جامعة زيان عاشور -الجلفة-
Zian Achour University of Djelfa
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

قسم الحقوق

الالتزامات التعاقدية في مجال الصفقات العمومية

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص الدولة و المؤسسات

إعداد الطالب :
- بن ملوكة عماد الدين انيس
- مزي عبد القادر

إشراف الأستاذ:
-د. ساعد العقون

لجنة المناقشة

-د/أ. صدارة محمد	رئيسا
-د/أ. ساعد العقون	مقررا
-د/أ. بن صادق أحمد	ممتحنا

الموسم الجامعي 2020/2019

2020/DM71E/M1539016990/M079021773

شكر وعرفان

" كن عالما، فإن لم تستطع فكن متعلما فإن لم تستطع فأحب العلماء فإن لم تستطع فلا تبغضهم .."

ويقول صل الله عليه وسلم (إن الحوت في البحر والطير في السماء ليصلون على معلم الناس)

إلى من قبل الإشراف على مذكرتنا وشجعنا وقدم لنا النصائح وأفادونا في إتمام عملنا:

د / أ – ساعد العقون

كما نخص بالذكر كل أعضاء اللجنة الموقرة التي قبلت مناقشة هذا البحث.

كما نتقدم بخالص عبارات الاحترام والعرفان بالفضل الجميل لأساتذتنا على مستوى جميع أطوار التدرج العلمي.

كما نشكر كل الذين علمونا و أولئك الذين وقفوا بجانبنا ومدو لنا يد العون في مختلف مجالات الحياة لنكون على ما عليه الآن.

فجزاهم الله كل خير في الدنيا والآخرة.

مقدمة

تعتمد الإدارة أثناء قيامها بنشاطاتها الوظيفية إلى وسائل متعددة وتتمثل أساسا في أعمال إدارية مادية وأعمال قانونية تهدف من ورائها إلى إحداث أثار قانونية وان الأعمال القانونية تنقسم إلى نوعين:

- أعمال انفرادية تقوم بها الإدارة بإرادتها المنفردة مستعملة امتيازات السلطة العامة وتتمثل في اتخاذ القرارات الإدارية دون إشراك الطرف الثاني.

- وأعمال إدارية تعاقدية أو رضائية تتمثل في إبرام العقود الإدارية هذه الأعمال التعاقدية هي عمل قانوني يتجسد في صورة عقد يجمع بين الإدارة العامة وطرف أخر أي انه يقوم على توافر إرادتين على عكس القرار الإداري كما إن ما يميز هذه العقود عن عقود القانون الخاص هو عدم المساواة بين طرفي العقد بحيث أن الإدارة تسمو على الطرف المتعاقد معها استنادا إلى فكرة المرفق العام.

تنتج العقود الإدارية التزامات وحقوق غير مألوفة في القانون الخاص سواء تعلق الأمر بالإدارة أو بالطرف المتعاقد معها كحق إعادة النظر في العقد من جهة واحدة أو المطالبة بالمحافظة على التوازن المالي للعقد.

إن العقود الإدارية متعددة ومختلفة ومن بين أهم العقود الإدارية التي تقدم عليها الإدارة تلك العقود المبرمة في إطار الصفقات العمومية وقد قام المشرع الجزائري بتنظيم إحكامها ضمن المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في: 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم 11-222 المؤرخ في: 2011/03/01 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في: 2011/06/16 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 12-23 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في: 2013/01/13 وان هذه التعديلات المتتالية جاءت بشكل أوسع وأعمق لتكريس المبادئ العامة للصفقات العمومية والتي تتميز في إبرامها باحترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين ومبدأ شفافية الصفقة وشفافية إجراءاتها .

ومن ثم فإن إبرام العقود في مجال الصفقات العمومية يلزم الإدارة (المصلحة المتعاقدة) بإتباع مبادئ الشرعية وحماية حقوق الإفراد وحرياتهم وتقف حاجزا إمام تجاوزات السلطة العامة.

وإذا كانت الصفقات العمومية الأداة الإستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة لانجاز العمليات المالية المتعلقة بانجاز وتسيير وتجهيز المرافق العامة إذ إن الاقتصاد الجزائري يعتمد بصفة أساسية على صنع الأموال العامة من اجل تنشيط العجلة الاقتصادية وذلك بزيادة حجم النفقات العمومية وعليه فنظام الصفقات يعد الوسيلة الأمثل الاستغلال وتسيير الأموال العامة.

وهنا يأتي الحديث عن الصفقات العمومية التي تقوم على اتفاق طرفيها وهما المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة خاضعين بذلك لنظام قانوني خاص وهو قانون الصفقات العمومية المشار إليه أعلاه المبين لحقوق والتزامات كل الأطراف المتعاقدة سواء أكانت الإدارة المصلحة المتعاقدة) أو المتعامل المتعاقد.

المنهج المتبع: اعتمدنا لمعالجة موضوعنا والتعمق فيه على المنهج الوصفي التحليلي الذي يعتمد على التفسير والتعليل والتحليل والغوص في التفاصيل بهدف تقديم إيضاحات وافية في هذا الإطار ، وهذا المنهج هو الذي يلائم دراستنا متوخين في سبيل ذلك تحقيق الأهمية العلمية الدقيقة والسليمة لاثراء البحث العلمي.

الإشكالية:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تكريس حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة في الصفقة العمومية ؟ لمعالجة هذه الإشكالية اعتمدنا في دراستنا على المرسوم الرئاسي 15-247 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

أسباب اختيار الموضوع:

هناك أسباب موضوعية وشخصية

الأسباب الشخصية

طبيعة التخصص العلمي الذي أدرس فيه و صلته بموضوع الدراسة

إثراء مكتبتنا بهذه الدراسة واعتبارها كمرجع في المستقبل

الميول الشخصي لموضوع الدراسة

الأسباب الموضوعية

يعود السبب الرئيسي الموضوعي في اختيارنا لهذا الموضوع هو توضيح المكانة القانونية التي منحها القانون المنظم للصفقات العمومية لطرفي الصفقة ,المصلحة المتعاقدة بما تتمتع به من سلطات في مواجهة المتعامل المتعاقد وما تقع عليها من التزامات وفي الجهة المقابلة المتعامل المتعاقد بما يتمتع به من ضمانات اتجاه المصلحة المتعاقدة وما تقع عليه من التزامات.

أهمية الموضوع:

إن للصفقات العمومية أهمية كبرى في الاقتصاد الوطني وكذا في تسيير الأموال العمومية للدولة والاستعمال الأمثل لها لذلك أولاها المشرع الجزائري أهمية خاصة ولعل كثرة التعديلات التي خضع لها قانون الصفقات العمومية أكبر دليل على اهتمام المشرع الجزائري بهذا الموضوع وكذا أهمية توضيح المكانة القانونية لطرفي الصفقة والتي منحها القانون المنظم للصفقات العمومية لكليهما. وذلك بما يتمتع به المتعامل المتعاقد من حقوق وما تقع عليه من التزامات تعاقدية اتجاه المصلحة المتعاقدة التي بدورها تقع عليها التزامات وتتمتع بحقوق وامتيازات وسلطات منحها لها القانون لمواجهة الشخص المتعاقد معها حماية للمصلحة العامة لذلك نجد أن أثار العقد الإداري المتمثل في الصفقة العمومية تعتبر من الموضوعات المهمة في التشريع الجزائري وتكون هذه الأهمية واضحة بشكل كبير عند استفادة الأشخاص المتعاقدة مع الإدارة ماديا بحيث تنمي رصيدهم الاقتصادي عبر تحقيق الأرباح الأمر الذي يمكنها بالتالي من تطوير إمكانياتها الذاتية والفنية والتقنية وبالمقابل

تلعب دورا كبيرا في توجيه الاقتصاد الوطني وتنميته تبعا للسياسة المعتمدة من طرف أجهزة الدولة فيفضلها تتمكن الهيئات العمومية من إدارات وجماعات محلية ومؤسسات عمومية من تلبية حاجاتها وقد عكف المشرع الجزائري على تطوير قانون الصفقات العمومية من اجل إصلاح المنظومة القانونية ومسايرة التحولات السياسية وكذا حماية المال العام.

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا إلى إتباع الخطة التالية التي تتضمن فصلين

الفصل الأول فعنوناه ب ـ ماهية الصفقات العمومية ومجالات تطبيقها وقسمناه إلى مبحثين حيث **المبحث الأول طبيعة ومصادر نظام قانون الصفقات العمومية اما المبحث الثاني فعنوناه بـ ماهية الصفقات العمومية** ، أما الفصل الثاني فكان حول أساسيات الأطراف المتعاقدة فقسمناه أيضا إلى مبحثين فكان **المبحث الأول وحقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة وفي الاخير المبحث الثاني حقوق و التزامات المتعامل المتعاقد**

الفصل الأول

ماهية الصفقات العمومية

ومجالات تطبيقها

تمهيد

لدراسة موضوع الصفقات العمومية يجب علينا التطرق في البداية لمفهوم الصفقة العمومية و التعاريف التي قدمها المشرع والفقه والقضاء والمعايير التي تتحد على أساسها الصفقة العمومية ,وكذا التطرق لبعض أنواع الصفقات العمومية .

كما أن عملية إبرام الصفقات العمومية لا تخضع لحرية التعاقد كما هو عليه الأمر في عقود القانون الخاص وذلك أن عملية إبرام الصفقات العمومية باعتبارها عقود عامة ومرتبطة بالمال العام تخضع لعدة قيود كما يجب مراعاة مبادئ الحرية للوصول للطلبيات العمومية والمساواة بين المترشحين وكذا شفافية الإجراءات إضافة إلى مجالات تطبيق الصفقة العمومية متمثلة في كيفيات التعاقد وأساليب ومعايير اختيار الطرف المتعاقد.

المبحث الأول : طبيعة ومصادر نظام قانون الصفقات العمومية

إن العقود التي تبرمها الإدارة ليست من طبيعة واحدة وال تخضع لنظام قانوني واحد وإنما تنقسم إلى قسمين عقود إدارية ومدنية .ومن بين العقود التي تبرمها الإدارة نجد الصفقات العمومية التي عرفها المشرع في المادة 2 من المرسوم 15-247 بأنها "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات"

.والملاحظ من خلال هذه أن المشرع الجزائري لم يحدد الطبيعة القانونية للصفقة العمومية عكس قرينه الفرنسي وهذا ما يجعل تحديد الطبيعة القانونية لنزاعات الصفقات العمومية أمر في غاية الأهمية. وهذا من أجل تحديد الاختصاص القضائي، إن كانت تنتمي للقضاء العادي أم للقضاء الإداري، وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق أن كان القانون العام أم القانون الخاص، خاصة بعد سنة 1996 أين تم الانتقال إلى الازدواجية القضائية .ولأجل تحديد الطبيعة القانونية للصفقات العمومية فقد قسمنا مبحثنا هذا إلى مطلبين

المطلب الأول :أراء الفقه الإداري في تحديد الطبيعة القانونية للصفقات العمومية في الجزائر

في ظل غياب تحديد صريح من المشرع للطبيعة القانونية للصفقة العمومية، حاول فقهاء القانون الإداري تحديد إذا ما كانت عقدا إداريا أم لا، وفي هذا الصدد انقسموا إلى ثالثة اتجاهات:

- إتجاه مؤيد والذي يرى بأن الصفقة العمومية هي عقد إداري
- إتجاه منافي:والذي يرى بأن الصفقة العمومية هي عقد غير إداري

- الإتجاه الوسطي: الذي يرى بأن الصفقة العمومية هي نوع من أنواع العقود الإدارية المستقلة وفيما يلي سنتعرض لكل رأي في فرع مستقل.

الفرع الأول: الإتجاه المؤيد بان الصفقة العمومية هي عقد إداري

يتزعم هذا الاتجاه الأستاذ أحمد محيو، عمار عوابدي وعمار بوضياف، محمد قبطان...الخ، حسب الأستاذ محيو، قانون الصفقات العمومية الصادر بالأمر 67 - 90 المؤرخ في 17 جوان 1967 يعطي تعريف للعقود الإدارية حيث تنص المادة الأولى منه على ما يلي " أن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العملات أو البلديات أو المؤسسات أو المكاتب العمومية قصد انجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط 1المنصوص عليها في هذا القانون".[1]

وبالتالي جعل العقد الإداري يساوي الصفقة العمومية وقد سايره في ذلك مجموعة من الفقهاء من خلال إستعمال عبارة العقود الإدارية أي الصفقات العمومية، أو من خلال تصنيف الصفقات العمومية ضمن العقود الإدارية[2]

إلا أن هذا الإتجاه قد تعرض للإنتقاد خاصة من قبل الأستاذ بناجي شريف الذي رأى بأن المادة الأولى من الأمر 67 – 90 السالفة الذكر لم تتعرض بصفة صريحة إلى تعريف الصفقة العمومية على أنها عقد إداري وبالتالي لا يمكن اعتبارها كذلك .وفي الفقه الإداري المقارن نجد على سبيل المثال الفقه الإداري المصري، حيث هناك مجموعة من الفقهاء يعتبرون الشركات المساهمة العامة والجمعيات التعاونية التابعة للمؤسسات العامة، تعتبر

[1]- قانون رقم 67- 90 المؤرخ في 17 جوان 1967 والصادر في الجريدة الرسمية رقم 52 – 1967 الصادرة بتاريخ 19 ربيع الأول 1387 1 الموافق ل 27 جوان 1967

[2]- ناصر لباد – **دور الصفقات العمومية في العقود الإدارية**، مجلة الفكر البرلماني، العدد 29 الجزائر 2012 ص153

أشخاص إدارة عامة ونشاطها يخضع للقانون العام وعقودها التي تبرمها عقود إدارية مع توفر شروط العقد الإداري ولكن هذا الرأي لم يحقق الإجماع.[1]

الفرع الثاني: الإتجاه المنافي بأن الصفقة العمومية هي عقد إداري

هذا الإتجاه يتزعمه الأستاذ شريف بناجي حيث يرى هذا الأخير أنه وخلال الفترة الممتدة من 1967 إلى 1982 كانت الصفقات العمومية تعتبر النواة الصلبة لنظرية العقد الإدارية في الجزائر ذلك بالنظر إلى مضمون الأمر 67 /90 المؤرخ في 1967/06/17 الذي كان يخضع المؤسسات العمومية ذات الطبيعة الإدارية دون المؤسسات العمومية التجارية . والصناعية إلى قانون الصفقات العمومية في حين أنه بعد صدور المرسوم المتعلق بصفقة المتعامل العمومي 82 / 145 [2]فقد تغير الأمر حيث وسع مجال تطبيق القانون إلى عقود المؤسسات الإقتصادية الصناعية .

حيث اعتبر الأستاذ بناجي في هذه الفترة أن عقود الصفقات العمومية لم تعد تشكل عقود إدارية وتحولت بوضوح إلى القانون الخاص.[3]

حيث يرى بأن قانون الصفقات العمومية لسنة 1997 قد عوض بقانون أخر مخالف له تماما، كما يرى بأن قانون 1982 قد استعمل فيه عبارة" المتعامل العمومي " عوض "الصفقات العمومية " كذلك ما ورد في نص المادة 4 من القانون 82 – 145 لا سيما المقطع ... "حسب مفهوم التشريع الساري على العقود"

كما يرى الأستاذ أنه بالرجوع إلى حيثيات المرسوم رقم 82 – 145 لا سيما الإشارة إلى القانون التجاري والمدني وبالتالي فإن التشريعات المطبقة على صفقات المتعامل العمومي

[1]- مفتاح خليفة عبد الحميد ،**المعيار المميز في العقود الإدارية دار المطبوعات الجامعية** – الإسكندرية 2007 ص64.

[2]- لمادة 1 من المرسوم 145/82 المؤرخ في 1982/06/10 جريدة رسمية رقم 15 سنة 1982

[3] - Voir dr bennadji cherif – evolution de la réglementation des marchés public – tlese de doctorat d'état , faculté – de droit université d'Alger 1991 p 649

أصبحت مرتبطة بالتشريعية العامة للعقود، في حيث في قانون الصفقات العمومية لسنة 1967كانت هناك فئة قانونية مستقلة عن الشريعة العامة للعقود[1].

ويستنتج الأستاذ بناجي أن الصفقة العمومية في القانون 1967 كانت تعتبر عقدا إداريا عكس صفقة المتعامل العمومي في مفهوم مرسوم 1982 أصبحت عبارة عن عقد يخضع للقانون الخاص[2] .

غير أن هذا الرأي لم يسلم من الإنقاذ حيث اعتبر الأستاذ ناصر لباد استنتاج الأستاذ بناجي غير صحيح سيما بعد صدور المرسوم التنفيذي 91 – 434الذي أعاد عنصر الصفقة العمومية، وكذلك مرسوم 02-250ومرسوم 10 – 236 كلما تحمل عنصر الصفقات العمومية .

وعليه فإن استعمال عبارة المتعامل العمومي ليس معناها أن الصفقات العمومية ليست عقود إدارية وإنما التسمية كانت نتيجة تأثير المشرع بمفاهيم الإشتراكية.

وفي المقارن نجد أن أغلب فقهاء القانون العام في مصر وفرنسا حيث يعتبرون أن الشركات المساهمة العامة والجمعيات التعاونية التابعة للمؤسسات العامة هي من أشخاص القانون الخاص، تخضع أساس ألحكام القانون الخاص تخضع للقضاء العادي في نفس السياق .نجد الأستاذ بن علية حميدة، هذا الأخير الذي كيف الصفقة العمومية تكييفا مغايرا، حيث يرى بأن الصفقة العمومية في الجزائر لا هي بالعقد المدني وال بالعقد الإداري، و إنما هي عبارة عن عمل إداري مركب يجمع بين وسائل القانون العام ووسائل القانون الخاص[3].

1- ناصر لباد- **مرجع سابق** ، ص 160

2- ناصر لباد ،**المرجع السابق** – نفس الصفحة

3- بن علية حميد– **مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الجزائري**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه دولة في القانون كلية الحقوق – 2 جامعة الجزائر 2006 ص 258

وإن كان هذا الرأي مقبول نوعا ما خاصة إذا ما لا حاضناه من الجانب العملي ولكن رغم ذلك نقول أن هذا التكييف يعتبر معقد نوعا ما ذلك ألنه يزيد من صعوبة تحديد الجهة القضائية المختصة في منازعات الصفقات العمومية، وبالتالي يصعب تحديد القانون الواجب التطبيق .

الفرع الثالث: الإتجاه الوسطي في تحديد طبيعة الصفقة العمومية

إن الرأيان السابقين الذكر يعتبران محاولة من الفقه الجزائري و حتى الفقه المقارن من أجل إعطاء تكييف للصفقة العمومية في الجزائر ، حيث اعتبر الأستاذ ناصر لباد أنه يجب أن ينظر إليهما بصفة نسبية سواءا الرأي الأول الذي يرى بأن الصفقات العمومية هي عقود إدارية و على رأسهم الأستاذ محيو، أو الرأي الثاني الذي يعتبر أن الصفقات العمومية حاليا في الجزائر لا تعتبر عقود إدارية [1]، أما رأي الأستاذ لباد نفسه فيعتبر أن تحديد الطبيعة القانونية للصفقات العمومية قبل 1996 كان لا يطرح أي إشكال ألنه كان يسود نظام قضائي موحد، فلم يكن هناك قاضي عادي و لا إداري و إنما كان هناك اختصاص داخل الأجهزة القضائية[2].

أما بعد 1996 فقد تم تكريس الإزدواجية القضائية في الجزائر، وهنا أصبح الإشكالية يطرح حول اختصاص القاضي الإداري والعادي في مجال الصفقات العمومية، خاصة وأن قانون الصفقات العمومية لم يحدد الطبيعة القانونية للصفقات العمومية.

وفي الأخير نقول انه في غياب المعيار المادي فإنه يصعب تحديد الطبيعة القانونية للصفقات العمومية، فإنه نستند للمعيار العضوي وهو معيار رسمي للمنازعات الإدارية، وعليه يمكن اعتبارها نوعا من أنواع العقود الإدارية إذا ما استندنا للمعيار العضوي وهو

[1]- ناصر لباد – **دور الصفقات العمومية في العقود الإدارية** – المرجع السابق ص 162

[2]- كان هناك قاضي مختص في المسائل الإدارية في الفرقة الإدارية للمجالس القضائية أما القانون الواجب التطبيق هو قانون الإدارة العمومية وهو مزيج بين القانون العام والقانون الخاص، أما النزاعات المقاولات الاشتراكية العمومية فكانت تخضع للتحكم بموجب الأمر 75-44 المؤرخ في 17 جوان 1975 المتعلق بالحكم الإجباري

معيار رسمي للمنازعات الإدارية، وعليه يمكن اعتبارها نوعا من أنواع العقود الإدارية إذا ما استندنا للمعيار العضوي والذي نصت عليه المادة 6 من قانون 15 – 247.

المطلب الثاني : المعايير المعتمدة في تحديد طبيعة الصفقة العمومية

اعتماد معايير لتحديد الطبيعة القانونية للصفقات العمومية أمر مهم من أجل تحديد الجهة القضائية المختصة في الفصل في النزاع، وبالتالي تحديد القانون المطبق عليه، ولكن هذا طبعا بعد اللجوء إلى الحل الودي بين الطرفين حسب ما نص عليه قانون الصفقات العمومية .

وفي هذا الصدد فقد تم اعتماد معيارين وهما: المعيار العضوي والمعيار المادي

الفرع الأول: المعيار العضوي

من المسلم به أن العقد الذي لا تكون الإدارة طرفا فيه لا يعد عقدا إداريا وبالتالي فالصفقة العمومية يجب أن تكون أحد أطرافها شخصا من أشخاص القانون العام .والمعيار العضوي يستمد مصدره من المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص "المحاكم الإدارية هي جهات الوالية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل.

في أول درجة، بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الوالية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية طرفا فيها"[1]

كما كرس المعيار العضوي لتحديد طبيعة النزاع في الصفقات العمومية في المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15 – 247 والتي تنص "لا تطبق أحكام هذا الباب الأعلى الصفقات العمومية محل نفقات :

[1]-ا لمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية – القانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 جريدة رسمية رقم 21 سنة 2008.

- § الدولة .
- § الجماعات الإقليمية .
- § المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري .
- § 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، وتدعى في صلب النص " المصلحة المتعاقدة"[1]

" والملاحظ أن هناك تباين بين المادة 6 من المرسوم 15 – 247 والمادة 800 من قانون الصفقات العمومية .

وسنتطرق للأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 6 والتي يطبق المعيار العضوي على منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها:

أولا : الدولة

والدولة هي تجمع سياسي يؤسس كيانا ذا اختصاص سيادي في نطاق إقليمي محدد ويمارس السلطة عبر منظومة من المؤسسات الدائمة .

والمقصود بالدولة الذي جاءت به المادة 6 هي مجموع الأجهزة والإدارات العمومية وتتمثل في:

مصالح رئاسة الجمهورية - الوزارات وما يرتبط بها من أجهزة وتنظيمات وتفريعات إدارية غير متمتعة بالشخصية المعنوية سواءا كانت قائمة في العاصمة أو موجودة عبر الواليات

[1]- المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

والجهات مثل المديريات الجهوية، والمديريات الولائية إذ أنها تمثل عدم تركيز إداري أي كإحدى صور النظام المركزي[1].

ثانيا: الجماعات الإقليمية

تعتبر الجماعات الإقليمية بمثابة الهيئات الأساسية للتنظيم الإداري للدولة، والهدف من وجودها هو إشباع الحاجات العامة التي في الغالب يعجز أو يمتنع القطاع الخاص عن تلبيتها لقلة والجماعات مردوديتها أو طول أجالها الإقليمية في الجزائر هي الولاية والبلدية[2].

1. **الولاية** : وهي مجموعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي وأهلية التعاقد، ووظيفتها قد تفرض عليها الدخول في عالقات عقدية لتنفيذ مشاريع تنموية وخدمات للمواطنين ، ومن أهم العالقات العقدية التي تبرمها نجد الصفقات العمومية.[3]

وقد أكد المشرع في قانون الوالية صراحة خضوع الصفقات التي تبرمها لقانون الصفقات العمومية حيث نصت المادة 135 من القانون رقم 12-07المتضمن قانون الولاية[4] .

على ما يلي " الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للوالية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري، طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية"

وبالتالي كل المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية وتكون أحد أطرافها الوالية تؤول للقضاء الإداري استنادا للمعيار العضوي .

2. **البلدية:** تعتبر البنية القاعدية في التنظيم الإداري الجزائري، وهي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلالية المالية .

---

[1]- محمد الصغير بعلي ، **العقود الإدارية** ،المرجع السابق ،ص 12- 13.

[2]- بن سعين نصر الدين وشريف مصطفى ، **مجلة الباحث** عدد 10-2012 جامعة تلمسان ، الجزائر ص 161.

[3]- عمار عوايدي ، **الصفقات العمومية في الجزائر** ،المرجع السابق ص 61.

4- القانون رقم 12-07 المؤرخ في 2012/02/21 المتضمن قانون الولاية جريدة رسمية رقم 12

وبطبيعة وظيفتها ومهامها تفرض عليها الدخول في عالقات عقدية ومن أهمها الصفقات العمومية.

وقد أكد المشرع صراحة خضوع البلدية لقانون الصفقات العمومية وهذا من خلال المادة 189من قانون 11-10 المتضمن قانون البلدية التي تنص " يتم إبرام صفقات اللوازم أو الأشغال أو تقديم الخدمات التي تقوم بها البلدية والمؤسسات العمومية ذات طابع الإداري طبقا للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفقات العمومية " وبالتالي أي منازعة ناتجة عن هاته الصفقات تؤول للقضاء الإداري تطبيقا للمعيار العضوي[1].

ثالثا: المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:

وهي عبارة عن شخص معنوي خاضع للقانون العام ومكلف بتسيير مرفق عام، تعمل في ميدان متخصص في النشاط الإداري، موضوع تحت وصاية الدولة أو جماعة محلية، وتتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، ما يمكنها في الدخول في عالقات عقدية كالصفقات العمومية

المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري .

الفرع الثاني: المعيار المادي

وهو موضوع الصفقة العمومية أو ما يعرف بالعيار الموضوعي ويتمثل في أمرين هما : اتصال الصفقة بالمرفق العام، واحتواء عقد الصفقة العمومية على شروط استثنائية

[1]- القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتضمن قانون البلدية جريدة رسمية رقم 37 سنة 2011

1. إرتباط الصفقة العمومية بالمرفق العام

إن إبرام عقود الصفقات العمومية يهدف أساسا لخدمة النفع العام وذلك من خلال نفقات الإدارة العامة ألموالها العمومية ويكون ذلك عن طريق مجموعة من العمليات التي يشملها موضوع الصفقة العمومية، وكل ذلك لصالح الهيئات الإدارية العامة تحقيقا للنفع العام .

والمرفق العام هو ذلك النشاط الذي تتولاه الإدارة ويستهدف النفع العام[1].

وقد تطور مفهوم المرفق العام بشكل كبير فإلى جانب المرافق العامة الإدارية ظهرت المرافق العامة الصناعية والتجارية ويعتبر المرفق العام من أحد أبرز المعايير المعتمدة إضافة الصبغة الإدارية على الصفقة العمومية[2].

وقد نص المشرع على أربع عمليات تتعلق بخدمة أغراض المرفق العام يمكن أن تشملها الصفقة العمومية وهي: انجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، انجاز الدراسات، تقديم الخدمات[3] .
و يعتبر حكم بلانكو الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية سنة 1873 حجر الزاوية في نظرية المرفق العام باعتباره أول الأحكام القضائية التي استندت إلى هذا المعيار، وتتابع بعد ذلك صدور الأحكام القضائية سواءا من القضاء الإداري أو القضاء العادي مطبقة معيار 2 المرفق العام كمعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري[4]
وفكرة المرفق العام هي مرتبطة بشكل أساسي بالصالح العام فكلما اتسع مجال نشاط المرفق العام اتسع مجال الصالح العام، وكل نزاع موضوعه المصلحة العامة هو نزاع إداري

[1]- عمار بوضياف ، **الصفقات العمومية في الجزائر** ، المرجع السابق ص 59.

[2]- محمد سليمان الطهاوي، **المرجع السابق** ص 73.

[3]-المادة 29 من المرسوم 247/5 .

[4]- انظر خمري حمزة ، **منازعات الصفقات العمومية** ، مذكر لنيل شهادة الماجستير فرع قانون عام ، جامعة بسكرة 2006-2005 ص25.

وفكرة الصالح العام تتميز بالمرونة ففي الدول المقارنة نجد على سبيل المثال مصر وفرنسا قد عرفت عندهم فكرة الصالح العام تطورا كبيرا إلى درجة أصبحت كل صفقة أو عقد تبرمها المرافق العمومية الصناعية والتجارية يكون هدفها الصالح العام تكون منازعاتها إدارية [1].

2. احتواء عقد الصفقة العمومية على شروط استثنائية غير مألوفة :

تعتبر أحد أهم آليات التمييز وهي شروط غير مألوفة في العقود الخاصة لذا تعتبر استثنائية إذا تعرف على أنها: جميلة من شروط المرتبطة بالسلطة العامة والتي ما أن تضمها عقد مدني إلا وأعتبر باطلا لمخالفة النظام، وال يشترط أن تتوفر في العقد كل الشروط بل توافر شرط واحد يكفي حتى يكون العقد مشتملا على شروط غير مألوفة[2].

ومن أبرز الشروط التي تمارسها الإدارة وتعتبر غير مألوفة نذكر سلطة الرقابة والتوجيه والتوقيع الجزاءات المختلفة، وكذا حقها في تعديل شروط العقد وسلطة فسخ العقد وإنهائه تحقيقا للمصلحة العامة والحفاظ على سير المرفق العام وطبقا مع التزامها بالحدود والضوابط التي وضعها المشرع حفاظا على حقوق المتعاقد معها .

وفي الأخير نقول إنه بالرغم في أهمية المعيار المادي على اعتبار أنه يوسع من مجال اختصاص القاضي الإداري ،إلا أن تكرسيه في بلدنا في مجال الصفقات العمومية كثيرا ما يصعب تطبيقه واكتفاء المشرع بالمعيار العضوي أي أن الجهة الإدارية لا بد أن تكون طرفا في النزاع.[3]

---

[1]- سليمان محمد الطماوي، **المرجع السابق**، ص 27

[2]- بوعمران عادل ، **المرجع السابق** ،ص 87

[3]- المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المبحث الثاني : ماهية الصفقات العمومية

المطلب الأول: تعريف الصفقة العمومية

للوصول إلى تعريف الصفقة العمومية كان لزاما علينا التطرق إلى التعريف الذي قدمه المشرع الجزائري عقب كل التشريعات المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية ومقارنته بالتعريف الذي قدمه الفقه والقضاء من خلال ثلاثة فروع:

- التعريف التشريعي.
- التعريف الفقهي.
- التعريف القضائي

الفرع الأول: التعريف التشريعي

لقد اهتم المشرع الجزائري بتعريف الصفقة العمومية ونظمها تحت ظل عقود الإدارة العامة وأخضعها لعدة تعريفات وبالرجوع إلى الأمر 90/67 المؤرخ في: 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية في مادته الأولى بان الصفقة العمومية هي" عقود مكتوبة تبرمها البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد انجاز إشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون[1].

يتضح لنا من خلال هذا التعريف إن المشرع الجزائري قد استخدم مجموعة من العناصر يمكن اعتبارها معايير للتعريف بالصفقات العمومية, معيار شكلي الصفقات العمومية عقود مكتوبة ,معيار عضوي تبرمها العمالات (الولايات) أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية.

[1]- المادة 01 من لأمر 90/67 المؤرخ في: 1967/06/17، الجريدة الرسمية رقم 52 المؤرخة في 1967/06/27.

أما القانون 145/82 المؤرخ في:10 افريل 1982 المتضمن صفقات المتعامل العمومي في مادته الرابعة فتعرف الصفقة العمومية بأنها عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود والمبرمة وفقا للشروط الواردة في هذا المرسوم قصد انجاز الإشغال واقتناء المواد والخدمات"[1].. والملاحظ من هذا التعريف انه عبر عن الصفقة العمومية بمصطلح جديد و هو مصطلح المتعامل العمومي في مفهوم هذا المرسوم

- § جميع الإدارات العمومية .
- § جميع المؤسسات والهيئات العمومية.
- § جميع المؤسسات الاشتراكية.
- § أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفويض لعقد صفقة, تطبق أحكام هذا المرسوم على الصفقات التي تبرمها المؤسسة التي يكون جل رأسمالها عموميا.

كما أن المشرع بهذه المادة وسع من مدلول المتعامل العمومي أو الجهة الإدارية المتعاقدة ليشمل المؤسسة الاشتراكية والاقتصادية (الصناعية والتجارية) , خلافا لما كان سائدا في الأمر الرئاسي 90/67 الملغي الذي اقتصر فيه مدلول المتعامل على الإدارة في معناها التقليدي أي المرافق العامة الإدارية دون المرافق الاقتصادية , وقد أثرت ذلك سلبا على المؤسسات الاقتصادية مما دفع بالمشرع إلى التراجع عن هذا التوسع في مدلول المتعامل العمومي وقد حصر مجال الإدارة العامة في معناها الضيق وذلك بموجب المرسوم 126/86 المؤرخ في : 1986/05/13 و المرسوم 72/88 المؤرخ في 1988/03/29.

إما المرسوم التنفيذي 343/91 المؤرخ في: 1991/11/09 المعدل للمرسوم 145/82 فقد عرف الصفقة العمومية في المادة الثالثة منها بأنها " عقود مكتوبة حسب التشريع الساري

[1]- انظر خمري حمزة ، **منازعات الصفقات العمومية** ، مذكر لنيل شهادة الماجستير فرع قانون عام ، جامعة بسكرة 2006-2005 ص30.

على العقود والمبرمة وفقا للشروط الواردة بهذا المرسوم قصد انجاز الإشغال واقتناء المواد والخدمات للصالح العام.

والملاحظ أن المشرع الجزائري ركز على عدة معايير منها المعيار الشكلي وهو الكتابة أي أنه ركز على شكل الصفقة العمومية وعلى الكتابة كشرط لإبرامها ,والمعيار المادي وهو المعيار الذي يحدد محتويات العقود والمواد التي تدخل في إطار الصفقات العمومية وهي عقود التوريد وعقود الاقتناء والمواد والخدمات.

وركز أيضا على الهدف منها وربطها بالمصلحة العامة.

أما المعيار العضوي الذي كان معمولا به في القوانين السابقة فلم يشر إليه المشرع في هذه المادة ولكنه تعرض لمه في المادة الثانية حيث جاء فيها "لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمسماة أدناه المصلحة المتعاقدة"[1].

كما حدد معنى المصلحة المتعاقدة التي أشارت إليها المادة الثالثة في المرسوم على أنها نفس الجهات الإدارية المعروفة في ظل القوانين السابقة وزيادة عبارة المؤسسات المستقلة وعلى هذا الأساس يمكن القول أن المشرع أضاف جديد في هذه المادة ويمكن حصره في نقطتين:

- فقد أضاف في هذا المرسوم مؤسسة جديدة للمؤسسات التقليدية التي كانت تشكل المعيار العضوي وهي المؤسسات المستقلة التي اغفل عن ذكرها في النصوص القانونية السابقة.
- كما أضاف إلى نفس المعيار مؤسسات أخرى كمراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هاته الأخيرة باتجاه المشاريع

[1]- أنظر ناصر لباد، **مرجع سابق**، ص 161.

والاستثمارات العمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة. إما المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في: 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم في مادته الثالثة فقد عرف الصفقات العمومية بأنها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به , تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الإشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة [1]."

نلاحظ أن المشرع جمع المعايير الثلاث ,المعيار الشكلي وهو شكل الكتابة ,المعيار المادي وهي المواد التي تدخل في إطار الصفقات العمومية وهي عقود انجاز الأشغال وعقود اقتناء المواد والخدمات والدراسات . دون أن يغفل المعيار العضوي حيث استعمل عبارة المصلحة المتعاقدة كما وردت في إطار المادة 02 من المرسوم التنفيذي91/ 343 الملغى .

وباستقراء المادة 04 من المرسوم الرئاسي10/ 236المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تجدها تنص على إن " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ،قصد انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة."

حيث نجد أن المشرع قصد إبرام هذه العقود على الإدارات العمومية فقط والتي وردت في النص تحت عبارة " المصلحة المتعاقدة " والمقصود بها مجموع الإدارات والهيئات المنصوص عليها في المادة 02 من المرسوم الرئاسي10/ 236 المعدلة بالمادة 02 من المرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في: 2013/01/13 والتي أصبحت على الشكل التالي: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات.

- الإدارات العمومية

[1]- انظر ناصر لباد ، **مرجع سابق،** مجلة الفكر البرلماني، العدد 29 الجزائر 2012 ص154.

- الهيئات الوطنية المستقلة
- الولايات
- البلاديات
- المؤسسات ذات الطابع الإداري

الفرع الثاني: التعريف القضائي

رغم وجود نص صريح في القانون لتعريف الصفقات العمومية إلا أن القضاء الإداري الذي من خصائصه المرونة والتطور والإنشاء, يسعى دائما إلى الاجتهاد في أعماله. فالاجتهادات القضائية لمحكمة التنازع قد كرست المعيار العضوي معيارا أساسيا لتوزيع الاختصاص بين القضائيين العادي والإداري بصريح العبارة نذكر على سبيل المثال بعض القرارات القضائية الصادرة عنها بهذا بخصوص:

- القرار الصادر عن محكمة التنازع بتاريخ: 17-07-2005 رقم الملف 16 فهرس 01 نجدها قد اعتمدت المعيار العضوي لتحديد الجهة القضائية المختصة بقولها في حيثيات القرار:" وإنه بتغليب المعيار العضوي باعتباره المبدأ فإنه يتعين التصريح باختصاص الجهة القضائية المدنية للفصل في النزاع المعروض عليها..."

وقد عرف مجلس الدولة الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة والخواص حول مقاولة او انجاز مشروع أو خدمات[1].

وقد انتقد هذا التعريف من عدة نواحي :

- حصر الصفقات العمومية في العقود المبرمة بين الدولة واحد الخواص في حين تبرم بين هيئتين عموميتين.

[1]- عمار بوضياف، القرار الإداري،**دراسة تشريعية، قضائية فقهية**، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص36.

- استعمل مصطلح المقاولة عوض مصطلح عقد الأشغال الذي يتماشى مع قانون الصفقات العمومية .
- انطلاقا من التعريف الذي أعطاه القضاء الإداري فان الصفقة العمومية تخص الدولة وحدها وهذا يتنافى مع نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 03/13 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 236/10 , كما أن الصفقة قد تجمع بين إدارتين عموميتين لكن دون تطبيق قانون الصفقات العمومية.

كما أن هذا التعريف استعمل مصطلح "مقاولة" وكان حري بمجلس الدولة أن لا يستعمل هذا المصطلح ذو المفهوم المدني , حيث يعرف عقد المقاولة حسب ما ورد في المادة 549 من القانون المدني , هذا بالإضافة إلا أن موضوع الصفقة العمومية لا يقتصر على انجاز المشاريع أو هو ادعاء الخدمات بل هناك صفقات أخرى مثل صفقة التوريد والقيام بالدراسات.

الفرع الثالث: التعريف الفقهي

لقد عرف الفقه العقد الإداري بأنه ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه أو تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وذلك بتضمن العقد شروطا أساسية غير مألوفة في القانون الخاص" ومرد ذلك المرفق العام وما يتمتع به من امتيازات السلطة العامة مما تجعله يسمو عن المتعاقد معه[1].

نفس التعريف ذهب إليه الأستاذ سليمان الطماوي في تعريفه للعقد الإداري بأنه " ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام ,بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه ,وتظهر فيه نية الإدارة

[1]- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشملاني ، **العقود الإدارية وأحكام إبرامها**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة2008، ص20.

في الأخذ باحكام القانون العام ,وأية ذلك أن يتضمن العقد شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص .وان يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام[1]".

وقد عرفه أيضا المستشار الدكتور عبد الفتاح صبري بقوله انه " أن العقد الإداري هو عقد شانه شان العقد في القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين على إنشاء , التزام آو تعديله آو إلغائه وقوامه الإيجاب والقبول الذي يجب أن يتم من خلال الأوضاع الشكلية والإجراءات المنصوص عليها حتى ينتج أثاره الصحيحة وشانه شان العقود الخاصة بحيث يقوم التراضي وإلا كان سببا في عدم مشروعيته"[2]

ويرى الأستاذ الدكتور عمر حلمي أن المقصود بالعقود الإدارية وحسبما استقر عليه القضاء الإداري في فرنسا ومصر انه " هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام آو تنظيمه .وتظهر فيه الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام ,ومناط ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"[3].

المطلب الثاني: أنواع الصفقات العمومية

لقد أورد المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية أربعة أنواع من العقود الإدارية تخضع كلها لقانون الصفقات العمومية , غير أنه لم يعطي تعريفا لأي نوع من هذه العقود في بداية الأمر , لكنه في المرسوم الرئاسي10/ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية قد أورد تعريفا لكل عقد وبالرجوع للمادة 04 الفقرة الثالثة من المرسوم السابق الذكر فإنها

[1]- - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشملاني ، **العقود الإدارية وأحكام إبرامها، مرجع سابق، ص15.**

[2]- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشملاني، **المرجع السابق**، ص16.

[3]- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشملاني، **المرجع السابق**، ص17.

تنص على " قصد انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة[1]

وفي ما يلي نتطرق إلى كل عقد على حدي:

الفرع الأول: صفقات انجاز الأشغال

إن القوانين السابقة التي نظمت الصفقات العمومية لم تعطي تعريفا لعقد الأشغال العامة وإنما اكتفت بالنص عليه. حيث ذهب الفقه في ظل غياب النص القانوني المنظم للصفقات العمومية على تعريف عقد الأشغال العامة على انه اتفاق الإدارة مع متعاقد أخر(المقاول ENTREPRENEUR) قصد القيام ببناء مساكن, سد, طريق.) "أو ترميم (جسر قديم, منشآت أثرية) , أو صيانة (دهن مباني إدارية, تنظيف....) منشآت عقارية تابعة لها.

وفي تعريف أخر عرف عقد الأشغال العامة أو عقد المقاولة هو اتفاق بين الإدارة واحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير - بمقابل - ببناء أو ترميم و صيانة عقارات معينة الحساب الإدارة تحقيقا لمنفعة عامة. فعقد الأشغال العامة يجب أن يكون متعلقا بعقار, وان لم يكن مملوكا للإدارة, كما إذا كان ملكا لملتزم أو لأحدى الجمعيات ذات النفع العام. ويجب أن تتم الأعمال المكونة للأشغال العامة بقصد تحقيق نفع عام وليس تحقيقا لكسب مالي, ولا يلتزم في الأعمال التي تتم لحساب الإدارة أن تتمثل في أعمال البناء بل قد تكون من أعمال الصيانة كتنظيف الشوارع والأماكن العامة.

أما المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم في مادته 13 فقد أورد تعريفها كما يلي: " تهدف صفقة الأشغال إلى قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها في ظل احترام البنود التي

[1]- المادة 4 من المرسوم التنفيذي 236/10 المؤرخ في : 2010/10/07 الجريدة الرسمية رقم 58 المؤرخة في 2010/10/07.

تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع. إذا تم النص على تقديم خدمات في الصفقة ولم تتجاوز قيمة مبالغها قيمة الأشغال, فان الصفقة تكون صفقة أشغال." [1]وبإعطاء المشرع الجزائري تعريفا دقيقا لعقد الأشغال العامة من خلال المادة 13 من المرسوم الرئاسي236/10 المعدل والمتمم أغلق الباب أمام الاجتهادات الفقهية والقضائية رغم أن هذا التعريف جاء مفصلا ليتوافق مع التعريف الذي قدمه الفقه , كما أن التعريف التشريعي جاء مستوفيا للشروط التي تنطبق على عقد الأشغال العامة والتي يمكن استخلاصها من التعريف وتتحدد في ثلاث شروط وهي:

1-أن ينصب على عقار:

والمقصود هنا إحداث تغيير على العقار موضوع العقد سواء تعلق الأمر بالبناء أو الهدم أو الترميم أو الصيانة والحفر والتزيين ,والمقصود أيضا هنا العقار بطبيعته أي استثناء العقارات بالتخصيص كالمنقولات الضخمة مثل السفن , فلم يعتبر القضاء الإداري في فرنسا من عقود الأشغال العامة الاتفاقات التي يكون محلها إعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات.

أي أن عقد الإشغال العامة ينصب على عقار (بناء طريق, سد) ذلك أن المنقول لا يصلح العقد الأشغال العامة (مثل إصلاح وصيانة سيارات الإدارة....).

2-أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام:

والمقصود هنا بالأشخاص العمومية مجموعة الإدارات المنصوص عليها في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 03المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 236/10 , وكما سبق الإشارة إليه يجب أن تكون الإدارة طرفا في العقد حتى نكون أمام عقد إداري .

[1]- المادة13 من المرسوم التنفيذي 236/10 المؤرخ في : 2010/10/07 الجريدة الرسمية رقم 58 المؤرخة في 2010/10/07

يمكن أن يعد من الأشغال العامة ما يجري من الأشغال على عقار مملوك لأحد الأفراد أو المشروعات الخاصة إذا كان شخص معنوي عام, كأن يكون مال العقار إليه بعد انتهاء الأشغال [1].

أي أنه يجب أن يكون الشغل العام لحساب الإدارة العامة المتعاقدة حتى وان كان العقار ملكية خاصة, مثل دهن مساكن خاصة محاذية لطريق عمومي في إطار عملية إدارية التنظيف المحيط.

3- أن يهدف العقد إلى تحقيق المصلحة العامة: عرفت هذه الفكرة تطورا كبيرا عبر الزمن حيث كانت الأشغال العامة في البداية تقتصر على الأشغال الواقعة على العقارات التي تدخل ضمن الدومين العام, حيث انه لو تمت هذه الأشغال علمي عقار يدخل ضمن الدومين الخاص لما اعتبر العقد إداريا , ومن البديهي أن ما تقوم به الإدارة العامة من تعبيد الطرق ومد شبكات الغاز والكهرباء أو الإنارة العمومية أو بناء المستشفيات أو غيرها من المنشآت الضرورية يعود بالمنفعة العامية ويساهم في رفع التنمية الاقتصادية , أي انه يجب أن يهدف الشغل العام إلى تحقيق المنفعة العامة.

الفرع الثاني: صفقات اقتناء اللوازم

أن أي منشاة تنجزها الدولة تحتاج إلى تجهيزات وتحصل عليها المصلحة المتعاقدة عن طريق إبرام مجموعة من العقود لتسيير الشؤون العامة, ونظرا لأهميتها هي الأخرى فقد أوردها المشرع الجزائري تعريفا في المادة 13 من نفس المرسوم السالف الذكر بأنها " تهدف

[1]- محمد الصغير بعلي، **العقود الإدارية** ، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2004، ص22.

صفقة اللوازم إلى اقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد[1]

إذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة ولا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم , فان الصفقة تكون صفقة لوازم , يمكن أن تشمل الصفقة المتضمنة اقتناء اللوازم مواد تجهيز أو منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة والتي تكون مدة عملها مضمونة أو محددة بضمان".. وصفقة اقتناء اللوازم هي ما يعبر عنه فقها بعقد التوريد وقد عرف على أساس انه "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وشركة خاصة أو فرد يتعهد بموجبه الشخص بتموين الشخص العام بمنقولات يحتاج إليها مرفق عام لقاء ثمن محدد".

و كما يعرف بأنه اتفاق تبرمه الإدارة المتعاقدة مع شخص أخر (المورد: Fournisseur) وذلك بقصد تموينها وتزويدها باحتياجاتها من المنقولات مثل : الأثاث المكتبي للإدارة, الأدوية بالنسبة للمستشفي, الكتب للمكتبة العمومية, الخبز للمطعم الجامعي....الخ.

نستنتج من التعريفين التشريعي والفقهي أن عقد اقتناء اللوازم يتعلق بالمنقولات على عكس عقد الأشغال العامة الذي يكون محله دائما عقارا,كما أن صفقة اللوازم يمكن أن تكون ضمن الأشغال إذا ارتبطت بوضع وتنصيب هذه اللوازم شرط أن لا يتعدى مبلغها قيمة اللوازم إن ما يميز صفقة اقتناء اللوازم عن عقود التموين الخاصة اتصالها بمرفق عام , كما انه يشترط في العقد إتباع أساليب القانون العام .

يمكن لصفقة اقتناء اللوازم أن تتم دفعة واحدة ويمكن أن تكون على شكل دفعات أو حصص وتعتبر عقود اللوازم هي المجال الخصب التطبيق نظرية الظروف الطارئة لأنه ويفعل الحركة الاقتصادية الدعوية تشهد أسعار اللوازم اضطرابا مستمرا.

[1]- المادة 13 من المرسوم التنفيذي 236/10 المؤرخ في : 2010/10/07 الجريدة الرسمية رقم 58 المؤرخة في 2010/10/07.

أن الصفقة التعاقدية لصفقة اقتناء اللوازم تجعلها تتميز عن إجراء المصادرة الذي يسمح أيضا للإدارة بالحصول على أشياء منقولة .

فهي في كلا الحالتين تستعمل أسلوب القانون العام لكن الفرق بينهما هو عملية التعاقد. تقوم الإدارة العامة بإبرام هذه العقود لسد حاجاتها أو حاجات الجمهور كأن تتعاقد للحصول على مادة غذائية أساسية مثل القمح أو السكر أو اللقاحات الخاصة بمكافحة الأوبئة , أو اقتناء آلات إنتاجية تخص مصنع معين.

الفرع الثالث: صفقات القيام بالدراسات

لقد تناول المشرع الجزائري صفقة القيام بالدراسات في المادة 03 من المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم دون أن يورد لها تعريفا تاركا ذلك للفقه والقضاء ولعل ذلك راجع أن صفقة /القيام بالدراسات لم تكن منتشرة في السابق , لكنه تدارك ذلك في المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم حيث تنص المادة 13 على انه "تهدف صفقة الدراسات إلى القيام بدراسات نضجه , واحتمالا تنفيذ مشاريع أو إبرام تجهيزات عمومية لضمان أحسن شروط انجازها و/أو استغلالها.

تشمل صفقة الدراسات ,عند إبرام صفقة أشغال ,مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على الأشغال والمساعدة التقنية لفائدة صاحب المشروع[1].

أما الفقه فيعرف صفقة القيام بالدراسات على أنها "اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص أخر طبيعي أو معنوي يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بانجاز دراسات محددة في العقد لقاء مقابل تلزم الإدارة بدفعه تحقيقا للمصلحة العامة".

[1]- المادة 13 من المرسوم التنفيذي 236/10 المؤرخ في : 2010/10/07 الجريدة الرسمية رقم 58 المؤرخة في 2010/10/07

كما يعرف كذلك صفقة القيام بالدراسات بأنها "اتفاق بين إدارة عامة وشخص أخر (طبيعي أو معنوي) من ذوي الخبرة والاختصاص", يتم بمقتضاه القيام بدراسات واستشارات تقنية في ميدان معين لصالحها".

وبهذا الصدد , تنص المادة 03 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في : 05/15/ 1988المعدل والمتمم , الذي يتضمن ليفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في مجال البناء واجر ذلك, على ما يلي: "المستشار الفني شخص طبيعي أو معنوي تتوفر فيه الشروط والمؤهلات المهنية والكفاءات التقنية والوسائل اللازمة الفنية في مجال البناء الصالح رب العمل وذلك بالتزامه إزاء هذا الأخير على أساس الغرض المطلوب واجل محدد ومقاييس نوعية ".

يمكن أن يكون المستشار الفني على الخصوص مهندسة معماريا أو مكتب دراسات مختص أو متعدد الاختصاصات معتمدا طبقا للتشريع الجاري.

و تقوم الإدارة العامة بإبرام هذا العقد لدراسة بعض المشاريع التي ترغب في انجازها ,وقد تكون هذه الدراسة تقنية أو اقتصادية , كان تسند الإدارة إلى مكتب دراسات هندسية أو قضائية مهمة دراسة قطعة ارض لاستغلالها في بناء مرفق عام , أو مهمة المراقبة التقنية لهذه الأشغال كما هو الحال في حالة تقييم الوحدات التي تم انجازها في إطار عقد الأشغال.

كما يمكن للإدارة أن تسند للمتعاقد مهمة الإشراف ومتابعة سير الأشغال , أو مهمة إعداد مخطط هندسي لمنشاة معينة . كما يمكن أن يتعلق الأمر بمنقولات كتجهيزات عمومية أو أسلحة أو آلات إنتاجية أو أجهزة الكترونية أن كانت ذات أهمية[1].

[1]- ناصر لباد ، **مرجع سابق،** مجلة الفكر البرلماني، العدد 29 الجزائر 2012 ص155.

الفرع الرابع: صفقات تقديم الخدمات

تعتبر نوع من عقود التوريد أي أن عقد التوريد يشملها, ويعرف المشرع الجزائري هذا النوع من العقود في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10- 236 المعدل والمتمم بأنها "صفقة تقديم الخدمات هي كل صفقة تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات[1]."

وما يمكن ملاحظته من هذا التعريف التشريعي انه جاء مبهما ويكتنفه الغموض ,وكان حري بالمشرع الجزائري أن يتبنى تعريفا من التعاريف التي قدمها الفقه والقضاء.

ويعرف الفقه هذا العقد بأنه " اتفاق بين الإدارة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي) قصد تقديم خدمات يحتاجها المرفق العام في إدارته وتسييره كان تلجأ الجامعة إلى التعاقد مع مؤسسة للتنظيف قصد السهر على تنظيف الأقسام والمدرجات وحماية المحيط في أن تتفق البلدية مع مؤسسة متخصصة في الإعلامية لإقامة شبكة نظام للإعلام الآلي بمقر البلدية.2 وفي الأخير نود فقط إيضاح أن عملية الترتيب بخصوص هذه العقود والتي هي على الشكل الأتي:

- صفقة أشغال.
- صفقة اقتناء لوازم
- صفقة القيام بالدراسات.
- صفقة تقديم خدمات.

[1]- المادة 13 من المرسوم التنفيذي 236/10 المؤرخ في : 2010/10/07 الجريدة الرسمية رقم 58 المؤرخة في 2010/10/07

فمن المعقول جدا والبديهي أن نقوم بانجاز عمل كالقيام بأشغال عمومية (بناء جديد أو ترميم....) دون توفير اللوازم لهذا الصرح والهيكل , وضمانا لتوفير الخدمات والكفاءة حيث لا يكون هذا دون فكرة تسبقه وهي الدراسة المسبقة لهذا المشروع[1].

وحسب تحليلنا فان المشرع تبنى المعيار المالي في ترتيب أنواع الصفقات العمومية ولكنه كان من الأحسن ترتيب صفقة الدراسات هي الأولى لأنها هي أساس أنواع الصفقات العمومية , حيث لا نستطيع القيام بصفقة الأشغال دون الدراسة المسبقة لمشروع صفقة الأشغال ونفس الشيء لصفقة اقتناء اللوازم وصفقة تقديم الخدمات التي يجب أن تسبق بصفقة الدراسات.

[1]- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص23.

الفصل الثاني

أساسيات الأطراف المتعاقدة

تمهيد:

ينشأ عند إبرام الصفقة العمومية ودخولها حيز التنفيذ حقوقا والتزامات يتعين على الأطراف احترامها وعلى ضوء السلطات الواسعة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها والمركز التعاقدي الذي لا مثيل له في عقود القانون الخاص ,حيث تتمتع فيما تبرمه من صفقات بمركز متميز في مواجهة المتعاقد معها وذلك رغبة في تحقيق المصلحة العامة من خلال الحفاظ على سير المرفق العام ,وفي سبيل تلك الغاية يتم تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة للمتعاقد , وإن كان ذلك لا يسوغ للمصلحة المتعاقدة التضحية بتلك المصلحة الشخصية كلية.

المبحث الأول : حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة

المطلب الأول : حقوق المصلحة المتعاقدة

أعترف قانون الصفقات العمومية الجزائري للمصلحة المتعاقدة بسلطة الرقابة عبر مختلف المراحل التي تمر بها الصفقات العمومية سواء قبل إبرامها وأثناء التنفيذ وبعده لتعلقها بحقوق الخزينة العمومية.

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

فالإدارة باعتبارها طرفا أساسيا في العقد تتمتع بعدة سلطات تمكنها من الوقوف على تنفيذ الصفقة على النحو المتفق عليه في العقد, ويمكن إيجاز سلطات الإدارة وحقوقها فيما يلي:

- سلطة الرقابة والتوجيه.
- سلطة تعديل الصفقة بالإرادة المنفردة.
- سلطة توقيع الجزاء.
- سلطة فسخ العقد.

الفرع الأول: سلطة الرقابة والتوجيه

تتمتع الإدارة بحق الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد كما تملك سلطة توجيه المتعاقد و إصدار الأوامر والتعليمات اللازمة للتنفيذ. وغالبا ما تشترط الإدارة ضمن نصوص عقودها الإدارية أو في دفاتر الشروط العامة والخاصة التي تحيل عليها, حقها في إصدار القرارات التنفيذية التي تخضع تنفيذا لتوجيهها وتراقب المتعاقد في تنفيذ التزاماته.

فالإدارة عندما تتعاقد مع الأشخاص لا تتخلى عن مسؤوليتها للمتعاقد معهوا نما تعاون المتعاقد في تسيير المرفق تحت إشرافها ورقابتها .ويكون لزاما عليها الرقابة والتوجيه أثناء

عمل المتعاقد في تنفيذ العقد.

ولهذه السلطة نظيرها في عقود القانون الخاص إما في العقود الإدارية فان الإدارة تملك سلطات أوسع تتعدى الرقابة إلى توجيه المتعاقد إلى كيفية التنفيذ والتدخل باختيار الطريقة المناسبة للتنفيذ[1].

تنحصر سلطة الرقابة التي تباشرها المصلحة المتعاقدة في صورتين, فقد يقصد بها المعنى الضيق الذي يكون مرادفا لحق الإشراف, كما يمكن أن تتجاوز سلطة الرقابة مدلولها الضيق فلا يقتصر على مجرد الإشراف على التنفيذ وانما تتعدى ذلك إلى توجيه أعمال التنفيذ.

أولا:حق الإشراف

تمثل هذه الصورة المعنى الضيق لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية. ويكون المقصود بالرقابة هنا هو التحقق من أن المتعامل المتعاقد يباشر تنفيذ الصفقة طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، ومن ثم فان سلطة الرقابة بهذا المعنى تكون مرادفة لحق الإشراف (Droit de surveillance).

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].

تمارس سلطة الرقابية بمعنى الإشراف عن طريق الأعمال المادية التي تباشرها المصلحة المتعاقدة ,كزيادة ورشات العمل والتحقق من سلامة المواد المستعلمة وجودتها بواسطة الفحص والاختيار أو استلام بعض الوثائق للاطلاع عليها وفحصها[3] .

---

[1]- مازن ليلو راضي , **العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن**, مرجع سابق، ص100

[2]- محمود أبو السعود، **سلطة لإدارة في الرقابية على تنفيذ العقد الإداري**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية, كلية الحقوق جامعة عين شمس, العدد الأول. 1997, ص 200

[3]- عادل بوعمران ، **مرجع سابق**، ص 108

أو مراقبة نوعية المستخدمين من حيث الخبرة والتخصص في انجاز بعض الأشغال التي تتطلب وجود أشخاص لهم دراية وخبرة معينة تتطلبها طبيعة الأعمال موضوع الصفقة, كما تمارس أيضا عن طريق أعمال قانونية ,كان تصدر الإدارة أوامر تنفيذية أو تعليمات أو إنذارات للمتعاقد معها[1].

يفهم من ذلك أن المصلحة المتعاقدة تمارس الرقابة بهذا المعنى عن طريق إيفاد مهندسيها وتعيين مندوبيها بقصد الإشراف على تنفيذ الصفقة والتحقق من صلاحية المواد التي ينفذ بها المتعاقد التزاماته إذا ما تهدف إلى التأكيد من أن كل شيء يسير وفقا لمقتضيات الصالح العام ,وهذا الحق تتمتع به المصلحة المتعاقدة حتى ولو لم ينص عليه العقد ,كما أنها لا تستطيع التنازل عنه مقدما[2].

تتم عملية الرقابة والإشراف بصورة واضحة في عقود الأشغال العامة,حيث تكلف المصلحة المتعاقدة احد المهندسين أو الخبراء أو احد مكاتب الدراسات بمهمة متابعة احد مشاريع الأشغال قيد التنفيذ, ليقوم بإيفاد تقارير للإدارة يطلعها على مدى تقدم المشروع ومدى مطابقته للبنود الواردة في الصفقة ودفاتر الشروط, كما يمكن لهذا المكلف أن يقدم للإدارة الآراء والملاحظات التي يراها ضرورية حتى تقوم الإدارة بمهمتها بإصدار تعليمات تنفيذية تتعلق بالأشغال, أو أن تلجا إلى تعديل العقد ,وتعتبر الرقابية التي تمارسها الإدارة سلاح نو حدين ,فهي آلية تجبر من خلالها المتعاقد على ضرورة الالتزام بدفتر الشروط وقد تكون آلية لإرهاق المتعامل المتعاقد إذا تعسفت الإدارة في استعمال حقها ,وعلى ذلك يمكن للمتعاقد أن يلجا إلى القضاء المختص لمخاصمة قرارات الإدارة التي تصدرها في مجال الرقابة. تجدر الإشارة إلى أن الإدارة عندما تمارس هذا الحق ,فإنها لا تمارسه على إطلاقه بل هناك عدة ضوابط لابد من مراعاتها:

---

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة. **الأسس العامية للعقود الإدارية (الأمرام – التنفيذ - المنازعات).** دار الفكر الجامعي الإسكندرية, 2007, ص 256

[2]- سليمان محمد الطماري , **الأسس العسة للعقود الإداريمة الطبعة الخامسية**, مطبعة جامعة عين شمس, مصر ,1991,ص

أ- توفير ضمانات للمتعاقد ضد تعسفها وإنحرافها. وتكمن هذه الضمانات في حقوق الطعن الإداري والقضائي

ب- لا يجوز للإدارة أن تتدخل في الأعمال الداخلية للمرفق وإلا انقلب أسلوب الإدارة إلى استغلال مباشر[1].

وتجدر الإشارة أن سلطة الإشراف تظهر بصورة واضحة في صفقات الانجاز وتمارس عادة بالتنسيق مع مكتب الدراسات المعهود إليه متابعة انجاز الصفقة وهذا ما أشارت إليه المادة 29 الفقرة 09 من المرسوم الرئاسي 274/15 المعدل والمتمم تشمل الصفقة العمومية للدراسات، عند إبرام صفقة أشغال، لا سيما مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على إنجاز الأشغال ومساعدة صاحب المشروع[2].

ويتم الأشراف والتوجيه عمليا من خلال تعليمات توجه للمتعاقد ولمكتب الدراسات على حد سواء ,وتدون في محضر موقع الانجاز (وتتمتع هذه التعليمات بالقوة الملزمة مثل القرار الإداري) تماما متى كانت صادرة من الأعوان الإداريين المكلفين رسميا بالإشراف على تنفيذ الصفقة[3].

ثانيا:حق التوجيه

تمثل هذه الصورة المعني الواسع لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية, وطبقا لهذا المعنى تتجاوز سلطة الرقابة مدلولها الضيق السابق تحديده , فلا تقتصر على مجرد التأكد من قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة طبقا للشروط المتفق عليه وإنما تتعدى ذلك بما يسمح للمصلحة المتعاقدة بالتدخل في أوضاع تنفيذ الصفقة وتوجيه أعمال التنفيذ وإختيار أفضل الطرق التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق محل التعاقد[4].

---

[1]- محمد خلف الجبوري , **العقود الإدارية** , الطبعة الثانية, دار الثقافة: الأردن ,1998 , ص 111

[2]- الفقرة 09 من المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

[3]- عثمان عباد , **مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية** ,أطروحة دكتوراه القاهرة 1973 ,ص 32

[4]- محمود أبو السعود, مرجع سابق، ص 201

بناءا على هذا الحق يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تجبر المقاول أو المورد على احترام مختلف الشروط المنصوص عليها في بنود الصفقة, عندئذا تتدخل لتطلب من المتعاقد إدخال تغييرات أو تعديلات على الأشغال التي ترى أنها لا تنفذ على الوجه المطلوب.

وعليه فالإدارة لا يمكنها انتظار انتهاء الصفقة حتى تمارس سلطة المراقبة عليها نما تتزامن هذه المراقبة مع التنفيذ وتتم إما عن طريق التقارير التي يرسلها كل من المتعاقد ومكتب الدراسات إلى الإدارة والتي تتعرض لنسبة تقدم الأشغال والعراقيل المادية والتقنية التي تعوق السير الحسين للأشغال أن وجدتوا ما عن طريق الخرجات الميدانية التي تقوم بها فرق إدارية متخصصة من اجل معاينة التنفيذ سواء من اجل تدارك النقائص أو الأخطاء التي تمت معاينتها تحت طائلة الجزاءات .

ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية في العديد من التشريعات منها القوانين المنظمة الصفقات العمومية وذلك بالنظر لما تحتله الرقابة من مكانة في الحفاظ على المال العام وبما يكفل حسن توظيف تلك الأموال المرصودة للصفقات العمومية . وليس ذلك فحسب بل وضع الأسس التي تحكم أنواع الرقابة التي تتعلق بمرحلة إبرام وتنفيذ الصفقات.[1]

يلاحظ أن المشرع خصص الباب الخامس من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية من اجل تنظيم سلطات المصلحة المتعاقدة في الرقابة على الصفقات التي تبرمها ,مدرج تحت عنوان "رقابة الصفقات.

ومن المواد التي نظمت سلطة الرقابة ذات العلاقة بالموضوع نذكر المادة 157 من المرسوم السالف الذكر والتي تنص على" تمارس على الصفقات العمومية مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة، دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها.."[2]، وكذلك المادة 156 من نفس المرسوم, والتي

[1]- عمار بوضياف , **شرح تنظيم الصفقات العمومية** , الطبعة الثالثة , جسور للنشر والتوزيع الجزائر ,2011, ص 177.

[2]-- المادة 157 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

تنص على" تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة الوصاية [1].

يفهم من هذه النصوص أن المشرع يتدخل عن طريق التشريع لكي يزود الإدارة بسلطات واسعة في الرقابة على المتعاقد معها أثناء تنفيذ الصفقة مستهدفا بذلك تحقيق النفع العام. تعتبر ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة من قبل اختصاصاتها التنظيمية وبالتالي فان أساسها القانوني نجده في النصوص القانونية التي تحكم نشاط المصلحة المتعاقدة.

الفرع الثاني: سلطة تعديل الصفقة بالإرادة المنفردة

تعد سلطة تعديل الصفقة من أهم امتيازات الإدارة لأنها تخرج عن القواعد المعروفة في القانون الخاص والتي تجعل من العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا /باتفاق الطرفين كما جاء في المادة 106 من القانون المدني الجزائري رقم: 58/75 المؤرخ في: 07 أكتوبر 2010 ,الجريدة الرسمية. عدد رقم:58 المؤرخة في: 1975/09/30 المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05/07 وعليه فانه تمثل سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة أو تعديل طريقة تنفيذها الطابع الرئيسي لنظام الصفقات العمومية والعقود الإدارية بصفة عامية, بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام الصفقات العمومية عن عقود القانون الخاص.

يكون بإمكان المصلحة المتعاقدة بمقتضى هذه السلطة وبالنسبة لكافة الصفقات العمومية بما فيها صفقة الأشغال العامة وصفقة اللوازم ,أن تقوم بتعديل شروط الصفقة أثناء تنفيذها وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام الصفقة. فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعامل المتعاقد أو تنقصها ,ولها أن تتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقصان على خلاف ما تنص عليه الصفقة وذلك بإرادتها المنفردة من غير أن يحتج عليها بقاعدة القوة الملزمة للعقد وان العقد شريعة

[1]- المادة 156 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

المتعاقدين[1], المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص وذلك لأن طبيعة الصفقات العمومية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرارية المرافق العامة وقابليتها للتغير والتبديل , تفرض مقدما حدوث تغيير في ظروف الصفقة وطرق تنفيذها تبعا لمقتضيات سير المرافق لمواجهة الظروف المتغيرة بما يحقق المصلحة العامة. ورجوعا للمرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم , وتحديدا المادة من 135 إعترفت للمصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة التعديل عن طريق إبرام ملاحق إذا كان هدفها زيادة الخدمات أو تعديلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية هذا من جهة ومن جهة أخرى وفائه بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة ويلاحظ أنها تتضمن العديد من النصوص التي تعطي المصلحة المتعاقدة الحق في التعديل الانفرادي , علما انه جاء في المرسوم المذكور أعلاه ,أن للمصلحة المتعاقدة الحق في وضع الشروط التي تنفذ وفقها الصفقات ومنها ما يتعلق بسلطتها في تعديل صفقاتها ضمن دفاتر الشروط باختلافها التي اعتبرها المشرع جزء لا يتجزأ من الصفقة عينها[2].

ويتفحص الفقرة 03 من المادة 12 من المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل والمتمم للمادة 103 من المرسوم الرئاسي 236/10 ، [3]نجدها تبين ذلك وإذا كان المرفق العام يتغير بتغير الظروف وملزم في كل الأحوال بتلبية حاجات الجمهور رغم تطورها فان ذلك يؤدي إلى زيادة أو نقصان الالتزامات على الإدارة وهي بدورها تفرضها على المتعاقد معها كالقائم بتسيير مرفق عام, غير أن التعديلات التي تقوم بها الإدارة لا ينبغي أن يكون مبتغاها غير

---

[1]- - محمد صهري السعدي, **الواضح في شرح القانون المدني الجزائري**. (النظرية العمة للالتزامات, العقد والإرادة المنفردة). الطبعة الرابعة, دار الهدى, الجزائر, 2008, ص 297 و 298

[2]- المادة 135 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

[3]- - انظر المادة 12 من المرسوم 23/12 المحلية للمبادة: 03 / 103 والتي نصت علم: "يمكن المصلحة المتعاقدة عندما تبرز الظروف ذلك ,تعديد صيقة أداء خدمات أو اقتناء لوازم بموجب ملحق ,التكلل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة الخدمة العمومية وإذا قرر مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني ذلك شريطة أن لا يكون في وسيع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف التي استدعت هذا التمديد وان لا يكون نتيجة ممارسات مماطلة من طرفها ولا يمكن أن تتجاوز مدة التمديد أربعة (4) أشهر.

المصلحة العامة أو مقتضيات المرفق العام, فحق الإدارة في التعديل ليس مطلق بل هي مقيدة بعدة قيود وضوابط حيث يجب:

1- **ألا يودي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة:** لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة أو تجديد محلها بما يختلف عن المحل الذي انصرفت إليه إرادة أطراف الصفقة ,وهذا يعني أن المصلحة المتعاقدة عليها أن تراعي في إصدار قرار التعديل الدقة في مضمونه.بما لا يؤدي إلى انصرافة إلى موضوع جديد يختلف كلية عن الموضوع الأصلي[1] .

يجب أن يكون التعديل مرتبطا بمحل الصفقة والغرض منها ولا يتعداه إلى محل آخر أو غرض أخر , فإذا كان محل الصفقة مثلا توريد علف للحيوانات فلا يجوز للمصلحة المتعاقدة تعديل شروطه بإلزام المتعامل المتعاقد معها بتوريد مواد الوقود اللازمة للسيارات بحجة أن الجيش قد استبدل الخيول بسيارات للنقل ,وفي صفقة الأشغال العامة تطلب مثلا تنفيذ مدرسة بدل مسجد .فمثل هذا التعديل فيه تغيير لموضوع الصفقة في جملته وهو أمر غير جائز[2].

كما أن المتعامل المتعاقد إنما يقبل التعاقد على ضوء إمكانياته المالية والفنية وعلى المصلحة المتعاقدة أن تحرص عند إجراء التعديل أن تكون تلك الأعباء الجديدة في الحدود المعقولة من حيث نوعيتها وأهميتها لا يكون من شانها فسخ الصفقة أو تغيير موضوعها أو إنشاء محل جديد لهوا لا تؤدي هذه الأعباء الجديدة إلى إرهاق المتعاقد فتتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية والا جاز له أن يمتنع عن التنفيذ وله أن يطلب بفسخ العقد[3].

2- **أن تطرأ مستجدات بعد إبرام الصفقة:** يجب أن تكون هناك ظروف قد استجدت بعد إبرام الصفقة تبرر إجراء التعديل على مضمونها ,وهذه الظروف تكون مغايرة لتلك التي أبرمت الصفقة في كنفها بحيث يكون تنفيذها في ظلها غير محقق للمصلحة العامة أو

---

[1]- عمار بوضياف , شرح تنظيم الصفقات العمومية مرجع سابق، ص 204

[2]- عبد الله بن حمد الوهيبي القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية. فهرسية مكتبة الملك فهد الوطنية السعودية ,2002 ص 220

[3]- يوسف بركات أبو بطة وامتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة رنسي قانون الصفقات العمومية . مذكرة تخرج للحصول على شهادة الماجستير في القانون العام ومعهد الحقوق الجزائر 1977, ص74.

اقل تحقيقا لها أو متعرضا معها الأمر الذي يجعل من قرار تعديلها بما يتوافق مع المصلحة من إبرامها أمرا تحتمه مصلحة المرفق محل التعاقد.

يكون من الجائز للمصلحة المتعاقدة إذا تغيرت الظروف وتعديل بعض شروط الصفقة العمومية التي قد تعرقل إمكان مسايرتها للتغيير الحادث ,وبالتالي فان في ذلك تمكين للصفقة من أن تحقق ما كانت تهدف إليه منذ إبرامها وهو تحقيق النفع العام لجهة الإدارة والأفراد[1].

ففي صفقات الأشغال العامة تمارس سلطة التعديل من قبل المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة المشروع، غير أنه لا يجوز إجراء التعديل على الأعمال والشروط المتعاقد عليها إلا عند الضرورة القصوى ومن ذلك:

- إذا كان عدم التغيير أو عدم الإضافة من شانه أن يسبب تأخيرا في التنفيذ أو ضررا كبيرا به من الناحية الاقتصادية والفنية.

- إذا كان التغيير يؤدي إلى توفير مبالغ كبيرة للإدارة مع الأخذ بعين الاعتبار الأضرار المترتبة عن التأخير المحتمل بسبب هذا التغيير[2].

أما في صفقات التوريد خاصة ذات المدة الطويلة يكون تغيير الظروف أكثر من فرصة بيد الإدارة لا جراء التعديلات على الأسعار وعلى نوعية السلع محل التوريد.بل يؤدي التعديل في بعض الأحيان إلى إعادة تنظيم عمل المرفق الذي انصب عليه التوريد بمواصفات جديدة من ذلك قيام الإدارة باستبدال المدافئ الغازية بالمدافئ النفطية. كجزء من حقها في تقليص كمية الوقود المستخدم[3].

أما إذا لم تتغير الظروف فانه لا يكون ثمة مبرر لتعديل الصفقة, ويكون من الواجب إلزام المصلحة المتعاقدة باحترام الشروط كما تقررت عند إبرامها.

---

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة, مرجع سابق، ص 52.

[2]- محمد خلف الجبوري. مرجع سابق ص 174

[3]- عمار بوضياف , القرار الإداري , مرجع سابق ، ص 170 و88

3- عدم إخلال التعديل بالتوازن المالي:

تملك المصلحة المتعاقدة تعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة وا إذا كان حقا لها فانه يقابلها حق المتعاقد معها بالا يخل هذا التعديل بالتوازن المالي للصفقة بمعنى أن التعديل يتعين إلا يحدث خللا بهذا التوازن بان يجعل التزامات المتعامل المتعاقد لا تتناسب بتاتا مع حقوقه, أو أن يلحق به خسائر لم يتوقعها وقت إقدامه على التعاقد مع المصلحة المتعاقدة ولاسيما وان تنفيذ التعديل سيكون بذات شروط وأسعار الصفقة الأصلية[1].

يجب أن تراعي المصلحة المتعاقدة في إطار الحفاظ على التوازن المالي للصفقة عدم مساس التعديل بالشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعامل المتعاقد معها والمتفق عليها في الصفقة[2].

لان طبيعة الصفقات العمومية والعقود الإدارية بصفة عامة يجب أن تتجه إلى تحقيق التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعامل المتعاقد وبين المزايا المالية التي ينتفع بها , فإذا ما ترتب على التعديل زيادة في الأعباء المالية للمتعاقد فانه ليس من العدل أن يتحملها بمفرده, بل يكون له مقابل ذلك أن يطالب بالتوازن المالي للصفقة إلى ما كانت عليه.و يكون لهذا المتعاقد الحق في طلب تعويض كاف يعيد لاقتصاديات العقد توازنها[3].

مع ملاحظة أن المشرع الجزائري يترجم حق الإدارة في تعديل العقد فيما يسمى بالملحق الذي عرفته المادة 136 من المرسوم الرئاسي15/ 247 بأنه "وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة[4].

---

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة , مرجع سابق ص 272

[2]- عادل بوعمران، مرجع سابق، ص110.

[3]- سبكي ربيحة , سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية . مذكرة ماجستير كلية الحقوق و جامعية تيزي وزو.2013 ,ص 77

[4]- المادة 136 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتهم المؤرخ في: 07 أكتوبر 2010 الجريدة الرسمية رقم:58, المؤرخة في: 2010/10/07.

انطلاقا من نص المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15 [1]المعدل والمتمم فالملحق هو عبارة عن وثيقة مكتوبة طالما أنها متعلقة بالصفقة وان شرط الكتابة إلزامي في العقود الإدارية كما سبق الإشارة إليه ,كما حددت المادة مواضيع الملحق أو التعديل.طبقا للاجراءات المكيفة حسب الشروط المحددة في المواد 135 و139 من نفس المروسم باستثناء تلك المتعلقة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية وتشير نفس المادة إلى يبرم الملحق في الاجال المنصوص عليها في هذه الاحكام [2].

وتشير المادة 137 من نفس المرسوم إلى إمكانية إعادة النظر في الأسعار التعاقدية عند الاقتضاء، وحتى يبعث المشرع بساطة ومرونة على إجراء أو سلطة التعديل ,فان الملاحق لا تخضع لفحص هيئات الرقابة القبلية فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة، عند الاقتضاء,[3] وهذا ما أكدته المادة 139من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم للمادة 106 من المرسوم الرئاسي 236/10 مع بعض الاستثناءات الواردة على ذلك , : لا يخضع الملحق في مفهوم المادة 136 أعلاه، إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز، زيادة أو نقصانا، نسبة عشرة في المائة (10 %) من المبلغ الأصلي للصفقة [4].

[1]- المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

[2]- المادة 18 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

[3]- المادة 137 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

[4]- المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

الفرع الثالث: حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء

تتمتع المصلحة المتعاقدة إلى جانب سلطتي الرقابة والتعديل بسلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها في حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته ,هذه الجزاءات لا تقف عند نوع واحد بل تتعدد بالنظر إلى الأسس والمبادئ العامة التي تحكم وتنظم هذه السلطة.

لذلك فان الجزاءات المقررة في القانون الخاص لإجبار الأفراد على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية , كالدفع بعدم التنفيذ أو الالتجاء إلى القضاء الحكم بالجزاءات على المتعاقد المقصر ولا تتلاءم في مجال القانون العام وبالأخص في مجال الصفقات العمومية. ومع مقتضيات تسيير المرفق العام ,لاختلاف الهدف في كل من النظامين .بالإضافة إلى أن قواعد القانون المدني لا تستقيم مع السرعة والليونة التي يستلزمها حسن سير المرافق العامة.

فالجزاءات التي توقع على المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية والعقود الإدارية بصفة عامة, تحكمها قواعد خاصة بها تتضمنها التشريعات المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر الشروط الإدارية العامة فضلا عن نصوص الصفقة ذاتها ودفاتر شروطها التي عادة ما ينص فيها على حق الإدارة في اتخاذ الجزاءات في حالة إخلال الطرف الأخر بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها إلا أن سكوت الصفقة على النص على بعض الجزاءات لا يعني بالضرورة أن المصلحة المتعاقدة لا تستطيع توقيع جزاءات لم تنص عليها في الصفقة إذ أنه يجوز لها أن توقع على المتعامل المتعاقد المقصر أيا من الجزاءات سواء كان منصوصا عليها في العقد أم لم يكن منصوصا عليها ,لان بعض هذه الجزاءات تنتج عن امتياز الإدارة باعتبارها سلطة عامة[1], وهذا بهدف ضمان تنفيذ الصفقات العموميتوا عادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة ,وكذلك كفالة حسن سير المرافق العامة ,وعليه فيحق للمصلحة المتعاقدة أن توقع عدة جزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية ,فلها أن تفرض جزاءات ذات طابع مالي إذا اخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ,كما لها أن تلجا إلى إجراءات أكثر صرامة بهدف إرغام المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية عن طريق استعمال وسائل الضغط ,وتجدر الإشارة إلى أن هذه الوسائل في طبيعتها عبارة عن إجراءات مؤقتة يتم فرضها اعتبارا للصالح العام بقصد تنفيذ الصفقة وليس إنهائها.

[1]- ناصر لهاد ,الوجيز في القانون الإداري (التنظيم الإداري, النشاط الإداري) . لباد للنشر، الجزائر 2006 , ص 441.

أ) **سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية:** هي عبارة عن المبالغ المالية التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا اخل بالتزاماته التعاقدية[1].

كما أن الجزاءات المالية في الصفقات العمومية تتمتع كما في جميع العقود الإدارية بخصوصية تميزها عن مثيلتها من الجزاءات المالية المعروفة في قواعد القانون الخاص التي تطبق في مجال العقود المدنية ,فمن مظاهر هذا الاختلاف الغرامات المالية التي تملك الإدارة المتعاقدة توقيعها بحق المتعاقد معها إذا خالف احد الشروط التعاقديمة, وعليه تمنح الإدارة صلاحية فرض عقوبات مالية بحق المتعاقد معها بغية ضمان تنفيذ عقودها الإدارية وفق الشروط والمواعيد المتفق عليها في العقد[2], و هذا ما قضت به المادة 174 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم في نصها على انه "يمكن أن ينجز عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق . فرض عقوبات مالية, دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به وتحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة أدناه باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية[3]." وعليه تتمثل الجزاءات المالية عموما في الغرامات أو مصادرة مبلغ الضمان.

أولا: الغرامات

يمكن أن ينجز عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق, فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. انطلاقا من ذلك فان الغرامات هي نوعان : غرامة التأخير وغرامة على التنفيذ غير المطابق:

---

[1]- يوسف بركات أبو بقة, مرجع سابق ص 192 2- علي خطار شطناوي وصلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها. مجلية الحقوق, العدد الأول. جامعية الكويت , 2000, ص 67 و 68

[2]- يوسف بركات أبو بقة, مرجع سابق ص 192 2- علي خطار شطناوي وصلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها. مجلية الحقوق, العدد الأول. جامعية الكويت , 2000, ص 67 و 68

[3]- المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

1- **الغرامة التأخيرية:**وهي مبلغ من المال محدد في العقد بنسبة معينة عن كل يوم تأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التي تعهد بها.

حيث تتعدد وتتنوع صور إخلال المتعامل المتعاقد بالشروط التعاقدية أثناء تنفيذ الصفقة العمومية سواء كانت صفقة أشغال عامة أو صفقة لوازم ,فقد يخالف الأحكام الخاصية بمدد التنفيذ فلا ينفذ الصفقة في المواعيد المحددة, كما يخالف الشروط والمواصفات المتفق عليها في الصفقة العمومية.

ولقد عرف الدكتور سليمان محمد الطماوي الغرامة التأخيرية بأنها:

' مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما و تنص على توقيعها متى اخل المتعاقد بالتزام معين. لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في تنفيذ العقد[1]." كما عرفها الدكتور عمار عوابدي بأنها.

"المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد معها إذا ما اخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية ."

لقد حدد المشرع الجزائري حالتين لممارسة حق توقيع العقوبات حسب المادة 09 من المرسوم الرئاسي 10/ 236 المعدل والمتمم وهما:

الحالة 01: حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه.

الحالة02: حالة التنفيذ غير المطابق

ينبغي الإشارة أن العقوبات المالية وان كانت مقررة بموجب أحكام المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم إلا أن لها أيضا أساس عقدي ذلك أن المادة المذكورة أعلاه في فقرتها الثانية ورد فيها أن نسبة العقوبات المالية تحدد في الصفقة.

ذلك ما أكدته الفقرة 05 من المرسوم السالف الذكر والتي أوجبت ذكر " وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن

[1]- سليمان محمد الطماوي مرجع سابق , ص 506

الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة.[1]'

وإذا أراد المتعامل الإعفاء من العقوبات المالية بسبب التأخر يجب عليه تحريري شهادة إدارة حسب ماداءت به نص الفقرة الأخيرة من المادة 147 من نفس المرسوم[2].

كما أن هذه العقوبة تفرض حتى ولو لم يحصل ضرر وهي بذلك تختلف عن التعويض, كما يجب عند توقيع هذه العقوبة حتى تكون مشروعة التأكد من أن التأخير الحاصل لا يعود سببه إلى الإدارة أو إلى ظروف قاهرة خارجة عن إرادة المتعاقد. ولقد حسم المشرع الجزائري الأمر صراحة بتأكيده على الطبيعة الاتفاقية للغرامة التاخيرية من خلال نص الفقرة 01 من المادة 90 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم بان " تقتطع العقوبات المالية التعاقدية على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليه في الصفقة.[3]"

2- **الغرامة على التنفيذ غير المطابق:** ينبغي على المتعاقد مع الإدارة الالتزام بالتنفيذ المطابق للعرض الذي تقدمه والا وقع تحت العقوبات إذ ما ثبت انه خالف ذلك ,ويمكن أن ينصب الإخلال على الجوانب الفنية أو الكمية المتعلقة بالتوريدات أو الأشغال من حيث المواصفات.

ثانيا:مصادرة مبلغ الضمان

تعتبر التأمينات وهي كفالة التعهد ,كفالة رد التسبيقات وكفالة حسن التنفيذ مبالغ مالية تدفع من قبل المتعامل المتعاقد كضمان للمصلحة المتعاقدة تتوقى بها أثار الأخطاء التي قد

[1]- المادة 147 **من المرسوم 247/15 المؤرخ** في: 16 سبتمبر 2015 ,الجريدة الرسمية , عدد رقم:58 المؤرخة في: 2015/09/16

[2]- الفقرة الأخيرة ، لمادة 147 **من المرسوم 247/15 المؤرخ** في: 16 سبتمبر 2015 ,الجريدة الرسمية , عدد رقم:58 المؤرخة في: 2015/09/16

[3]- الفقرة 04 ، لمادة 147 **من المرسوم 247/15 المؤرخ** في: 16 سبتمبر 2015 ,الجريدة الرسمية , عدد رقم:58 المؤرخة في: 2015/09/16

تصدر منه أثناء مباشرة تنفيذ الصفقة العمومية وقصد ضمان جدية العرض[1], وقدرته على تحمل المسؤوليات الناتجة عن تقصيره من جراء إخلاله بالتنفيذ[2].

لقد حدد المشرع الجزائري مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين 5% و10% من مبلغ الصفقة العمومية حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها حسب المادة 133 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم[3].

غير أن المشرع أعطى للمتعامل المتعاقد الذي التزم بتنفيذ التزاماته ,الحق في استرجاع التامين النهائي الذي يقع عليه جزاء المصادرة (كفالية الضمان) كليا في مدة شهر واحد ابتدءا من تاريخ التسليم النهائي للصفقة العمومية. وهذا ما تنص عليه المادة 101 من المرسوم الرئاسي 10/ 236 المعدل والمتمم, بأن" تسترجع كفالة الضمان المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه أو اقتطاعات الضمان المذكورة في المادتين و9 و100 أعلاه, كليا, في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة[4]."

أما في حالة عدم التنفيذ فان الضمان لا يرد للمتعامل المتعاقد إلا بإكماله كل الالتزامات التعاقدية. وفي حالة عجزه عن ذلك يفقد هذا الضمان[5].

ثالثا : التعويض

يعتبر التعويض من الجزاءات المالية شانه في ذلك شان غرامات التأخير ومصادرة التامين. وهو "الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية , وذلك إذا لم تنص الصفقة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال "، أو بعبارة أخرى هو " جزاء يفرض على المتعامل المتعاقد

---

[1]- عبد القادر رحال , سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري مذكرة ماجستير معهد العلم القانونية والإدارية , جامعة تيزي وزو ,1990 , ص 165

[2]- محمود خلف الجبوري مرجع سابق.ص 143.

[3]- المادة 133 **من المرسوم 247/15 المؤرخ** في: 16 سبتمبر 2015 ,الجريدة الرسمية , عدد رقم:58 المؤرخة في: 2015/09/16

[4]- المادة 101 من المرسوم الرئاسي 10/ 236 المعدل و المتمم المؤرخ في:2010/10/07 الجريدة الرسمية رقم:58 المؤرخة في: 2010/10/07

[5]- عمار معاشو عقود المفتاح في اليد في مجال التصنيع في الجزائر, مذكرة ماجستير معهد الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر 1986 ، ص 123

عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية بقصد إصلاح الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة صاحبة الصفقة من جراء هذا الإخلال ."

يتضح من خلال ذلك أن التعويض يتم فرضه على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة بسبب إخلال المتعاقد معها بالتزاماته ولذلك فان التعويض هو جزاء المسؤولية التعاقدية التي يتحملها المتعامل المتعاقد وهو الجزاء الأساسي لعدم وفاء المدين في القانون المدني[1].

ويتفحص الفقرة الاولى من المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم, نجدها تنص على أنه "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان. والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطا المتعاقد معها."[2] مع ملاحظة أن المشرع الجزائري لم يفصح بوضوح عن حق الإدارة في تحصيل التعويض من تلقاء نفسها أو تترك هذا الأمر للقضاء, حتى يزول أي لبس بهذا الصدد, كما أن المشرع الجزائري لم يحدد حالات مصادرة كفالة حسن التنفيذ على عكس المشرع المصري الذي حددها في حالتين همان حالة الفسخ وحالة تنفيذ الإدارة على حساب المتعاقد[3].

ب) سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة: تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بسلطة توقيع جملة من الوسائل الضاغطة أو الإجراءات القهرية , يبررها أن العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لان سير المرافق العامة تقتضي ذلك ,هذه الوسائل تستهدف إرغام المتعاقد المقصر على الوفاء بالتزاماته ,وذلك بان تحل المصلحة المتعاقدة محله في تنفيذ الصفقة أو أن تعهد إلى غيره ليتولى تنفيذها وعلى مسؤوليته .

---

[1]- تنص المادة 124 من الأمر رقم 58 / 75 المتضمن القانون المدني الجزائري. المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 على انه" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه. ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض

[2]- المادة 152 **من المرسوم 247/15 المؤرخ** في: 16 سبتمبر 2015 ,الجريدة الرسمية , عدد رقم:58 المؤرخة في: 2015/09/16

[3]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة , مرجع سابق ص 125

تعتبر الجزاءات الضاغطة التي تلجأ إليها الإدارة بمثابة جزاءات مؤقتة[1] , لا يترتب عنها إنهاء العقد بالنسبة للمتعامل المتعاقد معها بل يبقى هذا الأخير مسئولا أمام المصلحة المتعاقدة .

كما أن سلطة اتخاذ الإجراءات الضاغطة المؤقتة ,لا ينبغي للإدارة التنازل عنها لأنها تعتبر كمبدأ عام من السلطات المقررة للإدارة حتى لو لم ينص عليها في الصفقة أو في دفاتر الشروط ,فهي مستمدة من امتيازات السلطة العامة.

وتتصف بأنها اشد قسوة إذا ما قورنت بالجزاءات المالية ولهذا لا تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة إلا إذا اخل المتعامل المتعاقد معها تنفيذ الصفقة إخلالا خطيرا.

تلجا المصلحة المتعاقدة إلى هذه الوسائل في كافة العقود الإدارية والصفقات العمومية خاصة , وتأخذ سلطة توقيع الجزاءات الضاغطة الصور الملائمة لتنفيذ الصفقة ففي صفقة الإشغال العامة يأخذ هذا الجزاء صورة سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته ,وفي صفقة اللوازم ياخذ صورة الشراء على حساب ومسؤولية المورد.

1-سحب العمل من المقاول في صفقة الإشغال العامة:

يقصد بسحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة,[2] انه "جزاء من الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة ممارستها فهو وسيلة ضغط وإجراء قهري بمقتضاه تحل المصلحة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق مقاول أخر محل المقاول المتخلف عن تنفيذ التزاماته, لكفالة تنفيذ الأشغال على حساب هذا الأخير وتحت مسؤولية, كما يمكنها الاستيلاء على أدواته وعماله بالقدر الذي يمكنها من انجاز العمل[3]."

ويجوز لجهة الإدارة العدول عن سحب العمل من المقاول متى رأت أن الضمانات الجديدة التي قدمها تكفل انجاز العمل موضوع الصفقة عاجلا وعلى نحو يحقق المصلحة العامة[4].

---

[1]- د/ محمد جمال الذنيبات ,الوجيز في القانون الإداري والطبعة الثانية دار الثقافة ,عمان ,2011 ,ص269.

[2]- تعرف صفقة الأشغال على أنها "اتفاق الإدارة مع متعاقد أخر وهو المقاول قصد القيام ببناء أو صيانة أو تأهيل أو هدم منشأة أو جزء منها." نظر: محمد الصغير بعلي , العقود الإدارية ، مرجع سابق, ص 22.

[3]- احمد محمد جمعة, العقود الإدارية طبقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد. منشاة المعارف ص 361

[4]- Christophe lajoye, droit des marches… op.cit., p175.

ما يمكن ملاحظته أن قانون الصفقات العمومية الجزائري سكت عن النص على الأخطاء العقدية التي تبرر السحب أو الحالات التي يجوز للمصلحة المتعاقدة فيها سحب العمل من المقاول ,فنجد المشرع الجزائري قد اكتفي بما ذكره في دفتر الشروط الإدارية العامة رغم أن نصوصه ذات عبارات عامة ,على خلاف الأخرى فنجدها قد ذكرت في نصوصها هذه الأخطاء.

2- الشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقة التوريد:

يحق للمصلحة المتعاقدة أن توقع جزاءات ضاغطة أخرى بالإضافة إلى جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامية ,فيإمكانها توقيع جزاء الشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته ,والذي يمثل صورة الجزاء الضاغط بالنسبة لصفقة اللوازم أو التوريد. و ما يمكن ملاحظته أن المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لم ينص على جزاء الشراء على حساب مسؤولية المورد في حالة تخلفه عن توريد الأصناف المتفق عليها في الصفقة وهذا على غرار جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة.

الفرع الرابع: حق المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة

للإدارة سلطة إنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعاقدة معها قبل الأجل المحدد في عقد الامتياز والقيام بالتنفيذ الكامل في عقود الأشغال العامة وعقد التوريد واصطلح على هذه السلطة بالفسخ بالنسبة للعقود الإدارية المختلفة في القانون المصري والليبعي ,أما القانون الفرنسي فقد أطلق مصطلح الإسقاط إذا تعلق الأمر بإنهاء عقد الامتياز[1].

حيث أن هناك شبه إجماع في الفقه الفرنسي على اعتبار أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد من النظام العام باعتبارها حقا ثابتا لها في جميع العقود سواء وجد نص يجيز لها تلك أو لم يوجد في حين يرى قلة منهم أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ليست من النظام العام ,فهي لا توجد إلا إذا كانت مدرجة صراحة في شروط العقد أو بمقتضى نص قانوني[2].

[1]- مفتاح خليفة عبد الحميد محمد محمد حمد الشلمائي، مرجع سابق ص 2

[2]- نفس المرجع , ص 174 و 175.

أما في مصر فهناك إجماع تام في الفقه يرى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة من النظام العام.

ويترتب على اعتبار سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد لدواعي المصلحة العامة من النظام العام النتائج الآتية:

1. هذه السلطة مقررة لصالح الإدارة حتى في حالة سكوت العقد الإداري ذاته عليها.
2. لا يجوز لجدارة أن تتنازل بداية عن هذه السلطة بإدراج نص يمنعها من ممارسة هذا الحق في مواجهة المتعاقد.
3. لا يحق لأطراف العقد الاتفاق على ما يخالف ممارسة هذه السلطة.
4. عندما يرد نص في العقد الإداري يسمح للإدارة بممارسة سلطة الإنهاء, فان هذا النص يكون كاشفا لحق الإدارة في ممارسة سلطة الإنهاء وليس مقررا لها
5. تتمتع الإدارة بهذه السلطة طبقا لامتياز التنفيذ المباشر ودون حاجة للقضاء لتقرير الإنهاء, باعتباره من النظام العام.
6. للإدارة الحق في أن تنهي العقد الإداري للمصلحة العامة ولها في ذلك حتى قبل انقضاء المدة المحددة بالعقد.
7. المتعاقد لا يجوز له الاعتراض على الإدارة في ممارستها لهذا الحق ما دام حقه بالتعويض الكامل مضمون[1].

ويعد الجزاء الفاسخ من اعنف الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها ,ويعد أيضا الامتياز السلطوي الأخير الذي تلجأ إليه الإدارة عندما تتأكد أن المتعامل المتعاقد معها أصبح غير قادر على الوفاء بالتزاماته اتجاهها وفاءا كاملا أو انه اخل بها إخلالا جسيما ,وأمام هذا الوضع ,فان المصلحة المتعاقدة تجد نفسها مضطرة إلى توقيع اخطر جزاء تملكه إذا لم تفلح الجزاءات المالية والضاغطة في تقويم المتعامل المتعاقد معها.

يمكن تعريف الفسخ الجزائي انه " جزاء تلجا إليه المصلحة المتعاقدة عندما يثبت لها بصورة قاطعة عجز أو عدم مقدرة المتعاقد في تنفيذ الالتزامات محل التعاقد بصورة مرضية

[1]- مفتاح خليفة عبد الحميد محمد محمد حمد الشلماني, مرجع سابق, ص176

والتي منها عدم مراعاة تنفيذ الأعمال أو عدم تسليم التوريدات في المواعيد المقررة تنتهي بمقتضاه الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة وبين المتعاقد معها[1]."

ويمكن تعريف الفسخ الجزائي في صفقة الأشغال العامة على انه "الجزاء الشديد الذي تستطيع المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع أن توقعه على المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته الناشئة عن الصفقة والذي يترتب عليه استبعاد المقاول نهائيا من تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة, أو من الاستمرار في تنفيذها".

ويقصد به في مجال صفقة اللوازم :" إنهاء صفقة اللوازم بصفة قاطعة,بانقضاء الرابطة التعاقدية القائمة بين المصلحة المتعاقدة والمورد بصفة نهائية ومن ثم استبعاد المورد عن تنفيذ الأداءات والتوريدات محل الصفقة المبرمة,نتيجة الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها"[2].

ولقد تطرق المشرع الجزائري لذلك في نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم بأنه, إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته, توجه له المصلحة المتعاقدة أعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد .وان لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الأعذار المنصوص عليه أعلاه ,يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد ..... "[3]

يتضح لنا من المادة أعلاه أن سلطة الفسخ الجزائي أو الفسيخ من جانب واحد كما أطلق عليه المشرع الجزائري وتستمد أساسها القانوني من النصوص المنظمة للصفقات العمومية تفرضها المصلحة المتعاقدة بالإرادة المنفردة على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته إخلالا جسيما أثناء تنفيذه الصفقة العمومية , كما تملك حق توقيع هذا الجزاء حتى ولو لم تنطوي الصفقة العمومية على نص يقررها ودون حاجة للجوء إلى القضاء ولا يمكن الاتفاق على استبعدها,

[1]- محمود ابو السعود مرجع سابق ، ص 100

[2]- نصير الدين محمد بشير، غرامية التأخير في العقد الإداري وأثرهما في تسيير المرفق العام، دار الفكر الجامعية الإسكندرية, 2007, ص 362

[3]- المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

وهذا مظهر آخر تميزت به الصفقات العمومية عن العقود المدنية لان المتعاقد في ظل القانون المدني لا يملك أحقية الفسخ المنفرد بل يلجا للقاضي[1].

ما تجدر الإشارة إليه أن قانون الصفقات العمومية لم يعط تعريفا للفسخ الجزائي بل اكتفى بالإعلان عنه , إلا أنه يمكن استنتاجه من تفسير المادة 149 من نفس المرسوم التي نصت عليه ,وقد يشترط كذلك قبل توقيع الفسيخ الجزائي ضرورة أعذار المتعاقد مقاولا كان أو موردا, مع تحديد اجل معقول لتنفيذ التزاماته حتى يتدارك المتعاقد أخطاءه وبالتالي محاولة تصليحها. فإذا انقضت مدة الأعذار ولم يستحب لها كان للمصلحة المتعاقدة توقيع جزاء الفسخ عليه ,لأنه لا فائدة من بقاء الصفقة قائمة طالما انه لا أمل في تنفيذها , وهذا ما أقرته المادة 149 المذكورة سابقا.

ولقد أحسن المشرع الجزائرية صنعا عندما نص في المادة أعلاه على وجوب توجيه أعذار للمتعامل المتعاقد بهدف الوفاء بالتزاماته خلال مدة معينة والوفاء بما تعهد به, وتطبيقا النص الفقرة الأخيرة من المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم صدر قرار يهدف إلى تحديد البيانات التي يتضمنها الأعذار وآجال نشره, وقد نصت المادة 02 منه على انه " أن الفسخ من جانب واحد للصفقة من طرف مصلحة متعاقدة لا يتم إلا بعد اعذارين قانونيين للمتعامل المتعاقد العاجز[2].

للعلم أن المرسوم الرئاسي247/15 المعدل والمتمم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري لم ينص على الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد ,إلا ما ذكر بالنسبة للمتعامل المتعاقد الأجنبي في حالة عدم تجسيده للاستثمار ففي هذه الحالية تفسخ الصفقة تحت مسؤوليته دون سواه حيث تنص الفقرة 03 للمادة 84 من المرسوم الرئاسي 236/10 على "يمكن للمصلحة المتعاقدة ,إذا رأت ضرورة في ذلك ,فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي دون سواء بعد موافقة سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني أو مجلس مساهمات الدولة." وقد يتعدي الأمر

[1]- انظر: المواد 119 120 121 122 123 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري. المعدل والمتهم بالقانون رقم: 05/07 الجريدة الرسمية عدد رقم 78 المؤرخة في 1975/09/30.

[2]- قرار وزاري مؤرخ في 23 ربيع الثماني عام 1432 الموافق ل 28 مارس سنة 2011, يحدد البيانات التي يتضمنها الأعذار وآجال نشره, الجريدة الرسمية. العدد 24 , الصادر في 20 افريل سنة 2011

هذا الجزاء إلى تسجيل المؤسسة الأجنبية التي أخلت بالتزاماتها في قائمة المؤسسات الممنوعة من التعهد في الصفقات العمومية[1].

فالفسخ الجزائي بصفة عامة لا يعدو عن كونه جزاءا إداريا رادعا نهائيا, وان اختلف نوع الصفقة العمومية.

المطلب الثاني: التزامات المصلحة المتعاقدة

تتمتع الإدارة بجملة من الحقوق والامتيازات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بسبب كونه تمثل المصلحة العامة والحريصة عليه دائما, لكن هذا لا يمنع أن تلزم الإدارة بالعقد الذي أبرمته , فلا يجوز لها التخلص من الرابطة العقدية بالعدول كليا عن العقد الذي أبرمته إلا في حدود المشروعية القانونية لأنها وهي تمارس حقوقها يمكن أن تخضع لرقابة القضاء الإداري إذا ارتاى المتعاقد معها أنها تعسفت في استعمال حقها. ويمكن تصنيف التزامات المصلحة المتعاقدة في مجال تنفيذ الصفقة العمومية إلى نوعين رئيسين هما:

- التزامات مستمدة مباشرة من العقد مثل الالتزام بدفع الثمن أو المقابل المالي للمتعامل المتعاقد .
- التزامات لا يكون العقد مصدرها وا نما القضاء الإداري قررها للمتعاقد استنادا إلى قواعد العدالة والى قاعدة ضرورة سير المرفق العام بانتظام , وذلك نظير الامتيازات الاستثنائية التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة ومثال هذه الالتزامات إعادة التوازن المالي للعقد ويعتبر الالتزام بدفع السعر أو المقابل المالي واعادة التوازن المالي للصفقة أهم التزامات المصلحة المتعاقدة على الإطلاق وتعد في ذات الوقت حقوقا مكفولة للمتعامل المتعاقد ولا يخلو عقد صفقة من الإشارة إليهما والتعرض لهما بالتفصيل خاصة وأن طبيعة هذه الالتزامات هي مالية بالدرجة الأولى وان كانت تختلف صورهوا إجراءاتها بين التزام وآخر.

فالمتعامل المتعاقد عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة لصالح المصلحة المتعاقدة صار من حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية التي حددها القانونيا ذا واجهته أثناء

[1]- المادة 84 **من المرسوم 247/15 المؤرخ** في: 16 سبتمبر 2015 ,الجريدة الرسمية , عدد رقم:58 المؤرخة في: 2015/09/16

التنفيذ وقائع وعوامل مرهقة لا يمكن معها الاستمرار في تنفيذ الصفقة بات من حقه المطالبة بالتوازن المالي الذي يعد أهم التزام للمصلحة المتعاقدة على الإطلاق كما يجوز له أيضا المطالبة بالتعويض إذا لحقت به أضرارا من جراء الأعمال التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة أو وقوع قوة قاهرة تستدعي الالتزام بالتعويض من المصلحة المتعاقدة لصالح المتعامل المتعاقد.. وما يقع التزاما على الإدارة في العقد قد يمثل حقا مقررا للمتعامل المتعاقد.

المبحث الثاني: حقوق و التزامات المتعامل المتعاقد

يتمتع المتعامل المتعاقد إزاء المصلحة المتعاقدة بجملة من الضمانات في شكل حقوق وهذا حسب دفتر شروط الصفقة التي تم إبرامها بينهما ,وقد اتفق الفقه على أن للمتعاقد حقوقا أوسع مما ينص عليه العقد على أساس تحقيق العدالة في التنفيذ[1].

ويعتبر الالتزام بفع السعر أو المقابل المالي واعادة التوازن المالي للصفقة أهم الحقوق المكفولة للمتعامل المتعاقد ولا يخلو عقد صفقة من الإشارة لها.[2]

في مقابل ذلك تقع على المتعامل المتعاقد التزامات خاصة في مرحلة تنفيذ الصفقة وهي مرحلة هامة في مسار الصفقة العمومية وهي ضمانات مفروضة على المتعامل المتعاقد بغرض معرفة مركزه القانوني

يمكن التمييز بين نوعين من الالتزامات:

- التزامات التنفيذ المالي (ذات طبيعة مالية).
- التزامات التنفيذ التقني.

وبالنظر إلى أن التزامات المتعامل المتعاقد عديدة ومتنوعة ولا يمكن حصرها حصرا وثيقا في إطار النظام القانوني للصفقات العمومية ووفقا للتشريع المعمول به.

المطلب الأول: حقوق المتعامل المتعاقد

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة يلزم فيه المتعامل المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات والشروط المتفق عليه وتلزم الإدارة صاحبة الصفقة بدفع المقابل المالي بالأشكال والكيفيات التي حددها القانون.

---

[1] حسن محمد عواضة والمبادئ الأساسية للقانون الإداري . (دراسة مقارنة) الطبعة الأولمى, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ولينان 1997, ص 156

[2] - بحري إسماعيل. الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر, مذكرة ماجستير, معهد الحقوق جامعة الجزائر2009 - 2008 , ص 5

ولما كان للصفقة العمومية علاقة وثيقة بفكرة الإنفاق العام وبحقوق الخزينة العمومية وجب التأكيد على حسن التنفيذ وأداء الخدمة قبل اتخاذ إجراء تحويل المال ووضعه في رقم حساب المتعامل المتعاقد[1].

ولما كان هدف المتعاقد مع الإدارة هو تحقيق ربح من خلال تقديم الخدمات أو القيام بالأشغال لصالح الإدارة ويكون هذا الربح مطلبا شرعيا للمتعاقد إذا أدى التزاماته التعاقدية ويحق له المطالبة بها ولعل أهم حق تلتزم به المصلحة المتعاقدة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية هو الحق في المقابل المالي وله الحق كذلك في المطالبة بالتعويض والتوازن المالي بما يقابل حق الإدارة في التعديل والفسخ[2].

وعلى هذا الأساس يمكن تصنيف الضمانات الواردة على المصلحة المتعاقدة من زاوية مكافأة المتعامل المتعاقد عن تنفيذه لموضوع الصفقة إلى نوعين رئيسين هما:

1- ضمانات دفع المقابل المالي المنصوص عليه في العقد.

2- ضمانات تعويض خسائر المتعامل المتعاقد.

الفرع الأول: حق المتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي

إن المتعاقد مع الهيئة العمومية علمي اثر صفقة عمومية يجب عليه أن يعتمد أساسا علمى إمكانياته الخاصة في تمويل المشروع كما اتفق عليه . والمطالبة بالثمن بعد انتهاء التنفيذ وتسليم الأشغال أو القيام بالتوريدات أو الخدمات. فالمتعاقد إنما يهدف قبل كل شيء إلى تحقيق منفعة مادية تتمثل في الربح الناجم عن الفرق بين كلفة العقد التخمينية وبين ما بذله المتعاقد من جهود فعلية[3].

وعليه فان الحق الأول والأساسي للمتعاقد مع الإدارة هو الحصول على المقابل المتفق عليه في الصفقة ,والغالب أن يستحق المقابل بعد تقديم الأداء من جانب المتعاقد ,إلا أن الإدارة المتعاقدة قد تدفع جانبا من المقابل مقدما أو في أثناء التنفيذ وخاصة إذا كان التنفيذ يتطلب كثيرا من النفقات. وقد نص المرسوم الرئاسي 236/10 لمعدل والمتمم المتعلق بنظام

[1]- - بوضياف عمار, شرح تنظيم الصفقات العمومية , مرجع سابق.ص 160

[2]- نفس المرجع.ص 160

[3]- عبد العالي سمير الصفقات العمومية والتنمية الطبعة الأولى مطبعة المعرف الجديدة ,الرباط 2010, ص 65

الصفقات العمومية في مادته 62 الفقرات 4 و5 و13 على بيانات الصفقة التي تحتوي على شروط التسديد وبند مراجعة الأسعار..... [1].

مع ملاحظة أن المشرع الجزائري قد نص في المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم في المواد من 63 إلى 91 ووضع آليات لعملية الدفع وكذا لأجال تحقيق هذه العملية ضمانا منه وكفالة منه لحقوق المتعامل المتعاقد وهذا ما يعكس أيضا الاهتمام البالغ بهذه المسالة نظرا لخطورتها خاصة في عقد الأشغال أين تتعدد المهام ويرتفع مبلغ الصفقة .ويعرف الثمن أو السعر على انه ذلك المقابل النقدي الذي يتلقاه المتعامل المتعاقد من الجهة الإدارية نظير ما يقدم لها من سلع وخدمات أو أشغال ,ويتم تحديده في اغلب العقود الإدارية بمقتضى شرط يدرج في صلب العقد أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق به ويجوز أن يكون تحديد الثمن بالإحالة إلى عناصر أخرى خارجة عن العقد ,مثل قائم التسعير الجبري.

يلاحظ أن الشروط الخاصة بالناحية المالية في الصفقة هي شروط تعاقدية على العموم وبالتالي فان المصلحة المتقاعدة لا تستطيع تعديلها أو نقضها إلا بموافقة الطرف الآخر. إذ أنه من غير الجائز اعتبار مصلحة المتعاقد المالية متعارضة مع مصلحة الدولة المالية لمجرد كون المتعاقد يطمح من وراء تعاقده تحقيق الربح, [2]ونظرا لأهمية هذا الضمان لكلا طرفي الصفقة فإن المشرع لم يغفل تنظيمه و كيفيات استيفائه من قبل المصلحة المتعاقدة, بحيث تعرض النظام القانوني للصفقات العمومية لآليات تحديد السعر بكل وضوح و طابعه و كيفيات بفعه أيضا.

حيث تنص المادة 96من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل و المتمم على أنه "يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية :

- بالسعر الإجمالي و الجزائي
- بناء على قائمة سعر الوحدة
- بناء على النفقات المراقبة

[1]- انظر: المادة 62 من المرسوم الرئاسي 10/ 236 المؤرخ في: 2010/10/07 المعدل والمتمم ,الجريدة الرسمية عدد:58 المؤرخة في: 2010/10/07.

[2]-ماجد راغب الحلو القانون الإداري, الدار الجامعية الجديدة, الإسكندرية, 2006, ص 496

- بسعر مختلط

يمكن المصلحة المتعاقدة مراعاة الاحترام الأسعار, تفصيل دفع مستحقات الصفقة وفق صيغة السعر الإجمالي والجزافي[1].

وباستقراء المادة السالفة الذكر نجد المشرع الجزائري قد حدد وبالنص الصريح أربعة أشكال يدفع من خلالها اجر المتعامل المتعاقد وجراء تنفيذه الصفقة ويكون ذلك وفقا للسعر المتفق عليه ويتخذ الثمن عدة صيغ وأشكال وهذا ما سنوضحه على الشكل التالي:

أولا:أشكال دفع سعر الصفقة

الثمن هو المبلغ المالي الذي يتقاضاه المقاول من الإدارة مقابل ما أنجزه من أشغال وهو احد العناصر الأساسية في العقد, إذ بمجرد ما تقع المصادقة على الصفقة يتحدد الثمن الذي ستنفذ به الأشغال وتكون الإدارة ملزمة بدفعه وبذلك فان الثمن لا يتحدد إلا بعد التعاقد ولا ينبغي للثمن أن يكون نهائيا لأنه يلقي صعوبات من الناحية العلمية أثناء التنفيذ[2].

1- السعر الإجمالي والجزافي:

طبقا لنص المادة 63 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فانه يدفع أجر المتعامل المتعاقد إجماليا وجزافيا ويكون الثمن إجماليا عندما يحدد المقاول مسبقا ثمنا كليا لمجموع الصفقة أو الأشغال. ويكون السعر إجماليا وجزافيا في حالة النص في الصفقة على مبلغ جزافي يشتمل على كافة المستحقات المالية التي يتقاضاها المتعاقد نظير تنفيذه الصفقة. دون الاعتماد على حساب الوحدات المنجزة[3].

[1]- المادة 108 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

[2]- مازن ليلو راضي والعقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن. مرجع سابق، 525.

[3]- محمد الصغير بعلي و القانون الإداري (التنظيم الإداري والنشاط الإداري) دار العلوم للنشر والتوزيع وعنابة 2004 . ص 81

2-سعر الوحدة:

من المستقر عليه فقها و قضاءا أن العقد الإداري هو اتفاق يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما بقصد إدارة أو تسيير احد المرافق العامة ,وتظهر فيه نية الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد , فالمتعامل المتعاقد باعتباره طرف في الصفقة العمومية إلى جانب الإدارة المتعاقد معها عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة صار من حقه الحصول على المقابل المالي ويكون ذلك بالكيفية التي حددها القانون حيث انه يمكن أن يدفع أجر المتعامل المتعاقد في شكل سعر الوحدة. يكون سعر الوحدة في حالة تحديد سعر الصفقة بناءا على وحدات القياس مثال: تحديد سعر شق طريق عام. في إطار تنفيذ صفقة أشغال عامة بناءا على سعر المتر المربع.

وعليه فالسعر بحسب الوحدة يطبق هذا النوع على الأشغال التي لا يمكن تحديد الكميات فيها إلا بشكل تقريبي ويمكن في هذا النوع من الأسعار أن تطرأ تغيرات على الأسعار عند تطبيق البنود الخاصة بذلك.

3-السعر بناءا على النفقات المراقبة:

في هذا النوع من الصفقات يتم تسديد الثمن بحسب تقديم الأشغال المنجزة والمثبتة من طرف المتعامل المتعاقد وذلك بحسب مصاريف النفقات المخصصة للانجاز سواء بخصوص العتاد أو اليد العاملة أو المصاريف الضريبية أو تكلفة السلع مع تحديد هامش الربح. وقد أشار المشرع الجزائري في نص المادة 106 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم انه : يجب أن تبين الصفقة التي تؤخذ خدماتها في شكل نفقات مراقبة طبيعية مختلفة العناصر التي تساعد على تحديد السعر الواجب دفعه ,وكيفية حسابها وقيمتها."[1]

[1]- المادة 108 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

4- السعر المختلط:

يأخذ المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعامل المتعاقد نظير تنفيذه لموضوع الصفقة ويكون هذا حسب طبيعة الصفقة ووفق الكيفية المحددة قانونا والذي يكون مختلطا ,فالسعر المختلط هو السعر الذي يحدد بناءا على عدة معايير (تكلفة وسعر الوحدة مع مراعاة نفقات المراقبة نسبة الربح.....الخ), فالسعر المختلط يعني أنه نوع يجمع بين النوعين السابقين (السعر الجزافي والسعر بالوحدة).

ثانيا: آليات دفع أجر المتعامل المتعاقد

و باستقراء القسم الثالث من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم أين فصلت المواد من 73 إلى 91 في كيفيات الدفع بما يعكس اهتمام المشرع بهذه المسالة نظرا لخطورتها خاصة في عقد الإشغال موضوع الصفقة ,أين تتعدد المهام وأين يرتفع مبلغ الصفقة ,وعليه لا عجب أن يخصص المشرع 19 مادة لكيفيات الدفع فالأمر يتعلق بحقوق الخزينة من جهة وحق المتعامل المتعاقد مع الإدارة من جهة أخرى,

ويحق للمتعاقد إذ سلم المشروع و استوفى إجراءات الرقابة الإدارية الحصول على المبلغ المتفق عليه. كما يمكنه أن يحصل على جزء من هذا المبلغ مسبقا في حدود ما يسمح به القانون فيما يسمى بالتسبيقات, ويعتبر التسبيف استثناء على القاعدة العامة " أداء الخدمة" لأنه لا يمكن صرف النفقات العمومية إلا بعد تنفيذ موضوعها (الهيئات العمومية لا تدفع مسبقا)[1]. وعليه فان الدفع يتخذ عدة أشكال وهي:

1- **التسبيق**: La vance

تعد التسبيقات تسوية مالية جزئية غير نهائية لثمن الصفقة وتعرف على أنها مبالغ مالية | تدفع من قبل الإدارة للمتعاقد معها على حساب الثمن النهائي وقبل أداء وتنفيذ الخدمة[2],

[1]- محمد مسعي، المحاسبية العمومية ,الطبعة الثانية , دار الهدى رعين مليلة , الجزائريص 79

[2]- بحري إسماعيل, مرجع سابق، ص 66

وعرفه المشرع على انه "هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد. وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة[1]."

يتضح من نص المادة أعلاه أن التسبيق هو مساعدة مالية من الإدارة للمتعامل المتعاقد معها لتمكينه من البدء في الأشغال أو تنفيذ محتوى العقد الذي التزم به بهدف التنفيذ الحسن ,فقد تكون أموال المتعاقد التي كان ينوي تنفيذ العقد بها لم تحصل أو لم يتم تصفيتها نهائيا من طرف هيئة عمومية أخرى , فيبدأ المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته بالتسبيقات إلى حين استفاء أمواله.

يشترط كي يستفيد المتعاقد من هذه التسبيقات أن يدفع مسبقا كفالة رد بالتسبيقات ,تودع هذه الكفالة لدى بنك خاضع للقانون الجزائري ,أو لدى صندوق ضمان الصفقات العمومية وهذا بالنسبة للمتعاملين الجزائريين ,أما المتعهدين الأجانب فهم ملزمون باستصدار كفالة من بنك خاضع للقانون الجزائري ويشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى حسب المادة 125 من المرسوم الرئاسي 147/15 المعدل والمتمم[2].

تحرر كفالة إرجاع التسبيقات حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية .2 وللتوضيح أكثر نجد القانون المنظم لصندوق ضمان الصفقات العمومية ,ولقد حدد في نصوص مواده 2 و3 و4 و5 منه على كيفية منح هذا الصندوق على الضمانة أو الكفالة الرامية إلى تسهيل تنفيذ الصفقات العمومية

زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 125 أعلاه يتعين على المتعامل أن يقدم كفالة حسن تنفيذ الصفقة.

[1]- المادة 109 **من المرسوم 15الرئاسي /247 المؤرخ** في: 16 سبتمبر 2015 ,الجريدة الرسمية , عدد رقم:58 المؤرخة في: 2015/09/16

[2]-المادة 109 **من المرسوم 15الرئاسي /247 المؤرخ** في: 16 سبتمبر 2015 ,الجريدة الرسمية , عدد رقم:58 المؤرخة في: 2015/09/16

ثالثا:أشكال التسبيق

يتخذ التسبيق احد الشكلين وذلك حسب المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15-147 المعدل والمتمم.فان التسبيقات حسب الحالة جزافية أو على التموين.

أ) **التسبيق الجزافي:** هو ذلك المبلغ المدفوع من قبل المصلحة المتعاقدة قبل الشروع في أداء الخدمة موضوع الصفقة للمقاول أو المورد أو هو مبلغ تدفعه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد قبل البدء في تنفيذ موضوع الصفقة, فهو لا يتحدد بناءا علمى اعتبارات معينة مسبقا , والتي يجب إلا تتجاوز العتبة المحددة في التنظيم والمقدرة ب 15% من السعر الأولي للصفقة .ويمكن أن يدفع التسبيق مرة واحدة كما يمكن توزيعه على فترات يتم الاتفاق عليه في الصفقة. وكما أوردت المادة 104 من المرسوم الرئاسي 10-236 استثناء على القاعدة العامة الاوهي ان مبلغ التسبيق الجزافي لا يزيد عن 15% من السعر الاولي للصفقة فاجازت للمصلحة المتعاقدة ان تدفع تسبيقا جزافيا اكبر من النسبة المقررة في المادة 104من هذا المرسوم.

2 - **الدفع على الحساب:** " La Compte

هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة "[1].

يلاحظ من تعريف المادة أعلاه الدفع على الحساب يختلف عن التسبيق. فإذا كان الثاني كما بينا سابقا هو عبارة عن قسط من المال يدفع قبل بدء الأعمال موضوع الصفقة فان الدفع على الحساب يتعلق بالتنفيذ الجزئي للصفقة, ومثال ذلك قيام المقاول فعلا بانجاز جزء من الأشغال بيناء بعض المساكن مثلا, أو تسليم المورد للإدارة بعض التجهيزات المكتبية في عقد التوريد.

ومثلا كان نتصور أن المتعامل المتعاقد نفذ 40% من موضوع الصفقة ويطالب بالدفع على الحساب لهذه القيمة.

وباستقراء المادة 104 من المرسوم الرئاسي 15-147 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم نستنتج أن الدفع على الحساب نوعين أساسين:

[1]- المادة 104 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

أ) **الدفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات:** إن التدقيق في مضمون المادة 84 الفقرة 2 يجعلنا نقتنع أن الدفع على الحساب يخص فقط عقد الأشغال, والدليل على ذلك نص المادة المذكورة أعلاه والتي وردت بالشكل التالي: " يجوز لحائزي صفقة أشغال أن يستفيدوا من دفعات على الحساب عند التموين بالمنتوجات المسلمة في الورشة والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين حتى نسبة ثمانين في المائة (80 %) من مبلغها المحسوب بتطبيق أسعار وحدات التموين المعدة خصيصا للصفقة المقصودة على اساس الكميات المعاينة, ولا يستفيد المتعامل المتعاقد بأي حال من الأموال من هذا الدفع على الحساب إلا فيما يخص التموينات المقتناة في الجزائر[1].

ب)**الدفع على الحساب على أساس الأعباء الاجتماعية:** وهذا النوع مكرس ضمنيا بموجب المادة 102 من المرسوم الرئاسي 15-147 والتي تنص بشكل صريح وآمر على وجوب تقديم المتعامل المتعاقد جدول التكاليف الاجتماعية مؤشر عليه من طرف صندوق الضمان الاجتماعي المختص واثبات صرفه لهذه الأعباء[2].

3 - **التسوية على رصيد الحساب:**Le Reglement pour solde "

وهي الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها.[3] "

و ومن منطوق هذه المادة فان المتعاقد لا يستفيد من التسوية على حساب الرصيد إلا بعد التنفيذ النهائي لالتزامه وعلى النحو المرضي إي المتفق عليه, فإذا اثبت هناك إخلال من المتعاقد فانه لن يستلم المبلغ إلا بعد اقتطاع الجزاءات المالية المنصوص عليها قانونا أو الحقوق المنشاة بموجب العقد ويعد اقتطاع التسبيقات التي استفاد منها, حيث على الإدارة

[1]- المادة 117 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

[2]- المادة 102 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

[3]- المادة 108 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

قبل القيام بالتسوية على رصيد الحساب اقتطاع ما على المتعاقد من ديون كالضمانات والغرامات والتنسيقات.

يجب أن تحدد الصفقة الآجال المخولة للمصلحة المتعاقدة لتقوم بعمليات الإثبات التي تعطي الحق في الدفع. ويبدأ سريان الأجال اعتبارا من تقديم حائز الصفقة طلبا بذلك مدعما بالمبررات الضرورية[1].

وبعد عملية إثبات أداء الخدمات المتعاقد عليها في الصفقة يتعين على المصلحة المتعاقدة صرف التسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوما ابتداء من استلام الكشف أي الفاتورة , غير أنه يمكن تحديد أجل التسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من الوزير المكلف بالمالية وهذا دون أن يتجاوز هذا الأجل شهرين وتعلم المصلحة المتعاقدة كتابيا المتعامل المتعاقد بتاريخ الدفع يوم إصدار الحوالة [2].

مما سبق عرضه , يمكن القول بأن التنظيم الأخير للصفقات العمومية كان حريصا على تحديد التزامات المصلحة المتعاقدة خصوصا مسألة احترام أجال الدفع حيث يلاحظ في الواقع العملي. تأخر هام في هذه العملية الحساسة وعموما لا يشجع المتعاملين المتعاقدين الذين لا يملكون إمكانيات أو لا تسمح لهم إمكانياتهم المالية المحدودة بتحمل تأخر الدفع لمدة طويلة[3].

الفرع الثاني: حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء التعويض

يمكن للضرر أن يلحق بالمتعامل المتعاقد إما بخطأ من الإدارة كأن لا تقدم له التسييقات في الأجل المحدد. وهذا ما نصت عليه المادة 89 من قانون الصفقات العمومية الجزائري .حيث يستفيد المتعامل المتقاعد من فوائد على التأخير قابلة للزيادة إذا لم تلتزم الإدارة بدفعها في الأجل المحدد, كما يمكن أيضا للمتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض عن الفسخ متى

[1]- المادة 121 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

[2]- المادة 89 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في: 2010/10/07 , الجريدة الرسمية عدد رقم:58 المؤرخة في: 2010/10/07.

[3]- محيو أحمد, محاضرات في المؤسسات الإدارية, الطبعة الرابعة, ديوان المطبوعات الجامعية 2006, ص 386

كان القرار غير مشروع وأقام المتعاقد الدليل على تسبيبه له في أضرار بشكل يقيني منعا لإثرائه بلا سبب على حساب الإدارة , ويشمل التعويض على ما لحق المتعاقد من ضرر كما يشمل ما فاته من كسب[1].

الفرع الثالث: حق المتعامل المتعاقد في مراعاة التوازن المالي

إن المقابل المالي المتفق عليه في العقد مبدئيا لا يمكن تغييره, فالمتعاقد شأنه شأن الإدارة, ملزم بتنفيذ العقد بالثمن المتفق عليه.

غير أنه يمكن أن تقع بعض الأحداث الغير متوقعة لا دخل لإادة الطرفين فيها وتؤثر على التوازن المالي، وتجعل المتعامل المتعاقد في حالة عسر وعجز عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية بل قد تؤدي إلى إفلاسه ,وتعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية يعود للقضاء الفرنسي الفضل في إظهارها إلى حيز الوجود من خلال القضايا المعروضة عليه.

ولقد استقر الفقه والقضاة الإداريين في كل من فرنسا, مصر و الجزائر على أن هذا الوضع يتطلب من أجل ضمان مبدأ الاستمرارية, إيجاد توافق ومعادلة بين عاملين هما:

- التزام المتعامل المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ الصفقة لما لها من أثر على المصلحة العامة وتلبية احتياجات الجمهور من جهة.
- ضرورة تدخل المصلحة المتعاقدة باعتبارها سلطة إدارية عامية لسد ومنيع أي اختلال في التوازن المالي من خلال تحمل كل أو جزء من الأعباء المالية الإضافية نظير ما تتمتع به من حقوق وسلطات من جهة أخرى[2].

ويلاحظ أن التوازن المالي للعقد أمر مفروض في كل عقد إداري ومن حق المتعاقد مع الإدارة إن يعوض على مقتضاه دون الحاجة إلى نص على ذلك في العقد ومعنى ذلك أن العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تعرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقدون معها[3].

---

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة , مرجع سابق ص 134

[2]- بعلي محمد الصغير والقانون الإداري ، مرجع سابق، ص 232

[3]- محمد رفعت عبد الوهاب وحسين عثمان محمد عثمان, مبادئ القانون الإداري, دار المطبوعات الجامعة الإسكندرية, | 2001, ص 688

ولأنه ليس من العدالة أن يتحمل المعامل المتعاقد لوحده عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد. ورغم ذلك فقد نصت المادة 153من المرسوم الرئاسي 15-147 . بأنه: « ..... غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام. أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كما سمح هذا الحل بما يأتي:

إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين..... إلخ.[1]

ومنه فان المشرع حول كفالة حق إعادة التوازن المالي للصفقة لصالح المتعامل المتعاقد وجعله التزاما يقع على الإدارة المتعاقدة وهذا باتخاذ طريق الحل الودي للنزاعات, توخيا منه للتنفيذ الحسن والأكمل للصفقة المتعاقد عليها[2].

وعليه فان التعويض الذي يحصل على المتعامل المتقاعد في إطار التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للصفقة يجد أساسه في نظرية المخاطر الدارية (نظرية فعل الأمير), نظرية المخاط ,الاقتصادية (نظرية الظروف الطارئة).

1-**نظرية المخاطر الإدارية: (فعل الأمير)** :يقصد بفعل الأمير كل إجراء مشروع تتخذه السلطات الإدارية المتعاقدة يكون من شانه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة[3].

2-**نظرية الظروف الطارئة:** (الظروف الاقتصادية): خلاصة هذه النظرية أنه إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية خارجية لم يكن في الوسع توقعها وقت إبرام العقد, وترتب على حدوثها اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا.

تمتاز هذه النظرية بأنها ذات طابع اقتصادي ,لان من شان الحوادث الطارئة أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا من الناحية الفنية أو القانونية بل من الناحية الاقتصادية ,فالإرهاق يعني

[1]- 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

[2]- بن دعاس سهام والمتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية , مذكرة ماجستير, جامعة عنابة ,2005 , ص 84.

[3]- بحري إسماعيل مرجع سابق ، ص 73

عدم تناسب المقابل المالي الذي يجب للمتعاقد (المدين) مع ما يجب عليه من التزام مستمر في التنفيذ في ظل الظرف الطارئ المستجد, فمن شان الظرف الطارئ أن يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب .

المطلب الثاني: التزامات المتعامل المتعاقد

تعد دفاتر شروط الصفقة المبرمة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد هي المحددة ما لكل طرف من حقوق وما عليه من التزامات ,إلى جانب تلك الشروط المفترضة في كل العقود الإدارية والتي يجب احترامها حتى ولو لم تضمن كبند صريح في بيانات أو عقد الصفقة فالمصلحة المتعاقدة تحرص على أن تتوخي الدقة في صفقاتها المبرمة لأنها تتعلق بالمرافق العامة والتي يجب أن تستمر في أداء أعمالها بانتظام واطراد في كل الأوقات ومن هذا المنطلق منحت الإدارة سلطات وحقوق استثنائية في مواجهة المتعاقد معها تتمتع بها كوظائف تمارسها في إطار القانون العام والتي من شأنها أن تجعل تلك الصفقة تفقد الغرض الذي أبرمت من اجلها وعليه يتوجب على المتعامل المتعاقد أن يفي بالالتزامات والمهام المسندة إليه بموجب الصفقة المتعاقد عليها بكل دقة وأمانية لأنه في حالية الإخلال بها أو التقصير في أدائها تقوم المصلحة المتعاقدة بتوقيع احد الجزاءات المقررة لذلك الإخلال ,وهذا كفالة من المشرع في مجال الصفقات العمومية لحقوق الإدارة المتعاقدة وبما أن مرحلة التنفيذ هي تلك المرحلة الهامة في مسار الصفقة العمومية فقد تمت إحاطتها بكم كبير من الأدوات القانونية اللازمة لضمان سيرها الحسن تحقيقا لمبادئ إبرام الصفقات العمومية وتعد هذه الضمانات السبيل الأنجع لتأدية كل طرف لالتزاماته[1].

الفرع الأول: الالتزام الشخصي بالتنفيذ

إن العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعا ولو لم ينص عليها العقد , ومن هذه القواعد إن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية ,إي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصيا وينفسه, فلا يجوز له أن يحل غيره فيها, وان يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة , فان حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة فان التنازل يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لأنه يتعلق بالنظام العام ويكون الخطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه

[1]- - بحري اسماعيل مرجع سابق , ص 82

توقيع الجزاءات المنصوص عليه في العقد ,وخصوصا فسخ العقد اعتبارا بان الخطأ المذكور خطا جسيم , وبالتالي فانه يترتب على مبدأ الاعتبار الشخصي نتائج هامة تكمن في حظر التنازل عن العقد والاستعانة بالغير لتنفيذ العقد .

أولا: التنازل عن العقد

التنازل عن العقد هو التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الغير بقصد إحلال ذلك الغير محله في أداء التزاماته واكتساب حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة.

ويجب التمييز بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن ,فالتنازل عن العقد يعني أن يحل غير المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية مع الإدارة كاملة. أما التعاقد من الباطن فيعني أن يقدم المتعاقد مع الإدارة الاتفاق مع الغير لتنفيذ جانب من التزاماته التعاقدية[1].

أولا: التنازل عن العقد (Le cession)

هو التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الغير بقصد إحلال ذلك الغير محله في أداء التزاماته واكتساب حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة.

ويجب التمييز بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن ,فالتنازل عن العقد يعني ان يحل غير المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية مع الإدارة كاملة.

أما التعاقد من الباطن فيعني أن يقدم المتعاقد مع الإدارة الاتفاق مع الغير لتنفيذ جانب من التزاماته التعاقدية[2].

[1]- نصري منصور نابلسي. العقود الإدارية (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى , منشورات زين الحقوقية, مكان النشر: (بدون) 2010 , ص 66

[2]- نصري منصور نابلسي مرجع سابق ، ص 66

فالتنازل عن العقد يجب أن يقترن بالموافقة من الجهة الإدارية المختصة ليكون قانونيا وشرعيا والا وفي حال عدم اقتران التنازل بالموافقة من الجهة الإدارية المختصة فانه يعرض المتعاقد المتنازل عن العقد للمساءلة القانونية التي قد تصل إلى حد عقوبة فسخ العقد وتحميله العطل والضرر[1].

ثانيا: الاستعانة بالغير لتنفيذ العقد

من الواجب على المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة إتباع كل الإجراءات والالتزامات المكتوبة في دفتر الشروط والمقررة في العقد وأي مخالفة في المشروع قد تكون نتائجه وخيمة باستثناء حدث مفاجئ خارج عن نطاق المتعاقدين الذي يستحيل فيه التنفيذ.

أما في حالة وجود أي مخالفة لهذه القواعد فتنص المادة 03 من المرسوم الرئاسي 15-147 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية على انه:" تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات ,وفي حالة وجود خطر يهدد استثمارا ,أو ملكا للمصلحة المتعاقدة ,أو الأمن العمومي و يمكن مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني , أن يرخص بموجب قرار معلل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة..."،[2] وبالتالي تلتزم المصلحة المتعاقدة بالعقد المبرم وتنفيذ الشروط تنفيذا كاملا وسليما ويقابلها التزام المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة وحده دون الاعتماد على الغير أو الاستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل العقد ,فهو المسؤول بعد توقيع الصفقة عن التنفيذ الكامل والتام والنهائي للمشروع حتى ولو عهد للغير القيام بجزء من العمل أو الخدمة في إطار التعامل الثانوي.

1- **اللجوء للمتعامل الثانوي** : إذا كان المرسوم الرئاسي 15-147 قد أجاز اللجوء للمتعامل الثانوي من خلال نصوص مواده,فانه بذلك قد راعى أن المتعامل المتعاقد قد لا يستطيع القيام بكل جزئيات المشروع كان يتعلق الأمر ببناء مجمع سكني . والعمل الثانوي يتمثل في الوسائل المتعلقة بالترصيص , فهنا يفترض أن يلجا المقاول إلى إبرام عقود ثانوية بغرض التنفيذ الكامل للمشروع على أن يتم تحديد هذا العمل في الصفقة صراحة.

[1]- - محمد فؤاد عبد الباسط , مرجع سابق , ص 385.

[2]- المادة 03 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436هد الموافق لد 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد51 الصادرة بتاريخ مارس 2016

كما نصت المادة 141 من نفس المرسوم السالف الذكر على المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بصفة ثانوية."

الفرع الثاني: الالتزام بأداء الخدمات حسب الآجال و الكيفيات المتفق عليها

سبق الإشارة إلى أن عدم التزام المتعامل المتعاقد بالآجال المتفق عليه أو بالكيفيات المحددة التنفيذ الصفقة يعرضه لعقوبات مخولة للإدارة بموجب ما لها من سلطات ,لذلك فهو ملزم في كل الحالات بالتقيد بالأجال والكيفيات التعاقدية طالما انه هو من اقترح العرض ووافق على دفتر الشروط.

الفرع الثالث: الالتزام بدفع الضمانات

إن دفاتر شروط الصفقة المبرمة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد هي المحددة لكل طرف من حقوق وما عليه من التزامات ,إلى جانب تلك الشروط المفترضة في كل العقود الإدارية والتي يجب احترامها حتى ولو تضمن كبند صريح في بيانات أو عقد الصفقة ,فالمصلحة المتعاقدة تحرص على أن تتوخي الدقة في صفقاتها المبرمة لأنها تتعلق بالمرافق العامة والتي يجب أن تستمر في أداء أعمالها بانتظام واطراد في كل الأوقات ومن هذا المنطلق منحت الإدارة سلطات وحقوق استثنائية في مواجهة المتعاقد معها تتمتع بها كوظائف تمارسها في إطار القانون العام والتي من شأنها أن تجعل تلك الصفقة تفقد الغرض الذي أبرمت من اجله ,إذ تستطيع بمقتضاها آن تباشر حق الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة وان تقوم بتنفيذ شروط الصفقة وفسخها و إلغائها بإرادتها المنفردة وهي سلطات خطيرة قد تؤدي إلى حرمان الطرف المتعاقد من حقوقه لذا تم وضع حدود وضوابط لممارسة هذه الامتيازات وجعلها تتماشى وأهداف سير المرافق العامة الرامية إلى تحقيق المنفعة العامة[1].

وعليه يتوجب على المتعامل المتعاقد أن يفي بالالتزامات والمهام المسندة إليه بموجب الصفقة المتعاقد عليها بكل دقة وأمانة لأنه في حالة الإخلال بها أو بإحداها أو التقصير في

[1]- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتو اره، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013 ،ص .114

أدائها تقوم المصلحة المتعاقدة بتوقيع احد الجزاءات المقررة لذلك الإخلال وهذا كفالة من المشرع في مجال الصفقات العمومية لحقوق الإدارة المتعاقدة [1].

ويمكن أن نصنف هذه الضمانات التي خول القانون للإدارة طلبها من المتعامل المتعاقد معها إلى نوعين هما: الكفالات والضمانات المالية الأخرى من بينها الضمان العشري ,الضمانات المالية ذات الطابع الحكومي.....وهي على الشكل التالي:

أولا- نظام الكفالات:

تحرص المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقة العمومية منذ البداية وفي المقام الغول على منح الصفقة للمتعامل المتعاقد المقتدر ماليا أي صاحب الكفاية المالية. وهذا حسب نص المادة 92 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم[2].

من هنا فان المتعاقدين مع الإدارة ملزمون بتقديم ضمانات مالية تحمي الإدارة المتعاقدة من الأخطار المالية التي يمكن أن تواجهها في حالة إخلالهم بالتزاماتهم.

وقبل الحديث عن أصناف الضمانات المالية التي تستند أكثر إلى قواعد القانون الخاص بالنظر إلى طبيعتها والأهداف المرجوة منها فانه ينبغي إعطاء تعريف للضمائات بوجه عام حيث ورجوعا إلى أحكام القانون المدني الجزائري رقم 58/75 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 1975/09/30.

فان مؤدي نظرية الضمان هو وجوب تعويض الشخص الذي وقع عليه الاعتداء على أمواله أو نفسه مما أدى إلى هلاكها أو تلفها وذلك حفاظا على حقوقها , فالضمان التزام بتعويض الغير لما لحقه من ضرر.

وفي مجال الصفقات العمومية فالضمان هو ذلك الحق الذي يتمتع به احد الأطراف اتجاه الطرف الآخر حتى يؤمن سداد ديونه وقد يكون ضمانا شخصيا مثل : عقد الكفالة أو الضمان الاحتياطي أو عينيا مثل: الرهون الحيازية.

---

[1]- بحري اسماعيل ، مرجع سابق، ص83.

[2]- المادة 92 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في: 2010/10/07 ,ج, ر, رقم:58 المؤرخة في: 2010/10/07

ثانيا : الضمانات المالية الأخرى

نص القانون المنظم للصفقات العمومية على مجموعة من الضمانات المالية. تشكل حقوقا للمصلحة المتعاقدة نوضحها على الشكل التالي[1]:

1- الضمانات الخاصة: ثمة ضمانات خاصة يمكن اشتراطها على المتعامل المتعاقد وفي حالات معينة كان تشترط الإدارة مثلا تقديم كفالة أو الالتجاء إلى كفيل شخصي أو هيئة تأمين , لضمان العتاد والسلع التي تضعها تحت يد المتعامل المتعاقد معها كما تستطيع أيضا أن تنص في دفتر الشروط على جزاءات ترتبها في حالة تأخر المتعاقد في رد العتاد الذي قدم إليه , ويمكن للإدارة كذلك أن تنص في دفتر الشروط على ضمانات أخرى استثنائية حتى تتمكن من تنفيذ العمل الذي توكله إلى المتعاقد معها[2] .

2- الضمانات الحكومية: الضمانات الحكومية هي تلك التي تطلبها الإدارة المتعاقدة من المؤسسات الأجنبية منها الأحكام المتعلقة بالقروض أو الائتمانات الناتجة عن عقود حكومية مشتركة. وكذلك الضمانات التي تسمح بالتنافس بين المؤسسات البنكية أو هيئات ذات الصبغة العمومية أو الشبه عمومية.

علما أن الجزائر تفضل هذا النوع من الضمانات في مختلف عقودها, حيث تمنح صفقات إلى المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانا من دولتها , فإذا انعدم مثل هذا الضمان فإنها تلجا إلى إعمال نص المادة 97 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية , وتمنحها للشركات التي تقدم ضمان حسن التنفيذ [3].

3- الضمان العشري:

بعد التسليم النهائي للصفقة ,تترتب على المتعامل المتعاقد مسؤولية مدنية تسمى بالضمان العشري في مجال صفقات تنفيذ الأشغال ,كونها تغطي مرحلة ممتدة إلى 10 سنوات ,حيث أن المقاول والمهندس مسئولان تضامنيا لمدة 10 سنوات عن التهدم الكلي أو الجزئي فيما

---

[1]- بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الج ازئر(د ارسة تشريعية وقضائية وفقهية)، ط. الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الج ازئر، 2009 ، ص .131

[2]- بحري إسماعيل مرجع سابق , ص 93

[3]- هية مردوك, مرجع سابق, ص 189.

شيداه من مباني أو أقاماه من منشات ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا من عيب في الأرض ويسري هذا الضمان ابتدءا من تاريخ الاستلام النهائي للصفقة نظرا لأن الأمر يتعلق بصفقات انجاز مشاريع البناء , ويغطي هذا الضمان أيضا الأضرار المخلة بصلابة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما , عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتغطية ,ويعتبر جزءا لا يتجزأ من الانجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد الانجاز وزيادة على الضمان. يتوجب على كل مهندس معماري ومقاول ومراقب تقني وأي متدخل اكتتاب تامين لتغطية المسؤولية المدنية والمهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء وتجديد البناءات أو ترميمها وهو ما أفادت به المادة 175 من قانون التأمينات. وعليه فان المتعامل المتعاقد سواء أكان المتعاقد أجنبي أو وطني ملزم بالخضوع لكافة الالتزامات التعاقدية , فإذا أخل المتعاقد الوطني بأحد من التزاماته . جاز القانون للإدارة المتعاقدة حق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمل به . أما إذا كان المتعاقد مع الإدارة أجنبي واخل بالتزاماته التعاقدية فانه يسجل في قائمة المتعاملين الممنوعين من التعهد في الصفقات العمومية .

خلاصة الفصل

إن مجال الصفقات العمومية هو المجال الأوسع من حيث صرف الأموال العامة، وليس لأي فرد من الأفراد حق التصرف العشوائي في تسيير هذه الأموال، بناءا على ذلك كان لابد من إيجاد الصيغة العقلانية و القانونية التي من شأنها تسيير المال العام بما يحقق الأهداف التي من اجلها يتم صرف هذا الكم الهائل من الأموال .

وعليه صار لابد من معرفة الماهية الحقيقية للصفقات العمومية و الجهات المخولة بها و التي جاء بها قانون الصفقات العمومية و حددها بما لايدع مجالا لعدم الفهم ، و كذلك معرفة الطرق القانونية لسير هذه العقود التي تبرمها الإدارة ، وكل ذلك من أجل الحفاظ على المال العام.

الخاتمة

الخاتمة:

بعد دراستنا وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية , اتضح لنا بجلاء مدى حجم السلطات والامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في كل مراحل الصفقة العمومية وخاصة في مرحلة التنفيذ باعتبار أن المصلحة المتعاقدة هي المشرفة على كل تراتيب إبرام الصفقة العمومية وتنفيذها.

كما اتضح لنا أن السلطات الواسعة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة نابعة أساسا من مركزها التعاقدي الممتاز في مواجهة المتعامل المتعاقد معها, هذا المركز يجد مبرره في وجوب تقديم المصلحة العامة التي تمثلها المصلحة المتعاقدة على المصلحة الخاصة التي تعود إلى المتعامل المتعاقد , وهو ما يضمن حسن إنشاء وسير المرافق العمومية التي وجدت الصفقة من اجله مع خضوع المصلحة المتعاقدة لالتزامات متنوعة وتقيدها بمبدأ المشروعية عند استعمال سلطاتها حتى تتجنب التعسف في استعمال السلطة لان الغرض من هذه الامتيازات والسلطات هو تحقيق مصلحة عامة وليس إرهاق الطرف الأخر أي المتعامل المتعاقد الذي يجب النظر إليه كشريك اقتصادي وليس كخصم , لذا يجب مرافقته وتوجيهه بما يخدم حسن تنفيذ الصفقة العمومية خاصة إذا تعلق الأمر بمتعامل اقتصادي وطني يترتب على تشجيعه ومساعدته آثار ايجابية كثيرة على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي و الاجتماعي وحتى على الصعيد السياسي. حيث تمارس المصلحة المتعاقدة السلطات المخولة لها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة من دون وساطة القضاء وليست بحاجة لتضمين الصفقة نصا يسمح لها بممارسة هذه السلطات, فهي تستمدها كافة من الطبيعة والخصائص الذاتية التي تميز الصفقات العمومية والتي يراعي دائما في تنفيذها تغليب الصالح العام على الصالح الخاص.

كما تمارس المصلحة المتعاقدة لسلطاتها المخولة لها في العقد والمتمثلة في سلطة الرقابة والتعديل وتطبق جزاءات وتوقع عقوبات مختلفة على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية, حيث تعتبر هذه العقوبات سواء كانت ضاغطة, فاسخة, مالية أم جنائية بمثابة ضمانات إضافية تفرض على المتعامل المتعاقد بهدف دفعه نحو تنفيذ التزاماته و هذه

السلطات المخولة للمصلحة المتعاقدة هي حق ثابت ومؤكد لها في كافة القوانين المنظمة للصفقات العمومية , غير أن استعمالها يكثر بصدد صفقات اللوازم و كذا صفقات الأشغال العامة , حيث تصل مداها في هذه الأخيرة كونها تتمتع بطبيعة خاصة تميزها عن سائر الصفقات الأخرى ,حيث تظل المصلحة المتعاقدة الصاحب الحقيقي للمشروع , وبالتالي يتعين على المتعامل المتعاقد ليس فقط الالتزام ببنود وشروط الصفقة وانما أيضا احترام الأوامر المصلحية التي تصدرها إليه المصلحة المتعاقدة بمناسبة ممارستها كل من سلطتي الرقابة والتعديل التي لا تستهدف مجرد متابعة تنفيذ الالتزامات التعاقدية فقط وانما هدفها الأساسي هو ضمان تنفيذ الصفقة بصفة مرضية.

كما أن سلطة توقيع الجزاءات لا تهدف فقط إلى إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة الأطول العلاقة التعاقدية ولا تتسم بطابع العقوبات التي توقع على المتعامل المتعاقد وانما هدفها الأساسي هو الوصول إلى تنفيذ الصفقة في المواعيد المقررة ووفقا للشروط المتفق عليها , وهي سلطة متدرجة تبدأ بالجزاءات التي لا تواجه الأخطاء الجسيمة كالجزاءات المالية وتنتهي بالجزاءات الفاسخة التي تواجه الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها المتعامل المتعاقد.

ورغم اعتراف المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة بجملة من السلطات في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية من خلال تشريعات الصفقات العمومية , إلا أن هذه الأخيرة تتخللها بعض النقائص خاصة فيما يتعلق بسلطة توقيع الجزاءات , حيث تفادي المشرع تفصيل ما يخص الغرامة التاخيرية على الرغم من أهميتها في الواقع العملي , حيث تكثر حالات تخلف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في المدة المنصوص عليها في الصفقات العمومية. كما تعد إشكالية اقتضاء المصلحة المتعاقدة للتعويض إحدى المسائل المعقدة والمثيرة للجدل, كون المشرع الجزائري لم يفصح عن رؤيته بشكل واضح فيما يخص مسالة تقدير المصلحة المتعاقدة للتعويض بنفسها كجزاء مالي كما هو مستقر في فرنسا.

كما لوحظ وجود بعض الثغرات والنقائص من حيث دراسة مرحلة تنفيذ الصفقة فالمشرع لم يوليها اهتماما أكثر بالمقارنة مع مرحلة الإبرام, حيث لم يشر المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم إلى الجزاءات الضاغطة كما هو بالنسبة إلى التشريع المقارن , غير بعض الإشارات والتلميحات التي تتطلب جهدا لاستخلاصها. | خلا تشريع الصفقات العمومية من

الإشارة إلى الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعامل المتعاقد غير أن دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة المح باقتضاب شديد إلى هذا النوع من الفسخ, و استمرار العمل بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقة الأشغال العامة رغم انه يحمل في تأشيراته نصوصا فرنسية ملغاة , مما يجعله من الناحية القانونية ملغي , وعلى الرغم من أهميته فان كثيرا من أحكامه تتعارض مع التنظيم الحالي للصفقات العمومية.

الاقتراحات

لحماية المشرع للأموال العمومية وضمانا لحقوق المصلحة المتعاقدة , ننصح بوضع نظام الضمانات ذات طبيعة مالية وتقنية وتجارية حيث :

- تفرض على المتعامل المتعاقد الحاصل على الصفقة أثناء التنفيذ وبعد ها حيث تضبط غالبا في دفتر الشروط ناهيك عن الالتزامات التي ينص عليها القانون المنظم للصفقات العمومية والمتمثلة في تقديم مختلف أنواع الكفالات (كفالة التعهد- كفالة رد التسبيقات - كفالة حسن التنفيذ - كفالة الضمان)
- بالإضافة إلى الضمانات ذات الطبيعة الحكومية المفروضة على المؤسسات الأجنبية الحاصلة على الصفقات , وهناك أيضا الضمان العشري بالنسبة لصفقات الأشغال وهي ضمانات لاحقة التنفيذ الصفقة , وفي مجملها أدوات ضمان من القانون الخاص أدرجت في النظام القانوني للصفقات العمومية.
- عدم نشر المصلحة المتعاقدة لإجراء عدم جدوى الصفقة في حالة عدم مشاركة المتعهدين في المناقصة حيث أن هذا يعتبر تبديد للمال العام وعدم ترشيد النفقات العمومية.
- في حالة ما إذا كان المتعامل المتعاقد أي صاحب المشروع واحد وتحصل على أكثر من مشروع فما الفائدة وراء إجراء إعلان واحد في جريدتين وطنيتين لكل مشروع حيث أن ذلك يعتبر تهديد للمال العام.

لمواجهة هذه النقائص مستقبلا لا بد من تقديم بعض التوصيات الميدانية العملية حتى يمكن للمشرع الجزائري مراعاتها واستيعابها والأخذ بها خلال التعديلات المقبلة.