل ثلاثة أشهر ما عدا في حالة اتفاق مشترك بين الأطراف على تحديد فترة تطبيق أطول.

ثانيا: تحيين الأسعار

المقصود بالتحيين عبارة عن عملية مطابقة الأسعار المتفق عليها سابقا والموجودة ضمن بنود الصفقة مع المستجد من الأوضاع، حين يتسبب هذا المستجد في رفعها والتأثير عليها.

يسمح تحيين سعر الصفقة العمومية بتحويل السعر الأول إلى سعر جديد، وهذا مرة واحدة ،ويغطي التحيين الفترة التي تمتد من وضع الأسعار أي آخر أجل لإيداع العروض إلى غاية تاريخ بداية التنفيذ الحقيقي للأشغال محل الصفقة. ولكي نكون بصدد تحيين يجب أن يتوفر شرطيين:

1-مرور فترة تفوق مدة تحضير العرض زائد ثلاث أشهر بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تفيذ الخدمة.
2-حدوث تغيير في الظروف الاقتصادية.

ثالثا: الاشكالات المتعلقة بمراجعة وتحيين الأسعار

بإعتبار المقابل المالي من أهم الإلتزامات الناشئة عن الصفقة والذي تمنحه الادارة للمتعاقد معها ،بهدف الربح إلا أنه قد تطرأ إشكالات متعلقة بالجانب المالي ،قد ترجع إلى رفض الإدارة مراجعة السعار أو تحيينها أثناء تنفيذ الصفقة.

1-إشكالات مراجعة الأسعار:

تعتبر مراجعة الأسعار من أهم البنود اللازمة الواجب إدراجها بالصفقة ،فحسب نص المادة 97 من المرسوم الرئاسي 15-247، إذا كانت أسعار الصفقة ثابتة وغير قابلة للمراجعة أي ثابتة خلال مدة التعاقد فهنا لايمكن المراجعة إلا في حالة الظروف القاهرة المبينة 98 من المرسوم 15-247.[1]

[1]أنظر المادة 97 من المرسوم الرئاسي 15-247، ص27.

– وجود صيغة بنص متعاقد عليه يبين كيفية حساب هذه المراجعة.[1]

– إذا كان تاريخ الأمر ببداية تنفيذ التعاقد ،ثم إصداره قبل إنقضاء صلاحية العروض فبداية تطبيق مراجعة الأسعار لا يكون إلا إبتداءا من تاريخ إنقضاء مدة الصلاحية.[2]

2-اشكالات تحيين الأسعار:

تعتبر تحيين الأسعار من البيانات اللازمة في الصفقة العمومية وبالتالي إذا صدر الأمر ببداية تنفيذ التعاقد بعد إنقضاء مدة صلاحية العروض ،ولم يكن التأخير بسبب المتعهد في إعطاء الأمر،يتم التحدث هنا عن تحيين السعر(سواء بالإنخفاض أو بالإرتفاع)ويكون ذلك في الفترة الفاصلة بين تاريخ الإنقضاء وتاريخ إصدار الأمر ببداية التنفيذ[3]وهنا نسجل وجوب تبليغ الصفقة للمتعهد المقبول قبل إنقضاء صلاحية عرضه.[4]

كما أنه في حالة إذا ما كانت الأسعار غير قابلة للمراجعة (حسب دفتر الشروط) وكانت طريقة إبرام التعاقد غير التراضي البسيط ،فيكفي هنا إذا طلب المتعامل تحيين أسعاره بتطبيق أحكام المادة 98 من المرسوم الرئاسي 15-247.[6]

1-إن للمتعهد الحق في تحيين سعره إذا كان إعطاء الأمر ببداية التنفيذ بعد انقضاء مدة صلاحية العروض.[7]

2-التأخر في بداية تنفيذ الصفقة الغيرمتسبب فيه المتعامل المتعاقد ،يعطيه الحق مهما يكن من أمر في تحيين سعره حتى وإن كانت صفقته أصلا مبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة.[8]

[1] أنظر المادة 98 فقرة 1 المرسوم الرئاسي 15-247،المرجع نفسه،ص27.

[2] عباد صوفية، المرجع السابق،ص23.

[3] أنظر المادة 99 فقرة 1 ،المرجع السابق،ص27.

[4] ملتقى الموظف الجزائري، إستفسار حول مراجعة و تحيين الاسعار،(www.mouwazaf-dz.com) ، تاريخ زيارة 13-04-2019.

[6] أنظر المادة 98 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق،ص27.

[7] أنظر المادة 99 فقرة الأخيرة، المرجع نفسه، ص27.

[8] أنظر المادة 100 الفقرة الأخيرة،المرجع نفسه،ص27.

المطلب الثاني: الحق في التوازن المالي في الصفقة العمومية

إن بتنفيذ المتعامل المتعاقد على كل ماتم الإتفاق عليه مع المصلحة المتعاقدة ضمن ما ورد في العقد المبرم بينهما،ينتج عنه حصول المتعامل المتعاقد على الثمن المتفق عليه في العقد مقابل اكتمال خدماته ، ومنه قد يقوم المتعاقد بأعمال لم تكن موضوع الإتفاق العقدي و ذلك لضرورة تنفيذها من الناحية الفنية لمصلحة وفائدة الإدارة، فينبغي على المصلحة المتعاقدة تقديم تعويض للمتعامل المتعاقد على تلك الأعمال.[1]

يعتبر الحق في التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية من بين الضمانات الممنوحة للمتعامل المتعاقد ،وهذا ماسنتطرق اليه في هذا المطلب ونقسمه الى ثلاث فروع ، الفرع الأول يتضمن مفهوم فكرة التوازن المالي ،وأسباب اختلال التوازن المالي في الفرع الثاني ،وفي الفرع الثالث يتضمن وسائل اعادة التوازن المالي في الصفقة العمومية.

الفرع الأول :مفهوم فكرة التوازن المالي

لقد اختلفت الآراء الفقهية في تحديد المفهوم القانوني لفكرة التوازن المالي ، وبذلك فإن الدكتور سليمان الطماوي يرى بأن "التوازن المالي للصفقة لا يعني الجمود الحسابي بين الحقوق و الالتزامات ، وإنما يقصد به أن مرونة إلتزامات المتعاقد تقتضي حقوقه في مواجهة الادارة بمعنى أن يفسر التوازن المالي على أساس الإحتفاظ بنفس نسبة الإلتزامات الى الحقوق وقت ابرام العقد، بطريقة تقريبية ،أو ما يعبر عنه بالتعادل الشريف".[2]

كما ذهب الفقه الفرنسي بأنه يقصد بالتوازن المالي هو وضع نسبة حسابية بين حقوق والتزامات المتعاقد.[3]

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية والقرارات الإدارية و العقود الإدارية، منشأة المعارف ،الإسكندارية،2007،ص185.

[2] سليمان محمد الطماوي ،المرجع السابق،ص587.

[3] عباد صوفية، المرجع السابق،ص52.

أولا : نشأة فكرة التوازن المالي

تجتمع الدراسات على أن نظرية التوازن المالي هي فكرة قضائية محضة تعود للقضاء الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة الفضل الكبير في إظهارها إلى الوجود و ذلك بقضية العربات الكهربائية بتاريخ 11-03-1910.

وبالرجوع الى ما جاء في القضية فإن مبدأ التوازن الماليقد نشأ في مواجهة السلطات التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة في تعديل شروط تنفيذ العقود المبرمة مع الغير ،بحيث وخلال تنفيذ المتعامل المتعاقد لعقد الصفقة يمكن أن يتعرض لأحداث غير متوقعة تؤدي الى تغيير وضع العقد وقد تؤدي إلى إفتقار و إفلاس المتعاقد بسبب الادارة أو خارج عن إرادة الإدارة مما يؤدي الى عجز المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته ، وهذا ما أدى الى الإعتراف بفكرة التوازن المالي لعقد الصفقة.[1]

ثانيا : مبدأ التوازن المالي للصفقات في الجزائر

يمكن تبيانه من مستوى التشريع و القضاء الجزائري

1-على مستوى التشريع :

لقد أوجد المشرع الجزائري فكرة مبدأ التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية من خلال عدة نصوص في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بحيث نص في المادة 153 منه" تسوى النزاعات التي تطرا عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها.....إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين".[2]كما نص على ذلك في المادة 137 الفقرة الثانية من نفس المرسوم والتي تنص " وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التقليدية المحددة في الصفقة ،بالنسبة للخدمات التكميلية الواردة في ملحق ،فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة...."[3]

[1]ناصر لباد، الوجيز في قانون الإداري ، الطبعة الثالثة ، دار المجد ، الجزائر ،2007، ص297.

[2]أنظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق،ص37.

[3]أنظر المادة 137،المرجع نفسه،ص34.

بالإضافة الى نص المادة 107 من القانون المدني ".....غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفذ إلزام تعاقدي ،وإن لم يصبح مستحيلا ،صار مرهق للمدني بحيث يهدده لخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعات لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول....."[1]

2-على مستوى القضاء الإداري:

لقد أصدرت المحكمة الإدارية بالجزائر بتاريخ 11 ديسمبر 1964 في قضية بلدية فوكا ضد الشركة الجزائرية للكهرباء والغاز حكما هاما ، اتخذت فيه مبدأ التوازن المالي حيث جاء في حكمها مايلي :"....ونظرا إلى أن المدرسة لم يكن بنؤها متوقعا حين التعاقد....تعتبر عملا جديدا وترتب نفقات تخل بتوازن العقد حتى ولو كانت لا تؤثر جذريا على إقتصادياته فإنه على الإدارة أن تعوض الشركة الملتزمة".[2]

الفرع الثاني : أسباب اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية

توجد أسباب عديدة لإختلال التوازن المالي للعقد سواء كانت بفعل الادارة أو بأسباب خارجة عن ارادة الإدارة.

أولا : إختلال التوازن المالي بسبب تصرف الإدارة

قد تنجر على الإدارة إجراءات من شأنها أن تزيد من الالتزامات للمتعاقد بحيث يكون الإجراء مشروع ، وهوما يسمى و يعرف بنظرية فعل الأمير.

1-مفهوم نظرية فعل الأمير:

فعل الأمير يقصد به جميع الأعمال الادارية المشروعة الصادرة عن سلطة عامة دون خطأ منها تؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد ، فتؤدي إلى إلتزام جهة المصلحة المتعاقدة

[1] أنظر المادة107 الفقرة3، من الأمر 75-58 ، مرجع سابق،ص19.

[2] عباد صوفية، المرجع السابق، ص60.

بتعويض المتعامل المتعاقد المتضرر ،وذلك لإعادة التوازن المالي للعقد[3]،ونجد أساسه القانوني في المرسوم الرئاسي 15-247 في نص المادة 153 منه كما تم الإشارة اليه سابقا.

إن فعل الأمير لا يمثل إخلالا بأي شرط من شروط العقد حتى وإن صدرت من طرف الإدارة ،كما أنها لا تستند إلى أحكام المسؤولية التقصيرية ،بل تقوم المسؤولية التعاقدية على أساس اخلال أحد المتعاقدين بشرط من شروط العقد، يترتب عنه الحاق ضرر بالمتعاقد ويكون واضحا أن مسؤولية الادارة بتعويض المتعاقد معاها بما لحقه من ضرر مادي.[1]

2-شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:

لتطبيق هذه النظرية يجب توفر الشروط التالية :

-وجود عقد مبرم بين الادارة والمتعاقد معها :يشترط لقيام نظرية فعل المير وجود عقد مبرم وفقا للمعايير المتفق عليها بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد .

- صدور الإجراء عن جهة الإدارة المتعاقدة.[2]

- أن يكون الإجراء غير متوقع وقت الإبرام : يجب أن لا يكون المتعامل المتعاقد متوقع الإجراء الصادر عن الإبرام، إذ لا يمكن تطبيق نظرية فعل الأمير على الإجراء المتوقع ،وبذلك لا يستحق عنه أي تعويضات .[3]

- أن يلحق الإجراء ضررا خاصا بالمتعاقد.[4]- أن يكون التصرف الصادر عن الإدارة مشروعا : إن المسؤلية في هذه النظرية هي مسؤولية عقدية بلا خطأ ،لذلك يشترط مشروعية الاجراء الصادر الصادر من الإدارة ،فيجوز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء إذا كان افجراء غير مشروع وهذا طبقا للمسؤولية التقصيرية.[5]

---

[3] عباد صوفية، المرجع نفسه،ص63.

[1] عبلاش كاهنة،علي سهيلة،المرجع السابق،ص190.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص190.

[3] هاشمي فوزية، المرجع السابق ،271.

[4] عمار بوضياف ،المرجع السابق،ص52.

[5] عمار بوضياف، الصفقات العمومية ،المرجع السابق ،ص52.

3- الآثار المترتبة عن تطبيق نظرية فعل الأمير :

الأثر الرئيسي لنظرية فعل الأمير هو إعادة التوازن المالي وإلى جانب هذا الأثر الرئيسي توجد آثار فقهية فريدة تنتج عن تطبيق هذه النظرية وهي :

- تحرر المتعامل المتعاقد من الالتزامات بالتنفيذ إذ ترتب نظرية الأمير أنها حالة التنفيذ.[1]
- حق المتعامل المتعاقد في طلب فسخ عقد الصفقة في حالة عدم امكانية تحمله للأعباء الناتجة عن فعل الادارة سواء بإمكانياته المالية أو الفنية.[2]
- حق المتعاقد بالدفع بعدم التوقيع الجزاءات أو غرامات المالية عن التأخير في التنفيذ.[3]

ثانيا : اختلال التوازن المالي بسبب خارجي عن الادارة

ويقوم هذا الاختلال وفق لنظريتين وهما نظرية التعويض على أساس المخاطر الإقتصادية أو التعويض على أساس الصعوبات المادية غير متوقعة.

1-نظرية التعويض على أساس المخاطر الإقتصادية أو الظروف الطارئة

1-1- مضمون النظرية :تتميز هذه النظرية عن نظرية فعل الأمير ،وذلك في أن نظرية الظروف الطارئة ليس للإدارة أي يد في الحدث مصدر الخلل المالي فهونتيجة لعارض خارجي و ليس للإدارة أي دخل فيه ، على عكس نظرية فعل الأمير التي تنتج عن المصلحة المتعاقدة.

تعتبر نظرية الظروف الطارئة هي الأخرى نظرية قضائية كان للقضاء الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة الفضل في ظهورها بمناسبة فصله في قضية الإنارة لمدينة بوردو ،وفحوى هذه النظرية هو إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري حوادث و ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية ،أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو من عمل شخص آخر لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ،ولا يملك لها دفعا ،وتسبب له خسارة فادحة تختل بها بنود العقد اختلالا جسيما.[4]

[1] محمود خلف الجبوري ،المرجع السابق ،196.

[2] بن دعاس سهام ،المرجع السابق،ص90.

[3] سليمان محمد الطماوي ،المرجع السابق ،ص626.

[4] هاشمي فوزية ،المرجع السابق ،ص273.

ومنه فإن المصلحة المتعاقدة تلتزم بمشاركة المتعاقد على تحمل جزء من الخسارة التي لحقت به في فترة الظروف الطارئة، وهذا لحسن سير المرفق العام وقد نصت عليه المادة 107 من القانون المدني في التشري الجزائري المذكورة سابقا.[1]

1-2-شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

- وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء تنفيذ عقد الصفقة[2].
- أن يكون الحادث طارئ خارج إرادة الطرفين.[3]
- ينبغي أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة : أي تؤدي إلى قلب الوضع الاقتصادي للمتعامل المتعاقد وخسائر كبيرة غير متوقعة.[4]
- ينبغي أن يكون الحادث غير متوقع.[5]

1-3-الآثار المترتبة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة

- حق المتعامل المتعاقد في الحصول على مساعدة المصلحة المتعاقدة : وهي من خلال المساهمة في جزء من الخسائر التي نتجت طوال فترت الظروف الطارئة بقصد اعادة التوازن المالي للصفقة.[6]
- إستمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية : يترتب عن هذه النظرية إلتزام المتعامل المتعاقد في تنفيذ ما اتفق عليه رغم الخلل المالي وذلك من أجل إستمرارية المرفق العام ،ويتعرض لعقوبات في حالة توقفه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية.[7]

2-نظرية التعويض على أساس الصعوبات المادية غير متوقعة

2-1- مضمون النظرية:

[1] أنظر المادة 107 من الأمر 75-58 ،المتضمن القانون المدني ،المرجع السابق،ص43.

[2] عباد صوفية ،المرجع السابق، ص92.

[3] محمود خلف الجبوري، المرجع السابق،ص226.

[4] عمار بوضياف ،الصفقات العمومية في الجزائر ،المرجع السابق ،ص172.

[5] المرجع نفسه ،ص173.

[6] هاشمي فوزية ،المرجع السابق،ص280.

[7] هاشمي فوزية ،المرجع السابق،ص280.

المقصود بالصعوبات المادية الغير متوقعة كافة العوائق المادية التي تظهر أثناء تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، بحيث تكون ذات طابع استثنائي ولم يتوقعه المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة أثناء إبرام العقد، وتؤدي إلى إخلال التوازن المالي للصفقة بزيادة الأعباء المالية التي يتحملها المتعامل المتعاقد الأمر الذي يتيح له المطالبة بالتعويض الكامل.[1]

2-2- شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة

– أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية إستثنائية : وهذا من أجل إمكانية تعويض المتعاقد عن الصعوبات التي واجهته أثناء تنفيذ الصفقة، فقد ألزم الفقه و القضاء الاداري أن تكون هذه الصعوبات ذات طبيعة مادية واستثنائية.[2]

– أن لا تكون الصعوبات المادية من عمل أحد المتعاقدين: يجب أن لا تكون هذه الصعوبات بسبب أحد المتعاقدين، أي يجب أن تكون مستقلة عن إرادتها، ولابد لأي منهما، فإذا كانت هذه الصعوبات تعود إلى الأدارة المتعاقدة، فإنه يلزم تعويض المتعامل المتعاقد، ويكون هذا التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة أو الخطأ التعاقدي.[3]

– أن تكون الصعوبات غير متوقعة أثناء مرحلة الإبرام : ويعني ذلك أن تكون هذه الصعوبات مفاجئة وغير متوقعة أثناء مرحلة إبرام العقد.

– أن لا ؤدي الصعوبات إلى إرهاق التنفيذ : قد تؤدي الصعوبات إلى جعل تنفيذ موضوع العقد مكلفا ،الأمر الذي يجعل المتعامل المتعاقد غير قادر على الاستمرار في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية وذلك بسبب إلحاق الضرر بالمتعاقد وزيادة التكاليف و الأعباء المالية.

2-3- الآثار المترتبة عن نظرية الصعوبات المادية

– إستمرار المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية : يقوم المتعامل المتعاقد بالإستمرار في تنفيذ إلتزاماته رغم الصعوبات و العوائق المادية التي واجهته وسببت له الضرر أثناء تنفيذ الصفقة العمومية ،وفقاللشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط، وكل ذلك لا يعفيه من تنفيذ التزاماته.[4]

---

[1] عمار بوضياف،القانون الإداري، الجزء الثاني (النشاط الاداري)،ديوان م ج ،الجزائر ،2002،ص228.

[2] هاشمي فوزية ،المرجع السابق، ص284.

[3] المرجع نفسه،ص285.

[4] عمار عوابدي ،المرجع السابق، ص229.

– حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل : أحقية المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض كامل م الأضرار التي لحقت به من جراء الصعوبات المادية مقابل استمراره في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

الفرع الثالث : وسائل إعادة التوازن المالي لصفقة العمومية

أولا : التعويض الكامل في نظرية التوازن المالي للصفقة العمومية : يكون أم على أساس نظرية فعل الأمير أو على أساس نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

1-التعويض الكامل على أساس نظرية فعل الأمير

ينتج عن تطبيق نظرية فعل الأمير أثر قانوني أساسي و المتمثل في إعادة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية الذي اختل توازنه بسبب فعل صادر من المصلحة المتعاقدة ،إذ يلزم تعويضا كاملا ،وهذا على أساس المسؤولية التعاقدية، إذ يشمل التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب.ويستثنى من ذلك حالات فسخ الصفقة ، أو في حالة مساهمة المتعامل المتعاقد بخطأ منه في إحداث بعض الأضرار المترتبة على فعل الأمير.[1]

2-التعويض الكامل على أساس نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة

يمكن أن تظهر صعوبات مادية غير متوقعة أثناء تنفيذ الصفقة حيث يمكن أن تعتبر هذه الصعوبات مبررا لتمديد آجال التنفيذ طالما هي خارجة عن ارادة كلا طرفي العقد ومن ثم ينجر عنها الاعفاء عن غرامات التأخير.[2]

يقتضي التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة أن يكون كاملا طالما توافرت شروط التطبيق ، فقد استقر الفقه في تقدير ذلك على أساس إعادة التوازن المالي وتجاوز الاختلال.

[1] عباد صوفية، المرجع السابق،ص84-90.

[2] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق،ص713.

ثانيا : التعويض الجزئي في نظرية التوازن المالي للصفقة العمومية

يعتبر إعادة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية حق من الحقوق الممنوحة للمتعامل المتعاقد وهذا للحفاظ على التعادل و التوازن النسبي بين حقوقه والتزاماته.[1]

يكون التعويض جزئيا في حالة وجود ظرف طارئ يحدث اختلال في التوازن المالي لعقد الصفقة ويمكن ارجاع أساس تبرير اقرار التعويض في هذه الظروف ، بالنسبة المشتركة لطرفي العقد، أو فكرة التوازن المالي للعقد ، بحيث يحدد التعويض من يوم بداية انهيار اقتصاديات الصفقة.[2]

المطلب الثالث: الحق في اقتضاء التعويض في الصفقة العمومية

بإعتبار أن الصفقات العمومية ينتج عنها التزامات عقدية متبادلة ،بين المصلحة المتعاقدة و المتعاقد معها ،فيتوجب على المصلحة المتعاقدة احترام جملة من الالتزامات الى جانب الالتزامات السابقة ، إذ يقع على المصلحة المتعاقدة تعويض المتعامل المتعاقد معها عن الضرر الذي لحق به جراء تنفيذه لإلتزاماته التعاقدية.

كما يحق للمتعاقد أن يطالب المصلحة المتعاقدة بتعويضه عن الأعمال التي تم تنفيذها خارج إطار العقد المتفق عليه ،وذلك نظرا لمنفعتها من الناحية الفنية لتنفيذ العقد ،وهو ما سنتطرق اليه في فرعين ،يتضمن الفرع الأول التعويض على أساس خطأ الإدارة ،أما الفرع الثاني يتناول التعويض على الأعمال الإضافية والغير تعاقدية.

الفرع الأول: التعويض على أساس خطأ الإدارة

تلتزم الإدارة خلال تنفيذ الصفقة بالتعويض في حالة نشوء ضرر من استعمالها لإمتيازاتها وسلطاتها ،وذلك بزيادة أعمال وأعباء إضافية للمتعامل المتعاقد معها، ويتم ذلك عند تعديل الإدارة

[1] عباد صوفية ،المرجع السابق،ص 91.

[2] المرجع نفسه،ص95.

أو إلغائها للصفقة وخاصة عند تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية عن ذلك، وأحيانا الخطأ المشترك بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها.[1]

أولا: حالات الخطأ التي تستوجب التعويض

1-تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية : اذ أن المشرع الجزائري نص صراحة على استفادة المتعامل المتعاقد من تعويضات وفوائد تأخيرية ،وذلك لعدم قيام المصلحة المتعاقدة بإصدار الدفعات على الحساب و التسوية الختامية في الوقت المحدد قانونا.[2]

2-إمتناع الإدارة عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية : إن استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطتها على نحو غير مشروع أو إخلالها لإلتزاماتها التعاقدية ينتج عنه خطأ عقدي يترتب عنه مسؤولية المصلحة المتعاقدة وتعويض المتعاقد معها.[3]

3-الخطأ المشترك بين الإدارة والمتعاقد معها : ففي بعض الحالات يكون إلحاق الضرر بالمتعاقد نتيجة خطأ مشترك بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد ،يتم التعويض في هذه الحالة بنسبة المساهمة في الخطأ فيطالب المتعامل المتعاقد الإدارة بتعويضه بنسبة الضرر الذي لحقه من خطأها فقط.

ثانيا : شروط إستحقاق التعويض عن خطأ الإدارة

لاستحقاق التعويض عن خطأ الإدارة له شروط أولها وجود الضرر نتيجة خطأ الإدارة و الشرط الثاني عدم التنازل عن المطالبة بالتعويض.

1)وجود الضرر نتيجة خطأ الإدارة:

إذا يشترط وجود ضرر معين يرتبط بعلاقة الخطأ الذي ترتكبه المصلحة المتعاقدة ويفترض أن يكون الضرر شخصيا ومباشرا للمتعاقدين معها .

---

[1]كنزة لطيفة ،حقوق المتعامل المتعاقد في ظل قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري،مذكرة ماستر في الحقوق،جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص59.

[2]أنظر المادة 122 الفقرة4 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق ،ص30.

[3]عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية للقرارات الإدارية و العقود الإدارية ،المرجع السابق،ص93.

2) **عدم التنازل عن المطالبة بالتعويض:**

إن تنازل المتعاقد مع الادارة عن المطالبة بالتعويض من شأنه أن يسقط الحق حول أي مطلب يكون قد تقدم بهقبل تاريخ تنازله، أما أعمال موضوع الالتزام التي ينجزها بعد تاريخ التنازل فلا يشملها هذا التنازل، باعتبار أن إعمال التنازل عن الضرر ضمن موضوعه ومداها الزمني.[1]

الفرع الثاني: التعويض عن الأعمال الإضافية وغير تعاقدية

لوجوب تنفيذ الالتزامات التعاقدية أن تستلزم على المتعاقد مع الادارة تنفيذ ماهو مطلوب منه من الأعمال دون سواها، وفي حالة إخلاله بهذا الالتزام كان عليه أن يتحمل نتيجة مخالفته[2]، ولكن قد تكون لهذه الأعمال الإضافية التي نفذها المتعاقد فائدة ضرورية مما يؤدي إلى اثراء الادارة و إفتقار المتعاقد، وفي هذه الحالة يمكن للمتعامل المتعاقد مطالبة الادارة بالتعويض .

أولا: مفهوم الاثراء بلا سبب

المراد بقاعدة الاثراء بلا سبب هو كل من ثرى و أغتنى على حساب الغير من دون سبب قانوني يلتزم برد لهذا الغير الذي افتقر بقدر ما أثرى به في حدود ما لحق من خسارة للمفتقر[3]،وقد أوجب المشرع الجزائري في نص المادة 141 من القانون المدني لكي يتحقق الاثراء بلا سبب أن يحصل إثراء في الذمة المالية لشخص معين مقابل افتقار في الذمة المالية لشخص آخر وقع على حسابه.[4]

إذ تقوم قاعدة الاثراء على شرطين:

1)وجوب تحقق الاثراء

2)وجوب تحقق الافتقار

---

[1] كنزة لطيفة ،المرجع السابق،ص60.

[2] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق،ص595.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية والقرارات الإدارية ،دراسة تحليلية في ضوء أحداث أمام مجلس الدولة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007،ص140.

[4] أنظر المادة 141من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق،ص26.

ثالثا: التطبيقات العملية لعملية الاثراء بل سبب:

1) عدم ايرام العقد بصورة قانونية

- عدم التوقيع على العقد أو عدم تصديقه من المراجعة المختصة

لقد أثبت الفقه و القضاء على أحقية التعويض للمتعامل الذي يقدم للمصلحة المتعاقدة أعمالا وعطاءات معينة تفقره و تثريها، بغض النظر على صحة العقد القائم بينهما أو استمراره أو عدم وجوده،وذلك باعتبار أن هذه الوضعية تنتج عنها علاقات شبه عقدية، ترتب مسؤولية الادارة الشبه عقدية عن اثراءها دون سبب على حساب المتعاقد معها.[1]

- تعرض العقد للإلغاء و الابطال يمكن أن يلتغى العقد بسبب أحوال جرت بعد إنشائه، وقد يكون قد إقتصر مفعول حل العقد على المستقبل وهو ما يسمى بالفسخ.[2] وبالتالي لا يتحقق التعويض إلا إذا كانت قد استفادت الادارة من الأعمال و العطاءات فعليا التي قام بها المتعاقد معها، وبشرط عدم قيام المتعامل المتعاقد بأي خطأ يؤدي إلى افتقاره.

2)تنفيذ الأعمال خارج الإطار القانوني

هي الأعمال التي يقوم بها المتعامل المتعاقد والتي تكون خارج نطاق العقد، وذلك عند قيامه بأعمال إضافية، أو بتقديم خدمات و لوازم لم تكن مندرجة في الشروط المقررة في العقد، فتكون خارج نطاق الاطار التعاقدي تلك الأعمال الغير مطابقة أو أعمالا إضافية عن ما هو موجود في العقد.[3]

[1] كنزة لطيفة ،المرجع السابق ،ص63.

[2] مفتاح خليفة عبد الحميد ، المرجع السابق ،ص310.

[3] كنزة لطيف،المرجع السابق ،ص65.

خلاصة الفصل الثاني:

تعتبر دراسة مسألة ما يخص طبيعة المركز القانوني للمتاعمل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، من حيث حقوقه وإلتزاماته تم الوصول إلى النتائج التالية:

من حيث إلتزامات المتعامل المتعاقد:

أن المتعامل المتعاقد عدة إلتزامات اتحاه المصلحة المتعاقدة تعتبر ضمانات أساسية لحسن تنفيذ

موضوع الصفقة العمومية المتفق عليها مسبقا، فهو ملزم بأداء الخدمة و للإلتزام المتعهد و المجددة بالصفقة العمومية.

من حيث حقثوق المتعامل المتعاقد:

عند تنفيذ المتعامل المتعاقد جميع إلتزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة وبصفة نهائية و الطريقة المتفق عليها في بنود الصفقة دون عيوب و أخطاء، أصبح من حقة الحصول على المقابل المالي بالكيفية التي حددها القانون، ويجوزله المطالبة بالتعويض في حال ما لحق به من أضرار من جراء خطأ تسببت فيه المصلحة الإدارية المتعاقدة معه. وفي حالة مواجهة وقائع و عوامل مرهقة أثناء التنفيذ لا تمكن المتعامل المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ الصفقة، أصبح من حقه المطالبة بالتوازن المالي من أجل المادة التوازن و السير الجيد للصفقة العمومية.

ومن ذلك توجب على المتعامل المتعاقد معرفة مسبقاة لكل ماله من حقوق وماله من حقوق وماله من إلتزامات وواجبات اتجاه المصلحة المتعاقد وهذا لتجاوز و الحد منتعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطتها و امتيازاتها الإستثنائية المقررة لها، إذ يبقي اللجوء إلى القضاء من أهم الضمانات لهذه الحقوق في مواجهة سلطة وامتيازات المصلحة المتعاقدة المخولة لها باسم المصلحة العامة.

خـاتمة

الخاتمة :

وعلى اعتبار أن الإدارة هي التي تقوم بمهام الدولة من أجل إنجاز وتحقيق المشاريع التجهيزية بأعلى جودة وفي أقصر الآجال، وبأقل التكاليف الممكنة، وذلك ضمن إطار يحدد القواعد والإجراءات التي تبين كيفية إنفاق المال العام.

ولكون الصفقات العمومية ذات صلة وثيقة بالخزينة العمومية فهي من أهم القطاعات استغلالا لهذه الأموال، فقد رصد لها المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام جملة من الإجراءات التي يتعين على المصلحة المتعاقدة إتباعها بهدف حماية المال العام من كل تلاعب وفساد.

وتعتبر مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية من أهم المراحل، إذ تبرز فيها بوضوح الطبيعة الذاتية و الامتيازات السلطوية التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة، لذا فإن المشرع الجزائري حرص من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 تغطيتها باعتباره القاعدة الأساسية التي تحدد إبرام الصفقات وكيفية تنفيذها .

من خلال دراستنا للسلطات التي تتمتع بها الإدارة العامة في مجال العقود الإدارية والتي تضفي عليها طابعا متميزا ومستقلا عن عقود القانون الخاص فإننا تتوصل إلى النتائج التالية :

أولا: اتضح لنا بجلاء مدى حجم السلطات و الامتيازات الضخمة الممنوحة للمصلحة المتعاقدة ، في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية ، بإعتبارها المشرفة على كل ترتيبات إبرام الصفقة و تنفيذها.

ثانيا: تتداخل سلطات الرقابة و التعديل و الفسخ المخولة للمصلحة المتعاقدة بخصوصيات ، تعكس استقلال كل منها على حدى، غير أنها تتداخل فيما بينها من خلال تأثير كل منها على الأخرى.

ثالثا: وللمصلحة المتعاقدة سلطة إنهاء العقد عن طريق الفسخ الجزائي الذي يعد صورة من صور الفسخ الإداري، فالفسخ يعد جزاء على المتعامل المتعاقد نتيجة إخلاله الجسيم بأحد إلتزاماته التعاقدية مما يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية

رابعا : أن المشرع الجزائري منح المصلحة المتعاقدة اختصاصات واسعة مابعد عملية التعاقد سواء في صورة سلطات كطرفى ممتاز ، والتي تجسدات في:

– سلطة الرقابة والإشراف من خلال مراقبة مدى احترام المتعاقد لالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقد، التي يجب أن تكون في حدود المشروعية، إلى جانب سلطتها في التعديل من بنود العقد بصورة انفرادية فتزيد أو تنقص على نحو لم يكن وقت الإبرام كلما اقتضت المصلحة العامة دلك.

– سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية سواء في صورة جزاءات مالية تتمثل في الغرامة المالية ومصادرة كفالة حسن التنفيذ، أو في صورة جزاءات ضاغطة، كما أن لها سلطة فسخ العقد سواء بالإرادة المنفردة أو بالاتفاق مع المتعاقد معها.

– يصبح من حق المتعامل المتعاقد الحصول على المقابل المالي عند تنفيذه لجميع الالتزامات المتعلقة بموضوع الصفقة ، بالكيفية التي حددها القانون ، ويجوز له المطالبة بالتعويض في حالة ما إذا لحق به ضرر بسبب خطأ من المصلحة المتعاقدة .

– في حالة مواجهة وقائع وعوامل مرهقة ، ينتج عنها استحالة تنفيذ الصفقة ، له الحق في مطالبة الادارة بالتوازن المالي.

أما فيما يخص اختصاصاتها التي تكون في صورة التزامات والتي تكون حقوق للطرف المتعاقد معها فتتمثل في :

– الأداء الشخصي الصفقة العمومية.

– احترام الآجال اللازمة لتنفيذ الصفقة العمومية.

– الالتزام بتقديم الضمانات المالية.

– التزام دفع المقابل المالي الذي يكون بعد انجاز العمل.

– التزام إعادة التوازن المالي للصفقة في حالة عجز المتعاقد معها على مواصلة تنفيذ العقد.
ودعما لإصلاح الصفقات العمومية بشكل عام نوصي بالاقتراحات التالية :

_ إن إغفال المشرع الجزائري عن تنظيم المسائل الجوهرية التي تتعلق بعملية تنفيذ الصفقة العمومية، الأمر الذي تم العمل بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، رغم أن أحكامه لا تساير الأوضاع الجديدة خاصة مع التحولات الاقتصادية الكبرى، لذا من المستحسن أن يعيد المشرع الجزائري النظر في أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة، ومراجعته بأحكام تجعله أكثر فعالية ومسايرة للتطورات الاقتصادية

– ضبط المصطلحات القانونية في تنظيم الصفقات العمومية ضبطا دقيقا، مما لا يسمح بظهور إشكالات وثغرات أثناء تنفيذ الصفقة.

– عندما تقوم الإدارة بإجراء تعديل على موضوع الصفقة عن طريق الملحق، فمن المستحسن أن تقوم بتعويض المتعاقد معها جراء هذا التعديل بأسرع وقت ممكن، من أجل تمكينه من التنفيذ في الآجال المحدد.

– عدم الإسراف في إصدار الأوامر المصطلحية للمتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة، ذلك أن إجباره على تغيير بعض المواصفات في الأعمال، قد يؤدي حتما إلى جنوح المتعاقد في التنفيذ بما يخالف شروط العقد.

– ضرورة قيام الجهة الإدارية بتسبيب قراراتها الإدارية عند فرض الجزاءات على المتعاقد معها، لغرض تسهيل مهمة القضاء في الرقابة عليها، الأمر الذي يعد ضمانا للمتعاقد من تعسف الإدارة

– على المشرع وضع نسب محددة لغرامة التأخير حسب كل عقد مبرم، لأن إغفال الجهة الإدارية على تحديد نسبة الغرامة في دفاتر شروطها وبنود العقد، يصعب الإشكال حول كيفية تقريرها وتحديد نسبتها.

– تحديد مدة أطول للضمان بعد تسلم الصفقة، وذلك لضمان العيوب التي تظهر بعد عملية الإستلام.

قائمة

المصادر والمراجع

Références

قائمة المصادر والمراجع:

أولا- النصوص القانونية

أ- **القوانين**

- قانون رقم 88-02 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بالتخطيط، الجريدة الرسمية الجزائرية، المعدل بالأمر 25/95 المؤرخ في 25/ سبتمبر 1995.

- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/15 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، الجريدة الرسمية رقم 21المؤرخ في 2008/04/23.

- قانون رقم 11-04 المؤرخ في 2011/02/17 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد14، بتاريخ 2011/03/06.

- لقانون رقم 05/07المؤرخ في 05/13/ 2007،المتضمن القانون المدني المعدل،الجريدة الرسمية رقم 31 مؤرخ في 13 ماي2007.

ب. الأوامر

- الأمر رقم 67-90 مؤرخ في 1967/06/17 والمتضمن الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 52 بتاريخ 27 يوليو 1967.

- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم و المتضمن القانون المدني، 2007 ، بتاريخ 13 مايو 2007.

- الأمر رقم 01 /04 مؤرخ في 2007/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية العدد 14.

ج.المراسيم

- مرسوم رئاسي رقم 82-145 المؤرخ في 1982/ 04 / 10 والمنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية العدد 15، بتاريخ 23 أبريل 1982

- مرسوم رئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 52، بتاريخ 28 يوليو سنة 2002.

- المرسوم رئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/ 10 / 07 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 58، بتاريخ 7 أكتوبر 2010.

- مرسوم رئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16سبتمبر 2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50، بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

– مرسوم تنفيذي رقم 91–314 المؤرخ في 1991/0709 يتعلق باجراءات الأمرين بالصرف و المحاسبين العموميين العدد43.

– مرسوم تنفيذي رقم 91–343 المؤرخ في 1991/ 11 / 09 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد57، بتاريخ 13 نوفمبر 1991 .

د. القرارات

قرارات ادارية

– قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية العدد 06، بتاريخ في 19 يناير 1964.

و – القرارات القضائية

1– قرار صادر عن المحكمة العليا، عن الغرفة الإدارية، ملف رقم 65145 ،بتاريخ

1989 / 12 / 16 ، قضية(ع.ط) ضد والي ولاية قالمة، المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، سنة 1991 .

ثانيا– الكتب

1-إحسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، دون ذكر بلد النشر،مصر، سنة 2002.

2-أحمد محيو ، محاضرات في المؤسسات العمومية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،1996.

3-حمد محمد الشلمائي، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ،2007.

4- رشا جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة 2010.

5- رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،المغرب ، طبعة1985.

6- سليمان محمد الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية ، ط5 ، دار الفكر العربي ، سنة 1995.

7-عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية دراسة تشريعية فقهية و قضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2010.

8-عبد العالي سمير، القانون الإداري (النشاط الإداري)، الجزء2 الباد للنشر، الجزائر، 2004.
9- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية والقرارات الإدارية، دراسة تحليلية في ضوء أحداث أحام مجلس الدولة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي،2007.
10- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءا وحكما، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 2009.
11- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات الإدارية والقيود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية،
12- عبدالحميد مفتاح خليفة ، إنهاءالعقد الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ،2000
13- عمار بوضياف ، القانون الإداري ، الجزء الثاني (النشاط الإداري) ، ديوان م ج، الجزائر ،2002
14- عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الإداري،ط5،جسور النشر و التوزيع،2019.
15- كراش دحو ، الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري و الفرنسي، التشر الجامعي الجديد، تلمسان الجزائر،2017.
16- كلوفي عز الدين ، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ، دار النشر جيطي ، الجزائر،2011.
17- كنعان نواف، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة 2003.
18-ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2004.
19- مازن ليلو راضى، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005 .
20-محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
21- محمد الصغير بعلي ، الوسيط في المنازعات الادارية ، دار العلوم ،عنابة،الجزائر،2009
22- محمد حسن المرعى الجبوري ، سلطة الادارة في فرض الجزاءات الجنائية و المالية في العقود الادارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ،2014 .
23-محمد كمال ،سلطة الرقابة على أعمال الإدارة الرقابة القضائية ،دراسة مقارنة" ،ط1 وائل للنشر و التوزيع، الجزائر ، 1996

24- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.

25- محمود عاطف البنا ، الصفقات العمومية و التنمية ، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط، الطبعة 1، 2010.

26- النوي خرشي، الصفقات العمومية – دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2018.

27- النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2011.

28- إبراهيم محمد علي ، أثار العقود الإدارية وفقا للقانون 1998/89 ، ط2، النهضة العربية، 2003.

29- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة 2 دار جسور، الجزائر،2009.

30- ناصر لباد، الوجيز في قانون الإداري ، الطبعة الثالثة، دار المجد ،الجزائر2007.

31- Bernard casting ,Rozennoguelloucatheringbrebssy-schnall ,les marches publics,paris,France,2002,

32- Christophe L'ajoye: "Droit des marchés public", Galino éditeur, L.G.D.J,Paris,2008.

ثالثا- المذكرات والأطروحات الجامعية

أ- **أطروحات الدكتوراه**

1- هاشمى فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،2017/2018

2- كمال العطراوي ، دور القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة ، أطروحة دكتوراه في الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2018.

3- حلمي منال ، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الدكتوراه الطور الثالث ، تخصص تحولات الدولة ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2016 .

4-السعيد عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.

5- عليوات ياقوتة ، تطبيقات النظرية العامة للعقد الاداري الصفقات العمومية في الجزائر ، رسالة مقدمة لنيل الدكتورة في القانون العام ،جامعة منثوري ، قسنطينة ، كلية الحقوق 2009/2008.

ب- رسائل الماجستير

1- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2009/ 2008

1 بومدين هاجيرة، الفسخ في الصفقات العمومية – دراسة مقارنة–، مذكرة ماجستير ، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق.

2 هبة اسماعيل ، تنفيد الصفقات والرقابة الخارجية عليها ، مذكرة الحصول على شهادة الماجستير في القانون العام والإقتصادي ، جامعة وهران 2، 2017/2016 .

4. سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق 2013.

5- سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة الماجستير ، جامعة باجي مختار عنابة كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،

6- شقطمى سهام، النظام القانوني للملاحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير ، جامعة باجي مختار عنابة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق ، 2011/ 2010

7-عباد صوفية ، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة الماجستير، جامعة باجي مختار عنابة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق 2011،

8-مراد زوايد، النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة الماجستير، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق، 2001.

9-مختار كاملي، إبرام الصفقات العمومية و مراقبتها في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير جامعة الجزائر، 2007-2008.

10- نور الدين عبابسة، تنفيذ الصفقة العمومية بين إمتيازات المصلحة المتعاقدة وحقوق

المتعامل المتعاقد، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق ، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2008.

11- قرانه عادل ، سلطات الادارة العامة في العقد الإداري، رسالة ماجيستر، كلية الحقوق ،جامعة عنابة ،2005.

ج- مذكرات شهادة الماستر

- أزرايب نبيل، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، شهادة الماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق ، 2014/2015 .

- بالسعيد زينة ، القيود الواردة على حرية الادارة لدى المتعاقد ,مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق،تخصص إدارة عامة,كلية الحقوق, جامعة عبدا لحميد بن باديس ، مستغانم،2011-2012.

- بوشيرب مليكة، المتعامل مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية، مذكرة ماستر ، جامعة بجاية كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق ، 2014/ 2013 .

- بوعبد الله نور الدين ، سلطة تعديل الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 ، مذكرة تخرج لنيل الماستر ، تخصص قانون اداري، جامعة حمة لخضر الوادي ، 2017-2018.

- جراد لطيفة، تنفيذ الصفقات العمومية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر الاكاديمي ،تخصص قانون اداري ،جامعة حمد بوضياف ، المسيلة، 2018-2019.

- بن زموري أنور، سلطة الإدارة في عقد الانشغال العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق, تخصص قانون إداري جامعة محمد خيضر، بسكرة ،2014.

- حجاج حنان ، الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري .،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العقيد أحمد دراية أدرار، 2018/2017 .

- خلفان محمد أمين ، كمال محمد ، سلطة الإدارة في تعديل و توقيع الجزاءات ثناء تنفيذ العقد الإداري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون إداري ، جامعة البويرة ، 2018-2019

- خليفي جمال عبد الناصر ، الملحق في الصفقة العمومية ، مذكرة ماستر ، جامعة قاصدي مرباح ، قسم الحقوق ،2015-2016.

– خوخة توتي، سلطات الادارة العامة في العقد الاداري ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون إداري جامعة محمد خيضر بسكرة ، تخصص قانون إداري ،2013/2012.

– ستو مروى، بالطيب أمينة،امتيازات الإدارة في عقود الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15،مذكرة لنيل شهادة ماستر اكاديمي ، فرع القانون الاقتصادي العام ،جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، 2018–2019.

– طبي إبراهيم، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، مذكرة الماستر، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق ، 2014 /2015

– عبلاش كاهنة، على سوهيلة، الضمانات العقدية في الصفقات العمومية، مذكرة ماستر ، جامعة بجاية كلية الحقوق والعلوم الساسية، قسم الحقوق ،2015–2016.

– فاطمة ريغي ، سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية ، مذكرة ماستر تخصص قانون إداري ، جامعة محمد خيضر بسكرة ،2018–2019.

– كنزة لطيفة، حقوق المتعامل المتعاقد في ظل قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة الماستر ،جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق ، 2014 /2015

– محمد الكامل مختار ،عوا ريب عبد الكريم، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في عقود الصفقات العمومية ،مذكرة ماستر ، تخصص قانون الأعمال ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2017–2018.

– ميهوبي مراد ،إمتيازات السلطة العامة في تنفيذ الصفقة العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، فرع القانون العام ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2017–2018.

–جمال سعد الله ، المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية من منظور التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، فرع القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة2017/2016.

–محمد بوناب، سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15–247، مذكرة الماستر، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015.

رابعا- المقالات

- ابن خليفة سميرة، الملحق و عامل التوازن الإقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات ، جامعة غرداية، المجلد1 ، العدد1،2018،

- بن بوزيد دغبارة نورة ، منازعات الصفقات العمومية، مجلة دفاتر السياسة والقانون ، جامعة البليدة 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد15،

- بن عبد المالك بوفلجة، الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الإجتهاد القضائي، جامعة طاهري محمد، بشار، العدد15، 2017.

- عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة الفكر، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جاء محمد خيضر ، بسكرة، جانفي 2014.

- هداية بوعزة، إشكالية الملحق والرقابة عليه في الصفقات العمومية - بين تناقضات النص التشريعي ومتطلبات الواقع الميداني والعملى، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 05-2018

-دهمة مروان، الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، 2018.

خامسا - المداخلات العلمية

- حميداتو محمد"الضمانات البنكية المقدمة في الصفقات العمومية"، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الدولي الذي نظمته ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة ،بعنوان الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والتشريعات المقارنة يومي 18-19 أكتوبر 2016، .

- محمد أمين بودخيل ،الملتقى الوطني حول ضبط ألية سلطة التعديل في الصفقات العمومية كألية لمكافحة الفساد , يوم 2015/04/13, المركز الجامعي تيندوف ,ص 7.

- نجاة طباع ، الحماية القانونية للمال العام من جانب اختيار المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية بين الامتيازات والعراقيل ، الملتقى الوطني حول دور قانون الصفقات العمومية حماية المال العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة يحي فارس ، المدية الجزائر ، بيومي 20- 21ماي 2013 .

247 / 15 معالجتها، مداخلة من الملتقى الوطني بعنوان الجوانب العملية مستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل ، كلية الحقوق والعلوم الساسية ، قسم الحقوق ، يومي 13/ 12 ديسمبر 2018.

- العايب سهام، منازعات تنفيذ الصفقات العمومية وكيف حاول المرسوم الرئاسي رقم 247 / 15 معالجتها، مداخلة من الملتقى الوطني بعنوان الجوانب العملية مستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل ، كلية الحقوق والعلوم الساسية ، قسم الحقوق ، يومي 13/ 12 ديسمبر 2018.

سادسا- المواقع الإلكترونية

- محمد الشافعي أبو رأس ، العقود الإدارية ، كلية الحقوق ، جامعة بنها ، القاهرة ، د س ن،. انظر الموقع :(http://www.pdffactory.com)LE 01/09/2020
- ملتقي الموظف الجزائري، إستفسار حول مراجعة و تحيين الاسعار،(www.mouwazaf-dz.com) ، تاريخ زيارة 13-04-2019
- يوسف حوري ، مداخلة بعنوان سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية ، رقم 13 ،جامعة غليزان ،www.uni-medea.dz20/04/2020

سابعا : المحضرات

- د خلاف فاتح , محاضرات في قانون الصفقات العمومية , جامعة محمد الصديق بن يحي – جيجل كلية الحقوق والعلوم سياسية ، قسم علوم قانونية ،2016/2015 .

الفهرس

الـفـهـرس

العنوان	الصفحة
الإهداء	
شكر وعرفان	
مقدمة	
الفصل الأول :سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقات العمومية	
المبحث الأول: سلطة الرقابة و التعديل	07
المطلب الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية	07
الفرع الأول: الأحكام العامة لسلطة الرقابة على الصفقة العمومية	08
أولا: تعريف سلطة الرقابة	08
ثانيا: الأساس القانوني لسلطة الرقابة	10
الفرع الثاني: وسائل الرقابة وضوابط استعمالها على تنفيذ الصفقة العمومية	11
أولا: وسائل الرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية	13
ثانيا: ضوابط استعمال سلطة الرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية	13
الفرع الثالث: الاشكالات الناشئة على سلطة الرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية	16
أولا: إشكالات ناشئة عن سلطة الإشراف	16
ثانيا: الإشكالات الناشئة على سلطة الرقابة	17
المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل عقد الصفقة العمومية	18
الفرع الأول:الأحكام العامة لسلطة تعديل شروط عقد الصفقة العمومية	19
أولا: تعريف سلطة تعديل الصفقة العمومية	19
ثانيا: الأساس القانوني لسلطة تعديل شروط الصفقة العمومية	21
ثالثا: شروط وضوابط سلطة التعديل	23
الفرع الثاني: الملحق كتطبيق لسلطة تعديل الصفقة العمومية	24
أولا: تعريف الملحق	24
ثانيا: أنواع الملحقات	26
ثالثا: شروط الملحق	28
الفرع الثالث: الإشكالات الناشئة على سلطة تعديل عقد الصفقة العمومية	29
أولا: إشكالية مبلغ الملحق وضرورة عرضه على لجنة الصفقات خلال الأجل التعاقدي للصفقة العمومية	29

ثانيا: إشكالية خصوصية ملحق الغلق	30
ثالثا: علاقة الملحق بالتوازن الإقتصادي للصفقة العمومية	30
المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الإدارية و إنهاء عقد الصفقة العمومية	31
المطلب الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات	31
الفرع الأول: الأحكام العامة المنظمة للجزاءات الإدارية	31
أولا: مفهوم الجزاءات الإدارية	31
ثانيا: أساس سلطة توقيع الجزاءات الإدارية	33
الفرع الثاني: أنواع الجزاءات الإدارية و ضوابط استعمالها	35
أولا: أنواع الجزاءات الإدارية	35
ثانيا: ضوابط ممارسة سلطة توقيع الجزاءات الإدارية	40
الفرع الثالث: الإشكالات الناشئة على سلطة توقيع الجزاءات الإدارية للصفقة العمومية	40
أولا: إشكالية حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعامل المتعاقد	40
ثانيا: إشكالية الآليات المخولة للمصلحة المتعاقدة لمواجهة المتعامل المتعاقد	41
المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية	42
الفرع الأول: الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي	42
أولا: تعريف الفسخ الجزائي للصفقة العمومية	43
ثانيا: شروط الفسخ الجزائي	43
ثالثا: خصائص الفسخ الجزائي	44
الفرع الثاني: أنواع الفسخ الجزائي وآثاره القانونية	45
أولا: أنواع الفسخ الجزائي	45
ثانيا: الآثار القانونية للفسخ الجزائي	46
الفرع الثالث: الإشكالات الناشئة عن سلطة إنهاء عقد الصفقة	48
أولا: فسخ الصفقة العمومية نتيجة خطأ الإدارة في تقدير جسامة الضرر	48
ثانيا: فسخ الصفقة رغم عدم إخلال المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية	48
الفصل الثاني: حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد في مواجهة الإدارة أثناء التنفيذ	
المبحث الأول: إلتزامات المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة	53
المطلب الأول: الأداء الشخصي للصفقة العمومية	53
الفرع الأول: الإعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقة والآثار المترتبة عليه	53

أولا: الإعتبار الشخصي في التنفيذ	54
ثانيا: الآثار المترتبة على الإعتبار الشخصي في التنفيذ	54
الفرع الثاني: المناولة كإستثناء على التنفيذ الشخصي للصفقة العمومية	55
أولا: تعريف المناولة وشروطها	56
ثانيا: الإشكالات الناتجة عن عقد المناولة في تنفيذ الصفقة	57
الفرع الثالث: وفاء المتعاقد بالتزاماته التعاقدية وفق الشروط المحددة في الصفقة	57
أولا:تنفيذ الالتزام بطريقة سليمة وفق ما تمليه الشروط	58
ثانيا: قيام المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته بحسن نية	58
ثالثا: الإشكالات الناتجة عن إخلال المتعامل المتعاقد بالوفاء بإلتزاماته التعاقدية	59
المطلب الثاني: إحترام الآجال اللازمة لتنفيذ واستلام الصفقة العمومية	60
الفرع الأول: إحترام آجال تنفيذ الصفقة العمومية	60
أولا: إحترام آجال تنفيذ الصفقة	60
ثانيا:تمديد آجال التنفيذ للصفقة العمومية	62
الفرع الثاني:إلتزام المتعاقد بتسليم الصفقة	62
أولا: أدوات إستلام الصفقة العمومية	62
ثانيا: مراحل إستلام الصفقة	63
المطلب الثالث: الإلتزام بتقديم الضمانات المالية	65
الفرع الأول: الإلزامية القانونية للضمانات المالية	66
أولا: الطبيعة القانونية للضمانات المالية	66
ثانيا: خصائص الضمانات المالية	67
ثالثا: أدوات تنفيذ الضمانات المالية	67
الفرع الثاني: الضمانات المقدمة في الصفقات العمومية	68
أولا: الضمانات الغير بنكية	68
ثانيا: الضمانات البنكية	69
الفرع الثالث: مسؤولية طرفي الصفقة العمومية في مجال الضمانات	75
أولا: مسؤولية المصلحة المتعاقدة في تأسيس الضمانات	75
ثانيا : مسؤولية المتعامل المتعاقد فيما يخص تنفيذ الصفقات العمومية	76
ثالثا: رفع اليد عن الكفالات	76
المبحث الثاني: حقوق المتعامل المتعاقد اتجاه المصلحة المتعاقدة	77

المطلب الأول: الحق في الحصول على المقابل المالي	77
الفرع الأول: آليات تحديد الأجر المالي	77
أولا : السعر الإجمالي الجزافي	78
ثانيا : سعر الوحدة	78
ثالثا: السعر بناء على نفقات المراقبة	79
رابعا : السعر المختلط	80
الفرع الثاني: الآليات المتبعة لدفع الأجر المالي	80
أولا: التسبيقات	80
ثانيا: الدفع على الحساب	82
ثالثا: التسوية على رصيد الحساب	82
الفرع الثالث:التعديلات الاتفاقية للأسعار و الإشكالات المتعلقة بها	84
أولا: مراجعة الأسعار	86
ثانيا: تحيين الأسعار	86
ثالثا: الإشكالات المتعلقة بمراجعة و تحيين الأسعار	86
المطلب الثاني: الحق في التوازن المالي لعقد الصفقة	88
الفرع الأول: مفهوم فكرة التوازن المالي	88
أولا: نشأة فكرة التوازن المالي	89
ثانيا: مبدأ التوازن المالي للصفقات العمومية في الجزائر	89
الفرع الثاني: أسباب اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية	90
أولا: إختلال التوازن المالي بسبب تصرف الإدارة	90
ثانيا : إختلال التوازن المالي بسبب خارجي عن الإدارة	92
الفرع الثالث: وسائل إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية	95
أولا: التعويض الكامل في نظرية التوازن المالي للصفقة العمومية	95
ثانيا: التعويض الجزئي في نظرية التوازن المالي للصفقة العمومية	96
المطلب الثالث :الحق في إقتضاء التعويض في الصفقة العمومية	96
الفرع الأول: التعويض على أساس خطأ الإدارة	96
أولا: حالات الخطأ التي تستوجب التعويض	97
ثانيا: شروط استحقاق التعويض عند خطأ الإدارة	97
الفرع الثاني: التعويض عن الأعمال الإضافية وغير التعاقدية	98

أولا: مفهوم الإثراء بلا سبب	98
ثانيا: التطبيقات العملية لعملية الإثراء بلا سبب	99
الخاتمة	101
المصادر والمراجع	105
الفهرس	115
الملخص	

ملخص المذكرة

نخلص في الأخير إلى أن وجود فكرة السلطة العامة في العقود الإدارية وفي النظام القانوني الذي يحكمها أهم ما يميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص و أهم سلطاتها نجدها تظهر أثناء مرحلة التنفيذ المتمثلة في سلطة الرقابة و الإشراف على تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه ، إلى جانب سلطة تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة ، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ، وأخطر هذه السلطات هي سلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة إما كجزاء موقع على المتعاقد معها ، أو إنهائه لدواعي المصلحة العامة . إلا أن ممارسة هذه السلطة ترتب أثارا قانونية خطيرة من شأنها أن تؤدي إلى انقضاء العلاقة التعاقدية واستحقاق المتعاقد في التعويض . ومقابل هذه الامتيازات السلطوية، خول التشريع الجزائري مجموعة من الحقوق لصالح المتعامل المتعاقد يتعين على الإدارة الالتزام بها واحترامها، وأي إخلال أو تقصير من جانبها برتب مسؤوليتها التعاقدية . ونستنتج أن المشرع الجزائري وضع آليات التنفيذ حماية للمال العام من الفساد وحماية للمتعامل الاقتصادي بتوضيح كل إجراءات تنفيذ الصفقة وكيفية حماية نفسه و الادراة عن طريق الضمان.

الكلمات المفتاحية : السلطة العامة ، المتعامل الاقتصادي ، كفالة التسبيقات ،التنفيذ،التعويض، الضمان ،.فسح العقد

Résumé :

en fin de compte, nous concluons que l'existence de l'idée d'autorité publique dans les contrats administratifs et dans le système juridique qui la régit est la caractéristique la plus importante des contrats administratifs issus des contrats de droit privé et les pouvoirs les plus importants que nous trouvons apparaissent au cours de la phase de mise en œuvre de l'autorité pour suivre et superviser l'exécution du contrat comme convenu, En plus du pouvoir de modifier les seuls termes du contrat administratif et du pouvoir d'imposer des pénalités au contractant. La plus dangereuse de ces autorités est le pouvoir de résilier unilatéralement le contrat administratif, soit à titre de sanction imposée au contractant, soit pour y mettre fin pour des raisons d'intérêt public. Cependant, l'exercice de ce pouvoir a des implications juridiques graves qui pourraient conduire à la résiliation de la relation contractuelle et au droit du contractant à une indemnisation. En échange de ces privilèges autoritaires, la législation algérienne a conféré un ensemble de droits en faveur du concessionnaire contractuel que l'administration doit adhérer et respecter, ainsi que tout manquement ou défaut de sa part dans les rangs de sa responsabilité contractuelle, et nous concluons que le législateur algérien a mis en place des mécanismes de mise en œuvre pour protéger l'argent public de la corruption et protéger le négociant économique en clarifiant toutes les procédures de mise en œuvre de l'accord. Et comment se protéger et protéger son administration grâce à une garantie**.**

Les mot- clé: autorité publique ,operateur économique, restitution d'avance, exécution, indemnité, Garantie, résolution de contrant

In conclusion: we conclude that the existence of the idea of public authority in administrative contracts and in the legal system that governs them is the most important feature of administrative contracts resulting from private law contracts. This is due to the use by the administration of the privileges of public authority and the means of public law authorized by a group of authorities, and the latter includes all the stages of the administrative contract from the stage of its conclusion, the administration at this stage is empowered to prepare the terms and conditions by its own will, and it is also pleased to refer the terms and conditions to committees. The competent person in charge of controlling it.. As for its most important powers, we note that it appears during the implementation phase of the authority to monitor and supervise the implementation of the contract as agreed, in addition to the authority to amend the terms of the administrative contract at its own discretion and the authority to impose sanctions on the contractor. The most dangerous of these authorities is the power to unilaterally terminate the administrative contract, either as a penalty imposed on the contractor or to terminate it for reasons of public interest. However, the exercise of this power has serious legal implications which could lead to the termination of the contractual relationship and the contractor's right to compensation.

Kay word : public authority, economic operator , advance restitution ,execution, indemnity ,guarantee ,resolution of contract .