

مقدمة الفصل:

حتى تتم الرقابة التقنية للبناء وجب توافر الجملة من الاجراءات القنونية التي بموجبها تتم الرقابة ، فالغاية وهدف الاساسي منها هو مراقبة مدا احترام المعايير و شروط البناء من الجانب التقني ، عن طريق دراسة الارضية التي سوف يقوم عليها المشروع ، الى وضع اخر حجر للبناء و هذا كله يتم من طرف اعوان المؤهلين قانونا ومتمتعين بشروط التي نصت عليها مختلف التشريعات هذا كل من صحة المراقبة التقنية التي بموجبها يتم تسليم البناء، و هذه الاجراءات الجوهرية التي يقوم بها المراقب التقني ، هي تتم اما عن طريق عقد الاستشارة التقنية وهو ما سوف نتناوله في المبحث الاول ، و اما تتم في شكل اتفاقية رقابة تقنية تخضع لقانون صفقات العمومية و هو ما سوف نتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الاستشارة التقنية للبناء

تعد الاستشارة التقنية ركن هام و عنصر بارز في انجاز الاشغال الخاصة للبناء ، خصوصا في ما يتعلق بالتهيئة القاعدية الى غاية اتمام اخر جزء، و هذا يشمل جميع الجوانب الخاصة بالاستشارة التقنية سواء اقتناء لوازم تقديم خدمات الى غير ذلك، و هو ما نص عليها القانون الجزائري في عديد نصوص القانونية المتضمنة لعمليات تنفيذ الاشغال في ميدان البناء و اجر ذلك، على انه يترتب على الاستشارة التقنية عقد طرفاه صاحب المشروع و المستشار التقني ، لكل طرف حقوق وواجبات يحددها العقد و القانون الساري المفعول به ، وهو ما نصت عليه المادة 14 من القرار الوزاري المشترك المتضمن الكيفيات ممارسة تنفيذ الاشغال في ميدان البناء ، على ان " عقد الاستشارة الفنية يبرم وفق القانونية المعمول بها و لاسيما الاحكام التي تنضم الصفقات العمومية " ، و على اثره يجب تحديد العلاقات بين صاحب المشروع المستشار الفني بموجب عقد يبرم حسب الاشكال المطلوبة و لقد عبرت مختلف النصوص على ان الاستشارة التقنية هي عبارة عن عقد بين رب العمل و مستشار الفني صاحب مكتب الدراسات ، في نما يجب ان تكون في شكل عقد ، و لقد تجنبت القوانين الجديدة تعريف العقد وهو المناسب و السبب الثاني هو ان استعمال مصطلح اتفاقية مستصاغ في العلاقة التي تربط المستشار التقني و صاحب المشروع ، وهو ما جرت عليه العادة من خلال قانون الصفقات العمومية فيسمى " اتفاقية دراسة و متابعة انجاز ثانوية " ، كما ان قانون صفقات العمومية 15-247 جاء باحكام تنظم هذه العلاقة و عليه سوف نتناول في هذا الموضوع مطلبين المطلب الاول يتضمن مفهوم الاستشارة التقنية ضمن فرعين و المطلب الثاني يتضمن اركان عقد الاستشارة التقنية ضمن ثلاثة فروع.

المطلب الاول : مفهوم الاستشارة التقنية

ان اي مفهوم للاستشارة التقنية يقتضي الوقوف على المقصود بهذا المفهوم و بيان خصائصه و كذا تميزه عني العقود او الالتزامات المشابه له ، و ذلك لا يكون الا ببيان طبيعة العمل الموكل الى المستشار التقني ، فالمشرع الجزائري بالرغم من انه لم يعرف الاستشارة التقنية التي هي عبارة عن عقد ، الا انه في هذا الموضوع سوف نحاول الوقوف على هذه العناصر ، من خلال تعريف الاستشارة التقنية في مجال البناء و بيان خصائصها ، بالظافة الى البيان الطبيعة القانونية لهاته العلاقة .

الفرع الاول: تعريف الاستشارة القانونية و خصائصها

لقد عرف هذا المفهوم عدة المرادفات في الدراسات الاكاديمية ، منها العقد الهندسة المعمارية الذي يختصر على المهندس المعماري كا فرد او شخص طبيعي، يضمكل أنواع العقود التي يبرمها المستشار الفني سواءً اكانت لصالح الأفراد أو الدولة أما الثاني فيتعلق بتقديم خدمات استشارية في مجال البناء لصالح افراد الدولة و هيئات الادارية التابعة لها، و هذا طبقا للقرار لبوزاري المؤرخ لسنة 1988 وهو يمارسها كشخص طبيعي أو معنوي عندما يمارس المهنة في شكل مكتب دراسات تقنية أو شركة ، و انطلاقا من المادة " 54 من القانون المدني الجزائري" يمكن القول " أن العقد مع المستشار الفني هو اتفاق يتضمن في فحواه التزام هذا الأخير بالقيام بمجموع أعمال تتمثل في وضع التصميم والإشراف عليه، أو إحدى العمليتين حسب الإتفاق أي حسب الشروط المتفق عليها بين المستشار التقني وصاحب المشروع طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين"¹.

و هنا اذا كان العقد ضمن النطاق ، فلا تدخل الإتفاقات التي تبرمها الدولة بوصفها صاحبة السيادة مع الأفراد، كما هو الشأن في التزامات المرافق العامة مع الافراد او الشركات ، غير أن الأمر ليس كذلك إذ أن الإتفاقات تعتبر عقودا، ولاكن ما يميزها هو أن الطرف الأقوى هي الدولة صاحبة السيادة، وأن الغرض من فرض السيادة هو تحقيق اهداف الصالح العام، لان هذه الاتفاقات أتجهت إلى إحداث الأثر القانوني الذي يترتب عن تطبيق القانون.²

و بالرجوع الى النصوص القانونية التي تنضم الاستشارة التقنية ، نجد الاعمال التي يقوم المستشار التقني هي اما ان تمون اعمال مادية او قانونية و هو ما نص عله المادة 555 من القانون المدني الجزائري ، بمفهوم المخالف ان المهندس المعماري يقوم بوضع تصاميم ، و قيام بمهمة الرقابة عليها او احد العمليتين ، و هو نفسه المستنتج من القرار من القرار الوزاري المشترك لسنة 1988، وأن هذه المهام كلها تكون في شكل عقد موحد أو عقود جزئية تتعلق بجزء من مهام الإستشارة الفنية و هذا ما اكدته الماد 11 منه في مدونة واجبات المهندس المعماري على ذلك، أن كل الأعمال التي يقوم المهندس المعماري في إطار ممارسة مهنته يجب أن تكون في شكل اتفاق مكتوب يحدد بالضبط طبيعة المهام التي يقوم بها وكذلك كيفية دفع الاجر لأجر حيث يأخذ العقد بعين الاعتبار القواعد الأساسية التي تحدد وظيفته، وعلاقته برب العمل وكذلك شركائه أو عماله عند الاقتضاء

¹ - انظر المادة 54 من الامر رقم 75-58 المعدل و المتمم المتضمن القانون المدني السالف الذكر .

² - محمد صبري سعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، دار الهدى ، ج الاول ، ط 1 ، ص 40 .

من خلاله تضح أن الإتفاق او التعاقد مع المستشار التقني ينصب على مجموعة من الأعمال المادية وهي وضع التصميم والرسوم وعمل المقاسات والإشراف على التنفيذ، وقد يقوم ببعض التصرفات القانونية كمحاسبة المقاول وإقرار الحساب و هو ما يطلق عليه بعرض اقتراحات التسديد كما يقوم بتسليم العمل من المقاول على أجزاء أو جملة واحدة بعد إنجازه ويكون في هذه الحالة قد قمت بتصرفات قانونية أي نائب عن رب العمل فيها.¹ و كذلك تعتبر دراسة العمل المعماري المعد في إطار عقد بين صاحب المشروع ومهندس معماري، ملكية لصاحب مشروع البناية المحددة في العقد، و هنا ولا يجوز لصاحب المشروع أن يستعملها لغرض آخر لنا ذلك يخرج عن برود الاتفاق او العقد دون موافقة المهندس المعماري القبلية، لاحتفاظ هذا الاخير بالملكية المعنوية للعمل المعماري و هو بذلك يقع على عاتقه على عدم أحكام تعاقدية ، و عدم قيامه باي عمل يخرج عنه دون موافقة صاحب المشروع .

و من بين النقاط المهمة في العقد هو ادراج ملاحظة المهندس المعماري في المشروع فهو يعتبر واجب من واجبات المهنية الواقعة على المهندس المعماري مع الاخذ من العين الاعتبار المشاركة الفعلية في العمل الفني² ، وفي هذا السياق فان هذا الاتفاق يعتبر من الاتفاقات ذات الاعتبار الشخصي نتج عنه عدم جواز حلول مهندس محل مهندس معماري اخر في تنفيذ المهام البنوطة به من قبل رب العمل دونة الاذن و الموافقة ، وهذا يعني انه اذا قام شخص آخر بالتصميم لم يكن حاملا المؤهل في فن الهندسة المعماري يستطيع المهندس المعماري تنفيذه والعكس غير صحيح مع الاخذ بعين الاعتبار عدم الاخلال بالاجر المدفوع الذي الالتزام الواقع على رب العمل .

ثانيا: خصائص الاستشارة الفنية:

إن الإتفاق الذي يلتزم به المستشار الفني هو عقد يلتزم بمقتضاه التقني بأعمال التصميم والإشراف على تنفيذها مقابل أجر يدفعه رب العمل أو الشخص المتعاقد معه وهذا كله ينتج عنه عدة خصائص نتاولها كا التالي:

¹ - انظر المادة 13 من القرار الوزاري المشترك الصادر سنة 1988 السالف الذكر

² - انظر المادة 13 من القرار الوزاري المشترك الصادر سنة 1988 السالف الذكر

أ- عقد رضائي

يقوم العقد تبعاً للقواعد العامة على مبدأ الرضائية بشكل عام، على اعتبار اشتراط معين فإذا تعلق الأمر بالتعاقد مع أشخاص طبيعيين فتكون للإثبات وذلك أن قانون التعمير والبناء يلزمهم في استصدار رخصة البناء، أي يكون قد وقع عليها مهندس معماري معتمد، بحسب الاحوال المنصوص عليها في القانون

ولكن الأمر يتعلق بالتعاقد مع الدولة أو إحدى هيئاتها أو مصالحها طبقاً لي نص المادة 14 من القرار الوزاري المشترك لسنة 1988 و لان المشرع الجزائري عكس المشرع الفرنسي قد تبني نوعاً واحداً من للإستشارة وهو الإستشارة التقنية الخاصة، ولذلك فلا مجال للإستشارة العمومية التي أخذ بها المشرع الفرنسي، على هذا الأساس وحب إيجاد طريقة أخرى لي التعاقد متوافقة و قانون الصفقات العمومية و هو ما سوف نتناوله في المبحث التالي بالتفصيل¹

ب - عقد التبادلي:

المعروف فقها وقانوناً أن العقد الملزم للجانبين هو الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، كالبيع يلتزم فيه البائع بنقل ملكية المبيع في مقابل أن يلتزم المشتري بدفع الثمن، و هو يعتبر اهم عنصر في العقد و هو الالتزام المتبادل بين الطرفين وقد جرت العادة في التفرقة بينه وبين العقد الذي يكون به الالتزام الملزم لجانب واحد الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين فيكون مدنياً غير دائن، ويكون المتعاقد الآخر دائناً غير المدين مثال ذلك الوديعة بغير أجر، فيلزم المودع عنده نحو المودع أن يتسلم الشيء المودع وأن يتولى حفظه وأن يرده عيناً دون أن يلتزم المودع بشيء نحو غلى المودع عنده، وتكمن أهمية التقسيم إلى أن العقد الملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة يؤدي هذا الأخير نتائج عامة وتمثل في:

✓ في العقد الملزم لجانبين إذا لم يقيم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد.

✓ في العقد الملزم لجانبين إذا لم يقيم المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر، طلب امتناع عن تنفيذ التزامه أو الدفع بوفقه.

¹ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 60.

✓ تطبيق مبدأ التحمل التبعية في العقد الملزم لجانبه من طرف القاضي بسبب عدم تنفيذ العقد لأي سبب كان في العقد الملزم في جانب واحد يعتبر الالتزام لي احد المتعاقدين سبب لالتزام لي طرف الاخر وفقا النظرية العقدية.¹

ومن خلال ما سبق بيانه فان العقد مع المستشار الفني أي المهندس المعماري يجعلوا منه مدينا بالعمل ودائنا بالأجرة و يجعل رب العمل دائنا بالعمل و مدينا بالأجرة ، فهو يترتب عليه التزامات في ذمة كل أطرافه المتعاقدة شأنه في ذلك شئن باقي العقود الملزمة لجانبين.

اما بالنسبة للاثار المترتبة عن الوجه الأول فانه يجوز للمتعاقد مع المهندس المعماري طلب فسخ العقد ، اذا لم يتم بتنفيذ الالتزامات عدا الحالات التي يكون فيها التعاقد بموجب الصفقات العمومية و التي لها نظام خاص اما عني الوجه الثاني ، فذا امتنع المهندس المعماري عن تنفيذ التزاماته للمتعاقد الاخر هنا يجوز طلب وقف التنفيذ حتى ينفذ صاحب العمل التزامه ، اما عن الوجه الثالث فيتحمل المهندس تبعة الهلاك لتصميم التي اعدتها لصاحب المشروع كضياع فهنا لا يلتزم رب العمل بدفع الاجرة و عليه تقع تبعت الهلاك على المهندس المعماري وفقا ما نصت عليه المادة 123 من القانون المدني الجزائري.²

ج عقد معاوضة: و هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابل لما اعطاه ، فالبيع مثلا هو عقد معاوضة بالنسبة لبائع لانه ياخذ الثمن مقابل اعطاء المبيع ، و بالنسبة للمشتري فانه ياخذ المشتري المبيع مقابل اعطاء الثمن³ ، و دليل ان العقد مع المهندس المعماري هو عقد معاوضة حسب احكام المادة 563 من القانون المدني الجزائري، فهنا المهندس المعماري يستحق اجر مستقلا عن وضع التصميم ، و عمل مقايسة، و اجرة عن ادارة الاعمال وفقا ما نص عليه العقد و هنا المهندس المعماري لا يقوم بعمله على وجه التبرع و هو ما يقابله رب العمل و ما يتحصل عليه من الجهد المهندس حسب الاتفاق ، سواء كان التصميم او اشراف عليه او العمليتان معن ، و لقد اكدا هذا في النص في قرار الوزاري المشترك لي سنة 1988 م في الباب الثالث منه ، حول

¹ - د. عبد الرزاق السنوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، المجلد الاول ، منشورات الحلبي ، ط3 ، بيروت لبنان ، 2000 ص 161.

² - اسلام عز الدين شوقارة ، صفقات الدراسات في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2009 ، ص

³ - د. عبد الرزاق الصنهوري ، المرجع السابق ، ص 185 .

الاجراء الاستشارة الفنية اذ حدد لي كل مهمة من مهام المستشار الفني اجر قسمه الى قسمين ، اجر ثابت و اجر متغير .

د - عقد وارد على عمل:

اذا سلمنا ان العقد مع المهندس المعماري ينصب على اعداد التصاميم و المقاييسات و اعداد الدراسات الفنية فاننا نجدها اعمال مادية و لو كان اصلها جهد فكري، وذا عملية اشراف و الرقابة على تنفيذ اعمال البناء لهذا اعتبرة الفقه ان العقد مع المهندس لمعماري هو عقد المقاولة في مفهومه الواسع و الدال على ذلك ان المشرع الجزائري جعل الصوص التي تحكم بعض القواعد الخاصة بالمهندس المعماري ضمنا الباب العقود الواردة على العمل ، و المقصود هنا ليس هو ذلك الاتفاق الذي يتعهد بالمقتضاء احد الاطراف بالانجاز اعمال المادية ذات طبيعة عرفية على العموم لصالح طرف اخر و تحت اشرافه مقابل عوض فعناصر هي العمل بالاجرة والاتباعية ، اما العناصر العقود الوارد على العمل و التي تتمثل عادة في عقد المقاولة و الوكالة و الوديعة و الحراسة و غيرها ، و لي تحديد اي نوع ينتمي اليها العقد عن مستشار الفني و جبا تحديد الطبيعة القانونية لي هذا العمل لانه يعد مزيج من الاعمال المادية و القانونية .¹

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية الاستشارة التقنية

لقد اختلف موقف الفقه و القضاء على اعتبار العقد المبرم بين التقني و صاحب العمل من عقود المقاولة وهناك من ينادي بان العقد هو عقد وكالة ، لانه يعتبر مزيج من الاعمال القانونية و هناك من مزج بينهما وعليه سوف تتناول الفرع ضمن النقاط التالية:

اولا هو عقد المقاولة:

أ- تعريف العقد المقولة هو يتعهد بالمقتض احد المعاقدين بصنع شيء ا وان ياي عمل مقابل اجر يتعهد به المتعا اخر و من خلال تستخلص ان هذا العقد هو عقد من عقود المعاوضة ، ملزم بجانبين ، و رضائي ، و لا يشترط لابراره شكل معين يشترطه القانون ، حتى وان اشترطت الكتابة للإثبات .²

¹ د. عبد الرزاق الصنهوري ، المرجع السابق ، ص 186 .

² انظر المادة 549 من القانون المدني الجزائري .

لقد اصبح في الوقت الحاضر عقد المقاولة من اهم العقود ، و ذلك لمساهمتها في تطوير العلاقات القانونية و بتالي تنشيط معظم العمليات الاقتصادية في شت المجالات و قد افضى ذلك الى تشعب نواحي هذا العقد ، لذا فانه تنوع حسب جنس العمل ، فهناك مقاولات البناء و عقد النشر و عقد الاعلان ، و عقود المهن الحرة ، هته المقاولات كل واحد منها ينفرد بخصائص معينة تميزه عن غيره من المقاولات ولقد اصبحت العلاقة التي تربط المقاول برب العمل ليست علاقة صانع فقط، بل ينصب عقد المقاولة على عنصرين هامين هو الشيء المطلوب صنعه ، او العمل المطلوب تاديته من المقاول ، و اجر الذي يلتزم به بر العمل ، و لقد انفصل بهذا الشكل عقد المقاولة عن عقدين اخرين كان مختلطين به في التقنين الفرنسي ، و هما عقد الاجار و عقد العمل وفهو يجمع العقود تحت اسم الاجار بالجاراة الاشياء ، و عقد العمل بالجاراة الاشخاص و عقد المقاولة بالجاراة ارباب الصنائع ، و يرجع ذلك الى قانون الروماني اذ عرف بهذا القانون عقد الاجار الوجهين الاول باعتباره انه عقد موضوعه الانفاع بشيء و سماه بجار الاشياء ، و الثاني باعتباره عقد موضوعه الانتفاع بعمل الانسان الحر ، و سماه عقد الاجار العمل الى ان فصلت التقنينات الحديثة هته العقود الحديثة فنضم عقدين المقاولة والعمل في بابي العقود الوارد على العمل فان فصل بذلك عقد المقاولة عني الاجار من جهة و عن عقد العمل من جهة اخرى ، اما عن طبيعة عقد المقاولة فهنا وجبة التمييز بين عقد المقاول من جانب رب العمل من جهة و من جهة اخرى فعقد المقاولة من جانب رب العمل يكون عقد مدنيا ذلك لانه يكون في الغالب رب العمل غير تاجر فاذا تعاقد شخص مع مقاول لبناء منزل ، فالعقد مدني بالنسبة لرب العمل كذلك الامر اذا تعاقد مع المهندس لوضع تصميم فلعقد هنا بالنسبة لرب العمل يعتبر عقد مدني¹ . اما اذا كان رب العمل تاجر ولكن عقد المقاولة لم تتعلق بشؤون تجارته فالعقد يمون مدنية كذلك برغم من انه تاجر ، اما اذا ابرما رب العمل التاجر المقاولة لغرض تجارته فان العقد هنا هو عقد تجاري طبقا لنظرية الاعمال التجارية بالتبعية ، و يترتب عن ذلك يجوز اثباته بجميع طرق الاثبات لانه منازعاته ترفع امام الغرفة التجارية ، اما عقد المقاولة بالنسبة للمقاول فهو يعتبر تارة عقد مدنيا و تارتا عقد تجاريا و تارتا عمل من اعمال المهن الحرة و ذي يعتبر من قبيل التصرفات المدنية.²

¹ - د.محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول و المهندس ، دراسة مقارنة ، دار الاردن للنشر ، ط 2003 ، ص 17.

² - د.هدفي مبشير ، الوجيز في شرح قانون العمل ، دار هومة الجزائر ، ط 3 ، سنة 2010 ، ص 184.

ب - اعتبار عقد المقاولة عقد مع مستشار التقني: يرجوع الى احكام المادة 559 من القانون المدني الجزائري في تعريف عقد المقاولة ، هنا يمكن اعتبار المهندس المعماري من المعنى القانوني و اللفظي ، لان العمل لذي يقوم به مادي ، من اعداد تصميم و مقاييس ، و اشراف على تنفيذ الاشغال الخاصة بالبناء، حتى و ان كان هذا لعمل ذهني في اصله فوجود القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري بوضعه التصاميم و مراقبة التنفيذ يععتبر من قبيل الاعمال المادية ، فلا ينصرف عقد المقاولة الى وصف اخر اذا غيرنا طبيعة العقد .

من خلال احكام المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 الذي يتعلق بالنشاط العقاري ، فالمقاول هنا اذا قام ببعض الاعمال اضفيت عليها صفة التجارية بالرغم من ان اصحاب المهن التجارية الاخر الذي يتدخلون في عملية التشييد كالمهندس المعماري و مكاتب الدراسات التقنية تعد اعمالهم مدنية .

و لكن هذا المرسوم الغي بموجب القانون 1104 المؤرخ في 17/02/2011 المتعلق بالترقية العقارية و الذي حدد بموجبه التدخل في عملية التشييد و لقد عرف المرقى العقاري في الفقرة 14 من المادة الثالثة منه على ان " المرقى العقاري هو كل شخص طبيعي او معنوي ، يبادر ببناء مشاريع جديدة او ترميم او تاهيل او تجديد " و هنا وقع واجب اخر على المرقى العقاري و هو الزامية التعاقد مع مكتب الدراسات اثناء قيامه بعملية البناء.¹

ثانيا : هو عقد وكالة :

تعد الاعمال التي يقوم بها المهندس المعماري كإقرار للحسابات و مسك الدفاتر و استلام العمل و رب العمل ، اعمال تدخل في نطاق وكالة او نيابة عن رب العمل مما ادى الى ضرورة البحث عن حقيقة العلاقة هل هي وكالة او غير ذلك و هذا من خلال النطاق الخاص بتعريف الوكالة و موضوعها

أ - تعريف الوكالة :

لقد عرفت المادة 571 من القانون المدني الجزائري الوكالة بأنها " عقد بمقتضاه يفوض الشخص لشخص آخر القيام بعمل لحساب الموكل و بإسمه " لقد عرفها المشرع المصري من خلال أحكام المادة 691 من القانون المدني المصري على أن الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لصاحب الموكل .

¹ المسؤولية المدنية لمشيدي البناء ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة بجاية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، السنة الجامعية 2012-2013 ، ص43.

- ومن خلال إستقراء المواد السالفة الذكر نجد الوكالة تتميز بعدة خصائص نذكر منها :
- هو العقد من العقود الرضائية ، لقد يخضع للشكالية إذا تطلب الأمر ذلك .
- هو عقد من عقود المعاوضة إذ أشرط ذلك .
- محل الوكالة الأصلي يكون دائما تصرف قانونيا وهذا التصرف يقوم به الوكيل لحساب الموكل لا لحسابه الخاص .
- تغليب الإعتبار الشخصي للوكالة ، فالموكل أدخل شخصية الوكيل في إعتباره ، وكذلك الوكيل لحساب الموكل .
- تتميز الوكالة بأنها عقد غير ملزم إذ يجوز للموكل أن يعزل الوكيل كما يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة ، سواء اكان ذلك بعد إتمام التصرف القانوني محل الوكالة و أو قبل البدء في التنفيذ .

المعروف أن محل الوكالة يجب أن يكون تصرف قانوني إذا توفرت فيه الشروط ، هنا صح أن يكون محل للوكالة قد يكون محل للإيجار أو تصرف بإرادة منفردة كالوصية وتطهير العقار المرهون وقد يكون إجراء قضائي تابع لتصرف قانوني ، قد يتبع التصرف القانوني القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به كالبيع يتبعه الإمضاء و التسجيل ، ويصح التوكيل كذلك في الوصية و التي تعتبر من قبيل الأعمال المنفردة ، إذا عين التصرف محل الوكالة فإن حرية العمل الذي يتركها الموكل للوكيل طريق أو تتسع تبعا لما يتفق عليه الطرفان ، فقد يصل الموكل في تقييد حرية الوكيل إلى حدج حرمانه من كل السلطة التقديرية ، ولا يبقى للوكيل إلا التنفيذ الحرفي لتعليمات الموكل ويكون بهذه الطريقة ناقل لإرادة الموكل للغير ، فتكون إرادة فيا إرادة الموكل لا إرادة الوكيل ولا يكون التعاقد هنا بالوكيل بل يكون التعاقد مباشر عن طريق الأصيل نفسه ، أو بكتاب أو برسالة أو بوسيلة أخرى من وسائل الإتصال كما عهد إليها ذلك .¹

وللوسيط بمجرد إمتلاكه جزء من حرية التصرف مثاله التحقق من توفر شروط معينة فرضها الموكل للتعاقد ، بحيث يعبر الوسيط عن إرادته هو لا إرادة الوسيط ، ففي هذه الحالة يكون وكيل وقد تتسع حرية الوكيل ولكن إلى حد محدود ، فتفرض عليه الوكالة بأن يقوم بتصرفات معينة كأن يقوم بتصرفات طبقا لتعليمات موجهة ، بل يتجاوز ذلك فيفرض عليه الموكل الرجوع إليه في بعض التصرفات و ذلك لإعتمادها ، ومثاله ممثلي التجار ووكلاء شركات التأمين وقد تتسع حرية الوكيل إلى حد كبير فيتترك للموكل تقدير ما يقوم به من تصرفات قانونية و ما

¹-د. عبد الرزاق الصنهوري ، المرجع السابق ، ص 430 .

يأخذ منها و يا يترك ومن ذلك نستخلص أن الوكالة تنقسم إلى قسمين ، وكالة عامو ووكالة خاصة ،وهو ما نصت عليه المادة 573 من القانون المدني الجزائري بقولها " أن الوكالة الواردة بألفاظ عامة والتي لا تخصص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل ، لا تحول للوكيل إلا القدرة على تنفيذ عقود الإدارة الإيجار المدة لاتزيد على 3 سنوات ، وأعمال الحفظ و الصيانة وإستفاء الحقوق ووفاء الديون وجميع أعمال التصرفات ، كبيع المحصول ، أو بيع البضاعة أو المنقولات سريعة التلف وشراءها يستلزم الشيء محل الوكالة من أداة لحفظه و صيانتها " وكذلك نص المادة 574 من نفس القانون التي تضمنت أحكام الوكالة الخاصة .¹

ب- إعتبار العقد مع المستشار التقني عقد وكالة :

الملاحظ من تعريف الوكالة ومحلها و حدود مهام الوكيل في إطار ما يرسم له الموكل من تسعة الصلاحيات أو تضيقها ، فهيا لا تكون إلا على التصرفات القانونية أصلا ، وبالرجوع إلى أعمال التي يقوم بها المستشار التقني فإننا نجد أن هناك أعمال مادية يقوم بها لا ترقى أن تكون تصرفات قانونية ، إلا أنه يمكن القول أن هته الأعمال ليست من قبيل الأعمال القانونية .²

فهنا الوكالة لا تقوم في ذمة الوكيل إلا بموجب عقد ، فإذا كان كذلك نقول عنه وكيل عن رب العمل ، بالمعنى القانوني وتترتب عليه آثار الوكالة ، و لكن الغالب في أعمال المستشار التقني هو قيامه بأعمال لا ترقى إلى تصرف وكيل عن موكله ، وفي هذا الشأن جاء في قرار محكمة النقض المصرية " إنما ورد في القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري يعتبر عمله بوضع التصميم و القياس هو مراقبة التنفيذ عن الأعمال المادية للمقاولات يندرج في صورها ، لا يمنع من إعتبارها من قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية ، فلا يتغير وصف العقد من المقولة إلى الوكالة مما يوجب تطبيق أحكام عقد المقولة عليه " ³

وعليه فإن جميع التصرفات التي يقوم بها المهندس المعماري لا تنصرف في آثارها إلى رب العمل إلا بموجب عقد وكالة قائم و ثابت أي في ما عدى ذلك فهو مستقل عن رب العمل بمناسبة عقد الوكالة الذي يربطه ، مع ذلك وجود دفع ما يقوم به المهندس المعماري أو المستشار التقني من أعمال إلا إذا قام بذلك أي بهته الأعمال من قبيل التبرع فهيا راجعة إلى إرادة المهندس وحده .

¹ - المادة 573-574 من القانون المدني .

² - هناك اعمال يقوم بها المستشار التقني اوقعت اللبس و جعلت منها عقد وكالة ، ولكنها لا ترقى الى ان تكون اعمال قانونية .

³ - د.محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول و المهندس في اشغال البناء ، دراسة مقارنة ، دار بيروت لبنان ، سنة 2002 ، ص 29.

ثالثاً: تكييف العقد مع المستشار التقني

بالرغم من أن العقد يعتبر من العقود الغير المسماة وإعتادت التشريعات بأن تتناول العقد مع المهندس المعماري تحت باب العقود الوارد على العمل و البضبط في فصل عقد المقاولة ، أي هو عقد المقاولة أصلاً و عقد وكالة إستثناء و بنص خاص و ما دام الأمر كذلك فلا يمكن تكييف هذا الإتفاق بين عقدي الوكالة و المقاولة رغم الفروقات الموجودة بين العقدين إلا أنهما يلتبسان في مواضيع عديدة وهنا وجب بيان أوجه التفرق بين العقدين .

أ- تمييز عقد المقاولة عن الوكالة : إذا كلف المهندس للقيام بأعمال مادية ليس هناك ما يمنع إعتبار هذا لاشخص وكيل للأعمال القانونية و إعتباره مقاولاً بالنسبة للأعمال المادية و يمكن تطبيق أحكام العقدين والمقاول و الوكالة كل في نطاقه الخاص ، أما إذا إختلقت الأعمال التي يقوم بها بحيث تعذر التمييز بينها هنا يمكن تمييز العمليه تكييفاً موحداً وفقاً للصفة الغالبة ، فيعتبر مقاول إذا كان النشاط المادي هو الغالب ووكالة إذا كانت الغالبية للأعمال القانونية على هذا الأساس ينبغي التمييز بين عقد المقاول ووكالة من خلال العناصر التالية :

- ✓ عقد المقاولة يرد على عمل مادي بينما عقد الوكالة يرد على تصرف قانوني .
- ✓ المقاول يؤدي عمل مستقل ولا يكون رب العمل مستقلاً مسؤولاً عنه تبعياً عن أعماله ، أما الوكيل فيقوم بالعمل وفقاً لما يرسمه له موكله وتحت إشرافه ويكون الموكل مسؤولاً عنه تبعياً .
- ✓ المقاول لا ينوب عن رب العمل ولا ينصرف اثره إلى رب العمل إلا فيما يتعلق بالمسؤولية عن العمل والمقاولين من الباطن التي تعاقدهم معهم المقاول الأصلي .
- ✓ المقاولة تكون بأجر دائماً ، أما الوكالة فتكون مأجورة وقد لا تكون مأجورة كما أن المقاولة قد تضمني صفة التاجر على المقاول .
- ✓ المقاولة هي عقد لازم بالنسبة للمقاول فلا يستطيع التحلل منها ، والرجوع عنها أما الوكالة فهي عقد غير لازم إذ يجوز عزل الوكيل أو تنحيته في أي وقت .¹

¹ - مسؤولية المقاول او المهندس ، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق ، التخصص قانون عقاري ، جامعة لخضر حمي الوادي ، السنة 2012-2013 ، ص 19 .

✓ لا تنتهي المقاوله بموت المقاول إلا إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل إعتبار في التعاقد أما الوكالة فتنتهي بموت الموكل أو موت الوكيل .

ب- تكيف العقد مع المهندس المعماري :

إن العقد مع المهندس المعماري يقع على مجموعة الأعمال المادية كوضع التصميم وعمل المقاييس والإشراف على التنفيذ ومن التصرفات القانونية كمحاسبة المقاوله وإقرار الحساب واستلام العمل من المقاول فهل يعتبر عقد المهندس المعماري مع رب العمل عقد مقاوله أم عقد وكالة.

لقد ذهب الرأي الغالب في القضاء الفرنسي إلى اعتبار هذا العقد عقد وكالة ويرتب جملة من النتائج أهمها ارتباط رب العمل بالعقود التي يبرمها المهندس المعماري باسمه، والتزامه بالحساب الذي يربطه مع مقاول البناء، ولكن الفقه الفرنسي ينتقد مسلك القضاء، ويرى أن مهمة المهندس المعماري مهمة مادية محضة ووضع الرسومات وإذا كان المهندس المعماري يعمل لحساب رب العمل، فإنه لا يمثله ولا ينوب عنه بل يعمل باسمه الخاص، ولما كان المهندس المعماري مستقلا في عمله لا يخضع لإشراف أو رقابة من جانب رب العمل، فإن العقد الذي يربطه بصاحب البناء لا يمكن أن يكون إلا عقد مقاوله، أما إذا حاول المهندس المعماري القيام ببعض التصرفات القانونية نيابة عن رب العمل فلا بد من إعتباره وكيل بتفويض للقيام بهذه الأعمال صراحة أو ضمنا، لأن الوكالة لا تفترض في أعماله ولا تكون مجرد تكليف من صاحب المشروع للمهندس المعماري فلا بد من إعتباره وكيلًا بتفويض للقيام تكليف من صاحب المشروع للمهندس المعماري بالإشراف على العمل للقول بوجود وكالة ضمنا، لذلك قضى القضاء الفرنسي بأن المهندس المعماري المكلف بوضع التصميمات لا صفة له في التعاقد مع المقاولين باسم رب العمل إلا إذا كان قد حول ذلك من جانب هذا الأخير، من ثم فإن تسوية المهندس المعماري للحساب مع المقاولين وتحرير المحاضر بذلك، لا يثبت بأنه تصرف كوكيل عن رب العمل، إلا إذا ثبت أن صاحب المشروع ذلك.¹

ومما سبق يجوز الجمع بين أحكام المقاوله وأحكام الوكالة معا ولكن وجب تغليب عنصر المقاوله إن كان هو الغالب، ولذلك صدر حكم لمحكمة النقض المصرية بالقواعد المتعلقة بالمهندس المعماري لا يمنع من إعتبارها من قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية فلا يغير ذلك وصف العقد من المقاوله إلى الوكالة .

¹ د. محمد حسن المنصور ، النظرية العامة للالتزام ، الدار العربية للنشر و التوزيع ، ط 1 ، سنة 2000 ، ص 89.

غير أن إفراغ العقد إلى مقاوله أو وكالة وجب الرجوع إلى ما إتفق عليه الأطراف وعليه فإن التفرقة بين عقدي المقاوله و الوكالة يكون كالآتي :

- ✓ إن العمل الذي يقوم به المهندس المعماري هو عمل مادي وليس تصرف قانوني.
- ✓ أن المهندس يقوم بعمله مستقلا عن رب العمل ولا يكون تابعا له.
- ✓ أن آثار تصرفات المهندس المعماري لا تنصرف إلى رب العمل.
- ✓ أن العمل الذي يقوم به المهندس المعماري يكون مأجورا دائما أو بمقابل.
- ✓ يعتبر العقد مع المهندس المعماري ملزما لجانبيه فلا يجوز له التحلل من إلتزاماته في أي وقت كان عليه العقد

- ✓ وأن أي إخلال بنود العقد يوجب قيام مسؤولية عقدية.
- ✓ إن وفاة المهندس المعماري ينهي عمله وذلك أن شخصيته محل اعتبار في العقد عكس المقاولات لا ينهي وفاته في الغالب ومن ذلك أن الوكالة تنقضي بموت أحدهما الوكيل أو الموكل.

وعليه فإن المهندس هو صاحب مهنة حرة مثله مثل المحامي و الطبيب وقيامه ببعض الأعمال التي كيفت من طرف القضاء على أنها وكالة التي لا يمكن إفتراضها في الفقه فهو يقوم بعمله مستقل عن رب العمل إستقلال فنيا وعلى المقول على حد سواء وهو ما يبرهن على عدم تبعيته لهما إلا ما تعلق بالشكل التقني بينه و بين رب العمل فهو صاحب عقد العمل أما عن الطبيعة القانونية فيا تعتبر مدنية ¹.

المطلب الثاني : أركان عقد الإستشارة التقنية

بما أن الاستشارة التقنية في مجال البناء هيا عبارة عن عقد سبق ذكره ،والذي يكتسي طبيعة خاصة لأنه يعتبر عقد مقاوله ويتميز بمحل خاص عن المقاولات الأخرى ،يترتب عن ذلك أركان إنعقاد بإعتبار هذا العقد هو عقد قائم بذاته في مجال معين وعليه حتى تكون العلاقة صحيحة وجب توافر جملة من الأركان نص عليها القانون ، من تراضي ومحل وسبب وشكلية تكون كآتي :

¹ - آ عمر الشريف اسيا ، عقد الهندسة المعمارة في ذمة التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون العقاري ، جامعة البليدة ، كلية الحقوق 2008 ، ص39.

الفرع الأول: التراضي

يعتبر التراضي في أي عقد من العقود هو الركن الأساسي والذي بموجبه تتحد الإرادتان وتتطابقان في أحداث الأثر القانوني المطلوب ، ولذا سوف نتطرق في ركن التراضي إلى شروط الإنعقاد ، وشروط الصحة كالاتي :

أولاً: شروط الانعقاد

بما أن عقد الاستشارة التقنية كغيره من العقود يلزم تطابق الإيجاب و القبول، وهنا يكون بين المستشار التقني ورب العمل للقيام بعمل ما في العقد حيث أدرجت نص المادة 12 من القرار الوزاري المشترك لسنة 1988 على أنه " يكون في عقد موحد لكل المهام كما يمكن لرب العمل بصفة استثنائية إبرام عقود تتعلق بجزء فقط من المهام الموكلة للإستشارة الفنية " كما يتفق المتعاقدان على الاجر الذي سوف يدفعه رب العمل .

وطبقاً للقواعد العامة فإن العقد بمجرد تبادل الطرفين الإيجاب والقبول ، و تطابق الإرادتان دون الاخلال بالنصوص القانونية ، هنا يتم تحديد شروط العقد وبنوده ، والمعلوم أن مكتب الدراسات الذي يتعاقد مع اشخاص طبيعيين أو أشخاص عموميين يتمتعون بالشخصية المعنوية ، كالدولة و الولاية والبلدية وهذا بغرض انجاز مشاريع بناء للهدف المحقق له.

أ- شروط التعاقد مع الأشخاص الطبيعيين : يعد التراضي ركن أساسي في التعاقد مع الاشخاص الطبيعيين

، فهو يتضمن اعداد التصاميم والاشراف أو المتابعة والتنفيذ أو معا ، وذلك بما تتضمنه القوانين سارية المفعول في استصدار الرخص و الشهادات ، التي تضمنتها قوانين التعمير ، لقد تضمنت المادة 55 من القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة و التعمير المؤرخ في 1990/12/01 المعدل و المتمم على ضرورة التوقيع على طلب رخصة البناء من طرف المهندس المعماري¹ ، كذلك يجب اعداد الوثائق المتعلقة بالتصاميم المعمارية ، أو دراسات الهندسة المدنية المرفقة برخصة البناء بالإشتراك بين مهندس معماري والمهندس مختص في الهندسة المدنية ممارسين لمهنتهم حسب الاجراءات القانونية المعمول بها وتأشروا من طرفها ، فهيا تعتبر اجراءات وجوبية مفروضة على طالب رخصة البناء ووجب أن تقدم في الملف المقدم

¹ المادة 55 من القانون 29-90 المتعلق بالتهيئة و التعمير " يجب ان توقع مشاريع البناء الخاضعة لرخص البناء من قبل المهندس المعماري المعماري ، التصاميم و المستندات المكتوبة التي تعر بموقع البناءات و تكوينها تنظيمها و حجمها و المظاهر واجهاتها ، و كذا اختيار المواد و الالوان مع تشجيع الهندسة المعمارية التي تراعي الخصوصيات الحضارية و المحلية للمجتمع "ماري ، التصاميم و المستندات المكتوبة التي تعر بموقع البناءات و تكوينها تنظيمها و حجمها و المظاهر واجهاتها ، و كذا اختيار المواد و الالوان مع تشجيع الهندسة المعمارية التي تراعي الخصوصيات الحضارية و المحلية للمجتمع "

من طرف الافراد المعنيين بهذه الرخصة¹ وذلك طبقاً لأحكام المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 و المتعلق بعقود التعمير و تسليمها²، والذي بموجبه حددت الشروط والاجراءات الواجبة الاتباع في تسليم هذه العقود من رخص و شهادات مع وضع كافة البنود القانونية والإجرائية الخاصة بها.

ب- شروط التعاقد مع الدولة أو أحد مؤسساتها : على الرغم من أن المادة 66 من القانون رقم 29/90 المعدل و المتمم المتعلقة بالتهيئة والتعمير فقد ألزمت الوالي باعتباره ممثل لدولة على مستوى الولاية بإستصدار رخصة البناء وذلك في المجالات التالية :

- البناءات والمنشآت المعدة للدولة والولاية .
- البناءات والمنشآت المعدة لإنجاز وتوزيع الطاقة و تخزينها .
- البناءات الواقعة في المناطق الساحلية .
- البناءات الواقعة في الأراضي الفلاحية .

وفي حالة غياب مخطط شغل الأراضي في المناطق المشار إليها يقع على عاتق المستشار التقني دراسة هذه المناطق ، وهي بالطبع إحدى المهام الموكلة اليها وفق للقرار الوزاري المشترك لسنة 1988 غير أن المطلوب هو التراضي في حالة التعاقد مع الدولة أو احدى مؤسساته ، الذي يكون طبقاً لأحكام الصفقات العمومية بإعتبار التراضي عن طريق الصفقة يعتبر شكلاً مغايراً لأنه هنا يكون بأسباب غير مألوفة في القوانين الخاصة .

ثانياً : شروط الصحة

هيا الشروط التي تتضمن على توفر الأهلية و سلامة الرضا من عيوب الارادة ، فإذا كان التراضي صادر من فاقد الأهلية ، أو كان معيب بعيب من عيوب الارادة كان العقد قابل للإبطال ، فإذا بطل أعتبر كأن لم يكن ويعتبر المركز بين رب العمل و المقاول خاضعاً لقواعد الإثراء بلا سبب وعليه سوف نتناول شروط الصحة كالتالي:

أ- الأهلية : وهنا نكون أمام أهلية رب العمل من جهة ، والمستشار التقني من جهة اخرى

¹ - انظر المادة 79 من المرسوم 03-06 المؤرخ في 2006/01/08 ، و المتعلق بكيفيات تجهيز شهادة التعمير و رخصة التجزئة و التقسيم و رخصة البناء ، الجريدة الرسمية رقم 01 .

² - المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المتعلق بعقود التعمير المؤرخ في 2015/01/25 ، ج ر رقم 04 .

أ- 1- أهلية رب العمل :

إن التعاقد مع المستشار التقني يوجب التعاقد مع رب العمل ودفع الاجرة مقابل العمل المؤدى ، فيكون بذلك العقد بالنسبة له من أعمال التصرف فمن ثمة وجب أن تتوفر في رب العمل أهلية التصرف أي يجب أن يكون بالغ سن الرشد ، ولو كان قاصر أو محجور عليه لسفه أو عته أو غفلة ، ولو كان مأذونا له في الإدارة ، فهو لا يعد أهلا لإبرام أي عقد بصفته رب العمل وإذا تم إبرام العقد كان قابل للإبطال .

وبالتالي فإن رب العمل بعقده مع المستشار الفني طالبا منه إعداد تصاميم أو معدلا لها يمكن إعتبار ذلك بالنسبة من قبيل أعمال الإدارة الحسنة ، أما إذا كان رب العمل شخص من الأشخاص العامة فيطبق عليه أحكام المواد 50/49 من القانون المدني الجزائري¹ .

أ- 2 - أهلية المستشار الفني :

يفترض أن يكون المستشار التقني هو المهندس المعماري ، فلهو أن يكون بالغ لسن القانوني أي أن المقصود هنا هو الأهلية القانونية والتي سبق بيانها فيجب أن يكون معتمدا أو مسجل في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين ، وهذا ليتمكن من ممارسة مهنته بصفة قانونية ، وإذا كان مكتب الدراسات شركة هنا وجب تحديد نوع الشركة ، وإذا كان شريك أجيرا وجب معرفة صفة ممارسته للمهنة وذلك حسب ما تضمنه أحكام المرسوم التشريعي 07/94 في المواد 18 و19 ، وبناء على ذلك فإن أهلية المستشار التقني هي مفروضة بقوة القانون وهي واجبة من أجل ممارسة هذا من جهة ، ومن جهة اخرى فإن قواعد التهيئة و التعمير والبناء تفرض اعتماد مكتب الدراسات وطنيا ، فلا يتصور أن يقدم مكتب الدراسات غير المعتمد لدراسة ومتابعة مشروع معين من مشاريع خاصة بالبناء ، وعليه فالتأهيل اكتسى الطابع الالزامي وفق حالات محدد حصرا في نص القانون فالتأهيل هنا يحدد التخصص وقدرة المؤسسة على القيام بوسائلها الخاصة و البشرية والمادية والتقنية لإنجاز أشغال حسب نوعية و درجة تعقيدها² ، نتج عن هذا توفر جملة من المعايير تتمثل في ما يلي :

✓ خبرة المؤسسة في المشاريع المنجزة من طرفها.

✓ الوسائل المادية و التقنية الخاصة بالمؤسسة .

¹ - أنظر المواد 49-50 من القنون المدني الجزائري.

² - أنظر المادة 2 من المرسوم التشريعي رقم 93-289 المؤرخ 28 /11/1993 الذي يوجب على الجميع المؤسسات التي تعمل في اطار انجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء و الاشغال العمومية ان يمون لها شهادة التخصص و التصنيف المهنيين ، المعدل و المتمم ج رقم 47.

ووعليه هنا نفرق بين الإعتماد الذي يكون بالنسبة للمهن الحرة أم التأهيل فهو خاص بالمؤسسات والمقاولات التجارية المتدخلة في عملية البناء ، أما المهندس المعماري فهو التسجيل السنوي بالجدول الوطني للمهندسين المعماريين ، فكلما تقدم لصفقة وجب عليه تقديم إعتماد السنة وإذا كان اعتماده مقدم غير مقبول وهو ما صرحت به المادة 15 من المرسوم التشريعي 07/94 السالف الذكر بقولها " لا يجوز لأي كان أن يتمتع بصفة المهندس المعماري المعتمد أو يمارس هذه المهنة إذا لم يكن مسجلا في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين ، يعتبر التسجيل في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين بمثابة إعتماد " .

وعليه فشهادة التسجيل السنوية هيا إعتماد بالنسبة للمهندس المعماري ، كذلك وجب أن لا تتعارض مهنة المهندس المعماري مع الوظائف العمومية ، غير الإنتخابية في مصالح الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية المكلفة بالهندسة المعمارية و السبب هو خضوعهم بمنضومة قانونية خاصة بهم وهذا في إطار حماية الوظيفة ، و هو مانص عليه المرسوم التنفيذي 255/91 المؤرخ في 14/07/1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال المهنيين المنتمين إلى الأسلاك التقنية التابعة لوزارة التجهيز والسكن المؤرخ في 17/07/1991 ، وعليه فإنه يمكن للمهندس وفي أي منصب يشغله في الوظيفة أن يمارس مهنته بشكل حر لأنها تتعارض مع مصلحة المهندس المعماري¹ .

ب- **عيوب الرضا:** يكون الرضا معيبا إذا كان مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال ، وليس في ذلك إلا تطبيق القواعد العامة غير أنه لايمكن أن نتصور التدليس أو الإكراه أو حتى الإستغلال في مجال التعاقد مع المهندس المعماري ، غير أنه يمكن أن يكون هناك غلط كغيب من عيوب الرضا ويمكن أن يكون :

ب-1- **غلط في شخصية المهندس :** على هذا الأساس شخصية المهندس المعماري هيا محل إعتبار في الإتفاق ، فإذا تعاقد رب العمل مع شخص يعتقد أنه مهندس معماري ثم يتبين له بعد ذلك أنه ليس هو أجز له إبطال العقد للغلط في شخصية المهندس المعماري ، غير أنه في مجال الغلط يمكن الذهاب إلى أبعد من ذلك فتكون هذه المهنة في حد ذاتها تمارس على أشكال مختلفة وهو ما نصت عليه المادة 23 من المرسوم التشريعي رقم 07/94 .

ب-2- **الغلط في الحساب :** كثيرا ما يحدث عندما يستلم مكتب الدراسات عمله بعد مراجعة دفتر الشروط المسلمة له لتقديم تعهده ، غلط في المقاييس و الحسابات التي تشمل تفصيل العمل ومراحل ذلك

¹ - انظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 91 - 225 مؤرخ في 14/07/1991 ، المتضمن القانون الخاص للعمال المهنيين المنتمين التقنية ج ر 36 .

نتيجة النقل الخطأ للأرقام من كشف حساب تحضيرى إلى الكشف النهائي فهل هذا الغلط واجب تداركه قبل إيداع دفتر الشروط لدى المصلحة المتعاقدة ، أي قبل تقديم العرض : ومثاله الوقوع في غلط تقييم المساحة الطبوغرافية ، فيمكن مراجعته من قبل ذلك ، فالباعث لإبرام العقد هو عادة ما يكون السعر الذي يقدمه المهندس المعماري ، أما إذا تم العمل بما كان مغلوط فيه ورست الصفقة على مكتب الدراسات بماذا الثمن فقد انقضت المسؤولية عن كل متعاقد و أصبح ملزما لكلا الطرفين¹ .

الفرع الثاني: المحل و السبب .

محل العقد بصفة عامة هو العملية القانونية التي تراضا الطرفين على تحقيقها ، كالبيع والإيجار وغيره ، أما محل الإلتزام ما يتعهد به ومحل العقد هو محل الإلتزام الذي ينشئه ، ولذلك نجد أن محل العقد يتحدد بتعدد الإلتزامات التي ينتج عليها ، فعقد البيع يولد التزامات أساسيين هما ، الإلتزام بنقل الملكية والإلتزام بالمقابل هو الإلتزام بدفع الثمن ، وعلى الرغم من أن عقد المقاولة بصفة عامة يولد التزامين في ذمة المقاول بالقيام بالعمل المتعاقد على تأديته والتزام رب العمل بدفع الاجرة ، وباعتبار المهندس المعماري لم يرد له نص خاص يحدد الإلتزامات المتبادلة غير أنه يمكن استخلاصها من نص المادة 563 من القانون المدني الجزائري " يستحق المهندس المعماري أجرا مستقلا عن وضع التصاميم وعمل مقاييس و اخر عن إدارة الأعمال " .

أولاً: المحل

ينقسم المحل في عقد الاستشارة التقنية إلى العمل الذي يقدمه المستشار التقني ، والشئ الذي يطالب به صاحب المشروع أو الأجر الذي يهدف المستشار التقني الحصول عليه مقابل ما يقدمه من عمل .

أ- العمل كمحل في عقد الاستشارة التقنية : وهي نفسها المتعلقة بالقواعد العامة وهيا كالاتي :

أ - 1- الشروط التي يجب أن تتوفر في العمل :

حسب القواعد العامة هي يمكن أن يكون العمل ممكنا ، وأن يكون معيانا او قابل لتعيين ، أن يكون مشروعاً فإذا كان محل الإلتزام مستحيلاً بذاته ومخالفا لنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقاً ، أو مستحيل التحقق لطبيعته أو لقوة قاهرة وهو ما يطبق على المهندس المعماري فقد يعهد إليه بعمل يفوق

¹ - أنظر المادة 25 من المرسوم التشريعي رقم 94 - 07 السالف الذكر

طاقته وقدراته ولكن قد لا يكون مستحيلا على آخرين ، إذا فهذه الاستحالة هي استحالة نسبية ولا مانع من انعقاد العقد ويكون هنا مسؤول عن التعويض¹ .

أما إذا كان قد اختل شرط الإمكان في العمل كانت المقاوله باطله ، وقد تكون الاستحالة قانونية بحيث تمنع انعقاد المقاوله لاحتلال شرط من شروط المحل الذي تعد سببا لعدم الانعقاد وثانيها أن يكون العمل معينا أو قابل لتعيين وذلك لا يكون إلا إذا ذكرت طبيعته و أوصافه وبيانه بيان كاملا ، فهنا يتعين العمل ولا يدخل في ذلك لبس أو غموض فإذا كان التعاقد على نوع من المباني وجب تعيينها بوضع التصاميم ، وهي الرسومات التي يضعها المهندس² مع بيان مقاييسات البناء ومقدار وموصفتها وهو ما يسمى بالمقاييس الوصفية ، ويبين كذلك ثمن المواد لكل نوع على حدى وهو ما يسمى بالمقاييس التقديرية ، أما إذا لم يكن عملا معينا على هذا الوجه وجب أن يكون قابل لتعيين كأن يتعاقد على ضرورة بناء يتكون من عدة طوابق ويحتوي على عدة غرف وغيرها من العناصر القابلة لتعيين ، وثالثا أن يكون العمل مشروع فإذا كان غير مشروع بمخالفته لنظام العام والآداب العامة كانت المقاوله باطله فلا يجوز الاتفاق على وضع تصاميم لتشييد منزل تمارس فيه الرذائل³ .

أ-2- طبيعة المحل في الاستشارة التقنية :

إن العمل محل الاستشارة التقنية هو نوع من الأعمال الفنية ، فالتعاقد مع مهندس معماري لوضع التصاميم أو الإشراف عليها يعد من قبيل الأعمال الذهنية وهيا نوع من الأعمال التي تقع في المقاولات ، وهو ما حددتها احكام المادة 05 إلى المادة 11 من القرار الوزاري المشترك الصادر سنة 1988 م .

ب- الأجر في عقد الإستشارة التقنية :

الأجر هو المال الذي يلتزم به رب العمل بإعطائه المهندس المعماري مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود إليه، فالأجر إذا هو محل التزام رب العمل، ويشترط فيه كما يشترط في محل الالتزام أي أن يكون موجودا معينا أو قابلا للتعيين، ومشروعا، فالأجر لا بد من وجود في العقد مع المستشار التقني وإلا اعتبر العقد من عقود التبرع ، فيكون بذلك عقدا غير مسمى وما يلاحظ أن الاجر وإن كان ركنا في الإتفاق

¹ - أنظر المادة 93 من القانون المدني الجزائري

² - تتمثل هذه الرسومات في المشروع الابتدائي ، الرسومات النهائية و التفصيلية المقترنة دفتر الشروط لبيان الأعمال المطلوبة و الشروط تنفيذها ، بالإضافة إلى دفتر الشروط المقايضة

³ - د. عبد الرزاق الصمهوري ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 61.

إلا إنه يشترط ذكره في العقد وإن يحدده المتعاقدان، فإن لم يتم تحديده من طرف المتعاقدان حدده القانون ، أما في حالة ما إذا ذكر رب العمل أجرة المهندس المعماري فيعتبر الأجر هنا ركن من أركان الاتفاق ، أما إذا سكت عنه جاز يوم العقد بمجرد التراضي والعمل كركن في الاتفاق و للأجر أمران هما جنس الأجر و تقديره¹.

فطبيعة الأجر الأصل فيها أن تكون نقودا، وقد تكون مقسما أو يدفع جملة واحدة، عند تمام العمل أو عند البدء فيه أو فيما بين ذلك .ولكن لا شيء يمنع من أن يكون الأجر غير نقود، كما هو الشأن في عقد الإيجار فقد يكون أسهما أو سندات أو مقادير معينة من بضائع أو بيتا أو أرضا أو سيارة أو غير ذلك من مال المنقول أو العقار.

أما تقدير الأجر فهو كأصل عام راجع للمتعاقدين الذين يقوماني بتحديدده على أساس الوحدة او يتم تحديده إجماليا على أساس تصميم متفق عليه و هو ما نصت عليه المادة 563 من القانون المدني و تأكيدها على أن المهندس المعماري يبذل جهد فكريا و مادي و جسدي لإعداد التصاميم و التي يتقاضى مقابلها أجرا مستقلا على وضع التصاميم ، و عمل المقايسة ، و اجر إدارة الأعمال ، فإذا كان تقدير الأجر هو نقود و جب مراعاة القيمة النقدية اثناء إبرام العقد، و هذا دون ان يحدث سبب أجنبي اثر على قيمة هذا الوفاء.²

ثانيا : السبب في عقد الإستشارة التقنية.

يقصد بالسبب هنا الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه تحمل الالتزام أو بمعنا آخر الغاية التي يستهدف تحقيقها الملتزم نتيجة التزامه ، فسبب الالتزام يتميز عن سبب أو المحلل ، كما سبق ذكره وهو الأمر الذي يلتزم المدين بإعطائه أو بعمله أو الإمتناع عن العمل ، أما سبب الالتزام فهو الغرض أو الهدف الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه من وراء تحمله الالتزام ، فالسبب هو غاية أو مصدر التزام المدين أما المحل فهو الإجابة عن سؤال بماذا التزم المدين ؟ ، وهو السبب في القواعد العامة في العقد مع المستشار الفني ، وعليه و جب توفر الشروط بحسب القواعد العامة في أحكام الالتزام و هو أن يكون موجود أو صحيح .

¹ - ملحق رقم 03.

² - انظر المادة 93 و 563 من قانون المدني الجزائري.

أ- وجود السبب و صحته:

أ-1- وجود السبب:

يجب أن يكون للإلتزام سببا فإن لم يوجد كان العقد باطلا لذلك فالسبب ركن في كل إلتزام إرادي، ولو لم يكن التزاما عقديا، وقد يكون السبب غير موجود دون أن يكون هناك وهم أو إكراه وصورته أن يلتزم شخص نحو آخر التزاما صوريا فيعني شيئا لمصلحته، ويقصد من ذلك أن يعطى الدائن الصوري سندنا يحصل على قيمته عن طريق تحويله فإذا حل ميعاد دفع السند قام الدائن الصوري بتوريد قيمته للمدين، فيدفعها لحامل السند وبذلك يستطيع الدائن الصوري أن يحصل على ما هو بحاجة إليه من نقود إلى أجل معلوم، لا من مدينه بالذات، بل بفضل إمضاء هذا المدين على السند ولا يحتج بانعدام السبب بعد وجوده في هذا الحال، هو الذي يرى نظرية الدفع بعدم التنفيذ أو نظرية الفسخ ونظرية تحمل تبعة الهلاك.

أ-2- صحة السبب:

ويجب أن يكون السبب صحيحا، فالسبب غير الصحيح لا يصح أن يقوم عليه التزام، ويرجع عدم صحة السبب لوجود سبب ظاهري أو موهوم ومثاله أن يتعهد الوصي له بعين في التركة أن يعطيه مبلغا من المال نظير نزوله عن الوصية ويتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة وأن الموصي قد عدل عنها، فتعهد الوارث باطل لأن سببه موهوم، هنا بالنسبة للسبب ليست سببا للبطلان، أما بالنسبة للسبب الصوري، فلا يكون العقد باطلا لصورية السبب، لأن الصورية في ذا ولكن إذا أثبت المدين صورية السبب، فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقي، ويكون الإلتزام قائما أو غير قائم تبعا لهذا السبب الحقيقي ومعناه أن في حالة ذكر السبب في العقد يعتبر هو السبب الحقيقي للإلتزام، إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك، حسب ما نصت عليه المادة 98 من القانون المدني الجزائري.¹

ب- مشروعية السبب:

بأن يكون متوافقا مع القانون وأن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة ، ويعني في الأصل كل التزام على سبب مشروع إلى أن يقام الدليل على عكس ذلك ومعنى هذه القرينة التي وضعتها 98 من القانون المدني الجزائري ، والتي تقرر أن لكل التزام سببا مشروعاً إلى أن يثبت عكس ذلك، تعتبر قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، وعبء الإثبات يقع على من يدعي عدم مشروعية السبب، وإذا علمنا أن السبب

¹ محمد صبري السعدي ، تحكيم العقد و ارادة المنفردة ، مرجع السابق ، ص227.

للتعاقد مع المستشار الفني هو الاستفادة من العمل الفني الذي يقوم به وبالتالي ضمان عملية البناء أي ضمان نجاح المشروع وخلوه من العيوب، وأن سبب تعاقد المستشار الفني مع رب العمل هو حصوله على أجر أي مقابلا نقديا لأنه صاحب مهنة حرة شأنه شأن الطبيب والمحامي، فالدافع للتعاقد يفترض أن يكون صحيحا وموجودا ومشروعا إذا لم يقدّم الدليل على عكس ذلك من أي جانب¹.

الفرع الثالث: الشكلية في عقد الاستشارة التقنية.

إذا سلمنا أن العقد الشكلي هو ذلك العقد الذي يلزم لانعقاده افرغ ارادة المتعاقدين في شكل معين محدد وفقا لنصوص التشريعية ، وهو ما تضمنته المادة 883 من القانون المدني الجزائري في ما يخص عقد الشركة والشكل المطبق هو غالبا ما تكون الكتابة الرسمية ، إذا قام بها موظف رسمي ، هنا أوجب المشرع افرغ رضا المتعاقدين في محرر رسمي و إلا كان العقد باطلا وهته الشكلية محدد قانونا ولها دور في الإثبات ، وعليه فالشكلية الواجبة قانونا هيا تعد بمثابة تنبيه للتعاقد بأهمية التصرف الذي يقدم عليه ، وبالتالي فباعتبار العقد المبرم بين المستشار التقني و صاحب العمل المراد إنجازه هو بمثابة عقد مقاولة ذو طبيعة خاصة ، ومن العقود الرضائية ويإظفاء الشكلية عليه فهيا إما للاثبات كما هو الشأن بالنسبة للأشخاص الطبيعيين ،إما لضرورة يفرضها القانون كالتعاقد لحساب الدولة أو إحدى مؤسساتها وذلك بموجب أحكام قانون الصفقات القانونية وما تتطلبه هته الاخيرة من شكليات الهدف منها هو الحفاظ على المال العام من الضياع، فالشكلية ما هيا إلا إجراء لإفراغ إرادة المتعاقدين بين صاحب المشروع و صاحب العمل المراد انجازه² ، هذا يعني أنا الشكلية ليست شرطا للإنعقاد وهيا اشكال يتطلبها القانون حسب كل حالة، فالشكلية بالنسبة للتعاقد مع الأشخاص الطبيعيين مطلوبة وهيا كإجراء الزامي بالنسبة لعقود التعمير والبناء³ .

ومثاله مانصت عليه المادة 144 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 المؤرخ في 2015/01/25 والتضمن كصفات تحضير عقود التعمير وتسليمها ، على وجود تأشيرة المهندس المعماري على كل الوثائق المتعلقة بالتصميم ودراسة الهندسة المدنية المرفقة طلب رخصة البناء حسب الإجراءات المعمول بها .

وكذلك ما نصت عليه المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 السالف الذكر على ضرورة أن يرفق بطلب شهادة التقسيم :

¹ - انظر المادة 98 من القانون المدني الجزائري.

² - انظر المادة 9 من المرسوم التشريعي رقم 94-07 المتعلق بالشروط الإنتاج المعماري ، السلف الذكر

³ - في إطار التعاقد مع الأشخاص الطبيعيين في عقود التعمير و البناء ، وجب الرجوع الى النصوص القانونية الخاصة بتسليم الرخص و الشهادات.

- تصميم الموضوع يعد على سلم مناسب يحسب على تحديد تمركز المشروع.
 - التصاميم الترشيدية :
 - ✓ حدود قطعة الأرض و مساحتها .
 - ✓ مخطط كتلة البيانات الموجودة على المساحة الأرضية والمساحة الإجمالية للأرضية و المساحة المبنية من الأرض.
 - ✓ بيان شبكات التهيئة الموصولة بالقطعة الارضية والخصائص التقنية الرئيسية لذلك إقتراح تقسيم المساحة الأرضية .
 - ✓ تخصيص القطع الأرضية المقررة في اطار نسبة التقسيم.¹
- هذا بالنسبة للتعاقد مع الاشخاص الطبيعيين أما بالنسبة للتعاقد مع الدولة أو إحدى مؤسساتها فإننا من خلال استقرار مواد القرار الوزاري المشترك لسنة 1988 المعدل و المتمم ، لا نجد أي نص يشير إلى شكلية الانعقاد ، وإنما هيا شكلية يفرضها القانون لأن المشرع أحال إبرام عقد الاستشارة التقنية مع الدولة أو احد هيئاتها العمومية ، إلى أحكام قانون الصفقات وهو ما سوف نتناوله في المبحث التالي .

المبحث الثاني: إتفاقية الرقابة التقنية

تعتبر إتفاقية الرقابة التقنية وجه من اوجه الرقابة التقنية و أحكامها تختلف عن الرقابة التي تمارسها الهيئات الأخرى ، كما سبق الإشارة في البحث الثاني من الفصل الأول فأحكام إتفاقية الرقابة التقنية تخضع إلى قانون الصفقات العمومية ، و هو ما أدرجه المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية من خلال أحكام المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 ، حيث جاء فيها : " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في المفهوم التشريع المعمول به، ترم بمقابل مع متعاملين إقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال العمومية و اللوازم و الخدمات و الدراسات".

غير أنه و ما يلاحظ في تعريف المشرع الجزائري للصفقة العمومية أنه لم يدرج صفقة الدراسة في مجال البناء ، إلا بمناسبة تناوله لصفقة الأشغال طبقاً لأحكام المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 و المادة 16 من

¹ - المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المتضمن الكيفيات تحضير عقود التعمير و تسليمها ، السالف الذكر.

المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن الصفقات العمومية، بحيث نص على أنه تشمل صفقة الدراسات، عند إبرام صفقة الشغال و الإشراف على الأشغال لفائدة صاحب المشروع و عليه سنتناول المبحث الثاني ضمن مطلبين : المطلب الأول : (نظام إلزام الصفقات العمومية في إتفاقية الرقابة التقنية) و المطلب الثاني (مراحل إبرام صفقة إتفاقية الرقابة التقنية).

المطلب الأول : إبرام الصفقات العمومية في إتفاقية الرقابة التقنية:

سنتناول في هذا المطلب المبادئ العامة التي تقوم عليها الصفقات العمومية وهي تطبق على جميع أنواع الصفقات مهما كانت وسيلة إبرامها، إذ نص عليها المشرع في أحكام المادة 103¹. من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المعدل و المتمم المتضمن قانون الصفقات العمومية كما أن المشرع نص على أساليب إختيار المتعاملين المتعاقدين مع الدولة والمؤسسات التابعة لها و التي تقوم على عدة مبادئ سنتناولها ضمن الفرع الأول و كذا قواعد إختيار المستشار الفني بإعتباره متعاملا متعاقدا طبقا للمرسوم الرئاسي السالف الذكر .

الفرع الأول : مبادئ إبرام صفقة إتفاقية المراقبة التقنية:

هي نفسها المبادئ الملحة المطبقة على باقي أنواع الصفقات بما فيها صفقة الأشغال و الخدمات و إقتناء اللوازم و تتمثل أساسا في مبدأ حرية الوصول للطلبية العمومية و مبدأ المساواة بين المتعاهدين و مبدأ شفافية الإجراءات .

أولا: حرية الوصول للطلبية العمومية :

و يقضي هذا المبدأ ، ان جميع مكاتب الدراسات الفنية و التقنية و التي لها مصلحة في التعاقد أن تكون متعامل متعاقد في الصفقة العمومية ، بشرط أن لا يكون من الممنوعين من الترشح للصفقة العمومية ، وفقا لما يقتضيه هذا القانون وهذا المبدأ في النهاية إلى ضرورة فتح باب المنافسة لكل من تتوفر فيه الشروط القانونية ليكون متعاملا في إطار الصفقة العمومية و لا يقبل هذا إلا بتولد المسائل التالية:

- ✓ عدم إقصاء أي مترشح ، إستوفى جميع الشروط المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية.
- ✓ عدم منح أي إمتياز لأحد المترشحين لجعله في مركز أقوى من المترشحين الآخرين.
- ✓ إعطاء مجال واسع في الإشهار لدى المستشار الفني نفسه

¹ - المادة 03 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل و المتمم .

✓ تحديد قواعد واضحة و صريحة ليعد المستشار الفني بالمعلومات الخاصة بالشروط الصفقة¹¹.

فهذه المسائل تتعلق أساسا بإحترام مبدأ المنافسة بين المترشحين ، فالمنافسة تتمثل في مجموع القواعد و الإجراءات الإدارية التي يجب إتباعها لإختيار المتعاقد المتعامل، بقصد إشباع حاجات المرفق العام ، و هي تقتضي أن تسهل المصلحة أو الهيئة المتعاقدة عمل المترشحين المحتملين لنيل الصفقة في و أن أي إخلال يثير مسؤوليتها أمام القضاء، و هذا ما يدل على رقابة القضاء و دوره في حفظ حقوق المتعاملين و حماية لمبدأ المنافسة و هو ما نصت عليه المادة 946 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية بنصها " يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة و ذلك حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية".²

و كذلك ما يؤكد قانون المنافسة المتعلق بحرية الدخول في السوق لجميع المؤسسات بحرية تامة دون قيد أو شرط، و هذا يقتضينا يزيل الحواجز التي من شأنها أن تعيق حرية المنافسة و تزييف العروض مثاله حظر الأسعار المنخفضة تعسفا ، كما أن هناك معايير تتعلق بإختيار العروض ، قد يؤدي إلى التقييد التعسفي للمنافسة لا سيما شروط في مؤسسة معينة دون أخرى ، كما إذا تعلق الأمر بتبادل معلومات بين الإدارة و المترشح لنيل الصفقة .³

و منه يمكن القول أنه لكل مكتب دراسات تتوفر فيه شروط الصفقة المعلن عنها أن يتقدم بعرضه أمام المصلحة المتعاقدة غير أن المشرع بعد تعديل أحكام قانون المنافسة تحت رقم 03-03 المؤرخ في 2003/07/19، فقد أضاف في المادة الثانية منه بموجب التعديل ، أن الصفقات العمومية تبدأ من نشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، و بالتالي أصبح قانون المنافسة يطبق على المنافسة بين المترشحين لنيل صفقة عمومية .

أما بعد تعديل قانون المنافسة 03/03 بموجب القانون 05/10 المؤرخ في 2010/08/15 فإن المشرع أضاف في الفقرة الأخيرة من المادة الثانية منه عبارة: "غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هاته الأحكام مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحية السلطة العمومية" منه يتضح أن أحكام المنافسة تطبق كما جاء في قانون المنافسة بشرط

¹ - إبراهيم بوليفة، الصفقات العمومية ، دار بيرتي، الجزائر، ص 05.

² - المادة 946 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المدنية و الإدارية ، جريدة اليمين رقم 21 مؤرخة في 2008/04/23.

³ - أنظر المواد 6 و 7 و 8 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة، ج ر ع،: 43 مؤرخة في 2003/07/20 المعدل و المتمم بالقانون رقم 12/08 المؤرخ في 2008/07/25 ج ر ع : 36 لسنة 2003.

أن تطلب بصلاحيه أو إمتياز السلطة الخاصة و المرفق العام بعد أن كانت إستثناء صريحاً في ظل القانون السابق لسنة 2010.¹

ثانيا : إحترام مبدأ المساواة بين المترشحين :

جاء طبقاً لما جاء في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية بعبارة: "..... يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المترشحين...." ، فهنا يتضح أن المشرع أضاف مبدأ المساواة في الطلبات العمومية بما يدل على أن مبدأ المساواة بين المترشحين هو العامل الأساسي للمبدأ السابق المتمثل في حرية الوصول للطلب العام²، و يعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية لدى المشرع الفرنسي إذ يعتبر مبدأ المساواة من المبادئ المؤدية إلى تنظيم مبدأ المنافسة و يقودنا حتماً إلى منافسة شريفة، و ذلك طبقاً لأحكام المادة الأولى من قانون الصفقات العمومية الفرنسي، مع أن المشرع الفرنسي يضيف له مبدأ آخر و هو مبدأ أوروبي يتمثل في عدم التفرقة "Non-Discrimination" .

و لقد ذهب القضاء الإداري الفرنسي إلى تبني هذه المبادئ في العديد من القضايا، فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية لمقاطعة مارسيليا تحت رقم 07/M0359 المؤرخ في: 2009/10/15" أنه فيما يخص صفقات اللوازم و الخدمات يجب أن تحترم فيها نص المادة الأولى من قانون الصفقات أو المتمثلة في حرية الوصول إلى الطلب العام و المساواة في إختيار المترشحين ، بإعتبار ان هذه المبادئ تضمن فاعلية الطلب العام و ضمان الإستعمال الحسن للأموال العامة"، من خلال هذه الحثية نلاحظ أن المشرع الفرنسي و القضاء الفرنسي و بالضبط في صفقة الإستشارة الفنية يطلبان تجسيد المبدأ للوصول إلى الهدف المحقق من الصفقة ، مع الحفاظ على المال العام و إختيار أحسن مكتب دراسات بأفضل شروط تقنية و بأحسن عرض إقتصادي، و يقضي هذا المبدأ وضع جميع المترشحين لنفس الطريقة على حد سواء أكانوا خواص أو عموميين، وطنيين أو أجنبان، أي خضوع جميع المترشحين لنيل الصفقة بنفس الإجراءات و القوانين المطبقة في إختيارهم ، غير أن في المساواة في إختيار مكاتب الدراسات لتقدم الإستشارة الفنية جعل الفرق بين طرق الإختيار واضح، لا سيما بين المؤسسات

¹ - أنظر المادة 02 المعدلة بموجب القانون 05/10 المؤرخ في 2010/08/15 المتعلق بقانون المنافسة ج ر رقم : 46، المؤرخ في 2010/08/18

² - المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

و تطبيقاً لأحكام المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 10/236 المتعلق بالصفقات العمومية، يلاحظ أن المادة 03 من قانون 10/236 المتضمن قانون الصفقات العمومية التي تص: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الإستعمال الحسن للمال العام ، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية و المساواة في معاملة المترشحين و شفافية الإجراءات ضمن أحكام هذا المرسوم" ، المرجع السابق.

العمومية و الخاصة، على إعتبار أن مكتب الدراسات التابع للدولة لديه من التأهيل من يمكنه من تقديم دراسة فنية أحسن مما يقدمه مكتب دراسات خاص¹.

غير أنه لم يحدث واقعا المساواة الموضوعي في منح الصفقات في كون أن هناك مؤسسات متقدمة للمناقصة قد تكون دولية متخصصة في حين المؤسسة الوطنية تكون صغيرة فيظهر الإختلاف بينهما في العرض المقدم ، و إنطلاقا من هنا أوجد المشرع فكرة أو حل في الحصول على صفقة عمومية للمتعامل الوطني و المقدرة بـ20 % ، من اجل تقدم ذو مواصفات لتمكين المؤسسة الصغرى الناشطة في الجزائر من الحصول على صفقة هذا مع رفع النسبة ، و لكن كان هذا من المفروض تطبيق المساواة موضوعيا في التعريف بين المؤسسات في الفترات الفنية لتقديم إستشارة نوعية، هذا بدوره يؤدي إلى رسوا الصفقة للفضل موضوعيا من حيث الإختصاص.

ثالثا: شفافية الإجراء:

الشفافية بمفهومها البسيط عبارة عن ظاهرة تقاسم المعلومات و التصرف بطريقة مكشوفة ، بحيث تضع سلسلة واسعة من المعلومات في متناول الجميع، و تعني أيضا توفر إجراءات واضحة لكيفية صنع القرار على الصعيد العام ، و تعتبر الشفافية بمفهومها العام أداة فعالة لمحاربة الفساد بإحتكار القوة زائد الإفتقار للشفافية وبالتالي نقص المساواة فمن متطلبات الشفافية الكشف عن مختلف القواعد و الأنظمة و التعليمات و الإجراءات و الآليات المعتمدة، فالإجراءات المعتمدة في إبرام صفقة عمومية، يتعلق بضرورة إطلاع كل المترشحين على حد سواء على جميع الإجراءات المتعلقة بالإشهار و الإعلام ، و أن توضح جميع المعلومات و المواصفات اللازمة المتعلقة بالصفقة إبتداء من الإعلان عن الصفقة و بالشروط المحددة في دفتر الشروط و عملية المنح المؤقت والنهائي، و في هذا الصدد نصت المادة التاسعة من القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 المعدل والمتمم المتعلقة بالوقاية من الفساد بقولها: " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و النزاهة و المنافسة الشريفة و على معايير موضوعية ، و يجب أن تركز هاته القواعد على وجه الخصوص:

✓ علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقة العمومية.

✓ الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الإنتقاء

✓ إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية

¹ - أمير الشريف آسيا ، إتفاقية دراسة مشاريع البناء و متابعة إنجازها في التشريع الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، لسنة 2015، ص 147.

✓ معايير كل طرق الطعن في حالة عدم إحترام قواعد إبرام الصفقات العمومية"

و حسب أحكام هذا القانون 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد فقد أدى بالعديد من التنظيمات إلى إصدار تشريعات خاصة بها بمكافحة الفساد حيث أنه توجب إصدار مرسوم تنفيذي يتناول مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة في مجال الصفقات العمومية تحدد فيه حقوق وواجبات الأعوان العموميين عند مراقبة و إبرام وتنفيذ صفقة عمومية أو عقد أو ملحق.¹

و مما سبق قوله ، فإن هاته المبادئ التي تبناها المشرع ضمانا لنجاعة الصفقة العمومية أو تحقيقا لحماية المال العام من الضياع ، غير أن غاية ما في الأمر أن ضمان المبادئ الثلاث بين مكاتب الدراسات أو المستشارين الفنيين هو أمر موضوع دقيق يخضع لمقاييس فنية تتعلق بمهنة المهندس المعماري و خاصة إذا علمنا أن صفقة الإستشارة الفنية هدفها الأساسي ضمان قانوني يتمثل في الرقابة الفنية على عمل المقاول في أو الخدمات و هذا كله من أجل إنجاز مبنى مكتمل المواصفات غير مخالف للشروط القانونية و التقنية.

الفرع الثاني: قواعد إختيار المرافق التقني:

كأصل عام أن الإدارة (المصلحة المتعاقدة) وفقا لسلطتها التقديرية ، غير أن هذا المبدأ له قيود متعلقة بالإجراءات المتبعة في الإبرام، و ذلك طبقا لأساليب و طرق حددها المشرع في عملية إختيار المتعامل المتعاقد فهنا القانون يجعل من المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع و يدخل في إختصاصها وفق الشروط التي يملها هذا المرسوم، بشرط ان تعقد صفقة دراسات وفق الحد المالي الذي حدد المشرع في أحكام المادة 6 من المرسوم الرئاسي 236/10 طلب يساوي مبلغه 8 ملايين دينار(8000.000 دج) أو يقل عند لخدمات الأشغال أو اللوازم و أربعة ملايين 4 ملايين دينار (4000.000 دج) لخدمات الدراسات أو الخدمات التي لا تقتضي وجوبا أبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم، و عليه تكون أمام صفقة عمومية للدراسة وفقا للمادة 13 من المرسوم الرئاسي 236/10 إذا كانت تفوق الحد المالي المذكور في المادة 06 المذكورة آنفا، أي إذا فاقت 4 ملايين دينار و ما دون ذلك لا يعد صفقة.²

و بالتالي فقد يخضع لنظام الإستشارة بدل أساليب الإختيار الأخرى التي تجعلنا أمام صفقة و عليه سنتناول في هذا الفرع قواعد و أساليب المستشار الفني (مكتب الدراسات)، و منها المناقصة بإعتبارها إجراء الذي يشكل القاعدة العامة ، بالإضافة إلى الإستشارة الإنتقائية و المزايدة

¹ - المادة 09 من القانون 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية و مكافحة الفساد ج رقم 09.

² - أنظر المواد 06-13 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر .

و التراضي الذي قد يكون بسيط أو تراضي بعد الإستشارة .

أولاً: المناقصة :

طبقاً لأحكام المادة 26 من المرسوم الرئاسي 236/10 فإن المناقصة إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعاهدين متنافسين مع تخصيص الصنفقة للعارض الذي قدم أفضل عرض و يمكن ان تكون مناقصة وطنية و/أو دولية و تتم حسب الأحوال التالية:

1- المناقصة المفتوحة: و هي إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل ان يقدم عرض أو تعهدا ، و عليه فإن الدخول للمنافسة حر ، في هذا النوع من المناقصة، و لا يقارن بين المتنافسين إلا على أساس الأسعار المعروضة، و من ثم فالأخذ بين المتنافسين في هذا الأسلوب يفتح الباب لتتاح الفرصة فيما تتوفر فيه الشروط أن يتقدم بعبء¹.

و لكن من المأخوذ بإستعمال هذا الأسلوب في إختيار المستشار الفني فهذا لا يعطينا أفضل عرض ، على إعتبار أن الإستشارة الفنية هي دراسة تقنية و إقتصادية متكاملة ، فمبدأ الإرساء على أقل سعر لا يتناسب مع العروض أو العمل المطلوب.

2- المناقصة المحدودة: هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً، غير أن الفكرة تنحصر في أن المتعهدين او المرشحين في المناقصة المحدودة تتوفر فيهم مؤهلات مالية و فنية مطلوبة مسبقاً، فهنا تبدو المناقصة المحدودة أكثر ملاءمة لطلبات التوريدات ذات الأهمية الكبيرة كإنشاء المطارات و الموانئ و غيرها أو توريد أجهزة دقيقة بمواصفات معينة فهنا تقتصر المناقصة على عدد محدود من المرشحين ، غير أنه يجدر الإشارة إلى أن هناك أنواع أخرى من المناقصات لم ينص عليها المشرع الجزائري، كالمناقصات المحلية، و المناقصة على أساس الموازنة بين السعر و الجودة و التي يقصد منها تمكين الإدارة من مواجهة الإعتبارات الفنية فتختار الإدارة من يتقدم بأفضل الشروط المالية لتحقيق أفضل مشروع².

3 - المناقصات الدولية: على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يرتبها في باب المتعامل المتعاقد ، إلا أنه نص على المتعامل الأجنبي من خلال المادة 46 المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم المتعلق بالصفقات العمومية أين تم تقسيم المتعاملين المتعاقدين ، إذ نصت المادة 46 من المرسوم الرئاسي على أنه يجب أن تنص

¹ - أنظر المادة 26 من المرسوم الرئاسي 236/10 السالف الذكر..

² - د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، مطبعة عون شمس، ط05، 1991، ص 244.

دفاتر شروط المناقصات الدولية بالنسبة للمتعهدين الأجانب على إلزامية الإستثمار في نفس ميدان النشاط في إطار الشراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري يجوز اغلبية رأس مالها جزائريون مقيمون، و أن المادة السالفة أقرت أنه يترتب على إخلال المتعامل الأجنبي ما يلي :

- فسخ الصفقة إذا لم يتم تنفيذ الشراكة قبل تجسيدها.
- تطبيق عقوبات مالية عند الإقتضاء .
- تسجيل المؤسسة الأجنبية التي أخلت بالتزامها في قائمة المؤسسات الممنوعة من التعاقد في الصفقات العمومية .

و لقد أضافت المادة في الفقرة الأخيرة بقولها: " على أنه تكون صفقات الأشغال و اللوازم و الدراسات و الخدمات المعنية بهذه الترتيبات " ، فالمشرع يقصد أن تكون المناقصة الدولية محلها إما القيام بأشغال أو تقديم لوازم للخدمات ، كما يمكن أن تكون محلها تقديم دراسة و من بين الدراسة هي الإستشارة التقنية في مجال البناء(محل دراستنا).¹

ثانيا: الإستشارة الإنتقائية:

الإستشارة الإنتقائية إجراء يسمح للمرشحين المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد إنتقاء أولي، و تنفيذ المصلحة المتعاقدة الإنتقاء الأولي لإختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق المر بعمليات معقدة و/أو أهمية خاصة²، ومن خلال إستقراء المادة 31 يتضح أن اللجوء للإستشارة الإنتقائية يتم بمرحلتين أساسيتين:

1- **المرحلة الأولى:** تتمثل في إنتقاء المرشحين: هذه المرحلة لم يعرفها المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن قانون الصفقات العمومية في حين تناولها في المادة 32 من المرسوم الرئاسي 250-02 المتضمن قانون الصفقات العمومية بقولها: " الإنتقاء الأولي للمرشحين هو إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة لإختيار المرشحين الذين يوضعون في تنافس على عمليات معدة أو ذات أهمية خاصة" فتضع الجهة الإدارية المختصة نظاما للإنتقاء المسبق يتضمن على وجه الخصوص:

➤ قائمة المستندات التي يجب أن يتقدم بها المرشحون و هي عبارة عن ملفات إدارية و فنية إضافية.

➤ مقاييس تقديم المؤهلات التقنية و المالية للمرشحين عند الإقتضاء

¹ - دكتور منصور محمد علي، المشكلات العلمية في المناقصات و المزادات ، وزارة الثقافة و الفتوى ، قطر، طبعة أولى 2014 ، صفحة 367.

² - المادة 31 من المرسوم الرئاسي 236/10 السالف الذكر.

2- المرحلة الثانية: تتمثل في مرحلة الإستشارة التقنية: بعد وضع قائمة المترشحين المنتقن للدخول في إستشارة ، تأتي مرحلة دعوتهم للتعاقد في إطار تنافسي لإنتقاء أفضل عارض من بين العارضين الذي سبق تأهيلهم وقبولهم من المصلحة المتعاقدة ، و هي أشبه بحالة المناقصة المحدودة لأن التنافس محصور بين أحسن العارضين الفائزين في مرحلة الإنتقاء الأولي، و في الفقرة الثانية من نص المادة 31 أشار المشرع الجزائري إلى إمكانية أن تلجأ المصلحة المتعاقدة للقيام بإستشارة مباشرة للمتعاملين الإقتصاديين المؤهلين و المسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي، بمناسبة إنجاز عمليات هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة أو عمليات إقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري و في هذه المرحلة يجب تحديد الإنتقاء الأولي كل ثلاث سنوات (3 سنوات) ، إذ يجب أن تتوجه الإستشارة الإنتقائية إلى ثلاثة مرشحين على الأقل ثم إنتقائهم الأولي ، و في حالة ما إذا كان عدد المرشحين الذين جرى إنتقائهم الأولي ، أدنى من ثلاثة ، يجب على المصلحة المتعاقدة ان تباشر الدعوة إلى الإنتقاء الأولي من جديد و في الواقع العملي فإن أحسن وسيلة يختار بها المستشار الفني أي مكتب دراسات هي الإستشارة المحدودة أو الإنتقائية بإعتبار أن الإستشارة الفنية هي عملية تقنية مركبة ، و الدليل على ذلك المادة 6 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم في فقرتها الثانية .

ثالثا: المزايدة:

طبقا لأحكام المادة 33 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم ، فإن المزايدة هي الإجراء الذي يمنح الصفقة للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا، و تشمل العمليات البسيطة من النمط العادي و لا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري¹ ، و إن إعتبرها المشرع إحدى وسائل المناقصة، غير أن المزايدة من حيث هدفها لا تستقيم منطقيا مع مطلب تقديم دراسة تقنية للبناء ، بل تنصب على عملية تأجير أو بيع من جزء لأملك المصلحة المتعاقدة ، فتظهر بذلك في مركز البائع الذي يبحث على أعلى الأثمان، كتأجير البلديات للأسواق الأسبوعية، و المحاجر و الأصح هو تعبير نص المادة 27 من المرسوم الرئاسي 250/02² على أن المزايدة هي إجراء يسمح بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقترح أحسن عرض بدل أقل ثمن المنصوص عليه في المادة 33 المذكورة ، كما أن المشرع أخضعها للمتعامل الوطني دون الأجنبي ، هذا خروجاً من مبدأ المناقصة الذي يمكن أن يكون وطنيا أو دوليا بإعتبارها شكلا من أشكال المناقصة و الرأي من أنه لا مجال لأن تخضع صفقة فنية لأسلوب المزايدة ، لإختلاف طبيعتها من هدف المزايدة.

¹ - المادة 33 من المرسوم الرئاسي 236/10 .

² - المادة 27 من المرسوم الرئاسي 250/02 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل و المتمم ، السالف الذكر.

رابعاً: التراضي :

لقد نص المشرع في المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية ، بإعتباره إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة ، و يمكن ان تكتسي التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة ، و تنظم هذه الإستشارة بكل الوسائل الملائمة و بإعتبار ان التراضي إستثناء على إجراء المناقصة ، فقد جعل له المشرع حالات محددة أوردها في نصي المادتين 43 و 44 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 15-247 و عليه هنا وحب التمييز بين التراضي البسيط و التراضي بعد الإستشارة¹.

أولاً : التراضي البسيط : و هو يكون في الحالات التالية:

- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل وحيد يحتل وضعية إحتكارية أو ينفرد بإمتلاك الطريقة التكنولوجية التي إختارها المصلحة المتعاقدة.
- في حالات الإستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو إستثمار قد تجيد في الميدان و لا يسعه التكيف مع آجال المناقصة، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الإستعجال، و أن لا يكون نتيجة مناورات من طرفها.
- في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الإقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية ، بشرط أن الظروف التي إستوجبت هذا الإستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، و لم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.
- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذوي اولوية و ذي أهمية وطنية ، و في هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذا النوع الإستثنائي لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة، من مجلس الوزراء.
- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي ، مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية ، و تحدد المؤسسات المعنية ، بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية و الوزير المعني.

¹ - المواد 43-44 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر.

• عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية ، العمومية للإنتاج ، و في هذه الحالة ، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الإستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة¹.

و من إستقراء الحالات المنصوص عليها في المادة 43 من المرسوم السالف الذكر المعدل و المتمم ، يلاحظ أن عملية إختيار مكاتب الدراسات أو المستشار الفني لا تتم في كل الحالات المذكورة في المادة ، فالحالة الرابعة هي المجال الوحيد التي يمكن فيها الإستعانة بالمستشار الفني عن طريق التراضي البسيط ، فالمشاريع ذات الأولوية الوطنية كالدراسات المتعلقة ببناء الجامعات و غيرها من المنشآت ذات الطابع الوطني، و هو ما يتفق مع المناقصة الدولية في إختيار الشركة الهندسية .

غير أن الملاحظ في الواقع العملي أن اللجوء إلى التراضي البسيط (مكتب الدراسات) أجنبي واجه ضرورة الكفاءات في عملية إعداد الدراسة ، في حين أن الأصل هو عدم جواز التراضي في إختيار مكتب الدراسات الأجنبي لأن قانون الصفقات العمومية يوجب الإعلان عن مناقصة دولية² ليتم إختيار مكتب الدراسات أجنبي لأن قانون الصفقات العمومية في المادة 60³ من الأمر 90/67 على أن الإدارة تتنافس بحرية مع المقاولين و الموردين و تمنح الصفقة لمن تختاره منهم، في حين أنه ليست الإدارة التي تتنافس مع المتعامل و إنما لها حرية الإختيار، و لها أن تضبط وسائل المنافسة إذ كان التراضي بعد الإستشارة أما المادة 27 من المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10/04/1982 المتضمن قانون الصفقات التي يرمها المتعامل العمومي، فقد نصت على أن التراضي هو إجراء يخص لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية لمنافسة، و لا تستبعد في الإستشارة على إعتبر التراضي هو القاعدة الأساسية في المرسوم رقم 145/82 الذي يبين لنا حرية الإدارة في إختيار المتعاقد معها، على عكس إجراء الدعوة للمنافسة.

ثانيا : التراضي بعد الإستشارة:

لقد أدرج المشرع على التراضي بعد الإستشارة في قانون الصفقات العمومية، على أن المصلحة المتعاقدة تلجأ إلى التراضي بعد الإستشارة في حالات حددها المشرع كالاتي التالية:

¹ - ما يلاحظ أن فكرة التعاقد مع الإدارة بالتراضي، يقصد بها الإتفاق المباشر دون اللجوء لنظام المناقصة ، و ينقسم هذا الإتفاق المباشر إلى نوعين، تعاقد كبديل عن نظام المناقصة و تعاقد مباشر بواسطة إجراءات المناقصة و هاتان الطريقتان تعطيان الإدارة حرية واسعة في التعاقد مع من تريد ، لتمتعها بالحرية التي يتمتع بها الأفراد في القانون الخاص.

² - أنظر د . محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، دار الثقافة، ط01، 2010، ص 104.

³ - المادة 60 من الأمر 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية..

- ✓ عندما يكون طلب المنافسة غير مجدية ، في حالة تم إستلام عرض واحد فقط أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد ، بعد تقييم العروض المستلمة.
- ✓ في حالة صفقات الأشغال التابعة للهيئات المركزية و التي لا يتخذ قرار بشأنها إلا بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية و الوزير المعني.
- ✓ في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار إتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية، و تحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات، عندما تنص إتفاقيات التمويل المذكورة على ذلك، و في هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الإستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى ، أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى .
- ✓ في حالة صفقات الدراسات و اللوازم و الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة على أن تحضر المصلحة المتعاقدة دفتر شروط الإستشارة الذي يخضع لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة بالنسبة للحالات الثانية و الثالثة و الرابعة المنصوص عليها في المادة 44¹
- و عليه ما يفهم من الحالة الأولى التي لا تحتاج دفتر شروط خاضع لتأشيرة لجنة الصفقات على إعتبار أن المصلحة المتعاقدة عند عدم الجدوى بعد الدعوة إلى المنافسة يمكن تمديد إجراء الدعوى إلى المنافسة في الأصل، في حالة ما إذا كانت الإستشارة تتطلب من المصلحة المتعاقدة الإجراء بدون طلب كفالة التعهد ، و كيفية الإبرام و الإلزامية نشر إعلان المنافسة، و هو ما جاء في المادة الأولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2007/03/27 المحدد لقائمة الخدمات الواجب تنفيذها حسب إجراء التراضي بعد الإستشارة مع الإعفاء من كفالة حسن الأداء²، كذلك ما نص عليه المشرع في 301/03 المؤرخ في 2013/09/11 ، في المادة 22 منه: "على أن التراضي بعد الإستشارة ، يجب أن تنظم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أي شكليات أخرى³، غير أن التعديل الحقيقي جاء بموجب المرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 2008/10/26 المعدل للقانون 250/02⁴ ، حيث أن المشرع وسع من إستعمال التراضي بعد الإستشارة لتعزيز التعاون الحكومي بين

¹ - المادة 44 من المرسوم 236/10 المتضمن قانون الصفقات العمومية السالف الذكر

² - القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2007/03/27 المحدد لقائمة الخدمات الواجب تنفيذها حسب إجراء التراضي بعد الإستشارة ج ر عدد 28 مؤرخة في 02 ماي 2007.

³ - المادة 22 من المرسوم الرئاسي رقم 301/03 المؤرخ في 2013/09/11 المتضمن قانون الصفقات العمومية\

⁴ - المادة 38 من المرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 2008/10/26 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر ع : 62 المؤرخ في 2008/11/09 .

الدول التي تربطها مع الجزائر علاقات مستمرة، كما تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذا الإجراء عند تمويل البرنامج التكميلي لدعم النمو الإقتصادي على حسابها الخاص ، و الملاحظ أن المشرع من خلال أحكام المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 301/03 السالف الذكر و المقابلة لأحكام المادة 16 مكرر من المرسوم الرئاسي 236/10، جعل اللجوء للإستشارة الإنتقائية وجوبي من أجل أحسن عرض و عدم جواز مخالفة هذه القواعد ، مما يدل معه أن المشرع بالرغم من نصه على التراضي البسيط ، إلا أنه يلغيه ضمناً ، على إعتبار أن التراضي البسيط يتم دون الدعوة الشكلية للمنافسة، أما بالنسبة للدعوة المتعلقة بالإستشارة بالتراضي، فهي الإجراءات المنصوص عليها في المادة 48 من المرسوم الرئاسي 236/10 و هي كالاتي:

✓ الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية و إثبات المطابقة و المقاييس التي يجب أت تتوفر في المنتجات أو الخدمات و كذلك التصاميم و الرسوم والعمليات الضرورية إن إقتضى الأمر ذلك.

✓ الشروط ذات الطابع الإقتصادي و التقني و الضمانات المالية حسب الحالة.

✓ المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين.

✓ اللغة الواجب إستعمالها في تقديم التعهدات و الوثائق التي تصحبها.

✓ كفاءات التسديد.

✓ كل الكفاءات الأخرى و الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة و التي يجب أن تخضع لها الصفقة.

✓ الأجل الممنوح لتحضير العروض.

✓ أجل صلاحية العروض.

✓ آخر ساعة لإيداع العروض و الشكلية الحجية المعتمدة فيه.

✓ ساعة فتح الأظرفة.

✓ العنوان الدقيق حيث يجب أن تودع التعهدات¹.

و عليه ما سبق ذكره حول طرق إختيار المستشار الفني ، الذي يعتبر حسب الصفقات العمومية متعامل متعاقد يتم إختياره حسب نوعية و تعقيد العمل الموكل إليه و المرتبط أساسا بالبناء مما يرد إنشاؤه، و هذا حسب درجات البناء ، فإذا كان البناء من صنف 1 و 2 فهنا الأمر لا يستلزم سوى الإستشارة في إختيار مكتب

¹ - أنظر المادة 06 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 108236 السالف الذكر.

الدراسات، أو المناقصة المحدودة، أما إذا كانت درجة التعقيد 3 و 4 فيحتاج الأمر إلى مسابقة نظرا للطابع الخاص للبناء ، و الذي أدى بدوره إلى إجراء المسابقة من أجل الحصول على أفضل فكرة معمارية متلائمة و البناء المراد تشييده .

المطلب الثاني : مراحل إبرام صفقة الإستشارة الفنية و المصادقة عليها.

هناك أشكال و أساليب تعتمد عليها الإدارة المتعاقدة في إختيار المستشار التقني ، بإعتباره متعامل متعاقد يخضع لقواعد موحدة ، و هذا الأشكال و الأساليب المتبعة في الإجراءات الخاصة بعملية الإبرام تحدها من حرية إختيار المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد و هو ما سوف نتناوله في هذا المطلب إبتداءا من المرحلة الأولية المتعلقة بعملية الترشح، إلى المرحلة النهائية و هي مرحلة المصادقة و إبرام على الصفقة .

الفرع الأول: المرحلة الأولية :

أولاً: الإجراء الإفتتاحي لصفقة الإستشارة التقنية : سوف نتناول في هذا الموضوع الإجراءات اللازمة لإفتتاح الصفقة إبتداءا من الإعلان عن الصفقة إلى مرحلة إيداع العروض.

أ- مرحلة الإعلان عن صفقة الإستشارة الفنية:

الإعلان المقصود به هنا هو إيصال المعلومة إلى الراغبين في التعاقد و إبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد و نوعية المواصفات المطلوبة و مكان و زمان إجراء أي شكل من اشكال المناقصة ، و يعد الإعلان بمثابة توجيه الدعوة و هو ما نص عليه المشرع في المادة 45 من المرسوم الرئاسي 236/110 المعدل و المتمم على أن الإشهار إلزامي في الحالات الآتية:

- المناقصة المفتوحة.

➤ الدعوة إلى الإنتقاء الأولي.¹

أ-1- وسائل الإعلان عن المناقصة: حسب أحكام المرسوم الرئاسي 236/10 يتم فهي إما أن تكون مكتوبة أو إلكترونية.

أ- الإعلان بالوسائل المكتوبة: و يتم تحريرها باللغة العربية و بلغة أجنبية واحدة على الأقل، مع إجبارية نشرها في نشرة الصفقات المتعامل العمومي² ، و لقد أوجب المشرع هذا النوع من الإشهار في المادة 39 من المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل و المتمم إلزامية الإشهار ، و الملاحظ من هذه النصوص هو أن المشرع يشير

¹ - أنظر المادة 45 من المرسوم 236/10 المعدل و المتمم السالف الذكر.

² - النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي من نشر متخصص بخلاف الإشهار الصحفي .

إلى الإنتقاء الأولي في حين أن في الأصل كان عليه أن يشير إلى الإستشارة الإنتقائية، بإعتباره مرحلة من مراحلها، كما أشارت الفقرة الثالثة من نص المادة 49 السالفة الذكر ، أن مناقصات الولايات و البلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع العمومية ذات الطابع الإداري الخاضعة للوصاية و التي تتضمن صفقات اشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها حيب التقدير خمسين مليون دينار(50.000.00دج) أو يقل عنها ، وعشرون مليون دينار 20.000.00 دج أو يقل عنها حسب الحالات التالية:

✓ نشر إعلان المناقصة في جريدتين يوميتين .

✓ المناقصة بالمقرات المعنية .

✓ الولاية ، وكافة البلديات، غرف التجارة و الصناعة و الحرف و الفلاحة.

✓ المديرية التقنية المعنية بالولاية¹

أ-1-2- الإعلان عن طريق بوابة إلكترونية: لقد حاول المشرع الجزائري إتباع طرق التشريعات المقارنة في التواصل بالمتعامل المتعاقد عن طريق بوابة إلكترونية، كالمشرع المغربي و الفرنسي و المصري ، و ذلك ما نصت عليه المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل و المتمم بنصها : " يمكن للمصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة إلى المناقصة التي تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية، كما يمكن أن يرد المتعهدين أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المناقصة إلى المناقصة بالطريقة الإلكترونية" ، و بعد هاته المادة صدرت تشريعات مختلفة محتوى البوابة الإلكترونية ، و طرق تبادل المعلومات بين مختلف الأطراف المتعاقدة بالطريقة الإلكترونية²

أ-2- مضمون الإشهار: نص المشرع في المادة 46 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية على محتوى الإعلان و البيانات الخاصة به :

✓ تسمية المصلحة المتعاقدة و عنونها، و رقم تعريفها الجبائي.

✓ طريقة المناقصة.

✓ شروط الإنتقاء الأولي.

¹ - أنظر المادة 49 من المرسوم 236/10 المعدل و المتمم السالف الذكر.

² - أنظر القرار الوزاري المؤرخ في 2014/11/17 المحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية و طرق تسييرها ، جريدة رسمية رقم 21 مؤرخة في 2014/12/09 .

- ✓ موضوع العملية.
- ✓ قائمة المستندات المطلوبة و المرتبطة بدفتر الشروط .
- ✓ زمن أو مدة تحضير العروض و مكان الإيداع .
- ✓ مدة صلاحية العروض
- ✓ إلزامية كفالة التعهد عند الإقتضاء.
- ✓ تقديم الطلبات في ظروف محتومة¹.
- ✓ وأضافت المادة 48 من ذات المرسوم على محتوى ما يقدمه المتعهدون المناقصة أو الإستشارة التقنية ، بحيث تمكنه من تقديم تعهدات مقبولة و لا سيما ما يأتي:
- ✓ الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات
- ✓ التقنية و إثبات المطابقة المتوفرة في المنتوجات أو الخدمات ، و كذلك التصاميم و الرسوم و التعليمات الضرورية عند الإقتضاء .
- ✓ الشروط ذات الطابع الإقتصادي و التقني و الضمانات المالية.
- ✓ المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين.
- ✓ اللغة الواجب إستعمالها في تقديم التعهدات و الوثائق المصاحبة لها².
- ✓ طرق التسديد.
- ✓ الأجل الممنوح لتحضير العروض.
- ✓ أجل صلاحية العروض.
- ✓ ساعة دفع الأظرفة
- ✓ العنوان الدقيق حين يودع التعهدات.

ومن خلال ما تقدم فإن مكاتب الدراسات المعنية بالمناقصة أو الإستشارة الإنتقائية تضع في طلبات المصلحة المتعاقدة كل المعلومات الخاصة بها مكن خلال الإعلان ، و إذا تمت الصفقة عن طريق المسابقة، و جب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب من خلال الإعلان مواصفات العمل الهندسي حسب درجة التعقيد و ما تطلبه حسب مراحل الإستشارة الفنية.

¹ - المادة 46 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم السالف الذكر .

² - وهو ما أكدته المشرع في المادة 203 من المرسوم الرئاسي 247/15 المنظم للصفقات العمومية المعدل للمرسوم 236/10 .

ب- مرحلة إيداع العروض :

بعد الإعلان عن المناقصة تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف أي مؤسسة أو مترشح يسمح لهما بتقديم العروض، كل الوثائق المتعلقة بالصفحة، مع إمكانية إرسالها إلى المترشح الذي يطالبها، و بناء على هذه الوثائق يقوم المترشحون بتقديم عطاءهم من أجل الظفر بالصفحة، و العطاءات هي العروض التي يتقدم بها الأفراد في المناقصة، و التي يتبين من خلالها الوصف الفني ، و كذلك تحديد السعر الذي يقترحه المناقص و الذي على أساسه يبرام العقد فيما لو رست عليه المناقصة الصفقة و يمكن تقديم هذه العروض وفق الشروط و المواصفات المحددة في دفتر الشروط و مضامينها .

ب-1- أنواع دفاتر الشروط :

دفتر الشروط، هو الوثيقة التي تحتوي على مجموعة شروط تنفرد الإدارة بوضعها، و التي توضح من خلالها حقوق و التزامات كل طرف ، و بموجبها و يجب أن تكون متطابقة أي العروض و مقتضيات دفتر الشروط ، و يعد دفتر الشروط الركيزة الأساسية لعقد صفقة وقد عرفه الأستاذ الدكتور "عمار عوايدي" على أنه: "عبارة عن وثائق مكتوبة و معدة مقدما تشمل على شروط العقود الإدارية، شروط الإبرام و الإنعقاد و الشروط التنفيذية"¹، و على هذا الأساس هناك أنواع دفاتر الشروط سنتناولها بإيجاز :

ب-1-1- دفتر الشروط الإدارية العامة : إن هذا الدفتر هو محل الأحكام العامة المطبقة على جميع صفقات الأشغال العامة و التوريد المبرمة من قبل المصالح المتعاقدة و الموافق عليها بموجب قرار وزاري مشترك ، و في نفس السياق ميز الأمر 67-90 في المادة السادسة منه على نوعين من دفاتر الشروط الإدارية العامة:

- دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات التوريد المبرمة من قبل الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات و الدواوين العامة.
- دفاتر الشروط الإدارية العامة و المطبقة على صفقات الأشغال و التوريدات دون صفقات الخدمات.

و على هذا الأساس فإن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة هو المصادق عليه بموجب القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 و الذي يضيف صفقات الأشغال و الأشغال العمومية و النقل² ، و في المقابل تضمنت المادة 9 من المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل و المتمم المتضمن قانون الصفقات العمومية

¹ - أنظر د. عمار عوايدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 1990، ص 215.

² - المادة 06 من الأمر 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية ، ج ر 13 مؤرخة في 1967/02/18 .

على دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على كل صفقات الأشغال و اللوازم و الدراسات و الخدمات ، الموافق عليها بموجب قرار وزاري مشترك¹ .

ب-1-2- دفاتر التعليمات المشتركة :

و هي الدفاتر التي تحدد هذه الدفاتر الأحكام و الترتيبات التقنية المطبقة على جميع الصفقات التي هي من نوع واحد سواء كانت صفقات أشغال ، أو توريدات أو خدمات و يتم التصديق على هذه الدفاتر بمقتضى قرار من الوزير المعني و لا يمكن أن يتضمن هذا النوع من الدفاتر أي خروج عن أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة وهو ما إعتدته القطاعات، منها وزارة الطاقة و المناجم ووزارة الأشغال العمومية و البناء بموجب القرار المؤرخ في 1974/10/16 تحت رقم 96/42 و المعدلة بالتعليمة الوزارية رقم 1561 المؤرخة في 10 ماي 1967.

ب-1-3- دفاتر التعليمات الخاصة :

تحدد هذه الدفاتر على وجه الدقة الشروط الخاصة لكل صفقة و إن دعت الضرورة إلى تضمينها بعض الإستثناءات لما جاء في دفتر الشروط الإدارية العامة أو فاتر التعليمات المشتركة، فيجب أن يعبر على ذلك بشكل صريح، لا يدع مجالاً لأي إحتجاج لاحق، و يعتبر هذا الدفاتر الأنسب لعقد الإستشارة الفنية في مجال البناء ، كونه محددًا بدقة المطلوب وفقاً للبرنامج المحدد سلفاً من طرف المصلحة المتعاقدة، و الدليل على ذلك هو ما جاءت به المادة 5 من المرسوم التشريعي رقم 07/94 المؤرخ في 18/05/1994 المعدل و المتمم المتعلق بشروط الإنتاج المعماري، و ممارسة مهنة² المهندس المعماري و التي تنص عليه يجب على الجماعات المحلية التي تحتوي أقاليمها على خصوصيات معمارية أن تعد دفاتر التعليمات الخاصة و لقد أصدر المشرع الجزائري بعض الدفاتر الخاصة بصفة الإستشارة الفنية لما أصدر في 15/09/1980 العقد النموذجي المتعلق بالإستشارة الفنية لبرامج السكنات الإجتماعية الإيجارية، و على هذا الأساس، وضعت مديرية السكن و التعمير العقارية التابعة لوزارة السكن و العمران، نموذج دفتر التعليمات التقنية المطبقة على السكنات الإفتتاحية التي يبادر بها أصحاب المشاريع العمومية³.

¹ - المادة 9 من المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

² - القانوني للصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247 ، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون القطاعات المحلية ، جامعة بجاية السنة الدراسية 2015-2016 صفحة 47.

³ - المادة 5 من المرسوم التشريعي 07/94 المؤرخ في 18 ماي 1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهني المعماري المعدل و المتمم ، ج ر رقم 31 .

ب2- مضمون دفتر الشروط :

لقد نصت المادة 16 من القرار الوزاري المشترك على ضرورة أن يحدد صاحب المشروع ملف الإستشارة معايير تقدير العروض و كيف إختار المستشار الفني ضمن إحترام الأحكام التنظيمية الجاري العمل بها، و يمكن ان تكون معايير التقييم الممكن إعتمادها على الخصوص هي المطابقة للبرنامج ، و التكلفة و النوعية و المظهر الجمالي ومدى تحقق الدراسات ، و في المقابل هذا نصت المادة 27 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية على أن تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، المعبر عنها بخصصة واحدة أو بخصوص متعددة ، مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة ، و من هنا يتضح أن دفتر الشروط يعد بناء على برنامج محدد سلفا، ضف إلى ذلك أنه يجري العرض المالي للصفقة عليه بعد المصادقة عليه ، بحيث يصبح جزء لا يتجزأ من الصفقة¹ و حسب ما جاء في المادة 27 من المرسوم السالف الذكر فإن مضمون دفتر الشروط إستوجب ذكر ما يلي:

ب-2-1- برنامج صفقة الإستشارة الفنية:

هنا برنامج صفقة الإستشارة التقنية يبدأ من دراسة أو عدة دراسات تحديدية لإحتياجات و أهداف و الشروط الواجب توفرها في المشروع، كما يجب أن تحدد المميزات الوظيفية و التقنية المطابقة و الذي يحتوي البرنامج على النقاط التالية:

- المعطيات الطبيعية .
 - الإحتياجات الواجب توفرها و المتعلقة بالمساحات و الأحجام ، لتغطية المتطلبات الضرورية الوظيفية والأهداف المرسومة في مجال الكلفة و الأجل و نوعية المشاريع.
 - القيود الناتجة عن مختلف التنظيمات ذات الطابع التقني و العمراني و تكاليف المشاريع عندما تكون مضبوطة .
 - المتطلبات ذات الطابع التقني و المعماري.²
- و طبقا لما سبق حول البرنامج الموضوع من طرف المصلحة المتعاقدة يعتبر عمل في تقني تحدد القاعدة الأساسية لإعداد دفتر الشروط الخاص بالإستشارة التقنية.

¹ - أنظر المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل و المتمم فقرة أولى 02-03

² - أنظر المادة 27 من المرسوم التشريعي 247/15 السالف الذكر .

ب-2-2 : العرض المرفق بدفتر الشروط في الإستشارة الفنية:

يجب أن تكون عروض المتعهدين مطابقة لدفتر شروط الصفقة ، على ان يتم إيداعها خلال المدة المحددة لتقديم العطاءات، و هو ما نص عليه المشرع و حث على تطبيق هذا الإجراء ، على وجوب تحديد أجل لتحضير العروض بالإستناد إلى تاريخ نشر الصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الجرائد ، و يجب فسح المجال لتحضير العروض لأكثر عدد من المتنافسين و يوافق آخر يوم و آخر ساعة لإيداع العروض و ساعة فتح الأظرفة التقنية و المالية ، و آخر يوم من مدة تحضير العروض و إذا صادف اليوم الأخير يوم عطلة تمدد إلى غاية اليوم التالي.¹

ثانيا: مرحلة فحص العروض :

بعد تقديم العروض بالشروط و الأشكال التي سبق عرضها تقوم المصلحة المتعاقدة بفحص دقيق لجميع العطاءات المعتمدة للتأكد من مطابقة كل عطاء لدفتر الشروط و تحقيقا لهذا الغرض و ضمانا لمبدأ الشفافية المكرس في قانون الصفقات العمومية ، فقد أسند هذا الفحص إلى لجنتين و هما لجنة فتح الأظرفة و لجنة تقييم العروض .

أ- لجنة فتح الأظرفة :

طبقا لأحكام المادة 70 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية ، فإنه تحدث في إطار الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة متعاقدة و يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة لموجز مقرر تشكيلة اللجنة المذكورة في إطار الإجراءات القانونية و التنظيمية المعمول بها ، مع العلم أن المادة 70 لم تحدد الأعضاء المكونين للجنة و لتشكيلها طبقا للمادة 71 من ذات المرسوم

مهامها: طبقا لأحكام المرسوم الرئاسي 247/15 فإن لجن فتح الأظرفة عدة مهام موكلة إليها تتمثل فيما يلي :

- تثبيت صحة تسجيل العروض على سجل خاص.
- إعداد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة عروضهم مع توضيح محتوى و مبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.²
- إعداد وصف مفصل للوثائق التي يتكون منها كل عرض.

¹- أنظر 39 من المرسوم رقم 247/15 السالف الذكر

²- أنظر المواد 70-71 من المرسوم التشريعي 15-247 السالف الذكر.

• يحضر المحضر أثناء إنعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء لجنة الحاضرين و الذي يجب أن يتضمن التخفيضات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة

• دعوة المتعهدين عند الإقتضاء ، كتابيا إلى إستكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة

المطلوبة ، بإستثناء التصريح بالإكتتاب و كفالة المتعهد و العرض التقني بحصر المعني، في أجل أقصاه عشرة(10) أيام ، تحت طائلة رخص عروضهم من قبل تقييم العروض

كما لها أن تحرير محضرا بعدم الجدوى، يوقعه الحاضرون في حالة عدم إستلام أي عرض، أما فيما يخص جلسات اللجنة فهي علنية بحضور المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا، بحيث يعتبر تاريخ فتح العروض هو آخر يوم من تحضيرها و هذا خدمة لمبدأ المساواة بين المتعهدين، و ينص على ذلك في دفتر الشروط، و في حالة الإستشارة الإنتقائية، يتم فتح الأظرفة التقنية النهائية و المالية على مرحلتين، أما بالنسبة للمسابقة فيتم فتح الأظرفة التقنية وأظرفة الخدمات و الأظرفة المالية على ثلاث مراحل ، و لا يتم فتح أظرفة الخدمات في جلسة علنية ، و لا يتم فتح الأظرفة المالية للمسابقة إلا بعد نتيجة تقديم الخدمات من قبل لجنة التحكيم و الملاحظ أن صفقة الإستشارة التقنية تكون في الغالب عن طريق المسابقة أو الإستشارة .¹

ب- لجنة تقييم العروض :

نصت المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية على أنه تستحدث لدة كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض و تتولى هذه اللجنة التي يعين أعضاؤها بقرار من مسؤول المصلحة المتعاقدة و التي تتكون من أعضاء مؤهلين يختارون لكفائتهم دراسة العروض ، و بدائل العروض عند الإقتضاء ، مع ملاحظة أن العضوية في لجنة تقييم العروض و العضوية في لجنة فتح الأظرفة، و يمكن ن تستعين المصلحة المتعاقدة تحت مسؤوليتها بكل كفاءة تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض لحاجات لجنة تقييم العروض كما تقوم هذه الأخيرة بعملية التقييم على مرحلتين :

ب-1- تقييم العروض التقني: و يتم من خلالها ترتيب العرض التقني عن طريق العلامات المعطاة و المحددة مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط.²

و تؤخذ بعين الإعتبار في منح التنقيط الأخيرة العامة أي مجموع الدراسات التي قام بها ، كذلك خبرة و إختصاص اليد العاملة و تؤخذ بعين الإعتبار هنا خبرة صاحب المشروع المعين للدراسة و المتابعة التقنية و هو

¹ - أنظر المادة 72 من المرسوم التشريعي 15-247 السالف الذكر.

² - أنظر المادة 72 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

عادة ما يكون مهندس معماري ، كذلك خبرة العمال الآخرين - تقني سامي طوبوغرافي و غيرها ، كذلك تؤخذ بعين الإعتبار الوسائل المادية المستعملة في المشروع من سيارات و آلات ، و أهم نقطة هي آجال الدراسة بحيث تضع لها نقاط محددة و هذا مقارنة مع الآجال المفتوحة من قبل مكاتب الدراسات التقنية المتناقصة.

ب-2- تقييم العرض المالي: بعد إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط ، يتم في مرحلة ثانية دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم إنتقائهم تقنيا مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم طبقا لدفتر الشروط¹ ، بإنتقاء العرض الأقل كما إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، و إما أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية إذا كان الإختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات ، غير أنه يمكن للجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول ، إذا أثبتت أنه منح المشروع لمعامل مهيمن على السوق، و أو يتسبب في إحتلال المنافسة في القطاع المعني ، بأي طريقة كانت ، و هنا وجب ذكر هذه الحالة في دفتر شروط المناقصة ، و الحالة الثانية تتمثل في إذا كان العرض المالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتا يبدو منخفضا بشكل غير عادي، فإنه يمكن للمصلحة أن ترفضه بقرار معلل، بعد أن تطلب كتابيا توضيحات ملائمة من التبريرات المقدمة كل هذا وفق لدفتر الشروط.²

ب-3- مهنة لجنة التحكيم في إطار المسابقة: بعد فتح أظرفة العروض و تقييمها ، و لا يدعى إلى تقديم أظرفة الخدمات و العرض المالي إلا المترشحون المؤهلون مسبقا الذين يجب أن لا يكون عددهم أدنى من ثلاثة أما في الحالة التي يكون فيها عدد المترشحين الذين جرى تأهيلهم الولي أدنى من ثلاثة وجب على المصلحة المتعاقدة أن تعيد الإجراء ، حيث يتعين على المصلحة المتعاقدة ضمان إقفال أظرفة خدمات المسابقة قبل إرسالها إلى لجنة التحكيم.

و تتكون لجنة التحكيم من أعضاء مؤهلين في الميدان و مستقلين عن المرشحين و تحدد تشكيلة لجنة التحكيم بموجب قرار من الوزير أو الوالي المعني، و هنا يرسل رئيس لجنة التحكيم محضر الجلسة مرفقا برأي معلل يبين عند الإحتمال ضرورة توضيح بعض الجوانب المرتبطة بالخدمات إلى المصلحة المتعاقدة ، و في حالة ما إذا أبرزت لجنة التحكيم ضرورة توضيح بعض جوانب الخدمات، فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تحظر الفائز أو الفائزين المعنيين كتابيا مع تقديم التوضيحات المطلوبة و تكون الأجوبة المكتوبة جزء لا يتجزأ من عروضهم كما يمكن أن تدفع المصلحة المتعاقدة منحة للفائز أو الفائزين في المسابقة طبقا لإقتراحات لجنة التحكيم، و ذلك

¹ - أنظر المادة 72 فقرة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

حسب الكيفيات الجاري بها العمل ، و تحدد بموجب قرار مشترك من الوزير المكلف بالمالية و الوزير المعني ويتضح منح التنقيط بناء على عدة إعتبرات نذكر منها :

- تهيئة عامة للمشروع.
- الجانب الهندسي للمشروع.
- وظيفة المشروع.
- إحترام البرنامج.
- الجانب الإقتصادي للمشروع.
- نوعية الوثائق المستعملة.

و في الأخير فإن الإستشارة التقنية في مجال البناء هي وظيفة متكاملة تقنية و إقتصادية غير أن عندما يقدم عرضا تقنيا لا سيما ما يتعلق بالخدمات في المسابقة يبقى الأساس هو معيار أحسن عرض إقتصادي، و هو يقابل المصلحة العامة بمفهوم العرض الأقل ثمنا¹.

الفرع الثاني : المرحلة النهائية :

بعد ان تمر الصفقة بمرحلة الفحص ، أو الدراسة كما سبق ذكره بدراسة العروض المتمثلة المقدمة تقنيا وماليا، و الوصول إلى متعامل متعاقد ترسو الصفقة عليه فتمنح له الصفقة و تمر هذه المرحلة على عدة خطوات منها المصادقة على الصفقة و هي إما تكون بالمنح المؤقت للصفقة ، أو المنح النهائي بالإضافة إلى اعتماد الصفقة.

أولاً: المنح المؤقت للصفقة:

عملية تقييم العروض تبلغ للمتعهدين عن طريق إعلان رسمي ، هو إعلان المنح المؤقت للصفقة بحيث تبلغ بموجبه العروض التقنية و المالية الممنوحة لها الصفقة مؤقتا، أما فيما يخص المتعهدين الآخرين ، فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في نفس الإعلان أولئك الراغبين منهم في الإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم عروضهم التقنية و المالية بالإتصال بمصالحها ، في أجل أقصاه ثلاثة أيام ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح

¹ - أنظر المواد 74-23 من المرسوم 15-247 السالف الذكر.

المؤقت للصفقة و يجب أن توضح المصلحة المتعاقدة في إعلان المنح المؤقت للصفقة رقم تعريفها الجبائي للمستفيد منها الصفقة و هذا لا يكون إلا بتقديم أفضل العروض كما سبق قوله من جانب تقني ، أو في أقل ثمن¹ .
غير أنه و من الملاحظ أن المصلحة المتعاقدة في تقييم العروض المالية أو مقارنتها بالعرض المالي الأقل ثمنًا هو في الحقيقة غير مناسب في صفقة الإستشارة الفنية بالخصوص ، إذا كانت تقوم على عرض تقني بمعنى آخر ذو عرض جمالي ، و ما يتفق مع العرض المقترح.

أ- آثار المنح المؤقت للصفقة : تترتب عليه مجموعة من الآثار قانونية تتمثل في:

- إنحلال إلتزامات المتعهدين الآخرين غير المقبولين بعد المنح المؤقت.
- حق المتعهد أو اصحاب العروض غير المقبولين في الطعن، أمام لجنة مختصة في أجل 10 أيام إبتداء من تاريخ نشر الإعلان في النشرة الرسمية أو غيرها.
- يخضع إبرام الصفقات ، من قبل المصلحة المتعاقدة إلى الموافقة المسبقة.
- إلغاء إبرام الصفقة وحب نشره ضمن الأشكال المحددة قانونا .
- رد كفالة المتعهدين غير المقبولين .
- رد كفالة منح الصفقة للمتعهد الذي منح الصفقة بعد وضع كفالة حسن التنفيذ.²

ثانيا: المنح النهائي للصفقة:

إن المنح المؤقت للصفقة لا بد أن يكون إختياريا مؤقتا من قبل المصلحة المتعاقدة ، و لا يكون نهائيا إلا بعد صدور قرار معتمد من الجهة المختصة بإعتماد أهم المشاريع العامة التي سبق ذكرها³ ، و بالتالي فلا تصح الصفقات إلا إذا أعتمدت من قبل الهيئات التالية:

- الوزير المعني بالنسبة للصفقات التي ترمها الدولة.
- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة.
- الوالي بالنسبة للصفقات التي ترمها الولاية.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي.
- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.

¹ - أنظر المادة 13 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بالمنافسة و الأسعار.

² - أنظر المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

³ - أنظر المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع الإقتصادي .
- مدير البحث و التنمية.
- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي و التقني.
- مدير المؤسسة العمومية الحضرية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي.
- مدير المؤسسة ذات الطابع الثقافي و المهني.

و منه فإن الصفقات العمومية المبرمة لا تكون نهائية ، و لا تدخل حيز التنفيذ إلا بعد الموافقة من طرف السلطة المختصة و اعتمادها ، لذا تعتبر هذه المرحلة من أهم المراحل القانونية لأنها تدخل حيز النفاذ ، و بها تقرر حقوق و واجبات كل الأطراف ، و عليه فإن الصفقات العمومية المبرمة تخضع لرقابة السلطة الوصية قبل الدخول حيز التنفيذ فهي تهدف إلى التحقق من مدى مطابقة الصفقات العمومية على هيئاتها للتشريع و التنظيم المعمول به و للتحقق من مطابقة إلتزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية في حين تتمثل غاية رقابة الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية ، في مفهوم المشرع في كون الصفقة تدخل فعلا في إطار المبرمج و الأسبقيات المرسومة للقطاع ، و عند تسليم المشروع نهائيا تعد المصلحة المتعاقدة تقريرا تقديميا عن ظروف إنجازها و كلفته الإجمالية مقارنة بالهدف المسطر.¹

ثالثا: اعتماد الصفقة :

و في المرحلة الختامية في إجراءات التعاقد ، بحيث تصبح الصفقة الخاصة بالدراسات التقنية نافذة بعد المصادقة عليها من طرف السلطة المختصة و يجب أن تتضمن على الخصوص الآتي :

- التعريف الدقيق بالطرف المتعاقدة.
- هوية الشخصات المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة صفتهم .
- تحديد موضوع الصفقة و وصفها و صفا دقيقا.
- تحديد المبلغ بالدينار الجزائري أو بالعملة الصعبة حسب الحالة.
- شروط التسديد .
- آجال تنفيذ الصفقة و محل الوفاء.
- تاريخ توقيع الصفقة و مكانها.

¹ - أنظر المادة 164 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

بيانات تكميلية:

- طريقة إبرام الصفقة
- الإشارة إلى دفاتر البنود العامة ، و دفاتر التعليمات المشتركة المطبقة على الصفقات شروط عمل المتعاملين الثانويين و اعتمادهم إن وجد.
- بند مراجعة السعار.
- بند الرهن الحيازي إن وجد.
- نسب العقوبات المالية و كيفية حسابها .
- طرق تطبيقها في حالة القوة القاهرة.
- شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ.
- البنود المتعلقة بحماية البيئة.
- البنود المتعلقة بإحترام قانون العمل، و تسوية الخلافات و الأحكام المتعلقة باليد العاملة.¹

¹ - أنظر المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 10-247 المعدل و المتمم السالف الذكر.

خلاصة الفصل:

من خلال ما تقدم حول إجراءات الرقابة التقنية فإنه يتبين أنه لا يمكن ممارسة مهامه الرقابة إلا بتوافر جملة من الشروط الخاصة بالمراقب التقني، الذي قد يكون إما الشخص ، و هو المهندس المعماري ، أو هيئة و هي الهيئة الوصية للمراقبة التقنية ، و انه لا يمكن مباشرة الرقابة من طرف هؤلاء إلا عن طريق إجراءات قانونية تمثلت إما في عقد الإستشارة التقنية ، و الذي يخضع في أحكامه إلى القانون الخاص ، بحيث يوضع بنوده من طرف المتعاقدين صاحب المشروع و المراقب التقني ، و إما تكون بموجب إتفاقية تخضع في أحكامها للقانون العام أو هو قانون الصفقات العمومية بحيث تتحدد مهامه الإتفاقية بموجب دفتر الشروط موضوع من طرف الهيئة المتعاقدة.

و لكنه من الملاحظ عمليا أن الرقابة التقنية هي محتكرة من طرف هيئة واحدة و هي الهيئة الوطنية للرقابة التقنية و هو ما يطرح إشكال ما هو سبب إحتكار مهامه الهيئة للرقابة التقنية و لماذا لا يكون هناك هيئات أخرى حتى و لو كانت خاصة تقوم بمهامه الرقابة؟