جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون العام

امتيازات السلطة العامة في تنفيذ الصفقة العمومية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

فرع القانون العام

تخصص:قانون الجماعات المحلية

إعداد الطـالــب:

موهوبي موراد

إشراف الأستــاذة:

بومقورة سلوى

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ بن خالد .....رئيسا

الأستاذة بومقورة سلوى .....مشرفة ومقررة

الأستاذ عطوى .....ممتحنا

الموسم الجامعي: 2018/2017

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

إلى من لهما الفضل في وصولي إلى يوم التخرج و قال فيهما :" و قضى ربك أن تعبد إلا إياه و بالوالدين إحسانا ".

إلى مصدر الحنان و العطف من ربتني صغيرا و أعانتني كبيرا و لا تزال .

إلى التي فضلتني بكل شيء عن كل شيء من اجل أن تصبح قريرة العين إلى أمي أطال الله في عمرها .

إلى قدوتي و مثلي الأعلى في الحياة أبي العزيز رحمة الله عليه .

إلى من أحببتهم بالفطرة و أحبوني بها ، إلى سندي في الحياة دليلة ، نبيلة ، كريمة مريم.....إلى كل أصدقائي .

موراد

شكـــــــر وعرفـــــان

الحمد لله رب العالمين حمدا طيبا مباركا فيه.

و الصلاة و السلام على خير المرسلين سيدنا محمد و على آله و صحبه أجمعين و بعد:

الشكر لله أولا و أخيرا فهو الذي أعانني على إكمال هذه المذكرة.

ويسعدني أن أتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذتي بومقورة سلوى وذلك لتفضلها بالإشراف على هذه المذكرة فقد كانت خير عون لي لما قدمته لي من نصح وتوجيه وإرشاد و تشجيع متواصل و الذي كان له الأثر الواضح و الجلي على ما تم انجازه فجزاها الله عني خير الجزاء.

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

الطالب

موهوبي موراد

قائمة أهم المختصرات

أولا: بالعربية

ج.ر.ج.ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية .

د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية .

ط1 : الطبعة الأولى .

ج1 : الجزء الأول .

م.ر : مرسوم رئاسي .

ص : الصفحة .

ق.ص.ع.ت.م.ع : قانون الصفقات لعمومية و تفويضات المرفق العام

ثانيا : بالفرنسية

A .J.D.A : Actualité juridique de Droit Administratif

Ed : édition

Op .cit : Référence précédemment citée.

P :page

مقدمة

مقدمة

أصبحت الدولة كافة على تعدد مذاهبها السياسية ، و اختلاف فلسفتها الاقتصادية و الاجتماعية ، تأخذ بمبدأ الأسلوب التعاقدي ، سواء في علاقات الأشخاص المعنوية العامة فيما بينها أو في علاقات هذه الأخيرة بالأشخاص الطبيعية ، و ذالك في مختلف نواحي الحياة الإدارية و الاقتصادية و الاجتماعية لإدارة مرافقها العامة بانتظام و اطراد بهدف تحقيق التنمية .

يعد هذا الأسلوب من الأساليب الهامة التي تلجا إليه الإدارة العامة لتنفيذ مشاريعها و تسيير مرافقها ، و هو لا يقل عن القرارات الإدارية ، لذالك نظم المشرع الإداري الجزائري لهذه الجبهة كيفية ممارسة سلطتها في إطار التعاقد ، بغرض تمكينها من تحقيق الأهداف المنوطة بها ، غير أن دخول الإدارة في روابط عقدية قد يخضعها لتنظيم متميز عند اختيارها لأسلوب معين من التعاقد و هو الصفقات العمومية .

تظهر الإدارة العامة في هذا النوع من العقود الإدارية بوصفها سلطة عامة تخضع لقواعد استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، فتختلف عقودها هذه عن العقود التي تتم بين الأفراد و تحكمها قواعد القانون الخاص ، و من ثم يظهر الفرق بين عقود الإدارة العامة و العقود الإدارية بحيث تتضمن الطائفة الأولى جميع العقود التي تبرمها الإدارة العامة سواء كانت إدارية أو مدنية ، في حين لا ينطبق اصطلاح العقود الإدارية إلا على تلك التي تظهر فيها الإدارة العامة كسلطة عامة فتتمتع بحقوق و امتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها ، و ذالك بقصد تحقيق النفع العام و من هنا تظهر بجلاء العقود الإدارية كأسلوب متميز لأداء نشاطات الإدارة العامة ، خاصة تلك المبرمة في شكل صفقات عمومية .

و نظرا لأهمية هذا الأسلوب في أداء نشاطات الإدارة العامة المتعاقدة و ضمان سير المرفق العام بانتظام و اطراد حرصت مختلف التشريعات على تنظيم العقود الإدارية عموما و الصفقات العمومية خصوصا باعتبارها أهم أنواع العقود الإدارية .

لذالك اهتم المشرع الإداري الجزائري بتنظيم الصفقات العمومية ، و التحيين المستمر للقوانين المتعلقة بها باعتبارها من أهم و ابرز أساليب الاتفاق العام لانجاز المشاريع و تحقيق المصلحة العامة ، و تشكل المحور الأساسي الذي يعتمد عليه لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية ، إذ وضع الإطار القانوني لها مبينا كيفيات و شروط إبرامها و الآثار المترتبة عليها ، مانحا للمصلحة المتعاقدة امتيازات و سلطات مميزة تتجلى في كافة مراحل الصفقة العمومية منذ إبرامها حتى اكتمال تنفيذها ، و قد أقرت بالأساس لتمكين المصلحة المتعاقدة من تحقيق الأهداف المرجوة من وراء تعاقدها في تلبية حاجات الأفراد و تحقيق المصلحة العامة .

لقد كرس المشرع الإداري الجزائري هذه الامتيازات في مختلف قوانين الصفقات العمومية ، فاعترف للمصلحة المتعاقدة بممارسة مجموعة من السلطات لا نجد مثيلا لها على مستوى دائرة القانون الخاص .

1_ أهمية الموضوع :

تتمثل أهمية هذا الموضوع باعتباره جديرا بالبحث و الدراسة ، من خلال أهميته المتزايدة بالنظر إلى التعديلات المتتالية التي عرفتها المنظومة القانونية للصفقات العمومية ، التي أدت في كل مرة إلى رفع السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة ، بهدف الحد قدر الإمكان من السلوكيات السلبية ، و هدر المال العام من قبل المتعامل المتعاقد .

كما يكتسب موضوع سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية أهميته النظرية ، باعتبار نظرية العقد الإداري اليوم تحتل أهمية بالغة في تسيير المرافق العامة للدولة ، سواء في العلاقات الناشئة عن عقود الإدارة مع الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة أو في العلاقات التعاقدية بين الهيئات العامة فيما بينها ، إلى جانب انه لا يمكن الاستغناء عن الدخول في علاقات عقدية بهدف خدمة الجمهور و النهوض بأعباء السلطة العامة .

كما أن لهذا الموضوع أهمية علمية بالنظر لخطورة هذه السلطات و الامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة التي قد تتعسف في استعمالها على حساب المتعامل المتعاقد معها ، الأمر الذي يتطلب ايلاء أهمية خاصة لهذا الموضوع لرسم الحدود الفاصلة للسلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة ، و حفاظا على الغاية التي أقرت لأجلها هذه السلطات و الامتيازات .

2_ أسباب اختيار الموضوع :

تعود أسباب اختيار هذا الموضوع بالدراسة إلى ما هو موجود من تشعب للمنظومة القانونية ، و كثرة التعديلات لقانون الصفقات العمومية من قبل المشرع الإداري الجزائري ، و لعل ذالك يعود بالأساس إلى الأسباب التالية :

أ_ إن الصفقات العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة و لإجراءات في غاية من التعقيد لذا كان من الضروري إعطاء تعريف لها يميزها عن باقي العقود الأخرى .

ب_ إن الصفقات العمومية تخول لجهة الإدارة مجموعة من السلطات الاستثنائية غير مألوفة بالمقارنة مع العقود الأخرى .

3_ إشكالية البحث :

سنحاول من خلال دراستنا لهذا الموضوع الإجابة على الإشكالية الرئيسية التالية :

هل سلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية كافية لضمان حسن تنفيذها ؟

و تتفرع عن هذه الإشكالية إلى مجموعة من التساؤلات الفرعية التالية :

_ ما هي سلطات المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية ؟

_ما هو الأساس القانوني الذي تستند إليه المصلحة المتعاقدة في ممارسة السلطات الممنوحة لها عند تنفيذ الصفقة العمومية ؟

_ و ما هي الحدود التي تمارس فيها المصلحة المتعاقدة سلطاتها في مجال تنفيذ الصفقة العمومية لضمان الموازنة بين المصلحة المتعاقدة و حقوق المتعامل المتعاقد معها ؟

4_ أهداف البحث :

يتمثل الهدف من هذه الدراسة في :

أ_ الكشف عن الإجراءات و الآليات القانونية التي رصدها المشرع لضمان تنفيذ الصفقة العمومية على أحسن وجه ، و ذالك من خلال التطرق إلى قانون الصفقات العمومية .

ب_ إبراز أهم السلطات التي اعترف بها المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية من مرحلة الإبرام إلى غاية تنفيذها و إنهائها .

ج_ تحديد الأساس القانوني الذي تستند إليه المصلحة المتعاقدة في ممارستها خلال تنفيذ الصفقة العمومية ، و بيان الضوابط التي تحد من استعمالها لهذه السلطات .

5_ صعوبات الدراسة :

اعتمدنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع بالتطرق لما هو موجود في القانون الجزائري ، إلا أن مصادفتنا لبعض الصعوبات التي واجهتنا و المتمثلة في تشعب المنظومة القانونية ، و كذا التجديد و التعديل المستمر لقانون الصفقات العمومية من قبل المشرع الجزائري دون أن يكون هناك تحليل لهذا التعديل من قبل الفقهاء ، مما اضطرنا إلى الاجتهاد و الاستعانة بخبراء في الميدان التطبيقي من اجل جمع المادة التي رأينا أنها تساعدنا على الإجابة على الإشكالية المطروحة .

6_ منهج البحث :

للإجابة على الإشكالية المطروحة فإننا سنعتمد على المنهج الوصفي للتعرف على طبيعة الظاهرة ، و المنهج التحليلي لكونه المناسب لتحليل النصوص القانونية التي يرتكز عليها هذا الموضوع ، و الوارد في قانون الصفقات العمومية و النصوص القانونية الواردة في القواعد العامة ، بغية الربط بين هذه النصوص القانونية المتفرقة .

7_ تقسيم البحث :

بهدف تحديد أهمية كل سلطة و دورها في تحقيق التنفيذ الحسن للصفقة العمومية فإننا ارتأينا تقسيم هذه الدراسة تقسيما ثنائيا من خلال الفصلين التاليين :

بحيث تعرضت في الفصل الأول إلى سلطات المصلحة المتعاقدة في الرقابة و التعديل أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بهدف متابعة تنفيذ الصفقة و تقسيمه إلى ما يلي :

1_ سلطات المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية في المبحث الأول .

2_ سلطات المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية في المبحث الثاني .

أما الفصل الثاني فقد خصصته لسلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الإدارية المؤقتة والفاسخة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية ، و تم تقسيمه كما يلي :

1_ سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية و الضاغطة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية .

2_ سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الفاسخة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية .

الفصل الأول

سلطات المصلحة المتعاقدة في الرقابة و التعديل أثناء تنفيذ الصفقة العمومية

إن الغرض من تنفيذ الصفقة العمومية دخولها حيز التنفيذ و إنتاجها أثار معينة في مواجهة أطرافها بحيث تتجسد هذه الآثار في الحقوق والالتزامات التي ترتبها هذه الصفقة في ذمة الإدارة المتعاقدة من ناحية و ما يقابلها من حقوق و التزامات في ذمة المتعاقد معها من ناحية أخرى و التي يتعين احترامها من كلا الطرفين.

و نظرا للخصائص التي تتميز بها الصفاقات العمومية المختلفة عن العقود الأخرى وخاصة المدنية و التجارية فإنها تخول جهة الإدارة جملة من السلطات و الحقوق في مواجهة المتعاقد معها ،فهي تعمل ساعية وراء تحقيق المصلحة العامة من خلال الحفاظ على حسن سير المرافق العامة ،ولتحقيق تلك الغاية لا بد من تغليب المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة.[1]

و من هذا المنطلق يمكن القول إن للمصلحة المتعاقدة حق في متابعة تنفيذ الصفقة لضمان سيرها على النحو المتفق عليه من خلال مباشرة سلطة الرقابة (المبحث الأول).

كما يمكنها التدخل بهدف متابعة التنفيذ من خلال زيادة أو إنقاص الالتزامات التعاقدية للمتعامل المتعاقد معها من خلال سلطتها في تعديل شروط الصفقة العمومية(المبحث الثاني)

1_ بوضياف عمار ، **الصفقات العمومية في الجزائر(دراسة تشريعية و قضائية و فقهية)**،ط1 ،جسور للنشر و التوزيع،الجزائر،2007،ص .141.

المبحث الأول

سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

تعتبر سلطة الرقابة مظهر من مظاهر السلطة العامة الممنوحة لجهة الإدارة،فهذا الحق يستمد من طبيعة المرفق العام فالسلطة العمومية لا تتنازل عن المرفق العام كليا بل تبقي سيطرتها من خلال سلطة الرقابة لأنها المسؤولة عن ضمان الخدمة العمومية و هو ما أشار له المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مانحا لها حق الإشراف و الرقابة على عملية التنفيذ و استغلال المرفق العام حسب الشروط الواردة في العقد.[1]

ولكون أن الصفقات العمومية تتصل بالخزينة العامة فإنه أصبح من الضروري إخضاعها إلى الرقابة ، لذلك خصص المشرع الجزائري عدة نصوص تتضمن الرقابة على الصفقة العمومية بحيث بين فيها أن هذه الرقابة تشمل مختلف مراحل الصفقة العمومية قبل إبرامها و أثناء التنفيذ و بعده.[2]

تمارس الإدارة رقابتها بدءا قبل إبرام الصفقة و التي تتم بواسطة لجان مختلفة ، وكما تمارسها أيضا أثناء التنفيذ بحيث تعمل على مراقبة المتعاقد معها و تحقق من مدى التزامه بتنفيذ شروط الصفقة العمومية، و كما نجدها قد ذهبت إلى ابعد من ذالك من خلال ممارستها لهذه السلطة حتى بعد التنفيذ نظرا للطابع التنموي للصفقة و تعلقها بمشاريع الدولة، و لعل هذا ما جعلنا نذهب إلى التعمق أكثر في مفهوم هذه السلطة في إطار تنفيذ الصفقة العمومية (المطلب الأول).

و معرفة حدودها و مختلف مظاهرها و تطبيقاتها القضائية (المطلب الثاني).

1_انظر المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 ، **يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام** ، ج ر ج ج ، العدد 50 ، صادر في 20 سبتمبر 2015 .

2_سبكي ربيحة ، **سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون الإجراءات الإدارية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2013 ،ص. 12.

المطلب الأول

مفهوم سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

تعرف سلطة الرقابة على أنها " حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد و توجيه الأعمال و اختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط و ضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد " .[1]

و يجمع جميع الفقهاء على أنها سلطة ذات أصالة في عقود الأشغال و التوريد و الخدمات باعتبار الإدارة هنا ربة عمل و ما المتعامل المتعاقد إلا منفذ لأوامرها ، فهي من العناصر المعتاد في هذه العقود ، و عليه فلا تترتب على الإدارة في ممارستها لهذه السلطات و ما على المقاول هنا إلا الامتثال ما دامت هذه الأوامر مشروعة .[2]

تملك الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية حق الرقابة على المتعامل المتعاقد معها ، حيث خولت هذه السلطة لها بهدف التحقق من تنفيذ الصفقة وفق الشروط التي تضمن تصحيح مسار التنفيذ عن طريق معالجة القصور و الانحرافات حتى يمكن علاجها و تجنب أسباب وقوعها مستقبلا .

وباعتبار أن هذه السلطة تعد من بين السلطات الأصلية التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها استوجب منا البحث عن أساسها القانوني الذي تستند إليه (الفرع الأول) و كذا التعمق في مدلولها بالتطرق إلى مختلف صور الرقابة أثناء تنفيذها للصفقة العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأساس القانوني لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

لتحديد الأساس القانوني لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية ،لابد من بحث و تحديد مصدر هذه السلطة ،و التي قد ينص عليها صراحة في العقد الإداري أو في الصفقة العمومية ،أو قد تستمد هذه السلطة من القوانين و التشريعات ، أما في حالة غياب نص فإن سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية تجد أساسها في مقتضيات المرفق العام .

و من هنا ينبغي التمييز بين سلطة الرقابة المنصوص عليها ،و سلطة الرقابة في حالة غياب النص .

1_ بوضياف عمار ، مرجع سابق ، ص . 209 .

2_ بن شعبان علي ، أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه ، أطروحة دكتوراه ، جامعة قسنطينة ، 2011 .

أولا : أساس سلطة الرقابة المكرسة قانونا (في وجود نص).

قد يرد النص على سلطة الرقابة في القوانين و اللوائح المختلفة ، و قد يرد في العقد أو في دفتر الشروط .[1]

فقد نجد نصوص تبين بتفصيل دقيق كيفية ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة و الوسائل التي تتبع في مباشرتها ،باعتبارها سلطة أصيلة قائمة بذاتها مستمدة من النظام القانوني للعقود الإدارية ذاتها [2] ، كذالك قد تفرض بعض القوانين و اللوائح المتعلقة بطائفة معينة من العقود و التزامات محددة تقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة مع منح هذه الأخيرة سلطات مقابلة في مراقبة تنفيذ هذه العقود، و منه نجد أن هذا الأساس قد يكون إما تعاقدي أو أساس تشريعي .

1_ الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

يتجلى الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة في النص عليها صراحة في الصفقة ذاتها أو في دفتر الشروط ،على نحو يوضح كيفية ممارسة هذه السلطة المخولة للموظفين المندوبين للرقابة و الإشراف على تنفيذ الأشغال ، [3] و الذي فصل أحكام سلطة الرقابة و التوجيه في مواد متعددة منها المادة 4/12 و5 التي تنص على انه : "على المقاول أن ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه ."

كما يخضع للتغيرات المفروضة عليه خلال العمل ،إلا أن ذالك يتم فقط عندما يأمر بتلك التغيرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر مصلحة على مسؤوليته و لا تعتبر التغيرات إلا إذا اثبت حصولها بموجب ذالك الأمر الصادر عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري ."

و تضيف المادة 2/13 انه : "يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري ان يطلب من المقاول تبديل الأعوان والعمال لعصيانهم أو عدم أهليتهم أو عدم أمانتهم ."[4]

أكد المشرع الجزائري صراحة على ضرورة صدور أوامر الخدمة مكتوبة ، من خلال دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات الأشغال لوزارة إعادة البناء و الأشغال العمومية و النقل ،بحيث يبدأ

1_طارق سلطان ، **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية و ضوابطها (دراسة مقارنة)** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010 ، ص . 76 .

2_المرجع نفسه ، ص . 76 .

3_محمود عاطف البنا ، **العقود الإدارية** ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2008 ، ص. 214.

4_ قرار صادر عن وزير البناء و الأشغال العمومية و النقل ، في 1964/11/21 ، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل ، ج ر ، العدد 06 ، الصادرة في 19 يناير سنة 1965 .

المقاول الأشغال في الآجال المحددة و المدونة في الأوامر المصلحية التي يقدمها مهندس الدائرة أو المهندس المعماري و ما على المقاول إلا تنفيذها لما تتمتع به من قوة تنفيذية .

تحرص الإدارة في صفقات الأشغال العامة بوصفها صاحبة المشروع على تنظيم صفقات الأشغال العامة و كذا الدفاتر الملحقة بها [1]، و بالتالي نجد انه يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري و هو بصدد ممارسة الرقابة و الإشراف على الأدوات قيد العمل أن يأمر بعدم استخدامها إلا بعد إجراء التدقيقات عليها ثم قبولها من طرفه ، و الغرض من ذالك هو إخضاع المقاول لمهندسي المصلحة المتعاقدة في تحديد خطوات انجاز العمل و ما قد يحدث من تغيرات أثناء التنفيذ و كذاك التأكد من مطابقة التنفيذ لمقتضيات المصلحة العامة و للمواصفات التي أبرمت من اجلها الصفقة.[2]

أما صفقات اللوازم و التوريد فان المتعامل المتعاقد يلتزم بالخضوع لإشراف و توجيه المصلحة المتعاقدة على النحو الذي تنظمه هذه الصفقات و دفاتر الشروط الملحقة بها ، إلا أن تنظيم صفقات اللوازم لسلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة ليس بالأهمية التي نصادفها في صفقات الأشغال العامة،لان المبادئ العام في صفقات التوريد تفرض أن المورد يملك تقدير و اختيار طرق التنفيذ [3]، و حرية اختيار المصدر الذي يحصل من خلاله على المنقولات المتفق عليها باعتبار أن جوهر التزامه هو تسليم منقولات مادية للإدارة ، و بالتالي ليس لها سوى حق فحص منقولات التي تم توريدها للتأكد من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها [4]، فالأمر يتعلق بمواد أو منقولات يلزم المتعاقد بان يضعها تحت تصرف الإدارة و من حق مندوب الإدارة رفض استلام المواد أو المعدات التي لا تنطبق عليها المواصفات المتفق عليها في العقد .[5]

يمكن القول في الحالات التي ينص فيها صراحة في الصفقة ، أو في دفاتر الشروط الملحق بها ، على سلطة المصلحة المتعاقدة من حيث مداها ووسائلها ، فإن هذه السلطة ترتكز على النصوص التعاقدية ، و

1_ محمود عاطف البنا ، مرجع سابق، ص . 215 .

2_ مازن ليلو راضي ، **دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 ، ص . 87 .

3_ نفس المرجع ، ص .91 .

4_ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **الأسس العامة للعقود الإدارية(الإبرام – التنفيذ – المنازعات)** ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 .

5_ بوضياف عمار، مرجع سابق ، ص . 203 .

تنظيم سلطة الرقابة بالنص عليها صراحة في الصفقة أو في دفتر الشروط ليس من شانه ان يغير من هذه السلطة بل هو مجرد تنظيم لها و ليس إنشاء لها .[1]

2_الأساس التشريعي لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

نظم المشرع الجزائري أحكام سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية في العديد من التشريعات منها القوانين المنظمة للصفقات العمومية ، و ذلك باعتبارها من المواضيع المهمة بالنسبة للمؤسسات العمومية و نضرا لما تحتله هذه الرقابة من مكانة في الحفاظ على المال العام و بما يكفل حسن توظيف الأموال المرصودة للصفقات العمومية ، و ليس ذالك فحسب بل نجد انه قد وضع الأسس التي تحكم أنواع الرقابة ، و ذالك من خلال ما خصصه المشرع من خلال المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في الفصل الخامس المدرج تحت عنوان رقابة الصفقات العمومية .

فقد نص المشرع في مضمون المادة 156 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على انه : " تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ و قبل تنفيذها و بعده ."[2]

و هو أيضا ما نص عليه المشرع في المرسوم القديم 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الملغى في الباب الخامس المدرج تحت عنوان "رقابة الصفقات" من خلال المادة 116 منه ، و التي تنص على انه : " تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ و قبل تنفيذها و بعده.

و كذالك المادة 118 من نفس المرسوم التي تنص على انه : " تمارس على الصفقات مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها و في حدود معينة ، دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها ."[3]

يتضح من خلال هذه المواد أن المشرع الجزائري أكد على ضرورة ممارسة سلطة الرقابة في مختلف مراحل إبرام الصفقات العمومية ، و الذي أعطى مساحة واسعة للمصلحة المتعاقدة أثناء ممارسة سلطتها في الرقابة و ذالك من خلال إخضاع جميع الصفقات العمومية لرقابة الإدارة بهدف مطابقة الصفقة الأهداف المراد تحقيقها من وراء إبرامها ، لهدف تحقيق النفع العام .

1_عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص . 258.
2_ انظر المادة 156 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، مرجع سابق .
3_انظر المادتين 116 و 118 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 ، يتضمن الصفقات العمومية ، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، عدد 02 لسنة 2013 .(ملغى).

كما تعتبر ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة من قبيل اختصاصاتها التنظيمية ، و التي نجد أساسها القانوني في النصوص القانونية التي تحكم نشاط المصلحة المتعاقدة .[1]

و يبقى تنظيم المشرع الجزائري في مرحلة التنفيذ غير كاف لاهتمامه أكثر بالرقابة على الإبرام .

ثانيا : أساس سلطة الرقابة في غياب النص

قد لا يرد نص في قانون الصفقات العمومية أو في دفاتر الشروط أو القوانين و اللوائح بشان ممارسة المصلحة المتعاقدة سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية ، ولكن هذا لا يجعل هذه الأخيرة في موقع ضعف و يحرمها من ممارسة هذه السلطة ،لان ممارسة الرقابة و الإشراف هو حق أصيل مقرر لها فهي لا تحتاج إلى نص يقررها أو يمنحها تلك السلطة ، [2] و إنما تستمد الرقابة كأساس لها هنا من فكرة المرفق العام ، لان الإدارة هنا هي المسئولة عن إدارة المرفق العام ، و كفيلة بحسن سيره حتى اذا لم تتولى بنفسها توفير الحاجات و تقديم الخدمات التي يتطلبها المرفق العام .[3]

فالمرفق العام يتصل في ذاته و موضوعه بالعقد الإداري مهما كان نوعه سواء كان عقد أشغال آو عقد توريد خدمات أو لوازم أو دراسات ، و منه نجد أن للعقد الإداري علاقة خدمة المبادئ العامة التي تحكم سير المرافق العامة و استمراريتا بانتظام و اطراد .

و من الفقهاء من أيد هذا الرأي على رأسهم الدكتور سليمان محمد الطماوي حيث قال أن : "الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الدولة في الرقابة ، ذالك أن المرفق العام ما هو إلا هيئة أو مشروع يعمل بانتظام لسد حاجات الجمهور و حق الرقابة يظل موجودا طالما وجد المرفق العام ." [4]

و من مؤيدي هذه الفكرة الدكتور ناصر لباد حيث يذكر بأنه : " تمارس الإدارة سلطة الرقابة و توجيه تعليمات للمتعاقد معها في حالة عدم وجود بند صريح في العقد ينص على ذالك ، لان هذه السلطة تجد أساسها في مفهوم المرفق العمومي الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف ." [5]

يتجه الرأي الراجح إلى أن ضمانة الرقابة غير المنصوص عليها تجد أساسها في فكرة المرفق العام .

1_رياض عيسى ، **نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري** ، د.م.ج ، الجزائر ، 1985 ، ص 12 .
2_ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص . 258 .
3_ ازاريب نبيل ، **سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها** ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق ، جامعة بسكرة ، الجزائر ، 2014 ، ص . 72 .
4_ محمد سليمان الطماوي ، **الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة** ، ط 5 ، جامعة عين الشمس ، القاهرة ، 1991 .
5_ لباد ناصر، **الوجيز في التنظيم الإداري – النشاط الإداري** ، لباد للنشر ، الجزائر ، 2006 ، ص .248 .

فاحتياجات المرفق العام و ضمان حسن سيره و انتظامه هي التي تبرر ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من سلطات استثنائية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية و العقود الإدارية بصفقة عامة ، بما فيها ضمانة الرقابة و ذالك في حالة خلو الصفقة من النص على الضمانات .[1]

و تكمن علاقة العقد و اتصاله بالمرفق العام من خلال ثلاثة صور تتمثل فيما يلي :

أ_ اتصال العقد بالمرفق العام في صورة تنظيم و استغلال للمرفق العام كما هو الحال في عقود الإشغال العامة ، و عقود الامتياز .

ب_اتصال و ارتباط العقد بالمرفق العام في صورة التزام الإدارة إزاء الفرد عن طريق تقديم خدمات توريد ، عقد النقل ، البيع ، الإيجار .

ج_اتصال و ارتباط العقد بالمرافق العامة في صورة التزام إزاء الفرد عن طريق تقديم الإدارة العامة سلع و خدمات بواسطة المرافق العامة .[2]

وبالتالي نجد أن طريقة اتصال العقد بالمرافق العامة تكمن عن طريق وجود سلطات عامة تحقق الصالح العام ، فهي تتولى إدارته مباشرة و الإشراف عليه ، كما نجد الدولة هي المسؤولة عن أدائها لأعمالها و مرتبطة بوظائفها الإدارية ، لهذا نجد أن المرافق العامة تخضع لقواعد القانون الإداري ، و بالتالي قراراتها الصادرة عنها تكون متميزة عن قواعد القانون الخاص .[3]

و من هنا يبرز الفرق الواضح بين العقد الإداري و العقد المدني إذ أن هذا الأخير لا يخول سلطة للمتعاقد إلا إذا تم النص عليها في العقد أو قررها القانون ، بينما العقد الإداري يخول للإدارة سلطة الإشراف و التوجيه و إن لم ينص في العقد على ذالك ، و هذا بهدف ضمان تلبية الحاجات العامة و حسن أداء الخدمة العامة و ضمان حسن سير المرافق العامة .[4]

1_ صياد رحيمة ، سعيدي كاتية ، **ضمانات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، فرع قانون عام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية ، 2016 ، ص . 62 .

2_ عوابدي عمار، **القانون الإداري ، النشاط الإداري** د م ج ، الجزائر ، 2000 ، ص .159 .

3_ محمود عاطف البنا ، مرجع سابق ، ص .42 .

4_ بوضياف عمار، **شرح تنظيم الصفقات العمومية** ، الطبعة الثالثة ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2011 ، ص. 35.

الفرع الثاني

صور الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

تملك المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية التي تبرمها ، حق الرقابة عليها كونها من السلطات التي تملكها اتجاه المتعامل المتعاقد معها ، بغية التحقق من أن ذالك التنفيذ يتم وفقا للشروط المحددة بالعقد ، وتتخذ سلطة الرقابة التي تباشرها المصلحة المتعاقدة صورتان [1] ، فتتجلى الأولى متى مارست الإدارة رقابتها عن طريق الإشراف (أولا) و هو المصطلح المرادف للمعنى الضيق لسلطة الرقابة ، أما الثاني فيظهر متى ذهبت الإدارة إلى ابعد من ذالك بتوجيه أعمال التنفيذ (ثانيا) و هو ما يرادف مدلولها الواسع

أولا : سلطة الإشراف على الصفقة

إن المقصود بالرقابة هنا هو التحقق من أن المتعامل المتعاقد يباشر تنفيذ الصفقة طبقا للشروط و المواصفات المتفق عليها ، كون أن هذه السلطة مقررة في جميع العقود الإدارية كمبدأ عام ، سواء تم النص عليها في صلب الصفقة أو لم ينص عليها .[2]

فالإدارة المتعاقدة تستطيع في كل لحظة التحقق من أن المتعاقد ينفذ التزامات العقد وفقا لشروطها و لها طلب تزويدها بكل المعلومات التي تسمح لها بمهمة التحقق ، و تتم عملية الإشراف بصورة واضحة في عقود الأشغال العامة حيث تكلف المصلحة المتعاقدة احد المهندسين أو الخبراء أو احد مكاتب الدراسات بمهمة متابعة احد مشاريع الأشغال قيد التنفيذ ، ليقوم بإيفاد تقارير للإدارة يطلعها على مدى تقدم المشروع و مدى مطابقته للبنود الواردة في الصفقة و دفاتر الشروط ، و هذا ما أشارت إليه المادة 3/36 من المرسوم الرئاسي 247/15 بنصها على انه : " كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن حسن تنفيذ الجزء من الصفقة الذي يعنيها ."[3]

1_ محمود خلف الجبوري ، **العقود الإدارية** ، ط1 ، دار الثقافة و التوزيع ، عمان ، 2010 ، ص . 126 .

2_ محمد الصغير بعلي ، **القرارات و العقود الإدارية** ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الجزائر ، 2017 ، ص . 267 .

3_ انظر المادة 36 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، مرجع سابق .

كما يمكن لهذا المكلف أن يقدم للإدارة الآراء و الملاحظات التي يراها ضرورية حتى تقوم الإدارة بمهمتها بإصدار تعليمات تنفيذية تتعلق بالأشغال .[1]

و تكون هذه الرقابة فنية و إدارية للتثبت من تنفيذ المتعاقد طبقا للشروط الفنية و الإدارية و قد تكون الرقابة مالية للتحقق من أن المتعاقد يقوم بالتزاماته المالية اتجاه الإدارة ، و لضبط ما يقوم بينهما من روابط مالية .

و كما نجد المصلحة المتعاقدة تباشر هذه السلطة عن طريق أعمال مادية كزيارة ورشات العمل او التحقق من سلامة المواد المستعملة و جودتها بواسطة الفحص و الاختبار أو استلام بعض الوثائق للاطلاع عليها و فحصها ، أو مراقبة نوعية المستخدمين من حيث الخبرة و التخصص ، فإن انجاز بعض الأشغال التي تتطلب وجود أشخاص لهم دراية و خبرة معينة تتطلبها طبيعة الأعمال موضوع الصفقة ، كما تباشرها أيضا عن طريق أعمال قانونية كأن تصدر الإدارة أوامر أو تعليمات أو إنذارات للمتعاقد معها .[2]

و يفهم من ذالك أن المصلحة المتعاقدة عندما تمارس الرقابة بهذا المعنى ، تهدف للتأكد من أن كل شيء يسير وفقا لمقتضيات الصالح العام ، و هذا الحق تتمتع به الإدارة حتى ولو لم ينص عليه العقد ، كما أنها لا تستطيع التنازل عنه مقدما فهو مقررا كمبدأ عام .[3]

ثانيا : سلطة التوجيه في الصفقة العمومية

تمثل هذه الصورة المعنى الواسع لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية ، أي حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد و توجيه الأعمال و اختيار انسب الطرق و الأوضاع التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق ويتم التوجيه بواسطة أعمال قانونية كإصدار تعليمات بإتباع طريقة معينة في التنفيذ أو استبعاد طريقة ما أو إصدار أوامر تنفيذية لتوجيه توقيت أعمال التنفيذ ، و يبرز ذالك على نحو أخص في تنفيذ عقود الأشغال العامة [4]، و طبقا لهذا المعنى تتجاوز سلطة الرقابة مدلولها الضيق ، فلا تقتصر على مجرد التأكد من قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة طبقا للشروط المتفق عليها ، و إنما تتعدى ذالك بما يسمح للمصلحة لمتعاقدة أن تتدخل في التنفيذ ، و لها أن توجهه كما تشاء وفق المصلحة العامة ، و لها إلى جانب

1_ محمود خلف الجبوري ، مرجع سابق ، ص .111 .
2_ محمود عاطف البنا ، مرجع سابق ، ص .214 .

3_ عادل بوعمران ، **النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية (دراسة تشريعية – فقهية – قضائية)** ، دار الهدى ، الجزائر ، 2010 ، ص . 108.
4_ طارق سلطان ، مرجع سابق ، ص .79 .

ذالك أن تطالب بتغيير طريقة التنفيذ و اختيار أفضل الطرق التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق محل التعاقد أو المطالبة بان يستعين المتعاقد بعمال آخرين ، و ما إلى ذالك . [1]

و تتم سلطة التوجيه عن طريق التقارير التي يرسلها كل من المتعاقد و مكتب الدارسات إلى المصلحة المتعاقدة ، أو عن طريق الخرجات الميدانية التي تقوم بها فرق إدارية متخصصة من اجل معاينة التنفيذ سواء بالعين المجردة أو بأخذ عينات و إرسالها للمخبر إن تطلب الأمر ذالك ، و توجه للمتعاقد المخل إعذارات على شكل أوامر مصلحيه مكتوبة و مؤرخة و مسجلة مع توقيع المتعاقد عند تسليمها في سجل خاص [2] ، لتدارك النقائص و الأخطاء .

و يشمل هذا النوع من الرقابة الأعمال القانونية فقط و هي ما تسمى أيضا بالأوامر المصلحية ، و هو ما نصت عليه المادة 12من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال في الآجال المحدد فيها و التي يقدمها مهندس الدائرة و المهندس المعماري و تعتبر ذات قوة تنفيذية يجب على المقاول تنفيذها.[3]

تصدر الأوامر المصلحية كقاعدة عامة في شكل كتابي باعتبارها قرارات إدارية تعبر فيها الإدارة عن إرادتها فيما يتصل بكيفية تنفيذ العقد طبقا لدواعي المصلحة العامة و احتياجات المرفق العام ، وعلى ذالك يتعين على المقاول الالتزام بما يصدر إليه من أوامر وإلا انعقدت مسؤوليته أمام المصلحة المتعاقدة في حالة إهماله أو رفضه لتنفيذها .[4]

إن حق التوجيه ليس مقرر كمبدأ عام في جميع الصفقات العمومية و إنما يختلف حسب طبيعة الصفقة فهو مبدأ عام في صفقات الأشغال العامة و لو لم ينص عليه في الصفقة على عكس الحال بالنسبة لصفقات اللوازم و التوريد حيث لا يتقرر للمصلحة المتعاقدة هذا الحق ما لم تنص عليه الصفقة .[5]

1_ مفتاح خليفة عبد الحميد ، **إنهاء العقد الإداري** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 60 .
2_ عبد العالي سمير ، **الصفقات العمومية و التنمية** ، دار الأفاق المغربية ، الرباط ، 2010 ، ص 52 .
3_ ماجد راغب الحلو ، **العقود الإدارية** ، الجامعة اللبنانية ، بيروت ، لبنان ، 2000 ، ص 149 .
4_ LAJOYE Christophe , **Droit des marchés publics** , Berti éditions , Alger , 2007 , P. 172 .
5_ محمود خلف الجبوري ،مرجع سابق ، ص . 126 .

المطلب الثاني

حدود و مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

تتمتع المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها بحق رقابة تنفيذه لالتزاماته التعاقدية ، حتى لو لم يتم النص على ذالك في دفتر الشروط أو في بنود الصفقة ، كما لا تحتاج لإذن قضائي لمباشرتها لكونها تتعلق بالنظام العام و منطلقها هو المصلحة العامة [1]،لكن مع ذالك تخضع في تكريسها لضوابط فرضها المشرع عليها كضمانات للمتعاقد معها (الفرع الأول) ، و كما نجدها تختلف من حيث مدى تطبيقها بين صفقة و أخرى (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

ضوابط ممارسة سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

تمارس المصلحة المتعاقدة سلطتها في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية في إطار محدد بضوابط و شروط معينة تحد من سلطتها ، و ذالك بهدف ضمان عدم انحراف سلطة الرقابة عن تحقيق المصلحة العامة ، و عدم خروج قراراتها المتخذة عن إطار مبدأ المشروعية ، و تتمثل هذه الضوابط في :

أولا : ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة :

إن أساس وجود المرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة ، لذالك يجب أن تكون هذه الأخيرة هي الباعث و الهدف الذي يسعى المرفق العام لبلوغه ، و ذالك من خلال سعيها هي الأخرى إلى تحقيق ذالك من خلال تحقيق مصلحة المرفق من أداءه للعمل المنوط بالمقاول في صفقة الأشغال العمومية على نحو ما ينبغي ، أو مطابقة الأصناف الموردة للعينات المعتمدة في الصفقات التوريد .[2]

و هو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بان مناط سلطة الرقابة هو اعتبارات المصلحة العامة من خلال حكمها الصادر في 1963/05/25 و الذي جاء فيه : " بينما مصالح الطرفين ... مما يجعل

1_ مايا بن قلفاط ، **وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية في القانون الجزائري** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2002-2003 ، ص . 115 .
2_ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما** ، دار المعارف ، الإسكندرية ، 2009 ، ص . 34 .

للإدارة في هذا الأخير سلطته مراقبة تنفيذ شروطه المتعلقة بسير المرفق و تنظيمه الخدمة التي يؤديها و ذالك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة ."[1]

يجب أن تكون ممارستها لهذه السلطة بدافع تحقيق مصلحة المرفق الذي لأجله أبرمت الصفقة لا غير، ما يجعلها ملزمة بالابتعاد عن أي تعسف في ممارستها لسلطتها هذه لان إفراطها في ذالك سيؤدي لجنوح المتعاقد معها عن التنفيذ مما يفتح باب النزعات بين الطرفين التي ستعرقل سير التنفيذ ، و هذا بطبيعة الحال لا يحقق المصلحة المرجوة من إبرام الصفقة ، و لا يمكن المصلحة المتعاقدة من تحقيق المصلحة العامة.[2]

ثانيا : وجوب صدور القرارات الخاصة في حدود المشروعية

يجب على الإدارة عند ممارستها واستعمالها لسلطة الرقابة التقيد بما جاء في القوانين و اللوائح المنظمة لهذه السلطة ، و التي تستمدها من فكرة المرفق العام الذي هو موضوع العقد ، و منه كانت النصوص و الشروط المتعلقة بالرقابة من طبيعة تنظيمية لا تعاقدية ، و لا يمكن النص على غيرها أو التنازل عنها ، لان الإدارة لا تستطيع التخلي عن مسؤولية سير المرفق العام ، و عليه لابد أن تلتزم الإدارة باحترام تطبيق المبدأ العام للمشروعية بمراعاة النصوص القانونية و ذالك لان القرارات الصادرة بمناسبة ممارسة سلطة الرقابة هي قرارات إدارية بغض النظر عن الأساس الذي ترتكز عليه هذه السلطة ، لذالك يجب أن تخضع هذه القرارات لما تخضع له القرارات الإدارية عموما و ضرورة صدورها في حدود قواعد المشروعية.[3]

يجب كذالك مراعاة صدور القرارات المتصلة بالرقابة من جانب الجهة التي يحق لها قانونا ممارسة هذه السلطة ووفقا للإجراءات و الأشكال المنصوص عليها التي يتطلبها القانون ، و في كل الأحوال يتعين أن يكون الهدف منها هو تحقيق المصلحة العامة ، و إلا كان تصرف المصلحة المتعاقدة مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة [4]، لذالك يجب أن تخضع هذه الأخيرة فيما يخص متطلبات المشروعية كضرورة صدور القرار عن الجهة المختصة و كذا مراعاة الشكليات و الإجراءات التي تفرضها النصوص القانونية المنظمة للقرار .

1_ أنضر في تفاصيل ذالك : حمدي ياسين عكاشة ، العقود الإدارية في التطبيق العملي ، دار أبو المجد ، الإسكندرية ، 2001 ، ص . 207 .

2_ حليمي منال ، **تنظيم الصفقات العمومية و ضمانات حفظ المال العام في الجزائر** ، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2017 ، ص . 79 .

3_ سبكي ربيحة ، المرجع السابق ، ص . 27 .

4_ رياض عيسى ، **نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري** ، د م ج ، الجزائر ، 1985 ، ص .13.

ثالثا : ألا تؤدي سلطة الرقابة إلى تغيير مضمون و طبيعة الصفقة :

يتعين أن لا يترتب على استعمال الإدارة لهذا الحق ، تعديل في الشروط التعاقدية الواردة في دفتر الشروط الخاص بالصفقة العمومية .[1]

لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تستغل سلطتها في الرقابة على عمليات التنفيذ لإدخال تعديلات تغير من جوهر الصفقة و بنودها الأساسية أو تتجاوز بها الحدود الطبيعية المعقولة و المدة المطلوبة للتنفيذ ، حيث يقع عليها الفصل بين سلطتها في الرقابة و سلطتها في التعديل [(2)]، لان نطاق ممارستها للرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية ينفصل عن تعديلها لمضامين هذه الأخيرة ، و إن حدث و تجاوزت هذا النطاق فإنها بذالك تكون قد باشرت سلطة تعديل شروط الصفقة لا سلطة الرقابة على التنفيذ .

فسلطة الرقابة يتعين أن يكون استعمالها في حدود توقعات العقد ، و بما لا يتضمن تغييرا في مضمونه ، فلا يجوز للإدارة عند ممارستها و استعمالها لهذه السلطة الخروج عن موضوع العقد أو تعديله ، فنجد مثلا أن في عقود الالتزام لا يجوز للإدارة التدخل في أسلوب الإدارة الداخلية للمرافق المنصب عليه موضوع العقد.[(3)]

فان الملتزم هو الذي يتولى إدارة المرفق محل التعاقد ، فإذا تدخلت الإدارة في نظام إدارة المرفق لتدير المرفق عن طريق الاستغلال المباشر ، فان ذالك يعد تعديلا لموضوع العقد يخرج عن نطاق سلطة الرقابة و التوجيه .[(4)]

يؤدي خروج الإدارة عن حدودها ممارسة سلطة الرقابة إلى توقيع مسؤوليتها العقدية فتلتزم بالتعويض كما يمكن أن يحكم القاضي الإداري بفسخ الصفقة .

1_ بن احمد حورية ، مرجع سابق ، ص . 187 .

2_ نجاة طباع ، **الحماية القانونية للمال العام من جانب اختيار المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية بين الامتيازات و** العراقيل ، **أعمال الملتقى الوطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام** ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة يحي فارس ، المدية الجزائر ، يومي 10-21 ماي 2013 ، ص .10 .

3_ طعيمة الجرف ، **القانون الإداري** ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، 1970 ، ص .444 .

4_ هيثم حليم غازي ، **سلطات الإدارة في العقود لإدارية دراسة تطبيقية** ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2014 ، ص . 14 .

الفرع الثاني

تطبيقات سلطة الرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية

إن سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية مقررة لها في سائر الصفقات العمومية و ثابتة بالنسبة لها ، إلا أن ممارستها تختلف من حيث المدى بين صفقة و أخرى ، فسلطة الإشراف و التوجيه تبرز أكثر و يتسع مجالها و مداها في صفقات الأشغال العامة بالمقارنة مع اللوازم و التوريد ، أين يكون حق المصلحة المتعاقدة في الرقابة اضعف ، مما يبرر تنوع مظاهر الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية بحسب نوع و طبيعة كل صفقة .

أولا : تطبيقات سلطة الرقابة على تنفيذ صفقات الأشغال العامة

نص المشرع في المادة 29 من المرسوم الرئاسي على هذا النوع من الصفقات و الملاحظ انه لم يقدم تعريفا محددا لصفقة الأشغال و اكتفى بتعريف الهدف منها بنصه : " تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشاة أو جزء منها ، بما في ذالك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها .[1]

تعتبر صفقات الأشغال العامة من ابرز أنواع الصفقات التي يبدو فيها أكثر من غيرها ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة بمختلف معانيها من الإشراف و التوجيه ، ولعل ذالك يرجع إلى الخصائص الذاتية التي تميز صفقة الأشغال العامة ، و يأتي في مقدمتها أن المصلحة المتعاقدة هنا تعتبر هي الصاحب الحقيقي للمشروع ، الأمر الذي يؤدي إلى اتساع سلطتها في مواجهة المتعامل المتعاقد معها منذ بداية تنفيذ الصفقة حتى تسليم الأعمال المتعاقد عليها [2]، و بالتالي نجد انه بإمكانها أثناء ممارستها لهذه السلطة أن تأمر بالبدء في تنفيذ المشروع موضوع الصفقة ، و لها أن تحدد خطوات سير العمل و مواعيد تسليم الأشغال ، كما لها أن تأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتا ، و بإمكان المصلحة المتعاقدة أن تأمر باستبدال عمال المقاول إن اقتضت الضرورة ذالك .[3]

1_ عطه صوفيان و عروج يونس ، **النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 247/15** ،مذكرة لنيل شهادة ماستير في الحقوق ، تخصص قانون الجماعات الإقليمية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2015 ، ص .12.

2_ سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص .478 .

3_ سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص .31 .

1_ الأمر ببدء في تنفيذ المشروع

تحدد المصلحة المتعاقدة للمقاول بوصفها صاحب المشروع بداية تنفيذ الأشغال و تبدأ مدة تنفيذ الأشغال في السريان من التاريخ المحدد في الصفقة صراحة ، أما إذا لم ينص على ذالك فان الموعد يحسب من تاريخ إعلان المقاول البدء في تنفيذ الأشغال أو ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة للمقاول .[1]

و طبقا لما جاء في نص المادة 12/1 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تقتضي بأنه :

" يجب على المقاول مباشرة الإشغال في الآجال المحددة في أوامر مصلحيه الصادرة عن مهندس الدائرة أو مهندس معماري ."[2]

يفهم من نص المادة انه على المقاول الامتثال للأمر التنفيذي و احترامه و التقيد بما جاء فيه و كل رفض أو تباطؤ يعد خطأ متعمدا يعطي للمصلحة المتعاقدة الحق في توقيع الجزاءات .

كما يمكن أن تمهل للمقاول مدة معينة تختلف بحسب أهمية الأشغال حتى يتمكن من تجميع أدوات العمل ، و توظيف العمال اللازمين ثم يبدأ بعد ذالك في تنفيذ الأشغال المطلوبة ، ويبدأ سريان موعد تنفيذ الأشغال كذالك في مواجهة المقاول على اثر عمل مادي من جانب الإدارة المتعاقدة ، كقيامها بتسليم المقاول النماذج أو التصميمات أو تسليم موقع العمل ، كما يبدأ سريان مدة البدء في تنفيذ الأشغال أيضا من تاريخ تسليم الإدارة .[3]

2_ تحديد خطوات سير العمل و مواعيد تسليم الأشغال

في غالب الأحيان تنص صفقات الأشغال العامة أو دفاتر الشروط على تحديد خطوات تنفيذ الأشغال و سيرها بوضع جدول أعمال بالفترات التي تتم فيها الأعمال و كذالك مواعيد التسليم.

فاحترام خطوات سير العمل و مدة التنفيذ يعد أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول ، إذ تنص صفقات الأشغال العامة في غالب الحالات على خطوات تنفيذ الأشغال و سيرها بوضع جدول أعمال بالفترات التي تتم فيها تلك الأعمال و كذا مواعيد التسليم ، أما إذا جاء العقد خاليا من تحديد خطوات تنفيذ الأشغال و مواعيد التسليم ، فان مندوبي المصلحة المتعاقدة الفنيين يحددون تلك الخطوات و المواعيد أما في

1_ صياد رحيمة ، سعيدي كاتية ، مرجع سابق ، ص .63 .
2_ انظر المادة 12/1 من القرار المؤرخ في 16 نوفمبر 1964 ، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل ، مرجع سابق .
3_سبكي ربيحة ، المرجع السابق ، ص . 31 .

حالة تأخر المقاول في تسليم الأعمال موضوع الصفقة يعطي للمصلحة المتعاقدة الحق في توقيع غرامة عن المدة التي يتأخر فيها إنهاء الأعمال .[1]

3_الأمر بهدم الأشغال آو وقف العمل بها مؤقتا

يحق لمهندسي المصلحة المتعاقدة المكلفون بالإشراف و التوجيه على تنفيذ صفقة الأشغال العامة أن يرفضوا المواد أو الأعمال التي يرون أنها من النوع الردئ أو غير مطابق للمواصفات المتفق عليها .

تنص المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة على انه : " إذا حصل لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري شك بوجود فساد في الأشغال البناء فيجوز له إصدار أمر المصلحة بالخراب سواء كان ذالك أثناء التنفيذ أو قبل لاستلام النهائي أو بالهدم و إعادة بناء الأشغال أو أقسام الأشغال المضمون فسادها ."[2]

و بالتالي نجد انه من خلال نص هذه المادة بأنه يجوز لمهندسي المصلحة المتعاقدة سواء مهندس الدائرة أو مهندس معماري في هذا الصدد الأمر بهدم أو إزالة ما تم تنفيذه من أشغال ، على خلاف المتفق عليه في الصفقة المبرمة ، و إعادة القيام بها من جديد على حساب المقاول المقصر .

كما نجد أيضا انه يجوز الأمر بوقف أو تأجيل تنفيذ الأشغال بصفة مؤقتة لدواعي المصلحة العامة على أن يكون الوقف لمدة معقولة و إلا كان من حق المقاول المطالبة بفسخ الصفقة و التعويض إذا كان لذالك مقتضى ، كما نجد انه ينبغي ألا يكون الأمر بوقف تنفيذ الأشغال بصفة مطلقة ،و إلا فسخت المقاولة فورا.[3]

و ذالك ما أكدته أيضا المادة 1/34 من دفتر الشروط الإدارية العامة على انه : " عندما تأمر الإدارة بتوقيف الأشغال بصفة مطلقة تفسخ المقاولة فورا . "[4]

1_نصر الدين محمد بشير ، **غرامة التأخير في العقد الإداري و أثارها في تسيير المرفق العام** ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 ، ص .428 .

2_ انظر المادة 26 من القرار المؤرخ في 16 نوفمبر1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل ، مرجع سابق .

3_ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات الإدارية و العقود الإدارية)** ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، 2007 ، ص . 110 .

4_ المادة 34 من القرار المؤرخ في 16 نوفمبر1964 ،، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل ، مرجع سابق .

4_ الأمر باستبدال عمال المقاول

للمصلحة المتعاقدة أن تطلب تغيير عمال المقاول إما لعدم الكفاءة الفنية أو لنقص في النزاهة أو بسبب تمردهم و رفضهم تنفيذ تعليمات مندوبيها أو إذا شرعوا في الغش أو مخالفة شروط الصفقة [1]، بحيث نجد أن سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة تمتد لتشمل العمال الذين يستعين بهم المقاول في تنفيذ الأشغال و ذالك ما جاءت به نص المادة 13 من دفتر الشروط الإدارية العامة على انه : " لا يجوز للمقاول اتخاذ معاونين أو رؤساء ورش أو معامل إلا من الأشخاص الأكفاء لمعونته و الحلول محله في تسيير الشغل و قياسه .

يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان و العمال لعصيانهم او عدم أهليتهم أو عدم أمانتهم .

يبقى المقاول مسؤولا عن أعمال الغش أو فساد العمل التي يرتكبها المعاونون و العمال من جراء عملهم و استخدامهم المواد .

كما يلتزم المقاول أيضا بمراعاة الأصول الفنية لموضوع التعاقد ، و عليه في هذا الصدد أن يقوم بعمل الاختبارات اللازمة للكشف و التأكد من صلاحية موقع العمل و سلامة التصميمات المكلف بتنفيذها و إخطار الإدارة بملاحظاته في وقت مناسب و إلا فانه يعتبر مسؤولا عن الأخطاء الواردة في تلك التصميمات كما لو كانت مقدمة منه .[2]

ثانيا : مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة اللوازم

تنص المادة 29 من م ر 247/15 : " تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو ايجا راو بيع بالإيجار ، بخيار أو بدون خيار الشراء ن من طرف المصلحة المتعاقدة ، لعتاد أو مواد ، مهما كان شكلها ، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد .

تعتبر صفقة اللوازم العقد الذي تبرمه المصلحة المتعاقدة للحصول على التجهيزات اللازمة لتسييرها و تسمى كذالك صفقة التوريدات التي تنصب للحصول على المواد المنقولة التي يمكن نقلها دون أن يصيبها إتلاف ، و يمكن تحديد عناصر صفقة اقتناء اللوازم في العناصر التالية :

1_ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته** ... مرجع سابق ، ص . 74 .
2_ محمود أبو السعود ، **سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري** ، **مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية** ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس، العدد الأول ، 1997 ، ص . 200 .

1_التوريد : إذ يلتزم بتوريد المواد المتفق عليها طبقا للمواصفات و الشروط المنصوص عليها في الصفقة العمومية و دفتر الشروط الإدارية .

2_ عقد اقتناء اللوازم على المنقولات : إذ لا يمكن تصور أن يرد هذا العقد بأي حال من الأحوال على عقارات .

3_ أن تبرم صفقة اقتناء اللوازم بهدف تحقيق المصلحة العامة لأهدافها و لحساب الشخص العام .

يجد عقد اقتناء اللوازم أساسه القانوني في المادة الثانية و المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15.[1]

تتخذ سلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه و الإشراف مظهر اقل شدة من عقود الأشغال العامة ، فالأمر يتعلق بمواد و منقولات يلتزم المتعاقد بان يضعها تحت تصرف الإدارة ، و من ثمة يكون من حق مندوب الإدارة رفض استلام المواد أو المعدات التي لا تنطبق عليها المواصفات المتفق عليها .[2]

في فرنسا يجري التمييز بين نوعين من صفقات التوريد : منها العادية و صفقات التوريد الصناعية ، على عكس ما يجري به العمل في القانون الجزائري حيث أن التمييز بين عقود التوريد العادية و عقود التوريد الصناعية غير موجود .[3]

تختلف الرقابة التي تمارسها المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد فيما يخص صفقة اللوازم ، حيث نجدها في عقود التوريد و الخدمات تعتمد فقط على مدلولها الضيق ، على خلاف ذالك في عقود التوريد الصناعية ، و التي نجدها لا تكتفي بذالك بل تتسع لتشمل مدلولها الواسع .

1_ مظاهر سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقود التوريد و الخدمات

للإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ عقود التوريد و الخدمات ، حيث تقل السلطات المقررة للإدارة في الرقابة على تنفيذ عقود التوريد العادية ، بصورة واضحة عن السلطات المقررة لها في عقود الأشغال العامة و امتيازات المرافق العامة ، ذالك لان عقود التوريد اقل اتصالا بنشاط المرفق العام إذ تقتصر على تزويده ببعض المواد للمعاينة في التسيير ، لذا فإن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقود التوريد العادية

1_ عطه صوفيان و عروج يونس ، مرجع سابق ، ص . 14 .

2_ محمد فؤاد عبد الباسط ، **العقد الإداري المقومات و الإجراءات و الآثار** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006 ، ص. 254 .

3_ KOBTAN Mohamed **, Le régime juridique des contrats de secteur public** , OPU , Alger, 1984 , P. 64 .

تقتصر كقاعدة عامة على الرقابة بمعناها الضيق ، أي مجرد الإشراف على التنفيذ للتأكد من توريد الأصناف طبقا لشروط العقد و مواصفاتهم.[1]

2_ مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ عقود التوريد الصناعية

تتسع سلطة الإدارة في الرقابة على عقود التوريد الصناعية ، و ذالك باعتبار أنها من العقود التي يلتزم بمقتضاها المتعاقد مع الإدارة بتوريد مواد أو منتجات صناعية بعد إنتاجها وفق مواصفات متفق عليها مقدما.

فالمتعاقد هنا لا يقوم بتوريد منتجات أيا كان مصدرها ، و إنما يقوم بتصنيعها وفق مواصفات طلبتها الجهة الإدارية المتعاقدة ، و يحدث ذالك عندما تحتاج بعض الجهات الإدارية إلى أجهزة متطورة و معقدة كالطائرات الحربية و الصواريخ و الغواصات ، و أجهزة الأقمار الصناعية و الفضائيات ...و غيرها .[2]

لذا يكون التصنيع عادة تحت إشراف و توجيه جهة الإدارة أي الرقابة بالمعنى الواسع الذي يمتد إلى أوضاع تنفيذ العقد و تغيير تلك الأوضاع فتملك الإدارة أن ترفض وأن تمنع استعمال طريقة معينة من طرق التنفيذ، و يقترب نظام الرقابة هنا منه في عقود الأشغال العامة ، حيث تحتوي عقود التوريد الصناعية على مزيج من مقاولة الأعمال و التوريد .[3]

1_ محمود عاطف البنا ، مرجع سابق ، ص .219 .
2_ سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص . 489 .
3_محمود عاطف البنا ، مرجع سابق ، ص . 220 .

المبحث الثاني

سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية

تعتبر هذه السلطة من أهم الامتيازات التي تميز العقد الإداري عن العقد المدني ، لان أطراف هذا الأخير لا يمكن لأي منهما تعديل الشروط التعاقدية بالإرادة المنفردة ، بحيث تملك المصلحة المتعاقدة تعديل الصفقة بالزيادة و النقصان ، لان هذا الحق هو ثابت للإدارة ، حتى و لو لم ينص عليه القانون صراحة ، لان عقود القانون الخاص تقوم على مبدأ المساواة و سلطان الإرادة ، في حين العقد الإداري يقوم على تغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد ، إضافة لذالك حق التعديل اشد و اخطر من الرقابة و الإشراف و التوجيه،لان الإدارة تتدخل من اجل تعديل التزامات تعاقدية في الصفقة .[1]

كرس المشرع الجزائري سلطة التعديل في القسم الخامس من الفصل الرابع تحت عنوان " الملحق " كما كرس القضاء الإداري الجزائري سلطة الإدارة في التعديل و اعتبرها من الخصائص المميزة لنظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية في قضية (ع ط) ضد (و ق)[2]

إن الاعتراف للمصلحة المتعاقدة بسلطة التعديل على تنفيذ الصفقة العمومية يستلزم البحث عن أحكامها العامة (المطلب الأول) ، و كذا معرفة مختلف آليات و حدود سلطة التعديل على تنفيذ الصفقة العمومية (المطلب الثاني .)

المطلب الأول

الأحكام العامة لسلطة تعديل شروط الصفقة العمومية

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية ، بسلطة تعديل الالتزامات العقدية المنصوص عليها بالزيادة أو النقصان بإرادتها المنفردة دون حاجة لموافقة المتعامل المتعاقد ، و بالتالي نجد أن المشرع الجزائري قد أولاها اهتماما كبيرا نظرا لخطورتها من خلال التشريعات المنضمة للصفقات العمومية ، و رصد لها أحكامها إضافة إلى الأحكام التي تنظمها دفاتر الشروط الإدارية العامة ، و بالتالي نجد انه من

1_ بن احمد حورية ، **الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية** ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية ، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقا يد ، الجزائر ، 2017 ، ص . 187 .

2_ المحكمة العليا ، الغرفة الإدارية ، قرار رقم 65143 ، المؤرخ في 1989/12/16 ، (في قضية ع.ط ضد و.ق) ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، سنة 1989 . حيث تتخلص وقائعها أن السيد ع.م ابرم صفقة عمومية بتاريخ 1980/02/26 ولاية قالمة لانجاز 198 مسكن بالقرية الاشتراكية الفلاحية بعين التراب دائرة وادي الزناتي و بمجرد توجه أمر بالخدمة رقم 01 خلال 1980 من خلال تغيير الموقع و عدم إثارة ذالك أمام الغرفة الإدارية لمحكمة العليا في إطار تغير موقع التنفيذ .

خلال هذه النصوص أن سلطة تعديل شروط الصفقة أثناء تنفيذ الصفقة لها أسسها القانونية (الفرع الأول) و كذا نجد أن التعدد الذي تقتضيه كل صفقة باختلاف أنواعها يستلزم التطرق إلى مختلف المظاهر و التطبيقات على تنفيذ الصفقة (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

الأساس القانوني لسلطة تعديل شروط الصفقة العمومية

اختلفت الآراء الفقهية حول تحديد الأساس الحقيقي لفكرة سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ، فمنهم مؤيد لفكرة أن الأساس القانوني لهذه السلطة يعود لفكرة السلطة العامة ، فيما يرى البعض الأخر عكس ذالك و اقر فكرة المرافق العامة و احتياجاتها كأساس لهذه السلطة وبالتالي سيتم النظر إلى أهم هذه الأسس ضمن ما يلي:

أولا : السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل

مفاد هذه الفكرة هو أن حق السلطة الإدارية في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، و من ثم فان تعديل الإدارة لشروط العقد لا يكون بصفتها متعاقدة بل بصفتها صاحبة سلطة عامة ، كون أن الإدارة باعتبارها صاحبة سلطة عامة فهي ملزمة بمراعاة ضروريات المصلحة العامة ، و يترتب على اعتبار سلطة الإدارة في تعديل عقودها قائم على أساس السلطة العامة لاستخدامها كامتياز تعاقدي و إنما تستعملها كحق مقرر لها باعتبارها سلطة عامة [1]

حيث يرى كل من مصطفى كمال و احمد عثمان عياد أن الإدارة بتعديلها لشروط العقد الإداري لا يكون بصفتها متعاقدة بل باعتبارها سلطة عامة بحيث تتأثر الإدارة باستعمال أهم امتيازات السلطة العامة ، و هو التنفيذ المباشر ، فالإدارة باعتبارها صاحبة سلطة عامة مكلفة بان تراعي دائما الضروريات الملحة للمصلحة العامة ، حتى و لو قامت و هي تباشر تحقيق المصلحة العامة ، بتفويض احد الأطراف بأسلوب التعاقد الإداري للمساهمة في تحقيق الهدف فإنها تبقى دائما صاحبة السلطة العامة و الحق الأصيل في ذالك ، و بهذا فإنها تتدخل باعتبارها سلطة عامة لتفرض ما تراه مناسبا تحقيقا لذالك .[2]

1_صياد رحيمة ، سعيدي كاتية ، مرجع سابق ، ص .66 .

2_ حمد محمد حمد الشلماني ، **امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 ، ص .161 .

يترتب على اعتبار السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل أن تتصرف الإدارة و هي بصدد تعديل عقودها الإدارية ، بحيث يعتبر ذالك عملا من أعمال السلطة العامة و هكذا فان الإدارة في هذه الحالة ، لا تستخدم امتيازا تعاقديا و إنما تستعمل حقا مقررا لها باعتبارها سلطة عامة[1]

على رغم ما قدمه هذا الاتجاه من أدلة ، إلا انه لم يسلم به غالبية الفقهاء خصوصا في العصر الحديث ، لأنه لا يمكن تأسيس حق التعديل الانفرادي إلا على مستلزمات المرافق العامة ، و ما يحدث لها من تغيير ضمن هذه المرافق ، أي أن الإدارة يجب أن لا تتقيد بعقود ضاربة غير نافعة أو بشروط عقدية لا تلاءم مع حاجات المرفق العام و تحقيق متطلبات الصالح العام و ما يعنيه المرفق من تطور و تغيير.

كما أن أعمال السلطة العامة تعد أساس لحق الإدارة في تعديل بنود العقد بإرادة منفردة لكن في هذه الحالة لا يمكن للإدارة استخدام الامتيازات التعاقدية فقط و إنما تستعمل حق مقرر لها على أساس اعتبارات السلطة العامة ، نجد أن الإدارة في بادئ الأمر تسعى إلى تحقيق الغاية الأساسية المتمثلة في المصلحة العامة و تسيير المرافق العامة ، فالسلطة العامة ليست هي الغاية أو الأساس الذي ترتكز عليه الإدارة لتبرير حقها في التعديل ، و إنما هي وسيلة لتحقيق النفع العام .[2]

ثانيا : المرفق العام كأساس لسلطة التعديل

يتمثل أساس التعديل في فكرة المرفق العام من خلال مقتضيات سير المرافق العامة و من حيث ضرورة سيره بانتظام و اطراد و كذا من حيث قابليته للتطور و التغيير و التأقلم مع المعطيات الجديدة ، التي لم تكن معروفة وقت إبرام العقد لظروف مستجدة تطلبت ذالك و بإرادتها المنفردة و كذا شروط التنفيذ وفق ما تطلبه المصلحة العامة .[3]

يرى أصحاب هذا الاتجاه و على رأسهم لوبادير و سليمان محمد الطماوي ، بأن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري إنما تقوم على احتياجات المرافق ، فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة ، و لكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي ترجع إليها معظم قواعد القانون الإداري [4]، لان التعاقد فيها يتم على أساس نية الطرفين التي تكون قد انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق و تحقيق المصلحة العامة ، مما يترتب عليه أن جهة الإدارة و هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق و تحديد قواعد تسييره قد خولها حق التعديل بما يلاءم هذه الضرورة ويوافق تلك المصلحة .

1_ علاء الدين عشي ، **مدخل القانون الإداري التنظيم الإداري** ، دار الهدى ، الجزائر ، 2012 ، ص .304 .
2_ بوستة ليندة ، **سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية** ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، فرع قانون إداري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2015 ، ص .37 .
3_ المرجع نفسه ، ص . 38 .
4_ سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص .464 .

يتبنى غالبية الفقه الفرنسي و الجزائري هذه الفكرة حيث يؤسس سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري على مقتضيات المرفق العام القابلة دائما للتغيير ، و على الإدارة أن تسارع إلى الملائمة بين مقتضيات الحاجات المتجددة التي يشبعها المرفق بواسطة العقد الإداري .[1]

ثالثا : موقف المشرع الجزائري من الأساس القانوني لسلطة تعديل الصفقة العمومية

باستقراء المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و تحديدا في القسم الخامس منه بعنوان الملحق من المواد 135 إلى 139 نجد اعتراف المشرع للمصلحة المتعاقدة بممارسة ضمانة التعديل عن طريق إبرام ملاحق ، إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة .[2]

و قد اعتمد المشرع الجزائري المرفق العام كأساس لهذه السلطة في الفقرة 7 من المادة 136 ، هذا من جهة و من جهة أخرى و بالرجوع إلى دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبق على الصفقات الإشغال العامة ، يلاحظ أنها تضمن العديد من النصوص التي تعطي المصلحة المتعاقدة الحق في التعديل الانفرادي علما انه جاء في المرسوم أعلاه ، أن للمصلحة المتعاقدة الحق في وضع الشروط التي تنفذ وفقها الصفقات و منها ما يتعلق بسلطتها في تعديل صفقاتها ضمن دفاتر الشروط باختلافها التي اعتبرها المشرع جزءا لا يتجزأ من الصفقة عينها .

و هذا ما أكدته المادة 26 من نفس المرسوم في القسم الثالث تحت عنوان دفاتر الشروط و التي تنص على ما يلي :

" توضع دفاتر الشروط المحينة دوريا ، الشروط التي تبرم و تنفذ وفقها الصفقات و هي تشمل على الخصوص ما يأتي :

1_ دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال و اللوازم و الدراسات و الخدمات الموفق عليها بموجب مرسوم تنفيذي

2_ دفاتر التعليمات المشتركة ، التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال و اللوازم و الدراسات و الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني

3_ دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة . "

1_ بوستة ليندة ، المرجع السابق ، ص . 38 .
2_صياد رحيمة ، سعيدي كاتية ، مرجع سابق ، ص . 68 .

باستقراء نصوص قانون الصفقات العمومية يتضح لنا أن المشرع الجزائري بمقتضى هذه الأحكام لم يقف عند حد التعبير عن رغبته بالاعتراف للمصلحة المتعاقدة بهذه السلطة ، و إنما قام بتنظيم تفاصيلها و إيراد مبادئها و أحكامها ، ولا شك أن سلطة التعديل التي تمارسها الإدارة أكثر خطورة من سلطة الرقابة ، و الأمر الذي يجعل المشرع يورد عليها مجموعة من الشروط أو القيود ليضمن من خلالها حماية المتعاقد من تعسف المصلحة المتعاقدة .[1]

الفرع الثاني

مظاهر و تطبيقات سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية

تمارس المصلحة المتعاقدة سلطتها في تعديل شروط الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة سواء بالزيادة أو بالنقصان كلما اقتضت المصلحة العامة ذالك ، بحيث نجدها تتدخل في ذالك بغض النظر عما إذا كانت الصفقة صفقة أشغال عامة أو صفقة لوازم على أن يكون التعديل وفق الشروط المحددة و ضمن القيود المعينة له ، و بالتالي نجد أن هذه السلطة قد تظهر أثناء ممارستها في أوجه مختلفة و متعددة ، مما يجعلها ليست في درجة واحدة من حيث مدى تطبيقها بل تختلف في ممارستها من صفقة إلى أخرى .

أولا : مظاهر سلطة التعديل أثناء تنفيذ الصفقة العمومية

تظهر سلطة التعديل عند ممارستها من قبل المصلحة المتعاقدة في عدة أوجه ، منها ما يتعلق بتعديل مقدار التزامات المتعامل المتعاقد ، ومنها ما يتعلق بالتعديل في طرق ووسائل التنفيذ المتفق عليها ، كما قد ينصب على مدة تنفيذ الصفقة ، حيث تنص المادة 135 من م ر 247/15 انه : يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجا إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم .

1_ التعديل في مقدار التزامات المتعاقد

تستطيع الإدارة أن تتناول بالتعديل مقدار التزامات المتعاقد بالزيادة أو بالنقصان دون أن يستطيل ذالك إلى تغيير طبيعة هذه الالتزامات .[2]

1_ ازاريب نبيل ، مرجع سابق ، ص . 85 .
2_ هيثم حليم غازي ، مرجع سابق ، ص .47.

نجد أن المشرع الجزائري قد ضبط عملية التعديل في حجم الأداءات بالنسبة لجميع الصفقات العمومية و خاصة عقد الأشغال العامة ، بإمكانية تدخل المصلحة المتعاقدة في إدخال التعديلات اللازمة الضرورية على عقد الأشغال العامة و العقود الأخرى .

من خلال أحكام المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام

و كما نجد انه قد حدد من خلال دفتر الشروط العامة لسنة 1964 مجالا ينبغي عدم تجاوزه من قبل المصلحة المتعاقدة أثناء ممارستها لسلطتها في التعديل .

بحيث تظهر سلطة زيادة الخدمات أو إنقاصها حسب أحكام المرسوم الرئاسي السابق الذكر ، من خلال آلية الملحق المنصوص عليه في نص المادة 136 من ذات المرسوم و التي تنص على انه :

" يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة ."

و بالرجوع إلى أحكام نص المادة 139 من ذات المرسوم نجدها قد تضمنت السقف المالي المحدد الذي يجب مراعاته عند تعديل الصفقة العمومية بحيث تنص على انه : "... و كان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق ، لا يتجاوز، زيادة أو نقصانا ، نسبة عشرة في المائة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة.[1]

بينما تناول دفتر الشروط الإدارية العامة هذا السقف كحد ينبغي على المصلحة المتعاقدة عدم تجاوزه أثناء التعديل في نص المادتين 30 و 31 من نفس الدفتر بحيث تنص المادة 30 على انه:

" في حالة إصدار أمر يتعلق بإجراء إضافة على جملة الأشغال ، لا يملك المتعامل المتعاقد إلا تنفيذها إذا لم يتجاوز 20 % من قيمة الصفقة الإجمالية ، ونسبة 50 % بالنسبة لأشغال الصيانة و التصليح ."

و في المقابل نصت المادة 31 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أن : " المصلحة المتعاقدة تملك تخفيض الأداء بنسبة لا تزيد عن 20 % من الصفقة الجمالية و نسبة 35 % من أعمال الصيانة و التصليح."[2]

1_ انظر المادة 139 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، مرجع سابق .
2_ المادتين 30،31 من دفتر الشروط الإدارية العامة ، مرجع سابق .

وللمصلحة المتعاقدة في عقود التوريد كذالك تعديل مقدار التزامات المتعاقد معها متى اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل ، فمن حق الإدارة أن تلزم المورد بزيادة كمية التوريدات أو إنقاصها .

و هكذا يجد المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة نفسه ملزم بالاستجابة دائما لأوامرها بإجراء التعديلات اللازمة و هذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي ، بأنه يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من الموردين زيادة مقدار التوريدات المتفق عليها أو إنقاصها .[1]

2- التعديل في وسائل و طرق تنفيذ الأداءات

إذا كان للمصلحة المتعاقدة أن تعدل في عقودها الإدارية حجم الأداء المطلوب ، سواء كان التعديل بالزيادة أو بالنقصان ، فان هذا المظهر لسلطة الإدارة يستكمل بمظهر أخر هو أن تعدل في أسلوب ووسائل تنفيذ الاداءات المطلوبة من المتعاقد معها .

إذ تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تطلب إحلال أسلوب أو طريقة فنية خاصة ، مثل استعمال مادة أحسن أو وسيلة أفضل للصناعة أو البناء أو العمل محل تلك التي كانت ثابتة في العقد الأصلي المبرم بينها و بين المتعاقد معها في العقود الإدارية ، فإذا رغبت المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية في استعمال وسائل فنية أكثر تقدما من تلك المنصوص عليها في العقد ، خصوصا بمناسبة صفقات الأشغال العامة ، و حتى تضفي على المنشاة رونقا و جمالية تتماشى مع متطلبات العصر فانه من الواجب على المقاول أن يمتثل لأوامرها .[2]

الهدف من خلال هذه التعديلات هو تدارك الأخطاء التي قد تسبب في بطء انجاز المشروع و إخراجه حيز التنفيذ ، و لكون استخدام آليات ووسائل تقليدية عتيقة أثناء التنفيذ يؤدي للحصول على أشغال فاسدة و قليلة الجودة ، و بالتالي تبذير الأموال العامة و الخسائر الاقتصادية .[3]

و يفترض أن تكون الطرق ووسائل التنفيذ المستبدلة منصوص عليها في شروط الصفقة ، أما إذا لم تكن كذالك فان المصلحة المتعاقدة عندما تمارس هذه السلطة فان ذالك يكون من باب سلطة الرقابة و ليس سلطة التعديل ، لان التعديل ينصب على مسائل أو موضوعات تم الاتفاق عليها في الصفقة ، و تقوم المصلحة المتعاقدة مع ذلك بالتدخل لزيادة أو إنقاص الالتزامات التعاقدية للمتعامل المتعاقد ، أي أنها في

1_ بوستة ليندة ، مرجع سابق ، ص . 48 .
2_ عبد العالي سمير ، **الصفقات العمومية و التنمية** ، دار الأفاق المغربية ، الرباط ، 2010 ، ص . 54 .
3_ عبد الله بن حمد الوهيبي ، **القواعد المنظمة للعقود الإدارية و تطبيقاتها في المملكة العربية السعودية** ، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية ، السعودية ، 2002 ، ص .221 .

هذا الصدد تتدخل في مسالة نظمتها الصفقة ، و ذالك بخلاف سلطتها في الرقابة التي قد تمتد لتشمل توجيه المتعاقد في كيفية التنفيذ عن طريق فرض بعض الأوضاع التي لم تنص عليها صراحة في الصفقة .[1]

3_ التعديل في مدة التنفيذ

فالإدارة قد ترى إنهاء العقد قبل الأجل المحدد له ، كما يحدث كثيرا في عقود التزام المرافق العامة ، حيث تقوم الإدارة من جانبها بإنهاء العقد قبل المدة المقررة لها حسب شروط العقد المبرم بينها و بين الملتزم ، و كذالك قد تطلب وقف الأشغال العامة من المقاول المتعاقد معها .[2]

و مثل ذالك أن تعدل في مدة التنفيذ المشترطة في العقد و ذالك بتقصيرها أو مدها ، كما تستطيع استعمال سلطتها في التعديل الانفرادي كان تقرر إنهاء مدة العقد بفسخه انفراديا إذا اقتضى ذالك الصالح العام .

مفادها أن حاجات المرفق العام التي تبرر التعديل في مدى و كيفية أداء الالتزامات بواسطة أن تعرض تعديلات على تنفيذ الأعمال و التوريدات سواء باستعجالها ، تقصير مدة التنفيذ أو بتأخيرها .

و أيضا إذا اقتضت الحاجة العاجلة للمرفق أن يتم التوريد ا وان تتم الأشغال في مدة اقصر من المدة المتفق عليها في العقد ، فان المصلحة المتعاقدة تستطيع أن تأمر باتخاذ الإجراءات اللازمة للإسراع في التنفيذ.

و قد نصت أحكام المادة 34 من دفتر الشروط الإدارية العامة تحت عنون التوقيف المطلق للأشغال أو تأجيلها مما يعني أن للإدارة سلطة في مد مدة تنفيذ العقد أو إنهائه على انه:

1_ عندما تأمر الإدارة بتوقيف الأشغال بصفة مطلقة تفسخ المقاولة فورا .

2_ عندما تقرر الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد على سنة واحدة سواء كان ذالك قبل بدء التنفيذ أو بعده يحق لمقاول فسخ صفقته إذا طلب ذالك كتابيا دون الإخلال بالتعويض الذي يجوز تأديته له إذا اقتضى الأمر ذالك ..."[3]

فهذا يعني أن سلطة تعديل العقد الإداري في حجم الاداءات المتعاقد عليها ، و أسلوب تنفيذ الاداءات يمكن أن ينصرف إلى عنصر الزمن ، و في جميع الأحوال ليس بإمكان المتعاقد الاحتجاج بضعف

1_ سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص .77 .
2_ علي عبد العزيز الفحام ، **سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري دراسة مقارنة** ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، عين الشمس ، سنة 1975 ، ص . 229 .
3_ المادة 34 من دفتر الشروط الإدارية العامة ، مرجع سابق .

إمكانيته المالية أو البشرية أو التقنية ، لكن هذه التعديلات يجب أن تكون متماشية مع قدرة المقاول على التنفيذ ، و ليس الغاية منها تعجيز المقاول ووضعه في موقف حرج ، لذا فان التعديلات المكلفة سواء بالزيادة أو النقصان يترتب عليها حق مطالبة المتعاقد بالتعويض عن الأضرار التي لحقته .

ثانيا : تطبيقات سلطة التعديل أثناء تنفيذ الصفقة العمومية

تعتبر سلطة تعديل شروط الصفقة ثابتة للمصلحة المتعاقدة و مقررة لها في سائر الصفقات العمومية ، إلا أن التطبيقات تختلف بين صفقة و أخرى ، بحيث نجد أن مجال تطبيقها يتسع أكثر بالنسبة لصفقات الأشغال العامة نتيجة طابعها الخاص ، و لارتباطها بخزينة الدولة على خلاف ذالك في عقود التوريد ، و هذا ما سنقوم بدراسته من خلال ما يلي :

1_ التعديل في صفقات الأشغال العامة

تتمتع المصلحة المتعاقدة في هذه الصفقة بسلطات واسعة منها ما يتعلق بتعديل شروطها أثناء تنفيذها ذالك نظرا للعمليات المعقدة التي تتضمنها ، و نظرا للطبيعة الخاصة التي تتميز بها كونها تستغرق مدة زمنية طويلة لتنفيذها ، فالغاية التي تصبوا الإدارة لتحقيقها أثناء إبرامها لهذه الصفقة هي إما قيام المقاول ببناء أو الصيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشاة أو جزء منها ، و باعتبار أنها صاحبة المشروع حسب نص المادة 4/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تنص على أن : " يجب على المقاول أن ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه و عليه أن يخضع للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل ."

يجب أن تتم سلطة التعديل ضمن الحدود التالية:

أ_ عدم المساس بجوهر الصفقة

تلتزم المصلحة المتعاقدة حين تلجا إلى ممارسة تعديل صفقة الأشغال العامة بان لا تتمادى في ذالك إلى الحد الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة رأسا على عقب ، أو تغيير من طبيعتها أو جوهرها عما هو عليه في الصفقة الأصلية ، و إلا جاز له أن يمتنع عن التنفيذ ، و له أن يطالب بفسخ الصفقة تأسيسا على أن التعويض الذي تلتزم به الإدارة في مقابل حقه في التعديل لا يكفي لجبر الضرر الناشئ نتيجة هذا التعديل .[1]

1_ سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص .81 .

ب_ عدم جواز التكليف بأعمال جديدة

بحيث لا تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تكلف المقاول تنفيذ أعمال يعتبر موضوعها غريبا عن العقد الأصلي ، بحيث لا تقوم رابطة بين العمل محل العقد الأصلي و بين العمل الجديد الذي يراد إسناده إلى المقاول ، أو أن يتطلب تنفيذ العمل الجديد أوضاعا جديدة تختلف اختلافا تاما عن الأوضاع المنصوص عليها في الصفقة الأصلية .[1]

ج _ الأعمال الغير متوقعة

ويقصد بها تلك الأعمال التي لم تظهر في الصفقة ، لكنها ليست غريبة عنها ، و قد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي من قبيل الأعمال الغير متوقعة تكليف المقاول بإعادة قناة تهدمت بسبب انهيار احد الجسور أو نقل الأتربة اللازمة للعمل بسبب رطوبة الأرض .

د_ الأعمال الإضافية

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي من قبيل الأعمال الإضافية الأعمال التي تعتبر تكملة طبيعية للصفقة ، فيجوز للمصلحة المتعاقدة أن تطالب المقاول بانجازها و لو بعد انتهاء الأعمال الأصلية ، و على المقاول تنفيذ الأعمال الإضافية بموجب الأمر من الإدارة المتعاقدة و ليس من تلقاء نفسه .

و هو أيضا ما كرسه القضاء الإداري الجزائري من خلال قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2005/07/12 في قضية ق.ع.ب ضد مدير الشباب و الرياضة لولاية البويرة ، حيث جاء فيه :

" هذه الأشغال الإضافية كانت ضرورية لإنهاء مشروع دار الشباب حسب قواعد الأشغال العامة المطالب بانجازها فان صاحب المشروع ملزم بتسديدها."[2]

2_ التعديل في صفقات التوريد

تكون سلطة الإدارة في تعديل شروط صفقة التوريد ، اقل تطبيقا بالمقارنة مع صفقة الأشغال العامة ، و يعود ذالك نظرا لقصر مدة تنفيذ هذه الطائفة من الصفقات ، و التي قد تشمل سلطة التعديل فيها إما تعديلا في مقدارها و كميتها أو مواصفتها أو مدتها .

1_ سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص .484 .

2_ مجلس الدولة الجزائري ، قرار رقم 020289 مؤرخ في 2005/07/12 ، (قضية ق.ب.ع ضد مدير الشباب و الرياضة لولاية البويرة .) ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 07 ، ص . 92-93 .

و كما يميز بين سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل عقود التوريد العادية و بين سلطتها في عقود التوريد الصناعية :

أ_ التعديل في عقود التوريد العادية

تقوم عقود التوريد العادية على أساس تسليم منقولات للإدارة يتفق على مواصفاتها و يكون المتعاقد حرا في المصدر الذي يحصل عليها ، لكن يمكن أن ينصرف التعديل إلى تلك المواصفات إن اقتضت المصلحة العامة ذالك ، وهذا يعتبر بمثابة تعديل لشروط هذا العقد تملكه الإدارة المتعاقدة على أن تعوض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل .

تعود سلطة التعديل في عقود التوريد العادية في الغالب إلى شروط العقد و دفاتر الشروط ، فإذا التزم العقد الصمت فانه يترك للمورد حرية التوريد على مسؤوليته ، مع التحفظ على حق الإدارة في تعديل كمية البضائع المتفق على توريدها بالنقص أو بالزيادة [1]

ب_ التعديل في عقود التوريد الصناعية

يقوم هذا العقد بالإضافة إلى عنصر تسليم المنقولات المتفق على مواصفاتها مقدما على عنصر أخر و هو تسليم منقولات يصنعها المورد بمعنى أن يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتوريد مواد أو منتجات صناعية بعد إنتاجها وفق مواصفات متفق عليها مقدما ، فالمتعاقد في هذه الحالة لا يقوم بتوريد مواد أصناف أيا كان مصدرها ، و إنما يقوم بتصنيعها وفق مواصفات متفق عليها مع الإدارة المتعاقدة ، وفي هذه الحالة يكون للإدارة حرية كبيرة في التدخل أثناء إعداد تلك البضائع ، و متابعة المتعاقد أثناء التنفيذ لاسيما إذا نصب موضوع التعاقد على أشياء ذات أهمية خاصة تتعلق بتوريد الأسلحة مثلا .[2]

المطلب الثاني

آليات و حدود سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية

حتى لا تنحرف سلطة التعديل عن منحاها في كونها سلطة مكنت بها المصلحة المتعاقدة لضمان استمرار التنفيذ بتدارك المستجدات التي تطرأ عليه و من ثم ضمان المصلحة العامة ، قام المشرع بتنظيم تفاصيلها ، مبادئها و أحكامها العامة ، حيث حدد الآليات التي تتم بها متى توفرت مبررات التعديل و ذالك باللجوء إلى نظام الملحق (الفرع الأول) ، و بالتالي نجد انه من خلال هاته النصوص أن لسلطة تعديل

1_ بوستة ليندة ، مرجع سابق ، ص .52 .
2_ سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص . 26 .

شروط الصفقة أثناء التنفيذ ليست مطلقة ، بل تحكها ضوابط و حدود ليضمن بقائها في المسار الذي وجهت له (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

التعديل عن طريق تقنية الملحق

يمكن للإدارة المتعاقدة أن تعدل العقد الإداري بإرادتها المنفردة ، خاصة باللجوء إلى نظام الملحق ، طبقا للمواد من 135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المعدل و المتمم [1] التي جاء فيها :

" يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجا إلى إبرام ملاحق في إطار أحكام هذا المرسوم ".

يعد الملحق اتفاقا إضافيا للصفقة هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية تضمنتها الصفقة الأصلية مضمونها زيادة خدمات أو الإنقاص منها ، كما يمكن اعتباره عقدا مكتوب يشمل اتفاق إرادة طرفي الصفقة و يتضمن تعديل بند أو عدة بنود من هذه الأخيرة يرمي إلى زيادة أو إنقاص الخدمات المتفق عليها ، بزيادة أو تقليص الآجال ، تغيير نوعية المواد أو اللوازم المستعملة في تنفيذ الأشغال ، أو تغيير في الأشغال المتفق عليها مسبقا لمستجدات طارئة .[2]

أولا : شروط ممارسة الملحق

1_ أن يصدر في صيغة كتابية ، و يكون مرقما ، مؤرخا و مصادقا عليه من قبل السلطات المختصة [3]، كون أن عنصر الكتابة شرطا جوهريا في حالة ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة التعديل حيث عبر عنها المشرع بعبارة " الملحق وثيقة " ، و الوثيقة وجب أن تكون مكتوبة ليتسنى للمتعاقد معرفة الالتزامات الجديدة و مجالها .

2_ ألا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهري بالصفقة و توازنها : اشترط المشرع في المادة 8/139 عدم تغيير الملحق لموضوع الصفقة ، إذ تطبق في الملحق الأسعار التعاقدية الموضوعة مسبقا ، مع إمكانية اتفاق الطرفان على تحديد أسعار جديدة إن تعذر عليهما تطبيق الأسعار التعاقدية المحددة سابقا في

1_محمد الصغير بعلي ، مرجع سابق ، ص 269. .

2_LAJOY Christophe , op. cit , p.183 .

3_ M .SABRI , K .AOUDIA , M .LALLEM , **Guide de gestion des marchés publics** , p.160 .

الصفقة[1]، و هذا ما أشارت إليه المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15 بقولها : " و مهما يكن من أمر فانه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة و خارجة عن إرادة الأطراف . "

3_ أن يتم اللجوء إلى الملحق في حدود أجال تنفيذ الصفقة طبقا الأحكام المادة 138 من ذات المرسوم الرئاسي .

4_ أن يخضع كأصل عام للرقابة التي تخضع لها الصفقة الأصلية ، إلا في الحالات الاستثنائية التالية :

أ_ إذا كان موضوع الملحق لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة و الضمانات التقنية و المالية و اجل التعاقد

ب_ إذا لم يكن له أثرا مالي على مستوى الصفقة .

ج_ إذا لم يتجاوز مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق نسبة عشرة في المائة 10% زيادة أو نقصانا

د_ أن لا يؤدي الملحق إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للصفقة أو تغيير محلها ، إذ يجب أن لا يؤثر على الصفقة بصفقة جوهرية بتعديل محلها و قلب اقتصادياتها رأسا على عقب [2]، فكل تعديل يمس جوهريا بشروط الصفقة الأصلية و ذالك أثناء مدة سريانها يؤدي إلى إنشاء صفقة جديدة ، لذالك ألزمت المادة 9/136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المصلحة المتعاقدة في حالة ما تجاوز مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق بالزيادة أو النقصان خمسة عشر من المائة 15% من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة للدراسات ، الخدمات ، و اللوازم و عشرون من المائة 20% لصفقات الأشغال بتقديم تبرير للجان الرقابة المختصة تثبت من خلاله عدم مساس الملحق بالشروط الأصلية للمنافسة أو الرجوع فيها ، أو استحالة إعلان إجراء جديد لانجاز المشروع نظرا لاعتبارات الآجال و السعر .

ثانيا : حالات خضوع الملحق للرقابة

لقد حدد المشرع حالات تلتزم المصلحة المتعاقدة بتوافرها بإحالة ملف أو مشروع الملحق لرقابة لجان الصفقات المعينة كما يلي :

1_LIBERT Xavier , " **Les modifications du marché au cours d'exécution** " , A .j .d .a , Numéro spécial , Dalloz , 1994 , p. 65 .

2_ FABRICE Gartner , **Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général** , A.j.d.a , N 01 , Dalloz , 2006 , p. 22 .

1_ حالة الظروف الاستثنائية غير متوقعة

في هذه الحالة قد تظهر بعد إبرام الصفقة و أثناء التنفيذ لوقائع و إحداث غير متوقعة الحدوث و الحسبان ساعة التعاقد ، مما يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبرا و قد يؤثر ذالك على عمر الصفقة و أجال التنفيذ ، و بالتالي نجد هنا أن المشرع أجاز إبرام ملحق بحيث يخضع لإجراءات الرقابة الخارجية القبلية أي رقابة لجنة الصفقات المعنية نظرا للأثر المالي الناتج عن ممارسة سلطة التعديل .[1]

2_ حالة إقفال ملف الصفقة

قد يكون الغرض من إعداد الملحق إقفال ملف الصفقة بصفة نهائية ، ففي هذه الحالة يخضع الملحق للرقابة الخارجية المسبقة المتمثلة أساسا في رقابة لجنة الصفقات العمومية المعنية .[2]

3_ حالة العمليات الجديدة

قد تبرز في مرحلة تنفيذ الصفقة جملة ظروف موضوعية تدفع الإدارة المعينة لضرورة تعديل الصفقة بما يدخل بعين الاعتبار أعمالا أو خدمات جديدة لم يتم النص عليها في الصفقة الأصلية و لكنها مع ذالك ذات علاقة بها .

ففي هذه الحالة لابد من عرض الأمر على لجنة الصفقات المختصة لتدرس مشروع الملحق شريطة أن تكون القيمة المالية للأعمال الجديدة تتجاوز النسبة المبينة في نص المادة 139 من ذات المرسوم أي أن لا يتجاوز المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق زيادة أو نقصان نسبة عشرة في المائة 10% من مبلغ الأصلي للصفقة .

ومن البديهي القول أن تخضع سلطة التعديل لرقابة القاضي الإداري الذي إذا رفعت الدعوى أمامه من طرف المعني صاحب المصلحة سعى إلى التأكد من مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام ، و التأكد من مدى علاقته بالصفقة الأصلية و بالحدود المالية المنصوص عنها تشريعا و على ضوء ذالك يقدر إذا كان تعسف في ممارسة سلطة التعديل من عدمه .[3]

1_ بوستة ليندة ، مرجع سابق ، ص .45 .
2_ عمار بوضياف ، **شرح تنظيم الصفقات العمومية** ، مرجع سابق ، ص . 210 .
3_ المرجع نفسه ، ص . 211 .

ثالثا : أنواع الملاحق

يمكن أن يأخذ الملحق احد الأشكال التالية :

1_ ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة

يمكن أن يكون موضوع هذا النوع من الملاحق إما تعديلات في كمية و طبيعة الأشغال ، و أما تعديلات في مدد التنفيذ أو تعديلات تتعلق بسعر الصفقة إذا لم تكن هذه الأخيرة مبرمة بناء على سعر ثابت غير قابل للمراجعة و يشملها الملحق بالزيادة أو النقصان .[1]

2_ ملحق التغيير :

يتم اللجوء إلى هذا النوع من الملاحق في تغيير أطراف الصفقة ، سواء انصب هذا التغيير على تسمية المصلحة المتعاقدة أو انصب على تسمية 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 إلى المتعامل المتعاقد .[2]

3_ ملحق الإقفال النهائي للصفقة

يسمح هذا الملحق بإيقاف وقفل بصفة نهائية الخدمات المنفذة فعلا في الصفقة و اللجوء إلى هذا النوع من الملاحق استثنائي ، و يجب أن يكون مبررا مثلا بالتخلي عن المشروع بقرار من الإدارة ، القوة القاهرة أو التسوية الودية للنزاع ، حيث أن الملحق يكفل تحقيق حلول ودية فتجنب اللجوء إلى القضاء هو هدف تقليدي الإدارات العمومية إذ أن الوقاية من النزاع الإداري أصبح اليوم أولوية لضمان مواصلة تنفيذ الصفقة العمومية .[3]

الفرع الثاني

حدود سلطة التعديل شروط الصفقة العمومية

تمارس المصلحة المتعاقدة سلطة التعديل بإرادتها المنفردة كامتياز خول لها لتضمن به تنفيذ الصفقة العمومية بما يخدم الصالح العام ، في إطار ضوابط قانونية محددة ترسم مشروعية ممارستها لتلك السلطة تتمثل في :

1_ M .SABRI , K.AOUDIA , M.LALLEM , op-cit , p. 136-164.

2_ صياد رحيمة ، سعيدي كاتية ، مرجع سابق ، ص . 72 .

3_ المرجع نفسه ، ص . 72 .

أولا : أن يكون للتعديل أسباب موضوعية

إن المصلحة المتعاقدة و هي تباشر سلطتها في تعديل العقد الإداري أو الصفقة لا تتحرك لأسباب واهية بل لأسباب موضوعية و هو ضمان سير المرفق العمومي و هو من أهم الوظائف التي تسهر الدولة الحديثة على إعطائها أهمية بالغة لاتصاله بخدمة المواطن مباشرة .

حيث تتعاقد في ظروف معينة قد تتغير في مرحلة ما بعد توقيع الصفقة مما قد يؤدي ذالك إلى إحداث تغيير في بعض من شروطها ، خاصة في تلك الصفقات التي تأخذ زمنا طويلا في تنفيذها [1]، بحيث نجد أن هذه السلطة تختلف أثناء ممارستها من عقد إداري إلى أخر و ذالك حسب طبيعة كل صفقة و حسب الظروف التي تنفذ فيها .

فإذا تغيرت الظروف في صفقات الأشغال العامة وجب الاعتراف للمصلحة المتعاقدة بحق تعديل الصفقة بما يتماشى مع الظروف الجديدة و بما يلبي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق و ذالك باعتبار أن المصلحة المتعاقدة هي صاحبة المشروع ، غير انه لا يجوز إجراء التعديل على أعمال و شروط المتعاقد معها إلا عند الضرورة القصوى و من ذالك :

1_ إذا كان عدم التغيير أو عدم الإضافة من شانه أن يسبب تأخيرا في التنفيذ أو أضررا كبيرا به من الناحية الاقتصادية و الفنية .

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

أما في صفقات التوريد خاصة ذات المدة الطويلة يكون تغيير الظروف أكثر من فرصة بيد الإدارة لإجراء التعديلات على الأسعار و على نوعية السلع محل التوريد ، بل يؤدي التعديل في بعض الأحيان إلى إعادة تنظيم عمل المرفق الذي انصب عليه التوريد بمواصفات جديدة من ذالك قيام الإدارة باستبدال المدافئ الغازية بالدافئ النفطية ، كجزء من حقها في تقليص كمية الوقود المستخدم .

أما إذا لم تتغير الظروف فانه لا يكون ثمة مبرر لتعديل الصفقة ، و يكون من الواجب إلزام المصلحة المتعاقدة باحترام الشروط كما تقررت عند إبرامها .[3]

1_ عمار بوضياف ، **شرح تنظيم الصفقات العمومية** ، مرجع سابق ، ص . 204 .
2_ محمود خلف جبوري ، مرجع سابق ، ص .173 .
3_ نفس المرجع ، ص . 173 .

ثانيا : صدور قواعد التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية

عند إقبال الإدارة على تعديل صفقة ما ، وسيلتها في ذالك هي القرار الإداري ، فتصدر السلطة المختصة قرارا إداريا بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل الصفقة العمومية ، ووجب حينئذ أن تتوفر في هذا القرار سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعا[1] ، على أن يكون ذالك وفقا للشكليات و الإجراءات المقررة ، و في إطار القواعد القانونية التي تحكم موضوع التعديل ، كما يتعين أن يكون الهدف من قرار التعديل تحقيق المصلحة العامة .[2]

و أن يستند إلى سبب قائم يبرره يتمثل في تغيير الظروف التي أبرمت في ظلها الصفقة ، الأمر الذي استوجب التعديل تحقيقا للمصلحة العامة [3]، و عليه فان قرار التعديل يجب أن يصدر في حدود المشروعية التي هي الإطار العام الذي يحكم جميع الأعمال الإدارية .

و لما كانت الغاية أو الهدف من سلطة التعديل هو إشباع حاجات المرفق العام ، و هذا الأساس يحدد نطاق التعديل أي مجاله أو محله [4]، فقد اقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام .

ومن المقرر أن الشروط التي يتضمنها العقد تنقسم إلى شروط لائحية و شروط تعاقدية ، و في هذه الحالة يجوز للإدارة تعديل الشروط اللائحية كلما كان ذالك لازما لمصلحة المرفق دون التوقف على رضا المتعاقد مع الإدارة ، أما بالنسبة إلى الشروط التعاقدية و التي على أساسها قبل المتعاقد التعاقد مع الإدارة ، فانه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة تعديلها إلا برضا المتعاقد معها .[5]

و تبعا لذالك فانه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة تعديل الشروط التعاقدية لان ذالك يؤثر على حسن سير المرفق العام باعتبار أنها تخص المزايا و الضمانات المالية التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد مع الإدارة.

أما فيما يتعلق بنطاق الإدارة لحقها في التعديل فيكون ذالك من خلال العناصر التالية :

1_ تشمل سلطة التعديل جميع العقود الإدارية و هي تختلف باختلاف العقد على أساس المرفق العام من ناحية تنظيمه و تسييره ,

---

1_ عمار بوضياف ، **شرح تنظيم الصفقات العمومية** ، مرجع سابق ، ص .205 .
2_ رياض عيسى ، مرجع سابق ، ص . 17 .
3_ سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص . 87 .
4_ محمود عاطف البنا ، **العقود الإدارية** ، مرجع سابق ، ص . 232 .
5_ مفتاح خليفة عبد الحميد ، **إنهاء العقد الإداري** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2000 ، ص . 65 .

2_ يكون تعديل العقد الإداري منصبا فقط على الشروط اللائحية دون الشروط التعاقدية حيث تشمل الشروط الأولى قواعد تنظيم المرفق و ضبط نشاطه .

3_ ألا يتعدى تعديل العقد كل الشروط التعاقدية إنما جزء من شروط العقد [1].

ثالثا : اقتصار التعديل على الشروط المتصلة بموضوع الصفقة

من الطبيعي أن يقتصر حق الإدارة في التعديل على الشروط و الالتزامات المتصلة بموضوع الصفقة و خارج هذا النطاق فان المتعاقد لا تربطه أي علاقة تعاقدية بالإدارة ، و من ثم لا يجوز لها أن تفرض عليه التزامات خارج نطاق موضوع الصفقة [2]، ولا تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تعدل أحكام الصفقة على نحو يغير موضوعها ، و إلا كنا أمام عقد جديد ذالك أن المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها ، و التزم بتنفيذ مضمون العقد في الآجال المحددة ، كان مراعيا في ذالك إمكانية المالية و الفنية [3].

ولهذا لا يمكن أن يتجاوز التعديل هذه الإمكانيات لان ذالك سيؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأس على عقب و الإضرار بمصالح المتعاقد الذي يحق له في هذه الحالة المطالبة بفسخ العقد و الاتفاق المبرم بينه و بين الإدارة [4].

و من خلال دفتر الشروط الإدارية العامة نجد أن المادة 30 قد حرصت على أن ينحصر التعديل في حدود 20% بالنسبة لعقود الأشغال العامة بحيث نجد أن هذه المادة قد خصت الزيادة في جملة من الأشغال و التي نصت على انه :

" في حالة إجراء الإضافة على جملة الأشغال فلا يجوز للمقاول رفع أية مطالبة ، مادامت الإضافة المقررة بحسب الأسعار الابتدائية لا تتجاوز العشرين من المائة من مبلغ المقاولة أو إذا تجاوزت الإضافة هذه النسبة المئوية ، حق له فسخ صفقته فورا ..."

أما في حالة النقص في جملة من الأشغال ، فنجد نص المادة 31 من نفس الدفتر تنص على انه :

" في حالة إجراء نقص في جملة الأشغال و عدا حالة تطبيق المادة 32 التالية ، لا يجوز للمقاول رفع أية مطالبة مادام التخفيض مقدرا على الأسعار الابتدائية و لا يتجاوز العشرين في المائة من مبلغ المقاولة أو إذا كان النقص أعلى من هذه النسبة المئوية ، يجوز للمقاول تقديم طلب تعويض في نهاية الحساب . "

1_ مصطفى ابو زيد فهمي ، **الوسيط في القانون الإداري** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ص . 931 .
2_ محمود عاطف البنا ، **العقود الإدارية** ، مرجع سابق ، ص . 232 .
3_ عمار بوضياف ، **شرح تنظيم الصفقات العمومية ...**، مرجع سابق ، ص . 204 .
4_ حمد محمد حمد الشلماني ، مرجع سابق ، ص . 160 .

و منه يمكننا القول انه في حالة ما إذا زادت أو نقصت الأعباء الجديدة على المتعامل المتعاقد مع الإدارة عن هذه الحدود ، فانه لا يكون ملزما طبقا للعقد بتنفيذها ، و كما يمكنه في حالة الزيادة فسخ الصفقة فورا أما إذا قام بتنفيذها فله أن يطالب المصلحة المتعاقدة بأسعار أخرى ، غير التي اتفق عليها في الصفقة طالما انه قد اعترض على حق الإدارة في التعديل بهذه الزيادة أو النقصان فوق القدر المشار إليه في الصفقة أو دفاتر الشروط .

خلاصة الفصل الأول

تعد سلطات المصلحة المتعاقدة الممارسة في مجال متابعتها لتنفيذ الصفقة العمومية من أهم الامتيازات التي تتمتع بها في موجهة المتعاقد معها ، و ذالك بما لها من سلطات خولها لها القانون بان تكون إضافة إلى أنها طرف متعاقد في الصفقة طرف مراقب من جهة أخرى سعيا منها لكفالة أحسن تنفيذ للعقد المبرم بينها و بين المتعاقد معها ، و ضمانا لسلامة الصفقة العمومية و تدارك الأخطاء و الأخطار المحتملة قبل وقوعها ، و ذالك بقصد الوصول إلى الغايات التي أبرمت من اجلها الصفقة ، إلا و هي السعي وراء تحقيق المصلحة العامة .

بل و نجدها قد تتدخل بهدف تحقيق ذالك في بنود الصفقة من خلال سلطتها في تعديل فتزيد أو تنقص من شروطها بإرادتها المنفردة كلما دعت الضرورة إلى ذالك ، و هذا ما تقتضيه الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية ، ومن مستلزمات ذالك أن لا تتقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، و أن تتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغيير المستمر في المرافق التي تديرها .

إن خروج المصلحة المتعاقدة عن الحدود و الضوابط المرسومة تشريعيا فان ذالك يعرضها للمسؤولية التعاقدية أمام القضاء الكامل .

الفصل الثاني

سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية

الفصل الثاني

اختلف الفقهاء في إعطاء تعريف للجزاءات الإدارية ، حيث عرفها محمد الشافعي ابو راس " على أنها هي عقوبة تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية ، دون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء ."[1] ، أو هي عبارة عن إجراء تهدف الإدارة من ورائه إلى حمل المتعاقد و دفعه إلى تنفيذ التزاماته و هذا من اجل ضمان سير المرفق العام بانتظام و باضطراد .[2]

أما فيما يخص الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية فيكمن إما في فكرة السلطة العامة التي يرى أصحاب هذا الاتجاه أنها الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية تكمن في فكرة السلطة العامة ، بحيث ذهب الفقيه هوريو إلى القول بأنه :" من حق الإدارة استعمال امتيازاتها في التنفيذ المباشر في نطاق تنفيذ أي عقد مبرم بخصوص المرافق العامة للدولة ، فلها أن تفسخ مثلا عقد الأشغال العامة أو التوريد ، و أن تحل نفسها محل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته ، و ذالك بمجرد قرار بسيط من جانبها من دون أن تكون ملزمة بعرض الأمر على القضاء ليقضي لها بهذه الإجراءات ." [3]

أو في فكرة المرفق العام التي تعد لدعاتها هي الأساس القانوني الصالح لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر ، بحيث ذهب جيز في هذا الشأن إلى القول بأن : " أن السير المنتظم و المستمر للمرفق العام يتطلب اكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد الإداري ، و لذالك فمن المهم أن تكون لالتزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات حازمة..فاحتياجات المرافق العامة هي أساس و قياس جزاءات القانون العام ."[4]

و باختصار شديد ، فإننا نميل إلى الأخذ بفكرة أن امتياز الإدارة في التنفيذ المباشر في مجال جزاءات العقود الإدارية ، إنما يقوم على أساس مقتضيات فكرة المرفق العام ، لا على أساس فكرة السلطة العامة ، فالإدارة عندما تفرض الجزاءات إنما تفرضها خدمة للمصلحة العامة في سير المرافق العامة

1_ محمد الشافعي ابو راس ، **العقود الإدارية** ، كلية الحقوق ، جامعة بنها ، القاهرة ، د س ن ، ص .93 . انظر الموقع : (http://www.pdffactory.com)LE 15/03/2018

2_ رشا محمد جعفر الهاشمي ، **الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها دراسة مقارنة** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2010 ، ص . 34 .

3_ نفس المرجع ، ص . 204 .

4_ سعيد عبد الرزاق باخيرة ، **سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة** ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2008 ، ص . 41 .

بانتظام، و بذالك يمكن لنا قياس تلك السلطة و انحرافها فيما إذا تجاوزت حدوده الإدارة ، بينما في ظل الأخذ بفكرة السلطة العامة ، فانه سيصعب علينا تحديدها ، مما قد يؤدي إلى تعسف الإدارة ، و من ثم إلى هروب المتعاقدين من التعاقد معها بوسيلة العقد الإداري تخوفا من مجابهة تلك السلطة .[5]

تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته سواء امتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب أو احل غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة ، و لإجباره على احترام ذالك كان لابد من أن تمتلك المصلحة المتعاقدة إلى جانب سلطتي الرقابة و التعديل سلطة توقيع الجزاء ، بحيث يعود تأسيس هذه السلطة إلى فكرة تامين سير المرافق العامة بانتظام و اطراد ، و تعتبر سلطة فرض الجزاءات اخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بقرار تصدره دون اللجوء إلى القضاء .

و تخضع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها لنظام قانوني خاص هو نظام القانون العام في العقود الإدارية إذ أن ضرورة الحرص على سير المرافق العامة بانتظام و اطراد تستلزم التشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على التنفيذ العقد بدقة ، و لما كانت الإجراءات المعروفة في قواعد القانون الخاص كالفسخ و التنفيذ العيني مع التعويض لا تكفي للحيلولة دون إخلال المتعاقد ، استلزم أن تتمتع الإدارة بهذا الحق تحقيقا للمصلحة العامة .

و قد درجت الإدارة على النص في عقودها في الشروط العامة و الخاصة الملحقة بها على سلطة الإدارة بإيقاع الجزاءات ، وعد القضاء الإداري في فرنسا و مصر في العديد من أحكامه الشروط التي تتضمن هذا الحق شروطا استثنائية باعتبارها امتياز من امتيازات السلطة العامة .

حيث كرس المشرع للمصلحة المتعاقدة سلطة توقيع جزاءات انقسمت من حيث انعكاساتها إلى جزاءات مالية و ضاغطة (المبحث الأول) ، و الجزاءات الفاسخة التي تسمح بإنهاء العقد (المبحث الثاني).

5_ محمود محمد حافظ ، **القضاء الإداري (دراسة مقارنة)** ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1966 ، ص.237 .

المبحث الأول

سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية و الضاغطة في تنفيذ الصفقة العمومية

تتمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما اخل بالتزاماته العقدية و هذا من اجل الضغط عليه و حمله على احترام بنود العقد ، فهي تملك سلطة و تسليط إجراءات إدارية مختلفة على المتعاقد معها المخل بالتزاماته العقدية و بغير الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء سلفا ، فهذه الجزاءات لا تتسم بطابع العقوبة الجنائية التي تستهدف ردع الجاني و إنما هدفها الأساسي هو ضمان تنفيذ العقود الإدارية و إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة، حيث تصنف إلى جزاءات مالية ، (المطلب الأول) و جزاءات ضاغطة ، (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية

تعتبر الجزاءات المالية جزاءات الغرض منها التأثير على الذمة المالية للمتعاقد المخل [1]، و ذالك جبرا للضرر الذي لحق بالمصلحة المتعاقدة جراء إخلاله بالتزاماته التعاقدية ، و تتخذ هذه الجزاءات إحدى الصور التالية :

الفرع الأول

الغرامات المالية

و هي مبالغ مالية تقدرها الإدارة مقدما ، و تنص على توقيعها متى اخل المتعاقد بالتزام معين لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في تنفيذ العقد [2] ، حيث خول المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 147/15 سلطة توقيع عقوبات مالية و هذا ما جاء في نص المادة 147 التي نصت على انه : " 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 " .

غير انه قيد مجال استعمالها في حالتين :

1_ محمود خلف الجبوري ، مرجع سابق ، ص. 135 .
2_ سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص. 505 .

1_ حالة عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه في الآجال المحددة و المتفق و هذا لأهمية عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ الصفقة ، فالمتعاقد مع الإدارة حينما يتعهد بتنفيذ موضوع العقد خلال مدة زمنية متفق عليها في العقد ، فان العقد الإداري يقترب من العقد المدني في المبدأ الذي يحكمه أن العقد شريعة المتعاقدين ، فالمتعاقد مع الإدارة التزم بالتنفيذ خلال مدة ذكرت في العقد ثم اخل بهذا الالتزام فالوضع الطبيعي إن يخضع لجزاء .[1]

2_ في حالة تنفيذ غير مطابق يفترض هنا أن المتعامل قد اخل بالشروط المتفق عليها و كيفيات التنفيذ ، فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها ، فالوضع الطبيعي أيضا في هذه الحالة هو خضوعه لجزاء مالي متمثل في الغرامة التأخيرية .[2]

و قد تتخذ هذه العقوبات صورة الغرامة التأخيرية التي يكون الهدف منها توقيعها عقاب المتعاقد معها ، و هذا ما سنحاول دراسته بالتفصيل فيما يلي :

أولا : تعريف الغرامة التأخيرية

لقد تعددت التعريفات الفقهية للغرامة التاخيرية ، و من بين هذه التعاريف ما يلي :

عرفها الدكتور " سليمان محمد الطماوي بأنها : " مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما و تنص على توقيعها متى اخل المتعاقد بالتزام معين ، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في تنفيذ العقد ."[3]

كما عرفها الدكتور عمار عوبدي بأنها :" المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد معها إذا ما اخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية ."[4]

تحمل الغرامة معنى العقوبة المالية لذا فهي جزاء تقوم الإدارة بتوقيعه أكثر من احتمالها معنى التعويض ، و ذالك كونها مبلغا محددا سلفا و يشترط توقيعه بمجرد وقوع خطأ التأخير في أجل تنفيذ التزامات المتعاقد مع الإدارة لذالك سميت بالغرامة التاخيرية .[5]

1_ بوضياف عمار، **شرح قانون الصفقات العمومية** ، مرجع سابق ، ص. 211-212 .
2_ جمال سعد الله ، **المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية من منظور التشريع الجزائري** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، فرع القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة محمد بوضيلف ،د س ن ، المسيلة ، ص. 40 .
3_ سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 506 .
4_ عوابدي عمار، **القانون الإداري (النشاط الإداري)** ج2 ، مرجع سابق ، ص. 219 .
5_ احمد سلامة بدر ، **العقود الإدارية و عقود الثبوت** ، مكتبة دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص. 183 .

فالغرامة التاخيرية هنا هي عبارة عن مبالغ إجمالية تحددها الإدارة مقدما في العقد الإداري كجزاء تفرضه على الطرف الأخر في العقد الإداري عند تأخره في انجاز الأعمال المكلف بها ضمن المدة المتفق عليها في العقد .

و بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام نجد أن هذه السلطة تجد أساسها القانوني في المادة 147 منه ، غير أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا واضحا للغرامة التاخيرية [1] إلا أننا نجد انه قد خول بموجب المادة 147 للمصلحة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة .

أما في القضاء الجزائري فقد أكدت المحكمة العليا انه " من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال على أساس موازنة بسيطة بين تاريخ انقضاء اجل التعاقد عليه و تاريخ الاستلام ."

و بمقارنة نص هاتين المادتين مع نص المادة 78 من المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى ، نجد أن المشرع قد أورد مصطلح الغرامات المالية التعاقدية بدلا من العقوبات المالية التعاقدية التي جاء بها ضمن نص المادة 90 من المرسوم الرئاسي 236/10 الملغى و المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل و المتمم ، و قد أحسن المشرع بهذا التعديل لان الغرامات هي كلمة مالية بطبيعتها و بالتالي نجد انه لا قيمة لها عند إلحاقها بكلمة مالية بل نجد مصطلح العقوبات المالية هو لأشمل و الأنسب .

ثانيا : خصائص الغرامة التأخيرية

تتميز الغرامة التاخيرية بمجموعة من الخصائص و المتمثلة في :

أ_ الطابع ألاتفاقي للغرامة التاخيرية

أي أنها تعتبر عملية تطبيقية متوقفة على إرادة الطرفين و يتم تحديد مقدارها في الصفقة ، و تلتزم المصلحة المتعاقدة به فلا تستطيع زيادته حتى و لو نتج عن التأخير ضرر يزيد عما حدد في الصفقة [2]، بحيث تجد هذه الفكرة تأييدا لها من خلال ما ورد في نص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة

1_ المحكمة العليا ، الغرفة الإدارية ، قرار رقم 65145 ، المؤرخ في 1989/12/16 ،قضية (ع ط) ضد والي ولاية قالمة ،المجلة القضائية ، العدد 1 ، الجزائر ، 1991 ، ص. 133 . إذ جاء فيه " من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال على أساس موازنة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل التعاقد عليه و تاريخ الاستلام .

2_ حمد محمد حمد الشلماني ، مرجع سابق ، ص. 177 .

لسنة 1964 التي تقتضي بأنه : " إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير ، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ و تاريخ استلام الأشغال المؤقت ..."

يتضح من خلال نص هذه المادة إن تطبيق الغرامة متوقف بتوفر شروط استحقاقها و هو ما تفيده الأداة الشرطية "إذا" ، ومن ثم فان النص على الغرامة التاخيرية في الصفقة العمومية أو دفتر الشروط الخاص بها ، واجب الأعمال به ، لان المشرع علق تطبيق الغرامة التاخيرية على وجوب النص عليها ضمن شروط الصفقة.

أكد المشرع الجزائري على الطبيعة الاتفاقية للغرامة التاخيرية في النص المادة 90 من المرسوم الرئاسي 236/10 الملغى و التي تنص على : " تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين بموجب بنود الصفقة ، من الدفعات التي تتم حسب الشروط و الكيفيات المنصوص عليها في الصفقة ."

و هو ما لم يتخلى عنه أيضا أثناء تعديله لقانون الصفقات العمومية من خلال نص المادة 147/3 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 236/10 ، أي انه لابد عند توقيع المصلحة المتعاقدة لعقوبة الغرامة التاخيرية ، على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية أن تكون هذه العقوبة محددة في العقد مسبقا ، و في حالة عدم النص عليها في الصفقة المبرمة فانه لا يمكن للإدارة من توقيع هذا الجزاء بالرغم من وجود نص تشريعي منظم لها .

ب_ الطابع التلقائي

تطبق الغرامة التاخيرية بصفة تلقائية بمجرد التأخير[1] حتى و لو لم يثبت أن هذا التأخير قد الحق ضررا بالإدارة كما لا يطلب من المتعاقد إثبات عدم تسببه في التأخير، و بالرجوع إلى أحكام المادة 147 من م ر 247/15 نجد أن المشرع الجزائري لم يشترط لتوقيع هذه العقوبة وقوع الضرر ، بمعنى أنها تطبق دون الحاجة إلى إثبات أن ضررا ما قد أصاب الإدارة ، بل لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم حصول الضرر ، أي أنها توقع بمجرد حصول التأخير و من دون حاجة إلى تنبيه أو اعذار أو إجراء آخر هذا ما أكدته المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لستة 1964 السالفة الذكر

1_ محمد فؤاد عبد الباسط ، **العقد الإداري** ، ص 293 ، " بمجرد حصول التاخير تكون الغرامة التاخيرية مستحقة ، و بالتالي يتعين التمييز بين استحقاق الغرامة و بين المطالبة بها ، فالاستحقاق في ذاته هو تلقائي بمجرد حصول التاخير في تنفيذ الصفقة ، و لا تستطيع المصلحة المتعاقدة التنازل عنه ، و لكن المطالبة فعلا بالغرامة هي التي تحتاج إلى تغيير إرادة الإدارة لأنها تملك بحكم سلطتها إعفاء المتعامل منها " .

و يترتب على ما يلي انه :

_ تطبق هذه الغرامة بمجرد التاخير دون اللجوء إلى القضاء و بالتالي تخرج عن ما هو جاري في القانون الخاص[1]

_ تستحق الغرامة التاخيرية من جانب المصلحة المتعاقدة دون إثبات أن ضرر ما قد لحقها أو خسارة إصابتها كما لا يصح للمتعامل أن يدفع بعدم حدوث ضرر لكي يفلت منها فالقرينة موجودة تجاوز الآجال المحددة في العقد .

_ الغرامة التاخيرية بخلاف أنواع الجزاءات الأخرى لا يشترط فيها الإعذار المسبق قبل توقعها .

_ اختلاف الغرامة التاخيرية عن الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية .

فالشرط الجزائي هو تعويض متفق عليه مقدما في حالة إخلال احد المتعاقدين بالتزامه ، غير انه لا يوجد ما يمنع المتعاقدين من وضع هذا الشرط في اتفاق لاحق على إبرام العقد ، فيشترط لاستحقاقه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام من خطا و ضرر و علاقة سببية بينهما ، فإذا لم يتضرر الدائن يستبعد هذا الشرط .[2]

تستعمل الغرامة التهديدية في القانون الخاص كوسيلة من الوسائل العامة التي تحمل المدين على تنفيذ التزاماته ، فهي عبارة عن تهديدات مالية ينطق بها القاضي قصد إلزام الممتنعين عن تنفيذ الالتزام على عاتقهم بموجب أحكام تنفيذية كانت أو عقود رسمية .[3]

و منه لا تطبق الغرامة التهديدية بدون حكم قضائي ، عكس الغرامة التاخيرية التي لا تتطلب هذا الحكم كما ذكرنا سابقا.

ثالثا : الإعفاء من الغرامة التاخيرية

بما أن التأخير يعتبر السبب الأساسي و الوحيد لفرض غرامة التأخير بحق المتعامل المتعاقد فهو يعد أيضا المسلك الوحيد لاعفاءه منها ، فقد يجد هذا التأخير أسبابا تبرره ، فيعفى المتعاقد من مسؤولية

1_ سليمان الطماوي ، **الأسس العامة** ، مرجع سابق ، ص. 510 .
2_ عبد الرزاق السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام** ، ج 2، بيروت ، 1982 ، ص. 857 .
3_ انظر المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة ، مرجع سابق .

التأخير إذا تبين أن الوفاء بالتزام قد استحال بسب أخر لا يد للمتعامل المتعاقد فيه و هو ما قضت به نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 السابق ذكره في فقرتها 4 و5 على انه :

" يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة ، و يطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو استئنافها .

و في حالة القوة القاهرة ، تعلق الآجال و لا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال و استئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذالك المصلحة المتعاقدة ."

فمن خلال هاتين الفقرتين نجد أن المشرع الجزائري خول للمصلحة المتعاقدة حالتين تستطيع من خلالهما إعفاء المتعامل المتعاقد من غرامة التأخير و هما :

أ_ حالة مسؤولية المصلحة المتعاقدة على توقيف الأشغال و بالتالي التأخر فيها ، إذ لا ينجر عن ذالك غرامة تاخيرية طالما أن المتعامل المتعاقد ليس من تسبب فيه بان تأمر المصلحة المتعاقدة بتوقيف الأشغال أو استئنافها .[1]

ب_ حالة القوة القاهرة [2]، تتعلق هذه الحالة باصطدام المتعامل المتعاقد بظروف خارجية لم تكن متوقعة أثناء إبرام الصفقة تجعل تنفيذها أكثر إرهاقا كان تكون الظروف الاقتصادية أدت إلى ارتفاع الأسعار أو ظروف طبيعية تؤدي إلى تعليق أجال التنفيذ مثلا و في كلتا الحالتين تقوم المصلحة المتعاقدة بما يلي :

_ تسليم أوامر بتوقيف الأشغال و استئنافها حسب الحالة طبقا للمادة 4/147 من المرسوم الرئاسي 247/15 .

_ تحرير شهادة إداري طبقا للمادة 6/147 من المرسوم الرئاسي 247/15 .

1_ بوستة ليندة ، مرجع سلبق ، ص. 73 .
2_ لباد ناصر ، **القانون الإداري النشاط الإداري**، دار المجد ، الجزائر ، 2004 ، ص. 450 .

الفرع الثاني

مصادرة مبلغ الضمان و التعويض

تعد مصادرة مبلغ التامين من الجزاءات المالية التي تستعملها الإدارة أثناء تنفيذ الصفقة حيث تحجز المصلحة المتعاقدة على التأمينات ، أو بعبارة أخرى الكفالات التي تطلبها الإدارة كالتأمينات لها لحسن تنفيذ الصفقة ، التي يقدمها المتعامل المتعاقد معها جراء الإخلال بالالتزامات التعاقدية .

أولا : تعريف مصادرة مبلغ الضمان

تعتبر التأمينات مبالغ مالية تدفع من قبل المتعامل المتعاقد كضمان للمصلحة المتعاقدة تتوقى بها أثار الأخطاء التي قد تصدر منه أثناء مباشرة تنفيذ الصفقة العمومية [1]، و بالتالي مصادرة مبلغ التامين هو جزاء مالي يتمثل في حجز و استحواذ المصلحة المتعاقدة على هذه التأمينات جراء الإخلال بالالتزامات ، و تملك الإدارة توقيعه بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي و دون اشتراط تحقق خطر ما .[2]

يعتبر شرط إيداع التامين أو الضمان ، أمرا وجوبيا ملزما للمتعامل المتعاقد و حقا للمصلحة المتعاقدة التي يجب أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة طبقا للمادة 124 من المرسوم الرئاسي 247/15 .

و تصادر هذه التأمينات حتى في حالة غياب نص في العقد الإداري و دون اللجوء إلى القضاء و دون إثبات الضرر الذي لحق بها لأنه مفترض .

بالجوع إلى المرسوم الرئاسي 247/15 ، نجد انه قد اعترف للمصلحة المتعاقدة بحق مصادرة مبلغ الضمان ، و ذالك حرصا على ضمان تنفيذ الصفقة ، و أكدت نصوص المرسوم على ذالك من خلال ما يلي :

اوجب قانون تنظيم الصفقات العمومية في المادة 53 أن على الإدارة المتعاقدة أن تسند الصفقة لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها ، و جاء في المادة 54 أن على المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية سواء من الناحية المالية أو التقنية أو المهنية قبل القيام بتقييم العروض التقنية ، كما اوجب تنظيم الصفقات بموجب المادة 57 أن تستعلم الإدارة المتعاقدة بكل الوسائل

1_ مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص. 97 .
2_محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص. 317 .

القانونية عن المتعامل سواء لدى مصالح متعاقدة أخرى سبق لها التعاقد مع المتعامل المختار أو عن طريق المرافق العمومية المعنية او البنوك ، و هذا التحقيق كله عن قدرات المتعهدين حتى يكون اختيارهم سديدا بغرض الوصول إلى نتيجة و هي إبرام الصفقة مع متعامل مأمون من جميع الجوانب حتى لا يتسبب في تأخيرها أو انجازها بغير الكيفية المتعاقد عليها .

1_ أنواع مصادرة التأمينات :

يكون التامين على نوعين :

أ_ التامين المؤقت:

عادة ما يكون نسبة محددة من قيمة العطاء موضوع التعاقد و هو ما يستدل به على جدية المتقدم للعطاء[1]،و يجد التامين المؤقت أو كما سماه المشرع الجزائري كفالة التعهد أساسه القانوني في المادة 51 من المرسوم الرئاسي 236/10 و بموجب المادة 125 من المرسوم الرئاسي 247/15 الملغى و التي نصت على انه :

" يجب على المتعاهدين ، فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال و اللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المطتين الأولى و الثانية على التوالي من المادة 184 من ذات المرسوم ، تقديم كفالة تعهد تفوق واحد في المائة 1% من مبلغ العرض ..."

و الملاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أعطى للمصلحة المتعاقدة حق توقيع هذا الجزاء في الحدود المنصوص عليها في المادة 184 من ذات المرسوم و التي يكون مبلغها بحسب طبيعة الصفقة فيما إذا كانت صفقة أشغال أو توريد ، و يخضع لاختصاص للفصل في ذلك للجنة القطاعية للصفقات .

ب_ التامين النهائي :

هو ضمان للإدارة تجاه المتعاقد في تنفيذ ما التزم به في العقد الإداري ، و هذا النوع يعتبر نهائيا لان المتعاقد يلزم بتقديمها بعد إحالة المناقصة علية بصورة قطعية ضمانا لحسن التنفيذ .

1_ رشا محمد جعفر الهاشمي ، مرجع سابق ، ص. 63 .

يجد التامين النهائي أو كما سماه المشرع الجزائري كفالة حسن التنفيذ [1] ، أساسه القانوني في المادة 1/130 من المرسوم الرئاسي 247/15 و التي تنص على انه :" زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110 أعلاه يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن التنفيذ ."

و بالتالي نجد انه حتى تتمكن الإدارة المتعاقدة من ممارسة سلطة مصادرة مبلغ ما ، يتعين أولا وجوده بين يديها أو تحت إمرتها في شكل مبلغ الضمان يسمى بضمان كفالة حسن التنفيذ ، و يكون من حق الإدارة إذا ما قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته أن تصادر التامين .

2_ الإعفاء من تقديم الضمان

نصت الفقرة الثانية من المادة 97 من المرسوم الرئاسي 236/10 على انه :

" يمكن إعفاء الشريك المتعاقد من تحمل عبئ إيداع كفالة حسن التنفيذ فيما يخص بعض أنواع صفقات الدراسات و الخدمات ، التي تحدد قائمتها بقرار مشترك بين وزير المالية و الوزير المعني .

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل من كفالة حسن التنفيذ ، إذ لم يتعد اجل تنفيذ الصفقة ثلاثة 3 أشهر ."

طبقا لما ورد في الفقرة 2 من المادة 97 من المرسوم الرئاسي 236/10 نجد أن المشرع الجزائري قد اعفي الشريك المتعاقد من تحمل عبئ إيداع كفالة حسن التنفيذ ، فيما يخص بعض أنواع صفقات الدراسات و الخدمات و ذالك بموجب قرار وزاري مشترك بين وزير المالية ووزير الوصاية يحدد فيه قائمة هذه الصفقات ، و من هنا نجد أن هذا الاستثناء لا يطبق في مجال عقد الأشغال أو عقد اقتنام اللوازم ، بينما بالجوع إلى المرسوم الرئاسي الجديد 247/15 فنجد أن المشرع من خلال نص هذه المادة انه قد اعفى المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ فيما يخص بعض أنواع صفقات الدراسات و الخدمات التي يمكن المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات قبل دفع مستحقاته ، و استثنى من تطبيق هذا الإعفاء صفقات الإشراف على انجاز الأشغال ، إلا انه قد ترك الأمر غامضا بالنسبة لصفقات اقتناء اللوازم .

نص المشرع في الفقرة 3 من المادة 97 من المرسوم الرئاسي 236/10 على انه : " يمكن للإدارة المعنية أن تعفي المتعامل المتعاقد من شرط تقديم الضمان إذا لم يتعدى اجل تنفيذ الصفقة ثلاثة أشهر و هو

1_ رشا محمد جعفر الهاشمي ، مرجع سابق ، ص. 64 .

ما نص عليه في الفقرة 3 من المادة 130 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل و المتمم للمرسوم 236/10 ، إلا أننا نجد انه قد أضاف إلى جانب ذالك الصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط ، و صفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية في الفقرة 4 من ذات المادة و هو ما أغفلته في المادة 97 من المرسوم الرئاسي 236/10 الملغى .

أعفى المشرع كذالك بموجب المادة 100 من المرسوم 236/10 فئة الحرفيين و المؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري من تحمل كفالة حسن التنفيذ حينما يتعلق الأمر بترميم ممتلكات ثقافية ، و هو ما ورد أيضا في نص المادة 133 من المرسوم الرئاسي 247/15 .

ثانيا: التعويض

يعتبر التعويض من الجزاءات المالية التي يتم فرضها على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة بسبب إخلال المتعاقد معها بالتزامه ، و لذالك فان التعويض بعكس الغرامة التاخيرية و مصادرة مبلغ التامين ، فهو لا يستحق إلا إذا ثبت الضرر كما هو الشأن في القانون الخاص [1]، و لما كان التعويض في العقود الإدارية يقترب من فكرة التعويض في القانون الخاص فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض ، و في اشتراط ركن الضرر كان لابد من التعمق فيه أكثر من خلال ما يلي :

1_ تعريف التعويض:

يعد التعويض جزاء يوقع على المتعامل المتعاقد عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية بقصد إصلاح الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة جراء هذا الإخلال [2]

كما عرفه الدكتور سليمان محمد الطماوي بانه : " هو الجزاء الأصيل للإخلال بالتزامات التعاقدية و ذالك إذا لم تنص الصفقة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال .

يتضح من خلال هذا التعريف أن التعويض يتم فرضه على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة بسبب إخلال المتعاقد معها بالتزاماته ، و يقدر التعويض وفقا لجسامة الضرر الذي تحملته الإدارة ، مع الأخذ بعين الاعتبار طبعا ما تكون الإدارة قد ساهمت في حصوله بنسبة معينة ، بحيث يقع على عاتقها هذا الجزء من المسؤولية نتيجة الخطأ الذي تسببت به .

1_ إذ تنص المادة 124 من القانون المدني " كل فعل ايا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ."

2_ سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص. 510 .

2_ كيفية تحصيل التعويض

لقد أعطى المشرع للمصلحة المتعاقدة الحق في الحصول على التعويض المناسب نتيجة إخلال المتعاقد عن تنفيذ التزاماته ، و الضرر الذي يصيبها من ذالك ، إلا أن النصوص المنظمة للصفقات العمومية لم تشر إلى كيفية تحصيل التعويض المستحق بصفة واضحة ، و بالرجوع إلى المادة 7/35 ، 36 و 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة نجد أن التعويض يقتطع من المبالغ التي يستحقها المتعاقد ، أو من ضمانه ، و لا يحول ذالك دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد .

يفهم مما سبق أن التعويض يمكن أن تقدره و تحصله الإدارة من تلقاء نفسها ، و للمتضرر أن ينازع المتعاقد هذا التقدير أمام القضاء إذا أراد .[1]

المطلب الثاني

سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى توقيع جزاءات ضاغطة مؤقتة على المتعاقد المخل بالتزاماته معها تستهدف من خلالها إرغامه على الوفاء بالتزاماته دون أن تنهي مسؤوليته تجاه الصفقة ، إذ تحل محله في تنفيذ هذه الأخيرة أو تعهد بها لغيره ليتولى تنفيذها تحت مسؤولية المتعاقد المخل [2].

من وسائل الضغط التي يمكن أن تسلطها المصلحة المتعاقدة على المخل بالتزاماته معها سحب تنفيذ الصفقة من عنده و تكليف متعامل أخر بتنفيذها على حساب المتعاقد المخل و على مسؤوليته حتى تضمن بذالك استمرارية التنفيذ ، كما يمكنها أيضا في صفقات الأشغال توقيف الأشغال و سحب المشروع من المقاول و إسناده لشخص أخر ، بعد استيفائها لجملة من الإجراءات و الشروط المحددة قانونا .

و تتخذ وسائل سلطة توقيع الجزاءات الضاغطة في مجال الصفقات العمومية صورتان ففي صفقة الأشغال العامة يأخذ هذا الجزاء ضرورة سحب العمل من المقاول و التنفيذ على حسابه ، و تحت مسؤوليته ،(الفرع الأول)، و في صفقة اللوازم و التوريد يأخذ صورة الشراء على حساب و مسؤولية المورد (الفرع الثاني) و هذا ما سنحاول معالجته من خلال ما يلي :

1_ سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص. 115 .
2_ حليمي منال ، مرجع سابق ، ص. 88 .

الفرع الأول

سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة

يقصد بهذا الجزاء أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله بنفسها على حسابه أو تعهد إلى الغير بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المقاول الأول و حسابه .[1] و تنص دفاتر الشروط العامة غالبا على الحالات التي يجوز للإدارة أن تستخدم هذا الإجراء في حالة تحققها ، و يلاحظ أن الإدارة عندما تستخدم إجراء السحب فإنها تملك احتجاز ما يوجد بموقع العمل من منشات و مبان و آلات و أدوات و مواد و غير ذالك [2]، بحيث تستعملها في إتمام العمل دون أن تكون مسؤولة لدى المقاول عما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان ، أو دفع أي اجر عنها ، كما تملك حجز هذه الأدوات بعد انتهاء العمل ضمانا لحقوقها أمام المقاول و لها أن تبيعها لاستيفاء هذه الحقوق و ما يكون قد ترتب لها من تعويضات عما لحقها من أضرار بسبب سحب العمل .

و من أسباب فرض هذا الجزاء على سبيل المثال :

1_ إذا تأخر بالبدء في تنفيذ أو تباطأ فيه على نحو ترى معه الجهة المتعاقدة انه لن يتمكن من إتمامه في المدة المحددة بالعقد و ذالك برغم تنبيهه كتابيا .

2_ إذا أوقف العمل إيقافا تاما تجاوزت مدته خمسة عشر يوما ، دون سبب معقول .

3_ إذا تأخر في تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها ، و لم ترى الجهة المتعاقدة إعطاءه مهلة لذالك ، أو عجز عن الانجاز في المهلة التي أعطيت له .

4_ إذا قام بنفسه أو بواسطة غيره و بطريق مباشر أو غير مباشر باستعمال وسيلة من وسائل الغش أو التدليس أو التلاعب في تنفيذ العقد أو التعامل مع الجهة المتعاقدة أثناء ذالك التنفيذ .

5_ إذا عسر المتعاقد أو أشهر إفلاسه أو دخل في صلح مع دائنيه .

6_ إذا أهمل إهمالا جسيما في تنفيذ العقد أو اغفل القيام بإحدى التزاماته الجوهرية المقررة في العقد و لم يباشر في إصلاح أثار ذالك خلال 15 يوما من تاريخ إخطاره كتابة بإجراء ذالك الإصلاح [3].

1_ مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص. 100 .
2_ بوستة ليندة ، مرجع سابق ، ص. 80 .
3_ مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص. 153 .

إن هذه الأسباب هي على سبيل المثال فقط ، فيجوز للإدارة سحب العمل في غير هذا و قد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على وجوب اعذار المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته ما لم يتضمن العقد نصا صريحا يعفي الإدارة من هذا الإجراء أو في حالة الاستعجال و الضرورة [1].

و يجد جزاء سحب العمل من المقاول أساسه القانوني في الفقرة 3 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية بعبارة " النظام المباشر على نفقة المقاول " و التي تنص على انه : "...إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة ، يجوز للمهندس الرئيس ، باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسالة على الوزير ، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول ، ذالك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا . "

كما جاء في الفقرة 6 من نفس المادة " في حالة قيام الأشغال على النظام المباشر و خلال مدته يسمح للمقاول بمتابعة العمليات و لا يجوز له عرقلة تنفيذ أوامر المهندسين ، و يجوز رفع النظام المباشر عنه إذا اثبت بالوسائل الضرورية إمكانيته للسير بالأشغال و إيصالها إلى نهايتها الحسنة . "[2]

يتبين من خلال هاتين الفقرتين أن المشرع الجزائري خول للمصلحة المتعاقدة بتطبيق جزاء سحب العمل من المقاول أو كما سماه إجراء النظام المباشر على نفقة المقاول أي حلول المصلحة المتعاقدة بنفسها محل المتعاقد في تنفيذ الالتزام ، ا وان تعهد بتنفيذه إلى شخص أخر بصفة مؤقتة لذالك فان هذا الجزاء يهدف إلى إرغام المقاول على تنفيذ الصفقة و ليس من شانه إنهائها ، بل تستمر منتجة لأثارها ، و تظل العلاقة التعاقدية قائمة .[3]

كما انه يجوز للمصلحة المتعاقدة العدول عن سحب العمل من المقاول متى رأت أن الضمانات الجديدة التي قدمها تكفل انجاز العمل موضوع الصفقة عاجلا و على نحو يحقق المصلحة العامة .

نلاحظ من خلال نص المشرع "...ذالك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا " أن جزاء سحب العمل من المقاول قد يكون كليا أو جزئيا و للمصلحة المتعاقدة أن تباشره حسب الأحوال و هذا ما أكدته المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة [4]، غير أن هذه السلطة و بالنظر لخطورتها و أثارها فلابد من توفر شروط لممارستها جاءت بها الفقرة الأولى من المادة 35 من دفتر الشروط العامة بنصها على انه :

1_ احمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص. 197 .
2_ المادة 35 من الفقرة 3 و 6 من دفتر الشروط الإدارية العامة ، مرجع سابق .
3_ بوستة ليندة ، مرجع سابق ، ص. 81 .
4_ المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة ، مرجع سابق .

" إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري ، يعمد المهندس الرئيس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط و الأوامر في اجل يحدده بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحة "

فمن خلال هاته الفقرة يتضح لنا شروط ممارسة الإدارة المتعاقدة لإجراء سحب العمل من المقاول و التي هي كتالي :

1_ عدم التزام المقاول بشروط الصفقة المتمثلة في كيفية التنفيذ أو اجل التنفيذ أو عدم الامتثال لأوامر المصلحة المتعاقدة الموجه إليه من طرف مهندس الدائرة أو من المهندس المعماري لان الأمر لمصلحي ذو طابع إلزامي .

2_ وجوب اعذار المقاول قبل تسليط الجزاء عليه أي إبلاغه بموجب أمر المصلحة و إعلامه أن المصلحة المتعاقدة عازمة على توقيع الجزاء عليه .

3_وجوب منح اجل للمقاول بعد اعذاره حتى يتدارك تقصيره فيجب احترام هذه المدة فلا يوقع الجزاء إلا بعد نفاذها [1].

الفرع الثاني

الشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد

هو الإجراء الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة اتجاه المورد المتعاقد معها ، الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها في المدة المحددة أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة ، و ذالك بشراء هذه الأصناف على نفقته و تحت مسؤوليته [2].

يعتبر هذا الإجراء من و سائل الضغط المكرسة فقها و قضاء ، لعلاقته الوثيقة بفكرة استمرارية المرفق العام و خدمة الجمهور ، و هو حق ثابت و لو لم تنص عليه الصفقة ، و ذالك ما قرره مجلس الدولة الفرنسي [3]، رغم ذالك لم يسبق لقانون الصفقات العمومية أن تضمنه في أحكامه سواء في التنظيم الحالي أو التنظيمات السابقة .

و لتطبيق الإجراء يستوجب توافر عدة شروط حتى لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في توقيعه و تتمثل في :

1_ سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص. 123 .
2_ محمد الصغير بعلي ، **العقود الإدارية** ، دار العلوم ، عنابة ، 2005 ، ص. 23 .
3_ سعيد عبد الرزاق باخيرة ، مرجع سابق ، ص. 26 .

_ وجود خطا يتسم بجسامة معينة من قبل المورد ، و من الأخطاء التي تبرر الشراء ما يلي :

_ التأخر الجسيم عن تسليم الأصناف المتعاقدة عليها .

_ الامتناع أو العجز عن تنفيذ التوريد .

_تنفيذ الصفقة على وجه غير مرض .

_ الإهمال في تنفيذ الالتزامات التي تفرضها الصفقة على وجه يعرض المرفق للخطر.

_ وجوب الاعذار إذ يجب على المصلحة المتعاقدة التقيد بشرط الاعذار قبل اتخاذ أي إجراء ضاغط بما فيه الشراء على حساب و مسؤولية المورد العاجز عن التوريد ، و ذالك بمنحه مهلة أولية بإخطاره بموجب تنفيذ التزامه مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذالك .

يعتبر الإعذار ضرورة تقتضيها طبيعة هذا الجزاء بالنظر إلى نتائجه القانونية على المورد ، كما حرص مجلس الدولة الفرنسي على وجوب إعذار المتعاقد قبل توقيع هذا الجزاء ، و لا يوجد أي سبب لاستبعاد هذا المبدأ [1].

أولا : خصائص الشراء على حساب المورد

مقارنة مع الجزاءات الضاغطة الأخرى يمكن أن نخلص هذه الخصائص فيما يلي :

1_ الشراء على حساب المورد إجراء مؤقت ، لا يتضمن إنهاء صفقة اللوازم ، بل يظل المورد مسؤول أمام المصلحة المتعاقدة .

2_ تتخذ المصلحة المتعاقدة جزاء الشراء على حساب و مسؤولية المورد المقصر عن تنفيذ صفقة اللوازم دون وساطة القاضي و دون اشتراط النص على هذا الجزاء في الصفقة [2].

3_ يعتبر الاعذار السابق المقدمة العادية لأي إجراء ضاغط فيما بعد .

4_ هذا الإجراء هو من وسائل التنفيذ العيني التي تتلاءم مع السرعة و المرونة على وفق ما يتضمنه حسن سير المرفق العام .

1_ بن دعاس سهام ، **المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون الإداري و المؤسسات الدستورية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة باجي مختار ، عنابة ، 2005 ، ص. 130 .

2_ سعيد عبد الرزاق باخيرة ، **سلطة الإدارة الجزائية** ، مرجع سابق ، ص. 267 .

ثانيا : الرقابة القضائية على جزاء الشراء على حساب مسؤولية المورد

إذا أحس المورد بان قرار الإدارة لم ينصفه له أن يطعن في صحة قرار الإدارة بتطبيق جزاء الشراء على حسابه أمام قاضي المحكمة الإدارية إذا كان مشوبا بعيوب المشروعية ، غير أن هذا القرار يعتبر من قبيل القرارات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة تنفيذا لصفقة اللوازم و استنادا إلى نص من نصوصها فلا تخضع المنازعات الخاصة بالشراء على نفقة المورد لرقابة الإلغاء التي محلها هو القرارات الإدارية النهائية المستوفية لجميع عناصر القرار الإداري و إنما منازعاتها تختص بها دعاوى القضاء الكامل [1]، فالقاضي الإداري هنا ملتزم بالحكم في منازعة مالية و تقتصر ولايته فقط على بحث الحق في التعويض عنه [2].

1_ بن دراجي عثمان ، **سلطات المصلحة المتعاقدة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 في 2015/9/16 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون إداري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2015 ، ص. 91 .

2_ و هذا راجع إلى كون المنازعات في العقد الإداري لا تدور حول قرار إداري أصدرته الإدارة بإرادتها المنفردة ، بل تدور حول عقد إداري يمثل توفقا لإرادتين احدهما جهة الإدارة .

المبحث الثاني

سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الإدارية الفاسخة للصفقة العمومية

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة فسخ العقد سواء بالاتفاق مع المتعاقد معها أو بإرادتها المنفردة ، حيث تستطيع إنهاء العقد إذا أصبح غير مفيد للمرفق كما تستطيع أيضا في أوضاع و شروط معينة أن تفرض على المتعاقد معها أعباء جديدة لم ينص عليها و لكنها أصبحت ضرورية لإشباع الحاجات العامة[1].

بحيث تتمثل الأولى في سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة بإرادتها المنفردة ووفقا لتقديرها ، أما الثانية فتتمثل في سلطة إنهاء الصفقة بالإرادة المنفردة لخطأ من المتعامل ، و هذا ما يطلق عليه بالفسخ للصفقة العمومية و الذي استوجب منا التعمق أكثر في مدلوله و ذالك بالتطرق إلى مفهوم الجزاءات الإدارية الفاسخة (المطلب الأول) و كذا حدود سلطة فسخ الصفقة العمومية و الآثار القانونية المترتبة عليه (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

مفهوم الجزاءات الفاسخة في تنفيذ الصفقة العمومية

تتمتع الإدارة بامتياز مهم في عقودها الإدارية و هو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائيا ، انطلاقا من تمتعها باستعمال أساليب القانون العام في وظائفها ، الذي يعطي لها الحق في فسخ العقد حتى و إن لم يصدر خطأ من جانب المتعاقد .

و إنهاء العقود و الفسخ كنظرية عرفتها علاقات الأفراد فيما بينهم ، نشأت في القانون المدني ، و بالتالي فالفسخ في العقود الإدارية بوجه عام هو مجرد امتداد لنظرية الفسخ في القانون المدني .

يعتبر الفسخ طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري ، و هو من أهم السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقدين معها ، و كامتياز يضعها في مركز أسمى يمكنها من إدارة العقد بطريقة تضمن لها تسيير المرفق العام على أحسن وجه ، و بما يسمح لها بأداء مهمتها الأساسية و هي تلبية حاجات الجمهور

1_ALFONSO Jean **, La nationale marche public , Revue du conseil d'Etat** , N03 , 2003 , P.59 .

و يمكن تعريف الفسخ انه جزاء تلجا إليه المصلحة المتعاقدة عندما يثبت لها بصورة قاطعة عجز أو عدم مقدرة المتعاقد في تنفيذ الالتزامات محل التعاقد بصورة مرضية منها عدم مراعاة تنفيذ الأعمال ، أو عدم تسليم التوريدات في المواعيد المقررة تنتهي بمقتضاه الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة و بين المتعاقد معها [1].

فسخ الصفقة هو ذالك الجزاء الشديد الجسامة، الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعه على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية ، حيث يترتب على ذالك استبعاد المتعاقد معها نهائيا عن تنفيذ العمل موضوع العقد [2].

بالرجوع للمرسوم الرئاسي 236/10 نجد أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا لجزاء فسخ الصفقة ، بل اكتفى بالإشارة إليه في نص المادة 112 فقرة 1و2 بنصه على انه :" إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته ، توجه له المصلحة المتعاقدة اعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد .

و إن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الآجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه أعلاه ، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد .

و هو ما اخذ به أيضا من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 في نص المادة 149 / 1و2 بنصه على انه : "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته ، توجه له المصلحة المتعاقدة اعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد

و إن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه أعلاه ، فان المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة من جانب واحد ، و يمكنها كذالك القيام بفسخ جزئي للصفقة ."

الواضح من خلال نص هاتين المادتين أن الفسخ الجزائي لا يختلف عن الفسخ الانفرادي لدواعي المصلحة العامة من حيث أن المشرع الجزائري لم يعطي لها تعريف معين .

و هذا ما يدفعنا إلى البحث عن الأساس القانوني لسلطة فسخ الصفقة العمومية (سلطة إنهاء العقد) (الفرع الأول) و كذا البحث عن صور و أنواع جزاء فسخ الصفقة (الفرع الثاني) .

1_ سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص . 140 .
2_ مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص. 161 .

الفرع الأول

الأساس القانوني لسلطة الإنهاء الإداري للصفقة العمومية

اختلف الفقه الإداري في تحديد الأساس الذي ترتكز عليه سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد سواء كان دون خطأ من المتعاقد أو كجزاء ارتكبه المتعاقد أثناء التنفيذ.

أولا : أساس السلطة العامة:

يقصد بالسلطة العامة في مفهومها الحديث بأنها مجموعة الامتيازات والسلطات الاستثنائية و غير المألوفة التي تتمتع بها الإدارة العامة الإضافية إلى مجموعة الالتزامات والقيود الفنية التي تستعين بها في أداء وظائفها ومهامها لتحقيق المصلحة العامة،وبالتالي فإن مدلول السلطة العامة في مدلولها الحديث تحمل عنصرين أحدهما إيجابي والآخر سلبي [1].

1- العنصر الإيجابي: يتضمن مجموعة الامتيازات والاختصاصات والسلطات الاستثنائية وغير المألوفة التي تتمتع بها السلطة الإدارية وتمارسها في مواجهة الأفراد مثل امتياز إصدار القرارات الإدارية والتنفيذ المباشر، ونظرية الشروط الاستثنائية في العقود، وهذه الامتيازات هي التي تجعل الإدارة العامة في مركز أسس من مركز الأفراد.

2- العنصر السلبي : وهو يتضمن مجموعة القيود والالتزامات والحدود التي تتقيد السلطة الإدارية عند القيام بوظائفها وأعمالها والتي لا مثيل لها في مجال القانون العادي و من بين هذه القيود والالتزامات وضرورة احترام هذه المصلحة العامة، احترام قواعد وأساليب اختيار المتعامل المتعاقد [2].

وبناءا على ما جاء سالفا و نظرا للارتباط الوثيق بين فكرة العقد الإداري وفكرة السلطة العامة، فإن هذه الأخيرة تلعب دورا أساسيا في إخضاع تنفيذ العقد إلى شروط استثنائية، تتمثل في حقها في إنهاء العقد كجزاء لإخلال المتعاقد الجسيم بالالتزامات التعاقدية أو أو إعمالا لسلطتها التقديرية في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة [3].

---

1 _ علاء الدين عشي، **مرجع السابق**، ص.200 .

2_ عمار عوابدي، **القانون الإداري(النظام الإداري)**، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 2005، ص. 147.

3_ مفتاح خليفة عبد الحميد، **مرجع سابق**، ص. 85.

يذهب اتجاه من الفقه إلى أن سلطة الإدارة في الإنهاء الإداري للعقد بإرادتها المنفردة يقوم على فكرة السلطة العامة أكثر من قياسه على فكرة الصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة ، ذلك أن فكرة السلطة في العقود الإدارية تتجسد في إصدار القرار التنفيذي وفي التنفيذ المباشر، أما فكرة الصالح أو مقتضيات سير المرافق العامة، فهي تصلح شرطا لممارسة هذه السلطة أكثر ما يكون أساسا قانونيا لها.

ثانيا : أساس المرفق العام:

يعرف المرفق العام بأنه كل مشروع تديره الدولة بنفسها أو تحت إشرافها لإشباع الحاجات العامة ليحقق المصلحة العامة.

و عليه فإن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد، تقدم على ضرورات الصالح العام و مقتضيات حسن سير المرفق العام بانتظام وباضطراد، إذ يجب أن يتوافق العمل الإداري مع تطورات المرفق العام [1].

و يذهب الدكتور سليمان محمد الطماوي،إلى أن للإدارة الحق في إنهاء عقودها التي أصبحت لا تتلاءم مع حاجيات المرفق أو التي تشكل عبئا ثقيلا عليه، لأنها أصبحت لا تحقق المصلحة العامة [2] وتتمثل المصلحة في توفير احتياجات المرافق العامة وضمان سيرها بصورة طبيعية في أداء الخدمات الموكلة إليها بصورة طبيعية ومنتظمة.

ثالثا : الأساس التوفيقي

يرى أنصار هذا الاتجاه أن سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد تستند إلى فكرة امتيازات القانون العام، التي تتمتع بها الإدارة في العقد الإداري إلى جانب فكرة احتياجات المرفق العام، فالشخص العام المتعاقد بحكم سعيه لتحقيق المصلحة العامة، وحسن سير المرفق العام وبمقتضى السلطة العامة التي يتمتع بها يستطيع أن ينهي من جانبه العقود التي هو طرف فيها وإن لم يرد النص على ذلك في العقد[3].

إلا أننا نرى في الأخير أن الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في إنهاء عقودها هو الحفاظ على المصلحة العامة، نتيجة لمجموعة الامتيازات التي اعترف بها المشرع للإدارة لتحقيق النفع العام .

1_حمد محمد حمد الشلماني، **مرجع السابق**، ص. 236.
2_محمد عبد الله حمود، **إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة** ، دار الثقافة ، الأردن ، 2002 ، ص. 54.
3_نصري منصور النابلسي، **العقود الإدارية (دراسة مقارنة)** ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ص.368 .

الفرع الثاني

صور و أنواع جزاء فسخ الصفقة العمومية

أولا : صور الفسخ الإداري

يتضمن القسم العاشر من الفصل الرابع من تنظيم الصفقات العمومية الجديد الاحكام القانونية التي تاطر الصور المختلفة للفسخ في مجال الصفقات العمومية ، و هي كالتالي :

أ_ الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة :

لم يشر المشرع الجزائري بين الفسخ على أساس الخطأ من قبل المتعامل المتعاقد ، المنصوص عليه في المادة ç'& من المرسوم الرئاسي 247/15 ، و التي تضمنت ما يلي : " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته ، توجه له المصلحة المتعاقدة اعذار ليفي بالتزاماته في اجل محدد ، و إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه أعلاه ، فان المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ، و يمكنها كذالك القيام بفسخ جزئي للصفقة " ، و الفسخ بالإرادة المنفردة بدون خطاء القائم على المصلحة العامة ، طبقا لنص المادة 150 من نفس المرسوم الرئاسي : " يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة ، حتى بدون خطا من المتعامل المتعاقد " ، و في هذه الحالة يلاحظ أن فكرة المصلحة العامة هي فكرة مطاطة و فضفاضة ، غير محددة المعالم ، مما يجعل من المتعاملين المتعاقدين الوطنيين و الأجانب في حالة من عدم الاستقرار القانوني ، خاصة أن النص اقر بعدم وجود خطا من قبل المتعامل المتعاقد ، وبالتالي كان على المشرع أن يحدد المعالم الأساسية لفكرة المصلحة العامة ، حتى لا يقع التعسف في استعمال الحق من قبل المصلحة المتعاقدة .[1]

ب_ الفسخ باتفاق الإرادتين :

نصت المادة 151 من ق.ص.ع.ت.م.ع ، على إمكانية الفسخ فيما يخص الصفقات العمومية ، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد ، و من اجل ضمان عدم الملاحقة القضائية من قبل المتعامل المتعاقد ضد المصلحة المتعاقدة ، فقد ألزمت المادة 152 الأخيرة بتوقيع الطرفين وثيقة الفسخ ، التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة و الأشغال الباقي تنفيذها ، و كذالك تطبيق بنود الصفقة بصفة عامة .

1_ بن احمد حورية ، مرجع سابق ، ص. 194 .

يعتبر قرار الفسخ الإداري للصفقات العمومية عبارة عن قرار إداري ، يشترط لصحته توافر كل من الأركان الشكلية و الموضوعية ، و خضوعه لمبدأ المشروعية ، الذي يخضع لرقابة القضاء الكامل و ليس قضاء الإلغاء ، باعتباره من الأعمال القانونية المرتبطة بالعملية التعاقدية ، و بالتالي لا يملك المتعامل المتعاقد إلا المطالبة بالتعويض في حالة إثباته عدم صدور الخطاء من جانبه ، أما بالنسبة للمصلحة العامة هي تخضع للسلطة التقديرية للإدارة ، و لا يمكن للمتعاقد أن يثبت عكسها .

ثانيا : أنواع فسخ الصفقة العمومية

هناك نوعان من الفسخ للصفقة و هما الفسخ الجزائي المجرد ، و الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد ، و هذا ما اخذ به المشرع الجزائري من خلال ما يلي :

أ_ الفسخ الغير القابل للاعتراض

يعني الفسخ إنهاء الرابطة التعاقدية تماما و يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، و يكون للإدارة المتعاقدة الحق في اقتضاء غرامات التأخير أو المطالبة بالتعويضات على الأضرار التي لحقتها نتيجة لفسخ العقد لخطأ المتعاقد [1]، و هذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال المادة 3/112 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي تنص على انه : " لا يمكن الاعتراض على المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان ، و المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطا المتعاقد معها . "

و كما نص في المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15 على انه : " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان ، و المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها ، و زيادة على ذالك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة . "

نلاحظ من خلال نص هاتين المادتين أن المشرع أكد على عدم قابلية الفسخ للاعتراض إذا لجأت الإدارة إلى تطبيق البنود الواردة في الصفقة ، و كما نجده قد أضاف من خلال تعديله للمرسوم الرئاسي العبء على المتعامل المتعاقد من خلال تحميله للتكاليف الإضافية التي قد تنجم عن الصفقة الجديدة ، و الحكمة التي أراد المشرع تحقيقها هي الاستمرار في فرض الضغوط المعنوية و القانونية على المتعامل

1_ مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص. 198 .

المتعاقد حتى يتقيد أكثر بالالتزامات التعاقدية بما يضمن حقوق الإدارة و يكرس مبدأ سير المرفق العامة بانتظام و اطراد ، و يكفل حقوق الجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام [1] .

و يرى البعض أن هذا الفسخ هو الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها بدون أن تحمله أية تعويضات ، نتيجة لفسخها البسيط للعقد الإداري ، و هنا تبدو الإدارة اقل صرامة في ممارستها لامتيازاتها في فسخ العقد بسبب أخطاء المتعاقد الجسيمة [2] .

و هذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال المادة 35 فقرة 05 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تنص على انه : " و على كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمره بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو فسخ الصفقة بدون قيد أو متابعة النظام المباشر للإدارة . "

يستنتج من هذه المادة قصد المشرع بصدد قوله عبارة " فسخ الصفقة دون قيد " رغبته في إجراء الفسخ الجزائي المجرد الذي يعفي المتعاقد مع الإدارة من النتائج المترتبة على إخلاله بالتزاماته العقدية و بحيث يستبعد هذا الفسخ التعويض ، سواء للمتعاقد مع الإدارة أو عليه .

ب_ الفسخ على حساب و مسؤولية المتعاقد

هذا النوع اشد جسامة و وطأة على المتعاقد المقصر ، إذ يكون الفسخ في هذه الحالة مصحوبا بإبرام عقد جديد لإتمام تنفيذ العقد الأصلي ، و يتحمل المتعاقد مع الإدارة الذي فسخ عقده فسخا جزائيا في هذه الحالة ، كافة الأعباء المالية المترتبة على قيام الإدارة بتعاقد جديد مع الغير ، سواء تعاقدت الإدارة بعقد أشغال عامة مع مقاول جديد لتنفيذ المشروع المتفق عليه أو تعاقدت مع مورد جديد في عقد التوريد لتوريد المواد المتفق عليها ، و كل ذالك على حساب المتعاقد مع الإدارة نتيجة إخلاله لالتزاماته العقدية [3].

و لكن بالرجوع للمرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على الفسخ الجزائي على حساب و مسؤولية المتعاقد ، و أن جميع أحكامه تتفق مع أحكام الفسخ الجزائي المجرد البسيط .

1_ بوضياف عمار، مرجع سابق ، ص. 219 .
2_حمد محمد حمد الشلماني ، مرجع سابق ، ص. 225 .
3_ المرجع نفسه ، ص. 226 .

و لكن بالجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة نجد أنها تضمنت و أشارت إلى هذا النوع من الفسخ بمقتضى المادة 3/35 التي تنص على انه: " ... يرفع الأمر بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه ... أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف ... "[1]

يستنتج من هذه المادة قصد المشرع بصدد قوله عبارة " على ذمة المقاول المتخلف " رغبته في الأخذ بالفسخ الجزائي على حساب و مسؤولية المتعاقد .

إضافة إلى ذالك تبنى المشرع الجزائري الفسخ لدواعي الصالح العام ، و الفسخ الإتفاقي ، أو من جانب واحد كأشكال للفسخ .

المطلب الثاني

حدود سلطة جزاء فسخ الصفقة و أثاره القانونية

تقوم الإدارة في حالة خطا المتعاقد ، أو ما يسمى عدم وفائه بالتزاماته التعاقدية بإعمال سلطتها في إنهاء العقد الإداري ، أي اتخاذ إجراء الفسخ الجزائي ، و الأصل أن فسخ العقد الإداري لا يقع إلا إذا ارتكب المتعاقد مع الإدارة خطا جسيم يبرر هذا الجزاء الصارم ، و توقعه الإدارة بإجراء إداري منها دون حاجة اللجوء إلى القضاء و لما كانت العقود الإدارية ذات تأثير مباشر على الاقتصاد الوطني و ارتباط وثيق بالخزينة العمومية ، كان لابد من أن تملك المصلحة المتعاقدة هذه السلطة لوضع حد لأي تقصير أو تجاوز يصدر من المتعاقد على أن تمارس الإدارة هذه السلطة ضمن الشروط المحددة في القانون (الفرع الأول).

قد يترتب على قيام الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة نتيجة لإخلال المتعاقد الجسيم بالتزاماته جملة من الآثار القانونية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

ضوابط ممارسة الإدارة لجزاء فسخ الصفقة

يشترط لممارسة الإدارة لسلطتها في الإنهاء الإداري للعقد نتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته الشروط الآتية:

1_ انظر المادة 3/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة ، مرجع سابق .

أولا : ارتكاب المتعاقد خطا جسيم

كل مخالفة من المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته العقدية تمثل خطا تعاقديا ، لكن لا يمكن إعمال سلطتها في فسخ الصفقة إلا إذا كان الخطأ المرتكب من المتعاقد على درجة كبيرة من الجسامة و الخطورة ، حتى يكون مبررا تستند إليه الإدارة لتوقيع جزاء الفسخ .

و يعرف " الخطأ الجسيم " بأنه عبارة عن إخلال صادر من المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري[1].

و تملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى جسامة الخطأ و كفايته لتقرير جزاء الفسخ ، و يستطيع قاضي العقد بناءا على طلب المتعاقد مع الإدارة المفسوخ عقده ، أن يقوم برقابة مدى ملائمة تقدير جهة الإدارة لمدى جسامة الخطأ و كفايته للإنهاء الجزائي [2].

فإذا تبين لقاضي العقد أن خطا المتعاقد مع الإدارة لم تكن درجة جسامته كافية و متناسبة مع توقيع جزاء الإنهاء ، فانه لا يمكنه الحكم بإلغاء قرار الإدارة بفسخ العقد و لكنه يحكم بتعويض مناسب للمتعاقد مع الإدارة [3].

و من الأمثلة على الأخطاء الجسيمة نجد أن مجلس الدولة الفرنسي اقر سلطة الإدارة في فسخ العقد في حالات معينة منها :

عدم تنفيذ أوامر المصلحية الموجهة من رجال الإدارة ، و كذالك ترك الأشغال و إهمال المواعيد المقررة لتنفيذ العقد ، أو التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة أو الالتجاء إلى الغش أو تسليم بضائع رديئة ، أو عجز المتعاقد عن تكملة التامين المالي خلال المدة المقررة ، و هي بعض التطبيقات التي استقرت أحكامه عليها في تبرير فسخ الصفقة العمومية [4].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري و بالرجوع للمرسوم الرئاسي 247/15 السابق ذكره ، و تحديدا نص المادة 149 منه نلاحظ انه لم يعطي تعريفا للخطأ الجسيم ، و عبر عنه بعبارات عامة تخلو من التفصيل بقوله :

1_ حمد محمد حمد الشلماني ، مرجع سابق ، ص. 211 .
2_ مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص. 176 .
3_ حمد محمد حمد الشلماني ، مرجع سابق ، ص. 211 .
4_ رشا محمد جعفر الهاشمي ، مرجع سابق ، ص. 100 .

" إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته ..."

نستنتج من خلال قوله هذا أن المشرع جعل كل إخلال بالتزامات التعاقدية أخطاء تبرر توقيع الفسخ ، غير انه يفضل ذكر الحالات الرئيسية حتى تتبين اتجاهات المشرع في هذا الشأن ، بالرجوع إلى نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر نجد عبارة " عدم التنفيذ " إذن فهي تأخذ ثلاث صور كما يلي :

_الصورة الأولى: التوقف عن التنفيذ و هنا يتوقف المتعاقد تماما دون إذن من الإدارة .

_ الصورة الثانية: التنفيذ السيئ و هنا يكون المتعاقد في حالة نشاط إلا أن تنفيذه يخالف ما تم الاتفاق عليه من حيث طريقة التنفيذ أو الوسائل و المواد المستخدمة في ذالك و قد عبرت عنه المادة 147 من م ر 247/15 بالتنفيذ غير المطابق.

_ الصورة الثالثة : عدم مراعاة الآجال و هنا لا نعني بها اجل التسليم النهائي فقط و إنما كل الآجال المرحلية لأنه عادة ما يتم تقسيم الصفقة إلى مراحل تتطلب كل واحدة منها تنفيذ جزء معين من هذه الصفقة ، فان وقع التأخير في أي شرط جاز للإدارة فسخ العقد لأنه بالضرورة سيؤدي إلى التأخر في الأجل النهائي .

و لكن بالرجوع إلى دفاتر الشروط الإدارية العامة نجدها تضمنت أحكام فسخ الصفقة و أشارت إلى العديد من الأخطاء التي يرتكبها المقاول و التي تعتبر من قبيل الأخطاء التي تبرر الفسخ و المتمثلة فيما يلي :

_ عدم مباشرة المقاول للأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري .[1]

_ عدم الالتزام الدقيق بتنفيذ أوامر المصلحة

_ رفض المقاول للتغيرات المفروضة عليه خلال العمل ، كالأوامر الصادرة من المهندس المعماري [2].

_ التعامل الثانوي من دون موافقة المصلحة المتعاقدة [3].

1_ انظر المادة 01/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة .
2_ انظر المادة 4/12 و 5 المرجع نفسه.
3_ انظر المادة 03/11المرجع نفسه.

_ وقوع أعمال التدليس و المخالفات المتكررة لشروط الشغل ، أو التقصير الخطير في الالتزامات المتعاقدة عليها [1]، و تجدر الإشارة في هذه الحالة إلى أن المصلحة المتعاقدة لا تكتفي بتوقيع جزاء الفسخ نظرا لجسامة هذا الفعل بل يتعدى ذالك إلى إقصاء المقاول لوقت محدد أو إقصائه نهائيا من الصفقات التي تجريها إدارته ، طبقا للمادة 75 من م ر 247/15 .

ينبغي توضيح أن هذه الأخطاء الجسيمة المبررة التي نص عليها المشرع صراحة ذكرت على سبيل المثال لا الحصر ، و من ثم يجوز للإدارة اللجوء إلى فرض هذه الجزاءات في غير الحالات المنصوص عليها ، على أن تخضع في ذالك لرقابة القضاء بصدد تقدير ملائمة الفسخ ، احتراما لإرادة المشرع [2].

ثانيا : الاعذار

يقصد بالاعذار وفقا للقواعد العامة ، بأنه إثبات قانوني لحالة تأخير المقاول في تنفيذ التزاماته و يهدف في عقود الأشغال العامة إلى إثبات عدم وفاء المقاول بالتزاماته من الناحية القانونية [3].

و قد اوجب القانون المنظم للصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة ضرورة اعذار المتعاقد مقاولا كان أو موردا قبل توقيع الفسخ للصفقة [4]، و هو ما قررته المادة 149 المذكورة سابقا ، و لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما اوجب توجيه الاعذار للمتعامل المتعاقد بهدف الوفاء بالتزاماته خلال مدة معينة ، فإذا كنا بصدد صفقة أشغال عامة و أن المتعامل المتعاقد توقف عن الأشغال مدة طويلة بما سينعكس سلبا على مدة انجاز العقد و بما سيؤثر على نشاط المرفق ، و في هذه الحالة توجه الإدارة المعنية اعذارا للمعني و تمنحه أجلا للوفاء بما تعهد به [5].

1_ انظر المادة 02/11 من دفتر الشروط الادارية العامة.
2_ عمار بوضياف ، **شرح تنظيم الصفقات العمومية** ، مرجع سابق ، ص. 217 .
3_ مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص. 187 .
4_ المحكمة العليا ، الغرفة الإدارية ، قرار رقم 206990 ، المؤرخ في 2001/10/12 ، المجلة القضائية الجزائرية ، العدد 01 ، 2001 . و الذي جاء في مضمونه أن الإدارة لم توجه إنذار للمتعامل المتعاقد معها قبل توقيع جزاء الفسخ لاسيما و إن المادة 6 و المادة 35 من العقد تقتضيان ضرورة الاعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ .
5_ تنص المادة 4/147 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، السابق ذكره ، على انه : " ... و يطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو استيقافها . "
و كما تنص نفس المادة في فقرتها 6 من ذات المرسوم على انه : " ... و في كلتا الحالتين يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية بسبب التأخير ، تحرير شهادة إدارية .

و إن كان المرسوم قد أشار بوضوح إلى أن بيانات الاعذار و أجاله يحددها قرار صادر عن وزير المالية،[1]و بالفعل صدر قرار[2] بتاريخ 2011 إذ نصت المادة 2 منه أنه : الفسخ من جانب واحد لصفقة من طرف مصلحة متعاقدة لا يتم إلا بعد توجيه اعذارين للمتعامل المتعاقد العاجز كما وصفته المادة المذكورة، و بينت المادة من القرار مضموم الاعذار و أوجبت ذكر البيانات التالية :

_ تعيين المصلحة المتعاقدة .

_ تعيين المتعامل المتعاقد .

_ التعيين الدقيق للصفقة و مراجعتها .

_ توضيح أن كان أول أو ثاني اعذار .

_ موضوع الاعذار .

_ الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الاعذار .

_ العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ .

_ أما فيما يخص شكل الاعذار فقد بينته المادة 4 بأنه يتم برسالة موصى عليه ترسل إلى المتعامل مع إشعار بالاستلام ، و تنشر وجوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.[3]

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على فسخ الصفقة

تختلف الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي في قسوتها بالزيادة و النقصان حسب نوع الفسخ الذي تستهدفه الإدارة فيما إذا كان الفسخ الجزائي البسيط المجرد أو الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد [4]، بحيث ينتج عن قيام المصلحة المتعاقدة بتقرير الفسخ الجزائي بنوعيه عدة أثار قانونية تختلف باختلاف

1_ عمار بوضياف ، **شرح تنظيم الصفقات العمومية** ، مرجع سابق ، ص. 217 .

2_قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 28 مارس سنة 2011 ، يحدد البيانات التي يتضمنها الاعذار و آجال نشره ، ج ر ، العدد 24 ، الصادر في 20 ابريل سنة 2011 .

3_ و في صفقات الأشغال العامة كثيرا ما تستعمل الإدارة وسائل الإعلام المكتوبة كالجرائد قبل ممارسة سلطة الفسخ و هذا ما توضحه الاعذارات المنشورة يوميا في الجرائد .

4_ مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 351 .

نوعي الفسخ ، و مع ذالك هناك من الآثار ما هو مشترك بين نوعي الفسخ ، و منها ما هو خاص بالفسخ دون قيد الفسخ الجزائي المجرد البسيط ، و منها ما هي خاصة بالفسخ على حساب المتعامل المتعاقد كما يلي :

أولا : الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ

يترتب على قيام المصلحة المتعاقدة بإصدارها قرارها بفسخ الصفقة سواء كان فسخا مجردا أم فسخا على مسؤولية المتعاقد عدة أثار قانونية نذكر أهمها :

_ إنهاء العلاقة التعاقدية بين طرفي الصفقة بالنسبة للمستقبل ، و ذالك من تاريخ الإعلان بقرار الفسخ إلى المتعاقد أو ابتداء من تاريخ المحدد في قرار المصلحة المتعاقدة بالفسخ [1].

_ يشمل الفسخ الجزائي سواء المجرد البسيط أو الفسخ على مسؤولية المتعاقد الصفقة كلها أو جزءا منها ، كما هو عليه الحال في الجزاءات الضاغطة[2] .

_ يترتب عن كلا النوعين استبعاد المتعاقد نهائيا نتيجة لفسخ عقده بالتالي يتحتم عليه إخلاء أماكن العمل في صفقة الأشغال العامة في المواعيد التي تحددها المصلحة المتعاقدة ، إذا تأخر في الإخلاء أو رفض ذالك جاز لهذه الأخيرة إخلاء هذه الأماكن على نفقته و مسؤوليته ، و خصم المبالغ المستحقة لها من مبالغ التامين أو بيع أدواته عن طريق المزاد [3].

ثانيا : الآثار الخاصة بفسخ الصفقة دون قيد

كما هو معلوم بان هذا الجزاء يعتبر اقل صرامة من جزاء الفسخ على مسؤولية المتعاقد ، و تترتب عليه جملة من الآثار نوردها كما يلي :

_ إنهاء صفقة الأشغال العامة و صفقة اللوازم فورا و دون إي قيد أو شرط ، فهو يقطع العلاقة نهائيا بين المقاول و جهة الإدارة .[4]

_ تستطيع المصلحة المتعاقدة عند توقيع الفسخ الجزائي المجرد البسيط أن تفرض على المتعاقد الجزاءات المالية إذا توافرت أسبابها القانونية ، فبالنسبة لغرامة التأخير فإنها تفرض على المتعاقد المفسوخ عقده في

1_ سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص. 159 .
2_ انظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، مرجع سابق .
3_ انظر المادة 4/23 ، 3 ، 2 من دفتر الشروط الإدارية العامة .
4_ مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص. 354 .

الفترة السابقة على صدور جزاء الفسخ لاختلاف السبب في توقيع كلا منهما ، كما يمكن الحصول على التعويض للضرر الذي يصيبها قبل صدور قرار الفسخ ، سواء كان هذا الضرر ناتجا عن وقف تنفيذ الأشغال العامة ، أو عن عدم توريد الأصناف في صفقة التوريد أو كان الضرر ناتجا عن الفسخ ذاته .[1]

_ يتم استلام الأشغال المنفذة طبقا لنصوص العقد و كراسة الشروط ، كذالك يتم تصفية العقد ، كما يجب على المقاول أن يقوم بإثبات الأشغال التي تم تنفيذها أو الأجزاء المنفذة من هذه الأشغال ، و أن يقوم بإجراء جرد للمواد الخام و المؤمن ، و أن يقوم كذالك بإجراء جرد وصف المواد و التجهيزات و الأدوات المتعلقة بالعمل ، إلى جانب ذالك يجب عليه أن يعد محضرا يضمنه استلام الأشغال أو الأجزاء المنفذة منها .

_ لا يتحمل المقاول المصروفات التي تنفقها الإدارة من اجل إبرام عقد جديد لتنفيذ الأشغال العامة المتبقية من العقد الأصلي ، كما أن الإدارة لا تستطيع إبرام عقد جديدا إلا بعد فسخ العقد الأصلي .[2]

ثالثا : الآثار الخاصة بالفسخ على حساب و مسؤولية المتعاقد

هذا النوع من الفسخ اشد جسامة و وطأة على المتعاقد المقصر إذ يكون الفسخ في هذه الحالة مصحوبا بإبرام عقد جديد لإتمام تنفيذ العمل الأصلي ، حيث يتحمل المقاول الذي تم فسخ عقده بهذا النوع من الفسخ كافة الأعباء المالية المترتبة على قيام الإدارة بتعاقد جديد مع الغير ، و أمام هذا الاختلاف مع النوع الأول يؤدي إلى اختلاف الآثار عنه و تكمن أهمها فيما يلي :

_ إبرام صفقة جديدة مع متعامل أخر لانجاز الالتزامات التي تخلف عنها المتعاقد الأصلي و للمصلحة المتعاقدة أن تختار كيفية الإبرام التي تراها ملائمة ، فلها أن تلجا إلى إجراء المناقصة ، كما لها أن تلجا إلى إجراء التراضي و هذا حسب المواد 59 ، 49 ، 51 من المرسوم الرئاسي 247/15 .

_ يتحمل المقاول المفسوخ عقده جميع النفقات التي أنفقتها الإدارة في سبيل إبرام العقد مع مقاول أخر ، بما في ذالك الزيادة التي ترتبت عن إبرام العقد الجديد مقارنة بالعقد الأصلي ، بشرط أن لا تكون مبالغا فيها ، أما في حالة نقص نفقات اختيار المقاول الجديد بالمقاولة بالعقد ، فان المقاول المفسوخ عقده لا يحق

1_ سبكي ربيحة ، مرجع سابق ، ص. 160 .
2_ مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص. 355 .

له المطالبة بهذا التعويض .[1] و للمصلحة المتعاقدة الحق بالاحتفاظ بفارق المصروفات إذا كانت الصفقة الجديدة اقل سعرا من الصفقة الأصلية .

خلاصة الفصل الثاني

تتدرج الجزاءات الإدارية التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه هذا الأخير ، فكلما كان الخطأ جسيما كلما أصبحت العقوبة اشد قسوة ابتداء من الجزاءات المالية ، ثم الجزاءات الضاغطة ، وصولا إلى جزاء الفسخ ، الذي يهدف إلى إنهاء العلاقة التعاقدية بصفة نهائية و قبل أوانها مع المتعاقد و انقضاء العقد ، و يتم توقيعه في الحالات التي يرتكب فيها المتعاقد مع الإدارة مخالفات جسيمة لا يجدي معها توقيع الجزاءات المالية أو الضاغطة في ردع المتعاقد مع الإدارة آو إصلاحه .

3_ مفتاح خليفة عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص. 363 .

الخاتمة

الخاتمة

تناولت الدراسة موضوع هاما من موضوعات القانون الإداري في مجال العقود الإدارية إلا و هو سلطات الإدارة العامة في مجال تنفيذ الصفقات العمومية ، و التي تأخذ طابعا متميزا و مستقلا عن عقود القانون الخاص ، فبمجرد إبرام الصفقة العمومية و دخولها حيز التنفيذ تصبح للمصلحة المتعاقدة سلطات أوسع نطاقا تجاه المتعامل المتعاقد معها نظرا لما تملكه من امتيازات تخولها حقا في استعمالها لهذه السلطات بإرادتها المنفردة .

و من خلال استعراض مختلف جوانب هذا البحث ، انتهت الدراسة إلى الكثير من النتائج و التي سنتناول أهمها ، ثم نقوم بتقديم التوصيات التي قد تساهم في إيجاد الحلول المناسبة للمشكلات التي قد تنشا نتيجة الالتزامات و الامتيازات بين طرفي العقد ، و تتمثل في :

_ تمارس المصلحة المتعاقدة الرقابة من خلال إرسالها لمندوبيها إلى موقع الأشغال للتأكد من تنفيذ الأشغال وفقا للشروط المتفق عليها و توجيه أعمال التنفيذ ، و ذالك باختيار انسب الطرق لضمان حسن سير المرافق العامة ، فدور الإدارة العامة لا يقتصر فقط على التأكد من تنفيذ العقد وفق مدرجاته ، و إنما يتسع لمحاولة تصويب الأوضاع قبل حدوث أي خلل في التنفيذ ، مع التزامها بمبدأ المشروعية عند إصدارها للقرارات الإدارية ، و هي سلطة ينبغي ان توافق الشروط المفروضة و إلا كانت عرضة للطعن أمام القاضي الكامل .

_إلى جانب ذالك نجد سلطتها في تعديل شروط الصفقة بإرادتها المنفردة ، فلها أن تزيد من أعباء المتعامل المتعاقد أو تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل ، و ذالك بغرض استمرار الصفقة و ضمان حسن تنفيذها ، على أن لا يتجاوز هذا التعديل إمكانيات المتعاقد و الضوابط الاتفاقية التي تنظم كيفية التعديل ، و القيود التشريعية التي تحكم مقدار تعديل بعض العقود و الا قامت المسؤولية الإدارية للإدارة أمام قاضي العقد .

_ تلجأ الإدارة في حالة تعسف المتعامل المتعاقد و انحرافه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية ، إلى ممارسة سلطات أخرى أكثر خطورة من سابقتها و المتمثلة في توقيع الجزاءات عند وجود أي إخلال ، بحيث نجد أن هذه الجزاءات لا تقف عند نوع واحد ، بل تتدرج حسب جسامة الأخطاء المرتكبة ، و تتعدد بالنظر إلى الأسس و المبادئ العامة التي تحكم و تنظم هذه السلطة إلى ما يلي :

_ جزاءات مؤقتة لا تنهي الصفقة منها جزاءات ذات طابع مالي لتغطية الضرر الذي لحقها من جراء الإخلال الذي ارتكبه المتعامل المتعاقد معها ، و منها ما يصل إلى حد استعمال الضغط و الإكراه بهدف

إجباره و إرغامه على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على الوجه الذي يستلزمه المرفق العام ، و ذالك بهدف إعادة تحقيق التوازن بين الالتزامات المتبادلة بين الأطراف المتعاقدة و تنفيذ الصفقة وفق للشروط و الكيفيات المتفق عليها .

_ جزاءات فاسخة تؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية ، و ذالك يكون في حالة الإخلال الجسيم بالالتزامات التعاقدية ، في حال لم تجد المصلحة المتعاقدة أي فائدة من تقويم المتعامل المتعاقد معها بحيث يتسم هذا النوع من الجزاءات بطابع العقوبات .

_ و للإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته بإرادتها المنفردة دون الحاجة للجوء إلى القضاء ، و هذه السلطة مستقلة حتى و لو لم يتضمنها العقد ، و تخضع جهة الإدارة لرقابة القضاء الإداري المختص فيما توقعه من جزاءات إذا أخطأت الإدارة أو تعسفت في استعمال سلطتها في توقيع الجزاءات ، و للمتعاقد اللجوء إلى القضاء الإداري في هذه الحالة .

_ تمارس المصلحة المتعاقدة السلطات المخولة لها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة من دون وساطة القضاء ، فهي ليست بحاجة إلى وجود نص يسمح لها بممارسة هذه السلطات فهي تستمدها من الطبيعة و الخصائص التي تميز الصفقات العمومية و التي يراعى في تنفيذها تغليب الصالح العام على الصالح الخاص .

_ في إطار دراستنا لامتيازات المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية سجلنا النقائص و الانتقادات التالية :

1_ قصور تنظيم المرسوم الرئاسي للصفقات العمومية 247/15 عن تنظيم هذه السلطات ، و عدم تفصيله الجيد لشروطها ، إذ وردت سلطة الرقابة في مادة واحدة هي المادة 148 ، و غابت الجزاءات الضاغطة رغم خطورتها ، ووردت الجزاءات المالية بشكل هزيل ، أما الفسخ فقد جاء في أربعة مواد دون بيان شروطه مما يفتح المجال لتعسف المصلحة المتعاقدة .

2_ لم يفصل المشرع الإداري الجزائري فيما يخص بالجزاءات المؤقتة الغرامة التاخيرية بالرغم من أهميتها في الواقع العملي ، حيث يكثر حالات تخلف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في المدة المنصوص عليها في الصفقة ، كما أن عدم تحديده لطبيعة الأخطاء الجسيمة التي تبرر توقيع الجزاءات الضاغطة قد يؤدي إلى التعسف من طرف المصلحة المتعاقدة أثناء توقيعها .

3_ تعد مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية من أهم مراحل التي تبرز فيها المصلحة المتعاقدة سلطتها سواء التي تهدف إلى متابعة تنفيذها و إلى توقيع الجزاءات في حالة الإخلال بالتزامات التعاقدية ، غير ان المشرع الجزائري لم يخصص لها قسم في قانون الصفقات العمومية رغم تعلقها الشديد بالمصلحة العامة .

4_ لم يفصل المشرع فيما يخص الجزاءات المؤقتة خاصة فيما يتعلق بالغرامة التاخيرية و مصادرة مبلغ الضمان من خلال وضع تعريف محدد لها ،و تحديد طبيعة الأخطاء و قيمتهما ، و هو ما يوقعنا في اللبس بينها .

5_اغفل المشرع الجزائري تماما الجزاءات الضاغطة مع ضرورة تحديد الأخطاء و الأفعال التي تبرر توقيع هذا الجزاء مما يؤدي لتعسف من طرف المصلحة المتعاقدة أثناء توقيعه ، حيث يجب عليها أن تراعي التناسب بين الخطأ و الجزاء المقرر له .

*سمحت لنا الدراسة بتقديم المقترحات المتواضعة التي قد تساهم في إثراء هذا الموضوع مستقبلا و التي يمكن من خلالها المشرع الجزائري مراعاتها و استيعابها فيما يلي :

1_ يتعين على المشرع الجزائري منح العناية اللازمة لسلطات المصلحة المتعاقدة في تنظيم الصفقات العمومية ، حتى لا يضطر الباحث إلى العودة لدفتر البنود التعاقدية الذي يعود لزمن بعيد تجاوزته الأحداث .

2_ نقترح أن يتولى المشرع الجزائري بيان شروط و ضوابط ممارسة كل سلطة ، حتى لا تتعسف الإدارة في ممارستها .

3_ نتمنى أن يدقق مشرعنا في الجزاءات المترتبة عن تعسف الإدارة في ممارسة سلطاته .

4_ نتمنى أن يضاعف القاضي الإداري الجزائري جوهره في سبيل إرساء ممارسة هذه السلطات قضائيا كما فعل نظيريه الفرنسي و المصري .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا:المراجع باللغة العربية

1_ الكتب:

1- أحمد سلامة بدر ، **العقود الإدارية و عقود الثبوت** ، مكتبة دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003.

2- حمد محمد حمد الشلماني ، **امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ،2007 .

3- رشا محمد جعفر الهاشمي ، **الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها دراسة مقارنة** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2010.

4- رياض عيسى ، **نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري** ، د.م.ج ، الجزائر ، 1985

5- طعيمة الجرف ، **القانون الإداري** ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، 1970.

6- طارق سلطان ، **سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية و ضوابطها (دراسة مقارنة)** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010.

7- عادل بوعمران ، **النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية (دراسة تشريعية – فقهية – قضائية)** ، دار الهدى ، الجزائر ، 2010.

8- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، **الأسس العامة للعقود الإدارية(الإبرام – التنفيذ – المنازعات)** ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 .

9- _____ ، **تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما** ، دار المعارف ، الإسكندرية ، 2009.

10- _____ ،**مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات الإدارية و العقود الإدارية)** ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ،2007 .

11- عبد العالي سمير ، **الصفقات العمومية و التنمية** ، دار الأفاق المغربية ، الرباط ، 2010.

12- عبد الله بن حمد الوهيبي ، **القواعد المنظمة للعقود الإدارية و تطبيقاتها في المملكة العربية السعودية** ، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية ، السعودية، 2002 .

13- علاء الدين عشي ، **مدخل القانون الإداري التنظيم الإداري** ، دار الهدى ، الجزائر ، 2012.

14- عبد الرزاق السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام** ، ج 2، بيروت ، 1982.

15- عمار بوضياف ، **الصفقات العمومية في الجزائر(دراسة تشريعية و قضائية و فقهية)**،ط1 ،جسور للنشر و التوزيع،الجزائر،2007.

16- _____، **شرح تنظيم الصفقات العمومية** ، الطبعة الثالثة ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2011.

17- عمار عوابدي ، **القانون الإداري** ، **النشاط الإداري** ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2000

18- _____، **القانون الإداري(النظام الإداري)**، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 2005.

19- مازن ليلو راضي ، **دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ،2002 .

20- محمد الصغير بعلي ، **العقود الإدارية** ، دار العلوم ، عنابة ، 2005 .

21- _____، **القرارات و العقود الإدارية** ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الجزائر ، 2017 .

22- محمد سليمان الطماوي ، **الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة** ، ط 5 ، جامعة عين الشمس ، القاهرة ، 1991 .

23- محمود خلف الجبوري ، **العقود الإدارية** ، ط1 ، دار الثقافة و التوزيع ، عمان ، 2010 .

24- محمود عاطف البنا ، **العقود الإدارية** ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2008 .

25- محمد عبد الله حمود، **إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة** ، دار الثقافة ، الأردن ،2002 .

26- محمد فؤاد عبد الباسط ، **العقد الإداري المقومات و الإجراءات و الآثار** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،2002.

27- مفتاح خليفة عبد الحميد ، **إنهاء العقد الإداري** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007.

28- _____، **إنهاء العقد الإداري** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2000.

29- مصطفى ابو زيد فهمي ، **الوسيط في القانون الإداري** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية2000 .

30- محمود محمد حافظ ، **القضاء الإداري (دراسة مقارنة)** ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1966.

31- ناصر لباد ، **القانون الإداري النشاط الإداري**، دار المجد ، الجزائر ، 2004.

32- _____، **الوجيز في التنظيم الإداري – النشاط الإداري** ، لباد للنشر ، الجزائر ، 2006.

33- نصر الدين محمد بشير ، **غرامة التأخير في العقد الإداري و أثارها في تسيير المرفق العام** ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007.

34- نصري منصور النابلسي، **العقود الإدارية (دراسة مقارنة)** ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت .

35- هيثم حليم غازي ، **سلطات الإدارة في العقود لإدارية دراسة تطبيقية** ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2014.

2_ الأطروحات و المذكرات الجامعية :

أ_ أطروحات الدكتوراه :

1_ بن احمد حورية ، **الرقابة الإدارية و القضائية على الصفقات العمومية** ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية ، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقا يد ، الجزائر ، 2017.

2_ بن شعبان علي ، أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه ، أطروحة دكتوراه ، جامعة قسنطينة ،2011.

3_ حليمي منال ، **تنظيم الصفقات العمومية و ضمانات حفظ المال العام في الجزائر** ، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2016 .

4_ سعيد عبد الرزاق باخيرة ، **سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة** ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر ،2008 .

5_ علي عبد العزيز الفحام ، **سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري دراسة مقارنة** ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، عين الشمس 1975 .

ب_مذكرات الماجيستر:

1_ بن دعاس سهام ، **المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون الإداري و المؤسسات الدستورية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة باجي مختار ، عنابة ، 2005.

2_ سبكي ربيحة ، **سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون الإجراءات الإدارية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2013 .

3_ مايا بن قلفاط ، **وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية في القانون الجزائري** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2003-2002.

ج_ مذكرات الماستر :

1_ ازاريب نبيل ، **سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها** ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق ، جامعة بسكرة ، الجزائر، 2014 .

2_ بوستة ليندة ، **سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية** ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، فرع قانون إداري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2015.

3_ بن دراجي عثمان ، **سلطات المصلحة المتعاقدة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 في 2015/9/16 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون إداري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2015.

4_ جمال سعد الله ، **المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية من منظور التشريع الجزائري** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، فرع القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة محمد بوضيلف ،د س ن ، المسيلة.

5_ صياد رحيمة ، سعيدي كاتية ، **ضمانات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، فرع قانون عام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية ، 2016.

6_ عطه صوفيان ، عروج يونس ، **النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 247/15** ،مذكرة لنيل شهادة ماستير في الحقوق ، تخصص قانون الجماعات الإقليمية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2015.

3_ المقالات و المداخلات:

ا_ المقالات:

1_ محمود أبو السعود ، **سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري** ، **مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية** ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس، العدد الأول ، 1997 .

ب_ المداخلات :

1_نجاة طباع ، **الحماية القانونية للمال العام من جانب اختيار المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية بين الامتيازات و** العراقيل ، **أعمال الملتقى الوطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام** ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة يحي فارس ، المدية الجزائر ، يومي 10-21 ماي.

4_ النصوص القانونية :

ا_ النصوص التشريعية:

-أمر رقم 75-58 مؤرخ في20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج ، عدد 78 ، صادر في 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، ج.ر.ج.ج ،عدد 44 ، صادر في 26 جوان 2005 ، معدل و متمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج.ر.ج.ج. عدد 60 ، صادر في 4 سبتمبر 2007 .

ب_النصوص التنظيمية:

_ **مرسوم رئاسي رقم 236/10 ، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010** ،يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر ، عدد 58 ، الصادر في 7اكتوبر 2010 ، المعدل و المتمم بموجب المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 1 مارس 2011 ،ج.ر ، عدد 14، الصادر في 6 مارس 2011 ، و بموجب المرسوم الرئاسي 11-222، المؤرخ في 11 جوان 2011 ،ج.ر ،عدد 34 ، الصادر في 19 جوان 2011 ، و بموجب المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012 ، ج.ر.ج.ج ، عدد 4 ، الصادر في 2012 ، و بموجب المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013 ، ج.ر ، عدد 2 لسنة 2013 (ملغى) .

_ **مرسوم رئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015** ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، ج.ر.ج.ج ، عدد 50 ، صادر في 20 سبتمبر 2015 .

5_ القرارات الفردية :

قرار صادر عن وزير البناء و الأشغال العمومية و النقل ، في 1964/11/21 ، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل ، ج ر ، العدد 06 ، الصادرة في 19 يناير سنة 1965 .

6_ الاجتهادات القضائية :

_ المحكمة العليا ، الغرفة الإدارية ، قرار رقم 65143 ، المؤرخ في 1989/12/16 ، ، المجلة القضائية الجزائرية ، العدد 01 ، 1989 .

_ المحكمة العليا ، الغرفة الإدارية ، قرار رقم 65145 ، المؤرخ في 1989/12/16 ، ،المجلة القضائية ، العدد 1 ، الجزائر ، 1991.

_ المحكمة العليا ، الغرفة الإدارية ، قرار رقم 206990 ، المؤرخ في 2001/10/12 ، المجلة القضائية الجزائرية ، العدد 01 ،2001.

_ مجلس الدولة الجزائري ، قرار رقم 020289 مؤرخ في 2005/07/12 ، ، مجلة مجلس الدولة ، الغرفة الأولى ،العدد 07 ،الجزائر ، 2005 .

ثانيا :المراجع باللغة الفرنسية

A_ Ouvrages :

1_ LAJOYE Christophe, **Droit des marchés publics**, Berti éditions, Alger, 2007.

2__ KOBTAN Mohamed **Le régime juridique des contrats de secteur** public, OPU, Alger, 1984.

3_ M .SABRI, K .AOUDIA, M .LALLEM, **Guide de gestion des marchés publics, édition du SAHEL, Algérie ,2000 .**

B_ ARTICLES

1_ ALFONSO Jean, **la nationale marche public**, **revue du conseil d'état**, Imprimerie de la Direction de l'information légale et administratives-conseil d'état français-, paris France, N°03, 2003.

2_ LIBERT Xavier, " **Les modifications du marché au cours d'exécution** ,» A .j .d .a, Numéro spécial, Dalloz, 1994.

3_ FABRICE Gartner, **Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général**, RFDA, N° 01, Dalloz, 2006.

ثالثا : مواقع الانترانت

1_محمد الشافعي أبو راس ، **العقود الإدارية** ، كلية الحقوق ، جامعة بنها ، القاهرة ، د س ن ، ص 93 .
انظر الموقع : 15/03/2018 (http://www.pdffactory.com)LE

فهرس

الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة	2
الفصل الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة في الرقابة و التعديل أثناء تنفيذ الصفقة العمومية	7
المبحث **الأول**:سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية	8
المطلب **الأول**:مفهوم سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية	9
الفرع الأول:الأساس القانوني لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية	9
أولا : أساس سلطة الرقابة المكرسة قانونا (في وجود نص).	10
1_ الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية	10
2_الأساس التشريعي لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية	12
ثانيا : أساس سلطة الرقابة في غياب النص	13
الفرع الثاني:صور الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية	15
أولا : سلطة الإشراف على الصفقة العمومية	15
ثانيا : سلطة التوجيه في الصفقة العمومية	16
المطلب الثاني:حدود و مظاهر سلطة الرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية	17
الفرع الأول:ضوابط ممارسة سلطة الرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية	18
أولا : ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة	18
ثانيا : وجوب صدور القرارات الخاصة في حدود المشروعية	19
ثالثا : ألا تؤدي سلطة الرقابة إلى تغيير مضمون و طبيعة الصفقة	19
الفرع الثاني:تطبيقات سلطة الرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية	20
أولا : تطبيقات سلطة الرقابة على تنفيذ صفقات الأشغال العامة	20
1_ الأمر ببدء في تنفيذ المشروع	21
2_تحديد خطوات سير العمل و مواعيد تسليم الأشغال	22
3_الأمر بهدم الأشغال آو وقف العمل بها مؤقتا	22
4_ الأمر باستبدال عمال المقاول	23
ثانيا : مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة اللوازم	24
1_ مظاهر سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقود التوريد و الخدمات	25
2_ مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ عقود التوريد الصناعية	25
المبحث الثاني:سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية	27
المطلب الأول:الأحكام العامة لسلطة تعديل شروط الصفقة العمومية	27

الفهرس

الفرع الأول:الأساس القانوني لسلطة تعديل شروط الصفقة العمومية	28
أولا : السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل	28
ثانيا : المرفق العام كأساس لسلطة التعديل	29
ثالثا : موقف المشرع الجزائري من الأساس القانوني لسلطة تعديل الصفقة العمومية	30
الفرع الثاني:مظاهر و تطبيقات سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية	31
أولا : مظاهر سلطة التعديل أثناء تنفيذ الصفقة العمومية	31
1_ التعديل في مقدار التزامات المتعاقد	31
2_التعديل في وسائل و طرق تنفيذ الأداءات	33
3_ التعديل في مدة التنفيذ	34
ثانيا : تطبيقات سلطة التعديل أثناء تنفيذ الصفقة العمومية	35
1_ التعديل في صفقات الأشغال العامة	35
أ_ عدم المساس بجوهر الصفقة	35
ب_ عدم جواز التكليف بأعمال جديدة	35
ج _ الأعمال الغير متوقعة	36
د_ الأعمال الإضافية	36
2_ التعديل في صفقات التوريد	36
أ_ التعديل في عقود التوريد العادية	37
ب_ التعديل في عقود التوريد الصناعية	37
المطلب الثاني: آليات و حدود سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية	37
الفرع الأول:التعديل عن طريق الملحق	38
أولا : شروط ممارسة الملحق	38
ثانيا : حالات خضوع الملحق للرقابة	39
1_ حالة الظروف الاستثنائية غير متوقعة	39
2_ حالة إقفال ملف الصفقة	40
3_ حالة العمليات الجديدة	40
ثالثا : أنواع الملاحق	40
1_ ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة	40
2_ ملحق التغيير :	41
3_ ملحق الإقفال النهائي للصفقة	41

الفهرس

الفرع الثاني: حدود سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية	41
أولا : أن يكون للتعديل أسباب موضوعية	41
ثانيا : صدور قواعد التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية	42
ثالثا : اقتصار التعديل على الشروط المتصلة بموضوع الصفقة	43
الفصل الثاني: سلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة	47
المبحث الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية و الضاغطة في تنفيذ الصفقة العمومية	49
المطلب الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية	49
الفرع الأول: الغرامات المالية	49
أولا : تعريف الغرامة التأخيرية	50
ثانيا : خصائص الغرامة التأخيرية	51
أ_ الطابع ألاتفاقي للغرامة التاخيرية	51
ب_ الطابع التلقائي	52
ثالثا : الإعفاء من الغرامة التاخيرية	53
الفرع الثاني: مصادرة مبلغ الضمان و التعويض	55
أولا : تعريف مصادرة مبلغ الضمان	55
1_ أنواع مصادرة التأمينات **:**	56
أ_ التامين المؤقت	56
ب_ التامين النهائي :	56
2_ الإعفاء من تقديم الضمان	57
ثانيا: التعويض	58
1_ تعريف التعويض:	58
2_ كيفية تحصيل التعويض	59
المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع وسائل الضغط	59
الفرع الأول: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة	60
الفرع الثاني: الشراء على حساب المتعاقد المتعامل المقصر في عقود التوريد	62
أولا : خصائص الشراء على حساب المورد	63
ثانيا : الرقابة القضائية على جزاء الشراء على حساب مسؤولية المورد	64
المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الفاسخة	65
المطلب الأول: مفهوم الجزاءات الفاسخة في تنفيذ الصفقة العمومية	65
الفرع الأول : الأساس القانوني لجزاء فسخ الصفقة العمومية	67

الفهرس

أولا : أساس السلطة العامة	67
ثانيا : أساس المرفق العام	68
ثالثا : الأساس التوفيقي	68
الفرع الثاني: صور و أنواع جزاء فسخ الصفقة العمومية	69
أولا : صور الفسخ الإداري	69
أ_ الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة :	69
ب_ الفسخ باتفاق الإرادتين	69
ثانيا : أنواع فسخ الصفقة العمومية	70
أ_ الفسخ الغير القابل للاعتراض	70
ب_ الفسخ على حساب و مسؤولية المتعاقد	71
المطلب الثاني : حدود سلطة جزاء فسخ الصفقة و اثاره القانونية	72
الفرع الأول: ضوابط ممارسة الإدارة لجزاء فسخ الصفقة	72
أولا : ارتكاب المتعاقد خطا جسيم	73
ثانيا : الاعذار	75
الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة على جزاء فسخ الصفقة	76
أولا : الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ	77
ثانيا : الآثار الخاصة بفسخ الصفقة دون قيد	77
ثالثا : الآثار الخاصة بالفسخ على حساب و مسؤولية المتعاقد	78
الخاتمة	81
قائمة المراجع	85
الفهرس	92

ملخص

اعترف المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية ، بممارسة جملة من السلطات المتمثلة في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية من خلال سلطتي الرقابة و التعديل الانفرادي لشروط الصفقة من خلال الملحق و كذا سلطة إيقاع الجزاءات و سلطة إنهاء العقد.

إن هذه السلطات لا يجب أن تستعمل من طرف المصلحة المتعاقدة لتتعسف و تضعف المتعامل المتعاقد مع احترام المنظومة القانونية لا سيما المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العمومي .

Résumé :

Le législateur algérien a reconnu en faveur du service contractant pendant l'étape d'exécution de droit d'exercer un ensemble de pouvoirs dans le droit de suivre l'exécution du marche public a travers des deux pouvoirs dont , celui du contrôle et celui de la modification unilatérale des clauses du marche par l'outil de l'avenant, ainsi le pouvoir d'affliger des sanction en cas de violation de l'operateur économique de ses obligation , et le pouvoir de résiliation de la relation contractuelle en cas dune violation grave .

Ces pouvoirs doivent respecter les disposition juridiques qui garantissent la protection des droits individuelles, et sans abus de droit envers le cocontractant, et au même temps le service contractant lui même doit respecter la réglementation des marches publics actuel le décret présidentiel 15/247 portant réglementation des marches publics et des délégations de service public.