جامعة أبو بكر بلقايد

كلية الحقوق والعلو م السياسية

قسم القانون العام

محاضرات في مقياس العقود الإدارية المعمق

مطبوعة بيداغوجية موجهة إلى طلبة السنة الأولى ماستر

تخصص قانون عام

من إعداد الأستاذة:

دايم نوال

السنة الجامعية:

2022-2021

2023-2022

مقدمة :

تلجأ الإدارة عند ممارسة نشاطها إلى أساليب متعددة، وهذه الأساليب تشكل برمتها ما يعرف بأعمال الإدارة التي قد تكون أعمالا مادية أو أعمالا قانونية، تهدف إلى إحداث تغيير في المراكز القانونية من حيث الإنشاء أو التعديل أو الإلغاء . و الأعمال القانونية التي تصدر عن الإدارة تكون على نوعين : أعمال قانونية تصدر بالإرادة المنفردة للسلطة الإدارية [1]و أعمال قانونية تصدر بتوافق إرادة الإدارة مع طرف آخر.

فإذا كان القرار الإداري الصادر تعبيرا عن الإرادة المنفردة للإدارة ، هو أنجع وسائل القانون العام التي تمكن الإدارة من القيام بأداء ماهو منوط بها من أوجه النشاط الاداري المختلفة . إلا أن هذه الوسيلة القانونية لا تكفي وحدها للقيام بواجبات الإدارة و لا تصلح في الكثير من الأحوال لتحقيق أهداف النشاط الإداري .

ولذلك تلجأ الإدارة إلى وسيلة قانونية اخرى تتمثل في الإتفاق مع الأفراد و الهيئات الخاصة وذلك بموجب عقود ترسم حقوق و إلتزامات الطرفين .

ومن الملاحظ أن الإدارة تلجأ كثيرا إلى وسيلة التعاقد بصدد ممارستها لنشاطها المتصل بالمرافق العامة وذلك لتأمين ما يتطلبه تكوينها و تنظيمها

[1] سامي حسن الحمداني ، أثر العقد الاداري بالنسية الى الغير ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ص 2.

و إدارتها وتسييرها و تحقيق الأغراض المستهدفة من إنشائها .علاوة على حصولها –أي الإدارة – على ما تحتاجه من خدمات أو أموال بصدد ممارسة أوجه نشاطها الأخرى [2].فما المقصود بالعقد الإداري و ماهي الآثار المترتبة عليه؟

وللتفصيل في موضوع العقد الإداري سيتم التقسيم الى فصلين :

الفصل الأول : ماهية العقود الإدارية .

الفصل الثاني : تنفيذ العقود الإدارية و نهايتها .

[2] سامي جمال الدين ، أصول القانون الاداري –نظرية العمل الإداري – ، 1992 ، ص 331.

الفصل الأول :

ماهية العقود الإدارية

سيتم بيان ماهية العقود الإدارية من خلال مبحثين . المبحث الأول : مفهوم العقود الإدارية و المبحث الثاني : إبرام العقود الإدارية و تطبيقاتها في القانون الجزائري .

المبحث الأول :

مفهوم العقد الإداري

سيتم التطرق اليه من خلال تعريف العقد الإداري ونشأته (مطلب أول) ثم تحديد العقد الإداري (مطلب ثان).

المطلب الأول :

تعريف العقد الإداري ونشأته :

إختلفت التعريفات التي وضعت للعقد الاداري (الفرع الأول) وكذلك مرت نشأة فكرة العقد الإداري بمراحل (الفرع الثاني)

الفرع الأول :

تعريف العقد الإداري

أولا : التعريف اللغوي

العقد في اللغة هو الربط و التوثيق ماديا كان أم معنويا فيقال عقد الحبل أي ربطه بين طرفيه .و يقول الله تعالى " لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان " أي وثقتموها بالقصد و النية [3].

ثانيا : التعريف الإصطلاحي :

[4] العقد بصفة عامة هو توافق إرادتين على إنشاء و خلق إلتزامات متبادلة فلكي نعتبر عملا ما عقدا ، لابد من إتفاق أو توافق إرادتين على إنشاء و إحداث إلتزامات .

وبالرجوع الى العقود المبرمة من قبل الإدارة نجد أنها تنقسم إلى قسمين :

-العقود التي تكون الإدارة طرفا فبها كأي فرد من الأفراد العاديين ، بحيث لا تملك الإدارة تجاه المتعاقد معها أية إمتيازات وتسمى ب"عقود الإدارة أو عقود الإدارة الخاصة " وهي تخضع للقانون الخاص ، و المنازعات الناشئة عن هذه العقود تخضع للقضاء العادي .

[3] محمد بن سعيد بن حمد المعمري ، العقود الادارية في سلطنة عمان ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2011 ، ص 13.

-العقود التي تكون فيها الإدارة في مركز أعلى من مركز المتعاقد معها ، وتملك في مواجهته إمتيازات السلطة العامة ، وهي العقود الادارية .هذه الأخيرة تخضع للقانون العام و منازعاتها يتولاها القضاء الاداري.

وعليه العقد الإداري " العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام مع أحد الأشخاص الخاصة و يتصل إتصالا وثيقا بالمرفق العام أو أن تظهر نية الشخص المعنوي العام في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطا إستثنائية غير مألوفة في العقود القانون الخاص"[5].

كما يعرف بأنه " كل عقد يبرمه شخص من أشخاص القانون العام قصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره ، و تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام ، و ذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص .."[6] و هو التعريف الذي جاء به القضاء و أيده جانب كبير من الفقهاء في تعريفهم للعقد الإداري مضيفين و مبينين شروطا يجب توافرها فيه لكي يكون ذا صفة إدارية و هي :

1- أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا

[5] مال الله جعفر عبد المالك الحمادي ، حقوق و ضمانات المتعاقد مع الادارة و التحكيم في العقد الاداري ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2014 ، ص 14.

[6] محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الادارية ، الاسكندرية ، مصر ، 1989 ، ص 218.

2- أن يتصل هذا العقد بمرفق عام

3- أن تختار الإدارة وسائل القانون العام .

وهو ما سيتم تبيانه وتفصيله لاحقا .

الفرع الثاني :

نشأة العقود الإدارية :

لم تنشأ نظرية العقود الإدارية في القانون الإداري الفرنسي إلا في تاريخ متأخر .فلقد كان المعيار المعتمد في توزيع الإختصاص بين المحاكم من جهة و القضاء الإداري من جهة اخرى يرتكز على فكرة (معيار) السلطة .فالمنازعات التي تتعلق بأعمال السلطة هي وحدها التي يختص بها القضاء الإداري ، أما التصرفات العادية التي تهبط فيها الإدارة الى مرتبة الافراد العاديين فتبيع أو تشتري أو تستأجر ...فإنها تترك لاختصاص المحاكم العادية .لأن التصرفات الاولى التي لا تنطوي على عنصر السلطة وخصائصه لا نظير لها في القانون الخاص .ومن ثم فإنها تندرج في إختصاص المحاكم االادارية دون حاجة الى نص خاص ومثال ذلك اصدار الادارة لقرارات ادارية..

ووفقا لهذه النظرية التي سادت كانت العقود التي تبرمها الادارة تعتبر من قبيل التصرفات العادية التي تندرج ضمن اختصاص المحاكم القضائية ،

وكانت المحاكم القضائية تنطبق عليها بطبيعة الحال قواعد القانون الخاص. ولكن استثناء من القاعدة السابقة و التي تعتبر بمقتضاها العقود المبرمة من الادارة من قبيل التصرفات العادية التي تخضع لاختصاص القضاء العادي فإن المشرع الفرنسي لأسباب خاصة قد نص على اختصاص المحاكم الادارية بالفصل في المنازعات المتعلقة ببعض العقود التي تبرمها الادارة .

أولا – مرحلة العقود الإدارية بتحديد المشرع (العقود الإدارية بتحديد القانون أو العقود الإدارية المسماة)

لم تنشأ نظرية العقود الإدارية في فرنسا إلا في وقت متأخر لا يكاد يتجاوز مطلع القرن 20 . إذ كان المعيار المتبع في توزيع الإختصاص بين المحاكم العادية و المحاكم الادارية تقوم على فكرة السلطة العامة .فالمنازعات المتعلقة بأعمال السلطة تختص بها المحاكم الادارية في حين التصرفات التي تنزل فيها الادارة منزلة الأفراد العاديين تكون من إختصاص المحاكم العادية[7] .

ولكن إستثناء من القاعدة السابقة فإن المشرع الفرنسي ولأسباب خاصة نص في إختصاص القضاء الاداري للفصل في بعض العقود التي تبرمها الادارة مثل بعض القوانين (قانون 28 بليفوز السنة الثامنة) الذس أعطى مجالس

[7]– سليمان محمد الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية –دراسة مقارنة – ط 3 ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1975 ، ص 44 .

الأقاليم سلطة النظر في المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة و عقود أملاك الدولة

والقانون المتعلق بعقود القرض العام ، و العقود التي تتضمن شغلا للدمين العام .

إلا أن مجلس الدولة لم يقف عند هذا الحد و إنما سعى إلى توسيع إختصاصاته ليشمل الكثير من العقود الاخرى دون إصدار قوانين خاصة بها كعقود توزيع المياه و الغاز في المدن و العقود الخاصة بالاضاءة ونظافة الطرق وعقود طلب المعاونة استنادا الى تضمنها عناصر الأشغال العامة.

ثانيا : مرحلة العقد الاداري بطبيعته

يعد قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 6 فبراير 1903 في قضية terrier الاساس الذي قامت عليه فكرة العقود الإدارية ، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد إشترك في الحملة التي قامت من أجل القضاء على الأفاعي الخطرة التي تهدد حياة السكان وعند مطالبته بالمكافأة المقررة لكل من يشترك في هذه الحملة ، فوجئ بنفاذ الاعتماد الذي كانت قد خصصته الدولة لتغطية مصاريف المكافآت فاقدم بدعوى أمام القضاء الاداري حيث إنتهى المجلس لتقرير إختصاصه بنظر الدعوى وهذا ما أورده مفوض الحكومة روميو وفقا لتقريره الذي خلص فيه أن إختصاص القضاء

الإداري بكل مايتعلق بتنظيم و تسيير المراف العمومية وطنية كانت أم محلية ، و سواء كانت الوسيلة التي إعتمدت عليها الادارة في ذلك في ذلك عملا من أعمال السلطة أو عملا من الأعمال العادية .فالعقود التي تبرمها الادارة بهذا الخصوص هي من قبيل الاعمال الادارية بطبيعتها و يجب ان يختص القضاء الاداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات .

و قد تتابعت بعد ذلك القرارات التي تعتمد على فكرة المرفق العام كأساس لتمييز العقد الإداري عن بقية العقود الخاصة (على سبيل المثال قضية تيرون 1910).

المطلب الثاني

:تحديد العقود الإدارية و أنواعها

سيتم التطرق الى أهم ما يميز العقد الإداري (فرع أول) ثم لاهم أنواعه (فرع ثان).

الفرع الأول :

تحديد العقود الادارية

كما سبقت الإشارة فإنه يشترط في العقود الإدارية أن تتوافر فيها مجموعة من الشروط إذ يكاد الفقه و القضاء الإداريان يجمعون على أن العقد الإداري هو العقد الذي تكون الإدارة طرفا فيه ، و أن يتصل بمرفق عام من حيث التنظيم أو الإدارة أو الاستغلال . و أن يتضمن شروطا إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص .

أولا : معايير تحديد العقد الإداري

1- أولا :أن يكون أحد أطراف العقد شخصا معنويا (معيار عضوي : الادارة طرف في العقد)

وفقا للمعيار العضوي لكي نكون بصدد عقد إداري يتعين أن تكون الإدارة طرفا في العقد وهذا الشرط يعد ضروريا و ثابتا لإضفاء الصفة الإدارية على العقد أيا كان الشخص المعنوي العام الذي يبرمه.

ولكن نتساءل هل مجرد وجود الإدارة طرفا في العقد كاف ليكتسب الصفة الإدارية ؟

مما لاشك فيه أن العقد المبرم بواسطة الإدارة لا تكون له الصفة الادارية الا إذا أبرمته الادارة بوصفها سلطة عامة أما إذا تنازلت عن سلطتها العامة و أبرمت عقودها كشخص من أشخاص القانون الخاص فإن تلك العقود تكون عقودا مدنية و تخضع لأحكام القانون الخاص [8].

2- ثانيا : أن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام

تعد صلة العقد الإداري بالمرفق العام من أهم ما يلزم لإلحاق الصفة الإدارية بالعقد . وبالتالي خضوعه للنظام القانوني المميز للعقود الإدارية ، حيث أن من مقتضيات إدارة و تسيير المرافق بإنتظام و اضطراد هي وحدها التي تبرر ما يحتويه النظام القانوني للعقود الإدارية من خروج عما هو مألوف في عقود القانون الخاص .

وصلة العقود الإدارية بالمرافق العامة تأخذ في العمل صقرا شتى ، فقد يتعلق العقد الإداري بتنظيم المرفق العام أو استغلاله أو المساهمة في تسييره ، أو تقديم بعض الحدمات وتوريد بعض المواد اللازمة لتحقيق نشاطه.

3-ثالثا : أن يتم إبرام العقد وفقا لأساليب القانون العام

ويعد هذا الشرط من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية .ولذلك يرى معظم الفقه في هذا الشرط أنه المعيار

[8] مال الله جعفر عبد الملك الحمادي ، المرجع السابق ، ص 79.

الأساسي في تمييز العقود الإدارية وهو يعني أن إرادة السلطة الإدارية قد إتجهت إلى الظهور بنظهر السلطة العامة فيما تبرمه من عقود تتعلق بإدارة و تسيير المرافق العامة تحقيقا للصالح العام .وهو الأمر الذي يبرر تمتعها بامتيازات القانون العام في مواجهة المتعاقد معها الساعي إلى تحقيق مصالحه الخاصة .

ويستدل على توافر هذا الشرط في العقد الإداري إذا تضمن العقد شروطا إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص وهذه الشروط قد تدرج في العقد الإداري إما لمصلحة الإدارة –وهو الامر الغالب – و إما لمصلحة المتعاقد مع الإدارة .ومن أمثلة الحالة الأولى أن تحتفظ الإدارة بسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة ، الحق أو سلطة الفسخ ، توقيع الجزاءات ... أما الحالة الثانية فمن أمثلتها منح المتعاقد مع الإدارة الحق في تحصيل الرسوم من المنتفعين .

وليس من الضروري أن يتضمن العقد مجموعة من الشروط الاستثنائية لكي يعتبر من العقود الإدارية و إنما يكفي أحد هذه الشروط لنحقق الصفة الادارية للعقد .

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من المعايير السابقة

طبقا لتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام فقد عرف المشرع الجزائري الصفقات العمومية بأنها " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم بمقابل مع متعاملين إقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات "[9]

مما سبق ، أكد المشرع الجزائري أن الصفقات العمومية هي عبارة عن عقود مكتوبة و هو المبدأ الذي أخذ به في كل النصوص التي نضمت الصفقات العمومية (هذا من حيث المعيار الشكلي).

من جانب آخر و أخذا بالمعيار العضوي لابد أن تبرم الصفقة العمومية بمقابل ين المصلحة المتعاقدة ومتعاملين إقتصاديين ، و طبقا لهذا المعيار ووفقا للمادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 فإن الأحكام المطبقة على الصفقات العمومية لا تطبق إلا على تلك التي تكون محل نفقات الدولة ، الجماعات المحلية ، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، و المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية .

[9] المادة 2

أما عن المعيار الموضوعي[10] الصفقات العمومية تشمل إحدى العمليات التالية :

-إنجاز الأشغال

-إقتناء اللوازم

-إنجاز الدراسات

-تقديم الخدمات.

فالصفقة العمومية للأشغال تشمل بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها .

في حين تهدف الصفقة العمومية للوازم الى إقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار ، بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها ، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد .و إذا ارفق الايجار بتقديم خدمة ، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات .

وتهدف الصفقة العمومية للدراسات الى إنجاز تقديم خدمات وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات.

[10] المادة 29

ترتيبا على ماسبق ، و إضافة إلى المعيار الشكلي ، العضوي وكذا الموضوعي لابد أن يتوافر في الصفقة العمومية معيار آخر أضافه المشرع ألا وهو المعيار المالي فترشيدا للنفقات العامة ، وحوكمة للصفقات العمومية ووقايتها من الفساد فرض المشرع حدا ماليا أدنى لإعتبار العقد صفقة عمومية إذ لابد أن يفوق المبلغ المالي 12 مليون دينار للأشغال و اللوازم ، و 6 ملايين دينار بالنسبة للدراسات أو الخدمات[11] .

الفرع الثاني :

أنواع العقود الإدارية

للعقد الإداري أنواع متعددة غير أننا سنكتفي بالاشارة حصرا لكل من عقد الأشغال العامة و عقد الامتياز .

أولا :عقد الأشغال العامة [12]

1- تعريف عقد الأشغال العامة

يعرف عقد الأشغال العامة بأنه " إتفاق بين الادارة و أحد المقاولين (فرد أو شركة) يقوم بمقتضاها هذا الأخير – بمقابل – ببناء أو ترميم أو صيانة

[11] المادة 13

[12] يعتبر عقد الأشغال العامة عقد مقاولة وقد عرف المشرع الجزائري عقد المقاولة في القانون المدني من خلال المادة 549 " المقاولة عقد يتعهد مقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر "

عقارات معينة لحساب الادارة تحقيقا للمصلحة العامة " أو أنه " إتفاق بين الإدارة و أحد الأفراد بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام و بقصد تحقيق نفع عام في نظير المقابل المتفق عليه وفقا للشروط الواردة في العقد ".

وقد عرفته المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

2-عناصر عقد الأشغال العامة :

-يجب أن ينصب موضوع العقد على عقار[13] : فكل إتفاق يكون موضوعه منقولات مملوكة للإدارة ولو كانت تندرج في أموال الدومين العام لا يمكن إعتباره من عقود الأشغال العامة وعلى هذا الأساس فإن القضاء الإداري لم يعتبر الاتفاقات التي يكون محلها إعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات .وعلى العكس من ذلك يعتبر العقد من عقود الأشغال العامة إذا تناول عقارا بالتخصيص كإقامة خطوط تلفونية ومد أسلاك تحت الماء . و إذا كان المعنى الأصيل للأشغال العامة يتناول أساسا أعمال البناء و الترميم كإقامة الجسورو السدود ..فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد توسع في فكرة الأشغال العامة ، فأدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بالصيانة.

[13] كل شيئ مستقر لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار .

-أن يبرم العقد لحساب شخص معنوي عام : فحتى نكون أمام عقد الأشغال العامة يتعين أن يتم العمل الوارد على العقار لحساب شخص معنوي عام ويستوي أن يتعلق الأمر بشخص إقليمي أو مرفقي .

وتجدر الإشارة الى أن قضاء مجلي الدولة الفرنسي الحديث قضى أنه ليس من الضروري أن يكون العقار مملوكا لشخص معنوي عام ولو كان محله عقارا خاصا .و يعتبر المجلس أن العمل قد تم لحساب شخص معنوي عام في هذه الحالة إذا كان للشخص المعنوي العام إشراف مباشر و دقيق على الأعمال موضوع العقد أو كان مصير العقار أن يؤول الى الشخص المعنوي العام في نهاية مدة معينة .

-يجب أن يهدف العقد الى تحقيق المنفعة العامة وبانسبة لصفقة الأشغال العامة لابد أن يتوافر فيها الحد المالي المطلوب .

ثانيا : عقد الإمتياز

1-تعريف الامتياز

أسلوب الإمتياز أو إلتزام المرافق العامة[14] ، هو أن تعهد الإدارة مانحة الالتزام الى الملتزم خلال مدة معينة بإدارة مرفق عام ، مستخدما

[14] تجدر الإشارة الى أن فكرة امتياز المرافق العامة عرفت تطورا ذلك أنها اقتصرت بداية سوى على تنفيذ الأشغال العامة ثم توسعت فشملت تنفيذ الأشغال العامة و استقلالها ، واخيرا برزت امكانية استغلال المرفق العام

عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك ، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق العام[15] .

وقد اعتبر القضاء الاداري عقد الامتياز " التزام المرافق العامة ليس إلا عقدا إداريا يتعهد أحد الأفراد ، أو الشركات بمقتضاه القيام على نفقته ، وتحت المالية بتكليف من الدولة ، أو إحدى وحداتها الإدارية طبقا للشروط التي توضع لأداء خدمة عامة للجمهور ، وذلك مقابل التصريح له بإستغلال المشروع لمدة محدودة من الزمن ، و استيلائه على الأرباح .فالإلتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة ، وموضوعه إدارة مرفق عام ، ولا يكون إلا لمدة محدودة ، ويتحمل الملتزم نفقات المشروع و أخطاره المالية ، ويتقاضى عوضا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين "[16].

وفي قرار مجلس الدولة الجزائري[17] جاء فيه "ان عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الإمتياز للمستغل

من غير حاجة الى إنجاز أشغال عامة .لتفصيل أكثر راجع أبو بكر أحمد عثمان ، عقود تفويض المرفق العام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2015 ، ص 103.

[15] محمد بن سعيد المعمري ، العقود االإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2011 ، ص 46.

[16] حكم محكمة القضاء الاداري رقم 146 الصادر في 25-3-1956 س 10 ق . أشار اليه جهاد زهير ديب الحرازين ، عقود الإمتياز –دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات و الكهرباء – ط 1 ، دار الوفاء لدنيا الطباعة و النشر ، الاسكندرية ، مصر ، 2013 ، ص 27.

[17] قرار مجلس الدولة الصادر في 9 مارس 2004 القضية رقم 11950 بين شركة نقل المسافرين سريع الجنوب ورئيس بلدية وهران صادر عن الغرفة الثالثة .مجلة مجلس الدولة العدد 5 ، 2004.

باستغلال مؤقت لعقار تابع للاملاك الوطنية بشكل إستثنائي وبهدف محدد و متواصل مقابل دفع اتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه".

أما المشرع الجزائري فقد عرف التزام المرافق العامة من خلال قانون المياه بأنه "عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصا إعتباريا عاما أو خاصا قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عامة "[18].

واعتبرت التعليمة رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها أن " أسلوب الامتياز يعتبر الطريقة الاكثر شيوعا في استغلال المرافق العامة وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الادارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام و استغلاله لمدة معينة من الزمن ، بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز "الملتزم " على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته ، وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له المرفق .

فبموجب هذا العقد يتعهد أحد الأفراد أو الشركات الخاصة على نفقاته وتحت مسؤولياته المالية بتكليف من الإدارة (الدولة ، الولاية ، البلدية) طبقا للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور مقابل السماح له باستغلال المشروع وحصوله على الأرباح التي يدرها لمدة من الزمن تحدد في العقد بحيث يعود المشروع في نهاية المدة إلى الإدارة ".

[18] المادة 4 من الامر 96-13 المؤرخ في المتضمن قانون المياه

وعليه ، ومما سبق يمكن القول أن هذه الطريقة من طرق ادارة المرافق العامة ترد بالتحديد على المرافق الاقتصادية أي التي تقوم بنشاط مماثل لنشاط الأفراد ويستلزم حسن إدارتها اللجوء الى وسائل مماثلة لإدارة النشاط ومغايرة لإدارة المرافق الادارية البحتة التي لا يتصور عمليا أنه يرد عليها عقد الإلتزام بالنظر الى أنها تقدم خدماتها مجانا أو برسوم رمزية مما لا يستوجب لحافز الربح المحرك لنشاط الأشخاص الخاصة [19].ومن جهة أخرى فالمرافق الادارية تتصل بسيادة الدولة ومن ثم لا يجوز ترك أمر إدارتها لفرد أو شركة .

2-طبيعة عقد الإمتياز :

كما سبقت الإشارة فإن عقد الإمتياز أو الإلتزام هو عقد خاص بإدارة المرافق العامة الاقتصادية وبمقتضاه تعهد الادارة الى أحد الافراد أو احدى الشركات الخاصة بإدارة أحد المرافق العامة على نفقته الخاصة ، وتحت مسؤوليته وفي مقابل ذلك يتقاضى رسوما من المنتفعين .وتكون مدة العقد طويلة حتى يتمكن الملتزم من استرداد نفقاته على المشروع و تحقيق الأرباح المنتظرة .

[19] محمد فؤاد عبد الباسط ، المرجع السابق ، ص 197,

ويتسم عقد الالتزام أو الامتياز بطبيعة مركبة[20] ، إذ يحتوي على نصوص تعاقدية واخرى تنظيمية [21].وتبعا لذلك فهو إداري في جزء كبير منه [22].

وعليه ، يتميز عقد الإمتياز بكونه يتضمن نوعين من الشروط :

-الشروط التعاقدية : تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهي شروط لاتهم المنتفعين مباشرة كذلك المتعلقة بالأعباء المالية المتبادلة بين الإدارة مانحة الإمتياز ، وبين الملتزم ، مدة الامتياز .

-الشروط التنظيمية : وهي الشروط التي تملك الجهة الادارية تعديلها في أي وقت ، وكلما دعت حاجة المرفق العام موضوع الامتياز الى ذلك كتلك التي لا تقتصر آثارها على العلاقة بين الادارة و الملتزم بل تمتد آثارها إلى

[20] تجدر الاشارة الى أن بعض الفقه ذهب إلى أن الالتزام هو عقد إنفرادي إداري تبمقتضاه يتم الترخيص للملتزم للقيام بنشاط معين بعد قبوله للشروط التي تحددها الادارة ، وقد انتقد هذا الرأي على اعتباره يعمل على تجاهل إرادة الملتزم ومركزه القانوني والتركيز أكثر على الإدارة ومابخول إليها من سلطات .في حين نجد جانبا آخر اعتبر عقد الامتياز من العقود المدنية وتخضع لاحكامها ، وبالتالي تجريد الإدارة من بعض السلطات التي قد تستعملها تجاه الملتزم كسلطته في التعديل وذلك إعمالا للمبدإ العام في العقود المدنية وهو العقد شريعة المتعاقدين .لتفصيل أكثر راجع عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص 467 . وكذلك جهاد زهير ديب الحرازين ، المرجع السابق ، ص 33 ومابعدها .

[21] هذا التكييف يعتبر هو السائد حاليا وقد أخذ به القضاء الاداري الفرنسي

C.E 11.3.1910 Compagnie Française des tramways, C.A.J.A , 13 éd , 2001

أشار البه محمد الأعرج ، المرجع السابق ، ص 189 .

[22] مليكة الصروخ ، الصفقات العمومية في المغرب ، ط 1 ، دار القلم ، الدار البيضاء ، المغرب ، 2009 ، ص 23.

المنتفعين ، كالشروط الخاصة بتنظيم الأشغال وسيرها وتحديد الرسوم التي يجوز تحصيلها ، وبيان كيفية إدارة الخدمة للمنتفعين وشروطها و الإجراءات الكفيلة بسلامته .

ومرد ذلك أن إمتياز المرافق العامة لا يعتبر تنازلا من قبل الجهة المختصة بل تظل هذه الأخيرة ضامنة له ومسؤولة عن إدارته و استقلاله تجاه الجمهور ومن القيام بهذا الواجب ، تتدخل في شؤون المرفق كلما دعت المصلحة لذلك[23] .

هذا ويمكن التمييز بين الشروط التعاقدية و الشروط التنظيمية في عقد الإمتياز على أساس أن الشروط التعاقدية هي تلك التي لا حاجة لوجودها إذا ما تم استغلال المرفق العام من قبل الإدارة مباشرة ، وعلى العكس فالشروط التنظيمية هي تلك التي تبقى الحاجة إليها فيما لو استغل المرفق العام من قبل الادارة مباشرة [24].

[23] التعليمة رقم 842/3.94 سالفة الذكر

[24] محمد الأعرج ، المرجع السابق ، ص 190.

المبحث الثاني :

إبرام العقود الإدارية و تطبيقاتها في القانون الجزائري

على الرغم من أن الإدارة تتميز بإمتيازات و صلاحيات وهي بصدد إبرامها للعقد الإداري[25] إلا أن حريتها ليست مطلقة ومجردة من أية قيود إذ يتوجب عليها إتباع الضوابط التي وضعها المشرع بهذا الصدد .

المطلب الأول :

تقييد حرية الإدارة في التعاقد

لعل السبب في فرض ضوابط على الإدارة راجع إلى أن الإدارة عند إبرامها للعقود الإدارية إنما تستهدف وجه المصلحة العامة و تغليبها على المصالح الشخصية أو الخاصة . كما أنها تتصرف في الأموال العامة لذلك نجد المشرع وضع قيودا عديدة تتعلق بشكل العقد و الإجراءات الواجب إتخاذها قبل إبرامها ، و بأسلوب إختيار من تتعاقد الإدارة معه [26]:

[25] مال الله جعفر عبد الملك الحمادي ، المرجع السابق ، ص 65.

[26] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 340.

الفرع الأول :

من حيث الشكل و الإجراءات :

من حيث الشكل إستقر القضاء الإداري على أنه يجب كأصل عام في العقود الإدارية أن تبرم كتابة كما قد يشترط القانون قبل أن تبرم الإدارة بعض أنواع العقود الإدارية ضرورة الحصول على تصريح سابق ، أو على الأقل أخذ رأي بعض الجهات الاستشارية قبل إبرام بعض العقود التي تزيد قيمتها عن حد معين . و من جهة اخرى تتميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص بأن شروط التعاقد في العقود الإدارية محددة عادة قبل التعاقد بواسطة السلطة الإدارية وحدها ، وتعرف الوثائق التي تحمل شروط التعاقد التي تعدها الادارة بدفاتر الشروط .هذه الاخيرة تعرف بأنها " وثيقة تضعها الادارة المتعاقدة بارادتها المنفردة و تحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها و شروط المشاركة فيها و كيفية اختيار المتعاقد معها .

وكذلك فإن االاختصاص لابرام العقود الادارية لا يكون الا لجهات معينة ، كما قد يشترط القانون ضرورة صدور قرار من جهات معينة قبل التعاقد

وبعد التأكد من توافر الاعتماد المالي اللازم وهو ما يسمى بشرط الاذن المالي[27] .

الفرع الثاني :

من حيث أساليب اختيار المتعاقد مع الادارة :

إذا كانت العقود المدنية تقوم على حرية التعاقد ومن ثم إختيار كل طرف في العقد لمن يرغب في التعاقد معه ، فإن الأمر يختلف في العقود الادارية حيث لا تتمتع الإدارة بحرية كاملة في إختيار من تتعاقد معه ، و ذلك إذا ما فرض عليها المشرع أساليب و طرق معينة يلزم إتباعها حتى يمكن الوصول الى اكثر المتقدمين كفاءة و قدرة على الوفاء بالتزاماته ، مع مراعاة تحقيق توفير مالي أكبر للخزينة العامة في نفس الوقت وذلك باختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل العروض المالية و ذلك تحقيقا للمصلحة العامة .

المطلب الثاني:

أساليب و إجراءات إبرام الصفقات العمومية و الرقابة الإدارية عليها:

فرض المشرع الجزائري على المصلحة المتعاقدة اعتماد أساليب محددة للتعاقد (فرع أول) كما ألزمها باتباع إجراءات من أجل الوصول الى

[27] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 333.

التعاقد مع المتعهد الذي قدم أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية (فرع ثان) و ذلك مع خضوع ذلك لرقابة إدارية داخلية وخارجية (فرع ثالث).

الفرع الأول :

أساليب إبرام الصفقات العمومية

تبرم الصفقات العمومية كأصل عام وفقا لإجراء طلب العروض الذي يمثل القاعدة العامة في الإبرام أو وفقا لإجراء التراضي الذي يشكل الاستثناء.

أولا : طلب العروض كقاعدة في إبرام الصفقات العمومية :

1- تعريف طلب العروض .

يعرف طلب العروض بأنه " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية ، إستنادا الى معايير إختيار موضوعية ، تعد قبل إطلاق الإجراء ".

مما سبق ، وباعتماد المشرع طلب العروض قاعدة في الإبرام في مجال الصفقات العمومية نلاحظ كيف فسح سبل المنافسة ، وفسح مجال تقديم

العروض لأكبر عدد من العارضين في كنف الشفافية و الوضوح ، كما أن إختيار العارض يكون على أساس أفضل و أحسن عرض [28] الذي يختار وفقا لضوابط و معايير[29] .

2-أشكال طلب العروض :

طبقا للمادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247 فإن طلب العروض يمكن أن يكون وطنيا و / أو دوليا و هو يأخذ أحد الأشكال :

طلب العروض المفتوح ، طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا ، طلب العروض المحدود ،المسابقة .

أ-طلب العروض المفتوح :

" طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا "[30] وهو تقريبا نفس التعريف الذي وضعه المشرع الفرعي ضمن المرسوم الرئاسي 10-236[31] للمناقصة المفتوحة التي عرفها بأنها "المناقصة المفتوحة هي إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا ".

---

[28] المادة 40 .

[29] راجع المادتين 72 و 78.

[30] المادة 43

[31] المرسوم الرئاسي 10-236 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى .

وعليه ، فإن أسلوب التعاقد في شكل طلب العروض المفتوح ، يكفل لكل عارض مؤهل تقديم عرضه ، وهو ما يفتح باب المنافسة بين العارضين فليس هناك شروط إنتقائية مسبقة ، وبإمكان كل من توفرت فيهم الشروط العامة المعلن عنها المشاركة فيها وتقديم العرض (مثلا إشتراط الحصول على تأهيل و تصنيف في درجة معينة)

ب-طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا :

وهو ذلك الاجراء الذي يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الاجراء .بتقديم تعهد و لا يتم إنتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة [32].

وتجدر الإشارة الى أن الشروط المؤهلة تخص :

-قدرات تقنية و تتعلق بالوسائل التي بحوزة المرشح والتي تخصص لتنفيذ موضوع الصفقة إذ لا يمكن السماح لكل مرشح من تقديم عرضه إلا إذا توافرت فيه الشروط التقنية المحددة في الإعلان

[32] المادة 44 .

-قدرات مالية و مهنية : كأن تفرض المصلحة المتعاقدة على المرشح وسائل مادية و بشرية يستوجبها المشروع ، أو شهادات تأهيل من نوع معين أو شهادات حسن الانجاز في مشاريع مماثلة للمشروع محل المنافسة .

على أن هذه الشروط لابد أن تتناسب مع طبيعة و تعقيد و أهمية المشروع.

ج-طلب العروض المحدود :

بداية لابد من الإشارة إلى أن هذا الأسلوب ليس بالجديد أو المستحدث بل كان موجودا من قبل تحت تسمية " الاستشارة الانتقائية ".فنجد المشرع عرفه[33] بأنه " اجراء لاستشارة انتقائية ، غير أن المدعوين الى تقديم تعهداتهم هم فقط المرشحون الذين تم إنتقاؤهم الأولي .

وعليه ، فالملاحظ أن هذا الشكل من طلب العروض يتميز عن سابقيه (طلب العروض المفتوح ، طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا) بإجراء إنتقاء أولي إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم من خلال دفتر الشروط ، بتحديد العدد الأقصى للمرشحين الذين سيتم دعوتهم لتقديم تعهد بعد إنتقاء أولي بخمسة منهم .

وقد حدد المشرع الحالات التي يتم اللجوء اليه و ذلك عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و /أو ذات الأهمية الخاصة .ومن جهة

[33] للمادة 45 من المرسوم الرئاسي 15-247

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

وعن الإجراءات الخاصة بطلب العروض المحدود فقد يكون – بعد تسلم العروض التقنية– إما على مرحلتين و إما على مرحلة واحدة :

فيكون على مرحلة واحدة عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفقات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس و /أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية .أما بالنسبة لطلب العروض المحدود على مرحلتين وذلك إستثناء عندما يطلق الاجراء على أساس برنامج وظيفي إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية حتى بصفقة دراسات.

وفي إطار الاجراءات الخاصة بطلب العروض المحدود على مرحلتين –و الذي سبق الاشارة الى الحالات التي يطلق فيها – فإنه تتم دعوة المرشحين الذين جرى إنتقاؤهم الأولي في مرحلة أولى برسالة إستشارة إلى تقديم عرض تقني أولي دون عرض مالي .

د-المسابقة :

تعرف المسابقة بأنها الاجراء الذي يضع رجال الفن في منافسة لإختيار مخطط أو مشروع مصمم إستجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو إقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة .[34]

وتلجأ المصلحة المتعاقدة الى إجراء المسابقة لاسيما في مجال تهيئة الإقليم و التعمير و الهندسة المعمارية و الهندسة أو معالجة المعلومات .

تكون المسابقة محدودة أو مفتوحة مع إشتراط قدرات دنيا .بالنسبة لمسابقة الاشراف على على الانجاز تكون محدودة وجوبا .

ويعتمد أسلوب المسابقة كغيره من الاساليب على مجموعة من الاجراءات بدء بدفتر الشروط الذي لابد أن يشتمل على برنامج ونظام للمسابقة و أن يشير الى كيفيات الانتقاء الاولي عند الاقتضاء .كما يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحدد العدد الاقصى للمرشحين من خلال دفتر الشروط الذين تتم دعوتهم لتقديم تعهد بعد إنتقاء أولي بخمسة منهم .

وإضافة الى أن أسلوب المسابقة يتميز بالانتقاء الاولي فإنه يتميز كذلك بوجود عرض للخدمات يتم تقييمه من قبل لجنة للتحكيم تتكون من أعضاء

[34] المادة 47 .

مؤهلين في الميدان المعني و مستقلين عن المرشحين ، تحدد تشكيلة هذه اللجنة بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني .

ثانيا :التراضي

إذا كان الأصل في غالبية العقود الإدارية أن القانون يرسم طريقا محددا لتبادل الإيجاب و القبول يتفاوت في معطياته وفي مدى مساحة السلطة التقديرية و الحرية التعاقدية التي يمنحها لهذه الأخيرة .غير أنه قد يترك للإدارة الحرية الكاملة في إبرام العقود بعد الدخول في مفاوضات .

فالمشرع يجيز للإدارة التعاقد بهذه الطريقة دون التقيد بإجراءات التعاقد بطريقة طلب العروض.

غير أن تقنية التفاوض و التي تعرف لدى المشرع الجزائري بالتعاقد بالتراضي هي تقنية ذات طابع إستثنائي حيث لا يجوز اللجوء إليها إلا في حالات معينة حددها القانون .ومن ثم فإن إستخدام هذه التقنية دون توافر أسبابها من شأنه أن يجعل العقد المبرم باطلا.

1-تعريف التراضي :

يقصد بالتراضي كطريقة من طرق التعاقد ، أن الإدارة بموجبه تتحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية التي يتم إتباعها في أسلوب طلب العروض

بأشكاله المختلفة . إذ يمكن المصلحة المتعاقدة مباشرة إختيار المتعاقد معها دون التقيد بهذه الإجراءات .فرضاها بارز إنطلاقا من حريتها في الاختيار خلافا لطريقة طلب العروض أين تفقد نسبيا هذه الحرية و تخضع لجملة من القيود الشكلية و الإجرائية .

و بالرجوع لتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام فقد عرف التراضي بأنه "إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية الى المنافسة[35] .

ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة ، وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة

إن إجراء التراضي البسيط قاعدة إستثنائية لإبرام العقود لا يمكن إعتمادها إلا في الحالات الواردة في النادة 49"

إن إعفاء المصلحة المتعاقدة كان بسبب توافر أحد حالات التراضي

2-أشكال التراضي وحالاته :

بالرجوع الى المادة 41 من قانون الصفقات العمومية فإن التراضي له شكلان :

[35] المادة 41 .

أ- التراضي البسيط :

طبقا لنص المادة 49 فإن المصلحة المتعاقدة تلجأ الى التراضي البسيط في الحالات التالية :

1-حالة المتعامل المحتكر الوحيد :

أي عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات الا على يد متعامل إقتصادي وحيد يحتل وضعية إحتكارية أو لحماية حقوق حصرية أو لإعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية و فنية .

مما سبق ، فإن الطابع الإحتكاري هو المبرر للجوء الى التراضي إعتبارا أن الخدمة التي تطلبها الادارة المتعاقدة لا يلبيها إلا مؤسسة إحتكارية واحدة.

2-حالة الاستعجال الملح :

ففي حالة الاستعجال الملح المعلل بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو إستثمار قد تجسد في الميدان .

ولكن شريطة ألا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال ، و الا تكون حالة الاستعجال هذه نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها .

3–في حالة تموين مستعجل يكون مخصصا لتوفير حالات السكان الأساسية

ويشترط في حالة التموين المستعجل :

أن تكون الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال غير متوقعة من المصلحة المتعاقدة

أن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

4–إذا تعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية :

على أن يكتسي طابعا إستعجاليا ويشترط في ذلك : أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة

و أنها لم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها .

على أن اللجوء الى هذه الطريقة الاستثنائية لابرام الصفقات العمومية يخضع الى ضرورة الموافقة المسبقة لإحدى الجهتين ممثلة في مجلس الوزراء أو إجتماع الحكومة .فإذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار فيشترط الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء .في حين أنه إذا قل المبلغ الخاص بالصفقة عن 10 ملايير دينار فإنه يخضع الى الموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة.

5-إذا تعلق الأمر بترقية الانتاج و / أو الأداة الوطنية للإنتاج على أن يخضع الى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10 ملايير دينار ، و الموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة إذا كان المبلغ يقل عن ذلك .

ولعل الحكمة من إدراج هذه الهالة هو تمكين الادارة المعنية من إبرام الصفقة في زمن يسير بقصد ترقية الأداة الوطنية للإنتاج.

6-عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات و الادارات العمومية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري .

وبعد التعرض الى الحالات الواردة على سبيل الحصر و التي لا بد من تةافر إحداها تحقق الشروط الواردة على كل حالة لامكانية الحديث عن التعاقد عن طريق التراضي البسيط. لابد من الاشارة الى أن المصلحة المتعاقدة [36]وفي إطار إجراء التراضي البسيط يجب أن تقوم

بتحديد حاجياتها ، أن تتأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي ، أن تختار متعاملا إقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الاقتصادية .

[36] المادة 50

ب-التراضي بعد الاستشارة :

ويتم اللجوء اليه :

-عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية :

ويكون ذلك عند عدم استيلام أي عرض ، أو عندما لا يتم الاعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة و لمحتوى دفتر الشروط ، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات .

-في حالة صفقات الدراسات و اللوازم و الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء الى طلب عروض، وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها او بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات

-في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة .

-في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد .

-في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار إتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية و تحويل الديون الى مشاريع تنموية أو هبات ، عندما تنص إتفاقيات التمويل المذكورة على ذلك

.وفي هذه الحالة يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الاولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الاخرى .

الفرع الثاني :

إجراءات إبرام الصفقات العمومية

يمر إبرام الصفقة العمومية بمراحل وهي ضرورة الاعلان عن الصفقة ، تقديم العروض من طرف المتعهدين ، و إسناد الصفقة . ولكن ، المصلحة المتعاقدة لا تستطيع مباشرة هذه المراحل إلا بعد حصولها على الإعتماد المالي أو ما يطلق عليه رخصة البرنامج فهي غير قادرة على التعاقد إلا إذا كان هناك الاعتماد الذي يغطي هذه الإلتزامات [37].

وكذا إعداد دفتر الشروط للصفقة العمومية مع إحالته إلى لجان الصفقات العمومية المختصة قبل الاعلان من أجل دراسته ومنح التأشيرة : إذ يقع على المصلحة المتعاقدة مسبقا أن تضع دفاتر الشروط تعد فيها الإدارة مسبقا مختلف النواحي المتعلقة بإختيار المتعامل المتعاقد المحتمل فمن هنا يظهر جليا الحرص على تكريس مبدإ الشفافية في الصفقات العمومية .هذا و يفرض المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية إطارا رقابيا

[37] ماتع عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 69.

عليها .ذلك أن لجان الصفقات تختص بتقديم مساعدتها في مجال تحضير الصفقات العمومية و إتمام تراتيبها ودراسة دفاتر الشروط و الصفقات ...[38]

وتجدر الإشارة الى أن دفاتر الشروط ثلاثة أنواع :

1-دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال و اللوازم و الدراسات و الخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي

2-دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات يوافق عليها بموجب قرار من الوزير المعني .

3-دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية[39]

وبالرجوع الى مراحل الابرام :

أولا -الإعلان عن الصفقة العمومية :

تكريسا للشفافية و للمنافسة الحرة المتساوية يقع لزاما على المصلحة المتعاقدة الإعلان أو الإشهار الصحفي .فالإعلان هو إيصال العلم إلى جميع

[38] المادة 169 من تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام سالف الذكر .

[39] المادة 26 .

الراغبين في التعاقد و إبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد و نوعية المواصفات المطلوبة و مكان و زمان الإجراء.

وتكمن أهمية الإعلان في كونه ضروريا حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة .

ويكون اللجوء الى الإشهار إلزاميا في الحالات التالية :

طلب العروض المفتوح ، طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا ، طلب العروض المحدود ،المسابقة ، التراضي بعد الإستشارة عند الإقتضاء.

وبالرجوع الى قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام يستشف مايلي :

-لابد أن يحتوي الإعلان عن طلب العروض على مجموعة من البيانات الالزامية

كتسمية المصلحة المتعاقدة ، عنوانها ، رقم تعريفها الجبائي

كيفية طلب العروض ،

مدة تحضير العروض ومكان إيداعها وهنا تجدر الإشارة الى أن تحديد أجل العروض يكون تبعا لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتزم طرحها و المدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض و إيصالها .

مدة صلاحية العروض ، موضوع العملية ، شروط التأهيل أو الانتقاء الاولي ، الزامية كفالة التعهد ، ثمن الوثائق عند الاقتضاء .

-لابد أن يحرر إعلان طلب العروض باللغة العربية و بلغة أجنبية واحدة على الأقل ، مع إجبارية أن يتم النشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي ، و على الأقل في يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.

-الاقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

طبقا لتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام فإنه يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الإقتصاديون[40] :

-الذين رفضوا إستكمال عروضهم أو تنازلوا عن صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و 74

- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

[40] المادة 75

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

-الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوية الشيء المقضي به بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية

-الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية

-الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم

-الذين قاموا بالتصريح الكاذب

-المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع

-المسجلين في قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 89 [41]

-المسجلون في البطاقية الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع و التنظيم في مجال الجباية و الجمارك و التجارة

- الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84

[41] راجع القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 يحدد كيفيات التسجيل و السحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية ج ر العدد 17 لسنة 2016.

والملاحظ من خلال المادة أن المشرع لم يبين ما هي الحالات التي تندرج ضمن الإقصاء المؤقت وتلك التي تندرج ضمن الإقصاء النهائي كما أن نص المادة قد أحال الى قرار الوزير المكلف بالمالية والذي من شأنه توضيح أحكام هاته المادة ، وهو ما فصله القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 و الذي يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية[42].

ثانيا : تقديم العروض من قبل المتعهدين :

1- تعريف العرض

العرض هو تعبير المتعهد العارض عن ارادته الجازمة في الاشتراك في المنافسة عن طريق تقديم البيانات اللازمة الى جهة الادارة . مناطه التعهد بالبقاء على ايجابه فترة معينة [43].

وعادة مايعمل المشرع على وضع اطار شكلي لهذا التعبير . هذا الاطار الشكلي يتناول كيفية تحديد المضمون من جهة ، والوعاء الذي يوضع فيه هذا المضمون من جهة اخرى .

2- مضمون العرض

[42] قرار مؤرخ في 19 ديسمبر 2015 يجدد كيفيات الاقصا ء من المشاركة في الصفقات العمومية ج ر العدد 17 لسنة 2016 .

[43] مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، ص 606 .

بالرجوع لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فإن العروض المقدمة من المتعهد لابد أن تشتمل على ملف الترشح ، عرض تقني و عرض مالي[44] .

أ- ملف الترشح :

هو عرض استحدثه تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015 إذ لم يكن موجودا في قوانين الصفقات العمومية السابقة . ويحتوي ملف الترشح على مايلي :

- تصريح بالترشح يشهد من خلاله المتعهد أو المترشح :

غير مقصي أو ممنوع من المشاركة في العفقات العمومية ، ليس في حالة تسوية قضائية وفي خلاف ذلك فانه يجب ان يرفق العرض بنسخة من الحكم القضائي وصحيفة السوابق القضائية ، استوفى واجباته الجبائية وشبه الجبائية ، مسجل في السجل التجاري او سجل الصناعة التقليدية والحرف فيما يخص الحرفيين الفنيين او له البطاقة المهنية للحرفي فيما يخص موضوع الصفقة ، وان يستوفي الايداع القانوني لحساب شركته فيما يخص الشركات الخاضعة للقانون الجزائري وحاصلا على رقم التعريف الجبائي

[44] المادة 67

بالنسبة للمؤسسات الجزائرية و المؤسسات الاجنبية التي سبق لها العمل في الجزائر .

- تصريح بالنزاهة

- القانون الاساسي للشركات

- الوثائق التي تتعلق بالتفويضات التي تسمح للاشخاص بالزام المؤسسة

- كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المترشحين أو عند الاقتضاء المناولين :قدرات مهنية (شهادة التاهيل و التصنيف ، اعتماد وشهادة الجودة عند الاقتضاء) قدرات مالية (وسائل مالية مبررة بالحصائل المالية و المراجع المصرفية) قدرات تقنية (الوسائل البشرية و المادية و المراجع التقنية).

ب- العرض التقني : ويتضمن

- التصريح بالاكتتاب

-كل وثيقة تسمح بتقييم العرض التقني : مذكرة تقنية تبريرية وكل وثيقة مطلوبة تطبيقا لأحكام المادة 78

-كفالة تعهد

-دفتر الشروط يحتوي في آخر صفحته على العبارة " قرئ و قبل " مكتوبة بخط اليد.

ج- العرض المالي : ويتضمن

-رسالة تعهد

-جدول الاسعار بالوحدة

-تفصيل كمي و تقديري

-تحليل السعر الاجمالي و الجزافي .

إضافة الى العروض السابقة ، نجد أنه في حالة المسابقة ، يحتوي العرض ، بالاضافة لأظرفة ملف الترشح و العرض التقني و العرض المالي على ظرف الخدمات الذي يحدد محتواه في دفتر الشروط .

ثالثا - إرساء الصفقة

بعد أن يعد المرشحون عروضهم ،ويرسلوها إلى جهة الإدارة المعنية بالمناقصة أو طلب العروض وفقا لقانون الصفقات العمومية الحالي ؛ تقوم الإدارة بفحص هذه العروض للتأكد من مطابقتها للموجبات القانونية المطلوبة ؛ ومن ثم المفاضلة بينها ، في سبيل الوصول إلى العرض الأفضل الذي يجب أن يتم التعاقد مع صاحبه . ويطلق على هذه المرحلة بالإرساء

هذه الأخيرة تتضمن بداية فحص العروض بعد القيام بفتحها ثم البت فيها .[45]

1- الجهة الإدارية المختصة بالإرساء

لقد منح المشرع صلاحيتي فتح الاظرفة، وتقييم العروض للجنة واحدة هي اللجنة الدائمة لفتح الأظرفة وتقييم العروض و ذلك بعد أن كان يمنح الصلاحيات في القانون الملغى للجنتين متمايزتين هما لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض.وهذا ما سنفصله كالآتي:

أ: اللجنة الدائمة لفتح الأظرفة و تقييم العروض و سير عملها

وفقا للمادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام فإنه تحدث لدى المصلحة المتعاقدة لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة و تحليل العروض .هذه الأخيرة يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة تشكيلتها بموجب مقرر.و التي تتضمن موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم .

وبالمقارنة مع قانون الصفقات العمومية الملغى فالمشرع كان قد منح صلاحيتي فتح الأظرفة وتقييم العروض للجنتين متمايزتيين هما لجنة فتح

[45] لتفصيل أكثر راجع دايم نوال ، تعبير الادارة عن ارادتها في ابرام الصفقات العمومية ،المجلة المتوسطية للقانون و الاقتصاد ،العدد 1السنة 2016 ، ص 3.

الأظرفة و لجنة تقييم العروض تختلفان من حيث تشكيلتهما و إختصاصاتهما.

سير عمل اللجنة :

تجتمع طبقا للمادة 70 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام اللجنة لفتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشح و العروض التقنية والمالية في جلسة علنية ، بحضور كافة المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا –حسب الحالة إما في إعلان المنافسة أو عن طريق رسالة موجهة للمرشحين أو المتعهدين المعنيين – ،ويوافق تاريخ إجتماعها آخريوم من الأجل المحدد لإيداع العروض

والملاحظ أنه بذلك تم إختزال أجل العرض ،أو إنهاؤه قبل أوانه.فالمفروض أن اليوم الأخير للعرض هو يوم قانوني بإمكان كل عارض طبقا لمبدإ المساواة تقديم عرضه طيلة اليوم

ويبدو النقص المسجل واضحا إذاقارناها بالمادة 108 من المرسوم التنفيذي 91-434 التي اعتبرت أن إجتماع لجنة فتح المظاريف،، يكون بناء على استدعاء المصلحة المتعاقدة في يوم العمل الذي يلي آخر أجل لإيداع العروض .فهذا النص أدق وأبلغ ،خاصة من حيث ضمانة المدة المقررة للتنافس، والمذكورة في إعلان المناقصة واحترام الأجل كاملا غير منقوص

وهذا خلافا للمادة 109 من المرسوم الرئاسي 02-250 والمادة 50 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم والمادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247 فالمشرع لم يتدارك هذه الثغرة القانونية في قانون الصفقات العمومية الجديد .

هذا و تصح إجتماعات اللجنة في حصة فتح الأظرفة مهما كان عدد أعضائها الحاضرين[46] ولكن يجب أن تسهر المصلحة المتعاقدة –و في هذا حرص من المشرع – على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمان شفافية الإجراء.

ب :اختصاصات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

تقوم لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض بعمل إداري و تقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة. وذلك من خلال :

-القيام بأعمال إدارية بحتة

إذ يتم فتح الأظرفة من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض وبهذه الصفة تقوم هذه اللجنة بمايلي :

- بتثبيت صحة العروض على سجل خاص ، مع إعداد قائمة المتعهدين أو المرشحين حسب تاريخ وصول أظرفتهم .

[46] المادة 162

-إعداد وصف مفصل للوثائق التي يحويها كل عرض ، مع ضرورة التوقيع بالحروف الأولى على كل وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل استكمال .

-دعوة المتعهدين عند الإقتضاء كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة الى استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة

-يمكن للجنة أن تقترح على المصلحة المتعاقدة عند الإقتضاء في المحضر إعلان عدم جدوى إجراء طلب العروض ، وعلى العكس من ذلك فاللجنة في ظل تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2010 الملغى كانت هي من يحرر محضر بعدم جدوى المناقصة موقعا عليه من الأعضاء الحاضرين في حالة تلقي العرض الوحيد أو عدم تلقي أي عرض؛.في حين أنها – في ظل القانون الحالي – تكتفي باقتراح ذلك على المصلحة المتعاقدة .

كما تجدر الإشارة أن اللجنة لا تلتفت إلى أي عرض يرد بعد الموعد المحدد لفتح الأظرفة. حيث تقوم عن طريق المصلحة المتعاقدة بإرجاع الاظرفة غير مفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الإقتصاديين .

مما سبق نقول أن عمل لجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض في هذه الجلسة اعدادي، وتمهيدي من أجل قيامها بتقييم العروض.

ج-تقييم العروض من قبل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

تعمل اللجنة على إتمام الإجراءات ، بقصد الوصول إلى الإرساء على أفضل عرض وذلك من خلال :

-إقصاء الترشيحات و العروض التي :

-غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط و/أو لموضوع الصفقة

- التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروطـــ ، بعد القيام كمرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض

-دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تاهيلهم الاولي تقنيا مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم

هذا وتجدر الإشارة أن المصلحة المتعاقدة بإمكانها وتحت مسؤوليتها أن تنشئ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض لحاجات لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض

د- معايير تحديد العرض الأحسن وإرساء الصفقة

تلتزم الإدارة قانونا باختيار أفضل العروض ترتيبا .ولكن هل العرض الأصلح هو أقل العروض ثمنا أم أفضلها من النواحي التقنية ؟

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام فإن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تقوم طبقا لدفتر الشروط بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية المتمثل في العرض :

-الأقل ثمنا من بين العروض المالية للمرشحين المختارين ، عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك . وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى معيار السعر فقط

-الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى عدة معايير من بينها معيار السعر

-العرض الذي تحصل على أعلى نقطة استنادا إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر إذا كان الإختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات

كما أوضحت المادة 78 معايير إختيار المتعامل المتعاقد و ضرورة أن تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض إما إلى عدة معايير كالنوعية ، آجال التنفيذ أو التسليم ، السعر ، الطابع الجمالي أو الوظيفي، القيمة التقنية ، النجاعة المتعلقة بالجانب الإقتصادي.... وإما على معيار السعر وحده إذا سمح موضوع الصفقة بذلك .

و من ناحية أخرى فإن المشرع الجزائري، أضاف معايير لابد أن تؤخذ بعين الإعتبار وأعلن صراحة على أفضلية المتعامل الوطني العمومي عن غيره. حيث تنص المادة 83 على أن يمنح هامش أفضلية بنسبة 25 للمنتجات ذات المنشإ الجزائري و/ أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون ، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29

هذا يمكن لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا أثبتت أنه يترتب على منح الصفقة هيمنة المتعامل المقبول على السوق. أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت .

رابعا- آثار الارساء واعتماد الصفقة

قرار لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض بإلارساء على أحد العارضين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد بل ليست إلا إجراء تمهيديا. أما عملية التعاقد فإنها خطوة اخرى لاحقة وتختص بها هيئة اخرى

1:آثار الإرساء

تترتب على إرساء المناقصة على أحد المتنافسين نتائج أهمها :

-لايؤدي الإرساء في حد ذاته إلى إبرام العقد ، وإنما يساهم فيه ، إذ أن إبرام العقد لا يتم الا بتدخل السلطة المختصة .

-يؤدي الارساء الى تحول مركز المتعهد الذي رست عليه المناقصة أو طلب العروض من مركز المتنافس إلى مركز المتعاقد المؤقت .

وهنا تجدر الاشارة أنه في القانون الجزائري يتم الاعلان عن المنح المؤقت للعقد، وفيه إعلان عن العارض الفائز الذي رست عليه الصفقة مؤقتا، مع تبيان النتائج المفصلة لتقييم الترشيحات و العروض التقنية والمالية .

على أن يتم نشر الاعلان عن المنح المؤقت في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض [47]الأمر الذي من شأنه السماح لكل من يريد الإحتجاج على الإختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة بأن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10أيام ابتداء من تاريخ نشر اعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية

مما سبق نلاحظ كيف وفر المشرع ضمانة الطعن للمتعهدين الذين لم يقنعهم خيار الإدارة.كما فرض قيود رقابة على الإدارة لإختيارها لمتعهد دون الآخر

باعتبار لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض لجنة تضم أعضاء تابعين لنفس الادارة .فحفاظا على نزاهة التقييم وموضوعيته فان هذا الأخير يخضع لرقابة لجنة الصفقات المعنية على اختيار المصلحة المتعاقدة والفصل في الطعون المرفوعة حول ذلك [48].

3-يلتزم هذا المتعاقد المؤقت بالبقاء على إيجابه حتى صدور قرار إعتماد نتائج الإرساء وتوقيع العقد من جانب السلطة المختصة [49]

[48]عمار بوضياف ،المرجع السابق ،ص 181

[49] مهند مختار نوح، المرجع السابق ، ص 677

2- إعتماد الصفقة

قرار إبرام العقد هو القرار الذي يكون محله إعتماد نتائج الإرساء ،وإبرام العقد ، ويطلق عموما على عملية تدخل السلطة المختصة باعتماد نتائج الإرساء تسمية الإعتماد.

إذ أن من الأمور المسلم بها أن إلتزامات الإدارة لا تبدأ إلا من هذه اللحظة أما قبل ذلك فإن التعاقد يكون في طور التكوين .

وبالرجوع الى قانون الصفقات العمومية الجزائري فانه طبقا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 فإن الصفقات لا تصح ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه:

- مسؤول الهيئة العمومية ،
- الوزير ،
- الوالي ،
- رئيس المجلس الشعبي البلدي ،
- المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية .

ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين ، بأي حال بإبرام و تنفيذ الصفقات العمومية .

مما سبق ، يمكن القول أن الصفقة العمومية بعد الموافقة عليها من السلطة المختصة أو التي تم تفويضها بذلك المشار اليها في المادة 4 تعتبر نهائية وتدخل بذلك مرحلة جديدة هي مرحلة التنفيذ فالاعتماد يجعل العقد نهائيا.

مما سبق ، يمكن القول أن الصفقة العمومية بعد الموافقة عليها من السلطة المختصة أو التي تم تفويضها بذلك المشار اليها في المادة 4 تعتبر نهائية وتدخل بذلك مرحلة جديدة هي مرحلة التنفيذ فالاعتماد يجعل العقد نهائيا.

ولكن لابد من الاشارة إلى أن المادة 4 سالفة الذكر لم تبين إذا كان الوزير أو الوالي أوالمدير أو رئيس المجلس الشعبي البلدي.....يملك رفض الموافقة والإعتماد أم لا؟ فماهي الحلول القانونية والاجرائية لهذا الاشكال؟[50]

لابد على المشرع من تدارك هذه الثغرة القانونية [51].. أما عن موقف الفقه والقضاء فقد تساءل الفقه حول ذلك عن مدى حرية الادارة في اختيار المتعاقد؟؟

فعلى الرغم من أن سلطة لجنة البت – لجنة تقييم العروض – مقيدة بالنسبة للارساء على صاحب العرض الأفضل تقنيا ، والأقل سعرا .ولا يجوز لجهة الادارة أن تتعاقد مع غيره .إلا أن السلطة المختصة لها سلطة تقديرية في رفض إعتماد قرار الإرساء أو العدول عن إتمام العقد العقد[52] .وفي ذلك

[50] عمار بوضياف ،المرجع السابق ،ص 183

[51] لم يشر المشرع الجزائري لحالة رفض السلطة المختصة الإعتماد ، ولكنه خول المصلحة المتعاقدة عندما يتعلق الأمر بالمصلحة العامة أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية إعلان إلغاء الإجراء و/ أو المنح المؤقت للصفقة العمومية ولا يمكن للمتعهدين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيار عروضهم أو في حال إلغاء الإجراء و / أو المنح المؤقت للصفقة العمومية (المادة 73)

[52] – جعفر عبد الملك الحمادي،ضمانات العقد الإداري،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،2009،ص355

جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على تخويل الإدارة حق العدول عن التعاقد إطلاقا إذا رأت أن المصلحة العامة في هذا العدول ،حتى لا تُجبر الإدارة على التعاقد مع شخص لا تريده [53]. .

الفرع الثالث

: الرقابة الادارية على الصفقات العمومية .

ان الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة تخضع للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده..فعمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية تمارس في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية و رقابة الوصاية.

أولا : الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية

فبالنسبة للرقابة الداخلية على الصفقات العمومية فإنه تحدث لدى المصلحة المتعاقدة لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة و تحليل العروض .هذه الأخيرة يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة تشكيلتها بموجب مقرر .و التي تتضمن موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم.

وبالمقارنة مع قانون الصفقات العمومية الملغى فالمشرع كان قد منح صلاحيتي فتح الأظرفة وتقييم العروض للجنتين متمايزتيين هما لجنة فتح

[53] – سليمان الطماوي ،المرجع السابق ،ص 281

الأظرفة و لجنة تقييم العروض تختلفان من حيث تشكيلتهما و إختصاصاتهما.

وبالرجوع الى تشكيلة اللجنة فانها تتشكل من اعضاء ذوي كفاءة وهذا راجع للاهمية البالغة لمجال الرقابة على الصفقات العمومية كونها تعتبر مجالا خصبا لشتى انواع الفساد على اعتبار صلتها المباشرة باموال الخزينة العمومية .اضافة الى تبعية اعضاء اللجنة للمصلحة المتعاقدة وفي ذلك قضاء على ظاهرة التعيين الاعضاء من خارج المصلحة المتعاقدة .

ثانيا : الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية[54]

ضمانا لنجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام ، فقد أوجب المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، ضرورة أن تراعى في الصفقات العمومية مجموعة مبادئ ممثلة في حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات .

[54] لتفصيل أكثر راجع دايم نوال ، مدى فعالية رقابة اللجان الخارجية للصفقات العمومية في تكريس مبدإ الشفافية ، مداخلة القيت في اليوم الدراسي حول " الرقابة الادارية على الصفقات العمومية و دورها في تدعيم الشفافية "بتاريخ 9-1-2020 .

هذه الأخيرة و تكريسا لها تم إخضاع الصفقات العمومية لمجموعة ضمانات و آليات ، من بينها خضوعها للرقابة و تحديدا الرقابة الإدارية .

فبالإضافة إلى خضوع الصفقات العمومية في إطار الرقابة الإدارية الداخلية الممارسة من قبل لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض فإنها تخضع بالمقابل إلى رقابة خارجية قبلية تسعى من خلالها إلى تكريس مبدإ الشفافية .

1- هيئات الرقابة الخارجية القبلية وصلاحياتها

تمارس الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة ، وهي تتجلى تحديدا على المستوى المحلي في اللجنة البلدية للصفقات العمومية و اللجنة الولائية للصفقات العمومية ، وكذا لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية و الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري .ثم اللجنة الجهوية للصفقات العمومية و لجنة الصفقات للمؤسسة الوطنية و الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري ثم اللجنة القطاعية .

وعن صلاحياتها نجد لجان الصفقات العمومية تشترك في مجموعة من الصلاحيات في المجال الرقابي ، مع وجود تمييز في المجال التنظيمي تنفرد به اللجنة القطاعية للصفقات العمومية .

إذ تشترك لجان الصفقات العمومية بتقديم مساعدتها في مجال تحضير الصفقات العمومية ، و إتمام تراتيبها و دراسة دفاتر الشروط و الصفقات و الملاحق وكذا معالجة الطعون المقدمة من قبل المتعهدين وهذا في حدود مستويات مالية محددة قانونا لكل لجنة من اللجان .وهذه الصلاحيات الرقابية كلها تصب في خانة تكريس مبدإ الشفافية .

ومن جانب آخر ، نجد أن اللجنة القطاعية الى جانب الصلاحيات السابقة تعمل في مجال التنظيم على إقتراح أي تدبير من شأنه تحسين ظروف مراقبة صحة إبرام الصفقات العمومية .

و بالرجوع إلى الرقابة الممارسة من هذه اللجان نجد أن الأثر الناجم هو صدور التأشيرة عن هذه اللجان .

وباستقراء مواد قانون الثفقات العمومية يستشف مايلي :

– بداية فإن أهمية الرقابة التي تقوم بها لجان الصفقات العمومية تكمن في إلزامية تأشيرة هذه اللجان لإتمام عملية إبرام الصفقة العمومية و تنفيذها .

وعليه ، فقد نص المشرع الجزائري على إجبارية طلب التأشيرة فالسبب في منحها يتمثل في طلبها من قبل المصلحة المتعاقدة . ومع ذلك ، فإن هذه الأخيرة قد تعفى من التأشيرة المسبقة و ذلك بالنسبة للعمليات ذات الطابع

المتكرر و /أو من نفس الطبيعة و التي يشرع فيها على أساس دفتر شروط نموذجي مصادق عليه .

– من جانب آخر و بإعتبار اللجنة هي مركز إتخاذ القرار فيما يخص رقابة الصفقات العمومية الداخلة في إختصاصها (المادة 195) فإن الأمر لن يخرج عن إحدى الحالات الثلاث :

أولا : منح التأشيرة

التأشيرة كتصرف قانوني تقوم على مجموعة من الأركان و الشروط بمجرد توافرها تمنح التأشيرة الشاملة .غير أن هناك حلات تمنح فيها اللجان التأشيرات مرفقة بتحفظات . و التأشيرة المرفقة بتحفظات نوعان :

أ– تحفظات موقفة : وذلك إذا إتصل بموضوع مشروع دفتر الشروط أو الملحق أو الصفقة (أي إذا تعلق بالعناصر الجوهرية للصفقة)

وهنا يتعين على الأمانة الدائمة للجنة الصفقات متابعة رفع هذه التحفظات بالإتصال مع المقرر المكلف بدراسة الملف و التأشيرة في هذه الحالة معلقة على شرط واقف وهو إزالة التحفظات الموقفة من طرف المصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة .

وجدير بالذكر هنا أن التحفظات الموقفة لا توقف سريان آجال صلاحية التأشيرة و المقدرة بثلاثة أشهر إبتداء من تاريخ منحها .

ب- منح التأشيرة مرفقة بتحفظات غير موقفة وذلك عندما تتصل بالشكل

ج- تأجيل مشروع الصفقة لاستكمال المعلومات وذلك في حالة وجود نقص بعض الوثائق الهامة و الضرورية في ملف الصفقة و التي تقع حائلا دون تمكن اللجنة من دراسة الملف بشكل كامل .

ثانيا : رفض منح التأشيرة

1- لابد أن يكون الرفض معللا

2- توافر الأسباب لذلك :و تتمثل في مخالفة التشريع و / أو التنظيم المعمول بهما تعاينها اللجنة ، إذا كان ذلك مبررا بمخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية .

غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد فقد سمح المشرع أو رخص من خلال قانون الصفقات العمومية صلاحية التجاوز أي إصدار مقرر تجاوز الرفض ، وذلك إذا أملته إعتبارات ومعطيات و ضرورات المصلحة العامة و التسيير الاداري الحسن .

ولكن ، ونظرا لخطورة مثل هذا الإجراء فقد تمت إحاطته أو تقييده بمجموعة من الضوابط والتي نستنتج منها ما يلي :

1- إن المخولين قانونا بإتخاذ مقرر التجاوز هم نفسهم المخولون بإعتماد الصفقة أو الامضاء النهائي و المصادقة عليها .

2- يشترط لصحة مقرر التجاوز أن ينبني على تقرير من المصلحة المتعاقدة و أن يكون معللا و مسببا حيث يجب أن يشار و يذكر في صلب ذلك المقرر السبب الدافع إلى عدم الأخذ بقرار رفض التأشيرة و أنه سبب كاف لتجاوزه ومن ثم الإنتقال الى تنفيذ الصفقة .

3- ضرورة إعلام الجهات المعنية وذات العلاقة بمقرر التجاوز (إعلام الوالي لوزير الداخلية والجماعات المحلية ، إعلام رئيس المجلس الشعبي البلدي للوالي) .وكذا إرسال نسخة من مقرر التجاوز إلى مجلس المحاسبة و إلى الوزير المكلف بالمالية (سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و المفتشية العامة للمالية) و إلى لجنة الصفقات المعنية .

4- عدم إمكانية إتخاذ مقرر التجاوز في حالة رفض التأشيرة المعلل لعدم مطابقة الأحكام التشريعية .

كما لا يمكن إتخاذ مقرر التجاوز بعد أجل 90 يوما إبتداء من تاريخ رفض التأشيرة .

الفصل الثاني

تنفيذ العقود الإدارية ونهايتها:

لقد سبق تبيان أوجه الاختلاف التي تميز العقد الإداري عن العقد المدني بصدد إبرام العقود، وإذا كانت هذه الأوجه واضحة وجلية، إلاّ أنّ الاختلاف بين العقود الإدارية والعقود المدنية في صدد القواعد الخاصة بتنفيذ العقد، وهو اختلاق يكاد يكون جذريا.

فالقواعد والمبادئ التي تحكم العقود المدنية في القانون الخاص كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين إذ لا يجوز مثلا تعديل العقد بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين، ومبدأ المساواة بين طرفي العقد ومبدأ سلطان الإرادة فكلها مبادئ لا تسري على إطلاقها بالنسبة للعقود الإدارية حيث يعترف القانون الإداري والقضاء الإداري بحقوق وسلطات خاصة للإدارة من شأنها إهدار كافة هذه المبادئ[55].

[55] – سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص351.

المبحث الأول :

تنفيذ العقود الإدارية

لعلّ غاية تمتع الإدارة بسلطات استثنائية لا يتمتع بها الأفراد في مواجهة بعضهم البعض في عقودهم الخاصة يترتب على كون الإدارة طرفا في العقد الإداري منحها مجموعة سلطات وامتيازات لا مقابل لها في عقود القانون الخاص كما أنّ صلة العقد الإداري بالمرفق العام تعطي الإداري من أجل تغييره بانتظام من الامتيازات ما يكفل حسن سير المرفق العام[56] وقابليته للتغيير والتعديل وفقا مقتضيات المصلحة العامة فتخضع التزامات المتعاقد للتعديل المنفرد من جانب الإدارة، كما تملك الإدارة حق توقيع جزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته(مطلب أول)

في مقابل ذلك يتمتع المتعاقد مع الإدارة بمجموعة من الحقوق ويقع على عائقه التزامات تعاقدية.(مطلب ثان)

المطلب الأول:

سلطات الإدارة في العقود الإدارية:

كما سبقت الإشارة لذلك فإنّ العقود الإدارية تلعب دوراً هاماً في تسيير النشاط الإداري، فمن خلاله تتمكن الجهة الإدارية من إدارة وتسيير وصيانة المرافق العامة على النحو الذي يحقق الصالح العام، الأمر الذي يتعين معه تغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد وهو

[56] –محمد بن سعيد بن محمد العمري، المرجع السابق ، ص171.

ما يتجلى من خلال تحويل الجهة الإدارية سلطات استثنائية في مجال تلك العقود لا نظير لها في مجال العقود الخاصة[57].

ومن أبرز تلك السلطات وأهمها سلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، لتتأكد من التزام المتعاقد بشروط العقد، من خلال رقابتها على التنفيذ أو من خلال حقها في توجيه أعمال التنفيذ.

كما يكون لها الحقّ في تعديل العقد أثناء تنفيذه بإرادتها المنفردة أو إنهاؤه وكذلك توقيع الجزاءات على المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته، دون أن يملك المتعاقد معها التمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين على عكس ما هو مقرر في العقود الخاصة.

-الفرع الأول :

سلطة رقابة الإدارة على تنفيذ العقد الإداري:

تملك الإدارة حقا أصيلا مستمدا من المبادئ العامة للعقد الإداري في رقابة المتعاقد معها، وتوجيهه أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية دون حاجة لورود نص بالعقد يمنحها تلك السلطة ودون اعتراف بأي نص يرد به يحظر عليها استعمالها لتعلقه بالنظام العام، الأمر الذي لا يجيز للإدارة التنازل عن استعمالها أو الاتفاق على إعفاء المتعاقد من تلك الرقابة[58].

أولا : مدلول سلطة الرقابة

---

[57] – هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية – دراسة تطبيقية – ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص7.

[58] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، ص32.

وفي ذلك نجد القضاء الإداري يعترف بهذه السلطة، ولو لم يرد أي نص في العقد الإداري، باعتبارها من النصوص ذات الطبيعة التنظيمية – وليست التعاقدية – وبالتالي لا يجوز النص على عكسها، كما لا يمكن التنازل عنها تأسيسا على أن الإدارة هي المسؤولة عن تسيير المرفق العام بانتظام وباضطراد، وهو ما يقتضي منها الإشراف على النشاط الفردي حين يساهم في تسيير المرفق العام، وهي في هذا الشأن لا تستطيع التخلي عن مسؤولياتها في هذا الصدد بشأن المرافق العامة لتعلق هذه المسألة بالنظام العام[59].

ثانيا: **حدود سلطة الرقابة وضوابطها:**

سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية ليست مطلقة[60] حيث يتعين ألا يشوب استعمال الإدارة لها تعسف، فالإدارة منحت هذه السلطة لتحقيق هدف محدد هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، وعليه فإن استعمال هذه السلطة من قبل الإدارة لابد أن يخضع لضوابط تشكل في مجملها ضمانات للمتعاقد معها تمكنه من الاستمرار في الوفاء بالتزامه التعاقدي.

[59] – سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 352.

[60] – محمد الأعرج، النشاط الإداري، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، 2014، ص109.

1- ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة:

إذ لا يجوز للإدارة استعمال سلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد لتحقيق غرض آخر لا يتصل بموضوع العقد والمرفق العام الذي يتصل به وإلا كان ذلك انحرافا بالسلطة[61].

ومن جانب آخر فإن تراخي الإدارة كذلك في ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري شأنه في ذلك كشأن التشدد فيها لا يحقق الغاية المبتغاة من منح الإدارة تلك السلطة وهي بلوغ وتحقيق المصلحة العامة، حيث يؤدي تفريط الإدارة في الرقابة على تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية إلى جنوحه بهذا التنفيذ لما يخالف شروط التعاقد مما لا يحقق المصلحة المبتغاة من إبرام العقد الإداري، كما أن إفراط الإدارة بدون سبب في استعمال تلك الرقابة من شأنه عرقلة التنفيذ ودفع المتعاقد لولوج سبيل التقاضي مما يؤثّر في علاقته بالإدارة الأمر الذي ينعكس سلبا على حسن أدائه لالتزامه التعاقدي بعد تحوله من مساعد للإدارة ومشارك لها في تحقيق المصلحة العامة إلى خصم تجمعه به ساحات القضاء[62].

2- التزام الإدارة حدود سلطة الرقابة:

بمعنى أنه لا يجوز أن تؤدّي الرقابة على تنفيذ العقد إلى الخروج عن موضوعه أو تعديله، فسلطة الإدارة سواء في الإشراف أو التوجيه، وسواء كانت السلطة مستمدة من القوانين واللوائح أو نصوص العقد أو من طبيعة

---

[61] – سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص354.

[62] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق ، ص37.

العقد الإداري ذاته، هي سلطة استثنائية يجب أن تقدر بقدرها دون أن تزيد فإذا تجاوزت رقابة الإدارة نطاقها واتخذت منها ستاراً لتعديل نصوص العقد، فإنها تكون قد انتهكت المدى المقرر لتلك الرقابة، وتبعاً لذلك يحقّ للمتعاقد المطالبة بالتعويض المالي عما لحقه من أضرار من جراء ذلك التعديل[63].

فقيام الإدارة في عقد الأشغال العامة مثلا باتخاذ إجراءات معينة للتأكد من أن المقاول يستعمل المواد المتفق عليها في العقد أو المواد التي يجب عليه استعمالها وفقا لأصول المهنة – في حالة عدم النص على تلك المواد في العقد – فإنّ ذلك الإجراء من جانبها لا يعدو إلاّ أن يكون مباشرة لسلطتها المقررة في الرقابة والتوجيه، أمّا إذا طلبت الإدارة من المقاول إحلال مواد معينة محلّ المواد المتفق عليها فإنّ ذلك يعدّ تعديلاً لشروط العقد.

وفي عقد التزام المرافق العامة فإنّ الملتزم هو الذي يتولى إدارة المرفق محلّ التعاقد، فإذا تدخلت الإدارة في نظام إدارة المرفق لتديره عن طريق الاستغلال المباشر فإن ذلك يعدّ تعديلاً لموضوع العقد يخرج عن نطاق سلطة الرقابة والتوجيه.

مما سبق يتّضح أن استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية يخضع لضابطين أولهما ضابط عام يتمثل في ضرورة أن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية بمعنى أن يكون دافع الإدارة في

[63] – هيثم حليم غازي، المرجع السابق. ص14.

اتخاذها تحقيق المصلحة العامة، وثانيهما ضابط خاص بالعقد الإداري موضوع الرقابة حيث يتعين ألا يترتب على استعمال الإدارة لهذا الحقّ تعديلا في شروطه[64].

الفرع الثاني :

سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري هي من أهم خصائصه المميزة مقارنة بالعقود المدنية التي تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أي عدم جواز تعديله بالارادة المنفردة لأحد المتعاقدين .

أولا –نطاق التعديل وأساسه

بمقتضى هذه السلطة يحق للإدارة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ العقد أن تعدل في حجم ومدى التزامات المتعاقد معها ، دون حاجة الى موافقته فتزيد من حجم إلتزاماته أو تعدل في نوعية هذه الإلتزامات او في البرنامج الزمني لتنفيذها .

أما أساس هذه السلطة فيرجع الى ارتباط العقد الاداري بفكرة المرفق العام ومن ثم ضرورة مسايرته لمتطلبات المرافق العامة و احتياجاتها التي

(64) – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2004، ص242.

تقتضي مثل هذه التعديلات بحيث يتعين على المتعاقد قبولها وتنفيذها تلبية لاحتياجات المرفق العام وبالتالي يحق للادارة ممارسة هذه السلطة دون حاجة للنص عليها في دفتر شروط العقد[65].

ثانيا –القيود الواردة على سلطة التعديل

سلطة الادارة في التعديل ليست مطلقة فهي تختلف من حيث مداها من عقد لآخر كما تزداد هذه السلطة كلما كان العقد وثيق الصلة بالمرفق العام

كما تخضع لضوابط اخرى أهمها :

–ألا يؤدي الى تعديل موضوع العقد نهائيا أو تجاوز إمكانية المتعاقد الفنية أو الاقتصادية، ذلك أن التعديل في حجم إلتزامات المتعاقد بالزيادة أو النقصان لا يجوز أن يزيد عن نسبة معينة من إلتزامات المتعاقد .هذه النسبة قد تنص عليها القوانين أو اللوائح أو في العقد نفسه، فإن لم ينص عليها فإنها تخضع إلى رقابة القضاء الإداري .

–يشترط أن تطرأ ظروف تبرر هذا التعديل و أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية : فبالنسبة للظروف نجد أنه مع تغيرها ، يكون من الجائز للإدارة حسب ما ذهب اليه جانب من الفقه تعديل بعض شروط العقد الإداري ، التي قد تعرقل مسايرته للتغير الحادث وبالتالي فإن

[65] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 33.

في ذلك تمكين للعقد من أن يحقق ما كان يهدف إليه منذ إبرامه وهو تحقيق النفع العام لجهة الإدارة و الأفراد .

وقد ذهب بعض الفقه في تحديده لمفهوم تغير الظروف أنه كل تغير في ظروف تنظيم المرفق العام ذاته، وكذلك كل تغير في ظروف آداء الخدمة وهذا يعطي للادارة حقا في تعديل العقد الإداري ليس فقط في حالة تغير الظروف التي ينفذ فيها عن تلك التي أبرم في كنفها. ولكن هذا الحق يكون قائما أيضا في حالة وقوع الإدارة في خطإ اقدير مقتضيات سير المرفق حيث يكون لها حق تعديل العقد بما يتوافق المقتضيات سير المرفق العام محل التعاقد وذلك لإرتباط الأساس القانوني لسلطة التعديل بالقواعد الحاكمة للمرفق العام ومن أبرزها قابليته للتغيير في أي وقت مع تحقيق الصالح العام .

من جهة أخرى وكما سبق الاشارة لذلك فلا بد أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية فالادارة حينما تقبل على تعديل عقد ما فإن وسيلتها في ذلك هي القرار الإداري ، فتصدر السلطة المختصة قرارا إداريا بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل العقد ووجب حينئذ أن تتوافر في هذا القرار سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعا .

وهنا نتساءل عن موقف المشرع الجزائري من الشروط السابقة ؟

يعتبر الملحق وسيلة للتعديل الصفقة العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 اذ يعتبر وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة [66].

وعليه ، فإن سلطة التعديل تجد أساسها القانوني في هاته المادة والتي أجازت للإدارة في جميع الصفقات العمومية أن تعدل بندا أو بنودا بالزيادة أو بالنقصان و إعتبرت المادة الملحق عقدا وثيق الصلة بالصفقة .

وقد إشترط تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام في التعديل بواسطة الملحق شروطا تتمثل في :

-أن يكون الملحق مكتوبا وهو ما عبر عنه المشرع بعبارة " الملحق وثيقة " والوثيقة تتم عن طريق الكتابة .ومن خلال عنصر الكتابة يمكن معرفة الالتزامات الجديدة ومجالها ونطاق الزيادة أو النقصان .كما يمكن معرفة البند أو البنود التي تم تعديلها .

-ألا يؤدي التعديل الى المساس الجوهري بالصفقة و توازنها " مهما يكن من أمر فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة

[66] المادة 136 .

ماعدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف وزيادة على ذلك لا يمكن أن يغير موضوع الصفقة أو مداها "[67]

وعليه ، فإن التعديل اذا مس جوهر الصفقة من شأنه أن يؤدي الى صفقة جديدة اي إخراج الصفقة الاصلية عن طبيعتها .

-أن تبادر الإدارة المعنية الى إبرام الملحق أثراء فترة التنفيذ أو ضمن الآجال التعاقدية [68]

الفرع الثالث :

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة:

أثناء تنفيذ العقد وفي حالة ما إذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فإنّ الإدارة تملك أن توقع عليه جزاءات مختلفة، وهي لا تستمدّ سلطتها في توقيع هذه الجزاءات من نصوص العقد الإداري بل من امتيازات السلطة العامة التي تملكها، وعلى الخصوص امتيازها في التنفيذ المباشر.

فالإخلال بالالتزامات التعاقدية من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يمثل إخلالا بالتزام عقدي فحسب، ولكنه ينطوي على المساس بالمرفق العام موضوع العقد، ولذلك فالقانون لم يكتف بالسماح للإدارة بالالتجاء إلى القضاء لضمان تنفيذ العقد، وإنّما أجاز للإدارة أن توقع على المتعاقد معها بعض أنواع الجزاءات الإدارية.

[67] المادة 136 فقرة 8.

[68] المادة 138 .

أولا : الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات الإدارية وخصائصه:

1- الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات الإدارية

إن المبدأ المستقرّ عليه في الفقه والقضاء أن للإدارة حقّ توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد الذي يقصر في تنفيذه لالتزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة[69].

وذلك بإرادتها المنفردة ودون انتظار لحكم القضاء في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته الواردة في العقد الإداري بهدف منع ما قد يترتب على هذا الإخلال من اضطرابات اقتصادية أو مالية تلحق بالمرفق العام[70].

وعليه، فإنّ سكوت العقد عن النّص على جزاءات معينة لمخالفة الالتزامات التعاقدية، لا يعني عدم وجود جزاء، فالقاعدة أن كل التزام تعاقدي يقابله جزاء، وأن من حقّ الإدارة أن تتخذ بإرادتها المفردة الإجراءات الضرورية لتأمين سير المرفق العام. وسلطتها في هذا المجال تقوم بذاتها مستقلة عن النصوص التعاقدية.

بل ويذهب البعض إلى أن الإدارة ليست مقيدة بالجزاءات التي ينصّ العقد عليها، فهي تستطع توقيع جزاءات أخرى إذا رأت أنها أكثر تناسبا مع المخالفات التي ارتكبها المتعاقد[71].

---

[69] – أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1973، ص334.

[70] – سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص355.

[71] – أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص335.

من جهة أخرى فإنّ سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات ليست سلطة مطلقة وإنما هي سلطة تتقيد بضرورة أن يكون تصرف الإدارة بقصد تحقيق المصلحة العامة[72]. ولهذا وضمانا لعدم تعسف الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أو مخالفة قواعد القانون فإنها تخضع لرقابة القضاء، هذه الأخيرة لا تقف عند حدّ مراقبة المشروعية، وإنّما تتعداها إلى فحص مدى التناسب بين الجزاء الموقع على المتعاقد والتقصير أو الإخلال المنسوب إليه[73].

2-الخصائص العامة للجزاءات التعاقدية:

إنّ الجزاءات في العقود الإدارية لها مقوماتها وذاتيتها التي تنبع من طبيعة أوضاع المرافق العامة، هذه الجزاءات تتميز بصفات خاصة تغاير نظام الجزاءات في القانون المدني وهي ترجع إلى ضرورة سير المرفق العام بانتظام واضطراد تحقيقا للمصلحة العامة وتستمدّ الإدارة سلطتها في توقيع تلك الجزاءات من امتيازات السلطة العامة التي تملكها باعتبارها القائمة على المرفق العام.

أ- سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر للجزاء.

تملك الإدارة توقيع الجزاء وتنفيذه بنفسها باستعمال سلطتها في التنفيذ المباشر، والذي بمقتضاه تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة أن تصدر قرارات

[72] – أحمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص344.

[73] – سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص356.

نافذة قبل الأفراد، دون اشتراط اللجوء المسبق للقضاء، ولو لم ينص العقد على ذلك[74].

ب- حق الإدارة في توقيع الجزاءات بدون نص تعاقدي:

كما سبقت الإشارة فمن المستقرّ عليه فقها وقضاء أن سلطة توقيع الجزاءات المقررة للإدارة هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد فإذا نص العقد على بعض تلك الجزاءات فإن ذلك لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات المقررة.

إلاّ أنه يجب مراعاة إذا نصّ العقد على جزاء محدد عند وقوع خطأ معين، فإن جهة الإدارة تتقيد بذلك النص التعاقدي ولا يجوز لها أن تخالفه وتطبق جزاء آخر لو برضا المتعاقد.

- الضرر ليس شرطا لتوقيع الجزاء الإداري[75]:

ومن جانب آخر، وبمراعاة أن الإدارة تملك توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر بدون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر معين فمجرد إخلال المتعاقد بالتزاماته يبرر للإدارة استعمالها لذلك الحق. فالهدف من توقيع الجزاءات التعاقدية يتمثل في ضمان حسن سير المرفق العام وانتظام واضطراد سيرها تحقيقا للصالح العام، وليس عقاب المتعاقد على إخلاله بالتزاماته

[74] – هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، ص95.

[75] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص264.

ج- سلطة الإدارة في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء:

متى كانت نصوص العقد لم تلزم الإدارة بتوقيع الجزاء في وقت معين فإنه يكون لها سلطة تقديرية في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء، وفقا لما تراه محققا لضمان سير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام، مع خضوع هذه السلطة لرقابة القضاء الذي يراقب ممارستها لهذه السلطة من حيث توافر شروط توقيع الجزاء، وأن الإدارة قد قامت بتوقيع الجزاء الذي يتناسب مع حجم الخطأ الذي وقع فيه المتعاقد دون تعسف في استعمال ذلك الحق[76].

ثانيا – صور الجزاءات الإدارية:

الجزاءات الإدارية في العقود الإدارية متنوعة وتشمل ما يلي:

1- الجزاءات المالية: لضمان حسن سير المرفق العام عادة ما يخول المشرع جهة الإدارة ممارسة جزاءات مالية تجاه المتعاقد معها،

وهي قد تتمثل في الغرامات التي يمكن الاتفاق على مقدارها مقدما في العقد، أو في مصادرة التأمين الذي سبق وأن أودعه المتعاقد مع الإدارة بعد إخطاره بقبول التعاقد معه، وهو ما سيتمّ تبيانه.

[76] – هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص99 وما بعدها.

أ-غرامة التأخير:

غرامة التأخير هي مبلغ من المال يتفق في العقد على أداء المتعاقد له لصالح جهة الإدارة المتعاقدة، جزاء إخلاله بالوفاء بالتزامه في الميعاد المقرر بنصوص العقد أو في مدّته الإضافية التي توافق عليها الإدارة.

وتهدف تلك الغرامة لضمان تنفيذ العقد الإداري في الموعد المتفق عليه حرصاً على حسن سير المرفق العام موضوع التعاقد بانتظام واضطراد[77].

وتختلف غرامة التأخير في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية حيث أن هذا الأخير يعد بمثابة تعويض متفق عليه مقدّما يستحقّ إذا ما أخلّ أحد المتعاقدين بالتزامه إذا ما أصاب المتعاقد الآخر ضرر من جراء ذلك ويشترط لاستحقاقه إعذار الطرف المقصر.

إضافة إلى أنه خاضع لتقدير القاضي الذي يكون له حقّ تخفيضه إذا ما قدر عدم تناسبه مع ما لحق بالمتعاقد الآخر من ضرر، وعلى العكس من ذلك فإنّ غرامة التأخير تستحقّ بمجرد التأخير حتى ولو لم ينجم عنه ضرر مع عدم خضوعها لتقدير القضاء حيث تستحق في جميع الأحوال بالنسبة المتفق عليها في العقد[78].

[77] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص265.

[78] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه ، ص366.

غير أنه لابدّ من الإشارة أن المتعاقد يعفى من توقيع غرامة التأخير إذا أثبت أن الضرر الذي أصاب الإدارة يرجع إلى قوة قاهرة أو إلى فعل الإدارة المتعاقدة ذاتها[79].

وتختلف نسبة غرامة التأخير بحسب نوع العقد الإداري الذي أخلّ المتعاقد بالوفاء بالالتزامات التي يرتبها في الميعاد.

هذا وتملك الإدارة المتعاقدة طبقا للمرسوم الرئاسي ممارسة سلطة توقيع الجزاءات المالية، ونجد هذه السلطة أساسها القانوني في م/95 من المرسوم الرئاسي لسنة 2015 و التي جاء فيها تحت عنوان البيانات الإلزامية ما يلي: "يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:

- نسب العقوبات المالية وكيفية حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء، منها.."

كما نجد أساسها في م/147 والتي جاء تحت عنوان العقوبات المالية حيث ورد فيها: "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"[80].

[79] – أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص346.

[80] م/147 فـ1

ثمّ أشارت الفقرة الثانية من ذات المادة أن المرجع في تحديد نسب العقوبات وكيفيات تسليطها من جانب المصلحة المتعاقدة على المتعامل الاقتصادي تذكر في الصفقة، كنا تذكر في دفتر الشروط باعتباره.

توقع العقوبة المالية كما سبق في حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه وفي حالة التنفيذ غير المطابق.

بشأن عدم التنفيذ في الأجل المتفق عليه فإن التعهد بتنفيذ العقد يكون قد أخلّ بالالتزام بالمدة الزمنية والعقد الإداري في هذه الحالة يقترب مع العقد المدني الذي يحكمه أن" العقد شريعة المتعاقدين".

فالمتعاقد مع الإدارة التزم بالتنفيذ خلال مدة ذكرت في العقد ثم أخلّ بهذا الالتزام، فالوضع الطبيعي أنه يخضع لجزاء توقعه الإدارة دون الحاجة للجوء للقضاء، وهو أحد مظاهر ممارسة السلطة العامة، ومظهر يميز العقد الإداري عن العقد المدني.

ب-مصادرة التأمين: (مصادرة مبلغ الضمان)

التأمين هو ضمان لجهة الإدارة تتوقى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها ملاءته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره، ومصادرة التأمين تعتبر شرطا جزائيا متّفقا عليه في العقد مقابل إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، وهذا الجزاء يختلف عن التوقيع الإتفاقي في القانون المدني في أن الإدارة توقعه بنفسها دون حاجة لصدور حكم من القضاء ودون أن تلتزم بإثبات أن ضررا ما قد لحقها من جراء الإخلال بشروط العقد، وفي هذا فإنه يتّفق تماماً مع غرامات التأخير

إلاّ أنه يختلف عنها في أن مصادرة التأمين كأحد الجزاءات المالية تعتبر مستقلة عن فكرة التعويض، ومن ثمّ فقد أجاز القضاء الجمع بينهما (أي بين مصادرة التأمين والتعويض)، ولكن يشترط لجواز هذا الجمع ألاّ يخطره العقد الإداري بنص صريح فيه، وأن يكون الضرر الذي لحق بالإدارة يجاوز قيمة التأمين المودع[81].

وعليه فإذا كانت قيمة التأمين الصادر لا تكفي وحدها لجبر الضرر فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبره، ولا يدخل في حساب هذا التعويض ما تكون جهة الإدارة قد حصلت عليه من فروق أسعار تكبدتها نتيجة للتنفيذ على حساب المتعاقد أو ما حصلت عليه من غرامات تأخير ومصاريف إدارية، حيث أن ذلك لا يعدو وأن يكون استرداداً لنفقات، فعليه تحملتها الإدارة لإتمام العمل المحسوب من المقاول ومن ثم فلا يعد من قبيل التعويض المستحق لها عن إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، والذي يجب أن يتم تقديره وفقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية وذلك بالتعويض الكامل عما أصابها من أضرار ويشمل ذلك ما لحقها من خسارة وما فاتها من كسب[82].

2-الجزاءات المؤقتة أو إجراءات الضغط المؤقتة (الجزاءات الضاغطة)

إذا قصر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية فإنّ من حق الإدارة أن تلجأ إلى استعمال وسائل الضغط المؤقتة حتى تكفل تنفيذ العقد

[81] – أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص350.

[82] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق ،.ص216.

على وجه يؤمن حسن تسيير المرفق، وبمقتضى هذه الإجراءات فإن الإدارة تحلّ بنفسها محلّ المتعاقد معها وتنفيذ التزاماته التي قصر أو عجز عن الوفاء، او تُحِلُ غيره محله في هذا التنفيذ.

وإجراءات الضغط هي جزاءات مؤقتة يُقصد بها إرغام المتعاقد على تنفيذ العقد فهي لا تُنهي العقد، وإنّما تؤدّي إلى حلول الإدارة أو الغير مؤقتا محلّ المتعاقد المقصر أو العاجز عن التنفيذ، ولذلك لا يمكن توقيعها إلاّ مع قيام الرابطة التعاقدية.

وغالبا ما تنصّ الإدارة في دفاتر الشروط العامّة أو الخاصّة على حقّها في رفع يد المتعاقد مؤقتا عن الاستمرار في تنفيذ العقد وفي أن تحلّ هي محلّه أو أن تُحِل غيره محله حسبما تراه، وذلك في حالة تقصيره أو عجزه عن الوفاء بالتزاماته، ومع ذلك فإنّ الجزاءات الضاغطة بجميع أشكالها (سيتمّ الإشارة إليها لاحقا) تعتبر كمبدأ عام من السلطات المقررة للإدارة حتى ولو لم ينصّ عليها العقد ودفاتر الشروط[83].

أ- صور وسائل الإكراه في الجزاءات الضاغطة:

تختلف وسائل الإكراه بحسب نوع العقد الإداري ففي عقود التزام المرافق العامة تتمثل تلك الجزاءات في وضع المشروع تحت الحراسة، وفي عقد الأشغال العامة تتمثل في قيام الإدارة أو من تختاره بتنفيذ العقد، وفي عقود التوريد يتمّ الشراء على حساب المورد.

[83] – أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص353 وما بعدها.

-وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الالتزام:

(فرض الحراسة على المرفق العام) [84].

يُقصد بفرض الحراسة على المرفق العام رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق لمدّة محددة، وقيام السلطة مانحة الالتزام بمباشرة الإدارة بنفسها، أو بمن تعينه لذلك لضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد، ودون أن يؤدّي ذلك إلى فسخ عقد الامتياز أو إسقاط حقوق الملتزم الأصلي وكلّ ما يترتب عليه هو رفع يد الملتزم مؤقتا عن إدارة المشروع.

ويتعين صدور قرار فرض الحراسة متضمنا مدّته التي بانقضائها تعود الإدارة للملتزم، كما يحقّ للملتزم أن يطالب الإدارة بإنهاء وضع المرفق إذا استعاد قدرته على استغلال المرفق بنفسه، كما يستطيع الملتزم أن يطلب من الإدارة اتخاذ إجراءات إسقاط الالتزام لعدم قدرته على إدارة المرفق، وقد يكون إجراء فرض الحراسة مقدمة لإسقاط الالتزام فتنتهي الحراسة بانتهاء الالتزام.

. الطبيعة القانونية لحقّ الإدارة في وضع المرفق تحت الحراسة.

يذهب غالبية الفقه إلى أنّ للإدارة وضع المرفق تحت الحراسة ولو لم يوجد نص بذلك في العقد، لأنّ مضمون هذه السلطة وموضوعها يرتبط لُزوما بتنظيم سير المرفق العام المدار بطريق الالتزام بشكل منتظم يتّفق مع مقتضيات الصالح العام.

[84] – هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص134.

وعليه لا يجوز للإدارة أن تتنازل عن حقها في فرض الحراسة على المرفق في بنود العقد، باعتبار أن ذلك الإجراء يتعلق بالنظام العام، ذلك أن الإدارة في عقد الامتياز بالرغم من أنها تعهد بإدارة المرفق محل الالتزام إلى الملتزم إلاّ أنها تعدّ المسؤول الأول عن سير المرفق العام، ويقع على عاتقها عبء حماية المنتفعين بخدمات ذلك المرفق وهو ما يسمح لها بفرض الرقابة على نشاط الملتزم ومن ثمّ إقصاؤه عن الإدارة وقيامها بدلاً منه إذا لم يقم الملتزم بها أو عجز عن أدائها.

- أسرار وضع المرفق تحت الحراسة:

يكون للإدارة وضع المرفق تحت الحراسة لسببين:

- وقوع مخالفات جسيمة من الملتزم يكون من شأنها أن تنال من انتظام سير المرفق العام، ومن أمثلة الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الملتزم في تنفيذ عقد الالتزام حالة التعطيل الكلي أو الجزئي للمرفق، ففي هذه الحالة يجوز وضع المرفق تحت الحراسة لعجز الملتزم وعدم كفايته بشرط أن يكون الملتزم بدأ فعلاً في تسيير المرفق المدار بطريق الالتزام[85].
- وجود قوّة قاهرة يستحيل معها ضمان سير المرفق، من أمثلة ذلك وجود حالة إضراب عام من العاملين بالمرفق، وفي هذه الحالة فرض الحراسة يكون بدون خطأ من الملتزم[86].

[85] – أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص357.

[86] – هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص135.

وعليه فإن الحراسة في عقد الالتزام يجوز أن تُفرض، لا باعتبارها إجراء من إجراءات الضغط المؤقتة أي كجزاء مقابل خطأ من الملتزم، ولكن كوسيلة وقائية لتأمين سير المرفق العام، إذا كان يُخشى من تعرضه للخطر دون أن يرجع ذلك إلى خطأ الملتزم، كحالة الإضراب التي سبقت الإشارة إليها، إذ لا يد له فيها، وفي هذه الحالة تكون الحراسة مجرد إجراء وقائي، ويجب التمييز بينها وبين حالة الحراسة كجزاء مؤقت لاختلاف الآثار المالية في كل من الحالتين[87].

- الآثار القانونية لفرض الحراسة[88]:

يترتب على وضع المرفق تحت الحراسة عدّة آثار قانونية:

- ❖ استبعاد الملتزم مؤقتا من إدارة المرفق العام طوال فترة وضعه تحت الحراسة.
- ❖ تنظم الجهة الإدارية الاستغلال المؤقت للمرفق، فإما أن تتولاه هي بنفسها بواسطة وُكلائها، وإمّا أن تعهد به إلى الغير وفقا لما تقدره أكثر تحقيقا للمصلحة العامة.
- ❖ تلتزم الجهة الإدارية بتنظيم استغلال المرفق أثناء فترة الحراسة وفقا للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط، فيحقّ لها تحصيل رسوم الانتفاع بالمرفق وكذلك كافة إيراداته طوال فترة الحراسة إلاّ أنه لا يجوز لها تخفيض رسوم الانتفاع أو زيادة التكاليف.

---

[87] – أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص357.

[88] – هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص135 وما بعدها

❖يجوز للإدارة الاستيلاء المؤقت على جميع المنشآت والأدوات اللازمة لاستغلال المرفوع وتلتزم الإدارة بالعناية بهذه المنشآت والأدوات وصيانتها أثناء حيازتها المؤقتة لها، حتى يمكن إعادتها للملتزم – باعتباره مالكها – عند نهاية فترة الحراسة في حالة جيدة، وبذلك تكون الإدارة مسؤولة عن كل ما يلحقها من تلف بسبب إهمالها في حراستها.

❖في حالة وضع المرفق تحت الحراسة بسبب خطإ جسيم من جانب الملتزم، فإن الاستغلال المؤقت للمرفق يقع على نفقته وتحت مسؤوليته، وبذلك يتحمل الملتزم كافة المصروفات اللازمة لضمان سير المرفق العام، أمّا إذا كان وضع الحراسة لا يرجع إلى خطإ الملتزم فإنّ الإدارة هي التي تتحمل مخاطر الإدارة المالية للمرفق.

ويخضع قرار الإدارة بوضع المرفق محلّ الالتزام تحت الحراسة لرقابة القضاء إلغاءً وتعويضاُ خلافاً لإجراءات الضغط الأخرى. فالقاضي يمكنه أن يُلغي قرار فرض الحراسة لعدم مشروعية أو لعدم ملاءمته لجسامة الخطأ، أو إذا لم يكن هناك ما يبرره قانونا.

-سحب العمل من المقاول:

في عقد الأشغال العامة يمكن للإدارة أن تسحب العمل من المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته أو المتأخر في أدائها، وتقوم بتنفيذ الأعمال على نفقته وتحت مسؤوليته[89] إمّا بنفسها أو بواسطة الغير حيث يكون ذلك بمثابة

[89] – هيثم حليم غازي، المرجع السابق ، ص139.

وضع للمقاولة تحت الإدارة المباشرة لجهة التعاقد ضمانا لحسن تنفيذها تأميناً لسير المرفق العام محلّ التعاقد[90].

- شروط سحب العمل من المقاول:

يتطلب الفقه والقضاء لسحب العمل من المقاول المتعاقد وتنفيذه على حسابه وجوب توافر الشروط الآتية:

. وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول:

يسلم الفقه والقضاء الفرنسيان بأن قيام الإدارة بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة يفترض فيه وقوع خطإ جسيم من قبل المقاول، فإذا كانت المخالفات لا ترقى إلى هذه الدرجة فإنها لا تعدّ مبرراً كافيا لتوقيع هذا الجزاء، ويحقّ للمقاول المتعاقد في هذه الحالة أن يطلب تحميل الإدارة مسؤولية ما يترتب على الإجراء من نتائج بالإضافة إلى حقّ التعويض.

وقد اتجه قضاء مجلس الدّولة إلى تقييم إخلال المقاول بالتزاماته إلى نوعين[91]:

- **عدم مراعاة المقاول لشروط العقد:** إذ يحق للإدارة سحب العمل من المقاول إذا لم يلتزم بمدّة التنفيذ المنصوص عليها في العقد أما إذا كان التأخير في تنفيذ الأشغال يرجع إلى الإدارة أو إلى تعديل المشروع، أو

[90] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق..ص90.

[91] – هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص141 وما بعدها.

بسبب قوة قاهرة أو ناشئا عن صعوبات غير متوقعة واستثنائية في التنفيذ لا تملك الإدارة هنا الحق.

كما يحقّ للإدارة سحب العمل من المقاول في حالة إيقافه للأشغال أو التخلي عنها وتركها، ولا يستطيع المقاول أن يتعلل بأن تعطل الأعمال راجع إلى فعل الإدارة كالتأخير في دفع الأقساط أو رفع المقاول دعاوى ضدّ الإدارة، فتوقّف أو تعطّل العمل هو خطأ جسيم من جانب المتعاقد.

- **عدم تنفيذ المقاول للأوامر المصلحية:**

الأصل في عقود الأشغال العامة هو خضوع المقاول لتعليمات الإدارة المتعلقة بتنفيذ العقد، ويعد عدم استجابة المقاول لها سندا مبررا لقيام الإدارة بسحب العمل من المقاول وتنفيذه بمعرفتها.

وذلك لأن المتعاقد في عقد الأشغال العامة يجب أن تنفذ شروط العقد تحت إشراف وتوجيه الإدارة.

. وجوب إعذار المقاول وإعطائه مهلة لتلافي مخالفاته:

يتجه الفقه والقضاء في فرنسا إلى أنه يلزم لصحة قرار سحب الأعمال إعذار المقاول بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة ومنحه مهلة كافية لإصلاح مخالفاته، وإلاّ كان توقيعها للجزاء في هاته الحالة معيبا. على أن يتضمن الإعذار تبيان المخالفات المنسوبة إلى المقاول، الأعمال التي يجب القيام بها، سواء كانت محددة مثل العيوب الواجب إصلاحها، أو تمسّ العقد في مجموعه مثل مطالبته بأن يحسن التنفيذ.

مما سبق يمكن القول أن جزاء سحب العمل من المقاول المقصر وتنفيذه على حسابه مرتبط بالنظام العام باعتباره ضمانة هامة لإتمام العمل محلّ التعاقد ضمانا لسير المرفق العام. الأمر الذي يبطل معه النص بالعقد على حرمان الإدارة المتعاقدة من استعماله كونه يُلغي سلطة هامة ممنوحة للإدارة لكفالة سير المرفق العام[92].

- الشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد:

على غرار تنفيذ الإدارة للأعمال المتعاقد عليها على حساب المقاول المخلّ بالتزاماته التعاقدية في عقد الأشغال العامة فإن الأمر نفسه يرد على عقد التوريد حيث بوسع الجهة الإدارية المتعاقدة شراء الأصناف محلّ التعاقد على حساب المورد، إذا لم يضطلع بهذا الالتزام على نحو يتوافق مع نصوص عقد التوريد وذلك تحقيقا لاستمرارية المرفق العام وانتظام أدائه لخدماته للمنتفعين بها.

ويشترط لذلك حدوث خطأ جسيم يبرر الشراء على حساب المورد وللخطأ الجسيم أشكال مختلفة: فيجوز التنفيذ على حساب المورد بسبب التأخير في التسليم، أو بسبب الامتناع أو العجز عن تنفيذ التوريد، أو بسبب تنفيذ العقد على وجه غير مُرضي أو إحلال المتعهد لغيره محله دون موافقة الجهة الإدارية، أو بسبب الإهمال في تنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه العقد على وجه يُعرِّض المرفق للخطر[93].

---

[92] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص93.

[93] – أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص359.

الفرع الرابع :

سلطة فسخ العقد:

فسخ العقد هو جزاء توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها الذي لم يعد قادراً على الوفاء بالتزامه التعاقدي على نحو ما ينبغي حيث تُنهي الإدارة بهذا الجزاء التعاقد معه وهذا تماشيا لضرورة تحقيق المصلحة العامة في دوام استمرارية المرفق العام.

فمقتضيات المصلحة العامة إذا كانت تفرض على الإدارة فسخ العقد وحتى ولو لم يرتكب المتعاقد خطأ فإنّ تحقيق تلك المصلحة ومن باب أولى يمنحها حقا في فسخ التعاقد إذا ما أخلّ المتعاقد بالتزامه التعاقدي.

وتملك الإدارة سلطة الفسخ سواء انطوى هذا العقد على نص يخولها هذه السلطة أم خلا من النص على ذلك ودون حاجة للجوء للقضاء فهو مرتبط بمظاهر السلطة العامة.

حالات الفسخ: (وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247)

حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية (وجود خطأ) وفي هذه الحالة توجه له المصلحة المتعاقدة إعذاراً ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدّد، إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي[94].

[94] المادة 149 .

المبحث الثاني :

التزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة

أهم إلتزامات المتعامل المتعاقد تلك المتعلقة بالأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد ، و أيضا أداء الخدمة موضوع العقد حسب الكيفيات المتفق عليها و الالتزاما بأداء الخدمة موضوع العقد في المدة المتفق عليها فضلا عن الالتزام بدفع الضمان . وبالمقابل يتمتع المتعاقد مع الإدارة بمجموعة من الحقوق وهي في الأساس حقوق ذات طابع مالي .

المطلب الأول :

التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه :

الأصل أن المتعاقد مع الإدارة ملزم بالتنفيذ الشخصي لالتزاماته التعاقدية تجاه الإدارة (فرع أول) غير أنه يرد على ذلك إستثناء (فرع ثان).

الفرع الأول :

الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد

يمر إختيار الادارة للمتعاقد معها بإجراءات دقيقة ، الغرض منها التوصل لأفضل العناصر المتقدمة للمتعاقد ، لإبرام العقد مع من يتفوق بقدراته المالية و كفاءته الفنية و الإدارية اللازمة للاضطلاع بأعباء التعاقد .

ومن ثم كان للاعتبار الشخصي أهمية بالغة لدى الإدارة ، حيث إختارت المتعاقد معها على أساسه ، الأمر الذي يفرض عليه إلتزاما جوهريا حال تنفيذه لإلتزاماته التعاقدية بأنه يقوم بهذا التنغيذ بنفسه.

ولأن هذا الالتزام تفرضه القواعد العامة في العقود الادارية حتى و إن لم ينطوي العقد الإداري على نص صريح يؤكده[95] ، لا يعفي المتعاقد مع الادارة من واجب إحترامه . و إذا كان هذا هو المبدأ العام فإنه ليس بالمبدإ المطلق إذ يقبل بعض الاستثناءات المتعلقة بعقد المناولة .

و أهم إلتزامات المتعامل المتعاقد كما سبقت الاشارة تلك المتعلقة بالأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد ، و أيضا أداء الخدمة موضوع العقد حسب الكيفيات المتفق عليها و الالتزاما بأداء الخدمة موضوع العقد في المدة المتفق عليها فضلا عن الالتزام بدفع الضمان .

الفرع الثاني :

الا ستثناء الوارد على الاداء الشخصي

وبالرجوع الى الاستثناء الوارد على الاداء الشخصي فقد سمح المشرع للمتعامل المتعاقد بإحالة بطريقة عقدية جزء من المهام المنوطة به الى الغير . بقصد القيام بها تحت مسؤوليته القانونية و طبقا للاجراءات و الشروط

[95] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 55.

المنصوص[96] عليها في المرسوم الرئاسي 15-247 وهو ما يعرف بعقد المناولة إذ أصبح هذا الأخير من الضرورات التي لا غنى عنها في الكثير من العقود و خاصة عقود الأشغال العامة لحسن التنفيذ و سرعته باعتبار أن حجم المشروعات التي تنفذ وحجم الأعمال المطلوبة و طبيعتها و التخصصات المتعددة اللازمة لإنجاز الأعمال صارت أمورا أساسية تستوجب تعاون المتعاقد الأصلي مع المتعاقد بن بالمناولة .

و القاعدة المسلم بها كما أسلفنا في هذا الخصوص أنه يحل غيره محله في تنفيذ بعض هذه الإلتزامات التعاقدية إلا بموافقة الادارة مقدما .

وقد ورد بالمادة 140 من المرسوم 15-247 أنه " يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة ، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم "

هذا وترد شروط للجوء لعقد المناولة وهي :

أولا : التحديد الصريح للمجال المخصص لعقد المناولة في دفتر الشروط إذا أمكن ذلك و في الصفقة الأصلية فقد ورد بالفقرة الاولى من المادة 143 من المرسوم أنه " يجب أن يحدد صراحة المجال الرئيسي لتدخل المناولة ،

[96] المواد 140-144

بالرجوع الى بعض المهام الاساسية التي يجب أن تنفذ من طرف المتعامل المتعاقد في دفتر الشروط إذا أمكن ذلك وفي الصفقة .."

و الحكمة من إجراء هذا الشرط أن المشرع أراد من خلاله تحديد مجال المناولة في مرحلة مبكرة وليس في مرحلة التنفيذ فيصبح كل أطراف العقد أو الصفقة على علم تام بالمجال موضوع عقد المناولة .

مع العلم أن المادة 140 ورد بها ما مفاده " أن مجال المناولة لا يمكن أن تكون من ضمنها ثفقات اللوازم العادية إذ لا يمكن أن تكون هذه الأخيرة محل مناولة . والتي يقصد بها اللوازم الموجودة في السوق والغير مصنعة إستنادا الى مواصفقات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة .

ثانيا : عدم جواز تجاوز النسبة المحددة قانونا [97]

يجد هذا الشرط أساسه القانوني في المادة 140 فقرة 2 من المرسوم ورد بها " ومهما يكن من أمر ، لا يمكن أن تتجاوز المناولة أربعين في المائة 40 من المبلغ الاجمالي للصفقة " وهذا شرط معقول إذ لا يمكن أن تحجب خدمات المناول وهو الفرع خدمات الأصيل أو المتعاقد الرئيسي . و للإشارة فقد انفرد هذا المرسوم عن سابقه بالاشارة لهذا الشرط .

ثالثا : وجوب موافقة المصلحة المتعاقدة مقدما وكتابيا :

[97] المادة 140 .

قضت المادة 143 في فقرتها 2 ما مفاده أنه ينبغي أن يحظى إختيار المناول و شروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما وكتابيا .

مع مراعاة أحكام المادة 75 المتعلقة بحالات الاقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية وبعد التأكد من قدراته المهنية و التقنية و المالية"

رابعا : أن يصرح المناول للمصلحة المتعاقدة بتواجده في مكان التنفيذ [98]

ورد بالمادة 142 ما مفاده " يقع على عاتق المناول التصريح للمصلحة المتعاقدة بأنه متواجد في مكان التنفيذ

وإذا علمت المصلحة المتعاقدة بتواجد مناول غير مصرح به في مكان تنفيذ الصفقة تلزم باعذار المتعامل المتعاقد بتدارك هذا الوضع في أجل 8 أيام .و إلا اتخذت ضده تدابير قسرية .ما مفاد المادة 142 من المرسوم وهذا شرط تنظيمي يحدد المسؤوليات ويضبطه كل تدخل في مرحلة تنفيذ الصفقة .

[98] المادة 142 .

المطلب الثاني :

حقوق المتعامل المتعاقد مع الادارة :

بالنظر إلى ما تتمتع به الإدارة من سلطات واسعة فإنّ للمتعاقد معها حقوق تكفل له العدالة في تنفيذ العقد وتضمنُ له المساواة بينه وبين سائر الأفراد أمام الأعباء العامة التي يتطلبها سير المرافق العامة. **وعليه** يمكن تصنيف حقوق المتعامل المتعاقد إلى : الحق في المقابل المالي ، و الحق في التوازن المالي و الحق في التعويض .

ومن هنا فإن حقوق المتعاقد مع الإدارة تتمثل فيما يلي:

الفرع الأول :

الحصول على المقابل المالي:

للمتعاقد مع الإدارة الحق في مطالبة الإدارة بتنفيذ شروط العقد التعاقدية والتي تتمثل في الامتيازات المالية المقررة والمتفق عليها بالنسبة للمتعاقد كالثمن المتفق عليه في عقود الالتزام أو الحدّ الأدنى للربح الذي يقرره العقد للملتزم.

هذا و تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة يلزم فيه المتعامل المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات و الشروط المتفق

عليها ، و تلزم الإدارة المعنية بدفع المقابل المالي بالأشكال و الكيفيات التي حددها القانون .

لقد بين المرسوم الرئاسي 15-247 كيفيات الدفع [99] نوضح ذلك فيما يلي :

أشارت المادة 108 الى أن التسوية الماليةللصفقة تتم بدفع التسبيقات و / أو الدفع على الحساب و بالتسويات على رصيد الحساب .

1-التسبيق : هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد ، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة

أشكال التسبيق :

وفقا للمادة 111 فإن التسبيقات اما جزافية او على التموين

أ-التسبيق الجزافي :

هو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل بدء تنفيذ الصفقة .يحدد بنسبة أقصاها 15%من السعر الأولي للصفقة : عير انه يرد على ذلك استثناءات

1إذا رأت المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع و / أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي سينجم عنه تحقيق ضرر أكيد ،

[99] المواد من 108 الى 123 .

وهو ما يعني أن الضرر ثابت ومؤكد و ليس إحتماليا .فهنا يجوز الخروج عن القاعدة ومنح تسبيق أكبر من النسبة المذكورة

2ضرورة استشارة لجنة الصفقات المختصة.

3ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة .

ويمكن دفع التسبيق الجزافي مرة واحدة ، كما يمكن أن يدفع في عدة أقساط[100]. المادة 112 .

ب-التسبيق على التموين :

عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل التنفيذ إذا أثبت لجهة الادارة بموجب وثائق و عقود تؤكد ارتباطه القانوني مع الغير بهدف توفير المادة أو المواد موضوع الصفقة وهو ما قضى به قانون الصفقات العمومية "يمكن أصحاب صفقات الاشغال و التزويد باللوازم أن يقبضوا بالإضافة الى التسبيق الجزافي تسبيقا على التموين إذا أثبتوا حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة للمواد او المنتوجات الضرورية لتنفيذ الصفقة "

[100] المادة 112 .

كما يمكن المصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها إلتزاما صريحا بإيداع المواد و المنتوجات المعنية في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلائم الرزنامة التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسبيق [101] .

2-الدفع على الحساب

عرفته المادة 109 " هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة "

الدفع على الحساب نوعان : دفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات و الدفع على الحساب الشهري .

أ-الدفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات

إن مضمون المادة 2/117 خص صفقة الأشغال بهذا النوع من الدفع إذ أورد بها مايلي " ... غير أنه يجوز لحائزي صفقة اشغال أن يستفيدوا من دفعات على الحساب عند التموين بالمنتوجات المسلمة في الورشة .." . وإشترطت الفقرة عدم حصول المتعاقد على تسبيق بالتموين المشار اليه أعلاه إضافة عبارة " و التي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين حتى نسبة 80 %من مبلغها المحسوب بتطبيق أسعار وحدات التموين المحددة خصيصا للصفقة المقصودة على أساس الكميات المعاينة .."

[101] المادة 113 .

فضلا على أن تكون التموينات المقتناة في الجزائر يستفيد المتعامل المتعاقد من الدفع على الحساب .

ب-الدفع على الحساب الشهري [102]

نص المرسوم الرئاسي 15-247 على أن الدفع على الحساب يتم شهريا ما لم ينص أحد بنود الصفقة على مدة أطول حسب طبيعة الخدمات ونظرا لتعلق الدفع على الحساب بنسبة تقدم الأشغال أو الخدمة فقد علق المشرع منحه على تقديم الوثائق المنصوص عليها في دفتر الشروط ، حسب الحالة.

وقد ورد تبيانا لبعض الوثائق المطلوبة في بعض الحالات من خلال المادة 85 من المرسوم الرئاسي لسنة 2010 التالية :

-محاضر أو كشوف حضورية أو وجاهية خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها .

-جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة .

-جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الاجتماعية .مؤشرا عليه من صندوق الضمان الاجتماعي المختص.

ج-التسوية على رصيد الحساب

[102] المادة 118 .

تتمثل في الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل لموضوعها.

-التسوية على رصيد الحساب المؤقت [103]:

بينت أحكام المادة 119 كيفية التسوية المؤقتة للرصيد كونها تتم بعد تسليم المشروع أو أداء الخدمة .على أن تبادر الادارة الى إقتطاع الضمان المحتمل و الغرامات المالية عند الاقتضاء و الدفوعات بعنوان التسبيقات و الدفع على الحساب على اختلاف أنواعها .

التسوية النهائية :

أما التسوية النهائية للرصيد فتكون برد الاقتطاعات بعنوان الضمان للمتعامل المتعاقد ورفد اليد على الكفالات التي قدمها ، ولا يتم ذلك الا بعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع وبعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع و بعد تقديم الوثائق القانونية المثبتة لذلك[104].

كما أنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية في أجل يتجاوز 30يوما إبتداء من إستلام الكشف أو الفاتورة .غير أنه يمكن من أجل تسوية بعض أنواع الصفقات

[103] المادة 119

[104] المادة 120 .

العمومية بقرار من الوزير المكلف بالمالية ولا يمكن أن يتجاوز ذلك أجل شهرين .

وخولت للمتعامل المتعاقد حق الحصول على غرامات تأخيرية في حال تجاوز الآجال المذكورة ، وتحسب على أساس نسبة الفائدة البنكية المطبقة على القروض القصيرة المدى [105].

الفرع الثاني :

التعويض:

يحقّ للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب ببعض التعويضات وذلك في حالات متعددة أهمّها:

- ارتكاب الإدارة خطأ ترتب عليه إلحاق ضرر بالمتعاقد معها.
- عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها المبينة في العقد.
- إذا قام المتعاقد من تلقاء نفسه بأداء أعمال أو خدمات إضافية غير مطلوبة أصلا في العقد ولم تطلبها الإدارة يستحقّ المتعاقد التعويض عنها وفقا لنظرية الإثراء بلا سبب متى تثبت أن هذه الأعمال كانت ذات فائدة للإدارة أو لازمة للمرفق العام[106].

[105] المادة 4/122

[106] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 330.

الفرع الثالث :

التوازن المالي للعقد الإداري

يعتبر أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة وهنا يشار إلى نظريات ثلاث :

-نظرية المخاطر الإدارية (نظرية فعل أوعمل الأمير) ، نظرية الظروف الطارئة ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

أولا : نظرية المخاطر الإدارية (نظرية فعل أوعمل الأمير)

تعرف كذلك بنظرية فعل الأمير وبمقتضاها فإنه إذا صدر عن سلطة إدارية إجراء من شأنه زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة فإن الجهة الإدارية تلتزم بتعويض الاضرار الناجمة عن هذا الاجراء . **وعليه** إن عمل الامير هو كل إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة غير متوقع من المتعاقد معها ، يؤدي الى إلحاق ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسهم هذا الاجراء .يستوي في ذلك أن يكون إجراء عاما أو خاصا .وبعبارة أخرى أدق ، عمل الامير إجراء خاص أو عام يصدر من جانب الجهة الادارية المتعاقدة لم يكن متوقعا وقت التعاقد يترتب عليه ضررا خاصا باالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الاجراء [107].

[107] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 55.

وعليه ، فإن عمل الأمير يقتصر على الاجراءات الصادرة عن السلطة العامة المتعاقدة فقط دون غيرها من السلطات .

إن عمل الامير قد يأخذ صورة إجراء فردي خاص حينما تقدم الإدارة على تعديل العقد بإرادتها المنفردة – بالزيادة أو بالنقصان – أو في شروط أو مدة التنغيذ ، مما يحمل المتعاقد مع الادارة تكاليف إضافية لم تكن في حسبانه وقت وضع أسعار التعاقد .

وقد يأخذ عمل الأمير صورة إجراء عام في صورة قوانين تزيد من أعباء المتعاقد . ويكون ذلك بتعديل شروط تنفيذ العقد بإلغاء أحد تلك الشروط ، أوبتعديل في فحواها .أو أن يعدل الاجراء العام ظروف تنفيذ العقد مما يجعل هذا التنفيذ أكثر كلفة على المتعاقد مع الادارة.

شروط تطبيق هذه النظرية :

–أن يكون العقد من العقود الادارية [108]و أن يكون الاجراء صادرا عن جهة الادارة المتعاقدة : وتجدر الاشارة الى أنه لا مجال لإعمال نظرية عمل الامير على تعاقدات الادارة المدنية .حيث تكون فيها طلرفا عاديا لا يتمتع بأي بأي من مظاهر السلطة العامة .حيث ينظمها القانون الخاص ويفصل في منازعاتها القضاء العادي الذي لا يعرف تطبيقا لنظرية عمل الامير .

[108] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 363 .

-ان يكون هذا الإجراء غير متوقع وقت التعاقد لحصول المتعاقد مع الادارة على التعويض كأثر للإجراء الذي أضر به ، و الصادر عن الادارة المتعاقدة فإنه يتعين عدم توقع صدوره .

فإذا كان المتعاقد مع الادارة توقع صدورالاجراء الضار عنها ، فالمفترض أنه علم أثر صدور هذا الاجراء ووضعه في حساباته عند تقدير المقابل الماديلبنود العقد الاداري . ومن ثم فلا يستحق التعويض .

إن معيار عدم التوقع هو معيار موضوعي لا يعتد فيه بما وقع في ذهن المتعاقد من توقع للفعل وإنما العبرة ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع الظرف الجديد لو وجد في ذات ظروف المتعاقد .

وعلى القاضي عند تقديره لتوافر شرط عدم التوقع ، البحث في إمكانية توقع المتعاقد لتصرف الادارة ، وفقا لمعيار الرجل العادي (المعتاد) في ظل الظروف و الملابسات وقت التعاقد .

-أن يترتب على الاجراء ضرر للمتعاقد من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد [109]

لا يشترط أن يمثل عمل الإدارة خطأ من جانبها إذ يفترض أن الإدارة لم تخطئ و إنما تصرفت كسلطة عامة بهدف تحقيق المصلحة العامة . مناط

[109] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 366 .

تطبيق نظرية عمل الأمير الذي يلخحق بالمتعاقد مع الادارة نتيجة الاجراء الصادر عنها .

وإذا كان الضرر شرطا لازما ومنطقيا لتطبيق نظرية عمل الأمير فإنه لا يشترط أن يكون على درجة معينة من الجسامة ، المهم أن يؤدي هذا الضرر الى إحداث إختلال في التوازن المالي للعقد الإداري أن التوازن بين إلتزامات المتعاقد وحقوقه المنبثقة عن تنفيذه للعقد الاداري

وإذا كان الضرر المجرد كافيا لترتيب مسؤولية التعاقدية للادارة و التي يكون الخطأ أساسا لها على إعتبار أن هذا الضرر أحدعناصرها .فإن الضرر الوجب لتطبيق نظرية عمل الأمير يشترط فيه أن يكون ضررا خااصا و هو الضرر الذي يصيب المتعاقد دون سائر الأفراد أو تكون إصابة المتعاقد بهذا الضرر أكثر جسامة ممن أصيبوا به .

التعويض :

بإعتبار أن الضرر محل المطالبة بتطبيق نظرية عمل الامير أحدثته الادارة بمفردها و إرادتها المنفردة لأسباب محل إعتبار لديها فإن العدالة تقتضي تحملها بتعويض المتعاقد مخها عن هذا الضرر تعويضا كاملا ،

بحيث يعود بهذا التعويض التوازن المالي للعقد الى ماكان عليه قبل صدور الاجراء من جهة الادارة المتعاقدة و الذي أضر بالمتعاقد معها[110] .

إن الغاية من جعل التعويض كاملا في صورتيه ما فاته من كسب وما لحق بالمتعاقد من خسارة في نطاق إستعمال نظرية عمل الأمير هو الحيلولة أيضا دون إثراء الادارة بلا سبب على حسلب المتعاقد معها بإجراءات أحادية الجانب تتخذها لتحقيق مكاسب لها في حين أنها تؤدي الى إفقار المتعاقد معها الأمر الذي يجعله يحجم عن التعاقد لاحقا مع الادارة لافتقادها لثقته ومخالفتها لمبدإ حسن حسن النية الذي يتعين تنفيذ الغقود الادارية في كنفه .

ثانيا :نظرية الظروف الطارئة

استقر القضاء الاداري على أنه إذا وجدت ظروف غير متوقعة من شأنها زيادة الأعباء الملقاة على المتعاقد مع الإدارة الى حد الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالا جسيما فللمتعاقد الحق في أن يطلب من الإدارة و لو بصورة مؤقتتة المساهمة في تحمل جانب من الخسائر التي تلحق به وهو ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة .

[110] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق

الاصل في نظرية العقود في القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين . ولا يعفي المتعاقد من التزاماته تجاه الطرف الاخر الا القوة القاهرة و هي الحادث الغير متوقع ولا يمكن دفعه ويكون سببا خارجيا عن المدين يحرره من التزاماته أو يعفيه من المسؤولية ,

وهذه القاعدة لا يمكن الأخذ بها على اطلاقها في مجال العقود الادارية ولاسيما عقد الامتياز ومن هنا أنشأ مجلس الدولة الفرنسي حالة وسطا بين الحالة التي يستطيع فيها المتعاقد أن يفي بالتزاماته وبين القوة القاهرة التي يستحيل فيها تنفيذ الالتزام اطلاقا ، ففي هذه الحالة يستطيع المتعاقد أن يفي بالتزاماته ولكن سيناله ارهاق مالي شديد . وهذه هي نظرية الظروف الطارئة التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي مطلع القرن العشرين تحقيقا للمصلحة العامة التي تقضي بوجوب سير المرفق العام بانتظام واضطراد من جهة ، و استجابة لقواعد العدل و الانصاف من جهة اخرى . إذ أنه من الممكن دائما في العقود طويلة الامد أن تظهر خلال و أثناء مدة العقد ظروف لم تكن في الحسبان وقت ابرام العقد ظروف لا دخل لارادة الطرفين المتعاقدين فيها ، ولكنها من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وصعبا بل و تجعل الاستمرار في التنفيذ معرضا الى التوقف و الانقطاع ؛ وبديهي أن مثل هذا العقد إن تعلق موضوعه بمرفق عام فإن ذلك يؤدي في

النهاية الى توقف وانقطاع نشاط المرفق العام فيما إذا طبقت قواعد القانون المدني على العقود التي تبرمها الادارة العامة ة[111].

ويرجع أساس نظرية الظروف الطارئة الى قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو ، فبعد الحرب العالمية الاولى ارتفعت اسعار الفحم إرتفاعا كبيرا الى درجة أن شركة الاضاءة في بوردو – و التي كان قد عهد اليها بادارة المرفق العام لتوزيع الغاز و الكهرباء في المدينة – وجدت أن الرسوم التي تتقاضاها لاتغطي نفقات الادارة ولهذا طلبت من الادارة رفع السعر . ولكن هذه الأخيرة رفضت وتمسكت بتنفيذ عقد الإلتزام [112] ، ، فرفعت الشركة دعوى الى المحكمة الادارية المختصة (مجلس المحافظة) ، فقضى برفض طلب الشركة أيضا . فاستأنفت الشركة أمام مجلس الدولة وطلبت منه تعديل شروط العقد وذلك بمضاعفة سعر بيع الغاز من جهة ، و الحكم لها بالتعويض عن الأضرار التي تكبدتها نتيجة لعدم استجابة الإدارة لطلبها من جهة اخرى. غير أن مجلس الدولة رفض الطلب الأول للشركة لأن القاضي لا يستطيع تعديل العقد كما رفض الطلب الثاني أ ي التعويض على أساس الخطا لأن الادارة لم ترتكب أي خطا ، ومع ذلك فقد حكم مجلس الدولة للشركة بالتعويض ، ولكن على أساس آخر وهو ضرورة سير المرفق العام بانتظام و اضطراد فكلما تجاوزت كلفة الانتاج أعلى مما كان

[111] حمدي القبيلات ، المرجع السابق ، ص 304 .

[112] عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 44

يمكن توقعه ، وقت إمضاء العقد فتتحمل الشركة الخسارة المتوقعة ، وقت العقد ، مضافا اليها جزءا من الخسارة غير المتوقعة . وتتحمل الادارة ماتبقى.

مما سبق ، يمكن القول أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على مجموعة من الأسس فهي تشترك مع نظرية القوة القاهرة في ضرورة أن تجد حوادث لم تكن بالحسبان ولم يكن بالامكان توقعها وقت التعاقد ، ولا يمكن دفعها بعد حدوثها ، وليست من عمل أحد المتعاقدين. كما أن هذه الظروف لاتجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا مثلما هو الشأن في حالة القوة القاهرة ولكنها تجعله عسيرا ومرهقا ماديا .

ومن جانب آخر فإنه لا يترتب على هذه الحوادث إعفاء الملتزم من التزامه كما هو الحال في القوة القاهرة وإنما يترتب عليها توزيع الأعباء مؤقتا بين الملتزم والادارة مانحة الالتزام .وتجدر الاشارة الى أن الظروف الطارئة يجب أن تكون عارضة و أن تكون السبب المباشر في قلب التوازن المالي للعقد .وبالتالي فنظرية الظروف الطارئة تضمن بقاء العقد عبر الإقرار بمساعدة المتعاقد في التغلب على الانقلاب المؤقت من خلال التعويض ، وبالتالي ضمان استمرارية المرفق العام[113]. .

[113] علي عبد الأمير قبلان ، المرجع السابق ، ص 76.

وهنا لابد من الإشارة إلى أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، قد حدد السقف الذي يبدأ منه إحتساب الخسائر في التاريخ أو اللحظة التي يتجاوز فيها إرتفاع الأسعار الحد الأقصى الذي كان من الممكن توقعه عند إبرام العقد .وفيما يخص تحديد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد من جراء الظروف الطارئة .فقد قدرها مجلس الدولة الفرنسي على أساس مجموعة من الاعتبارات طيلة الفترة التي يستمر فيها الظرف الطارئ .

أما فيما يتعلق بتوزيع عبء الخسارة بين طرفي العقد ، فتقوم على أساس التعاون مابين الطرفين في التغلب على الحدث الطارئ ، الذي قلب إقتصاديات العقد .ويبقى للقضاء السلطة التقديرية في تحديد ذلك بمساعدة خبراء مختصين في المجال [114].

شروط تطبيق هذه النظرية :

أن يطرأ بعد إبرام العقد و أثناء تنفيذه ظرف طارئ يرجع إما لأسباب اقتصادية كالارتفاع المفاجئ و غير المتوقع في الأسعار ، أو لأسباب سياسية كـــإعلان الحرب أو غلق الممرات البحرية الدولية ، أو لأسباب طبيعية كالزلازل أو الجفاف ...

أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه أو تداركه بعد وقوعه

[114] محمد باهي ، منازعات الصفقات العمومية ،ج 2 ، مطبعة النجاح ، الدار البيضاء ، المغرب ، 2015 ، ص 361 .

أن يكون الظرف الطارئ مستقلا عن إرادة المتعاقدين أي خارج عن إرادة المتعاقد من جهة و الإدارة المتعاقدة من جهة اخرى

أن يكون من شأن هذا الظرف الطارئ أن يؤدي الى إلحاق خسائر بالمتعاقد تجعل تنفيذ إلتزاماته أمرا مرهقا الى حد كبير ، ودون أن يصل الامر الى استحالة تنفيذ العقد ، و إنما تقتصر آثار هذا الظرف على وقوع ارهاق مالي شديد على المتعاقد . هذا ويعتبر تقدير مدى جسامة الضرر الذي تلحقه الظروف الطارئة بالمتعاقد مع الادارة امر يتولاه القاضي بنفسه.

ثالثا : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

ويكون في حالة ما إذا صادف تنفيذ العقد الاداري صعوبة مادية بحتة ذات طابع استثنائي لم يتوقعها المتعاقد مع الإدارة ولم يكن بوسعه ذلك مما يجعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في ظلها أكثر ارهاقا وكلفة . الأمر الذي يتطلب تدخل الادارة بتعويضه تعويضا كاملا لجبر تلك الأضرار التي أحدثتها تلك الصعوبات تمكينا له من الاستمرار في الوفاء بالتزامه التعاقدي . ويجد تطبيق النظرية مجاله الخصب في عقود الأشغال العامة نظرا لكثرة ما يواجه تنفيذ تلك العقود من صعوبات ذات طبيعة مادية .

ومع ذلك يرى الفقه أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق تلك النظرية في كافة العقود الادارية متى توافرت شروطها .

شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

مواجهة تنفيذ العقد الاداري صعوبة مادية استثنائية وكمثال على الصعوبات المادية البحتة زيادة الطبقات الصخرية في أرض الموقع محل تنفيذ عقد الأشغال العامة مما يزيد في نفقات أعمال الحفر أو ارتفاع منسوب المياه الجوفية للأرض محل تنفيذ العقد الأمر الذي يحمل المتعاقد عبء اضافيا يتمثل في زيادة نفقات سحب المياه كما يتعين أن تتصف تلك الصعوباة بالطابع الاستثنائي وهو ما يخرجها من إطار الصعوبات البيطة أو العادية و التي تدخل في إطار المخاطر العادية للمتعاقد .

وتقدير استنائية اصعوبة المادية أو اعتبارها من قبيل المخاطر العادية التي لا ترقي الى تطبيق نظرية الصعوبات المادية متروك لتقدير القاضي بالنسبة لطكل حالة على حدة .

عدم توقع المتعاقد للصعوبات المادية ينبغي ألا يكون بوع المتعاقد مع الإدارة توقع حدوث الصعوبة المادية وقت إبرامه لتعاقده مع الادارة .

حيث لا تنطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا كان المتعاقد قد توقع حدوث الصعوبة التي إعترضت تنفيذ العقد دون أن يبدي أية تحفظات للإدارة بشأها حيث يفترض أنه وضع تكلفة التنفيذ الزائدة التي أودجدتها لبصعوبة المادية فس حسبانه عند التقدم بأسعار تعاقده ومن ثم فلا يستحق

لبتعويض لبذي تكلفه تلك النظية .كما لا يكون ذلك التعويض مستحقا له إذا كان بوسعه توقع لبصعوبة المادية إلا أنه لم يبذل بذلك جهدا فيكون مقصرا لا يستحق تعويض الادارة له .

ولقاضي العقد سلطة تقدير ما إذا كانت الصعوبة المادية التي واجهت تنفيذه غير متوقعة أو كان من الممكن توقعها ليطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من عدمه وذلك وفقا لمعيار موضوعي ينظر فيه الى سلوك الرجل المعتاد الذي يوجد في نفس ظروف التعاقد وقت إبرام العقد .

اصابة المتعاقد بضرر. إن إعتراض تنفيذ العقد الاداي صعوبة مادية استثنائية لا يؤدي تلقائيا اى تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، حي يتعين أن يتولد عن تلك الصعوبة ضرر بالمتعاقد مع الادارة . ذلك لاعتبار جبر هذا الضرر هو سند تطبيق هذه النظرية .

وييكون الضرر الذي اصيب به المتعاقد مع الادارة هو اساس استحقاقه للتعويض بعض النظر إذا كان الضرر بسيطا أو جسيما وذلك كأصل عام .

التعويض كأثر لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير متوقعة :

إن التعويض الناجم عن نظرية الصعوبات المادية هو تعويض كامل [115]عن جميع الاضرار التي حاقت بالمتعاقد مع الادارة كأثر لتنفيذ التزامه التعاقدي

[115] مال الله جعفر عبد الملك الحمادي ، المرجع السابق ، ص 699.

في ظل قيام الصعوبة المادية ويقع على عاتق المتعاقد مع الادارة عبء إثبات الضرر الذي أصابه من جراء إعتراض صعوبة مادية لطريق تنفيذ العقد و يترك للقاضي تقدير مدى توافر شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ومدى استحقاق المتعاقد مع الادارة للتعويض الذي تقرره له تلك النظريةوذلك في ضوء ظروف تنفيذ كل عقد على حدة .

المبحث الثاني :

انقضاء العقود الإدارية:

قد تنتهي العقود الإدارية نهاية طبيعية وذلك لتنفيذ ما يترتب عليه من التزامات تنفيذا كاملاً، أو لانقضاء المدة المحددة لسريان العقد، وقد تنتهي هذه العقود نهاية غير طبيعية قبل الأوان بفسخ العقد (قد يكون الفسخ باتفاق الطرفين على إنهاء العقد قبل نهايته الطبيعية، أو فسخا بقوة القانون أو فسخا قضائيا).

المطلب الأول :

نهاية العقود الإدارية نهاية طبيعية

تنتهي العقود الادارية مثل بقية العقود[116] بصفة عامة نهاية طبيعية في الحالتين الآتيتين :

[116] ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري ، دار المجدد للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ص 300 .

-إنتهاء العقد أو إنقضاؤه لتنفيذ ما يترتب عليه من إلتزامات تنفيذا كاملا فعقد الأشغال العامة أو التوريد مثلا ، والذي نفذ فيه المتعاقد إلتزاماته ، بإتمام الأعمال المطلوبة في الحالة الأولى ، وتسليم البضائع في الحالة الثانية ، ينقضي متى أدت الإدارة الثمن كاملا للمتعاقد معها .

-إنقضاء العقد لنهاية المحددة لبقائه ، ذلك أن من العقود الإدارية ما يرتبط بقاؤه بمدى زمني محدد ، ومثال ذلك ذلك عقود الإلتزام ، أو عقود الأشغال العامة المتعلقة بصيانة بعض المنشآت لمدى زمني محدد ، وعقود التوريد لمدة محدودة ..في كل هذه الحالات ينتهي العقد بحلول المدة المتفق عليها فيه .

غير أنه يجب التمييز في هذا الخصوص بين العقود الفورية ، و العقود الزمنية : فالعقود الفورية تنقضي بالتنفيذ الى غير رجعة .أما العقود الزمنية فقد تتولد عنها بعض الآثار رغم إنقضاء المدة ، بحيث يكون للمتعاقد الذي يستمر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية بعد مرور المدة الحق في مطالبة الادارة بالمقابل ، وذلك في الصورتين التاليتين :

-حالة الموافقة على التجديد الصريح أو الضمني :ولا يوجد صعوبة في حالة التجديد الصريح لكن الاشكال يكون في حالة التجديد الضمني .إذا كانت ظروف الحال تكشف عن رضا ضمني من جانب الادارة و المتعاقد على الاستمرار في التنفيذ رغم إنقضاء المدة المتفق عليها .

-وحالة استمرار الملتزم في عقود التزام المرافق العامة في أداء الخدمة المنوطة بالمرفق العام بشرط أن يكون حسن النية وثبوت فائدة الخدمة للادارة فحينئذ يعوض بغض النظر عن فكرة التجديد الضمني للعقد[117] .

المطلب الثاني :

النهاية غير الطبيعة قبل الأوان للعقود الإدارية

قد تنتهي العقود الإدارية نهاية غير طبيعية قبل الأوان بفسخ العقد .وفسخ العقود الإدارية يتم بإحدى الصور التالية :

-الفسخ بإتفاق الطرفين على إنهاء العقد قبل نهايته الطبيعية وذلك بموافقة الإدارة المتعاقدة ومن تعاقدت معه على ذلك.و سواء كان الفسخ مقابل تعويض أو بلا تعويض .

-القسخ بقوة القانون وذلك في حالة هلاك محل العقد ، أوتحقق شروط معينة منصوص عليها في العقد أو في القوانين أو اللوائح ، بحيث يفسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحقق تلك الشروط .

-الفسخ القضائي والذي يحكم به القضاء بناء على طلب أحد الطرفين إما بسبب القوة القاهرة ، أو كجزاء للإخلال بالإلتزامات العقدية من جانب

[117] محمد الأعرج ، المرجع السابق ، ص 125 .

المتعاقد ، أو لمواجهة سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد إذا أدى هذا التعديل إلى قلب إقتصاديات العقد أو إلى تغيير جوهر العقد بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة[118] .

-الفسخ عن طريق الادارة إما إستنادا الى نصوص العقد المتفق عليها من شروط وآثار وإما بالارادة المنفردة للادارة دون نص في العقد ولو لم يرتكب المتعاقد أي خطإ إذا رأت الادارة أن من شأن الفسخ تحقيق المصلحة العامة .

وتخضع الإدارة في ممارسة هذه السلطة لرقابة القضاء الإداري فإذا تبين للقاضي أن الانهاء قام على سبب غير مشروع أو أن الإدارة إستهدفت غير المصلحة العامة من إنهاء العقد فله أن يحكم بعدم مشروعية هذا الانهاء .وفي مثل هذه الحالات للمتعاقد مع الإدارة أن يحصل على التعويض اللازم، إذا ترتب على الإنهاء حصول ضرر أو تكبد خسائر للمتعاقد .

[118] سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 368.

خاتمة :

وفي الختام يمكن القول أن العقود الإدارية تخضع لنظام قانوني يعتبر أحد ركائز القانون الإداري وهو مستقل تماما عن ذلك النظام المعمول به في عقود القانون الخاص.فعملية إبرام العقد الإداري تعتمد بالأساس على مدى إلتزام الإدارة بتنفيذ ما جاء به المشرع في هذا الصدد . ومن جانب آخر يترتب عن العقد الإداري آثار تنصرف الى طرفي العقد خلال مرحلة التنفيذ تتجلى في الحقوق و الإلتزامات المتبادلة بينهما و يظهر فيها جليا مركز الإدارة البارز على إعتبار تمتعها بإمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري.

قائمة المصادر و المراجع

- المؤلفات :

-بو بكر أحمد عثمان ، عقود تفويض المرفق العام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2015.

-جهاد زهير ديب الحرازين ، عقود الإمتياز -دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات و الكهرباء – ط 1 ، دار الوفاء لدنيا الطباعة و النشر ، الاسكندرية ، مصر ، 2013 .

-سامي حسن الحمداني ، أثر العقد الاداري بالنسبة الى الغير ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان .

- سامي جمال الدين ، أصول القانون الاداري -نظرية العمل الإداري – د د ن ، 1992 .

– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004،

-علي عبد الأمير قبلان ، أثر القانون الخاص على العقد الإداري ، ج 2 ، ط 1 ، مكتبة زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2011.

-عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، ط5 ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2017.

-محمد بن سعيد بن حمد المعمري ، العقود الادارية في سلطنة عمان ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2011 .

-مال الله جعفر عبد المالك الحمادي ، حقوق و ضمانات المتعاقد مع الادارة و التحكيم في العقد الاداري ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2014 .

- محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الادارية ، الاسكندرية ، مصر ، 1989 .

- محمد الأعرج، النشاط الإداري، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، 2014

-محمد بن سعيد المعمري ، العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2011.

-مليكة الصروخ ، الصفقات العمومية في المغرب ، ط 1 ، دار القلم ، الدار البيضاء ، المغرب .

-محمد باهي ، منازعات الصفقات العمومية ،ج 2 ، مطبعة النجاح ، الدار البيضاء ، المغرب ، 2015 .

-ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري ، دار المجدد للنشر و التوزيع ، الجزائر .

- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية -دراسة تطبيقية-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.

المقالات و المداخلات :

-دايم نوال ، تعبير الادارة عن ارادتها في ابرام الصفقات العمومية ،المجلة المتوسطية للقانون و الاقتصاد ،العدد 1السنة 2016 .

-دايم نوال ، مدى فعالية رقابة اللجان الخارجية للصفقات العمومية في تكريس مبدإ الشفافية ، مداخلة القيت في اليوم الدراسي حول " الرقابة الادارية على الصفقات العمومية و دورها في تدعيم الشفافية "بتاريخ 9-1-2020 .

النصوص القانونية :

-المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 10/07/ 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج ر 58 لسنة 2010 المعدل و النتمم بالمرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 2011/03/01 ج ر 14 لسنة 2011 ، والمرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 2011/06/16 ج ر 34 لسنة 2011 ،

والمرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 2012/01/18 ج ر 4 لسنة 2012 ، و المرسوم الرئاسي 13-03 ج ر 02 لسنة 2013.

-المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ج ر 50 لسنة 2015.

-القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 يحدد كيفيات التسجيل و السحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية ج ر العدد 17 لسنة 2016.

-قرار مؤرخ في 19 ديسمبر 2015 يجدد كيفيات الاقصا ء من المشاركة في الصفقات العمومية ج ر العدد 17 لسنة 2016 .

الفهرس

مقدمة 1

الفصل الأول : ماهية العقود الإدارية.....3

المبحث الأول : مفهوم العقد الإداري.....3

المطلب الأول : تعريف العقد الإداري ونشأته.....3

الفرع الأول : تعريف العقد الإداري.....4

الفرع الثاني :نشأة العقود الإدارية 6

المطلب الثاني :تحديد العقود الإدارية و أنواعها 9

الفرع الأول : تحديد العقد الإداري.....9

الفرع الثاني : أنواع العقود الإدارية 15

المبحث الثاني :إبرام العقود الإدارية و تطبيقاتها في القانون الجزائري..22

المطلب الأول :تقييد حرية الإدارة في التعاقد.....23

الفرع الأول : من حيث الشكل و الإجراءات.....23

الفرع الثاني : من حيث أساليب اختيار المتعاقد مع الادارة 24

المطلب الثاني: أساليب و إجراءات إبرام الصفقات العمومية و الرقابة الإدارية عليها.....25

الفرع الأول :أساليب إبرام الصفقات العمومية.....25

الفرع الثاني :إجراءات إبرام الصفقات العمومية.....37

الفرع الثالث : الرقابة الادارية على الصفقات العمومية 56

الفصل الثاني:تنفيذ العقود الإدارية ونهايتها.....64

المبحث الأول : تنفيذ العقود الإدارية.....64

المطلب الأول: سلطات الإدارة في العقود الإدارية.....65

الفرع الأول : سلطة رقابة الإدارة على تنفيذ العقد الإداري.....66

الفرع الثاني : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري.....69

الفرع الثالث :سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة.....74

الفرع الرابع : سلطة فسخ العقد.....90

المبحث الثاني : التزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة.....91

المطلب الأول : التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه 91

الفرع الأول : الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد.....92

الفرع الثاني : الاستثناء الوارد على الاداء الشخصي.....93.

المطلب الثاني : حقوق المتعامل المتعاقد مع الادارة 96

الفرع الأول : الحصول على المقابل المالي.....97

الفرع الثاني : التعويض.....102

الفرع الثالث :التوازن المالي للعقد الإداري.....103

المبحث الثاني : انقضاء العقود الإدارية.....116

المطلب الأول : نهاية العقود الإدارية نهاية طبيعية.....116

المطلب الثاني : النهاية غير الطبيعة قبل الأوان للعقود الإدارية.....118

خاتمة 120

قائمة المراجع و المصادر 121

الفهرس 125