

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

ضمانات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية

وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

فرع القانون العام

تخصص: قانون الجماعات المحلية

تحت إشراف الأستاذ:

علام لياس

من إعداد الطالبتين

صبياد رحيمة

سعيدي كاتية

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذة(ة) مزارى صبرينة----- رئيسا

الأستاذ علام لياس----- مقررا ومشرفا

الأستاذ بن بركان أحمد----- ممتحناً

السنة الجامعية: 2016/2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

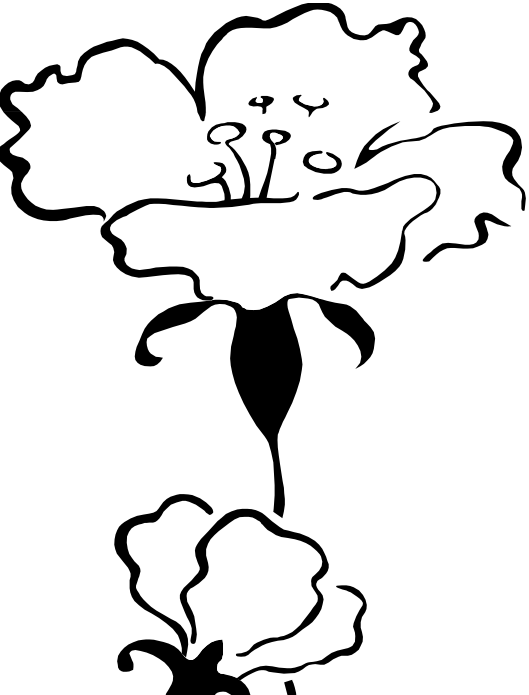
أَقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ﴿١﴾ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ

عَلَقٍ ﴿٢﴾ أَقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ ﴿٣﴾ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ

﴿٤﴾ عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ ﴿٥﴾

صدق الله العظيم

سورة العلق الآية 1 إلى 5



شكر وعرافان

لا يسعنا ونحن ننهي هذا العمل المتواضع إلا أن نتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير،
اعترافا بالجميل إلى من تكرم بقبوله الإشراف على هذه المذكرة.

" أستاذنا المشرف علام لياس "

فقد أنرتم عملنا فاستقيننا من فضلكم التوجيه والتصويب فلم تبخلوا علينا بتوجيهات القيمة
والدعاء الدائم فمنحنا القوة والصبر للاستمرار في هذا العمل فأحسنتم بتقديم المعلومة
والمعاملة.

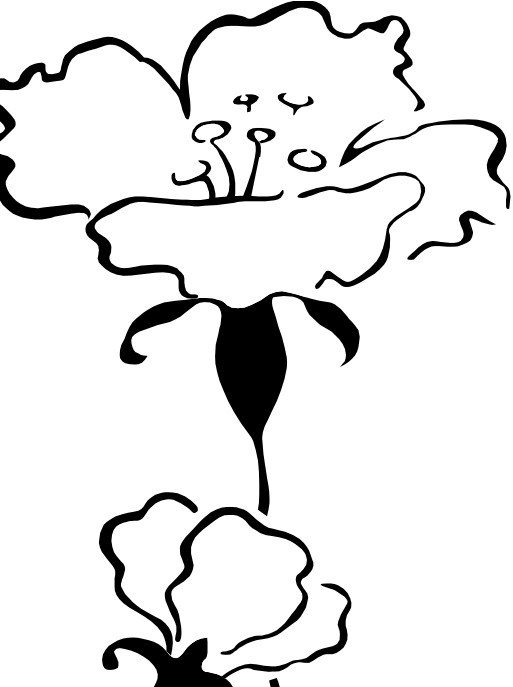
فلكم منا أسمى معاني الشكر والاحترام والامتنان وجزاكم الله خيرا

كما نتقدم بالشكر العظيم إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين شرفونا بفضلهم بقبول مناقشة هذه
المذكرة.

كما لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر الجزيل إلى كافة الأساتذة وعمال كلية تيزي وزو، وبجاية.

رحيمة

كاتبة



إهداء

ها نحن اليوم والحمد لله نطوي سهر الليالي وتعب الأيام وخلاصة مشوارنا بين سطور هذا العمل المتواضع.

إلى من تعلم وهو أُمي إلى سيد الخلق رسولنا الكريم محمد صلى الله عليه وسلم

إلى من شقي وتعب لأسلك طريق العلم والنجاح.....أبي العزيز.

إلى رمز الحنان إلى من علمتني الاحترام والحب وطاعة الله.....أُمي الغالية.

إلى سندي في هذه الحياة أخي العزيز فؤاد.

إلى أخواتي توأم الروح وسيلة وبرعم العائلة حنان.

إلى جدي وجدتي أطل الله في عمرهم.

إلى كل من قدم لنا نصيحة أو معلومة أخص بالذكر موسى وحمزة.

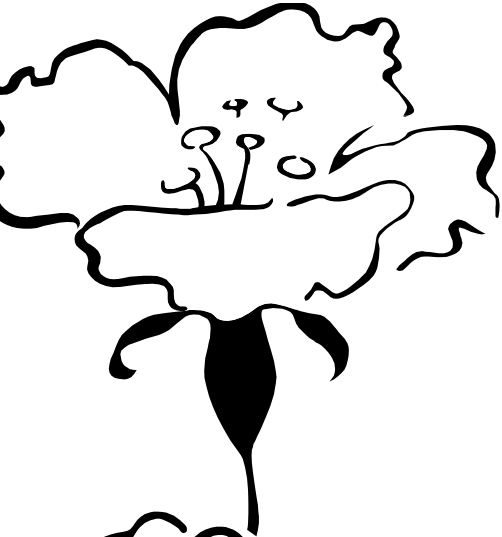
إلى من جمعنا بهم درب العلم والمعرفة إلى زملائي: حكيمة، ياسمين، ماسى.

إلى من تقاسمت معها هذا العمل صديقتي وأختي رحيمة.

إلى كل أستاذ علمني حرفا وزرع في ذهني معلومة من الابتدائي إلى ما بعد التدرج.

لكل من ذكرتهم أو لم أذكرهم أهدي عملي هذا.

كاتبة



إهداء

الحمد لله فالق الأنوار وجاعل الليل والنهار، ثم الصلاة والسلام على سيدنا محمد

النبي المختار وآله وأصحابه الأخيار إلى يوم القرار.

- أهدي هذا العمل والجهد المتواضع إلى من زرعتني بذرة ورباني صغيرة ورعاني كبيرة إلى الأمل في الوجود والذي منحني الثقة والحنان ومثلني الأعلى وقلب الأسرة النابض..... أبي العزيز.

- إلى من أرضعتني لبن الحنان، وسقنتني ماء الحياة، وتطيب أيامي بقربها ويسعد قلبي بهنائها فغرست في قلبي مخافة الله في السر والعلن وحببت إلى قلبي العلم والفضيلة والإيمان واجتهدت في تربيته على مراقبة الله عزوجل في كل شيء، إلى أغلي ما في الوجود..... أمي العزيزة.

- إلى إخوتي شموع دربي وترعرعت معهم فكانوا لي سندي في الحياة: "عاشور" "بوزيد"، "موسى".

- إلى رفيقات دربي في الحياة وأعز الأشخاص إلى قلبي أخواتي: "تسعديت" و"دليلة".

- إلى كل الأهل والأقارب من قريب وبعيد.

- إلى من أفتخر بصحبتهن وجمعت بيننا الأيام جميع صديقاتي وأخص بالذكر ياسمين وحكيمة.

- إلى الزميلة والصديقة والأخت في هذا العمل "كاتية".

- إلى كل من علمني حرفا إلى جميع أساتذتي الكرام من الابتدائية إلى ما بعد التدرج.

رحيمة

قائمة أهم المختصرات

أولاً: بالعربية:

ج.ر: الجريدة الرسمية.

د.ج: دينار جزائري.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ص: الصفحة.

ص.ض.ص.ع: صندوق ضمان الصفقات العمومية.

ط: الطبعة.

ثانياً: بالفرنسية:

Ed: édition .

Op.cit: (opere citato), Référence précédent citée

P: page

مقدمة

الإدارة أثناء تسييرها لمختلف المرافق العامة تمارس عدة أعمال تتمحور أساسا في الأعمال المادية التي تقوم فيها الإدارة بتنفيذ قرار إداري دون أن تقصد من ورائها إحداث أثر قانوني، والأعمال القانونية التي تقوم بها الإدارة والتي تكون عادة بإرادتها المنفردة لما لها من امتيازات السلطة العامة تتجلي في صورة القرار الإداري وتارة أخرى تتجلي في صورة أعمال تعاقدية تتمثل في العقد الإداري الذي يعرف على أنه: "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام وتسييره وتظهر نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد لشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص."⁽¹⁾

وفي ظل ذلك فقد اعترف المشرع للإدارة بأهلية التعاقد بغرض تمكينها من تحقيق الأهداف المنوطة إليها، غير أن الإدارة وهي تدخل في روابط عقدية مع الغير نجدها أحيانا تخضع لنصوص قانونية مميزة وهو قانون الصفقات العمومية وأحيانا أخرى تخضع للقانون الخاص، وتعتبر الصفقة العمومية أداة فعالة للتنمية لما لها من وظيفة عالية في توزيع الموارد، ومسايرة مختلف التطورات الراهنة على الصعيد الاقتصادي⁽²⁾.

ولقد مرّ النظام القانوني للعقود الإدارية في الجزائر بعدة مراحل وذلك تبعا ومراعاة للتطورات السياسية والاقتصادية التي عرفت البلاد منذ الاستقلال إلى يومنا هذا بحيث تم إصدار أول تشريع جزائري منظم للصفقات العمومية بموجب الأمر رقم 67-90 وقد عدل مرة واحدة⁽³⁾، ثم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁽⁴⁾، ليليه صدور المرسوم

(1) نقلاً عن عبلاش كاهينة، علي سوهيلة، الضمانات العقدية في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص 2.
(2) AOUDIA Khaled), LALLEM Mohammed et LAOUER Rachida, Gestion des marches publics ISGP, 2003, p. 2 .

(3) أمر رقم 67-90، المؤرخ في 17/06/1967، يضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر. عدد 52، صادر في 27/06/1967. (ملغى).

(4) مرسوم الرئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24/07/2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر. عدد 52، صادر في 28 جويلية 2002، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، ج.ر. عدد 55، صادر في 14 سبتمبر 2003، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج.ر. عدد 62، صادر في 09 نوفمبر 2008.

الرئاسي رقم 10-236 والذي عدل أربعة مرات⁽⁵⁾، وفي سنة 2015 صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وكما نعلم فإذا كانت الصفقات العمومية وبالخصوص العقود الإدارية تخضع لنظام استثنائي، وإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة في تنفيذ هذه العقود، فإن دل على شيء إنما يدل على للصالح العام والتسيير الحسن للمرفق العام⁽⁶⁾، وفي ظل كون الصفقات العمومية من العقود الإدارية المهمة والتي تسعى بدرجة أولى لتلبية حاجات الجمهور فقد أعطاه المشرع أهمية كبيرة وأطرها في قانون كامل ألا وهو القانون المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ومن خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر فنجد أنه عرف الصفقات العمومية وذلك بالتحديد في المادة الثانية (2) منه على أنه: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة

المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

وأبرز مظهر تتميز به الصفقات العمومية عن غيرها من العقود الخاصة، ممارستها لجملة من السلطات الخارجة للمألوف والتي تجعلها في مركز أسمى وأقوى، وغير متساوية مع الطرف المتعامل المتعاقد، وهذا لارتباط الصفقة العمومية كما سلف الذكر بالمرفق العام الذي يهدف لتحقيق المصلحة العامة⁽⁷⁾.

من هنا نجد أن للصفقة العمومية طرفين: الطرف الأول يتمثل في المصلحة المتعاقدة والطرف الثاني هو المتعامل المتعاقد معها وعليه فلكل طرف في هذه الصفقة حقوق والتزامات

⁽⁵⁾ مرسوم الرئاسي رقم 10.236 المؤرخ في 7/10/2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 58 الصادر في 7/10/2010، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11.98 المؤرخ في 1/3/2011، ج.ر، عدد 14 الصادر في 19/6/2011، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12.23 المؤرخ في 18/1/2012، ج.ر، عدد 4 الصادرة في 26/1/2012، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13.03 المؤرخ في 13/1/2013، ج.ر، عدد 2 لسنة 2013.

⁽⁶⁾ قطان محمد، "قانون الصفقات العمومية"، ملتي قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990، ص166.

⁽⁷⁾ حبطيش أسيا، حيون زينة، التوازن بين امتيازات السلطة العامة وظوابط مبدأ المشروعية في إبرام الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص23.

واردة على عاتقه، ونظرا لما للصفقات العمومية من أهمية كبيرة سواء في تنفيذ المشاريع أو المخططات الوطنية والبرامج الاستثمارية التي تضعها السلطة المركزية التي يقع تنفيذها على عاتق الإدارة المعنية⁽⁸⁾، ومع التحولات الاقتصادية اعتمد المشرع سياسة قانونية تسعى لتجسيد مبادئ التوجه نحو انفتاح السوق المتمثلة في حرية الإدارة في اختيار المترشحين واحترام مبدأ المنافسة، وكانعكاس ايجابي لذلك تم إدراج نظام خاص بالضمانات الذي يهدف لتنفيذ الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها وعدم المساس بحقوقها التعاقدية وذلك في شكل مبادئ وإجراءات تميز فيها الصفقات العمومية عن بقية عقود الإدارة وفي هذا الصدد نصت المادة 124 من المرسوم الرئاسي الجزائري رقم 15-247 على أنه: " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة."، فنلاحظ من ذلك أن المشرع أوجب وألزم المصلحة المتعاقدة على الأخذ بهذه الضمانات وذلك ضمانا لحسن إبرام وتنفيذ وإنهاء الصفقة فهي ضمانات واردة في كل مراحل إبرام الصفقة.

وفي مجال الضمانات فللمصلحة المتعاقدة حظ أوفر كون المشرع أقر لها مجموعة من الحقوق أو السلطات في مجال الصفقات العمومية مقابل التزامات على عاتق المتعامل المتعاقد، ونظرا لحرص المشرع الجزائري على حسن تنفيذ الصفقة العمومية وضمنا لذلك خاصة لما يخدم المصلحة المتعاقدة فقد أعطى أهمية لهذه الضمانات حيث أدرج المشرع القسم الرابع من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247 تحت عنوان " الضمانات" من المادة 124 إلى غاية المادة 134 أي حوالي 10 مواد قانونية نصت بصريح العبارة على هذه الضمانات، كما وأنه من خلال نفس المرسوم نص المشرع الجزائري إلى عدة ضمانات أخرى وذلك بصفة غير مباشرة.

والمشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية الجديد تطرق إلى مسألة هامة تتمثل في تسوية النزاعات الناجمة عن عملية تنفيذ الصفقة العمومية، كما يبرز المجال أكثر وضوحا لامتيازات الإدارة بعد إبرام الصفقة، إذ ينقرر لها في مواجهة المتعاقد معها حقوقا وسلطات خاصة

⁽⁸⁾ بودراع صونية، بوجلال مريم، الضمانات في مجال إبرام الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص1.

تختلف عن الحقوق التي يقرها القانون الخاص لأي متعاقد قبل الطرف الآخر، منها سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه وتعديل بنود الصفقة، كما لها امتياز وقف تنفيذ الصفقة أو إلغائها نهائيا بإرادتها المنفردة متى تبين لها وفقا لمقتضيات المصلحة العامة أن تنفيذها أصبح غير ضروري، إضافة إلى ذلك فإن للإدارة حق توقيع عقوبات وجزاءات مختلفة على المتعامل المتعاقد عند إخلالها بأحد شروط الصفقة وبنودها⁽⁹⁾.

وعلى هذا الأساس فإن محور هذا الموضوع تقوم حول طرح الإشكالية التالية: فيما تتمثل ضمانات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية؟ وكيف عمدّ المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 إلى تكريسها الفعلي؟

ومن خلال هذه الإشكالية عمدنا إلى التحليل والتفصيل في موضوعنا هذا بإتباع المنهج الوصفي والتحليلي وذلك بإجراء دراسة تحليلية لنصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع وتفسير مضمونها لتبيان مدى توفيق المشرع الجزائري في وضع ضمانات للمصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية، وبهدف الإلمام بجميع وأهم الضمانات المقررة في مجال الصفقات العمومية لأبد من دراسة الضمانات العامة التي تخدم المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية (الفصل الأول)، ومن ثم دراسة أهم الضمانات الخاصة كذلك بالمصلحة المتعاقدة التي قررها المشرع الجزائري تجاه المتعامل المتعاقد (الفصل الثاني).

⁽⁹⁾بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص5.

الفصل الأول:

الضمانات العامة التي تتمتع بها المصلحة

في مجال الصفقات العمومية المتعاقدة

تعد الصفقات العمومية من العقود الإدارية المرتبطة ارتباطا وثيقا بالخزينة العامة والمال العام، فهي تكلف أموال ضخمة ما يجعلها محل لجلب عدد هائل من المتعاملين الاقتصاديين وذلك رغبة منهم بتحقيق ربح من جهة وتحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى، ونظرا للأهمية التي تكتسبها الصفقات العمومية فقد تعددت التعريفات المقدمة لها فنجد تعريف الفقه الذي عرف الصفقات العمومية بأنها: "عقد إداري يلتزم فيها الشخص الطبيعي أو المعنوي الخاص الذي يسمى بالمتعامل المتعاقد بتقديم لوازم أو خدمات أو انجاز أشغال لصالح المصلحة المتعاقدة التي تكون احدي هيئات الدولة".⁽¹⁾

وعرفها القضاء كذلك على أنها: "تعرف الصفقة العمومية على أنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقابلة أو انجاز مشروع أو أداء خدمات".⁽²⁾، إلا أن التعريف الأقرب هو التعريف القانوني، فلما للصفقات العمومية من دور في إشباع الحاجات العامة وتحقيق المصالح والأرباح الخاصة للمتعاملين وخدمة للمال العام فقد لجأ المشرع الجزائري لتكثيف الجهود القانونية محاولة منه لتغطية كافة جوانب الصفقات العمومية ونظرا للتجديد المستمر لقانون الصفقات العمومية في ظل التحولات الاقتصادية والسياسية السائدة فان تعريفها كذلك عرف تعدد واختلاف بسيط، إلا أن جميع قوانين الصفقات العمومية وحدت هذه التعريفات بإتباع ثلاث معايير تتمثل في الأساس في المعيار الشكلي المتمثل في شرط الكتابة، والمعيار العضوي المتعلق بالهيئات والمعيار الموضوعي المتمثل في أنواع الصفقات.

وفي ظل التعديل الأخير لقانون الصفقات العمومية فقد عرفت المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي نصت على أن: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع

(1) بوعلي سعيد، شريقي نسرين، عمارة مريم، القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016،

ص 126.

(2) المرجع نفسه، ص 126.

متعاملين اقتصاديين، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم والخدمات والدراسات." (3) .

وضمنا من المشرع وحرصا منه على حماية الصفقات العمومية من الفساد بشتى أنواعه من جهة وحماية للمصلحة المتعاقدة من جهة ثانية، وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر حاول بشكل أوسع وأعمق تكريس المبادئ العامة التي تقوم عليها الصفقات العمومية وذلك باحترام كل من مبدأ المساواة، ومبدأ الشفافية ومبدأ المنافسة (4) ، ما يعطي ضمان أكثر للمصلحة المتعاقدة في مجال إبرام الصفقة، خاصة بعد التعديل الأخير لقانون الصفقات العمومية الذي حدد طرق وكيفيات الإبرام وذلك في الفصل الثالث من المرسوم الرئاسي 15-247 والمتمثلة في طلب العروض كقاعدة عامة وإجراء التراضي كاستثناء لإبرام الصفقات العمومية، وتسيطر على عملية إبرام الصفقات العمومية مجموعة من الاعتبارات الأساسية التي تحدد وسائل اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة، وتشمل هذه الاعتبارات في مايلي:

- تحقيق أكبر مردود مالي للخرينة العامة وهو ما يفرض على الإدارة اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط المالية.

-المصلحة الفنية للإدارة وبالتالي لها اختيار أكفاء المتقدمين لأداء الخدمة بصرف النظر على كل الاعتبارات المالية.

(3) أنظر نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247، مؤرخ في 16/09/2015، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر، عدد 50، صادر في 20/09/2015.

(4) رجدال فتيحة، سعداوي فطيمة، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الجماعات المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص5.

- مراعاة اعتبارات العدالة القانونية التي تقوم على أساس ضرورة كفالة وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، بتحقيق الضمانات اللازمة لذلك من أي تهديد من تعسف السلطات الإدارية المتعاقدة، وإساءة استعمال حريتها المطلقة في اختيار الطرف المتعاقد معها.

وعلى هذا الأساس ارتأينا لتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين بحيث أدرجنا المبادئ التي تقوم عليها إجراءات الصفات العمومية (المبحث الأول)، ثم تطرقنا بالدراسة إلى مراحل إبرام الصفات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 (المبحث الثاني).

مبحث أول:

المبادئ التي تقوم عليها إجراءات الصفات العمومية كضمانة لبلوغ أهداف
المصلحة المتعاقدة:

قبل أن نتناول بالدراسة الطرق المختلفة لاختيار المتعاقد مع الإدارة المحددة في القانون⁽⁵⁾، وباعتبار أن إبرام الصفات العمومية يفرض الاستجابة للأهداف المسطرة مسبقا والتي تدور أغلبها حول التسيير الجيد للأموال العمومية وتفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة والمحافظة على توازن الأطراف المتعاقدة⁽⁶⁾، لا بد أن نعرض بإيجاز لأهم المبادئ التي تحكم العقود الإدارية و المتمثلة في مبدأ المنافسة بين المترشحين (المطلب الأول)، وتكريس مبدأ المساواة في معاملة المترشحين (المطلب الثاني)، وتكريس مبدأ شفافية الإجراءات (المطلب الثالث).

(5) نواف كنعان، القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2007، ص 333.

(6) قدوج حمامة، عملية إبرام الصفات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 5.

مطلب أول:**مبدأ حرية المنافسة بين المترشحين:**

إن استعمال مبدأ المنافسة في الصفات العمومية من المبادئ العامة التي حرص المشرع على تكريسها ، ويقصد بذلك إتاحة الفرصة لإشراك أي منافس متى توافرت فيه الشروط القانونية لتقديم عطاءاتهم بعد الإعلان، وفي أيطار الشكلية الواجب إتباعها للدخول في المنافسة⁽⁷⁾، وضمانا لحماية حرية المنافسة فان المشرع الجزائري أدخل أحكام جديدة في قانون الصفات العمومية إلي جانب قانون المنافسة، وعلي هذا الأساس استلزم تقسيم مطلبنا هذا إلى ثلاث فروع وذلك بالتطرق إلى المقصود بمبدأ حرية المنافسة بين المترشحين (الفرع الأول) ، ثم التكريس القانوني لمبدأ حرية المنافسة (الفرع الثاني)، ثم القيود الواردة على مبدأ المنافسة (الفرع الثالث) .

الفرع الأول:**المقصود بمبدأ حرية المنافسة بين المترشحين:**

نظرا لأهمية مبدأ المنافسة جاء تكريسه في قانون المنافسة بموجب أحكام المادة الثانية من الامر 03-03 التي نصت على أنه: " يطبق هذا الأمر على نشاط الإنتاج و التوزيع و الخدمة بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميين، إذا كانت لا تندرج ضمن ايطار ممارسة صلاحية السلطة العامة أو أداء لمهام المرفق العام"⁽⁸⁾، على غرار المادة الثانية من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة الملغي الذي نص على أنه: " تطبق أحكام هذا الأمر على

(7) حجوط صونية، خنوسي رادية، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص 24.
(8) أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية متعلق بقانون المنافسة، ج.ر، عدد 43 الصادر بتاريخ 20/07/2003، معدل ومتمم بقانون رقم 08-12 مؤرخ في 25/07/2008، ج.ر، عدد 36 الصادر بتاريخ 02/07/2008، معدل ومتمم بقانون رقم 10-05، مؤرخ في 15/08/2010، ج.ر، عدد 46 صادر بتاريخ 18/08/2010.

الصفقات العمومية ابتداءً من الإعلان عن المنافسة إلى المنافسة إلى غاية المنح النهائي للصفقة غير انه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحية السلطة" ، فحرية المنافسة هي فتح المجال للأشخاص الطبيعية و المعنوية الذي تتحقق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم لعروضهم أمام احدي الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية، وفقا للشروط التي تضعها مسبقا، أي أن تقف المصلحة المتعاقدة موقفا حياديا إزاء المتنافسين و ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية لتقدير الفئات التي تدعوها⁽⁹⁾، وذلك تماشيا مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة المعلن عنه في دستور 2016.

يلعب مبدأ المنافسة دورا هاما في القضاء على الفساد في الإدارة تحقيقا للأهداف التي رسمها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته حيث جاء فيه أنه يجب في حال الإجراءات المعمول بها في قانون الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و الممارسة على مواضيع موضوعية⁽¹⁰⁾، ولم يغفل قانون الصفقات العمومية للإشارة لهذا المبدأ و ذلك من خلال المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽¹¹⁾.

(9) حجوط صونوية، خنوسي راديه، مرجع سابق، ص 20.

(10) أمر رقم 06-01 مؤرخ في 20/02/2006، متعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر، عدد 14، مؤرخ في 8/03/2006، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-05، مؤرخ في 26/08/2010، ج.ر، عدد 50، مؤرخ في 01/09/2010، معدل ومتمم بقانون رقم 11-15، مؤرخ في 02/08/2011، ج.ر، عدد 44، مؤرخ في 10/08/2011.

(11) تنص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، السالف الذكر، على مايلي: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات...".

الفرع الثاني:

التكريس القانوني لمبدأ حرية المنافسة:

كرس مبدأ المنافسة لأول مرة سنة 1995 بموجب الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة الملغي تماشياً مع النظام المتبني في الجزائر ألا وهو اقتصاد السوق ليتم سنة بعد ذلك تكريسه في دستور 1996 بموجب المادة 37 منه التي نصت على أن: "حرية الصناعة والتجارة مضمونة وتمارس في أطار القانون".⁽¹²⁾، ثم في الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة في المادة 4 منه نصت على أنه: "تحدد بصفة حرة أسعار السلع و الخدمات اعتماداً على قواعد المنافسة...".

يعد قانون الصفقات العمومية أول القوانين في استعمال تقنية إجراء المنافسة فهو قبل كل شيء قانون الخضوع للمنافسة، فلقد استعمل هذا المصطلح لأول مرة في النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية وهو الأمر 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية⁽¹³⁾.

الفرع الثالث:

القيود الواردة على مبدأ المنافسة:

يعد مبدأ المنافسة من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية، وقد حرص المشرع الجزائري لتجسيد هذا المبدأ، غير أن هذا المبدأ لا يعد مطلق في كل حالاته كون أن المصلحة المتعاقدة في بعض الأحيان تجد نفسها لا تحترم ولا تخضع لهذا المبدأ أو ذلك، وذلك ليس إخلالاً بها لمبدأ المنافسة، وذلك في حالة تطبيق لنص قانوني، فهناك نصوص قانونية تحدد

⁽¹²⁾ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07/12/1996، ج.ر، عدد 76، صادر في 08/12/1996، متمم بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 04/2002، ج.ر، عدد 25، صادر في 14/04/2002، معدل بالقانون رقم 08-14 مؤرخ في 15/11/2008، ج.ر، عدد 63، صادر في 16/11/2008.

⁽¹³⁾ الأمر رقم 67-90، يتضمن قانون الصفقات العمومية، السالف الذكر.

بعض الفئات التي يمنع عليها المشاركة في طلب العروض لارتكابها للجرائم ومخالفات، أو لأسباب وشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة.

أولاً: المنع لأسباب قانونية:

هذا النوع من القيود يفرضها المشرع وينتج عنها منع المعنيين بها من المشاركة في الصفقات العمومية، من هنا يظهر السبب في اشتراط تقديم صحيفة السوابق القضائية إذا تعلق الأمر بشخص طبيعي وللمدير أو المدير العام للمؤسسة إذا تعلق الأمر بشخص معنوي⁽¹⁴⁾.

ومن أجل انتقاء أفضل للمتعاملين مع المصلحة المتعاقدة جاء القسم الرابع من المرسوم الرئاسي 15-247 تحت عنوان " حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية".

فنصت المادة 75 منه على ما يلي: " يقضي بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون.

- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و 74 أعلاه.

- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح؛

- الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية؛

- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية؛

- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم؛

⁽¹⁴⁾ بجادي طارق، ضمانات تحقيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 18.

- الذين قاموا بتصريح كاذب؛
- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعد ما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع؛
- المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية؛ المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم؛
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة؛
- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة في تشريع العمل والضمان الاجتماعي؛
- الذين أخلوا بالتزاماتها المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم⁽¹⁵⁾.

وخلافا للمادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغي فإن المرسوم الجديد للصفقات العمومية لم يشر للإقصاء الأجانب المستفيدين من صفقة وأخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 24 من المرسوم السالف الذكر 10-236⁽¹⁶⁾.

ومبدأ المنافسة يعتبر كأهم ضمانات من الضمانات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد.

ثانياً: المنع لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة:

إذا كان مبدأ حرية المنافسة من أهم المبادئ التي يقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية إلا أن المشرع منح حق للمصلحة المتعاقدة في أن تفرض بعض الشروط الخاصة

⁽¹⁵⁾ أنظر المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

⁽¹⁶⁾ أنظر المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7/10/2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 58، الصادر في 7/10/2010. (ملغي).

بالصفقة⁽¹⁷⁾، خاصة ما تعلق منها بالقدرة المالية والفنية، فلها الحق في استبعاد الأفراد الذين يثبت عدم مقدرتهم الفنية أو المالية لأداء الأعمال المطروحة في الصفقة وهذا ما يفسر وجوب تقديم شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين من قبل المؤسسات التي ترغب في انجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء و الأشغال العمومية والري⁽¹⁸⁾.

فهذا النوع من الشروط يتعلق خاصة بالقدرة المالية والفنية، فيمكن استبعاد كل الأشخاص الذين لا تتوفر فيهم هذه الشروط⁽¹⁹⁾.

في الأخير نقول أن فكرة اختيار أفضل وأكفئ العارضين لا يمكن أن تتم إلا وفق قاعدة هامة ألا وهي الدعوة للمنافسة التي اعتمدت في قوانين الصفقات العمومية مع التوجهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية للبلاد من أجل إعطاء المصلحة المتعاقدة فرصة في اختيار أحسن عرض يخدم المصلحة العامة خاصةً وذلك بإتاحة الفرصة للمتعاقدين بتقديم عطاءاتهم .

مطلب ثاني:

مبدأ المساواة في معاملة المترشحين في مجال الصفقات العمومية:

إذا كان مبدأ المنافسة الحرة من المبادئ التي أقرها قانون الصفقات العمومية، فهذا المبدأ لن يجد صداه ولن يتجسد قانونا وواقعا إلا إذا تم إقرانه بمبدأ المساواة، فالمساواة إذاً هي أساس المنافسة ووسيلة لخدمتها في الوقت نفسه⁽²⁰⁾، وإذا كان مبدأ المساواة من ركائز الصفقات

(17) وانيس أحلام، المنافسة في ميدان الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص 14.

(18) بجادي طارق، مرجع سابق، ص 20

(19) وانيس أحلام، مرجع سابق، ص 14.

(20) أوسالم ياسين، اباليدن فارس، مراحل إبرام الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتعلق بالصفقات العمومية تفويضات المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص 8.

العمومية فهو في نفس الوقت يعد كضمانة قوية لهذه الصفقات، ولقد أدرجها المشرع في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالفة الذكر.

ووفقا لذلك استلزم علينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين تطرقنا فيهما إلى المقصود بمبدأ المساواة (الفرع الأول)، ثم التكريس القانوني لمبدأ المساواة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

المقصود بمبدأ المساواة:

يقصد بمبدأ المساواة تحقيق المعاملة المتساوية بين كافة المتنافسين، وذلك عن طريق نفس الأحكام والشروط على جميع المشاركين دون تفضيل أثناء التعاقد⁽²¹⁾.

يقضي مبدأ المساواة بضرورة معاملة جميع المترشحين على قدم المساواة من حيث الشروط والإجراءات دون مفاضلة، إذ تلتزم المصلحة المتعاقدة بمعاملة المترشحين على أسس بمناسبة تقييم العروض المقدمة لها واختيار العرض الأفضل من بينها⁽²²⁾.

ولقد عرف الفقيه « Florian Lindiche » مبدأ المساواة كالتالي:

« Le principe de légalité inhérent au droit des marches ne résulte pas d'une invention récente du juge administratif ; il gouverne depuis toujours les procédures preuves par le code des marches publics, car celles-ci n'ont été imaginées et perfectionnées que par le garantie »²³

ومفاد هذا التعريف أنه: " يعتبر مبدأ المساواة ملازم لقانون الصفقات العمومية، ولا ينشئ أي ابتكار جديد من طرف القاضي الإداري، وهذا المبدأ يحكم دائما الإجراءات المتعلقة بقانون الصفقات العمومية لأنه موجود لضمانة هذا القانون".

(21) رجدال فتيحة، سعداوي فطيمة، مرجع سابق، ص 17.

(22) بودراع صونية، بوجلال مريم، مرجع سابق، ص 9.

(23) LINDICHE Florian, L e droit des marches publics, édition DALLOZ, Paris, 2000, P.82.

كما تناول هذا المبدأ الفقيه « Jean Christoph Duval » حيث يقول أن:

« ce principe impose a la personne publique d'organiser la consultation de telle sorte que tous les candidats soient traités de façon égalitaire »

ومفاد هذا الرأي هو أن مبدأ المساواة يحتم على الإدارة العمومية تنظيم استشارة على أساس أن كل المترشحين يعاملون بطريقة متساوية دون تمييز بينهم⁽²⁴⁾.

الفرع الثاني:

التكريس القانوني لمبدأ المساواة:

نظرا للأهمية التي يكتسبها مبدأ المساواة وحرصا على تجسيده في شتى المجالات والقوانين العامة منها والخاصة فقد أكد عليه المشرع الجزائري وكرسه في نصوص الدستور، كما تبناه أيضا في قانون الصفقات العمومية.

أولا: تكريس مبدأ المساواة في الدستور الجزائري:

من بين المبادئ العامة التي يرتكز عليها الدستور الجزائري احترام وتطبيق مبدأ المساواة بمفهومه العام وخاصة تكريسه في مجال الصفقات العمومية، حيث نجد المشرع الجزائري في دستور 2016 نص على مبدأ المساواة في مجال إبرام الصفقات العمومية وذلك في نص المادة 32 منه التي نصت على أن: " كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق، أو الجنس، أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي."⁽²⁵⁾

⁽²⁴⁾ DUVAL Jean Christophe, L'essentielle du droit des marchés publics, 2 édition, Ellipse, Paris, 2012, p. 15.

⁽²⁵⁾ أنظر المادة 32 دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07/12/1996، ج.ر، عدد 76، صادر في 08/12/1996، متمم بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10/04/2002، ج.ر، عدد 25، صادر في 14/04/2002، معدل بالقانون رقم 08-14 مؤرخ في 15/11/2008، ج.ر، =

ثانيا : تكريس مبدأ المساواة في قانون الصفقات العمومية:

لقد نص قانون الصفقات العمومية بصفة خاصة على تكريس مبدأ المساواة في الصفقات العمومية وذلك في المرسوم الرئاسي 15-247 في نص المادة 5 منه السالفة الذكر، فتكريس مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية يضمن بدرجة أولى نجاعة الطلبات العمومية، وينتج عن هذا المبدأ منع المصلحة المتعاقدة من منح امتيازات لأحد المتنافسين دون غيرهم وفرض عقبات على بعضهم دون البعض الآخر، بذلك يشكل مبدأ المساواة أحد أهم الضمانات في مجال إبرام الصفقات العمومية⁽²⁶⁾.

نستنتج أنه من خلال مبدأ المنافسة يتحقق مبدأ المساواة بين المترشحين، فالمساواة أمام المرفق العام تقصي كل تفضيل في إسناد الصفقة وبالتالي يمكن اعتبارها مصدر المنافسة لذلك فاحترام المنافسة يعرض إلزامية المعاملة المتماثلة لكل المعنيين، فالمساواة إذا هي في نفس الوقت أساس المنافسة ووسيلة لخدمة المنافسة.

مطلب ثالث:**تكريس مبدأ شفافية الإجراءات:**

ظهر مصطلح الشفافية في الثمانينات في العلوم الإدارية، بعدما أستخدم في عدة قوانين لغرض تقريب المواطن من الإدارة، وبعدها انتقل إلى المجال السياسي ثم المجال الاقتصادي، وبعد التسعينات اتسع هذا المصطلح إلى العقود العامة خاصة عقود الصفقات العمومية⁽²⁷⁾، جاء في قانون الصفقات العمومية في مجال إجراءات التعاقد وهذا كضمان لتحقيق المنافسة الحرة بين المترشحين دون إقصاء أو تعسف من جانب الإدارة و يظهر تحقيق مبدأ الشفافية في عملية

= عدد 63، صادر في 16/11/2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 16-01 مؤرخ في 26/03/2016، ج.ر، عدد 14، صادر في 07/03/2016.

⁽²⁶⁾ بودراع صونية، بوجلال مريم، مرجع سابق، ص 9.

⁽²⁷⁾ رجدال فتيحة، سعداوي فطيمة، مرجع سابق، ص 15.

الإعلان والزاميته و يقصد به ألا يشوب الإجراءات التي تمر بها الصفقة أي خلل، وذلك منذ اعتزال المصلحة المتعاقدة القيام بمشروع معين⁽²⁸⁾ .

يعتبر مبدأ الشفافية من أهم المبادئ التي أقامها المشرع الجزائري ضمانا لنجاعة الطلبات العمومية للاستعمال الحسن للمال العام وهذا ما تطرق إليه المشرع في المادة 5 السالفة الذكر في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بقانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

فالشفافية في مجال الصفقات العمومية بمثابة الضمانة القانونية للمتعاقد مع الإدارة من جهة كما أنها ضمانة للمصلحة المتعاقدة من أجل تبرئة نفسها من الأعمال غير المشروعة وغير النزيهة والمحاباة تجاه متعاقد دون آخر.

كما أن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات فقد نص على مبدأ الشفافية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته حيث أقر بوجود اتخاذ التدابير اللازمة لتعزيز الشفافية والمسؤولية و العقلانية في تسير الأموال العمومية للقانون⁽²⁹⁾ .

ولتكريس هذا المبدأ وجب على المصلحة المتعاقدة احترام إلزامية الإعلان عن الصفقة العمومية (الفرع الأول)، واعتماد إجراء المنح المؤقت للصفقة العمومية (الفرع الثاني).

⁽²⁸⁾ بحري سماعيل، مرجع سابق، ص 25.

⁽²⁹⁾ بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري و المالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013، ص 135.

الفرع الأول:

إلزامية الإعلان عن الصفقة العمومية:

يقصد بالإعلان إيصال العلم إلي جميع الراغبين بالتعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية ومواصفات المطلوبة، ومكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال طلب العروض (30).

يعتبر الإعلان إجراء شكلي جوهرى تلتزم الإدارة بمراعاته في كل أشكال طلب العروض الشيء الذي يضمن حق علانية الصفقة و حرية المنافسة (31).

ويكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي حسب المادة 61 من قانون الصفقات العمومية 15-247 في الحالات التالية كما هي مذكورة في القانون:

. طلب العروض المفتوح؛

. طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا؛

. طلب العروض المحدود؛

. المسابقة؛

. التراضي بعد الاستشارة، عند الاقتضاء؛

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ الشفافية قد عرفه الفقيه « Jean Christophe Duval »

« Le principe de la transparence répondra un triple objectif en premier il s'agit de garantir le libre accès des publicité suffisant de la consultation, ensuite il s'agit de fournir l'ensemble des informations nécessaires aux candidats potentiels a fine qu'il puissent participer a la

(30) بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 35.

(31) بودراع صونيه، بوجلال مريم، مرجع سابق، ص 14.

consultation, enfin, il s'agit de garantir que les règles décrites dans les document de consultation seront effectivement appliqués au cours de la «procédure»⁽³²⁾

وما نخلص إليه من خلال هذا التعريف هو أنه يعد مبدأ الشفافية رد على ثلاثة أهداف أولها أنه يعد ضماناً لحرية الوصول للطلبات العمومية، ثانياً، هو وسيلة لمنح معلومات أكثر للمتشحين قبل مشاركتهم في الصفقة وأخيراً هذا المبدأ يضمن تطبيق كل القواعد المتفق عليها في المرحلة الإجرائية.

والمشروع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية قد تطرق إلى وسائل الإعلان، ثم البيانات الواجب توفرها في إجراء الإعلان.

أولاً: وسائل الإعلان:

يعتبر الإعلان وسيلة لضمان المنافسة، بحيث يتم من خلاله دعوة الراغبين في المشاركة في طلب العروض، كما أن الإعلان يساهم في ضمان الشفافية بحيث يفتح المجال لكل الفئات في المشاركة في طلب العروض دون أي تخصيص لصفقة⁽³³⁾.

ولقد أشار المشروع الجزائري إلى وسائل وكيفية الإعلان من خلال نص المادة 65 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي نصت على أنه: "يحرر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة، وعلى الأقل، كما ينشر إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل، في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوي الوطني."

كما أن المشروع الجزائري وفي نفس المادة فقرة ثالثة (3) تطرق إلى الإشهار المحلي بحيث نصت المادة على أنه: "يمكن إعلان طلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات

⁽³²⁾ DUVAL Jean Christophe, op-cite, p 15.

⁽³³⁾ عثمانيو صورية، عطروش طاوس، الصفقات العمومية أمام مبدأ شفافية الإجراءات، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الجماعات المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص 13.

العمومية الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي مائة مليون دينار 100,000,000 دج أو يقل عنها وخمسين مليون دينار 50,000,000 دج أو يقل عنها، أن تكون محل إشهار محلي، حسب الكيفيات الآتية:

° نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين،

° وإلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية:

- للولاية

- لكافة بلديات الولاية

- لغرف التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية والحرف، والفلاحة للولاية.

- للمديرية التقنية المعنية في الولاية.⁽³⁴⁾

ثانيا: محتوى الإعلان:

للأهمية الكبيرة التي يكتسبها إجراء الإعلان أقر له المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية بيانات يستلزم أن يحتويها، وهذا ما ورد في نص المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي نصت على أنه: " يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية :

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي؛

- كيفية طلب العروض؛

⁽³⁴⁾ أنظر المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولى؛
- موضوع العملية؛
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة؛
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض؛
- مدة صلاحية العروض؛
- إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر؛
- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة " لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض " ومراجع طلب العروض؛
- ثمن الوثائق، عند الاقتضاء.⁽³⁵⁾

الفرع الثاني:

إجراء المنح المؤقت للصفقة العمومية:

تلي مرحلة الإعلان عن طلب العروض، تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف أية مؤسسة أو مترشح يسمح لهم بتقديم العروض، وهي كل الوثائق المتعلقة بالصفقة مع إمكانية إرسالها إلى المترشح الذي يطلبها، وبعد اطلاعهم على هذه الوثائق يقوم المترشحون بتقديم عطاءاتهم من أجل الظفر بالصفقة، والعطاءات هي العروض التي يتقدم بها الأشخاص في

⁽³⁵⁾ أنظر المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

الصفقة و التي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقا للموصفات المطروحة في الصفقة⁽³⁶⁾.

وكخلاصة لما تطرقنا إليه في مبحثنا هذا هو القول أن الإدارة (المصلحة المتعاقدة) تتصرف بمقتضى شروط محددة تعتبر ضمانات قانونية لتجسيد المبادئ العامة التي تحكم سير عملية إبرام الصفقات العمومية وتتمثل هذه المبادئ أساسا في:

- حماية المال العام من مخاطر سوء التسيير والاستعمال أو التحويل عن وجهته المقصودة.

- ضمان مبدأ المساواة وعدم التمييز بين المتعاملين.

- تمكين الإدارة من اختيار أفضل المترشحين للتعاقد معها.

ومن هنا نقول أن إبرام الصفقات العمومية يفرض الاستجابة للأهداف المسطرة مسبقا والتي تدور أغلبها حول التسيير الجيد للأموال العمومية وبالتالي تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة والمحافظة على توازن مصالح الأطراف المتعاقدة.

⁽³⁶⁾ بحري سماعيل، مرجع سابق، ص 39.

مبحث ثاني:

مراحل إبرام الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247:

إبرام الصفقات العمومية تفرض الاستجابة للأهداف المسطرة مسبقا والتي تسعى أغلبها إلى التسيير الجيد للأموال العمومية، وتفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة والمحافظة على توازن مصالح الطرفين، ولتحقيق ذلك استخدمت المنافسة كفكرة لتدارك التصرفات المنفردة في عمليات إبرام الصفقات العمومية وكذلك لدفع المتعاقد مع الإدارة لتوفير أفضل النوعيات بأفضل الأثمان⁽³⁷⁾، وتلعب آلية الإبرام دورا هاما في ترشيد النفقات العامة في مختلف العمليات بحيث يتم الاعتماد على المعيار المالي للصفقة ذات الطابع التكراري البسيط⁽³⁸⁾، وإعطاء نظرة شاملة عن مختلف كفاءات وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في قوانين الصفقات العمومية في الجزائر، وعلى هذا قد نظم المشرع الجزائري طرق إبرام الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي

15-247 في الفصل الثالث تحت عنوان إبرام الصفقات العمومية من المادة 39⁽³⁹⁾ إلى غاية المادة 52 من المرسوم المذكور أعلاه، ووفقا لذلك سيتم التطرق إلى إجراءات إبرام الصفقات العمومية بحيث تبرم عن طريق إجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العام (المطلب الأول)، أو عن طريق إجراء التراضي كقاعدة استثنائية (المطلب الثاني).

⁽³⁷⁾ قدوج حمامة، مرجع سابق، ص 5.

⁽³⁸⁾ موسى مالك، طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص 1.

⁽³⁹⁾ تنص المادة 39، من المرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، السالف الذكر على مايلي: "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي".

مطلب أول:

إجراء طلب العروض كقاعدة عامة:

أولي المشرع لأسلوب طلب العروض أهمية خاصة في قانون الصفقات العمومية فخصص لها دون غيرها كما معتبرا من المواد من أجل التوفيق بين الاعتبار المالي و الفني⁽⁴⁰⁾، وإجراء طلب العروض من أهم الضمانات المقررة في مجال إبرام الصفقات العمومية لما ينطوي عليه من قواعد وإجراءات خاصة تهدف إلى تحقيق المنافسة بين عدة مترشحين، على أن يتم إرساء الصفة على العروض الأقل سعرا دون تهميش الجوانب الفنية في الصفة⁽⁴¹⁾.

ولدراسة هذا الإجراء استلزم علينا التطرق للمقصود بطلب العروض (الفرع الأول)، ثم تبيان أشكاله (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

طلب العروض « L'appel d'offre »

المشرع الجزائري في ظل المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية حاول تدارك الخطأ الذي وقع فيه في ترجمة إجراء المناقصة المعمول به في القانون القديم 10-236 بإعطاء مصطلح جديد وهو طلب العروض بدل المناقصة الذي يوافق باللغة الفرنسية. "l'appel d'offre"⁽⁴²⁾

والمشرع الجزائري عرف طلب العروض في فحوي المادة 40 فقرة 1 من قانون الصفقات العمومية السابق الذكر كالآتي: " طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على

(40) تياب نادية، سلسلة محاضرات في مقياس الصفقات العمومية، محاضرات أقيمت علي طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة بجاية ، 2015، ص14 (منشورة).

(41) بودراع صونية، بوجلال مريم، مرجع سابق، ص 16.

(42) بودراع صونية، بوجلال مريم، مرجع سابق، ص 17.

عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء...".، يعتبر طلب العروض طريقة لإجراء الصفقات العمومية تتبعها الإدارة قصد الوصول إلى الطرف المتعاقد معها للقيام أو الحصول على توريدات، ويعتبر طلب العروض من أهم الطرق لإجراء العقود الإدارية⁽⁴³⁾.

كما نجد أنه صرح بصورة تأكيدية عن الحالات التي تظهر فيها عدم جدوى اللجوء لطلب العروض في الفقرة 2 من المادة 40 من نفس المرسوم 15-247 وهي :

- عدم استلام أي عرض؛

-عندما لا يتم الإعلان عن طلب العروض؛

- عدم مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة و لمحتوي دفتر الشروط؛

- عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات⁽⁴⁴⁾.

ولنجاح الصفقات العمومية لابد من تحديد طرق خاصة لإبرامها وإلزام الإدارة باعتبارها المصلحة المتعاقدة إن هي رغبت في التعاقد بإتباع هذه الطرق.

من هنا نقول أنه وبالرغم من أن المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية قد حدد طرق التعاقد، غير أنه فسخ المجال للإدارة لاختيار النمط المناسب لها حسب ظروف كل عملية

⁽⁴³⁾ لباد ناصر، الأساس في القانون الإداري، ط. الثانية، د.د.ن، الجزائر، 2011، ص 210.

⁽⁴⁴⁾ زواوي عباس، " طرق و أساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 15-247"، مداخلة بمناسبة اليوم الدراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، يوم 17 ديسمبر 2015، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 5 .

⁽⁴⁵⁾ لعورة بدر، " الايطار المفاهيمي للصفقات العمومية"، مداخلة بمناسبة اليوم الدراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015، ص 19.

تعاقد وهو دليل على الامتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة كسلطة ذات امتيازات عامة، وان دل على شيء إنما يدل على أن طلب العروض كإجراء أصلى تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة هو ضمانات هامة تتمتع بها هذه الأخيرة.

الفرع الثاني:

أشكال طلبات العروض:

نص المشرع الجزائري في نص المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: "يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/ أو دوليا ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال التالية:

- طلب العروض المفتوح؛
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا؛
- طلب العروض المحدود؛
- المسابقة.⁽⁴⁵⁾

ويفهم من هذه المادة أن طلب العروض يمكن أن يكون وطنيا يخص فقط المواطنين الجزائريين أو دولية أي أن المشرع الجزائري فتح المجال لكل المتعاملين المؤهلين حتى وان كانوا أجنب بتقدم بعبءاء تهم وفق الأساليب التالية:

أولا: طلب العروض المفتوح « L'appel d'offre ouvert »⁽⁴⁶⁾

يكون طلب العروض مفتوحا عندما يفتح في وجه كل من تتوفر فيه شروط المشاركة في هذه العملية ضمانا لشفافية أكبر و تتم عبر مراحل يمكن بدئها بالإعلان عن طلب العروض المفتوح في جريدتين على الأقل، أو بواسطة نشرات متخصصة أو أي وسيلة أخرى للإشهار،

⁽⁴⁶⁾LAJOYE CHristoph, Droit des marches publics, BERTI éditions, Alger, 2007, p .120.

إضافة إلى إشهاره ضمن البوابة الالكترونية للصفقة العمومية⁽⁴⁷⁾، أو بتعبير آخر هي شكل من أشكال طلب العروض تهدف إلى إخضاع المتعاقد لأكبر قدر ممكن من المنافسة أو هي التي يسمح فيها بالمشاركة لأكبر عدد ممكن من المتعهدين الذين تتوافر فيهم شروط طلب العروض، ويكون قادر على تنفيذ العقد بعد الإعلان، وتلتزم الإدارة باختيار المتنافس الذي يقدم أفضل العروض من حيث الشروط المالية، ويتميز طلب العروض أنه يكرس مبدأ المنافسة وتسمح بالبحث عن أفضل متعهد للصفقة العمومية وبفاعلية تشكل وسيلة موضوعية لتحقيق اختيار أمثل، تلجأ الإدارة لهذا النوع من طلب العروض في المشاريع و الأعمال التي لا تتطلب خبرة فنية دقيقة و معمقة كأشغال التجهيز والطبخ والتنظيف... الخ⁽⁴⁸⁾.

ومن خلال استقراء المادة 43 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي نصت على أن: " طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا." نستشف أن المشرع الجزائري لم يقيد أي متعهد مؤهل بشروط استثنائية دون سواها، وقد يتوسع نطاق طلب العروض المفتوح فيظم أطراف وطنية أو أجنبية⁽⁴⁹⁾، وذلك ما نصت عليه المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالفة الذكر، كما وتجدر الإشارة إلى أنه في إجراء طلب العروض المفتوح كل مؤسسة لها الحق في تقديم عرض⁽⁵⁰⁾.

(47) حميد شعبي، "المرسوم الجديد حول الصفقات العمومية"، مجلة المالية، عدد 23، الجزائر، أبريل 2014، ص 9.

(48) شبل فريدة، أفييس سميحة، التعديلات الجديدة التي أتت بها المرسوم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص الجماعات المحلية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص 13.

(49) رجبال فتيحة، سعداوي فطيمة، مرجع سابق، ص 11.

(50) LINDICHE Florian, Le droit des marches publics, 5edition, P aris, 2009, p. 41.

ثانياً: طلب العروض المحدود مع اشتراط قدرات دنيا:**« Appel d'offre restreint »**

هو إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد ليتم انتقاء قبلي للمرشحين من قبل المصلحة المتعاقدة، ويقصد بالشروط المؤهلة القدرات التقنية و المالية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة و تعقيد و أهمية المشروع⁽⁵¹⁾.

ومن خلال هذا التعريف نجد أن المشرع قد قلل من حظوظ المشاركة بالنسبة للمتعهدين حيث أحاطهم و ألزمهم بتوفر مجموعة من الشروط التي نجدها محددة في الفقرة 2 من المادة 44 كمايلي: "... تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية و المالية و المهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة و تعقيد و أهمية المشروع."⁽⁵²⁾

ومنه فان هذا الإجراء يعتبر كطريقة استثنائية للتعاقد تلجأ إليه الإدارة في المشاريع الضخمة وذات أهمية كبيرة فتختار المتعهد الأكثر تأهيلاً وله خبرة في المجال المراد تنفيذ المشروع فيه، وكذا المترشح الذي تتوفر فيه الإمكانيات البشرية والمادية.

ثالثاً : طلب العروض المحدود « Consultation sélective »:

يقتصر طلب العروض المحدود على أشخاص معينين، تختارهم الإدارة مقدماً للمشاركة في المنافسة، وهذا الشكل من أشكال طلب العروض نصت عليه المادتين 45 و 46 على التوالي من المرسوم الرئاسي 15-247، بحيث تتبع المصلحة المتعاقدة هذا النوع في المشاريع ذات السيولة المالية الضخمة التي تمتاز بالصعوبة و التعقيد.

(51) لعور بدره، مرجع سابق، ص 19.

(52) المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

وقد نصت المادة 45 من قانون الصفقات العمومية على أن: " طلب العروض المحدود هو إجراء للاستشارة الانتقائية يكون المرشحون الذين تم انتقائهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد.

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستنتم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي، بخمسة (5) منهم.

وتنفذ المصلحة المتعاقدة الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة.

ويجري اللجوء إلى طلب العروض المحدود، عند تسليم العروض التقنية، إما على مرحلتين طبقاً لأحكام المادة 46 أدناه، وإما على مرحلة واحدة.

1 / على مرحلة واحدة:

- عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية.

2 / على مرحلتين:

- استثناء، عندما يطلق الإجراء على أساس برنامج وظيفي، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها، حتى بصفة دراسات.

كما يمكن المصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي، بمناسبة إنجاز عمليات دراسات أو هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة و/أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري. وفي هذه الحالة، يجب تجديد الانتقاء الأولي كل ثلاث (3) سنوات.

ويجب أن يتم النص على كفاءات الانتقاء الأولى والاستشارة في إطار طلب العروض المحدود في دفتر الشروط.

تحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع طلب العروض المحدود، بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات، حسب الحالة.

توضح كفاءات تطبيق أحكام هذه المادة، عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

أما المادة 46 من نفس المرسوم فقد نصت على أنه: "في حالة طلب العروض المحدود على مرحلتين تتم دعوة المرشحين الذين جري انتقاؤهم الأولى طبقاً لأحكام المادة 45 أعلاه، في مرحلة أولى برسالة استشارة، إلى تقديم عرض تقني أولي دون عرض مالي...".

ومن خلال استقراء هذه المادة نرى أن اللجوء لإجراء طلب العروض المحدود يكون بإتباع مرحلتين هما:

المرحلة الأولى: يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس يتعين بلوغها.

المرحلة الثانية: استثناءً يطلق الإجراء على أساس برنامج وظيفي إذ لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية الحاجات، كما حددت المجال للاستشارة لبيان عدد المتنافسين ولم يحدد العدد الأدنى للعارضين⁽⁵³⁾.

كما وأن المادة 45 أشارت إلى أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين، والمسجلين في قائمة مفتوحة تعدها على أساس انتقاء أولى بمناسبة إنجاز عمليات دراسات أو هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة، أو عمليات اقتناء لوازم خاصة أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري، وفي هذه الحالة يجب تجديد الانتقاء

(53) أو سالم ياسين، ايبالدين فارس، مرجع سابق، ص 31.

الأولي كل ثلاث سنوات، ويجب أن تتوجه الاستشارة إلى خمس مرشحين على الأقل الذين تم انتقاءهم الأولي، وفي حال ما إذا كان عدد المرشحين أقل من خمسة فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تباشر الدعوة إلى الانتقاء، ويجب أن يتم النص على كيفية الانتقاء الأولي والاستشارة في ايطار طلب العروض المحدود في دفتر الشروط .

لقد استبعد المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 إجراء المزايدة كشكل من أشكال طلبات العروض، علما أن المشرع اعتمده في المرسوم الرئاسي 10-236⁽⁵⁴⁾ في المادة 33 كون أن البعض يري أن اللجوء لهذا الإجراء نادر لأنه يتعلق بشراء اللوازم و الخدمات البسيطة⁽⁵⁵⁾ .

رابعا: المسابقة « Le concours »

نظم المشرع الجزائري إجراء المسابقة في المادتين 47 و 48 من الأمر 15-247 باعتباره شكلا من أشكال طلبات العروض تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة قصد انجاز عملية تشمل على جوانب تقنية و اقتصادية أو جمالية خاصة مما يسمح بوضع أصحاب ورجال الفن في المنافسة ومثال ذلك: مسابقة لتصميم وإعداد أوراق نقدية.

ولقد وضحت المادة 47 المذكورة أعلاه الحالات التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة لإتباع إجراء المسابقة بنصها على مايلي: " المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد انجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة.

⁽⁵⁴⁾ المرسوم الرئاسي 10-236، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، السالف الذكر.

⁽⁵⁵⁾ زواوي عباس، مرجع سابق، ص 8.

⁽⁵⁶⁾ أنظر المادة 48 من المرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

⁽⁵⁷⁾ بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 23

وتمنح الصفقة، بعد المفاوضات، للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية.

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة، لاسيما في مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة، أو معالجة المعلومات.

ولا تبرم صفقة الإشراف على انجاز أشغال وجوبا عن طريق المسابقة، إذا:

- لم يتجاوز مبلغها الحد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 13 من هذا المرسوم،

- يتعلق موضوعها بالتدخل في مبنى قائم أو منشأة بنية تحتية أو التي لا تحتوي على مهام تصميم.

ومهما يكن من أمر، يتم تعيين لجنة التحكيم كما هي معرفة في المادة 48 أدناه، لتبدي رأيها في اختيار المخطط أو المشروع.

توضح كليات تطبيق أحكام هذه المادة، عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية. " فهي مخصصة للأشخاص الطبيعية دون المعنوية لأنه يرتكز على الجانب الفني، والمسابقة تكون مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا أو محدودة كما هو منصوص عليه في المادة 48 من المرسوم الرئاسي 15-247⁽⁵⁶⁾.

ويرتبط أسلوب المسابقة عموما بطلب العروض الذي كان مقتصرًا فقط على طلب العروض المفتوح و المقيد، وتعتبر طريقة طلب العروض طريقة مستحدثة في أسلوب المسابقة،

⁽⁵⁶⁾ أنظر المادة 48 من المرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

⁽⁵⁷⁾ بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 23

وقد تم العمل بهذا التكيف في الأنظمة العالمية، وذلك لملائمة طبيعة الخدمة المنجزة وفقا لإجراء المسابقة واعتبارا لمبررات إجراء طلب العروض⁽⁵⁷⁾.

الفرع الثالث:

إجراءات طلبات العروض :

إذا كانت إجراءات إبرام العقود الخاصة في القانون المدني تمتاز ببساطة الإجراءات وسهولتها، فإنه في مجال العقود الإدارية الأمر يختلف عن ذلك، ونظرا لأهمية الصفقات العمومية، وارتباطها الوثيق بالخزينة العامة فقد حدد المشرع الجزائري مجموعة من الإجراءات التي بموجبها يتم إبرام الصفقة وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع، فبالإضافة إلى إجراء الإعلان الذي تطرقنا إليه سابقا والذي يعتبر كما أشرنا إجراء شكلي جوهري في أي صفقة عمومية بأي نوع كانت⁽⁵⁸⁾، فإذا أبرمت الصفقة العمومية بإجراء طلب العروض فإنها تمر بمراحل طويلة نفضلها فيما يلي: إعداد دفتر الشروط ، إيداع العروض أو التعهدات ، ثم مرحلة دراسة وتقييم العروض ، ثم تليها مرحلة إرساء الصفقة، ثم أخيرا مرحلة اعتماد الصفقة.

أولا : إعداد دفتر الشروط :

يعتبر دفتر الشروط أول مرحلة من مراحل إبرام طلب العروض وقد نص عليها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 منه في المادة 26 التي نصت على أنه: " توضح دفاتر الشروط، المحينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، وهي تشمل، على الخصوص ...".

(58) أوسالم ياسين، ايباليدن فارس، مرجع سابق، ص19

(59) أوسالم ياسين، ايباليدن فارس، مرجع سابق، ص 19

(60) لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، د.د.ن، الجزائر، 2006، ص 283.

ومن خلال هذه المادة نقول أن دفتر الشروط هو ذلك الدفتر المحيين دوريا والذي يوضح الشروط الواجب توفرها لإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، ويحدد هذا الدفتر الأحكام الإدارية العامة بكل نوع من أنواع الصفقات (انجازات، توريدات، خدمات) ويهدف لبيان الأحكام الملزمة لكل طرف كما يحدد الاختيار العام للإدارة⁽⁵⁹⁾، ودفتر الشروط هو الذي يحدد عناصر العقد ومنها أساسا موضوع العقد، مدة العقد، حقوق وواجبات لكل من الإدارة والمتعاقد معها، هذا ما يجعلها ضمانا هامة للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد⁽⁶⁰⁾، ودفاتر الشروط عبارة عن وثائق إدارية ومكتوبة ومعدة مقدما تشتمل على شروط العقود الإدارية وهو كذلك وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها وكيفية اختيار المتعاقد معها وهذا هو الدليل على اعتبار دفاتر الشروط ضمانا تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف الذكر.

أ: دفاتر البنود الإدارية العامة:

تعتبر البنود الإدارية العامة أو الشروط الإدارية العامة بأنها جزء أساسي من العقود الإدارية لأنها تتضمن الشروط التي تطبق على كل الصفقات العمومية وهذا النوع من الدفاتر يطبق على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي وهذا ما ورد في نص المادة 26 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 15.247 السالف الذكر.

ب: دفتر التعليمات المشتركة:

يحدد هذا الدفتر الشروط التقنية المشتركة بكل طائفة من الصفقات التي تكون من نوع واحد، كعقود الأشغال أو اللوازم وهي التي تتضمن كيفية تحديد السعر وشروط تسديد التسبيقات

⁽⁶⁰⁾ لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، د.د.ن، الجزائر، 2006، ص 283.

ويجب أن يصادق الوزير المختص على دفتر التعليمات المشتركة، وقد تطرقت إلى هذا النوع من دفاتر الشروط المادة 26 السالفة الذكر فقرة 3.

ج: دفتر التعليمات الخاصة:

هي دفاتر توضح خصيصا لكل صفقة يراد إبرامها، وتتضمن الشروط التي تضمن عقد بعينه أو محدد بذاته، ويتمثل دورها في إكمال ما لم يحط به دفتر الشروط العام، وهي التي تحدد وتكمل الشروط التي لا يمكن تحديدها في النوعين السابقين من الدفاتر، يتم بموجب هذا الدفتر تحديد جميع الشروط الخاصة بكل صفقة بالتفصيل⁽⁶¹⁾، وتجدر الإشارة أنه لا يسمح بمناقشة الإدارة عند اتخاذ أحكام هذه الدفاتر مهما كانت، ولقد نصت عليه المادة 26 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي نصت على هذا النوع كما يلي: "... دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية."

من هنا نستنتج أن دفاتر الشروط تمكن الأشخاص المتعاقدين مع المصلحة المتعاقدة من الإلمام بالقواعد التي ستطبق على علاقتهم بالإدارة هذا من جهة ومن جهة ثانية يجسد دفتر الشروط بحق مظهر من مظاهر ممارسة امتيازات السلطة العامة، لأن المصلحة المتعاقدة عندما تضع شروطا ما في دفتر شروط معين لا يجوز للمتعاقد التفاوض بشأنها أو طلب تعديلها.

⁽⁶¹⁾كاركدن فريد، " طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري)"، مداخلة بمناسبة الملتقى الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 10 .

ثانيا: إيداع العروض :

بعد إعلان الإدارة عن الصفقة العمومية في مختلف الوسائل القانونية التي اشترط
المشرع الجزائري ضرورة الإعلان فيها يأتي إجراء آخر يتم فيه إيداع المتنافسين الراغبين في
الحصول على الصفقة بإيداع عروضهم، ويقصد بإيداع العروض أو تقديم العطاءات: هي
العروض التي يتقدم بها الأفراد في طلب العروض والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما
يستطيع المتقدم القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في طلب العروض وكذلك تحديد السعر الذي
يقترحه المتعهد والذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رسي عليه طلب العروض⁽⁶²⁾.

ولقد وضحت المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247 الملفات المستلزمة لإيداع
ملف العرض، بحيث نصت هذه المادة كمايلي: " يجب أن تشتمل العروض على ملف الترشيح
وعرض تقني وعرض مالي.

يوضح ملف الترشيح والعرض المالي في أظرفة منفصلة ومقفلة باحكام، يبين كل منها تسمية
المؤسسة ومرجع طلب العروض وموضوعه، وتتضمن عبارة " ملف الترشيح " أو " عرض تقني "
أو " عرض مالي "

... يتضمن ملف الترشيح ماياتي:

- تصريح بالترشيح
- تصريح بالنزاهة،
- القانون الأساسي للشركات،
- الوثائق التي تتعلق بالتفويضات التي تسمح للأشخاص بإلزام المؤسسة،

⁽⁶²⁾رجدال فتيحة، سداوي فطيمة، مرجع سابق، ص 10.

- كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المرشحين أو المتعهدين أو، عند الاقتضاء، ... " (63)

الهدف من هذه المرحلة وتقييدها بالتعهدات هو التأكد السليم من قدرات المتعهد وإمكانياته في القيام بالصفقة على أكمل وجه لضمان تحقيق المصلحة المرجوة من ورائها، فضلا عن توفير حماية قانونية للصفقات وحمايتها من أي تلاعب قد تتعرض له في هذه المرحلة.

ثالثا: مرحلة فحص العطاءات :

في هذه المرحلة يتم تحديد الفائز بالصفقة من خلال قيام الإدارة بدراستها من أجل ترتيبها وانتقاء العرض الأفضل الذي سيتم إرساء الصفقة عليه وفق ما هو مقرر في شروط طلب العروض⁽⁶⁴⁾.

ويتكون لدى كل إدارة لجنتين لجنة أولى تختص بفتح الأظرفة وهي أحد الآليات المستحدثة في إطار الرقابة الداخلية، ولجنة ثانية تختص بتقييم العطاءات .

رابعا: مرحلة إرساء الصفقة :

بعد الانتهاء من الدراسة والتقييم تأتي مرحلة إرساء الصفقة التي يتم فيها اختيار العارض الذي تتوفر فيه كل الشروط القانونية التي تضمن تحقيق المصلحة العامة، وتتماشى مع المقترضات القانونية المفروضة في هذا المجال، من خلال إعلام المتنافس بكل المعايير لاختيار

⁽⁶³⁾ أنظر المادة 67 من المرسوم الرئاسي 247.15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

⁽⁶⁴⁾ أزرايب نبيل، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص 34 .

⁽⁶⁵⁾ المرجع نفسه، ص 34.

المعتمد عليها وقيمتها والتفريط المقرر له لتجسيد مبدأ العلانية والشفافية التي تعتبر من أهم مبادئ القانون الإداري⁽⁶⁵⁾.

خامسا: مرحلة اعتماد الصفقة :

رغم الطابع الحاسم لمرحلة إرساء الصفقة السابق ذكره، إلا أنها لا تعد المرحلة الأخيرة، بل لا بد من اعتماد طلب العروض ومباشرة إجراءات التعاقد لإضفاء الطابع النهائي والرسمي على الصفقات والإعلان عن إتمام إجراءاتها⁽⁶⁶⁾.

مطلب ثاني:

طريقة التراضي كاستثناء:

إذا كان الأصل في إبرام العقود الإدارية هو لجوء الإدارة إلى إجراء الصفقة بمجمل قواعدها التي سبق بيانها بموجب إجراء طلب العروض، فقد أجاز التنظيم اللجوء للتعاقد بالتراضي و التحرر من القيود الإجرائية المعمول بها⁽⁶⁷⁾، وأمام الإجراءات الطويلة والمعقدة التي يخضع لها طلب العروض، جاء المشرع بأسلوب أكثر مرونة نتيجة وجود حالات تستدعي السرعة لتغطية الحاجات العامة⁽⁶⁸⁾، بحيث يمكن للمصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد معها في ظروف وحالات محددة ومبينة في النص دون الحاجة لإجراءات الإشهار والنشر ودون أدنى داع لإعلام الغير ولتحرير الإدارة اعتمد المشرع أسلوب التراضي الذي يعتمد على الدعوة الشكائية للمنافسة، فتفاوض

⁽⁶⁶⁾ لعل وهيبه، التراضي كوسيلة للتعاقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون

إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص 11

⁽⁶⁷⁾ بودراع صونية، بوجلال مريم، مرجع سابق، ص 24.

⁽⁶⁸⁾ رجدال فتيحة، سعداوي فطيمة، مرجع سابق، ص 11.

مع من تراه قادرا على القيام بالعمل الذي ترغب في انجازه وفقا لما تمليه عليها مقتضيات
المصلحة العامة⁽⁶⁹⁾.

ولدراسة أوسع لهذا الإجراء كاستثناء للقاعدة العامة ارتأينا إلى تحديد مفهوم التراضي
(الفرع الأول)، ثم أشكال التراضي في (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مفهوم التراضي « Le gré a gré »

التراضي هو ذلك الإجراء الذي يهدف لتخصيص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون
المرور بالإجراءات الشكلية⁽⁷⁰⁾، وهو نفس الشيء الذي يهدف إليه المشرع في أحكام المرسوم
الرئاسي 15-247 مؤكدا بصفة صريحة أن التراضي إجراء استثنائي وليس أصل عام وذلك في
نص المادة 39 من هذا المرسوم السابقة الذكر، ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف التراضي
كمصطلح قانوني وذلك عبر مختلف القوانين وعليه سوف نتطرق إلى تعريف التراضي ، ثم
التطرق إلى الإجراءات الخاصة بالتراضي كقاعدة استثنائية.

أولاً: تعريف التراضي عبر مختلف القوانين:

لقد عرف المشرع الجزائري التراضي في عدة تعاريف نذكر منها ما يلي :

1: تعريف التراضي حسب ما جاء في القانون 82-145:

تنص المادة 26 من القانون رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982، يتضمن
تنظيم الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر، عدد 15، صادر في 13 أبريل
1982 (الملغى) على ما يلي: " يبرم المتعاقد العمومي صفقاته تبعا للإجراء الخاص بالتراضي أو

⁽⁶⁹⁾ كاركادن فريد، مرجع سابق، ص 7.

⁽⁷⁰⁾ لعلي وهيبة، مرجع سابق، ص 7 .

الإجراء الخاص بالدعوى للمنافسة"، والتراضي حسب المادة 27 من نفس القانون هو: "إجراء يخص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوى للمنافسة ولا تستبعد فيه الاستشارة"⁽⁷¹⁾.

2: تعريف التراضي في القانون 02-250:

إن القانون رقم 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية السالف الذكر كان أكثر وضوحا وتحديدا لكيفية التراضي لأن المشرع الجزائري قد حدد الحالات التي يستخدم فيها التراضي بعد الاستشارة في المادة 38 وبذلك يكون قد تفادي كل العيوب التي تضمنتها القوانين السابقة له بالنسبة لهذه الكيفية، ولقد عرفت المادة 22 من نفس القانون التراضي كما يلي: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة"⁽⁷²⁾.

3: تعريف التراضي حسب ما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 10-236:

نصت المادة 27 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر على أن التراضي هو: " إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة"⁽⁷³⁾.

المشرع الجزائري في المرسوم الساري المفعول 15-247 لم يتطرق إلى تحديد تعريف التراضي، غير أنه أشار فقط إلي أن التراضي هو إجراء استثنائي وذلك في المادة 39 السالفة الذكر، كما وأنه تطرق إلي حالات إجراء التراضي وهي إجراء التراضي البسيط في المادة 49 وإجراء التراضي بعد الاستشارة في المادة 50.

ثانيا: الإجراءات الخاصة بإجراء التراضي:

يتميز التراضي كأسلوب في اختيار المتعامل المتعاقد ببساطته ومرونته خاصة إذا ما تعلق بالتراضي البسيط، ومع ذلك فقد ألزم المشرع الجزائري المصالح المتعاقدة باتخاذ بعض

(71) لعلي وهبية ، مرجع سابق، ص 12.

(72) مرجع نفسه ، ص 13.

(73) مرجع نفسه، ص 13.

الإجراءات، وبالتالي فإن التراضي كإجراء استثنائي يخضع بدوره لمراحل وإجراءات خاصة، تتجسد في :

1- الدعوة للتعاقد:

تقوم المصلحة المتعاقدة في استدعاء المتخصصين في مجال التعاقد، وهو ما يقابل الإعلان في طلب العروض تطبيقاً للمبدأ المنافسة، وذلك للحصول على عدد من العارضين ما يتيح فرص الانتقاء لدى المصلحة المتعاقدة، ويكون اللجوء إلى هذا الإجراء بتوفر شرطين:

- التأكد من أن قيمة الصفقة تفوق العتبة المالية المحددة في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر⁽⁷⁴⁾.

- توفر الحالات التي تجيز اللجوء للتراضي⁽⁷⁵⁾.

2- التفاوض:

بعد جمع العروض تقوم المصلحة المتعاقدة بإجراء مفاوضات مع المعنيين والتفاوض إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة مع الطرف الراغب في التعاقد من أجل الإعداد لإبرام العقد أو تسوية نقطة مختلف فيها، ويقوم أسلوب التراضي على أساس وجود التفاوض بين المصلحة المتعاقدة والمرشحين لأن هذه الأخيرة قد تيفنت من أنه لا سبيل إلى تنفيذ مشروع ما إلا بإتباع هذا الأسلوب حتى تتمكن من تحقيق المتطلبات الأساسية المرتبطة به ما يحقق المصلحة المرجوة منه معتمدة في ذلك على أسلوب التفاوض من أجل تقريب وجهات النظر بينها وبين المرشحين حتى يحصل كل طرف على مبتغاه، ومن النادر أن تحصل المصلحة المتعاقدة على عروض تطابق المواصفات ومفهوم العملية المراد انجازها خاصة في ظل الحالات التي تتسم بالاستعجال والسرعة

⁽⁷⁴⁾ راجع المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

⁽⁷⁵⁾ أنظر المواد 49 و 50 من المرسوم الرئاسي 15.247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

في اتخاذ القرار فيكون التفاوض ضروريا لطرح الأسئلة بين الطرفين لرفع الالتباسات والغموض على مختلف الجوانب الأساسية للمشروع وذلك تجنباً للتأويلات وما يتبعها من أخطاء في التقسيم والاختبار⁽⁷⁶⁾.

3- مرحلة التعاقد :

بعد اختيار العرض الأفضل تقوم المصلحة المتعاقدة بإسناد الصفقة مباشرة للمتعامل الذي اختارته، وتجدر الإشارة إلى أنه رغم السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة في اختيار المتعاقد معها وفق هذا الأسلوب، إلا أنها ملزمة بوضع المصلحة العامة دائما فوق كل الاعتبارات⁽⁷⁷⁾.

الفرع الثاني:

أشكال التراضي:

سبق لنا القول أن المصلحة المتعاقدة وفقا لهذا الأسلوب تتحرر من القواعد والإجراءات المعقدة المقررة في أسلوب طلب العروض⁽⁷⁸⁾، فيكتسي التراضي شكلين أساسيين يتمثلان في التراضي البسيط و التراضي بعد الاستشارة ويلتقيان في كونهما صيغ تفاوضية موجهة إلى شخص أو مجموعة أشخاص معروفين بذواتهم ولا تشترط أي شكلية معينة للاتصال بالمتنافسين لدي القيام بإجراءات كل من الصيغتين، إذ يمكن أن يتم الاتصال بكل الوسائل المكتوبة⁽⁷⁹⁾، وللشرح بشيء من التفصيل لهذين النوعين نتطرق للتراضي البسيط ، ثم التراضي بعد الاستشارة .

⁽⁷⁶⁾ موسى مالك، مرجع سابق، ص 50.

⁽⁷⁷⁾ بودراع صونية، بوجلال مريم، مرجع سابق، ص 25.

⁽⁷⁸⁾ مويبي مالك، مرجع سابق، ص 50.

⁽⁷⁹⁾ لعل وهبية، مرجع سابق، ص 17.

أولاً: التراضي البسيط:

نصت عليه المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 ويتم التراضي البسيط دون استعمال إجراءات و شكليات المنافسة بحيث يتم الاتفاق بين طرفي الصفقة بشكل مباشر، بحيث يتم اللجوء إلي هذه الصورة مباشرة بتوافر حالات محددة مسبقا من قبل المشرع علي سبيل الحصر⁽⁸⁰⁾.

- حالة عدم إمكانية تنفيذ الخدمات إلا علي يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية، وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

- حالة الاستعجال الملح المعل بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكيف مع أجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

- حالة التموين المستعجل المخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات المماطلة من طرفها، وهنا تجدر الإشارة إلي أن حالات الاستعجال الملح تتعلق بمجالات الأشغال والخدمات والتجهيزات كونها تخص خطر داهم أما حالة التموين المستعجل فهي التي تسعى إلي توفير الحاجات للسكان الأساسية مثل الأغذية والأدوية

⁽⁸⁰⁾ قارة سماح، "تفعيل مبدأ المنافسة قراءة في قانون الصفقات العمومية"، مداخلة بمناسبة اليوم الدراسي حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، يومي 16 و17 مارس 2015، ص 6.

- حالة المشروع ذي الأولوية وذي الأهمية الوطنية الذي يكتسي الطابع لاستعجالي، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلي هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلي الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء.

- حالة المشروع المتعلق بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج، وفي هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلي هذه الطريقة كذلك للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء.

- حالة منح نص تشريعي أو تنظيمي لمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنتجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري⁽⁸¹⁾.

ثانيا : التراضي بعد الاستشارة :

التراضي بعد الاستشارة هو أسلوب يقوم على إبرام المصلحة المتعاقدة لصفقاتها بإقامة المنافسة بين مترشحين تدعوهم خصيصا للتنافس، حيث تعرض موضوع الصفقة على المؤسسات ذات التخصص المطلوب بواسطة الوسائل المكتوبة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية لطلب العروض والمشرع الجزائري تطرق إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة من خلال المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر، بحيث يتم اللجوء إلي هذا الإجراء في الحالات التالية:

- عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية أي لا يتقدم أحد المتعاملين الاقتصاديين للمشاركة في موضوع الصفقة أو يتقدم متعهد واحد فقط بإيداع عرضه، فتنقل بذلك الإدارة من القاعدة العامة المتمثلة في طلب العروض إلي الاستثناء وإتباع إجراء التراضي بعد الاستشارة.

- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات لا تستلزم طبيعتها اللجوء لطلب العروض، وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوي المنافسة أو بالطابع السري للخدمات

(81) أنظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع

سابق.

- حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسة العمومية السيادية في الدولة.
- حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ⁽⁸²⁾.
- وهي التي كانت طبيعتها لا تتلاءم مع أجال طلب عروض جديد.
- حالة العمليات المنجزة في اطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في اطار اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلي مشاريع تنمية أو هبات، عندما تنص اتفاقيات التمويل المذكورة على ذلك، وفي هذه الحالة، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى .
- وما يعاب على حالات التراضي بعد الاستشارة، عدم تحديد المشرع لطبيعة العمليات السابقة، الشيء الذي سيؤدي دون شك إلى توسيع مجال أعمال هذا النوع من التراضي ليقب تحديد حالاته حصرا بلا فائدة⁽⁸³⁾.
- كما تجدر الإشارة إلى أنه وخلافا لطلب العروض فالمشرع لم يقيد الإدارة بأي إجراء أثناء لجوءها لإجراء التراضي عدا إلزامية تبريرها للحالة التي على أثرها استوجب على المصلحة المتعاقدة اللجوء لإجراء التراضي بأحد أشكاله التي تطرقنا إليها كونه إجراء استثنائي لا يتم اللجوء إليه إلا بتوافر شروط معينة ذكرت في قانون الصفقات العمومية بالتفصيل.

كما وأن المشرع الجزائري قد وسع في اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة وذلك بإضافة الحالة الخامسة السابقة الذكر المتعلقة بالعمليات المنجزة في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات، وبناء على ما تم التطرق إليه فإنه في حالة إعلان عن جدوى صفقة فإنه للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بإعلان طلب العروض

⁽⁸²⁾ انظر المادة 51 من المرسوم الرئاسي ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

⁽⁸³⁾ تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 114.

للمرة الثانية مع إتباع نفس الإجراءات وإذا تم الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة، أما في حالات عدم جدوى وإلغاء إجراء إبرام الصفقة أو إلغاء المنح المؤقت يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلم برسالة موصى عليها مع وصل استلام المتعهدين بقراراتها كما لها استشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض مع استعمال نفس دفتر الشروط، حسب المادة 52 من نفس المرسوم التي نصت على أن: " تستشير المصلحة المتعاقدة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة، وبنفس دفتر الشروط، باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض. ويمكن المصلحة المتعاقدة تقليص مدة تحضير العروض، ولا يخضع دفتر الشروط لدراسة لجنة الصفقات العمومية... ".⁽⁸⁴⁾

⁽⁸⁴⁾ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 52، من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

الفصل الثاني:

الضمانات الخاصة التي تتمتع بها المصلحة

المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية

الفصل الثاني: الضمانات الخاصة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية:

اعترف التشريع والقضاء الإداريين للمصلحة المتعاقدة بعدد كبير من الضمانات والامتيازات الهامة في العقود الإدارية⁽¹⁾، استثنائية في مواجهة المتعاقد معها تتمتع بها كوظائف تمارسها في إطار القانون العام، والتي لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، وهي وسائل قانونية تملكها المصلحة المتعاقدة عند مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية والتي من خلالها تتمكن من متابعة تنفيذها من البداية حتى النهاية لتحقيق الصفقة للغرض الذي أبرمت من أجله، وذلك رغبة في تحقيق المصلحة العامة من خلال الحفاظ علي المال العام وضمانا لتسير المرافق العامة، ولتحقيق تلك الغاية يتم تغليب المصلحة العامة علي المصلحة الخاصة.

وبمقتضى هذه الضمانات الاستثنائية تباشر المصلحة المتعاقدة حق الإشراف والرقابة علي تنفيذ الصفقة، والقدرة على تعديل شروط الصفقة العمومية وأن تقوم بتنفيذ شروط الصفقة وفسخها وإنهاءها بإرادتها المنفردة⁽²⁾، إلى جانب سلطتها في توقيع الجزاءات عند وجود أي إخلال وهي أبرز مظهر تتميز به الصفقات العمومية عن غيرها من العقود وخاصة المدنية والتجارية⁽³⁾.

من هنا عمدنا إلي تقسيم فصلنا هذا إلي مبحثين تطرقنا فيهما إلي ضمانات المصلحة المتعاقدة الوقائية و القمعية في (المبحث الأول) ثم الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد في (المبحث الثاني).

(1) نواف كنعان، مرجع سابق، ص 354.

(2) عبلاش كاهنة، علي سوهيلة، مرجع سابق، ص 8.

(3) بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر: دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، ط. الثانية، الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 121.

مبحث أول:

ضمانات المصلحة المتعاقدة الوقائية والقمعية :

تتولى الإدارة تنظيم وإدارة المرافق العامة بما تكفل استمرار سيرها بانتظام واطراد، وذلك لغرض إشباع الحاجات العامة، وتحقيق النفع العام ولكفالة قيام الإدارة بهذه المسؤوليات والاختصاصات الهامة⁽⁴⁾ منحت للمصلحة المتعاقدة ضمانات واسعة تجاه المتعامل المتعاقد معها ضمانا لتحقيق المصلحة العامة، الأمر الذي يجعل المصلحة المتعاقدة تسعى دائما إلى مراقبة تنفيذ الصفقات العمومية، لهذا أقر لها المشرع في قانون الصفقات العمومية بعض الضمانات لمواجهة المتعاقد معها، وهي بمثابة حقوق تتمتع بها الإدارة حتى وإن لم يتم النص عليها في العقد، فللمصلحة المتعاقدة ضمانات وقائية تتميز بها عند تنفيذ الصفقات العمومية (المطلب الأول) ولها كذلك ضمانات قمعية (المطلب الثاني).

مطلب أول:

الضمانات الوقائية:

ارتأينا في هذا المطلب إلي تقسيمه إلى فرعين وذلك كون أن المشرع أقر للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها بعض الضمانات تتمثلان في ضمانة الرقابة والإشراف (الفرع الأول)، وكذا ضمانة تعديل المصلحة المتعاقدة لشروط الصفقة العمومية (الفرع الثاني).

⁽⁴⁾ رجدال فتيحة، سعداوي فطيمة، مرجع سابق، ص 19.

الفرع الأول:

ضمانة الرقابة والإشراف علي تنفيذ الصفقات العمومية:

تختلف سلطة الإدارة في الإشراف و الرقابة علي تنفيذ العقد الإداري في مداها باختلاف العقود الإدارية فالإشراف والرقابة على تنفيذ عقود الأشغال الحكومية وعقود الخدمات الفنية أكثر شدة من العقود الأخرى، في حين أن الإشراف والرقابة في عقود التوريد أقل شدة، بل تكاد تكون محدودة لأن مثل هذه العقود أقل صلة وارتباط بسير المرافق العامة⁽⁵⁾.

وضمانة الإشراف والرقابة يستمد حقه من طبيعة المرفق العام، كون السلطة العمومية لا تتنازل عن المرفق العام كلياً بل تبقى سيطرتها من خلال سلطة الرقابة لأنها المسؤولة عن ضمان الخدمة العمومية⁽⁶⁾.

وبالتالي سوف نتطرق إلى المقصود بضمانة الرقابة، ثم الأساس القانوني لضمانة الإشراف والرقابة، وأخيراً مظاهر ضمانة الرقابة والإشراف.

أولاً: المقصود بضمانة الرقابة :

تمارس المصلحة المتعاقدة ضمانة الرقابة والإشراف على المتعامل المتعاقد بحيث تكون بمعنى الإشراف وهو المعنى الضيق لها والذي يقصد به حق الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد الإداري و التأكد من أنه يتم وفق نصوص العقد المذكورة في دفاتر الشروط⁽⁷⁾، وتكون رقابة فنية وإدارية للتأكد من تنفيذ المتعاقد للصفقة طبقاً للشروط الفنية والإدارية المذكورة⁽⁸⁾، كما أن ضمانة الإشراف تكون للتحقق من قيام المتعامل المتعاقد بالتزاماته المالية تجاه الإدارة وضبط كل ما يقوم بينهما من

⁽⁵⁾ نواف كنعان، مرجع السابق، ص 355.

⁽⁶⁾ شبل فريدة، افييس سميحة، مرجع السابق، ص 112.

⁽⁷⁾ رجدال فتيحة، سعداوي فطيمة، مرجع سابق، ص 20.

⁽⁸⁾ أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص 65.

الفصل الثاني: الضمانات الخاصة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية:

روابط مالية⁽⁹⁾، وتظهر ضمانات الإشراف خاصة في صفقات الانجاز وتماثل عادة بالتنسيق مع مكتب الدراسات المعهود إليه متابعة انجاز الصفقة وهذا ما أشارت إليه المادة 36 فقرة 3 من الرسوم الرئاسي السابق الذكر 15-247 بنصها: "كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن حسن تنفيذ الجزء من الصفقة الذي يعينها."⁽¹⁰⁾.

ضمانة الإشراف لا تخص نوع واحد من العقود فهي تختلف من عقد لأخر، فهي مرتبطة بنوعية وطبيعة ودرجة اتصالها بالمرفق العام الذي تسهر الإدارة علي حسن تسييره في كافة الظروف⁽¹¹⁾. هذا الضمان تتمتع به المصلحة المتعاقدة حتى ولو لم ينص عليه العقد، كما أنها لا تستطيع التنازل عنه مقدما كونه حق ثابت للإدارة⁽¹²⁾.

وللإدارة الحق في التدخل لتنفيذ العقد «**Le Pouvoir de direction**» ويقصد به سلطة التوجيه وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها⁽¹³⁾، وطبقا لهذا المعنى تتجاوز سلطة الرقابة مدلولها الضيق السابق تحديده، فلا تقتصر على مجرد التأكد من قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة طبقا لشروط المتفق عليها، وإنما تتعدى ذلك بما يسمح للمصلحة المتعاقدة بالتدخل في أوضاع تنفيذ الصفقة وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار أفضل الطرق التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق محل التعاقد⁽¹⁴⁾.

وحق التوجيه ليس مقرر كمبدأ عام في جميع الصفقات العمومية وإنما يختلف حسب طبيعة الصفقة، فهو مبدأ عام في صفقات الأشغال العامة ولو لم تنص عليه الصفقة، بعكس الحال

⁽⁹⁾ رجدال فتيحة، سعداوي فطيمة، مرجع سابق، ص 20.

⁽¹⁰⁾ أزرايب نبيل، المرجع السابق، ص 66.

⁽¹¹⁾ بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية (الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 250.02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية)، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 72.

⁽¹²⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط.الخامسة، مطبعة عين الشمس، مصر، 1991، ص 448.

⁽¹³⁾ أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص 67.

⁽¹⁴⁾ سبكي ربيعة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 16.

بالنسبة لصفقات اللوازم أو التوريد حيث لا يتقرر للمصلحة المتعاقدة إذا لم تنص عليه الصفقة⁽¹⁵⁾ ولا تقتصر المراقبة على طريقة التنفيذ وآجاله فحسب وإنما تشمل أيضا الوسائل والمواد والمنتجات المستعملة لتنفيذ الصفقة وقد تمتد في بعض الحالات إلى علاقة المتعاقد بمستخدميه من حيث الكفاءة والتخصص إذا كانا مطلوبين⁽¹⁶⁾ وهذا ما أشارت إليه المادتين 53 و 54 من المرسوم الرئاسي 15-247 كما يلي: " لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها، كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة. "

أما المادة 54 نصت على أنه: " يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين المتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية. "

تملك المصلحة المتعاقدة سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة ولو لم تنص عليه صراحة ومن دون اللجوء إلى القضاء لإجبار المتعامل المتعاقد معها على الانصياع للتعليمات والأوامر التي تصدرها بخصوص اختيار طرق التنفيذ⁽¹⁷⁾.

ثانيا : الأساس القانوني لسلطة الإشراف والرقابة:

قبل تحديد الأساس القانوني يستلزم تحديد مصدر هذه الضمانة ويكون أساس هذه الضمانة إما أساس تشريعي أو أساس تعاقدي، أو نجد أساسها في مقتضيات المرفق العام.

1: الأساس التشريعي لسلطة الرقابة:

نظم المشرع الجزائري أحكام سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية في العديد من التشريعات والقوانين المنظمة للصفقات العمومية وذلك بالنظر لما تحتله الرقابة من مكانة في الحفاظ على المال العام وبما يكفل حسن توظيف تلك الأموال المرصودة للصفقات العمومية ويتم

(15) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 17.

(16) أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص 68.

(17) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 18.

إعمال النصوص حيث تقوم ضمانات الرقابة مرتكزة عليها⁽¹⁸⁾، والمشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 نجده قد خصص فصل كامل ألا وهو الفصل الخامس بعنوان رقابة الصفقات العمومية حيث نصت المادة 156: "تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده".

2: الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة:

ترد ضمانات الرقابة صراحة في الصيغة العمومية ذاتها أو في دفاتر الشروط على نحو يوضح كيفية ممارسة هذه السلطة وما يتبع في مباشرتها من الوسائل، وفي هذه الحالة لا جدال أن ضمانات الرقابة تجد أساسها في فكرة العقد⁽¹⁹⁾، فالإدارة عندما تتعاقد مع الأشخاص لا تتخلى عن مسؤوليتها للتعاقد معها ولكن تعاون والمتعاقد معها في تسيير المرفق تحت إشرافها ورقابتها، فغالبا ما تشترط الإدارة ضمن نصوص عقودها الإدارية أو ضمن دفاتر الشروط العامة والخاصة التي تحيل عليها، حقها في إصدار القرارات التنفيذية التي تخضع تنفيذ العقد لتوجيهها، وتراقب المتعاقد في تنفيذ التزاماته، ويتجلى الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة في صفقات الأشغال العامة من خلال ما تضمنه دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة.

وهنا يمكن لنا القول أن في الحالات التي ينص فيها صراحة في الصيغة، أو دفاتر الشروط الملحقة بها، على سلطة المصلحة المتعاقدة من حيث مداها ووسائلها، فإن هذه السلطة تركز على النصوص التعاقدية.

3 : المرفق العام كأساس الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية:

يتجه الرأي الراجح إلى أن ضمانات الرقابة غير المنصوص عليها تجد أساسها في فكرة المرفق العام، فاحتياجات المرفق العام وضمان حسن سيره وانتظامه هي التي تبرر ما تتمتع به

(18) أزرايب نبيل،، مرجع سابق ص 71.

(19) المرجع نفسه، ص 64.

المصلحة المتعاقدة من سلطات استثنائية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية والعقود الإدارية بصفة عامة، بما فيها ضمانات الرقابة وذلك في حالة خلو الصفقة من النص علي الضمانات⁽²⁰⁾.

رابعاً: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية :

تحديد ممارسة الرقابة يختلف في مداه من صفقة إلي أخرى بحيث تبرز أكثر ويتسع مداها ومجالها في صفقات الأشغال العامة مقارنة بصفقات اللوازم أو التوريد أين يكون أضعف، مما يبرر تعدد مظاهر الرقابة علي تنفيذ الصفقة بحسب نوع هذه الأخيرة :

1: مظاهر الرقابة علي تنفيذ صفقات الأشغال العامة:

تعتبر صفقات الأشغال العامة من أبرز أنواع الصفقات التي تبدو فيها أكثر من غيرها ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة في مختلف معانيها: الإشراف و التوجيه ويرجع ذلك إلي الخصائص الذاتية التي تميز صفقة الأشغال العامة، ويأتي في مقدمتها أن المصلحة المتعاقدة هنا تعتبر هي صاحب الحقيقي للمشروع الأمر الذي يؤدي إلي اتساع سلطتها في مواجهة المتعامل المتعاقد معها منذ بداية تنفيذ الصفقة حتى تسليم الأعمال المتعاقد عليها⁽²¹⁾. ويظهر جليا تعدد مظاهر ضمانات الرقابة والإشراف التي تباشرها المصلحة المتعاقدة كمايلي :

أ: الأمر بالبداية في تنفيذ المشروع:

تحدد المصلحة المتعاقدة للمقاول بوصفها صاحب المشروع بداية تنفيذ الأشغال وتبدأ مدة تنفيذ الأشغال في السريان من التاريخ المحدد في الصفقة صراحة، أما إذا لم ينص علي ذلك فان الموعد يحسب من تاريخ إعلان المقاول البدء في تنفيذ الأشغال أو ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة للمقاول⁽²²⁾.

(20) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 24.

(21) المرجع نفسه ، ص 30.

(22) أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص 77.

ب: تحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال:

في الغالب الأحيان تنص صفقات الأشغال العامة أو دفاतर الشروط علي تحديد خطوات تنفيذ الأشغال وسيرها بوضع جدول أعمال بالفترات التي تتم فيها الأعمال وكذلك مواعيد التسليم، باعتبار موضوع الصفقة يجب أن يتخذ في الأجل المتفق عليه، ولا يجوز كأصل عام للمتعاقل المتعاقد تجاوز هذا الأجل بل إن تجاوز هذه المدة يعطي للمصلحة المتعاقدة حق توقيع جزاء الفسخ و يتحمل المتعاقل المتعاقد وحده النتائج القانونية المترتبة عن ذلك⁽²³⁾.

ج: الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتاً:

يحق لمهندسي المصلحة المتعاقدة المكلفين بضمانة الإشراف والرقابة علي تنفيذ صفقة الأشغال العامة أن يرفضوا المواد أو الأعمال التي يرون أنها من نوع غير مطابق للمواصفات المتفق عليها الأمر بهدم أو إزالة ما تم تنفيذه من الأشغال علي خلاف المتفق عليه في الصفقة المبرمة وإعادة القيام بها من جديد علي حساب المقاول المقصر⁽²⁴⁾.

د: الأمر باستبدال أعمال المقاول:

تتعدي سلطة المصلحة المتعاقدة في ضمانة الرقابة لتشمل العمال الذين يستعين بهم المقاول في تنفيذ الأشغال، فالمصلحة المتعاقدة لها أن تطلب تغيير عمال المقاول إما لعدم الكفاءة الفنية أو لنقص في النزاهة أو بسبب تمردهم ورفضهم تنفيذ تعليمات مندوبيها أو إذا شرعوا في الغش أو مخالفة شروط الصفقة⁽²⁵⁾.

يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان والعمال لعصيانهم أو عدم أهليتهم أو عدم أمانتهم يبقي المقاول مسؤولاً عن أعمال الغش أو فساد العمل التي يرتكبها معاونون والعمال من جراء عملهم و استخدامهم المواد.

(23) المرجع نفسه، ص 77.

(24) سبكي ريحة، مرجع سابق، ص 34.

(25) سبكي ريحة، مرجع نفسه ، ص 37 .

فضلا على ذلك يحق للمصلحة المتعاقدة التدخل بما لها من سلطة رقابة لضمان احترام المقاول للقوانين ذات الصلة بتنفيذ موضوع الصفقة كاحترام قوانين العمل ومواعيده المتعلقة بشروط التشغيل ومراعاة قوانين التأمين التي تستلزم حماية العمال ضد الإصابة أو حوادث العمل⁽²⁶⁾.

2 : مظاهر ضمانات الرقابة على تنفيذ صفقة اللوازم:

للإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ عقود التوريد والخدمات حيث تقل السلطات المقررة للمصلحة المتعاقدة للإدارة في الرقابة على تنفيذ عقود التوريد العادية بصورة واضحة عن السلطات المقررة لها في عقود الأشغال العامة وامتياز المرافق العامة ذلك لأن عقود التوريد أقل اتصالا بالمرفق العام لذا فان ضمانات الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقود التوريد العادية تقتصر كقاعدة عامة على الرقابة بمعناها الضيق⁽²⁷⁾.

الفرع الثاني:

ضمانة تعديل المصلحة المتعاقدة لشروط الصفقة العمومية:

يهيمن مبدأ القوة الملزمة للعقد على القانون الخاص وعليه لا يجوز لأحد أن يعدل في العقد بأن يضيف التزام لم يتضمنه أو يعفي من التزام نص عليه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها⁽²⁸⁾، وذلك عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وبمبدأ القوة الملزمة للعقد، وعلى خلاف ذلك فان المشرع أقر للإدارة سلطة التعديل الانفرادي للعقد في عقودها دون الحاجة إلى رضا المتعاقد معها، وهي سلطة ثابتة لها حتى لو لم يرد بشأنها نص في العقد أو النصوص القانونية بل أنه لا يجوز النص على خلافها أو التنازل عنها من جانب الإدارة⁽²⁹⁾، ويقصد بسلطة التعديل

⁽²⁶⁾ المرجع نفسه، ص 38 .

⁽²⁷⁾ أزياب نبيل، مرجع سابق، ص 80.

⁽²⁸⁾ رياض عيسي، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص 13.

⁽²⁹⁾ بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية : دراسة تشريعية، فقهية وقضائية، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 101.

حق الإدارة في تعديل التزامات وشروط العقد الإداري والمتعلقة بالمرفق العام سواء كان هذا التعديل زيادة أو نقصان.

وعليه استلزم علينا تقسيم هذا الفرع إلى الأساس القانوني لضمانة تعديل شروط الصفقة العمومية، ثم آليات ممارسة ضمانة تعديل الصفقة العمومية، يليه تحديد مظاهر ضمانة التعديل.

أولا : الأساس القانوني لضمانة تعديل شروط الصفقة العمومية:

اختلف الفقهاء على وضع أساس سلطة الإدارة في تعديل العقد بين مؤيد لفكرة السلطة العامة كأساس، وبين فريق مؤيد لفكرة المرفق العام كأساس، ليأتي بعد ذلك موقف المشرع الجزائري للفصل في الأساس القاضي لضمانة تعديل شروط الصفقة العمومية.

1: فكرة السلطة العامة كأساس لضمانة تعديل شروط الصفقة العمومية:

مفاد هذه الفكرة هو أن حق السلطة الإدارية في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، ومن ثم فإن تعديل الإدارة لشروط العقد لا يكون بصفقتها متعاقدة بل بصفقتها صاحبة سلطة عامة، كون أن الإدارة باعتبارها صاحبة سلطة عامة فهي ملزمة بمراعاة ضروريات المصلحة العامة، ويترتب على اعتبار سلطة الإدارة في تعديل عقودها قائم على أساس السلطة العامة لاستخدامه كامتياز تعاقدي وإنما تستعمله كحق مقرر لها باعتبارها سلطة عامة⁽³⁰⁾.

والسلطة العامة تشمل كل نشاط إداري تمارسه الإدارة مع استعماله لوسائل القانون العام غير المألوفة في القانون الخاص، وعلى الإدارة باعتبارها سلطة عامة بأن تراعي دوما ضرورات المصلحة العامة وترجحها دائما على المصلحة الخاصة، ويترتب على اعتبار سلطة

⁽³⁰⁾أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص 82.

الإدارة في تعديل عقودها يقوم على أساس السلطة العامة أن تصرف الإدارة وهي بصدد تعديل عقودها الإدارية يعتبر عملاً من أعمال السلطة العامة⁽³¹⁾.

2: فكرة المرفق العام كأساس لضمانة تعديل شروط الصفقة العمومية:

يري أصحاب هذا الرأي أن سلطة تعديل العقد بصفة منفردة تجد أساسها القانوني في فكرة المرفق العام ومقتضياته، من حيث ضرورة سيره بانتظام واطراد وقابليته للتطوير والتغيير وذلك تفسيراً إلى نصوص العقد الصريحة أو الضمنية التي انصرفت إلى نية الطرفين عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء لحاجة المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، ولذا فهي سلطة أصلية توجد مستقلة عن نصوص العقد ودفاقر الشروط⁽³²⁾، وهذه السلطة لا تكون متساوية في جميع العقود الإدارية المتعلقة بالمرفق العام، إنما تختلف درجاتها بمدى ارتباط العقد بنشاط المرفق فيكون للمصلحة المتعاقدة سلطة واسعة في عقود الأشغال العامة لارتباطها المباشر بالمرفق العام عكس عقود اقتناء اللوازم والخدمات لضعف العلاقة بين المرفق العام وعقود التوريد، كونها تساهم بصفة غير مباشرة في حسن سير المرفق⁽³³⁾.

كما أن الدكتور محمد سليمان الطماوي أشار إلى أن سلطة التعديل لا تتناول جميع شروط العقد، وإنما تقتصر على تلك المتعلقة بتسيير المرفق العام وتلك نتيجة أخري لعلاقة العقد بالمرفق العام، ومن ثم فإن الإدارة لا تملك تعديل شروط العقد الأخرى ذات الصلة بالمرفق العام⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ بولقدابير عبد الكريم، سلطة تدخل الإدارة في تعديل الصفقة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 16.

⁽³²⁾ أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص 83.

⁽³³⁾ المرجع نفسه، ص 84.

⁽³⁴⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 466.

3: موقف المشرع الجزائري من سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية :

باستقراء المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتحديدًا في القسم الخامس منه بعنوان الملحق من المواد 135 إلى 139 نجد اعتراف المشرع للمصلحة المتعاقدة بممارسة ضمانات التعديل عن طريق إبرام ملاحق⁽³⁵⁾، إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة⁽³⁶⁾.

ومن خلال هذه النصوص يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يقف عند حد التعبير عن رغبته بالاعتراف للمصلحة المتعاقدة بهذه السلطة، وإنما قام بتنظيم تفاصيلها وإيراد مبادئها وأحكامها.

ثانياً: آليات ممارسة سلطة تعديل شروط الصفقة :

يتطلب سير المرافق العامة بانتظام واطراد أن يستمر العقد أو الصفقة مهما حصل من تغيرات أثناء تنفيذها، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بتعديلات انفرادية على التزاماتها التعاقدية لمواكبة التغيير الحاصل بعد إبرام الصفقة، لذا خول قانون الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة ضمانات تعديل شروط الصفقة عن طريق تقنية الملحق⁽³⁷⁾.

وعليه سنتطرق لتعريف الملحق، وذكر شروط ممارسة الملحق، ثم تحديد حالات إبرام الملحق وخضوعه للرقابة وأخيراً حالات إبرام الملحق وخضوعه للرقابة.

(35) تنص المادة 135 من المرسوم الرئاسي 15.247، السالف الذكر، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات

المرفق العام، علي ما يلي: "يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلي إبرام ملاحق للصفقة في اطار أحكام هذا المرسوم."

(36) تنص المادة 136 الفقرة 1 من نفس المرسوم الرئاسي على أن: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم

في جميع الحالات اذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة...".

(37) خلفي جمال عبد الناصر، الملحق في الصفقة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الشركات، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016، ص 06.

1: تعريف الملحق :

لم يعرف الملحق من خلال النصوص الفقهية أو الاجتهادات القضائية، ولم يتم وضع تعريف له إلا من خلال قانون الصفقات العمومية وذلك سواء في التنظيمات السابقة أو التنظيم الجديد والمتمثل في المرسوم الرئاسي 247.15 بحيث أشارت إلى تعريف الملحق في المادة 136 فقرة 1 السالفة الذكر، وقد احتفظت المادة بنفس التعريف الوارد في التنظيمات السابقة وهذا في الفقرة الأولى، أما الأحكام الجديدة وردت في الفقرة الثانية والثالثة، الرابعة، السابعة، الثامنة والتاسعة⁽³⁸⁾.

2 : شروط الملحق:

تخضع عملية إبرام الملحق لمجموعة من الشروط تتلخص في الآتي:

أ: أن يكون هناك التزام تعاقدي جديد:

إذ يجب أن يصدر الملحق في صيغة كتابية ومصادقا عليه من قبل السلطة المختصة بمعنى لا يقبل أي طلب من المتعامل المتعاقد للتعديل بعد تلقيه وعودا من السلطات غير المؤهلة⁽³⁹⁾.

ب: خضوع الملحق للشروط الاقتصادية للصفقة:

يخضع الملحق لنفس الشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة الأصلية، فتطبق في الملحق الأسعار التعاقدية الموضوعة مسبقا، ولكن في حالة ما إذا تعذر علي الطرفين أن يطبق الأسعار

⁽³⁸⁾ أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247.15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

⁽³⁹⁾ شقطي سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2011، ص 32.

التعاقدية المحددة في الصفقة علي العمليات الجديدة المنصوص عليها في الملحق فإنهما يحددان أسعار جديدة⁽⁴⁰⁾.

ج: إبرام الملحق في الآجال التعاقدية :

لا يبزم الملحق في الآجال التعاقدية إلا في الحالات الآتية:

- عندما لا يكون للملحق أي أثار مالية على الصفقة الأولية ولا يمس البنود المتعلقة بآجال تنفيذها.

- عندما يبزم الملحق في ظل الآخر في الآجال التعاقدية الأصلية بسبب اختلال التوازن الاقتصادي للعقد مرده أسباب استثنائية غير متوقعة.

- إذا أبرم الملحق بصورة استثنائية بغرض الإقفال النهائي للصفقة خاصة إذا كان يهدف إلي تجنب الدعاوي القضائية المضررة لمواصلة تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة⁽⁴¹⁾.

3: حالات عدم خضوع الملحق للرقابة:

حدد المشرع حالات تلزم المصلحة المتعاقدة عند توافرها بإحالة ملف أو مشروع الملحق على لجنة الصفقات المعنية :

أ: حالة عدم تجاوز الملحق للحدود المالية المبينة في المرسوم الرئاسي 15-247 طبقا لأحكام المادة 136 منه.

ب: حالة الملحق الذي لم ينجم عنه أي أثر مالي: هنا نكون أمام تغيير بنود الصفقة الأصلية دون أن يخلق هذا التغيير أي أثر مالي، في هذه الحالة تتحرر الإدارة من إجراء إحالة مشروع الملحق للجنة الصفقات المعنية⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾شقطي سهام، مرجع سابق، ص 32.

⁽⁴¹⁾المرجع نفسه، ص 33.

ج: حالة الملحق الذي لا ينجم عنه أي أثر مالي: لقد نصت المادة 139 من نفس المرسوم علي أنه لا يخضع الملحق إلي فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية إذا كان موضوع هذا الملحق لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد وكذا حالة ما إذا كان مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة 10% بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة (43).

ثالثا: أنواع الملاحق :

تصنف الملاحق إلى أنواع التالية ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة، ملحق التغيير، وملحق الإقفال النهائي للصفقة.

1: ملحق الأشغال الإضافية أو المنقصة:

يمنح قانون الصفقات العمومية للمتعاقدين إمكانية تعديل بنود الصفقة الأولية من خلال الملحق في ظل احترام القسم الخامس منه، ومع هذا فمن المتكرر في الصفقات العمومية قيام المتعامل المتعاقد بتعديلات على الأشغال دون ترخيص من المصلحة المتعاقدة وان لم يتضمن قانون الصفقات العمومية هذه الحالة (44).

ويمكن أن يكون موضوع ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة إما تعديلات في كمية وطبيعة الأشغال وإما تعديلات في مدد التنفيذ أو أسعار الصفقة إذا لم تكن هذه الأخيرة مبرمة بناء على سعر ثابت غير قابل للمراجعة وتكون هذه التعديلات التي يشملها الملحق بالزيادة أو النقصان (45).

(42) أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص 91.

(43) أنظر المادة 139 من المرسوم 247.15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

(44) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 61.

(45) المرجع نفسه ، ص 62.

2: ملحق التغيير:

يتم اللجوء إلي هذا النوع من الملاحق في حال تغيير أطراف الصفقة سواء انصب هذا التغيير على المصلحة المتعاقدة أو انصب على المتعامل المتعاقد فإذا انصب التغيير على المصلحة المتعاقدة فان هذا التغيير لا يتطلب دائما ضرورة إبرام ملحق لكنه من الضروري صدوره في شكل كتابي، في هذه الحالة يبلغ أمر مصلحة إلي المتعامل المتعاقد⁽⁴⁶⁾.

3: ملحق الإقفال النهائي للصفقة :

يسمح هذا الملحق بإيقاف وقفل بصفة نهائية الخدمات المنفذة فعلا في الصفقة واللجوء إلى هذا النوع من الملاحق استثنائي ويجب أن يكون مبررا مثلا التخلي عن المشروع بقرار من الإدارة، القوة القاهرة أو التسوية الودية للنزاع، حيث أن الملحق يكفل تحقيق حلول ودية فتجنب اللجوء إلي القضاء هو هدف تقليدي للإدارات العمومية إذ أن الوقاية من النزاع الإداري أصبح اليوم أولوية لضمان مواصلة تنفيذ الصفقة العمومية⁽⁴⁷⁾.

مطلب ثاني:

السلطات القمعية للمصلحة المتعاقدة:

تملك المصلحة المتعاقدة بموجب القانون المخول لها أن تكون سلطة عامة، توقع جزاءات على المتعامل المتعاقد معها إذا ما ثبت إهماله أو تقصيره في تنفيذ أحكام العقد، إما بالامتناع عن تنفيذ التزام التعاقد أو التأخر فيه أو لم يحترم شروط التعاقد أو تنازل عن العقد لشخص آخر وغيرها من صور الإخلال المختلفة، ولا يعفي المتعامل المتعاقد من هذه الجزاءات إلا إثباته لوقوع سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو الحدث الفجائي أو فعل الغير.... الخ.

(46) المرجع نفسه ، ص 62.

(47) سبكي ريحة، مرجع سابق، ص 63.

وهذه الجزاءات تختلف على نظيراتها المقررة في عقود القانون الخاص والتي تتطوي في واقعها على معنى العقوبة وللإدارة كامل السلطة في اختيار الجزاء الملائم والوقت المناسب لتوقيعه. وتأخذ الجزاءات الإدارية صوراً عدة تتمثل في جزاءات مالية كما في حالتها غرامات التأخير ومصادرة التأمين، أو جزاءات ضاغطة (الفرع الأول)، وقد تبلغ تلك الجزاءات ذروتها بفسخ التعاقد إذا بلغت المخالفة درجة من الجسامة لا يستقيم معها تنفيذ العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

توقيع الجزاءات المالية والوسائل الضاغطة:

أقر المشرع ضماناً توقيع الجزاءات المالية التي يكون الهدف منها هو معاقبة الطرف المتعاقد مع الإدارة⁽⁴⁸⁾، كما أقر لها وسائل يكون الهدف منها إرغام المتعاقد على تنفيذ العقد والمتمثلة بالجزاءات الضاغطة⁽⁴⁹⁾.

أولاً: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية:

الجزاءات الإدارية المالية هي عبارة عن المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية⁽⁵⁰⁾.

وهذه الجزاءات المالية إما أن تكون غرامات تأخير توقع على المتعاقد المتأخر في تنفيذ التزامه، وإما تتمثل في مصادرة التأمين النهائي في حالة عدم وفاء المتعاقد بالتزامه التعاقدية⁽⁵¹⁾، أو في إقرار التعويض.

(48) جبار جميلة، دروس في القانون الإداري، منشورات كليك، الجزائر، 2014، ص 134.

(49) جبار جميلة، مرجع سابق، ص 135.

(50) عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء الثاني: (النشاط الإداري)، ط. الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن. ص 219.

(51) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (الابرام، التنفيذ، المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة وفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات)، د.ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص 284.

1: الغرامة التأخيرية:

تملك الإدارة المتعاقدة طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 ممارسة سلطة الجزاءات المالية وتجد هذه السلطة أساسها القانوني في المادة 147 منه.⁽⁵²⁾

وهكذا حوّل المشرّع بموجب النصّ أعلاه للإدارة المتعاقدة حقّ توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة⁽⁵³⁾.

وعليه استلزم علينا تحديد تعريف الغرامة التأخيرية، ثمّ ذكر خصائصها، وأخيراً حالات الإعفاء من الغرامة.

أ : تعريف الغرامة التأخيرية:

تعددت التعريفات الفقهية حول تعريف الغرامة التأخيرية، لكنّها تبرز جميعها طبيعة هذا الجزاء المالي وغايته فعرّفها الدكتور "سليمان محمد الطماوي" بأنها: (مبالغ إجمالية، تقدّرها الإدارة مقدّماً وتنصّ على توقيعها متى اخل المتعاقد بالتزام معيّن لاسيما فيما يتعلّق بالتأخير في التنفيذ)⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ نصت المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق على مايلي: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير مطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفية فرضها أو الإعفاء منها طبقاً لدفاتر الشروط....".
⁽⁵³⁾ بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، د.ط، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.ن، ص152.

⁽⁵⁴⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص512.

الفصل الثاني: الضمانات الخاصة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية:

أما الدكتور "نواف كنعان" فقد عرّفها كالتالي: (مبلغ من المال محدد سلفا في العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، توقعها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية)⁽⁵⁵⁾،

كما عرّفها "بولكور عبد الغني" أنها: (مجموع المبالغ المالية التي تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة تراخيه أو تأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية)⁽⁵⁶⁾؛

أما "الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة" فقد عرّف الغرامة التأخيرية كالتالي⁽⁵⁷⁾، تعرّف أيضا بأنها: مبالغ إجمالية تحدّد مقدّما توقعها الإدارة كجزاء على المتعاقد معها في حالة تأخيره على تنفيذ العقد في المدة المقرّرة⁽⁵⁸⁾.

ب: خصائص الغرامة التأخيرية:

تتميّز الغرامة التأخيرية بمجموعة من الخصائص أبرزها أنها غرامة اتفافية، ثمّ أنها غرامة تلقائيّة، وأنها ذات طبيعة إدارية، وأنها تستحق عن التأخير.

- الغرامة الاتفافية:

الغرامة التأخيرية ذات طبيعة اتفافية، بمعنى أن عملية تطبيقها متوقّفة على إرادة الطرفين ومقدارها يحدّد في الصّفقة، وتلزم المصلحة المتعاقدة به فلا تستطيع زيادته حتّى ولو نتج

⁽⁵⁵⁾ نواف كنعان، مرجع سابق، ص 359.

⁽⁵⁶⁾ بولكور عبد الغني، المنازعات الناشئة بعد إبرام الصفقات العمومية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2014، ص 248.

⁽⁵⁷⁾ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، (مبلغ من المال يتفق في العقد على أداء المتعاقد لصالح جهة الإدارة المتعاقدة، جزاء إخلالها بالوفاء بالتزامه في الميعاد المقرّر بنصوص العقد أو في مدّته الإضافية التي توافق عليها الإدارة)، ص 284

⁽⁵⁸⁾ رياض عيسى، مرجع سابق، ص 19.

عن التأخير ضرر يزيد عما حدّد في الصفقة⁽⁵⁹⁾، ولقد أشار المشرّع الجزائري الى الطّبيعة الاتفاقية للغرامة التأخيرية من خلال النّص عليها صراحة في المادة 147 الفقرة 3⁽⁶⁰⁾.

ويجدر بالذّكر أن هذه العقوبات المالية التي تكون عادة في شكل غرامات التأخير لا تطبّق فقط على المتعامل المتعاقد الوطني بل يمكن تطبيقها حتّى على المتعهد الأجنبي إذا عاينت المصلحة المتعاقدة أنّ الاستثمار لم يتجسّد حسب الرّزنامة الرّمنية والمنهجية المذكورة خطأ من المتعامل المتعاقد الأجنبي⁽⁶¹⁾، وذلك طبقا لنص المادة 84 الفقرة 3⁽⁶²⁾.

- غرامة تأخير تلقائية:

التأخير بصفة تلقائية بمجرد التأخير، حتّى ولو لم يثبت أنّ هذا التأخير قد ألحق ضررا بجهة الإدارة المتعاقدة، فللجهة الإدارية الحق في استيفاء غرامة التأخير دون التزام عليها بإثبات أنّه قد أصابها من التأخير ضرر، كما لا يقبل من التعاقد إثبات عدم تسبّب التأخير في إصابة الإدارة بضرر، حيث أنّ الضّرر مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس بمجرد التأخير، على اعتبار أنّ جهة الإدارة حينما حددت موعدا معيّنا لتنفيذ العقد ، قدّرت أنّ حاجة المرفق العام تستوجب تنفيذه خلال هذا الموعد و تستحق غرامة التأخير دون حاجة لتبنيه المتعاقد وذلك تأكيدا لتلقائية تلك الغرامة⁽⁶³⁾.

(59) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص94

(60) الفقرة 03 من المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق، نصت على أنه: " تفتتغ العقوبات المالية التّعاقديّة المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشّروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة".

(61) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص96.

(62) انظر المادة 8 الفقرة 03 من الرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

(63) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، صص 289-290.

- الغرامة التأخيرية ذات الطبيعة الإدارية:

توقعها الإدارة المتعاقدة بنفسها دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء للحكم بتوقيعها، فالمصلحة المتعاقدة تفصح عن رغبتها في استعمال سلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد المقصر في أداء التزامه بموجب صدور قرار إداري بتوقيع غرامة التأخير التي هي جزء مالي، لا يكفي مجرد النص ليصح استحقاقه أمرا مقضيا تطالب به جهة الإدارة المتعاقدة في أي وقت تشاء وعليه تطبق الإدارة غرامات التأخير بإجراء إداري صادر عن إرادة الإدارة المنفردة دون أن تكون ملزمة بالالتجاء للقضاء، وعليها هنا أن تتأكد من إخلال المتعاقد بالفعل عن تنفيذ التزاماته، ولا يجوز لها فرض هذا الجزء المالي على مجرد افتراضات أو قناعات غير مبررة وثابتة⁽⁶⁴⁾.

وبالرجوع لقانون الصفقات العمومية، نجد أن المادة 147 الفقرة 1 أشارت بوضوح إلى هذا الجزء⁽⁶⁵⁾.

- الغرامة التأخيرية تستحق عن التأخير:

من جانب المصلحة المتعاقدة بمجرد انقضاء الفترة المحددة في العقد دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقها، فهي تختلف بذلك عن وضع الفوائد التي تحصل عن التأخير في ميدان القانون الخاص، إذ يتعين إنذار باستحقاقها حتى ولو يتضمن العقد شرطا جزائيا عن التأخير⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁴⁾ بحري سماعيل، مرجع سابق، ص 118.

⁽⁶⁵⁾ الفقرة 01 من المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق نصت على أنه: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به"⁽⁶⁶⁾ أزراب نبيل، مرجع سابق، ص 107.

ج: الإعفاء من الغرامة التأخيرية:

تطرقت إلى هذه الحالة المادة 147 الفقرة الرابعة والخامسة من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر⁽⁶⁷⁾.

ومن هذه المادة نجد أنّ المشرّع الجزائري أعطى المصلحة المتعاقدة حالتين يمكن لها من خلالهما إعفاء المتعامل المتعاقد من دفع الغرامة التأخيرية وهما:

- حالة القوة القاهرة.

- حالة مسؤولية المصلحة المتعاقدة على توقيف الأشغال.

2: مصادرة التأمينات:

لما كان للصفقة العمومية صلة بالخزينة العمومية بجهة وبحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد من جهة ثانية، وبالجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام من جهة ثالثة وجب أخذ الاحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة⁽⁶⁸⁾.

وتعتبر التأمينات مبالغ مالية تدفع من قبل المتعامل المتعاقد كضمان للمصلحة المتعاقدة تتوقّى بها آثار الأخطاء التي قد تصدر منه أثناء مباشرة تنفيذ الصفقة العمومية وقصد ضمان جدية العرض وبالتالي فإنّ مصادرة التأمين هو جزء مالي يتمثل في حجز واستحواذ المصلحة المتعاقدة على هذه التأمينات التي يقدّمها المتعامل المتعاقد معها جزاء الإخلال بالالتزامات⁽⁶⁹⁾، ولقد أوجب قانون الصفقات العمومية الجزائري في المادة 124 السالفة الذكر من المرسوم الرئاسي 15-247

⁽⁶⁷⁾ راجع الفقرة 45 المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

⁽⁶⁸⁾ بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، ط. الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، مرجع سابق، ص 131.

⁽⁶⁹⁾ سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 107.

الفصل الثاني: الضمانات الخاصة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية:

على أن المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية التي تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة ولا يكون ذلك إلا بفرض ضمانات مالية بعنوان كفالة حسن التنفيذ، وأكدت نصوص المرسوم الرئاسي أن كفالة حسن التنفيذ تخص المتعامل المتعاقد الوطني كما تخص المتعامل المتعاقد الأجنبي إذا لم يدعم عن طريق حكومة دولته، وفي هذه الحالة يجب أن يعتمد البنك الأجنبي عن تغطيته لمبلغ كفالة مصرفية من قبل البنك الجزائري المختص، أما من مبلغ الكفالة فحدده المادة 133 من المرسوم الرئاسي بين 5% و10% من مبلغ الصفقة، كما يلزم المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة رد التسبيقات وهي كلها مبالغ يلزم المتعامل المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة بواسطة بنك لتمارس عن طريقها الجزاء المالي في الإطار الذي حدده القانون.

3. التعويض:

إلى جانب الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات أقرّ المشرع للمصلحة المتعاقدة إجراء آخر من إجراءات توقيع الجزاءات المالية ألا وهو التعويض الذي هو الجزاء الأصيل الذي يوقع على المتعاقد من طرف المصلحة المتعاقدة عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية بقصد إصلاح الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة من جراء ذلك⁽⁷⁰⁾، يحق للمتعامل الحصول على التعويض على الأضرار التي لحقت به جراء تصرفات الإدارة استنادا إلى المسؤولية العقدية في حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية حيال المصلحة المتعاقدة المحددة في دفتر الشروط مع الأخذ استثناءا حقها في التحرر من هذه الالتزامات في بعض الحالات بشروط وقصد تحقيق أهداف مخصصة لصالح المصلحة العامة⁽⁷¹⁾.

والمشرع الجزائري لم ينص بصفة واضحة إلى كيفية تحصيل التعويض في قانون الصفقات العمومية.

(70) عبلاش كاهينة، علي سوهيلة، مرجع سابق، ص 43.

(71) بوجمعة كنزة، التعاقد وفقا لأسلوب الاستشارة الانتقائية في قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 41.

ثانياً: ضمانات المصلحة المتعاقدة في استعمال الوسائل الضاغطة:

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بسلطة بفرض جملة من الوسائل الضاغطة أو الإجراءات القهرية يبررها أن العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة تقضي ذلك، هذه الوسائل تستهدف إرغام المتعاقد المقصر على الوفاء بالتزاماته، وذلك بأن تحل المصلحة المتعاقدة محله في تنفيذ الصفقة أو أن تعهد إلى غيره ليتولى وعلى مسؤوليته. فيما تتمثل هذه الجزاءات الضاغطة، وما هي الحالات التي يتم فيها توقيع هذه الجزاءات.

1: الوسائل الضاغطة:

الوسائل الضاغطة هي جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها إعمالاً لامتيازها في التنفيذ المباشر لإجبار المتعاقد على الوفاء بالتزامه التعاقدية على نحو ما تبتغي، كما في حالة حلول الإدارة محل المتعاقد معها في تنفيذ التزامه⁽⁷²⁾، وهذه الالتزامات تختلف باختلاف موضوع الصفقة.

2: صور الوسائل الضاغطة:

كما تم الإشارة إليه فإن الجزاءات الضاغطة تختلف باختلاف موضوع الصفقة وتتخذ شكلين أساسيين:

- سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة: والمقصود به أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله بنفسها على حسابه أو تعهد إلى الغير بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المقاول الأول⁽⁷³⁾.

- الشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقات التوريد: يجوز للإدارة في حالة تخلف المتعاقد معها عن توريد الأصناف المتفق عليها أن تقوم بهذا الإجراء على حسابه ومسؤوليته⁽⁷⁴⁾.

(72) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 297.

(73) مرجع نفسه، ص 299.

الفرع الثاني:

ضمانة استعمال الوسائل الفاسخة:

تعد من أخطر الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها بالمقابل يعتبر ضمان قوي في يد الإدارة بحيث يمكن لها أن تضع حداً للعقد، ولكن هذا يتم بعد ارتكاب المتعاقد معها خطأ جسيم، ويكون ذلك بعد اعذاره بحيث تعدّ ضمانة قانونية للمتعاقد من تعسف الإدارة وتجاوز سلطتها ولها أن تفسخ الصفقة من جانب واحد وهو الفسخ الانفرادي دون خطأ من المتعاقد إذا كان المبرر المصلحة العامة، وهو ما تطرّق إليه المشرع الجزائري في القسم العاشر من المرسوم الرئاسي 15-247 تحت عنوان الفسخ وذلك من المادة 149 الى المادة 152 ومن خلال هذه المواد ارتأينا إلى ذكر الشروط الواجب توفّرها لفسخ الصفقة ، ثم أنواع فسخ الصفقة، ذكر الآثار المترتبة عن فسخ الصفقة، ويمكن تعريف الفسخ على أنه جزاء تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة عندما يثبت لها بصورة قاطعة عجز أو عدم قدرة المتعاقد في تنفيذ الالتزامات محلّ التعاقد بصورة مرضية والتي منها عدم مراعاة تنفيذ الأعمال، أو عدم تسليم التوريدات في المواعيد المقررة تنتهي بمقتضاه الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها⁽⁷⁵⁾، ويسوغ فسخ العقد في حالة عدم تنفيذه، سواء كان عائداً للقوة القاهرة حيث لا يؤدي إلى مسؤولية أو عائداً إلى خطأ أحد الفريقين⁽⁷⁶⁾.

أولاً: شروط فسخ العقد:

يشترط لممارسة الإدارة لسلطتها في الإنهاء الإداري للعقد نتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته، سواء ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم أو الإعذار.

⁽⁷⁴⁾ أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص 115.

⁽⁷⁵⁾ سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 140.

⁽⁷⁶⁾ جبروم هوييه، ترجمة منصور القاضي ، المطول في القانون المدني (العقود الرئيسية الخاصة)، المجلد الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، د.س.ن، ص 1426.

1: ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم:

من المسلّم به أنّ الجزاء يفترض وقوع أخطاء جسيمة من المتعاقد وبشكل عام فإنّ الوقائع التي تبرّر تطبيق الجزاءات الضاغطة إذا ظهرت خطورتها بدرجة كافية يمكن أن تكون مبررات للفسخ ذاته. ويعرّف الخطأ الجسيم في الصّفقة على أنّه: عبارة عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام قانوني أو تعاقدية ولإدارة سلطة تقدير مدى جسامته هذا الخطأ أو الإخلال بتلك الالتزامات، بحيث يمكن توقيع الفسخ كجزاء وذلك تحت رقابة القاضي الإداري⁽⁷⁷⁾.

2: الإعدار:

من حيث المبدأ يجب إعدار المتعاقد مسبقا بالفسخ الجزائي ومنحه فترة معقولة تسمح له بأداء التزامه، ويعتبر الفسخ غير المسبوق بهذا الإجراء معيبا، ويعفى المتعامل المتعاقد من نتائج الباهظة. ولا تعفى الإدارة المتعاقدة من الإعدار إلا إذا نصّ العقد على ذلك، كما تعفى منه أيضا إذا كان الفسخ على إثر إجراء جزائي ضاغط سبق اعذر المتعاقد به ومن أجل ذات الأخطاء، والإعدار يعدّ فرصة ثانية للمتعامل المتعاقد لتدارك تقصيره وتنفيذ التزاماته التعاقدية⁽⁷⁸⁾. فقد نصّ عليه قانون الصفقات العمومية في المادة 149 والتي أفادت على أنّه: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة اعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في الأجل المحدد"⁽⁷⁹⁾.

ثانيا: أنواع الفسخ:

المصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطة إنهاء الرابطة العقدية بينها وبين المتعاقد معها متى كان هناك دواعي للصالح العام تستوجب هذا الفسخ حتى وإن لم يصدر أي خطأ من المتعامل المتعاقد، ويكون الفسخ إما دون قيد أو فسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد، ولاختلاف درجة

(77) بحري سماعيل، مرجع سابق، ص 125.

(78) المرجع نفسه، ص 126.

(79) المرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع السابق.

جسامة أخطأ المتعامل المتعاقد يؤدي إلى اختلاف أنواع الفسخ الذي يمكن توقيعه من المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد.

1: فسخ الصفقة دون قيد:

يعني به الفسخ بمجرد إنهاء الرابطة التعاقدية تماما ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ويكون للإدارة المتعاقدة الحق في اقتضاء غرامات التأخير أو المطالبة بالتعويضات على الأضرار التي تلحقها نتيجة لفسخ العقد لخطأ المتعاقد⁽⁸⁰⁾.

وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية من خلال المادة 152 التي نصت على أنه: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات إلزامية بالإصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها..."⁽⁸¹⁾، ويرى البعض أنّ هذا الفسخ هو الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها، بدون أن تحمله أية تعويضات، نتيجة لفسخها البسيط للعقد الإداري، وهنا تبدو الإدارة أقل صرامة في ممارستها لامتيازاتها في فسخ العقد بسبب أخطاء المتعاقد الجسيمة⁽⁸²⁾.

2: الفسخ على حساب وعلى مسؤولية المتعاقد:

يقصد به إنهاء المصلحة المتعاقدة للصفقة القائمة بينها وبين المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، مع تحميل المتعاقد كافة النفقات والمصروفات الإضافية الناجمة من إبرام صفقة جديدة مع الغير، سواء تعاقدت بصفقة أشغال عامة مع مقاول جديد لتنفيذ المشروع المتفق عليه أو تعاقدت في صفقة جديدة في صفقة التوريد لتوريد الموارد المتفق عليها، ويتميز هذا النوع

⁽⁸⁰⁾أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص 123.

⁽⁸¹⁾المادة 152 المرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

⁽⁸²⁾أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص 123.

من الفسخ أنه أشدّ قسوة من النوع الأول ، لأنّ الفسخ في هذه الحالة يكون مصحوباً بإعادة طرح الأشغال في طلب العروض لإتمام تنفيذها على حساب المتعاقد المقصّر⁽⁸³⁾.

ثالثاً: الآثار المترتبة على فسخ الصفقة:

إذا صدر قرار الفسخ وتمّ تبليغه للمتعاقد ترتبت عنه آثار سواء تلك المشتركة بين نوعي الفسخ، أو آثار خاصة لفسخ الصفقة دون قيد أو آثار خاصة بالفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد.

1: الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ:

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

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

- يشمل الفسخ الجزائي سواء المجرّد البسيط أو الفسخ على مسؤولية المتعاقد الصفقة كلّها فلا يوجد فسح جزئي كما هو الحال في الجزاءات الضاغطة، فإما أن يكون كلياً أو لا يطبق كلياً.

- يترتب عن كلا النوعين استبعاد المتعاقد نهائياً نتيجة لفسخ عقده بالتالي يتحمّ عليه إخلاء أماكن العمل في صفقة الأشغال العامة في المواعيد التي تحددها المصلحة المتعاقدة، إذا تأخر في الإخلاء أو رفض ذلك جاز لهذا الأخير إخلاء هذه الأماكن على نفقته ومسؤوليته، وخصم المبالغ المستحقة لها من مبالغ التأمين أو بيع أدواته عن طريق المزاد⁽⁸⁴⁾.

(83) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 146.

(84) أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص 125

2: الآثار الخاصة لفسخ الصفقة دون قيد:

- كما هو معلوم بأن هذا الجزاء يعتبر أقل صرامة من جزاء الفسخ على مسؤولية المتعاقد، وتترتب عليه جملة من الآثار نوردتها كما يلي:
- إنهاء صفقة الأشغال العامة و صفقة اللوازم فوراً ودون أي قيد.
 - تستطيع المصلحة المتعاقدة عند توقيع الفسخ الجزائي المجرد البسيط أن تفرض على المتعاقد الجزاءات المالية إذا توفرت أسبابها القانونية.
 - يتم استلام الأشغال المنفذة طبقاً لنصوص العقد ودفتر الشروط. كذلك يتم تصفية العقد.
 - لا يتحمل المقاول المصروفات التي تنفقها الإدارة من أجل عقد جديد لتنفيذ الأشغال العامة المتبقية من العقد الأصلي، كما أن الإدارة لا تستطيع إبرام عقد جديد إلا بعد فسخ العقد الأصلي⁽⁸⁵⁾.

3: الآثار الخاصة بالفسخ على حساب وعلى مسؤولية المتعاقد:

- هذا النوع من الفسخ أشد جساماً على المتعاقد المقصر إذ يكون الفسخ في هذه الحالة مصحوباً بإبرام عقد جديد لإتمام تنفيذ العمل الأصلي، ومن الآثار المترتبة عن ذلك:
- إبرام صفقة جديدة مع متعامل متعاقد آخر لإنجاز الالتزامات التي تخلف عنها المتعاقد الأصلي وللمصلحة المتعاقدة أن تختار كيفية الإبرام التي تراها ملائمة، فلها أن تلجأ إلى إجراء طلب العروض، كما لها أن تلجأ إلى إجراء التراضي حسب المواد 49، 50، 51⁽⁸⁶⁾ من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁽⁸⁵⁾ أزياب نبيل، مرجع سابق، ص 126 .

⁽⁸⁶⁾ انظر المواد من 49 إلى 51 من المرسوم الرئاسي 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

- يتحمل المقاول المفسوخ عقده جميع النفقات التي أنفقتها الإدارة في سبيل إبرام العقد مع مقاول آخر، بما في ذلك الزيادة التي ترتبت عن إبرام العقد الجديد مقارنة بالعقد الأصلي، بشرط أن لا تكون مبالغاً فيه.

أمّا في حالة نقص نفقات اختيار المقاول الجديد بالمقابلة بالعقد، فإنّ المقاول المفسوخ عقده لا يحق له المطالبة بهذا التعويض⁽⁸⁷⁾.

مبحث ثاني:

الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد:

إن دفا تر شروط الصفقة هي المحددة ما لكل طرف بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد من حقوق وما عليه من التزامات، إلى جانب تلك الشروط المفروضة في كل العقود الإدارية والتي يجب احترامها حتى ولو لم تضمن كبند صريح في عقد الصفقة، وعندما تطرقنا إلى الضمانات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة صراحة في نصوص قانون الصفقات العمومية سوف نتطرق في مبحثنا هذا إلى الالتزامات التي على المتعامل المتعاقد أن يفي بها والمهام المسندة إليه بموجب الصفقة وذلك بكل دقة وأمانة لأنه في حالة الإخلال بها أو بإحداها أو التقصير في أدائها تقوم المصلحة المتعاقدة بتوقيع أحد الجزاءات المقررة لذلك الإخلال وهذا كفالة من المشرع في مجال الصفقات العمومية لحقوق الإدارة المتعاقدة،⁽⁸⁸⁾ وهذا ما استدعي منا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين تطرقنا فيهما إلى ضمانات التنفيذ المالي والتقني (المطلب الأول)، ثم ضمانات تسوية النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة العمومية (المطلب الثاني).

⁽⁸⁷⁾أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص 127.

⁽⁸⁸⁾ بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 82.

مطلب أول:

ضمانات التنفيذ المالي والتقني للصفقة العمومية:

المصلحة المتعاقدة منذ البداية وأثناء مباشرتها لإبرام الصفقة العمومية تحرص على منح الصفقة للمتعاقد المقدر ماليا وهذا ما أشارت إليه المادة 124 من المرسوم الرئاسي 247-15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وبما أن تنفيذ العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية على وجه الخصوص يخضع لمبدأ رعاية المصلحة العامة وضمان استمرارية المرفق العام، فإن المتعاقد ملزم بأداء شروط الصفقة المتعاقدة عليها لأنه الأقدر والأنسب على ذلك،⁽⁸⁹⁾

وهذا ما سوف نعمد إلى التفصيل فيه وذلك من خلال التطرق إلى الطابع الإلزامي لتقديم الكفالة كضمانة لتنفيذ المالي (الفرع الأول)، ثم ضمانات التنفيذ التقني للصفقة العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الطابع الإلزامي للكفالة كضمانة لحسن تنفيذ الصفقة:

ندرس في هذا الفرع الكفالة من حيث التعرف، ثم الصور والأدوات ثم نتطرق بالدراسة إلى الضمانات المالية الأخرى.

أولاً: الكفالة:

الكفالة ليست سوى عقد من عقود الضمان، إذ أنها تفرض دينا في ذمة شخص ما، والتزام الكفيل بضمانة، وهي بذاتها علاقة بين الدائن والكفيل⁽⁹⁰⁾، ولقد عرفت الكفالة La

⁽⁸⁹⁾ بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 94 .

⁽⁹⁰⁾ محمد علي عبده، عقد الكفالة: دراسة مقارنة، د. ط. ، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005، ص 15.

caution في التقنين المصري القديم بأنها عقد به يلتزم إنسان بأداء دين إنسان آخر إذا كان هذه الأخير لا يؤديه⁽⁹¹⁾.

وتعرف المادة 644 من القانون المدني الجزائري الكفالة على أنها: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص بتنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه."⁽⁹²⁾، كما تجدر الإشارة إلا أنه لا تثبت الكفالة إلا كتابة.

1: صور الكفالة :

نص المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية على عدة أنواع وصور للكفالة تفصل فيها كمايلي:

أ: كفالة التعهد:

كفالة التعهد عبارة عن مبلغ مالي يدفعه المتعهد عندما يقدم عرضه من أجل الفوز بالصفقة، وهذا إثباتا لحسن نيته وجدديته في الدخول في المنافسة،⁽⁹³⁾ ولقد أشارت المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المادة 184 من نفس المرسوم تقديم كفالة تعهد تفوق واحد في المائة من مبلغ العرض.

⁽⁹¹⁾سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، ط. الثالثة، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، جامعة تيزي وزو، 2004، ص 17 .

⁽⁹²⁾ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد78، صادر في 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 2005 /06/20، ج.ر.ج.ج، عدد44، صادر في 2005 /06/26، معدل ومنمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 2007 /05/13، ج.ر، عدد60، صادر في 2007/09/ 4.

⁽⁹³⁾بوشيرب مليكة، المتعامل مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص 59 .

ب: كفالة استرجاع التسبيقات :

عبارة عن مبلغ يضعه المتعامل المتعاقد في يد المصلحة المتعاقدة بواسطة بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، أو بنك أجنبي يعتمد بنكه جزائري، وكفالة ردّ التسبيقات تعتبر كضمان للمصلحة المتعاقدة قبل وأثناء تنفيذ الصفقة،⁽⁹⁴⁾ ولقد تمت الإشارة إلى كفالة ردّ التسبيقات في المادة 110 من المرسوم الرئاسي 247.15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف الذكر.

ج: كفالة الضمان :

ضمانا منها من المخاطر والعيوب التي تعتبر من المقدمة بعد الانتهاء من الانجاز من طرف المتعامل المتعاقد تفرض المصلحة المتعاقدة كفالة الضمان لتغطية العيوب المترتبة عن سوء تنفيذ الصفقة، ومدة الضمان محددة من خلال دفتر الشروط، ولقد تطرقت المادتين 131 و134 من المرسوم الرئاسي 15-247 على كفالة الضمان⁽⁹⁵⁾.

د: كفالة حسن التنفيذ :

تعد من الضمانات النقدية وتتمثل في كفالة مصرفية يصدرها بنك أجنبي من الدرجة الأولى يعتمد البنك الجزائري المختص وهي تشكل ضمانا للمصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ حسن للصفقة⁽⁹⁶⁾، وهذا حسب المادة 128 من نفس المرسوم .

⁽⁹⁴⁾ بوشيرب مليكة، مرجع سابق، ص 60 .

⁽⁹⁵⁾ نابي فايزة، دور صندوق ضمان الصفقات العمومية في تنفيذ الصفقات، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون

العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مباح، ورقلة، 2015، ص 34 .

⁽⁹⁶⁾ بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 85 .

2: وسائل تنفيذ نظام الكفالة:

نظرا لأن أغلب نفقات الدولة تذهب في شكل صفقات وجب إعطاء دور فعال للبنوك اذ تعتبر المراد الأساسي في منح الضمانات بمختلف أنواعها وصندوق ضمان الصفقات العمومية الذي أنشئ خصيصا لتكملة النظام المصرفي⁽⁹⁷⁾.

أ: التنفيذ عن طريق البنوك:

النظام المصرفي مدعو للتطور السريع في آلياته وهذا التطور الذي يستوجب منح بنك الجزائر (البنك المركزي) سلطات حقيقية في ميدان تنظيم ومراقبة القرض والوصول إلي منافسة فعلية بين البنوك، ومن أهم أهداف هذا الأمر هو مساعدة التطهير المالي للمؤسسات حيث أن تطوير العلاقة بين البنوك وزبائنها صارت تعتمد علي قابلية تسديد القرض، فعلى المفترض أن يباشر في التسديد شخصا مما يعفي الدولة نهائيا من تحمل هذا العبء بحيث يولد ثقة بين البنوك وزبائنها على مقدرتهم بالوفاء، لذا فان البنوك تلعب دور وسيط مالي فعال من خلال إقرار نوع من الاستقلالية في التسيير⁽⁹⁸⁾.

ب: صندوق ضمان الصفقات العمومية:

أنشئ ص.ض.ص.ع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 21 فبراير 1998 المتضمن إنشاء ص.ض.ص.ع وتنظيمه وتسييره، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 06.08 المؤرخ في 19 جانفي 2008 في شكل مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري⁽⁹⁹⁾، ويحتل الصندوق كمؤسسة مالية مكانة هامة في النظام المصرفي الجزائري من خلال منح

(97) المرجع نفسه، ص 87 .

(98) عبلاش كاهينة، علي سوهيلة، مرجع سابق، ص 33 .

(99) نايي فايزة، مرجع سابق، ص 9.

ضماناته أو كفالاته بكل الأشكال لتسهيل تحقيق مشاريع في قطاعات المنشآت القاعدية والسكن و الصفقات العمومية إضافة إلي مهام أخرى تكلفه إياها الخزينة العمومية⁽¹⁰⁰⁾.

ولصندوق الضمان آليات قانونية لضمان عملية التمويل تتمثل في :

- الرهن الحيازي للصفقة

- الضمان الاحتياطي

ثانيا: الضمانات المالية الأخرى:

من خلال استقراء نصوص المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر نجد أنه نص على مجموعة من الضمانات المالية الأخرى والتي تشكل ضمانات للمصلحة المتعاقدة تتمثل في الأساس في :

1: الضمانات الخاصة:

هناك ضمانات خاصة تشترطها المصلحة المتعاقدة علي المتعامل المتعاقد وذلك في حالات معينة، كأن تشترط مثلا تقديم كفالة أو اللجوء إلي كفيل شخصي أو إلي هيئة تأمين، لضمان العتاد والسلع التي تضعها تحت يد المتعامل المتعاقد كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تنص في دفتر الشروط على جزاءات وذلك في حالة تأخر المتعامل المتعاقد من ردّ العتاد⁽¹⁰¹⁾.

2: الضمانات ذات الصيغة الحكومية:

المشعر الجزائري في قانون الصفقات العمومية وبالتحديد في المادة 127 منه قد تطرق إلي الضمانات ذات الصيغة الحكومية وهي في الأساس تهم المؤسسات الأجنبية وتتمثل هذه الضمانات كما أوردتها المشعر الجزائري في:

⁽¹⁰⁰⁾ بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 88.

⁽¹⁰¹⁾ بوشيرب مليكة، مرجع سابق، ص 61.

- استعمال المؤسسات الأجنبية القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة.
- الضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمينات ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية.

وتسمح هذه الضمانات للمصلحة المتعاقدة بتوفير الحماية اللازمة لأي طارئ قد يؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من جانب المتعامل الأجنبي من خلال التزام الهيئات العمومية وشبه العمومية بدفع المتعامل الأجنبي الوفاء بالتزامه مع تعويض الضرر الحاصل بفعل سوء التنفيذ، ويحظي في اختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب من يقدم منهم هذه الضمانات⁽¹⁰²⁾.

3: اقتطاعات حسن التنفيذ:

من بين أهم الضمانات المالية المفروضة على المتعامل المتعاقد في بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ المحددة بموجب قرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني والمنصوص عليها طبقاً للمادة 132 من المرسوم الرئاسي 247.15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بحيث يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ بهذه الاقتطاعات في حالة ما إذا نص دفتر الشروط على ذلك⁽¹⁰³⁾.

4: اقتطاع الضمان :

نصت عليه المواد 119 و120 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15 وهو عبارة عن إجراء يتضمن قيام المصلحة المتعاقدة بمناسبة كل عملية تسوية على رصيد الحساب المؤقت للمتعامل المتعاقد، باقتطاعات محتملة من المبالغ المستحقة لهذا الأخير لأجل ضمان الديون التي يمكن أن تترتب عليه لفائدة المصلحة المتعاقدة، وبذلك يعتبر اقتطاع الضمان بمثابة كفالة تفرضها مباشرة على المتعامل المتعاقد ودون الحاجة إلى طلب تأسيسها.

⁽¹⁰²⁾عبلاش كاهينة، علي سوهيلة، مرجع سابق، ص 37.

⁽¹⁰³⁾بحري أسماعيل، مرجع سابق، ص 94.

وكننتيجة لتسوية حساب الرصيد النهائي يتم ردّ اقتطاعات الضمان وكذا شطب الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد⁽¹⁰⁴⁾.

الفرع الثاني:

ضمانات التنفيذ التقني للصفقات العمومية:

تلتزم المتعاقد مع الإدارة ككل طرف في العقود بأن يوفي وينفذ التزاماته التعاقدية طبقا للشروط المقررة في العقد، ويمكن أن تحصر التزامات المتعاقد مع الإدارة⁽¹⁰⁵⁾، في حالتين سواء في حالة التنفيذ العادي للصفقة، أو في حالة التنفيذ غير العادي.

أولاً: حالة التنفيذ العادي للصفقة:

تتمثل الحالات التي يحرص المتعامل المتعاقد على ضمانها مع المصلحة المتعاقدة في:

1: الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد:

يخضع اختيار المتعاقد مع الإدارة كما السالف الذكر لإجراءات وقواعد دقيقة، الغرض منها الوصول للشخص الذي تتوافر لديه المقدرة المالية والفنية للاضطلاع بأعباء العقد الإداري، ومن ثم فانه من المتعين على هذا الشخص إذا ما تم إرساء الصفقة عليه أن يؤدي العمل المنوط به بموجبها بنفسه بما لديه من قدرات مالية وفنية كانت محل اعتبار عند اختياره للتعاقد مع الإدارة وهذا الالتزام من القواعد العامة في العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية خاصة، ومن ثم يكون هذا الالتزام واجبا حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ المرجع نفسه، ص 94.

⁽¹⁰⁵⁾ عوادي عمار، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 221.

⁽¹⁰⁶⁾ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام، التنفيذ، المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات)، د.ط، دار الفكر الجامعي، 2007، ص 171.

2: أداء الخدمة حسب الكيفيات المتعاقد عليها:

في العقود الإدارية يجب على المتعامل مع الإدارة أن ينفذ بالخدمة الملقاة على عاتقه وفق الشروط المتفق عليها، مثلا عند الأشغال العمومية يجب أن ينفذ العقد وفقا لعقد الخدمات كذلك نفس الشيء بالنسبة لعقد التوريد المتفق عليه وإلا أعتبر مخلا بالتزامه⁽¹⁰⁷⁾.

3: الالتزام بتنفيذ موضوع الصفقة بطريقة سليمة وعناية تامة:

يعني أن المتعامل المتعاقد أن يبذل عناية تامة في تنفيذ التزاماته التعاقدية مما يجعل الأعمال المنفذة من قبله تنسجم مع الغرض الذي ينفذ من أجله، وكذلك العناية بالظروف الطارئة على العقد، كما ينبغي أيضا على المتعامل المتعاقد تنفيذ التزاماته بحسن النية، بحيث يفترض فيمن يتعاقد مع الإدارة أن يكون أميناً وحريصاً على المصلحة العامة التي يريد تحقيقها بواسطة العقد⁽¹⁰⁸⁾.

4: احترام الآجال اللازمة لتنفيذ العقد:

في العقود الإدارية في أغلب الأحيان الإدارة تفرض انجاز خدمات في مدة محددة استجابة لمتطلبات الجمهور أو السير المحدد، وإذا تجاوز هذه الآجال يمكن للإدارة أن توقع عليه الفسخ الجزائي مع إمكانية فرض غرامات جزائية⁽¹⁰⁹⁾.

5: الضمانات الخاصة لمشيدي البناء:

يعتبر الضمان العشري استثناء من القواعد العامة المطبقة لكل من المسؤولين التعاقدية والتقصيرية، فمن جهة لا مجال لقيام المسؤولية التعاقدية مادام أن العقد الذي يربط رب العمل (صاحب المشروع في صفقات الأشغال العمومية) والمهندس أو المقاول قد انقضى بالتسليم النهائي للأشغال، ومن جهة ثانية فالمسؤولية التقصيرية تقوم على ثلاثة أركان أساسية:

⁽¹⁰⁷⁾عثمانيو سورية، عطروش طاوس، مرجع سابق، ص 32.

⁽¹⁰⁸⁾بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 96.

⁽¹⁰⁹⁾عثمانيو سورية، عطروش طاوس، مرجع سابق، ص 32.

خطأ، ضرر، وعلاقة سببية، وهو ما لا يمكن التسليم به في الضمان العشري ما دام أن الخطأ محتمل والضرر غير حاصل، وبالتالي فلا مجال لقيام العلاقة السببية⁽¹¹⁰⁾.

ثانياً: حالة التنفيذ غير العادي:

تتمثل في الأساس الحالة غير العادية التي يحرص من خلالها المتعامل المتعاقد علي تنفيذ التزاماته في حالة القوة القاهرة والتي سنفصل في دراستها من خلال:

1: مفهوم شرط القوة القاهرة في مجال الصفقات العمومية:

يقصد بالقوة القاهرة حسب القواعد العامة في القانون حدث غير متوقع مستقل عن إرادة المتعاقدين ويترتب عنه استحالة التنفيذ المطلق سواء لكل أو بعض الالتزامات التعاقدية⁽¹¹¹⁾، وبصورة عامة فان شروط القوة القاهرة في القانون الإداري هي ذاتها في القانون المدني⁽¹¹²⁾.

2: تطبيقات القوة القاهرة:

إن تطبيقات القوة القاهرة عديدة في مجال الصفقات العمومية وهذا نظراً لأهمية وشاسعة موضوع ضمانات المصلحة المتعاقدة نلخصها فيما يلي :

- حالة الظواهر الطبيعية: كالسيول، البراكين، الزلازل، الفيضانات، الجفاف غير العادي... .
- حالة الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدة .
- تأخر وإخلال المقاولين أو المتعهدين من الباطن . . الحوادث وفعل الغير .
- حالة الإضراب⁽¹¹³⁾ .

⁽¹¹⁰⁾ مكوط الجليلي، الضمان العشري في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق، الدار البيضاء، 2016، ص 6.

⁽¹¹¹⁾ بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 97.

⁽¹¹²⁾ محمد عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثرها القانوني (دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق)، د.ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، د.س.ن، ص 15.

3: الآثار المترتبة على القوة القاهرة:

يترتب على توافر شروط القوة القاهرة نتائج قانونية هامة تمس مباشرة حسن تنفيذ الصفقة يمكن إجمالها في:

أ: إعفاء المتعامل المتعاقد من التزاماته:

ونكون هنا أمام حالتين هما:

- في حالة الاستحالة المطلقة للتنفيذ فيترتب على القوة القاهرة إعفاء المتعاقد من التزاماته اتجاه الإدارة.

- قد لا تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ الالتزامات بصورة مطلقة وعندها يتم وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال السبب المؤدي لهذا الوقف.

ب: الحق في الحصول على تعويض:

لا يقتصر التعويض على الأضرار المادية فحسب وإنما يشمل الخسائر الناجمة عن وقوع حادث القوة القاهرة.

ج: فسخ العقد:

إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة جاز للمتعاقد فسخ العقد على أساس القوة القاهرة⁽¹¹⁴⁾.

(113) بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 98.

(114) المرجع نفسه، ص 99.

مطلب ثاني:

ضمانات تسوية النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة العمومية:

باعتبار أن للصفقات العمومية صلة بالمال العام وحقوق الخزينة العامة من جهة، وأنها ترتب حقوق والتزامات لأطرافها من جهة ثانية⁽¹¹⁵⁾، وتأكيدا على منح المصلحة المتعاقدة مجموعة من الضمانات والامتيازات الضخمة التي تتجسد في المراحل الأولى لإبرام الصفقة إلي غاية إتمام ترتيبها ، وتظهر بشكل أكثر في مرحلة التنفيذ نظرا لحرصها على أداء الخدمات المتعاقد من أجلها مع المتعامل المتعاقد على أكمل وجه، لذا فان معظم منازعات الصفقات العمومية تتركز في هذه المرحلة لتغلقتها المباشر بحقوق وواجبات كلا الطرفين.

وحرصا من المشرع على التنفيذ الأمثل للصفقة فانه لم يغفل عن إدراج نقطة مهمة متمثلة في طرق والوسائل المتبعة لتسوية المنازعات الناجمة عن عملية تنفيذ الصفقة العمومية فقد أدرج القسم الحادي عشر من الفصل الرابع من المواد 153 إلى 155 الذي ينص على التسوية الودية للمنازعات.

وعليه فقد أكد المشرع في قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 على آليتين أساسيتين لضمان حل النزاعات المتمثلة في التسوية الودية للنزاع (الفرع الأول) والتسوية القضائية للنزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

التسوية الودية للنزاع:

أعطى المشرع الجزائري أولوية للحل الودي للمنازعات الناجمة على الصفقات العمومية حيث كرسه في قانون الصفقات العمومية فتكون التسوية من طرف المصلحة المتعاقدة أو بعرضه على لجنة التسوية الودية، أو بإتباع طرق بديلة.

⁽¹¹⁵⁾ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 185.

أولاً: التسوية الودية من طرف المصلحة المتعاقدة ولجنة تسوية النزاعات:

عمدنا هنا إلى تقسيمه إلى الحلول التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة للحل للنزاعات ، ثم الحالات التي يعرض النزاع فيها للجنة تسوية النزاعات.

1: التسوية الودية من طرف المصلحة المتعاقدة:

تنص المادة 153 من قانون الصفقات العمومية على أنه: " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في اطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها... "

يبدو جليا أن المرسوم الرئاسي أرسى قاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عند التنفيذ وهذا تفاديا للنزاع القضائي الذي يكلف أطرافه طول الإجراءات وطول الانتظار⁽¹¹⁶⁾.

وما نلاحظه من خلال استقراء هذه المادة أن المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية أعطى الأولوية للحل الودي لمنازعات الصفقات العمومية حيث أكد عليه في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 وهذا ما يخدم بدرجة أولى المصلحة المتعاقدة بحيث يضمن لها السير الحسن لمشاريعها وانتهاءها في الوقت المحدد ما يجعلها تحقق بدرجة أولى المصلحة العامة والحفاظ على أموال الخزينة العمومية وهو الهدف الذي تسعى إليه.

2: التسوية أمام لجان التسوية الودية:

في حال لم يحدث الاتفاق بين طرفي النزاع ولم يتم حله وديا فان المشرع الجزائري أعطى طريق آخر لحل النزاعات بعيدا عن الإجراءات القضائية وذلك بعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة⁽¹¹⁷⁾، ولقد تطرقت المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247

⁽¹¹⁶⁾ بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 188.

⁽¹¹⁷⁾ أنظر الفقرة 3 من المادة 153 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف الذكر إلى تشكيلة اللجنة، أما المادة 155 من نفس المرسوم فلقد تطرقت إلى كيفية عرض النزاع على اللجنة وذلك بالتفصيل، وعلى الرغم من أن تسوية نزاعات الصفقات العمومية عن طريق لجنة التسوية يبعدنا عن اللجوء للقضاء والدخول في إجراءاته المعقدة إلا أنه لا يخلو من إجراءات ومواعيد تختص بها هذه اللجنة ما يعطل حسن سير مشاريع الصفقات العمومية وإتمامها في آجالها المحددة.

ثانيا: التسوية عن طريق الطرق البديلة:

وهي تلك الطرق المعروفة والمتمثلة أساسا في كل من الصلح، الوساطة والتحكيم وسنتطرق لكل واحدة منها على حدي.

1: الصلح:

الصلح طريقة ودية لتسوية خلاف قائم بين طرفين أو أكثر، وهو إجراء قانوني من خلال تسوية النزاع الإداري وديا من القاضي إلزاميا⁽¹¹⁸⁾، ويعتبر الصلح على العموم إجراء جوازي يمكن أن يعرض من الخصوم الذين يجوز لهم التصالح تلقائيا كما يمكن اللجوء إليه في أي مرحلة كانت عليها الخصومة مقيدة بمدة زمنية إذا يمكن اللجوء إليه في أي مرحلة كانت عليها الخصومة والقاضي بماله من سلطة تقديرية هو الذي يحدد المكان المناسب لإجراء الصلح ما لم توجد نصوص خاصة تقرر خلاف ذلك⁽¹¹⁹⁾.

كما وأن المادة 459 من القانون المدني بمايلي: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازع كل منهما على وجه التبادل بحقه"⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁸⁾ بن معزوز خديجة، عبلاش لامية، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011، ص 55.

⁽¹¹⁹⁾ عليوة فضيل، عقد الأشغال العامة في ظل قانون الصفقات العمومية 236.10، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015، ص 44.

⁽¹²⁰⁾ أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

كما نصت عليه المواد من 990 إلى 993 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹²¹⁾، ولقد كرسه المشرع كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية من خلال نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247.

أ: إجراءات الصلح:

تتم عملية الصلح وفقا للإجراءات التالية:

- يرفع التقاضي دعواه بعريضة أمام المجلس القضائي بكاتب الضبط،
- يقوم كاتب الضبط بقيد العريضة وأحالتها إلى رئيس الفرقة الإدارية.
- رئيس الغرفة الإدارية يعين مستشارا مقررًا.
- يقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح مدة أقصاها 03 أشهر.

وهذه الإجراءات أوردتها المادة 169 في فقرتها الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب: النتائج المترتبة على إجراء الصلح:

بالرجوع إلى نص المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر بينت النتائج المترتبة على نجاح محاولة الصلح أو فشلها حيث وضحت في فقرتها الثالثة أن هذه النتائج أي وصول الأطراف إلى صلح أو اتفاق الأطراف تحت إشراف المستشار المقرر إذ يصب هذا الاتفاق في شكل قرار ذو طبيعة قضائية استنادا للمعيار العضوي، وفي حالة فشل محاولة الصلح يكون مصير إجراء محاولة الفشل⁽¹²²⁾.

⁽¹²¹⁾ قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25/02/2008، متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21، مؤرخ في 23/04/2008.

⁽¹²²⁾ بن معزوز خديجة، مرجع سابق، ص 58

2: الوساطة:

استحدثت المشرع الجزائري هذا الإجراء في نص المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر إذ أوجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة، والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام لكل النزاع أو جزء منه⁽¹²³⁾.

الوساطة هي اللجوء إلى طرف ثالث لمساعدة الأطراف المتنازعة لإزالة سوء التفاهم والوصول إلى اتفاق قد يجنبهم كثيرا من الوقت والجهد إذا ما لجؤوا إلى القضاء أو التحكيم. ولقد حددها المشرع في المادة 996 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر بثلاثة أشهر قابلة للتجديد لنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط إذا ما اقتضى عمله ذلك شرط موافقة الخصوم وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك⁽¹²⁴⁾.

3: التحكيم:

يعتبر التحكيم كغيره من الوسائل المستحدثة في القوانين لتسوية النزاعات بالطرق الودية مثل الصلح والوساطة.

لقد تعدد التعريفات المقدمة لإجراء التحكيم⁽¹²⁵⁾ **L'arbitrage** كأسلوب للتسوية الودية للمنازعات الصفقات العمومية وعليه يعرف كالتالي: " يعد التحكيم وما ينبثق عنه من قواعد إجرائية في مجال فض النزاعات، من الأنظمة الخاصة في المسائل المدنية والتجارية والإدارية يلجأ إليه أطراف اتفاق التحكيم إلى محكم أو أكثر أو إلى هيئة متخصصة والابتعاد عن قضاء الدول للفصل فيما يثور بينهم من منازعات"⁽¹²⁶⁾.

(123) عليوة فضيل، مرجع سابق، ص 45.

(124) بن معزوز خديجة، مرجع سابق، ص 58.

(125) NABIH Mohamed , Droit des marches publics : Aspects juridique financières et contentieux,Ed 2014 , Axis Destign, Maro , 2014, p. 308.

(126) سليم سلامة حتاملة، الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود الإدارية: دراسة في القانون الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مجلد الرابع، العدد 2، الأردن، 2011، ص 102.

أ: الأساس القانوني لإجراء التحكيم:

تم إدراج التحكيم ضمن آليات التسوية في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

ب: هيئة التحكيم:

تتشكل هيئة التحكيم من أشخاص طبيعية أو شخص معنوي يعين من بين أعضائه محكما أو محكومين والأهم هو أن تعين هؤلاء يتم وفقا للشروط حددها القانون لا يتم استبعادهم وردهم⁽¹²⁷⁾.

ومما سبق نري أن للتسوية الودية أهمية كبيرة في فض منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، وحرص المشرع على تجسيد هذه الآلية وذلك لما ينتج عنها من اختصار للجهد والوقت في تجاوز النزاع وغير مكلفة لكلا الطرفين وذلك ما يضمن بصفة أكثر للمصلحة المتعاقدة من تحقيق أهدافهم المسطرة الموجهة كلها لتغليب المصلحة العامة وتحقيق النفع العام وذلك من خلال استلام المشاريع في أوقاتها المحددة بفضل إتباع هذه الطرق السهلة لحل منازعاتها من الطرف المتعاقد معها ومن الملاحظ اعتماد تكريسها المشرع هذه الأساليب للتسوية الودية في كل قوانين الصفقات العمومية الجزائري.

(127) خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص التنظيم الإداري، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، قسنطينة، 2013، ص 105.

الفرع الثاني:

التسوية القضائية للنزاع:

بعدما تبني المشرع وسيلة التسوية الودية لحل منازعات الصفقات العمومية كقاعدة عامة وأصل فإنه قد أقر إمكانية اللجوء لطريق القضاء لتسوية هذه المنازعات وذلك عند فشل الأسلوب الودي، فيمكن أن تكون التسوية أمام القضاء الكامل، أو عن طريق قضاء الإلغاء.

أولاً: القضاء الكامل:

تعرف دعوى القضاء الكامل على أنها دعوى شخصية ذاتية يرفعها صاحب الصفة والمصلحة أمام الجهات المختصة، للمطالبة بالتعويض الكامل والعاقل لإصلاح أضرار تسببها نشاط إداري⁽¹²⁸⁾.

وتدخل في هذا النوع من القضاء الدعاوى المتعلقة بالتعويض، وتلك المتعلقة بالفسخ.

1: دعوى التعويض:

جميع المنازعات في الصفقات العمومية ذات الطابع المالي تمارس بموجب دعوى القضاء الكامل لأنها تندرج ضمن دائرة تنفيذ الصفة العمومية وناشئة عن نصوصها فهي منازعات على مدي الالتزام بشروط الصفة، ومنه فلا جدال في أن هذه المنازعات هي منازعات حقوقية يختص بها القضاء الإداري الكامل⁽¹²⁹⁾.

وتعرف دعوى التعويض بأنها الدعوى القضائية الذاتية التي يحركها ويرفعها أصحاب الصفة وأمام الجهات القضائية المختصة، وطبقاً للشكليات والإجراءات المقررة قانوناً للمطالبة بالتعويض الكامل والعاقل اللازم للاضرار التي أصابت حقوقهم بفعل النشاط الإداري الضار،

⁽¹²⁸⁾ كلوفي عزالدين، نظام المنازعات في الصفقات العمومية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، الجزائر، د.س.ن، ص 119.

وتتمتاز دعوى التعويض الإدارية بأنها من دعاوى القضاء الكامل وأنها من دعاوى قضاء الحقوق⁽¹³⁰⁾.

تتسم دعوى التعويض بمجموعة من الخصائص أبرزها أنها دعوى قضائية وأنها دعوى ذاتية وشخصية وأنها من دعاوى القضاء الكامل وأنها من قضاء الحقوق، ولكي تقبل دعوى التعويض لا بد من توفر شروط إجراءات هي شرط وجود قرار سابق، شرط الميعاد، شرط المصلحة وشرط الصفة.

2: دعوى الفسخ:

إجراء فسخ الصفقات العمومية عن طريق القضاء تأخذ إحدى الصور التالية:

- إما أن يتم طعن القرار الإداري الذي أصدرته المصلحة المتعاقدة والمتضمن فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة وهو لحق المخول لها قانونا.
- وإما أن يتم اللجوء إلى القضاء الإداري من طرف المتعامل المتعاقد للمطالبة بفسخ الصفقة العمومية لسبب من الأسباب.
- فالدعوى الإدارية في هذا الصدد تتدرج ضمن نطاق القضاء الكامل⁽¹³¹⁾.

كما وأن الفقيه " ديلوبادير " (ان الإدارة تستطيع إنهاء العقد إنهاء مبسترا، إذا أصبح غير مفيد للمرفق، كما تستطيع أيضا في أوضاع وشروط معينة، أن تفرض على المتعاقد معها أعباء جديدة لم ينص عليها، ولكنها أصبحت ضرورية لاشباع الحاجات العامة)¹³²

⁽¹²⁹⁾ عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني: نظرية الدعوى الإدارية، ط. الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 256
⁽¹³⁰⁾ عوابدي عمار، نظرية المسؤولية الإدارية: دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 265.

⁽¹³¹⁾ كلوفي عزالدين، مرجع سابق، ص 121.

الفصل الثاني: الضمانات الخاصة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية:

ومما سبق نخلص للقول أن منازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ تمارس عن طريق دعوى القضاء الكامل كون المنازعات في هذه المرحلة هي منازعات حقوقية تتعلق بالتزامات عقد الصفقة وشروطها وإن كانت هذه المنازعات تتضمن الطعن في قرارات إدارية صادرة عن المصلحة المتعاقدة لأن تلك القرارات الإدارية تعتبر إجراءات تعاقدية ولا تدخل في نطاق القرارات الإدارية المنفصلة لأنها مرتبطة بينود الصفقات العمومية ونصوصها.

ثانياً: دعوى الإلغاء:

تتمثل ممارسة القضاء الإداري لولايته في إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة في دعوى الإلغاء أو دعوى تجاوز السلطة⁽¹³³⁾، ويقصد بقضاء الإلغاء قيام القاضي بإبطال القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة فيما إذا صدرت مخالفة لمبدأ المشروعية⁽¹³⁴⁾، ويرتكز هذا النوع من القضاء على دعوى الإلغاء الذي يقصد بها: "أنها إجراء قانوني يتم بواسطة إخطار القاضي الإداري المختص نوعياً وإقليمياً للنظر في شرعية القرارات الإدارية"⁽¹³⁵⁾، وتتميز دعوى الإلغاء بمجموعة من الخصائص تميزها عن باقي الدعاوى الإدارية حيث أنها دعوى قضائية وأن دعوى الإلغاء تحكمها إجراءات خاصة، دعوى عينية أو موضوعية وأنها دعوى مشروعية⁽¹³⁶⁾، وتخضع دعوى الإلغاء لإجراءات تختلف عن الإجراءات التي تخضع لها الدعاوى العادية التي ترفع أمام المحاكم المدنية⁽¹³⁷⁾، كما يحكم هذه الدعوى مجموعة من الشروط المتمثلة في شرط المصلحة

(132) DE LAUBADERE Andri ، traite de droit administratif، 3eme ed، Paris 1963، p.801.

(133) عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري: مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، د.ط، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1993، ص117.

(134) عمرو عدنان، القضاء الإداري: قضاء الإلغاء، ط. الثانية، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص11.

(135) خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية: الدعاوى وطرق الطعن الإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 22.

(136) بوضياف عمار، المرجع في المنازعات الإدارية: دراسة مدعمة بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع، القسم الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.ص 15. 17.

(137) الجبوري محمد خلف، القضاء الإداري: دراسة مقارنة، د.ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص.ص 115. 117.

الفصل الثاني: الضمانات الخاصة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية:

وشرط الصفة، شرط الأهلية، الشروط الخاصة بعريضة الدعوى، شرط التمثيل بمحامي وشرط القرار السابق محل الدعوى⁽¹³⁸⁾.

وما يترتب على الحكم بطلان العقد الإداري هو إلغاء الآثار التي تترتب على وجوده فالمحكمة عندما تقضي بإلغاء العقد الإداري يعتبر كأن لم يكن فتعتبر الصفقة العمومية في صدور قرار إلغاءها كأنه لم توجد في الأصل⁽¹³⁹⁾.

تندرج في دعوى الإلغاء المنازعات التالية:

- الطلبات التي يقدمها ذو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوة.

- الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي.

- الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة عن جهة إدارية لها اختصاص قضائي.

- الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية النهائية للسلطات التأديبية⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁸⁾ بوعمران عادل، دروس في المنازعات الإدارية (دراسة تحليلية، نقدية ومقارنة)، د.ط، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن، ص.ص 271. 274.

⁽¹³⁹⁾ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 119.

⁽¹⁴⁰⁾ مصطفى أبو زيد فهمي، ماجد راغب الحلو، دعاوى الإدارية: (دعوى الإلغاء، دعاوى التسوية)، د.ط، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2005، ص ص 21.22

وأخيرا فإنه من المسموح به لدينا أن ترفع دعوى الإلغاء ودعوى التعويض بعريضة واحدة، أما في فرنسا فإن دعوى الإلغاء ترفع مستقلة عن دعوى التعويض لما أحاطها به المشرع من رعايا خاصة، ويتشدد مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص.

نستنج مما سبق أن دعوى الإلغاء هي السبيل الذي يلجأ إليه غير المتعامل المتعاقد لأن كل القرارات التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة وتلحق به ضررا معيناً تعتبر مستقلة بالنسبة له عن عقد الصفقة العمومية لان كل القرارات الإدارية بالنسبة له ليس بصفقتها متعاقدة وإنما كسلطة إدارية عامة فيلجأ الغير لتسوية منازعات الصفقات العمومية عن طريق دعوى الإلغاء⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹⁴¹⁾ محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 119.

الخاتمة

بعد دراستنا لموضوع ضمانات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي الجديد 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نقول أنه هو القانون الذي تستند إليه المصلحة المتعاقدة، حيث منح هذا القانون مجموعة من الصلاحيات والامتيازات والسلطات المصلحة المتعاقدة تحتفظ بها كضمانة تجاه المتعامل المتعاقد. ونظرا للتطورات والتعديلات المستمرة التي شهدتها قانون الصفقات العمومية وفي ظل القانون الأخير رقم 15-247 نجده يستهدف بدرجة أولى حماية المال العام، كون الصفقات العمومية من أهم القطاعات استغلالا لهذه الأموال.

وعلى هذا الأساس فلقد أقر المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية بسلطات (حقوق) تمثل ضمانات لها وهي نابعة عن مركزها التعاقدية الممتاز في مواجهة المتعامل المتعاقد معها هذا المركز يجد مبرره في وجوب تقديم المصلحة العامة، التي تمثلها المصلحة المتعاقدة علي المصلحة الخاصة التي تعود إلي المتعامل المتعاقد، وهو ما يضمن حسن إنشاء وسير المرافق العمومية بانتظام واطراد، الذي وجدت الصفقة من أجله، لهذا عمل المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، علي إيجاد الضمانات الضرورية الخاصة بالمصلحة المتعاقدة باعتبارها الكافة الأقوى في كل العقود الإدارية عامة وفي عقود الصفقات العمومية خاصة، والمتمثلة في الأساس في مبادئ العقود الإدارية من مبدأ المساواة، مروراً بمبدأ الشفافية لضمان النزاهة، وصولاً بمبدأ المنافسة المنصوص عليها في المادة (05) من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

لقد أخضع التعديل الأخير لقانون الصفقات العمومية إبرام هذه الأخيرة لإجراءات مميزة حيث أنها تبرم وفقا لأسلوب طلب العروض كقاعدة عامة وهو ما كان معروف بالمنافسة في قانون الصفقات العمومية رقم 10-236 الملغي، أو وفقا لإجراء التراضي البسيط كاستثناء، وهذه الإجراءات محددة في الفصل الثالث من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فيتم إتباع مجموعة من القواعد والإجراءات التي نص عليها القانون، بدءاً من الإعلان على الصفقة إلي غاية المنح النهائي لها، أضف لذلك أنه عند إبرام كل صفقة يرفق بدفتر الشروط الذي يساهم بدرجة كبيرة في

تقوية ضمانات المصلحة المتعاقدة، لكن رغم التعديلات الجديدة التي أتى بها المرسوم الرئاسي 15-247 فلم يعرف بصفة صريحة دفتر الشروط ولم يبين أنواعه، كما وأن المشرع الجزائري ضمانات أخرى تتمثل في الضمانات الوقائية وكذلك القمعية.

تتمثل الضمانات القمعية في كل من ضمانات الرقابة والإشراف على تنفيذ الصفقات العمومية وضممانة تعديل المصلحة المتعاقدة لشروط الصفقة، وتمارس ضمانات التعديل بواسطة الملاحق التي تخضع كذلك لمجموعة من الشروط.

إلى جانب ذلك تتمتع المصلحة المتعاقدة بضمانات قمعية بموجب القانون المخول لها، فتوقع جزاءات على المتعاقد معها عند الإخلال بالتزاماته التعاقدية، وتتمثل هذه الجزاءات في الجزاءات المالية فأما أن تكون غرامة تأخيرية أو مصادرة التأمينات أو في التعويض، والوسائل الضاغطة التي تتميز بالطبيعة المؤقتة، وأخيرا الجزاءات الفاسخة أين تمارس الإدارة سلطتها في الإنهاء الإداري للعقد نتيجة إخلال المتعاقد معها بالتزاماتها، ومقابل الضمانات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة نجد تلك الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد معها والتي بدورها هي التزامات واقعة على المتعامل المتعاقد مع الإدارة والمسندة إليه بموجب العقد، وفي حالة الإخلال بها تقوم المصلحة المتعاقدة توقيع أحد الجزاءات المقررة لذلك الإخلال، وذلك ضمانا من المشرع في مجال الصفقات العمومية لحقوق الإدارة، فنجد أن للمتعامل المتعاقد ضمانات مفروضة عليها ضمانا لحسن سير الصفقة والتقني للصفقة، وتتحصر ضمانات التنفيذ الحسن للصفقة في الكفالة بكل أنواعها من كفالة تعهد، كفالة استرجاع التسبيقات، كفالة الضمان وكفالة حسن التنفيذ التي نص عليها المشرع في قانون الصفقات العمومية، والضمانات المالية الأخرى المتمثلة في الضمانات الخاصة، الضمانات ذات الطبيعة الطبيعية الحكومية، اقتطاعات حسن التنفيذ واقتطاع الضمان.

أما ضمانات التنفيذ التقني للصفقة فيحصر التزامات المتعامل المتعاقد مع الإدارة في حالتين، في حالة التنفيذ العادي للصفقة فيحرص المتعامل المتعاقد في هذه الحالة على أن يضمن للمصلحة المتعاقدة الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد، أداء الخدمة حسب الكيفيات المتعاقد عليها، الالتزام بتنفيذ موضوع الصفقة بطريقة سليمة وعناية تامة، احترام الآجال اللازمة لتنفيذ العقد

والضمان العشري، أما في حال التنفيذ غير العادي فالمتعامل المتعاقد يحرص على تنفيذ التزاماته في حالة القوة القاهرة.

في حالة نشوب نزاع بين الأطراف المتعاقدة نجد أن المشرع الجزائري أعطى الأولوية للتسوية الودية للنزاعات الناشئة عن الصفقات العمومية التي تتم عن طريق المصلحة المتعاقدة ولجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة وبإتباع الطرق البديلة والتي تتمثل في الصلح، الوساطة والتحكيم.

وفي حال فشل التسوية الودية خول المشرع حق اللجوء إلي القضاء لتسوية نزاعات الصفقات العمومية والتي تتم وفقا لدعوتين هما دعاوى القضاء الكامل ودعوى الإلغاء، وتعتبر دعاوى القضاء الكامل من الدعاوى التي يتمتع فيها القاضي الإداري بسلطات واسعة مقارنة بسلطات المحدودة التي يتمتع بها القاضي في دعاوى الإلغاء وهذا الأمر يخدم بطبيعته الصفقات العمومية.

وعلى الرغم من أن قانون الصفقات العمومية الجديد وسع أكثر من ضمانات المصلحة المتعاقدة ومنحها سلطات أكثر ألا أننا نجده قد وضع لها قيود من جهة أخرى من خلال تقييدها باحترام مجموعة من المبادئ والإجراءات، كما أن هذه الضمانات يستلزم على المشرع إعطائها حماية قانونية والنص عليها صراحة في قانون الصفقات العمومية، ف ضمانات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية هي ضمانات هادفة لحماية المال العام من جهة والخزينة العمومية من جهة أخرى وذلك في نفس الوقت.

وفي الأخير يجدر بنا تقديم بعض الاقتراحات التي قد تساهم في إثراء هذا الموضوع مستقبلا والتي يمكن من خلالها المشرع الجزائري مراعاتها واستيعابها فيما يلي:

- بالرغم من أن قانون الصفقات العمومية عرفت تطورات وتعديلات عديدة إلا أنه بالرغم من ذلك نلاحظ دائما بقاء الغموض في قراءة وتطبيق بعض النصوص القانونية، فمثلا إيراد المشرع لأشكال متميزة في اختيار المتعامل المتعاقد تحت أسلوب طلب العروض يعتبر شيئا ايجابيا من

حيث تتويع وتوسيع طرق الاختيار، غير أنه يؤخذ عليها أنها وردت بطريقة عامة وخالية من تفاصيل لإبرامها أو إجراءات خاصة تتماشى وطبيعة كل شكل، فأخضاعها للإجراءات العامة المطبقة على طلب العروض من شأنه أن يؤثر على نتائج أعمالها لذا لا بد من أخذ خصوصيات كل طريقة بعين الاعتبار بوضع المعامل الأساسية لتطبيقها.

- كما يجب على المشرع الجزائري إعادة النظر إلى أسلوب التراضي كاستثناء وذلك بإعادة النظر في توضيح بعض حالات أعماله التي وردت غامضة دون توضيح في جزء منها.

- كما وأن التراضي بعد الاستشارة يميل أكثر إلى أسلوب طلب العروض في كيفية أعماله واللجوء إليه باعتبارهما يشتركان في نفس الشكليات والإجراءات تقريبا، لذلك يجب ضبط طريقة التراضي دون الخروج عن طابعه الاستثنائي.

- كان مستحسن لو أن المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية أن ينص على الجزاءات الضاغطة وضرورة تحديد الأخطاء والأفعال التي تبرر توقيع هذا الجزاء، لتفادي أي تعسف من طرف المصلحة المتعاقدة أثناء توقيعه، بحيث يجب عليها أن تراعي التناسب بين الخطأ والجزاء المقرر له.

- ويفترض على المشرع كذلك في دعوى الفسخ تقنين الأخطاء التي تبرر اللجوء إلى هذا الإجراء حتى لا تترك للمصلحة المتعاقدة أي مجال لتقدير الذي قد يسبب تعسف في تكييفها القانوني مع الأخذ بعين الاعتبار الجزاء المناسب لها بهدف وضع حد للسلطة التقديرية للإدارة في هذا المجال.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية :

1: الكتب:

1. **الجبوري محمد خلف**، القضاء الإداري:دراسة مقارنة، د.ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

2. _____، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

3- **الظماوي سليمان محمد**، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، د.ط، دار الفكر العربي، مصر، 1996.

4. _____، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط. الخامسة، مطبعة جامعة عين الشمس، مصر، 1991.

5. **بعلي محمد الصغير**، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

6. _____، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

7. _____، العقود الإدارية (ملحق المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية)، د.ط، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2005.

8. **بوضياف عمار**، المرجع في المنازعات الإدارية(دراسة مدعمة بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع)، الجزء الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

9. —، الصفقات العمومية في الجزائر: دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، ط. الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
10. —، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، د.ط، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.ن.
11. **بوعمران عادل**، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية، فقهية وقضائية)، دار الهدى، الجزائر، 2011.
12. —، دروس في المنازعات الإدارية (دراسة تحليلية، نقدية ومقارنة)، د.ط، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن.
13. **جبار جميلة**، دروس في القانون الإداري، منشورات كلبيك، الجزائر، 2014 .
14. **جيروم هوييه**، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني (العقود الرئيسية الخاصة)، المجلد الثاني، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، د.س.ن.
15. **خلوفي رشيد**، قانون المنازعات الإدارية (الدعاوى وطرق الطعن الإدارية)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
16. **رياض عيسى**، نظرية العقد الإداري للقانون المقارن والجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.
17. **سعيد بوعلي**، **نسرين شريقي**، **مريم عمارة**، القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016 .

18. **سي يوسف زاهية**، عقد الكفالة، ط. الثالثة، دار الأمل للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
19. **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام، التنفيذ، المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات)، د.ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
20. _____، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام، التنفيذ، المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات)، د.ط، دار الفكر الجامعي، 2005.
21. **عبد الغني بسيوني عبد الله**، القضاء الإداري (مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري، القضاء الإلغاء)، د.ط، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1993.
22. **عوابدي عمار**، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني: نظرية الدعوي الإدارية، ط. الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
23. _____، نظرية المسؤولية الإدارية: دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
24. _____، القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، ط. الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن.
25. **عمرو عدنان**، القضاء الإداري: قضاء الإلغاء، ط، الثانية، منشأة المعارف، مصر، 2004.

26. **قدوج حمامة**، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط. الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006 .
27. **كلوفي عزالدين**، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، الجزائر، د.س.ن .
28. **لباد ناصر**، الأساسي في القانون الإداري، ط. الثانية، د.د.ن، الجزائر، 2011 .
29. **—**، الوجيز في القانون الإداري، د.د.ن، الجزائر، 2006 .
30. **محمد عبد المجيد المغربي**، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثرها القانوني: دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، د.س.ن .
31. **محمد عبده**، عقد الكفالة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005 .
32. **مصطفى أبوزيد فهمي**، ماجد راغب الحلو، الدعاوى الإدارية: دعوى الإلغاء، دعاوى التسوية، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005 .
33. **نواف كنعان**، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2007 .

2: الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ/الرسائل:

- . **تياب نادية**، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013 .

ب/المذكرات:

- مذكرات الماجستير:

1. **بحرياسماعيل**، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009 .

2. **بن بشير وسيلة**، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013 .

3. **خلف الله كريمة**، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص التنظيم الإداري، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، قسنطينة، 2013.

4. **سبكي ربيحة**، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013 .

5. **شقطي سهام**، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2011 .

- مذكرات الماستر:

1. **أزرايب نبيل**، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل الماستر، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015 .
2. **أوسالم ياسين، ابالدين فارس**، مراحل إبرام الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي رقم 247.15 يتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016 .
3. **بجادي طارق**، ضمانات تحقيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014 .
4. **بودراعصونية، بوجلال مريم**، الضمانات في مجال إبرام الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015 .
5. **بوشيرب مليكة**، المتعامل مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014 .
6. **بولقداير عبد الكريم**، سلطة تدخل الإدارة في تعديل الصفقة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014 .

7. **حبطيش أسيا، حيون زينة،** التوازن بين امتيازات السلطة العامة وظوابط مبدأ المشروعية في إبرام الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015 .
8. **حجوطصونية، خنوسي رادية،** اشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014 .
9. **خليفة جمال عبد الناصر،** الملحق في الصفقة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016 .
10. **رجدال فتيحة، سعداوي فطيمة،** منازعات الصفقات، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الجماعات المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014 .
11. **شبل فريدة، افييس سميحة،** التعديلات الجديدة التي أتى بها المرسوم الرئاسي 247.15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الجماعات المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016 .
12. **عبلاش كاهينة، علي سوهيلة،** الضمانات العقدية في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016 .

13. عثمانيو صورية، عطروشطاوس، الصفقات العمومية أمام مبدأ شفافية الإجراءات، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الجماعات المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015 .
14. عليوة فيصل، عقد الأشغال العامة في ظل قانون الصفقات العمومية 236.10، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015 .
15. لعلي وهيبه، التراضي كوسيلة للتعاقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015 .
16. مكوط الجيلالي، الضمان العشري في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، كلية الحقوق، الدار البيضاء، 2016 .
17. موييسي مالك، طرق إبرام الصفقات العمومية حسب التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015 .
18. وانيس أحلام، المنافسة في ميدان الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014.
19. نابي فايضة، دور صندوق ضمان الصفقات العمومية في تنفيذ الصفقات، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015 .

المقالات والمدخلات:

أ/ المقالات :

1. بولكور عبد الغني، " المنازعات الناشئة بعد إبرام الصفقات العمومية "، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، (ص248.ص249).

2. حميد شعبي، " المرسوم الجديد حول الصفقات العمومية"، مجلة المالية، العدد 23، الجزائر، 2014، (ص9.ص10) .

ب/ المدخلات:

1. زاوي عباس، " طرق وأساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 247.15"، مداخلة بمناسبة اليوم الدراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015 .

2. قارة سماح، " تفعيل مبدأ المنافسة قراءة في قانون الصفقات العمومية"، مداخلة بمناسبة اليوم الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، يومي 16 و17 مارس 2015 .

3. كاركدن فريد، " طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية(دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري)"، مداخلة بمناسبة اليوم الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، يوم 20 ماي 2013 .

4. قطان محمد، قانون الصفقات العمومية، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990 .

المحاضرات:

. **تياب نادية،** "سلسلة محاضرات في مقاس الصفقات العمومية"، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة بجاية، 2015. (منشورة)

النصوص القانونية:

أ: الدستور:

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم **96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996**، ج.ر، عدد 76، صادر في 08 ديسمبر 1996، متمم بموجب قانون رقم **02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002**، ج.ر، عدد 25، صادر في 14 أبريل 2002، معدل بالقانون رقم **08-14 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008**، ج.ر، عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم **16-01 مؤرخ في 26 مارس 2016**، ج.ر، عدد 14، صادر في 07 مارس 2016.

ب: النصوص التشريعية:

1- أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 جوان سنة 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 52، صادر في 27 جوان 1967. (ملغي).

2- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد 44، صادر في 26 جوان

2005، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر، عدد 60، صادر في 04 سبتمبر 2007.

3- أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد 09، الصادر في 22 فبراير 1995 (ملغي).

4- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بقانون المنافسة، ج.ر، عدد 43 الصادر بتاريخ 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بقانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جويلية 2008، ج.ر، عدد 36 الصادرة بتاريخ 02 جويلية 2008، معدل ومتمم بقانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر، عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010.

5- أمر رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006، متعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر، عدد 14، مؤرخ في 8 مارس 2006، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-05، مؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر، عدد 50، مؤرخ في 01 سبتمبر 2010، معدل ومتمم بقانون رقم 11-15، مؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر، عدد 44، مؤرخ في 10 أوت 2011.

6- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

ج: النصوص التنظيمية:

1- مرسوم الرئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 جويلية سنة 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 52، صادر في 28 جويلية 2002، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-301 مؤرخ في 11 سبتمبر سنة 2003، ج.ر، عدد

55، صادر في 14 سبتمبر 2003، معدل ومتم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 مؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2008، ج.ر، عدد 62، صادر في 09 نوفمبر 2008. (ملغي).

2- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 58، الصادرة في 7 أكتوبر 2010، المعدل والمتم بموجب المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 1 مارس 2011، ج.ر، عدد 14، الصادر في 6 مارس 2011، وبموجب المرسوم الرئاسي 11-222، المؤرخ في 11 جوان 2011، ج.ر، عدد 34، الصادرة في 19 جوان 2011، وبموجب المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012، ج.ر، عدد 04، الصادر في 2012، وبموجب المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013، ج.ر، عدد 2 لسنة 2013 (ملغي).

3- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر، عدد 50، الصادر في 20 سبتمبر 2015

4- مرسوم رئاسي رقم 82-145 مؤرخ في 10 أبريل سنة 1982، يتضمن الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر، عدد 15، صادر في 13 أبريل 1982 (ملغي).

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

Ouvrages:

1- AOUDIA Khalid, LALLEM Mohamed et LAOUER Rachida, Gestion des marches publiques, I.S.G.P, Paris , 2003.

2-DE LAUBADER Andri, Traite de droit administratif, 3eme Ed, Paris, 1963

3- DUVAL Jean Christophe, L'essentielle du droit des marches publics, 2 édition, Ellipse, Paris, 2012.

4- LINDICHE Florian,Le droit des marches publiques, édition DALLOZ, Paris, 2000.

5- LAJOYE Christophe,Droit des marches publics, BERTI éditions, Alger, 2007.

6- LINDICHE Florian, Le droit des marches publiques, 5 édition,Dalloz, France, 2009

7- NABIH Mohamed, Droit des marches publics: Aspect juridique financiers et contentieux, Ed 2014, Axis Destign, Maroc,2014.

الفهرس

08	مقدمة
		الفصل الأول: الضمانات العامة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات
13	العمومية
		المبحث الأول: المبادئ التي تقوم عليها إجراءات الصفقات العمومية لبلوغ ضمانات
16	المصلحة المتعاقدة
17	المطلب الأول: مبدأ حرية المنافسة بين المترشحين
17	الفرع الأول: المقصود بمبدأ حرية المنافسة بين المترشحين
19	الفرع الثاني: التكريس القانوني لمبدأ حرية المنافسة
19	الفرع الثالث: القيود الواردة على مبدأ المنافسة
20	أولاً: المنع لأسباب قانونية
21	ثانياً: المنع لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة
22	المطلب الثاني: مبدأ المساواة في معاملة المترشحين في الصفقات العمومية
23	الفرع الأول: المقصود بمبدأ المساواة
24	الفرع الثاني: التكريس القانوني لمبدأ المساواة
24	أولاً: تكريس مبدأ المساواة في الدستور
25	ثانياً: تكريس مبدأ المساواة في قانون الصفقات العمومية
25	المطلب الثالث: تكريس مبدأ شفافية الإجراءات

27.....	الفرع الأول: إلزامية الإعلان عن الصفقة العمومية
28	أولاً: وسائل الإعلان
29	ثانياً: محتوى الإعلان
30.....	الفرع الثاني: إجراء المنح المؤقت للصفقة العمومية
32.....	المبحث الثاني: مراحل إبرام الصفقات العمومية وفقاً للمرسوم الرئاسي 15-247
33	المطلب الأول: إجراء طلب العروض كقاعدة عامة
33	الفرع الأول: طلب العروض
35.....	الفرع الثاني: أشكال طلبات العروض
35.....	أولاً: طلب العروض المفتوح
37.....	ثانياً: طلب العروض المحدود مع اشتراط قدرات دنياً
37.....	ثالثاً: طلب العروض المحدود
40.....	رابعاً: المسابقة
42	الفرع الثالث: إجراءات طلبات العروض
42	أولاً: إعداد دفتر الشروط
45.....	ثانياً: إيداع العروض

46	ثالثا: مرحلة فحص العطاءات.....
46	رابعا: مرحلة إرساء الصفقة.....
47	خامسا: مرحلة اعتماد الصفقة.....
47	المطلب الثاني: طريقة التراضي كاستثناء
48	الفرع الأول: مفهوم التراضي.....
48	أولا: تعريف التراضي عبر مختلف القوانين.....
48	1: تعريف التراضي حسب ما جاء في القانون 145-82.....
49	2: تعريف التراضي في القانون 02-250.....
49	3: تعريف التراضي حسب ما جاء في المرسوم الرئاسي 236-10.....
49	ثانيا: الإجراءات الخاصة بإجراء التراضي.....
50	1: الدعوة للتعاقد.....
50	2: التفاوض.....
51	3: مرحلة التعاقد.....
51	الفرع الثاني: أشكال التراضي.....

أولاً: التراضي البسيط.....	52
ثانياً: التراضي بعد الاستشارة.....	53
الفصل الثاني: الضمانات الخاصة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية.....	57
المبحث الأول: ضمانات المصلحة المتعاقدة الوقائية والقمعية.....	58
المطلب الأول: الضمانات الوقائية.....	58
الفرع الأول: ضمانات الرقابة والإشراف على تنفيذ الصفقات العمومية.....	59
أولاً: المقصود بضمانات الرقابة.....	59
ثانياً: الأساس القانوني لضمانات الإشراف والرقابة.....	61
1: الأساس التشريعي لضمانات الرقابة.....	61
2: الأساس التعاقدي لضمانات الرقابة.....	62
3: المرفق العام كأساس للرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية.....	62
رابعاً: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية.....	63
1: مظاهر الرقابة على تنفيذ صفقات الأشغال العامة.....	63
2: مظاهر ضمانات الرقابة على تنفيذ صفقة اللوازم.....	65
الفرع الثاني: ضمانات تعديل المصلحة المتعاقدة لشروط الصفقة العمومية.....	65

- أولاً: الأساس القانوني لضمانة تعديل شروط الصفقة العمومية..... 66
- 1: فكرة السلطة العامة كأساس لضمانة تعديل شروط الصفقة العمومية..... 66
- 2: فكرة المرفق العام كأساس لضمانة تعديل شروط الصفقة العمومية..... 67
- 3: موقف المشرع الجزائري من ضمانة تعديل شروط الصفقة العمومية..... 68
- ثانياً: آليات ممارسة سلطة تعديل شروط الصفقة..... 68
- 1: تعريف الملحق..... 69
- 2: شروط الملحق..... 69
- 3: حالات عدم خضوع الملحق للرقابة..... 70
- ثالثاً: أنواع الملاحق..... 71
- 1: ملحق الأشغال الإضافية أو المنقصة..... 71
- 2: ملحق التغيير..... 72
- 3: ملحق الإقفال النهائي للصفقة..... 72
- المطلب الثاني: السلطات القمعية للمصلحة المتعاقدة..... 72
- الفرع الأول: توقيع الجزاءات المالية والوسائل الضاغطة..... 73

73	أولاً: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية.....
74	1: الغرامة التأخيرية.....
78	2: مصادرة التأمينات.....
79	3: التعويض.....
80	ثانياً: ضمانات المصلحة المتعاقدة في استعمال الوسائل الضاغطة.....
80	1: الوسائل الضاغطة.....
80	2: صور الوسائل الضاغطة.....
81	الفرع الثاني: ضمانات استعمال الوسائل الفاسخة.....
81	أولاً: شروط فسخ العقد.....
82	ثانياً: أنواع الفسخ.....
84	ثالثاً: لأثار المترتبة على فسخ الصفقة.....
86	المبحث الثاني: الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد.....
87	المطلب الأول: ضمانات التنفيذ المالي والتقني للصفقة العمومية.....
87	الفرع الأول: الطابع الإلزامي للكفالة كضمانة لتنفيذ المالي.....
87	أولاً: الكفالة.....
88	1: صور الكفالة.....

88	أ: كفالة التعهد.....
89	ب: كفالة استرجاع التسيقات.....
89	ج: كفالة الضمان.....
89	د: كفالة حسن التنفيذ.....
90	2: أدوات تنفيذ نظام الكفالة.....
90	أ: التنفيذ عن طريق البنوك.....
90	ب: صندوق ضمان الصفقات العمومية.....
91	ثانيا: الضمانات المالية الأخرى.....
91	1: الضمانات الخاصة.....
91	2: الضمانات ذات الصيغة الحكومية.....
92	3: اقتطاعات حسن التنفيذ.....
92	4: اقتطاع الضمان.....
93	الفرع الثاني: ضمانات التنفيذ التقني للصفقات العمومية.....
93	أولا: حالة التنفيذ العادي للصفقة.....
93	1: الأداء الشخصي للخدمة موضوع للصفقة.....
94	2: أداء الخدمة حسب الكيفيات المتعاقد عليها.....

- 3: الالتزام بتنفيذ موضوع الصفقة بطريقة سليمة وعناية تامة 94
- 4: احترام الآجال اللازمة لتنفيذ العقد 94
- 5: الضمانات الخاصة بمشيدي البناء 94
- ثانيا: حالة التنفيذ غير العادي 95
- 1: مفهوم شرط القوة القاهرة في مجال الصفقات العمومية 95
- 2: تطبيقات القوة القاهرة 95
- 3: الآثار المترتبة على القوة القاهرة 96
- أ: إعفاء المتعامل المتعاقد من التزاماته 96
- ب: الحق في الحصول على تعويض 96
- ج: فسخ العقد 96
- المطلب الثاني: ضمانات النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة العمومية 97
- الفرع الأول: التسوية الودية للنزاع 97
- أولا: التسوية الودية من طرف المصلحة المتعاقدة ولجنة تسوية النزاعات 98
- 1: التسوية الودية من طرف المصلحة المتعاقدة 98
- 2: التسوية أمام لجنة التسوية الودية 98
- ثانيا: التسوية عن طريق الطرق البديلة 99

99	1: الصلح.....
100	أ: إجراءات الصلح.....
100	ب: النتائج المترتبة على إجراء الصلح.....
101	2: الوساطة.....
101	3: التحكيم.....
102	أ: الأساس القانوني لإجراء التحكيم.....
102	ب: هيئة التحكيم.....
103	الفرع الثاني: التسوية القضائية للنزاع.....
103	أولاً: القضاء الكامل.....
103	1: دعوى التعويض.....
104	2: دعوى الفسخ.....
105	ثانياً: دعوى الإلغاء.....
108	خاتمة.....
114	قائمة المراجع.....
128	الفهرس.....

ضمانات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247

Résume

Le code des marches publics vise à préserver les fonds public étant donné que la plus part des dépenses s'effectuent à travers des marches sous toutes les formes et genres, notamment ceux destinés à réaliser des projets d'intérêt national, autre qu'il cible d'assurer l'efficacité en choisissant les meilleurs opérateurs techniquement et financièrement, À cet effet le législateur algérien a veillé à ce que le code des marches publics soit au diapason du développement politique, sociologique et économique de la société et tous qui exigent l'intérêt public à travers la mise en place d'un système de garanties spécifique au service contactant compatible avec les objectifs de passation des marches publics, c'est pour cela que le législateur a reconnu dans le décret présidentiel n° 15-247 portant code des marches publics et délégations de service public un ensemble d'attributions qui se concrétisent dans toutes les étapes des marches publics

ملخص

لقد جاء قانون الصفقات العمومية بهدف حماية الأموال العمومية، كون أغلب النفقات تصرف في شكل صفقات بشتى أشكالها وأنواعها لا سيما الموجهة لتنفيذ مشاريع ذات منفعة وطنية، كما جاء أيضا لتحقيق الفعالية والنجاعة من جراء التعاقد مع أحسن المتعاملين فنيا وماليا، لذلك فقد حرص المشرع الجزائري على مسابقة قانون الصفقات العمومية للتطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وكل ما تتطلبه المصلحة العامة، من خلال وضع نظام لضمانات الخاصة بالمصلحة المتعاقدة يتماشى وأهداف إبرام الصفقات العمومية، وعلى هذا الأساس فلقد اعترف المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بممارسة جملة من السلطات تتجلى في كافة مراحل الصفقة .