وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة يحي فارس بالمدية

كلـــية الحقوق والعلوم السياسية

التراضي في الصفقات العمومية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: دولة ومؤسسات

من إعداد الطالبين :

- حمديني ابراهيم
-مداحي نور الدين

تحت إشراف الأستاذ:

د. فوزي محمد صالح

أعضاء لجنة المناقشة

الدكتور شريد وسيلة ..... رئيسا

الدكتور محمد فوزي صالح..... مشرفا

الدكتور بن تغري موسى..... مناقشا

السنة الجامعية : 2022/2021

تشكرات

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الاعتراف بالجميل لأهل الفضل واجب و أكيد

بصدد إنجاز هذا العمل ، نشكر الله سبحانه و تعالى

الذي وفقنا لإتمام هذا العمل.

نتقدم بالشكر الجزيل إلى كافة الأساتذة الذين أشرفوا على تعليمنا

خاصة الأستاذ المشرف

و إلى كل من ساعدنا و لو بابتسامة صغيرة صادقة،

إلى كل هؤلاء شكرا جزيلا و جزأكم الله عنا خيرا خير الجزاء.

إهداء

إلى من قال فيهما الله عز و جل: "و اخفض لهما جناح الذل من الرحمة و قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا"

إلى الذين جعلهم الله سندا لي في هذه الحياة إخوتي

إلى أساتذتي الذين ساهموا بشكل كبير في تحصيلي العلمي

إلى جميع أصدقائي كل باسمه

ابراهم

إهداء

إلى من قال فيهما الله عز و جل: "و اخفض لهما جناح الذل من الرحمة و قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا"

إلى الذين جعلهم الله سندا لي في هذه الحياة إخوتي وأخواتي

إلى أساتذتي الذين ساهموا بشكل كبير في تحصيلي العلمي

إلى كل من يعرفني

مقدمة

مقدمة :

تعتبر الصفقات العمومية عقود مكتوبة مبرمة بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد ، واحد أو أكثر، تحدد فيها واجبات وحقوق كل طرف معاقد ، تهدف إلى تلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة والمتنوعة حسب الأهداف والاولويات المسطرة ، وتشمل هذه العقود إنجاز مواضيع مختلفة سواء تعلق الأمر بإنجاز أشغال او لوازم ، او انجاز دراسات او تقديم خدمات ويقوم بتنفيذها أحد المتعاملين المتعاقدين مع المصلحة المتعاقدة .

وتعتبر من أهم الأدوات التي تحتكرها الدولة للتأثير الاقتصادي ، كما انها تعد الواجهة التي تعبر عن مصداقية الدولة متى فرضت احترامها القواعد والقوانين المسيطرة لها ، وغالبا ما يلجأ إليها الأشخاص من أجل إنجاز الأشغال ومختلف العمليات المعقدة ، كما تعد الوسيلة الأمثل والأداة الإستراتجية لنمو الاقتصاد الوطني ، وقد وضعها المشرع في أيدي السلطات لاستغلال الأموال العامة واستخدامها في العمليات المتعلقة بتجهيز المرافق العامة من اجل تنشيط العجلة الاقتصادية.

لا يختلف اثنان على أن مجال الصفقات العمومية يشكل اهم مسار تحرك فيه الأموال العامة ويتنافس فيه المتعهدين للظفر بصفة ما ، كما أنها تعد الشريان الذي يدعم عملية التنمية . نظرا لأهميتها الكبرى وارتباطها الوثيق بالواقع الإقتصادي للبلاد الذي شهد ولازال يشهد عدة تحولات جعل من المشرع الجزائري يحدث عدة تعديلات وفي فترة زمنية وجيزة وبنصوص قانونية متفاوتة في قوتها القانونية بداية بالامر الى المرسوم التنفيذي وصولا إلى المرسوم الرئاسي ، ما يثبت الأهمية البالغة لها[1]. حيث كان يحرص المشرع من خلال التعديل إثراءه واصلاحه وجعله يواكب التحولات والتطورات على المستوى الإقليمي والعلاقات الدولية والحوار.

يمكن التطرق إلى هذه التعديلات بإختصار حيث كان أولها صدور الأمر رقم 67 / 90 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية وإستقر العمل بهذا الأمر لمدة 15 سنة.[2]

[1] علاق عبد الوهاب ، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير فرع قانون عام ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2004/2003، ص2.

[2] الأمر 67 / 90 ، المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية ، المعدل والمتمم ، ج ر عدد 52 ، الصادرة في 27 / 06 / 1967 .

ثم صدر المرسوم رقم82/ 145المؤرخ في 04/10 / 1982المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي والذي قدم مفهوما واسعا للهيئات المعنية بهذا المجال [1] ، ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 91/ 434 المؤرخ في 1991/11/09والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية والذي عمل به لأكثر من 10 سنوات . [2]

نظرا للنقائص التي كانت تشوب هذا المرسوم من جهة وتماشيا مع تطور المرحلة الاقتصادية الجديدة للبلاد القائمة أساسا على فتح المجال أمام المتعاملين الاقتصاديين سواء الوطنيين او الأجانب للمساهمة في بناء الاقتصاد الوطني من جهة، والذي تم الغاؤه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02 / 250 المؤرخ في 24 / 07 / 2002 المعدل والمتمم[1]، ثم صدر المرسوم 10 / 236 المؤرخ في 07 / 10 / 2010 المعدل المتمم [4]

والمرسوم رقم12/ 23 المؤرخ في 18 / 01 / 2012 المعدل المتمم بالمرسوم رقم 13 / 03 المؤرخ في 2013/01/13 الذي جاء لتكريس مبادئ المساواة والشفافية والحرية في إبرام الصفقات العمومية والذي يحوي مجمل الإجراءات الواجب إتباعها في إطار إبرام و تنفيذ الصفقات العمومية .

وقد تدعمت المنظومة القانونية مؤخرا بتنظيم للصفقات العمومية ، صدر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15 / 247 في 16 ديسمبر2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.[5]

وبما ان الصفقات العمومية هي احد عقود الادارة ، هذه الأخيرة تمارس نشاطها وفق أسلوبين: الأول يكون عن طريق توجيه أوامر المواطنين وهذا ما يسمى بالقرار الإداري .

[1] المرسوم الرئاسي رقم82/ 145المؤرخ في 04/10 / 1982المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي ، المعدل والمتمم ، ج ر عدد 15 ، الصادرة في 1982/07/13 .

[2] المرسوم التنفيذي رقم 91/ 434 المؤرخ في 1991/11/09والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ، المعدل والمتمم ج ر عدد 57 ، الصادرة في 1991/11/13 .

[3] المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 ، تضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم ، ح رعدد 52 ، الصادرة في 27 جويلية 2002

[4] المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 المؤرخ في 03 / 10 / 2010 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، المعدل والمتمم ، ج ر عدد 58 ، الصادرة في 2010/10/07 .

[5] المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ، المؤرخ في 2015/09/16 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، ج ر عدد 50 ، الصادرة في 2015/09/20 .

وقد عرفه الفقيه ايون دوجي أنه : " كل عمل إداري بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره او كما ستكون في لحظة مستقبلية معينه .[1]

كما يعرفه الأستاذ فؤاد مهنا على انه " عمل قانوني انفرادي يصدر بإرادة احدى السلطات الإدارية في الدولة ويحدث آثار قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل او الغاء وضع قانوني قائم.[2]

أما الأسلوب الثاني فيتمثل في الرضا والتفاهم بحيث تقوم بأبرام عقود ادارية عن طريق التفاهم والاتفاق مع أحد الاشخاص المعنوية اواحد الاشخاص المعنوية الخاصة او شخص طبيعي اذا رات ان اسلوب العقد الأداري هو الأسلوب الأمثل في إنجاز أهدافها ، والعقد بصفة عامة هو اتفاق إرادتين او اكثر على إحداث اثر قانونى معين.[3]

وقد نصت المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 على طرق ابرام الصفقات العمومية : " تبرم الصفقات العمومية وفقا لأجراء المناقصة التي تشكل القاعدة العامة ، او وفق اجراء التراضي " . هذا قبل التعديل الأخير الذي دخل حيز التنفيذ في 20 ديسمبر 2015 الذي أعاد إجراء طلب العروض كقاعدة عامة وابقى على اجراء التراضي كاستثناء طبقا للمادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و التي نصت على ما يلي : " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإحراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة ، أو وفق إجراء التراضي . وسندرس في مذكرتنا هاته على دراسة إجراء التراضي ، كإجراء استثنائي لإبرام الصفقات العمومية .

للموضوع أهمية بالغة نذكر منها:

- يسمح إجراء التراضي للإدارة بحرية أكبر في إختيار الشخص الذي تتعاقد معه
- يعفي الإدارة من أهم قيد ألا وهو الإعلان والإشهار

ولإختيارنا لهذا الموضوع أسباب ودوافع متعددة نذكر منها:

- كون الصفقات العمومية ترتبط بالمال العام في موضوع حساس ودقيق، وهذا ما دفع بنا إلى البحث في طريقة من طرق إبرام الصفقات العمومية واخترنا التراضي.

---

[1] د/ عمار عوابدي ، القانون الإداري (النشاط الإداري) ، ط 5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2008 ، ص 90

[2] المرجع نفسه ، ص 92 .

[3] عليوات ياقوتة ، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري ، مذكرة دكتوراه دولة في القانون العام ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2009/2008 ص 01 .

- الاهتمام بموضوع الصفقات العمومية، وذلك من أجل الحد من التجاوز الصادر من جانب الإدارة المتعاقدة جراء استعمالها للسلطة الممنوحة لها.

وهدفنا من الدراسة هو إيضاح وتبيان القانون الذي يحكم اجراء التراضي

- ابراز اهم المستجدات التي نص عليها المشرع الجزائري في مجال ابرام الصفقات العمومية عن طريق اجراء التراضي.

- من اكثر الصعوبات التي واجهتنا وان لم نقل الوحيدة هي قلة المراجع في هذا الموضوع وخاصة مراجع متخصصة .

ولدراسة موضوعنا هذا سنتبع منهجين الاول هو المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليلنا للنصوص القانونية الواردة في قانون الصفقات العمومية وخاصة المتعلق بإبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي وهذا كمنهج رئيسي مع الاستعانة بالمنهج المقارن من خلال المقارنة بين مختلف النصوص المتعلقة بهذا الموضوع بجميع التعديلات التي مر عليها قانون الصفقات العمومية .

وبما أن عنوان مذكرتنا هو التراضي في الصفقات العمومية فإننا سنحاول الإجابة عن الإشكالية التالية :

كيف نظم المشرع الجزائري إجراء التراضي في إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري ؟

إنطلاقا مما سبق وقصد الإلمام بالموضوع جيدا إرتأينا أن ندرج بعض الإشكاليات الفرعية وهي كالآتي:

- ما هو مفهوم إجراء التراضي في إبرام الصفقات العمومية ؟
- كيفية إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي ؟
- ما هي وضعية أطراف الصفقة العمومية المبرمة عن طريق التراضي ؟
- كيف نظم المشرع منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي ؟

وقد قسمنا مذكرتنا إلى فصلين : الفصل الأول تحت عنوان مفهوم التراضي في إبرام الصفقات العمومية ، وسنتطرق فيه إلى مبحثين الأول بعنوان مفهوم إجراء التراضي في إبرام الصفقات العمومية ، والمبحث الثاني تحت عنوان كيفية إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي . أما الفصل الثاني فبعنوان آثار إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي ، وسنتطرق فيه إلى مبحثين الأول بعنوان وضعية أطراف الصفقة العمومية المبرمة عن طريق التراضي ، والمبحث الثاني بعنوان منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي .

الفصل الأول:

مفهوم التراضي في إبرام الصفقات العمومية

الفصل الأول: مفهوم التراضي في إبرام الصفقات العمومية.

تبرم الإدارة أو المؤسسات العمومية العديد من العقود الإدارية والتي من بينها عقود الامتياز والصفقات العمومية إذ تعرف على أنها " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في القانون، وذلك من أجل إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة[1].

ونظرا للأهمية البالغة لعقود الصفقات العمومية باعتبارها أهم طرق إنفاق الأموال العمومية وتمثل كذلك الأداة المميزة للسياسة الاقتصادية والاجتماعية للبلاد [2]، ولما كان للصفقات العمومية علاقة بالخزينة العمومية، وجب إخضاع الإدارة لطرق خاصة تتعلق بإبرام الصفقة، باعتبارها عقود تتضمن بنود غير مألوفة، تشكل قيودا في إجراءات التعاقد لكن لن تصل هذه القيود إلى جوهرها وهو حماية المال العمومي[3].

ومن خلال المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى نجده تطرق إلى طرق إبرام الصفقات العمومية من خلال نص المادة 25 " تبرم الصفقات وفقا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة في الإبرام، أو وفق إجراء التراضي ". غير أنه طبقا للقانون الجديد الذي صدر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 19/ 247 فقد عدل من طرق الإبرام إذ أرجع إجراء طلب العروض هو القاعدة العامة واحتفظ بإجراء التراضي كاستثناء طبقا لنص المادة 39 منه[4]. وهذا الأخير هو موضوع مذكرتنا.

ولدراسته قمنا بتقسيم الفصل الأول إلى مبحثين: المبحث الأول سنتطرق فيه إلى مفهوم إجراء التراضي في إبرام الصفقات العمومية، والمبحث الثاني سنتطرق فيه إلى كيفية إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي.

---

[1] لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، ط4، دار المجد للنشر والتوزيع، 2010، ص ص 275، 278.

[2] لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 02/ 250 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2006/ 2007، ص2.

[3] بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، مذكرة ماجستير، فرع إدارة ومالية، جامعة امحمد بوقرة، كلية الحقوق بودواو، بومرداس، 2011/ 2012، ص07.

[4] انظر المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436ه الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المبحث الأول سنتطرق فيه إلى مفهوم إجراء التراضي في إبرام الصفقات العمومية.

يعد إبرام الصفقة العمومية مرحلة حاسمة لابد من خضوعها لآلية إبرام معينة كما كان الحال في أسلوب المناقصة التي كانت تعد القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية حسب المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 الملغى.

أما بعد صدور القانون الجديد رقم 15/ 247 فقد أصبح طلب العروض هو القاعدة العامة وألغى المناقصة، فطبقا لنص المادة 39 منه التي تنث على: " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي ". ويعرف إجراء طلب العروض على أنه إجراء يستهدف الحصول على عروض عدة متعهدين متنافسين مع تخفيض الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء "[1]. والتي يتضح من خلالها أنها عبارة عن دعوة للتعاقد تعلنها الإدارة المتعاقدة وفق شروط وأشكال محددة ويقع الاختيار على أفضل عرض.

وما يمكننا ملاحظته أن كلا القانونين قد أخذا بإجراء التراضي كاستثناء للقاعدة العامة، كونه يتميز بإجراءات بسيطة ومباشرة ويحرر الإدارة من الإجراءات المعمول بها في القاعدة العامة.

ومن هنا قسمنا المبحث إلى ثلاث مطالب: المطلب الأول بعنوان تعريف إجراء التراضي في الصفقات العمومية وخصائصه، المطلب الثاني أشكال إجراء التراضي في الصفقات العمومية، المطلب الثالث الأساس القانوني للتراضي في إبرام الصفقات العمومية.

المطلب الأول: تعريف إجراء التراضي في الصفقات العمومية وخصائصه.

من المسلم به أن العقد سواء أكان مدنيا أم إداريا يتكون بتوافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين، وتتعدد الوسائل التي تلتزم الإدارة من خلالها إبرام العقد الإداري [2]، فتكون عن طريق إجراء طلب العروض وذلك طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 في مادته رقم 39، والتي تنص على: " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي "، هنا قام المشرع بوضع إجراء التراضي كاستثناء الذي تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة للخروج عن الإجراءات المعروفة وهو بعد أسلوب أكثر مرونة، ومن خلال هذا قمنا بتقسيم المطلب إلى فرعين: الفرع الأول نخصصه لتعريف إجراء التراضي، أما الفرع الثاني فنتناول فيه خصائص إجراء التراضي.

[1] انظر المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 السالف الذكر.
[2] جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دون رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 123 – 124.

الفرع الأول: تعريف إجراء التراضي.

مما سبق يمكننا القول أن أسلوب التراضي هو إجراء استثنائي، ويعد أسلوب أكثر مرونة لأنه يسمح للإدارة بحرية أكبر في اختيار الشخص الذي تتعاقد معه، وهذا يعني أن الإدارة تتحرر من كل القيود المفروضة عليها في حالة إقدامها على التعاقد، فهذا الأسلوب يعفي الإدارة من أهم قيد ألا وهو الإعلان والإشهار، فتصبح الإدارة تملك حرية اختيار المتعاقد معها، وتقوم بإجراءات التراضي في أجل لا يتعدى 3 أشهر كحد أقصى. ابتداء من الشروع في تنفيذ الخدمات وهذا ما جاءت به المادة 23 الفقرة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247[1] وتسمى صفقة تسوية.

وبالنسبة للتشريعات المقارنة، ففي مصر يعرف بأنه الاتفاق المباشر، أما في فرنسا فقد ظل مصطلح gré à gré متداولا إلى غاية صدور مرسوم 21/ 01/ 1976 حيث تم استبداله بمصطلح les marchés négocier أي التعاقد بناءا على مفاوضة.

أما المشرع الجزائري فقد ظهر موقفه من خلال تطرقه لهذا الأسلوب في مختلف صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم ومنح الصفقات لمن تختاره منهم [2]، وقد تم نقد هذا التعريف لركاكة الأسلوب فالأصل هو أن الإدارة لها حرية اختيار المتعاقد معها وليس تنافس الإدارة مع الموردين والمقاولين، كما يتضح لنا أن المشرع أكد على ضرورة توافر مبدأ المنافسة حتى في التعاقد بالتراضي.

كما عرف المشرع الجزائري التراضي في القانون 02/ 250 حسب نص المادة 22 منه على أن: " التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة "[3] ، وقد عرفه أيضا في المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 في نص المادة 27 منه والتي تنص على ما يلي: " التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة "[4]، كما لم يقم المشرع بأي تغيير للمادة سالفة الذكر في المرسوم الرئاسي رقم 12/ 23 حيث نصت المادة 27 منه على ما يلي:

" التراضي هو إجراء تخصيص الصفقة لمتعامل واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة "[5].

ومن كل هاته التعريفات في المراسيم الرئاسية سالفة الذكر نجد أنها قد أبقت على تعريف واحد لإجراء التراضي.

---

[1] المادة 23 الفقرة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 19/ 247 تنص: ومهما يكن من أمر، تحرر صفقة تسوية خلال ثلاثة أشهر ابتداء من الشروع في تنفيذ الخدمات، وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية.

[2] الأمر رقم 67/ 90 المؤرخ في 07 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر 52، 1967.

[3] المرسوم الرئاسي رقم 02/ 250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر52.

[4] المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر58.

[5] المرسوم الرئاسي رقم 12/ 23 المؤرخ في 18 جانفي 2012، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر04.

ومن كل ما سبق يمكننا القول بأن إجراء التراضي هو استثناء، أورده المشرع وذلك من أجل إبرام الصفقة بسهولة وفي مدة قصيرة، ومنح الإدارة حرية أكبر لاختيار الشخص الذي ستتعاقد معه.

الفرع الثاني: خصائص إجراء التراضي.

يتفق العقد الإداري والعقد المدني حيث أن كلا منهما يقوم على أساس توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، ويتمثل هذا الأثر في إنشاء التزامات وحقوق متبادلة بين الطرفين.

كما يتفقان من ناحية الأركان الأساسية الواجب توافرها أثناء التعاقد وهي الرضا والمحل والسبب، إلا أن الاختلاف بينهما يكون عادة في النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما، ويعود ذلك إلى أن الإدارة تبرم عقودها باعتبارها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات السلطة العامة، وبالتالي تكون في موقع مختلف ومتميز عن موقف الأفراد يخولها سلطات خاصة لا يتمتع بها الأفراد العاديين أو الأشخاص الخاصة[1].

فإن كان أطراف العقد المدني يتمتعون بحرية كبيرة في التعبير عن إرادتهم في تحديد مضمون العقد ووسائل تنفيذه – كقاعدة عامة – فإن الأمر يختلف كثيرا بالنسبة للعقد الإداري باعتبار أن الإدارة طرفا فيه[2].

كما أن التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد، فوجود هذا الأخير لازم في كل العقود سواءا كانت بين أطراف القانون الخاص أو أطراف القانون العام إذ لا يمكن تصورعقد دون ركن الرضا، فالأساس في العقود هو مبدأ الرضائية [3] ، وهذا ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني بمعنى تلافي الإيجاب والقبول من الإدارة والمتعاقد معها من خلال نصها، " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية "[4]، وفي هذا الشأن يطبق القضاء الإداري القواعد المعمول بها في القانون المدني[5].

[1] عليوات باغوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، مذكرة دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008/ 2009، ص2.
[2] جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص125.
[3] بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص132..
[4] القانون رقم 07/ 05، المؤرخ في 13 مايو 2007، يعدل ويتمم، الأمر رقم 75/ 58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني ج ر عدد13.
[5] شريفي نسرين، القانون الإداري، دون رقم الطبعة، مكتبة بلقيس للنشر، الجزائر، دون ذكر سنة النشر، ص167.

فمقارنة بالعقود الخاصة التي يسودها مبدأ سلطان الإدارة أساسا فإن حرية الإدارة تتسم بالتقييد، حيث أن الإدارة العامة ملزمة بإبرام صفقاتها وفق كيفيات وقوالب وطرق رسمها لها القانون مسبقا[1].

وما يميز إجراء التراضي عن إجراء طلب العروض وإجراء المناقصة هو عدم إلزامية الإشهار، وإنما يتم جلب العروض فيها عن طريق الوسائل العادية[2].

المطلب الثاني: أشكال إجراء التراضي في إبرام الصفقات العمومية.

مما تناولناه في المطلب السابق يمكننا القول أن إجراء التراضي له ميزة معينة كون هذا الأخير أسلوب من أساليب التعاقد وذلك لأنه يعفي الإدارة من الخضوع للإجراءات الطويلة من أجل اختبار المتعامل المتعاقد معها، فتتحاور مع من تراه قادرا على القيام بالعمل الذي ترغب في إنجازه وفقا لما تمليه عليه مقتضيات الصالح العام [3] وهو ما يسمى بالتراضي البسيط.

إلا أنه إذا تعلق الأمر بإحدى الحالات التالية:

1 – عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

2 – في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.

3 – في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.

4 – في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.

5 – في حالة العمليات المنجزة، في إطار استراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك[4].

- في وجود إحدى هاته الحالات تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى ما يسمى التراضي بعد الاستشارة.

---

[1] بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص28.

[2] مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007/ 2008، ص65.

[3] نياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة دكتوراه، فرع قانون عام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

[4] راجع المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 السالف الذكر.

ـ وقد أخذ المشرع الجزائري بالأسلوبين، وفي بعض الأحيان نجده يرجح واحد على الآخر وذلك يرجع إلى الظروف التي تمر بها البلاد ومستوى تطور المؤسسات الاقتصادية العامة والقطاع الخاص.

ـ ومن أجل هذا قمنا بتقسيم المطلب إلى فرعين: الفرع الأول سنتناول فيه التراضي البسيط، والفرع الثاني سنتطرق فيه إلى التراضي بعد الاستشارة.

الفرع الأول: التراضي البسيط.

التراضي البسيط هو أحد أشكال التراضي، يجعل المصلحة المتعاقدة تستبعد مبدأ التنافس الذي كان من خلاله يتم إفساح المجال إلى جميع الأفراد وإتاحة الفرصة لهم إذا توفرت قيم الشروط لتقديم عروضهم، ويكون من حق كل شخص استوفى الشروط أن ترسو عليه الصفقة.

ولا تلجأ الإدارة إلى التراضي البسيط إلا في حالات معينة حددتها لنا المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 19/ 247[1]. كما نجد أن الصفقات العمومية التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار، والمنصوص عليه في المادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 وهي الصفقات العمومية لاستيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلبات السريعة في أسعارها ومدى توفرها، وكذا الممارسات التجارية المطبقة عليها والتي لا تكون مكيفة مع هذه الصفقات[2]، تدخل هاته الصفقات في إطار التراضي البسيط.

مما سبق يمكننا القول بأن المشرع قيد التراضي البسيط وأورد له حالات معينة من أجل التعامل به، كما يمكننا القول أن هاته الحالات فرضتها الضرورة فأوجب المشرع التغاضي عن الإجراءات الشكلية لكي تتمكن الإدارة من اختيار المتعامل المتعاقد معها بحرية وتنفيذ موضوع العقد بسرعة وفي زمن معقول، وهاته الحالات ذكرها المشرع على سبيل الحصر.

ويجب على المصلحة أن تحدد حاجياتها في ظل احترام المادة 27 من المرسوم الرئاسي 19/ 247، كما يجب عليها التأكد من قدرات المتعامل التقنية والمالية والمهنية قبل القيام بتقييم العروض التقنية[3].

[1] انظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247، مرجع سابق.
[2] انظر المادة 29 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247، مرجع سابق.
[3] ا نظر المادة50 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247، مرجع سابق

الفرع الثاني: التراضي بعد الاستشارة.

التراضي بعد الاستشارة هو شكل من أشكال إجراء التراضي المنصوص عليها في المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 التي تنص على: " ..... ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة "[1].

ويكون اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالات محددة قانونا، وقد أوردها المشرع الجزائري في نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15/ 247.

لم يرد تعريف محدد لإجراء التراضي بعد الاستشارة، ولكن يمكننا القول بأنه إجراء يسمح للمصلحة المتعاقدة بموجبه إبرام الصفقة ولكن بعد استشارة مسبقة تسمح لها بالاستعلام عن قدرات المتعهدين حتى يكون اختيارها لهم اختيارا سديدا، ولا سيما لدى مصالح متعاقدة أخرى، وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي، ولدى البنوك والممثليات الجزائرية في الخارج[2].

وهو أسلوب تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإبرام إحدى صفقاتها وذلك بإقامة المنافسة بين عدة مترشحين مدعوين خصيصا، فتقوم بعرض موضوع الصفقة المزمع إبرامها على كافة الجهات والمؤسسات المتخصصة بواسطة الوسائل المكتوبة المختلفة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعتمدة في إجراء طلب العروض.

كما نجد أن المادة 51 من المرسوم 15/ 247 في فقرتها الثانية نصت على: " يكون التراضي بعد الاستشارة عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية "[3].

من هنا يمكننا القول أن التراضي بعد الاستشارة هو استثناء يرد على القاعدة أن التراضي البسيط هو الأصل.

المطلب الثالث: الأساس القانوني للتراضي في إبرام الصفقات العمومية.

مر النظام القانوني للصفقات العمومية بمراحل شهد من خلالها تطورات عديدة ، تماشيا مع النظام الاقتصادي المنتهج في كل مرحلة، فقد لوحظ في الفترة الاستعمارية أن النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر كانت تحكمه نصوص أساسية مطبقة على الصفقات العمومية الفرنسية، وقد تم

[1] انظر المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المرجع سابق الذكر.
[2] انظر المادة 56 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المرجع سابق الذكر.
[3] راجع المادة 51 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المرجع سالف الذكر.

تمديد العمل بالقانون الفرنسي بعد الاستقلال بصدور القانون رقم 62 / 157[1] إلى حين صدور قانون جزائري، إلا ما كان متعارضا مع السيادة الوطنية.

نتيجة المستجدات الحاصلة ومقتضيات المصلحة العامة، صدرت عدة نصوص تنظيمية كان أولها الأمر رقم 67/ 90 وفي محاولة من المشرع لتلافي النقص الوارد به لجأ إلى إصدار المرسوم رقم 82/ 145، ونتيجة التطورات الاقتصادية الحاصلة اضطر المشرع إلى مسايرتها والاستجابة لها، فأصدر المرسوم التنفيذي رقم 91 / 434، ثم في المرحلة الرابعة تم إصدار المرسوم الرئاسي رقم 02/ 250 المعدل والمتمم، إلا أنه رغم جميع هذه التعديلات التي قام بها المشرع إلا أنها لم تحقق الغرض مما أدى إلى إلغائها بإصدار المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236[2].

ولكن ما يهمنا في هذه التعديلات هي التغيرات التي طرأت على إجراء التراضي، ولهذا قسمنا المطلب إلى فرعين: تطرقنا في الفرع الأول إلى الأساس القانوني للتراضي قبل المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236، أما الفرع الثاني في إطار المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236.

الفرع الأول: قبل المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 المتعلق بالصفقات العمومية.

فمن خلال هذا الفرع سنتطرق إلى أربعة تعديلات أولها في ظل الأمر رقم 67/ 90، والثاني طبقا للمرسوم رقم 82/ 145، أما ثالثا المرسوم التنفيذي رقم 91/ 434، وأخيرا المرسوم الرئاسي رقم 02/ 250.

أولا: التراضي كإجراء استثنائي في ظل الأمر رقم 67/ 90.

تبنت الجزائر بعد خمس سنوات من الاستقلال ق. ص. ع في شكل أمر يحمل رقم 67/ 90 المؤرخ في 17 جوان 1967، والذي يعد أول قانون للصفقات العمومية في عهد الدولة الجزائرية المستقلة، فقد كرس هذا القانون الثلاثية الشائعة في إبرام الصفقات العمومية وهي: المناقضة، طلب العروض، التراضي[3] ، وقد تطرق إليها في الفصل الرابع تحت عنوان إجراء إبرام الصفقات، وقد تم تخصيص القسم الثالث منه لإجراء التراضي بعنوان صفات التراضي، وما يلاحظ عليه هو أنه خصص

[1] قانون رقم 62/ 157، المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، يتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، جر عدد 02، الصادرة في 11 جانفي 1963.

[2] تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة دكتوراه، فرع قانون عام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص7، 8.

[3] قدوج حمامة، عملية إبرام العقود الإدارية في نطاق صفقات المتعاقد العمومي في الجزائر، تحليل ومقارنة، مذكرة ماجستير، فرع الإدارة والمالية العامة دون ذكر سنة المناقشة، جامعة الجزائر، بن عكنون، ص39.

له مادتين هما 60 و 61 على عكس إجراء المناقصة التي خصص لها 7 مواد وإجراء طلب العروض 18 مادة[1].

ومن هنا يتضح أنه لم يعطي لإجراء التراضي حقه من النصوص القانونية، وقد نصت المادة 60 من نفس الأمر على أنه تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم، ومنح الصفقة لمن تختاره منهم. وتنظم المنافسة إذا أمكنت بجميع الوسائل الخاصة بها[2].

ما يعلق على هذه المادة هو أن الإدارة لا تتنافس مع المقاولين والموردين وإنما التنافس يكون بين هؤلاء وعلى الإدارة أن تسهر على إقامته.

ويتضح من خلال هذا أن المشرع لم يتمكن من وضع تعريف دقيق لإجراء التراضي والذي كان له شكلين إجراء التراضي باللجوء إلى المنافسة، والتراضي دون إقامة المنافسة.

إن إجراء التقاضي في هذه المرحلة يعتبر قاعدة استثنائية، بالرغم من عدم ذكر صراحة إلا أنه يستفاد ضمنيا [3]، ذلك من خلال تقييد الإدارة بحالات محددة يتم من خلالها اللجوء إليه نظمها الأمر رقم 67/ 90 في مادته [4]61.

ثانيا: التراضي كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 82/ 145.

صدر القانون الثاني المنظم لصفقات العمومية المتمثل في المرسوم الرئاسي رقم 82/ 145 لينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي والمطبق على مجمل صفقات القطاع العام بشقيه الإداري والاقتصادي.

---

[1] سحنون سمية، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 01، 2013/2012، ص28.

[2] انظر المادة 60 من الأمر رقم 67/ 90 يتضمن قانون الصفقات العمومية.

[3] سحنون سمية، مرجع سابق، ص29، 30.

[4] المادة 61 من الأمر رقم 67/ 90 يتضمن قانون الصفقات العمومية ينص على: " يجوز إبرام الصفقات بالتراضي في الحالات الآتية: ـ عندما لا يمكن الحصول على الخدمات إلا من مقاول أو مورد فريد حائز لامتياز احتكار، أو من مالك لبراءة اختراع.

ـ عن الأشغال أو التوريدات أو الخدمات التي عرضت على المنافسة، ولم يقدم في شأنها أي عرض، أو قدمت عروض لا يمكن قبولها.

ـ في حالات الاستعجال القاهرة عندما يكون هناك خطر وشيك الوقوع من شأنه أن يضر بأموال مستثمرة في مشروع قائم بعد، ولا يمكن أن يتحمل المهل الخاصة بالالتجاء إلى المنافسة.

ـ عن خدمات النقل التي يعهد بها إلى المقاولين العموميين للنقل عن استئجار السفن، والتأمينات عن أنواع الشحن التابعة لها.

ـ عن كل الأشغال أو التوريدات أو الخدمات عندما تستلزم الظروف تنفيذها بصورة سرية.

وقد ظهر هذا المرسوم نتيجة رفض مسيري المؤسسات العمومية للأمر رقم 67/ 90 الذي يعد حسب رأيهم لا يتلاءم مع طبيعة نشاطهم الذي يتطلب التمتع بالحرية في إبرام العقود ومقارنة بالأمر رقم 67/ 90 نلاحظ أن المصطلحات الرسمية عرفت تغييرا فقد تم استبدال " الصفقات العمومية " الموروثة من النظام القانوني الفرنسي " بصفقات المتعامل العمومي "، هذا التغيير يصحبه تعديل كبير في القواعد الموضوعية. لكن ما يهمنا في هذا التغيير هو التغيير الذي مس إجراء التراضي، إذ كان قانون الضفقات العمومية لسنة 1967 يكرس الثلاثية المشهورة في كيفيات إبرام الصفقات العمومية وهي: المناقصة، الدعوة للعرض، والتراضي، فإن قانون الصفقات لسنة 1982 في مادته 26 يكرس كيفيتين فقط لإبرام صفقات المتعامل العمومي وهي: التراضي والدعوة للمنافسة[1] ، وقد تم تعريف كيفية الدعوة للمنافسة طبقا للمادة 28 من هذا المرسوم على أنها أسلوب يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل العروض[2].

ومن هنا يلاحظ أن إجراء التراضي وضع في نفس المستوى مع إجراء الدعوى للمنافسة، أيأن المشرع ساوى بين الإجراءين وأعاد الاعتبار لإجراء التراضي، وقد عرفته المادة 27 هو " إجراء يخصص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة للمنافسة ولا تستبعد فيه الاستشارة "[3].

ثالثا: التراضي طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 91/ 434.

تبنى المرسوم التنفيذي رقم 91/ 434 أسلوبي المناقصة والتراضي، كما يعد قريب جدا من المرسوم رقم 82/ 145 فيما يتعلق بالتراضي فكلا القانونين متطابقين: غير أن هناك اختلاف يتمثل في:

- أن المرسوم التنفيذي رقم 91/ 434 في مادته 40 نص على 5 حالات للجوء لإجراء التراضي. بينما المرسوم رقم 82/ 145 نص على ست حالات.
- كما تنص المادة 39 على أن لجوء الإدارة للتراضي لا يعفيها من القيام بشكليات الاستشارة. لكن لم يبين هل هذا يخص كلا من التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة؟ لم يقتصر على أحدهما دون الآخر؟[4]
- وأن إجراء التراضي قد تم تقسيمه إلى شكلين في قانون رقم 91/ 434 وهما التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة، من خلال نص المادة 23 فقرة 02 منه والتي تقضي بما يلي: " يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل

[1] قدوج حمامة، مرجع سابق، ص75.
[2] انظر المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 145/82 السالف الذكر.
[3] قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 75، 76.
[4] مانع عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص09.

الوسائل المكتوبة الملائمة دون أي شكليات أخرى ". في حين أنه لم يعرف هذا التقسيم في قانون رقم 67/ 90 ولا في قانون رقم 82/ 145.

- كما أن ق ص ع رقم 91/ 434 عرف كيفيتين لإبرام الصفقات العمومية هما: التراضي والمناقصة.

وما يمكن ملاحظته هو أن المشرع قد ابتدأ بالتراضي كما فعل في قانون 82/ 145 فخالف بذلك قانون 67/ 90 حيث كانت كيفية التراضي كآخر كيفية لإبرام الصفقات العمومية[1].

رابعا: التراضي كقاعدة استثنائية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 02/ 250.

فقد جاء المرسوم لسد النقائص الموجودة في المنظومة السابقة في المرسوم التنفيذي رقم 91/ 434 المعدل والمتمم، حيث أنه لا يختلف عن المرسوم التنفيذي رقم 96/ 54 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 91/ 434 فيما يتعلق بإجراء التراضي إذ المادة 20 من المرسوم رقم 02/ 250 مطابقة للمادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 96/ 54 أي أن هناك إجراءان: المناقصة تعتبر القاعدة العامة، التراضي يعتبر القاعدة الاستثنائية.

ما يمكن التوصل إليه هو أن كيفية التراضي في قانون رقم 02/ 250 أصبحت أكثر وضوحا وتحديدا من القوانين السابقة لأن المشرع الجزائري قد حدد الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة للتراضي البسيط الحالات التي تستخدم فيها التراضي بعد الاستشارة في المادة 38 وبذلك يكون قد تفادى كل العيوب التي تضمنتها القوانين السابقة له بالنسبة لهذه الكيفية[2].

ورغم ذلك لم يسلم هذا القانون من عدة تعديلات أولها بموجب المرسوم الرئاسي 03/ 301 الموافق ل 11 سبتمبر 2003 إذ اقتصر التعديل على المادة 38 والخاصة بحالات التي تسمح للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، بحيث أضاف حالة جيدة وهي العمليات المنجزة في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص اتفاقيات التمويل هذه على ذلك وفي هذه الحالة، يمكن للمصلحة المتعاقدة حصر الاستشارة في مؤسسات البلد المقرض للأموال وحدها دون سواها.

أما التعديل الثاني بموجب المرسوم الرئاسي رقم 338/08 الموافق ل 26 أكتوبر 2008 هو كذلك اقتصر تعديله على التراضي بعد الاستشارة حيث أضاف حالة جديدة للحالات المنصوص عليها في المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02[3].

[1] قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص 114، 118.
[2] قدوج حمامة، مرجع سابق، ص 149.
[3] لوز رياض، مرجع سابق، ص95.

الفرع الثاني: التراضي في إطار المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

مر أسلوب التراضي بعدة تعديلات عبر مختلف القوانين السابقة بداية من القانون رقم 82/ 145 إلى المرسوم الرئاسي رقم 23/12 ثم آخر تعديل رقم 247/15.

حيث أن مفهوم التراضي حسب قانون رقم 145/82 حصر في: " أنه المتعاقد العمومي يبرم صفقاته تبعا لإجراء التراضي أو بدون دعوى للمنافسة ولم تستبعد فيه الاستشارة ". فهذا المفهوم بسيط وغير دقيق.

ثم جاء القانون رقم 434/91 الذي عدله وأعطاه شيء من الوضوح حيث حدد وجعل لإجراء التراضي شكلين أو نوعين وهما التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة هذا الأخير الذي ينظم بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أي شكليات أخرى.

بينما مفهوم التراضي في المراسيم الرئاسية رقم 02/ 250 و 10/ 236 و 12/ 23 فقد رسى على تعريف واحد " هو أنه إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة ".

وعليه نخلص إلى أن التراضي حسب ما نصت عليه المادة 27 (المعدلة) من ق ص ع رقم 10/ 236: " هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الشكلية للمنافسة "[1].

[1] لعلى وهيبة، التراضي كوسيلة للتعاقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، فرع قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014 – 2015، ص14.

المبحث الثاني: كيفية إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي.

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أساليب تتسم بطابع خاص وهو ما يتم في إطار الاستشارة الانتقائية والمسابقة، إلا أنه في حالات أخرى تحتاج المصلحة المتعاقدة الخروج عن الإجراءات المعروفة في تنظيم الصفقات العمومية، واتباع أسلوب التراضي.

والذي يقصد به صلاحية الإدارة في تخصيص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة [1] وهو ما يمنح للإدارة حرية اختيار من يتعاقد معها دون اللجوء إلى الإجراءات الطويلة.

وكون أسلوب التراضي يمنح للإدارة الحرية في التعاقد، إلا أنه يعتبر خطيرا لأنه يسمح لها أيضا بتجاوز القانون، لذلك قد وجب على المشرع حصر الحالات التي يسمح فيها للإدارة باللجوء إلى التراضي وكان ذلك في المادتين 43 و 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236[2].

ومن هنا قسمنا مبحثنا هذا إلى مطلبين المطلب الأول نتناول فيه الشروط الموضوعية لإبرام الصفقة عن طريق التراضي، أما المطلب الثاني فقد خصصناه لإجراءات إبرام الصفقة عن طريق التراضي.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لإبرام الصفقة عن طريق التراضي.

إن اختيار كيفية إبرام الصفقات العمومية يندرج ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة، وينتج عن ذلك أن المصلحة المتعاقدة ليس لها الحق في اللجوء إلى كيفية التراضي إلا في الحالات المذكورة في المادتين 43 و 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 المعدل والمتمم، رغم أن هذه الكيفية قد جاءت للتخفيف من حدة تقييد حرية الإدارة في التعاقد، غير أن الإدارة وجدت نفسها أكثر تقييدا بتحديد المشرع للحالات تحديدا دقيقا[3] ، وسنتطرق إلى هاته الحالات في تقسيم مطلبنا هذا إلى فرعين: الفرع الأول حالات التراضي البسيط، أما الفرع الثاني حالات التراضي بعد الاستشارة.

الفرع الأول: حالات التراضي البسيط.

لقد لجأ المشرع الجزائري إلى تحديد الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى إجراء التراضي البسيط على سبيل الحصر في نص المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 وتنص على: " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط[4].

وتتمثل هاته الحالات فيما يلي:

---

[1] انظر المادة 41 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 السالف الذكر.
[2] انظر المادة 43 و 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 السالف الذكر.
[3] قدوج حماسة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سالبق، ص 150.
[4] انظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15/ 27، المرجع السابق الذكر.

أولا: الوضعية الاحتكارية للمتعامل المتعاقد.

وهي الحالة التي نص عليها المشرع في المادة 49 الفقرة 01: " 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 بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية ... "[1].

لا تتم الوضعية الاحتكارية إلا على اعتبارات تقنية أو ثقافية وفنية وبموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

ثانيا: حالات الاستعجال الملح.

ـ حالة الاستعجال الملح 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 ...[2] .

ثالثا: حالات التموين المستعجل.

هي تلك الحالة المستعجلة المخصصة 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 .....[3].

رابعا: حالة شروع ذي أولوية وأهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا.

في هاته الحالة يشترط أن تكون الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للماطلة من طرفها.

وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار (10.000.000.000 دج)،

[1] انظر المادة 49 الفقرة 1 من المرسوم الرئاسي 15/ 27، المرجع السابق الذكر
[2] انظر المادة 49 الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المرجع السابق الذكر
[3] انظر المادة 49 الفقرة 3 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المرجع السابق الذكر

وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر .....[1].

- وقد وضع المشرع شرطين لهاته الحالة وهما:

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

2 – أنها لم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

خامسا: عندما يتعلق الأمر بالانتاج أو الأداة الوطنية للانتاج.

في هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر..... [2].

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

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري[3].

وقد قام المشرع الجزائري في نص المادة 50 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 بإلزام المصلحة المتعاقدة بتحديد حاجياتها في ظل احترام أحكام المادة 27، وأوجب عليها أن تتأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي، كما هي محددة في المادة 54 من هذا المرسوم[4]. وأوجز شروطا قد لا تتوفر إلا نادرا.

الفرع الثاني: حالات التراضي بعد الاستشارة.

لقد حدد وبين المشرع الجزائري الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إجراء التراضي بعد الاستشارة في نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247، والتي تنص على ما يلي: " تلجأ

[1] انظر المادة 49 الفقرة 4 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المرجع السابق الذكر
[2] انظر المادة 49 الفقرة 05 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المرجع السابق الذكر.
[3] انظر المادة 49 الفقرة 06 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المرجع السابق الذكر.
[4] .انظر المادة 50 الفقرة 06 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المرجع السابق الذكر

المصلحة المتعاقدة إلى التراضي، بعد الاستشارة، في الحالات الآتية "[1].

وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

أولا: عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

عندما تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء طلب العروض لإبرام صفقتها، وفي حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، يمكنها أن تلجأ إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة وهذا ما نجده في الفقرة 1 من المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15/ 247.

ووفقا لنص المادة 40 الفقرة 02 [2]منه والتي تنص على حالات إعلان عدم جدوى إجراء طلب العروض، ويكون ذلك في ثلاث (03) حالات:

1 – عندما لا يتم استلام أي عرض.

2 – عندما لا يتم الاعلان بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط.

3 – عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.

ثانيا: في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض.

وقد حدد المشرع الجزائري خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات [3]، وطبقا للمرسوم الرئاسي رقم 19/ 247 فنجد أن المشرع الجزائري قد ذكر أن قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة تحدد بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية للدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة[4].

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

قد استحدثت هذه الحالة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 08/ 338 ، وقد تم الإبقاء عليها لأنها تتعلق بالأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة، يتم تحديد طبيعتها بموجب

[1].انظر المادة 51 الفقرة 06 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المرجع السابق الذكر.
[2]. انظر المادة 40 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المرجع السابق الذكر
[3] انظر المادة 51 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المرجع السابق الذكر
[4] انظر المادة 52 الفقرة 04 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المرجع السابق الذكر

مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية للدولة أو مسؤول الهية العمومية أو الوزير المعني حسب ما ورد في الفقرة 04 من المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247.

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

في المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 كان الأمر يتعلق بصفقات الدراسات واللوازم والخدمات فقط، واستثنى المشرع صفقات الأشغال، وقد قام المشرع بذكر صيغة الفسخ في الحالة المذكورة العامة، ولم يفرق بين الفسخ من جانب واحد والفسخ التعاقدي، والفسخ الكلي والفسخ الجزئي.

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

تم النص على هذه الحالة بموجب المادة 51 الفقرة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247[1]، بحيث تلجأ المصلحة التعاقدة لاختيار المتعامل المتعاقد معها بواسطة التراضي بعد الاستشارة عندما تنص اتفاقية التمويل الامتيازية على ذلك، وقد نص التنظيم القانوني للصفقات العمومية على إمكانية حصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني في حالة الاتفاقيات الثنائية ومؤسسات البلد المقرض للأموال في الحالات الأخرى.

المطلب الثاني: إجراءات إبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي.

سبق الإشارة إلى أن الإدارة تستطيع اللجوء إلى التعاقد عن طريق إجراء التراضي مباشرة في اختيارها للمتعاقد معها، شأنها في ذلك كشأن الأفراد العاديين في اختيارهم لمن يتعاقدون معهم، وتكون لها الحرية في التفاوض والمساومة دون قيد أو شرط، وذلك في الحالات المحددة قانون كحالة الاستعجال أو عندما يكون هناك احتكار لخدمة من شخص معين، أو في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد، أو توفير حاجات المكان الأساسية ... الخ.

ففي هذه الحالات تستدعي الإدارة مباشرة شركة أو شركات للتفاوض معهم من الأفراد أو الشركات المسجلين لديها في قوائمها الخاصة ونحدد لهم تاريخ معين للحضور وللتفاوض، ويتم التفاوض معهم للتعرف على أسعارهم وشروطهم، بعد الاتفاق يتم التعاقد[2].

[1] انظر المادة 51 الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247، المرجع السابق الذكر.
[2] عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص128، 129.

ولهذا قسمنا المطلب إلى ثلاثة فروع تتعلق بالاجراءات، الفرع الأول بعنوان الدعوة إلى التعاقد، والفرع الثاني بعنوان التفاوض، أما الفرع الثالث بعنوان مرحلة التعاقد.

الفرع الأول: الدعوة إلى التعاقد.

تعد هذه أول مرحلة يتعين على المصلحة المتعاقدة القيام بها وهي دعوة المتعاملين للتعاقد، فتقوم باستدعاء المتخصصين في مجال التعاقد وهو ما يقابل الإعلان في مختلف أشكال المناقصة تطبيقا لمبدأ حرية المنافسة وذلك للحصول على عدد من العرضين حتى تتحدد فرص الانتقاء لدى المصلحة المتعاقدة[1]، ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى هذا الإجراء إلا بعد تأكدها من توافر شرطين وهما:

- الشرط الأول: يجب أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من أن قيمة الصفقة المزعم عقدها يفوق السقف المالي الذي حدد ب 12.000.000 دج أو يقل عنه بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم و 6.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات، وعليه إذا كانت قيمة الصفقة تقل أو تساوي هذه المبالغ فإن الأمر لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة وفق الإجراءات المنصوص عليها، استنادا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247، وهذا تطبيقا لنص المادة 13 من ذات المرسوم[2].

وقد رفع المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 الحد الأدنى لإبرام صفقة، إذ كانت المبالغ في المرسوم رقم 10/ 236 مقدرة ب 8.000.000 دج بالنسبة لخدمات الأشغال واللوازم، و 4.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات[3].

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

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

[1] ثياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 100، 101.
[2] انظر المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 السالف الذكر.
[3] انظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 السالف الذكر.

الفرع الثاني: التفاوض.

يقوم إجراء التراضي على أساس التفاوض بين الإدارة والمترشحين الراغبين في الحصول على الصفقة[1]، فبعدما تقوم المصلحة بتجميع العروض التي سبق لها دعوة أصحابها للتعاقد، تقوم بإجراء مفاوضات مباشرة مع أصحاب تلك العروض.

ولأهمية المفاوضات في عملية إبرام صفقات التراضي، أشار المشرع في أحكام المرسوم رقم 15/ 247 إلى هذا الإجراء في نص المادة 52 التي جاء فيها: " وفيما يخص العروض التي تستجيب لحاجات المصالح المتعاقدة والتي تكون مطابقة بصفة جوهرية للمقتضيات التقنية والمالية المنصوص عليها في دفتر الشروط، فإنه يمكن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أن تطلب، بواسطة المصلحة المتعاقدة كتابيا، من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم، توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم ..... ".

فالتفاوض إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة مع الطرف الراغب في التعاقد من أجل الإعداد لإبرام العقد أو تسوية نقطة خلاف بينهما تتعلق بإحدى بنود العقد أو تنفيذه [2]، كما أنه يختلف في الميدان الخاص عن مجال الصفقات العمومية من حيث أن الخواص يتمتعون بحرية مطلقة في التفاوض، بينما تواجه الإدارة بعض القيود عند التفاوض في نطاق الصفقات، وهذا راجع لأهمية العقد فالإدارة تتعامل بالأموال العامة وهذا يستلزم اتخاذ احتياطات لكي لا يتم التلاعب بها.

الفرع الثالث: مرحلة التعاقد.

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

[1] سحنون سمية، مرجع سابق، ص36.
[2] تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 102.

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

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

وعليه فطبيعة صفات التراضي وفق ما هو معمول به في التشريعات المقارنة وكما هو وارد في النظرية العامة للعقود الإدارية، تفرض مراعاة المراحل السابقة للوصول إلى الاختيار السليم والصحيح للمتعامل المتعاقد وتحصين المصالح المتعاقدة من الفساد والمفسدين[1].

[1] تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص104.

الفصل الثاني
اثار ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي

الفصل الثاني : اثار ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي.

بعد إبرام المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد للصفقة العمومية، فان هذه الأخيرة تدخل حيز التنفيذ منتجة لآثارها القانونية، والتي تتضمن كل ما يتولد عنها من سلطات للإدارة والتزامات وحقوق تسري حيال الطرفين.

ومن المستقر عليه فقها وقضاء أن سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد متأصلة وثابتة ولا تحتاج للنص عليها صراحة، حيث تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء إبرامها للصفقة العمومية مع المتعاقدين معها بامتيازات تجعلها في مركز متميز عنهم خدمة للصالح العام، وقد جسد المشرع الجزائري اهتمامه بالأموال العامة ولضمان السير الحسن للصفقات العمومية من خلال جعل المصلحة المتعاقدة في مركز الامتياز في كافة مراحل الصفقة العمومية .[1]

وفي مقابل هذه السلطات الواسعة التي تتميز بها المصلحة المتعاقدة لاعتبارات سيادية ولحماية المصلحة العامة، هناك حقوق يتمتع بها المتعامل المتعاقد في مواجهة المصلحة المتعاقدة كما أن له التزامات، وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الأول من هذا الفصل

كما أننا أدرجنا ضمن الآثار منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي، إذ قد يحدث تصادم بين مصلحة الشخص المعنوي باعتباره أحد أطراف العقد مع مصلحة المتعاقد معه أو المتعهد باعتباره الطرف الثاني في الصفقة ، وذلك فيما يتصل بمدى مشروعية استخدام هذا الشخص المعنوي" المصلحة المتعاقدة" لسلطته اتجاه المتعاقد أو المتعهد أو بمدى أداء الالتزامات المتبادلة بينهما، وهذا سيؤدي لا محالة إلى رفض اعتراض الطرف المتضرر وبالتالي قيام منازعات الصفقات العمومية، حيث سيسلك صاحب الحق طريقا لأجل المطالبة بحقه بالخضوع للقانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [2]، كما سيخضع في ذلك القانون المنظم للصفقات العمومية في حد ذاته الذي نظم موضوع حل النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، وهذا ما سنتطرق إليه في الشق الثاني من هذا الفصل.

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد. العقود الإدارية واحكام ابرامها. دون رقم طبعة. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندية .2008. ص57.

[2] قانون رقم 09/08 المريخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21. الصادرة في 23 افريل 2008.

المبحث الأول: وضعية أطراف الصفقة العمومية المبرمة عن طريق التراضي.

مهما كانت الإدارة في حاجة للأفراد للقيام بإنجاز مشروع ما فهي تبقى مسؤولة أمام الجمهور عن حسن سير تنفيذ الخدمات العامة ، ولمواجهة هذه المسؤولية التي لا يمكن للإدارة الفكاك منها ، فإنها تضطر إلى استخدام سلطات استثنائية لرقابة المتعاقد الذي يتعاون معها في تنفيذ المشروع ، ومن ثم كان للإدارة سلطة الرقابة والتوجيه في تنفيذ الصفقة وللإدارة أيضا سلطة تعديل شروط العقد ويتم ذلك بإرادتها المنفردة ، وطبقا لهذه السلطة تستطيع جهة الإدارة أن تفرض على المتعاقد معها تغيير أحد شروط العقد ، ومن سلطات الإدارة أيضا سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا هو أخل بتنفيذ التزاماته.

وتمثل هذه السلطات من جهة أخرى حقوقا للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاملين المتعاقدين، لأن المشروع المنجز سيكون لحسابها ويمثل صورتها أمام الشعب، وفي مقابل هذه السلطات يتمتع المتعامل المتعاقد بمجموعة من الحقوق والالتزامات اتجاهها وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث في مطلبين: المطلب الأول بعنوان سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد، أما المطلب الثاني سنتطرق فيه الى حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد.

المطلب الأول سلطات المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعامل المتعاقد.

يمكننا القول ان سلطات الإدارة هي عبارة عن وسائل قانونية في يد المصلحة المتعاقدة تمكنها للوقوف على تنفيذ الصفقة العمومية للغرض الذي أبرمت من أجله، وتتمثل هذه السلطات في سلطة الرقابة والتوجيه، سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية، وسلطة توقيع الجزاءات عند وقوع أي إخلال، والتي سنتناول كل منها في فرع مستقل على التوالي وذلك استنادا للمبادئ العامة والواردة في القانون الإداري وما اختص به الإطار المنظم للصفقات العمومية.

الفرع الأول: سلطة الرقابة والتوجيه.

تتمتع الإدارة بسلطة الرقابة بالنسبة لجميع عقودها الإدارية بما فيها الصفقات العمومية وذلك للتأكد من قيام المتعاقد معها بالتزاماته على الوجه المتفق عليه وسنقوم بتوضيح صورها (أولا)، وأساسها القانوني (ثانيا).

أولا: صور الرقابة .

حق الرقابة المخول للمصلحة المتعاقدة قد يأخذ معنى ضيق يتمثل في سلطة الإشراف، كما أنه قد يتجاوز هذا المعنى إلى معنى أوسع منه وأشمل وهو سلطة التوجيه وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

1-سلطة الإشراف:

يقصد بها تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه[1]، إن الرقابة بهذا المعنى الضيق المتمثل في حق الإشراف تمثل الحد الأدنى لما يمكن الاعتراف به للمصلحة المتعاقدة في مجال رقابتها على تنفيذ الصفقات العمومية، إذ من واجبها أن تتولى الإشراف على المتعاقد معها حتى تتأكد من قيامه بتنفيذ العقد طبقا للبنود والشروط المتفق عليها.[2]

2- سلطة التوجيه:

يقصد بها حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها.[3]

فالإدارة في هذا الصدد لا تقتصر على التأكد من تنفيذ العقد بما يتفق والشروط الواردة به كما هو الشأن في سلطة الإشراف، بل تتدخل في توجيه أعمال التنفيذ باختيار أنسب الطرق وأصلح الأوضاع التي تراها مناسبة[4]، وتتم سلطة التوجيه عن طريق التقارير التي يرسلها كل من المتعاقد ومكتب الدراسات إلى المصلحة المتعاقدة، أو عن طريق الخرجات الميدانية التي تقوم بها فرق إدارية متخصصة من أجل معاينة التنفيذ سواء بالعين المجردة أو بأخذ عينات ، وقد توجه للمتعامل المتعاقد إعذارات على شكل أوامر مصلحيه مكتوبة ومؤرخة ، مسجلة مع توقيع المتعاقد عند تسليمها في سجل خاص ، لتدارك النقائص أو الأخطاء التي تمت معاينتها تحت طائلة الجزاءات التي سنذكرها لاحقا .[5]

ولا تقتصر سلطة الرقابة على طريقة التنفيذ وأجاله فحسب وإنما تشمل أيضا الوسائل والمواد والمنتجات المستعملة لتنفيذ الصفقة، وقد تمتد في بعض الحالات إلى علاقة المتعاقد بمستخدميه، من حيث ساعات العمل أو من حيث الكفاءة والتخصص إذا كانا مطلوبين وهذا ما جاء في المادتين 35 و36 من المرسوم الرئاسي رقم10/ 236.

[1] عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 142 .
[2] سبكي ربيحة ، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، كلية العلوم والحقوق السياسية ، 2013 ، ص 152 .
[3] عمار بوضياف ، مرجع نفسه ، ص 142
[4] مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 132 ،
[5] أزرايب نبيل، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكر جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015، ص 67.

ثانيا : الأساس القانوني لسلطة الرقابة على الصفقات العمومية.

يكمن الأساس القانوني لسلطة الرقابة في مصدرها الذي يتمثل في عقد الصفقة، القوانين والتشريعات أو على أساس مقتضيات المرفق العام، وسنقوم بتفصيل ذلك على النحو التالي:

1-الأساس التعاقدي : قد ينص صراحة على سلطة الرقابة في الصفقة ذاتها أو في دفاتر الشروط على نحو يوضح كيفية ممارسة هذه السلطات المخولة للموظفين المندوبين للرقابة والإشراف على تنفيذ الأشغال، ويتجلى الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة في صفقات الأشغال العامة من خلال ما تضمنه دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة، الذي فصل أحكام سلطة الرقابة والتوجيه في مواد متعددة منها المادة 12 الفقرة 04 التي تنص على أنه " على المقاول أن ينفذ أوامر المصلحة التي تبلغ إليه ".[1]

2- الأساس التشريعي : نظم المشرع الجزائري سلطة الرقابة في مختلف القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية حيث خصص المشرع الجزائري لأحكام الرقابة الباب الخامس من المرسوم التنفيذي رقم 236/10 وجاء متضمنا المادة 116 التي تنص" تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده " ، إضافة إلى ما جاء في نص المادة 118 تمارس على الصفقات مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة ، دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها " .

ما نلاحظ في مضمون نص المادة 116 أن المشرع قد قرر سلطة الرقابة في مختلف مراحل الصفقة قبل التنفيذ وبعده، وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن الصفقات المبرمة عن طريق التراضي تختلف بإختلاف الحالة التي تحدد اللجوء إليه كما أن سلطة الرقابة فيه تختلف من حالة إلى أخرى فلا يمكننا تصور رقابة قبلية على الصفقات المبرمة في حالة الاستعجال الملح، حالة التموين المستعجل أو حالة احتكار خدمة من طرف متعامل وحيد، أي تكون المصلحة المتعاقدة مجبرة على التعاقد وبطبيعة الحال سلطتها في الرقابة تكون أخف من الحالة المتعلقة بصفقة المشروع ذي الأهمية الوطنية .

3-على أساس فكرة المرفق : قد لا يرد نص في الصفقات العمومية أو دفاتر الشروط أو القوانين بشأن ممارسة الرقابة على تنفيذ الصفقة ، ولكن للمصلحة المتعاقدة مراقبة التنفيذ حتى وإن ينص على ذلك في العقد أو في القوانين واللوائح ، بل حتى إذا نص على ما يخالفها وذلك لأن الرقابة لا تجد أساسها القانوني في النصوص التعاقدية أو القانونية وإنما تستمد الرقابة أساسها من المرفق العام ، ذلك أن الإدارة هي

[1] سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص 70 .

المسؤولة عن إدارة المرفق العام والكفيلة بحسن سيره حتى إذا لم تتولى نفسها توفير الحاجات وتقديم الخدمات التي بتطلبها المرفق، وتقتضي وظيفتها هذه أن تشرف و توجه نشاط المرفق العام .[1]

الفرع الثاني: سلطة التعديل.

يحق للمصلحة المتعاقدة تجاوز سلطة الرقابة إلى امتلاك الحق في تعديل الصفقة الذي يكون في إطار المشروعية، وبالتالي لا يملك المتعامل المتعاقد الحق في الاعتراض على قرار التعديل ، فالإدارة لها الحق في تعديل ما تقوم بإبرامه مع الغير وقد يكون ذلك استنادا إلى نص في الصفقة ذاتها ، أو قد تقوم المصلحة المتعاقدة بفرضه وذلك ليصبح أكثر ملائمة وليجاري التغييرات التي طرأت ولم تكن قائمة عند إبرام الصفقة ، ونظرا لخطورة هذا الإجراء فإن المشرع أولاه اهتماما من خلال التشريعات المنظمة للصفقات العمومية ، ومن هذا المطلق سنبين ضوابط سلطة التعديل (أولا) ، وآليات ممارستها (ثانيا).

أولا: ضوابط سلطة التعديل.

المصلحة المتعاقدة لا تمارس سلطة التعديل بصفة مطلقة بل تخضع في ذلك لعدة قيود وضوابط نوجزها في الآتي:

1- أن يكون التعديل راجعا لظروف قد استجدت بعد إبرام الصفقة:

حيث تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تستعمل سلطتها في التعديل الانفرادي إذا كانت الظروف التي كانت قائمة وقت إبرام الصفقة قد تغيرت[2]، وذلك لخدمة المصلحة العامة في ضوء الظروف الجديدة ، وهذا الأخير ليس شرطا للتعديل وإنما شرط يمهد للتعديل الذي إما أن يكون ضروريا أو حسب ما يستجد من تغيرات وبقدر ما تزيد الإدارة إدخاله من مواصفات جديدة على العقد وتختلف سلطة التعديل من صفقة لأخرى حسب الظروف التي تنفذ فيها.[3]

2- صدور التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية الإدارية:

إطار المشروعية هو إطار يحكم جميع الأعمال الإدارية وعليه فإن قرار التعديل يجب أن يصدر في حدودها وأي خروج عن مبدأ المشروعية يعد قرار التعديل باطلا. كما أن قرار تعديل الصفقة العمومية هو قرار إداري وبالتالي يتعين أن تتوافر له أركان ومقومات، من حيث صدوره عن سلطة مختصة وفقا للشكل والإجراءات المقررة، وفي إطار القواعد القانونية التي تحكم موضوع التعديل، كما يتعين أن

[1] أزرايب نبيل ، مرجع سابق ، ص 72 .
[2] مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دون رقم طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 61
[3] سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص 48

يكون الهدف من القرار هو تحقيق المصلحة العامة وأن يستند إلى سبب قائم يبرره يتمثل في تغيير الظروف التي أبرمت في ظلها الصفقة.[1]

3-ألا يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة:

لا يمكن أن يتناول التعديل إلا البنود اللازمة لضمان تحقيق المصلحة العامة على ألا تتعدى الحدود التي تجعل من الصفقة عقدا جديدا، لأن في ذلك إضرارا كبيرا للمتعاقد المصلحة المتعاقدة ، الذي قد لا تسمح له إمكانياته المالية والفنية والتقنية بتحمل التغييرات.[2]

ثانيا: آليات ممارسة سلطة التعديل .

قانون الصفقات العمومية خول للمصلحة المتعاقدة تعديل شروط الصفقة في إطار إتفاقي عن طريق تقنية الملحق، كما للمصلحة المتعاقدة أن تمارس إجراء التعديل خارجا عنه وذلك عن طريق تدابير متخذة من طرفها كما سنوضح ذلك.

1- التعديل عن طريق الملحق : يقصد بالملحق أنه اتفاق إضافي للصفقة الأولى هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة الأصلية ، أو زيادة الخدمات أو تقليلها ، كما يعرف أيضا بأنه عقد مكتوب يشمل اتفاق إرادة الطرفين في الصفقة ويتضمن تعديل بند أو عدة بنود هذه الأخيرة ، وخاصيته التعاقدية تعد من الخصائص الأساسية للملحق .[3]

كرس المشرع الجزائري هذه الآلية في القسم الخامس في المواد 102_106من المرسوم الملغى رقم 236/10، كما أبقي عليها في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في نفس القسم في المواد 135_139 ، اذ تنص المادة 135 على : " يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم وعرفته المادة 136 " يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و / أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة ".

كما أن تعديل الملحق يجب ان يراعي مجموعة من الشروط أهمها :

- صدور الملحق في صيغة مكتوبة مرقم ومؤرخ ومصادق عليه من السلطة المختصة .

- احترام الملحق لقواعد المنافسة ، لذا يتعين منع أي ملحق قد يسيء إليها .

---

[1] سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص 49 .

[2] حنوش فارس ، النظام القانوني لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في ظل المرسوم الرئاسي رقم 250 / 02 المعدل والمتمم ، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة الرابعة عشر ، 2003/2006 ، ص 43 .

[3] سبكي ربيحة ، مرجع نفسه ، ص 57.

- إخضاع الملحق كأصل عام إلى الرقابة .[1]

- ألا يؤدي الملحق إلى إخلال التوازن الاقتصادي للصفقة ، فلا يمكن أن يؤثر الملحق بصفة جوهرية على محلها وقلب اقتصادها ، وكل تعديل يمس بشروط الصفقة يجعل منها صفقه جديدة .[2]

2- التعديل خارج الإطار التعاقدي : تعديل الصفقة لا يقتصر على إطار تعاقدي فقط بل يمكن أن يكون خارج عن نطاق التعاقد وهذا ما يتجلى من خلال نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة وهذا ما سنتطرق اليه .

أ- نظرية فعل الأمير : يقصد بفعل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية المتعاقدة وتؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد وهي من منشأ فرنسي.[3]

وهذه الإجراءات التي تدخل وضع إداري غير متوقع أي تدخل أعباء مالية إضافية ، يمكن أن تكون ذات طابع عام ، كزيادة الضرائب والرسوم الجمركية أو ذات طابع خاص كغلق طريق للسير مما يكبد المتعاقد كلفة إضافية لنقل سلعة .[4]

ويجد مبدأ التوازن المالي أساسه القانوني في مختلف تشريعات الصفقات العمومية ، ومنها ما جاء في نص المادة 103 الفقرة 03 من المرسوم رقم10/ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الآتي "ومهما يكن من أمر ، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ... " كما جاء النص على هذا المبدأ في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم15/ 247 " يجب على المصلحة المتعاقدة ، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي : - إيجاد التوازن التكاليف المترتبة على كل من الطرفين " .

وقد أصاب المشرع الجزائري بحثه على إعادة النظر للجانب المالي للصفقة بما يضمن التكافل لتحمل الأعباء حيث من غير الممكن ان يتحمل المتعامل المتعاقد خسائر لم تكن متوقعة وقت إبرام الصفقة.

وحتى يتمكن المتعامل المتعاقد من الاحتجاج بهذه بنظرية قمر الأمير كان يجب توافر الشروط التالية:

- أن يصدر العمل الذي تسبب في الخلل المالي للمتعامل المتعاقد عن الإدارة المتعاقدة نفسها.

---

[1] حيث أن هناك حالات لا يخضع فيها الملحق لرقابة هيئة الرقابة الخارجية للصفقات راجع المواد 138_139 من المرسوم الرئاسي رقم15/ 247.

[2] تياب نادية ، محاضرات في قانون الصفقات العمومية ، ملقاة على طلبة السنة ثانية ماستر ، جامعة عبد الرحمان ميرة 2014/2015 ، ص 90،91 .

[3] عمار بوضياف. مرجع سابق. ص167.

[4] لعلى وهيبة ، التراضي كوسيلة التعاقد الإداري في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر. فرع قانون إداري ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2014 2015 ، ص 65.

- أن يكون العمل القانوني الصادر عن الإدارة المتعاقدة مشروعا غير مخالف للنظام العام.

-ان يؤدي العمل المشروع الصادر عن الإدارة المتعاقدة إلى قلب اقتصاديات العقد بما يؤثر على المركز المالي للمتعامل المتعاقد فيسبب له ضررا ماليا.

ب -نظرية الظروف الطارئة : يقصد بالظروف الطارئة ظهور أحداث غير متوقعة وغير ممكنة الدفع أثناء تنفيذ الصفقة ، كالأزمات الاقتصادية ، الحروب ، الزيادة في الضرائب ، ارتفاع الرسوم الجمركية ، تجعل هذه الظروف المواصلة في تنفيذ الصفقة أمر مرهق للمتعامل المتعاقد [1]، وتختلف الظروف الطارئة عن القوة القاهرة في أنها لا تصل بتنفيذ الالتزام إلى درجة الاستحالة التي تعفي المتعاقد منه ، وتؤدي إلى انفساخ العقد ، فالتنفيذ مع الظروف الطارئة يظل ممكنا ، بل واجبا ، وإن أصبح شاقا للمتعامل المتعاقد .[2]

يتطلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر الشروط التالية :

- وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ كارتفاع أسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع.

- أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين.

- ينبغي أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة حيث تلحق بالمتعامل المتعاقد خسائر كبيرة غير طبيعية وغير متوقعة.

- ينبغي أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع كحدوث أزمة اقتصادية أو صدور نصوص قانونية أو تنظيمية جديدة وغيرها.[3]

الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد.

إضافة إلى سلطة الرقابة وسلطة التعديل ، تملك المصلحة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد ، إذا أخل بأحد التزاماته التعاقدية كأن يمتنع أو يتأخر في تنفيذ أحد التزاماته أو أنه نفذها على وجه غير لائق ، أو أن يحل غيره محله في التنفيذ دون موافقة جهة الإدارة ، وغيرها من صور الإخلال المختلفة وخولت الإدارة للمصلحة المتعاقدة ممارسة هذه السلطة للضغط على المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته واحترام شروط الصفقة وذلك تفاديا للجوء للقضاء ، وتأخذ هذه الجزاءات الصور الآتية:

[1] عليوة فضيل ، عقد الأشغال العامة في ظل قانون الصفقات العمومية10/ 236 ، مذكرة ماستر ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2015 ، ص 30 .
[2] سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص 71.
[3] عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص71.

أولا: العقوبات المالية.

خصص المشرع الجزائري القسم الثامن لهذه الجزاءات في المرسوم رقم15/ 247 [1]تحت عنوان العقوبات المالية حيث نصت المادة 147 على أن : " يمكن أن ينجر على عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق ، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ".[2]

ونقصد بها العقوبات التي تمس الذمة المالية للمتعاقد وتكون بفرض غرامات مالية بالطريقة المنصوص عليها في نفس المادة الفقرة الثانية كالاتي: " تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفية فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية " ، كما قد تكون بمصادرة مبلغ الضمان الموجود في يد الإدارة كوسيلة لدفع المتعامل المتعاقد لتنفيذ التزاماتها اتجاهها وهذا ما جاء النص عليه في المادة 124 " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و / أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة ".

ثانيا : وسائل الضغط.

تملك جهة الإدارة إلى جانب توقيع الجزاءات المالية أن ترغم المتعاقد معها على تنفيذ الصفقة ، ويكون ذلك بأن تحل الإدارة بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الالتزام أو أن تعهد إلى الغير بتنفيذه ، ويعرف هذا النوع من الجزاءات بوسائل الضغط أو الإجراءات القهرية ، وما يلاحظ أن لجوء الإدارة لهذه الأخيرة لا يتضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر ، بل يضل هذا المتعاقد مسؤولا أمام جهة الإدارة ، وإنما يتم التنفيذ لحسابه وعلى مسؤوليته لحسابه وعلى مسؤوليته ، فهي إجراءات مؤقتة.[3]

ثالثا : فسخ العقد.

و يعد الفسخ من أخطر الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها ، ويعد أيضا الامتياز الأخير الذي تلجأ إليه عندما تتأكد أن المتعامل المتعاقد معها أصبح غير قادر على الوفاء بالتزاماته اتجاهها وفاءا كاملا أو أنه أخل بها إخلالا جسيما ، و أمام هذا الوضع فإن المصلحة المتعاقدة تجد نفسها مضطرة إلى توقيع أخطر جزاء تملكه إذا لم تفلح الجزاءات المالية والضاغطة في تقويم المتعامل المتعاقد معها ،

[1] المرسوم الرئاسي رقم15/ 247 ، السالف الذكر .
[2] النظر المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم10/ 236 ، السالف الذكر .
[3] درويش حسين ، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري ، ط 01 ، مكتبة الأنجلو المصرية ، 1961 ، ص 160.

وقد يكون هذا الفسخ من جانب المصلحة المتعاقدة لعدم قيام المتعامل المتعاقد بالتزاماته في الصفقة ، وقد يكون الفسخ بسبب خارج عن إرادة المتعامل المتعاقد وهذا ما سنبينه في التالي :

1- الفسخ نتيجة إخلال المتعاقد بالتزامه :

يجد الفسخ أساسه القانوني في القانون رقم 75 /58 يتضمن القانون المدني من خلال نص المادة 119 : في العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك . " وهذا ما جاء النص عليه كذلك في المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم15/ 247 " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار 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 أيضا القيام بفسخ جزئي للصفقة " .

2_ الفسخ رغم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته :

ويكون ذلك بإرادة الإدارة المنفردة وهذا ما جاء في نص المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم15/ 247 " يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بدون بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة ، حتى خطأ من المتعامل المتعاقد " كما أضافت المادة 151 منه " يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد " ، وهذا ما يفسر لنا أنه من المسلم به أن حق الإدارة عندما ترى وقف تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها ، أن تفسخ العقد ولو لم يكن هناك خطأ من جانب المتعاقد معها بشرط أن تعوضه ، وهذا الفسخ مستقل عن فسخ العقد كجزاء على عدم التنفيذ .[1]

المطلب الثاني: حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد.

بمقابل السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في عقد الصفقات فإن المشرع الجزائري يمنح المتعامل المتعاقد مجموعة من الحقوق ويرتب عليه مجموعة من الالتزامات ويستمد هذه الحقوق من الصفقة التي وقع عليها وذلك ما سنوضحه من خلال الفرع الأول بعنوان حقوق المتعامل المتعاقد ، أما الفرع الثاني فخصصناه لالتزامات المتعامل المتعاقد.

[1] الفياض عبد المجيد ، نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، ط 01 ، دار الفكر العربي ، سنة 1975 ، ص 271

الفرع الأول : حقوق المتعامل المتعاقد.

أهم حق قد يتمتع به المتعامل المتعاقد هو المقابل المالي الذي يسعى إليه منذ البداية كما أن له حق التعويض في حال الخسارة غير المتوقعة إضافة إلى التوازن المالي ، وقد تطرقنا في هذا الفرع الى : الحق في المقابل المالي (أولا) ، الحق في التعويض (ثانيا) ، الحق في التوازن المالي (ثالثا) .

أولا : الحق في المقابل المالي.

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة يلتزم فيه المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات والشروط المتفق عليها ، وتلتزم الإدارة المعنية بدفع المقابل المالي بالأشكال والكيفيات التي حددها القانون ، فقبض المقابل المالي أهم حقوق المتعامل المتعاقد وهو الغاية من التعاقد ، يتمثل في العائد المادي مقابل تنفيذ العقد ، والمسلم به ، الشروط المتعلقة بتحديد المقابل المالي هي شروط تعاقدية لا يمكن تعديلها دون موافقة المتعاقد معها، وقد حدد المشرع كيفية دفع الثمن في المادة 108 في المرسوم الرئاسي رقم15/ 247 والمتمثلة في التسبيق ، الدفع على الحساب والتسوية على رصيد الحساب وهي كالاتي:

1- التسبيق :

طبقا لأحكام المادة 109 من نفس المرسوم والتي جاءت فيها معنى التسبيق كالآتي "التسبيق هو كل مبلغ يدفع قبل تنفذ الخدمات موضوع العقد ، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة " ، يعني قيام المصلحة المتعاقدة بأدائها للمتعامل المتعاقد مبلغ مالي للبدء في الأشغال والانطلاق فيها [1]، وقد يكون جزافي أو على التموين كما جاء في مضمون المادة 111 بنصها " وتسمى تسبيقات حسب الحالة جزافية أو على التمين " .

2- الدفع على الحساب :

نصت عليه المادة 109 " هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة ".

3- التسوية على رصيد الحساب :

وهو التسديد المؤقت أو النهائي لسعر الصفقة ، ويأخذ شكل التسوية على رصيد الحساب المؤقت والتسوية على رصيد الحساب النهائي فأما الأول تحتفظ المصلحة المتعاقدة ، فيه بمبلغ الكفالة حسب

[1] عليوة فضيل ، مرجع سابق ، ص 28.

التنفيذ ومبلغ الغرامات التأخيرية أما الثاني المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة يدفع المبلغ النهائي والكامل للصفقة مع رد اقتطاعات تقوم الضمان وشطب الكفالات.[1]

ثانيا : الحق في التعويض.

يقع لزاما على الإدارة تعويض المتعاقد معها في حالة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية أو عند استعمالها للسلطات المخولة لها إستعمالا يخالف القانون ، كما تكون الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها عما لحق به من ضرر رغم عدم نسبة الخطأ لها ويكون أساس إلزامها بالتعويض في تلك الأخيرة إما استنادا لنظرية الإثراء بلا سبب وإما لاعتبارات العدالة وموجبات الحفاظ على التوازن المالي للعقد وعليه فإن مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها قد تنعقد على أساس الخطأ أو دونه.[2]

ثالثا : الحق في التوازن المالي.

قد تحدث أثناء تنفيذ الصفقة أو عقد الأشغال العامة وقائع و أحداث تجعل من مواصلة إنجاز الأشغال و إتمامها عملية مرهقة للمتعامل المتعاقد ، كإرتفاع أسعار مواد البناء بشكل مفاجئ وغير متوقع يضع المقاول في صعوبة مادية أو حالة القوة القاهرة أو فعل مشروع صادر من الإدارة المتعاقدة نفسها يؤدى إلى إرهاق المقاول ، من شأن كل هذه الظروف أن تؤدي إلى إخلال التوازن المالي للعقد ، ومن ثم ينشأ للمقاول الحق في المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد ويمكن حصر هذه الحالات في نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة والتي قد تطرقنا سابقا .

الفرع الثاني : التزامات المتعامل المتعاقد.

في مقابل الحقوق التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد في مواجهة المصلحة المتعاقدة ، فهو يتحمل جملة من الالتزامات نلخصها في الآتي : الالتزام الأداء الشخصي الصفقة (أولا) ، الالتزام بضمان الأشغال المنجزة (ثانيا) .

أولا : الالتزام بالأداء الشخصي للخدمة موضوع الصفقة.

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 ،[3] فالمبدأ العام في الصفقات العمومية أن صاحب الصفقة وهو المقاول ملزم بتنفيذ الطلبات المحددة في الصفقة شخصيا بنفسه وعلى مسؤوليته الخاصة ، وينتج عن التزام المقاول بالتنفيذ الشخصي التزامات

[1] عليوة فضيل ، مرجع سابق ، ص 28 .
[2] مرجع نفسه ، ص 29.
[3] لعلى وهيبة ، مرجع سابق ، ص 26 .

فرعية كضرورة حضور المقاول في موقع العمل ، أو تعيين ممثل له لرقابة الأشغال المنجزة من طرف المصلحة المتعاقدة وكضرورة الالتزام بالسر المهني ويظهر هذا الالتزام في الحالات التي يكون فيها مشروع البناء يتعلق بإقامة منشآت التي تخص الأمن والدفاع الوطني .[1]

ثانيا : الالتزام بأداء الخدمة حسب الأجل المتفق عليه.

ان تنفيذ أي عقد اداري مرتبط كأصل عام بزمن محدد وجب على المتعامل المتعاقد احترامه وعدم الاخلال به ، فبالنسبة لعقد الاشغال العامة وجب على المتعاقد احترام آجال الإنجاز وعدم تجاوزها كأصل عام ، فعدم احترام الآجال قد يمنح الإدارة حق الفسخ.[2]

ثالثا : الالتزام بدفع الكفالات ومبالغ الضمان .

يلتزم المتعامل المتعاقد وقبل مطالبته بحقه في التسبيقات أن يدفع مبلغ الضمان المتفق عليه كاحتياط مالي يوضع تحت تصرف الإدارة ، والتي بإمكانها مصادرته في الأوضاع المحددة قانونا [3]، وقد نصت المادة 131 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 على كفالة الضمان.[4]

[1] بختي سهام ، التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء ، رسالة ماجستير ، فرع العقاري ، جامعة الجزائر 01 ، 2013/2014 ، ص 40 .
[2] لعلى وهيبة ، مرجع نفسه ، ص 41 .
[3] عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، ط 03 ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2011 ، ص 238 .
[4] انظر المواد 130 ، 131 ، من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 ، السالف الذكر .

المبحث الثاني: منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي.

يعد موضوع منازعات الصفقات العمومية من المواضيع الهامة ، خاصة مع زيادة عددها نتيجة الكم الهائل من الصفقات التي تبرمها الدولة وجماعاتها في ظل الحركة التنموية التي عرفتها البلاد ، وعلى هذا الأساس حرص المشرع على وضع نظام قانوني للصفقات العمومية وفق مبادئ وطرق وإجراءات شكلية بما يضمن الحفاظ على المال العام واحترام مبدأ الشفافية ، حيث أنه قد تطرأ عند إبرام الصفقات أو عند تنفيذها نزاعات بين أطرافها تحول دون إبرامها أو تنفيذها .

وهذا ما أدى بالمشرع إلى وضع آليات لتسوية النزاعات ونص عليها بشكل عام في المرسوم الرئاسي رقم10/ 236 الملغي دون أن يحدد بشكل مفصل الجهات المختصة بالفصل في منازعات الصفقات العمومية ، إلا أنه قد نظم هذا الجانب بشيء من التفصيل في المرسوم الرئاسي الجديد رقم15/ 247 ، أين حددت الجهات التي تختص في تسوية منازعات الصفقات ، كما أنه قد لا يؤدي اللجوء إلى التسوية إلى أي حل فعال ومنه يمكن للمتعامل المتعاقد ولوج الطريق القضائي كآخر حل لاستفاء حقه وهذا ما سنوضحه من خلال هذا المبحث في المطلبين التاليين : المطلب الأول بعنوان التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية ، أما المطلب الثاني سنتطرق الى التسوية القضائية .

المطلب الأول: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي.

اهتم المشرع الجزائري بالمحافظة على استمرارية الصفقة وذلك يظهر من خلال دعمه لهذا النوع من العقود بتكريس نصوص قانونية تهتم بتسوية النزاعات القائمة بخصوصها من خلال الفرص التي منحها للأطراف للوصول إلى حل قبل اللجوء إلى القضاء .

تتميز الصفقات العمومية بنوعين من أنواع النزاع حسب مراحل الصفقة فقد تنشأ نزاعات في مرحلة إبرام الصفقة وأخرى في مرحلة تنفيذها ، وقد نظم التشريع كل منها على حدى فالنزاعات التي قد تنشأ بمناسبة إبرام الصفقة خصص لها المشرع الجزائري طريقة للنظر فيها عن طريق الطعن لدى لجنة الصفقات المختصة ، أما المنازعات التي تنشأ أثناء تنفيذ الصفقة فتكون محل نظر لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة ، ولكل نزاع إجراءاته الخاصة وهذا سنقوم بتفصيله على النحو الآتي الفرع الأول : التسوية الودية بمناسبة إيرام الصففة العمومية ، أما الفرع الثاني : التسوية الودية بمناسبة تنفيذ الصفقة العمومية .

الفرع الأول : التسوية الودية بمناسبة إبرام الصفقات العمومية .

تتجسد التسوية الودية بمناسبة إبرام الصفقات العمومية في الطعن الإداري المسبق أو التظلم الإداري ،[1] والذي يعرف على أنه طلب أو شكوى مرفوعة من طرف متظلم إلى السلطة الإدارية المختصة لفض خلاف أو نزاع عن عمل قانوني أو مادي للإدارة ، وعليه فإن الطعن أو التظلم هو وسيلة من وسائل حل المنازعات الإدارية بين الأفراد والسلطات الإدارية في الدولة خاصة في حالة استجابة الإدارة للطعن بدلا من اللجوء إلى القضاء.[2]

وما تجدر الإشارة إليه أن هذا الطعن يكون في إطار الصفقات المبرمة عن طريق التراضي بعد الاستشارة دون التراضي البسيط ففي هذا الأخير لا يمكن أن نتصور مثل هذا الطعن لتميزه بخاصية التعاقد المباشر ، ومن خلال هذا الفرع سنقوم بتبيان موضوع الطعن ولجان الصفقات المختصة بالنظر فيه وكذا دور المصلحة المتعاقدة في التسوية الودية بمناسبة إبرام الصفقات العمومية .

أولا : موضوع الطعن الإداري المسبق.

تضمنت المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم15/ 247 موضوع الطعن حيث تنص 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"

يعرف الطعن الإداري المسبق أو التظلم الإداري بأنه طلب أو شكوى مرفوعة من طرف المتظلم إلى السلطة الإدارية المختصة لفض نزاع أو خلاف عن عمل قانوني أو مادي للإدارة [3]، وعليه فإن الطعن أو التظلم هو وسيلة من وسائل حل المنازعات الإدارية بين الأفراد والسلطات الإدارية في الدولة خاصة في حالة استجابة الإدارة للطعن بدلا من اللجوء إلى القضاء .

[1] في إطار المرسوم الرئاسي رقم10/ 236جاء تنظيم الطعن أمام اللجنة المختصة وذلك في نص المادة 114 في القسم الفرعي الثالث تحت عنوان تسوية النزاعات أما في إطار المرسوم الرئاسي رقم15/ 247 فقد خصص المشرع الجزائري القسم السادس تحت عنوان الطعون يتضمن مادة واحدة (المادة 82) .

[2] خلف الله كريمة ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، فرع قانون عام ، جامعة قسنطينة ، 2013 ، ص9

[3] الخضري حمزة ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، فرع قانون عام ، جامعة محمد خيضر. بسكرة. 2005/2004. ص66

ثانيا : الطعن إلى لجنة الصفقات العمومية.

خول المشرع الجزائري بموجب ق ص ع إلى لجان الصفقات العمومية المختصة دور تسوية النزاعات الناشئة في مرحلة الإبرام ولهذه التسوية أهمية كبيرة لأنها تضع حدا للنزاع في مراحله الأولى من نشأته ، حيث يتحرك اختصاص هذه اللجان بعد الطعون التي يقدمها الطرف المتضرر من الصفقة إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة في ذلك .

جاء النص على اختصاص هذه اللجان في المادة 82 السالفة الذكر والتي أحالت إلى المواد 171 ، 173 ، 174 ، 184 و 185 وتتمثل في اللجنة الجهوية ، اللجنة البلدية ، اللجنة الولائية واللجنة السامية وهذه المواد تتجدد تشكيلة هذه اللجان واختصاصها والتي سنوجزها في الآتي إضافة إلى إجراءات رفع الطعن أمامها ونتائج قراراتها :

ا -تشكيلة لجان الصفقات العمومية المختصة :

نظم المشرع الجزائري تشكيلة لجان الصفقات العمومية المختصة وجملة اختصاصاتها في النظر للطعون المقدمة من المتعهد المحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء في إطار إجراء التراضي بعد الاستشارة كالآتي :

1-اللجنة الجهوية للصفقات :

استحدث هذه اللجنة بموجب المرسوم الرئاسي رقم15/ 247 وأحالت إليها المادة 82 فقرة 9 كونها من اللجان التي منح لها المشرع الجزائري صلاحية دراسة الطعن لمقدم من طرف المتعهد.

حددت تشكيل هذه اللجنة ومجال اختصاصها المادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم15/ 247 حيث تتشكل من :

_الوزير المعني أو ممثله رئيسا.

_ ممثل المصلحة المتعاقدة.

_ ممثلين اثنين (02) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).

_ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة (بناء أشغال عمومية ، ري) عند الاقتضاء.

_ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة

_ تحدد قائمة الهياكل التي يسمح لها بإنشاء هذه اللجنة بموجب قرار من الوزير المعني.

2-اللجنة الولائية :

جاء النص على تشكيل هذه اللجنة وتنظيم اختصاصها في المادة 173 من المرسوم الرئاسي15/ 247 كالآتي :

_ الوالي أو ممثلة ، رئيسا ،

_ ممثل المصلحة المتعاقدة

_ثلاثة (3) ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي

_ ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).

_مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)، عند الاقتضاء.

_ مدير التجارة بالولاية.

3-اللجنة البلدية :

جاء النص على تشكيلة هذه اللجنة بموجب المادة 174 من الرئاسي 15/ 247 وهي كالآتي:

_رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله ، رئيسا.

_ممثل عن المصلحة المتعاقدة

_ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة) ،

_منتخبين اثنين (2) يمثلان المجلس الشعبي البلدي ،

_ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية ، حسب موضوع الصفقة (بناء ، أشغال عمومية ، ري) ، عند الاقتضاء .

4-لجنة الصفقات المؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري:

جاء النص على تشكيلة هذه اللجنة بموجب المادة 175 من المرسوم الرئاسي 247/15 وهي كالآتي:

_ممثل السلطة الوصية ، رئيسا.

_المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله

_ممثل منتخب عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية

_ممثلين إثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)

_ ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية ، حسب موضوع الصفقة(بناء ، أشغال عمومية. ري) عند الاقتضاء.

_ عندما يكون عدد المؤسسات العمومية المحلية التابعة لقطاع واحد كبيرة فإنه يمكن الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني ، حسب الحالة ، تجميعها في لجنة واحدة أو أكثر للصفقات العمومية . ويكون المدير اوالمدير العام للمؤسسة العمومية عضوا فيها حسب الملف المبرمج.

5-اللجنة القطاعية :

تعتبر اللجنة القطاعية حديثة النشأة ، وقد أحدثت بموجب المرسوم الرئاسي رقم12/ 23 المعدل للمرسوم الرئاسي رقم10/ 236 حيث يمكن لكل دائرة وزارية انشاء لجنة قطاعية للصفقات[1] جاء النص على تشكيلة هذه اللجنة في المادة 185 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 كالآتي :

_الوزير المعنى أو ممثله ، رئيسا ،

_ممثل الوزير المعنى ،نائب الرئيس.

_ممثلان اثنان (2) عن القطاع المعني.

_ممثلان اثنان (2) عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).

_ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

في إطار المرسوم رقم10/ 236 حدد المشرع صلاحيات اللجان القطاعية واللجان الوطنية بصفقة مشتركة في نص المواد 143 ، 144 ، و 145 مع مراعاة حدود اختصاص كل منها ، أما المرسوم رقم15/ 247 فقد خصص قسم فرعي لاختصاص اللجنة القطاعية للصفقات العمومية وتشكيلتها .

[1] طيبون حكيم ، منازعات الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير. فرع الدولة والمؤسسات العمومية ، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر ، 2012/2013 ، ص 66 .

ب- إجراءات الطعن أمام لجان الصفقات المختصة:

نظم المشرع الجزائري إجراءات وكيفية الطعن في المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء كالآتي:

- حدد المشرع الجزائري أجل الطعن واشترط أن يكون هذا الطعن في حدود مبالغ قصوى وذلك في الفقرة 3 مادة 82 يرفع الطعن في أجل 10 أيام، ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي او في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية، في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و184 أدناه وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي".
- استحدث المرسوم الرئاسي رقم15/ 247 إجراء جديد وذلك تسهيلا لسير الطعن وربحا للوقت ويتمثل في حالة خطأ المتعهد الطاعن في توجيه الطعن إلى لجنة الصفقات العمومية غير مختصة هنا نص في هذه الحالة نص المشرع على وجوب أن يعيد رئيس هذه اللجنة إعادة توجيه الطعن إلى لجنة الصفقات المختصة وهذا ما نصت عليه الفقرة 6 من المادة 82 "إذا تم إرسال طعن إلى لجنة صفقات، عن طريق الخطأ، يجب على رئيس هذه اللجنة أن يعيد توجيهه إلى لجنة الصفقات المختصة، ويخبر المتعهد المعني بذلك، ويأخذ بعين الاعتبار، عند دراسة الطعن، تاريخ استلامه الأول.
- بعد انقضاء مدة 10 أيام المخصصة لرفع الطعون أمام لجنة الصفقات المختصة، تنظر هذه الأخيرة في الطعون المرفوعة أمامها وتصدر قرارا بشأنها في أجل 15 يوما، تحسب من تاريخ انقضاء أجل 10 أيام، هذا ما نصت عليه الفقرة 8 من المادة 82 "تأخذ لجنة الصفقات المختصة قرار في أجل خمسة عشر يوما (15)، يوما من تاريخ انقضاء أجل العشرة أيام المذكورة أعلاه، ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.
- وما تجدر الإشارة إليه أن لجنة الصفقات المختصة لا تنظر في مشروع المتعهد الذي وقع الاختيار عليه إلا بعد انقضاء أجل 30 يوما ابتداء من تاريخ نشر المنح المؤقت للصفقة وهذا ما نصت عليه الفقرة 9 من المادة 82 " وفي حالة الطعن في المنح المؤقت للصفقة، لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء أجل (30) يوما، ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للآجال المحددة لتقديم الطعن ولدراسة الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة.

ج- نتائج قرارات لجان الصفقات المختصة:

رغم عدم إلزامية الطعن المخول للمتعهد المتعاقد المنصوص عليه في المادة 82 فقرة 1 والذي استنتجناه من صياغة هذه الفقرة التي جاء فيها الطعن على سبيل الاختيار بعبارة "يمكن للمتعهد الذي يحتج أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة" إلا أنه في حالة القيام بالطعن تكون قرارات اللجان المختصة بالنظر فيه ملزمة ونهائية، وهذا ما استخلصناه من صياغة الفقرة 8 من المادة 82 "تأخذ لجنة الصفقات المختصة قرارا في أجل خمسة عشر يوما (15)، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل عشرة أيام المذكورة أعلاه، ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن" وفي المقابل لم يذكر المشرع على إمكانية الطعن في هذا القرار.

ثالثا: دور المصلحة المتعاقدة في الطعن.

خص المشرع في المرسوم الرئاسي 15/247 المصلحة المتعاقدة بمجموعة من الإجراءات تقوم بها على سبيل الوجوب وذلك حسب رأينا تكريسا لمبدأ شفافية الصفقات العمومية من جهة وتسهيلا لإجراء الطعن من جهة أخرى نبينها في الآتي :

- يجب على المصلحة المتعاقدة، للسماح للمتعهدين بممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة، أن تبلغ، في إعلان المنح المؤقت للصفقة عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتا ورقم تعريفه الجبائيعند الاقتضاء، وتشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة.
- يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في إعلان المنح المؤقت للصفقة، المرشحين والمتعهدين الراغبين في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية، الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة أيام، ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هذه النتائج كتابيا.[1]
- في حالات إعلان عدم جدوى وإلغاء إجراء إبرام الصفقة أ. إلغاء منحها المؤقت، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلم برسالة موصى عليها مع وصل استلام، المرشحين أو المتعهدين بقراراتها، ودعوة أولئك الراغبين منهم في الاطلاع على مبررات قراراتها، الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة أيام، ابتداء من تاريخ استلام الرسالة المذكورة أعلاه، لتبليغهم هذه النتائج كتابيا، وعندما تطلق المصلحة المتعاقدة الإجراء من جديد، توضح في إعلان المنافسة أو في رسالة الاستشارة ، حسب الحالة، إذا كان الأمر يتعلق بإطلاق للإجراء، بعد إلغاء الإجراء أو بعد إعلان

[1] أنظر المادة 82 ف 4 من المرسوم الرئاسي15/ 247، السالف الذكر

عدم جدواه، ويرفع الطعن في أجل عشرة أيام ابتداء من تاريخ استلام رسالة إعلام المرشحين أو المتعهدين.[1]

الفرع الثاني: التسوية الودية بمناسبة تنفيذ الصفقة العمومية.

أخذ المشرع الجزائري بالتسوية الودية في مرحلة تنفيذ الصفقات، ووضع مرحلتين لهذه التسوية، ففي المرحلة الأولى تكون التسوية بمبادرة من المصلحة المتعاقدة(أولا)، أما في المرحلة الثانية فتتمثل في عرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية(ثانيا).

أولا: التسوية الاتفاقية: (التسوية الودية باتفاق أطراف الصفقة).

مضمون هذه التسوية هو لجوء المصلحة المتعاقدة وجوبا إلى إيجاد حل ودي للنزاعات التي تنشأ في مرحلة تنفيذ الصفقات التي تبرمها حيث ألزمها المشرع بالسعي لحل النزاع قبل اللجوء لأي طرف خارجي (لجنة التسوية الودية أو مقاضاة أمام العدالة)، وقد تضمنت هذا المعنى المادة 153 فـ2 من المرسوم الرئاسي رقم15/ 247 وهو نفس المعنى الذي تضمنته المادة 115 من المرسوم رقم10/ 236 الملغى حيث نصت على أنه "يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث على حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما هذا الحل بما يأتي:

- ايجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

ثانيا: عرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية.

بعد فشل التسوية الاتفاقية لطرفي الصفقة في إيجاد حل للنزاع نص المشرع الجزائري في المادة 153 فـ3 على إجراء جديد يمكن الطرفين للوصول إلى حل ودي قبل اللجوء للقضاء، حيث استحدث المشرع بموجب المرسوم الرئاسي رقم15/ 247 لجانا تختص بنظر هذا النزاع بنصها على الآتي "في حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته .."، وما تجدر الإشارة إليه أن اللجوء إلى هذه اللجان ليس ملزما وهذا ما يفهم من نص المادة 155 "يمكن المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة عرض النزاع على اللجنة" وكلمة "يمكن" تدل على اختيارية اللجوء إلى اللجنة وعدم إلزامية الإجراء.

[1] أنظر المادة 82 ف 5 من المرسوم الرئاسي15/ 247، السالف الذكر

وقد ضمن المشرع إنشاء هذه اللجان في مختلف المستويات الإدارية الوزارية والولائية حيث نصت المادة 154 من نفس المرسوم على "تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل وال لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين" وحدد اختصاص كل منها على حدى.

وفيما يلي سنعرض تشكيلة لجان التسوية الودية مع مجال اختصاصها، إجراءات اللجوء إليها ونتائج قراراتها.

1- تشكيلة لجان التسوية الودية:

تتضمن هذه اللجان التشكيلة التالية:

أ- لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية: جاء النص على تشكيلة هذه اللجنة واختصاصها في المادة 154 فـ2 كالتالي:

- ممثل عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية رئيسا
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة
- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع
- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة

حدد اختصاصها بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها.

ب- لجنة التسوية الودية للنزاعات على المستوى الولائي: جاء النص على تشكيلة هذه

اللجنة واختصاصها في المادة 154 فـ4 كالتالي :

- ممثل عن الوالي، رئيسا
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة
- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع
- ممثل عن المحاسب العمومي المكلف

حدد اختصاص هذه اللجنة بدراسة نزاعات الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة.

ولقد راعي المشرع في اختيار أعضاء لجان التسوية الودية السالفي الذكر معيار الكفاءة فيهم كأساس لعضوية اللجنة أو كجهة استشارة ذات دراية بنشاط اللجنة من شأنها أن تقدم توضيحا أو إفادة يستعين بها رئيس اللجنة هذا ما استنتجناه من نص المادة 154 فـ6،7 بنصها " يعين أعضاء اللجنة المختارون نظرا لكفاءتهم في الميدان المعني، بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني.

ويمكن رئيس اللجنة أن يستعين، على سبيل الاستشارة بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللجنة.

2-الإجراءات المتبعة أمام لجنة التسوية الودية:

تضمنت المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم15/ 247مجموعة الإجراءات والشروط المتبعة أثناء رفع النزاع أمام لجنة التسوية الودية بشكل مفصل، ومنحت حق عرض النزاع على اللجنة للمصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد على حد سواء وذلك في طابع اختياري حيث يمكن لهما تجاوز هذا الإجراء وعرض النزاع مباشرة على القضاء بنصها في الفقرة الأولى "يمكن للمتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة عرض النزاع على اللجنة"، وتتمثل الإجراءات المتبعة أمامها في:

يوجه الشاكي إلى أمانة اللجنة تقريرا مفصلا مرفقا بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل استلام، كما يمكنه إيداعه مقابل وصل استلام.

تدعى الجهة الشاكية من طرف رئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام، لإعطاء رأيها في النزاع ويجب عليها أن تبلغ رأيها لرئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام، في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ مراسلتها.

تقوم لجنة التسوية الودية بدراسة النزاع في أجل أقصاه ثلاثون (30) يوما، ابتداء من تاريخ جواب الطرف الخصم، لرأي مبرر.

يمكن اللجنة أن تستمع إلى طرفي النزاع و/أو تطلب منهما إبلاغها بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها وتؤخذ آراء اللجنة بأغلبية أصوات أعضائها وعند تعادل الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحا

يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موصى عليه مع وصل استلام وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب أحكام المادة 213 من هذا المرسوم.

3-نتائج قرارات لجنة التسوية الودية:

من خلال قراءتنا للفقرة الأخيرة من نص المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم15/ 247 التالية " وتبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه (8) أيام، ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل استلام، وتعلم اللجنة بذلك" يفهم من اجتماع لجنة التسوية الودية أن الرأي الذي توصلت اليه غير ملزم بالنسبة للمصلحة المتعاقدة حيث أن نص المادة 155 منح للمصلحة المتعاقدة صلاحية اصدار قرارها فيما يخص رأي اللجنة، ومنه نستنتج أن ما تصدره اللجنة هو مجرد رأي استشاري لا يرقى إلى منزلة القرار الإداري الملزم.

وهذا ما يعني إمكانية عدم التزامها به، وظهورها بمظهر الخصم والحكم في النزاع، وهو ما يخالف مبدأ من مبادئ الصفقات المتمثل في مبدأ المساوات.

المطلب الثاني: التسوية القضائية.

بعد فشل جميع محاولات حل النزاع القائم بين أطراف الصفقة وجهود اللجان القائمة على حل هذا النزاع، أعطى المشرع أحقية الخصوم في اللجوء للقضاء المختص ألا وهو القضاء الإداري، باعتبار أن أحد أطراف الصفقة من أشخاص القانون العام، وبالرجوع للمواد 81 و 153 من ق ص ع نجد أن المشرع قد أحال الاختصاص للتشريع والتنظيم المعمول لتسوية منازعات الصفقات وهو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، اذ قمنا بتقسيم هذا المطلب الى فرعين الفرع الأول خصصناه لأساس اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الصفقات العمومية، أما الفرع الثاني فبعنوان جهة الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي.

الفرع الأول: أساس اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الصفقات العمومية.

يظهر أساس اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الصفقات العمومية في المعيار العضوي (أولا)، والمعيار المادي (ثانيا)

أولا: المعيار العضوي.

بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية يظهر أن المشرع الجزائري بالأخذ بالمعيار العضوي والذي يتحدد بموجب المادة 800 منه بنصها "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية التي تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل الاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو البلدية أو أحد المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها"

بالنسبة لق ص ع: بالرجوع لنص المادة 6 ما عدا المطة الأخيرة منها نجد تجسيد المعيار العضوي في أنه "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- ❖ الدولة
- ❖ الجماعات الإقليمية
- ❖ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

من خلال هذه النصوص يتحدد المعيار العضوي للصفقات العمومية على النحو التالي:

1_ الدولة: جاء في نص المادة 02من المرسوم10/ 236 مصطلح الإدارات العمومية أما في المرسوم15/ 247 جاءت بمصطلح الدولة، فاذا اخذناها بالمعنى الواسع هي: أول الأشخاص الاعتبارية على الاطلاق لأنها تشكل الشخص المعنوي الأم، الذي تتفرع عنه أشخاص معنوية أخرى، وكونها شخص اعتباري عام فهي التي تمنح الشخصية المعنوية الخاصة للأفراد والهيئات الخاصة وتمارس سلطة الاشراف والرقابة عليها.[1]

وتأخذ الإدارات المركزية عموما مفهوم الدولة بمعناها الضيق في الصفقات العمومية، وهو يتمثل في الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة، فهذه الأخيرة تعد نوع جديد من المؤسسات العمومية، أما الإدارات العمومية فتشمل مصالح رئاسة الجمهورية ومصالح رئاسة الحكومة.[2]

2-الجماعات الإقليمية:

تتجسد وحدات الإدارة المحلية التي خولها تنظيم الصفقات العمومية إمكانية تنظيم الصفقات العمومية هي البلدية والولاية:

أ_ البلدية: عرفها قانون 11/10 المتضمن قانون البلدية[3] في مادته الأولى كالتالي:

البلدية هي الجماعات الإقليمية القاعدية للدولة. تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة وتحدث بموجب قانون.

من بين هيئات البلدية نجد الهيئة التنفيذية التي يرأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي هذا الأخير الذي يقوم بتمثيل البلدية أمام العدالة بصفتها مدعى أو مدعى عليها، وهذا من بين جملة الاختصاصات الموكلة

[1] الشرقي نسرين، مرجع سابق، محبة القانون الإداري ، دون طبعة ، بكنة بلقيس للنشر، الجزائر، دون ذكرسنة النشر، ص 57.

[2] خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص 128.

[3] قانون 11/10، المؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر 37، الصادر بتاريخ 3 يوليو 2011

إليه حيث تنص المادة 82 من نفس القانون على أنه: "يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت رقابة المجلس الشعبي البلدي باسم البلدية بجميع التصرفات الخاصة بالمحافظة على الأملاك والحقوق المكونة لممتلكات البلدية وإدارتها

ويجب عليه على وجه الخصوص، القيام بما يأتي:

-التقاضي باسم البلدية ولحسابها،

ب_ الولاية: عرفها قانون 12/07 المتعلق بالولاية[1] كالتالي:

الولاية هي الجماعة الإقليمية للدولة.

وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.

وهي أيضا الدائرة الإدارية غير الممركزة للدولة وتشكل بهذه الصفة فضاء لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية والتشاورية بين الجماعات المحلية ...."

للولاية هيئتان حسب نص المادة 2 من نفس القانون تتمثل في المجلس الشعبي الولائي والوالي هذا الأخير الذي يقوم بتمثيل الولاية أمام القضاء بصفتها مدعى أو مدعى عليها وهذا ما تضمنته المادة 106 من نفس القانون بنصها "يمثل الوالي الولاية أمام القضاء.

3_ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:

هي مؤسسة تنشؤها الدولة أو الجماعات المحلية (الولاية، البلدية) بهدف إدارة مرافقها العمومية الإدارية وعلى سبيل ذلك تمنح هذه المؤسسات الشخصية المعنوية، تمارس نشاطا إداريا بحتا، ولقد أشارت المادة 800 من ق إ م ا إلى اختصاص جميع القضايا التي تكون طرفا فيها المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري مثل المستشفيات، الجامعات، المجالس الوطنية. [2]

وما تجدر الإشارة إليه أن المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم10/ 236 الملغى، أدرجت عدة مؤسسات عمومية ضمن نطاق اختصاص ق ص ع، فإلى جانب المؤسسات الإدارية ذكر النص مجموعة من المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي ، وأيضا المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني ، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني ،

[1] قانون رقم 12/07، المؤرخ في 21 فيفري، يتعلق بالولاية، ج ر عدد 12، الصادربتاريخ 29 فيفري2012.

[2] خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص 134.

وذكر النص مراكز البحث وشملت أيضا المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، وألزمت المؤسسات العمومية الاقتصادية أن تعتمد الأحكام المقررة في تنظيم الصفقات العمومية .

وهذا ما كان يشكل عدم توافق نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم10/ 236 الملغى مع نص المادة 800 من ق إ م ! إلا أن المشرع الجزائري قد تدارك الأمر، حيث أعاد صياغة نص المادة المتعلقة بالهيئات والمؤسسات التي يطبق عليها أحكام ق ص ع على نحو يتوافق مع نص المادة 800 من ق إم إ وهي الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري السالفي الذكر.

لكن رغم أن المشرع قد أخرج المؤسسات العمومية الاقتصادية من دائرة اختصاص أحكام ق ص ع، إلا أنه ألزمها على إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصياتها ومبادئها المنصوص عليها فيه وهذا ما تضمنته المادة 9 من ق ص ع " لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام هذا الباب، ومع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصياتها، على أساس مبادئ حرية الاستفادة الطلب في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها من والمساواة الاجتماعية ".

ثانيا : المعيار المادي (الموضوعي).

يظهر تبني المشرع للمعيار المادي في المطة الأخيرة من المادة 6 المتعلقة بالمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري كالآتي " المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة ، كليا أو جزئيا ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

وهي المؤسسة العمومية الوحيدة التي أدرجها المشرع ضمن المؤسسات الخاضعة لأحكام ق ص ع رغم خضوعها للقانون الخاص المتمثل في القانون التجاري ، إلا أنه قيدها بمبدأ وهو حالة قيامها بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا من الدولة أو الجماعات المحلية .

الفرع الثاني : جهة الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي.

يؤول اختصاص النظر في منازعات الصفقات العمومية باعتبارها عقود إدارية ، إلى أجهزة النظام القضائي الإداري ، والمتمثلة في المحاكم الإدارية صاحبة الولاية العامة بالفصل في المنازعات الإدارية ومجلس الدولة .

أولا : المحاكم الإدارية.

انشأت بموجب القانون العضوي98/ 02المتعلق بالمحاكم الإدارية[1] لتحل محل الغرف الإدارية التابعة للمجالس القضائية ، حيث تنص المادة الأولى منه على أن " تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية " .

وتختص بالفصل ابتداء بحكم قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها ، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها (المادة 800 ق إ م !) .

ثانيا : مجلس الدولة.

أنشأ بموجب القانون العضوي98/ 01المتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وسيره[2] وهو جهة استئناف للأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية حيث تنص المادة 10 منه " يفصل مجلس الدولة في استئناف القرارات الصادرة ابتدائيا من قبل المحاكم الإدارية في جميع الحالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

كما يختص حسب نص المادة 9 من نفس القانون بالآتي : " يفصل مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في :

- الطعون بالإلغاء المدفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية .

- الطعون الخاصة بتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة " .

الفرع الثالث : دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي.

تأخذ منازعات الصفقات العمومية أحد الشكلين ، إما عنوان قضاء الإلغاء أو القضاء الكامل وهو ما سنبينه فيما يلي :

أولا : قضاء الإلغاء.

يلجأ المتعامل المتعاقد إلى قضاء الإلغاء في حالة صا المصلحة المتعاقدة مس مركزه القانوني على نحو غير مشروع ، ذلك بعيدا عن إلغاء الصفقة العمومية .

[1] القانون العضوي رقم98/ 02، المؤرخ في 14/11/1998 ، المتعلق بالمحاكم الإدارية .
[2] القانون العضوي رقم98/ 01 ، المؤرخ في 30/05/1998 ، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة

فالصفقة العمومية باعتبارها عقد ، لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء لأن دعوى الإلغاء هي جزاء مخالفة الشرعية ، وبالتالي لا يمكن الاستناد إلى إخلال الإدارة بالتزاماتها لأن الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية .[1]

إنما الطعن بالإلغاء يشمل القرارات الإدارية المنفصلة والتي تساهم في تكوين الصفقة،[2] وهذا ما سنوضحه في الآتي مع تبيان المواضيع التي يمكن أن يشملها الطعن بالإلغاء في الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي وبيان آثاره .

1 -القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية :

يعرف على أنه : تلك الأعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة ، تساهم في تكوين عقد من العقود الإدارية ومن ثم يمكن فصلها عن ذات العقد المرتبطة به ، وبالتالي يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالا عن العملية العقدية " .[3]

وما يسعنا توضيحه من خلال هذا التعريف ، أن الطعن بالإلغاء ضد أعمال الإدارة أثناء إبرام الصفقة وأثناء تنفيذها لا يستويان ، فالمتعاقد مع الإدارة إذا كان يستطيع أن يطعن بالإلغاء في الأعمال القابلة للفصل في مرحلة انعقاد العقد ، ويبنيه على مخالفة القرار المنفصل لقواعد المشروعية فإن الوضع هنا يختلف تماما ، لأن كل أعمال التنفيذ التي يكون له مصلحة في الطعن فيها ، إنما تخالف الشروط العقدية لأن أعمال التنفيذ تكون في غالبيتها متصلة بالعقد وغير قابلة للفصل ، ومخالفة العقد لا يمكن أن يبنى عليها الطعن بالإلغاء.[4]

2_مواضيع القرارات القابلة للطعن فيها بالإلغاء في الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي

تتعدد مواضيع القرارات المنفصلة القابلة للطعن فيها بالإلغاء من قرار المنح المؤقت ، قرار الاستبعاد المتمثل في إقصاء العرض غير المطابق لموضوع الصفقة ، قرار الحرمان من دخول الصفقة ....، إلا أن الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي لا تستوعب جميع هذه القرارات بحكم طبيعتها ، حيث أن الإدارة تلجأ إلى التعاقد مباشرة دون اللجوء إلى الإعلان عن الصفقة ، إلا أن الصفقات المبرمة عن طريق التراضي بعد الاستشارة نجد أنها تحوي بعض القرارات المنفصلة كقرار المنح المؤقت للصفقة وقرار الحرمان من دخول الصفقة نبينهما في التالي :

[1] خلف الله كريمة ، مرجع سابق ، ص199.

[2] عموما القرار الإداري الذي يصلح لأن يكون محل طعن بالإلغاء ، يجب أن يتميز إضافة إلى صو احدى الجهات الإدارية المشكلة للمعيار العضوي ، أن يكون بقصد احداث أثر قانوني عن طريق انشاء مراكز قانونية ، أو تعديل أو الغاء هذه المراكز .

[3] تياب عادية ، محاضرات في قانون الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، ص 54 .

[4] بحري إسماعيل ، مرجع سابق ، ص 139

أ_ قرار المنح المؤقت :

وهو الإعلان الذي تلتزم به الإدارة المعنية بنشره في الجرائد اليومية بمقتضاه تتولى إخبار الجمهور من المعنيين وغير المعنيين بنتيجة الانتقاء ، ويخضع لمبدأ أساسي وهو المنح المؤقت لصاحب أفضل عطاء.[1]

لم يرد نص صريح يحدد طبيعة قرار المنح المؤقت ، غير أن القضاء الإداري يعتبره قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة العمومية لتوافره على جميع خصائص القرار الإداري.[2]

ب_ قرار الحرمان من دخول الصفقة :

لقد خول تنظيم الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة سلطة إصدار قرار الحرمان من دخول الصفقة ولو توفرت في عطائه كافة الشروط المتطلبة إذا كان الحرمان مستند إلى نص قانوني ، ويعني ذلك الإقصاء من المشاركة في شكل عقوبة ثانوية.[3]

3_آثار الغاء القرار الإداري المنفصل :

بعدما يصدر القاضي مقرر الغاء القرار الإداري المنفصل المتعلق بالصفقة العمومية ، أعتبر هذا الأخير كأنه لم يكن ، غير أن سلطة قاضي الإلغاء تقتصر في الغاء القرار الإداري المنفصل فقط دون أن يلغي الصفقة العمومية ، الا انه من الناحية العملية فانه بمجرد أن يصدر حكم الغاء القرار الإداري ، يمكن لأحد أطراف العقد استنادا الى حكم الإلغاء اللجوء الى قاضي العقد طالبا فسخه .[4]

ثانيا : القضاء الكامل.

تتعدد سلطات القاضي في مجال القضاء الكامل مقارنة بسلطته المحدودة في دعاوى الإلغاء وفحص مشروعية القرارات الإدارية ، ومن ثمة فهو يشمل مجموعة من الدعاوى الإدارية يرفعها المتعامل المتعاقد ضد المصلحة المتعاقدة كونها مست حقوقه بصفة غير مشروعة ومن أهم هذه الدعاوى نذكر.

[1] www.Alkanounia.com، 2016/05/15 ، 09:30سا
[2] خلف الله كريمة ، مرجع سابق ، ص 180
[3] مرجع.نفسه.ص180
[4] طيبون حكيم ، مرجع سابق ، ص 114

1_ دعوى المطالبة بالحصول على مبالغ مالية :

تهدف هذه الدعوى الى الحصول على مقابل مادي والذي قد يكون في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد ، أو لأي سبب من الأسباب الأخرى التي تؤدي إلى الحكم بالتعويض[1]

2_دعوى المطالبة بإبطال تصرفات المصلحة المتعاقدة المخالفة لقواعد إبرام الصفقات العمومية :

عندما يصدر من المصلحة المتعاقدة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية ، فإنه يحق للمتعامل المتعاقد الحصول على حكم بإبطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل وعليه فإنه يخضع لاختصاص القضاء الكامل كل دعوى يقيمها المتعاقد مع الإدارة يطلب إبطال تصرف صدر عنها ، خالفت فيه قواعد إبرام الصفقة ، كما أن هذا المتعاقد يكون بوسعه الرجوع على الإدارة وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية إذا ما أصابه ضرر.[2]

3_ دعوى فسخ الصفقة العمومية :

دعوى الفسخ التي يرفعها المتعامل المتعاقد ضد الإدارة في حالة قيامها بتعديل أحد بنود الصفقة بشكل يؤدي الى زيادة معتبرة في التزاماته ، ذلك أن المتعامل المتعاقد له أن يطالب بفسخ الصفقة مع الإدارة في حدود معينة ، أو منازعة المتعامل الإدارة في حالة قيامها بالفسخ بإرادتها المنفردة ، حيث أن ق ص ع سمح بذلك للمصلحة المتعاقدة دون المتعامل المتعاقد [3]، وهذا ما نصت عليه المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 .

[1] خضري حسين ، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر ، مجلة المفكر ، العدد 13 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المسيلة ، دون ذكرسنة النشر ، ص 202 .

[2] بحري اسماعيل ، الضمانات في مجال الميقات العمومية في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، فرع الدولة والمؤسسات العمومية. جامعة يوسف بن خدة . الجزائر01. 2008 / 2009. ص119.

[3] خضري حسين ، مرجع نفسه ، ص 203 .

خاتمة

خاتمة:

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

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

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

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

اذ يعد أسلوب التراضي أسلوب استثنائي لا يجوز اللجوء اليه الا في حالات محددة لا العروس نظرا يمكن اللجوء فيها لأسلوب طلب العروض نظرا لخصوصيته المتمثل صفة المتعامل ، طبيعة الصفقة ، الاستعجال ، الخ

كما أنه تم التوصل إلى أن المصلحة المتعاقدة تلجأ إلى أسلوب التراضى لأنه يتيح لها انجاز المشاريع في وقت قصير لما تتطلبه المصلحة العامة مقارنة بأسلوب طلب العروض وهذا لما يمتاز به من السرعة والبساطة في كيفية الابرام وكذا تفادي تكرار إجراءات طلب العروض.

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

خاتمة

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

أما في حالة تنازع طرفي الصفقة فنستنتج :

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

وكتدعيم للحل الودي جعل المشرع مجموعة من اللجان ذات تشكيلة متنوعة معروفة بكفاءتها ، وخول لها صلاحية النظر في النزاع وذلك بالاحتكام إليها من طرف المتعامل المتعاقد اختيارا وليس وجوبا ، وهذا كذلك في جميع مراحل الصفقة ، ففي مرحلة الإبرام يكون بالطعن أمام لجنة الصفقات المختصة ، أما في مرحلة التنفيذ فيكون رفع النزاع أمام لجنة التسوية الودية والتي أنشأها بموجب المرسوم 15/247 ، وهذا كله لعدم تعطيل المشاريع العمومية ويؤدي ذلك لاستلام المشروع في أجاله ، وإن لم تصل اللجان إلى حل يرضي الأطراف النزاع يدخل مرحلة جديدة وهي مرحلة التقاضي أمام العدالة ، فقد منح المشرع لأطراف الصفقة أحقية اللجوء الى القضاء واتباع اجراءات التقاضي المنصوص عليها في ق إ م إ وهذه كآخر مرحلة في عمر النزاع .

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

_ الحد كثيرا من المنافسة لاسيما في الأراضي البسيط وهو ما يحرم الإدارة من المقارنة بين العروض وبالتالي اختيار أفضلها ،

_ غياب ضوابط تحد طريقة الإبرام وفقا لهذا الأسلوب مما يؤدي إلى اختيار المتعامل المتعاقد بناءا على أسس ذاتية واعتبارات شخصية ، وهوما يفتح باب التحايل والتلاعب في عملية التعاقد .

_ تضييق مساحة الرقابة القبلية على صفقات المصلحة المتعاقدة بالاعتماد على أسلوب التراضي

_ ورغم تقييد حرية الإدارة من خلال إحاطة المشرع هذا الإجراء بمجموعة من القيود الملزم إتباعها إلا أنه لا يمكن لهذه النقائص أن تقلل من أهمية التراضي ، كما أنه كثيرا ما يعتبر هو الأسلوب الملائم

والأنجع لإتمام عملية التعاقد لا سيما في الحالات التي تتسم بطابع الاستعجال ولعل هذا هو سبب اعتبار المشرع هذا الأسلوب طريقا إستثنائيا لإبرام الصفقات العمومية .

ومن خلال النتائج المتوصل اليها ، فقد خلصنا من هذا العرض ببعض الاقتراحات والتي سنوردها في نقاط :

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

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

_ تكثيف الرقابة على الصفقات العمومية وتوقيع عقوبات صارمة على كل مساس بالمال العام .

فضلا عن هذا لابد أن يكون تنظيم الصفقات العمومية بمجمله منطلقا من الواقع ويستفيد من الممارسات الميدانية في وضع ضمانات لحماية المال العام على نحو يجعل من أسسها القانونية قوية مستقلة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع :

أولا : الكتب

01/ قدوج حمامة ، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري ، ط 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2006.

02/ بوضياف عمار ، الصفقات العمومية في الجزائر ، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية ، طبعة 01 ، جسور للنشر التوزيع ، الجزائر 2007 .

03/ مفتاح خليفة عبد الحميد ، إنهاء العقد الإداري دون رقم طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2007 .

04/ عوابدي عمار القانون الإداري ، النشاط الإداري ، طبعة 05 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2008 .

05/ قدوج حمامة ، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري ، طبعة 3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2008.

06/ مفتاح خليفة عبد الحميد ، العقود الإدارية وأحكام إبرامها ، دون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2008 .

07/ لباد ناصر ، الوجيز في القانون الإداري ، طبعة 04 ، دار المجد للنشر والتوزيع ، الجزائر 2010

08/ بعلي محمد الصغير ، العقود الإدارية دون طبعة ، دار العلوم للنشر والتوزيع .

09/ جابر جاد نصار ، العقود الإدارية دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة

10/ شرقي نسرين ّ، القانون الإداري دون طبعة ، مكتبة بلقيس للنشر ، الجزائر ، دون ذكر سنة النشر .

ثانيا : الرسائل والمذكرات الجامعية

أ - : رسائل الدكتوراه

01/ عليوات ياقوتة ، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري ، مذكرة دكتوراه دولة في القانون العام ، جامعة منتوري ، قسنطينة 2009/2008 .

02/ تياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية ، مذكرة دكتوراه ، فراع القانون العام جامعة مولود معمري تيزي وزو 2013 .

ب- مذكرات ماجستير

01/ علاق عبد الوهاب ، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير فرع القانون العام ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2004/2003 .

02/ لوز رياض ، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 250/02 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير فرع الدولة والمؤسسات العمومية ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر 2007/2006 .

03/ مانع عبد الحفيظ ، طرق إبرام الصفقات العمومية ، وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير فرع القانون العام ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان 2007/2006 .

04/بجاوي بشيرة ، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي ، مذكرة ماجستير فرع إدارة ومالية عامة ، جامعة امحمد بوقرة بومرداس 2012/2011 .

05/ سحنون سمية ، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر ، مذكرة ماجستير ، فرع العقاري جامعة الجزائر 01 سنة 2013/2012 .

06/ سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية مذكرة ماجستير ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية 2013 .

07/ ازرايب نبيل ، سلطات المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير فرع إدارة ومالية عامة ، جامعة بن عكنون .

08/ قدوج حمامة ، عملية إبرام العقود الإدارية في نطاق الصفقات المتعاقد العمومي في الجزائر ، تحليل ومقارنة ، مذكرة ماجستير ، فرع الإدارة والمالية العامة .جامعة الجزائر بن عكنون

ثالثا : النصوص القانونية :

أ – القوانين

01/ القانون رقم 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 المتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية ، ج ر عدد 02 الصادرة في 1963/01/11 .

02/ أمر رقم 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 ، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم ج ر عدد 52 الصادرة 1967/06/27 .

03/ القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 المعدل والمتمم للأمر 58/75 المؤرخ في سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ج ر عدد 13 .

04/ القانون رقم 11/10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 يتعلق بالبلدية ج ر عدد 37 الصادر بتاريخ 03 يوليو 2011

05/ القانون 07/12 المؤرخ في 2012/02/21 يتعلق بالولاية ج ر عدد 12 الصادرة بتاريخ 2012/02/29

ب ـ المراسيم الرئاسية

01/ المرسوم الرئاسي 145/82 المؤرخ في 1982/04/10 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي المعدل والمتمم ج ر عدد 15 الصادرة في 1982/07/13 .

02/ المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم ج ر عدد 52 الصادرة 2002/07/27 .

03/ المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 2010/10/03 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم ج ر عدد 58 الصادرة في 2010/10/07 .

04/ المرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 2012/01/18 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ج ر عدد 04 .

05/ المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج ر عدد 50 الصادرة في 2015/09/20 .

جـ ـ المراسيم التنفيذية

- المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 1991/11/09 يتضمن إعادة تنظيم الصفقات العمومية ج ر عدد 57 الصادرة في 1991/11/13 .

الفهرس

الفهرس:

شكر
إهداء
مقدمة 1
الفصل الأول: مفهوم التراضي في إبرام الصفقات العمومية 6
المبحث الأول سنتطرق فيه إلى مفهوم إجراء التراضي في إبرام الصفقات العمومية.....7
المطلب الأول: تعريف إجراء التراضي في الصفقات العمومية وخصائصه.....7
الفرع الأول: تعريف إجراء التراضي 8
الفرع الثاني: خصائص إجراء التراضي 9
المطلب الثاني: أشكال إجراء التراضي في إبرام الصفقات العموم.....10
الفرع الأول: التراضي البسيط 11
الفرع الثاني: التراضي بعد الاستشارة.....12
المطلب الثالث: الأساس القانوني للتراضي في إبرام الصفقات العمومية 12
الفرع الأول: قبل المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 المتعلق بالصفقات العمومية 13
أولا: التراضي كإجراء استثنائي في ظل الأمر رقم 67/ 90.....13
ثانيا: التراضي كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 82/ 145 14
ثالثا: التراضي طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 91/ 434 15
رابعا: التراضي كقاعدة استثنائية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 02/ 250 16
الفرع الثاني: التراضي في إطار المرسوم الرئاسي رقم 236/10.....17
المبحث الثاني: كيفية إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي.....18
المطلب الأول: الشروط الموضوعية لإبرام الصفقة عن طريق التراضي 18
الفرع الأول: حالات التراضي البسيط.....18
أولا: الوضعية الاحتكارية للمتعامل المتعاقد 19

ثانيا: حالات الاستعجال الملح 19
ثالثا: حالات التموين المستعجل 19
رابعا: حالة شروع ذي أولوية وأهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا 19
خامسا: عندما يتعلق الأمر بالانتاج أو الأداة الوطنية للانتاج 20
سادسا: عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية 20
الفرع الثاني: حالات التراضي بعد الاستشارة 20
أولا: عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.....21
ثانيا: في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض 21
ثالثا: في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة 21
رابعا: في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد 22
خامسا: في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية وهبات 22
المطلب الثاني: إجراءات إبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي 22
الفرع الأول: الدعوة إلى التعاقد 23
الفرع الثاني: التفاوض 24
الفرع الثالث: مرحلة التعاقد 24
الفصل الثاني : اثار ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي.....27
المبحث الأول: وضعية أطراف الصفقة العمومية المبرمة عن طريق التراضي 28
المطلب الأول سلطات المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعامل المتعاقد 28
الفرع الأول: سلطة الرقابة والتوجيه 28
أولا: صور الرقابة 28
ثانيا : الأساس القانوني لسلطة الرقابة على الصفقات العمومية 30

الفرع الثاني: سلطة التعديل 31
أولا: ضوابط سلطة التعديل 31
ثانيا: آليات ممارسة سلطة التعديل 32
الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد 34
أولا: العقوبات المالية 35
ثانيا : وسائل الضغط..... 35
ثالثا : فسخ العقد 35
المطلب الثاني: حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد 36
الفرع الأول : حقوق المتعامل المتعاقد 37
أولا : الحق في المقابل المالي 37
ثانيا : الحق في التعويض..... 38
ثالثا : الحق في التوازن المالي 38
الفرع الثاني : التزامات المتعامل المتعاقد 38
أولا : الالتزام بالأداء الشخصي للخدمة موضوع الصفقة 38
ثانيا : الالتزام بأداء الخدمة حسب الأجل المتفق عليه..... 39
ثالثا : الالتزام بدفع الكفالات ومبالغ الضمان..... 39
المبحث الثاني: منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي..... 40
المطلب الأول: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي 40
الفرع الأول : التسوية الودية بمناسبة إبرام الصفقات العمومية 41
أولا : موضوع الطعن الإداري المسبق 41
ثانيا : الطعن إلى لجنة الصفقات العمومية 42
ثالثا: دور المصلحة المتعاقدة في الطعن..... 46
الفرع الثاني: التسوية الودية بمناسبة تنفيذ الصفقة العمومية 47
أولا: التسوية الاتفاقية: (التسوية الودية باتفاق أطراف الصفقة)..... 47

ثانيا: عرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية 47
المطلب الثاني: التسوية القضائية.....50
الفرع الأول: أساس اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الصفقات العمومية.....50
أولا: المعيار العضوي 50
ثانيا : المعيار المادي (الموضوعي) 53
الفرع الثاني : جهة الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي 53
أولا : المحاكم الإدارية.....54
ثانيا : مجلس الدولة 54
الفرع الثالث : دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي 54
أولا : قضاء الإلغاء 54
ثانيا : القضاء الكامل 56
خاتمة 59
قائمة المراجع 63
الفهرس 67