وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة يحي فارس بالمدية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة ماستر
تخصص: دولة ومؤسسات

بعنوان:

أحكام التراضي في قانون الصفقات العمومية

من إعداد الطالب:

- مولاي مصطفى محمد أمين

تحت إشراف الأستاذ:

سبتي عبد القادر

أمام اللجنة المناقشة

سبتي عبد القادر	أستاذ محاضر أ	جامعة المدية	مشرفا
رحال جمال	أستاذ مساعـد أ	جامعة المدية	رئيـسا
سي موسى عبد القادر	أستاذ محاضر أ	جامعة المدية	مناقـشا

السنة الجامعية2019/2018

مقدمـة

تلجأ الإدارة أثناء قيامها بنشاطها وواجباتها إلى وسائل متعددة تتمثل أساسا في أعمال إدارية مادية وقانونية، تهدف من ورائها إلى إحداث آثار قانونية، تنقسم هذه الأعمال إلى نوعين أعمال انفرادية، تقوم بها الإدارة بإرادتها المنفردة مستعملة امتيازات السلطة العامة و تتمثل في اتخاذ القرارات الإدارية التي تعد من أنجع أساليب القانون العام، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أعمال إدارية اتفاقية أو رضائية المتمثلة في إبرام العقود الإدارية حيث تلجأ إليها الإدارة في حالة ما إذا كشفت الأمور عدم قدرتها على اتخاذ وسيلة القرار الإداري لتلبية الأهداف المرجوة، كون القرارات الإدارية تقوم على أساس عنصر الإلزام، لذلك ولدت فكرة التعاقد الإداري في ظل ظروف تاريخية معينة، وأخذت بالتوسع شيئا فشيئا حتى صارت نظرية متماسكة. وأضحت العقود الإدارية إحدى الوسائل القانونية التي تستطيع الإدارة استعمالها أثناء تسيير مرافقها العامة بالصورة التي تظهر فيها بمظهر السلطة العامة.

فالعقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وكذلك يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير مرفق عام.

ويأخذ العقد الإداري عدة صور منها، إبرام صفقة عمومية وذلك عندما يتعلق العقد بإنجاز أشغال أو اقتناء لوازم أو انجاز دراسات أو تقديم خدمات، كما يمكن أن يكون تفويض مرفق عام و ذلك في حالة إبرام الإدارة مع المتعاقد معها إما لعقد امتياز أو إيجار أو وكالة محفزة أو عقد تسيير.

فالصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.

ونظرا لأهميتها فقد أولاها المشرع الجزائري أهمية كبيرة وذلك من خلال وضع منظومة قانونية لها، فغداة الاستقلال وسدا للفراغ القانوني وبموجب القانون رقم: 62 /157 المؤرخ في: 31 /12/ 1962 استمر العمل بالتشريع الفرنسي عدا ما يتعارض مع السيادة الوطنية.

كما صدر المرسوم رقم: 64 /103 بتاريخ: 26 /03 /1964 المتعلق بإنشاء اللجنة المركزية للصفقات العمومية التي عهد لها اختصاص اتخاذ الأحكام القانونية و إجراءات تنفيذ الصفقات العمومية، ثم تلاه الأمر 90/67 المؤرخ في 17 يونيو 1967 وصولا إلى المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

حيث تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي.

فطلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء.

أما التراضي فنعرفه من خلال طرح الإشكالية التالية:

ماهي حدود لجوء المصلحة المتعاقدة للتراضي كآلية للتعاقد في الصفقات العمومية؟ وفيما تتمثل الضمانات المقررة على هذا الأسلوب من التعاقد؟

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمت دراستي إلى فصلين كل فصل إلى مبحثين، يتضمن الفصل الأول مفهوم التراضي كآلية للتعاقد في الصفقات العمومية مقسم إلى تعريف التراضي في الصفقات العمومية ونطاق تطبيقه في مبحث أول وأشكال وحالات اللجوء إلى التراضي في المبحث الثاني، أما الفصل الثاني بعنوان الآثار المترتبة عن الصفقات العمومية المبرمة بالتراضي وقسمته إلى حقوق والتزامات طرفي الصفقة العمومية المبرمة عن طريق التراضي في المبحث الأول والآليات الرقابية المسلطة على صفقات التراضي في المبحث الثاني.

حيث اعتمدت من خلالها إلى التحليل والتفصيل بإتباع المنهج الوصفي والتحليلي وذلك بإجراء دراسة تحليلية للنصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع وتفسير مضمونها لتبيان مدى توفيق المشرع الجزائري في وضع أحكام وأسس للتراضي في الصفقات العمومية.

إذ يعود سبب اختياري لهذا الموضوع إلى قلة الدراسات السابقة والمتخصصة في موضوع التراضي خاصة في الجزائر، و إن وجدت فقد تناولته كجزئية فقط في طرق إبرام الصفقات العمومية، وبالتالي لم تفصل و تشرح كما يجب.

كما يعتبر الدافع الشخصي سبب من أسباب اختياري هذا الموضوع وذلك لعلاقتي الوطيدة مع الكثير من المقاولين الذين أخبروني عن هذا الأسلوب وتفشي ظاهرة المحاباة والرشوة من خلاله.

كما تكمن أهمية هذا الموضوع كون هذا الأسلوب مقرر في التشريع المعمول به وهو إحدى طريقين لإبرام الصفقات العمومية.

فمن خلال هذه المعالجة البحثية أردت تحقيق جملة من الأهداف هي:

- توضيح الأحكام العامة لهذا الأسلوب من التعاقد.
- إبراز الضمانات المتعلقة بحرية المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى هذا الأسلوب.
- تبيان الآليات الرقابية المقررة على هذا الأسلوب.

حيث اعتمدت على بعض الدراسات السابقة على غرار مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق للطالبة لعلى وهيبة التي تحمل عنوان التراضي كوسيلة للتعاقد الإداري في التشريع الجزائري، غير أنها اعتمدت بالخصوص على المرسوم الملغى 23/12.

أما الصعوبات التي اعترضتني قلة الكتب الجزائرية المتخصصة من حيث تناولها للموضوع، وهذا ما دفعني في الكثير من الأحيان الاعتماد على المذكرات و الأطروحات التي تحدثت عن الموضوع كجزئية فقط وهذا ما جعلني لم أف الموضوع حقه.

كلمة شكر

الحمد لله الذي أنار لي درب العلم والمعرفة وأعانني على إتمام هذا العمل

اعترافا بالفضل والجميل، أتقدم بخالص الشكر إلى الأستاذ المشرف

"عبد القادر سبتي"

لقبوله الإشراف على هذا العمل المتواضع

كما أتقدم بالشكر إلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في إتمامه

إهـــداء

أهدي هذا العمل إلى أبي الذي كبرني وعلمني وحرم نفسه من أمور ليسعدني راجيا من الله أن يرزقه جزاء إحسانه لي الفردوس الأعلى وأن يتغمده برحمته الواسعة

إلى عائلتي فردا فردا

إلى أصدقائي

إلى زملائي

الفصـل الأول: مفهوم التراضي كآلية للتعاقد في الصفقات العمومية

من خلال نص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض[1] الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي [2].

إذ يقوم إجراء طلب العروض على أساس المنافسة، الذي يكفل حق المشاركة لكل العارضين.

غير أنه ولأسباب موضوعية هناك حالات محددة و مبينة في النص لا تستوجب إجراءات الإشهار والنشر لاختيار المتعاقد، وهو ما يعرف بأسلوب التراضي في إبرام الصفقة [3].

ولمعرفة ما المقصود بأسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية سأتناول في المبحث الأول: تعريف التراضي في الصفقات العمومية، أما المبحث الثاني: أشكال وحالات اللجوء إلى التراضي.

المبحث الأول: تعريف التراضي في الصفقات العمومية ونطاق تطبيقه

تتعدد المصطلحات المستعملة في النصوص المنظمة للصفقات العمومية في الأنظمة القانونية المختلفة معبرة عن نفس طريقة التعاقد أحيانا وعن طرق مختلفة أحيانا أخرى، فيوجد في هذا المجال مثلا: العقد المفاوض، أو التعاقد بالتفاوض أو عقود المفاوضة، الاتفاق المباشر، الممارسة، الشراء عن طريق الكشوف والفواتير، الشراء المباشر، التعاقد بالتراضي وهي كلها مسميات تتفق في خاصية واحدة هي كونها طرق استثنائية لإبرام الصفقات العمومية توجد إلى جانب إجراء المناقصة أو المزايدة تتمتع فيها الإدارة بحرية أكبر في اختيار المتعاقد معها.

وأما في فرنسا فقد ظل مصطلح (gré à gré) متداول إلى غاية صدور مرسوم 1976/01/21، حيث تم استبداله بمصطلح (Les marches négocier) أي التعاقد بناء على مفاوضة [4].

أما المشرع الجزائري فقد استعمل في النصوص المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية مصطلح التراضي على غرار المشرع اللبناني الذي سماه الاتفاق بالتراضي[5]، فما المقصود بالتراضي في الصفقات العمومية وما هي مجالات تطبيقه؟

المطلب الأول: تعريف التراضي في الصفقات العمومية

إن إجراء طلب العروض يمر بإجراءات معقدة وطويلة مما يجعل الإدارة لا تستطيع اللجوء إليها في بعض الظروف، كما أن بعض الحالات لا تستدعي كل هذه الإجراءات لهذا تم الترخيص للإدارة بإمكانية التعاقد بالتراضي[1].

---

[1] أنظر الملحق رقم 01: نموذج لطلب العروض وطني مفتوح.

[2] المرسوم الرئاسي 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر، عدد 50، 2015

[3] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، ط1، س2007، ص132.

[4] DVILLER (J.M), Cours de droit administratif, 6éme Ed, Montchrestien, Paris, 1999, p407.

[5] أمال مدين، مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، بدون تاريخ،ص35.

إذ لابد من الإشارة إلى أن التراضي في هذا الإطار يختلف عن ركن الرضا في التعاقد كأحد الأركان الضرورية سواء في العقود الإدارية أو الخاصة، بل المقصود هو طريق من التعاقد في الصفقات العمومية التي يبرز فيها رضا الإدارة بشكل واضح وجلي بسبب تمكينها من اختيار المتعاقد معها دون التقيد بإجراءات معقدة كما هو الحال في المناقصة والمزايدة[2].

ولتعريف التراضي كآلية للتعاقد سأتناول التعريفات الفقهية للتعاقد بالتراضي في فرع أول وتعريف التراضي حسب التشريع المعمول به في فرع ثاني.

الفرع الأول: التعريفات الفقهية للتعاقد بالتراضي

التراضي هو عقد خاص تجريه الإدارة مع من تختاره من العارضين أو الموردين دونما حاجة إلى عرض الصفقة على العموم أو على فئة محصورة من العارضين و دونما حاجة إلى الحصول على عدد من العروض لاختيار الأفضل من بينها، ففي هذا النوع من التعاقد لا يكون من حيث المبدأ سوى عرض واحد من عارض واحد تختاره الإدارة، أو هو إجراء يجيز القانون للإدارة أن تتعاقد بناء عليه في الحالات العاجلة التي لا تحتمل تأخير مع من تشاء من الموردين أو المقاولين فيما لا تزيد قيمته عن حدود معينة دون التقيد بإجراءات المناقصات التي تشمل توجيه الدعوة لتقديم العروض.

أو هو أسلوب للتعاقد الإداري تتحرر فيه الإدارة من كل القيود المفروضة عليها في حالة إقدامها على التعاقد بأسلوب المناقصة أو المزايدة، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمتنافسين في العمل موضوع الاتفاق المباشر الطعن على ما اتخذته الإدارة من إجراءات خلال المراحل السابقة على إتمام العقد طالما أن هذه الإجراءات هي مجرد قواعد مصلحية داخلية وضعت لصالح الإدارة فقط، فبموجب هذه الطريقة يتم الاتفاق بين الإدارة والمتعهد معها بواسطة الاختيار المباشر، ولا تتقيد الإدارة بإجراءات التعاقد بالمناقصات ولا المزايدات وبذلك هي تتجنب مشاكل آلية الإرساء في المناقصات وتعطيها مرونة كبيرة في إبرام العقود من خلال صلاحياتها التقديرية في اختيار من يتعاقد معها على أساس الثقة والأمانة .

وفي تعريف مبسط الاتفاق المباشر هو طريق استثنائي للتعاقد بموجبه تتوجه الإدارة مباشرة إلى من ترغب في التعاقد معه وتختاره بحريتها دون إتباع أي إجراءات مسبقة[3].

الفرع الثاني : التعريف التشريعي للتعاقد بالتراضي:

تعرض المشرع الجزائري لتعريف التعاقد بالتراضي في النصوص المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية، حيث عرفه في الأمر رقم 90/67 بالنص "تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم ومنح الصفقات لمن تختاره منهم"[4].

---

[1] الكاهنة زواوي، إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون 247/15، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد الثاني عشر، كلية الشريعة والاقتصاد، ديسمبر 2017، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة (الجزائر)، ص40

[2] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق ذكره، ص132.

[3] أمال مدين، المرجع السابق الذكر، ص 36

[4] الأمر 90/67 المؤرخ في 7 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر 52، 1967.

وأخذ على هذا التعريف ركاكة الأسلوب حيث أن صياغة المادة توحي بأن الإدارة تتنافس مع الموردين في حين الواقع أن الإدارة هي التي تختار المتعاقد معها من بين المتعاملين المتنافسين، كما يتضح أن المشرع في هذه المادة أكد على ضرورة توافر مبدأ المنافسة حتى في التعاقد بالتراضي وهو ما يستفاد من خلال تعدد المتعاملين الذين تتم استشارتهم[1] .

كما عرف المشرع الجزائري التراضي في عدة تعاريف ونذكر مايلي:

أولا :تعريف التراضي حسب ما جاء في القانون 145/82

تنص المادة 26 من قانون 145/82 على مايلي "يبرم المتعاقد العمومي صفقات وتبعا للإجراءات الخاص بالتراضي أو الإجراء الخاص بالدعوى للمنافسة ."

فالتراضي طبقا للمادة 27 من نفس القانون المذكور أعلاه " هو إجراء يخصص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوى للمنافسة و لا تستبعد فيه الاستشارة[2]."

ثانيا : تعريف التراضي حسب ما جاء في القانون434/91

نصت المادة 12 من هذا القانون على: " يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة و تنظيم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أية شكليات أخرى."

و بالرجوع إلى نص المادة 23، والتي تعرف التراضي على أنه إجراء تخصيص الصفقة لمتعامل متعاقد دون دعوى شكلية للمنافسة، إذ يستخلص من هذا التعريف أن المنافسة إلزامية في هذه الكيفية، وتتمثل شكلية المنافسة في إشهار الصفقة بالطرق المحددة قانونا [3].

ثالثا :تعريف التراضي في قانون 250/02

لقد أصبحت كيفية التراضي في القانون 250/02 أكثر وضوحا و تحديدا من القوانين السابقة لأن المشرع الجزائري قد حدد الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة للتراضي البسيط والحالات التي يستخدم فيها التراضي بعد الاستشارة في المادة 38 و بذلك يكون قد تفادى كل العيوب التي تضمنتها القوانين السابقة لو بالنسبة لهذه الكيفية.

ما يمكن التذكير به في هذا الصدد هو أن اختيار كيفية إبرام الصفقات يندرج ضمن اختصاصات المصلحة طبقا للمادة 35 من ق، ص، ع.

حيث عرفت المادة 22 من نفس المرسوم كما يلي: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة [4]".

---

[1] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق الذكر، ص 133.

[2] المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10 أفريل 1982، المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر 15.

[3] المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 57.

[4] المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر 52.

رابعا :تعريف التراضي حسب ما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 236/10

حيث نصت المادة 27 من المرسوم 236/10 على مايلي "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة [1]".

خامسا :تعريف التراضي حسب ما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 23/12

لم يطرأ أي تعديل على المادة السالفة الذكر في المرسوم الرئاسي رقم 23/12 حيث تنص المادة 27 على ما يلي: "التراضي هو إجراء تخصيص الصفقة لمتعامل واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة"[2].

سادسا :تعريف التراضي حسب ما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 247/15

حسب نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15 "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة..." [3].

وعليه نخلص أن مفهوم التراضي في المراسيم الرئاسية 250/02 و236/10 و 23/12 و 247/15 قد رسوا على تعريف واحد.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق التراضي كآلية للتعاقد في الصفقات العمومية وآثاره:

كما سبق الإشارة التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة[4]، حيث تتحرر الإدارة وفقا لآلية التراضي من القواعد والإجراءات المقررة في الأسلوب الذي يعتمد على الدعوة الشكلية للمنافسة، فتتحاور مع من تراه قادر على القيام بالعمل الذي ترغب في إنجازه وفقا لما تمليه عليها مقتضيات الصالح العام، فطريقة التراضي هي الطريقة الأكثر مرونة لأنها تترك للإدارة العمومية حرية أكبر لاختيار الشخص الذي ستتعاقد معه[5].

ولتوضيح أكثر سأتناول في الفرع الأول حدود إجراءات التراضي كآلية للتعاقد في الصفقات العمومية. وفي الفرع الثاني آثار توسيع نطاق التراضي في الصفقات العمومية.

الفرع الأول: حدود إجراءات التراضي كآلية للتعاقد في الصفقات العمومية

بالرجوع إلى مواد المرسوم الرئاسي 15-247 نجد أن المشرع الجزائري يعطي الإدارة المتعاقدة حق اختيار المتعامل المتعاقد دون الحاجة إلى الإشهار، فأسلوب التراضي يعفي الإدارة من حيث الأصل من

[1] المادة 27 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر 58
[2] المادة 27 من المرسوم الرئاسي 23/12، المؤرخ في 18 جانفي 2012 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 04
[3] أنظر المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.
[4] أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2009، ص370.
[5] ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط3، لباد للنشر، الجزائر، 2007، ص 281.

أهم قيد وهو الإعلان، ولا يعفيها من كل القيود الشكلية، إذ أنه يبقي على عاتقها إتباع إجراءات شكلية بسيطة[1].

وبالرجوع إلى نص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية نجد أن إجراء التراضي يتميز بقواعد خاصة مرنة، تخالف مبادئ إبرام الصفقات العمومية عن طريق المناقصة[2].

لم يحدد المشرع الجزائري إجراءات إبرام الصفقة بالتراضي البسيط حيث اكتفى فقط بتحديد حالات اللجوء إليه وتقرير قواعد وشروط إعماله.

وأمام هذا الفراغ القانوني فرض الواقع الميداني منطقه حيث أخذت المصالح المتعاقدة لنفسها نظاما إجرائيا خاصا تترجم به عملية التعاقد بطريق التراضي يمر بالمراحل الآتية[3]:

أولا: الدعوة إلى التعاقد:

بالرغم من أن أسلوب التراضي استثنائي في اختيار المتعامل المتعاقد لم يضع له المشرع ضوابط وإجراءات محددة إلاّ أن المصلحة المتعاقدة لا يمكن لها إعمال هذا الأسلوب بعيدا عن هذه الأخيرة، وعليه فإن أول مرحلة يتعين على المصلحة المتعاقدة القيام بها هو دعوة المتعاملين والمتخصصين في التعاقد، وهذا ما يقابل الإعلان في إجراء المناقصة احتراما لمبدأ حرية المنافسة، بهدف الحصول على عدد من العارضين لتتعدد فرص الانتقاء لدى المصلحة المتعاقدة، لكن هذه الأخيرة لا تلجأ إلى هذا الإجراء إلا عندما تتأكد من توفر شرطان هما[4]:

- أن تتأكد من أن قيمة الصفقة المراد عقدها يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات، لنص المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15 [5].
- إحترام حالات اللجوء إلى أسلوب التراضي وعدم التوسع في إعماله.

بعد أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من توافر الشرطين، ستقوم بتوجيه دعوة للتعاقد إلى المهتمين والمختصين في موضوع العقد، بأية وسيلة تراها مناسبة باعتبارها معفاة من إجراء المنافسة وجلب العروض ومنح الصفقة لأفضل المتعاملين من الناحية المالية والفنية والتأكد من مطابقتها للمواصفات المطلوبة[1].

---

[1] صفية بوشي ، النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013-2014 ، ص 33

[2] أنظر نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.

[3] محمد بن محمد، صفقة التراضي في الجزائر: أسلوب إبرام خاص بضوابط غامضة، دفاتر السياسة والقانون،العدد 13، جوان 2015، جامعة قاصدي مرباح ورقلة (الجزائر)، ص181.

[4] إغيل عامر ياسمين. العيفاوي ليندة، إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبة القانون العام/ تخصص: قانون الهيئات الإقليمية. جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية، السنة الجامعية 2013/2012، ص28.

[5] أنظر نص المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.

كما قد يكون إجراء اتخاذ الرخصة من مجلس الوزراء أو اجتماع الحكومة في حالتين وهما إذا تعلق الأمر بمشروع ذي أولية و ذي أهمية وطنية وعندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و الأداة الوطنية للإنتاج، حيث جاء في الفقرتين 4 و 5 من المادة 49 ما يلي:"... وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان المبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار(10.000.000.000 دج)، و إلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر[2].

وعليه فالمصلحة المتعاقدة إذا كانت في حالة من تلك الحالتين لا يمكنها إبرام العقود دون القيام بهذا الإجراء فهو إجباري[3].

ثانيا: التفاوض:

بعد أن تقوم المصلحة المتعاقدة بجمع العروض ستقوم بإجراء مفاوضات مباشرة مع أصحاب تلك العروض، من أجل الاستعداد لإبرام الصفقة أو تسوية نقطة اختلفوا فيها تتعلق ببنود الصفقة أو تنفيذها إذ تكمن أهمية التفاوض في تحقيق الأهداف التالية:

- رفع اللبس والغموض في الصفقة وتجنب الأخطاء في التقييم و الاختيار.
- يسمح بتكوين فكرة مبدئية عن الطرف الأخر و التمكن من تحديد قد ارته الفنية و التجارية و حتى المالية.
- توضيح الرؤية لتهيئة الاختيار تجدر الإشارة إلى أن المفاوضات تجد مجالها الخصب في الصفقات التي يكون أحد أطرافها متعامل متعاقد أجنبي.

ثالثا: مرحلة التعاقد:

بعد أن تقوم المصلحة المتعاقدة بجمع العروض وانتقاء أفضلها في مرحلة المفاوضات، نقوم بإسناد الصفقة بصفة مباشرة للمتعامل الذي اختارته و تفاوضت معه على جميع شروط العقد، لكن تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من السلطة التقديرية التي منحت للمصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد معها وفقا لأسلوب التراضي، إلا أنها ملزمة بالتصرف وفقاً لما تمليه المصلحة العامة لضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد[4].

أما فيما يخص أسلوب التراضي بعد الاستشارة تتمثل إجراءاته في :

---

[1] تياب نادية، سلطة المصلحة المتعاقدة في صفقات التراضي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص295.

2 مروان سفار طبي ،طرق ابرام الصفقات العمومية وعقود تفويض المرافق العامة بين الحرية والتقييد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، جامعة محمد بوضياف – المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون إداري، السنة الجامعية 2017/2016،ص39 .

[3] صفية بوشي، المرجع السابق الذكر،ص33.

[4] تياب نادية، المرجع السابق الذكر، ص296، 299.

وجوب الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة:

وهذا لتكريس مبدأ الشفافية و باب الإنصاف والموضوعية عكس التراضي البسيط لا يلزم الإدارة في نشر إعلان منح الصفقة لمتعامل حيث تنص المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15 "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاما في الحالات الآتية... التراضي بعد الاستشارة، عند الاقتضاء[1]" وبالتالي ينتج عن نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة حق المتعامل المشترك في تقديم الطعن أمام لجنة الصفقات المعنية، وهذا الحكم مشترك بين المناقصة وأسلوب التراضي بعد الاستشارة[2]. وذلك بموجب نص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15[3].

الفرع الثاني: آثار توسيع نطاق التراضي كآلية للتعاقد في الصفقات العمومية

إن أسلوب التراضي يعفي الإدارة من حيث الأصل من أهم قيد من قيود التعاقد ألا وهو قيد الإعلان أو الإشهار، ولا يعفيها كليا من القيود الشكلية، لكن قد يلقي على عاتقها إتباع إجراءات شكلية بسيطة وهذا ما يؤدي إلى ضعف الحدود الواردة على هذا الإجراء[4]، وعليه سأتطرق في هذا الفرع إلى آثار تطبيق التراضي الذي أتناول فيه إفلات إجراء التراضي من رقابة صارمة (أولاً) و تفشي الفساد (ثانياً).

أولا: إفلات إجراءات التراضي من رقابة صارمة:

من المفروض أن صفقات التراضي تستدعي رقابة صارمة، لأن حرية التعامل بين عالم الأعمال و العالم الإداري تتحقق أحياناً على حساب المصلحة العامة، و إذا كانت المناقصة تخضع لعدة مبادئ كما سبق ذكرها سالفاً، فإن إجراء التراضي لا يخضع لهذه المبادئ[5].

إذا كان التراضي هو إجراء يتم بالمرونة بحيث يترك الحرية للمصلحة المتعاقدة في اختيار من يتعاقد معها، فإن هذا ما يمكن أن يكون محل شبهات ومصدر التلاعب بالأموال العمومية، خاصة إذا كان غير مؤطر بصفة جيدة والذي لا يكون إلا برقابة صارمة[6].

---

[1] أنظر المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.

[2] بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار الجسور، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2011، ص205.

[3] نص المادة 82 من م.ر 247/15: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة..."

[4] ياسمين إغيل عامر. ليندة العيفاوي، إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون العام، تخصص قانون الهيئات الإقليمية، جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية، السنة الجامعية 2013/2012، ص31،30.

[5] ياسمين إغيل عامر. ليندة العيفاوي ، المرجع ذاته، ص32.

[6] BETH Elodie et HRUBI Amiko, renforcer l'intégrité dans les marchés publics (étude d'apprentissage mutuel au Maroc) ,document interne ,direction de la gouvernance publique,O.C.D.E, paris, 2008, p. 21.

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية نلاحظ أن إجراء التراضي يتسم بالغموض والسبب في ذلك هو تضييق مجال الرقابة الخارجية، وذلك من خلال تخصيص مادة واحدة فقط لهذا النوع من الرقابة وذلك في المادة 163 منه التي سيلي الحديث عنها في الفصل الثاني[1].

كما هناك غموض يتعلق بعدم وجود أي إعلان عن نتائج التفاوض، ومن أجل تدعيم الشفافية ونزاهة الصفقات العمومية و فعالية الرقابة لحماية المال العام، يستوجب على المصلحة المتعاقدة أن تضع في أيدي لجان الرقابة الخارجية تقرير عن نتائج التفاوض، لتمكين هذه الأخيرة من بسط رقابتها بكل فعالية وتمكينها من أي تلاعب في مثل هذه الصفقات[2].

ثانياً: تفشي الفساد:

نلاحظ أن هناك نقطة أساسية تؤدي إلى الإفلات من الرقابة الخارجية و التي يمكن أن تكون محل أشكال الفساد، و التي تتمثل في لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي وإلى حالة الاستعجال، التي تكون خاصة (يجب أن تكون حالات إستعجالية خاصة)، إذ يشترط اللجوء إلى هذه الحالة أن لا يكون بوسع المصلحة المتعاقدة التنبؤ بالظروف المسببة لحالات الاستعجال وأن لا تكون نتيجة ممارسات احتيالية من طرفها، فإقامة هذا الشرط ضروري لنزاهة إجراءات التراضي لو كان مصحوب برقابة اللجان الخارجية فغالبا ما تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى حالة الاستعجال لتبرير لجوئها إلى إجراء التراضي للتمتع بالحرية الكاملة في التفاوض بدون قيود، وهذا ما يعتبر كقيد لتجسيد الشفافية في الصفقات العمومية[3].

ولتفادي كل أشكال الفساد نص المشرع الجزائري في القانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم في بابه الرابع على التجريم والعقوبات وأساليب التحري المتعلقة بالصفقات العمومية والتي تنطوي على عنصرين أهمهما[4]:

العنصر الأول: منح امتيازات لا مشروعة وغير مبررة للغير في مجال الصفقات العمومية أو ما يعبر عنه بالمحاباة، وحصول الأعوان العموميين على امتيازات غير مستحقة وذلك باستغلال نفوذهم.

العنصر الثاني: وينطوي هذا العنصر على جريمة الرشوة والتي تأخذ صورا مختلفة[5].

---

[1] أنظر المادة 163 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.

[2] ياسمين إغيل عامر. ليندة العيفاوي، المرجع السابق الذكر، ص32.

[3] ياسمين إغيل عامر. ليندة العيفاوي، المرجع ذاته، ص 33،32.

4 أنظر المادتين 26 و 27 من قانون رقم 01/06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم.

[5] سليمان بوزيدي، مصطفى هادي، مكافحة الفساد المالي والإداري في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص إدارة ومالية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، السنة الجامعية 2017/2016، ص8.

المبحث الثاني : أشكال وحالات اللجوء إلى التراضي:

حددت المادة 41 أشكال التراضي حيث جاء فيها ما يلي: "...يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة... [1]"

حيث أشار المشرع الجزائري في مرسوم 1982 إلى إمكانية الاستشارة في التراضي لكنه لم يفصّل ذلك، غير أنه بموجب مرسوم لاحق فصّل في التراضي وقسمه إلى شكلين هما:

التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة وأكد على موقفه في مرسوم 1991 بالنص: "يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة "...وكذلك في مراسيم 2002 و 2010 و2015 يلتقي شكلا التراضي في كونهما صيغ تفاوضية موجهة إلى شخص أو مجموعة أشخاص معروفين بذواتهم مع عدم اشتراط أي شكلية معينة للاتصال بالمتنافسين لدى القيام بكل من الإجراءين الاتصال بكل الوسائل المكتوبة ، فما الفرق بين الصيغتين[2]؟

و لشرح بشيء من التفصيل لهذين الشكلين نتطرق إلى التراضي البسيط وحالاته (المطلب الأول) والتراضي بعد الاستشارة وحالاته (المطلب الثاني)

المطلب الأول: التراضي البسيط وحالات اللجوء إليه

يعتبر التراضي البسيط الاستثناء المقرر على الاستثناء في طريق إبرام الصفقات العمومية، و المقصود بالتراضي البسيط هو قيام المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة العمومية مع المتعامل الاقتصادي لمجرد تطابق إرادتيهما على محلها في إحدى الحالات المقررة حصرا في القانون[3].

الفرع الأول: التراضي البسيط

لقد نصت عليه المادة 22 من المرسوم الرئاسي 250/02 في الفقرة الثالثة منه " إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 37 من هذا المرسوم[4]"

و لم يختلف هذا المفهوم كثيرا عن ما ذكره المرسوم رقم 236/10 و نستطيع أن نقول نفس المفهوم اعتمده المشرع حيث لم يحدث أي تعديل جديد في نص المادة 22 من المرسوم 250/02.

إذ نصت المادة 2/27 من المرسوم الرئاسي 236/10 "التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في 43 من هذا المرسوم[5]".

---

[1] أنظر المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.

[2] أمال مدين، مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي، المرجع السابق الذكر، ص38و39

[3] وهيبة لعلى، التراضي كوسيلة للتعاقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق جامعة محمد خيضر– بسكرة، السنة الجامعية 2015/2014، ص17 .

[4] أنظر المادة 2/22 من المرسوم الرئاسي 250/02، المرجع السابق الذكر.

[5] أنظر المادة 2/27 من المرسوم الرئاسي 236/10، المرجع السابق الذكر.

و قد أبقى المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المعدل و المتمم على نفس نص المادة 27 المذكورة أعلاه في المادة 2/41 "إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم[1]".

ومنه التراضي البسيط تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لتحقيق السرعة في تلبية الحاجيات وربحا للوقت.

الفرع الثاني: حالات اللجوء إلى التراضي البسيط

كما سبق الإشارة التراضي البسيط هو أن إبرام الصفقة يكون بدون إقامة أية منافسة ولكن هذا قد يتعارض مع نية المشرع الجزائري عند استعماله عبارة " دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة" كما نصت المادة 41 دون الإعفاء من إقامة المنافسة وإنما الإعفاء في هذه الحالة هو من الإجراءات الشكلية للمنافسة أي الإشهار، لهذا لا يمكن أن يكون المشرع الجزائري قد قصد بإجراء التراضي البسيط الإعفاء من إقامة المنافسة بكل الوسائل الأخرى[2].

وما يستخلص من تعريف المشرع الجزائري للتراضي أن المنافسة إلزامية في هذه الكيفية فقط، شكلية المنافسة المنصوص عليها في هذا التنظيم هي المستبعدة وتتمثل شكلية المنافسة في إشهار الصفقة بالطرق المحددة قانونا. ويتم التفاوض بعنوان التراضي البسيط مع شخص بعينه دون غيره، ويوفر اللجوء إلى هذه الصيغة بساطة في الإجراءات وبالتالي السرعة في تلبية الحاجات وربحا للوقت، غير أن الاتصال مع شخص واحد والتفاوض معه، يشكل أهم و أخطر العيوب التي تكتنف هذه الصيغة، إذ يفقدها الشفافية المتوخاة في مثل هذه الإجراءات، مع كل ما يمكن أن ينجر على ذلك من مساس بمبدأ العدالة بين المتنافسين[3].

ولهذا لجأ المشرع لتحديد حالات اللجوء إلى التراضي البسيط على سبيل الحصر حيث نصت المادة 49 على مايلي: "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية وفقط[4]".

وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

أولا: حالة الاحتكار

يمكن اللجوء إلى التراضي البسيط من خلال حالة الاحتكار التي نص عليها المشرع " عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية. وتوضح الخدمات المعنية

[1] أنظر المادة 02/41 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.
[2] مروان سفار طبي ، المرجع السابق الذكر، ص36.
[3] خرشي النوي ، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، د.ط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة الجزائر، 2011، ص 165
[4] أنظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.

بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية... "[1].

حيث لا تتم الوضعية الاحتكارية لتنفيذ الخدمات على يد متعامل متعاقد إلا على اعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية و فنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة و الوزير المكلف بالمالية.
إذ لا يمكن تنفيذ الصفقة إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية في الخدمة[2].

ثانيا: حالات الاستعجال الملح

حالة الاستعجال المُلِح[3] المعلل بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها...[4]
ويقصد بالخطر الدائم: أي في حالة وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي[5].

ثالثا: حالات التموين المستعجل:

أما التموين المستعجل[6]، في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها[7].
حيث أن هذه الحالة ليست منفردة أو مستقلة بذاتها عن حالة الاستعجال الملح، إذ تستوجب شروط خاصة وهي:

1- عدم توقع المصلحة المتعاقدة الظروف التي استوجبت الاستعجال.

2- أن لا يكون اللجوء إلى هذه الحالة نتيجة مناورات للمماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة[8].

رابعا: حالة مشروع ذي أولوية و أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا:

تحدث هذه الحالة عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها. وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية

[1] أنظر المادة 01/49 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.
[2] خرشي النوي، المرجع السابق الذكر، ص167.
3 أنظر الملحق رقم 02، نموذج صفقة تسوية بإجراءات في حالة الإستعجال الملح.
[4] أنظر المادة 02/49 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.
[5] وهيبة لعلى، المرجع السابق الذكر، ص19.
[6] أنظر الملحق رقم 03، نسخة من مقررات المجلس الوزاري حول تموين الصيدليات.
[7] أنظر المادة 03/49 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.
[8] مرزاقة مزعاش، طرق إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون إداري، 2016/2015، ص60.

لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر[1].

وقد ربط المشرع هذه الحالة بشرطين:

1- أن الظروف التي استوجبت الاستعجال لم تكن متوقعة من طرف المصلحة المتعاقدة.

2- أنها لم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة[2].

خامسا: عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج أو الأداة الوطنية للإنتاج:

حسب الفقرة 05 من المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15 فإن هذه الحالة تكون عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج. وفي هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا آان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار (10.000.000.000دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر[3].

حيث أن مصطلح ترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج، مصطلح فضفاض يحمل الكثير من التأويلات، إذ ما هي المعايير التي يحكم على أساسها بتوفر هذا المعيار أو الهدف[4].

سادسا: عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقّا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية:

تنص الفقرة الأخيرة من المادة 49 على أنه تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقّا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري[5].

حيث أكد المشرع على أن تكون المؤسسة المتعاقد معها عن طريق التراضي البسيط مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري[6].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 قد قيد التراضي البسيط وهذا ما نصت عليه المادة 50، لذا يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحدد حاجياتها في ظل احترام المادة 27 ،كما

---

[1] أنظر المادة 04/49 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.
[2] مرزاقة مزعاش، المرجع السابق الذكر، ص61.
[3] أنظر المادة 05/49 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.
[4] خرشي النوي، المرجع السابق الذكر، ص 169.
[5] أنظر المادة 06/49 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.
[6] مرزاقة مزعاش، المرجع السابق الذكر، ص62.

يجب عليها أن تتأكد من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية و المالية والمهنية، هذا الأمر يجعل الإدارة التمتع بالحرية من خلال أسلوب التراضي البسيط[1].

وأوجز المشرع مجموعة من الشروط، قد لا تتوفر إلا نادرا[2].

المطلب الثاني: التراضي بعد الاستشارة وحالات اللجوء إليه

هو شكل آخر من أشكال التراضي المنصوص عليها في المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 التي تنص"... أو شكل التراضي بعد الاستشارة. وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة[3]"

الفرع الأول: التراضي بعد الاستشارة

يختلف التراضي بعد الاستشارة عن التراضي البسيط عن كونه يضمن قدرا ولو قليلا من المنافسة التي تنعدم نهائيا في التراضي البسيط. فالتراض بعد الاستشارة أسلوب تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإبرام صفقاتها بإقامة المنافسة بين عدة مرشحين مدعوين خصيصا بوسائل مكتوبة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعتمدة في طلب العرض[4].

و اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالات محددة قانونا و هي :حالة عدم الجدوى، و حالة بعض أنواع الصفقات ذات طبيعة خاصة، وحالة بعض أنواع الصفقات ذات الطبيعة الخاصة ، و حالة الصفقات الأشغال التابعة مباشرة لمؤسسات الأشغال التابعة مباشرة لمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة ،و الحالة المتعمقة بالعمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون في الحكومة.

وهذا ما سيتم دراسته في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة

نص المشرع الجزائري على أسلوب التراضي بعد الاستشارة[5] كإجراء لإبرام الصفقات العمومية لأول مرة في المرسوم الرئاسي رقم: 51/84 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 145/82 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، حيث ميز هذا الإجراء عن إجراء التراضي البسيط إذ نصت المادة 27 من المرسوم الرئاسي 145/82 على أنه "يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتتم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون الشكليات الأخرى[6]".

لكن المشرع لم يميز بين حالات التراضي البسيط وحالات التراضي بعد الاستشارة، كما اعتبر التراضي بصورة عامة قاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية إلى جانب الدعوة إلى المنافسة.

---

[1] أنظر المادة 50 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.
[2] وهيبة لعلى، التراضي كوسيلة للتعاقد الإداري في التشريع الجزائري، المرجع السابق الذكر، ص18.
[3] أنظر المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.
[4] محمد بن محمد، صفقات التراضي في الجزائر، المرجع السابق الذكر،ص180،179
5 أنظر الملحق رقم 04، نموذج صفقة مبرمة بالتراضي بعد الإستشارة.
[6] أنظر المرسوم الرئاسي 145/82 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، المرجع السابق الذكر.

نشير إلى أنه ابتداء من سنة 1996 أصبح التراضي قاعدة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية نتيجة دخول الجزائر مرحلة اقتصاد السوق، وما تبع ذلك من ضرورة فتح الصفقات العمومية تدريجيا للمنافسة، إذ نص على ذلك صراحة المرسوم الرئاسي رقم 54/96 المعدل للمرسوم الرئاسي رقم 434/91 المتضمن الصفقات العمومية، رغم ذلك لم يحدد هذا المرسوم حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة لإبرام الصفقات العمومية.

استمر الغموض بخصوص تحديد حالات التراضي بعد الاستشارة إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي رقم: 250/02 سالف الذكر الذي نص في المادة 38 منه على حالتين يمكن فيهما للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة، وهما حالة عدم جدوى الدعوة إلى المنافسة، وحالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة، أضاف بعد ذلك المشرع الجزائري حالات أخرى بموجب تعديلين طرأ على المرسوم الرئاسي رقم: 250/02، الأول المرسوم الرئاسي 301/03 المؤرخ في: 2003/09/11 والثاني المرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في: 2008/10/26 .

حدد المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 سالف الذكر في المادة 44 منه خمس (05) حالات تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة، غير أنه لم يحددها على سبيل الحصر، وهو أيضا ما احتفظ به المرسوم الرئاسي الجديد رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مع تغيير طفيف في الصياغة، وتبدو الحالات المذكورة في المادة 51 من هذا المرسوم في مجملها غامضة وتحوي ثغرات قد تسمح بالالتفاف على مبدأ المنافسة [1].

أولا: عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:

عندما تقوم الإدارة المتعاقدة باللجوء إلى أسلوب طلب العروض لإبرام صفقاتها، وفي حالة عدم جدوى هذا الطلب للمرة الثانية فإنه يمكنها المرور من أسلوب طلب العروض إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة، ذلك ما نصت عليه المطة الأولى من المادة 51 من المرسوم 247/51 [2].

وتبعا للفقرة 02 من نص المادة 40 من هذا المرسوم فإنه يعلن عن عدم جدوى طلب العروض في ثلاث (03) حالات:

- عندما لا يتم استلام أي عرض.
- عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط.
- عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.

[1] بوزيد بن محمود، تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد:07 العدد: 06 السنة 2018، ص194،195.

[2] أنظر المادة 51 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.

بينما كانت حالات عدم الجدوى في المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 الملغى محددة بنص المادة 44 في:

- عندما يتم استلام عرض واحد فقط.
- عندما لا يتم استلام أي عرض.
- عندما يتم التأهيل التقني الأولي لعرض واحد فقط.
- عندما لا يتم تأهيل أي عرض بعد تقييم العروض.

بالإضافة إلى ما سبق وبمقابل توسيعه لحالات عدم جدوى الدعوة إلى المنافسة، يمنح المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 الملغى للمصلحة المتعاقدة عند إعلان عدم جدوى مناقصة للمرة الأولى حرية الاختيار بين إجراء المناقصة من جديد، أو اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، مع السماح في الحالتين بتقييم العرض الوحيد في حاله تأهيله تقنيا، وهو ما يعبر عن عدم استقرار التنظيم المذكور في توحيد حالات عدم الجدوى بعكس تنظيم الصفقات الجديد.

من الجدير بالذكر أنه بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 لا يمكن للإدارة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الأولى، بل يجب عليها أن تعيد الإجراء، باستثناء حالة إتباعها بداية لأسلوب المسابقة، حيث نصت المادة 48 في فقرتها 07 على أن يتم إعالة عدم جدوى المسابقة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من نفس المرسوم، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة[1].

ثانيا: حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض:

تتعلق هذه الحالة بصفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة دون الأشغال، وقد أراد المشرع في تنظيم الصفقات الجديد أن يكون أكثر تحديدا لهذه، إذ ربط خصوصية الصفقات المذكورة بموضوعها، أو بضعف مستوى المشاركة، أو بالطابع السري للخدمات، لكن هذا الأمر قد يفتح الباب أمام المصالح المتعاقدة للتملص من أسلوب طلب العروض كقاعدة عامة لإبرام صفقاتها من خلال ادعائها ضعف مستوى المنافسة حول موضوع الصفقة، ومن ثم اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة والمساس بمبدأ المنافسة.

حاول المشرع أن يقلل من هذا الإشكال بإسناد صلاحية تحديد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة إلى مسؤول الهيئة العمومية بعد أخذ رأي لجنة الصفقات المختصة، غير أنه لم يوضح إجراءات تحديد هذه القائمة ومواعيدها، وكان من الأحسن لو ترك أمر تحديد هذه القائمة إلى مسؤول الهيئة المستقلة

[1] بوزيد بن محمود، المرجع السابق الذكر.ص196،197

أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية كما كان معمولا به قبل إلغاء المرسوم الرئاسي رقم: 236/10[1].

ثالثا: حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة:

هذه الحالة مستحدثة بموجب تعديل 2008 واشترط أن يتم تحديد قائمة هذه الأشغال بموجب مقرر مشترك بين الوزير القطاعي أو سلطة المؤسسة الوطنية السيادية للدولة، ووزير المالية[2].

حيث ورد ذكر هذه الحالة بصفة مطلقة دون تحديد أو ضبط[3]، وإذا كانت الحالة السابقة لم تنص على صفقات الأشغال، فإن هذه الحالة مرتبطة بصفقات الأشغال فقط وتظل غامضة إلى غاية قيام سلطة الهيئة العمومية السيادية في الدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات، حسب الحالة، بإصدار مقرر يتضمن قائمة الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة، ذلك ما نصت عليه المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 [4].

رابعا: حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع طلب عروض جديد.

يلاحظ بداية، تخلي المشرع عن استثناء صفقات الأشغال من هذه الحالة، والتي كانت مستثناة في نص المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10، حيث كان الأمر بتعلق بصفقات الدراسات واللوازم والخدمات فقط، كما يلاحظ أن المشرع قد جاء بصيغة الفسخ في الحالة المذكورة عامة، فلم يفرق بين الفسخ من جانب واحد والفسخ التعاقدي، والفسخ الجزئي والفسخ الكلي.

والسؤال الذي يطرح هنا، ألا تشكل حالة الفسخ من جانب واحد، دون خطأ من المتعامل المتعاقد كأساس للجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، ثغرة تخول المصلحة المتعاقدة التهرب من إجراء طلب العروض والمساس بمبدأ المنافسة؟ يزداد هذا التساؤل إلحاحا إذا نظرنا إلى السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة لتقرير أن طبيعة الصفقة لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد[5].

خامسا: حالة العمليات المنجزة في إطار التعاون الحكومي أو اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات.

تعد هذه الحالة من الحالات التي يمكن أن تلجأ فيها المصالح الوطنية المتعاقدة الخاضعة لقانون الصفقات العمومية إلى إبرام صفقاتها بأسلوب التراضي بعد الاستشارة، إذ يملي العمل بهذه الحالة ضرورة احترام المصالح المذكورة لالتزامات الدولة ذات الطابع الخارجي[6]، كما يمكن للمصلحة

---

[1] بوزيد بن محمود، المرجع ذاته، ص197.
[2] خرشي النوي، المرجع السابق الذكر، ص173.
[3] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق الذكر، ص202
[4] بوزيد بن محمود، المرجع السابق الذكر، ص197،198.
[5] بوزيد بن محمود، المرجع ذاته، ص198.
[6] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق الذكر، ص203

المتعاقدة حصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى، أو البلد المقدمة للأموال في الحالات الأخرى[1].

وما يعاب عليها أنه من السهل تفادي اتفاق مؤسسات البلد على حساب المصلحة المتعاقدة خاصة في مجال الأسعار المطبقة أو النوعيات المقترحة[2].

يستخلص مما سبق ذكره غموض حالات اللجوء إلى الاستشارة، وإمكانية الالتفاف على مبدأ المنافسة، سواء في إطار المرسوم الرئاسي الملغى رقم: 236/10 أو في إطار المرسوم الرئاسي الجديد رقم:247/15 [3].

[1] مرزاقة مزعاش، المرجع السابق الذكر، ص65.
[2] خرشي النوي، المرجع السابق الذكر، ص174
[3] بوزيد بن محمود، المرجع السابق الذكر،ص198.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن الصفقات العمومية المبرمة بالتراضي

اعترف التشريع والقضاء الإداريين للمصلحة المتعاقدة بعدد كبير من الضمانات والامتيازات الهامة في العقود الإدارية، استثنائية في مواجهة المتعاقد معها تتمتع بها كوظائف تمارسها في إطار القانون العام، والتي لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، وهي وسائل قانونية تملكها المصلحة المتعاقدة عند مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية والتي من خلالها تتمكن من متابعة تنفيذها من البداية حتى النهاية لتحقيق الصفقة للغرض الذي أبرمت من أجله، وذلك رغبة في تحقيق المصلحة العامة من خلال الحفاظ علي المال العام وضمانا لتسير المرافق العامة، ولتحقيق تلك الغاية يتم تغليب المصلحة العامة علي المصلحة الخاصة.

وبمقتضي هذه الضمانات الاستثنائية تباشر المصلحة المتعاقدة حق الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة، والقدرة على تعديل شروط الصفقة العمومية وأن تقوم بتنفيذ شروط الصفقة وفسخها وإنهائها بإرادتها المنفردة، إلى جانب سلطتها في توقيع الجزاءات عند وجود أي إخلال وهي أبرز مظهر تتميز به الصفقات العمومية عن غيرها من العقود وخاصة المدنية والتجارية[1].

من هنا عمدت إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين تطرقت فيهما إلى حقوق والتزامات طرفي الصفقة العمومية المبرمة عن طريق التراضي (المبحث الأول) ثم الآليات الرقابية المسلطة على صفقات التراضي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حقوق والتزامات طرفي الصفقة العمومية المبرمة عن طريق التراضي

إن الغرض من إبرام الصفقة العمومية هو تنفيذها، ونجم عن هذا التنفيذ آثار قانونية سواء بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، وكذلك بالنسبة للمتعاقد معها .فالإدارة تتمتع بحقوق والتزامات اتجاه المتعامل المتعاقد، وبمقابل ذلك فإن المتعامل المتعاقد هو الآخر لديه حقوق على الإدارة المتعاقدة يستمدها من أحكام العقد نفسه، كما يستمدها من القواعد العامة التي تحكم العقود الإدارية باعتبار الصفقة العمومية عقدا إداريا.

على هذا الأساس أعددت هذا المبحث لدراسة مختلف السلطات التي تتمتع بها الإدارة تجاه المتعامل المتعاقد وكذا حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد[2].

قد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، أتطرق في المطلب الأول إلى سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها، وفي المطلب الثاني سوف أتطرق إلى حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد.

المطلب الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها

[1] رحيمة صياد، كاتية سعيدي، ضمانات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام، تخصص: قانون الجماعات المحلية، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، السنة الجامعية 2017/2016، ص57.

[2] صوفيان عطة، يونس عروج، النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 247/15، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق فرع القانون العام، تخصص: قانون الجماعات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، السنة الجامعية 2016/2015، ص47.

سأتناول من خلال هذا المطلب السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة والالتزامات التي تقع عليها، حيث ترجع فكرة سلطات الإدارة إزاء المتعاقد معها إلى فكرة العقد، وتهدف إلى المساهمة في تسيير مرفق عام، وتتلخص هذه السلطات كالآتي:

الفرع الأول: سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه:

وهي من أهم السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة حيث تمنحها دورا أساسيا ومحوريا في الإحاطة بكل تفاصيل وجزئيات المشروع من بدايته حتى نهاية التنفيذ.

وتعرف سلطة الإشراف على أنها: "الإجراءات التي تمكن الإدارة من التحقق من أن المتعامل المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه[1]".

أما سلطة الرقابة فهي "حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد[2]".

إن سلطة الإشراف والرقابة هي من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها مقررة للمصلحة العامة، كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها[3]، إذ يكون لها بمقتضي هذا الحق مراقبة تنفيذ التزامات المتعاقد معها لتتحقق من أن التنفيذ يتم وفقا للمواصفات والشروط المتفق عليها سواء من الناحية الفنية أو من الناحية المالية[4].

إذا توسعنا في هذا المفهوم فإننا نقصد بسلطة التوجيه، هو حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال فمفهوم الرقابة لا يقتصر على مجرد التأكد من نما يتعدى ذلك إلى قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة طبقا للشروط المتفق عليها وإنما المطالبة بتغيير طريقة التنفيذ واختيار أفضل الطرق التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق محل التعاقد أو لمطالبته بأن يستعين المتعاقد بعمال آخرين (تدعيم الورشة).

ومن أهم سلطات التوجيه هي أن تقدم المصلحة المتعاقدة تعليمات للمتعامل ومكتب الدراسات الذي يتابع المشروع وتتمتع هذه التعليمات بالقوة الملزمة مثل القرار الإداري متى كانت صادرة من الأعوان الإداريين المكلفين رسميا بعملية الإشراف[5].

وقد تمارس هذه الرقابة في الجزائر بواسطة هيئات متخصصة، كهيئة المراقبة التقنية للبناء أو بإرسال موظفيها المختصين للتحقق من سير تنفيذ المشروع بصورة قانونية، عن طريق زيارات منتظمة للورشة والإطلاع على دفتر الورشة وتسجيل ملاحظات وتوجيهات للمقاول.

---

[1] وليد زرناجي، التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ضل المرسوم الرئاسي247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: القانون الإداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، الموسم الجامعي 2017/2016، ص9

[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق الذكر، ص209

[3] محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم، الجزائر،2005، ص 57

[4] جميلة جبار، دروس في القانون الإداري،(د.ط)، منشورات كليك، الجزائر، 2014 ،ص133

[5] وليد زرناجي، المرجع السابق الذكر، ص10

ومن أهم الوسائل القانونية التي تمارس بها المصلحة المتعاقدة سلطاتها هي الأوامر المصلحية [1] (ODS).

والتي تعرف على أنها هي تلك الأوامر التي تصدر من الإدارة صاحبة المشروع إلى المقاول أو المتعهد معها قصد البدء في الأشغال أو توقيفها أو إعادة الإنطلاق فيها[2].

كما يتفق الفقهاء على أن الأوامر المصلحية يجب أن تكون مكتوبة فالأوامر الشفهية يجب أن تجسد في وثيقة قانونية تكتسب طابعها الإلزامي[3].

وقد ورد في دفتر الشروط الإدارية العامة: "يتعين أن تصدر أوامر المصلحة كتابة ويجب أن تكون مؤرخة وموقعة ومسجلة[4]".

وعليه فإن أي أمر مصلحي لا يحترم هذه الشكليات فالمقاول لا يلتزم بمضمونه ولا يستطيع الرجوع على الإدارة بأي شيء، كالمطالبة بالتعويض إلا في حالة تلقي أوامر كتابية وهذا ما اتفق عليه الكثير من الفقهاء[5].

الفرع الثاني: سلطة التعديل الانفرادي والفسخ

تعد سلطة التعديل أحد أهم المظاهر التي تميز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص، فإذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أيا منهم بسلطة انفرادية تجاه الآخر يمكنه من تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة وإلزام الطرف الأخر بهذا التعديل، فإن العقد الإداري وخالفا للقواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن لجهة الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة[6].

وقد اختلف الفقه حول سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، فهناك من يعارض منح مثل هذه السلطات للإدارة في حين يرى غالبية الفقه وعلى رأسهم الأستاذ (هوريو) أن للإدارة صلاحية تعديل بعض شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون حاجة لمحصول إلى موافقة المتعاقد المسبقة.

في حين يرى جانب آخر من الفقه وعلى رأسه الأستاذ (جاز) ضرورة قصر سلطة التعديل الانفرادي للعقود في أضيق الحدود، ويكون في عقدين إداريين هما: عقود امتياز المرافق العامة وعقود الأشغال العامة، وذاك للطبيعة الخاصة لهذين العقدين.

غير أن الرأي الراجح هو الرأي الثاني: الذي يؤيد منح الإدارة المتعاقدة صلاحية تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة دون حاجة للحصول على موافقة المتعاقد المسبقة، وعلى ذلك أن الإدارة باعتبارها مسؤولة عن تحقيق المصلحة العامة تسمو وتعلو على أي اعتبار قانوني آخر فهي طرف ممتاز في العلاقة

---

1 أنظر الملحق رقم 05 نموذج أمر مصلحي لتبليغ صفقة تسوية بإجراءات في حالة الاستعجال الملح.

2 وليد زرناجي، المرجع ذاته، ص11

3 وليد زرناجي، المرجع ذاته، ص12

4 قرار مؤرخ في 21 نوفمبر1964، يتظمن الموافقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية لوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل

5 سليمان محمد الطماوي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005،ص437

6 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق الذكر،ص 203

العقدية ولذلك بإمكانها تعديل شروط العقد إذا اقتضت المصلحة العامة وذلك فضلا أن هذه السلطات هي المعيار المميز للعقود الإدارية عن العقود المدنية ففي هذه الصلاحية تتجلى مظاهر وامتيازات السلطة العامة[1].

باستقراء المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتحديدا في القسم الخامس منه بعنوان الملحق من المواد 135 إلى 139 نجد اعتراف المشرع للمصلحة المتعاقدة بممارسة ضمانة التعديل عن طريق إبرام ملاحق (Avenants)، إذ تنص المادة 135 من المرسوم السالف الذكر على "يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم[2]".

إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة[3].

حيث تصنف الملاحق إلى الأنواع التالية ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة، ملحق التغيير، وملحق الإقفال النهائي للصفقة[4].

كما أشار المشرع لسلطة الفسخ في المواد 149، 150،151 و 152 من نفس المرسوم حيث تنص المادة 149 على أنه: " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد. ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة... [5]".

أما المادة 150 تنص " يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد[6]".

هذا وقد سمحت المادة 152 الفقرة الأخيرة اللجوء إلى الفسخ باتفاق مشترك حسب الشروط الواردة في الصفقة وفي هذه الحالة يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقي تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة[7].

---

[1] وهيبة لعلى، المرجع السابق الذكر، ص30،29.
[2] أنظر المادة 135 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.
[3] أنظر المادة 136، المرجع ذاته.
[4] أنظر الملحق رقم 06 نموذج ملحق الغلق النهائي للأشغال.
[5] أنظر المادة 149، المرجع ذاته.
[6] أنظر المادة 150، المرجع ذاته.
[7] أنظر المادة 152، المرجع ذاته.

الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاءات

إن توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد هو حق للمصلحة المتعاقدة مخول لها طبقا للمبادئ التي تحكم العقود الإدارية إعمالا لمبدأ امتياز الأولوية[1]. وذلك إذا امتنع المتعاقد أو تأخر عن تنفيذ العقد أو خالف شرطا من شروطه[2].

وتأخذ هذه الجزاءات صور مختلفة قد تكون جزاءات مالية، أو جزاءات ضاغطة[3].

أولا: الجزاءات المالية:

الجزاءات الإدارية المالية هي عبارة عن المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية[4]. دون اللجوء إلى القضاء[5]، كما قد يشمل كذلك ضمان سير المرافق العامة بانتظام[6]. وعليه تنقسم الجزاءات المالية إلى:

1- الغرامة التأخيرية:

تجد هذه السلطة أساسها القانوني في المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حيث تنص " يمكن أن ينجرّ عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية[7] من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وآليات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية... [8]"

وعليه استلزم تحديد تعريف الغرامة التأخيرية، ثم ذكر خصائصها، وأخيرا حالات الإعفاء من الغرامة.

أ- تعريف الغرامة التأخيرية:

هناك عدة تعريفات فقهية للغرامة التأخيرية فعرفها الدكتور: سليمان محمد الطماوي بأنها :"مبالغ إجمالية، تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ[1]".

---

[1] André DELAUBADERE, Yves GAUDEMET, Traité de droit administratif, Op. Cit, p399.

[2] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر،(دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2009، ص133

[3] صبرينة جبارات. فاطمة فروج، النظام القانوني لعقود الصفقات العمومية المبرمة مع الأجانب وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق فرع القانون العام تخصص: قانون الجماعات الإقليمية، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، السنة الجامعية 2017/2016، ص69

[4] عمار عوابدي، القانون الإداري،ج2:(النشاط الإداري)، ط4، د م ج، الجزائر، د.س.ن، ص219.

[5] محمد بوناب، سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، شعبة الحقوق، تخصص: منازعات عمومية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي، السنة الجامعية 2016/2015، ص35

[6] محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية،(د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص133.

[7] أنظر الملحق رقم 07، نموذج لمعادلة حساب العقوبة المالية.

[8] أنظر المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.

كما عرفها بولكور عبد الغني أنها: "مجموع المبالغ المالية الّتي تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة تراخيه أو تأخر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية[2]".

ويفهم من التعريفات أن غرامات التأخير عبارة عن تعويضات جزافية، منصوص عليها مقدما في العقد الإداري، وتستحقها الإدارة تلقائيا جراء وقوع الإخلال من المتعاقد و بصرف النظر عما أصابها من ضرر من ذلك أو عدمه، وتنفرد الغرامة التأخيرية عن غيرها من الجزاءات بأنها اتفاقية حيث يتم النص عليها في العقد أو في دفتر الشروط، وتعتبر كذلك تلقائية أي تطبق بمجرد حصول التأخير بمقتضى قرار إداري[3].

ب- خصائص الغرامة التأخيرية:

تتميز الغرامة التأخيرية بمجموعة من الخصائص أبرزها أنها غرامة اتفاقية بمعنى أن عملية تطبيقها متوقفة على إرادة الطرفين ومقدارها يحدد في الصفقة، ثم أنها غرامة تلقائية بمجرد التأخير حتى ولو لم يلحق التأخير ضررا بالمصلحة المتعاقدة، وأنها ذات طبيعة إدارية توقعها الإدارة المتعاقدة بنفسها دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء للحكم بتوقيعه، وأنها تستحق عن التأخير بمجرد انقضاء الفترة المحددة في العقد دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقها[4].

ج- الإعفاء من الغرامة التأخيرية:

بالرجوع إلى المادة 147 فقرة 4 و 5 نجد أن المشرع أعطى المصلحة المتعاقدة حالتين يمكن لها من خلالهما إعفاء المتعامل المتعاقد من دفع الغرامة التأخيرية وهما[5]:

- حالة القوة القاهرة.
- حالة مسؤولية المصلحة المتعاقدة على توقيف الأشغال[6].

2- مصادرة مبلغ الضمان:

لتمكين الإدارة من ممارسة هذه السلطة ينبغي أن يكون مبلغ الضمان بين يديها في شكل كفالة حسن التنفيذ[7]، ولتأمين الإدارة وجب أخذ الاحتياطات اللازمة والضغط أكثر عل المتعاقد معها وجبره على تنفيذ التزاماته في الآجال المتفق عليها حسب دفتر الشروط. ومن خلال المادة 124 من المرسوم لسالف

---

[1] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص512

[2] عبد الغني بولكور، المنازعات الناشئة بعد إبرام الصفقات العمومية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر،2014 ،ص248

[3] السعيد عبد الرزاق باخيره، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008 ،ص196.

[4] رحيمة صياد، كاتية سعيدي، المرجع السابق الذكر، ص75

[5] أنظر الفقرة 4 و 5 من المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.

[6] رحيمة صياد، كاتية سعيدي، المرجع السابق الذكر، ص78

[7] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق الذكر، ص213

الذكر نجد المشرع الجزائري ألزم المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط اختيار المتعاملين معها لتنفيذ الصفقة[1].

3- التعويض:

إلى جانب الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات أقر المشرع للمصلحة المتعاقدة إجراء آخر من إجراءات توقيع الجزاءات المالية ألا وهو التعويض الذي يوقع على المتعاقد من طرف المصلحة المتعاقدة عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية قصد إصلاح الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة من جراء ذلك، يحق للمتعامل الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء تصرفات الإدارة استنادا إلى المسؤولية العقدية في حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية اتجاه المصلحة المتعاقدة المحددة في دفتر الشروط مع الأخذ استثناء حقها في التحرر من هذه الالتزامات.

والمشرع الجزائري لم ينص بصفة واضحة على كيفية تحصيل التعويض في ق ص ع[2].

ثانيا: الجزاءات الضاغطة:

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بسلطة بفرض جملة من الوسائل الضاغطة أو الإجراءات القهرية يبررها أن العقود الإدارية يجب أن تنفيذ بدقة لأن سير المرافق العامة تقضي ذلك، هذه الوسائل تستهدف إرغام المتعاقد المقصر على الوفاء بالتزاماته، وذلك بأن تحل المصلحة المتعاقدة محله في تنفيذ الصفقة أو أن تعهد إلى غيره ليتولى وعلى مسؤوليته. فيما تتمثل هذه الجزاءات الضاغطة[3].

وتتمثل في الجزاءات والوسائل التالية[4]:

1- سحب العمل من المتعامل المتعاقد:

ويكون هذا في صفقات الأشغال حيث تمارس الإدارة هذا الجزاء باستعمال سلطتها لإجباره على التنفيذ حيث إما أن تحل المصلحة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق متعامل آخر محل المتعامل المتعاقد وتحت مسؤوليته ويمكن أن تستعمل أدواته وعماله[5].

ويقصد بهذا الجزاء أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله بنفسها على حسابه أو تعهد إلى غيره بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المقاول الأول وعلى حسابه[6].

---

[1] أنظر المادة 124 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ،المرجع السابق الذكر.

[2] رحيمة صياد، كاتية سعيدي، المرجع السابق الذكر، ص79

[3] رحيمة صياد، كاتية سعيدي، المرجع ذاته، ص80.

[4] وليد زرناجي، المرجع السابق الذكر، ص27

[5] Christophe lajoye, (droit de marchés) : « Le mise en régie est une sanction coercitive, renoncée a l'encontre de l'entrepreneur défaillant, elle consiste à faire gérer la poursuite des travaux directement par un fonctionnaire du maitre l'ouvrage appele régisseur, aux frais et risque de l'entrepreneur défaillant et par l'utilisation de ses moyens humaines et matériels » , p175.

[6] محمود خلف الجبوري، المرجع السابق الذكر، ص 152

ونظرا لخطورة هذا الإجراء يستوجب أن يكون خطأ المقاول بالغ الجسامة، حتى يتسنى للمصلحة المتعاقدة توقيعه، إذ يعتبر من النظام العام توقعه حتى ولو لم ينص عليه العقد. على أن ذكر حالات معينة في نصوص لها فائدة أساسية، تتعلق بمدى رقابة القضاء، ففي الحالات المنصوص عليها ليس للقاضي أن يفحص مدى ملائمة السحب للخطأ مدام أن ذلك الخطأ مبرر للسحب في نظر المشرع، بعكس السحب الذي لا يستند لنص يبرره، فللإدارة أن تمارسه لكن تحت رقابة القاضي على ملائمة السحب للأخطاء المنسوبة إلى المقاول.

وعند استخدامها لإجراء السحب تملك الإدارة احتجاز وقتيا ما يوجد بموقع العمل من منشآت ومباني وآلات وأدوات وغير ذلك لاستعمالها في إتمام المشروع دون أن ترتب مسؤولية الإدارة عن تلفها أو نقصها أو دفع أي أجر عنها، بل وأكثر من ذلك لها بعد الانتهاء حجزها وبيعها إستيفاءا لحقوقها قبل المقاول[1].

وعليه فإن شروط سحب العمل من المتعامل المتعاقد:

- عدم التزام المتعامل بشروط الصفقة المتمثلة في كيفية تنفيذ وأجل التنفيذ أو عدم الامتثال لأوامر المصلحة المتعاقدة الموجه إليه من طرف المهندس المكلف بالمتابعة والمهندس المعماري باعتبار الأمر المصلحي ذو طابع إجباري[2].
- وجوب إعذار المقاول قبل تسليط الجزاء وإعماله أن المصلحة المتعاقدة عازمة على توقيع الجزاء عليه[3].
- وجوب منح أجل للمقاول بعد إعذاره حتى يتدارك تقصيره فلا يوقع الجزاء إلا بعد نفاذها[4].

ولكي لا تتعسف الإدارة في ممارسة هذا الجزاء الضاغط يصح للمتعامل أن ينازع أمام القضاء في صحة إجراء سحب العمل منه إذا رأى أن هذا القرار معيبا سواء من حيث الشكل أو السلطة المختصة أو حيث الموضوع، أو لعدم ثبوت خطأ المقاول.

إن قرار المصلحة المتعاقدة بسحب الأشغال من المقاول هو من القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة استنادا إلى نص من نصوصها، وبالتالي هذا القرار يرتبط ارتباط الجزء بالكل فمصادرة التأمين أو سحب العمل تخضع لاختصاص القضاء الإداري على أساس دعوى القضاء الكامل، فالقاضي هنا لا يحكم بإلغاء القرار الذي يقضي سحب العمل من المقاول بل يتجه إلى الاكتفاء بالتعويض أما قرارات الإدارية السيادية فهي محصنة وغير قابلة للإلغاء وهي تخرج عن اختصاصه النوعي[5].

---

[1] محمد بوناب، المرجع السابق الذكر، ص46.
[2] المادة 66 الفقرة 4 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المرجع السابق الذكر.
[3] نبيل أزرايب، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية،(مذكرة ماستر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2015/2014، ص114.
[4] أنظر المادة 61 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المرجع السابق الذكر.
[5] وليد زرناجي، المرجع السابق الذكر، ص40،39.

2- الشراء على حساب المورد:

هو إجراء مرتبط بعقد التوريد تتخذه المصلحة المتعاقدة تجاه المورد المتعاقد معها، الذي تخلف عن توريده الأصناف المتعاقد عليها بموجب الصفقة المبرمة في المدة المحددة، أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة والمحددة في العقد، وذلك بشراء هذه الأصناف على نفقته وتحت مسؤوليته.

فالمصلحة المتعاقدة عند ممارستها لهذا الإجراء الردعي تتصرف كوكيل عن المتعهد المخل بالتزاماته على النحو الوارد في عقد الوكالة فليس لها أن تشتري أصنافا غير تلك المتعاقد عليها[1].

وقد غير المشرع الجزائري مصطلح التوريد الوارد في قوانين الصفقات القديمة بعبارة " اقتناء اللوازم " ففي المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 "...تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد، مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد... [2]"

ويجب أن نشير أن المشرع لم يشر إلى موضوع الشراء على حساب ومسؤولية المورد بشكل مباشر في حالة التخلف عن التوريد ولكن قراءة النصوص المتعلقة بالصفقات والاجتهاد الفرعي (تعليمات- آراء...الخ) تشير إلى أن المصلحة يجب أن تتصرف في حالة المساس باستمرارية أدائها لخدمات المرفق العام [3].

إذ يمكن استنتاج خصائص الشراء على حساب المورد فيما يلي:

- الشراء على حساب المورد إجراء مؤقت ال يتضمن إنهاء صفقة اللوازم بل يظل المورد مسؤولا أمام المصلحة المتعاقدة.
- تتخذ المصلحة المتعاقدة جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد المقصر عن تنفيذ صفقة اللوازم دون وساطة القاضي ودون اشتراط النص على هذا الجزاء في الصفقة.
- يعتبر الإعذار السابق المقدمة العادية ألي إجراء ضاغط فيما بعد.
- هذا الإجراء هو من وسائل التنفيذ العيني التي تتلاءم مع السرعة والمرونة على وفق ما يتضمنه حسن سير المفرق العام[4].

المطلب الثاني: حقوق و التزامات المتعامل المتعاقد

يترتب عن إبرام العقد الإداري آثار تسري في مواجهة طرفي العقد الإداري منها ما هو متعلق بالإدارة العامة، ومنها ما هو متعلق بالمتعامل المتعاقد حيث يشمل هذا الأخير على مجموعة من الحقوق، والالتزامات التي تقع على عاتقه[5].

---

[1] محمد بوناب، المرجع السابق الذكر، ص46

[2] أنظر المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.

[3] وليد زرناجي، المرجع السابق الذكر، ص31

[4] وليد زرناجي، المرجع ذاته، ص32.

[5] وهيبة لعلى، المرجع السابق الذكر، ص35

ولإضفاء التوازن على طرفي العقد خاصة لما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من امتيازات السلطة العامة عمد المشرع الجزائري في تنظيمات الصفقات العمومية على الأخذ بعين الاعتبار لكل تعسف قد تقوم به الإدارة في مواجهة الطرف الآخر فمنحت له مجموعة من الحقوق وهي كالتالي:

الفرع الأول: الحق في المقابل المالي

يحق للمتعامل المتعاقد إذا استلم المشروع أو استوفى إجراءات الرقابة الإدارية الحصول على المبلغ المتفق عليه كما يمكنه الحصول على جزء من المبلغ مسبقا في حدود ما يسمح به القانون فيما يسمى بالتسبيقات وهي استثناء عن القاعدة، باستقراء القسم الثالث من المرسوم الرئاسي 247/15 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المواد من 108 إلى 123[1]، نجد أن الدفع يتخذ عدة أشكال وهي:

أولا: الحق في المقابل المالي

هي تسوية مالية جزئية غير نهائية لثمن الصفقة، وتعرف على أنها مبالغ مالية تدفع من قبل الإدارة للمتعاقد معها على حساب الثمن النهائي وقبل أداء وتنفيذ الخدمة[2].

ويتخذ التسبيق شكلين حسب المادة 111 من نفس المرسوم، جزافي الذي يحدد بنسبة أقصاها 15% من السعر الأولي للصفقة، وعلى التموين في حالة إذا اثبت المتعاملون الاقتصاديون حيازتهم على عقود أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة المادة 113، ولا يمكن أن يتجاوز التسبيقين نسبة 50% وهذا وفق المادة 115[3].

ثانيا: الدفع على الحساب

هو التسديد من طرف الإدارة للمتعاقد مقابل تنفيذ جزئي للصفقة وهو يخضع للشروط التالية:

- أنه شهري مع إمكانية النص في الصفقة على فترة أطول أقصاها شهرين والإخلال بذلك من طرف الإدارة يعرضها للفائدة على التأخير.
- ضرورة تقديم ما يثبت التنفيذ الجزئي للصفقة[4].

ثالثا: التسوية على رصيد الحساب

وهو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر بعد التنفيذ المرضي والكامل لموضوع الصفقة .وعليه فان التسوية تكون مؤقتة يتم النص عليها في الصفقة وتدفع المبالغ للمتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات مع اقتطاع الضمان المحتمل والغرامات التي تبقى على عاتق المتعامل عند الاقتضاء الضمان والدفعات

[1] أنظر المواد 108 إلى 123 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.
[2] صبرينة جبارات. فاطمة فروج، المرجع السابق الذكر، ص76.
[3] أنظر المواد 111،113 و 115 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.
[4] وليد زرناجي، المرجع السابق الذكر، ص37.

بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب التي لم تسترجعها الإدارة، أما التسوية النهائية فيترتب عليها رد اقتطاعات الضمان وشطب الكفالات التي كونها المتعاقد عند الاقتضاء[1].

الفرع الثاني: الحق في التعويض

إضافة إلى اقتضاء المقابل المالي المتمثل في سعر الصفقة يحق أيضا للمتعامل الحصول على التعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء الإدارة المتعاقدة استنادا إلى:

أولا: المسؤولية العقدية:

ذلك في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بعدم وفائها بالتزاماتها التعاقدية حيال المتعامل المتعاقد كما هي محددة في الصفقة ودفاتر الشروط.

ثانيا: المسؤولية التقصيرية:

وذلك في حالة ارتكاب أخطاء من طرف الإدارة المتعاقدة (الخطأ المرفقي) كما يحق للمتعامل المتعاقد أن يحصل على تعويضات أخرى مترتبة خارج إطار المسؤولية العقدية أو التقصيرية[2].

ثالثا: الإثراء بلا سبب:

تكون المصلحة المتعاقدة مسؤولة عن تعويض المتعامل المتعاقد عن إثرائها على حسابه، أي مما حصلت عليه من أعمال نافعة لها قام بها المتعاقد وكانت راضية عن قيامه بها أثناء مرحلة التنفيذ كما في حالة قيامه بأعمال غير مطابقة أو إضافية بالنسبة للصفقة، إذ يمكن للمتعامل المتعاقد مع الإدارة مطالبة هذه الأخيرة بالتعويض عما كلفه من مبالغ مالية على الأعمال والخدمات الإضافية على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب[3].

حيث أن الفقه والقضاء في فرنسا يثير شروطا مادية وقانونية إلقرار التعويض استنادا إلى قاعدة الإثراء بلا سبب من خلال العناصر أدناه:

1 - وجوب تحقق الإثراء:

قد يكون الإثراء مرتبط بالذمة المالية ولكن يمكن تقديره بالمال ويكون على سبيل المثال بالربح أو المكسب النافع للإدارة والذي تحصل علية عن طريق الدراسات أو الحسابات أو الرسوم التي يزودها بها أحد الفنيين أو الخبراء من خلال التحسينات النسق الجمالي التي أجريت لمبني عام، وغالبا تثور نزاعات متعلقة بالإثراء بين مصممي الأعمال وبين جهة الإدارة.

[1] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق الذكر، ص86

[2] محمد الصغير بعلي، المرجع ذاته، ص87.

[3] حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011/2010، ص116،115

2- وجوب تحقق الافتقار:

الافتقار هو الوجه المقابل للإثراء، فال يكفي تحقق الإثراء للإدارة بل يشترط وجود الافتقار في ذمة المتعامل المتعاقد، بمعنى الخسارة اللاحقة بالمدعي، فإذا لم يتحقق الافتقار كوجه قابل للإثراء فلا يكون هناك مجال لإعمال دعوى الإثراء بلا سبب[1].

الفرع الثالث: الحق في التوازن المالي

يعد المبلغ المتفق عليه بين طرفي العقد من الشروط الأساسية في تقييم المنافسين والذي يبنى عليه منح الصفقة العمومية لأقل عرض والأحسن من حيث المزايا الاقتصادية ولا يجوز تغييره لأن ذلك يمس بمبدأ المنافسة، إلا أنه قد تطرأ بعض التعقيدات أثناء مرحلة التنفيذ خارجة عن إرادة الطرفين قد تثقل كاهل المتعاقد بمصاريف جديدة وتؤدي إلى إفلاسه وعجزه عن إتمام المشروع كالارتفاع الكبير في الأسعار وبما أن العقود الإدارية تقوم على مبدأ وجود التناسب بين الالتزامات المفروضة والفوائد المتحصل عليها، ونصت المادة 147 على إعفاء المتعامل الاقتصادي من العقوبات المالية إذا لم يكن هو المتسبب فيه وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال. وقد ذهبت إلى هذا الطرح نظريتين هما[2]:

أولا: نظرية فعل الأمير:

وهي كل مشروع من شأنه زيادة الأعباء المالية على المتعاقد[3]، كما تبنى المشرع الجزائري ذلك في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها...، وإيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين... [4]" لكن يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يكون عمل الإدارة مشروعا وناتج عن ظروف غير متوقعة وهذا ما أكدت عليه العديد من النصوص منها المادة 136 من نفس المرسوم، كما يجب أن ينتج فعل الأمير جراء عمل عن المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع وليس عن جهة أخرى[5].

ويشترط تطبيق هذه النظرية مايلي:

- يجب أن تكون الأفعال الضارة صادرة من جهة الإدارة المتعاقدة نفسها، فإن صدر العمل أو القرار عن جهة إدارية أخرى فال يمكن في هذه الحالة إعمال أو تطبيق نظرية فعل الأمير ونكون عندئذ أمام تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

- تفترض نظرية فعل الأمير أن جهة الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين صدر عنها الفعل الضار ذلك أن التزام الإدارة بمقتضي العقد لا يمكن أن يقيد تصرفاتها كسلطة عامة تستهدف تحقيق الصالح العام

---

[1] حمزة عبدلي، أثار العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص41،42

[2] وليد زرناجي، المرجع السابق الذكر، ص38،ص39

[3] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق الذكر، ص 972.

[4] أنظر المادة 153 من الرسوم الراسي 247/15، المرجع السابق الذكر.

[5] أحمد محيو، محاضرات في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003 ،ص389.

وترتب عن تصرفاتها الضرر للمتعاقد في حدود سلطاتها المشروعة فإن الإدارة تسأل في نطاق نظرية ن فعل الأمير بصرف النظر عن قيام خطأ من جانبها، ذلك أن المسؤولية في نطاق تلك النظرية و كانت مسؤولية عقدية بال خطأ، فإن صدر العمل عنها وكان غير مشروع جاز للطرف الآخر اللجوء إلى القضاء، ومساءلتها طبقا ألحكام المسؤولية التقصيرية.

فيترتب على تطبيق هذه النظرية حصول المتعامل المتعاقد على تعويض كامل يغطي كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، أي تغطية كامل الأضرار التي لحقت به من جراء العمل أو الإجراء الذي اتخذته الإدارة، فإذا ترتب على هذا الإجراء استحالة تنفيذ العقد يتحرر المتعامل المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ، أما إذا ترتب على عمل الأمير زيادة الأعباء بدرجة كبيرة بحيث لا يستطيع المتعاقد تحملها وتفوق إمكانيته المالية والفنية ففي هذه الحالة يمكنه أن يطالب بفسخ الصفقة[1].

ثانيا- نظرية الظروف الطارئة:

وهي ظهور أحداث مفاجئة لدى تنفيذ الصفقة في شكل أزمات اقتصادية، كالزلازل أو الانخفاض في قيمة العملة، ويشترط لتطبيقها أن يكون الظرف الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين مثل الحروب أو انخفاض قيمة العملة، والظرف الطارئ هو ذلك الحادث الاستثنائي العام والغير متوقع والذي يجعل من تنفيذ العقد مرهقا لا مستحيلا، كما يشترط أيضا أن يخل هذا الظرف بالتوازن المالي للعقد بما يرهق المتعامل الاقتصادي ما دام مستمرا في تنفيذ التزاماته.

وجدير بالذكر أن المتعامل المتعاقد يتمتع ببعض الحقوق التي لا يجب على الإدارة المس بها ومن أهم التزاماته.

- أن يقوم بالتنفيذ على مسؤوليته الخاصة ووفق ما حدده دفتر شروط الصفقة.
- أن ينفذ التزاماته بعناية وبطريق سليمة ويلتزم في ذلك بمبدأ حسن النية.
- .أن يحترم الآجال القانونية المتفق عليها.
- أن ينفذ هذه الالتزامات بنفسه بصفة أصيلة مع إمكانية الاستعانة بالمتعامل الثانوي أو المناول وفق الشروط المحددة في المواد من 140 إلى 144 من المرسوم أعلاه[2].
- الالتزام بدفع الضمانات المالية [3].

الفرع الرابع: التزامات المتعامل المتعاقد:

يمكن حصر التزامات المتعامل المتعاقد في:

[1] صبرينة جبارات. فاطمة فروج، المرجع السابق الذكر، ص80،79.
[2] أنظر الملحق رقم 08 نموذج لعقد المناولة.
[3] وليد زرناجي، المرجع السابق الذكر، ص40،39.

أولا: الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد:

تلتقي العقود الإدارية في هذا الالتزام بباقي عقود القانون الخاص، وبهذا فلا يجوز للمتعامل المتعاقد المتعهد بأداء الخدمة في العقد الإداري أن يلقي بموضوع العقد على الغير إلا إذا وافقت الإدارة المعنية[1].

وبموجب نص صريح في العقد بأن يلجأ للاستعانة بالغير كما هو الحال في التعامل الثانوي.

ولا يقصد بالأداء الشخصي للعمل أو الخدمة موضوع العقد أن يلزم المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة وحده دون الاعتماد على الغير أو الاستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل العقد المتعامل لا يمكن أن يلقي بمسؤوليته التي تعيد بالوفاء بها إلى الغير فيتحلل من التزامه، فهو المسؤول بعد توقيع العقد عن التنفيذ الكامل والتام للعقد حتى ولو اسند جزء من العقد التعامل الثانوي، مع التقيد بالشروط التالية[2]:

- يجب أن يحدد صراحة المجال الرئيسي لتدخل المناولة، بالرجوع إلى بعض المهام الأساسية التي يجب أن تنفذ من طرف المتعامل المتعاقد، في دفتر الشروط إذا أمكن ذلك وفي الصفقة. ويمكن التصريح بالمناول في العرض أو أثناء تنفيذ الصفقة. ويتم التصريح بالمناول أثناء تنفيذ الصفقة وقبول شروطه المتعلقة بالدفع طبقا للنموذج الذي يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.
- ينبغي أن يحظى اختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد، وجوبا، بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما وكتابيا، مع مراعاة أحكام المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15، وذلك بعد التأكد من قدراته المهنية والتقنية والمالية. ويقبض المناول المعتمد وفق الشروط المذكورة سابقا، مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة، بعنوان الخدمات المنصوص عليها في الصفقة التي تكفل بتنفيذها، حسب كيفيات تحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.
- تسلم وجوبا نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعامل المتعاقد.
- يجب أن يحدد في عرض المتعهد المعني مبلغ الحصة القابلة للتحويل الموافق للخدمات التي تقدمها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري في إطار المناولة[3].

1- أداء الخدمة حسب الكيفيات المتعاقد عليها:

يلتزم المتعاقد بأداء الخدمة حسب الشروط والكيفيات المتفق عليها، ففي مجال الصفقات العمومية مثال فإن المتعاقد ملزم باحترام دفتر الشروط وتنفيذ موضوع الصفقة حسب ما تم التعاقد عليه، فإذا كان الأمر يتعلق بتوريد، تجهيز أو عتاد، فوجب أن يكون حسب المواصفات المتفق عليها[4].

[1] وهيبة لعلى، المرجع السابق الذكر، ص40.
[2] عمار بوضياف، المرجع السابق الذكر، ص 235
[3] أنظر المادة 143 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.
[4] وهيبة لعلى، المرجع السابق الذكر، ص41

2- الالتزام بأداء الخدمة حسب الأجل المتفق عليه:

إن تنفيذ أي عقد إداري مرتبط كأصل عام بزمن محدد وجب على المتعامل المتعاقد احترامه وعدم الإخلال به.

فبالنسبة لعقد الأشغال العامة وجب على المتعاقد احترام آجال الإنجاز وعدم تجاوزها كأصل عام، فعدم احترام الآجال قد يمنح الإدارة حق الفسخ[1].

3-الالتزام بدفع الكفالات ومبالغ الضمان:

يلزم المتعامل المتعاقد وقبل مطالبته بحقه في التسبيقات أن يدفع مبلغ الضمان المتفق عليه كاحتياط مالي يوضع تحت تصرف الإدارة بإمكانها مصادرته في الأوضاع المحددة قانونا[2].

ملاحظة: يمكن المصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد من تقديم كفالة حسن التنفيذ، بالنسبة للصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط...[3].

المبحث الثاني: الآليات الرقابية المسلطة على صفقات التراضي:

باعتبار الصفقات العمومية مرتبطة بالمال العام، أضحى من الضروري إخضاعها لشتى صور الرقابة، والغرض الأساسي من تسليط هذه الرقابة هو التأكد من مدى تطبيق الأهداف المنتظرة من وراء التعاقد وإلزام الإدارات العمومية بالتقيد بأحكام تنظيم الصفقات العمومية، فمن هنا فإن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 قد خصص فصل بأكمله للرقابة "الفصل الخامس" وأدرج فيه مجموعة من الأقسام بحيث خصص لها من المادة 156 إلى المادة 202 وهذا ما يعكس أهمية الرقابة على مستوى منظومة الصفقات العمومية[4].

وبناء على ما سبق سوف تتمحور دراسة هذا المبحث إلى إخضاع الصفقات العمومية لرقابة داخلية (المطلب الأول)، ولرقابة خارجية والوصائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الرقابة الداخلية:

وهي تلك الرقابة التي توجد في داخل التنظيم ذاته[5]، حيث خصص المشرع الجزائري المواد 156 إلى 162 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 لتنظيم الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية، ولعل أهم ما تميز به القانون الجديد هو إحداث لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بدل نظام اللجنتين المتمثلتين في لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض، كما أن المطلع على الأحكام القانونية الجديدة المخصصة للرقابة على الصفقات العمومية يسجل مجموعة من الملاحظات التي ينبغي التنبيه لها عند

[1] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق الذكر، ص 148.
[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق الذكر، ص 238.
[3] أنظر المادة 130 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق الذكر.
[4] أنظر المواد 156 إلى 202 ، المرجع ذاته.
[5] وهيبة لعلى، المرجع السابق الذكر، ص54

الشروع في إبرام الصفقات من طرف المصالح المتعاقدة المعنية به والمنصوص عليها في المادة 06 من قانون الصفقات العمومية[1].

لتفصيل أكثر ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الأول أتناول فيه مضمون هذه الرقابة وفي الفرع الثاني فعالية هذه الرقابة.

الفرع الأول: مضمون الرقابة الداخلية:

باستقراء نص المادة 1/159 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام "تمارس الرقابة الداخلية في مفهوم هذا المرسوم، وفق النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة و قوانينها الأساسية دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية[2]".

أولا: لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض كآلية للرقابة الداخلية

المادة 160 تنص على وجوب إحداث لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار لمعالجة ظاهرة تراكم الملفات على مستوى لجنة تقييم العروض التي عرفتها بعض المصالح المتعاقدة أثناء سريان قانون الصفقات العمومية الملغى ويتعلق الأمر بالمصالح المتعاقدة المركزية التي تبرم مئات الصفقات العمومية سنويا، ومن ثم يسمح التنظيم الجديد بإحداث أكثر من لجنة على مستوى المصلحة المتعاقدة الواحدة لضمان السرعة والفعالية في عمل اللجنة.

والفقرة الثانية من المادة 160 جاء فيها أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تتشكل من موظفين مؤهلين يختارون لكفاءتهم، ومنه أراد المشرع معالجة بعض الحالات التي ثبت فيها تعيين أعوان غير مؤهلين للقيام بالصلاحيات المنوطة بلجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض[3].

زيادة على ذلك اشترط القانون الجديد لعضوية هذه اللجنة تبعية الموظف للمصلحة المتعاقدة الأمر الذي لم يكن منصوصا عليه في المادتين 121 الخاصة بلجنة فتح الأظرفة والمادة 125 المتعلقة بلجنة تقييم العروض في القانون الملغى 236/10، وبذلك يتم القضاء على ظاهرة تعيين أعضاء من خارج المصالح لأهداف لا تتعلق بالمصلحة العامة بقدر ما ترتبط ببعض الأهداف الضيقة للمشرفين على المصالح

[1] محمد براغ، دور الرقابة على الصفقات العمومية في ترشيد النفقات العمومية، مجلة الإقتصاد الجديد، العدد 18، المجلد 01-2018، جامعة امحمد بوقرة- بومرداس، ص52.

[2] أنظر المادة 159 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق الذكر.

[3] أنظر المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع ذاته.

المتعاقدة، هذه الظاهرة التي كانت تشهدها بعض المؤسسات الخاضعة في إبرام عقودها لقانون الصفقات العمومية[1].

لم يتناول المشرع في التنظيم الجديد لعمل وسير لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض واكتفى بتكليف مسؤول المصلحة المتعاقدة بتنظيمها بموجب مقرر حسب ما نصت عليه المادة 162 التي جاء فيها ما يلي: "يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وقواعد تنظيمها وسيرها ونصابها في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها"، غير أن المشرع أورد استثناء على هذه القاعدة مؤداه أنه لا يمكن أن يتعارض التنظيم القانوني لعمل وسير هذه اللجنة الذي يصدره مسؤول المصلحة المتعاقدة مع الأحكام المقررة بقوة القانون والمتمثلة في عدم اشتراط نصابا معينا لانعقاد اللجنة عندما تمارس مهمة فتح الأظرفة حسب ما نصت عليه المادة 2/162 وإثبات أشغال اللجنة في سجلين خاصين يرقمها الآمر بالصرف ويؤشر عليهما بالحروف الأولى حسب ما نصت عليه المادة 3/162 من تنظيم الصفقات العمومية[2].

وبالرجوع إلى نص المادة 71 من المرسوم الرئاسي السابق الذكر وسع المشرع من مهام هذه اللجنة إلى:

- توقع بالحروف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال.
- تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن التحفظَات المحتملة اللجنة.

- تدعو المرشحين أو المتعهدين عند الاقتضاء، كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة إلى استكمال عروضهم التقنية، تحت طائلة رفض عروضهم، بالوثائق الناقصة أو الغير الكاملة المطلوبة، باستثناء المذكرة التقنية التبريرية، في أجل أقصاه عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ فتح الأظرفة، ومهما يكن من أمر تستثنى من طلب الاستكمال كل الوثائق الصادرة عن المتعهد والمتعلقة بتقييم العروض.

- تقترح على المصلحة المتعاقدة، عند الإقتضاء، في المحضر، إعلان عدم جدوى الإجراء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من هذا المرسوم[3].

- ترجع عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين، عند الاقتضاء، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم[4].

---

[1] محمد براغ، دور الرقابة على الصفقات العمومية في ترشيد النفقات العمومية، مجلة الإقتصاد الجديد، المرجع السابق الذكر، ص52

[2] أنظر المادة 162 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق الذكر.

[3] تنص المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، على "...و يعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة و لمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات"، المرجع السابق الذكر.

[4] أنظر المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المرجع ذاته

كما تميز قانون الصفقات العمومية الجديد بالتنظيم الدقيق للعلاقة بين لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض مع مسؤول المصلحة المتعاقد، حيث أعلن بأن هذه اللجنة غير مكلفة على الإطلاق بمنح الصفقات العمومية، بل تمارس عملا إداريا وتقنيا تقدمه للمصلحة المتعاقدة التي تبقى لها الصلاحية الكاملة في منح الصفقة، أو الإعلان عن عدم الجدوى، أو إلغاء الصفقة العمومية أو إلغاء المنح المؤقت[1].

الفرع الثاني: تعزيز عمل لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض في ممارسة الرقابة

من أجل تحقيق فعالية أكثر في الرقابة الداخلية سعى المشرع إلى تقوية وتعزيز دور هذه اللجنة أين أحاطها بمجموعة من الخصوصيات، اعتماد نظام تعدد لجان لفتح الأظرفة و تقييم العروض، إمكانية المصلحة المتعاقدة بالاستعانة بلجنة تقنية.

1- اعتماد نظام تعدد لجان لفتح الأظرفة و تقييم العروض

بالعودة إلى نص المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 "تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية لجنة أو أكثر... [2]"

بالتعمق في مضمون هذه المادة نلاحظ سعي المشرع إلى تخفيف العبء على لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض و إلى ضمان السرعة في عمل الإدارة، لتحقيق الأهداف المرجوة في الآجال المحددة و كذا بغية القضاء على ظاهرة تراكم الملفات.

من خلال نص المادة 160من المرسوم الرئاسي 247-15 السالفة الذكر، نستنتج أن هذه اللجان متواجدة دائما على مستوى المصالح المتعاقدة فهي ليست ظرفية أو مؤقتة، وهذا ما يتبين من توظيف المشرع لمصطلح "دائمة" فالملاحظ أن المشرع اتبع نهج المشرع الفرنسي الذي نص في المادة 22 من قانون الصفقات العمومية [3].

« …Constituées par une ou plusieurs commissions d'appel d'offres à caractère permanent… » ([4])

2- إمكانية المصلحة المتعاقدة من إنشاء لجنة تقنية

تفعيلا و تقوية لدور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية، منح المشرع من خلال نص المادة 2/160 ،للمصلحة المتعاقدة الحرية في إنشاء لجنة تقنية، تقوم بتحليل العروض و تبسيط الإجراءات التقنية الصعبة لحاجات لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض[5].

---

[1] محمد براغ، دور الرقابة على الصفقات العمومية في ترشيد النفقات العمومية، مجلة الإقتصاد الجديد، المرجع السابق الذكر، ص52.

[2] أنظر المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المرجع السابق الذكر

[3] حليم أعراب، محمد الأمين بعلي، الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، مذكرة ماستر، شعبة القانون الإقتصادي وقانون الأعمال، تخصص قانون عام للأعمال، قسم قانون الأعمال، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية، السنة الجامعية 2016/2015، ص20.

[4] Art 22 du code des marchés publics français, op cit.

[5] أنظر المادة 2/160 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المرجع السابق الذكر

المطلب الثاني: الرقابة الخارجية والرقابة الوصائية على الصفقات العمومية:

في أغلب مجالات الرقابة، نلاحظ أن الرقابة الداخلية تفتقر للاستقلالية والموضوعية في بعض الأحيان ومن أجل تدارك هذه النقائص والسلبيات نلجأ إلى رقابة خارجية تتمتع بالحيادية تمارس من طرف أشخاص وهيئات لا علاقة لها بالهيئات المعنية بالرقابة، وفي مجال الصفقات العمومية، عمل المشرع على تجسيد هذا الإجراء بإنشاء لجان لرقابة الصفقات العمومية على كل المستويات (محلية ومركزية)، وتهدف هذه الرقابة إلى التحقق من مطابقة الصفقات للتشريع والتنظيم المعمول بهما والتحقق من مطابقة المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بطريقة نظامية[1].

فنظرا للأهمية الكبيرة التي تتسم بها الرقابة الخارجية فقد خصص لها المشرع قسم كامل يتمثل في القسم الثاني من الفصل الخامس المتعلق بالرقابة على الصفقات العمومية، من المادة 165إلى 190 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، أين تناول المشرع فيه مختلف الهيئات المكلفة بهذه الرقابة وحدد مجال اختصاص كل لجنة بالنظر إلى المبالغ و المستويات المالية[2].

الفرع الأول: الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية:

بالاعتماد على السقف المالي كمعيار محدد بين اللجان البلدية أو الولائية، كما هو محدد في المواد 173 و 174 من المرسوم الرئاسي 247/15.

وكما تجدر الإشارة أن القانون الجديد ألغى نهائيا اللجان الوطنية للصفقات العمومية وألغى العمل بنظام اللجان الوزارية وهذا من أجل القضاء على مركزية الرقابة والحد من الإجراءات البيروقراطية.

وتتمثل هيئات الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية في :

أولا: لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة:

حددت المواد من 163 إلى 178 مهام هذه اللجان ومجال تخصصها وتشكيلها، وتتمثل هذه اللجان في اللجنة البلدية للصفقات العمومية، اللجنة الولائية للصفقات العمومية[3]، لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري وتتوج الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة بمقرر منع التأشيرة أو رفضها خلال أجل أقصاه عشرون (20) يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة[4].

ثانيا: اللجنة القطاعية للصفقات العمومية:

تنشأ هذه اللجنة لدى كل دائرة وزارية وتتمثل صلاحياتها في:

- مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

---

[1] محمد براغ، المرجع السابق الذكر، ص53.

[2] أنظر المواد من 165 إلى 190 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ، المرجع السابق الذكر

[3] أنظر الملحق رقم 09، تأشيرة اللجنة الولائية للصفقات العمومية.

[4] حمزة خضري، الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد ، مداخلة بتاريخ /24/ 02 2016 بجامعة محمد بوضياف – المسيلة

- مساعدة المصالح المتعاقدة التابعة لها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام ترتيبها.
- المساهمة في تحسين ظروف مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

وتتشكل هذه اللجنة من:

- الوزير المعني أو ممثله، رئيسا
- ممثل المصلحة المتعاقدة
- ممثلان عن القطاع المعني
- ممثلان عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة .

تتوج الرقابة التي تمارسها اللجنة القطاعية للصفقات بمقرر منح أو رفض التأشيرة في أجل أقصاه خمسة وأربعون (45) يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة.

ثالثا: رقابة المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة:

1-رقابة المفتشية العامة للمالية: تعتبر من أهم إجراءات الرقابة البعدية على المال العام والتي تباشر مهامها تحت السلطة المباشرة لوزير المالية، ولها سلطة الرقابة والتحري عن وجود صفقات مشبوهة من خلال فحص الصفقة من:

أ- الناحية الشكلية: عن طريق البحث والاستفسار عن كيفية تحديد احتياجات المؤسسة العمومية وطريقة ابرام الصفقة وتحديد مدى تحقيق الأهداف المرجوة من الصفقة، مرورا بفحص إجراءات الإعلان و سجل العروض ودفتر الشروط

ب- الناحية الموضوعية: وذلك بمراقبة مراحل إبرام الصفقة، بداية باجتماع لجنة الأظرفة إلى غاية إرساء الصفقة العمومية.

2-رقابة مجلس المحاسبة: يعتبر الهيئة العليا للرقابة البعدية على المال العام ويمارس مجموعة من المهام منها :

- مراقبة شروط استعمال الموارد المالية من طرف الهيئات العمومية.
- تقييم نوعية التسيير في الهيئات العمومية من حيث: الفاعلية، الفعالية والنجاعة.
- مراجعة حسابات المحاسبين العموميين حيث يجب على المحاسب العمومي التأكد من مطابقة النفقة للقوانين المعمول بها والتأكد من صفة الآمر بالصرف ومراجعة حسابات المحاسبين العموميين[1].

تتميز القرارات التي تصدرها لجان الرقابة الخارجية في ظل المرسوم الرئاسي الجديد رقم 247/15 ، بالطابع المزدوج أين يظهر من جهة الطابع الإلزامي، و ذلك من خلال قيامها بمعالجة الطُعون التي يقدمها

[1] محمد براغ، المرجع السابق الذكر، ص53،54.

المتعهدون[1]، كما تفصل فيها وفقا للإجراءات المحددة في نص المادة 82 السابقة الذكر[2]، فالمشرع استعمل مصطلح " قرار "، أين يضفي عليه الطابع التنفيذي و النهائي مما ينتج آثار قانونية وهذا خلافا للمرسوم الرئاسي الملغى 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، أين استعمل مصطلح "رأيا" في المادة 3/114 أين يظهر عدم إلزامية قرارات هذه اللجان الخارجية، أما من جهة أخرى نلمس الطابع الاستشاري لبعض قرارات هذه اللجان، و ذلك حين منح المشرع للهيئات المذكورة في نص المادتين 200 و201 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، الحق في إمكانية تجاوز قرار رفض التأشيرة الصادرة عن هذه اللجان[3].

الفرع الثاني: الرقابة الوصائية

بالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتبين أن المشرع الجزائري قد خصص مادة واحدة فقط تناولت الرقابة الوصائية والمتمثلة في المادة 164 منه[4]، وبالتالي سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الرقابة الوصائية و تبيان أساليبها.

أولا: تعريف الرقابة الوصائية

إن مصطلح " الوصاية " من أصل مدني وذلك فيم يخص القصر وعديمي الأهلية حسب ما هو منصوص عليه في المادة 44 من القانون المدني[5]، لكن فيما يخص الوصاية الإدارية لا يعود إلى نقص أهلية الشخص المركزي، فتعتبر رقابة و ليست وصاية بحيث هو أسلوب لتنظيم إداري سائد في الدولة.
فالرقابة الوصائية إذن هي تلك الصلة أو الرابط القانوني بمقتضاه تتولى الجهات المركزية عمليات الإشراف والمتابعة على أعمال ونشاطات وحتى أشخاص وهيئات الجهات اللامركزية بغية الحفاظ على كيان الدولة السياسي والاقتصادي والاجتماعي[6].

ثانيا: أساليب الرقابة الوصائية

بالعودة إلى المرسوم الرئاسي رقم 247/15، خصها بمادة وحيدة و هي نجد أن المشرع خص المادة 164، فيها أن يكون الهدف منها هو التحقق من مطابقة الصفقات لأهداف أين ن الفعالية و الاقتصاد و لكن على الرغم من هذا لا يجب تجاهل الرقابة التي تكون قبل البدء في تنفيذ الصفقة.
لهذا ستتمحور الدراسة حول هذه الرقابة التي تكون سواء قبل تنفيذ الصفقة أو عند تنفيذها وبعد تنفيذها.

---

[1] أنظر المادة 169 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المرجع السابق الذكر
[2] أنظر المادة 82، المرجع ذاته.
[3] حليم أعراب، محمد الأمين بعلي، المرجع السابق الذكر، ص47.
[4] أنظر المادة 164، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ،المرجع السابق الذكر.
[5] أنظر المادة 44 من القانون رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78، لسنة 1975، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 جوان 2005، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 44 لسنة 2005، معدل ومتمم.
[6] حليم أعراب، محمد الأمين بعلي، المرجع السابق الذكر، ص49.

1- رقابة قبل تنفيذ الصفقة:

وذلك بالتأكد من أن الصفقة مبرمة وفقا للإجراءات والأساليب المنصوص عليها في القانون المنظم لها، مع احترام مبدأ الشفافية والمنافسة الحرة، فرقابة الشرعية تخص مداولات المجالس المن الشعبية، فالوالي مثلا باعتباره ممثلا للسلطة المركزية هو من يتولى ممارسة الرقابة الإدارية 154 على مداولات المجلس البلدي، و حتى مداولات المجالس الشعبية الولائية تتم المصادقة عليها من طرف وزير الداخلية و هذا في أجل أقصاه شهران (02) حسب نص المادة 55 من القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية [1].

فمثلا : يجب على البلدية أن ترسل ملف المداولات الخاصة بالصفقة كاملا إلى الوالي خلال 08 أيام مقابل وصل بالاستلام وللوالي مهلة 30 يوم من تاريخ إرسالها للمصادقة عليها و التقرير عن مدى شرعيتها وصحتها.

يمكن أن ينتج عن رقابة الوصاية:

- **المصادقة على الصفقة:** إذا كانت مطابقة للإجراءات و ذلك بإرجاع الصفقة الى البلدية مصادقا عليها من طرف الوالي و يتم بعد هذا بالإعلان عن انطلاق الأشغال.
- **تصحيح الأخطاء:** إذا كان الخطأ مادي لهذا تطلب الولاية من البلدية تصحيح فقط الأخطاء.
- **إبطال المداولة:** في حالة وجود مخالفة في المداولة، في الوثائق التعاقدية، أو إجراءات إبرام الصفقات فيقرر الوالي إبطالها بموجب مقرر معلل.

ومهما يكن من أمر فإن مداولات المجلس الشعبي البلدي تعتبر باطلة بقوة القانون حسب الحالات المحددة في القانون في نص المادة 59 من قانون البلدية[2].

- إذا أُعتبرت المداولة المتخذة خرقا للدستور وغير مطابقة للقوانين والتنظيمات
- المداولات التي تمس برموز الدولة و شعاراتها
- المداولات غير محررة باللغة العربية.
- يعاين الوالي بموجب قرار معلل ببطلان المداولة قانونا.
- إذا لم يصدر الوالي قراره خلال 30 يوم من إيداع المداولة بالولاية تعتبر المداولة مصادقا عليها.

ومهما يكن من أمر فالهدف الأساسي من وراء المداولات هو الحفاظ على المصلحة العامة وضمان رقابة الشرعية.

[1] أنظر نص المادة 55 من القانون رقم 07/12، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر.ج.ج عدد 12، صادر في 29 فيفري 2012

[2] أنظر نص المادة 57 من القانون رقم 10/11 ، مؤرخ في 22جوان 2011 ،يتعلق بالبلدية ،ج.ر.ج.ج عدد 37، صادر في 03 جويلية 2011

2- رقابة أثناء تنفيذ الصفقة: نصت المادة 164 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، أن هذه الرقابة تمارسها السلطة الوصية بهدف التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للفعالية الاقتصاد.

ولتحقق أكثر فعالية فإن رقابة الوصاية تسند إلى متفشيات تنشأ خصيصا لتقييم ورقابة نشاطات الهيئات والأجهزة الموضوعة تحت الوصاية وهذا للتأكد من التطبيق الصحيح للتنظيم المتعلق بالصفقات العمومية. هناك متفشيات عامة مركزية تؤسس لدى مختلف الوزارات تراقب صحة إجراءات تحضير و إبرام وتنفيذ الصفقات المبرمة من طرف المصالح الوزارية والمصالح الغير الممركزة أو الأجهزة العمومية تحت الوصاية.

أما بالنسبة على المستوى المحلي لمتفشيات العامة لدى الولاية فهي مكلفة في حدود اختصاصها بمراقبة مطابقة إجراءات إبرام الصفقات العمومية المبرمة من طرف البلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها وكذا تنفيذها[1].

3- رقابة بعد تنفيذ الصفقة: ألزم المشرع حسب نص المادة 3/164 من المرسوم الرئاسي 247/15، المصلحة المتعاقدة بأن تعد تقريرا تقييميا عن ظروف إنجاز المشروع وعن كلفته الإجمالية مقارنة بالهدف المسطر أصلا، بحيث تقوم بإرسال التقرير حسب نوعية النفقة إلى مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني و إلى هيئة الرقابة الخارجية المختصة.

كذلك يتم إرسال نسخة من هذا التقرير الى سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام التي أحدثها المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حسب نص المادة 7/213 أن متضمن اختصاصاتها التدقيق أو تقوم بتكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و تنفيذها بناءا على طلب من كل سلطة مختصة

الملاحظ أن المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر لم يفصل في أساليب الرقابة الوصائية وهذا ما يفتح المجال لهدر المال العام ولهذا من الضروري إعادة النظر في مضمون هذه الرقابة وإزالة الغموض ونرجو من المشرع الجزائري تخصيص مواد أخرى لهذه الرقابة[2].

[1] حليم أعراب، محمد الأمين بعلي، المرجع السابق الذكر.

[2] صبرينة جبارات. فاطمة فروج، النظام القانوني لعقود الصفقات العمومية المبرمة مع الأجانب وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، المرجع السابق الذكر، ص 40.

قائمة المراجع:

أولا: الكتب

1) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم، الجزائر،2005
2) سليمان محمد الطماوي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة،2005
3) ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط3، لباد للنشر، الجزائر، 2007.
4) عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، ط1، س2007
5) عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر،(دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2009
6) أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2009.
7) محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية،(د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010
8) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار الجسور، الجزائر، الطبعة الرابعة،2011
9) خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، د.ط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة الجزائر، 2011
10) عمار عوابدي، القانون الإداري،ج2:(النشاط الإداري)، ط4، د م ج، الجزائر، د.س.ن
11) جميلة جبار، دروس في القانون الإداري،(د.ط)، منشورات كليك، الجزائر، 2014

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ/ الرسائل:

السعيد عبد الرزاق باخيره، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.

ب/ المذكرات:

1) إغيل عامر ياسمين. العيفاوي لينـدة، إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبة القانون العام/ تخصص: قانون الهيئات الإقليمية. جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية، السنة الجامعية 2013/2012
2) صفية بوشي، النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014/2013

3) وهيبة لعلى، التراضي كوسيلة لمتعاقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق جامعة محمد خيضر- بسكرة، السنة الجامعية 2015/2014
4) نبيل أزرايب، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية،(مذكرة ماستر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2015/2014
5) حمزة عبدلي، أثار العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015
6) مرزاقة مزعاش، طرق إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون إداري، السنة الجامعية 2016/2015.
7) صوفيان عطة، يونس عروج، النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 247/15، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق فرع القانون العام، تخصص: قانون الجماعات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، السنة الجامعية 2016/2015.
8) محمد بوناب، سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر -شعبة الحقوق - تخصص: منازعات عمومية، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي ، السنة الجامعية 2016/2015.
9) حليم أعراب، محمد الأمين بعلي، الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، مذكرة ماستر، شعبة القانون الإقتصادي وقانون الأعمال، تخصص قانون عام للأعمال، قسم قانون الأعمال، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية، السنة الجامعية 2016/2015.
10) مروان سفار طبي، طرق ابرام الصفقات العمومية وعقود تفويض المرافق العامة بين الحرية والتقييد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، جامعة محمد بوضياف-المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون إداري، السنة الجامعية 2017/2016.
11) سليمان بوزيدي، مصطفى هادي، مكافحة الفساد المالي والإداري في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص إدارة ومالية ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، السنة الجامعية 2017/2016.

12) رحيمة صياد، كاتية سعيدي، ضمانات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام، تخصص: قانون الجماعات المحلية، قسم القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2017/2016.

13) وليد زرناجي، التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ضل المرسوم الرئاسي247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: القانون الإداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية– قطب شتمة، بسكرة، الموسم الجامعي 2017/2016.

14)حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان

15) صبرينة جبارات. فاطمة فروج، النظام القانوني لعقود الصفقات العمومية المبرمة مع الأجانب وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق فرع القانون العام تخصص: قانون الجماعات الإقليمية، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة–بجاية، السنة الجامعية 2017/2016.

ثالثا: المقالات والمداخلات:

1) أمال مدين، مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، بدون تاريخ.

2) تياب نادية، سلطة المصلحة المتعاقدة في صفقات التراضي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

3) عبد الغني بولكور، المنازعات الناشئة بعد إبرام الصفقات العمومية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر،2014.

4) محمد بن محمد، صفقة التراضي في الجزائر: أسلوب إبرام خاص بضوابط غامضة، دفاتر السياسة والقانون، العدد 13، جامعة قاصدي مرباح ورقلة،جوان 2015.

5) حمزة خضري، الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد ، مداخلة بتاريخ 2016/02/24 بجامعة محمد بوضياف – المسيلة.

6) الكاهنة زواوي، إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون 247/15، مجلة الشريعة والإقتصاد، العدد الثاني عشر، ديسمبر 2017.

7) بوزيد بن محمود، تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد:07 العدد: 06 السنة 2018.

8) محمد براغ، دور الرقابة على الصفقات العمومية في ترشيد النفقات العمومية، مجلة الإقتصاد الجديد، جامعة امحمد بوقرة- بومرداس، العدد 18، المجلد 01-2018.

رابعا: النصوص القانونية:

أ/ القوانين:

1) القانون رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78، لسنة 1975، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 جوان 2005، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 44 لسنة 2005، معدل ومتمم.

2) القانون رقم 10/11، مؤرخ في 22جوان 2011 ،يتعلق بالبلدية ،ج.ر.ج.ج عدد 37، صادر في 03 جويلية 2011.

3) القانون رقم 07/12، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر.ج.ج عدد 12، صادر في 29 فيفري 2012.

ب/ الأوامر:

1) الأمر 90/67 المؤرخ في 7 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر 52.

ج/ المراسيم:

1- المراسيم الرئاسية:

1) المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10 أفريل 1982، المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر 15.

2) المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر 52

3) المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 58.

4) المرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18 جويلية 2012، المتضمن قانون الصفقات العمومية ، ج ر 04.

5) المرسوم الرئاسي 247-15 ، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر، عدد 50 ،2015

2- المراسيم التنفيذية:

1) المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 57.

د/ القرارات:

1) قرار مؤرخ في 21 نوفمبر1964، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية لوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل.

خامسا: المراجع باللغة الفرنسية:

1) DVILLER Jaquelune Morad, Cours de droit administratif, 6éme Ed, Montchrestien, Paris, 1999.

2) André DELAUBADERE, Yves GAUDEMET, Traité de droit administratif, tom2, 11édition, L.E.D.J, DELTA : Paris ,2002.

3) LAJOYE Christophe, Droit des marchés publics, BERTI éditions, ALGER, 2007.

4) BETH Eloudie et HRUBI Amiko, Renforcer l'intégrité dans les marchés publics (étude d'apprentissage mutuel au Maroc), document interne, direction de la gouvernance public et du développement territorial, O.C.D.E .Paris, 2008.

5) Code des marchés public français 2009.Version consolidée, au 21/12/2008, Publiée sur le site : http/:www.marcheespublicspme.com

الفهرس

مقدمة:.....أ،ب،ج
الفصل الأول: مفهوم التراضي كآلية للتعاقد في الصفقات العمومية.....05
المبحث الأول: تعريف التراضي في الصفقات العمومية ونطاق تطبيقه.....05
المطلب الأول : تعريف التراضي في الصفقات العمومية.....05
الفرع الأول : التعريفات الفقهية للتعاقد بالتراضي.....06
الفرع الثاني : التعريف التشريعي للتعاقد بالتراضي.....06
المطلب الثاني : نطاق تطبيق التراضي كآلية للتعاقد في الصفقات العمومية وآثاره.....08
الفرع الأول : حدود إجراءات التراضي كآلية للتعاقد في الصفقات العمومية.....08
الفرع الثاني : آثار توسيع نطاق التراضي كآلية للتعاقد في الصفقات العمومية.....11
المبحث الثاني : أشكال وحالات اللجوء إلى التراضي.....13
المطلب الأول : التراضي البسيط وحالات اللجوء إليه.....13
الفرع الأول : التراضي البسيط.....13
الفرع الثاني : حالات اللجوء إلى التراضي البسيط.....14
المطلب الثاني : التراضي بعد الاستشارة وحالات اللجوء إليه.....17
الفرع الأول : التراضي بعد الاستشارة.....17
الفرع الثاني : حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.....17
الفصل الثاني : الآثار المترتبة عن الصفقات العمومية المبرمة بالتراضي.....23
المبحث الأول : حقوق والتزامات طرفي الصفقة العمومية المبرمة عن طريق التراضي.....23
المطلب الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها.....23
الفرع الأول: سلطة الرقابة و الإشراف والتوجيه..... 24
الفرع الثاني: سلطة التعديل الانفرادي و الفسخ..... 25
الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاءات..... 27
المطلب الثاني: حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد.....31
الفرع الأول: الحق في المقابل المالي..... 32
الفرع الثاني: الحق في التعويض.....33
الفرع الثالث: الحق في التوازن المالي.....34
الفرع الرابع: التزامات المتعامل المتعاقد.....35
المبحث الثاني: الآليات الرقابية المسلطة على صفقات التراضي.....37

المطلب الأول :الرقابة الداخلية.....37
الفرع الأول: مضمون الرقابة الداخلية.....38
الفرع الثاني: تعزيز عمل لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض في ممارسة الرقابة.....40
المطلب الثاني :الرقابة الخارجية والوصائية على الصفقات العمومية.....41
الفرع الأول: الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية.....41
الفرع الثاني: الرقابة الوصائية 43
خاتمة:.....46
الملاحق:.....50
الملحق رقم 01:.....51
الملحق رقم 02:.....53
الملحق رقم 03:.....57
الملحق رقم 04:.....58
الملحق رقم 05:.....60
الملحق رقم 06:.....61
الملحق رقم 07:.....65
الملحق رقم 08:.....66
الملحق رقم 09:.....70
قائمة المراجع:.....71
الفهرس:..... 77

خاتمة:

يتضح لنا من خلال ماسبق أن التراضي رغم تحديد حالاته، إلا أنه قد يكون وسيلة لمنح السلطة التقديرية للإدارة لإبرام صفقات دون إتباع مختلف الإجراءات والشروع مباشرة في اختيار المتعامل الذي تتوفر فيه إحدى الحالات المنصوص عليها في القانون، وهذا ما قد يؤدي إلى تحايل الإدارة وإبرامها صفقات مشبوهة كحالة الاستعجال فهذه الفكرة مرنة قد تقوم الإدارة بالتعاقد عن طريق التراضي تحت غطاء حالة الاستعجال رغم أنه عمليا يصعب تحديد وقياس مدى وجود الاستعجال أو عدم وجوده.

انطلاقا من هذه النتيجة فانه يكون على المشرع إعادة النظر في الطريقة التي نظم بها التراضي خاصة إذا كانت هذه المواد على قلتها توفر ثغرات جاهزة للاستغلال في ارتكاب ممارسات غير مشروعة يكون ضحيتها المال العام وينسف فيها كل اعتبار للصالح العام.

حيث أن تأمين الحماية للمال العام في صفقات التراضي لا يتحقق بإعطائه طابعا استثنائيا وتكريس استثنائيته بحصر مجال إعماله، بل يجب أن تحدد إجراءاته بدقة وتفرغ حالاته من أي ثغرة وغموض ويراعى في تأطيره طابعه الخاص ذو المنطلقات المتميزة، وحتى يوفق المشرع لابد أن يهتم بكل جزئية تخص الصفقة بالأصل والاستثناء معا، و يوفر نصوصا قانونية واضحة تصد أي محاولة للتلاعب بها أو تمييعها أو تأويلها عن الحكم الذي تقتضيه، ففعالية النص القانوني لا تقاس بعدد مواده ولا يمكن أن تضمن من تلاحق تعديلاته، بل تقاس بعدم قابلية التلاعب بأحكامه سواء من طرف واضعه أو من طرف المخاطبين به.

فضلا عن هذا لابد أن يكون تنظيم الصفقات العمومية بمجمله منطلقا من الواقع و يستفيد من الممارسات الميدانية في وضع ضمانات لحماية المال العام على نحو يجعل من أسسها القانونية قوية مستقلة تروض الإرادة السياسية، تدخل المجتمع المدني ضمن مرتكزات الحماية، وتلقي على عاتق الرقابة بمضامينها المختلفة تكليف الحراسة.

أما الشق الثاني من الإشكاية فرغم المحاولات الحثيثة من المشرع الجزائري لاستحداث آليات رقابية جديدة كسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مانحا لها الاختصاص الأصيل والمانع في تنظيم ورقابة الصفقات العمومية فتلعب دور هام على مستويين، فمن جهة تقوم بالتنسيق مع مختلف المصالح المتعاقدة وكذا مختلف اللجان لتحقيق الهدف المسطر من تنفيذ الصفقة بدءا من الإعلان إلى غاية المنح النهائي، و من جهة أخرى تظهر في العلاقة التعاونية بينها وبين بعض سلطات الضبط القطاعية (الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته، مجلس المنافسة) من أجل إنجاح وتحقيق رقابة فعالة على الصفقات العمومية.

ولذلك أقترح جملة من النقاط، أهمها:

- توضيح الإجراءات والمواعيد المرتبطة بالتراضي بشكل أكثر وضوحا، في إطار المبادئ الكبرى المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 247/15.

- إلزامية الإشهار الصحفي للتراضي بعد الاستشارة في كل الحالات وليس عند الاقتضاء فقط.
- استكمال مقتضيات المفاوضات بإجراءات أكثر وضوحا للمزيد من الشفافية.
- تنظيم الرقابة الوصائية بوضوح و بدقة أكثر إضافة إلى المادتين 158 و 164
- ضرورة التنسيق بين أشكال الرقابة (الداخلية ،الخارجية، والوصائية)
- منح الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته استقلالية أكبر لتقوم بتنفيذ مهامها على أكمل وجه فكما هو معلوم أن أعضائها معينون من طرف رئيس الجمهورية السابق.
- تشديد الرقابة الخارجية على هذا النوع من التعاقد.
- الضرب بيد من حديد من خلال تشديد العقوبات الواردة في القانون 01/06 فيما يخص منح امتيازات لا مشروعة وغير مبررة للغير أو ما يعبر عنه بالمحاباة، وحصول الأعوان العموميين على امتيازات غير مستحقة وذلك باستغلال نفوذهم.
- إخضاع الموظف العام لقواعد قانونية صارمة سواء قبل توظيفه أو عند مزاولته لمهامه.