



جامعة العربي التبسي - تبسة - الجزائر
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر
تخصص: تنظيم إداري
بغنوان

سلطات المصلحة المتعاقدة على ضوء المرسوم الرئاسي
247/15

إشراف الدكتورة:
نورة موسي

إعداد الطالبتين:
- أسماء سعدي
- منال حاج

لجنة المناقشة:

الصفة	الرتبة	الإسم و اللقب
رئيسا	أستاذة مساعدة - أ -	أ/ نعيمة لحرمر
مشرفا ومقررا	أستاذة محاضرة - أ -	د/ نورة موسي
عضوا ممتحنا	أستاذ مساعد - أ -	أ/ عبد الرحمان بريك

السنة الجامعية: 2017/2016

الكلية لا تتحمل أي

مسؤولية على ما

يرد في هذه المذكرة

من آراء.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ
وَالَّذِي جَعَلَ الْمَوْتَ
وَالْحَيَاةَ وَالَّذِي
يُعِيدُ النَّاسَ
وَالَّذِي يُدَبِّرُ
الْأَمْرَ وَالْحَمْدُ
لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ

قال الله تعالى:

« ادع إلى سبيل ربك بالحكمة
والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن
إن ربك هو أعلم بمن ضل عن سبيله وهو
أعلم بالمهتدين »

{ الآية 125 من سورة النحل }

"قرأت كتاب الرسالة على

الشافعي ثمانين مرة، فما من مرة إلَّا

وكان يقف على خطأ! فقال

الشافعي أجل! أباي الله أن يكون

كتابا صحيحا غير كتابه "

المزني

شكر وعرفان

"الحمد لله الذي علم بالقلم ، علم الإنسان ما لم يعلم ، الحمد لله الذي
ألمنا الطموح و سدّد خطانا و ساعدنا على إنجاز هذا البحث المتواضع "

سطور الشكر دائماً ما تكون في غاية الصعوبة عند صياغتها، ربما لأنها تشعرنا
بقصورها وعدم إيفائها حق من نهديه إياها ، والآن نقف عاجزتين و نحن نخط
هذه السطور

و نهدّيها إلى ينابيع العطاء التي تدفقت علينا بالعلم لتروي هذا الصرح

الشامخ ، إلى أستاذتنا الفاضلة الدكتورة **موسى نورة**

التي قبلت الإشراف على هذه المذكرة و عملت على

توجيهنا بنصائحها القيمة مع تقديرنا لها على

سعة صداها و جميل صبرها إلى غاية إنجازها .

إلى من قال فيهما عز وجل « وقل ربّي ارحمهما كما ربياني

صغيرا » الوالدين العزيزين

و نتوجه بجزيل شكرنا إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة الأستاذة **لحمر**

نعيمه رئيسا والأستاذ **بريك عبد الرحمان** عضوا مناقشا

كما نتقدم بشكرنا الخالص إلى كل من ساعدنا في إنجاز هذه المذكرة ومدد لنا

يد العون من قريب أو بعيد.

قائمة المختصرات

المختصر	الكلمة
ج. ر.	الجريدة الرسمية.
د. ج.	دينار جزائري.
د. ب. ن.	دون بلد نشر.
د. س. ن.	دون سنة نشر.
د. ط.	دون طبعة.
ص. ص.	من الصفحة إلى الصفحة.
ص. ع.	الصفقات العمومية.
ص.	صفحة.
ط.	طبعة.
ف.	فقرة.
م. ر.	المرسوم الرئاسي.
م. ش. ب.	المجلس الشعبي البلدي.
م. ش. و.	المجلس الشعبي الولائي.
م.	مادة.

مقدمة

تعد الصفقات العمومية أهم قناة تتحرك فيها الأموال العامة، كما تعتبر من الوسائل العامة في خدمة الصالح العام وتلبية الحاجات العمومية، وبالتالي فهي من أفضل الأدوات التي تستند إليها الدولة من أجل النهوض والرفي بالاقتصاد الوطني.

وعلى قدر أهميتها كان اهتمام المشرع الجزائري بها من خلال التحيين المستمر للمواد المؤطرة لها وتعديلها وفقا لما يتلاءم مع مقتضيات التطور الحاصل على جميع المستويات، ويظهر ذلك من خلال انتقال قانون الصفقات العمومية في الجزائر من مجرد امتداد للنصوص الفرنسية الموروثة بعد الاستقلال، ليصل حاليا ومن خلال المرسوم الرئاسي 247/15 إلى درجة عالية من الدقة في الصياغة بغية تحقيق الشفافية في تسير الأموال العمومية.

مع الأخذ بعين الاعتبار أن قانون الصفقات العمومية لم يعرف استقرارا واضحا من خلال مختلف التعديلات التي شهدتها منذ الاستقلال، فقد صدر الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17/06/1967 والذي تم تعديله بموجب الأمر رقم 32/69، وبموجب الأمر رقم 57/70، وكذا بموجب الأمر رقم 84/71، ثم تلاه المرسوم رقم 145/82، المؤرخ في 10/04/1982، المتعلق بصفقات المتعامل العمومي، مرورا بالمرسوم التنفيذي 434/91، المؤرخ في 09/11/1991، الذي جاء نتيجة التحولات التي عرفتها الجزائر بتخليها عن نظام الاقتصاد الموجه وتبنيها نظام اقتصاد السوق، وبعد مرور أكثر من 10 سنوات من العمل به جاء المرسوم الرئاسي 250/02، المؤرخ في 24 جوان 2002 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 302/03 والمرسوم الرئاسي 338/08 الذي قام بإلغاء المرسوم التنفيذي 434/91، وبعد مضي سنتين وبالتحديد في يوم 17 أكتوبر 2010 صدر المرسوم الرئاسي 236/10 والذي شهد عدة تعديلات في أربع سنوات متتالية، ونظرا للشوائب والنقائص التي كانت تتخلل هذا الأخير، جاء المشرع معلنا سنة 2015 بإلغاء النصوص السابقة بإصدار المرسوم الرئاسي 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وبما أن الصفقات العمومية تحتل نسب معتبرة من الموارد المالية، وتمثل آلية أساسية في النمو الاقتصادي، بالإضافة إلى أنها الأداة والوسيلة التي تتمكن من خلالها

المصالح المتعاقدة من تحقيق برامجها، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري بالنص على جميع الأحكام والإجراءات الخاصة لإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية.

لذا نجد المصالح المتعاقدة تتمتع بامتيازات وسلطات مميزة تتجلى في كافة مراحل الصفقة منذ إبرامها إلى غاية اكتمال تنفيذها، إذ تعتمد المصلحة المتعاقدة من أجل إبرام صفقاتها أسلوبين: أسلوب طلب العروض الذي يعتمد على عدة معايير متنوعة ومختلفة من أجل انتقاء واختيار المتعاقد معها، هذه المعايير تضمن بالدرجة الأولى جودة العمليات وإنجاز الأشغال، تقديم هذه الخدمات في أحسن الأحوال اعتمادا على الأموال العمومية من جهة، واحترام مبادئ الشفافية والعلانية والمساواة بين المتعاملين مع المصلحة المتعاقدة من جهة أخرى، ويعتبر هذا الأسلوب القاعدة والأصل العام أما الاستثناء الوارد عليه هو أسلوب طلب التراضي والذي ينقسم بدوره إلى قسمين التراضي البسيط، والتراضي بعد الاستشارة.

ويغض النظر عن أية طريقة اعتمدت عليها المصلحة المتعاقدة في إبرام صفقاتها فإنها تدخل حيز التنفيذ، ويترتب عليها مجموعة سلطات تعهد للمصلحة المتعاقدة لممارستها على المتعاقد معها، من أجل تحقيق المصلحة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة من جهة، وتنفيذ الصفقة وفقا للنصوص القانونية من جهة أخرى.

ويعتبر موضوع سلطات المصلحة المتعاقدة أحد أهم مواضيع آثار العقد الإداري والتي تعد من الموضوعات المهمة في تشريع الصفقات الجزائري، ولها واقع عملي كبير وتكون هذه الأهمية واضحة بشكل كبير عند تطبيق هذه السلطات على المتعامل المتعاقد من قبل الجهات المختصة، والتي حددها المشرع على سبيل الحصر وأطلق عليها تسمية المصالح المتعاقدة، والمتمثلة في: الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

وعلى مستوى آخر تبرز أهمية معالجة هذا الموضوع في تزايد حجم الصفقات العمومية كوسيلة أساسية لإنجاز وتسيير المرافق العامة نتيجة ارتفاع الصفقات العامة

إلى درجة أن الصفقات العمومية أصبحت المجال الحيوي الذي تتحرك فيه الأموال العامة من الخزينة العمومية إلى المواطن عن طريق إنجاز الأشغال العامة واقتناء التجهيزات العمومية والقيام بالدراسات الأولية.

من بين الأسباب التي شجعتنا لإنجاز هذا الموضوع هناك أسباب موضوعية والمتمثلة في كون الموضوع محل الدراسة موضوعا ذو أهمية مما دفعنا للمبادرة بدراسته وتحليله وتبيان الجهود المبذولة من قبل المشرع لسد الثغرات والنقائص التي قد تصطدم بها المصلحة المتعاقدة أثناء ممارستها لعملها، وأخرى ذاتية تمثلت في: إثراء المكتبة القانونية المتخصصة في مجال الصفقات العمومية ذلك أننا وجدنا نقص في البحوث المتخصصة في مجال الصفقات العمومية، ناهيك عن كون هذا الموضوع من المواضيع التي تثير رغبة الباحث في دراستها والتغلغل فيها، بالإضافة إلى التمكن من معرفة السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 في مواجهة المتعاقد معها.

وعلى ضوء ما تقدم ذكره فإن الإشكالية الرئيسية لدراستنا تتمحور حول:

فيما تكمن سلطات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية، وإلى أي مدى وفق المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 " الساري المفعول" في تنظيم هذه السلطات؟

ويندرج على هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية من بينها:

1| ما مدى نجاعة الآليات القانونية التي حددها المشرع لتفعيل دور المصالح المتعاقدة في إدارة صفقاتها العمومية؟

2| ماهي الضمانات القانونية والوسائل المادية التي منحها المشرع للمصالح المتعاقدة حتى تتمكن من الاضطلاع بصلاحياتها؟

3| ماهي الجزاءات التي رخص بها المشرع لقمع تجاوزات المتعاملين المتعاقدين؟

ولتحقيق الغايات المرجوة كان المنهج المتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي وذلك من خلال الإعتماد على التعاريف داخل الموضوع لتسهيل التعرف على ماهية المصطلحات محل دراستنا والتحليلي: وهو المنهج الغالب والأكثر استخداما، حيث أن الدراسة تعتمد على تحليل النصوص القانونية الخاصة بسلطات المصلحة المتعاقدة

من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 كأساس للدراسة، وبعض القوانين المكملة كالمرسوم التنفيذي 227/98، والقرار المتعلق بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 مع الاستعانة ببعض الأحكام والنصوص من القانون المقارن لكن باستعمال المنهج المقارن للوصول إلى أهم النقائص والسلبيات أو إيجابيات النصوص المطبقة على الصفقات العمومية في الجزائر كما وظفنا المنهج التاريخي لمعرفة أهم التحولات التي عرفها تشريع الصفقات في الجزائر خاصة فيما تعلق بطرق إبرام الصفقات العمومية. بالإضافة إلى المنهج الاستنباطي وذلك من خلال محاولة استنتاج واستنباط أهم النتائج المتوصل إليها من تحليل النصوص القانونية.

وتهدف الدراسة في مجال سلطات المصلحة المتعاقدة، إلى البحث والكشف عن أهم السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة سواء قبل أو بعد إختيار المتعامل المتعاقد، إضافة إلى الكشف عن مدى نجاعة هذه السلطات على المستوى العملي.

نشير أننا بمناسبة إنجاز هذه المذكرة وقفنا على دراسات علمية متخصصة تتعلق

بسلطات المصلحة المتعاقدة التي تبدو مشابهة لموضوعنا، من بينها:

الدراسة الأولى: من إعداد سعيد عبد الرزاق باخبيرة، بعنوان سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) وهي أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2008/2007.

أما **الدراسة الثانية** فهي من إعداد سبكي ربيعة، بعنوان سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه التعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو 2013.

بطبيعة الحال فالمذكرة لم يكن ليتم إنجازها من دون صعوبات ومعوقات ولعل أبرزها على الإطلاق صعوبة الحصول على نماذج للصفقات العمومية والوثائق الخاصة بها واستحالة الحصول على المعلومات « في هذا المجال » نتيجة تكتّم معظم المسؤولين عليها، ونظرا لوجود مرحلتين في الصفقات العمومية كان من الضروري التمعن بدقة في المعلومات المتوفرة والمراجعة المستمرة لها لتفادي إضافة معلومات غير مفيدة تؤدي إلى الخروج عن الموضوع أو الميل لدراسة مرحلة دون الأخرى.

وبناء على ما سبق، وللإجابة على الإشكالية المطروحة، ومن أجل تحقيق الأهداف المنشودة من الدراسة ارتأينا تقسيم مذكرتنا إلى فصلين رئيسيين، والذي يعتبر تقسيماً لمختلف الأفكار المرتبطة بهذا الموضوع والتي هي قابلة للإثراء والبحث أكثر مستقبلاً، حيث خصص الفصل الأول لدراسة سلطات المصلحة المتعاقدة أثناء المرحلة التمهيدية لإبرام الصفقات العمومية من خلال البحث عن كيفية تحديد حاجياتها والإعداد المسبق لدقتر الشروط كمبحث أول، ودراسة كيفية اختيار المتعامل المتعاقد من قبل المصلحة المتعاقدة كمبحث ثانٍ.

أما الفصل الثاني فخصصناه لدراسة كل ما يتعلق بسلطات المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة والذي قسم تقسيماً مزدوجاً من خلال مبحثين: فجاء المبحث الأول تحت عنوان سلطات المصلحة المتعاقدة ذات الطابع الفني، في حين تناولنا في المبحث الثاني سلطاتها ذات الطابع الجزائي، وقد ختمنا كل فصل بخلاصة وجيزة حول أهم النتائج المتوصل إليها قبل تفصيلها في الخاتمة النهائية.

الفصل الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة
أثناء المرحلة التمهيدية لإبرام الصفقة العمومية.

المبحث الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة
في تحديد الحاجات وإعداد دفتر الشروط.

المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة
في اختيار المتعامل المتعاقد.

إن مسألة فكرة تحديد الشروط المقترنة بالعقود الإدارية هي فكرة ناتجة عن خصوصية وطبيعة هذه العقود، فتحدد الشروط قبل عملية التعاقد عن طريق السلطة الإدارية المختصة وبإرادتها المنفردة في حين يقتصر دور الطرف المتعاقد مع الإدارة على تحديد موقفه وإرادته من هذه الشروط إما يقبل بها جملة وتفصيلا فلا يحق له طلب تعديلها أو مناقشتها، وإذا قبلها فإنه يلتزم بمضمونها بمجرد توقيعه على العقد.

وفي نفس الإطار فرض القانون على المصلحة المتعاقدة إجراءات تهدف إلى ضمان شفافية ونزاهة عملية إبرام صفقاتها " والتي تعتبر نوع من أنواع العقود الإدارية"، حيث اشترط قبل القيام بأي إجراء لمباشرة الدعوى للتعاقد أن تقوم بتحديد حاجياتها وإعداد دفتر شروط صفقاتها.

وتكريسا للأهداف الكبرى والمتمثلة في ضمان وإتاحة المنافسة على مستوى واسع من أجل الحصول على الصفقة، وتجسيد مبدأ المساواة بين المترشحين وضمان السير الحسن للمال العام وأولوية المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وحفاظا على توازن مصالح الطرفين " المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها "، فقد إستوجب المشرع أن يتم التعاقد وفقا لإجراءات طويلة ومحددة طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15 وهو ما سوف يتم التطرق إليه في هذا الفصل من خلال المبحثين التاليين:

✓ المبحث الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة في تحديد الحاجات وإعداد دفتر الشروط.

✓ المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في اختيار المتعاقد معها.

المبحث الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة في تحديد الحاجات وإعداد دفتر الشروط.

تتكون العقود التي تبرم بين الأفراد في القانون الخاص بمجرد إعلان كل من الطرفين إرادته واتفق الإرادتين على طبيعة العقد وشروطه. وذلك لأن للأفراد الحرية في أعمال إرادتهم في سبيل تحقيق مصالحهم الشخصية¹. أما عقود الإدارة (ومن أهمها الصفقات العمومية) فإنها تتكون من عملية أكثر تعقيدا وغالبا ما يتم التعبير عن إرادة جهة الإدارة المتعاقدة في شكل عملية مركبة ومعقدة، وعادة ما يسبق الإجراء الذي يتم بمقتضاه إبرام عقد الصفقة طائفة من الإجراءات والتدابير التي تمهد لإنشاء ذلك التصرف، والمتمثلة أساسا في تحديد الحاجات "مطلب أول" تحديدا دقيقا، وإعداد دفتر الشروط "مطلب ثاني" وأنواعه من خلال "المطلب الثالث".

المطلب الأول: تحديد الحاجات.

إن إعداد الصفقة يتطلب تحضيرا دقيقا ومدروسا يتحدد ذلك أساسا بتحديد الحاجيات ثم وضع آليات لإشباع هذه الحاجيات، بتسجيل المشروع حسب ما هو منصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 227/98² بغرض تسهيل عمل المتعامل مع الإدارة (المصلحة المتعاقدة) وتشجيع المنافسة الحقيقية التي تتم في شفافية مطلقة فأغلب عمليات مراقبة تنفيذ الصفقات قد أثبتت أن هناك تبذير للمال العام³.

إن تحديد الحاجيات لم يكن بالشيء البارز في جميع تنظيمات الصفقات العمومية السابقة على المرسوم الرئاسي 236/10 والذي خصص الباب الثاني تحت عنوان "تحديد الحاجات والصفقات العمومية والمتعاملين المتعاقدين" وخص بالدراسة موضوع تحديد

¹ - د. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص117.

² - المرسوم التنفيذي رقم 227/98، المؤرخ في 13 يوليو 1998، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، ج ر عدد 51، لسنة 1998، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 148/09، المؤرخ في 2 مايو 2009، ج ر عدد 26، لسنة 2009.

³ - أ. منصور بوزيان، محاضرات في مادة الصفقات العمومية، أقيمت على الطلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء بالأبيار، الجزائر، الدفعة 24، سنة 2014، ص03.

الحاجات القسم الأول " تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة "¹، أما في ظل المرسوم الرئاسي 247/15² فقد قام المشرع بإدراج تحديد الحاجات في الفصل الثاني تحت عنوان " تحديد الحاجات والصفقات العمومية والمتعاملين المتعاقدين " من الباب الأول لهذا المرسوم من خلال نص المادة 27.

ونظرا لأهمية هذه المرحلة فلقد أوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة تحديد الحاجيات الواجب تلبيتها قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة العمومية، كما أكد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 64³ أن يشتمل ملف طلب العروض على الوصف الدقيق للخدمات المطلوبة ومواصفاتها التقنية.

الفرع الأول: إحصاء الحاجيات المراد تحقيقها.

تمثل هذه المرحلة حجر الزاوية والمحور الرئيسي في تحديد الحاجيات المطلوبة وتقوم على مجموعة عناصر والمتمثلة في إجمال الحاجيات المعبر عنها للسنوات الماضية، كما تقوم على تقييم الأهداف التي تم التوصل إليها والنقائص المسجلة مع الأخذ بالحسبان التطور الاقتصادي والاجتماعي الحاصل في المجتمع، بالإضافة إلى تحليل المعطيات بدقة من أجل تقادي أي إشكالات تعيق تنفيذ المشروع بعد إبرام الصفقة.

ومن بين أهم الإجراءات الأولية:

أولاً: الحصول على الأرضية المراد إنجاز المشروع فوقها (بالنسبة لصفقة الأشغال العمومية) إما عن طريق التراضي وذلك بالتبادل أو الشراء، الهبة... ، أو بإجراءات نزع

¹ محمد خرفان، إختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر - 01، -، 2014/2013، ص75.

² المرسوم الرئاسي 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50.

³ نفس المرسوم، ص17.

الملكية الخاصة للمنفعة العامة¹، وفي هذه الأخيرة تسهر المصلحة المتعاقدة "صاحبة المشروع" على احترام الإجراءات المنصوص عنها بموجب القانون رقم 11/91، المحدد لقواعد نزع الملكية للمنفعة العامة ومنها: الإشهار، تبليغ القرارات، احترام الآجال، تقدير التعويض العادل والمنصف والمسبق.

ثانياً: إجراءات الدراسات الجيوتقنية على الأرضية للتأكد من مدى مطابقتها وصلاحياتها لإنجاز المشروع فوقها وعدم تأثيره على البيئة والمحيط، كما تقوم بدراسة وضعية شبكات صرف المياه والغاز والهاتف من أجل تفادي الأضرار بها بالاتفاق مع المصالح المختصة "سونغاز، البريد، مؤسسة توزيع المياه... إلخ".

وعلى كل فمن مصلحة المصلحة المتعاقدة ألا تباشر تنفيذ المشروع إلا إذا كانت الأرضية تسمح بذلك دون أي عائق.

كما تقوم المصلحة المتعاقدة بتحديد اللوازم والسلع المراد اقتناءها (بالنسبة لصفقات اقتناء اللوازم) وذلك لضمان اقتناء السلع والمنقولات التي هي في حاجة إليها فقط دون غيرها.

وتجدر الإشارة إلى إن الدراسات المسبقة التي تقوم بها الإدارة تسمح بتحديد دقيق للحاجيات المطلوبة وكذا تسمح باتخاذ القرار النهائي لتنفيذ المشروع كما تؤمن تنفيذ وإنجاز المشروع بصفة سليمة من الأخطاء وعليه فإنه يتعين القول أن الدراسات المسبقة ضرورية لكل صفقة وأنه يتعين أخذ الوقت اللازم الذي تقتضيه الدراسات واتخاذ القرارات والمخططات المطلوبة بكل وضوح واختيار مكتب أو مكاتب الدراسات المؤهلة والمختصة بالنظر إلى طبيعة كل مشروع²، والعمل على توافق المصلحة المتعاقدة مع مكاتب الدراسات وتنصيب الدراسات عموماً على النجاعة حيث تعتبر هذه الدراسة ضرورية

¹ حيث نصت المادة 02 من القانون 11/91، المؤرخ في 08 مايو 1991، المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج ر عدد 21، «يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية.»

² نوال زيات، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2013/2012 ص 49.

في حياة المشروع كما تسمح بالإجابة على التساؤلات التالية: هل المشروع قابل للإنجاز وماهي الشروط التقنية والمالية لذلك؟ وهل هذه الشروط ممكنة ومنطقية؟¹ إن مسألة بلوغ نجاعة معينة لا بد أن يتلاءم مع وضع دفاتر الشروط في حد ذاته لأن النجاعة مسألة تقنية بحتة ولا يمكن تحديدها تحديدا لا لبس فيه ولا يحتمل حتى المبالغة لأن الوصول إلى نجاعة معينة يدرج على الأقل في دفاتر الشروط حتى يكون المتعامل المتعاقد على علم بكل ماله علاقة بموضوع الصفقة، لأن النجاعة معيار في الاختيار.²

وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية المعمول به نجد أن المشرع قد ألزم المصلحة المتعاقدة أن تستند عند إعداد حاجياتها على مواصفات تقنية تعد على أساس النجاعة أو المتطلبات الوظيفية، وذلك من خلال المادة 27 في فقرتها الرابعة، بل أكثر من ذلك أجاز المشرع للمتعهدين بتقديم بدائل للمواصفات التقنية فيما يخص الخدمات المعقدة تقنيا بعد ترخيص من المصلحة المتعاقدة.³

الفرع الثاني: ضرورة توفير الاعتماد المالي للصفقة.

لا تستطيع جهة الإدارة (المصلحة المتعاقدة) التعاقد أو القيام بأي إجراء أو تصرف يترتب إلزامات مالية إلا إذا توفر الاعتماد المالي اللازم لتغطية التكاليف المالية المترتبة على إبرام صفقاتها.⁴ وقد أوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة تحديد الحاجيات الواجب تلبيتها قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية.⁵

¹ - أ. منصور بوزيان، المرجع السابق، ص 05.

² - محمد خرفان، المذكرة السابقة، ص 76.

³ - أنظر المادة 27 ف 05، من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره، ص 07.

⁴ - د. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، د ط، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، القاهرة، 2008، ص 77.

⁵ - أنظر المادة 27 ف 01 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره، ص 06.

ومن الفائدة الإشارة أن الوعاء المالي للصفقة أحيانا يرصد على حساب الاعتماد المالي للدولة وأحيانا أخرى يقيد ويحسب في ميزانية الإدارة المعنية أو ما يسمى بميزانية القطاع، نبين ذلك فيما يلي:

✓ تمويل الصفقة عن طريق ميزانية الدولة:

قد تمول الصفقة عن طريق ميزانية الدولة اعتبارا أن المشروع ذو نفع عام. كأن يتعلق الأمر بإنجاز إقامة جامعية أو فضاء بيداغوجي ب 5000 مقعد، ففي هذه الحالة ينبغي إعداد ملف كامل بالتنسيق بين مصالح وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ومصالح وزارة المالية ومصالح أخرى ذات العلاقة من أجل الحصول على اعتماد مالي. وإذا رصدت المصالح المختصة مبلغا ماليا للصفقة صار للوالي المختص إقليميا صفة الأمر بالصرف فيما خص.¹

✓ تمويل الصفقة عن طريق ميزانية القطاع أو ميزانية المؤسسة:

مما لا شك أن لكل قطاع من قطاعات الدولة سنويا ميزانية ترصد لتحقيق جملة الأهداف المسطرة في كل قطاع، فللولاية ميزانية وللبلدية وللجامعة ... ولكل قطاع ميزانية سنوية فإذا احتاجت الجامعة لإنشاء مركز حسابات إلى أجهزة حاسوب فلا شك أنها لا تعلن عن طلب العروض إلا إذا كان تحت يدها غلاف مالي مدرج في الميزانية مخصص لاقتناء هذا التجهيز.²

الفرع الثالث: تسجيل المشاريع العمومية.³

تباشر المصالح المتعاقدة بعد تمام عملية الدراسات الأولية إجراءات تسجيل المشروع لدى المصالح الإدارية المختصة كي يصبح محل دعوة للتعاقد في إطار الصفقات العمومية لاحقا، وهو ما يكتسي أهمية بالغة بالنسبة للمحافظة على المال العام كون أن إجراءات التسجيل تتطلب القيام بإجراءات قانونية، تتوج بمنح المصالح المتعاقدة

¹- أ. د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط3، دار جسور للنشر، الجزائر، 2011، ص141.

²- أ. د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، ط4، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص149.

³- أنظر الملحق رقم 01.

رخصة لتنفيذ المشروع، وذلك بعد التأكد من أن المشروع الذي سيتم إنجازه هو مشروع جدي سيعود بالنفع العام على المواطنين¹، مما يشكل مبررا لتمويل إنجازه بالمال العام.

أولاً: بالنسبة للمشاريع محل الصفقات المخصصة للهيئات المركزية.

عند تسجيل هذه المشاريع تصدر مجموعة من القرارات أهمها: قرار توزيع البرامج القطاعية الذي يصدره الوزير المكلف بالمالية بعد اعتماده من طرف الحكومة والذي تتولى مصالحه عملية تبليغه إلى الوزارات المختصة والمؤسسات التي تتمتع بالاستقلال المالي والإدارات المتخصصة سنوياً.²

كما يصدر خلال هذه المرحلة أيضاً قرار التفريد والذي يحتوي على البيانات

التالية، المذكورة على سبيل الحصر:

- مواصفات المشروع وكلفته.
- هيكل التمويل.
- اعتمادات الدفع المتعددة السنوات المرتقبة.
- الاحتياجات المتعددة السنوات المرتقبة لاستيراد السلع والخدمات.
- الآثار المرتقبة، لا سيما في مجال مناصب الشغل.
- الحصة من العملة الصعبة وسعر الصرف المستعمل عند الاقتضاء.
- آجال إنجاز المشروع.³

ويصدر هذا الأخير طبقاً للمادة 10 من المرسوم التنفيذي 227/98، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز بقرار من الوزراء المختصون أو مسؤولو المؤسسات والإدارات المتخصصة، والذي يتضمن أفراد المشروع باسم الأمر بالصرف أو المكلف بالإنجاز وذلك بعد دراسة الملف على ضوء العناصر المذكورة في المادة 09⁴.

¹ حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01 2014/2015، ص51.

² أنظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي 227/98، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، السابق ذكره، ص07.

³ أنظر المادة 10 ف3، نفس المرسوم، ص08.

⁴ أنظر المادة 09، نفس المرسوم، ص08.

ثانياً: بالنسبة للمشاريع محل الصفقات المخصصة للهيئات العمومية غير الممركزة. والتي أوردتها المشرع تحت عنوان " التجهيزات العمومية غير الممركزة التابعة للدولة " ضمن الفصل الثالث من المرسوم 227/98 حيث تصدر الهيئات الإدارية المختصة عند تسجيل هاته المشاريع مجموعة من القرارات من بينها: القرار الصادر عن وزير المالية المتضمن البرنامج السنوي لكل ولاية حسب كل قطاع فرعي والذي يصدر بعد أن يتم اعتماده من طرف الحكومة، كما يصدر قرار آخر في هذا المجال قرار أفراد المشاريع الصادر عن وزير المالية والمتضمن اعتمادات الدفع للولاية على حسب كل قطاع فرعي¹ حيث بناء عليه يقوم الوالي بإصدار قرار آخر وهو قرار يتعلق بتوزيع هذه الاعتمادات على حسب كل فصل وهو ما نصت عليه المادة 19 من المرسوم التنفيذي 227/98، المتعلق بتجهيز نفقات الدولة.

ثالثاً: المشاريع التي تكون محل صفقات في إطار برنامج التنمية البلدية.

وهي المشاريع ذات الأولوية في التنمية ومنها على الخصوص التزويد بماء الشرب والتطهير والطرق وكل ماله صلة بالحياة اليومية للمواطن فإن تسجيلها تتخلله مجموعة من القرارات من أهمها: القرار الذي يصدره الوزير المكلف بالمالية المتضمن رخصة البرامج المتعلقة بالتجهيزات العمومية لمخططات التنمية للبلدية في شكل رخصة برنامج شاملة حسب كل ولاية بعد التشاور مع الوزير المكلف بالجماعات الإقليمية.² يكلف الوالي بعد استشارة المصالح الولائية المختصة بتوزيع الاعتمادات المخصصة لمخططات التنمية البلدية التي أقرها الوزير المكلف بالمالية، مع مراعاة أولويات كل بلدية واحتياجاتها³

والجدير بالذكر أنه يمكن تلبية الحاجات في شكل حصة وحيدة أو في شكل حصص منفصلة، ويكون اللجوء إلى التخصيص:

(1) كلما أمكن ذلك حسب طبيعة وأهمية المشروع وتخصص المتعاملين الاقتصاديين

(2) مراعاة المزايا الاقتصادية أو التقنية التي يتم توفيرها.

¹ أنظر المادة 16 من المرسوم التنفيذي 227/98، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، السابق ذكره ، ص 09.

² أنظر المادة 21 ف1، نفس المرسوم، ص 10.

³ أنظر المادة 22، نفس المرسوم، ص 10.

3) انفراد المصلحة المتعاقدة باختصاص التحصيل مع تعليل اختيارها عند كل رقابة.

4) يجب أن يتضمن مقرر التسجيل هذا التحصيل.

5) يجب النص على ذلك في دفتر الشروط.

6) لا يجب أن تكون موجهة نحو منتج معين أو متعامل اقتصادي محدد.¹

المطلب الثاني: مفهوم دفتر الشروط.

من المسلم به أن الصفقات العمومية غالباً ما تضع عدة وثائق تحتوي على شروط تعد جزءاً لا يتجزأ من الصفقة، ومن أهم هذه الوثائق المكتوبة ما يصطلح عليها بدفاتر الشروط وهي ما تنفرد به المصلحة المتعاقدة في إعدادها دون تدخل المتعاقد معها.

الفرع الأول: تعريف دفتر الشروط.

أولاً: التعريف التشريعي

بالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي 247²/15 نجد أن المشرع لم يعرف دفتر الشروط، واكتفى بالنص على ضرورة إعداد دفاتر الشروط قبل إبرام كل صفقة.

ثانياً: التعريف الفقهي

هناك عدة محاولات فقهية لتعريف دفتر الشروط نذكر منها:

حسب الدكتور محمد الصغير بعلي "عبارة عن وثائق تتضمن مجموعة من القواعد والأحكام التي تضعها الإدارة مسبقاً بإرادتها المنفردة، بما لها من امتيازات السلطة العامة حتى تنطبق على عقودها الإدارية وصفقاتها العمومية، مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة"³

¹- موسى صادقي، (الإجراءات العملية لكيفية تحضير وإعداد دفاتر الشروط)، ملتقى حول التنظيم الجديد للصفقات

العمومية وتقويضات المرفق العام، يوم 17 ديسمبر 2015، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص06.

²- المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام السابق ذكره.

³- د. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، د. ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص48.

كما عرف على أنه وثيقة رئيسية ذات أهمية خاصة، تحدد فيها بصورة دقيقة ومفصلة الحاجات وجميع الشروط والإجراءات الواجب إتباعها عند طلب العروض كما يرفق بالمبلغ الإجمالي للاحتياجات (تقدير إداري) ويعرض على لجنة الصفقات المختصة للتأشير (يحدد اختصاص اللجنة من خلال مبلغ التقييم الإداري لجميع الحاجات).¹

حسب الدكتور عمار بوضياف " عبارة عن وثيقة رسمية تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعده المنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها وكيفية اختيار المتعاقد معها"²

وحسب الدكتور عمار عوابدي " دفاتر الشروط الإدارية هي عبارة عن وثائق إدارية مكتوبة ومعدة مقدما تشتمل على شروط العقود الإدارية، شروط الإبرام والانعقاد وشروط التنفيذ"³

كما تم تعريف دفتر الشروط من طرف الدكتور بن ناجي شريف بقوله:

« En disposant que les cahiers des charges sont des élément constitutifs des marches publics, le code des marches tend à faire de ces documents des éléments de la définition légale de cette catégorie de contrats »⁴

كما يمكن تعريف دفتر الشروط على أنه عمل قانوني يظهر في شكل كتابي، يحرر من قبل الإدارة يتضمن مجموعة من الأحكام والشروط ويشكل جزءا لا يتجزأ من الصفقة العمومية، ويحتوي على مجموعة من البنود.

¹- موسى صادقي، المداخلة السابقة، ص01.

²- د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط3، المرجع السابق، ص142.

³- د. عمار عوابدي، القانون الإداري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص215.

⁴ Cherif Bennadji, l'évolution de la réglementation des marchés Publics en Algérie, thèse de doctorat, soutenue a l'université d'Alger, 1991, p517 .

الفرع الثاني: أهمية دفتر الشروط

- (1) يجسد دفتر الشروط مظهر من مظاهر السلطة العامة، لأن الإدارة عندما تضع شروط ما في دفتر ما معين، لا يجوز للمتعاقد معها أن يطلب تعديلها أو يعارض بشأنها.¹
- (2) تجعل الأشخاص الذين يريدون التعاقد مع الإدارة يلمون بسهولة بالقواعد التي ستطبق على علاقتهم مع الإدارة.² معرفة ما لهم وما عليهم.
- (3) يعتبر أول حلقة من حلقات إبرام الصفقات العمومية وصلاحيات هذه الخطوة يؤدي إلى صلاح المراحل اللاحقة.
- (4) يمثل المرآة العاكسة التي تتضمن موضوع الطلب ومدى الجدوية.³ ومن ثم يمكن القول أن دفتر الشروط يشكل جزءاً مهماً وأساسياً في ملف الصفقة وإن الأهمية التي تعطى في إعدادها سيسهل على الإدارة السير الحسن والشفاف في عملية الاختيار.⁴

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لدفتر الشروط.

يختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط الإدارية، فيما إذا كانت الشروط التي تحتويها ذات طبيعة تعاقدية أو ذات طبيعة تنظيمية لائحية، ويعتبر الدكتور أحمد محيو هو أول فقيه جزائري طرح سؤالاً حول الطبيعة القانونية لدفتر الشروط في القانون الجزائري.⁵

¹- د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، ط03، المرجع السابق، ص144.

²- د. محمد العربي، الصفقات العمومية، قوانين وتنظيمات، ط 2001، دار الملكية للطباعة والنشر والتوزيع، د س ن ص50.

³- د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، ط 4، المرجع السابق، ص150.

⁴- موسى صادقي، المداخلة السابقة، ص3.

⁵- نبيل جوادي، دفاتر الشروط في القانون الإداري الجزائري، دراسة متعلقة بعقود الإدارة، مذكرة الماجستير، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص49.

يرى جانب من الفقه أن دفاتر الشروط ذات طبيعة تعاقدية، لأنها تتضمن مجموعة من الشروط والمواصفات التي قد يرد النص عليها في العقد، وبذلك تصبح هذه الشروط والمواصفات جزء لا يتجزأ منه.

وهذا الرأي تبناه الدكتور محمد الصغير بعلي حيث اعتبر أن الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط تبقى ذات طابع تعاقدي وليس تنظيمي، لأنها تصبح شريعة المتعاقدين على الرغم من وضعها بالإرادة المنفردة من طرف الإدارة المتعاقدة، أو غير المتعاقدة.¹ في حين يرى الدكتور محمود عاطف البنا أن الشروط والمواصفات التي ترد في دفتر الشروط تصبح جزءاً لا يتجزأ من العقد طالما قد أشير إليها فيه، بمعنى أن لها - في الأصل - طبيعة تعاقدية وتكون ملزمة للتعاقد بهذه الصفة، بمجرد توقيعها على العقد. أما الشروط المتعلقة بإبرام العقد، فالأصل أنها ترد في القوانين والتنظيمات وهي بذلك شروط تنظيمية "لائحية"، وهي ملزمة لجهة الإدارة وللمتعاقدين.² أما الفقه الفرنسي فيرى أن الأحكام التي تتضمنها دفاتر الشروط ذات طبيعة لائحية "تنظيمية" طالما أن العقد لم يبرم بعد، أما بعد إبرامه، فإن أحكام دفتر الشروط تصبح جزءاً لا يتجزأ من العقد وتكتسي الطبيعة التعاقدية.³ وقد أجرى العلامة الفرنسي "فاستون جيز" تحليل وتوصل إلى التمييز بين ثلاث فئات من الأحكام في دفتر الشروط وهي كالتالي:

- (1) الفئة الأولى: الأحكام التعاقدية: وهي الشروط والقواعد المتعلقة بطريقة تنفيذ العقد كالكفالة، والعد وطريقة دفعه، ومحل التنفيذ، وجزاءات التأخير، شروط الاستلام...
- (2) الفئة الثانية: الأحكام التنظيمية: وهي المتعلقة بطريقة إجراءات طلب العروض وكيفية المصادقة عليها، وسوى ذلك من أحكام تستوجب توفير الضمانات الكافية

¹- د. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 49.

²- د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 160.

³- مهندس مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2005، ص 450.

لتأمين عناصر العلنية والمنافسة والمساواة، وعدم مراعاة هذه الأحكام تتيح الطعن بالإلغاء.¹

وبالرجوع إلى أحكام تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015 نجد المشرع الجزائري إعتبر دفاتر الشروط من العناصر المكونة للصفقة العمومية، من خلال نص المادة 2/147 « تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية »، كما اعتبر المشرع الجزائري دفاتر البنود الإدارية العامة ودفاتر التعليمات التقنية المشتركة المطبقة على الصفقة جزءا لا يتجزأ من الصفقة.²

المطلب الثالث: أنواع دفاتر الشروط.

دفاتر الشروط هي مجموعة من الوثائق والأحكام والبنود³، تحدد وتوضح مواصفات الصفقة، وشروطها، وموضوعها، ومدة إنجازها، وحقوق وواجبات كل من المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، ويجب الإشارة في هذا الصدد إلى وجود دفاتر الشروط النموذجية " Des cahiers des charges types " ⁴ التي تقوم الدولة بإعدادها. وبالرجوع لنص المادة 26 من المرسوم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجدها حددت 3 أنواع من دفاتر الشروط والمتمثلة في:

¹ - عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية: تشريعا وفقها، واجتهادا، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2010، ص64.

² - المادة 95 المطة 12، من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره، ص24.

³ - د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص433.

⁴ - حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2011، ص81.

- أولاً: دفاتر البنود الإدارية العامة.¹

يتضمن هذا الدفتر مجمل الأحكام المطبقة على جميع صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات التي تمت الموافقة عليها بمرسوم تنفيذي، في السابق كانت المصادقة عليها بقرار وزاري مشترك، ويعتبر بمثابة خريطة طريق شاملة وكاملة في مجال الصفقات.²

يجب الإشارة أنه لا يوجد في الجزائر سوى دفتر شروط إدارية عامة واحد والمصادق عليها بقرار وزاري بتاريخ 1964/11/21،³ مطبقاً على صفقات الأشغال ويتكون من 53 مادة، أما باقي الصفقات الأخرى كالدراسات واللوازم فلا يوجد لها دفاتر شروط إدارية عامة رغم أن هذه الصفقات تحتاجه أكثر من حاجة صفقات الأشغال.⁴

- ثانياً: دفاتر التعليمات التقنية المشتركة.⁵

وهي التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات أو الخدمات الموافقة عليها بقرار من الوزير المعني.⁶ كما تعتبر هذه الدفاتر بمثابة الوثائق المكتملة، للدفاتر الأولى إذ من خلالها يتم تحديد لكل صنف من الصفقات، إجراءات إعداد الأسعار، شروط الدفع فيما يخص التسبيقات أو الدفع على الحساب...⁷

¹- أنظر الملحق رقم 02.

²- للاطلاع أكثر راجع عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط3، المرجع السابق، ص143.

³- صدر قرار بتاريخ 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط العامة المطبقة على صفقات الأشغال ونشر في العدد 6 من الجريدة الرسمية لسنة 1965، وتجدر الإشارة أنه لم يتم تحيين هذا الدفتر إلى غاية يومنا هذا لأسباب غير معروفة.

⁴- عبد العالي حاحة، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013/2012، ص428.

⁵- أنظر الملحق رقم 03.

⁶- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص49.

⁷- رياض لوز، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية)، مذكرة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007/2006، ص56.

- ثالثاً: دفاتر التعليمات الخاصة.¹

تحدد هذه الدفاتر على وجه الدقة الشروط الخاصة بكل صفقة على حدى، وهنا تبرز بشكل جلي إرادة وحرية الإدارة في وضع هذه الشروط بإرادتها المنفردة وبما يحقق لها الأهداف الخاصة بالعملية التعاقدية.

وحسنا فعل المشرع حيث اعترف للإدارة بسلطة وضع الشروط التي تناسب كل صفقة بوحدها ذلك أن الشروط الخاصة لإنجاز صفقة الأشغال العامة ليست كالشروط الخاصة بصفقة اللوازم.²

¹- أنظر الملحق رقم 04.

²- عبد الغني زعلان، حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2007، ص80.

المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد.

تظهر سلطات المصلحة المتعاقدة أيضا في كونها تملك سلطة في اختيار المتعامل المتعاقد وفقا لإجراءات محددة قانونا نظرا لاتصالها بالخزينة العامة من جهة ومصلحة المرفق من جهة ثانية، إذ يكون لها واجب الالتزام باختيار أفضل المتعهدين من الناحية التقنية والمالية، وذلك باللجوء إلى أسلوب طلب العروض " مطلب أول" والذي يمثل القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، إلا أن هناك أسلوب تستطيع الإدارة على أساسه اختيار المتعاقد معها ألا وهو التراضي "مطلب ثاني"، وقد أدرج المشرع الجزائري هذا الأخير كطريقة تمارس من خلاله الإدارة حرية خاصة في اختيار المتعاقد معها شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين، كما أن القانون لا يسمح لها باللجوء إلى التراضي إلا في حالات استثنائية محدودة على سبيل الحصر لا المثال.

المطلب الأول: عن طريق أسلوب طلب العروض.

أولى المشرع الجزائري لأسلوب طلب العروض أهمية خاصة في تنظيم الصفقات العمومية، فخصص لها دون غيرها كَمَا معتبرا من المواد عملا على التوفيق بين الاعتبارين المالي والتقني.

فيعتبر طلب العروض من أهم آليات الوقاية من الفساد لما يكتسبه من قواعد وإجراءات خاصة تهدف إلى تحقيق المنافسة بين عدة مترشحين، وبذلك تكون سلطة المصلحة المتعاقدة في أسلوب طلب العروض مقيدة مقارنة بغيرها من الآليات هذا ما يبرر إلزام المصلحة المتعاقدة بإفراغ تعاقدها ضمن الأشكال المقررة قانونا، وتقييدها بالإجراءات والقواعد عند إعمال هذا الأسلوب.¹

¹ - نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 85.

الفرع الأول: تعريف أسلوب طلب العروض

تجدر الإشارة إلى أن المشرع من الأمر 90/67¹ إلى غاية المرسوم 02/13 المعدل للمرسوم الرئاسي 236/10، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية تبنى " لفظ" مصطلح المناقصة كقاعدة عامة لإبرام الصفقة إلا أن عبارة « Appel d'offres » تقابلها باللغة العربية طلب العروض وليس المناقصة²، وحسنا فعل المشرع عندما تظن واستبدل عبارة المناقصة بطلب العروض.

رجوعاً لأحكام المرسوم الرئاسي 247/15 نجد أن المشرع أولى أهمية كبيرة لأسلوب طلب العروض وخصص له كمّاً معتبراً من المواد، حيث جاءت المادة 39 مؤكدة أن هذا الأسلوب يشكل القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية بقولها: « تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة...»

وقد عرف المشرع أسلوب طلب العروض من خلال نص المادة 40 على أنه: «إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعاهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية»³
_ كما يمكن تعريف طلب العروض على أنه طريقة تلتزم الإدارة بمقتضاه اختيار أفضل من يتعاقدون معها⁴

_ كما يعرف بأنه الطريقة التي تلجأ إليها الإدارة العامة في إبرام عقودها الإدارية حيث تلجأ الإدارة لاختيار المتعاقد من أجل تدخل الغير لسد احتياجاتها في مجال معين كما تعد بمثابة دعوى للمنافسة، ومن الممكن أن تخص متعهدين وطنيين فتكون وطنية أو قد تخص متعهدين دوليين إلى جانب الوطنيين فتكون دولية.⁵

_ ويعرف أيضاً بأنه طريق للتعاقد يقوم على المنافسة، تسعى الإدارة بمقتضاه إلى الحصول على أداء معين بأقل مقابل تتحمله الإدارة دون المساس بجودة الأداء

¹- الأمر 90/67، المؤرخ في 17 يونيو 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 52.

²- ناصر لباد، قانون إداري، نشاط إداري، ج 02، ط 01، الناشر لباد، الجزائر، 2004، ص 434.

³- أنظر المادة 40 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره، ص 12.

⁴- د. سليمان محمد الطماوي، العقود الإدارية، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995، ص 23.

⁵- د. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 28، 29.

ومواعيده. وتلتزم الإدارة باختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل عطاء من حيث الشروط المالية والفنية.¹

_ كما يمكننا تعريف طلب العروض أنه عبارة عن إجراء تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة بعد قيامها بالإشهار الصحفي، لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية من بين العروض المقدمة لها، كما يضمن هذا الإجراء السير الحسن للمال العام وإتاحة المنافسة على مستوى واسع من أجل الحصول على الصفقة، كما يكرس مبدأ المساواة بين المترشحين.

الفرع الثاني: أشكال طلب العروض

لما كان للصفقات العمومية وثيق الصلة بالخزينة العامة والمال العام من جهة وبمخططات التنمية من جهة أخرى وجب حينئذ تحديد طرق خاصة، وإلزام جهة الإدارة إن هي رغبت في التعاقد بإتباع هذه الطرق²، وإن تنوع طلب العروض يعتبر وسيلة لتحقيق الانسجام والتوفيق بين مقتضيات واعتبارات تقييد حرية الإدارة في اختيار الطرف المتعاقد معها، وبين ما يتطلبه العمل الإداري، وقد حددت المادة 42 أشكال طلب العروض بشكل واضح وصريح.³

أولاً: طلب العروض المفتوح

عبارة عن إجراء يكفل لكل شخص تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في الإعلان عن طلب العروض والتي تم وضعها من طرف المصلحة المتعاقدة

¹ - د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 149.

² - أ.د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط2، جسر للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2009 ص 89.

³ - أنظر المادة 42 من المرسوم الرئاسي 247/15، التي تنص على ما يلي: « يمكن أن يكون طلب العروض وطنياً و/أو دولياً، ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية:

- طلب العروض المفتوح.
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.
- طلب العروض المحدودة.
- المسابقة.»

فبمجرد توافر هذه الشروط يصبح مؤهلاً ويستطيع أن يقدم تعهداً دون أن يكون هناك أي انتقاء أولي¹، وليس مقيد بشرط ودون أن تكون هناك شروط دنيا أو قصوى.

ثانياً: طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا²

تدعو هنا الإدارة عدد محدد من الأفراد أو الشركات، موردين، فنيين وخبراء أو مقاولين على أن تتوفر فيهم شروط الكفاءة المهنية والمالية وحسن السيرة³. وفي هذا الشكل نجد أن المشرع اعترف للمصلحة المتعاقدة بشيء من الحرية وذلك من خلال الاعتراف لها بوضع بعض الشروط قبل الإعلان عن طلب العروض "قبل إطلاق الإجراء"، كما اشترط المشرع أن تكون هذه الشروط متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع.

وتحرص المصلحة المتعاقدة من خلال هذا النوع من طلب العروض الموازنة بين القدرات التقنية والمالية وصيغة تنفيذ الصفقة، ولا تقتصر على المالية فقط. ويشترك هذا الشكل مع طلب العروض المفتوح أنه لا يوجد انتقاء أولي للمترشحين⁴

ثالثاً: طلب العروض المحدود.

يتمثل هذا الشكل من طلب العروض في انتقاء أولي تقوم به المصلحة المتعاقدة من خلال تنافس بين مجموع المرشحين، وبعد اختيار وانتقاء عدد منهم والذي حدد المشرع عددهم بـ 5 أشخاص⁵، يرخص لهم دون سواهم بتقديم تعهداتهم للتعاقد بالنهاية مع واحد منهم⁶.

وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى الانتقاء الأولي عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو العمليات المعقدة وذات الأهمية الخاصة والمتميزة.

¹ - أنظر المادة 43 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره، ص 12.

² - أنظر الملحق رقم 05.

³ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، د ط، الدار الجامعية للطباعة والنشر، د. ب. ن، 2000، ص 63.

⁴ - أنظر المادة 44 من المرسوم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره ص 12.

⁵ - أنظر المادة 45 من نفس المرسوم، ص 12.

⁶ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 31، 32.

كما أتاح المشرع للمصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المسجلين في قائمة مفتوحة تعدها مسبقاً، على أساس انتقاء أولي بمناسبة إنجاز عمليات أو هندسة حركية أو ذات أهمية عامة و/أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري، وهنا يجب على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بتحديد الانتقاء الأولي كل 3 سنوات وهو ما نصت عليه المادة 45 في فقرتها 07، من تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015، وقد يكون طلب العروض المحدود إما مرحلة أو مرحلتين¹.

وتجدر الإشارة أن الاستشارة الانتقائية لم يتم النص عليها في الأمر 90/67 بل تبناها المشرع ابتداء من صدور المرسوم 145/82، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي في نص المادة 32 منه.

رابعاً: المسابقة

ابتداء من الأمر 90/67 إلى غاية المرسوم الرئاسي 247/15 لم يغفل المشرع نظام المسابقة، بل أكثر من ذلك قام المشرع بإعطاء تعريف لهذا الشكل في جميع تنظيمات الصفقات العمومية²، نذكر منها تعريف المادة 47 من المرسوم الرئاسي 247/15 حيث اعتبر لمشرع المسابقة أنها: « إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة. » كما ذكر المشرع بعض المجالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة لهذا الإجراء من بينها: تهيئة الأقليم والتعمير، الهندسة المعمارية أو معالجة المعلومات وهاته المجالات مذكورة على سبيل المثال لا الحصر.

¹ - للتفصيل أكثر بخصوص مراحل الإستشارة الانتقائية راجع عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط3 المرجع السابق، ص130 وما بعدها.

² - المسابقة نصت عليها المادة 34 من المرسوم 145/82، المؤرخ في 10/04/1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد15، المؤرخة في 13 أبريل 1982، حيث نصت على أنها: « إجراء يجعل رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على مظاهر تقنية واقتصادية وجمالية أو فنية خاصة. » وهو ذات التعريف في المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد57، المؤرخة في 10 نوفمبر 1991، في نص المادة 30 كما نصت عليها المادة 28 من المرسوم الرئاسي 250/02، المؤرخ في 24 يوليو 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد52، المؤرخة في 28 يوليو 2002، والتي تنص على أن: « المسابقة إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية واقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة. »

وحسب نص المادة 148¹، المسابقة قد تكون محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا.²

الفرع الثالث: إجراءات إبرام الصفقة وفقا لأسلوب طلب العروض.

إن إبرام الصفقات العمومية تفرض الاستجابة للأهداف المسطرة مسبقا والتي تدور أغلبها حول التسيير الجيد للأموال العمومية كذلك من أهدافها تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة والمحافظة على توازن مصالح الطرفين، ولتحقيق هذه الأهداف يجب على الإدارة إتباع مجموعة من الإجراءات الشكلية المعقدة. وهذه الإجراءات تمر ب3 مراحل:

- مرحلة الدعوى للمنافسة وتقديم العروض.
- مرحلة الدراسة والتقييم.
- مرحلة اعتماد وإرساء الصفقة.

أولاً: مرحلة الدعوى للمنافسة وتقديم العروض.

وهو أول إجراء تنقيد به المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقات العمومية، ويجب على هذه الأخيرة أن تراعي المبادئ الأساسية لإبرام الصفقة والمتمثلة في:

- **مبدأ المساواة:** إن مبدأ المساواة له علاقة وطيدة بمبدأ المنافسة فعن طريق تطبيق مبدأ المنافسة يتحقق مبدأ المساواة بين المترشحين ، فالمساواة أمام المرفق العام تقصي كل تفضيل في إسناد الصفقة و بالتالي يمكن اعتبارها مصدر المنافسة لذلك فاحترام المنافسة يؤدي إلى إلزامية المعاملة المتماثلة لكل المعنيين، فالمساواة إذا هي في نفس الوقت أساس المنافسة ووسيلة لخدمتها.³

• **مبدأ الشفافية:** لا شك أن توافر عامل الشفافية في منح الصفقة العامة يعد

¹ من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره ص13.

² أنظر الملحق رقم 06.

³ حميدة أحمد سرير، (الصفقات العمومية وطرق إبرامها)، ملتقى الصفقات العمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بجاية، 2013، ص9.

من أهم الأسس التي ينبغي للمشرع مراعاتها عند وضع نظام الصفقات العمومية ذلك أن الشفافية هي أساس المنافسة بين المتعاملين التي تؤدي بدورها إلى الحصول على أحسن العروض من حيث الجودة والتكلفة.¹ وهذا ما أكدته المادة 09 من قانون مكافحة الفساد، حيث نصت: « يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية الشريفة وعلى معايير موضوعية»²

• **مبدأ المنافسة:** تعتبر حرية المنافسة فتح للمجال أمام كل شخص طبيعي أو معنوي والذين تتوفر فيهم الشروط القانونية المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام الهيئة القانونية المؤهلة لإبرام الصفقات العمومية.³

الأصل العام أنه لا يجوز للإدارة أن تبعد أياً من الراغبين في التعاقد، إلا أنه يمكنها أن تقوم بحرمان شخص معين من دخول الصفقة استناداً إلى نص قانوني.⁴

• **مبدأ العلنية:** وهو من أهم المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية يتعين على المصلحة المتعاقدة الالتزام بمبدأ العلنية في جميع مراحل إبرام الصفقة، وهو إجراء ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة.⁵

وهذه المبادئ لضمان النجاعة في الطلبات العمومية والاستعمال الأمثل للمال العام.⁶

¹ عبد الحكيم حططاش، هند زيتوني، (مدى ملاءمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برامج الاستثمارات العامة للفترة 2001-2014)، أبحاث المؤتمر الدولي، تقييم آثار الاستثمارات العامة وانعكاساتها على التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2014، 12/11 مارس 2013، مدارس الدكتوراه، جامعة سطيف ص10.

² قانون رقم 03/06، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14.

³ صابرينة بن أعمارة، (حوكمة الصفقات العمومية في إطار الاستراتيجية الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 09، معهد الحقوق الجزائر، سبتمبر 2015، ص139.

⁴ عبد الحكيم حططاش، هند زيتوني، المقال السابق، ص12.

⁵ نادية تياب، (تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية حماية للمال العام)، ملتقى الصفقات العمومية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013، ص13.

⁶ أنظر المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره، التي تنص على أنه: « لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم ».

أ) الإعلان عن المنافسة:

الإعلان عن الصفقة هو إجراء ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة لأن الراغب في التعاقد قد لا يعلم بحاجة الإدارة إلا عن طريق الإعلان.¹ فإعلان الإدارة عن رغبتها بالتعاقد شرط ضروري لضمان فرص متساوية للراغبين بالتعاقد تتيح لهم تقدير كلفة المشروع موضوع العقد ونوع الخدمات المراد تقديمها وشروطها.² ولا يكون ذلك إلا عن طريق الإشهار الصحفي وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15، والتي جاءت بصيغة الإلزام.³ يتم نشر الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي BOMOP المحدثة بموجب مرسوم رقم 116/84،⁴ ويتم الأمر عمليا عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار ANEP المكلفة بعملية النشر في الصحف الوطنية، وذلك بصفة وجوبية.⁵

يجب أن يحرر هذا الإعلان باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة، وينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وفي جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني⁶، إلا أن الإعلان عن طريق الإشهار الصحفي لم يعد الطريقة الوحيدة المستعملة في إعلام المتنافسين عن وجود الصفقة العمومية، فقد شهدت وسائل الإعلان تطورا كبيرا وأصبحت الوسائل الإلكترونية الحديثة وفي مقدمتها

¹ عبد الغني عبد الله بسيوني، القانون الإداري، د ط، دار الجامعة الجديدة، لبنان، 1993، ص17.

² فريد كركادن، (طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري -) ملتقى الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013، ص04.

³ أنظر المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي تنص على أنه: " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية:

طلب العروض المفتوح، طلب العروض المقترح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، التراضي بعد الاستشارة، عند الاقتضاء."

⁴ المرسوم رقم 116/84، المؤرخ في 12 مايو 1984، المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد 20.

⁵ نادية تياب، المذكرة السابقة، ص64.

⁶ أنظر المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره، ص17. أما عن البيانات اللازمة في الإعلان فقد نصت عليها المادة 62، من نفس المرسوم، ص17.

الانترنت والتي تلعب دورا لا يستهان به،¹ حيث أدرج المشرع الجزائري وسيلة الإعلان الإلكتروني ضمن المواد 203 وما بعدها من تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015، كما أدرج إمكانية الرد بنفس الوسيلة.

رغم صدور النص القانوني المتضمن إنشاء بوابة إلكترونية للصفقات العمومية في الجزائر سنة 2010، إلا أن طريقة نشر الصفقات العمومية مازالت تنشر بطرق بدائية جدا، واقع الحال يدل على مدى التأخر والتخلف الذي تعرفه الجزائر في مجال استعمال الأنترنت في الإدارة بصفة عامة وإدارة الصفقات العمومية بصفة خاصة وذلك مقارنة ببقية الدول التي تخطت خطوات عملاقة في هذا المضمار،² ويمكن أن يكون الإعلان عن طلب عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها محل إشهار صحفي محلي.³

ب) إيداع العروض:

بعد إعلان الإدارة عن الصفقة في مختلف الوسائل القانونية التي اشترط المشرع ضرورة الإعلان فيها، يأتي إجراء آخر يتمثل في إيداع المتنافسين الراغبين في الحصول على الصفقة بإيداع عروضهم.

في هذه المرحلة تتاح الفرصة أمام المتنافسين في إيداع عروضهم لدى جهة الإدارة المتعاقدة وكحماية للمنافسة بين العارضين أوجب التنظيم أن يكون الإيداع في مكان واحد وفي مجال زمني موحد، بالإضافة إلى إحاطة مضمون العروض بالسرية وعدم جواز الاطلاع عليها من قبل الغير حتى الميعاد المقرر للتقييم، وذلك بفرض إيداع العروض في ظرف عادي مغلق لا يدل على اسم صاحبه.⁴

¹ زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011-2012، ص 47.

² عبد الحكيم حططاش، هند زيتوني، المقال السابق، ص 13.

³ للاطلاع على كيفية هذا الإعلان أنظر المادة 65، من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، السابق ذكره، ص 17.

⁴ أ. علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، د ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 301.

يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تضع تحت تصرف المتعهدين جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة.¹

وينبغي تقديم العروض خلال المدة التي حددتها المصلحة المتعاقدة، والذي تحدده تبعاً لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة وغيرها.²

وكإشارة فقط فقد نصت المادة 66 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في فقرتها ما قبل الأخيرة على أنه: " يوافق تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح أظرفة العروض التقنية والمالية، آخر يوم من أجل تحضير العروض..."، هذا فيه جانب سلبي فهو لا يخدم المتعاهدين المترشحين، فكان يجدر بالمشروع أن يكون فتح الأظرفة في اليوم الموالي لإيداع العروض.

ج) محتوى العروض:

حسب الفقرة الأولى من المادة 67 من المرسوم الرئاسي 247/15 فإنه يحتوي على: ملف الترشيح، العرض التقني، والعرض المالي.

يوضع ملف الترشيح والعرض التقني والعرض المالي في أظرفة منفصلة ومقفلة بإحكام يبين كل منها تسمية المؤسسة، ومرجع طلب العروض وموضوعه، وتتضمن عبارة "ملف الترشيح" أو " عرض تقني" أو " عرض مالي" حسب الحالة. وتوضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام ويحمل عبارة " لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض - طلب العروض رقم...- موضوع طلب العروض".³

ثانياً: مرحلة الدراسة والتقييم.

بعد أن تنتضي مدة إيداع العروض يأتي دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض والمحدثة على مستوى كل مصلحة متعاقدة.

خلال هذه المرحلة تقوم المصلحة المتعاقدة بفحص دقيق للعطاءات المقدمة للتأكد من مطابقتها للشروط المعلن عنها، وهذا من خلال لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

¹ - للتفصيل أنظر المادة 64 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره، ص17.

² - أنظر المادة 66 من نفس المرسوم، ص18.

³ - أما عن محتوى ملف الترشيح والعرض التقني والعرض المالي فقد حددته المادة 67 من نفس المرسوم، ص18.

التي تنشؤها المصلحة المتعاقدة¹ طبقا للمادة 160 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي تنص: « تحدث المصلحة المتعاقدة، في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية عند الاقتضاء، تدعى في صلب النص " لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض"، وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون لكفاءتهم² »

وتجدر الإشارة إلى أن إحداث مثل هذه اللجنة لا يكون إلا في الصيغ التي يكون فيها التنافس بين عدة متعهدين، وتتعدم هذه اللجنة في صيغة التراضي البسيط، باعتبار أن المتعامل المتعاقد هو شخص وحيد معلوم لدى الإدارة مسبقا.³ تختص هذه اللجنة في مرحلة الفتح بما يلي:

- تثبت صحة تسجيل العروض.
- تعد قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم أو عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.
- تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض.
- توقع بالحروف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال.
- تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.
- تدعو المرشحين أو المتعهدين، عند الاقتضاء، كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة، إلى استكمال عروضهم التقنية، تحت طائلة رفض عروضهم، بالوثائق

¹ - علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2003-2004، ص 53.

² - أنظر المادة 162 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره، ص 39.

³ - رياض لوز، المذكرة السابقة، ص 78.

الناقصة أو غير الكاملة المطلوبة، باستثناء المذكرة التقنية التبريرية، في أجل أقصاه 10 أيام ابتداء من تاريخ فتح الأظرفة، ومهما يكن من أمر، تستثنى من طلب الاستكمال كل الوثائق الصادرة من المتعهد والمتعلقة بتقييم العروض.

- تقترح على المصلحة المتعاقدة، عند الاقتضاء إعلان عدم جدوى الاجراء، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من تنظيم الصفقات لسنة 2015.

- ترجع عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين. هنا ترجع أظرفة الأشخاص ممنوعين أو المقصين من المشاركة في هذه الصفقة (القائمة السوداء).¹

وتجدر الإشارة إلى أنه في مرحلة الفتح لا يحق للمصلحة المتعاقدة استبعاد أي مترشح. وبعد ذلك تقوم اللجنة بتقييم العروض وهو ما نصت عليه المادة 72 من نفس المرسوم وذلك من خلال مرحلتين:

(1) الترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

(2) دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين أهلوا تقنيا. ويتم إختيار العرض الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية، حسب دفتر الشروط، الأقل ثمنا من بين العروض المالية للمرشحين المختارين (معيار السعر فقط)، الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية (عدة معايير من بينها معيار السعر)، الذي تحصل على أقل نقطة استنادا إلى ترجيح عدة معايير (من بينها معيار السعر).²

هذا ويعتبر دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تتويجا للرقابة القبلية، فعند إتمام عملها تقدم اقتراحاتها للمصلحة المتعاقدة، ذلك أن اختصاصها مقيد بتحديد أصلح العروض³، ذلك أن المصلحة المتعاقدة " تلتزم قانونا باختيار من يقدم أفضل الشروط

¹ - أنظر المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره، ص ص 20، 21.

² - شوقي حوحو، (إجراءات إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية _ أشغال انجاز _)، ملتقى حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يوم 17 ديسمبر 2015، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 16.

³ - أنظر الملحق رقم 07.

المالية أو الفنية للتعاقد معه، من خلال إصدار قرار المنح المؤقت للصفقة، لصالح المتعهد المقترح عليها¹.

ويمكن لهذه اللجنة أن تعلن عن عدم الجدوى في الحالات التي حددتها المادة 40 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وهي:

- عدم استلام أي عرض.

- عدم وجود أي عرض مطابق بعد عملية التقييم.

- عدم ضمان تمويل الحاجات.

ويمكن القول أن المشرع قيد حرية المصلحة المتعاقدة بإحداثه لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في إطار ما يعرف بالرقابة الداخلية على عملية إبرام الصفقات العمومية وهذا حرصاً منه على مطابقة الصفقات المبرمة للتشريع والتنظيم المعمول بهما بالإضافة إلى أن اللجنة مقيدة الاختصاص بالنصوص القانونية المحددة لمهامها، بما فيه ضمانات للعارض المتعهد بحيث تتم عملية فتح الأظرفة ثم دراستها و تحليلها و كذا انتقاؤها في جو من الشفافية و الحياد علاوة على ذلك فإن قراراتها خاضعة لرقابة القضاء كضمان إضافي، وكل ذلك بهدف الوصول إلى أفضل عرض تحقيقاً لما يقتضيه الصالح العام الذي هو مناط كل عقد تبرمه الإدارة.²

ثالثاً: مرحلة اعتماد وارساء الصفقة.

بعد أن يتم تقييم العروض التقنية والمالية، تختار المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد وفقاً للشروط والمعايير المنصوص عليها في المادة 78³. وبعد ذلك يتم الإعلان عنه في صفة منح مؤقتة⁴، في نفس الجرائد التي أعلن فيها عن الصفقة⁵. ويتم منح 3

¹ - د. عمار عوادي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، طبعة 2002، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2002، ص 208.

² - إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 39.

³ - أنظر المادة 78 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السابق ذكره، ص 22.

⁴ - أنظر الملحق رقم 08.

⁵ - وهذا تجسيدا لمبدأي العلنية والشفافية، اللذان يعتبران مبدئين هامين في الصفقات العمومية وهذا لمنع التلاعب بالمال العام، وضمان استخدامه الأمثل.

أيام كاملة المتعاملين الذين لم ترسوا عليهم الصفقة أن يطلعوا على كيفية تقييم عروضهم وكذلك تذكر آجال الطعون وغيرها¹، وهذا ما يعرف بمرحلة إرساء الصفقة.

وبعدها تعد المصلحة المتعاقدة بناء على دفتر الشروط ونتائج المسابقة مشروع الصفقة وكذلك المذكرة التحليلية وتقرير المدير، ثم ترسل مع مشروع الصفقة (المذكرة التحليلية، الإعلانات، محاضر التقييم والمنح، تقرير المدير، مقرر تسجيل العملية العروض، ملف التعهد) إلى لجنة الصفقات المختصة من أجل الدراسة والتأشيرة وتبدي لجنة الصفقات المختصة رأيها بالحالات التالية:

(1) الموافقة مع التأشيرة.

(2) الموافقة بتحفظات، حيث يلزم على المصلحة المتعاقدة إعادة التعديل ثم ترسل إلى اللجنة للتأشيرة.

(3) عدم الموافقة ورفض التأشيرة على الصفقة.

وهذا في أجل أقصاه 20 يوم ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة.² أما بالنسبة للجنة القطاعية فتقوم بمنح أو رفض التأشيرة في أجل أقصاه 45 يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة.³

وبالتالي تعتبر لجان الصفقات العمومية مركز اتخاذ القرار فيما يخص الصفقات الداخلة في اختصاصها وهذه التأشيرة هي المعبرة عن إرادة اللجنة والمتوجة لعملها، كما تعتبر أهم نقطة في عملية الرقابة القبلية على إبرام الصفقات العمومية.⁴

¹ - أنظر المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره، ص 23.

² - أنظر المادة 178 من نفس المرسوم، ص 42.

³ - أنظر المادة 189 من نفس المرسوم، ص 43.

⁴ - علاق عبد الوهاب، المذكرة السابقة، ص 49.

(1) التأشيرة الشاملة:

بعد دراسة الملف من طرف اللجنة ووجدت أنه كامل ويخضع لتنظيم الصفقات الساري المفعول وقد تم احترام كافة مراحل إبرام الصفقات فإنها تمنح التأشيرة.¹
إذا لم تصدر التأشيرة في الآجال المحددة، تخطر المصلحة المتعاقدة الرئيس الذي يجمع لجنة الصفقات المختصة في غضون 8 أيام الموالية لهذا الإعدار، ويجب عليها أن تثبت في الأمر حال إنعقاد الجلسة بالأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين.²

(2) منح التأشيرة بتحفظات:

إذا شاب الملف نقصان أو بعض الأخطاء، يتعين على اللجنة في هذه الحالة أن تمنح التأشيرة مرفقة بتحفظات، قد تكون موقفة، وقد تكون غير موقفة وفضلا عن ذلك يمكن للجنة تأجيل مشروع الصفقة لاستكمال المعلومات.³
التحفظات الموقفة: وذلك عندما يتعلق الأمر بموضوع مشروع دفتر الشروط أو الصفقة أو الملحق،⁴ فيتعين حينئذ على الأمانة العامة الدائمة للجنة الصفقات متابعة رفع هذه التحفظات بالاتصال مع المقرر المكلف بدراسة هذا الملف، ولا يمكن للصفقة أن تدخل حيز التنفيذ إلا بعد تصحيح العيب وإزالته.⁵
وتكون التحفظات غير موقفة: عندما تتصل بالشكل، وهنا يمكن للصفقة أن تدخل حيز التنفيذ مع إلزامية رفع التحفظات الشكلية بالتنسيق بين المسؤول المكلف بالأمانة الدائمة للجنة الصفقات وكذا العضو المقرر المكلف بملف الصفقة ذاتها.

¹ فاطمة الزهرة فرقان، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2007/2006 ص33.

² أنظر المادة 198 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره، ص45.

³ بشيرة بجاوي، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، مذكرة ماجستير، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2012/2011، ص81.

⁴ المادة 5/195 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره، ص44.

⁵ أنظر الملحق رقم09.

3) رفض التأشيرة:

طبقا للمادة 195 فقرة 2 و3 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات فإن الرفض يكون نتيجة لمخالفة التشريع والتنظيم المعمول بهما مهما كان مصدرها. أو مخالفة المبادئ¹ التي تحكم الصفقات العمومية، الرفض يجب أن يكون كتابيا ومعللا. إلا أن المشرع قد رخص لبعض الهيئات تجاوز مقرر اللجنة، ففي الرفض الأمر جوازي،² وهو مضبوط بجملة من الشروط ولعل أهمها:

الشرط الأول: أن يكون من الجهات المختصة والمحددة قانونا وهي: الوزير، مسؤول الهيئة العمومية المعني، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي. الشرط الثاني: أن يكون مقرر التجاوز بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة ويكون معللا ومسببا.

الشرط الثالث: إرسال نسخة من مقرر التجاوز إلى مجلس المحاسبة وإلى الوزير المكلف بالمالية وإلى لجنة الصفقات المعنية.³

الشرط الرابع: لا يمكن تجاوز مقرر اللجنة في حالة مخالفة التشريع.⁴

الشرط الخامس: لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز بعد أجل 90 يوما ابتداء من تاريخ تبليغ رفض التأشيرة.⁵

¹ - أنظر المادة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره، ص 05.

² - فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المعدل والمتمم)، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 124.

³ - طبقا لنص المادة 200 ف 05 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره، ص 45.

⁴ - طبقا للمادة 1/202، نفس المرسوم، ص 45.

⁵ - طبقا للمادة 2/202، نفس المرسوم، ص 45.

وللإشارة فإن تجاوز الإدارة المتعاقدة لتأشير لجنة الصفقات المختصة بمقرر التجاوز على الرغم من إحاطته بقيود من طرف المشرع، من شأنه المساس بمصادقية الرقابة الخارجية القبلية¹ على الصفقة.²

الصفقة لا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطات المذكورة في المادة 04 والمتمثلة في: مسؤول الهيئة العمومية، الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.³

المطلب الثاني: عن طريق أسلوب التراضي.

إذا كانت الإدارة تعقد حريتها في إبرام الصفقة وفي اختيار المتعاقد عند العمل بأسلوب طلب العروض نظرا للقيود الشكلية والإجرائية التي تلتزم بمراعاتها عند العمل به فإنها تستعيد تلك الحرية من خلال العمل بوسيلة أخرى أكثر مرونة⁴، وبأسلوب آخر استثنائي يعفيها من التقيد بشكليات وإجراءات طلب العروض والمتمثل في أسلوب التراضي.

الفرع الأول: تعريف أسلوب التراضي.

عرفه المشرع في نص المادة 42 في فقرتها الأولى⁵ من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بقوله: « التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة »

¹- أنظر الملحق رقم 10.

²- شقطي سهام، (الرقابة على الملحق في الصفقات العمومية في الجزائر)، ملتقى الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، 2013، ص 26.

³- المادة 04 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ونقويضات المرفق العام السابق ذكره، ص 05.

⁴- أ. عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية، فقهية وقضائية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2010، ص 104.

⁵- وهي مطابقة للمادة 23 من المرسوم التنفيذي 434/91، السابق ذكره، والمادة 22 من المرسوم الرئاسي 250/02 السابق ذكره، والمادة 27 من المرسوم الرئاسي 236/10، المؤرخ في 07 نوفمبر 2010، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58.

وبالتالي فالتراضي هو الطريق الاستثنائي لإبرام الصفقات العمومية حيث يتم تخصيص ومنح الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة على خلاف طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة في إبرام الصفقة.

• التعريف الفقهي:

هناك عدة محاولات فقهية لتعريف التراضي نذكر منها:

- التراضي هو أسلوب للتعاقد تتحرر فيه الإدارة من كل القيود المفروضة عليها في حالة إقدامها على التعاقد.¹

وقد عرفه الدكتور عمار بوضياف أن الإدارة بموجبه تتحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية لطلب العروض، ويمكنها مباشرة اختيار المتعاقد معها، دون التقيد بهذه الإجراءات، فالإدارة هنا تتمتع بحرية مطلقة خلافا للقاعدة العامة أين تفقد نسبياً هذه الحرية.²

وعرف التراضي على أنه وسيلة للتخفيف من الحرية المقيدة للإدارة في أسلوب طلب العروض التي تستوجب شكلية معقدة ومدة طويلة لا تتناسب مع بعض الظروف.³ وقد عرفه المشرع المصري بأنه طريق للتعاقد لا تلجأ إليه الإدارة إلا في حالات الاستعجال والتي تحول دون انتظار إجراءات المناقصة التي تتطلب وقتاً طويلاً لإتمامها مقارنة مع طريقة التراضي، أو قد تكون المناقصة مستحيلة من الناحية العملية كما لو كان التعاقد يتطلب الاستعانة باختراع تحتكره مؤسسة أو ملكية شخص معين.⁴

¹- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، د ط، طابع الولاء الحديث، القاهرة، 2005 ص162.

²- د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط2، المرجع السابق، ص113.

³- حمامة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2006، ص116.

⁴- د. محمد الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط3، مطبعة جامعة عين شمس، 1975 ص301.

الفرع الثاني: أشكال التراضي.

سبق البيان أن المظهر المميز لأسلوب التراضي أنه يعني الإدارة من الخضوع لإجراءات طويلة ومعقدة لاختيار المتعاقد معها¹، وبالرجوع لنص المادة 41 فقرة 01 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نجده يتخذ شكلين اثنين هما:

أولاً: التراضي البسيط.

(1) تعريفه:

عبارة عن إجراءات تجريها الإدارة مع من تختاره من المتعاملين، دون الحاجة إلى الحصول على عدد من العروض لاختيار الأفضل من بينها، ففي هذا النوع من التعاقد لا يكون _ من حيث المبدأ _ سوى عرض واحد، من متعامل واحد تختاره الإدارة في حالات محددة على سبيل الحصر.²

كما عرف على أنه صيغة تفاوضية موجهة إلى شخص بذاته، يوفر اللجوء إلى هذا الشكل بساطة في الإجراءات وربح للوقت.³

(2) حالاته:

بالرجوع لنص المادة 49⁴ نجد أن المشرع ذكر حالات اللجوء إلى التراضي البسيط⁵ على سبيل الحصر لا المثال بقوله: « تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط، وهي 6 حالات والمتمثلة في:

(1) عندما يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات ثقافية فنية.

¹- د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط2، المرجع السابق، ص115.

²- أ. عبد اللطيف قطيش، المرجع السابق، ص197.

³- النوي خرشي، سير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، د ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص165.

⁴- أنظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره، ص14.

⁵- وهي تقريبا نفس الحالات المقررة في المادة 43 من المرسوم الرئاسي 236/10، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، السابق ذكره، ص11.

(2) في حالة الاستعجال الملح المعلل بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، وقد اشترط المشرع هنا ألا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال وألا تكون هذه الأخيرة نتيجة مناورات من قبلها.

(3) في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجيات السكان الأساسية.

(4) عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا وفي هذه الحالة اشترط المشرع الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10.000.000.000 دج، أما إذا كان يقل عن هذا المبلغ فيشترط الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.

(5) عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية للإنتاج.

(6) عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حق حصري للقيام بمهمة الخدمة العمومية. «

ثانيا: التراضي بعد الاستشارة

1) تعريفه:

هو عملية استدعاء المصلحة المتعاقدة لمجموعة معينة من المتعاملين المتعاقدين المسجلين لديها، وتقوم باختيار أحدهم للتعاقد معها بعد استشارة مسبقة حول أوضاع السوق أو مقارنة العروض، والتي تتم بكل الطرق المكتوبة الملائمة ومن دون شكليات أخرى.

كما عرف على أنه أسلوب تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإبرام إحدى صفقاتها وذلك بإقامة المنافسة بين عدة مترشحين مدعويين خصيصا فتقوم بعرض موضوع الصفقة المزمع إبرامها بواسطة الوسائل المكتوبة المختلفة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية والمعتمدة في طلب العروض.¹

ويعرف أيضا على أنه الإجراء الذي يسمح بإبرام صفقة بموجب استشارة بسيطة محدودة بواسطة وسائل مكتوبة مخصصة ومهيأة لذلك دون الشكليات الأخرى.²

¹ -نادية تياب، المذكرة السابقة، ص111.

² -إسماعيل بحري، المذكرة السابقة، ص23.

أما الأهداف التي تحققها الاستشارة في طريقة التراضي فإنها يمكن للمصلحة المتعاقدة التأكد من القدرات التقنية والتجارية والمالية للأطراف المدعوة، بما يضمن لها حسن تنفيذ الصفقة، خاصة إذا تعلق الأمر بالمتعاملين الأجانب، وقد أجاز لها المشرع أن تسلك السبل القانونية للتأكد من قدراتهم وذلك بالاستعانة بالبطاقات الموجودة على مستوى كل مصلحة متعاقدة.¹

ويختلف التراضي بعد الاستشارة عن التراضي البسيط عن كونه يضمن قدرا ولو قليلا من المنافسة التي تنعدم نهائيا في التراضي البسيط، فهذا الأخير يتم بالتفاوض مع شخص بعينه دون غيره، فإن التفاوض بعنوان التراضي بعد الاستشارة يكون مع مجموعة من الأشخاص.

(2) حالات التراضي بعد الاستشارة.

حدد المشرع الجزائري حالات التراضي بعد الاستشارة بصفة حصرية في نص المادة 51 من المرسوم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتتمثل في:

- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.²
- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض، وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.
- في حالة الصفقات التي تم صدور قرار المنح بشأنها، لكن لسبب من الأسباب كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم وأجال طلب عروض جديد.

¹ - نادية تياب، المذكرة السابقة، ص 111.

² - بالرجوع لنص المادة 44 من المرسوم الرئاسي 236/10 نجد هذه الحالة تقابلها الحالة: "عندما يتضح أن الدعوة للمنافسة غير جدية". وتجدر الإشارة أن عدم جدوى الدعوى للمنافسة مصطلح يصح في المرسوم الرئاسي 145/82 لاعتماده طريقة الدعوى للمنافسة في إبرام الصفقات العمومية، ولا يتمشى مع المراسيم التي جاءت بعد هذا المرسوم، وحسنا فعل المشرع أن تدارك وقام بتصحيح هذه العبارة في المرسوم الرئاسي 247/15.

• في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة: استحدثت هذه الحالة في المرسوم الرئاسي 338/08¹، وتم الإبقاء عليها في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، تتعلق بالأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية ومنها السيادية في الدولة.

إن اعتبار هذه الحالة من حالات التراضي بعد الاستشارة كان مقصودا من المشرع لتعلقها بالعمليات المتميزة بالدقة والسرية إذ تخص الأمن، الدفاع الوطني...، فهذا النوع من الصفقات يكتفه الطابع السري الذي يتنافى وعملية الإعلان المعروف في طلب العروض.

• وتضاف حالات أخرى للتراضي بعد الاستشارة جاء تنظيمها أيضا في المرسوم الرئاسي 338/08 وأعيد تنظيمها في المرسوم الرئاسي رقم 236/10²، وكذا المرسوم الرئاسي رقم 23/12، تتعلق بالعمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الإمتيازية.

• كما أصبح التراضي بعد الاستشارة سببا لتخليص الدولة من ديونها، وذلك بتحويل تلك الديون إلى مشاريع تنموية³، كما يمكن منح الصفقة بالتراضي بعد الاستشارة بناء على هبة لتقتصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط بالنسبة للحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

¹ أنظر المادة 09 المطة 05 من المرسوم الرئاسي 338/08، المؤرخ في 9 نوفمبر 2008، المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي 250/02، ج ر عدد 62، المعدلة والمتممة لأحكام المادة 38 من المرسوم الرئاسي 250/02 ص07.

² المرسوم الرئاسي 236/10، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، السابق ذكره.

³ تجسيدا لذلك تم اتفاق بين الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الإيطالية وتمت المصادقة على هذا الاتفاق بمرسوم رئاسي 427/11، مؤرخ في 11 ديسمبر 2011، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية المتعلقة بكيفيات تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنمية الموقع في الجزائر بتاريخ 12 يوليو سنة 2011، وقد تضمن هذا المرسوم مادتين لا غير، ج ر عدد (68) بتاريخ 14 ديسمبر 2011.

ما يعاب على المشرع أنه لم يحدد طبيعة المؤسسات والعمليات السابقة مما يؤدي لا محالة إلى توسيع مجال أعمال هذا النوع من التراضي، فما الفائدة إذا من تحديد حالات التراضي بعد الاستشارة.¹

الفرع الثالث: إجراءات إبرام الصفقة وفقا لأسلوب التراضي.

إن أسلوب التراضي يعفي الإدارة من حيث الأصل من أهم قيد من قيود التعاقد ألا وهو قيد الإعلان أو الإشهار، ولا يعفيها كلياً من القيود الشكلية، بل قد يلقي على عاتقها إتباع إجراءات شكلية بسيطة. فإذا كنا أمام مشروع ذي أولوية وطنية موضوع الفقرة 4 من المادة 49²، فرغم أن الأمر يتعلق بحالة تراضي بسيط، إلا أن الإدارة تلزم باتباع إجراءات استصدار الرخصة من مجلس الوزراء.

ويقتضي أسلوب التراضي بعد الاستشارة خاصة دخول الإدارة في بعض الحالات في مرحلة مفاوضات مع أكثر من عارض حتى تبرر اختيارها عند ممارسة الرقابة وهذا بإسناد الصفقة للمتعامل الأقدر مع مراعاة المعيار المالي.

ومن الجدير الإشارة أن حالات التراضي وإن قسمت إلى قسمين، إلا أن حرية الإدارة المتعاقدة في اختيار المتعاقد معها لا نجدها على سقف واحد، فالإدارة مقيدة بإجراء الاستشارة في التراضي بعد الاستشارة، فتوجه خطابها الرسمي لمجموعة متعاملين وتدعوهم لتقييم عروضهم والمشاركة في منافسة يمكن أن تطلق عليها أنها ضيقة النطاق وتحفظ مجموع مراسلات الإدارة في ملف الصفقة، بينما في النوع الآخر للتراضي فالمصلحة المتعاقدة غير ملزمة بإتباع شكليات حتى ولو كانت بسيطة.

إن من نقاط قوة تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015 أنه لم يقصر المنح المؤقت على أسلوب طلب العروض، بل مده أيضاً لأسلوب التراضي بعد الاستشارة فطالما كنا أمام منافسة ضيقة النطاق وجب ضمان حقوق المتعاقدين المتعاهدين

¹ - نادية تياب، المذكرة السابقة، ص115.

² - أنظر المادة 49 ف01 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره، ص14.

وتمكينهم من ممارسة حق الطعن وحتى يتحقق ذلك على الإدارة المعنية أولاً نشر إعلان المنح المؤقت¹. وهو ما نصت عليه الفقرة 6 من المادة 52²، أما إذا كانت نوع الخدمات التي تنفذ في الخارج أو تلك التي تكتسي طابعاً سرياً، فهنا المصلحة المتعاقدة تقوم بمراسلة المتعاملين الاقتصاديين الذين قامت باستشارتهم، وبالتالي في هذه الحالة يعوض الإعلان عن المنح المؤقت بالمراسلة.

ومن خلال ما سبق عرضه فإن اختيار المصلحة المتعاقدة للمتعاقد بواسطة أسلوب التراضي يتيح لهذا إنجاز المشاريع في وقت قصير مقارنة بأسلوب طلب العروض لما يمتاز به من السرعة والبساطة في كيفية الإبرام. لكن ما يؤخذ على أعمال هذا الأسلوب في التعاقد ما يلي:

1 | الحد كثيراً من المنافسة لا سيما في التراضي البسيط وهو ما يحرم الإدارة من المقارنة بين العروض وبالتالي اختيار أفضلها.

2 | غياب ضوابط تحدد طريقة الإبرام وفقاً لهذا الأسلوب مما يؤدي إلى اختيار المتعامل المتعاقد بناء على أسس ذاتية واعتبارات شخصية وهو ما يفتح باب التحايل والتلاعب في عملية التعاقد.

3 | تضيق مساحة الرقابة القبلية على صفقات المصلحة المتعاقدة بالاعتماد على أسلوب التراضي.³

¹- د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط3، المرجع السابق، ص197.

²- أنظر المادة 52 ف 06 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره، ص15.

³- إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص24.

خلاصة الفصل الأول:

تنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي: « تبرم الصفقة العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي »
وتبعا لذلك فإن إبرام الصفقات العمومية لا يتم إلا بإحدى الطريقتين: إما بإجراء طلب العروض والذي يعد القاعدة العامة أو بإجراء التراضي الذي يعد استثناء مع الإشارة هنا أن هذين الإجراءين لا يخصان إلا الصفقات التي يفوق مبلغها 12 مليون دينار جزائري، بالنسبة لصفقات الأشغال واقتناء اللوازم ومبلغ 6 ملايين دينار جزائري بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات.

والميزة الأساسية لطلب العروض هو اعتماده على "الإشهار" الإعلان الذي يعد إجراء إلزاميا، كما أنه بموجبه يتم تخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقدم أفضل عرض.
ولقد نصت المادة 78 من المرسوم الرئاسي 247/15 على جملة من المعايير من أجل إختيار المتعامل المتعاقد، بالإضافة إلى أنه بإمكان المصلحة المتعاقدة أن تأخذ بعين الإعتبار معايير أخرى تتناسب وطبيعة الصفقة المراد إبرامها شرط إدراجها في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة.

وفي سبيل تجسيد هذه المعايير، تعمل المصلحة المتعاقدة قبل الدعوة إلى المنافسة على تحديد الحاجيات، وتحضير دفتر الشروط الذي يحتوي على جميع المعلومات المتعلقة بالصفقة، من حيث موضوعها وطبيعة الأشغال أو الخدمات المراد إنجازها وكيفية إبرامها والتعليمات الموجهة للمترشحين.

فتقوم بدراسة كافة العروض التي يتقدم بها المتعهدون، وتكوّن لنفسها فكرة عن المتعهد الأقدر والأنسب لتنفيذ الصفقة، من حيث الإمكانيات المادية والبشرية التي يقترحها والضمانات التي يقدمها، كما يجب على المصلحة المتعاقدة الأخذ بعين الاعتبار سيرة المتعامل المتعاقد وخبرته في إنجاز المشاريع والخدمات المراد القيام بها، وذلك من خلال شهادة التأهيل التي يقدمها، وكذا من خلال معاملاته السابقة معها أو مع مصالح متعاقدة أخرى، لتقدير مدى جديته واحترامه لمقاييس ومدة إنجاز هذه الصفقات كما يجب النص على كل ذلك في دفتر الشروط المعد من قبلها.

غير أنه وأمام هذه الحرية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد نجد المشرع قد قيد هذه الحرية من خلال نصه في المادة 60 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بتبرير اختيارها عند كل رقابة تمارسها أية سلطة مختصة وتبرير عملية الاختيار يتم عمليا عن طريق إعداد المصلحة المتعاقدة لملف كامل يخص الصفقة بجميع الإجراءات المتخذة بشأنها من يوم الإعلان عنها إلى غاية المنح المؤقت وترفقه بوثيقة تسمى بطاقة التقديم "fiche de présentation"¹ تتضمن ملخص عن كل الإجراءات التي سبقت المنح المؤقت، وتبرر من خلالها عملية الاختيار بعد ترتيب المترشحين كل حسب إمكانياته وعدد النقاط المحصل عليها، ويرسل هذا الملف إلى اللجنة المختصة من أجل التأشير عليه.

وتكريسا لمبدأ الشفافية في مجال الصفقات العمومية أقر المشرع الجزائري الحق في الطعن في المنح المؤقت لصفقة مبينا الإجراءات والمهل التي يجب مراعاتها في إيداع الطعن وفي رد السلطة المختصة عليه، وذلك من خلال نص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15.

¹ - أنظر الملحق رقم 11.

الفصل الثاني: سلطات المصلحة المتعاقدة

أثناء تنفيذ الصفقة.

المبحث الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة

ذات الطابع الفني.

المبحث الثاني: سلطات المصلحة المتعاقدة

ذات الطابع الجزائي.

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات واسعة اتجاه المتعامل المتعاقد معها، وبمركز تعاقدى أسمى لا نجده في عقود القانون الخاص، رغبة في تحقيق المصلحة العامة وحفاظا على سير المرافق العمومية، وهذه السلطات هي عبارة عن وسائل قانونية تملكها المصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ الصفقة العمومية وتجسيدها على أرض الواقع. ومن هذا المنطلق يحق للمصلحة المتعاقدة متابعة مراحل تنفيذ الصفقة العمومية من خلال سلطة الرقابة التي يباشرها مهندسوها، لضمان سير تنفيذها على النحو المتفق عليه، كما يمكنها أن تتدخل بهدف متابعة التنفيذ من خلال سلطاتها في تعديل شروط الصفقة، "مبحث أول".

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

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

فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن توقع جزاءات مؤقتة - لا تنهي الصفقة - منها ماهي ذات طابع مالي لتغطية الضرر الذي لحقها، كما يمكن أن تصل هذه الجزاءات إلى حد استعمال الاكراه والضغط بهدف إجباره وإرغامه على الوفاء بالتزاماته، غير أنه في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته إخلالا جسيما، تستطيع المصلحة المتعاقدة تسليط جزاءات فاسخة لها أن تنهي الرابطة التعاقدية بصفة نهائية.

المبحث الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة ذات الطابع الفني.

تساهم المصلحة المتعاقدة من خلال سلطتي الرقابة "مطلب أول" والتعديل "مطلب ثان" في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية، فهي تسعى دائما إلى إيجاد الطرق والأوضاع التي تكفل حسن تنفيذ تلك الصفقة فقد تتدخل لكي تفرض على المتعاقد أوضاعا أو طرق للتنفيذ غير منصوص عليها أساسا في الصفقة، كما قد تتدخل في مسألة نظمها الصفقة تحقيقا للغرض الذي أبرمت من أجله وحرصا على تفادي أي خلل من شأنه أن يعيق سير تنفيذها.

المطلب الأول: سلطة الرقابة.

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقات التي تبرمها، بحق الرقابة وبحق إصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لهذا التنفيذ. فتنحصر سلطة الرقابة التي تباشرها المصلحة المتعاقدة في صورتين، فقد يقصد بها المعنى الضيق الذي يكون مرادفا لحق الإشراف "الفرع الأول"، كما يمكن أن تتجاوز سلطة الرقابة معناها الضيق فلا تقتصر على مجرد الإشراف على التنفيذ، وإنما تتعدى ذلك إلى توجيه أعمال التنفيذ "الفرع الثاني".

الفرع الأول: سلطة الإشراف.

ويقصد بهذه السلطة: حق الإدارة في مراقبة التنفيذ والتأكد من أنه يتم وفقا لما تضمنته الصفقة من شروط، وتتم الرقابة هنا في صورة أعمال مادية أحيانا، مثل دخول المخازن والورش والمصانع، زيارة الورشات، التأكد من المواد المستعملة أو في صورة أعمال قانونية كإصدار تعليمات أو أوامر توجهها المصلحة إلى المتعاقد معها "أوامر مصلحة"¹، وقد عرفت هذه الأوامر على أنها: تلك الأوامر التي

¹ - د. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 192.

تصدر من المصلحة صاحبة المشروع إلى المتعاقد معها قصد تحديد أوضاع تنفيذ الأشغال أو تكملة الناقص منها أو التعديل فيها.¹

في حين عرفها المشرع الفرنسي في نص المادة 02 من تقنين الصفقات العمومية

الفرنسي

Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage.²

إن هذه السلطة المخولة للمصلحة المتعاقدة تمثل الحد الأدنى لما يمكن الاعتراف

به للمصلحة المتعاقدة في مجال رقابتها على تنفيذ الصفقات العمومية، إذ من واجبها أن تتولى الإشراف عن المتعاقد معها حتى تتأكد من قيامه بتنفيذ الصفقة طبقا للبنود والشروط المتفق عليها.³

الفرع الثاني: سلطة التوجيه.

يقصد بسلطة التوجيه حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ واختيار أنسب الطرق التي تؤدي إليه، فالإدارة هنا لا يقتصر دورها على التأكد من تنفيذ الصفقة وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، بل تتدخل في توجيه أعمال التنفيذ باختيار أنسب الطرق وأصلح الأوضاع التي تراها مناسبة.⁴

وقد استقر الفقه الإداري على أن سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة أساس قانوني مزدوج، يتكون من فكرة تحقيق الصالح العام وما تتحمله من تحقيق

¹ علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة منتوري قسنطينة، 2012/2011، ص41.

² محفوظ عبد القادر، (التعديل الإفرادي لعقدي إمتياز المرفق العام والأشغال العمومية، دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا ومصر)، مركز جيل البحث العلمي، مجلة جيل الدراسات المقارنة، العدد 12، أكتوبر 2016، ص66.

³ د. محمود أبو السعود، (سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، 1997، ص200.

⁴ د. محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية القاهرة 2007، ص140.

مقتضيات المرافق العامة، كهدف ومبرر لوجود هذه السلطة، ومن فكرة امتيازات السلطة العامة والتي تعتبر سلطة الرقابة أحد تطبيقاتها.¹

وقد نظم المشرع الجزائري سلطة الرقابة بموجب نصوص قانونية نجدها في قانون الصفقات العمومية 247/15، حيث نصت المادة 156: « تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده » وتقابلها المادة 116 من المرسوم 236/10.²

وقد نصت المادة 21 من دفتر الشروط العامة: " يجب أن تكون الأدوات من كل نوع وصنف أو اختيار من الصنف الجيد...، ولا يجوز استخدامها إلا بعد إجراء التدقيقات عليها ثم قبولها مؤقتا من قبل مهندس الدائرة أو المهندس المعماري أو مندوبيهم بناء على سعي من المقاول...."³

الفرع الثالث: مظاهر سلطة الرقابة.

إن كانت سلطة الرقابة ثابتة للمصلحة المتعاقدة، إلا أن ممارستها تختلف بين صفقة وأخرى، فتظهر بشكل جلي في صفقات الأشغال العامة مقارنة مع صفقة اقتناء اللوازم.

أولاً: مظاهر الرقابة على تنفيذ صفقات الأشغال العامة.

تعتبر صفقات الأشغال العامة من أبرز أنواع الصفقات التي تبدو فيها الرقابة بمختلف معانيها - الإشراف والتوجيه. كونها تستغرق مدة زمنية طويلة، وباعتبارها تحمل خزينة الدولة اعتمادات مالية باهظة كما أنها تحتاج إلى متابعة متواصلة ومستمرة تقاديا لأي خروج عما تم الاتفاق عليه في الصفقة من قبل الطرفين، فانتساع سلطة المصلحة

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، د ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004 ص240.

² أنظر المادة 116 من المرسوم الرئاسي 236/10، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السابق ذكره، ص25.

³ أنظر المادة 21 من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة السابق ذكره، ص55.

المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال يؤدي إلى تعدد مظاهرها¹ والتي تتمثل في: الأمر بالبدء في تنفيذ المشروع، الأمر باستبدال عمال المقاول، الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتا.

1/ الأمر بالبدء في تنفيذ المشروع²:

تبدأ مدة التنفيذ في السريان من التاريخ المحدد في الصفقة، فإذا خلت الصفقة من النص على ذلك، فإن نقطة الشروع في التنفيذ تحتسب من تاريخ إبلاغ المقاول بالأمر المصلي، أو ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة للمتعامل.³ كما أن المصلحة إذا لم تعط مطلقا هذا الأمر، فإنها لا تستطيع أن تحتج على المقاول بعدم البدء في التنفيذ⁴، كما يمكن أن تبدأ مدة التنفيذ على أثر مادي من قبل المصلحة مثل: تسليم موقع العمل للمتعامل المتعاقد في صفقة الأشغال.⁵

2/ الأمر باستبدال عمال المقاول:

تمتد سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة لتشمل العمال الذين يستعين بهم المقاول في تنفيذ الأشغال، فالمصلحة المتعاقدة لها على سبيل المثال أن تطلب تغيير العمال إما لعدم كفاءتهم الفنية، أو لعدم نزاهتهم أو بسبب تمردهم ورفضهم تنفيذ تعليمات مندوبيها.⁶

¹ ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص30.

² أنظر الملحق رقم 12.

³ طبقا لما جاء في المادة 1/12 من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، السابق ذكره، التي تنص: « يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الأجل المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري. »

⁴ وهو ما أقره مجلس قضاء باتنة في قضية (س.ي) ضد والي ولاية باتنة في 1989/10/01 ولم يتلقى المقاول أمر الشروع في تنفيذ الخدمة إلا في 1990/07/17 أي بعد مرور 10 أشهر. للاطلاع أكثر أنظر أكرور ميريام، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008/2007، ص74.

⁵ د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلة الانعقاد والتنفيذ، دراسة مقارنة د. ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص ص146، 147.

⁶ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، لسنة 2005، المرجع السابق، ص239.

وهذا تجسيدا للمادة 2/13، من دفتر البنود الإدارية العامة، التي نصت على: « يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان والعمال لعصيانهم أو عدم أهليتهم أو عدم أمانتهم. »

3/ الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتا

يحق لمندوبي المصلحة المتعاقدة المكلفون بالإشراف والتوجيه أن يرفضوا المواد أو الأعمال التي يرون أنها من نوع رديء أو غير مطابق للمواصفات المتفق عليها. لذا يجوز لمهندسي المصلحة المتعاقدة في هذا الصدد هدم أو إزالة ما تم تنفيذه من أشغال وإعادة القيام بها من جديد على حساب المتعامل المتعاقد، طبقا لنص المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة، إذ يظهر النص سلطة المصلحة المتعاقدة في ممارسة الرقابة أثناء تنفيذ صفقة الأشغال العامة في شكل إصدار أوامر بهدم الأشغال¹، كما يجوز أيضا الأمر بوقف أو تأجيل تنفيذ صفقة الأشغال بصفة مؤقتة. **ثانيا:** مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة اقتناء اللوازم.

تفرض طبيعة صفقة اللوازم أن تتخذ سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذها مظهرا آخر أقل شدة مما تم ملاحظته في صفقة الأشغال العامة، فالأمر يتعلق بمواد أو منقولات يلزم المورد المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف المصلحة المتعاقدة وتتحقق الرقابة في هذه الحالة في التأكد من أن المورد يقوم بتسليم الأصناف المتعاقد عليها طبقا للمواصفات والهيئات المعتمدة والموقع عليها منه، وللمصلحة المتعاقدة الحق في رفض صنف أو أكثر من الأصناف الموردة وسحبها وتوريد بدلها.²

المطلب الثاني: سلطة التعديل.

إن كان المتفق عليه في العقود الخاصة أن تعديل العقد لا يتم إلا بناء على اتفاق إرادي بين الأطراف المتعاقدة عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه

¹ - ربيعة سبكي، المذكرة السابقة، ص34.

² - نفس المذكرة، ص39.

أو تعديله¹، بالإضافة إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن للإدارة وعلى خلاف ذلك سلطة التعديل الإفرادي للعقد دون الحاجة إلى رضا المتعاقد معها، وهي سلطة ثابتة لها حتى لو لم يرد بشأنها نص في دفتر الشروط أو في النصوص القانونية، كما لا يجوز التنازل عنها من قبل الإدارة.

الفرع الأول: تعريف سلطة التعديل.

يمكن تعريفها على أنها: حق تمارسه الإدارة (المصلحة المتعاقدة) بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ الصفقة، وذلك بتعديل التزامات المتعاقد معها على نحو وصورة لم تكن معروفة وقت إبرام الصفقة، فتزيد من أعباء هذا الأخير أو تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة ذلك.²

كما يمكن أخذ تعريف فقهي لسلطة التعديل حيث عرفها الدكتور أحمد عثمان عياد على أنها: مظهر من مظاهر السلطة العامة، تباشره الإدارة، استعمال إمتياز من امتيازات السلطة العامة التي تملكها، وهو إمتياز التنفيذ المباشر.³

بالرجوع إلى أحكام المواد من 135 إلى 139، من تنظيم الصفقات العمومية نجد أن المشرع أورد سلطة التعديل تحت عنوان " الملحق".

وجاء في نص المادة 12 فقرة 4 و5: « على المقاول أن ينفذ أوامر المصلحة التي تبلغ إليه، كما يخضع للتغييرات المفروضة عليه من خلال العمل عندما يأمر بتلك التغييرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري »⁴

¹- وهو ما تضمنته المادة 106، من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، المعدل والمتمم بالقانون 05/07، المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 31، ص 995، بقولها: « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يحددها القانون. » وهي مطابقة للمادة 214 من القانون المدني اليمني، والمادة 147 من القانون المدني المصري.

²- ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري: الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009/2008، ص 220.

³- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 220.

⁴- القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، السابق ذكره ص 52.

وكما تنص الفقرة 01 من المادة 32 على أنه: « عندما يتبين أن التغييرات التي تأمر بها الإدارة أو تنتج عن ظروف غير متأنية من خطأ أو عمل المقاول ...، فنتناول أهمية الأشغال بشكل تختلف فيه المقادير بما يفوق 35% بالزيادة أو النقصان ... فيستطيع المقاول .. طلبا بالتعويض مرتكزا على الضرر المسبب من جراء التعديلات الحاصلة »¹ وقد رسخ القضاء الإداري المصري سلطة التعديل الإفرادي بشكل قاطع، حيث قررت محكمة القضاء الإداري « ... إن سلطة الإدارة في تعديل العقد هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية... ومقتضى هذه السلطة أن الإدارة تملك وحدها بإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها من غير أن يحتج بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين... »²

وتتجلى كذلك سلطة التعديل في الصفقة العمومية في الجزائر من خلال أحكام القضاء الإداري في قضية (ع. ط) ضد والي ولاية قالمة وتتلخص وقائع القضية: أن السيد (ع. ط) أبرم صفقة عمومية بتاريخ 1980/02/26 مع ولاية قالمة من أجل إنجاز 198 سكنا بالقرية الاشتراكية الفلاحية بعين تراب دائرة وادي الزناتي وأنه بمجرد توجيه أمر بالخدمة رقم 01 شرع السيد (ع. ط) بالأعمال، وأنه بعد مرور شهرين أي في 1980/04/19، تلقى أمر بإيقاف الأشغال لتغير الموقع، وأنه شرع في الأشغال في الموقع الجديد خلال سنة 1980، ومن خلال تغيير الموقع وعدم إثارة هذا التغيير أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا.³ ومن هذا القرار يمكن أن نستخلص أن القضاء الإداري الجزائري أقر سلطة التعديل من خلال تغيير موقع التنفيذ.

¹ القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، السابق ذكره ص58.

² د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص127.

³ قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1989/12/16، ملف رقم 65145، قضية (ع. ط) ضد والي قالمة، المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، سنة 1991، ص194.

الفرع الثاني: ضوابط ممارسة سلطة التعديل.

إذا كانت سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة سلطة أصيلة توجد دون حاجة إلى نص، إلا أنها ليست سلطة طليقة من كل قيد، وإنما أدرج الفقه عدة شروط وضوابط لممارسة هذه السلطة وتتمثل في:

أولاً: إقتصار التعديل على موضوع الصفقة.

لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة العقد أو مدته، وبالتالي كان لزاماً على المصلحة المتعاقدة إحترام الموضوع الأصلي للعقد عند إصدار قرار التعديل فلا يجب أن يؤدي التعديل إلى جعل المتعاقد أمام موضوع جديد لا صلة ولا علاقة له بالموضوع الأصلي للعقد، أي أن التعديل لا بد أن يكون قائماً على نفس المحل وعلى نفس السبب.¹

فمن خلال استخدام الإدارة لسلطة التعديل فإن ذلك لا يصل إلى تعديل نوع الصفقة وموضوعها، وهذا ما أكدته المادة 136 في فقرتها 8 بنصها على أنه: « ومهما يكن من أمر.... لا يمكن تغيير الملحق موضوع الصفقة أو مداها. »²

ثانياً: أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية.

فقرارات التعديل، شأنها شأن سائر أعمال الإدارة، يجب أن تصدر متفقة مع القانون في عناصرها وأركانها المختلفة، على أن الفقه يشير هنا إلى العناصر الشكلية « الإختصاص، الشكل والإجراءات »، علاوة على عنصر الهدف « الصالح العام »، فقرار التعديل يجب أن يصدر من السلطة المختصة، ووفقاً للشكل والإجراءات المقررة قانوناً وأن يستهدف تحقيق الصالح العام، ولا شك أن قرار التعديل الذي يخالف عناصر المشروعية هو قرار باطل مستوجب للإلغاء.³

فمبدأ المشروعية يعني أن تكون جميع نشاطات المصلحة المتعاقدة تمارس في إطار وحدود القانون، وكل إداري يخرج عن مبدأ المشروعية يكون قراره محل طعن.

¹ د. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط05، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1996، ص383.

² المادة 136 فقرة 8 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام السابق ذكره، ص34.

³ د. محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص232.

وأكد المشرع الجزائري على ذلك بمناسبة إصداره المرسوم رقم 131/88، الذي ينظم العلاقة بين الإدارة والمواطن، والذي ينص في المادة 04 منه على: « يجب أن يندرج عمل سلطة الإدارة في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها¹ » وعليه يجب على المصلحة المتعاقدة احتراماً لمبدأ المشروعية، أن تعمل في إطار القوانين والتنظيمات سارية المفعول.

ثالثاً: أن يكون قرار التعديل الصادر عن الإدارة بسبب تغير الظروف.

لا تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى ممارسة سلطة التعديل إلى حين ترى أن هناك ظروف تغيرت بعد إبرام الصفقة، أي أن الظروف التي تم بناءاً عليها إبرام الصفقة قد تغيرت واستجدت بعد إبرام الصفقة.

وباعتبار أن سلطة الإدارة تستند إلى مقتضيات سير المرافق العامة، ومن أهمها قابلية المرفق العام للتغيير، والتعديل، بقصد أداء الخدمة العامة على أتم وجه، فيجب أن تكون قد طرأت ظروف بعد إبرام الصفقة تبرر هذا التعديل، بحيث لا تستطيع الإدارة أن تلجأ إلى تعديل شروط الصفقة، دون تغير الظروف التي تم إبرام الصفقة في ظلها. هذا وإن كان الفقهاء قد سلموا بهذا الحق للمصلحة المتعاقدة، إلا أنهم اختلفوا في حالة ما إذا كانت الظروف لم تتغير، لكن المصلحة أخطأت في تقدير ظروف سير المرفق العام فهل تملك والحال هذه حق تعديل الصفقة أم لا؟ فذهب فريق منهم إلى عدم جواز تعديل المصلحة للصفقة، وعليها أن تتحمل تبعية أخطائها.

وذهب فريق ثانٍ إلى وجوب تمكين المصلحة من هذا الحق مهما كان وضعها في التقدير، مخطئة كانت أم صائبة، لأن ذلك مرتبط بتنظيم المرفق العام الذي تم التعاقد بشأنه لأجل تحقيق المصلحة العامة، إضافة إلى أن طبيعة المرفق العام، قابلة للتغيير والتبديل في كل وقت.²

¹ المرسوم رقم 131/88، المؤرخ في 4 جويلية 1988، المتضمن تنظيم العلاقة بين الإدارة والمواطن، ج ر عدد 27.

² د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، نظرية العقود الإدارية (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون)، د.ط، مركز البحوث، المملكة العربية السعودية، 2006، ص ص 97، 98.

رابعاً: ألا يخل التعديل بالتوازن المالي للصفقة.¹

إذا كان تعديل الصفقة حقا للمصلحة المتعاقدة تستعمله في إطار مبدأ المشروعية حينما يتوافر لديها ما يقتضيه، فإن هذا الحق يجب ألا يتعارض مع واجب المصلحة المتعاقدة في ضمان التوازن المالي للصفقة.²

فلا تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تفرض على المتعاقد معها تغييرات مبالغ فيها تتعدى القدر المعقول المحتمل، فلا يجب أن يتجاوز التعديل الإمكانيات الفنية والاقتصادية للمتعاقد فالمصلحة المتعاقدة يجب أن لا يغيب عن بالها أن المتعاقد معها كان قد قبل التعاقد وقت إبرام الصفقة، واضعاً في اعتباره أن له إمكانيات مالية وفنية معينة، فعند إجراء التعديل، يجب عليها أن تحرص على مراعاة تلك الاعتبارات الاقتصادية والفنية، وألا يصل الأمر إلى قلب اقتصاديات الصفقة رأساً على عقب.³

الفرع الثالث: صور سلطة التعديل.

تملك المصلحة المتعاقدة تعديل مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، ولها كذلك أن تعدل في طرق ووسائل التنفيذ المنصوص عليها في العقد فتفرض وسائل حديثة أكثر تطوراً لمسايرة التقدم واحتياجات المرفق العام، كما يمكن أن يرد التعديل على مدة تنفيذ الصفقة بتقصيرها أو إطالتها، فقد تتطلب حاجة المرفق الانتهاء من الأشغال في مدة أقصر، وقد يقتضي الأمر العكس إطالة مدة التنفيذ أو وقف العمل لفترة لظروف خاصة كصعوبة مادية أو مالية.⁴

¹ - حيث أكدت المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15 في فقرتها 8، ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة.

² - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، لسنة 2005، المرجع السابق، ص 254.

³ - أنظر المادة 137 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره، ص 34: « يخضع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة.

وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة للصفقة، بالنسبة للخدمات التكميلية الواردة في الملحق، فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة، عند الاقتضاء. »

⁴ - د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 229.

أولاً: التعديل في حجم ومقدار التزامات المتعاقد.

قد تضطر المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع إلى إضافة بعض الزيادات على مشروعها، مما يستلزم الزيادة في حجم الأشغال¹ عن تلك المتفق عليها مع المتعاقد معها. كما قد يظهر أثناء تنفيذ الأشغال أن المصلحة المتعاقدة قد أدرجت في المشروع بعضاً من الأجزاء أو الأشغال التي لا يحتاج إليها المشروع أو التي تؤثر سلباً على هدف المشروع فتقرر إسقاطه منه.

وإن التعديل في كميات الأشغال والتوريدات أثناء تنفيذ صفقات الأشغال العامة وصفقات اللوازم ضرورة لا بد منها، نظراً لكون العمل يختلف أثناء التنفيذ عما هو مبين في الصفقة، إذ أن كثيراً من الأمور تكون غير واضحة في المخططات والتصاميم.² وفي كل الحالات تستطيع المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع أن تدخل التعديل المناسب على كمية ومقدار الالتزامات موضوع الصفقة.

وقد نص المشرع في دفتر الشروط الإدارية العامة على النسب المقررة قانوناً للمصلحة المتعاقدة فيما يخص تعديلها لحجم الأشغال، وذلك بأن لا يتجاوز التعديل المفروض في حالة الزيادة أو النقصان المقام بنسبة 20% من قيمة الصفقة الإجمالية بالأسعار الأولية، 50% بالنسبة لأشغال الصيانة والتصليح في حالة زيادة حجم الأشغال و35% في حالة نقصان حجم الأشغال.³ ثانياً: التعديل في وسائل وطرق التنفيذ.

إن تبين للمصلحة المتعاقدة بعد مباشرة الأشغال وتنفيذ المشروع بأن الموقع غير صالح، أو إن تبين أن سلامة الأشغال وتنفيذها على الوجه الأفضل، يتطلب تغيير طريقة التنفيذ المنصوص والمتفق عليها مسبقاً، جاز للجهة المكلفة بمتابعة التنفيذ من قبل المصلحة المتعاقدة، أن يأمر بتغيير الموقع، ما له أن يأمر بإتباع الوسيلة أو الطريقة التي يراها الأصلح في التنفيذ.

¹- أنظر الملحق رقم 13.

²- ريحة سبكي، المذكرة السابقة، ص 75.

³- أنظر المادة 30، 31 من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، السابق ذكره، ص 57.

وعموماً فإن تعديل طريقة أو أسلوب التنفيذ، تملية في غالب الأحيان مواجهة الظروف المستجدة بالنسبة لجميع جوانب التنفيذ، كظهور وسائل حديثة أكثر تطوراً وأقل ضرراً من تلك المستعملة.¹

ثالثاً: التعديل في مدة التنفيذ.

من المسلم به كذلك أن حق الإدارة في التعديل قد يمتد ليشمل مدة التنفيذ المنصوص عليها في عقد الصفقة أو دفتر الشروط، وذلك بتقصيرها أو تمديدتها متى اقتضى الصالح العام ذلك، فحاجات المرفق العام التي تبرر التعديل في مدى وكيفية أداء الالتزامات بواسطة المتعاقد تبرر أيضاً التعديل في مدة التنفيذ، فالمصلحة المتعاقدة تستطيع أن تفرض تعديلات على تنفيذ الأعمال والتوريدات سواء باستعمالها وتقصير مدد التنفيذ، أو بتأخيرها ومدد مدد التنفيذ:

1) في حالة إنقاص مدة التنفيذ:

أن رأيت المصلحة المتعاقدة أن حاجات الجماعة تستوجب إنجاز المشاريع بأقصر مدة ممكنة فعندئذ تطلب من المقاول إنقاص مدة التنفيذ بما يتفق ذلك مع حاجات الجمهور كما لو حصلت أزمة في إحدى المواد الاستهلاكية، وكان هناك مشروع لإنتاج تلك المادة تحت الإنشاء وقد حددت له فترة 3 سنوات لغرض إنجازها من قبل المتعاقد ففي هذه الحالة وبسبب حاجة الجمهور لهذه المادة يمكن للإدارة تقصير مدة التنفيذ إلى الحد المعقول.

2) في حالة تمديد مدة التنفيذ أو توقيفها:

قد تطرأ ظروف أثناء تنفيذ الصفقة تستوجب وقف الأعمال أو تأخير تنفيذها عن المدد المتفق عليها في الصفقة، فالمصلحة المتعاقدة بسبب ظروف الحرب مثلاً تستطيع أن تأمر بتأخير تنفيذ الأعمال أو بوقف تنفيذها.²

¹ رياض عيسى، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، ط1، النجف، العراق، 1976، ص208.

² سهام شقظمي، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار عنابة، 2010/2011، صص164، 165.

الفرع الرابع: آليات ممارسة سلطة التعديل.

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعدل في صفقاتها بإرادتها المنفردة، وذلك لا يكون إلا بموجب ملحق للصفقة.¹

أولاً: تعريف الملحق.

بالرجوع إلى أحكام المواد 135 إلى 139² نجدتها وردت تحت عنوان الملحق فأجازت المادة 135 للمصلحة المتعاقدة إبرام ملحق أو عدة ملاحق للصفقة، وتضمنت المادة 136 في فقرتها الأولى المقصود بالملحق حيث نصت: « يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة. »

من خلال النص يتبين لنا أن سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة حسب أحكام المادة 136 فهي الزيادة في الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل بند أو عدة بنود في الصفقة وذلك عن طريق ما يسمى بالملحق.

وبالتالي يمكن تعريف الملحق على أنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية هدفه تعديل أحد شروطها نظراً للظروف التي طرأت بعد الشروع في تنفيذها دون أن يعدل من موضوع الصفقة تعديلاً جوهرياً.³

كما يمكن تعريفه أيضاً على أنه اتفاق إضافي لعقد الصفقة الأولى هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة، أو زيادة الخدمات أو تقليلها.⁴

ثانياً: أنواع الملحق.

يمنح قانون الصفقات العمومية إمكانية تعديل بنود الصفقة الأولية من خلال الملحق وبأخذ هذا الأخير الأشكال التالية:

1) ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة⁵، وبدوره ينقسم إلى قسمين:

أ) ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة للبنود المتضمنة في الصفقة الأولية.

¹ - سهام شقظمي، المذكرة السابقة، ص30.

² - من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره.

³ - نادية تياب، المذكرة السابقة، ص47.

⁴ - أكرور ميريام، المذكرة السابقة، ص74.

⁵ - أنظر الملحق رقم14.

ب| ملحق إدخال أشغال جديدة غير متضمنة في الصفقة الأولية.
(2) ملحق التغيير: إن اللجوء إلى هذا النوع من الملحقات ضروري أحيانا عندما يتغير إحدى أطراف العقد، أو تغيير إلتزامات التسيير، وإبرام هذا الملحق يرتبط بالشروط التالية:

_ مراعاة المسائل المتعلقة بالرهن الحيازي والكفالة.
_ إعداد قفل الحسابات ومحاضر التسليم مع المتعامل المتعاقد السابق.
_ أهلية المتعامل المتعاقد الجديد لإبرام الصفقات العمومية، خصوصا فيما يتعلق بالتصنيف المهني والالتزامات الضريبية والاجتماعية.

(3) ملحق الإقفال النهائي للصفقة:¹
هذا الملحق يسمح بإيقاف وغلق وإقفال بصفة نهائية الخدمات المنفذة فعلا في الصفقة، واللجوء إلى هذا النوع من الملاحق استثنائي ويجب أن يكون مبررا بغاية: « التخلي عن المشروع بقرار من الإدارة، التسوية الودية للنزاع، القوة القاهرة.² »
ثالثا: شروط إبرام الملحق.

1| أن يكون الملحق مكتوبا طالما أن الصفقة مكتوبة.
2| أن لا يؤدي الملحق إلى تعديل جوهري في طبيعة الصفقة.
3| ألا يمس بصورة أساسية التوازن المالي للصفقة إلا إذا طرأت تبعات تقنية غير متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف.
4| ألا تتجاوز نسبة الملحق 10% من مبلغ الصفقة وإلا خضع لرقابة لجنة الصفقات المختصة.³

¹- أنظر الملحق رقم 15.

²- أكرور ميريام، المذكرة السابقة، ص 96.

³- عثمان بن دراجي، (مجال تدخل المراقب المالي في الصفقات العمومية على ضوء القانون الجديد للصفقات العمومية " المرسوم الرئاسي 247/15")، ملتقى حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، يوم 17 ديسمبر 2015 جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 09.

المبحث الثاني: سلطات المصلحة المتعاقدة ذات الطابع الجزائي.

للإدارة حق توقيع جزاءات متعددة على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته، سواء تمثل هذا الإخلال في الامتناع عن التنفيذ أو التأخير عنه أو في القيام به بصورة غير مرضية، وهذا الحق مقرر للإدارة أيضا ولو لم يرد النص عليه صراحة في الصفقة،¹ فلها أن توقع جزاءات مالية " مطلب أول" أو ضاغطة "مطلب ثان"، أو فاسخة "مطلب ثالث".

المطلب الأول: سلطاتها في توقيع الجزاءات المالية.

وتتمثل هذه السلطة في حق الإدارة بمطالبة المتعاقد معها بمبالغ مالية وذلك في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، سواء نتيجة امتناعه عن تنفيذ التزاماته كاملة أو نتيجة تأخره في تنفيذها أو نفذها بطريقة غير مرضية تماما، أو أحل غيره محله دون موافقة الإدارة...

ويجب عند فرض الجزاءات المالية أن تتناسب العقوبة المقررة من المصلحة المتعاقدة بحق المتعاقد، مع الأخطاء التي يرتكبها عند تنفيذ الصفقة. بالرجوع للمرسوم 247/15 تملك المصلحة المتعاقدة ممارسة سلطة توقيع الجزاءات المالية، وتجد أساسها القانوني في المادة 147،² وتكون هذه العقوبات المالية في شكل: غرامات تأخيرية (الفرع الأول)، مصادرة مبلغ الضمان (الفرع الثاني)، التعويض المالي (الفرع الثالث)

¹ - ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص149.

² - المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي جاء فيها: « يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجل المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. » ، وهي مطابقة للمادة 09 من المرسوم الرئاسي 236/10، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السابق ذكره، ص06.

الفرع الأول: الغرامات التأخيرية.

أولاً: تعريفها

وهي المبالغ الإجمالية من المال تقدرها المصلحة عندما تتضمنها نصوص الصفقة، تفرض على المتعامل المتعاقد كجزاء إذا تراخى أو تأخر في التنفيذ.¹ كما يمكن تعريفها بأنها: مبلغ من المال مقدر سلفاً في الصفقة أو دفتر الشروط الإدارية العامة، توقعها المصلحة المتعاقدة كجزاء على المتعامل المتعاقد عند تراخيه في تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه أو في حالة التنفيذ غير المطابق.²

وتعرف على أنها جزاء مالي، توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها لإخلاله بمدد التنفيذ ذات طابع تهديدي، يستهدف حسن سير المرافق العامة.³ وتعرف أيضاً على أنها: "مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدماً وتتص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في تنفيذ العقد"⁴ ثانياً: خصائص الغرامة التأخيرية.

- 1/ تمتاز غرامة التأخير بأنها اتفاقية فلا يجوز للإدارة أن تسعى إلى تطبيقها على المتعامل المتعاقد إذ لم يكن منصوصاً عليه في العقد.
- 2/ كما تمتاز بأنها تلقائية تطبيقها الإدارة دون الحاجة لإثبات الضرر اللاحق بها نتيجة التأخير.⁵
- 3/ كما تمتاز بأنها مرنة: أي تصدر بقرار إداري صادر من المصلحة المتعاقدة صاحبة الأشغال دون الحاجة للجوء للقضاء.⁶

¹ - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، ط01، دار قنديل للنشر والتوزيع، د ب ن، سنة 2011، ص147.

² - ربيحة سبكي، المذكرة السابقة، ص91.

³ - د. منصور إبراهيم العتوم، (النظام القانوني للغرامة التأخيرية في العقود الإدارية "دراسة تحليلية مقارنة")، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث والخمسون، السنة السابعة والعشرون، يناير 2013، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص348.

⁴ - د. محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص512.

⁵ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، لسنة 2005، المرجع السابق، ص270.

⁶ - أنظر المادة 36 من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة السابق ذكره، ص59.

4/ إن غرامة التأخير توقع دون سابق إعدار، وبالتالي تستحق بمجرد انقضاء الميعاد المحدد للتنفيذ.¹

ثالثا: حالات فرضها وتوقيعها.

حول المشرع بموجب نص المادة 147، من تنظيم الصفقات لسنة 2015 للمصلحة المتعاقدة حق توقيع عقوبات مالية في شكل غرامة، وحدد حالتين لممارستها بمنطوق النص، دون أن يحدد لها تعريفا بل اكتفى بذكر حالات توقيعها، كما سوف يأتي:

1/ في حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه:

إن الإدارة المتعاقدة عندما تتعاقد تضع بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ الصفقة، حتى تتمكن من الانتهاء من هذه العملية التعاقدية والشروع في عمليات جديدة أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر والانتقال إلى جزء آخر وهكذا فإن عنصر الزمن له أهمية كبيرة لا يمكن إغفالها.²

ولذلك يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى توقيع غرامات تأخيرية على المتعاقد معها جزاء عن تأخره في إنجاز وتنفيذ الصفقة في أجلها وموعدها المحدد، ضمنا لحسن إدارة المرافق العامة واستمراريتها في تلبية الاحتياجات العامة للجمهور.³

2/ في حالة التنفيذ غير المطابق:

وهنا يفترض أن المتعاقد مع الإدارة قد أخل بالشروط والمواصفات المتفق عليها، وكيفيات التنفيذ وخروجه عن الالتزامات التي تعهد بها، فالمقرر أيضا في هذه الحالة خضوعه لجزاء مالي.⁴

وبالتالي فإن للمصلحة المتعاقدة الحق في توقيع غرامة تأخيرية بنفسها على المتعامل المتعاقد المقصر، استنادا إلى دفاطر الشروط كعناصر مكونة للصفقة وبناء على ما اتفق عليه في الصفقة، حيث يتطلب من المصلحة المتعاقدة الإفصاح

¹- د. منصور إبراهيم العنوم، المقال السابق، ص350.

²- أ.د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، ط4، المرجع السابق، ص220.

³- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص77.

⁴- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، ط4، المرجع السابق، ص220.

عن إرادتها بتوقيع هذه العقوبة وذلك بإصدار قرار إداري، كتصرف قانوني من جانب واحد، دون أن تلتزم بإعذار المتعاقد المقصر الذي ليس له أن يثبت عدم إحداث الضرر نتيجة تأخيره.¹

رابعاً: حالات الإعفاء منها.

يعتبر التأخير في تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزامه هو السبب الأساسي لفرض غرامات تأخير بحقه، فإذا كان يبرر فرض هذه الغرامات بحق المتعامل المتعاقد، فقد يجد هذا التأخير أسباباً تبرره، فيعفى المتعاقد من مسؤولية التأخير إذا تبين أن الوفاء بالالتزام قد إستحال بسبب أجنبي لا يد للمتعامل المتعاقد فيه.²

وهو ما نصت عليه المادة 147 الفقرة 4 والفقرة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية : « يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة. ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها.

وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير. ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة.»

ما يمكن استنتاجه من خلال هاتين الفقرتين أن المشرع خول للمصلحة المتعاقدة حالتين تستطيع من خلالها إعفاء المتعامل المتعاقد من غرامة التأخير هما:

1) حالة مسؤولية المصلحة المتعاقدة على توقيف الأشغال:

وهي الحالة التي تكون المصلحة المتعاقدة مسؤولة عن توقيف التنفيذ وبالتالي هي التي تسببت في تأخير تنفيذ الأشغال، وبالتالي لا يترتب عن ذلك غرامة تأخيرية باعتبار أن المتعامل المتعاقد ليس له يد في التأخير، كأن تصدر المصلحة المتعاقدة أمر بتوقيف الأشغال.³

¹- فتحة حابي، المذكرة السابقة، ص270.

²- ربيحة سبكي، المذكرة السابقة، ص105.

³- أنظر الملحق رقم16.

2) حالة القوة القاهرة:

وهي إصطدام المتعامل المتعاقد بظروف خارجية لم تكن متوقعة أثناء إبرام الصفقة تجعل من التنفيذ مرهقا لا مستحيلا، فتعلق الآجال ولا يترتب على ذلك فرض عقوبات مالية. وقد اشترط المشرع ضمن هاتين الحالتين أن تقوم المصلحة المتعاقدة بتحرير شهادة إدارية¹، إلى حين إصدار أمر باستئناف الأشغال.²

الفرع الثاني: مصادرة مبلغ الضمان.

تعرف التأمينات* على أنها ضمانات لجهة الإدارة، تدفع من قبل المتعامل المتعاقد، تتوقى بها المصلحة المتعاقدة آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ الصفقة، وتضمن لها ملاءمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره.³ وبالتالي فإن مصادرة مبلغ الضمان هو جزء مالي يتمثل في حجز واستحواذ المصلحة المتعاقدة على هذه الكفالات التي يقدمها المتعامل المتعاقد معها جراء الإخلال بالالتزامات، تملك المصلحة توقيعه بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي ودون اشتراط تحقق خطر ما.⁴

ويعتبر شرط إيداع الكفالات أو التأمينات شرطا وجوبيا ملزما للمتعامل المتعاقد وحقا للمصلحة المتعاقدة التي يجب أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها وأحسن الشروط لتنفيذ الصفقة، غير أن المشرع نص على بعض حالات الإعفاء من كفالة حسن التنفيذ، من خلال نص المادة 130 في فقرتها الثانية والثالثة⁵ وهي كالتالي:

¹ - أنظر المادة 147 الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره، ص36.

² - أنظر الملحق رقم 17.

* تتمثل هذه التأمينات في: كفالة التعهد، كفالة رد التسيقات، وكفالة حسن التنفيذ.

³ - حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص184.

⁴ - ريحة سبكي، المذكرة السابقة، ص108.

⁵ - أنظر المادة 130 ف 2 و3 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره، ص32.

- 1) في بعض صفقات الدراسات والخدمات.
 - 2) إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة 3 أشهر.
 - 3) الصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط.
 - 4) الصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية.
- وكذلك نصت المادة 133 على الحالة الرابعة في فقرتها الرابعة بقولها: « يعفى الحرفيون والفنيون والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية. »
- وإن المشرع أعطى للمتعامل المتعاقد الذي التزم بتنفيذ التزاماته، الحق في استرجاع التأمين النهائي الذي يقع عليه جزاء المصادرة " كفالة الضمان" ¹ كلياً في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة، وهو ما نصت عليه المادة 134 من المرسوم الرئاسي 247/15، من تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015.
- أما في حالة عدم التنفيذ فإن الضمان لا يرد للمتعامل المتعاقد إلا بإكماله كل الالتزامات العقدية. وفي حالة عجزه عن ذلك يفقد هذا الضمان.²

الفرع الثالث: التعويض المالي.

الجزء الأساسي لعدم الوفاء بالالتزام في القانون المدني هو الحكم بالتعويض أي الحكم بمبلغ من المال يجبر الضرر الذي لحق بالطرف المضرور.

ومثل هذا الجزاء يمكن أن يطبق في الصفقات العمومية، وقد ذهب الفقه إلى أن الفكرة في التعويض هي إرغام المتعاقد على تنفيذ التزاماته أكثر منها تعويض المصلحة عن الضرر الذي يكون قد لحق بها.

¹ - كفالة حسن التنفيذ تتحول إلى كفالة الضمان إذا نص دفتر الشروط على مدة الضمان عند التسليم المؤقت وهو ما أكدته المادة 131 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام السابق ذكره، ص32.

² - ربيحة سبكي، المذكرة السابقة، ص109.

لكن الدكتور عاطف البنا يخالف هذا الرأي بقوله: « على أننا نلاحظ أن تعويض الضرر هو الهدف الأساسي لهذا الجزاء، أما جبر المتعاقد على تنفيذ التزاماته فتكلفه وسائل أخرى.»¹

إن التعويض ليس من الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها بنفسها، وهذا خلافا لما هو معمول به في فرنسا حيث سمح مجلس الدولة للإدارة - في حالة عدم وجود نص في العقد - بتحديد مقدار التعويض بنفسها دون اللجوء إلى القضاء،² وهذا لم يكن معترفاً به قبل صدور حكم مجلس الدولة في قضية (Déplanque) سنة 1907. أما في الجزائر ونظراً لغياب النصوص القانونية العقدية التي تخول هذا الحق للمصلحة المتعاقدة، فيتعين على المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بالتعويض، كما يشترط لاستحقاق التعويض أن يكون هناك خطأ من قبل المتعامل المتعاقد، وضرر وعلاقة سببية.

المطلب الثاني: سلطاتها في توقيع الجزاءات الضاغطة.

هذا النوع من السلطات لا تهدف المصلحة المتعاقدة من خلاله إلى تحميل المتعاقد أعباء مالية نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وإنما تهدف إلى الضغط عليه لإجباره وإرغامه على التنفيذ والوفاء بالتزاماته.

الفرع الأول: سحب العمل من المتعامل المتعاقد في صفقة الأشغال العامة.

يقصد بهذا الجزاء أن تحل المصلحة المتعاقدة محل المتعاقد المقصر في تنفيذ أعماله، وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه أو تعهد إلى غيره بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية وحساب المتعاقد الأول.³

¹- د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 251.

²- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلثاني، المرجع السابق، ص 162.

³- حمد محمد حمد الشلثاني، المرجع السابق، ص 195.

وتعرف صفقة إنجاز الأشغال أو صفقة الأشغال العامة على أنها إتفاق بين الإدارة العمومية وواحد من الأفراد أو الشركات الخاضعة للقانون الخاص بقصد القيام ببناء¹ أو ترميم أو صيانة² عقارات لحساب شخص معنوي عام وتكون هذه الأشغال ذات مصلحة عامة بالمقابل تلتزم الإدارة بدفع الثمن المتفق عليه.³ ومن أسباب فرض هذا الجزاء على سبيل المثال لا الحصر:

- (1) إذا تأخر بالبدء في التنفيذ أو تباطأ فيه على نحو ترى معه الجهة المتعاقدة أنه لن يتمكن من إتمامه في المدة المحددة وذلك برغم تنبيهه كتابيا.
- (2) إذا أوقف العمل إيقافا تاما، دون سبب معقول.
- (3) إذا تأخر في تنفيذ الأشغال في المواعيد المتفق عليها، ولم ترى الجهة المتعاقدة إعطاءه مهلة لذلك.
- (4) عجز عن الإنجاز في المهلة التي أعطيت له.⁴

إن هذه الأسباب المذكورة على سبيل المثال، يجوز للإدارة سحب العمل في غيرها. ومثل هذه الأسباب يمكن أن نلتمسها من خلال المادة 35 في فقرتها الأولى حيث نصت على ما يلي: « إذ لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجرى إبلاغه له بموجب أمر المصلحة.»⁵

¹- أنظر الملحق رقم 18.

²- أنظر الملحق رقم 19.

³- وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 27.

⁴- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 153.

⁵- أنظر المادة 1/35 من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، السابق ذكره، ص 58.

الفرع الثاني: الشراء على حساب المتعاقد في صفقة اقتناء اللوازم.

يرتبط هذا الجزء في الغالب بصفقات اقتناء اللوازم، والتي تعرف على أنها اتفاق الإدارة العمومية من جهة وفرد أو شركة من جهة أخرى، يتعهدان بموجبه بتزويد هذه الإدارة بالسلع الضرورية لتأمين سير المرافق العمومية مقابل ثمن معين.¹ وبالتالي إذا تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته بالتوريد تقوم الإدارة بالتنفيذ على حسابه ومسؤوليته، فالمتعاقد المقصر في عدم توريد ما التزم به أو قدم البضاعة على خلاف المواصفات المتفق عليها أو تأخر متعمدا ومتقاعسا عن التسليم، أو توريد بضائع رديئة، يكون قد أحل بدوام سير المرفق العام.²

وإن الشراء على حساب، وتحت مسؤولية المتعاقد يعتبر إجراء مؤقتا، لا تنتهي به الصفقة، بل تظل مستمرة، وإنما تحل المصلحة المتعاقدة محل المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته - التي تخلف عن أدائها - على مسؤوليته.

كما يتحمل المتعاقد الأصلي كافة النتائج الباهظة التي تنتج عنها عملية التنفيذ على حسابه، أما إذا كان سعر شراء الأصناف يقل عن السعر المتفق عليه في الصفقة فلا يحق لهذا الأخير المطالبة بالفرق.³

المطلب الثالث: سلطاتها في توقيع الجزاءات الفاسخة.

النهاية الطبيعية للصفقة العمومية، هي قيام كل من الطرفين بتنفيذ ما قرره الصفقة من التزامات، فتنتهي صفقة الأشغال العمومية بقيام المتعامل المتعاقد بالأعمال المطلوبة وتسليمها في الوقت المحدد، وتنتهي صفقة إقتناء اللوازم بتوريد الأصناف والمواد المتعاقد عليها واستلام الثمن.....

لكن قد تنتهي الصفقة بغير ذلك، حيث تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة إنهاء الصفقة العمومية من جانبها وحدها، ودون الحاجة إلى موافقة الطرف الثاني المتعاقد معها، وفقا لما تفرضه مقتضيات المصلحة المتعاقدة.

¹ سهيلة بوزيرة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة ماجستير، جامعة جيجل، 2007، ص30.

² د. حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص200.

³ د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، المرجع السابق، ص120.

وهذه السلطة تمارسها المصلحة المتعاقدة، في حالة ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم¹ ويصطلح على هذه السلطة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في الإنهاء: سلطة الفسخ الإفرادي.

الفرع الأول: تعريف الفسخ الجزائي.

الفسخ جزاء يجوز للمصلحة المتعاقدة توقيعه على المتعاقد معها بحيث يضع نهاية للرابطة التعاقدية بينهما، وفي أغلب الأحيان تستخدم المصلحة هذا الجزاء في حالة ارتكاب المتعاقد خطأ جسيماً في تنفيذ التزاماته التعاقدية.²

والفسخ هو قمة الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة حق توقيعها على المتعاقد معها جزاء إخلاله بالتزاماته التعاقدية بعد أن تكون كافة الوسائل قد أجديت في إصلاحه مما يفقد المصلحة المتعاقدة الثقة في المتعامل معها.³

كما أن ممارسة المصلحة المتعاقدة لهذه السلطة لا يعفيها من رقابة القاضي الواسعة التي تشمل مشروعية العقوبة وملاءمتها للخطأ.

فالإدارة يسمح لها بإنهاء الصفقة حين يظهر لها وبصورة أكيدة أن المتعاقد لم ينفذ أو لم يعد قادراً على تنفيذ التزاماته على وجه مرض، أو لم يعد قادراً على تأمين التنفيذ مما يعرض المرفق العام وبالتالي المصلحة العامة للخطر، فهنا المصلحة المتعاقدة لها أن تستغني نهائياً عن مشاركة هذا المتعاقد.⁴

ولقد تناول المشرع الجزائري سلطة الفسخ في القسم العاشر من الفصل الرابع ونص في المادة 149 من تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015 على إمكانية المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته بعد أن توجه إليه إعدار ليفي بها، بالإضافة إلى الفسخ الجزئي للصفقة.

¹ كما قد تمارسها دون حاجة إلى إثبات خطأ من جانب المتعاقد معها وهو ما يصطلح عليه بالفسخ للمصلحة العامة التي نصت عليه المادة 150 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السابق ذكره ص37.

² مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص156.

³ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، لسنة 2005، المرجع السابق، ص289.

⁴ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص362.

كما يمكن تعريف الفسخ على أنه إجراء يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية لا يتم اللجوء إليه إلا إذا اضطرت المصلحة المتعاقدة لاستعماله، يصدر بموجب قرار إداري دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء، وإنما إتباع الإجراءات المقررة قانوناً كي يكون صحيحاً، كما يشمل هذا الإجراء كل أنواع الصفقات العمومية.¹

الفرع الثاني: شروط لجوء المصلحة المتعاقدة لسلطة الفسخ الجزائي.

نظراً لخطورة هذا الجزاء فإن سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيعه لا تعتبر سلطة مطلقة، بل هي مقيدة حيث تخضع هذه الأخيرة في ممارسته لعدة شروط جوهرية يشترطها الفقه والقضاء بل وحتى التشريع، خاصة وأن المصلحة المتعاقدة ليست في حاجة إلى اللجوء إلى القضاء من أجل توقيع هذا الجزاء كما أنها تستطيع أن تمارس هذه السلطة حتى ولو لم ينص عليها عقد الصفقة ودفتر الشروط²، إلا أن اللجوء إلى مثل هذا الإجراء لا بد له من شروط ومبررات، والمتمثلة في:

أولاً: الخطأ الجسيم.

يشترط لتوقيع جزاء الفسخ من جانب واحد، كجزاء رادع تذهب به الصفقة العمومية أن يكون الفعل الذي يصدر من المتعامل المتعاقد أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية على درجة كبيرة من الجسامه، وإلا عد إجراء المصلحة المتعاقدة باطلاً من الناحية القانونية.³

ويعرف الخطأ الجسيم بأنه كل إخلال صادر من المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري، فتملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى جسامه الخطأ وكفايته لتقرير جزاء الفسخ، ويستطيع قاضي العقد، بناء على طلب المتعاقد مع الإدارة المفسوخ عقده أن يقوم برقابة مدى ملاءمة تقدير جهة الإدارة لمدى جسامه الخطأ وكفايته للإلغاء الجزائي للصفقة، فإذا تبين له أن خطأ المتعاقد مع الإدارة لم يكن جسيماً بدرجة تكفي

¹- زيات نوال، المذكرة السابقة، ص34.

²- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص362.

³- ريحة سبكي، المذكرة السابقة، ص142.

لتبرير توقيع جزاء الإنهاء فإنه لا يستطيع أن يقضي بإلغاء قرار الإدارة بفسخ الصفقة ولكنه يحكم بتعويض مناسب للمتعاقد مع الإدارة.¹

ومن أمثلة الأخطاء الجسيمة المبررة في نظر شراح القانون والقضاء الفرنسي للفسخ الجزائي:

- (1) عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة من رجال الإدارة.
 - (2) ترك مواقع العمل، وإيقاف تنفيذه.
 - (3) توقيف المورد عن التسليم، أو توريده أصناف رديئة أو غير مطابقة للمواصفات المنصوص عليها في العقد.
 - (4) الغش من جانب المورد نفسه أو من مندوبيه.²
- أما بالنسبة للمشرع الجزائري³ وباستقراء نصوص دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، نجدها قد نظمت أحكام فسخ الصفقة وأشارت إلى العديد من الحالات المبررة لجزاء الفسخ، ومن تلك المواد نورد مضمونها فيما يلي:
- (1) حالة عدم مباشرة المقاول للأشغال في الأجل المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري.
 - (2) حالة عدم الالتزام الدقيق بتنفيذ أوامر المصلحة.
 - (3) حالة رفض المقاول للتغييرات التي تتطلبها الإدارة خلال العمل، كالأوامر الصادرة من المهندس المعماري وعلى مسؤوليته.
 - (4) حالة ظهور ما يؤكد على سوء نية من المقاول.
 - (5) حالة وقوع أعمال تدليس، أو مخالفات متكررة لشروط العمل، أو التقصير الخطير في تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها.

¹ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 194، 195.

² د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، المرجع السابق، ص 131.

³ في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السابق ذكره، فإن النص على جواز الفسخ الثابت للمصلحة المتعاقدة قد جاء نصا عاما دون تحديد الحالات التي يجوز فيها للمصلحة صاحبة المشروع أن تفسخ الصفقة.

6) التعامل الثانوي من دون موافقة المصلحة المتعاقدة.¹

ثانيا: الإعذار.

نظرا لخطورة جزاء الفسخ وما يترتب عليه من آثار، فالرأي السائد - فقها وقانونا وقضاء- هو وجوب قيام المصلحة المتعاقدة بإعذار المتعاقد معها وإعطائه مهلة كافية قبل توقيع هذا الجزاء.² ويرى الفقه الفرنسي بهذا الخصوص، أن عدم مراعاة المصلحة المتعاقدة لقاعدة الإعذار المسبق لقرار الفسخ الجزائي، من شأنه أن يعفي المتعاقد من النتائج الباهظة التي كان سيتحملها فيما لو التزمت الإدارة بهذا الإجراء.³

كما يعتبر الإعذار ضمانا مهمة للمتعاقد مع الإدارة، وذلك للمحافظة على حقوقه أولا، ولينتبه للأخطاء التي وقع فيها، فيحاول استدراكها، حتى لا يتم توقيع هذا الجزاء الصارم عليه ثانيا.

وأخيرا لكي يظل العمل بالمرفق منتظما بصورة جيدة تقبلها جهة الإدارة، لأن هدف الإدارة من الإنهاء الجزائي هو دائما المحافظة على المصلحة العامة، وضرورة حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.⁴

ولقد أوجب القانون المنظم للصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة ضرورة إعذار المتعاقد مقاولا كان أو موردا قبل توقيع جزاء الفسخ.

لكن هذه القاعدة، لا تخلو من بعض الحالات التي تكون الإدارة في حل من هذا الالتزام وتعفى تبعا لذلك من ضرورة الإعذار وتكمن أهم هذه الحالات فيما يلي:

1| إذا ورد نص صريح في عقد الصفقة أو دفتر الشروط، يعفي الإدارة من ضرورة الإعذار المسبق للمقاول أو المورد، قبل فرض جزاء الفسخ عليه. وهذا ما تم التماسه من خلال قرارات مجلس الدولة الفرنسي، التي أشارت إلى حق الإدارة في الإعفاء من الإعذار في مثل هذه الحالة نذكر في هذا الصدد ما جاء في حكمه الصادر

¹ يستحسن بهذا الشأن مراجعة: سعيد عبد الرزاق باخبييرة، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2008/2007، ص 328-442. وذلك للتعرف إلى المزيد من الحالات المبررة لجزاء الفسخ ومختلف التشريعات والنصوص التي نظمتها.

² د. محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 272.

³ سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المذكرة السابقة، ص 346.

⁴ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 199.

في 1961/11/30 في قضية (Garreaus) بأنه يتعين على الإدارة إن هي رأت توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد على المتعاقد معها، الذي يقصر في تنفيذ التزاماته أن تقوم بإعذاره وضرورة تنفيذها، وذلك مالم يتضمن العقد نصا صريحا بإعفائها من هذا الإعذار.¹

وقد أكدت المحكمة العليا في ليبيا ذلك بتاريخ 1975/03/06 الذي جاء فيه: « يتعين على الإدارة قبل توقيع جزاءات على المتعاقد معها في حالة تقصيره أو إخلاله بتنفيذ التزاماته إعذاره قبل توقيع الجزاء عليه وذلك لكي يكون المقصر على جلية من أن نية الإدارة متجهة إلى توقيع هذا الجزاء عليه، فيعمل على تنفيذ ما هو مطلوب منه، أو يدفع التقصير المنسوب إليه، ويثبت للإدارة أنه لم يقصر، حتى يتفادى توقيع الجزاء ولا تعفى الإدارة من هذا الإلتزام إلا بنص صريح في العقد، وفي حالة الاستعجال والضرورة² »

12 | إذا أعلن المتعاقد صراحة من تلقاء نفسه رفضه لتنفيذ التزاماته في غير حالة القوة القاهرة.³

13 | إذا سبق الفسخ إجراء من إجراءات الضغط التي سبقها إعذار، وكان الفسخ لذات الأسباب التي بررت الإجراءات السابقة.⁴

14 | إذا ارتكب المتعاقد أفعال الغش أثناء تنفيذ التزاماته.⁵

أما فيما يخص شكل الإعذار فبالرجوع للجريدة الرسمية رقم 24 لسنة 2011 نجدها قد تضمنت القرار الموعود به في المرسوم الملغى 236/10 حيث نصت المادة

¹ - سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المذكرة السابقة، ص346.

² - د. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص198.

³ - وقد حكم مجلس الدولة الفرنسي في قرار له الصادر في 29 يونيو 1945 في قضية « nille de Bressuire » قرر عدم ضرورة الإعذار، نظرا لأن المتعاقد قد أعلن من تلقاء نفسه رفضه تنفيذ العقد باعتباره لاغيا، نقلا عن ربيحة سبكي، المذكرة السابقة، ص124.

⁴ - د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، المرجع السابق، ص132.

⁵ - وقد تضمنت المادة 35 من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، السابق ذكره، أنه في حالة اكتشاف غش أو مخالفات -يجوز للوزير أن يقصي لمدة محددة أو نهائيا من عقود إدارته.

02 منه بأن الفسخ لا يتم من جانب المصلحة المتعاقدة إلا بعد توجيه إذارين للمتعامل المتعاقد العاجز كما وصفته المادة المذكورة.

وتبين المادة 03 من القرار مضمون الإذار وأوجبت ذكر البيانات التالية:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.
- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.
- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعتها.
- توضيح إن كان أول أو ثاني إذار.
- موضوع الإذار.
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإذار.¹

أما عن شكل الإذار فقد بينته المادة 04 بأنه يتم برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام ونشره وجوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وبالتالي لم يلزم المصلحة المتعاقدة بنشر الإذار في الجرائد الرسمية الوطنية مثلما هو عليه الحال بالنسبة لإعلان المنح المؤقت للصفقة.²

الفرع الثالث: أنواع الفسخ الجزائي.

إن الرأي الراجح الذي عليه غالبية الشراح، يعترف للإدارة " المصلحة المتعاقدة " بحق فسخ الصفقة، جزاء بنفسها، دون وساطة القاضي، ودون اشتراط النص على ذلك في عقد الصفقة.

إلا أن الإدارة " المصلحة المتعاقدة " ملزمة عند اتخاذ هذا الإجراء أن يكون صريحا ومكتوبا وصادرا من السلطة المختصة صاحبة المشروع، كما يجب أن تحدد هذه الأخيرة في هذا القرار، نوع الفسخ الذي تقصده، حسب النتائج التي ترى ترتيبها، لأنه يفرق بين نوعين من الفسخ³:

¹- أنظر الملحق رقم 20.

²- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، ط 4، المرجع السابق، ص ص217،218.

³- نذير بن محمد الطيب أوهاب، المرجع السابق، ص169.

أولاً: الفسخ المجرد¹

يقصد به إنهاء المصلحة المتعاقدة للرابطة التعاقدية القائمة مع المتعامل المتعاقد الذي أخل بالتزاماته، دون قيد أو شرط، وكما قد يكون ذلك مصحوباً بجزاءات مالية: كغرامة التأخير، أو التعويض عن الأضرار التي لحقت المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع.

ثانياً: الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد²

ويقصد به انتهاء الرابطة التعاقدية بفسخ الإدارة " المصلحة المتعاقدة " للصفقة القائمة بينها وبين المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، مع تحمل هذا الأخير الآثار المترتبة على إبرام الصفقة الجديدة، لإتمام تنفيذ الالتزامات التي تخلف عن أدائها.³ وهذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال المادة 152 بقوله «...زيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة.»⁴ بالإضافة إلى أن دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة تضمنت بعض الإشارات إلى هذا النوع من الفسخ، بمقتضى المادة 35 الفقرة 5 التي تنص على أنه: « وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعاً للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف...»⁵

¹ - وهو ما أطلق عليه المشرع الفسخ من جانب واحد في تنظيم الصفقات العمومية، أنظر الملحق رقم 21.
² - ولأول مرة ينص المشرع على هذا الجزاء من خلال نص المادة 2/149 من تنظيم الصفقات لسنة 2015 والذي أطلق عليه تسمية الفسخ الجزئي، مع الإشارة إلى أن هذا الجزاء كان يقتصر في تطبيقه على المتعامل الأجنبي فقط في ظل المرسوم الملغى 236/10، من خلال نص المادة 24 من المرسوم الرئاسي 236/10، المعدلة والمتممة بموجب المادة 02 من المرسوم الرئاسي 98/11، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم في الفقرة 16 منها.

³ - سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المذكرة السابقة، ص 320.

⁴ - أنظر المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، السابق ذكره ص 37.

⁵ - القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، السابق ذكره ص 59.

الفرع الرابع: الآثار القانونية للفسخ الجزائي.

ينتج عن قيام المصلحة المتعاقدة بتقرير الفسخ الجزائي بنوعيه، عدة آثار قانونية تختلف باختلاف نوعي الفسخ وكذلك باختلاف نوع الصفقة، ومع ذلك هناك من الآثار ما هو مشترك بين نوعي الفسخ أولاً، ومنها ما هو خاص بالفسخ الجزائي المجرد البسيط "ثانياً" ومن الآثار ما هي خاصة بالفسخ الجزائي على حساب المتعامل المتعاقد "ثالثاً".
أولاً: الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي.

يترتب على قيام المصلحة المتعاقدة بإصدار قرارها بفسخ الصفقة سواء كان فسحاً مجرداً أم فسحاً على مسؤولية المتعاقد عدة آثار قانونية نذكر منها:

1) إنهاء العلاقة التعاقدية بين طرفي الصفقة بالنسبة للمستقبل، وذلك من تاريخ الإعلان بقرار الفسخ إلى المتعاقد أو ابتداء من التاريخ المحدد في قرار المصلحة المتعاقدة بالفسخ.¹

2) يترتب عن كلا النوعين استبعاد المتعاقد نهائياً نتيجة لفسخ عقده بالتالي يتحتم عليه إخلاء أماكن العمل في صفقة الأشغال العامة في المواعيد التي تحددها المصلحة المتعاقدة، وإذا تأخر في الإخلاء أو رفض ذلك جاز لهذه الأخيرة إخلاء هذه الأماكن على نفقته ومسؤوليته، وخصم المبالغ المستحقة لها من مبالغ التأمين أو بيع أدواته عن طريق المزاد.

كما أنه من حق المصلحة المتعاقدة أن ترفض استلام أي توريدات تالية لقرار الفسخ، وهو ما لم يغفل المشرع بالنص عليه من خلال المادة 23² من دفتر الشروط الإدارية العامة.

3) للمصلحة المتعاقدة الحق في أن تجمع بين جزاء الفسخ والجزاءات المالية المختلفة وفقاً للحالة.³

¹ - ربيحة سبكي، المذكرة السابقة، ص 158، 159.

² - أنظر المادة 23 من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، السابق ذكره، ص 55.

³ - سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المذكرة السابقة، ص 358.

ثانياً: الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرّد البسيط.

يترتب على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة فسخاً مجرداً، عدة آثار قانونية أهمها:

(1) إنقضاء صفقة الأشغال العامة و صفقة اللوازم بلا قيد أو شرط،¹ معناه أن الرابطة التعاقدية تنتهي تماماً وبعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

(2) يحق للمصلحة المتعاقدة عند توقيع هذا الجزاء أن تفرض على المتعاقد الجزاءات المالية إذا توفرت أسبابها القانونية، فبالنسبة لغرامة التأخير فإنها تفرض على المتعاقد المفسوخ عقده في الفترة السابقة على صدور جزاء الفسخ لاختلاف السبب في توقيع كلا منهما كما يمكن الحصول على التعويض للضرر الذي يصيبها قبل صدور قرار الفسخ سواء كان هذا الضرر ناتجاً عن وقف تنفيذ الأشغال العامة، أو عن عدم توريد الأصناف في صفقة التوريد أو كان الضرر ناتجاً عن الفسخ ذاته.²

(3) يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تجمع بين الفسخ المجرّد البسيط ومصادرة التأمين مع استحقاق التعويض³ إذا كان التأمين غير كاف لجبر الضرر الذي أصابها على أن لا تحظر الصفقة العمومية صراحة هذا الجمع.⁴

(4) تسلم الإدارة الأشغال التي قام المقاول بتنفيذها من الفترة السابقة للفسخ، وتبدأ المصلحة المتعاقدة في تسوية الحساب النهائي لعقد الأشغال العامة

¹ يشير فوجيرول « fogerolle » في هذا الصدد بقوله: يبدو أن هذا النوع ملائماً للمتعاقدين، إذ يعفيه من النتائج الباهظة لإخلاله بالتزاماته، ويستعمل أصلاً في تلك الحالات التي يكون فيها حق الإدارة مشكوكاً فيه، على أساس أن أخطاء المتعاقد ليست جسيمة جداً، أو كان لدى هذا الأخير حجج قوية يمكن أن يقبلها القضاء لتبرير موقفه، نقلاً عن سعيد عبد الرزاق باخبيزة، المذكرة السابقة، ص 359.

² ربيحة سبكي، المذكرة السابقة، ص 160.

³ قررت المحكمة الإدارية العليا في ليبيا بتاريخ 2000/11/21 بأن لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي إذا أخطأ المتعاقد، وذلك بإرادتها المنفردة دون الالتجاء إلى القضاء باعتباره امتياز لجهة الإدارة لتعلق عقد الإدارة بالمرفق العام مع حقها بالرجوع على المتعاقد بالتعويض وينتج عن هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية، لمزيد من القرارات القضائية بهذا الشأن، راجع مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 191 وما بعدها.

⁴ ربيحة سبكي، المذكرة السابقة، ص 160.

وفي كل الأحوال يقوم المقاول بإخلاء أماكن الأشغال كما يتم إقامة كشف حساب للفسخ في عقد التوريد.¹

ثالثاً: الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد.

ونتأج هذا النوع من الفسخ أشد وأقصى من النوع الأول، لأن المصلحة المتعاقدة لا تكتفي بالتعويض عن فسخ العقد الأول، ولكنها تحمل المتعاقد نتائج العقد الجديد (الصفقة الجديدة)*.

ويكون الفسخ في هذه الصورة مصحوباً بإعادة طرح الأشغال على حساب المقاول المقصر في عقد الأشغال العامة، أو بإعادة الشراء على مسؤولية المورد. ويجري مجلس الدولة الفرنسي في هذه الحالة على عدم السماح بالالتجاء إلى هذه الصورة إلا إذا نص عليها في العقد أو في دفتر الشروط، وتجلّى ذلك من خلال حكمه الصادر 5 يونيو 1950 في قضية « Sté française de construction » وفي هذه القضية كان دفتر الشروط ينص على الفسخ المجرد في حالة الإفلاس، فلجأت الإدارة إلى وسيلة الفسخ على مسؤولية المتعاقد، فلم يقرها المجلس على ذلك، قائلاً بخصوص هذه الوسيلة الأخيرة.

« Elle est une mesure incomfortable avec la résiliation pure et simple du marché entraînée par la faillite »²

وللمصلحة المتعاقدة الحق بالاحتفاظ بفارق المصروفات إذا كانت الصفقة الجديدة أقل سعراً من الصفقة الأصلية.

وتجدر الإشارة أنه يجب أن تتوفر عدة ضمانات للمتعاقد الأصلي - خاصة في عقد الأشغال العامة لما لها من صلة بالخزينة العامة -، مقابل الآثار التي يترتبها له جزاء الفسخ على مسؤوليته والتي تتمثل فيما يلي:

¹ - سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المذكرة السابقة، ص 361.

* للمصلحة المتعاقدة حرية اختيار طريقة إبرام الصفقة الجديدة، فلها أن تلجأ إلى أسلوب طلب العروض كما لها أن تلجأ إلى أسلوب التراضي.

² - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 557، 558.

- 1) يجب أن تتم الصفقة الجديدة في إطار الصفقة الأصلية، على أساس دفتر الشروط نفسه الذي أبرمت هذه الصفقة بمقتضاه.
- 2) تلتزم المصلحة المتعاقدة أثناء إبرام الصفقة الجديدة أن تتم العملية بأقل الأسعار الممكنة، فلا يجوز تحميل المتعاقد المفسوخ عقده أسعار مبالغ فيها.
- 3) حق المتعاقد المستبعد مراقبة طلب العروض الجديد وله أن يطعن فيه أمام القاضي الإداري باعتبار إجراء طلب العروض قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة العمومية، فيملك القاضي إلغاءه متى تحقق من عدم مشروعيته. وعلى المتعاقد المفسوخ عقده على مسؤوليته أن ينتظر تمام تنفيذ الأعمال عن طريق المتعاقد الجديد وتصفية الحساب، كما يحق له المطالبة بسعر الأعمال التي قام بتنفيذها واسترداد ما بقي له من تأمينه.¹

¹ - ربيحة سبكي، المذكرة السابقة، ص162.

خلاصة الفصل الثاني:

بعد توافر الشروط الواجبة في إبرام الصفقات العمومية واختيار المتعامل المتعاقد يترتب على ذلك دخول الصفقة حيز التنفيذ من أجل تحقيق الهدف من إبرامها، فتملك المصلحة المتعاقدة مجموعة من الوسائل القانونية تمكنها من متابعة مراحل تنفيذ الصفقة. فتمثل هذه الوسائل في الرقابة والتوجيه والقدرة على التعديل الإفرادي للالتزامات التعاقدية دون أن يحتج عليها الطرف المتعاقد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وباعتبار أن المصلحة المتعاقدة هي المسؤولة عن سير المرافق العامة فلها الحق في اتخاذ إجراءات سريعة وفعالة لتحقيق موضوع الصفقة، ومن البديهي أن التدابير السريعة يصعب تحقيقها باللجوء إلى القضاء الذي عادة ما تطول إجراءاته، فكان لزاماً أن تستفيد المصلحة المتعاقدة من وسائل وامتيازات السلطة العامة بصفتها صاحبة الاختصاص في سير هذه المرافق، فيكون لها الحق في توقيع مجموعة من الجزاءات عند وجود أي إخلال من جانب المتعاقد معها.

ونظراً لخطورة هاته الوسائل التي تمارسها المصلحة المتعاقدة، الأمر الذي جعل المشرع يورد عليها مجموعة من القيود والضوابط يضمن بها للمتعاقد مع المصلحة حماية حقه من تعسف هذه الأخيرة.

الجامعة

بعد دراسة موضوع سلطات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الساري المفعول، اتضح لنا أن المصلحة المتعاقدة فتتفرد بمجموعة من السلطات والامتيازات " من يوم التفكير في مشروع الصفقة إلى غاية تجسيده على أرض الواقع " بصفتها المشرفة على كل تراتيب " تحضير وإبرام وتنفيذ " الصفقة.

فقد حرص المشرع الجزائري ومن خلال تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015 بالاعتراف للمصلحة المتعاقدة بمجموعة سلطات أثناء المرحلة التمهيدية لإبرام صفقاتها من أجل تحقيق الفعالية والنجاعة من جراء التعاقد مع أحسن المتعاملين فنيا وماليا وأخلاقيا ونظرا إلى أن صحة وصلاحيات إجراءات هذه الأخيرة " المرحلة التمهيدية " يؤدي إلى صلاح وصحة الإجراءات اللاحقة لها، فقد خصها المشرع بكم معتبر من النصوص القانونية في تنظيمات الصفقات العمومية سواء الملغاة منها أو السارية المفعول.

فتتفرد المصلحة المتعاقدة بمجموعة سلطات من أجل اختيار أفضل المتعاملين للتعاقد معهم، فبعد أن تقوم بتحديد حاجياتها، تبدأ في إعداد دفتر الشروط الذي تحيله إلى لجنة الصفقات المختصة للمصادقة عليه، ثم تعلن عن طلب عروضها وفقا للكيفيات والإجراءات المحددة قانونا.

كما تظهر أيضا السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة والتي تستمدها من امتيازات السلطة العامة والمرفق العام بشكل جلي أثناء تنفيذ الصفقة، وهي المرحلة اللاحقة لإبرام الصفقة العمومية واختيار المتعامل المتعاقد.

حيث تمارس المصلحة المتعاقدة السلطات المخولة لها أثناء تنفيذ الصفقة والمتمثلة في سلطي الرقابة " الإشراف والتوجيه " والتعديل، وتوقيع الجزاءات بأنواعها سواء كانت مالية أو ضاغطة أو فاسخة، بإرادتها المنفردة ودون الحاجة للجوء إلى القضاء، مع بعض التحفظات فيما يخص اقتضاء التعويض كون المشرع الجزائري لم يفصح صراحة بمنح مثل هذا الامتياز للمصلحة المتعاقدة في توقيعه على خلاف نظيره الفرنسي.

إن الخوض في دراسة هذا الموضوع أوصلنا إلى استخلاص مجموعة من الاستنتاجات نوجزها فيما يلي:

1| تعد الصفقات العمومية أداة لتنفيذ المشاريع العامة وإنجاز برامج التنمية.

2| تعد السلطات الواسعة التي تحوزها المصلحة المتعاقدة معيارا أساسيا يطبع الصفة العمومية ويميزها عن العقود الخاصة.

3| حدد المرسوم الرئاسي 247/15 قائمة حصرية للمصالح المتعاقدة التي يمكنها إبرام الصفقات لتحقيق أهداف خاصة بالتسيير أو الاستثمار مع المتعاملين المتعاقدين، من خلال نص المادة 06.

4| يعتبر تحديد الحاجيات وسيلة من الوسائل التي تستعملها المصلحة المتعاقدة لترشيد النفقات العامة، كما تستخدم لاجتناب تبذير وإسراف المال العام.

5| إن عدم تحديد الحاجات بدقة يؤدي إلى غلق أفضليات ولو بصورة غير مقصودة فكل تقصير في تحديد الحاجات بعناية يجعل من العملية محسومة لصالح متعامل متعاقد بعينه.

6| استمرار العمل بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 رغم مرور أكثر من نصف قرن " 53 سنة " على صدوره.

7| على الرغم من توالي تعديلات قانون الصفقات العمومية وإثارة مسألة غياب دفاتر الشروط بالنسبة لصفقات اللوازم والخدمات والدراسات إلا أن أيا منها لم يصدر بعد.

8| هناك عدة اختلافات بين دفتر الشروط الإدارية العامة والمرسوم الرئاسي 247/15 نذكر على سبيل المثال:

✓ هناك تباين فيما يخص أنواع الصفقة: فبالرجوع إلى أحكام المرسوم 247/15

نجد أنه قد أشار إلى أربع أنواع من الصفقات في حين أن دفتر الشروط العامة ينحصر في تطبيقه فقط على الصفقات الخاصة بالأشغال دون سواها.

✓ بالإضافة إلى أن الرقابة على الصفقات والعتبات المالية لم تذكر في دفتر الشروط الإدارية العامة بعكس المرسوم 247/15.

✓ هناك تباين في نوع المصطلحات والعبارات المستعملة في كل منهما.

✓ دفتر البنود الإدارية العامة صادر عن طريق قرار وزاري، في حين أن المادة 26 من المرسوم المعمول به نجدها اشترطت أن تكون الموافقة على دفاتر البنود الإدارية العامة بمرسوم تنفيذي، مع الإشارة أن نفس المادة اشترطت أن يتم تحيين هذه الدفاتر دوريا.

9| هناك اختلاف فقهي حول الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط.

- 10| حول المشرع للمصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد أسلوبين: طلب العروض كقاعدة عامة والتراضي كاستثناء.
- 11| الاهتمام الواضح من قبل المشرع الجزائري بتجسيد مبادئ المنافسة والشفافية والعلانية في مجال الصفقات العمومية.
- 12| إن عملية اختيار المتعامل المتعاقد في الجزائر تخضع للعديد من المبادئ والضوابط فلا يمكن التعاقد مع مترشح إلا إذا تم الإمعان في مؤهلاته التقنية والمالية والشخصية.
- 13| محاولة المشرع مسايرة التطور التشريعي في مجال التعاملات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية.
- 14| ترك السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في كثير من المسائل مثل الآجال والمواعيد... قد يؤدي إلى اتخاذها بعض الإجراءات التعسفية.
- 15| إن هامش الأفضلية للمنتج الوطني المقرر في نص المادة 83 من قانون الصفقات الساري المفعول يبقى مجرد نص قانوني في ظل غياب قاعدة صناعية وفلاحية جزائرية قوية تحقق لهذا المنتج وجود، في ظل السيطرة الأوروبية والآسيوية على السوق الجزائرية.
- 16| بالرغم من النقائص التي تشوب أسلوب التراضي الأمر الذي يفتح الباب أمام المصلحة المتعاقدة للتحايل والتلاعب، إلا أنه يبقى الأسلوب الملائم لإتمام عملية التعاقد لاسيما في الحالات التي تتسم بطابع الاستعجال والضرورة.
- 17| لم يقم المشرع بتحديد عدد أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وهذا يعني أن مسؤول المصلحة المتعاقدة يضع العدد الذي يريده، وهو ما يشكل ثغرة قانونية قد تستخدم للقيام ببعض الأعمال والمناورات التي من شأنها خرق مبدأ المساواة بين العارضين وقواعد الشفافية المقررة لحماية المال العام.
- 18| إن استعمال أظرفة عادية من طرف المترشحين للتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، يسهل عملية فتحها لتمكين أحد المتعاملين من إضافة بعض الوثائق المهمة أو الأساسية لقبول العرض أو لتغيير العرض المالي وهذا ما يخالف مبدأ المنافسة الذي تقوم عليه الصفقات العمومية.
- 19| تجاوز قرار رفض منح التأشيرة بمقرر التجاوز من شأنه المساس بمصداقية الرقابة الخارجية وبالتالي إعدام دورها.

20| قيد المشرع الحق في تجاوز قرار رفض منح التأشيرة بالحالة التي يكون فيها قرار الرفض معللا بمخالفة الأحكام التنظيمية فقط، ولم يسمح بتجاوز هذا القرار إذا كان مسببا بمخالفة الأحكام التشريعية، في حين أن قانون الصفقات هو نص تنظيمي، وهو ما يسمح بإفراغ هذا الأخير من كل محتوياته ومضامينه وإجراءاته الرامية لحماية المال العام.

21| إن الهدف المرجو من فرض الجزاءات المالية والضاغطة من قبل المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد هو إرغام هذا الأخير بالقيام بالتزاماته التعاقدية.

22| ليس للمصلحة المتعاقدة أن تثبت أنه قد لحقها ضرر جراء إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته عند توقيع الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمين وفرض الجزاءات الضاغطة والفاسخة، لأن الضرر مفترض ولا يقبل إثبات العكس.

23| لم يقر المشرع بالاعتراف للمصلحة المتعاقدة باقتضاء التعويض بنفسها، بل هي ملزمة باللجوء إلى القضاء وإثبات الضرر الذي لحقها جراء تقصير المتعامل المتعاقد.

24| بالرغم من حرص المشرع الجزائري على توفير منظومة قانونية متكاملة تحكم مرحلتي الإبرام والتنفيذ إلا أن المشرع لم يوفق بشكل كبير فيما يخص النصوص المتعلقة بمرحلة التنفيذ، التي شابها بعض الغموض كما هو الشأن بالنسبة للإجراءات الضاغطة والمالية.

25| خلافا لتنظيمات الصفقات العمومية السابقة جاء المرسوم الرئاسي 247/15 معترفا للمصلحة المتعاقدة بتوقيع جزاء الفسخ على مسؤولية وحساب المتعاقد معها وهو ما أطلق عليه المشرع بالفسخ الجزئي، تحية للمشرع على هذه المبادرة.

26| يعتبر الملحق تجسيد لسلطة التعديل الإفرادي التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في حين أن المشرع إعتبره وثيقة تعاقدية بين أطراف الصفقة.

27| تعتبر صفقات الأشغال واللوازم المجال الخصب الذي تظهر فيه بشكل جلي السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة.

28| إن استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطاتها أثناء تنفيذ الصفقة يترتب للمتعامل المتعاقد حق في التعويض بل أكثر من ذلك له الحق في المطالبة بفسخ الصفقة متى ثبت تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال هذه السلطات.

وبعد العرض السابق لبعض الاستنتاجات التي تم التوصل إليها في هذه الدراسة ننتقل إلى أهم التوصيات والاقتراحات التي خرجنا بها كما يلي:

(أ) بالنسبة للتوصيات والاقتراحات الموجهة للمشرع:

- 1| بالرغم من الدور الهام الذي يلعبه دفتر البنود الإدارية العامة لسنة 1964 إلا أن الفوارق والاختلافات الموجودة بينه وبين المرسوم الرئاسي 247/15 تستوجب القيام بإصلاح أحكام هذا الدفتر وجعلها تتلاءم مع التنظيمات سارية المفعول.
- 2| من أجل تفادي التجاوزات المترتبة على استعمال الأظرفة العادية من قبل المترشحين يجب على المشرع الجزائري أن يشترط على المتعاقدين الراغبين في التعاقد، تقديم عروضهم في أظرفة نظامية مرقمة تسحب من المصلحة المتعاقدة، " أسوة بالمشرع الكويتي " .
- 3| ضرورة تفصيل وتعديل النصوص القانونية المتعلقة بالجزاءات المالية لكي تكون أكثر وضوحا ومن ذلك نذكر: نسب غرامات التأخير، كيفية اقتضاء التعويض.
- 4| حبذا لو خصص المشرع بعض النصوص القانونية المتعلقة بأحكام الجزاءات الضاغطة وكذا الشروط التي تبرر توقيع مثل هذا الجزاء.
- 5| ضرورة قيام المشرع بإصدار دفاتر شروط لصفقات الخدمات والدراسات واقتناء اللوازم.
- 6| يجب أن يقوم المشرع بتحديد حالات اللجوء إلى الفسخ تحديدا حصريا لتفادي تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال هذه السلطة من جهة، ومن أجل تفادي النتائج السيئة التي تؤدي إلى تعطيل إنجاز مشاريع الصفقات من جهة أخرى.
- 7| إشراك المتعاملين المتعاقدين: المقاولين والموردين...، في ورشات تعديل قانون الصفقات العمومية.

(ب) بالنسبة للتوصيات والاقتراحات الموجهة للمتعاملين المتعاقدين

- 1| يجب على المتعامل المتعاقد ألا يكون هدفه الأساسي هو تحقيق الربح بل لا بد أن يكون هدفه الأسمى هو النهوض بالبلاد نحو الأفضل وتنفيذ مشاريعها على أكمل وجه.

(ج) بالنسبة للتوصيات والاقتراحات الموجهة للمصالح المتعاقدة:

- 1| لا بد على المصلحة المتعاقدة مراعاة الموضوعية في اختيار المتعامل المتعاقد.
- 2| ضرورة الأخذ بمبدأ الشفافية والمساواة والعلانية في عملية إبرام الصفقات العمومية وبالتالي تجسيدها فعليا على أرض الواقع كي لا تبقى حبر على ورق.
- 3| يجب اختيار أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من ذوي الكفاءة العملية والخبرة والاختصاص في مجال الصفقات لكونها تلعب دورا هاما في اختيار المتعامل المتعاقد.

- 4 | القيام بالتنسيق بين مختلف الأجهزة الرقابية لضمان الفعالية والجدوى، فتعدد الأجهزة الرقابية مع غياب التنسيق بينها يؤدي حتما إلى إهدار الرقابة ودورها.
- 5 | يجب على المصلحة المتعاقدة احترام الشروط المفروضة عليها قانونا والتقييد بها قبل توقيع الجزاءات على المتعاقد معها.
- 6 | اعتماد تكوين إطارات في ميدان الصفقات العمومية.
- 7 | أخيرا وليس آخرا لا بد على المصلحة المتعاقدة أن تنظر للمتعامل المتعاقد على أنه معاون في تسيير المرافق العامة، لا أن تعتبره خصما وعدوا لها.
- 8 | يجب أن تتوفر في كل القائمين والمشرفين على تراتيب الصفقات العمومية الأمانة والنزاهة والكفاءة، وحب الوطن قبل حب الذات.
- ونختم قولنا بآيات من الذكر الحكيم، قال الله تعالى:
- « وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون وستردون إلى عالم الغيب والشهادة فينبئكم بما كنتم تعملون »

{ الآية 105 من سورة التوبة }

« ولا تلبسوا الحق بالباطل وتكنموا الحق وأنتم تعلمون »

{ الآية 41 من سورة البقرة }

« وقال الملك ايتوني به استخلصه لنفسى فلما كلمه قال إنك اليوم لدينا مكين أمين (54) قال اجعلني على خزائن الأرض إني حفيظ عليم (55) »

{ الآيتان 54 و 55 من سورة يوسف }

« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون »

{ الآية 188 من سورة البقرة }

قائمة المصادر

والمراجع

أولاً: قائمة المصادر.

I. التشريع العادي:

01_ الأمر 90/67، المؤرخ في 17 يونيو 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 52.

02_ الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، المعدل والمتمم بالقانون 05/07، المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 31.

03_ القانون 11/91، المؤرخ في 08 مايو 1991، المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج ر عدد 21.

04_ قانون رقم 03/06، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14.

II. التشريع التنظيمي:

01_ المرسوم رقم 145/82، المؤرخ في 10/04/1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد 15.

02_ المرسوم رقم 116/84، مؤرخ في 12 مايو 1984، يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد 20.

03_ المرسوم رقم 131/88، المؤرخ في 4 جويلية 1988، المتضمن تنظيم العلاقة بين الإدارة والمواطن، ج ر عدد 27.

04_ المرسوم الرئاسي 250/02، المؤرخ في 24 يوليو 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52.

05_ المرسوم الرئاسي 338/08، المؤرخ في 9 نوفمبر 2008، المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي 250/02، ج ر عدد 62.

06_ المرسوم الرئاسي 236/10، المؤرخ في 07 نوفمبر 2010، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، المعدل والمتمم.

07_ المرسوم الرئاسي رقم 98/11، المؤرخ في 01 مارس 2011، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج ر عدد 14.

- 08_ المرسوم الرئاسي رقم 427/11، مؤرخ في 11 ديسمبر 2011، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية المتعلقة بكيفيات تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنمية، الموقع في الجزائر بتاريخ 12 يوليو سنة 2011، ج ر عدد (68) بتاريخ 14 ديسمبر 2011.
- 09_ المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50.
- 10_ المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57.
- 11_ المرسوم التنفيذي رقم 227/98، المؤرخ في 13 يوليو 1998، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، ج ر عدد 51، لسنة 1998، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 148/09، المؤرخ في 2 مايو 2009، ج ر عدد 26، لسنة 2009.

III. القرارات:

- 01_ القرار الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل ج ر عدد 6 لسنة 1965

ثانيا: قائمة المراجع.

المراجع باللغة العربية:

I. الكتب:

- 01_ د. الشلماني محمد حمد، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، د. ط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، القاهرة، 2007.
- 02_ د. العربي محمد، الصفقات العمومية، قوانين وتنظيمات، ط 2001، دار الملكية للطباعة والنشر والتوزيع، د. ب. ن.
- 03_ د. المعمري محمد بن سعيد بن حمد، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلة الانعقاد والتنفيذ، دراسة مقارنة، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.
- 04_ أوهاب نذير بن محمد الطيب، نظرية العقود الإدارية (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون)، د. ط، مركز البحوث، المملكة العربية السعودية، 2006.

- 05_ د. بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، د. ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 06_ د. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، ط2، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، 2009.
- 07_ د. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط3، دار جسور للنشر، الجزائر 2011.
- 08_ أ.د. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات، ط4، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2014.
- 09_ أ. بو عمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية، فقهية وقضائية، د. ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- 10_ خرشي النوي، سير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، د. ط، دار الخلدونية الجزائر، 2011.
- 11_ د. خليفة عبد الحميد مفتاح، الشلماني حمد محمد حمد، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، د. ط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، القاهرة، 2008.
- 12_ مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، ط01، دار قنديل للنشر والتوزيع، د ب ن، سنة 2011.
- 13_ راغب الحلو ماجد، العقود الإدارية والتحكيم، د.ط، دار الجامعية للطباعة والنشر، د. ب. ن، 2000.
- 14_ د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط3، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1975.
- 15_ د. سليمان محمد الطماوي، العقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995.
- 16_ د. عاطف البنا محمود، العقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
- 17_ عبد الغني عبد الله بسيوني، القانون الإداري، د.ط، دار الجامعة الجديدة، لبنان 1993.
- 18_ د. عبد المنعم خليفة عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية، د. ط، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر، 2004.

- 19_ د. عبد المنعم خليفة عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية، طابع الولاء الحديث القاهرة، 2005.
- 20_ أ. عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2012.
- 21_ د. عوابدي عمار، القانون الإداري، د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- 22_ د. عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، طبعة 2002 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
- 23_ عياد أحمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
- 24_ عيسى رياض، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، ط1، النجف العراق، 1976.
- 25_ قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006.
- 26_ قطيش عبد اللطيف، الصفقات العمومية: تشريعا وفقها، واجتهادا، دراسة مقارنة، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 27_ لباد ناصر، قانون إداري، نشاط إداري، ج2، ط1، الناشر لباد، الجزائر، 2004.
- 28_ د. محيو أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1996.
- 29_ د. نوح مهند مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
- 30_ أ. منصور بوزيان، محاضرات في مادة الصفقات العمومية، أقيت على الطلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء بالأبيار، الجزائر، الدفعة 24، سنة 2014

II. الأطروحات والرسائل الجامعية:

(أ) أطروحات الدكتوراه:

- 1_ باخبيرة سعيد عبد الرزاق، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2008/2007.
- 2_ بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العمومية على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة منتوري قسنطينة، 2012/2011.
- 3_ تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- 4_ حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2012.
- 5_ خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر 01، 2015/2014.
- 6_ عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري: الصفقات العمومية في الجزائر أطروحة دكتوراه، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009/2008.

(ب) رسائل ومذكرات الماجستير:

- 1_ أكرور ميريام، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2008/2007.
- 2_ بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر، 2009-2008.
- 3_ بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، مذكرة ماجستير، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2012/2011.
- 4_ بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.
- 5_ بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- 6_ بوزيرة سهيلة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة ماجستير، جامعة جيجل، 2007.

- 7_ جوادي نبيل، دفا تر الشروط في القانون الإداري الجزائري، دراسة متعلقة بعقود الإدارة مذكرة الماجستير، جامعة الجزائر، 2005-2006.
- 8_ حابي فتيحة، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المعدل والمتمم)، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2013.
- 9_ خرفان محمد، اختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر -01-، 2013/2014.
- 10_ زعلان عبد الغني، حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2007.
- 11_ زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011-2012.
- 12_ زيات نوال، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر، 2012/2013.
- 13_ سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- 14_ شقظمي سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010/2011.
- 15_ علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2003-2004.
- 16_ فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر، 2006/2007.
- 17_ لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية)، مذكرة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، 2006/2007.

III. المقالات.

- 01_ د. أبو السعود محمود، (سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، 1997، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.
- 02_ أ. بن أعمار صابرينة، (حوكمة الصفقات العمومية في إطار الاستراتيجية الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 09 معهد الحقوق الجزائر، سبتمبر 2015.
- 03_ محفوظ عبد القادر، (التعديل الإنفرادي لعقدي إمتياز المرفق العام والأشغال العمومية، دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا ومصر)، مركز جيل البحث العلمي، مجلة جيل الدراسات المقارنة، العدد 12، أكتوبر 2016.
- 04_ د. منصور إبراهيم العتوم، (النظام القانوني للغرامة التأخيرية في العقود الإدارية " دراسة تحليلية مقارنة")، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث والخمسون، السنة السابعة والعشرون، يناير 2013، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

IV. المداخلات.

- 01_ بن دراجي عثمان، (مجال تدخل المراقب المالي في الصفقات العمومية على ضوء القانون الجديد للصفقات العمومية " المرسوم الرئاسي 247/15")، ملتقى حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يوم 17 ديسمبر 2015 جامعة محمد خيضر بسكرة.
- 02_ تياب نادية، (تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية حماية للمال العام) ملتقى الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013.
- 03_ حططاش عبد الحكيم، زيتوني هند، (مدى ملاءمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برامج الاستثمارات العامة للفترة 2001-2014)، أبحاث المؤتمر الدولي، تقييم آثار الاستثمارات العامة وانعكاساتها على التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2014، 12/11 مارس 2013، مدارس الدكتوراه، جامعة سطيف.
- 04_ حميدة أحمد سرير، (الصفقات العمومية وطرق إبرامها)، ملتقى الصفقات العمومية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013.

05_ حوحو شوقي، (إجراءات إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية _ أشغال انجاز _)، ملتقى حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، يوم 17 ديسمبر 2015 جامعة محمد خيضر بسكرة.

06_ شقطني سهام، (الرقابة على الملحق في الصفقات العمومية في الجزائر)، ملتقى الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013.

07_ صادقي موسى، (الإجراءات العملية لكيفية تحضير وإعداد دفاتر الشروط)، ملتقى حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، يوم 17 ديسمبر 2015 جامعة محمد خيضر بسكرة.

08_ كركادن فريد، (طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري -)، ملتقى الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بجاية، 2013.

v. المجلات القضائية.

01_ المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، سنة 1991

المراجع باللغة الأجنبية:

01- Cherif Bennadji, l'évolution de la réglementation des marchés Publics en Algérie, thèse de doctorat, soutenue à l'université d'Alger, 1991, tome 02.

ملخص

الموضوع

يتضح لنا من خلال هذه الدراسة أن المصلحة المتعاقدة تتمتع في مجال الصفقات العمومية بسلطات لا وجود لها في عقود القانون الخاص والسبب يعود إلى أن المصلحة المتعاقدة تسعى دائما إلى تطوير وتسيير المرافق العامة من أجل إشباع الحاجات العامة لكن يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتقيد بالمشروعية عند استعمال سلطاتها حتى تتجنب التعسف في استعمال السلطة، لأن الغرض من هذه الامتيازات تحقيق المصلحة العامة وليس معاقبة أو إرهاب المتعاقد معها.

الفهرس

الصفحة	المحتويات
1	مقدمة.
6	الفصل الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة أثناء المرحلة التمهيدية لإبرام الصفقة العمومية.
7	المبحث الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة في تحديد الحاجات وإعداد دفتر الشروط.
7	المطلب الأول: تحديد الحاجات.
8	الفرع الأول: إحصاء الحاجات المراد تحقيقها.
10	الفرع الثاني: ضرورة توفير الاعتماد المالي.
11	الفرع الثالث: تسجيل المشاريع العمومية.
14	المطلب الثاني: مفهوم دفتر الشروط.
14	الفرع الأول: تعريف دفتر الشروط.
16	الفرع الثاني: أهمية دفتر الشروط.
16	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لدفتر الشروط.
18	المطلب الثالث: أنواع دفتر الشروط.
21	المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد.
21	المطلب الأول: أسلوب طلب العروض.
22	الفرع الأول: تعريف أسلوب طلب العروض.
23	الفرع الثاني: أشكال طلب العروض.
26	الفرع الثالث: إجراءات إبرام الصفقة وفقا لأسلوب طلب العروض.
37	المطلب الثاني: أسلوب طلب العروض.
37	الفرع الأول: تعريف أسلوب التراضي.
39	الفرع الثاني: أشكال التراضي.
43	الفرع الثالث: إجراءات إبرام الصفقة وفقا لأسلوب التراضي.

45	خلاصة الفصل الأول.
47	الفصل الثاني: سلطات المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة.
48	المبحث الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة ذات الطابع الفني.
48	المطلب الأول: سلطة الرقابة.
48	الفرع الأول: سلطة الإشراف.
49	الفرع الثاني: سلطة التوجيه.
50	الفرع الثالث: مظاهر سلطة الرقابة.
52	المطلب الثاني: سلطة التعديل.
53	الفرع الأول: تعريف سلطة التعديل.
55	الفرع الثاني: ضوابط ممارسة سلطة التعديل.
57	الفرع الثالث: صور سلطة التعديل.
60	الفرع الرابع: آليات ممارسة سلطة التعديل.
62	المبحث الثاني: سلطات المصلحة المتعاقدة ذات الطابع الجزائي.
62	المطلب الأول: سلطاتها في توقيع الجزاءات المالية.
63	الفرع الأول: الغرامات التأخيرية.
66	الفرع الثاني: مصادرة مبلغ الضمان.
67	الفرع الثالث: التعويض المالي.
68	المطلب الثاني: سلطاتها في توقيع الجزاءات الضاغطة.
68	الفرع الأول: سحب العمل من المتعامل المتعاقد في صفقة الأشغال العامة.
70	الفرع الثاني: الشراء على حساب المتعاقد في صفقة اقتناء اللوازم.
70	المطلب الثالث: سلطاتها في توقيع الجزاءات الفاسخة.
71	الفرع الأول: تعريف الفسخ الجزائي.
72	الفرع الثاني: شروط لجوء المصلحة المتعاقدة لسلطة الفسخ الجزائي.
76	الفرع الثالث: أنواع الفسخ الجزائي.
78	الفرع الرابع: الآثار القانونية للفسخ الجزائي.

82	خلاصة الفصل الثاني.
83	الخاتمة.
89	قائمة المصادر والمراجع.
97	الفهرس.