وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة يحي فارس بالمدية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة ماستر

تخصص: قانون اعمال

المركز القانوني للمتعامل الاقتصادي في اطار قانون الصفقات العمومية

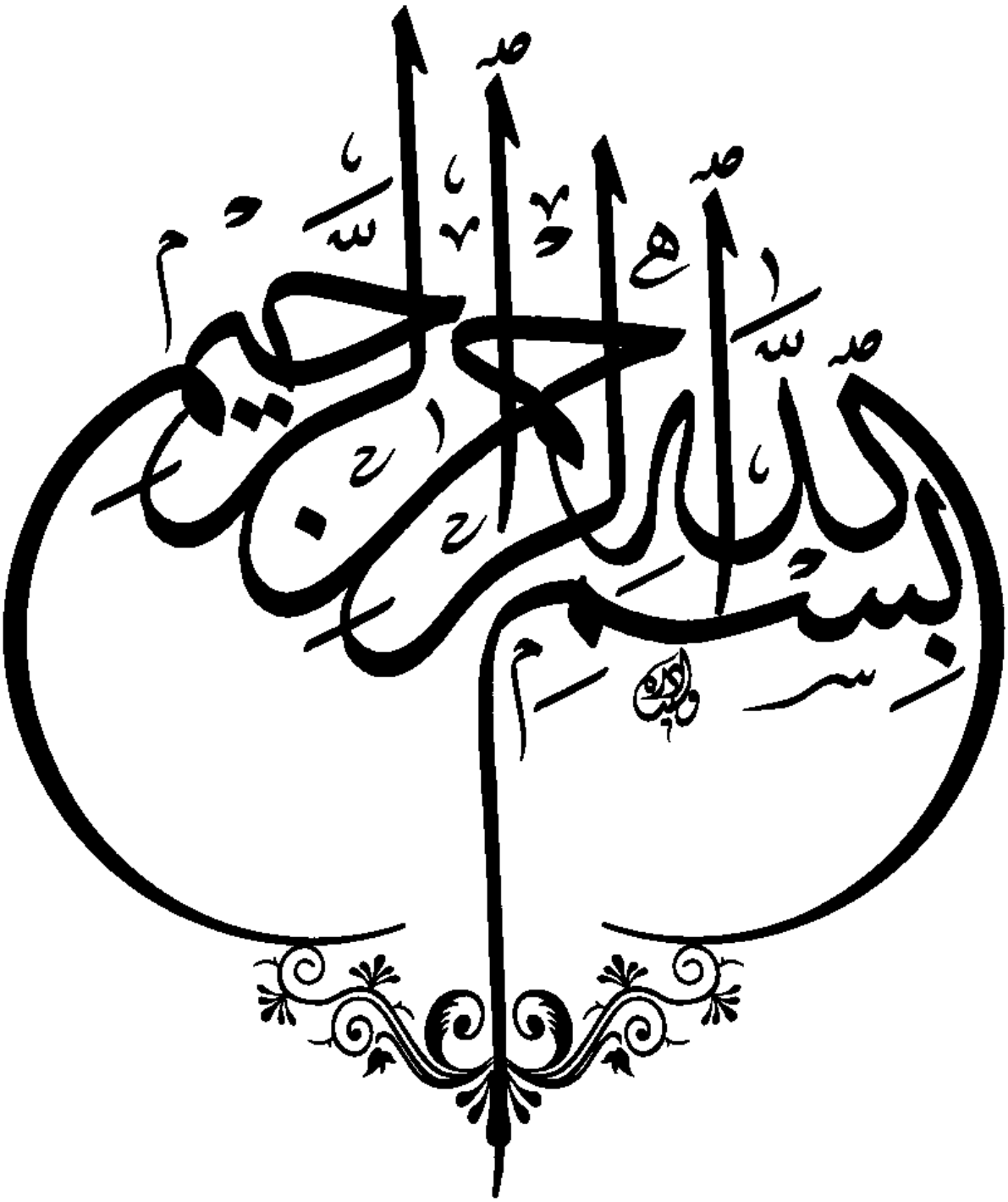
من تقديم الطالبة:

فريال خليلي

تحت إشراف الأستاذ:

بلقاسم بلعربي

السنة الجامعية 2020-2021


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

شكر خالص لا يخالطه نقص ولا يشوبه رياء لرب وهابِ واسع العطاء، وأستفتح بقوله تعالى: " الذي خلقني فهو يهدين (78) والذي هو يطعمني ويسقين (79) وإذا مرضت فهو يشفين (80) والذي يميتني ثم يحيين (81) والذي أطمع أن يغفر لي خطيئتي يوم الدين (82) رب هب لي حكما وألحقني بالصالحين (83) ".

الآية 78 من سورة الشعراء

شكر خاص للأستاذ المشرف بلقاسم بلعربي الذي لا أملك إلا الدعاء له؛ فاللهم اكتب له من خيري الدنيا والآخرة ما لم يخطر له على بال، ومن توفيقك ما يفتح له أبوابا في كل مجال، ومن حفظك وعنايتك ما يحيط به ذات اليمين وذات الشمال، و أن تجزيه عني خير ما جزى به الأستاذ عن تلميذه، فقد كان ما تعلمته من علمه أحب إلي مما تعلمته من أدبه وما تعلمته من أدبه أحب إلي مما تعلمته من علمه.

كما لا يفوتني أن أتقدم بتشكراتي الخالصة إلى كل أساتذة كلية الحقوق على كل ما بذلوه إكراما لي، وإلى كل من سعى ولو بكلمة لبعث خوالج التحفيز والاستنهاض من زملاء وأصدقاء خاصة أولئك الذين لقنوني بعصيب أحوالهم أن النجاح لا يمكن أن يكون إلا صناعة محلية.

إهداء

بسم الله الذي لايطيب الكلام الا باسمه والصلاة والسلام على من لانبي بعهده

الى من وقعت عليها اول نظرة الى التي اعطت بدون مقابل الى التي منحت الحنان والعطاء الى التي وجودها سر سعادتي الى التي دعواتها سر نجاحي الى التي لاتوافيها كلمات الدنيا حقها سوى كلمة امي "امي العزيزة" حفظاك الله ورعاك

الى الذي تحمل مشقة الحياة من أجلنا الذي رباني على القناعة الى الذي وجوده يساوي الدنيا وما عليها الى الذي احمل اسمه بكل فخر" ابي الغالي"

الى التي بها أكون ومن دونها لا أكون اختي الوحيدة بسمة

الى سندي في الحياة اخي سدد الله خطاه

الى اختي شريفة يوسف الزين الى اخي بلال الذي ساعدني على اعداد و طباعة المذكرة

الى كل من دعمني لكي أصل الى هنا . الى الاستاذ البروفيسور منصور مجاجي

والاستاذ بلعربي بلقاسم سدد الله خطاه الى مايحبه ويرضاه على وجه الخصوص و الى كل الاساتذة كلية الحقوق

والى كل من وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي

فريال

مقدّمة

مقدمة:

اتسع نشاط الإدارة اليوم، بعدما كان دورها مقتصرا على وظيفتي الأمن والقضاء ،وأصبحت وظيفتها متشعبة ،فدخلت بذلك إلى الميدان الاقتصادي الاجتماعي ، لتتعداه إلى الإشراف على جميع نواحي الحياة في الدولة ، من أجل غاية أساسية تتمثل أساسا في :

إشباع حاجات الأفراد في المجتمع ،ولتحقيقها تعمد الإدارة إلى استخدام وسائلها الأربعة ذات الطبيعة المختلفة التي تتيحها القوانين والتنظيمات لها ،قد تكون أعمالا مادية أو مالية ، أو بشرية أو تصرفات قانونية ،ويقصد بالتصرفات القانونية إفصاح الإدارة عن نيتها في إحداث أثر قانوني معين سواء بإرادتها المنفردة فيما يعرف بالقرار الإداري ،أو استنادا إلى توافق إرادتها مع الغير فيما يعرف بالعمل التعاقدي ، وهو لا يقل عن القرار الإداري من حيث الأهمية ، ونظرا لاعتراف المشرع الجزائري للإدارة بأهلية التعاقد ،قد تدخل الإدارة في روابط عقدية مع الغير ، مما يجعلها تخضع للقانون الخاص أحيانا وللقانون العام أحيانا اخرى ، والذي يعتبر عقدا أو اتفاقا يبرمه شخص معنوي عام باستعماله امتيازات السلطة العامة لتسيير المرفق العام ، وحسب أساليب القانون العام ،بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ،من أشهر العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الأشخاص نجد الصفقات العمومية التي تخضع لنظام قانوني متميز ، مقارنة بالعقود الإدارية الأخرى المبرمة سواء في إطار القانون الخاص ، أو تلك المسماة بالعقود الإدارية هذا بالنظر إلى الخصائص والمميزات التي تطبعها .

تقوم الإدارة على اختلاف أشكالها و تخصصاتها ، بإبرام العديد من الصفقات العمومية سنويا انطلاقا من عملية تشكيلها ، وتكوينها مرورا بإبرامها ، ثم تنفيذها ، إذ تشمل إحدى العمليات ;

إما في إنجاز الأشغال ،اقتناء اللوازم ،تقديم الخدمات أو إنجاز الدراسات، وترصد الأجهزة المالية للدولة ميزانية خاصة ، لهذا الشأن لاسيما في مجال الأشغال والتجهيز ، وهذا نظرا لأهمية هذين القطاعين في مجال التنمية الوطنية، باعتبار أن الصفقات العمومية أداة فعالة لتحقيق ذلك ، لما لها من فعالية في تنفيذ مخططات الدولة وبرامجها التنموية ، والنهوض بالاقتصاد الوطني، من أجل تحقيق التنمية المجتمعية، وفق التطورات و المتغيرات التي تميز العالم في عصرنا الراهن ، وتلجأ الإدارة إلى إبرام هذا النوع من العقود عندما تقرر إتباع أسلوب القانون الخاص يكفي لتحقيق أهدافها، وتظهر بمظهر الشخص العادي في التعاقد مع الأفراد ، مجردة من امتيازات السلطة العامة ،لهذا فالمتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية ، سواء كان شخص معنوي عام أو متعامل اقتصادي ،هو المحور الأساسي في عقد الصفقة كونه مسؤولا عن تنفيذ موضوع الصفقة ، المحددة مسبقا في دفتر الشروط

منح المشرع الجزائري للمتعامل مجموعة من الحقوق ،وفي المقابل ألقى على عاتقه التزامات تتخللها جزاءات ،تنجم عن تقصيره في أداء الخدمة الموكلة إليه.

أعطى المشرع الجزائري لهذا النوع من العقود تنظيما خاصا ، بالمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16سبتمبر 2015 ،والمتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

باستقراء المادة الثانية 02 منه ، نجد أن المشرع قد عرفها على أنها : "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات "[1].

انطلاقا من هذه المادة القانونية، فإن كل المتعاملين المتعاقدين مع المصلحة المتعاقدة، سواء كانوا

خواص أو عموميين، ملزمون بتطبيق أحكام هذا القانون، من خلال السهر على إنجاز متطلباته وأهدافه، لنجاح عملية إبرام الصفقات العمومية، وجب اختيار الطرف المتعاقد الكفء مع الإدارة سواء كان

وطني أو أجنبي حسب نوع الصفقة المبرمة، وذلك باعتباره من العوامل الأساسية في إنجاح الصفقة، بامتلاكه مؤهلات فنية و خبرة ، بغية تحقيق الأداء الجيد، وتوفير الخدمات ضمن دفتر الشروط المتفق عليه.

تتمتع الجهة الإدارية المتعاقدة بسلطات واسعة تجاه المتعاقد معها، والتي تظهر في كافة مراحل الصفقة، انطلاقا من الإبرام إلى التنفيذ، كما تتمتع بامتيازات كبيرة لا يملكها المتعامل المتعاقد معها، هذا ما اضطر المشرع الجزائري إلى توفير الحماية القانونية للمتعامل المتعاقد ، من أجل مواجهة الإدارة في حالة الاستعمال التعسفي لسلطتها و امتيازاتها.

نظرا للأهمية التي يكتسبها المتعامل الاقتصادي في الوقت الراهن ، خاصة مع انتهاج الجزائر النظام الرأسمالي وازدياد حجم المنافسة في السوق الاقتصادية ، منحه المشرع حق إبرام الصفقات العمومية مع الإدارة، وهاته الرابطة التعاقدية تحكمها اعتبارات قوامها نزول الإدارة إلى مستوى الأفراد العاديين.

[1] انظر المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ،المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد50

باستقراء مواد قانون الصفقات العمومية رقم **15-247**، يتضح أن المشرع لم يفرد هذا الأخير بنصوص خاصة به ،بل ما يسري على كل متعاقد مع الإدارة بحكم هذا القانون ، من أحكام يسري عليه ولا يمكن أن تخلو الرابطة التعاقدية من تضارب في المصالح يرجح فيها طرف على طرف آخر

خاصة وأن الطرف المتعاقد الأول هو الإدارة ،و التي تملك السلطة الواسعة على المستويين ،سواء أثناء تنفيذ الصفقة أو بعده ، لضبط هذه العلاقة التعاقدية بين طرفي العقد ، وضع المشرع الجزائري المرسوم **15-247** لتوضيح المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية في الجزائر ،و تسليط الضوء على وضعية المتعامل المتعاقد القانونية، من خلال عقود الصفقات العمومية ،حسب المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه ،ما يهم هنا بغض النظر عن كل المتعاملين المتعاقدين مع الإدارة ،هو المركز القانوني للمتعامل الاقتصادي في قانون الصفقات العمومية .

تتمثل دوافع اختيار الموضوع في ما يلي :

ا- **الدوافع الشخصية** : تتمثل في ميولاتي الخاصة وتعلقي الشديد لدراسة كل ما يتعلق بموضوع الصفقات العمومية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى شغفي إلى البحث عن كل ما من شأنه خدمة تخصصي الدراسي كميا وعلميا ومعرفيا ،خاصة المواضيع التي يتناولها القانونين معا العام والخاص .

ب- **الدوافع الموضوعية** : تتمثل في أهمية الموضوع من الناحية الفنية والتقنية ،في مجال قانون الصفقات العمومية ،ناهيك عن الدور الفعال للمتعامل الاقتصادي الواجب إبرازه ،بالتطرق إلى كل ما يتمتع به من حقوق والتزامات ، وما منحه القانون من ضمانات ، الأمر الذي من شأنه تبيان موقعه القانوني في قانون الصفقات العمومية ، بالاعتماد على المرسوم الرئاسي الجديد رقم 10-236 المؤرخ في 07 اكتوبر 2010 .

تتمثل مبررات الدوافع المطروحة أعلاه فيما يلي :

ا-التعرف على مجموعة الحقوق والالتزامات ،الممنوحة للمتعامل الاقتصادي بموجب دفتر شروط الصفقة التي تم ابرامها مع المصلحة المتعاقدة ،

ب-التعرف على مجموعة الضمانات، الملقاة على عاتق المتعامل الاقتصادي في مواجهة المصلحة المتعاقدة،

ج-التعرف على سلطة المصلحة المتعاقدة ،في مواجهة المتعامل الاقتصادي ، ومجموعة الضمانات الملقاة على عاتقها ، والمتمثلة في تسوية نزاعات تنفيذ الصفقة العمومية .

تكمن **اهمية دراسة** موضوع المركز القانوني للمتعامل الاقتصادي ، في تبيان حقوقه من التزاماته ، والاحاطة بكل ما من شانه إبراز موقعه في قانون الصفقات العمومية ،السابق الذكر من جهة ، وكذا ما منحه هذا الأخير من ضمانات وامتيازات في مواجهة المصلحة المتعاقد معها، ولا يمكن اغفال سلطة الإدارة في مواجهة المتعامل الاقتصادي ، في حال تحلله عن التزاماته أو تقصيره في تنفيذ الصفقة العمومية ، كسلطاتها في التعديل، والفسخ وفي توقيع جزاءات عليه في حالة عدم الوفاء بالتزاماته ، فدور المتعامل المتعاقد بصفة عامة ، والمتعامل الاقتصادي بصفة خاصة ،وأهميته يتمثل في تنفيذ الصفقة العمومية ،وذلك ببذل الجهد والحرص على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، بهدف ضمان السير المستمر للمرفق العام ، باعتباره طرفا أساسيا في الصفقة العمومية ،وبذلك فإن **الهدف من الدراسة** هو إبراز الوضعية أو المركز القانوني للمتعامل الاقتصادي، من خلال المعاملات التعاقدية ضمن النظام القانوني للصفقات العمومية.

تمت **صياغة إشكالية الدراسة** على النحو الذي يثير التساؤل عن الوضعية القانونية، التي يبنيها المشرع الجزائري للمتعامل الاقتصادي على ضوء قانون الصفقات العمومية ، إنطلاقا من فكرة تباين المراكز القانونية لكلا الطرفين ، المتعامل الاقتصادي من جهة ، والادارة المتعاقدة من جهة اخرى ، وظهور أحدهم في مركز الضعف خاصة في مجال الصفقات العمومية.

لمعالجة موضوع البحث ، تم الاعتماد على **المنهج الوصفي والتحليلي** نظرا لطبيعة الموضوع، بغية توضيح النصوص القانونية ، التي تتعلق بالتزامات وحقوق المتعامل المتعاقد، وخاصة الأحكام المحددة في المرسوم الرئاسي **15-247** ،ولدراسة الموضوع من مختلف جوانبه ، تم اعتماد **خطة ثنائية** من فصلين للإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه، حيث يتضمن الفصل الأول:

موقع المتعامل الاقتصادي في إطار قانون الصفقات العمومية ، في حين يتضمن الفصل الثاني سلطة الإدارة في مواجهة المتعامل الإقتصادي بموجب قانون الصفقات العمومية .

الفصل الأول

موقع المتعامل الاقتصادي في إطار قانون الصفقات العمومية

الفصل الأول : موقع المتعامل الإقتصادي في إطار قانون الصفقات العمومية

دراسة المركز القانوني للمتعامل الاقتصادي في قانون الصفقات العمومية ،يرتكز أساسا على ضرورة الإشارة الى أن المشرع حدد بموجب قانون الصفقات العمومية ، طرق اختياره كوظيفة أساسية من وظائف الدولة، وهي الوقاية من الفساد ومكافحته ، ذلك أن إعطاء الحرية الكاملة للإدارة في اختياره من شأنه فتح المجال الواسع لارتكاب جرائم القانون العام عامة ،وجرائم القانون الخاص خاصة لذلك قام المشرع بموجب المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، بتقيد الإدارة عند التعاقد ،من خلال المادة 36 وما يليها ،بطرق محددة تأخذ شكل المنافسة كأصل وشكل التراضي كاستثناء[2].

تكتسي كيفية اختيار المتعامل المتعاقد أهمية كبيرة ، لأن الإدارة مجبرة على منح الصفقة للمتعامل الذي قدم أفضل عرض، فأسلوب اختيار أفضل وأكفئ عارض لايمكن أن يتم إلا وفق إدراج قاعدة هامة، ألا وهي الدعوة إلى المنافسة التي اعتمدت في قوانين الصفقات العمومية، تماشيا مع التوجهات السياسية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد، منذ مطلع التسعينيات.

تبعا لذلك فإن المشرع اعتمد في هذا المرسوم على أسلوبين لاختيار المتعامل المتعاقد وتتمثلان في طلب العروض كقاعدة عامة وتعد بمثابة الدعوة الى المنافسة .

تجسيدا لمبدأ الشفافية والمساواة بين المتنافسين ، في حين يشكل التراضي الإستثناء في إبرام الصفقات العمومية ، تعد هذه الأساليب والطرق كضمانة هامة لمواجهة سلطات وتعسف الإدارة، حيث أولى المشرع اهتماما كبيرا لاختيار المتعامل المتعاقد ،إذ أصبح طلب العروض مجالا واسعا لإستقطاب عروض متعددة، من المترشحين، ومن خلاله تتمكن الإدارة من اختيار أفضل العارضين، مروا بعدة مراحل و إجراءات محددة مسبقا.

تكريسا لمبدأ المنافسة و المساواة و الشفافية، وهي كضمانات تصب في مصلحة المتعامل المتعاقد، ولقد فتح المنظم الجزائري المجال واسعا للمنافسة، لتوسيع نطاق الإختيار، وفق أسلوب طلبات العروض، بمعايير مالية و فنية، تكون محددة في دفتر الشروط، أما التراضي فهو الأسلوب الثاني للاختيار و ذو طابع إستثنائي، وحصره المنظم في حالات محددة، وغالبا ما يتم إقترانه بحالة الاستعجال الملح ، باستقراء نصوص القانون المذكور اعلاه يستشف ،أن مجرد دخول المتعامل الاقتصادي موضوع الدراسة والبحث إلى مرحلة إبرام عقد الصفقة العمومية ، يلقي هذا الأخير على عاتقه مجموعة

[2] انظر المادة 36 ومايليها، المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق الذكر .

من الالتزامات ، كما يمنحه الحقوق ، ناهيك عن فرضه مجموعة من الضمانات التي يفرض عليه تقديمها للإدارة المتعاقد معها ، وهو ما سيتم تفصيله في هذا الفصل من خلال تقسيمه إلى ثلاث مباحث تضمن الأول الالتزامات ، والثاني الحقوق ، أما الثالث يتناول مجموع الضمانات المفروضة عليه في مواجهة المصلحة المتعاقدة.

المبحث الأول :الوضعية القانونية للمتعامل الاقتصادي في قانون الصفقات العمومية

الوضعية القانونية للمتعامل الاقتصادي في قانون الصفقات العمومية، يقابلها أدائه للالتزامات التعاقدية، المحددة في دفتر الشروط ،فالمشرع قد حمله التزامات منصوص عليها قانونا ،وذلك يكون بعد توقيعه للعقد مباشرة مع المصلحة المتعاقدة ، وكل هذا من شأنه ضمان حسن تسيير المال العام والمحافظة على عليه ، والمساهمة في إحداث قفزة اقتصادية ، على اعتبار أن الاقتصاد هو العامل الرئيسي للاستقرار السياسي في الدولة.

استنادا للقواعد العامة التي ترعى تنفيذ العقود، يتعين على المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزاماته التعاقدية وفقا لمتدرجات العقد، وبالإضافة إلى ذلك يتعين على المتعاقد مـع الإدارة

احترام دفاتر الشروط ، باعتبارها تشكل جزءا من العقد الإداري، وضرورة الإلتزام بما توجهه

إليه الإدارة من تعليمات خاصة بالتنفيذ ، في الحدود المقررة لها حسب مبادئ القانون العام وهذا الالتزام بالتنفيذ لا يعفى منه المتعاقد إلا إذا تبين أن أداء الالتزام قد استحال لسبب أجنبي لايد له فيه كالقوة القاهرة أو خطأ الدائن.

تتباين هذه الاخيرة بين الالتزام بالتنفيذ التقني للصفقة ،وهو ما سيتم التطرق اليه في المطلب

الأول ، والطابع الشخصي للالتزام بالتنفيذ في المطلب الثاني.

المطلب الاول: الالتزام بالتنفيذ التقني للصفقة

التزام المتعامل الاقتصادي بالتنفيذ التقني للصفقة ، يتطلب منه التزامه بالإستمرار في التنفيذ

[1] مع مراعاة المدة المحددة في الصفقة ، مهما كانت الأوضاع – إلا في الحالات الاستثنائية – فإنه قد يطرأ أثناء تنفيذ العقد ما يحول دون ذلك عند وفاة المتعاقد أو إفلاسه، وهو ما ينعكس أثره على العقد، فكيف يمكن الاستمرار.

مما يطرح الاشكال في تنفيذ العقد الإداري عند وفاة المتعاقد مع الإدارة وعند إفلاسه كذلك؟

تعتبر المدة في العقد شرطا جوهريا ولاسيما في العقود الإدارية الصفقة العمومية في ذلك أن العقد الإداري يتعلق بسير المرفق العام بانتظام وباضطراد.

[1]راجع عباد صوفيه ، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية ، الجزائر ، مذكرة تخرج ماجستير ، جامعة باجي مختار عنابة ، ص121

الفرع الأول : الاستمرار في تنفيذ العقد

تستند عملية منح الصفقة للمتعامل أساسا ،على عوامل ترتبط بالإمكانيات المادية والمؤهلات العلمية ،والقدرات المالية والخبرة ،التي يتسم ويتمتع بها شخص المتعامل ، ومن ثمة فإن الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول ، سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد أو أثناء تنفيذ الصفقة.

إذا كان المتعاقد مع الإدارة ،ملزما بتنفيذ التزاماته التعاقدية والاستمرارية في التنفيذ مهما كانت الأوضاع – إلا في الحالات الاستثنائية – فإنه قد يطرأ أثناء تنفيذ العقد ، ما يحول دون ذلك عند وفاة المتعاقد أو تعرض مقاولته لصعوبات مادية تؤدي بها إلى التوقف عن الدفع، وهو ما ينعكس أثره على العقد.[1]

تطرح مسألة وفاة المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد مصير متابعة تنفيذ العقد، ففي حالة موت المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ، في هذه الحالة يتم الرجوع أولا إلى شروط الصفقة العمومية فإذا لم يوجد أي بند يتناوله يتم الرجوع إلى دفاتر الشروط لترتيب الآثار التي تتولد عن هذه الواقعة فيكون للإدارة الحق في فسخ الصفقة، ويمكن أن يلتزم ورثة المتوفى بالاستمرار في تنفيذ التزامات مورثهم المتوفى ، إذ لم تفسخ الإدارة الصفقة أما في حالة إفلاس المتعاقد وإقرار ذلك بحكم قضائي مع غل يد المتعاقد المفلس عن إرادة أمواله ، فإنه لا يمكن إطلاقا للمتعاقد المفلس متابعة تنفيذ العقد.

إلا أن هذا المبدأ العام يدخل عليه استثناء، أنه في حالة إفلاس المتعامل المتعاقد، يمكن للإدارة قبول عرض الدائنين بإتمام تنفيذ العقد، حيث يلجأ دائنو المتعاقد المفلس إلى ذلك ،عندما يكون في إتمام العمل زيادة في أموال المتعاقد المفلس ، مما ينعكس إيجابا لاستعادة قسم أكبر من ديونهم ،وضمان استمرار العقد الإداري ، ويترتب عن التصفية القضائية لممتلكات المقاول ، فسخ الصفقة بقوة القانون وبدون تعويض ، ما عدا إذا قبلت السلطة المختصة قيام السنديك بمتابعة أشغال المقاولة ،بناء على ترخيص له من السلطة القضائية المختصة ، بمواصلة إستغلال المقاولة ، وتبعا للعروض التي يتقدم بها السنديك المذكور لمواصلة تنفيذ الصفقة[2].

[1] مجلة القانون والأعمال عرض تحت عنوان : تنفيذ الصفقات العمومية
https://www.droitetentreprise.com/19750 27 ماي 2020
[2] مجلة القانون والأعمال عرض تحت عنوان : تنفيذ الصفقات العمومية
https://www.droitetentreprise.com/19750 27 ماي 2020

الفرع الثاني: الإلتزام بالمدة المحددة في الصفقة

تعد مدة تنفيذ الصفقة العمومية ، من أحد مظاهر العقد الإداري، وترتبط بالخدمة العامة، وبحسن سير المرفق العام لأداء وظائفه المنوطة به، ومن هنا وجب على المتعامل المتعاقد تنفيذ موضوع العقد، أو الصفقة في المدة المحددة ، ولا يمكنه تجاوزها ويترتب عن مخالفته هذه أن يعطى للإدارة توقيع عقوبة التأخير ، كما يمكنها أن تقوم بفسخ العقد ، ويتحمل المتعامل المتعاقد النتائج القانونية المترتبة عن ذلك.

يحدد دفتر التعليمات الخاصة بكل عقد ،الآجال التي يجب على المتعامل المتعاقد بمقتضاها تنفيذ الأشغال كما يحدد تاريخ بداية الآجال بصورة تعاقدية[1].

المطلب الثاني :الطابع الشخصي للإلتزام بالتنفيذ

القاعدة العامة أن المتعامل المتعاقد يتولى شخصيا مهمة إنجاز الصفقة المتعاقد عليها، ذلك أن المصلحة المتعاقدة تراعي اعتبارات عديدة في إختيارها للطرف المتعاقد ، بالنظر إلى صلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام ، فإن الإدارة تراعي اعتبارات خاصة فيما يتعلق بالمتعاقد معها ، سواء من حيث الكفاية المالية ، أو المقدرة الفنية ، أو حسن السمعة أو الجنسية، أي أن الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد أو تنفيذ الصفقة.[2]

بمعنى أنه يقوم بإنجاز الأشغال المحددة في الصفقة من طرفه شخصيا ،وبواسطة أمواله الخاصة من أجهزة ، آلات ، كفاءات، عمال ..... الخ ، بطريق سليمة وبعناية تامة ، وما يبرر ذلك هو أن الصفقات العمومية مثلها مثل باقي العقود الإدارية، يتم انعقادها مع الأخذ بعين الاعتبار شخصية المتعاقدة وذلك من اجل تفادي الغش في قواعد إبرام الصفقات العمومية ، كأن تتقدم شركة معروفة وكبيرة بالمشاركة في جميع طلبات العروض المنشورة للتنافس بذلك مع باقي الشركات ، ثم تقوم بعد الفوز بها بالتنازل عن هذه الصفقات إلى شركات أخرى ،قد تكون أقل خبرة منها أو التملك نفس إمكانيات الشركة الأولى دفتر الشروط لسنة 1964، ذلك أن السمسرة في الصفقات العمومية ممنوعة المادة 11 منه.

---

[1]-راجع عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر، ط1،جسور للنشر و التوزيع، الجزائر،2007.ص 176ومايليها ،

[2]راجع عبد العزيز السيد الخوري"مذكرات في العقد الإداري"مجلة هيئة قضايا الدولة،العدد1، يناير-مارس1989،صفحة43.

يترتب عن قاعدة الالتزام الشخصي بالتنفيذ النتائج التالية:

الفرع الاول: اللجوء الى التعامل الثانوي

يقصد بالتعامل الثانوي أن يمتنع على المتعامل المتعاقد ، وأن يحل غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية أو تنفيذ بعض هذه الالتزامات وهذا لا يتم إلا بموافقة الإدارة مقدما.

بتطبيق المبادئ المشتركة في العقود الإدارية ، فإن التنازلات يجب أن تكون موضوع ترخيص مسبق وصريح من الادارة[1].

حيث نصت المادة 11 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أن التعاقد من الباطن أو إجراء المساهمة محظور بدون ترخيص .

لذا لا يجوز للمتعامل المتعاقد أن يتنازل على جزء أو أكثر من مؤسسته إلى المتعاقدين من الباطن أو المساهمة بها في شركة أو مجموعة شركات دون ترخيص صريح من الإدارة كما تنص المادة109 فقرة02 من المرسوم الرئاسي10-236 على ما يلي « :ينبغي أن يحظى إختيار كل متعامل ثانوي وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما ».[2]

يستنتج من نص المادة 109 بأن: المتعامل المتعاقد هو الذي يقترح المتعامل الثانوي أو المتعاقد من الباطن، والإدارة أن توافق على رغبة المتعامل المتعاقد في التنازل عن عقده أو التعامل الثانوي.

المشرع الجزائري لم ينص ، على الأشكال والإجراءات التي بمقتضاها الموافقة على المتعاقد من الباطن، غير أن هذه الموافقة يجب أن تكون صريحة، طبقا لنص المادة 11فقرة 01 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة [3].

المسلم به، أن السلطة التي تملك الموافقة على التعاقد الثانوي، هي السلطة التي تملك إبرام الصفقة الأصلية ما لم ينص المشرع على ذلك ويشمل التعامل الثانوي جزءا من موضوع الصفقة ، وهذا ما نصت عليه المادة 107 من المرسوم الرئاسي 10-236 ويقصد بهذا الشرط، أنه لا يمكن للمتعامل المتعاقد أن يتعاقد من الباطن على كل موضوع الصفقة، ويتعلق المجال الرئيسي لتدخل المتعاقد من

[1] راجع سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية،ط. 5،دار الفكر العربي،1991 ،صفحة433.
[2] انظر المادة109 فقرة02 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 17أكتوبر 2007 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية،جريدة رسمية عدد58.
[3] انظرالمادة 11 فقرة1 من دفتر الشروط الإدارية العامة، القرار المؤرخ في 21-11-1964 المتضمن الموافقة على دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الاسغال الخاصة بوزارة البناء والاشغال العمومية جريدة رسمية العدد06 المؤرخة في 19 يناير1956

الباطن بالخدمات المحددة والمنصوص عليها صراحة في الصفقة، وكنتيجة لذلك، فإن كل مخالفة لهذه القاعدة يجب أن تكون موضوع ملحق مصادق عليه من طرف لجنة الصفقات المختصة[1]

الفرع الثاني :الطبيعة القانونية للعقد الذي يربط بين المتعامل الثانوي والمتعامل الأصلي

ذهبت أغلب المذاهب الفقهية ،إلى اعتبار أن العقد من الباطن هو العقد الذي يسري على عقد المناولة، مع ذلك لم تتناول الدراسات الفقهية العقد من الباطن كمفهوم قانوني مجرد إلامع القرن العشرين ، باستقراء المادة 140من قانون الصفقات العمومية ، نجدها تنص على أنه يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة ، منح تنفيذ جزء من الصفقة ،لمناول بواسطة عقد مناولة حسب الشروط المنصوص

عليها في هذا المرسوم ،ومهما يكن من أمر، لا يمكن أن تتجاوز المناولة أربعين في المائة 40 %من المبلغ الإجمالي للصفقة، ولا يمكن أن تكون صفقات اللوازم العادية محل مناولة ، ويقصد باللوازم العادية اللوازم الموجودة في السوق التي هي غير مصنعة ، استنادا إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة"[2]

[1] انظر المادة 107 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 17كتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 58

[2] انظرالمادة 140من قانون الصفقات العمومية -المرسوم الرئاسي رقم 15-247المؤرخ في 16سبتمبر 2015المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50 ،لسنة 2015

المبحث الثاني: الوضعية المالية للمتعامل الإقتصادي في قانون الصفقات العمومية

يتمتع المتعامل المتعاقد مع الإدارة بجملة من الحقوق ، وهذا وفق شروط العقد، وتتمثل هذه الحقوق في العائد المالي الذي يتقاضاه مقابل تنفيذه لموضوع الصفقة، ويكون هذا حسب طبيعة الصفقة ووفق الكيفية المحددة قانونا، في حين يجب على المصلحة المتعاقدة مساعدة المتعاقد معها، إذا ما حدثت صعوبات تجعل تنفيذ عقد الصفقة مرهقا وشاقا بالنسبة إليه، ذلك ما تنبه له المشرع وعالجها من خلال إصداره للعديد من القوانين في مجال الصفقات العمومية ، من أجل مساعدة المتعامل المتعاقد مع وقيامه بالتنفيذ الجيد للصفقة ، وذلك من خلال مبادرة الإدارة المعنية ، بتقديم تسبيقات إلى المتعامل

المتعاقد، لآن الهدف المنشود هو ضمان استمرار تنفيذ الصفقة ، لتحقيق سير مصلحة المرفق العام وهو ما سيتم تفصيله في المطلبين الأول والثاني على التوالي:

المطلب الأول: الحق في الحصول على المقابل المالي

حق المتعامل في المقابل المالي، يعتبر من الحقوق التي يتمتع بها إزاء تنفيذه لعقد الصفقة، وبالتالي فهو يهدف من خلال تعاقده مع الإدارة ، إلى تحقيق عائد مادي، من خلال المكاسب المالية، التي يحصل عليها أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية ،وقد أولى المشرع الجزائري اهتمام كبير لتنظيم الأسعار، وكيفية دفع المقابل المالي في الصفقة العمومية، كونها مرتبطة بالمال العام، والنفقات العمومية وبالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام، نجد أن المنظم قد أعطى أهمية لهذا الحق ، و ذلك من خلال المادة108 ، والتي نصت على كل طرق ، وكيفيات التسوية المالية للصفقة، حيث تتم الصفقة المالية بدفع التسبيقات و /أو الدفع على الحساب، وبالتسويات على الرصيد الحساب.

حيث يتم تحديد الثمن أو السعر المقدم من طرف المتعامل المتعاقد مع الإدارة، والتي تكتفي بقبوله أو رفضه، بعد مقارنته بغيره من العروض، وبالأثمان السابق التعامل بها[1].

الفرع الأول: دفع المقابل المالي:

خصص المشرع تسعة عشرة 19مادة، لكيفيات الدفع ، لأن الأمر يتعلق بالخزينة العامة للدولة من جهة، كما يتعلق بحق المتعامل المتعاقد من جهة أخرى ، إلا أن القاعدة العامة تقتضي أن المتعامل

[1] انظر المادة 108 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ،المرجع السابق

المتعاقد، لا يتقاضى المقابل المالي، إلا بعد الانجاز الفعلي للأشغال ولهذا وجب التأكد من حسن التنفيذ وأداء الخدمة قبيل اتخاذ إجراء تحويل المال لصالح المتعامل المتعاقد[1].

الفرع الثاني كيفيات الدفع

التسوية المالية للصفقة تتم بالكيفيات التالية: بدفع التسبيقات أو دفع على الحساب، أو بالتسويات على رصيد الحساب.

-أولا التسبيق : هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات، موضوع عقد الصفقة، وبدون مقابل، للتنفيذ المادي للخدمة، بما يعني أن المتعامل المتعاقد لم يباشر بعد الخدمة موضوع الصفقة، ورغم ذلك تبادر الإدارة المعنية بالتعاقد بدفع تسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل المتعاقد، وهذا بهدف مساعدته على مباشرة الاعمال والوفاء بالأعباء المالية، ويمكنه هذا التسبيق من توفير المواد التي يتطلبها تنفيذ الصفقة.

التسبيقات لا يمكن دفعها للمتعامل المتعاقد مع الادارة المتعاقدة، إلا إذا قدم هذا الأخير بصفة مسبقة تقديم كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات يصدرها إما بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية وهذا بالنسبة للمتعهدين الجزائريين، أما إذا كان المتعاقد أجنبي، فإنه تصدر كفالة من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

ثانيا : الدفع على الحساب: هو كل دفع تقوم به الإدارة المتعاقدة، مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة، وهو عبارة عن قسط من المال يدفع مقابل تنفيذ موضوع الصفقة ،كقيام المقاول بالإنجاز الفعلي لجزء من الأشغال، ببناء بعض المساكن مثال، أو تسليم المورد للإدارة بعض التجهيزات المكتبية في عقد التور يد ،ومثالها كأن نتصور أن المتعامل المتعاقد نفذ 30 % من موضوع الصفقة و يطالب بالدفع على الحساب لهذه القيمة.

[1] -أنظر المادة07 من المرسوم التنفيذي 97-268المؤرخ في 21-07-1997،الذي يحدد الاجراءات المتعلقة بالالتزام بالنفقات و تنفيذها، ويضبط صلاحيات الآمرين بالصرف، ومسؤولياتهم، الجريدة الرسمية، العدد 48 ،لسنة 1997.

ثالثا التسوية على رصيد الحساب:

حسب نص المادة 108 الفقرة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فإن التسو ية على رصيد الحساب هي ":الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في عقد الصفقة بعد التنفيذ الكامل مع رضا الطرفين لموضوعها"[1].

المطلب الثاني:الحق في التعويض واعادة التوازن المالي

قد يتعرض المتعامل المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه لعقد الصفقة، في بعض الحاالت إلى حوادث غير متوقعة، تؤدي إلى عدم التوازن بين التزاماته وحقوقه، والتي قد تهدد بالتوقف عن العمل إفلاسه ايضا، كما قد يتعلق الأمر بظروف ال دخل للإدارة فيها، ولكنها تنعكس أيضا على التوازن المالي للعقد، أو ما يسمى كذلك بالمعادلة المالية للعقد، فال يتحمل المتعاقد وحده كل الأعباء الإضافية الناشئة عن تلك الظروف الغير متوقعة، دون مشاركة الإدارة، لذلك اعترف القضاء الإداري للمتعامل المتعاقد بحقه، في إعادة التوازن المالي للعقد، فبالإضافة الى حق المتعامل الاقتصادي في الحصول على المقابل المادي ، يمنح القانون له ايضا الحق في الحصول على التعويض، واعادة التوازن المالي للعقد في حال اذا ما طرأت ظروف تحول بالمتعاقد الى التوقف عن التنفيذ وهو ما سيتم توضيحه على النحو التالي :

الفرع الاول: الحق في اقتضاء التعويض

قد ينجز المتعامل المتعاقد أعمالا غير منصوص عليها في العقد، إلا أن تنفيذها يمثل ضرورة تصب في مصلحة الإدارة، فيجب على الإدارة دفع التعويض للمتعامل المتعاقد عن هذه الأعمال المنجزة عند قيامه بتنفيذ التزاماته التعاقدية ، على نحو يلحق به الضرر، ويحق للمتعامل المتعاقد أن يطالب الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به أثناء تنفيذه للعقد الإداري، ويكون أساس هذا التعويض إما على أساس خطأ الإدارة والمتمثلة في المسؤولية التقصيرية واما على أساس نظرية الإثراء بلا سبب.

أولا : التعويض على أساس خطأ الإدارة

تقوم المسؤولية على أساس الخطأ ،على ثلاث أركان: الخطأ، الضرر، العلاقة السببية، وفي حالة إذا كان الخطأ مشتركا بين الادارة و المتعامل المتعاقد معها.

[1] انظر المادة 108-من المرسوم الرئاسي 15-247.السابق الذكر

فالسلطة التقديرية للقاضي، يحدد من خلالها نصيب كل من المسؤولين عن الخطأ في التعويض يجب على المتعامل المتعاقد وفي كل الحالات أن يثبت أمام القضاء ، إما خطأ الإدارة، أو تجاوزها لأحد البنود المنصوص عليها في العقد للمطالبة بالتعويض أو عند قيامه بأعمال ثانوية أو تحمل أعباء إضافية[1]

ثانيا: التعويض على أساس الإثراء بلا سبب

قد تكون الأعمال الإضافية التي نفذها المتعامل المتعاقد مفيدة، مما يؤدي إلى إثراء الإدارة وافتقار المتعامل المتعاقد، في هذه الحالة يمكن للمتعامل المتعاقد مطالبة الإدارة بتعويضه عن تكلفة

هذه الأعمال والخدمات و يثور التساؤل عن ما يقوم به المتعامل المتعاقد مع الإدارة، من أعمال و خدمات غير منصوص عنها في العقد ، وعادت بالنفع و الفائدة على الإدارة....، فما حكم

هذه الأعمال وما مدى جواز مطالبة المتعاقد بقيمتها؟.

الأصل لا يجوز للمتعامل أن يقوم بتنفيذ أي أعمال إضافية على المرفق العام، فقد يكون من شأنها إلحاق الضرر بالمرفق، أو الخروج به عن غايته أو هدفه، ففي هذه الحالة تأمر الإدارة المتعامل المتعاقد معها، بإعادة الحال إلى ما كان عليه، ويطالب الإدارة بالتعويض على تلك الأعمال، على أساس الإثراء بلا سبب.

الفرع الثاني: حق المتعامل المتعاقد في إعادة التوازن المالي للصفقة

قد يتعرض المتعامل المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه لعقد الصفقة، في بعض الإحالة إلى حوادث غير متوقعة، تؤدي إلى عدم التوازن بين التزاماته وحقوقه يرجع الإخلال بالتوازن المالي إما باستخدام الإدارة لسلطتها في تعديل العقد، أو إلى ما ينجر على تنفيذ العقد من عوارض، تتمثل في فعل الأمير وتسمى أيضا بنظرية المخاطر الاقتصادية اولا والظروف الطارئة ثانيا والصعوبات المادية الغير متوقعة ثالثا التي تحصل أثناء التنفيذ[2].

ضف إلى ذلك مراجعة الأسعار، كحق معترف به قانونا للمتعامل الإقتصادي ، يندرج هو الآخر ويتفرع عن حقه في عادة التوازن المالي للعقد رابعا.

[1] Vedel George,droit administratif,4éd,paris,1968,p226
[2] Trotabas Louis, Manuel de droit public et administratif.17ed,paris,1971, 256.

أولا :نظرية فعل الأمير

يقصد بنظرية فعل الأمير كل عمل أو إجراء مشروع يصدر من السلطة الإدارية، فيؤدي إلى زيادة الأعباء المالية ، و الأضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد أو هي عبارة عن جميع الأعمال الإدارية المشروعة ، الصادرة عن السلطة العامة في الدولة، سواء كانت الجهة المتعاقدة أو سلطة

أخرى في الدولة، وتؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته، وذهب البعض إلى تعريف فعل الأمير بصفة عامة بأنه عمل يصدر من سلطة عامة بدون خطأ منها، ينجر عنه إختلال في المركز المالي للمتعامل المتعاقد في العقد الإداري ، فيؤدي بذلك إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعامل المتعاقد من الأضرار التي تلحق به، من جراء ذلك، مما يعيب التوازن المالي للعقد وتعتبر نظرية فعل الأمير من النظريات التي اخذ بها المشرع الجزائري حيث نجد أساسها القانوني في المادة 155من المرسوم الرئاسي12 -23 المعدل والمتمم[1].

يتضح لنا من تعريف هذه النظرية أن تطبيقها يتطلب توافر ثالثة شروط أساسية و هي:

صدور العمل الذي تسبب في الخلل المالي للمتعامل المتعاقد عن الإدارة المتعاقدة نفسها، ويعني هذا ان إخلال التوازن المالي بسبب فعل صادر من جهة المصلحة المتعاقدة، وبالتالي إذا صدر القرار من جهة إدارية أخرى ، فلا يمكن في هذه الحالة تطبيق نظرية فعل الأمير لا من طرف الإدارة المتعاقدة فقط، مما ينجم عن ذلك آثارا مالية، تتمثل في حق المتعاقد بالمطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد.[2]

العمل القانوني الصادر عن الإدارة المتعاقدة يجب أن لايكون مخالفا للنظام العام، ويعني أن يكون العمل

القانوني الصادر من الإدارة مشروعا، ويكون في صورة أعمال قانونية كإصدار قانون أو لائحة

تنظيمية من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة، أما إذا صدر العمل القانوني من هذه الأخيرة، وكان غير مشروع جاز للطرف الآخر المتعامل المتعاقد اللجوء إلى القضاء و مساءلتها، طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية كأن يؤدي العمل الصادر عن الإدارة المتعاقدة، إلى قلب اقتصاديات العقد فيترتب عن هذا العمل، أو التصرف التي تقوم به الإدارة زيادة، أو ارتفاع تكاليف الصفقة، مما يؤثر على المركز المالي للمتعامل المتعاقد، فيسبب له ضررا ماليا، هذا ما يجعل تنفيذ عقد الصفقة أمرا مرهقا رغم أنه لم يعد

[1] انظر المرسوم الرئاسي رقم 12-23المؤرخ في 18\1\2012 رقم 10- 236المؤرخ في 7/ 10 /2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد4 لسنة2012

[2] أنظر المادة 155 من المرسوم الرئاسي 12-23 ، السابق الذكر

مستحيلا فإذا توفرت هذه الشروط الثلاثة السالفة الذكر جاز للمتعامل المتعاقد مع الإدارة المطالبة بالمبالغ المالية والتعويض عن الأضرار التي أصابت المتعامل المتعاقد نتيجة عمل تدخل الإدارة.

كما يجب أن يكون تعويض الإدارة كاملا يغطي الخسائر التي لحقت المتعاقد من ضرر[1]

ثانيا: نظرية الظروف الطارئة:

الظروف الطارئة هي ظهور حوادث طبيعية كانت أم اقتصادية، خلال تنفيذ العقد الإداري، وكان من شأن تلك الحوادث أو الظروف أن تلحق بالمتعاقد خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا مما يهدد المرفق العام بالتوقف، ويترتب على هذا التزام الإدارة بمشاركة المتعامل المتعاقد معها ، في تحمل نصيب من الخسارة التي لحقته خلال فترة قيام الظروف الطارئة، ولتطبيق هذه النظرية يجب توفر ثلاث شروط أساسية و المتمثلة فيما يلي:

-**وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد،** يشتر ط في هذا الظرف الطارئ ظروفا غير متوقعة، لا في دفتر الشروط، ولا من الدراسة الأولية للمشروع[2]

فقد يكون هذا الظرف ظاهرة طبيعية، كفيضانات أو زلازل أو براكين، وقد يكون ظروف اقتصادية ،أدت إلى ارتفاع الأسعار لبعض المواد المستعملة، كما لا يجب أن يكون هذا الظرف الطارئ قبل إبرام العقد.

ب_ أن يكون الظرف الطارئ خارج عن إرادة الطرفين: يشترط في هذا الحدث الطارئ أن يكون خارج إرادة المتعاقدين، ويكون مستقال عن إرادتهما

ج_ أن يؤدي الظرف الطارئ إلى خسائر واخلال التوازن المالي للعقد، ويقصد به الظروف الطارئة التي تؤدي إلى قلب الوضع الاقتصادي للمتعامل المتعاقد تنجم عنها خسائر غير طبيعية و غير مألوفة، على ألا تجعل هذه الظروف تنفيذ التزام العقد مستحيلا، ولكنه مرهقا بمعنى ألا تؤدي هذه الظروف الطارئة إلى مجرد خسائر محتملة أو الحرمان من الأرباح، او التوقف عن النشاط مستقبلا فإن توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة لا يعطي للمتعاقد مع الإدارة مبررا للتوقف عن الوفاء

[1] راجع علي الدين زيدان، محمد السيد أحمد، القانون الإداري دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002 ،ص 225
[2] راجع محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ و أحكام القانون الإداري، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي - الحقوقية،2003ص 543 .

بالتزاماته التعاقدية ، وبمواصلة التنفيذ وعدم التوقف عن العمل تطبيقا لمبدأ الاستمرارية، فالمتعامل الاقتصادي يبقى ملزما بالاستمرار في تنفيذ الصفقة[1].

يتمثل الأساس القانوني لهذه النظرية في المادة 107 من القانون المدني الجزائري[2].

ثالثا: الصعوبات المادية الغير متوقعة

تتمثل الصعوبات المادية غير المتوقعة في تلك الصعوبات الإستثنائية التي تواجه المتعامل

المتعاقد مع الإدارة حال تنفيذه لالتزامه التعاقدي، بحيث لم يكن بوسع المتعاقدان توقعها أثناء إبرام العقد، فيكون تنفيذ العقد في ظل وجود هذه الصعوبات أكثر إرهاقا وتكلفة، الأمر الذي يلزم الجهة الإدارية المتعاقدة بتعويض المتعامل المتعاقد معها تعويضا كاملا من جراء الأضرار التي لحقت به وتكون في شكل زيادة حقوقه المالية مقابل التزاماته العقدية[3].

مضمون هذه النظرية بالإجماع الفقهي والقضائي يتحدد ، على اساس أنه إذا اعترضت تنفيذ التزامات الصفقة العمومية، صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية، لم يكن بوسع المتعامل المتعاقد توقعها عند إبرام العقد بحيث تجعل التنفيذ فيه صعبا، وأكثر كلفة إلا انه ليس مستحيلا، فإن الأضرار التي تلحقه تبعا لذلك تمكنه من المطالبة بالاستفادة من اثار الصعوبات المادية الغير متوقعة [4].

لكي تطبق هذه النظرية يجب أن تتوافر في الصعوبات المادية، التي يصادفها المتعاقد أثناء التنفيذ شروط معينة، يقررها القاضي الإداري، لجبر الخسائر، بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة ،وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

يجب أن تكون ذات طبيعة مادية بحتة، مما يؤدي إلى زيادة النفقة و المصاريف على المتعامل المتعاقد ،مما يجعله مرهقا و يصعب عليه تنفيذ الصفقة مما يوجب التعويض أن لا تكون الصعوبات المادية بسبب أحد أن لا يجب أن تكون، الصعوبات المادية بسبب أحد الطرفين المتعاقدين، وان تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية ،وان تكون الصعوبات المادية ذو طابع استثنائي من نوع غير مألوف ولا تنتمي إلى طائفة المخاطر ذات طبيعة عادية

[1] راجع عبد الحميد الشواربي العقد الإداري في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية ،2003،ص،58
[2] أنظر المادة 107 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، الجريدة الرسمية، العدد 78 لسنة 1975
[3] راجع الشرقاوي سعاد،العقود الإدارية، (د.ط)،دار النهضة العربية،القاهرة، 200 ،ص. 541
[4] راجع عباد صوفيه ، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية (رسالة ماجيستير)، جامعة باجي مختار عنابة، 2011، ص، 78

رابعا : مراجعة الأسعار

باستقراء مواد المرسوم الرئاسي رقم 10- 236يلاحظ انه اكتفي فقط بتحديد شروط السعر القابل للمراجعة في الصفقة، دون تعريفه وإعمال هاته الشروط يفيد أن السعر الإبتدائي في الصفقة لم يعد صالحا نظرا للظروف الطارئة على هاته الأخيرة والمتعامل كان بصدد تنفيذها[1].

فالهدف من إعمال مراجعة السعر هو جعل السعر متناسبا مع الظروف الجديدة ،المحددة في العقد نظرا لكونها قد تكون معلومة لدى الطرفين ، مما يجعل تحديد السعر يكون إما سابقا لحدوث الظرف أو بعده[2].

أ - موضوع المراجعة

مبدئيا المراجعة لا تنصب الا على جزء من الصفقة الا انه يمكن ان تنصب على الصفقة كاملة عندما تكون التغيرات مباشرة بعد الامر بالتنفيذ ولا يمكن اعمال مراجعة السعر في الحالات التالية :

ا- في الفترة التي تغطيها آجال صلاحية العرض في الفترة التي تغطيها بند تحيين الاسعار، عند الإقتضاء اكثر من مرة واحدة كل 3 اشهر[3].

ب-صيغة المراجعة

لا يمكن أن يكون السعر قابلا للمراجعة ،إلا إذا كان محل اتفاق يدرج كبند في بيانات الصفقة وتتضمنه بشكل صريح ،بحيث يتم الاتفاق على صيغة رقمية جبرية للمراجعة ،تأخذ بعين الاعتبار مختلف العناصر المكونة للسعر كونها لا تخضع لمبدأ سلطان الارادة .

يلاحظ من خلال استقراء مواد قانون الصفقات العمومية ، أن المعاملات التي يجب مراعاتها في صيغ مراجعة الأسعار تتمثل فيما يلي:

[1] انظر المرسوم الرئاسي رقم 10- 236، المرجع السابق
[2] راجع معاشو عمار ،النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1989، صفحة105
[3] انظر المادة 68 من المرسوم رقم 10-236 ،المرجع السابق

المعاملات المحددة مسبقا والمذكورة في وثائق المناقصة ، نجد أن المرسوم الرئاسي 02-250في المادة 56الفقرة 03 منه ،نص على أن المعاملات المحددة مسبقا والمذكورة في وثائق المناقصة المفتوحة أو المحدودة والاستشارة الإنتقائية[1].

المعاملات المحددة باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة، عندما يتعلق الأمر بصفقة مبرمة بأسلوب التراضي[2].

ج_ تاريخ سريان المراجعة

باستقراء المادة 67من المرسوم الرئاسي 10-236، يستشف أنها تنص ضمنيا على نقطة انطلاق تطبيق بند المراجعة والتي حددت بنقطتين هما :

تاريخ سريان المراجعة يكون إنطلاقا من تاريخ إنتهاء مدة صلاحية العرض، في حالة عدم وجود تحيين للأسعار في حالة الامر بالشروع في تنفيذ الخدمات أو الأشغال عندما يكون هناك تحيينا وعليه فإن إعمال المراجعة لا يكون في جميع الأحوال إلا في فترة تنفيذ الصفقة المحددة سلفا من الطرفين[3].

[1] انظر المادة 56 من المرسوم الرئاسي 02-250 ،المؤرخ في 24جويلية 2002 ،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،جريدة رسمية ،رقم 52

[2] انظر المادة 68 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ،السابق الذكر

[3] انظر المادة 67من المرسوم الرئاسي 10-236

المبحث الثالث: الضمانات الملقاة على عاتق المتعامل الاقتصادي

على ضوء أحكام نصوص القانون الخاص بالصفقات العمومية، تلزم المصلحة المتعاقدة، بالحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها، وأحسن الشروط لتنفيذ الصفقة وتتمثل هذه الضمانات المالية في الكفالة، بناء عليه سيتم التطرق إلى الكفالة لتأمين الإدارة المتعاقدة أثناء التنفيذ في المطلب الأول وآليات تنفيذ الكفالة في المطلب الثاني.

المطلب الاول: الكفالة لتأمين الإدارة المتعاقدة أثناء التنفيذ

يلزم على المتعاقد تقديم ضمانات مالية للمصلحة المتعاقدة ، وذلك من أجل حمايتها من الأخطار التي يمكن أن تواجهها في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزامات التعاقدية ، وتحدد هذه الضمانات في دفتر الشروط وهذا ما جاءت به المادة 124من المرسوم الرئاسي 15-247 بنصها على ما يلي" يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد ضمانات الضرورية ، التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و /أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة [1].

تحدد الضمانات حسب الحالة في دفتر الشروط ، أو في الأحكام التعاقدية للصفقة، استنادا إلى الأحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها ، وتتمثل هذه الضمانات المالية في الكفالة التي نص عليها قانون الصفقات العمومية نظرا لأهميتها طبقا للأحكام والنصوص الخاصة، المنظمة للصفقات العمومية فإن الإدارة ملزمة بالحرص والعناية[2].

أشار المرسوم الرئاسي 15 -247 إلى الهدف من منح الكفالة ، والحالات التي تستدعي ذلك ، ولم يورد أي تعريف خاص بالكفالة ، إلا أنه يمكن تعريفها بأنها التزام مكتوب من طرف صندوق الصفقات العمومية أو البنوك، يتعهد بموجبه تسديد الدين الموجود على عاتق متعهد متعامل متعاقد في حالة عدم قدرته على الوفاء بالتزاماته ، ويحدد هنا الالتزام مدة الكفالة ومبلغها وأطرافها، فالمتعامل المتعاقد ملزم بأداء الكفالة لكونها ضمانا للمصلحة المتعاقدة وتنقسم إلى ثلاثة 3أنواع حسب الصفقة المبرمة وهي:

الفرع الاول كفالة التعهد :

تقوم المصلحة المتعاقدة بوضع الشروط التي تراها أكثر نجاعة، لاختيار متعامل متعاقد معها ، لذلك فهي ملزمة بأن تحدد ضمن دفتر الشروط ،كل الوثائق اللازمة للقيام بمهمتها ومن أهم ما يجب أن

[1] انظر المادة 124،من المرسوم الرئاسي 15-247 ،المرجع السابق
[2] انظر المادة 92 ،من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ،المرجع السابق

تشمل عليه التعهدات كفالة التعهد التي أشارت إليها المادة 125 من المرسوم الرئاسي ، رقم 15-247.[1]

يمكن تعريف كفالة التعهد بأنها عقد يضمنها العارض لعرضه ، وتكون لفائدة المصلحة المتعاقدة تأييدا ، وضمانا لجدية عرضه، وحسن تنفيذه الالتزامات الناتجة عن تقديمه للعرض، فهي تعد من الشروط الجوهرية التي يفرضها مبدأ المساواة بين المتعهدين، وهذه الكفالة يجب أن تفوق واحد في المائة 1%من مبلغ العرض ، وترد كفالة المتعهد الذي يقبل والذي لم يقدم طعنا بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن ، وترد كفالة المتعهد الذي قدم طعنا عند تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة.

الهدف من تقديم كفالة التعهد ، من طرف المتعهدين الراغبين في التعاقد هو أنها تضمن ملاءة المتنافس المالية ، حيث بواسطتها يمكن للمتعهد أن يثبت للإدارة من خلالها قيمة الوفرة المالية

لخزينته ومصداقية عرضه[2].

كما تضمن كفالة التعهد نية العارض في تنفيذ الصفقة لو رست طلب العروض عليه واذا لم يقم العارض بالتنفيذ، وجب مصادرة الكفالة لصالح خزينة المصلحة المتعاقدة، وأخيرا نقول أن كفالة التعهد عبارة عن تأمين أو ضمان مؤقت ، يضمن من خلالها فقط نية التنفيذ.

الفرع الثاني كفالة رد التسبيق:

هي عبارة عن مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد إلى المصلحة المتعاقدة، بواسطة بنك خاضع للقانون الجزائري ، أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، أو بنك أجنبي يعتمده بنك الجزائر.

تم النص على هذا النوع من أنواع الكفالة في المادة 110من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي :"لا تدفع التسبيقات إلا إذا قدم المتعامل المتعاقد مسبقا كفالة، بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات يصدرها بنك خاضع

للقانون الجزائري، وصندوق ضمان الصفقات العمومية بالنسبة للمتعهدين الجزائريين ، ويجب أن تصدر

كفالة المتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائري ، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى ، وتحرر هذه الكفالة حسب الصيغ التي تلاءم المصلحة المتعاقدة ، والبنك الذي تنتمي

[1] انظر المادة 125من المرسوم الرئاسي 15-247 المرجع السابق

[2] راجع هند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلب الحقوقية ،ط1 ،2005، ص 570

إليه "، وعلى هذا الأساس فإن كفالة رد التسبيقات هو عبارة عن عقد، بمقتضاه يضمن صندوق ضمان الصفقات العمومية رد المبالغ المدفوعة في شكل تسبيق، من طرف الإدارة إلى المتعامل المتعاقد، إما قبل البدء في تنفيذ الصفقة أو بعد تنفيذها[1].

الفرع الثالث كفالة حسن التنفيذ:

كفالة حسن التنفيذ عبارة عن عقد ، يلتزم بمقتضاه المتعامل المتعاقد ضمان تنفيذ للخدمات الموكلة إليه في موضوع الصفقة، وفقا لما اتفق عليه في الصفقة تنفيذا كامال ، ومطابقا تجاه المصلحة المتعاقدة ، ولقد تطرق المنظم الجزائري إلى الكفالة في المادة 140 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[2]

حيث تنص المادة 01/130 منه على ما يلي "زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110 أعلاه ، يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة، "أما بالنسبة لبعض صفقات الدراسات والخدمات، التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات قبل دفع مستحقاتها، ويحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة.

تتراوح ما بين 5%و10%من مبلغ الصفقة ، وهذا حسب أهمية الخدمات الواجب تنفيذها"، وهذا ما أوضحته المادة 130من المرسوم الرئاسي15-247[3].

كما يعفى المتعامل المتعاقد من كفالة حسن تنفيذ الصفقة ، إذا لم يتعدى أجل التنفيذ في أجل ثلاثة 13 أشهر بموجب قرار وزاري مشترك ، فيما يخص صفقات الدراسات والخدمات، مع العلم بأن الكفالة تسترجع في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للأشغال [4]

الفرع الرابع كفالة الضمان :

تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تضمن الصفقة العمومية ، بكفالة ضمان تفرضها على المتعامل المتعاقد معها لتغطية العيوب ، التي قد تترتب عن سوء تنفيذ الصفقة وتسترجع هذه الكفالة في أجل شهر

ابتداء من تاريخ التسليم النهائي ، إضافة إلى هذه الضمانات يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إليها قصد تأمين الصفقة ، كالكفالة النقدية واقتطاع الضمان وعلى العموم فإن كفالة الضمان تغطي مخاطر عيوب الإنجاز أو التنفيذ غير المكتمل من قبل المتعامل المتعاقد ، إخلالا بالتزاماته التعاقدية لموضوع

[1] أنظر المادة 110من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المرجع السابق
[2] أنظر المادة 140 المرسوم الرئاسي 15-247 ، المرجع السابق
[3] أنظر المادة130 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، المرجع السابق
[4] أنظر المادة 134 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المرجع السابق

الصفقة التي تحدث أثناء مدة الضمان التي تمتد من تاريخ محضر الاستلام المؤقت إلى تاريخ المحدد عن الاستلام النهائي[1]

المطلب الثاني: اليات تنفيذ الكفالة

لما كانت الكفالة تشكل مبلغ مالي كان لابد أن يعهد أمر توريدها إلى مؤسسة مالية تتمثل أساسا فيما يلي :

الفرع الأول: البنوك الخاضعة للقانون الجزائري

النظام البنكي مدعو للتطور السريع في آلياته ،وهذا التطور الذي يستوجب منح بنك الجزائر (البنك المركزي) سلطات حقيقية في ميدان تنظيم القرض ، والوصول إلى منافسة حقيقية بين البنوك وعلى هذا الأساس صدر أمر ينظم النقد والقرض، ومن أهم أهداف هذا الأمر هو مساعدة التطهير المالي للمؤسسات ،حيث أن تطوير العلاقة بين البنوك وزبائنها صارت تعتمد على قاعدة قابلية تسديد القرض فعلى المقترض أن يشرع في حينها بالتسديد بنفسه ، مما يعفي الدولة نهائيا من تحمل هذا العبء ويعيد للبنوك حق تقدير مقدرة زبائنها على الوفاء بمفردها [2]

الفرع الثاني: صندوق ضمان الصفقات العمومية

يعد مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري، يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ، موضوعة تحت إشراف ورقابة وزارة المالية وعهد إليه مهمة الحفاظ على تمويل المشاريع المقيدة في ميزانية الدولة ،من خلال منح ضمانات بكل الأشكال ، بحيث يسمح للمؤسسات الحصول على جميع الضمانات التي تسهل عملية انجاز الصفقات العمومية وبتنفيذها ماليا، كما يمنح كل الضمانات المطلوبة من قبل المصالح المتعاقدة، للاستفادة من التسبيقات التعاقدية المخصصة لتغطية نفقات الانجاز

للصفقات والطلبات العمومية، وعليه تعتبر الكفالة أحد أهم الضمانات التي رصدها المشرع ، لتأمين مصلحة الدارة الإدارة المتعاقدة ،حيث تضمن بها مواصلة التنفيذ في حال عسر المتعامل المتعاقد[3].

[1] راجع عباد صوفيه ، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية ، الجزائر ، مذكرة تخرج ماجستير ، جامعة باجي مختار عنابة ، ص121

[2] راجع بحري اسماعيل الضمانات في مجال الصفقات العمومية، في الجزائر ،مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، في الحقوق كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2009،ص 87

[3] راجع بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص88

ملخص الفصل الاول

تم التطرق في هذا الفصل الى دراسة موقع المتعامل الاقتصادي في اطار قانون الصفقات العمومية ، على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،حيث تم التطرق إلى الوضعية المالية للمتعامل الاقتصادي ، في المبحث الأول وتقابلها الوضعية المالية لهذا الأخير في المبحث الثاني ، وصولا إلى الضمانات الملقاة على عاتق المتعامل الاقتصادي تقديمها لمواجهة المصلحة المتعاقدة ، وعليه يسعى المتعامل الاقتصادي إلى تحقيق الربح واستهداف مصلحته الشخصية ، فهو بذلك يمتلك حقوق وضمانات تتمثل في حق الحصول على المقابل المالي ، نظير قيامه بتنفيذ بنود عقد الصفقة، وهو حق مكفول له قانونا وفق آليات الدفع على الحساب والتسوية على رصيد الحساب.

لضمان التوازن المالي لعقد الصفقة أثناء التنفيذ، جاز له إدراج نظريات المخاطر الإدارية والاقتصادية وكذلك نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بما يسمح لتنفيذ عقد الصفقة في أفضل الشروط والظروف الملائمة، دون التعرض لخسائر كبيرة تحول دون إتمام عملية التنفيذ.

كما يحق للمتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض في حالة حدوث ضرر، ولا يكون ذلك إلا بإعمال المسؤولية المدنية للمصلحة المتعاقدة، بالإضافة الى مجموع الالتزامات التي يلزم المتعامل الاقتصادي الوفاء بها على النحو الذي يؤدي الى السير الحسن لتنفيذ الصفقة من التزام بالتنفيذ التقني والتنفيذ الشخصي للصفقة وصولا الى كفالة التامين التي يقدمها المتعامل الاقتصادي للإدارة المتعاقدة كضمانة لالتزامه بالاستمرار في تنفيذ الصفقة .

الفصل الثاني

سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل الاقتصادي

الفصل الثاني سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها (المتعامل الاقتصادي)

عند إبرام الصفقات العمومية و دخول حيز التنفيذ، حقوق و التزامات، يتعين على طرفي العقد احترامها، وفي المقابل تملك المصلحة المتعاقدة سلطات و امتيازات واسعة، إزاء المتعامل المتعاقد معها بغية تحقيق المصلحة العامة، من خلال المحافظة على السير الحسن للمرافق العامة، وذلك لتغليب المصلحة العامة على حساب المصلحة الفردية للمتعامل المتعاقد، لهذا فالقانون منح عدة حقوق وسلطات استثنائية للإدارة ، لممارسة مهامها المتصلة بالمرافق العامة من جهة ، ومواجهة المتعاقدين معها من جهة أخرى ، ويمكن حصر سلطات الادارة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها في العناصر التالية:

سلطة الادارة في مجال التنفيذ في المبحث الاول ، وسلطاتها بعد التنفيذ في المبحث الثاني ، إضافة إلى مجموعة الضمانات الملقاة على عاتق الادارة في المبحث الثاني .

المبحث الاول :سلطة الادارة في مجال التنفيذ

سلطات الإدارة في مجال التنفيذ ، تحكمها اعتبارات قوامها، توفير الضمانات اللازمة لحماية المتعاقد معها من تعسفها ، ومن أهمها : لا يجوز للمصلحة المتعاقدة استعمال هذه السلطات لتحقيق أغراض (خارجة) لا تتصل بموضوع العقد، في حين نجد أن المتعاقد معها له الحق في مطالبتها باحترام القوانين، واللوائح المنظمة لسلطتها في حالة تجاوزها لها[1].

المطلب الاول : سلطة الرقابة والاشراف

تتمتع الإدارة كطرف في العقد الإداري بسلطتين لا مقابل لها في القانون الخاص وهما سلطة الإشراف والرقابة[2].

تعد سلطة الاشراف والرقابة امتياز للمصلحة المتعاقدة في توجيه ومراقبة المتعامل المتعاقد معها ، هذا من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة ، وفق شروط العقد المتفق عليها، وتباشر الإدارة

رقابتها وتوجيهها على أعمال المتعامل المتعاقد معها، من خلال زيارة موقع العمل، ومن خلال التحقق من سالمة المواد المستعملة ، وجودتها بواسطة الفحص والاختبار ، أو استلام فحص الوثائق للاطلاع عليها وفحصها ، أو إجراء تحريات أو تلقي شكاوي المنتفعين[3] ، والبث فيها، كما قد تأخذ هذه الرقابة صورة أعمال قانونية، أو تصدر الادارة أوامر تنفيذية، أو تعليمات أو إنذارات للمتعاقد معها ، وتظهر سلطة الإدارة في الإشراف والرقابة، خاصة في صفقات الإنجاز، وذلك بالتعامل والتنسيق مع مكتب الدراسات المعهود إليه متابعة تنفيذ الصفقة ، وهذا ما جسدته المادة36 فقرة 03 من المرسوم الرئاسي 15-247 [4]

حسن تنفيذ الجزء من بنصها كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن الصفقة التي يعينها فحق الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه، يعد من أهم الامتيازات المخولة لها ، فهو حق ثابت ، ولو لم يرد نص عليه في العقد , وأساس هذا الامتياز يعود إلى ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد وتحقيق المصلحة العامة، وبالتالي يحقق للإدارة إرسال مهندسين لزيارة مواقع العمل لمراقبة نوعية المستخدمين من حيث

[1] راجع عليوات ياقوته،تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري الصفقات العمومية في الجزائر،رسالة دكتوراه (غير منشورة)، تخصص القانون العام،كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة 2008ص217

[2] راجع د.سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية،ط5 دار الفكر العربي 1991 ص451

[3] راجع بوعمران عادل ، النظرية العامة للقرارات الادارية والعقود الادارية ،الجزئر، 2010 ،ص.108

[4] المادة36 فقرة 03 من المرسوم الرئاسي 15-247 المرجع السابق

الخبرة والتخصص في إنجاز بعض الأشغال التي تتطلب وجود أشخاص أكفاء ذو خبرة معينة تتطلبها طبيعة الأعمال الموكلة إليهم [1].

ذلك للتأكد من تنفيذ العقد بطريقة سليمة ، والاطمئنان إلى كل شئ يسير على أحسن ما يرام ، وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، وبالتالي فكرة وانما تشمل مراقبة وفحص سلطة الرقابة المخولة للإدارة لا تقتصر على طريقة التنفيذ وآجالها فحسب ، المواد والمنتجات المستعملة للاطمئنان إلى جودتها لتنفيذ الصفقة ، وكذا التأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية ، قبل القيام بتقييم العروض ، وهذا وفقا ما جاءت به المادتين 53 و54 من المرسوم الرئاسي 15 -247[2].

المطلب الثاني :سلطة التعديل

على خلاف مبادئ القانون الخاص التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين ، فإن للإدارة حق تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة ، دون حاجة إلى موافقة الطرف المتعاقد معها، الذي ليس له الحق ست ارتيجية المصلحة أن يحتج أو يعترض، طالما كان التعديل ضمن الاطار العام لعقد الصفقة، المصلحة العامة وحسن تسيير المرفق العام ، فالتعديل يمس التزامات تم االتفاق عليها في العقد ، ويخص التعديل في كمية الأعمال، أو الأشياء محل العقد بالتعديل في وسائل وطرق التنفيذ المتفق عليها، أو التعديل في مدة العقد، كما أن سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تمارس ضمن إطار

محدد وضوابط دقيقة تتمثل فيما يلي[3]:

الفرع الاول: شروط التعديل

1-أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد:

تمارس الإدارة سلطتها في التعديل على نحو يراعى فيه موضوع العقد الأصلي، وأن يتجاوزه كما اذا تم تعديل أحكام العقد من قبل ارهاق الطرف المتعاقد معها ، وأنها لا تستطيع تعديل موضوع العقد، و الإدارة، على نحو يغير من موضوعه، كنا أمام عقد جديد ، حيث أن المتعاقد مع الادارة عند قبوله التعاقد معها ، قد تم مراعاة قدراته المالية والفنية للالتزام بت ذا كان تعديل موضوع نفيذ مضمون العقد ، العقد من طرف الادارة، فإن ذلك قد لا يناسب المتعاقد معها ، ومن تم وجب أن يكون التعديل نسبيالا يؤثر على العقد الأصلي.

[1] راجع عليوان ياقوته، السابق الذكر ، ص 220.
[2] - راجع المادتين 53 و54 من المرسوم الرئاسي 15 -247 المرجع السابق
[3] راجع عمار بوضياف ،الصفقات العمومية في الجزائر، ، ص146-147 ،السابق الذكر

2- أن يكون للتعديل أسباب موضوعية:

يتعين على الإدارة وهي تقوم بسلطتها في تعديل العقد الإداري مراعاة عوامل وأسباب موضوعية تدفعها إلى تعديل هذا العقد، بهدف ضمان سير المرفق العام ، وتلبية خدمات عامة للجمهور، فإذا تغيرت هذه الظروف والأسباب وجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتماشى والظروف الجديدة، لخدمة حاجة المنتفعين من خدمات المرفق العام.

3-أن يكون قر ار التعديل في حدود القواعد العامة المشروعة:

عند ممارسة الإدارة سلطة التعديل لصفقة ما، وجب عليها أن ال تخرج عن العقد،

وسيلتها في ذلك القرار الإداري ، فتصدر السلطة المختصة قرارا إداريا ، تعلن بموجبه عن نيتها في تعديل صفقة عمومية ، حيث يجب أن تتوفر في القرار كل أركان القرار الإداري ليصبح مشروعا [1].

الفرع الثاني الاساس القانوني للتعديل

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 فإنه قد منح للإدارة الحق في تعديل العقد ، وهذا ما نصت عليه المادة 135 ، منه "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق لصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم " ويعتبر الملحق حسب المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15 -247 وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات، أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة[2].

من خلال نص أحكام المادتين المذكورتين سالفا ، نجد أن الملحق أو التعديل يكون مقترنا بالشروط التالية:

- يجب أن يكون مكتوبا وذلك من خلال وصف المشرع للملحق أنه وثيقة تعاقدية.

- أن لا يمس التعديل بجوهر الصفقة وتوازنه.

[1] راجع علي عبد العزيز الفحام ،سلطة االدارة في تعديل العقد االداري ،رسالة دكتوراه،حقوق (غير منشورة) ، جامعة عين شمس ،مصر1975 ،ص20

[2] انظرالمادة 135 136 المرسوم الرئاسي 15-247 المرجع السابق

- أن يكون إبرام الملحق في حدود آجال تنفيذ الصفقة ، وفق ما نصت عليه المادة 138من المرسوم الرئاسي15-247، ولا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئات الرقابة الخارجية للصفقات المختصة ، إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية[1].

-أن لا يكون الملحق خاضعا للرقابة من طرف لجنة الصفقات كأصل عام ، وحسب نص المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247 "لا يخضع الملحق في مفهوم المادة 136أعلاه إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية ، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة ، والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد ، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز زيادة ، ونقصان نسبة عشرة في المائة(10)% من المبلغ الأصلي للصفقة[2]

[1] انظرالمادة 138من المرسوم الرئاسي15-247 ،المرجع السابق
[2] انظر المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق

المبحث الثاني: سلطات الادارة بعد التنفيذ

اعترف المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة في مختلف قوانين الصفقات العمومية، بممارسة جملة من السلطات تتجلى في كافة مراحل الصفقة العمومية ،وهي سلطات مقررة لها قانونا وحق

أصيل وثابت ولو لم يتم النص عليها في بعض الأحيان، وهي تتمايز في شدتها حسب طبيعة ونوع الصفقة المراد إبرامها. حيث تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء إبرام الصفقة بسلطة إعداد دفتر الشروط بإرادتها المنفردة، ثم تقوم بإحالته للجنة الصفقات المختصة للمصادقة عليه، من خلال سلطتها في الرقابة السابقة على إبرام الصفقة، كما تملك سلطة في اختيار المتعامل المتعاقد وفق كيفيات وطرق رسمها لها القانون مسبقا، حتى تبرم الصفقة على أكمل وجه ، بما يحقق المصلحة العامة. كما تمارس مجموعة من سلطاتها بعد الإبرام فيحق للمصلحة المتعاقدة متابعة تنفيذ الصفقة العمومية من خلال سلطتي

الرقابة والتعديل الانفرادي لشروط الصفقة، وذلك لضمان سير تنفيذها على النحو المتفق عليه كما بإمكانها أن تمارس سلطة توقيع الجزاءات في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته ، منها ماهي مؤقتة ومنها ما تؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية إذا كان الإخلال جسيما، وبهذا تضمن المصلحة المتعاقدة تحقيق المصلحة العامة و عدم إهدار المال العام في جميع مراحل الصفقة العمومية.

المطلب الأول : سلطة انهاء الصفقة(فسخ العقد)

من المعلوم أن الصفقات العمومية تبرم من أجل تنفيذها، حفاظا على سير المرافق العامة بإنتظام ، تحقيقا للصالح العام.

القاعدة العامة في الصفقات العمومية أنها تنقضي بأحد الأشكال، سواء بتنفيذ الالتزامات التعاقدية ، أو بانتهاء المدة القانونية طبقا لدفتر الشروط ، إلا أنه يمكن أن تنتهي الصفقة بطريقة غير طبيعية ألا وهي الفسخ كأحد الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة بنفسها ، اذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بها في أجل محدد وإذا لم يتدارك تقصيره في الأجل المحدد، فإن للمصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة متبوع أو غير متبوع بإبرام صفقة جديدة على نفقته ومسؤوليته طبقا للنصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية ودفتر الشروط الإدارية العامة[1].

[1] راجع د/عمار بوضياف ، السابق الذكر، ص157

الفرع الأول : فسخ العقد من جانب واحد (الفسخ الاحادي)

أشارت المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 إلى تماطل المتعامل المتعاقد في تنفيذ وتقصيره في الأجل المحدد للإعذار فإن المصلحة المتعاقدة بإمكانها القيام بفسخ الصفقة العمومية من طرف واحد ، وهذا بنصها على ما يلي :" إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته التعاقدية ، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد[1].

تتم الاشارة في هذا الصدد إلى أن فسخ العقد الإداري يكون لتحقيق المصلحة العامة قبل انتهاء مدته ، فيستوجب من الإدارة إخطار المتعاقد فيها ، قبل الإنهاء إدا نص العقد على مصلحة الإخطار قبل الانهاء ، ل تكون الإدارة قد ارتكبت خطأ يولد مسؤوليتها عما أصاب المتعاقد من ضرر في حالة فسخ صفقة عمومية جارية التنفيذ باتفاق مشترك ، يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والغير منجزة، وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة

عامة في هذا الصدد نجد أن المرسوم الرئاسي 15-247 ، منح الإدارة سلطة الفسخ الجزئي

للصفقة وفي المقابل أعطى لها السلطة التقديرية في اتخاذ قرار فسخ الصفقة، ولو بدون خطأ من المتعامل المتعاقد شرط تبرير ذلك ، وهذا ما أشارت إليه المادة 150من المرسوم الرئاسي15-247[2].

الفرع الثاني: فسخ الصفقة من جانب مشترك.

إضافة إلى الفسخ الأحادي من جانب واحد، فقد أجازت المادة 15من المرسوم الرئاسي15-247 اللجوء للفسخ التعاقدي وفق الشروط المدرجة في الصفقة ، بحيث نصت المادة على أنه زيادة على الفسخ من جانب واحد المذكور في المادتين 149 و 150 ،و يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية ، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد ، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض[3].

- في حالة فسخ صفقة عمومية جارية التنفيذ باتفاق مشترك ، يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي
- يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والغير منجزة، وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة . وفي هذا الصدد نجد أن المرسوم الرئاسي 15-247 منح الإدارة سلطة الفسخ

[1] المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 المرجع السابق

[2] 150من المرسوم الرئاسي15-247 السابق الذكر

[3] المادتين 149 و 150 المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر

الجزئي للصفقة ، وفي المقابل أعطى لها السلطة التقديرية في اتخاذ قرار فسخ الصفقة، ولو بدون خطأ من المتعامل المتعاقد شرط تبرير ذلك ، وهذا ما أشارت إليه المادة150 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[1].

المطلب الثاني :سلطة توقيع الجزاءات المالية

تتمتع الإدارة بوصفها سلطة عامة بامتياز خاص، يخولها فرض عقوبات أو غرامات مالية على المتعامل المتعاقد معها وتتمثل هذه العقوبات في تغطية الضرر الحقيقي الذي لحق بالإدارة، نتيجة خطأ المتعامل المتعاقد ، أو في توقيع عقاب على هذا الأخير، بغض النظر على ضرر يلحق بالإدارة، فالإدارة عند فرضها عقوبات على المتعامل المتعاقد معها ، يجب عليها إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاءات، إلا في حالات نص العقد على خلاف ذلك[2].

مقتضي القول، إن هذا النوع من الجزاءات يتم حصره بشكل عام في غرامات التأخير.

الفرع الاول :الغرامات المالية

المادة 147من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247اجازت اللجوء الى الغرامات التأخيرية كجزاء عن عدم التزام المتعامل المتعاقد معها بالمدة التعاقدية كما اوجب ادراجها ضمن البيانات الالزامية للصفقة العمومية وكيفية تطبيقها[3].

أولا- تعريف غرامة التأخير:

هي عبارة عن تعويضـات جزافية، منصـوص عليها مقدما في العقد الإداري[4] وتستحقها الإدارة تلقائيا جراء وقوع إخلال من جانـب المتعاقد معها وبصرف النظر عما أصابها ضرر من ذلك أو عدمـه، إلا أن الإدارة لا تستطيع مطالبة المتعاقد معها بتعويض يزيد عن مقدارها المحدد، وذلك حتى

[1] انظرالمادة150 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر

[2] راجع عبد اللطيف قطيش ، الصفقات العمومية ، تشريعا فقها واجتهادا (دراسة مقارنة)،ط.1،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت
،2010 ص 125

[3] انظر المادة 147من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 السابق الذكر

[4] راجع سعيد عبد الرزاق باخبير،سلطة الادارة الجزائية في تعديل العقد الاداري رسالة الدكتوراه في القانون العام كلية الحقوق جامعة الجزائر 2008 ص 203

في حالة إذا جاوز الضرر الذي أصابها فعلا، التعويض الجزافي المنصوص عليه في الصفقة، ومع ذلك تستطيع اللجوء إلى القضاء طلبا التعويض عما أصابها من ضرر[1].

لاسيما إذا لم ينص في الصفقة على فرض غرامات التأخير وبناء على ما سبق تتضح لنا الخصائص الأساسية التي تتميز بها الغرامة التأخير

ثانيا خصائص غرامة التأخير.

ا-محددة مسبقا

تتميز غرامات التأخير بأنها اتفاقية[2] ،أي أنها محددة مقدما في العقد أو القانون، فالصفقة عادة ما تحدد مقدرا الغرامة التي تملك الإدارة إيقاعها بحق المتعامل المتعاقد غالبا ولذا يلتزم الطرفان بتلك الأحكام الواردة في العقد ولا يملك أيا منهما كما تطبق تلك الاحكام التعاقدية .

ب-ذات طبيعة عقابية:

تملك الإدارة المتعاقدة سلطة هذا النوع من الجزاءات المالية على المتعاقد المقصر أو المخالف، دون أن تكون ملزمة بإثبات أنه قد أصابها ضرر من جراء التأخير في تنفيذ العقد، ويجوز جمع الجزاءات المتمثلة في الغرامة التأخيرية والجزاءات الأخرى الضاغطة والفاسخة إذا توفرت أسباب توقيع تلك الجزاءات فيجوز مثلا سحب العمل من المتعامل المتعاقد وتنفيذه على حسابه فضلا عن عن توقيع الغرامة[3]

ج-ذات طبيعة إدارية:

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، لا يكفي

[1] راجع حسين درويش عبد العال الجزاءات المالية في العقود الادارية مقال منشور في مجلة العدالة ابو ظبي العدد 17ص25

[2] راجع محمود حلمي العقد الاداري الطبعة الثانية دار الفكر العربي 1977 ص86

[3] راجع إبراهيم طه الفياض العقود الادارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والقانون المقارن مع شرح المناقصات الكويتي الصفاة مكتبة الفلاح 1981ص 211

مجرد النص عليه ليصبح استحقاقه أمرا مقضيا تطالب به جهة الإدارة المتعاقدة في أي وقت تشاء حيث تطبق الإدارة غرامات التأخير بإجراء إداري صادر عن إرادة الإدارة المنفردة دون أن تكون ملزمة بالالتجاء إلى القضاء وعليها هنا أن تتأكد من إخلال المتعاقد بالفعل عن تنفيذ التزاماته، ولا يجوز لها فرض هذا الجزاء المالي على مجرد افتراضات أو قناعات غير مبررة وثابتة[1].

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بإحالة الأمر إلى دفاتر الشروط المختلفة. ولم يحدد مقدراها[2].

كما ذهب الاجتهاد قضاء الغرفة الإدارية كرس تطبيقها في القرار الصادر بتاريخ في قضية(ع.ط) ضد والي ولاية قالمة، إذا جاء فيه 16/12/1989 من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ إنقضاء الأجل المتعاقد عليه، وتاريخ الاستلام، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.

مما هو ثابت في قضية الحال أن المدة المتنازع عليها كائنة بالضبط خارج مدة تنفيذ

الأشغال فلا يمكن وضعها على عاتق المقاول،فإن القرار المستأنف فيه القاضي بدفع مبالغ للطاعن تعويضا على الضرر اللاحق به طبق القانون تطبيقا صحيحا[3].

الفرع الثاني : مصادرة مبلغ الضمان

ا- تعريف مصادرة التأمين.

بشكل عام،يعرف الفقه بأنه عبارة عن مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة،تتوقى بها الأخطار يرتكبها المتعاقد بصدد العقد الإداري، ويضمن لها ملاءته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره[4].

بناءعليه فإن الضمان الذي يقدمه المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة يقصد من ورائه القيام بتنفيذ إلتزاماته طبقا لشروط العقد والمواعيد المحددة، بحيث وقصر في ذلك كان للمصلحة المتعاقدة حق

[1] راجع علي خطار شطناوي صلاحية الادارة في فرض غرامات التاخيربحق المتعاقد معها مجلة الحقوق جامعة الكويت العددالاول مارس 2000 ص 83

[2] انظر المرسوم الرئاسي 10-236 السابق الذكر

[3] انظرقرار المحكمة العليا،الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 1989/12/16، ملف رقم 65145، منشور بالمجلة القضائية،العدد1، سنة1991، صفحة113 وما يليها

[4] راجع عبد الله طلبة،مبادئ القانون الإداري،الجزء الثاني،منشورات جامعة دمشق،1992-1993، صفحة33

مصادرة هذا الضمان أو الكفالة حتى ولو لم ينص على ذلك في دفتر الشروط الإدارية العامة أو في العقد ما دام أن الغاية من التأمين هي ضمان التنفيذ الفعلي للصفقة[1].

ب_خصائص جزاء مصادرة التأمين:

أهمها "أن الإدارة تتمتع به، حتى لو لم ينص عليه صراحة في العقد، إذ أنه مما يتضمنه النظام القانوني للعقد الإداري"[2].

فمن غير المتصور قيام هذا الضمان ما لم يكن لإدارة حق مصادرة التأمين. ومصادرة التأمين يتم بموجب قرار إداري تصدره الجهة الإدارية المختصة عن "طريق التنفيذ المباشر من دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مسبقا، ولا تملك الإدارة التنازل عن هذا الامتياز في دائرة جزاءات العقد الإداري[3].

[1] -راجع رحال عبد القادر،سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري،دراسة مقارنة،رسالة ماجستير في الإدارة والمالية ،معهد الحقوق والعلوم الإدارية،تيزي وزو،،1990،صفحة166 وما يليها

[2] راجع محمد فؤاد عبد الباسط العقد الاداري جمهورية مصر العربية مؤسسة شباب جامعة الاسكندرية مصر 1973 ص 318

[3] -راجع سعيد عبد الرزاق باخبير،مذكرة سابقة ذكره،صفحة22

المبحث الثالث: تسوية نزاعات التنفيذ كضمانة للمتعامل المتعاقد (المتعامل الاقتصادي)

بما أن الصفقات العمومية لها صلة بالمال العام من جهة، و تترتب عليها حقوق و التزامات للأطراف من جهة ثانية فإنها لا شك تثير منازعات أما على مستوى الإبرام، أو خلال مرحلة التنفيذ، حيث تصطدم مصلحة الإدارة مع المتعامل المتعاقد ، مما يفرض وضع نظام قانوني متكامل لفض هذه النزاعات المعطلة بالصفقة العمومية ، لضمان السير السير الحسن للمشروع العام[1].

حرص المشرع الجزائري على إيجاد حلول لتسوية هذه النزاعات، حيث لم يغفل المرسوم الرئاسي 15-247 ، عن مسألة تسوية المنازعات، التي تنجم عن التنفيذ بأيسر الحلول و أسرعها، و يظهر جليا من خلال تبني الحل الودي للنزاع الناتج عن التنفيذ، وذلك تفاديا للإجراءات القضائية

المعقدة و الطويلة، في حالة عدم التوصل إلى الحل الودي للنزاع، يلجأ طرفي العقد إلى الجهات القضائية، عن طريق مختلف الدعاوي المرفوعة سواء تعلق الآمر بدعاوي القضاء الكامل ،أو دعاوي الإلغاء في مجال الصفقات العمومية.

من هذا المنطلق سنتطرق إلى آليات التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، والتي نظمها قانون 15 -247 ، وكذا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وبالتالي ستتم دراسة طرق التسوية الودية، لمنازعات الصفقات (المطلب الأول) ، ثم التطرق إلى التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية (المطلب الثاني)[2]

[1] راجع خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري رسالة ماجيستير، القانون العام، جامعة قسنطينة، 2012 2013

[2] انظرالمرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر

المطلب الأول: التسوية الودية للنزاع

تبنى المشرع الجزائري مبدأ الحسم الودي لمنازعات الصفقة العمومية أثناء التنفيذ تفاديا لتعطل المشاريع العمومية، وحتى يمكن الأطراف المتعاقدة من إيجاد حل مناسب للنزاع الذي بينهم، ومن أهم ما جاء به المنظم الجزائري في القانون 15-247 على مستوى التسوية الودية للمنازعات هو نصه على تشكيل لجان محلية للتسوية إلى اللجان المركزية بعد ما كانت محصورة في اللجان المركزية فقط في القانون 10-236 ، ويمكن حصر آلية التسوية الودية في آليتين أساسيتين هما: لجان التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية. الفرع الأول ، وكذا الكيفيات القانونية لعمل لجان التسوية الودية الفرع الثاني

الفرع الأول: لجان التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

استحدث المشرع الجزائري لجنتين للتسوية الودية للمنازعات بموجب المادة 514 من المرسوم الرئاسي 15-247 ،والتي تنص على انه " تنشأ لدى كل وزير و مسئول هيئة عمومية، وكل والي لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين

أولا: اللجنة المركزية: لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة و الهيئة العمومية

استحدثت هذه اللجنة بموجب المرسوم الرئاسي 15-247، وهي لجنة محلية لا مركزية مختصة في تسوية النزاعات التي تطرأ في تنفيذ الصفقات العمومية، وقد أنشأت بموجب المادة 154 من المرسوم وتتشكل لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة و الهيئة العمومية من ممثل عن الوزير ومسؤول الهيئة العمومية رئيسا. ممثل عن المصلحة المتعاقدة. ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع.[1]

تتكون لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية، وتختص هذه اللجنة بدراسة نزاعات الإدارة المركزية، ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية و المؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها.

[1] انظر المادة 154 المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر

ثانيا: اللجنة المحلية: لجنة التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية في الولاية

أنشأت هذه اللجنة بموجب المرسوم الرئاسي 51-742 ، حيث نصت المادة 514 منه على" انه تنشأ لدى كل والي لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين وتتشكل من :

- ممثل عن الوالي رئيسا.
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع.
- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة

هؤلاء الأعضاء يختارون نظرا لكفاءتهم في الميدان المعني، بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير الوالي المعني[1].

بالنسبة لصلاحيات هذه اللجنة فهي تختص بتسوية النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات بطريقة ودية، كما تختص في البث في الشكاوي المقدمة لها، على مستوى الولايات و البلديات و المؤسسات العمومية المحلية التابعة لها، والمصالح غير الممركزة للدولة ، ويعتبر دور هذه اللجنة وجوبي لكل نزاع قائم خاص بتنفيذ صفقة عمومية، وذلك للبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ من أجل:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الأطراف المتعاقدة .
- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع و بأقل تكلفة.[2]

الفرع الثاني: الآليات القانونية لعمل لجان التسوية الودية

هذه الآليات القانونية و الإجرائية ،تضمنتها المادة القانونية 155 من المرسوم الرئاسي 15-247 من أجل بث لجان التسوية الودية في النزاع المعروض أمامها، حيث نصت على انه يوجه الشاكي إلى أمانة اللجنة تقريرا مفصال مرفقا بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل استلام [3]

كما يمكنه إيداعه مقابل وصل ويقوم رئيس اللجنة باستدعاء الجهة الشاكية ، لإعطاء رأيها في النزاع، ويجب عليها أن تبلغ رأيها لرئيس اللجنة رسالة موص عليها مع وصل استلام في اجل أقصاه

[1] أنظر الفقرة الثانية من المادة 514 من المرسوم الرئاسي 742/51 ،مرجع سابق
[2] أنظر الفقرة الثانية من المادة 514 من المرسوم الرئاسي 742/51 ،مرجع سابق
[3] أنظر المادة 155من المرسوم الرئاسي 15-247،مرجع سابق.

عشرة (10) أيام، من تاريخ مراسلتها، كما تم دراسة هذا النزاع في اجل أقصاه ثلاثون يوما، ابتداء من تاريخ جواب الطرف الخصم، برأي مبرر[1].

كما يمكن للجنة أن تستمع لطرفي النزاع و/ أو تطلب منهما إبلاغها بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها، وتؤخذ آراء اللجنة بأغلبية أصوات أعضائها، وعند تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا ويبلغ رأي اللجنة طرفي النزاع برسالة موصى عليها استلام ، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة، بموجب أحكام المادة 213 من هذا المرسوم، كما تبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في اجل أقصاه

ثمانية أيام، ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موص عليها، مع وصل استلام[2].

ما نستنتجه من خلال المواد 153-154-155من المرسوم الرئاسي15 -247 ، انه يتضح جليا أهمية و دور التسوية الودية في حل منازعات الصفقات العمومية، حيث نجد أن المشرع الجزائري حرص على تجسيد و تطبيق هذه الآلية، لما لها من ايجابيات تنعكس على كلا الطرفين، كاختصار[3].

الجهد و الوقت، وكذلك استلام المشروع في آجاله، حتى لا تتعطل المشاريع العمومية[4] في حين ان التسوية القضائية تستلزم مصاريف و إجراءات طويلة ومعقدة ، لهذا تبنى المشرع مبدأ الحسم الودي لحل مختلف المنازعات التي تطرأ على موضوع الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: التسوية القضائية

في حالة فشل المتعامل المتعاقد في تسوية نزاعاته بالطرق الودية، أجاز له القانون اللجوء إلى القضاء على اعتبار أن الصفقات العمومية تعد من العقود الإدارية، إذا ما توفرت شروطها، يطبق عليها النظام القضائي المطبق على العقود الإدارية، وهذا كأصل عام طبقا للمادة 800 من قانون الاجراءات للمدنية الادارية [5].

تختلف التسوية القضائية عن التسوية الودية ، حيث أنها تنهي النزاع بصفة إلزامية بمجرد صدور قرار نهائي من القاضي المختص، ويصبح قرار ملزم للطرفين وعلى هذا الأساس فإن المشرع الجزائري قد أحال تسوية النزاعات وفق التشريع العام وهو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد

[1] أنظر المادة 02/155من المرسوم الرئاسي 15-247،السابق الذكر
[2] نظر المادة 03/155 .من المرسوم الرئاسي 15-247 ،المذكور سابقا
[3] المواد 153-154-155من المرسوم الرئاسي15 -247 السابق الذكر
[4] راجع بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، السابق الذكر، ص 314
[5] -أنظر المادة 800 من قانون09/08المؤرخ في 2009/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

تبنت الجزائر بعد سنة 1996 نظام ازدواجية القضاء (القضاء العادي- القضاء الإداري) ، ويتم دراسة التسوية القضائية من خلال طبيعة واختصاص الدعوى القضائية، الفرع الاول، ثم التطرق لطرق ممارسة الدعوى ،الفرع الثاني.

الفرع الاول: طبيعة و اختصاص الدعوى القضائية

تعتبر منازعات الصفقات العمومية من اختصاص القضاء الإداري، سواء تعلق الأمر بإعدادها أو تكوينها أو تنفيذها، أو حتى في حالة فسخها، ولقد تبنى المشرع الجزائري في نص المادة : 800 ق إ م إ

المعيار العضوي لفصل الجهة القضائية الإدارية، عن القضاء العادي، حيث نصت على أن "المحاكم الإدارية هي جهة الأولية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها[1].

تشترط المادة السالفة الذكر في طبيعة المؤسسة العمومية أن تكون ذات صبغة عمومية

إدارية ويعني هذا أن القاضي الإداري يقضي بعدم الاختصاص، في حالة إذا عرضت عليه منازعة تتعلق بمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي، أو تجاري وهذا ما أكده مجلس الدولة في إحدى قراراته[2] الصادرة بتاريخ 2002/05/27،ملحق رقم 05147 الوكالة الوطنية للسدود ضد شركة لحميد انترناشيونال فهرس376 غير منشور، حيث اعتبر مجلس الدولة الوكالة الوطنية للسدود مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري، وأقر على عدم اختصاصه، وبنى قراره على المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية سابقا[3].

أما الجهة القضائية المختصة و تطبيقا للمعيار العضوي في الصفقات العمومية بوجه عام،

تؤول إلى اختصاص القضاء الإداري ممثلة في المحاكم الإدارية، ويظل الاختصاص منوطا بهذه الأخيرة، ولو كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية، ألنه طبقا للمادة 09 من القانون العضوي 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه و عمله يتولى هذا الأخير النظر فقط في دعاوى الإلغاء ضد القرارات التنظيمية الصادرة عن السلطة الإدارية المركزية، والهيئات العمومية و التنظيمات المهنية الوطنية.

[1] انظر المادة 800من قانون 08-09،السابق الذكر
[2] انظر قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2002/05/27،ملحق رقم 05147 ، (غير منشور)
[3] - راجع بحري إسماعيل المرجع السابق ص117

كما ينظر في دعاوى المشروعية، والتفسير و فحص المشروعية، بالنسبة للنزاعات التي تؤول إليه، واعتبر المشرع في نص المادة 804 قاعدة أخرى في الاختصاص المحلي تعلقت بكل الصفقات العمومية، بجميع أنواعها، تتمثل في مكان إبرام العقد ، أو مكان التنفيذ، وهذا خارج عن دائرة عقد الأشغال العامة موضوع المادة 804 المذكورة أعلاه، وهذه القاعدة تم انتقادها أيضا على أساس أن كثيرا من الصفقات ذات الطابع الوطني تبرم في الجزائر العاصمة، مما يؤدي إلى كثير من المنازعات المتعلقة بها، أمام المحكمة الإدارية بالجزائر[1].

الفرع الثاني: طرق ممارسة الدعوى

يمكن تصنيف منازعات الصفقات العمو مية تحت عنوان القضاء الكامل قضاء التعويض، أو قضاء الإلغاء[2]، لذا فإن لجوء الأطراف المتعاقدة إلى القضاء الإداري في موضوع النزاع الناتج عن تنفيذ الصفقة، يدرج إما ضمن القضاء الكامل أولا أو قضاء الإلغاء ثانيا.

أولا: القضاء الكامل

يندرج ضمن هذا النوع من القضاء الدعاوي التي تتعلق ببطلان العقود و الدعاوي المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة، و هي كثيرة تكاد أن تطغى على بقية أنواع المنازعات الاخر[3].

يستعيد القضاء الإداري الكامل اختصاصه بمنازعات الصفقات العمومية، من طبيعة دعوى القضاء الكامل ، والتي تنسجم و تعبر عن الطبيعة الذاتية للصفقة العمومية يمكن حصر هذه الدعاوي في الحالات التالية:

أ- دعوى التعويض

تكون جميع منازعات الصفقات العمومية التي يدور موضوعها الحصول على مبالغ مالية، التي تمثل الشروط الواردة في عقد الصفقة مهما كانت صورها وأشكالها، وقد تكون في صورة ثمن أو اجر متفق عليه في العقد ، أو تعويض عن الأضرار التي تسبب فيها الطرف المتعاقد معه، أو الى سبب من الأسباب، والتي تؤدي إلى الحكم بمبلغ من المال (التعويض) [4]

[1] راجع المادة 804 من القانون 08-09 قانون الاجراءات المدنية الادارية السابق الذكر
[2] -راجع عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، السابق الذكر، ص 228
[3] - راجع عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، السابق الذكر، ص 229
[4] - راجع الطماوي سليمان محمد، السابق الذكر، ص 199-200

دعوى التعويض هي الدعوة التي ترفعها الأطراف المتنازعة، للمطالبة للتعويض عن الأضرار التي لحقت جراء إخلال احدهم بتنفيذ التزامات التعاقدية المحددة في عقد الصفقة ، ويتم ذلك عن طريق تقديم عريضة متضمنة ملخص الوقائع و الأسباب، التي يستند عليها طالب التعويض موقعة من المدعي، أو محاميه، أمام أمانة الضبط للمحكمة الإدارية، الذي بدوره يحليها إلى القاضي المختص، وتستعين دعوى التعويض بالخبراء في هذا المجال، ومن خلاله يتم الفصل في القضية بموجب قرار قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة في أجل شهرين من تاريخ تبليغ القرار غير أن الاستئناف أمام مجلس الدولة ليس له أثر موقف ونفس المدة تطبق على القرارات الغيابية في حالة المعارضة [1].

ب- دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة

مفادهذه الدعوى قيام الإدارة المتعاقدة بتصرفات مخالفة لالتزاماتها التعاقدية، والتي تتضمن بنود عقد الصفقة العمومية، وتظهر هذه التصرفات في شكل قرارات إدارية، لذا فإن المتعامل المتعاقد يسعى إبطال تلك التصرفات، عن طريق دعوى القضاء الكامل[2]، أما بالنسبة للطرف غير المتعاقد الذي تضرر من القرارات الإدارية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة في إطار تنفيذها التزاماتها التعاقدية وفقا لبنود الصفقة العمومية، فليس له الحق بأن يسلك طريق القضاء الكامل إبطال تلك القرارات الإدارية، وعليه أن يسلك في ذلك طريق دعوى الإلغاء، ألنه ليس من أطراف عقد الصفقة العمومية، وبالتالي فهو ينازع القرار الإداري الذي تضرر منه، وعليه أن يؤسس دعواه على مبدأ المشروعية، وال يمكن الإشارة إلى بنود الصفقة العمومية من اجل إلغاء القرار الإداري الذي اضر به[3]

ج- دعوى فسخ عقد الصفقة العمومية

يحق للمتعامل المتعاقد أن يطالب بفسخ الصفقة العمومية، مع المصلحة المتعاقدة في حدود معينة، حيث تكون دعواه في هذا الصدد ضمن نطاق القضاء الكامل أيضا، وطبقا للمادة 540 من المرسوم الرئاسي 51 -742 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، فإنه يتم فسخ عقد الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة في حالة إذا لم ينفذ المتعامل المتعاقد التزاماته و إمكانية لجوء المصلحة

[1] - راجع المادة950 منقانون08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق الذكر

[2] راجع عبد العزيز المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009 ، ص307

[3] راجع عبد العزيز عبد المنعم خليفة، السابق الذكر، ص 307

المتعاقدة إلى فسخ جزئي للصفقة ومقارنة بالمرسوم الرئاسي 51 -791 المتضمن قانون الصفقات العمومية، والذي نص على إمكانية الفسخ من جانب واحد أو الفسخ التعاقدي و ذلك في مادته.

ثانيا: قضاء الإلغاء

كأصل عام في المنازعات المتعلقة بالاجراءات التي تتخذها الإدارة إزاء المتعامل المتعاقد معها، تنهج تحت والية القضاء الكامل، حتى لو انصب النزاع على طلب إلغاء قرارا إداري اتخذته الإدارة اتجاهه، ويكون أساس ذلك فيما تصدره الإدارة من قرارات التي تهدف إلى تنفيذ موضوع عقد الصفقة، مثل القرارات الصادرة بتوقيع إحدى الجزاءات التعاقدية، أو فسخ العقد أو إنهائه، أو إلغائه ،دائما يدخل في منطقة عقد الصفقة، وتكون المنازعات التي تولدت عن تلك القرارات و الإجراءات هي منازعات حقوقية، تثير والية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء و مؤدى ذلك إلى عدم تقيد الطعن

بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء[1]

يلجأ إلى دعوى الإلغاء كل شخص طبيعي أو معنوي ذو صفة ومصلحة إلى القضاء الإداري والتصريح بعدم شرعية القرار ، فالقاضي دوره يقتصر على فحص مشروعية القرار والغائه إذا كان مخالفا للقانون، ويجب على رافع الدعوى أن يثبت العيوب التي لحقت القرارات الادارية مثل مخالفته لقواعد الاختصاص أو عيب انعدام السبب أو عيب مخالفة القانون أو العيب الانحراف في استعمال السلطة، فسلطة قاضي الالغاء ضيقة جدا لذا و قبل ان ينطق بإلغاء قرار إداري ما، ينبغي أن يسبب قراره بتبيان وجه الخرق في القرار الصادر عن المصلحة المتعاقدة كأن يشير لمخالفته ركن الاختصاص أو ركن الشكل والإجراءات[2].

المحكمة الإدارية هي المختصة بالنظر في منازعات دعوى الالغاء والتي يكون موضوع طعنها قرارا إداريا صادرا عن الأولية أو المصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، أو صادر

عن البلدية أو صادر عن المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية، ومن خلال ما سبق دراسته نجد أن التسوية القضائية تعتبر كضمان للمتعامل المتعاقد بحيث تمنع تسلط المصلحة المتعاقدة متجاوز سلطاتها وتعسفه ، كما قد يلجأ المتعامل المتعاقد إلى القضاء، إذا أصدرت الادارة قرارا انتهكت فيه بندا من بنود العقد أو عدلت في العقد كزيادة في حجم الاشغال الموكلة اليه، أو أصدرت قرارا بإلغاء العقد، وهذا ما يعرف فقها بالأعمال المنفصلة، فيجوز للمتعامل المتعاقد حينئذ الطعن فيها بالإلغاء، والتقبل هذه الدعوى

[1] راجع عكاشة محمد ياسين،العقود الإدارية في التطبيق العملي(المبادئ و الاسس العامة) ،منشأة المعارف،الإسكندرية1998 ص111

[2] - راجع بوضياف عمار، السابق الذكر، ص 231

إلا إذا تم رفعها ضد قرار إداري منفصل عن العقد، في أجل أربعة(14)أشهر من تاريخ تبليغ القرار الإداري ، أو الاعلان عنه في الجرائد بالنسبة للدعوى التي تختص بها المحاكم الإدارية، أو المحلية أو الجهوية ، إذا كان الأمر يتعلق بقرار صادر عن الوالي.

ملخص الفصل الثاني

في هذا الفصل تم التطرق الى نقطة أساسية، مفادها سلطة الادارة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها أوالمتعامل الاقتصادي بصحيح العبارة، كون أن ما يسري على المتعاملين المتعاقدين مع الإدارة يسري على هذا الاخير موضوع البحث والدراسة .

اتضح من خلال استقراء نصوص قانون الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المذكور سابقا ان الادارة تتمتع بسلطات بموجب القانون العام لامثيل لها في القانون الخاص وهذا الامتياز يتمثل في سلطتين واحدة قبل الشروع في التنفيذ والثانية بعد تنفيذ الصفقة تتباين هاته السلطات

بين الرقابة والاشراف والاخرى في تعديل العقد أما ما تبقى من سلطات فهي بمثابة الامتياز الخاص مفادها سلطة انهاء وفسخ الصفقة اضافة الى فرض العقوبات المالية على المتعاقد على النحو الذي يحدده القانون

تجدر الاشارة الى ان الرابطة التعاقدية لا تخلو غالبا من نزاعات قوامها تباين المصالح تارة وعدم الوفاء بالالتزامات تارة اخرى الامر الذي يحدو بالمشرع الجزائري الى تنظيمها بموجب فرض ضمانات تجعل الادارة مقيدة بتقديمها لصالح المتعاقد معها تسوية للنزاعات التي قد تنشا بين اطراف العقد وحماية للمتعامل المتعاقد الطرف الضعيف في الصفقة

بالنسبة لتسوية النزاعات كضمانة اساسية يفرضها القانون تتفرع الى التسوية الودية للنزاع

من جهة والقضائية من جهة اخرى.

الخاتمة

خاتمة:

ختاما وبعد دراسة المركز القانوني للمتعامل الاقتصادي، في قانون الصفقات العمومية اتضح جليا أن المتعامل في مركز الضعيف اتجاه المصلحة المتعاقدة ، بالموازاة مع ما تتمتع به من سلطات لامثيل لها في القانون الخاص ، وعليه قلما نجد مصلحة متعاقدة تخلو من التعسف في وجه المتعامل المتعاقد معها .

مما يؤكد على أنه بالرغم من وجود نصوص قانونية ، كرسها المشرع الجزائري من يوم الاستقلال إلى يومنا هذا تكفل للمتعامل المتعاقد حقه وتصونه ، من خلال إلقاء نظرة عامة على التطور التاريخي لقانون الصفقات العمومية، حيث مر هذا الاخير بعدة مراحل تتمثلت في :

ا_المرحلة الاولى والثانية :

1 -من الاستقلال حتى 1967

مرحلة إنتقالية إتسمت بتطبيق القانون الفرنسي إستنادا إلى النص قانون 1962/12/31 الذي

يمدد العمل بالقوانين الفرنسية إلى الجزائر(إلى ماكان منها منافيا لسيادة الوطنية)

2-من 1967 إلى 1982

هاته المرحلة صدر فيها أول إصلاح للصفقات العمومية في الجزائر بموجب الامر 67-90 بتاريخ 1967/06/17 يتضمن القانون الصفقات العمومية وقد عرفت الصفقات العمومية في هذا القانون ب "الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو عمالتها أو البلديات أو المؤسساتها و المكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أوتوريدات أوالخدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون " يلاحظ هنا أن المشرع قد استخدم في هذا النص مجموعة من العناصر يمكن اعتبارها معايير للتعريف بالصفقات العمومية هي

المعيار الشكلي : الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة المعيار

المعيار العضوي : تبرمها الدولة العمالات (الولايات) أو البلديات أوالمؤسسات و المكاتب العمومية

المعيار المادي : قصد انجاز أشغال أو التوريدات أو الخدمات ضمن الشروط المحددة في هذا القانون استثنى هذا القانون عدد من العقود الإدارية في مجال تطبيقه ومنها عقود التزويد بالغازو التأمين الماءوالكهرباء وهي عقود إدارية وفق المعايير التي يحددها المشرع ولكنها تخضع لأحكام خاصة

المرحلة الثالثة والرابعة تمثلت في صدور مرسوم 145/82 وذلك بتاريخ 1982/04/10 وينظم صفقات المتعامل العمومية ‘وقد حاول هذا الأخير تقديم تعريف الصفقات العمومية من خلال المادة الرابعة جاء فيها :"الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود والمبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسم و قصد انجاز أشغال و اقتناءالمواد والخدمات" وقد إستعمل في هذا المرسوم مصطلح جديد لم يكن معروف في ظل قانون الصفقات العموميةالقديم هو مصطلح المتعامل العمومي ‘ وقد دفع إلى ذلك تقديم تعريف بهذا المتعامل في المادة الخامسة وجاء فيها "ويقصد بالمتعامل العمومي في مفهوم هذا المرسوم مايلي :

-جميع الإدرات العمومية

-جميع المؤسسات و الهيئات العمومية

-جميع المؤسسات الإ شتراكية

أي وحدة التابعة لمؤسسة إشتراكية يتلقى مديرها تفويض لعقد الصفقة تطبق احكام هذا المرسوم

على الصفقات التى تبرمها المؤسسة التي يكون جل رأسمالها عموميا"

من خلال ماسبق نلاحظ أن المشرع بهذه المادة وسع من مدلول المتعامل العمومي أو الجهة الإدارية المتعاقدة ليشمل المؤسسة الاشتراكية و الاقتصادية (الصناعية والتجارية) خلافا لما كان سائدا في القانون القديم ‘ الذي اقتصر فيه مدلول المتعامل على الإدارة في معناها التقليدي أي المرافق العامة الإدارية دون المرافق العامة الاقتصادية وقد أثرت ذلك سلبا على المؤسسات الاقتصادية مما دفع بالمشرع إلى التراجع عن هذا التوسع في مدلول المتعامل العمومي وقد حصر العقود الإدارية في مجال الإدارة العامة في معناها الضيق . وذلك بموجب مرسوم رقم 86-126 المؤرخ في 1986/05/13 ايضا المرسوم 72/88 المؤرخ في 1988/03/29

مرحلة الإصلاح 1991 مرحلة تتسم بصدور المرسوم التنفيذي رقم 434/91 الصادر في 1991/11/09 المتضمن الصفقات العمومية . بطريقة تختلف بشكل ملحوظ عن مرسوم 145/82 وقد

وردة تعريف العقد الإداري او الصفقة العمومية في هذا المرسوم من خلال المادة الثالثة و التي جاء فيها " الصفقة العمومية هي عقود مكتوبة " وحسب مفهوم المشرع ساري على العقود والمبرمة وفق لشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنشاء و إنجاز أشغال وإقتناء مواد وخدمات لحساب المصلحة المتعاقد وبتحليل نص هذه المادة نستنتج أن المشرع إستعمل عدة معايير منها المعيارالشكلي : وهو الكتابة التي تعبر في هذا المجال ركنا في العقد وليس مجرد وسيلة للإثبات

المعيار المادي : وهو المعيار الذي يحدد محتويات العقود والمواد التي تدخل في اطار الصفقات العمومية وهي عقود التوريد وعقود الاقتناء و المواد والخدمات .

المعيار العضوي : الذي كان معولا عليه في القوانين السابقة فلم يشر أليه المشرع في المادة ولكنه تعرض له في المادة الثانية حيث جاء فيها في المادة 2 "لاتطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدرات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ' المسمات أدناه : لمصلحة التعاقدة "

وصولا إلى آخر تعديل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 ، الموافق ل16 سبتمبر2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

إلا انه بالاصدام مع الواقع العملي، نجد عدم فعالية هذه الأساليب و الطرق التي حددها المشرع، ايضا عدم كفايتها لما يلاحظ من تجاوزات المصلحة المتعاقدة اثناء ابرامها للصفقة، وكذا اختيارها للمتعامل المتعاقد، بسبب عدم تطبيق النصوص القانونية تطبيقا سليما، و استغلال الثغرات الموجودة في النصوص القانونية إبرام صفقات مشبوهة.

التوصيات والاقتراحات

-المتأمل في التنظيم الحالي للصفقات العمومية و المتضمن قانون15-247 نجده في الواقع لم يغير جذريا في هيكل تنظيم الصفقات العمومية، بالنظر إلى الغرض الذي صدر من اجله، وهو سد الثغرات النقائص الموجودة في القوانين السابقة للصفقات العمومية، لذا فهو يتسم بالغموض في قراءة و تطبيق ،بعض النصوص التي ينبغي التكفل بها مستقبلا، و بالرغم من النقائص وما شابه من غموض، إلا انه يشكل ضمانة هامة للمتعامل المتعاقد في مواجهة سلطات الإدارة الممنوحة لها في حالة

تعسفها وتجاوزها، وهذا عن طريق اللجوء الى القضاء كما ان نقص الاجتهادات القضائية في مجال الصفقات العمومية، يرجع الى اغفال المشرع الهم تفاصيل لجوء طرفي الصفقة للقضاء، دون توضيح نوع القضاء المختص، ولا نوع الدعاوي المرفوعة، ولا إجراءات التقاضي، لهذا يجب :

-العمل على تفعيل هذه الآلية مستقبلا وضبط آليات الرقابة القضائية، لحل منازعات الصفقات العمومية، لأنها تشكل أهم ضمانة لحماية المتعامل المتعاقد من تجاوزات التي تصدر عن الإدارة، للحد و التقليل من الجرائم التي عرفت انتشارا واسعا في هذا المجال.

-بناء عليه لابد على المشرع من ان يشدد على ضرورة إعطاء الأولية للرقابة في الصفقات العمومية ، مع تشديد الرقابة على لجنة فتح الأظرف، ولجنة تقييم العروض من اجل التوصل إلى أفضل المتعاملين المتعاقدين مع المصلحة المتعاقدة بطريقة شفافة و نزيهة بعيدا عن كل التجاوزات .

هذا والله الموفق والمعين

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب باللغة العربية

1) ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي(المبادئ و الأسس العامة،)منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
2) رفعت محمد عبد الوهاب، مبادئ و أحكام القانون الإداري، بيروت،لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية2003.
3) سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية،ط.،5 دار الفكر العربي،1991.
4) عبد الحميد الشواربي ، العقد الإداري في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية،2003.
5) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2007.
6) عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط ،1جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
7) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط. ،3جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
8) محمد حلمي، العقد الإداري، ط ،2دار الفكر العربي، بيروت، 1977.
9) مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلب الحقوقية ،ط1 ،2005، معاشو عمار ،النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،1989.
10) حسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث، الطبعة الأولى، الجزائر الخلدونية، ،

الكتب باللغة الفرنسية

1) Trotabas Louis.Manuel de droit public et administratif.17ed,paris,1971
2) Vedel , George,droit administratif,4éd , paris,1968

ثانيا: الرسائل الجامعية

❖ **الأطروحات:**

1) علي عبد العزيز الفحام ،سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري (أطروحة دكتوراه،)حقوق (غيرمنشورة) ، جامعة عين شمس ، مصر1975.

2) عليوات ياقوته،تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري الصفقات العمومية في الجزائر(أطروحة دكتوراه) ،تخصص القانون العام،كلية الحقوق(غيرمنشورة) ، جامعة قسنطينة،2008.

3) سعيد عبد الرزاق باخبير،سلطة الادارة الجزائية في تعديل العقد الاداري رسالة الدكتوراه في القانون العام كلية الحقوق جامعة الجزائر 2008.

❖ **رسائل الماجستير:**

1)بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية بالجزائر(رسالة ماجيستير،) كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2008

2)عباد صوفيه ، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية (رسالة ماجيستير جامعة باجي مختار عنابة،2011

3)خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري (رسالة ماجيستير،) القانون العام، جامعة قسنطينة، 2012-2013

رابعا : النصوص القانونية

1)قانون 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم .

خامسا : النصوص التنظيمية

❖ المراسيم الرئاسية

1)المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 17أكتوبر 2010المتضمن تنظيم الصفقات العمومية،جريدة رسمية عدد .58

2)المرسوم الرئاسي رقم 12-23المؤرخ في 2012/01/18المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم المؤرخ في 2010/10/07والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية،الجريدة الرسمية عدد.04 لسنة2012

3)المرسوم الرئاسي رقم -المؤرخ في 15-247 16 المؤرخ في سبتمبر 2015المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،جريدة رسمية عدد ،50لسنة 2015

❖ المراسيم التنفيذية

المرسوم التنفيذي رقم ،98-67 المؤرخ في 1998/02/21 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وتسييره

القرارات والاحكام القضائية

1)قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 1989/12/16، ملف رقم 65145، منشور بالمجلة القضائية،العدد1، سنة1991،

2)دفتر الشروط الإدارية العامة، القرار المؤرخ في 21-11-1964 المتضمن الموافقة على دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الاشغال الخاصة بوزارة البناء والاشغال العمومية جريدة رسمية العدد06 المؤرخة في 19 يناير1956

3)قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ ،2002/05/27الملحق رقم : 05147

الفهرس

الفهرس

مقدمة:.....2

الفصل الاول موقع المتعامل الاقتصادي في اطار قانون الصفقات العمومية 7

المبحث الاول :الوضعية القانونية للمتعامل الاقتصادي في قانون الصفقات العمومية.....9

المطلب الاول: الالتزام بالتنفيذ التقني للصفقة.....9

الفرع الاول : الاستمرار في تنفيذ العقد 10

الفرع الثاني:الالتزام بالمدة المحددة في الصفقة 11

المطلب الثاني :الطابع الشخصي للالتزام بالتنفيذ 11

الفرع الاول: اللجوء الى التعامل الثانوي.....12

الفرع الثاني :الطبيعة القانونية للعقد الذي يربط بين المتعامل الثانوي والمتعامل الاصلي 13

المبحث الثاني: الوضعية المالية للمتعامل الاقتصادي في قانون الصفقات العمومية.....14

المطلب الاول:الحق في الحصول على المقابل المالي 14

الفرع الاول: كيفية دفع المقابل المالي: 14

الفرع الثاني كيفيات الدفع 15

المطلب الثاني:الحق في التعويض واعادة التوازن المالي 16

الفرع الاول: الحق في اقتضاء التعويض.....16

أولا : التعويض على أساس خطأ الإدارة.....16

ثانيا: التعويض على أساس الإثراء بلا سبب 17

الفرع الثاني: حق المتعامل المتعاقد في إعادة التوازن المالي للصفقة.....17

اولا :نظرية فعل الأمير 18

ثانيا: نظرية الظروف الطارئة: 19

ثالثا: الصعوبات المادية الغير متوقعة 20

رابعا : مراجعة الاسعار 21

المبحث الثالث: الضمانات الملقاة على عاتق المتعامل الاقتصادي 22
المطلب الاول: الكفالة لتامين الادارة المتعاقدة اثناء التنفيذ 23
المطلب الثاني: اليات تنفيذ الكفالة.....26
الفرع الاول: البنوك الخاضعة للقانون الجزائري 26
الفرع الثاني: صندوق ضمان الصفقات العمومية 26
الفصل الثاني سلطات الادارة في مواجهة المتعامل الاقتصادي.....29
المبحث الاول :سلطة الادارة في مجال التنفيذ.....30
المطلب الاول : سلطة الرقابة والاشراف 30
المطلب الثاني :سلطة التعديل 31
الفرع الاول: شروط التعديل 31
الفرع الثاني الاساس القانوني للتعديل 32
المبحث الثاني: سلطات الادارة بعد التنفيذ.....34
المطلب الاول : سلطة انهاء الصفقة(فسخ العقد).....34
الفرع الاول : فسخ العقد من جانب واحد (الفسخ الاحادي) 35
الفرع الثاني: فسخ الصفقة من جانب مشترك. 35
المطلب الثاني :سلطة توقيع الجزاءات المالية.....36
الفرع الاول :الغرامات المالية 36
أولا- تعريف غرامة التأخير: 36
الفرع الثاني خصائص غرامة التأخير.....37
الفرع الثاني : مصادرة مبلغ الضمان.....38
المبحث الثالث: تسوية نزاعات التنفيذ كضمانة المتعامل الاقتصادي.....40
المطلب الأول: التسوية الودية للنزاع.....41
الفرع الأول: لجان التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية.....41

أولا: اللجنة المركزية: لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة و الهيئة العمومية.....41
ثانيا: اللجنة المحلية: لجنة التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية في الولاية 42
الفرع الثاني: الآليات القانونية لعمل لجان التسوية الودية.....42
المطلب الثاني: التسوية القضائية 43
الفرع الاول: طبيعة و اختصاص الدعوى القضائية 44
الفرع الثاني: طرق ممارسة الدعوى 45
أولا: القضاء الكامل 45
ثانيا: قضاء الإلغاء 47
ملخص الفصل الثاني.....49
خاتمة.....51
الفهرس 60

ملخص الدراسة

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية، نظرا أهمية الدور الذي تقوم به، فهي الوسيلة الفعالة لتعامل الإدارة المتعاقدة، مع غيرها من المتعاملين، لتأمين الحاجيات العامة، كما تتميز الصفقات العمومية عن سائر العقود الأخرى المدنية و التجارية، وعقود العمل، اذ تخضع إجراءات وطرق إبرامها تختلف عن تلك التي يخضع لها الأفراد والمقررة في القانون المدني، لذلك ففي العقد الإداري الإدارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة اتجاه الغير، يمكنها من تحقيق الغرض من التعاقد، أما في العقد المدني فإن أطرافه تحتل مرتبة واحدة، ولا امتياز لطرف عن طرف، ولا يمكن للمشرع أن يرجح مصلحة على مصلحة أخرى، لهذا ركزت دراستنا عن البحث عن المركز القانوني للمتعامل المتعاقد تجاه الإدارة المتعاقدة من خلال مركزه القانوني الضعيف إزاء المصلحة المتعاقدة، وكذا من خلال وضعيته المالية .

بعد هذه الدراسة نستخلص أن المركز القانوني للمتعامل الاقتصادي في عقد الصفقة يكون في مركز ضعف تجاه المصلحة المتعاقدة، عند استغالها للسلطات و الامتيازات الكبيرة الممنوحة لها، سواء في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ ، ويكون أيضا في مركز قانوني متوافق نسبيا مع سلطة الإدارة، من خلال ما يمنحه له المشرع من ضمانات، تعطيه بعض الحقوق المالية لتنفيذ التزاماته التعاقدية، ونتيجة لهذا التباين بين الطرفين، يمكن أن تثير منازعات في عقد الصفقة، مما يفرض وضع آليات لحل هذه النزاعات لضمان السير الحسن للمشروع العام، استمرار تقديم خدمات المرفق العام و انجاز الأشغال على أكمل وجه.

الكلمات المفتاحية: المركز القانوني- المتعامل المتعاقد- المصلحة المتعاقدة- الالتزامات- الحقوق- الصفقات العمومية. المتعامل الاقتصادي.

Résumé

Les marchés publiques sont les contrats administratifs les plus importants, vu la gravité de son rôle dans la vie des sociétés. C'est un moyen efficace de gérer la gestion des contrats avec d'autres concessionnaires, pour sécuriser les nécessités publiques.

Aussi, les marchés publiques sont différentes des autres contrats : civils, commerciaux et de travail, car les procédures et les moyens appliqués sont différents de ceux qui dent les individus sont soumis et déterminés dans le Code civil.

Donc dans le contrat administratif, l'administration jouit des privilèges de l'autorité publique envers les autres. Il peut atteindre l'objectif de contracter. Par ailleurs, dans le contrat civil, ses parties occupent un seul rang, et le législateur ne peut pas favoriser un intérêt sur un autre.

C'est pourquoi notre étude s'est concentrée sur la recherche du statut juridique du contractant vis-à-vis l'administration et son statut juridique faible vis-à-vis des intérêts contractuels, ainsi que par sa situation financière.

Après cette étude, nous concluons que le statut juridique de la marchand économique dans le contrat est en position de faiblesse vis-à-vis de l'intérêt contractuel, en exploitant les pouvoirs et privilèges qui leur sont accordés, tant au stade de la conclusion qu'à celui de la mise en œuvre. De plus, il est également dans une position juridique relativement compatible avec l'autorité de gestion, à travers les garanties que lui confère l'législateur, en lui donnant certains droits financiers pour l'exécution de ses obligations contractuelles, et à la suite de cette divergence entre les parties , il peut donner lieu à des conflits dans l'affaire, ce qui nécessite l'élaboration de mécanismes pour résoudre ces conflits et pour assurer la bonne démarche du projet, et la continuité des installations de services publics et l'achèvement des travaux dans des bonne conditions

. Les mots clés : statut juridique – Opérateur contractuel – Service contractuel – Les obligation - Les droits - marchés publiques. Opérateur économique