المحور الثالث

تنفيذ الصفقات العمومية

بعد اختيار المتعامل المتعاقد المناسب وإتمام عملية إبرام الصفقة العمومية ، يترتب على ذلك آثار معينة في مواجهة طرفيها ، تتجسد هذه الآثار في جملة الحقوق والالتزامات التي يرتبها هذا العقد المبرم بينهما ، في ذمة المصلحة المتعاقدة من ناحية ، وما يقابلها من حقوق و التزامات في ذمة المتعامل المتعاقد معها من ناحية أخرى .

و على ذلك تتم دراسة هذا المحور من خلال العنصرين التاليين :

- سلطات و التزامات المصلحة المتعاقدة ،
- حقوق و التزامات المتعامل المتعاقد .

أولا / سلطات و التزامات المصلحة المتعاقدة :

تتمتع المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية بسلطات وامتيازات واسعة ، مناطها تسيير المرفق العام بانتظام و باضطراد ، وتحقيق النفع العام و إشباع الحاجات العامة باستمرار ، وهي تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها العقد ، لأنها تتعلق بالنظام العام ، ذلك أن طبيعة الصفقات العمومية واتصالها بالمصلحة العامة و استغلالها للمال العام ، تجعل من هذه المظاهر حقا أصيلا للإدارة المتعاقدة ، تتمتع به دون حاجة إلى نص . كما لا تستطيع أن تتنازل عن استعماله ، وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا .

وبالمقابل يترتب على عاتق المصلحة المتعاقدة جملة التزامات يفرضها القانون ، وغالبا ما يتم إدراجها و تفصيلها في دفتر شروط الصفقة المبرمة ، ومن ثم وجب عليها أداؤها على الوجه المطلوب .

وعليه سوف يتم يتعرض لهذه السلطات والالتزامات على النحو التالي :

1- سلطات و امتيازات المصلحة المتعاقدة : باعتبار أن المصلحة المتعاقدة تهدف من وراء إبرامها صفقات عمومية إشباع حاجات عامة وتحقيق النفع العام ، فقد تقرر لها جملة سلطات نجملها في الآتي :

أ/ سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية : يقصد بسلطة الإشراف تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه ، أما سلطة الرقابة فتتمثل في حق الإدارة في التدخل في عملية تنفيذ العقد ، و توجيه الأعمال و اختيار الطرق المناسبة لتجسيده في حدود الشروط المحددة سلفا في العقد.

و تتمتع المصلحة المتعاقدة بهذا الامتياز باعتبارها سلطة عامة مسؤولة عن إدارة المرافق العامة و عن الأموال العامة ، وهو حق مؤكد و ثابت لها ، حتى و لو لم ينص عليه العقد صراحة ، لأن هذه السلطة تجد أساسها في فكرة المرفق العام و مقتضيات سيره بانتظام و اضطراد ، لا النصوص التعاقدية . و تعتبر سلطة الإشراف و الرقابة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة العامة ، كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها[1].

و **تجدر الملاحظة** أن هذه السلطة ليست مطلقة ، لأن إطلاقها قد يؤدي إلى تعسف المصلحة المتعاقدة و مبالغتها في استعمال هذا الامتياز بما قد يضر بالمتعامل المتعاقد ، فإذا كان من حق الإدارة الإشراف و الرقابة ، فإنه يشترط أن يتم ذلك على الوجه الصحيح ، فإذا تبين للمتعامل المتعاقد أنها تعسفت في استعمال هذه السلطة فإنه يحق له الاعتراض على ذلك.

ب/ سلطة تعديل شروط الصفقة : للمصلحة المتعاقدة الحق في تعديل شروط العقد المحدد لالتزامات المتعامل المتعاقد ، إما بالزيادة أو النقصان ، و ذلك بإرادتها المنفردة ، و دونما حاجة إلى موافقة المتعاقد معها ، و يعتبر هذا الامتياز من أخطر امتيازات الإدارة ، و يجد أساسه القانوني في القاعدة التي تقضي بضرورة سير المرفق العام ، وفقا للتطورات التي تستلزمها الحاجة العامة[2] .

وعليه تعد سلطة التعديل أحد أهم السمات التي تميز عقد الصفقة العمومية عن عقود القانون الخاص ، الخاضعة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فهي سلطة تتقرر للمصلحة المتعاقدة دون الحاجة إلى النص عليها . بحيث تنصب هذه السلطة على شروط العقد المتعلقة باشتراطات التنفيذ المتفق عليها ، من حيث كم و نوع الأشياء محل التعاقد ، و مدة التنفيذ ، و طريق التنفيذ ، و يشترط في سلطة التعديل ألا تؤدي إلى تعديل موضوع العقد نهائيا ، أو إلى إغراق جميع إمكانيات المتعاقد الفنية أو الاقتصادية ، و بالتالي في لا تمس شروط العقد إلا ما تعلق منها بسير المرفق العام.

---

[1] – د/ محمد الصغير بعلي، **العقود الإدارية** ، عنابة ، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2005، ص 73 .

[2] أحمد فاضل ، المرجع السابق ، ص 83 .

ج/ سلطة توقيع جزاءات على المتعامل المتعاقد : إذا أخل المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بالتزاماته التعاقدية ، و التي أرتضى الالتزام بها بموجب عقد الصفقة المبرمة بينهما، بأن أهمل أو قصر في التنفيذ، أو لم ينفذ إطلاقا ، أو نفذ على الوجه المعيب و السيئ ، أو لم يحترم المدد المحددة للتنفيذ أو تنازل عن الصفقة لغيره أو أحل غيره في عملية التنفيذ.... و غيرها من أوجه التقصير ، يكون للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ لتوقيع الجزاءات المقررة قانونا عليه ، بموجب قرار تصدره في هذا الشأن دون اللجوء إلى القضاء ، لذا فهي أخطر سلطة تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها .

و يرجع أساس سلطة توقيع الجزاء إلى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام و إشباع الحاجات العامة باضطراد، و ذلك بإجبار المتعاقدين والضغط عليهم في تنفيذ التزاماتهم المتعاقد عليها ، و ضمان تحقيق المنفعة العامة المرجوة من إبرامها . وعليه يحق للمصلحة المتعاقدة توقيع هذه الجزاءات بنفسها دون حاجة إلى الالتجاء على القضاء مقدما ، و بإرادتها المنفردة دون موافقة الطرف المتعاقد معها – رغم خضوعها في ذلك لرقابة القضاء – ، و هي تتمتع بهذا الحق بقوة القانون ، و لو لم ينص عليه في عقد الصفقة . لأن الغرض و المراد من توقيعها ليس التعويض فحسب ، بل هو التنفيذ الفعلي للعقد وفقا لمقتضيات الصالح العام [3].

و الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها مختلفة ، و يمكن ردها للأنواع التالية :

ا/الجزاءات المالية : و هي عبارة عن مبالغ المال التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية، سواء امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرض بالكامل أو أحل غيره دون موافقة الإدارة ، **كالتعويض و الغرامات التأخيرية**[4].

2/ جزاءات الضغط : تتمتع الإدارة المتعاقدة بمجموعة من وسائل الضغط على المتعاقد معها بغية دفعه إلى تنفيذ العقد استجابة لمقتضيات المصلحة العامة ، و تلبية لاحتياجات الجمهور . و هي جزاءات أكثر زجرا توقع على المتعامل المتعاقد المتمادي في عدم تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه، تهدف إلى تنفيذ العقد بواسطة الإكراه بتعليق إخلال المتعاقد، فهي تعتمد على فكرة أن العقد يجب أن ينفذ لأن المرفق العام بحاجته. **كسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، والشراء على حساب المورد في عقد التوريد.**

---

[3] لأكثر تفصيل حول هذه السلطة راجع: د/ سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص 497 و ما بعدها.

[4] راجع المادتين 124 و 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

3 / جزاء الفسخ[5] : تتدرج الجزاءات الموقعة على المتعامل المتعاقد المقصر حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه ، إذ يعد الفسخ أخطر الجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة ، يترتب عليه وضع نهاية للعقد . والمفترض في هذا الجزاء وقوع خطأ جسيم من المتعاقد والمتمثل في إخلاله بالتزام تعاقدي أو قانوني ، والإدارة وحدها تملك تقدير جسامة هذا الإخلال، ولها توقيع جزاء الفسخ تحت رقابة القضاء[6].

2- التزامات المصلحة المتعاقدة : رغم السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مجال إبرام و تنفيذ الصفقات العمومية ، إلا أنه تقع عاتقها جملة التزامات يفرضها عليها القانون ويفصلها دفتر شروط الصفقة المبرمة ، وهي بالمقابل تعد حقوقا للمتعامل المتعاقد وجب عليها تأمينها له ، و تتمثل في الآتي :

أ/ التمويل الإداري للصفقات: يتطلب تنفيذ الصفقات العمومية توافر إمكانيات مادية معتبرة ، و بخاصة صفقات اللوازم والأشغال تتطلب في أكثر الأحيان تمويلا معينا وعبئا ماليا قد لا يستطيع المتعاقد تحمله لوحده حتى اكتمال التنفيذ قد تدفعه إلى الاقتراض من البنوك ، و تأخذ الإجراءات وقتا طويلا قد تعطل عملية تنفيذها ، لذا نص المشرع على وجوب التزام المصلحة المتعاقدة بتقديم العون المالي للمتعامل المتعاقد . إذ أفادت **المادة 108** من المرسوم الرئاسي رقم 15-274 بأنه تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب ، و بالتسويات على رصيد الحساب ، و هي العمليات محل الدراسة على النحو التالي :

1/التسبيق : هي تسوية مالية جزئية غير نهائية لثمن الصفقة تدفع من قبل الإدارة للمتعاقد معها على حساب الثمن النهائي وقبل أداء وتنفيذ الخدمة[7]. فقد عرفه قانون الصفقات العمومية في المادة 109 منه التسبيق بأنه : " **التسبيق هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، و بدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة** ".[8]

---

[5] وهذا الفسخ يختلف عن الفسخ من جانب واحد المنصوص عليه في المادة 150 و الذي يعتبر من سلطات المصلحة المتعاقدة ، ويختلف عن الفسخ التعاقدي المنصوص عليه في المادة 151 من قانون الصفقات والذي يتم بالإرادة المشتركة للطرفين .

[6] راجع المادة 149 و ما بعدها من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

[7] Yves Gaudemet , op.cit , p 707.

[8] راجع المادة 111 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

2/الدفع على الحساب: نصت المادة 109 من قانون الصفقات العمومية على أن : " **الدفع على الحساب هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة**" . فقد أفاد قانون الصفقات العمومية بأن الدفع على الحساب يكون شهريا ، و يمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات ، و يتوقف هذا الدفع على تقديم الوثائق المنصوص عليها في دفتر الشروط [9].

3/ التسوية على رصيد الحساب: عرفتها المادة 109 من قانون الصفقات على أنها الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها[10].

ب/ التسديد النهائي لثمن الصفقة : و هذا يتوقف على تمام إنجاز العمل الذي تم التعاقد من أجله ، بحيث تقوم المصلحة المتعاقدة بمعاينة العمل المنجز أو السلعة الموردة ، أو الخدمة المطلوبة ، و تتأكد من مطابقة ذلك العمل لشروط الصفقة ، و يحرر بذلك محضر الاستلام النهائي الذي به تنتهي الصفقة و يتقاضى المتعامل المتعاقد بموجبها ثمنها بصفة نهائية .

و يعتبر هذا الالتزام الواقع على عاتق المصلحة المتعاقدة أهم حقوق المتعامل المتعاقد ،لأن رغبته في الربح هي أساس تعاقده معها و إبرام الصفقة العمومية ، لذا حرص قانون الصفقات العمومية على تنظيم ثمن أو سعر الصفقة ، و فصل تراتيب تسديده . فقد أدرج **آليات تحديد المقابل المالي في الصفقة العمومية في** المادة 96 /I من قانون الصفقات . كما بين **التغيرات التي تطرأ على المقابل المالي في الصفقة العمومية (الثبات و المراجعة و التحيين)** .

ثانيا / حقوق و التزامات المتعامل المتعاقد:

يتمتع المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بجملة حقوق وتترتب عليه التزامات حسب دفتر شروط الصفقة المبرمة بينهما، وقد أثبتت التجربة العملية في مجال الصفقات العمومية تحديدا أن للمتعاقد حقوقا أوسع مما ينص عليه عقد الصفقة المبرمة على أساس تحقيق العدالة في التنفيذ ، كما أن هذا الأخير(التنفيذ) قد يرتب على عاتقه التزامات جديدة . و عليه ستتم دراسة حقوق و التزامات المتعامل المتعاقد على النحو التالي:

---

[9] راجع المواد 117 ، 118 ، 119 و 120 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

[10] المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

ا- حقوق المتعامل المتعاقد : الحقوق المخولة للمتعامل المتعاقد في الصفقة العمومية متعددة ، منها ما يستمدها مباشرة من العقد مثل حقه في اقتضاء الثمن ، و حقوق تجد مصدرها في القضاء الإداري قدرها للمتعاقد ، إما استنادا إلى قواعد العدالة ، و إما إلى قاعدة ضرورة سير المرفق العام بانتظام ، و ذلك نظير الامتيازات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهته مثل حقه في طلب إعادة التوازن المالي للعقد[11] .

و منه سيتم تفصيل و دراسة أهم حقوق المتعامل المتعاقد كالآتي :

أ/ حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء ثمن الصفقة : يعتبر حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء ثمن الصفقة أهم الحقوق التي يتمتع بها، لأنه يهدف من وراء تعاقده مع الإدارة إلى تحقيق عائد مادي مجز، من خلال المكاسب المالية التي يحصل عليها من تنفيذ العقد ، بعد تغطية ما يتكبده من نفقات وتكاليف .

ويعرف الثمن على أنه المقابل النقدي الذي يتلقاه المتعاقد من الجهة الإدارية، وغالبا ما يتم تحديد الثمن بواسطة المتعاقد مع الإدارة وعرضه عليها، وتكتفي الإدارة بقبوله أو برفضه بعد مقارنته بغيره من العروض وبالأثمان السابق التعامل بها[12].

والشروط المالية في العقد هي شروط تعاقدية ، ومن ثم فإن الإدارة لا تستطيع تعديلها أو نقضها إلا بموافقة الطرف الآخر، لأننا لو تركنا للإدارة حرية تعديلها لما أقبل أحد على التعاقد معها، ذلك أن المبرر الغالب لسلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية هو المصلحة العامة، وهذا لا يعني مساسها بالمزايا المالية المشروعة للمتعاقد ، كما أنه من غير الجائز اعتبار مصلحة المتعاقد المالية متعارضة مع مصلحة الدولة المالية ، لمجرد كون المتعاقد يطمح من تعاقده إلى تحقيق ربح[13].

علاوة على ذلك فإن السعر يعتبر معيارا جوهريا لكي يكتمل مفهوم الصفقة العمومية نفسها، بجانب المعيار العضوي و الإجرائي و المادي ومن أهم عناصر تحضير الصفقة[14]، كما يعد أهم معايير اختيار

---

[11] أحمد فاضل ، المرجع السابق ، ص 93 .

[12] Charles Debbasch , op.cit , p 623.

[13] عليوات ياقوتة ، المرجع السابق ، ص 172 وما بعدها .

[14] Rouquette Reni, «les marches semi-publics: faire évoluer la notion du contrat administratifs», A,J,D,A ,numéro spécial,1994, pp 28-29.

المتعامل المتعاقد. لذا وضع المشرع قواعد وضوابط لاستيفائه وجب على الإدارة مراعاتها، وبين كيفيات الدفع و التخليص . كما سبق التعرض لها في التزامات المصلحة المتعاقدة .

ب/ حق المتعامل المتعاقد في إعادة التوازن المالي لعقد الصفقة : قد تحدث بعد إبرام عقد الصفقة وأثناء تنفيذها إجراءات أو ظروف بفعل الإدارة نفسها، أو بسبب خارج عن إرادتها وإرادة المتعاقد معها لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، وتؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد بدرجة مرهقة. تقضي المصلحة العامة في هذه الحالة بضرورة مساعدة المتعاقد مع الإدارة في تحمل أعبائه الجديدة ، وتعويضه عن خسائره الناتجة عن هذه الظروف بحيث لا يختل التوازن المالي للعقد، ففي المحافظة على الحقوق المالية للمتعاقد محافظة في نفس الوقت على مصلحة المرفق ذاته ، لأنه بتمكينه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته رغم الظروف الصعبة التي طرأت على هذا التنفيذ ، يمكن ضمان سير المرفق العام بانتظام و اضطراد[15].

وهذا الاعتبار يوصل للاعتراف بحق التوازن المالي للعقد، بمعنى أن تتحمل الإدارة زيادة الأعباء الناتجة عن تنفيذ العقد. و هو أمر مفترض في كل عقد تبرمه الإدارة و تتجلى سلطاتها فيه ، و منها حق المتعامل المتعاقد مع الإدارة أن يعوض بمقتضاه دون حاجة إلى نص على ذلك في العقد.

و علاوة على ذلك أشار المشرع الجزائري لهذا الحق في المادة 153 /2 من قانون الصفقات العمومية. إذ حاول المشرع كفالة هذا الضمان للمتعامل المتعاقد بطريق ودي مع المصلحة المتعاقدة توخيا منه للتنفيذ الحسن و الأكمل للصفقة. و هذا في إطار من التسوية الودية للمنازعات المتعلقة بهذا الموضوع قبل أي مقاضاة أمام العدالة .

و أساس التعويض الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد في إطار إعادة التوازن المالي للعقد يجد أساسه في **ثلاث نظريات أساسية اعتمدها القضاء وأقرها الفقه .**

و عليه سيتم التطرق لأحكامها في مجال الصفقات العمومية تباعا كما يلي :

1/ نظرية فعل الأمير : يقصد بفعل الأمير كل إجراء مشروع تتخذه السلطات العامة و يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة ، و الالتزامات التي ينص عليها في العقد. كالقرار الذي يصدر عن السلطة الإدارية التي

---

[15] د/ محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري (المقومات ، الإجراءات ، الآثار) ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006 ، ص 408 .

أبرمت العقد بتعديل شروط التعاقد أو تعديل نظام المرفق أو نظام الأسعار وغير ذلك، كما قد يكون عمل الأمير بمثابة قواعد تنظيمية عامة، كما في حالة صدور قانون يقضي برفع الرسوم الجمركية مثلا، أو برفع أجور الأيدي العاملة أو تنظيم شؤون العمال بالزيادة في الإجازات وساعات العمل. وعموما فان المخاطر الإدارية هي المخاطر الناتجة عن ممارسة السلطة العامة لامتيازاتها في مواجهة المتعاقد معها[16] .

ويترتب على تطبيق هذه النظرية ما يلي:

– إعادة التوازن المالي للعقد وذلك عن طريق تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقته من جراء ذلك العمل ، **و يكون التعويض كاملا** عن الربح والخسارة.

– تحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ إذا ترتب على عمل الأمير استحالة التنفيذ ، كصدور تشريع يحرم الاستيراد بالنسبة لسلعة لا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج.

– حق المتعاقد في طلب الفسخ إذا أصبحت أعباء المتعاقد – بسبب عمل الأمير – كبيرة لا تتحملها إمكانياته المالية و الفنية [17].

2/ نظرية الظروف الطارئة : إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية خارجية لم يكن في الوسع توقعها وقت إبرام العقد، و ترتب على حدوثها اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا ، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقا و أكثر في التكاليف ، جاز للمتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتحمل جزء من الأعباء الجديدة ، بتعويضه جزئيا و مؤقتا مقابل الخسارة التي لحقت به.

ويشترط لتطبيقها **وقوع ظرف طارئ غير متوقع بعد إبرام العقد و أثناء تنفيذه:** بحيث يكون فجائيا لا يمكن تداركه أو تلافيه. كما يجب أن يكون الظرف الطارئ استثنائيا غير متوقع و أجنبيا عن إرادة المتعاقدين. و **أن يفض الظرف الطارئ إلى اختلال التوازن المالي للعقد:** أي يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز فداحتها

---

[16] Jean Rivero, **Droit administratif** , Paris , Dalloz , 9e édition ,1980, p 131 .

[17] د/ سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص 653 .

الخسارة العادية المألوفة ، التي يمكن أن يتحملها أي متعاقد أثناء تنفيذ العقد و تقدير مدى جسامة الضرر الذي تلحقه الظروف الطارئة بالمتعاقد يتولاه القاضي[18] .

ويترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة مايلي:

ا– حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة: يحصل المتعاقد على **تعويض جزئي** عن الخسارة المحققة اللاحقة به ، لذا لا يعوض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب عليه، إذ يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد أن يدخل في الحساب جميع عناصره ، التي تؤثر فيه و اعتبار العقد في ذلك وحدة واحدة و يفحص في مجموعه، لا أن ينظر إلى أحدها فقط .

2 – بقاء التزامات المتعاقد: يبقى المتعاقد قائما بتنفيذ التزامه، فلا يستطيع أن يتوقف عن ذلك رغم حدوث هذه الحوادث و ذلك إعمالا بمبدأ ضرورة سير المرفق العام[19].

3/ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة : عندما يصادف المتعاقد مع الإدارة صعوبات مادية من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقا، فإنها تفسح المجال بالمطالبة بالتعويض وهذا بتوافر الشروط التالية:

يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية: فأكثر تطبيقاتها تتعلق بصعوبات مادية مرجعها إلى طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها الأشغال العامة، كأن تتكشف الأرض عند التنفيذ عن طبيعة صخرية في حين أن التنفيذ الطبيعي للعقد يفترض طبيعة سهلة[20] .

و**ألا تكون الصعوبات المادية بسبب أحد الطرفين:** إذ يفترض في الصعوبات المادية ألا تعود لفعل الإدارة ، وألا يكون المتعاقد قد تسبب بخطئه في وجودها أو في عدم الإحاطة بها وقت التعاقد ، إذ يجب أن تكون هذه الصعوبات استثنائية غير متوقعة عند إبرام العقد، وعلى المتعاقد إعلام الإدارة في الوقت المناسب بملاحظاته عند إدراكه لها.

---

[18] Jean Rivero , op . cit , p 133.

[19] أحمد فاضل ، المرجع السابق ، ص 98 ..

[20] د/ سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص 721 .

وأن يكون من شأن هذه الصعوبات الإخلال باقتصاديات العقد: أي أنه يجب أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة.

فإذا كانت الصعوبات المادية غير المتوقعة بسيطة بالنسبة لما هو مطلوب من المقاول تنفيذه، بحيث لا يخل إخلالا جسيما باقتصاديات العقد امتنع تطبيق هذه النظرية ، إذ يجب أن تكون الصعوبات المادية ذات طابع استثنائي غير مألوف بصورة مطلقة[21].

و يترتب على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مايلي :

1- **بقاء التزامات المتعاقد قائمة:** أي ضرورة استمرار المتعاقد في التنفيذ رغم مصادفته لهذه الصعوبات، فإذا توقف يتعرض لمختلف الجزاءات مع احتمال فقده لحق المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[22].

2 – حق المتعاقد في الحصول على التعويض: يجب أن يعوض المتعاقد في كل الحالات التي يصبح فيه تنفيذ العقد باهظا وأكثر كلفة، أي أن التعويض المستحق للمتعاقد يقدر بالمبالغ التي أنفقت لمواجهة الصعوبات غير المتوقعة فقط دون الصعوبات المتوقعة[23] .

و بناء على ما سبق فإن هذه النظريات تحقق قدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، و ذلك بتعويضه في أحوال و بشروط معينة حتى و لو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة، فأساس هذه النظريات هو العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري.

ج/ حق المتعامل المتعاقد في إبرام مناولة: نص المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في **المادة 140** منه على أنه يمكن للمتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة **عقد مناولة** ، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم على **ألا تتجاوز المناولة 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة** ، و

---

[21] للتوضيح راجع كلا من : د/ عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 228 . د/ خلاف فاتح ، المرجع السابق ، ص 96 .

[22] د/ سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص 727 .

[23] د/ محمود عبد المجيد المغربي ، المرجع السابق ، ص 72 .

لا يمكن أن تكون صفقات اللوازم العادية محل مناولة ، و التي يقصد بها اللوازم الموجودة في السوق و التي هي غير مصنعة استنادا إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة .

هذا و يبقى المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة. كما يجب على المناول الذي يتدخل في تنفيذ صفقة عمومية أن يعلن تواجده للمصلحة المتعاقدة ، **والتي بدورها تلزم إذا كانت تعلم بتواجد مناول غير مصرح به في مكان تنفيذ الصفقة ، بإعذار المتعامل المتعاقد بتدارك هذا الوضع ، في أجل 8 أيام و إلا اتخذت ضده تدابير قسرية.** طبقا لما نصت عليه المادتين 141 و142 من ذات المرسوم.

وحددت **المادة 143** من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 **شروط اللجوء إلى المناولة** كالآتي:

- يجب أن يحدد صراحة المجال الرئيسي لتدخل المناولة بالرجوع إلى بعض المهام الأساسية التي يجب أن تنفذ من طرف المتعامل المتعاقد في دفتر الشروط إذا أمكن ذلك و في الصفقة ، و يمكن التصريح بالمناول في العرض أو أثناء تنفيذ الصفقة[24]،

- ينبغي أن يحظى اختيار المناول و شروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد وجوبا، بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما و كتابيا ، مع مراعاة أحكام المادة 75 من هذا المرسوم والمحددة لحالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية ، و ذلك بعد التأكد من قدراته المهنية و التقنية و المالية ، و يقبض المناول المعتمد وفق الشروط المذكورة سابقا مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة.

- تسلم وجوبا نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعامل المتعاقد،

- يجب أن يحدد في عرض المتعهد المعني مبلغ الحصة القابلة للتحويل الموافق للخدمات التي تقدمها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري في إطار المناولة .

د/ حق المتعامل المتعاقد في رهن الصفقة المتعاقد عليها: نظرا لطول آجال الدفع ، عمدت مختلف التشريعات بغية تسهيل تمويل الصفقات السماح للمتعاقدين مع الإدارة بترتيب رهون حيازية على صفقاتهم لدى مؤسسات مصرفية، و على هذا الأساس نص التنظيم القانوني للصفقات العمومية على أن الصفقات التي

---

[24] راجع نموذج التصريح بالمناول ملحق بالقرار الوزاري المؤرخ في 19ديسمبر 2015 يحدد نماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشح و التصريح بالاكتتاب و رسالة التعهد و التصريح بالمناول ، ج ر 17 لسنة 2016 .

تبرمها المصلحة المتعاقدة و ملاحقها قابلة للرهن الحيازي، وهذا إذا تضمنت الصفقة بندا بذلك كما هو جلي **من المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المحددة لبيانات الصفقات .**

كما ضبط هذا المرسوم إجراءات و شروط إعمال الرهن بصورة مفصلة[25] ، و أشار بصورة صريحة إلى أن عقود الرهن الحيازي تخضع لإجراءات التسجيل المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

2- التزامات المتعامل المتعاقد : تحدد دفاتر شروط الصفقة المبرمة بين الإدارة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد ما لكل طرف من حقوق و ما عليه من التزامات، إلى جانب تلك الشروط المفترضة في كل الصفقات، والتي يجب احترامها حتى ولو لم تضمن كبند صريح في عقد الصفقة.

ومن ثم وجب على المتعامل المتعاقد أن يؤدي المهام المسندة إليه بكل دقة وأمانة، و أن يستوفي الالتزامات التي يفرضها عليه القانون و عقد الصفقة ، لأنه في حالة الإخلال بها أو التقصير في أدائها تقوم المصلحة المتعاقدة بتوقيع أحد الجزاءات المقررة لذلك الإخلال والمعروفة لدى المتعامل المتعاقد.

والتزامات المتعامل المتعاقد عديدة ومتنوعة حسب نوع الصفقة، ويمكن تصنيفها إلى ما يلي:

أ / الالتزام بتقديم الضمانات المالية: تحرص المصلحة المتعاقدة على منح الصفقة للمتعامل المتعاقد المقتدر ماليا، وهذا من أجل ضمان تنفيذ حسن لعقدها ، إذ يجب على المتعاقد مع الإدارة تقديم ضمانات مالية، تحميها من الأخطار المالية التي يمكن أن تواجهها في حالة إخلاله بالتزاماته[26] .

فقد أفاد قانون الصفقات العمومية بوجوب حرص المصلحة المتعاقدة على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة، وتحدد هذه الضمانات و كذا كيفيات استرجاعها في دفاتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة استنادا إلى الأحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها[27].

---

[25] راجع المادة 145 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

[26] أحمد فاضل ، المرجع السابق ، ص 103 .

[27] المادة 124 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

وتتمثل هذه الضمانات المالية أساسا في الآتي :

1/ الكفالة : و هي ذلك المبلغ النقدي المحدد سلفا في دفتر الشروط الذي يلتزم المتعامل المتعاقد بأدائه للمصلحة المتعاقدة لقاء ظفره بالصفقة ، أو الاستفادة من أحد الامتيازات التعاقدية في حال مصادقته عليها. و على ذلك يختلف نوع و قيمة الكفالة التي على المتعامل المتعاقد تأديتها حسب نوع الصفقة المبرمة ، و التي يمكن ردها إلى :

- **كفالة التعهد:** وهي مبلغ مالي يدفعه المتعهد الذي قدم عرضا في إطار المنافسة من أجل الظفر بالصفقة المطروحة للتعاقد، و هذا كضمان لجديته في دخول المنافسة و إثباتا لحسن نيته، ومن ثم يبقى عرضه قائما لحين إتمام تراتيب و إجراءات إبرام الصفقة .
- **كفالة رد (إرجاع) التسبيق:** فالمصلحة المتعاقدة لا تدفع أي تسبيق و من أي نوع كان للمتعامل المتعاقد معها إلا إذا تم دفع كفالة الإرجاع ضمانا لتسديدها.
- **كفالة حسن التنفيذ:** زيادة على كفالة رد التسبيقات ، يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم كفالة حسن تنفيذ الصفقة بنفس الشروط . و يمكن أن يعفى من دفعها بالنسبة لبعض صفقات الدراسات و الخدمات، التي يمكن المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات قبل دفع مستحقاتها.
- **كفالة الضمان** : تنص المادة 131 من قانون الصفقات العمومية على أنه : " **عندما تنص الصفقة على أجل ضمان ، تتحول كفالة حسن التنفيذ المنصوص عليها في المادة 130 أعلاه عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان** " . على أن يسترجع المتعامل المتعاقد هذه الكفالة كليا خلال شهر ، يحتسب ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة العمومية .

2/ اقتطاعات حسن التنفيذ: و تعد إحدى الضمانات المالية الواجبة على المتعامل المتعاقد، و هذا فيما يتعلق بصفقات الدراسات و الخدمات المعفاة من كفالة حسن تنفيذ الصفقة، السابق الإشارة إليها و المحددة بموجب المادة 2/130 ، عندما ينص دفتر شروط الدعوة للمنافسة على ذلك .**(أي أنه يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ بهذه الاقتطاعات ، إذا ما نص دفتر شروط الصفقة على ذلك).**

و عندما يكون أجل الضمان منصوصا عليه في هذه الصفقات (صفقات الدراسات و الخدمات) ، فإن الرصيد المكون من مجموع الاقتطاعات يحول إلى اقتطاع ضمان عند الاستلام المؤقت[28]. وحسب المادة 134 من ذات القانون أعلاه تسترجع هذه الاقتطاعات في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة.

3/الضمانات الخاصة: و التي يمكن اشتراطها في المتعاقد في حالات معينة، كأن تشترط الإدارة مثلا الالتجاء إلى كفيل شخصي أو إلى هيئة للتأمين ، لضمان العتاد و السلع التي تضعها تحت يد المتعاقد معها، و يمكن للإدارة كذلك أن تنص في دفتر الشروط على ضمانات أخرى استثنائية حتى تتأكد من تنفيذ العمل الذي توكله إلى المتعاقد معها[29].

ب/ الالتزام بتنفيذ الصفقة: يجب على المتعاقد تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجب مجموع وثائق العقد و دفتر شروطه ، ولن يدفع عنه هذا الالتزام إلا القوة القاهرة[30]، لأن التزام المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة المتعاقد عليها يعد الأثر العام والأساسي ، و هو يعكس القوة الإلزامية للعقد أو الصفقة ، إلا أنه قد يصادف عملية التنفيذ ظروف تعفيه من ذلك.

وعليه يتم التعرض للقوة الإلزامية لتنفيذ الصفقة باعتبارها أصل الالتزام، وللإعفاء منها استثناء ، و هذا على النحو التالي:

1/ القوة الإلزامية لتنفيذ الصفقة : يلتزم المتعامل المتعاقد بأداء شروط الصفقة المتعاقد عليها كما هي عليه في عقدها أو دفتر شروطها، إذ يحرص المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته بعناية فائقة ، لأنه يدرك أن الطرف المتعاقد معه يملك من السلطات تجاهه مالا يملكه المتعاقد العادي، و بذلك يسود تنفيذ العقود الإدارية مبدأ رعاية الصالح العام[31].

---

[28] المادة 132 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 .

[29] أحمد فاضل، المرجع السابق، ص 105.

[30] Yves Gaudemet , op.cit, p 696.

[31] د/ عادل طالب الطبطبائي،"مدى انقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الاحتلال العراقي للكويت" (دراسة مقارنة)"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، ديسمبر 1992، ص13.

مع العلم أن التزامات المتعامل المتعاقد لا يمكن حصرها من جميع النواحي لأنها تتعلق بطبيعة كل صفقة ومجالها ، و مع ذلك يمكن إجمالها في **التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي و على مسؤوليته الخاصة ، و أن ينفذ المتعاقد التزاماته وفق العقد ، بحيث** يجب عليه التقيد بنصوص العقد أو ما تمليه الشروط العامة في تنفيذ الأعمال، كما أنه **على المتعاقد تنفيذ التزاماته بطريقة سليمة و بعناية تامة،** وهذا الواجب يتطلب من المتعاقد دراية كافية بالشؤون الفنية، و خبرة في مجال الأعمال التي يمارسها و التي تعاقد عليها، كما يجب على صاحب الصفقة توفير جو ملائما لتنفيذ المهمة الموكولة له و لمستخدميه. كما يجب **أن يقوم المتعاقد بتنفيذ التزاماته بحسن نية** تطبيقا للقواعد العامة في القانون، علاوة على **التزام المتعاقد باحترام المدة اللازمة لتنفيذ العقد ، و هذا باعتبار** احترام الآجال التعاقدية ضرورة أساسية في قانون الصفقات العمومية كما هو الحال بالنسبة للسعر أو نوعية الخدمات[32].

2/ الإعفاء من تنفيذ الصفقة: يحرص المتعامل المتعاقد على أداء الصفقة التي أبرمها على أحسن وجه، إلا أنه قد تحدث أو تستجد بعض الظروف التي تجعل من تنفيذ الالتزامات أمرا صعبا ، و في بعض الأحيان مستحيلا ، الأمر الذي يدفع الإدارة إلى أن تبذل وسعها لتمكن المتعاقد معها من الاستمرار في تنفيذ التزامه تجاهها، حرصا منها على ضرورة استمرار المرافق العامة بتأدية وظائفها بصورة مستمرة ، و هذا ما يجعلها تتكبد بعض الخسائر في سبيل تحقيق هذا الهدف، و لكن في بعض الأحيان يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة، و يغدو أمر التزام المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته أمرا لا طائل من ورائه[33]، وهذا في حالة **حدوث قوة قاهرة** غالبا، و **التي يشترط توافر ثلاثة شروط لتحقق حالة القوة القاهرة** وهي:

- وجود سبب خارجي لا يد للمتعاقد فيه.
- عدم توقع السبب الخارجي عند إبرام العقد.
- أن تكون هناك استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية[34].

---

[32] Brahim Boulifa , op.cit , pp 191 -194.

[33] د/ عادل طالب الطبطبائي، المرجع السابق، ص13 وما بعدها .

[34] د/ عادل طالب الطبطبائي، نفس المرجع ، ص21 .

و قد استقر **القضاء الإداري في كل من فرنسا خاصة و مصر على اعتماد الشروط السابقة** للاعتداد بنظرية القوة القاهرة، و قد سايرهما في ذلك **مجلس الدولة الجزائري** من خلال قراره الصادر بتاريخ 1999/03/08 في **قضية بلارة توفيق** ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة ، و التي تتلخص وقائعها و إجراءاتها في:

أنه بتاريخ1989/09/09 أبرم السيد "بلارة توفيق" صفقة مع رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية سكيكدة قصد بناء مكتبة ، و نظرا لكون البناية لم تتم في الآجال المنصوص عليها في العقد أنذرت البلدية المتعاقد بتاريخ 1991/03/09 للإسراع في الأشغال، غير أن هذا الأخير برر التأخير بعدم تقديم المخطط و البطاقات التقنية، و كذا من أجل زيادة أسعار مواد البناء، و عدم توفرها، و كذا لعدم مراجعة الأسعار المنصوص عليها في المادة 40 من العقد، و عدم تطبيق التعليمة الوزارية المشتركة المؤرخة في 1990/11/06. و أكد **بأن هناك قوة قاهرة** ، نظرا للوضعية الاقتصادية للبلد، و أن الدولة نفسها أمرت بمراجعة الأسعار، رفعت البلدية دعوى ضده أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سكيكدة فأصدرت هذه الأخيرة قرارها في 1995/04/22 قضت فيه بإلزامه بأن يدفع لرئيس بلدية سكيكدة مبلغ: 83.255,80دج الممثل لـ 10% من مبلغ الصفقة.

استأنف السيد توفيق القرار المذكور أعلاه أمام مجلس الدولة بتاريخ 1995/08/26، دافعا بوجود حالة القوة القاهرة ملتمسا إلغاء القرار المستأنف، والحكم على المجلس الشعبي البلدي لسكيكدة بأن يدفع له مبلغ69.712,9 دج . و لقد أصدر مجلس الدولة قراره بتأييد القرار المستأنف مؤسسا على سببين هما:

1/ مرور أكثر من سنتين ما بين تاريخ إبرام الصفقة وتاريخ الإنجاز أي من 1989/09/09 لغاية 1991/11/18 بينما حدد أجل الإنجاز بـ 6 أشهر.

2/ لا وجود لحالة القوة القاهرة، لكون الوضعية ليس لها طابع عدم التوقع ولا الاستثناء[35].

---

[35] و لأكثر تفصيل حول هذه القضية راجع : لحسين بن الشيخ آت ملويا ، **المنتقى في قضاء مجلس الدولة** ، الجزء الأول ، الجزائر ، دار هومة ، 2002 ، ص73 وما بعدها.

و من أهم **تطبيقات القوة القاهرة** حالة **الظواهر الطبيعية، وحالة الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدين، و حالة الإضراب ، حيث** يعتبر الاجتهاد القضائي الإضراب مثال نموذج للحدث الذي كثيرا ما طبقت بشأنه المبادئ المتعلقة بالقوة القاهرة ، و يبحث القاضي عن مدى توافر الشروط المقررة لاعتباره من قبيل القوة القاهرة، و كذا **الحروب و حتى الأوبئة الخطيرة كوباء كورونا .**

ويترتب على توافر شروط القوة القاهرة **نتائج قانونية هامة تمس مباشرة حسن تنفيذ الصفقة ،** يمكن إجمالها في **إعفاء المتعاقد مع الإدارة من التزاماته ، و كذا الحق في الحصول على تعويض،** ذلك أن القوة القاهرة يمكن أن تؤدي في بعض الحالات إلى منح المتعاقد مع الإدارة تعويضا عن خسارته ، بالإضافة لإمكانية _**فسخ العقد:** إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة، فإن القوة القاهرة تعتبر سببا مشروعا لفسخ العقد[36] .

ج / الاستلام: يعد من بين التراتيب المستحدثة في مجال الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إجراء الاستلام ، الذي تم إدراجه في القسم التاسع من الفصل الرابع منه و المتمثل في نص **المادة 148** التي أفادت بأنه عند انتهاء الخدمات موضوع الصفقة ، يجب على المتعامل المتعاقد إعلام المصلحة المتعاقدة كتابيا بتاريخ انتهائها. و يتم عندئذ القيام بالعمليات القبلية للاستلام التي يحدد أجلها في دفتر الشروط و الصفقة و تدون نتائج هذه العملية في محضر، و بناء على هذا المحضر تقرر المصلحة المتعاقدة إما استلام الصفقة و إما عدم استلامها.

فإذا قررت المصلحة المتعاقدة عدم استلام الصفقة فعليها إصدار قرار عدم الاستلام و تبليغه للمتعامل المتعاقد . أما إذا قررت استلام الصفقة بدون تحفظات فعليها إعلام المتعامل المتعاقد معها بذلك و تحديد تاريخه ، و يتم عندئذ استلام الصفقة .

و للتوضيح إذا قررت المصلحة المتعاقدة استلام الصفقة بتحفظات فإن محضر الاستلام يجب أن يتضمن جميع التحفظات مرفقا بأجل رفعها، و يبلغ للمتعامل المتعاقد و يعلم هذا الأخير كتابيا المصلحة المتعاقدة بالتاريخ الذي سيتم فيه رفع التحفظات ، و تقوم المصلحة المتعاقدة بالتأكد من رفع التحفظات و تعلم المتعامل المتعاقد معها بذلك ، كما تعد مقرر رفع التحفظات أو إبقائها و تبلغه للمتعامل المتعاقد معها.

---

[36] د/ عادل طالب الطبطبائي، المرجع السابق ، ص53.

و في حالة الصفقات العمومية التي تتضمن مدة ضمان فإنه يتم إجراء استلام الصفقة على مرحلتين ، استلام مؤقت واستلام نهائي . و عندما يتم النص في الصفقة العمومية على أجل جزئي منفصل عن الأجل الكلي ، فإنه يمكن اللجوء إلى استلام مؤقت جزئي للخدمات الموافقة لذلك الأجل ، و في هذه الحالة يبدأ سريان أجل الضمان اعتبارا من تاريخ أول استلام جزئي، غير أنه لا ترد كفالة أو اقتطاع الضمان إلا بعد انتهاء أجل ضمان جميع الخدمات.