

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:.....

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون العام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

سلطات الإدارة في العقد الإداري

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

التخصص: قانون إداري

الشعبة: حقوق.

تحت إشراف الأستاذ:

من إعداد الطالب:

د. جلطي اعمر

سطي محمد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)..... بن عوالي علي.....رئيسا

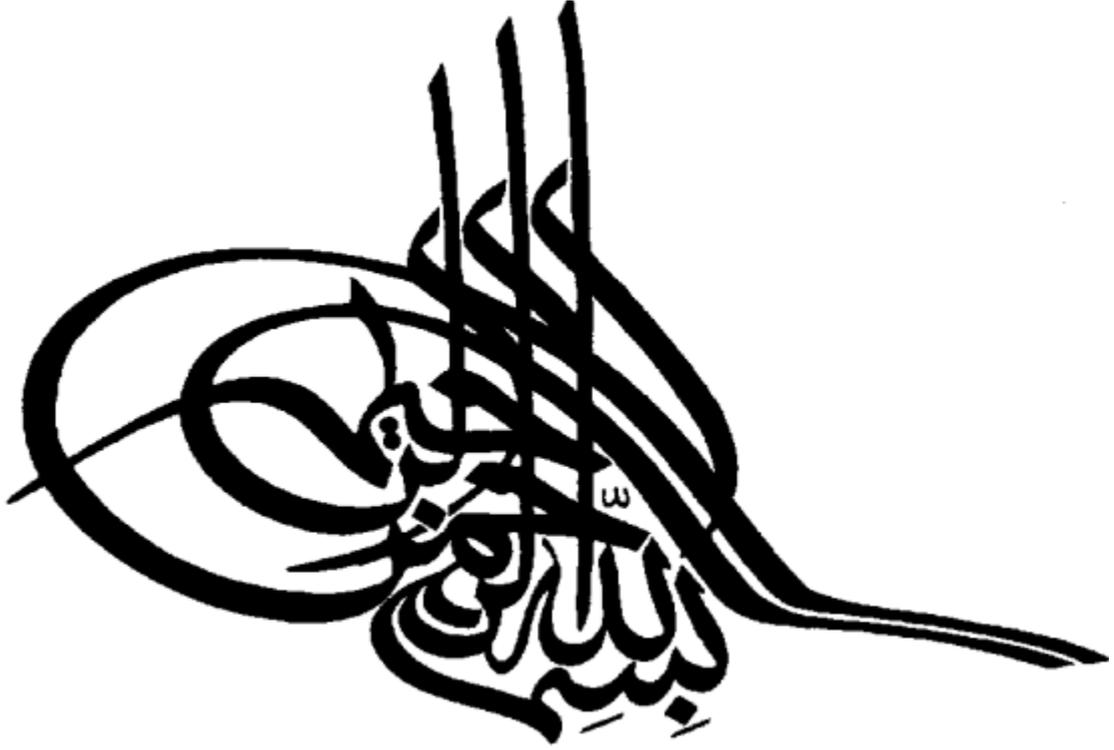
الأستاذ(ة).....جلطي أعمر.....مشرفا مقررا

الأستاذ(ة).....باسم شهاب.....مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

نوقشت يوم:

2023/06/18



"وما توفيقي إلا بالله عليه

توكلت وإليه أنيبيج..."

سورة هود، الآية 88

**** الشكر والتقدير ****

الحمد لله حمدا يليق بمقامه فهو هداني وأنار الطريق أمامي لإعداد هذا العمل، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده.

على الأصل نمشي والأصل يدفعنا أن نرد الفضل لأصحابه ونسدي الشكر لمستحقه، أتقدم بالشكر الجزيل في المقام الأول إلى " الدكتور جطبي أعمر " الذي تكرم مشكورا بالإشراف على هذه المذكرة، ولم يبخل علي بنصائحه القيمة وتوجيهاته الهادفة، فلك مني أسمى عبارات الشكر والعرفان، فلنجاح أناس يقدرون معناه إليكم يا من كان لكم قدم السبق في ركب العلم والتعليم فأنتم أهلا للشكر والتقدير، وأسأل المولى عز وجل أن يوفقكم ويسدد خطاكم في خدمة العلم والمعرفة.

كما أتقدم بخالص عرفاني إلى أعضاء لجنة المناقشة الأجلاء الذين تفضلوا بالجهد في قراءة هذه المذكرة من أجل تقويمها وتقويمها والمساهمة في مناقشتها، لهم جميعا جزيل الشكر والعرفان وجزاهم الله عني كل خير.

الطالب: سطي محمد

قائمة المختصرات

1- باللغة العربية

| | |
|-------------------------------------|-----------|
| دون تاريخ. | - د.ت |
| دون بلد النشر. | - د.ب.ن |
| ديوان المطبوعات الجامعية. | - د.م.ط |
| الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية | - ج.ر.ج.ج |
| الصفحة. | - ص |
| الطبعة. | - ط |

2- باللغة الفرنسية

| | |
|------|----------|
| - Ed | Edition. |
| - P | Page. |

مقدمة

إن أهم وظيفة تملكها الدولة حاليا هي الوظيفة الإدارية، والتي تباشرها بعدة وسائل قانونية، منها ما تمارسه بإرادتها المنفردة دون إشراك إرادة المتعاقد معها، وهذا عن طريق العقود الإدارية، ولكن تبقى سلطة الإدارة خاضعة للقانون، وقد تتعدى بذلك إلى خضوعها للقانون الخاص في حالة ما تنازلت عن امتيازات السلطة العامة، كما تخضع أحيانا أخرى إلى تنظيم مستقل متميز بخصوصية واضحة كتنظيم الصفقات العمومية والذي يعتبر صورة من صور العقود الادارية المهمة لدى الادارة في تسيير المرافق العامة.

إعترف المشرع الجزائري للإدارة العامة، بممارسة جملة من السلطات تتضح في كافة مراحل العقد الإداري، كما أن وجود فكرة السلطة العامة في العقود الادارية وفي النظام القانوني الذي يحكمها هي أهم ما يميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص، وذلك راجع لاستعمال الإدارة لامتيازات السلطة العامة، ووسائل القانون العام، فالإدارة لها سلطات في العقد الإداري انطلاقا من مرحلة إبرامه وصولا الى أهم مرحلة وهي مرحلة تنفيذ العقد الإداري الذي يعتبر أهم سلطة تتمتع بها الادارة في مجال المراقبة والاشراف على تنفيذ العقد .

لذا تعتبر العقود الإدارية عنصرا من العناصر الأساسية في أي نظام اقتصادي في الدول المعاصرة، واحدى أهم وسائلها من أجل تحسين وتطوير أي قطاع لها، تجلت هذه الأهمية خاصة بعد الأزمة الاقتصادية العالمية 1929.

وعلى اعتبار أن الإدارة في مباشرتها لمهامها تقوم بأعمال مادية وأخرى قانونية تتركز على القرارات والعقود الإدارية كثيرا ما نظمها المشرع، وعلى اعتبار أيضا أن القضاء الإداري يعد مصدرا مهما للقانون الإداري، جاء تعريف العقد الاداري في أحكام ومقرراته أنه ذلك: "العقد الذي تكون الادارة طرفا فيه ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته، وذلك مراعاة لوحدة المصلحة العامة، وتأخذ فيه بأسلوب القانون العام بما يتضمنه من شروط استثنائية في عقود القانون الخاص".

إن الأساليب المتميزة لتنظيم المرافق العامة، وضمان استمراريتها بغرض إشباع الحاجات العامة للأفراد، والاستجابة لمتطلبات المصلحة العامة، أو ضرورات المرفق العام وحاجاته، لا يتحقق إلا عن طريق وسيلة العقود الإدارية، وهو ما يمنح للإدارة إمكانية التعاقد مع الخواص لتنفيذ مشاريع عامة قصد تحقيق حاجات عامة، استجابة لتطورات والمستجدات الحاصلة في المجتمع، حيث تتمتع الإدارة في مجال العقود الإدارية، بسلطات استثنائية واسعة لمواجهة المتعاقد معها، تشمل كافة مراحل إبرام العقود الإدارية وتنفيذها بما يمنح للإدارة مركزا متميزا وامتيازات تعاقدية عن المتعاقدين معها، وتبرز مظاهر السلطة العامة بصفة جلية في مرحلة تنفيذ العقد الإداري.

وبما أن للإدارة سلطات في العقد الإداري انطلاقا من مرحلة إبرامه، حيث تتمتع خلال هذه المرحلة بسلطة إعداد دفتر الشروط بإرادتها المنفردة، كما تتمتع كذلك بإحالة هذا الأخير للجان المختصة المكلفة بالرقابة عليه، مروراً بمرحلة تنفيذ العقد الإداري المتمثلة في سلطة الرقابة على تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، إلى جانب سلطة تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وهذه عبارة عن سلطات وقائية من طرف الإدارة، وأخطر هذه السلطات سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها مع سلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة وهي تدخل ضمن السلطات العلاجية.

1- أهمية الموضوع:

تظهر أهمية موضوع "سلطة الإدارة في العقود الإدارية" والتي تبرز من خلالها الامتيازات والسلطات الممنوحة للإدارة من أجل حماية و سير المرفق العام بانتظام و اطراد، وذلك بواسطة العقود التي تبرمها المصلحة المتعاقدة، وكذلك الدور الأساسي الذي تلعبه الإدارة في معاينة المتعاقدين معها، كما يكتسي هذا موضوع أيضا أهمية قصوى في مجال حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، وتلك هي أهمية التي أشارت إلى اختيار الجانب القانوني أثناء

تنفيذ العقود الادارية، وذلك من خلال استخلاص أغلب النتائج المستوحاة من المشاكل التي تواجه المصلحة المتعاقدة والمتعاقدين في هذا المجال.

- كما تظهر أهمية الموضوع أيضا في التوجه السياسي للدولة اقتصاديا وتنمويا، الذي يضمن للإدارة مركزا مميزا ويلقي على عاتقها مهام كثيرة في ميدان الحركة التنموية.

- معرفة الأساس القانوني والضوابط التي تحكم الإدارة أثناء ابرام أعمالها ، حتى يتمكن كل مهتم سواء كان باحثا أو موظفا أو متعاملا اقتصاديا أو طالبا من الإطلاع والحصول على ثقافة قانونية ترفع مستواهم القانوني، وتكون كمرجع لهم وهذا بالتعرف على الامتيازات والصلاحيات التي تجعل الإدارة العامة في منزلة أسمى، وكذا خضوعها لرقابة تحمي المتعاقدين معها من التعسف في استعمال سلطتها وصلاحياتها.

2-أسباب اختيار الموضوع:

أ/ الأسباب الذاتية:

- بما أن هذا الموضوع هو من أهم المواضيع التي تقوم عليه الإدارة العامة ، تولدت لي الرغبة الملحة في معالجته، نظرا لما يشكله من جوانب علمية ومعرفية بخصوص العقود الادارية لدى كل من الادارة والمتعاقد معها.

ب/الأسباب الموضوعية:

- تعريف وتبيان حقيقة سلطة الادارة وامتيازاتها اتجاه المتعاقد معها في العقد الاداري أثناء تنفيذ العقد وقبله.

- معرفة النظام القانوني الذي يحكم هذا النوع من العقود ، بما أن المشرع كان يهدف دائما الى حماية الادارة العامة تحقيقا للمصلحة العامة وحماية للمال العام.

3-أهداف الموضوع:

- إن الهدف من هذه الدراسة هو الوصول إلى إبراز أهم السلطات التي اعترف بها المشرع الجزائري للإدارة العامة في مجال العقود الادارية من مرحلة إبرامها إلى غاية تنفيذها .
- تمكين القارئ من معرفة أن العقد الاداري عموما يهدف إلى حماية مصالح الأطراف المتعاقدة على حد سواء ، وأن كل إخلال يصدر من طرف المتعامل المتعاقد ينجر عليه جزاءً تصدره الادارة في حقه وفق ما يمليه القانون عليها.

4-إشكالية الموضوع

يثير هذا الموضوع من الناحية الواقعية ،العديد من التساؤلات عن استخدام الإدارة لامتيازاتها التعاقدية في ممارسة سلطتها أثناء تنفيذ العقد الاداري، مع ضمان حماية المركز التعاقدى للطرف المتعاقد وحقوقه المالية، وبناءً عليه تثار في هذا المقام الإشكالية التالية:
 " فيما تتمثل أهم سلطات الإدارة في العقد الاداري؟" ومن خلال هذا الإشكال يُطرح سؤالان فرعيان على النحو التالي :

- 1- فيما تتمثل سلطات الادارة في مرحلة إبرام العقد الاداري ؟
- 2- وماهي الآليات ممارسة تلك السلطة في مرحلة تنفيذ العقد الاداري؟

5-المنهج المتبع

ولدراسة الموضوع دراسة علمية تتماشى وطبيعة الموضوع ، يقتضي الاستعانة بالمنهج الوصفي هو الأنسب لدراسة، إذ يعتمد أساسا في الحصول على المعلومات من شتى المصادر القانونية المتعلق بالعقود الادارية، التي تحدد الجانب التنظيمي لمراحل إبرام و تنفيذ العقود الادارية ، والمنهج التحليلي الذي من خلاله نستعرض مدى توفيق المشرع في ضبط الآليات المتبعة في تنفيذ العقود الادارية.

وعليه تم تقسيم موضوع البحث إلى فصلين، يتضمنان مايلي:
سلطات الإدارة في مرحلة إبرام العقد الإداري (الفصل الأول)، وسلطات الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري (الفصل الثاني).

الفصل الأول

سلطات الإدارة في مرحلة إبرام العقد الإداري

تمهيد

إنّ المبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية ، بإعتبارها أحد أهم موضوعات القانون الإداري ، تتفق مع تلك المبادئ التي تحكم العقود المدنية، في كون العقود الإدارية تنشأ من توافق إرادتين، إرادة الجهة الإدارية وإرادة المتعاقد معها ، لذا فكل العاقدين تختلف في أمور عديدة أهمها احتواء العقد الإداري لتلك الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تخول للإدارة المتعاقدة حقوق وسلطات تجاه المتعاقد معها كسلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة¹، وذلك خلافا للمألوف وخروجاً على مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، ضماناً لسير المرافق العامة بانتظام وإطراد وتحقيقاً للصالح العام.

وخلافاً للعقد المدني الذي يترتب آثاره بعد انعقاد العقد و دخوله حيز التنفيذ، فإن العقد الإداري تتصرف آثاره قبل العملية التعاقدية ، وذلك بالنظر إلى المصلحة التي تحميها الإدارة الراغبة في التعاقد، فتتطلق من هدف تحقيق المصلحة العامة، وحماية المال العام، وتصل إلى إشباع حاجات الأفراد بأقل تكلفة²، ومن أجل ذلك تدخل المشرع الجزائري لأجل تنظيم الصفقات العمومية والتي تعتبر وجهاً بارزاً من أوجه العقود الإدارية ، ورسم طريقاً لإبرامها والوصول إلى الطلبات العمومية في إطار تحقيق المساواة بين العارضين وشفافية المعاملة العقدية وعلانيتها ، وهي مبادئ ورد ذكرها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية³.

وإنطلاقاً من هذه المبادئ يطرح الإشكال التالي : ما طبيعة السلطات الادارية في

مرحلة إبرام العقد الاداري؟ وللاجابة عن هذا التساؤل تم التطرق في هذا الفصل الى:

¹ محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ط4 ، القاهرة، سنة 1984 ، ص42.

² عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1990 ، ص198.

³ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، والذي نص في مادته 5 على مايلي: "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الاجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم.

سلطات الإدارة في إعداد دفتر الشروط (المبحث الأول) ، و سلطات الإدارة في اختيار المتعامل المتعاقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول

سلطات الإدارة في إعداد دفتر الشروط

إن عملية إعداد دفاتر الشروط في مجال العقود الإدارية، بحكم "إن القاعدة العامة أو الأصل في الدعوة للتعاقد في مفهوم القانون الإداري تعني الإعلان عن الصفقة العمومية"، تستند إلى نظرية الشروط الإدارية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، والتي تعتبر الأساس النظري لنشأة فكرة دفاتر الشروط و العقود الإدارية ، حيث كان المعيار المتبع في توزيع الاختصاص القضائي بين المحاكم الإدارية والمحاكم العادية¹.

لذا فإن دفاتر الشروط تحتل أهمية بالغة في مجال العقود الإدارية، كونها الإطار الذي يحدد ضوابط إبرام الصفقة بين الإدارة العامة (المصلحة المتعاقدة) والمتعامل المتعاقد، حيث اعتبرها "الأستاذ بن ناجي" معياراً من معايير التي تُؤسس عليها العقود الإدارية وعاملاً منشأ لها².

وبالنظر إلى الجانب الشكلي والموضوعي للعقد الإداري نجد أنه غالباً ما يتضمن عدة وثائق تحتوي على شروط تعد جزءاً لا يتجزأ من العقد، وأهم هذه الوثائق المكتوبة ما يطلق عليها اصطلاح دفاتر الشروط ، وعلى هذا الأساس: ما المقصود بـدفاتر الشروط ؟ وما هي أنواعها و كيف يتم تنظيمها؟(المطلب الأول) ، وفيما تتمثل طبيعتها القانونية و الرقابة القبلية عليها؟(المطلب الثاني).

¹ عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 202.

² Cherif BENNADJI L'évaluation de la réglementation des marché publics en Algérie, op.cit p 517.

المطلب الأول

مفهوم دفتر الشروط وأنواعه وتنظيمه

تقوم السلطة الإدارية التي تريد التعاقد بتحديد احتياجاتها وشروطها في وثائق خاصة نموذجية تسمى بدفاتر الشروط ، لذا نجد أن مختلف النصوص القانونية والتنظيمية الخاصة بدفاتر الشروط في مجال العقود الادارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، قد تم تعريفها وفق مستويين ، يتعلق أولها بالتعريف الفقهي لدفاتر الشروط ، والثاني يتعلق بالتعريف القانوني لها (الفرع الأول)، كما سيتم التطرف الى أنواع دفاتر الشروط (الفرع الثاني) ، وكيف يتم تنظيم دفتر الشروط في العقود الادارية (الفرع الثالث)..

الفرع الأول : مفهوم دفتر الشروط

تعد دفاتر الشروط ذات أهمية بالغة باعتبارها أول حلقة من حلقات إبرام العقود الادارية، إضافة إلى أنها من أهم الوسائل الكفيلة بتكريس مبدأ شفافية الإجراءات، والذي من خلاله تتحقق باقي المبادئ الأخرى المنصوص في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، و بالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 ، نجد أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا صريحا لدفتر الشروط، بل اكتفى بالنص على ضرورة أن يتضمن كل إعداد للصفقة أن يسبق إبرامها ضرورة إعداد دفاتر الشروط² ، لذا تعددت التعريفات الفقهية في هذا الشأن وهي كمايلي :

¹ مريم مسقم ، دفاتر الشروط كآلية لتحقيق شفافية الإجراءات في الصفقات العمومية، مجلة علمية دولية محكمة متخصصة في الميدان الاقتصادي، العدد 03 ، المركز الجامعي تندوف ، ديسمبر 2018، ص118.
² قانون 15-147 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، في مادته 26 التي نصت على مايلي: " توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا ، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقا للصفقات العمومية"

1/ التعاريف الفقهية لدفتر الشروط

هناك عدة محاولات فقهية لتعريف دفاتر الشروط ، فمن التعاريف الفقهية الشائعة لدفاتر الشروط في القانون الجزائري، التعريف الذي قدمه الأستاذ **عمار عوابدي** والقائم على: "اعتباره وثيقة أساسية في تشكيل وإبرام العقود الإدارية تتضمن بنودا غير مألوفة في عقود القانون الخاص"¹، معتبرا هذه الوثيقة معيارا من معايير التمييز بين العقد المدني و العقد الإداري، كون أن دفاتر الشروط حسبه تعتبر من البنود غير المألوفة في عقود القانون الخاص. كما عرفها الأستاذ **ناصر لباد**: "دفاتر الشروط هي عبارة عن دفتر يحتوي على التزامات كل من الطرفين وحقوق كل منهما، وهو يعتبر نصوص لائحة، محددة بقرار إداري غير قابل للمناقشة ودفتر الشروط من وسائل القانون العام"².

ويعرف الدكتور **عمار بوضياف** دفتر الشروط بأنه: "وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها وكيفية اختيار المتعاقد معها، من أجل الوصول إلى إعداد دفتر شروط يحقق الأهداف المسطرة"³.

بينما يعتمد "الأستاذ **بن ناجي**" موضوع الصفقات العمومية في الجزائر ، على معيار الشكل، كونه يجعل دفاتر الشروط معيارا من معايير العقد الإداري والصفقة العمومية، على اعتبار أنها من الشروط غير المعروفة وغير المألوفة في عقود القانون الخاص، زيادة على اعتبارها منشأة للصفقة، لأنها تكتسي في غالب الأحيان الطابع النموذجي، حيث تتحول من دفتر الشروط إلى صفقة بعد ملامتها للمتعاقد المتعاقد البيانات الواردة فيها على شرط أن ترسوا عليه الصفقة"⁴.

¹ عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري - الجزء 2- ، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2008 ، ص 53 .

² مريم مسقم ، المرجع السابق ، ص 119.

³ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 3، سنة 2011 ، ص 85

⁴ محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ب.ط، سنة 2005 ، ص 48

وبخصوص هذا الاتجاه ، نجد أن الأستاذ "محيو أحمد" لم يلتفت الى تعريف دفتر الشروط مباشرة ، بل أنه طرح تساؤلا قانونيا في غاية العمق حول الطبيعة القانونية لهذه الدفاتر ، إن كان ذو طابع تعاقدى أم تنظيمي، معتقدا في ذلك أنه هناك وجهات نظر مختلفة بهذا الشق من التساؤل ، إذ هناك وجهة نظر قائمة على اعتبار دفاتر الشروط تكتسي الصبغة التنظيمية يستند على الطريقة التي يتم عن طريقها إعداد دفاتر الشروط والتي تصدر بصورة انفرادية من طرف المصلحة المتعاقدة، مستندة في ذلك على صلاحية المصلحة المتعاقدة في تعديلها¹.

وفي المقابل يستند الرأي القائل بالطابع التعاقدى لدفاتر الشروط على أن الإعداد الإنفرادي لها لا يتناقض مع فكرة التعاقد، التي تقوم عليها دفاتر الشروط التي تأخذ صيغة عقد الموافقة، حيث أنها تتحول بعد تمامها إلى عقود تشبه عقود القانون الخاص، من حيث خضوعها لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني الجزائري²، ومن خلال الفقه الإداري الجزائري يمكن أن نستنتج بعض الضوابط التي تميز دفاتر الشروط عن غيرها من الدفاتر الإدارية ، نذكر منها:

1/ أنه باعتبار أن دفاتر الشروط تحدد حقوق والتزامات المتعاقدين المالية والإدارية والتقنية بشكل دقيق ومفصل هذا يجعل الأشخاص المتعاقدين مع الإدارة بالعلم على جميع القواعد التي ستطبق على علاقاتهم بالإدارة³.

2/ بما أن الإدارة عندما تضع شروطا ما في دفتر شروط معين، فإنه لا يجوز للمتعاقد المتعاقد طلب تعديلها أو تفاوض بشأنها، يفهم من هذا أن دفتر الشروط يجسد مظهر من مظاهر ممارسة امتيازات السلطة العامة⁴.

¹ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2009 ، ص. 371

² المادة: " 106 العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"، من

الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 28 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

³ أزرايب نبيل، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاة المتعاقدين معها، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، سنة 2015، ص 11.

⁴ محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 48.

3/ وجود دفاتر الشروط يجعل عملية إبرام العقود الإدارية تتميز بالبساطة والوضوح، خاصة بالنسبة للموظفين المكلفين بمهمة تقرير الشروط الخاصة والضرورية التي من شأنها تحديد دقيقاً¹.

أما في الفقه المصري ، يتجه الأستاذ " محمد سليمان الطماوي " اتجاهها مخالفاً في تعريفه لدفاتر الشروط في مجال العقود الإدارية، حيث أنه ركز على مضمون الشروط والتي قسمها إلى قسمين: الشروط التي تتعلق بتنفيذ العقد، والتي تلزم المتعاقد بعد توقيعه على العقد بتنفيذ الشروط الواردة في العقد، وبالتالي تعتبر ملزمة في مواجهته، إلا أنه ومع ذلك تبقى غير ملزمة للإدارة بمعنى أنه يتعين عليها احترامها عند التعاقد، باعتبارها ذات طبيعة تنظيمية، ومن ثم لا يمكنها تعديلها إلا بالحدود المسموح بها، في حين يتعلق النوع الثاني من الشروط المرتبطة بإبرام العقد، وهي الشروط التي توضع لجهة الإدارة لتبين بها الإجراءات الواجب إتباعها عند عملية الإبرام، حيث تعتبر ذات طبيعة تنظيمية، وعليه فهي من قبيل الأوامر والإجراءات الداخلية التي لا يترتب على مخالفتها بطلان العقد، وإن كانت تعرض مخالفتها للعقاب الإداري².

من خلال التعاريف السابقة نجد أن دفتر الشروط "عبارة عن مجموعة من الوثائق التي تضعها المصلحة المتعاقدة بصفة انفرادية مسبقاً، وتبين فيها بدقة وبصورة مفصلة شروط التعاقد، و الحقوق و الالتزامات المالية، والفنية والإدارية التي يتم بناءً عليها التعاقد."

¹ أعمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 144.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 340.

2/التعريف القانوني لدفاتر الشروط

بالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية¹، والتي تعتبر الوجه البارز من أوجه العقود الادارية، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى التعريف المباشر لدفاتر الشروط، بل يقدمه بطريقة غير مباشرة بموجب المادة السادسة والعشرون²، لذا فأغلب النصوص القانونية المتضمنة دفاتر الشروط سواء في مجال الصفقات العمومية، أو في مجال امتياز المرافق العامة تتضمن تحديدا لأهم العناصر الضرورية للوقوف التعاريف غير المباشرة لدفاتر الشروط بداية من الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967³، المتضمن قانون الصفقات العمومية لسنة 1967، والتي جاء فيها ما يلي: "إن دفاتر الشروط هي العناصر المنشأة للصفقة العمومية"، ونفس الشيء بالنسبة للمرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002، والذي عدل وتمم فيما بعد بالمرسوم الرئاسي 301/03 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 وبالمرسوم الرئاسي 238/08 المؤرخ في 26 اكتوبر 2008، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁴، في مادته التاسعة (9): "على أن دفاتر الشروط المحينة توضح محتوياتها دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية".

وفي سياق تلك تلك النصوص القانونية الواردة بخصوص قانون الصفقات العمومية المذكورة أعلاه، نجد أن المشرع الجزائري وإن لم يجنح إلى تعريف دفاتر الشروط، في مجال الصفقات العمومية، إلا أنه حدد أهم معالمها في مختلف النصوص التنظيمية للصفقات العمومية، بحكم أنها ذات ارتباط وثيق بالاقتصاد الوطني.

¹المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015

²مادته 26 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي نصت على مايلي: " توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقا للصفقات العمومية".

³الجريدة الرسمية، عدد 52 لسنة 1967 المؤرخة بتاريخ 27 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية.

⁴الجريدة الرسمية، عدد 52 لسنة 2002 المؤرخة بتاريخ 28 جويلية 2002، المتضمن قانون الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: أنواع دفاتر الشروط

وفق المادة 26 من الأمر الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام ، فإن دفتر الشروط يشمل ثلاث أنواع تشكل في مجملها وحدة متكاملة في مفهوم قانون الصفقات العمومية، حيث تتمثل في مايلي:

1/دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

2/ دفاتر التعليمات التقنية المشتركة ، التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

3/دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية¹.

1/ دفاتر البنود الادارية العامة

تعتبر دفاتر الشروط الإدارية العامة أساس وجوهر العقود الإدارية، لأنها تتضمن الشروط التي تطبق على كل الصفقات العمومية التي تبرمها وزارة من الوزارات أو مصلحة من المصالح المختصة، وهذا بعد إعدادها مسبقا وفق شروط معينة ومحددة مسبقا دون استشارة الأفراد أو المؤسسات، وهي تتضمن قواعد تنظيمية عامة ومجردة .

ولقد صدر قرار بتاريخ 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال فقط، باعتباره المرجع القانوني الأساسي لدفاتر البنود الإدارة العامة² ، وقد اشتمل على خمس عناوين وهي :

- العنوان الأول :شروط المشاركة.

¹وعلى ضوء هذا السياق ، نجد أن المشرع الجزائري في آخر قانون له وهو المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015 ساري المفعول، قد أدرج بيانا لأنواع دفاتر الشروط في المادة 25 منه ²القرار المؤرخ في 16 رجب 1384 الموافق ل 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الادارية العامة ، المطبقة على صفقات الأشغال، الجريدة الرسمية رقم 6، الصادرة بتاريخ 19 يناير 1965.

- العنوان الثاني: تنفيذ الأشغال.
- العنوان الثالث: تسديد النفقات.
- العنوان الرابع: المسائل المالية.
- العنوان الخامس: تسوية المنازعات.

وتضمن العدد 6 من الجريدة الرسمية لسنة 1965 ، أحكاما مختلفة تتعلق بالصفقات العمومية سواء من حيث طرق الإبرام أو تصنيف الصفقات، و الآجال و شروط المشاركة في المناقصات و الوثائق المطلوبة وأحكام المناقصة والمزايدة، كما تضمن الدفتر أحكاما تنظيمية تتعلق بطريقة التراضي ، وأخرى تتعلق بالضمانات، وتنفيذ الأشغال وسلطات المصلحة المتعاقدة في مجال التنفيذ، وبصفة عامة يعد هذا القرار بمثابة خريطة طريق شاملة و كاملة في مجال صفقات الأشغال¹.

2/ دفاتر التعليمات التقنية المشتركة

تحدد هذه الدفاتر الأحكام والترتيبات التقنية المطبقة على جميع الصفقات التي هي من نوع واحد(شروط و ترتيبات تقنية)، سواء كان صفقات أشغال أو توريدات أو خدمات، يتم التصديق على هذه الدفاتر بمقتضى قرار من الوزير المعني، على العكس من دفتر التعليمات الإدارية العامة الذي يصادق عليه بموجب قرار وزاري مشترك²، شرط أن لا يتضمن هذا النوع من الدفاتر أي خروج عن أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة³، ويقصد هنا بالترتيبات التقنية

¹ نبيل جوادي، دفاتر الشروط في القانون الإداري الجزائري، (دراسة متعلقة بعقود الإدارة)، بحث لنيل شهادة الماجستير

في الإدارة والمالية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2005، ص290.

² Mouloud SABRI, " Le droit des marchés publics en algérie: réalité et perspectives ", revue du conseil d'Etat. n°7, 2005, p 09.

³ « Mouloud Sabri » et « Aoudia Khaled » et « MouhamedLauem », Guide de gestions des marchés publics, édition du Sahel, 2000, p 138.

ما تعلق بطبيعة السلع المستعملة، والأساليب التكنولوجية المنتهجة والإجراءات التأمينية والأمنية الواجب اتخاذها والخاصة بكل قطاع معين يحتكم لقانون الصفقات العمومية¹.

3/ دفاتر التعليمات الخاصة

هي دفاتر توضع خصيصا لكل صفقة يراد إبرامها، وتتضمن الشروط التي تضمن عقد بعينه أو محدد بذاته، ويعتمد في تحريرها على كل من دفاتر التعليمات الإدارية العامة ودفاتر التعليمات المشتركة، ويتمثل دورها في إكمال ما لم يحط به دفتر الشروط العام، وهي التي تحدد وتكمل الشروط التي لا يمكن تحديدها في النوعين السابقين من الدفاتر، بالنسبة للصفقة موضوع الإبرام².

وبما أن هذه الدفاتر تحتوي على الشروط الخاصة بكل عقد يراد إبرامه، فدورها هو إكمال ما يكون ناقصا في دفاتر الشروط الإدارية العامة أو دفاتر الشروط المتعلقة بنوع واحد من العقود بالنسبة للعقود التي هي محل الإبرام، وفي سياق هذا التعريف يثور التساؤل حول مدى إمكانية مخالفة دفاتر الشروط الخاصة لما ورد في دفاتر الشروط العامة من ضوابط وأحكام³، لذا هل تستطيع الإدارة المتعاقدة أن تعدل أحكام جميع الدفاتر سواء كانت عامة أو مشتركة، أو دفاتر التعليمات الخاصة؟ وعملا بالقاعدة التي تقضي بأن " الخاص يقيد العام"، اتجه معظم الفقهاء إلى الاتفاق على أن القاعدة المتبعة في هذا الشأن هي أن الأحكام الواردة بدفاتر الشروط الخاصة يمكنها أن تعدل الأحكام الواردة بدفاتر الشروط العامة⁴، و من منطلق هذه القاعدة فإن المصلحة المتعاقدة تستطيع بما تملكه من امتيازات السلطة العامة أن تعدل الأحكام الواردة بدفاتر الشروط العامة إعمالا لقاعدة الخاص يقيد العام، بشرط أن يكون هذا التعديل في الإطار الذي يسمح به القانون.

¹ خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، ط 2011، الجزائر، ص191.

² خرشي النوي، المرجع السابق، ص 191.

³ احمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2009، ص 43.

⁴ طيبش حسنية، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الموسم الجامعي 2015-2016، ص16.

الفرع الثالث : تنظيم دفتر الشروط في العقود الإدارية

تقوم المصلحة المتعاقدة بإعداد دفتر الشروط قبل الدعوى إلى المنافسة وبصفة منفردة باعتبارها سلطة عامة، وحتى بالنسبة لأسلوب التراضي فإنه على المصلحة المتعاقدة إعداد دفتر شروط الذي يتم بناءً على برنامج مقدم من طرف صاحب المشروع الذي يقوم بإعداد دفتر شروط وفقاً للعرض مالي والعرض تقني¹، وهذا الأخير يتكون من تعليمة موجهة للعارضين، يحتوي على دفتر التعليمات الخاصة، و دفتر التعليمات المشتركة والملاحق وعرض مالي به تفصيل أسعار الدراسة.

ومن أجل ضمان فعالية دفاتر الشروط في إضفاء مبدأ الشفافية على إبرام الصفقات العمومية، أدرج المشرع الجزائري آليات الرقابة على دفاتر الشروط من خلال تحديد الوسائل التي وضعها للرقابة عليها ، وهو الأمر الذي أكده المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الصادر بموجب الأمر 06/01 المؤرخ في 20 فبراير 2006²، المعدل والمتمم بالأمر 05/10 المؤرخ في 26 أوت 2010³، وبالأمر 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011⁴، والذي نص في المادة التاسعة منه (9) على أنه : "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية تتمثل على وجه الخصوص في الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء ."

إن عملية تحديد المواصفات المطلوبة، تعتبر أول عملية من عمليات إعداد دفاتر الشروط، والذي تشرف عليه المصلحة المتعاقدة، والتي تتمثل في تحديد الحاجات العمومية، حيث أن الإدارة ترسل احتياجاتها الضرورية اللازمة لتسيير المرفق العام إلى الوصايا ممثلة في مصالح التخزين عندما يتعلق الأمر بصفقات التوريد، هذه الأخيرة تتولى دراسة الطلبات ثم تعلن

¹ ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الرابعة ، دار المجدد للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2010 ، ص 188.

² الجريدة الرسمية عدد 14 لسنة 2006 المؤرخ في 08/03/2006، المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

³ الجريدة الرسمية عدد 49 لسنة 2010 المؤرخ في 29/08/2010، المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

⁴ الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2011 المؤرخ في 10/08/2011، المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

قرارها بقبول أو رفض التعاقد من أجل تلبية الحاجات العمومية المطلوبة¹، ومن خلال هذا السياق يلاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد آليات لعمليات تحديد الحاجات العمومية، من خلال ما جاء في تنظيم الصفقات العمومية الساري المفعول، حيث نصت المادة 31 منه على أنه : " تحدد حاجات المصالح المتعاقدة المذكورة في المادة 27 من نفس المرسوم²، الواجب تلبيتها المعبر عنها بحصة وحيدة أو بحصص منفصلة مسبقا قبل الشروع في أي إجراء في إبرام الصفقة، ويجب عند إعداد الحاجات من حيث طبيعتها وكميتها بدقة استنادا للمواصفات التقنية، الأخذ بعين الاعتبار الأهداف ومقاييس النجاعة التي يتعين بلوغها، وعندما ترخص المصلحة المتعاقدة فيما يخص الخدمات المعقدة تقنيا، فإنه يمكن للمتعاقد تقديم بديل أو عدة بدائل للمواصفات التقنية التي تحدد أيضا في دفتر الشروط".

ونظرا للأهمية البالغة التي أولاه المشرع لهذا النوع من الدفاتر، فرض عليه أوجه محددة للرقابة، و وزعها على جهات إدارية مختلفة كالرقابة التي يمارسها المراقب المالي، والرقابة التي تمارسها لجنة الصفقات العمومية المختصة، تكريساً لمبدأ ترشيد النفقات العامة³، زيادة على ذلك فرض المشرع رقابة ذات طابع جزائي بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الصادر بمقتضى الأمر 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، حيث تتضمن دفاتر الشروط جملة من المكونات التي يمكن من خلالها تكريس مبدأ الشفافية، وهي على النحو التالي:

1/ ملف الترشيح.

2/ العرض التقني.

3/ العرض المالي⁴.

¹ عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، دار النهضة العربية، 2003 ، ص 19 .

² أنظر المادة 27 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، من القسم المخصص لتحديد حاجات المصلحة المتعاقدة من الصفحة 7/6.

³ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 72.

⁴ يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المترشحين والمعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام ببيتيقيم العروض التقنية بناءً على المادة 54 من المرسوم الرئاسي 247-15.

إن دفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية، يرتبط ارتباطا كليا بالنظرية العامة لعقود الإدارة، لا سيما الإدارية منها ، لذا ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بإتباع إجراءات معينة لضمان تطبيق مبدأ المنافسة من جهة، وتكريس شفافية أعمال الإدارة من جهة أخرى، وهو الإعداد المسبق لدفاتر الشروط، هذه العملية المعقدة التي تقوم بها الإدارة، مرتبطة بعدة عمليات جوهرية، أهمها تحديد الحاجات المراد تلبيتها بدقة، ووضع المواصفات العامة والخاصة لنوع الأشغال المراد إنجازها، كما بين المشرع محتوى الدفاتر وطبيعتها القانونية في تنظيم الصفقات العمومية.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط والرقابة القبلية عليها

إن الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط ، يعتمد على النظام القانوني الذي يطبق على ما احتواه هذا الدفاتر من شروط في إطار عملية تعاقدية معينة، والتي على أساسها ينفذ هذا العقد وتصبح من بنود العقد .

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط الإدارية، فيما إذا كانت الشروط التي تحتويها ذات طبيعة تعاقدية أو ذات طبيعة تنظيمية ، وما الآثار التي يترتبها القانون عليها ، فمنهم من يعتبرها مجرد نماذج تقنية غير ملزمة ذات طابع تنظيمي، ومنهم من يعتبرها إجراء من إجراءات التعاقد وبالتالي فهي ذات طابع تعاقدية¹، وبما أن هذه الدفاتر تتصل بالمال العام وحقوق الخزينة العامة، أوجب المشرع الجزائري الرقابة القبلية عليها² حفاظا على المال العام وعلى حقوق المتعاقدين في أن واحد.

¹ محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص55.

² المادة 156 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وعليه سيتم تحديد الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط، وما إذا كانت ذات طابع تعاقدية في الفرع الأول، أو ذات طابع تنظيمي في الفرع الثاني، أما في الفرع الثالث سيتم التطرق الى الرقابة القبلية على دفاتر الشروط.

الفرع الأول: دفاتر الشروط ذات طبيعة تعاقدية

الأصل في دفاتر الشروط أنها ذات طبيعة تعاقدية، بما أن الشروط والمواصفات التي ترد فيها دفاتر الشروط تصبح جزء لا يتجزأ من العقد، وتكون ملزمة للمتعاقد بمجرد توقيعه على العقد¹، باعتبار أن صياغة ووضع هذه الشروط أو الأحكام العقدية يكون من طرف المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، عملاً بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن هذا التكييف لا يعتبر مطلقاً² حسب معظم فقهاء القانون الإداري، حيث يعتبر الأستاذ أحمد محيو أنه هناك بنوداً من دفاتر الشروط تكتسي طابعاً تنظيمياً كونها تصدر بصورة إنفرادية، والبعض منها يكتسي طابعاً تعاقدياً حيث يتم التفاوض بشأنها مع المتعامل المتعاقد حتى ولو كان إعدادها يتم بصفة انفرادية من طرف الإدارة العامة إلا أنه لا يكون سارياً إلا بعد موافقة المتعامل المتعاقد وهو ما يشبه عقد الموافقة المدرج في القانون الخاص³.

الفرع الثاني: دفاتر الشروط ذات طبيعة تنظيمية

بما أن الإدارة تمتلك السلطة الكاملة في اختيار شكل العقد الذي تراه مناسباً، فإن دفاتر شروطها في هذه الحالة لا يكون له أي قيمة قانونية سابقة على العقد، وبالتالي يعتبر نموذجاً تقنياً غير ملزماً يكتسي طابعاً تنظيمياً متضمناً شروطاً تقنية كما هو الحال بالنسبة لدفاتر التعليمات المشتركة⁴، ودفاتر الشروط العامة والمتعلقة بإبرام العقد، فالأصل أنها ترد في القوانين

¹ إن هذا النوع من التكييف تؤكد المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي نصها: "تحدد الأحكام التعاقدية للصفحة بالنسبة للعقوبات المالية وكيفية فرضها أو الإغفاء منها طبقاً لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية.

² هناك بعض العقود الإدارية والتي من أهمها عقد الامتياز التي تكون بعض شروطه من طبيعة تعاقدية وبعضها الآخر من طبيعة التنظيمية.

³ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 50/45.

⁴ أنظر المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

ونصوص تنظيمية أيضا، التي تبين كيفية التعاقد وإجراءاته، فهي بذلك شروط تنظيمية ولا يغير هذه الصفة عليها إذا تمت الإشارة إليها أو تضمينها في العقد، أو في دفاتر الشروط الخاصة، وهي ملزمة لكلا الجهات المتعاقدة¹.

ومن خلال هذا السياق، يجمع أغلب فقهاء القانون الإداري على أن الشروط التي تتضمنها دفاتر الشروط تعتبر شروط تعاقدية في طبيعتها بالرغم من انفراد الإدارة المتعاقدة بوضعها سلفا ويقتصر دور التعاقد مع الإدارة عادة على قبول هذه الشروط بالنسبة لكافة العقود الإدارية باستثناء عقد امتياز المرافق العامة التي يعتبر شروطه ذات طبيعة تعاقدية وتنظيمية نظرا بما يترتب للمنتفعين بناء عليها من حقوق².

الفرع الثالث: الرقابة القبليّة على دفتر الشروط

تتمتع الإدارة العامة، بأهم سلطة أثناء إبرام العقد الإداري، والتي تظهر من خلال سلطة إحالة دفتر الشروط للجنة الصفقات المختصة للمصادقة عليه، لذا أدرج المشرع الجزائري الرقابة على الصفقات العمومية، في الفصل الخامس من المرسوم الرئاسي 15-247، في مادته 156 حيث نصت على مايلي: " تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده....."³، ومن خلال هذه المادة يلاحظ أن المشرع أعطى أهمية بالغة للرقابة قبل تنفيذ الصفقة العمومية، ويخص بالذكر هنا مشاريع إعداد دفاتر الشروط، حيث يسمى هذا النوع من الرقابة بالرقابة القبليّة أو سلطة الرقابة السابقة على إبرام العقد الإداري، فما المقصود بهذا النوع من الرقابة؟

وعليه سيتم التطرق في هذا الفرع الى نقطتين مهمتين : مفهوم الرقابة القبليّة(أولا) وأساسها القانوني(ثانيا) ، وأليات ممارسة سلطة الرقابة القبليّة(ثالثا).

¹ أعمار بوضياف، مرجع سابق، ص102

² أحمد محيو ، المرجع السابق ، ص 46.

³ المادة 156 ، من نفس المرسوم، المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

1- تعريف الرقابة القبلية

ويقصد بها: " تلك الرقابة التي تمارس قبل بدء عملية التنفيذ، ويمارس هذا النوع من الرقابة عادة في الأنشطة الإدارية الحساسة والخطرة والمكلفة"، كما يمكن تعريفها على النحو التالي : "هي مراقبة مكونات النشاط وعناصره وبرامجه قبل بدء عملية التنفيذ"¹، وبما أن هذا النوع من الرقابة يتعلق بالأنشطة الحساسة والخطرة التي تقوم بها الجهات الإدارية، فإنه يمكن أن ينطبق على العقود الإدارية بصفة عامة باعتبارها أبرز وأهم النشاطات الإدارية التي تقوم بها الإدارة، وعلى الصفقات العمومية بصفة خاصة، كونها من أهم أنواع العقود الإدارية، التي تتطلب مبالغ مالية ضخمة²، إلى جانب اتصالها بالمال العام وحقوق الخزينة العامة، والغاية من هذه الرقابة هو التأكد من تطبيق الأهداف المرجوة من وراء التعاقد، إلى جانب تكريس أبرز مبادئ التعاقد الإداري المتمثلة في مبدأ الشفافية ومبدأ المساواة بين الجميع أثناء عملية اختيار المتعامل المتعاقد³.

2- الأساس القانوني للرقابة القبلية

إن موضوعا العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة وإرتباطهما بمال العام، فرض على المشرع الجزائري تقنين الرقابة عليه ، حيث تناول الرقابة على الصفقة العمومية في مختلف مراحلها، سواء قبل إبرامها أو بعده⁴.

وعليه يمكن القول أن سلطة الرقابة السابقة على إبرام الصفقة العمومية تجد أساسها القانوني في الفصل الخامس من المرسوم 15-247 تحت عنوان " رقابة الصفقات العمومية"، من المادة 156 إلى المادة 168، وعليه تخضع عقود الصفقات العمومية مهما كان نوعها

¹صبحي حبر العتيقي، تطور الفكر والأساليب في الإدارة، دار حامد للنشر والتوزيع، ط 2005 ، ص189 .

²محمد الصغيري بعلي ، المرجع السابق ، ص102.

³طبيش حسنية ، المرجع السابق ، ص20.

⁴المرسوم الرئاسي 15-247 ، في مادته 156 حيث نصت على مايلي: " تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده.....".

سواء كانت عقود أشغال عامة أو عقود اقتناء لوازم أو عقود تقديم خدمات أو عقود إعداد دراسات إلى رقابة قبلية وبعديّة.

يتضح من خلال تلك المواد المدرجة في الفصل الخامس من هذا المرسوم ، أن المشرع الجزائري أشار إلى أن الرقابة على العقود التي تبرمها الإدارة العامة والمصطلح عليها بمصطلح المصالح المتعاقدة تكون رقابة سابقة على عملية التنفيذ، وأثناء تنفيذ العقد وبعده، كما أشار أيضا إلى أشكال الرقابة التي تخضع لها العقود الإدارية في شكلها العام¹.

3- آليات ممارسة سلطة الرقابة القبلية

تتجسد آليات ممارسة سلطة الرقابة القبلية من خلال ما أدرجه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، إلى ثلاث أنواع من الرقابة وهي كالتالي: الرقابة الداخلية ، والرقابة الخارجية ، والرقابة الوصائية، والتي سيتم التفصيل فيها على النحو التالي :

أ/ الرقابة الداخلية

يقصد بها تلك الرقابة التي توجد داخل هيكل الإدارة العامة، حيث ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة وسلطانها الوصية بإنشاء هيئة لممارسة الرقابة، بما يتماشى مع آليات الرقابة المقررة في قانون الصفقات العمومية.

وتجسيدا لهذه الرقابة، فقد أوكل المشرع الجزائري هذا النوع من الرقابة إلى لجنة دائمة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدايل والأسعار الاختيارية ، عند الاقتضاء ، تدعى في صلب النص " لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض " وتتشكل من موظفين مؤهلين بشرط أن يكونوا تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم²، حيث تقوم هذه اللجنة بعمل

¹ نصت المادة 156 ، من المرسوم السالف الذكر في الفقرة الثانية على أنه: " تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة وصائية".

² أنظر المادة 160 ، من المرسوم المنظم للصفقات العمومية.

إداري تقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم باتخاذ القرار المناسب بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء، أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة، وتصدر في هذا الشأن رأياً مبرراً¹.

غير أن اجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة فتح الأظرفة، تصح مهما يكن عدد أعضائها الحاضرين ، ويجب أن تسهر المصلحة المتعاقدة على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمان شفافية الإجراء. للإشارة هنا فإن مسؤول المصلحة المتعاقدة هو الذي يحدد بموجب مقرر، تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وقواعد تنظيمها وسيرها ، في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها²، كما يجوز للمصلحة المتعاقدة، تحت مسؤوليتها، أن تنشئ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض، لحاجات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض³.

ب/ الرقابة الخارجية

تتمثل غاية الرقابة الخارجية، في مفهوم المرسوم الرئاسي 15-247 ، في التحقق من مطابقة الصفقات العمومية المعروضة على الهيئات الخارجية ، كما ترمي أيضا الى التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية⁴ ، تمارسها مجموعة من اللجان، وسنحاول الإشارة إلى اختصاصها و تشكيلاتها على النحو التالي:

1/ لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة

بناءً على المادة 169 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، فإن اختصاص هذه اللجنة يتمثل في مايلي:

- تقديم المساعدات للمصلحة المتعاقدة في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام ترتيبها.
- دراسة دفاتر الشروط والصفقات والملاحق.

¹أنظر المادة 161، من المرسوم المنظم للصفقات العمومية..

²أنظر المادة 162 ، من المرسوم المنظم للصفقات العمومية.

³أنظر المادة 160 ، الفقرة الثانية ، من المرسوم المنظم للصفقات العمومية.

⁴أنظر المادة 163، من المرسوم المنظم للصفقات العمومية.

- معالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون.

تختص هذه اللجنة ، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية¹، حيث تتشكل من :

- الوزير المعني أو ممثله، رئيساً،
- ممثل المصلحة المتعاقدة،
- ممثلين (2) عن الوزير المكلف بالمالية،
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة عند الإقتضاء،
- ممثل عن وزير المكلف بالتجارة،

2/ لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري

تم التطرق لها في المادة 172 من نفس المرسوم ، حيث أنها تختص بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بهذه المؤسسات² ، وتتشكل هذه اللجنة من :

- ممثل عن السلطة الوصية ، رئيساً،
- المدير العام ، أو مدير المؤسسة أو ممثله ،
- ممثلين إثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية،
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة عند الإقتضاء،
- ممثل عن وزير المكلف بالتجارة.³

3/ اللجنة الولائية للصفقات العمومية

وفقاً لنص المادة 173 ، تختص هذه اللجنة ب:

¹ في الشق المتعلق بالإختصاص ، طالع المادة 139 والمادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
² ورد اختصاص هذه اللجنة في المادة 184 من المرسوم المنظم للصفقات العمومية.
³ المادة 172 ، من المرسوم المنظم للصفقات العمومية.

- دراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة والمصالح الخارجية للإدارات المركزية.

كما أحال أيضا قانون الولاية رقم 07-12 الصادر بتاريخ 12 فيفري 2012 ، المتعلق بالولاية ، صلاحيات واسعة للوالي في إبرام الصفقات العمومية طبقا للنصوص المعمول بها¹. وبالرجوع الى نص المادة السابقة ، فإن هذه اللجنة تتشكل من :

- الوالي أو ممثله ، رئيسا ،
- ممثل المصلحة المتعاقدة ،
- ثلاثة (3) ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي ،
- ممثلين إثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية ،
- مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية ، حسب موضوع الصفقة ، عند الإقتضاء ،
- مدير التجارة بالولاية.

4/ اللجنة البلدية للصفقات:

أشار القانون رقم 10-11 المتضمن قانون البلدية² ، بوضوح في المادة 189 على أنه "يتم إبرام صفقات اللوازم والأشغال أو تقديم الخدمات التي تقوم بها البلديات والمؤسسات العمومية البلدية ذات الطابع الإداري طبقا للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفقات العمومية".

من خلال هذه المادة ، نجد أن المشرع قد عبر صراحة عن صلاحية البلدية في تنظيم الصفقات العمومية فيما يخص الصفقات التي تتعلق بالبلدية ، كما أنه أعاد تنظيم هذه

¹ نص القانون 07-12 ، المؤرخ بتاريخ 12 فيفري 2012، المتعلق بالولاية ، الصادر عن ج.ر. رقم 12 ، المؤرخة بتاريخ 29 فيفري 2012 ، في مادته 135 على أنه : " تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية"
² القانون رقم 10-11 ، المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق ل 22 يونيو 2011 ، المتعلق بالبلدية ، ج.ر. ، العدد رقم 37 ، ص 4.

الصلاحية مرة أخرى في المادة 174 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، على النحو التالي:

- في الإختصاص ، فإن لجنة البلدية تختص أيضا دراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها البلدية، ضمن حدود المستويات المنصوص عليها قانونا¹.

أما من ناحية التشكيلة فإنها تتشكل من :

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، رئيسا،
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة،
- منتخبين إثنين (2) يمثلان المجلس الشعبي البلدي،
- ممثلين إثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية ،
- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية ، حسب موضوع الصفقة، عند الإقتضاء.

يُلاحظ أن تلك اللجان تحتل مكانة بارزة في مجال الصفقات العمومية في إطار ممارستها لوظيفتها الرقابية لارتباطها بمجال صرف المال العام. و خوفا من تحولها من وسيلة للتحريك دواليب التنمية لخدمة المصلحة العامة إلى وسيلة للثراء الفاحش، استوجب إخضاعها لنظام رقابي يلزمها خلال مراحل إبرامها و تنفيذها، بهدف التأكد من مدى مطابقتها للقواعد والإجراءات التي حددتها المراسيم المنظمة لها بما فيها المرسوم الرئاسي 15/247 بما يكفل تكريس أهم المبادئ التي تقوم عليها، وهذا من خلال تسهيل عمل تلك اللجان بدراسة المسائل بدقة، وبحضور عدد قليل من الأعضاء، وهذا ما يسهل عملية النقاش والخروج بأرضية لوضع القرار الذي يخص موضوع اللجنة وتحريره بمداولة، فهي تساعد في ممارسة اختصاصاته عن طريق الاقتراحات والتقارير التي تصدرها، لذلك حاول المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية و قانون البلدية 11 / 10 والولاية 12/07 مثلا تنظيم هذه اللجان من ناحية عددها وأنواعها وتوسيع مجالاتها، بالإضافة إلى ضبط تشكيلتها والعضوية فيها.

¹ أنظر المادة 139 و المادة 173 ، من هذا المرسوم ، المتعلقة بحالات الإختصاص لهذه اللجنة.

ومن سلبيات تلك اللجان ، نجد ذلك الغموض الكبير الذي يكتنف النظام الداخلي النموذجي لها ، كذلك النقص في معالجة هذه اللجان خاصة إجراءات عملها وصلاحياتها، في حين كان ينتظر من المشرع تنظيم أدق لتلك اللجان بمختلف تخصصاتها، وبهذا فتح المجال واسعا للتناقضات والاختلافات في تنظيم اللجان من خلال أنظمتها الداخلية ، وهذا ما يؤثر سلبا على إجراءات إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية.

5/ لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري

تختص هذه اللجنة وفق المادة 175 من نفس المرسوم ، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمؤسسة ، ضمن حدود المستويات المنصوص عليها قانونا¹. حيث أنها تتشكل من:

- ممثل السلطة الوصية ، رئيسا،
- المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله،
- ممثل منتخب عن المجموعة الإقليمية المعنية،
- ممثلين إثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية ،
- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية ، حسب موضوع الصفقة، عند الإقتضاء²،

وعندما يكون عدد المؤسسات العمومية المحلية التابعة لقطاع واحد كبيرا، فإنه يمكن للوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، حسب الحالة، أن يقوم بتجميعها في لجنة واحدة أو أكثر للصفقات العمومية، ويكون المدير أو المدير العام للمؤسسة العمومية عضوا فيها حسب

¹ أنظر المادة 139 و المادة 173 ، من المرسوم 15-247 ، المتعلقة بحالات الإختصاص لهذه اللجنة.

² أنظر المادة 175، من المرسوم 15-247 ، المرجع السابق..

الملف المبرمج¹، ويتم تعيين أعضاء لجان الصفقات ومستخلفوهم، باستثناء، من عين بحكم وظيفته، من قبل إدارتهم بأسمائهم بهذه الصفقة لمدة 03 سنوات قابلة للتجديد.²

عند غياب رئيس لجنة الصفقات العمومية، أو حدوث مانع له، يمكن المسؤول الأول للمصلحة المتعاقدة أو سلطة الوصاية، حسب الحالة، تعيين عضو مستخلف، من خارج اللجنة لاستخلافه³، يحضر الأعضاء الذين يمثلون المصلحة المتعاقدة والمصلحة المستفيدة من الخدمات الاجتماعات بانتظام وتبعا لجدول الأعمال، ويكلف ممثل المصلحة المتعاقدة بتزويد لجنة الصفقات بجميع المعلومات الضرورية، لاستيعاب محتوى الصفقة التي يتولى تقديمها.⁴

كما عرج المشرع في المادة 178 من المرسوم 15-247، الى أن الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة تتوج بمقرر منح التأشير أو رفضها خلال أجل أقصاه عشرون (20) يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة.⁵

ج/الرقابة الوصائية

ويقصد بها تلك الرقابة الإدارية التي تمارسها السلطات الإدارية المركزية على الهيئات الإدارية اللامركزية⁶.

ونظرا لأن رقابة الوصاية غير شاملة لكل أعمال الوحدات اللامركزية وإنما تمارس في الحدود التي يرسمها لها القانون، وكان لازما أن ينص عليها صراحة، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية حيث نص عليها صراحة، في القسم الفرعي الثالث من الفصل الخامس تحت عنوان رقابة الوصاية، ص37.

¹أنظر المادة 175، الفقرة 3، من المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

²أنظر المادة 176، من المرسوم المنظم لصفقات العمومية..

³أنظر المادة 176، الفقرة 2، من المرسوم المنظم لصفقات العمومية..

⁴أنظر المادة 176، الفقرة 3، من المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

⁵أنظر المادة 178، من المرسوم المنظم لصفقات العمومية..

⁶صبحي حبر العتيقي، المرجع السابق، ص 192.

لذا فغاية الرقابة الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية، في مفهوم هذا المرسوم، تتمثل في التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد، والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلا في إطار البرامج، و الأسبقيات المرسومة للقطاع¹، وعليه تُعد المصلحة المتعاقدة بعد حصولها على المشروع، تقريرا تقييميا عن ظروف إنجازه وكلفته الإجمالية مقارنة بالهدف المسطر أصلا، ويرسل هذا التقرير، حسب طبيعة النفقة الملتمزم بها إلى مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، والى هيئة الرقابة الخارجية المختصة، وترسل نسخة من هذا التقرير إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المنشأة بأحكام المادة 213 من المرسوم السابق ذكره.²

وختاما لهذا المبحث يمكن القول: إن التطرق إلى النظام القانوني لدفاتر الشروط، بين لنا تحديد كل الإجراءات التي تقوم عليها مراحل إعداد دفتر الشروط وطبيعته القانونية، وأليات الرقابة عليها، التي فرضها المشرع ووزعها بين رقابة داخلية، وأخرى خارجية، إلى رقابة وصائية، والأصل في كل هذه الإجراءات، هو ضمان فعاليتها في إضفاء الشفافية على إبرام الصفقات العمومية، وهو الأمر الذي أكده المشرع من خلال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

لذا فالدفتر الشروط هو العنصر الأساسي الذي من خلاله تتحقق باقي المبادئ الأخرى من حرية الوصول للطلبية العمومية والمساواة والمنافسة النزيهة، ضمانا لاختيار المتعامل المتعاقد المؤهل لنيل الصفقة.

¹ أنظر المادة 164 ، من المرسوم المنظم للصفقات العمومية..

² أنظر المادة 164 ، الفقرة 4و3 ، من المرسوم المنظم للصفقات العمومية...

المبحث الثاني

سلطة الإدارة في اختيار المتعامل المتعاقد

إن احترام المبادئ العامة التي تقوم عليها العقود الإدارية غير متروك لتقدير الإدارة، بل هي ملزمة بإتباعها، بحيث يولد إغفالها حقا لكل مقدم عطاء في الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري على قرار الإدارة الذي تجاهلت فيه المبادئ العامة بإعتباره قرارا مخالفا للقانون ، تبعا لذلك عملت مختلف النظم التشريعية على تأطير عملية إبرام الصفقات العمومية ، من خلال إحاطتها بالعديد من المبادئ الصارمة التي تهدف إلى تمكين الإدارة من اختيار أفضل المرشحين للتعاقد معها¹.

لذا جاء في المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن على أنه: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام ، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول لطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الاجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"².

أما في المادة 39 من نفس المرسوم الى طرق إبرام الصفقات العمومية والتي جاءت على النحو التالي : " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراءات طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراءات التراضي"³.

وعلى ضوء هاتان المادتان تم طرح الإشكال التالي: "فيما تتمثل أهم المبادئ و الإجراءات المؤطرة لعملية اختيار المتعامل المتعاقد؟" ومن خلال هذا الطرح ، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين التاليين:

¹ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2008، ص 488 .

² المادة 5 ، من المرسوم الرئاسي 15-247، ص 3.

³ المادة 39، من المرسوم الرئاسي 15-247 ، ص 10.

المطلب الأول: المبادئ العامة التي تحكم عملية اختيار المتعامل المتعاقد.

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة لاختيار المتعامل المتعاقد (طلب العروض - التراضي).

المطلب الأول

المبادئ العامة التي تحكم عملية اختيار المتعامل المتعاقد

إن المبادئ المؤطرة لعملية اختيار المتعامل المتعاقد تحقق الضمانات الكافية للمصلحة العامة، إذ لا يتحقق ذلك إلا إذا أحيطت الصفقة بالسرية التامة ويكون مبدأ المساواة بين المتنافسين هو السائد دون تمييز حتى لا يختل التوازن وحتى تكون المنافسة بينهم قائمة على مبدأ تكافؤ الفرص¹، لذا استقر كل من الفقه والقضاء على تكريس هذه المبادئ ضمانا لمبدأ الحياد وعدم تعسف الإدارة في مواجهة المتعاملين، فإلى جانب الالتزام بالقواعد العامة فإن العقود الإدارية تنفرد بمبادئ خاصة بها دون سواها²، تتلخص في أربعة قواعد أو مبادئ تحكم العملية التعاقدية، والتي تتمثل في مايلي: مبدأ حرية المنافسة (الفرع الأول)، مبدأ المساواة (الفرع الثاني)، مبدأ العلانية والشفافية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

يقتضي مبدأ المنافسة إعطاء الفرصة لكل من تتوفر فيه شروط طلب العروض، ليتقدم بعرضه للمصلحة المتعاقدة وفقا لشروط التي تضعها³، ويقصد بالمنافسة هو فتح الباب أمام كل من يود المشاركة في العرض، شرط أن تتحقق فيهم وتطبق عليهم الشروط⁴.

تتقيد المصلحة المتعاقدة باحترام مبدأ المنافسة، ولا يجوز لها استبعاد المتعهد أو منعه من المشاركة، إلا في حالة عدم توافر الشروط المعلن عليها في طلب العروض، كما عليها أن

¹ علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، دار الهدى، الجزائر، سنة 2010، ص 143.
² بوضوار عبد النبي، اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، ملتقى دولي، جامعة جيلالي ليايس، سنة 2008، ص 3.
³ نصت المادة 59 من المرسوم 15-247، أنه "يحدد البحث عن الشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها.....ويدخل هذا الاختيار ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة....".
⁴ أنظر المادة 40 من المرسوم 15-247، المرجع السابق.

تتجنب كل أشكال المحاباة، وأن تقف موقفا حياديا إزاء كل المتنافسين¹، غير أن هذا المبدأ لا يعني انعدام سلطة المصلحة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة²، كما يستند هذا المبدأ على دعامة أخرى من خلال تكافؤ الفرص بين المتعاقدين بالزامهم تقديم عروض سرية مجهولة الهوية بما يقضى الشفافية على عملية الإبرام، كما لا يجوز تسريب المعلومات الامتيازية بغرض تقديم عروض مقبولة.

وعلى أساس هذا المبدأ ، نصت المادة 72 من نفس المرسوم ، والمتضمنة تقييم العروض من طرف لجنة فتح الأظرفة ، في فقرتها الخامسة على أنه : " إذا كان العرض المالي الاجمالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتا ، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي ، بالنسبة لمرجع الأسعار، تطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة، كتابيا ، التبريرات و التوضيحات التي تراها ملائمة، وبعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية، وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل"³.

وفي نفس السياق من نفس المادة المذكورة أعلاه ، نجد أثر هذا المبدأ في الفقرة الرابعة ، حيث تنص : " تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية الهيمنة على السوق أو قد تتسبب في اخلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت ، ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط"⁴.

¹ نصت المادة 54 من نفس المرسوم ، في فقرته الثانية على مايلي: " يجب أن يستند تقييم الترشيحات الى معايير غير التمييزية ، لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها"

² قُدوج حمامة، عمليات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، سنة 2008، ص122 .

³ لتفصيل أكثر ، أنظر المادة 72 من المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

⁴ الفقرة الرابعة من المادة 72 ، من المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

كما يتجسد هذا المبدأ أيضا في الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة ، حيث تنص المادة 12 منه على أنه : "يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، وإذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلتها من دخول السوق"¹.

فرغم أهمية هذا المبدأ، إلا أنه يعد أكثر المبادئ انتهاكا من خلال ما يتعرض له من ممارسات احتيالية فادحة على المستوى العملي، والتي تثبت فيها تواطؤ موظفي المصالح المتعاقدة مع المتعاملون المتعاقدون، رغم السعي الحثيث للمشرع الجزائري للتصدي لها بمختلف الوسائل القانونية².

الفرع الثاني : مبدأ المساواة في الصفقة العمومية

تعتبر الصفقات العمومية إحدى الأعمال القانونية الأكثر تعقيدا وحساسية في الواقع العملي ، لكونها تتعلق بالمال العام وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، لذا أحاطها المشرع الجزائري بجملة من المبادئ الأساسية التي تحكمها من بينها مبدأ المساواة ، والذي يعد صورة للمبدأ العام ألا وهو مبدأ المساواة أمام القانون . ويجد المبدأ أساسه القانوني في المواثيق الدولية أين حظي باهتمام كبير من مختلف الأمم والشعوب والمنظمات الدولية³ ، وبالرجوع إلى القوانين الداخلية فقد نصت على هذا المبدأ جميع دساتير الجزائر والعديد من القوانين الأخرى ، ويخضع مبدأ المساواة ككل قاعدة عامة رغم أهميته لاستثناءات تتجسد أولا في صورة إبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي على نوعيه⁴ والذي سيتم التطرق له في المطلب الثاني من هذا المبحث ، ثم في صورة تطبيق هامش الأفضلية لصالح المنتج الجزائري . وقد نص

¹ الأمر 03-03 ، المؤرخ في 19 يوليو 2003 ، المتعلق بالمنافسة ، ج.ر العدد 43، المعدل والمتمم بالقانون 08-12، المؤرخ في 25 يونيو 2008 ، ج.ر العدد 36.

² بين شعبان عبد الرزاق، طرق اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف –المسيلة – 2014-2015 ، ص 43.

³ خلاف صليحة، مبدأ المساواة في تنظيم الصفقات العمومية ، مذكرة شهادة الماجستير في القانون العام ، تخصص قانون الإدارة العامة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي، 2012-2013، ص 10.

⁴ ناصر لباد ، المرجع السابق، ص 151.

المشروع على جملة من الإجراءات وجب على الإدارة المتعاقدة إتباعها أثناء مرحلة إبرام الصفقة العمومية تكريسا منه لمبدأ المساواة ، وتتمثل هذه الإجراءات أساسا في الإعداد المسبق لشروط المشاركة ، علانية المعلومات المتعلقة بالصفقة وكذا إجراء عملية الانتقاء أو اختيار المتعامل المتعاقد . وتطبيقا لمبدأ المساواة نص المشروع على العديد من أنواع الرقابة ، تم التطرق فقط إلى الرقابة التي تمارسها اللجان المحدثة على مستوى كل مصلحة متعاقدة تخضع لتنظيم الصفقات العمومية (اللجنة الدائمة لفتح الأظرفة ، اللجنة الدائمة لتقييم العروض) إضافة على آلية الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة¹ . و إدراكا من المشروع لأهمية الصفقات العمومية أحاطها بجملة من المبادئ والقواعد القانونية الملزمة انطلاقا من المرسوم الرئاسي رقم : 15-247 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، حيث فرض قواعد خاصة للمراقبة على الصفقات العمومية سواء أكانت رقابة داخلية ، خارجية ، قضائية ، إضافة إلى رقابة الوصاية² ، إلا أن مجال الدراسة لم يسمح للتطرق إلى جميع أنواع الرقابة وتم الاكتفاء بدراسة الرقابة الداخلية التي تمارسها كل من اللجنة الدائمة لفتح الأظرفة واللجنة الدائمة لتقييم العروض إضافة إلى آلية الطعن أمام لجان الصفقات المختصة³ ، ووصولاً إلى الأمر رقم : 06-01 المؤرخ في : 20/02/2006 المعدل والمتمم المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قرر المشروع أيضا رقابة خاصة وحماية نوعية تعد الأكثر فعالية وصرامة ، من خلال فرض جزاء لكل من يخالف المبادئ والإجراءات الواجب مراعاتها عند عملية إبرام الصفقات العمومية⁴ .

يعتبر مبدأ المساواة المبدأ الأساسي الذي يحكم القانون بصفة عامة، حيث يكتسي هذا المبدأ أهمية كبيرة في مجال الصفقات العمومية الى جانب باقي المبادئ ، وهو يحكمها في مرحلة الإبرام دون مرحلة التنفيذ ، فما المقصود بمبدأ المساواة ؟ وما هو أساسه القانوني؟

¹ ناصر لباد ، نفس المرجع ، ص 158.

² أنظر الفصل الخامس، من المادة 156 إلى المادة 168 ، من المرسوم 15-247 تحت عنوان "رقابة الصفقات العمومية".

³ عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 115.

⁴ أنظر المادة 9 ، من الأمر 06-01 ، المؤرخ في 21 محرم 1427 ، الموافق ل 20 فبراير 2006 ، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم.

1/ تعريف مبدأ المساواة

يقصد به عدم جوار التمييز بين المواطنين على أساس الجنس أو الدين أو العرق، لذا ينبغي وفق هذا المبدأ أن يعامل الجميع على قدم المساواة، وأن يمنح القانون حظوظاً متساوية لجميع المترشحين، ولهذا يرى الأستاذ " قيلاتى عبد الكريم " : " أن المساواة أمام الإدارة والمرفق العمومي ليست إلا نتيجة على المستوى الإداري للمبدأ العام المتمثل في المساواة أمام القانون"¹.

كما عرف الأستاذ عمار عوابدي هذا المبدأ هو: " بأن يعامل جميع المشتركين في طلب العروض معاملة متساوية قانوناً وفعلاً"².

ومن خلال هذه التعاريف يمكن القول أن لكل صفقة من الصفقات شروطها وميعاد معين للتقدم إليها، مما يتوجب احترام هذه الشروط والمواعيد بطريقة واحدة متساوية بين الجميع³، ومن ثم لا يجوز إعفاء البعض من بعض الشروط والتشديد في تطبيقها على البعض الآخر، كما لا يجوز قبول أي شخص لم تتوافر فيه الشروط أو تقدم بعد الميعاد أو تقدم في الميعاد ولم يستوف الإجراءات الضرورية للاشتراك في الصفقة، ولا يجوز أيضاً السماح لأحد المتنافسين لاطلاع على ملف الصفقة العمومية أو العرض دون بقية المتنافسين⁴.

وإذا كانت الحكمة من تطبيق هذا المبدأ تقتضي عدم وجود المحاباة بين المتعاملين مع الإدارة، وضمان صلاحية وكفاءة من يرغب في التعاقد تحقيقاً للمصلحة العامة، فإن المساواة هنا ليست مساواة مطلقة، إذ الإطلاق من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة من خلال دفع

¹ عتيق حبيبة، أهم المبادئ المؤطرة لعملية اختيار المتعامل المتعاقد، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع2، سبتمبر 2017، ص110.

² عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 205.

³ عتيق حبيبة، المرجع السابق، ص 111.

⁴ محمود خلف جبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص62.

الإدارة للتعاقد مع مقدم العرض رغم سوء سمعته المهنية مما ينعكس على أدائه لالتزاماته التعاقدية الإضرار السلب¹.

الفرع الثالث: مبدأ الشفافية والعلانية في الصفقات العمومية

1/ مبدأ الشفافية

تعد الشفافية في مجال العقود الإدارية عموماً، من أهم المبادئ التي حرص على تكريسها المشرع الجزائري، والتي تقضي تمكين أي منافس متى توافرت فيه الشروط القانونية وفي إطار الشكلية الواجب إتباعها من الدخول في الصفقة العمومية، فمبدأ الشفافية في إجراءات إبرام الصفقة العمومية يعطي الفرص متساوية بين المتعاملين المتعاقدين والمساواة بينهم، وذلك عن طريق الإشهار والإعلان عن الصفقة العمومية من طرف المصلحة المتعاقدة².

فمبدأ الشفافية أضحي من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها كافة أنظمة الدول المتقدمة وأصبحت السرية مجرد استثناء بل وأصبحت غالبية المجتمعات تؤمن بضرورة الأخذ بهذا المبدأ في كافة الأنشطة³، لاسيما على مستوى أجهزتها الإدارية، لذلك حرص المشرع الجزائري في مرسوم رئاسي رقم 15-247 المتضمن المبادئ العامة لتنظيم الصفقات العمومية، حيث حدد الهدف الأساسي من وضعه هذه المبادئ وهو "ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الجيد للأموال العمومية"⁴.

¹ عتيق حبيبة، المرجع السابق، ص112.

² -BANNADJI Cherif ,marchés publics et corruption en algerie inrevus ,NAOD NO25 ,2008,p123.

³ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص159.

⁴ نصت المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، على أنه: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الاجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

ويعد مبدأ شفافية من الإجراءات حتمية أساسية التي يجب على الإدارة المتعاقدة تكريسها عبر مختلف المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية ، إذ يؤكد على آلية من آليات الحكم الراشد وله أهمية بالغة وتجسيد المبادئ السابقة، ويتجلى تحقيق هذا المبدأ في إجراءات الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة وحياد الإدارة، وما يترتب عنه من حقوق للمرشحين كاطعن والاعتراض على قرار المنح المعلن عنه¹ ، ومن خلال هذا السياق يطرح التساؤل التالي : هل الإدارة ملزمة بالإعلان في كل الحالات ؟ وللإجابة عن هذا التساؤل يستوجب التطرق الى معرفة القاعدة العامة والمتمثلة في مبدأ العلانية.

2/ مبدأ العلانية في الصفقات العمومية

يعتبر مبدأ العلانية قاعدة أساسية مخصصة لإثراء المنافسة ووضع المتعهدين على قدم المساواة ، ويقصد به قيام سلوب يمكن كل من تنطبق عليه الشروط التقدم بالعرض لإعلان عن موضوع التعاقد المصلحة المتعاقدة، فلتحقيق الغرض والقصد من الصفقات العمومية على الوجه المقرر في القوانين والتنظيمات لابد من احترام وتطبيق مبدأ علانية المناقصات والمزايدات في جميع مراحلها، ويتجسد ذلك من خلال الإعلان والإشهار الخاص بالعملية المراد التعاقد عليها عن طريق وسائل الإعلام من صحافة و وسائل إعلام بمختلف أنواعه².

1/ مفهوم مبدأ العلانية

يعتبر مبدأ العلانية جوهر قانون تنظيم الصفقات العمومية، حيث يتوجب في علانية إجراءات طلب عروض والممارسات العامة لضمان علم الكافة بها تحقيقا للشفافية، وبما يحقق المصلحة العامة³.

يكتسي مبدأ العلانية أهمية بالغة في مجال العقود الإدارية بصفة عامة ، حيث يضح من خلاله مدى تقيد الإدارة بالواجبات والأحكام التي جاء بها القانون ، وفي الوقت ذاته يتجلى

1 Khaled johmani, la bonne gouvernance dans les marchés publics cas de la Tunisie.p 245.

²عمار عوابدي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص204 .

³سيد أحمد لكساوي، مبدأ العلانية في الصفقات العمومية، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية ، 7ع، جوان 2017، ص800.

من خلال تحقيق علانية إجراءات طلب العروض، مما يكسب الثقة لدى المتنافسين اتجاه الإدارة بعد الاطمئنان على نزاهة هذه الإجراءات ، وبالتالي تشجعهم على المشاركة وتقديم عروضهم التنافسية تحقيقاً للمصلحة العامة التي تستهدفها الإدارة كأصل عام، لذا فإن القاعدة العامة أو الأصل في الدعوة للتعاقد في مفهوم القانون الإداري تعني الإعلان عن الصفقة العمومية، وهذا ما يندرج ضمن حق المواطنين في الإعلام وهو حق دستوري يمنح كل راغب في التنافس فرصة العلم الفرص الاقتصادية المتاحة في المجتمع¹.

وكنتيجة لما سبق فإن العلانية كمبدأ يعد من المبادئ العامة التي تقوم عليها الصفقات العمومية، ومن الأمور الهامة الواجب مراعاتها في جميع المراحل، سواءً ما تعلق منها بالإعلانات أو ما يتعلق بتحديد دفتر الشروط وضبط اللجان ، لهذا وجب على الإدارة أن تحرص أشد الحرص على التقيد بهذا المبدأ بما هو منصوص عليه قانوناً، والذي ينعكس تطبيقه على حسن التطبيق الجيد على بقية المبادئ التي ترعى أو تستهدف الصفقات العمومية².

يمكن القول أنه هناك تجسيد محتشم لهذه المبادئ الثلاث في مجال الصفقات العمومية في الجزائر و يتبين ذلك من خلال عدم احترام المبادئ المسطرة لهذا المجال، وكذا عدم نجاعة الدور الرقابي فيه الأمر الذي يستوجب إعادة النظر في القوانين التي تنظم هذا المجال وجعلها أكثر وضوحاً وصرامة وذلك من خلال مايلي:

- سن قوانين تنظيمية بوتيرة دورية من أجل استعاب الحقائق والمستجدات الاقتصادية والاجتماعية.

¹ في هذا الإطار تجد الجزائر نفسها أمام رهان المحافظة على مكاسب الديمقراطية التي تمكنت من تحقيقها بفضل مظاهر التحديث التي مست منظومتها القانونية، و تجسدت بالأساس في التعديل الدستوري سنة 2016 ، و في قوانين أخرى ذات صلة بشؤون الحياة اليومية للمواطن الأمر الذي من شأنه أن يعزز من مكاسب الديمقراطية، ويساهم بشكل فعال في إرساء دعائم الحكم الراشد على المستويين الوطني و المحلي.
² سيد أحمد لكصاصي ، المرجع السابق ، ص801.

- مجارات التطور التكنولوجي من خلال إدراج باب في قانون الصفقات العمومية يُعنى بالإعلانات على الأنترنت.

المطلب الثاني

الإجراءات المتبعة لاختيار المتعامل المتعاقد

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء إبرامها للصفقات العمومية مع المتعاقدين معها بامتيازات تجعلها في مركز متميز عنهم، حيث تملك سلطة في اختيار المتعامل المتعاقد وفق كفاءات و طرق رسمها لها القانون مسبقا، ويعود ذلك للطبيعة الخاصة للصفقات العمومية و أهميتها في مختلف الجوانب الاقتصادية و الاجتماعية، و أحاط القانون عملية إبرامها و عقدها بالعديد من القيود و الإجراءات، وذلك بغرض تحقيق أفضل الشروط المالية بما يكفل الوفر المالي للخزينة العامة، وتحقيق المصلحة العامة، التي تمكن الإدارة من اختيار أفضل المتقدمين للتعاقد معها في إطار مبدأ المساواة الامنصوص عليه قانونا¹ ، وعلى هذا الأساس جاء في المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أنه: " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراءات طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراءات التراضي " ².

فالمشرع الجزائري حدد القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية وهي طلب العروض (الفرع الأول) ، وجعل التراضي أسلوب استثنائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول : طلب العروض كأساس لإبرام الصفقة العمومية

يعد إجراء طلب العروض أهم إجراء نظمه القانون الإداري لاختيار المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ، ومقتضى هذه الإجراء أن تتعاقد المصلحة المتعاقدة مع من يتقدم إليها بأقل عرض أو عطاء، وذلك مع وضع شروط العقد الأخرى في الاعتبار، فتلجأ المصلحة

¹ - Achouri , "l'élaboration du cahier des charges " , journée d'etude portant sur les marches publiques , université de constantine , 30 novembre 2015.

² المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

المتعاقد إلى طلب العروض للحصول على ما يلزمها من سلع أو خدمات، إذ من المصلحة في هذه الحالة إبرام الصفقة مع من يقبل التعاقد بأقل سعر ممكن¹.

وللإشارة ، استعمل المشرع الجزائري مصطلح "طلب العروض" في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بدل مصطلح "المناقصة" الذي كان معتمدا في المرسوم الرئاسي 10-236 ، وهما مصطلحان لا يؤيدان نفس المعنى، لذا أولى المشرع الجزائري أسلوب أو طريقة طلب العروض أهمية خاصة في مختلف قوانين الصفقات العمومية، فخصص لها مجموعة من المواد، لأن هذا الأسلوب هو القاعدة العامة في مجال التعاقد بالنسبة للإدارات العمومية²، وأن أسلوب التراضي هو الاستثناء³، ونظرا لأهمية طلب العروض كطريقة لإبرام الصفقات العمومية ، سيتم تحديد مفهومها ، ثم إجراءاتها في النقاط الآتية:

1/ مفهوم طلب العروض

سيتم التطرق في هذا الفرع إلى إعطاء مفهوم لطلب العروض من خلال: تعريفه وتحديد مبادئه وأشكاله.

أ/ تعريف طلب العروض

يعتبر إجراء طلب العروض، ذو أهمية خاصة في مختلف قوانين الصفقات العمومية، وقد أقرها المشرع على أساس أنها طرق من الطرائق المهمة التي تبرم بها ، لذا تم تعريفها على النحو التالي: "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء"⁴.

¹ DJAOUI Mohamed. Le code des marches publics est –il adapté aux taches actuelles de l'administration, Mémoire pour le diplôme d'études supérieures dedroit public , Université d'Alger, Mars 1976, P 39.

² نصت المادة 39 ، من المرسوم 15-247 سالف الذكر ، أنه" تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي.

³ وفي المادة 41 من نفس المرسوم ، عرف التراضي على أنه : " إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة....."

⁴ أنظر المادة 40 من المرسوم الرئاسي المنظم لصفقات العمومية..

و يمكن تعريفها أيضا بأنها العروض التي يتقدم بها الأشخاص في الصفقة و التي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في ملف الصفقة، وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه والذي رضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة، وينبغي تقديم العطاءات، أو العروض خلال المدة التي حددتها المصلحة المتعاقدة، و يبدأ تقديمها من تاريخ أول صدور لإعلان طلب العروض في اليوميات الوطنية، أو الجهوية أو المحلية أو النشرة الرسمية للصفقات¹.

لذا يكمن القول أن خاصية " طلب العروض " هي جملة الإجراءات التي حددها المشرع للإدارة، و قيد بها سلطتها في اختيار المتعامل معها، وذلك بإقامة التنافس بين أكبر عدد ممكن من العارضين، بهدف الوصول إلى إبرام العقد مع المتعهد الذي يقدم العرض الأقل سعرا والأفضل شروطا، وهو ما أكده المشرع الجزائري بتعريفه الذي أعطاه لطلب العروض في المادة 40 المذكورة أعلاه.

وبهذه الأحكام التي حملها المرسوم الجديد يكون المشرع قد ضبط مصطلح طلب العروض تفاديا لأي إشكالية في فهم معناه الحقيقي ، ومن جهة أخرى ترك للجهة المعنية مجالا لاختيار المتعاقد معها لا على أساس العرض المالي لوحده، بل على أسس موضوعية أخرى، ومن هنا اعترف لها بسلطة الاختيار و الجمع بين أكثر من معيار بحثا عن العرض الأفضل و ليس الأقل ثمنا بالضرورة كما كان الوضع في مرحلة سابقة².

1 زاير إلهام ، تقديم العروض كإجراء أولي لإبرام الصفقات العمومية و إحترام قواعد المنافسة، مجلة الباحث في العلوم القانونية و السياسية، ع 2، 2019، ص 97.
2 زاير إلهام، المرجع السابق ، ص 99

ب/المبادئ التي تحكم طلب العروض

لعل من أبرز محاسن تنظيم الصفقات العمومية الجديد أنه تضمن في نص المادة 5¹ منه المبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية على اختلاف أنواعها وهي الشفافية و التي تستوجب إعلان المنافسة كأصل عام، و المساواة بين العارضين، و حرية الوصول للطلب العمومي، و الاستعمال الحسن للمال العام، وعليه فعلى المصلحة المتعاقدة أن تلتزم بالمبادئ التي نصت عليها هذه المادة عند إبرامها الصفقات العمومية عن طريق طلب العروض، ومراعاة مبدأ المنافسة عند الإعلان عن الصفقة وتتمثل هذه المبادئ في مايلي:

1- حرية الوصول للطلبات العمومية وذلك بمنح المتعاملين الاقتصاديين فرصة الوصول

إلى الطلبات العمومية بحرية.

2- المساواة بين المترشحين بمعنى التعامل معهم على قدم المساواة وذلك بعدم إتخاذ أي

سلوك تمييزي بينهم.

3- شفافية الإجراءات وتظهر ذلك من خلال بساطة إجراءات الحصول على دفتر الشروط

وعمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وعلائية الجلسات².

ج/ أشكال طلب العروض

حدد المشرع الجزائري في المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247³ ، العروض،

حيث قام بحذف المزايدة بعدما كان منصوص عليها في القوانين السابقة ، وسيتم التفصيل على

النحو التالي:

ج-1/ طلب العروض المفتوح (L'appel d'offres ouvert)

عرّفته المادة 43 من قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 على أنه: "إجراء يمكن

من خلاله لأيّ مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً"⁴، وهو التعريف نفسه الذي أورده المشرع ضمن

1نصها: "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الاجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"

²عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 156.

³ نصت المادة 42 من المرسوم 15-247 على أنه : " يمكن طلب العروض وطنيا أو دوليا، ويمكن أن يتم حسب الأحد الأشكال التالية : - طلب عروض مفتوح- طلب عروض مفتوح مع اشتراط قدرات دنيا - طلب عروض محدود- المسابقة "

⁴ المادة 43 ، المرسوم 15-247 ، المرجع السابق.

القوانين السابقة المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية ، ويضمن هذا الشكل (طلب العروض المفتوح) بسبب عدم محدوديته أكبر قدر من المشاركة، فيضمن بالتالي احترام المبادئ العامة المتعلقة بالشفافية وحرية المنافسة وسعتها وسهولة المشاركة للوصول إلى الطلبية العامة. وجاء تعريف طلب العروض المفتوح كذلك مشابها لما أورده قانون الصفقات العمومية الفرنسي الذي نص على أنه:

"هو الدعوة إلى تقديم العطاءات مفتوحة عندما يمكن لأي متعهد اقتصادي تقديم عرض".¹

ولكن بالمقابل من ذلك فإن ما تضمنته هذه الصيغة من سعة مشاركة لا يؤدي بالضرورة إلى أكبر قدر من المنافسة، ذلك أن هذه العروض قد لا تكون كلها مطابقة أو تستجيب كآلية لمتطلبات المشروع، أو صادرة عن مؤسسات تملك القدرة التقنية والمالية الضرورية لإنجاز المشروع.²

ولذلك، فإن من عيوب هذا الشكل هو وضع عروض أمام المصلحة المتعاقدة بعدد أكبر مما يستلزم إجراءات ومقارنات بحجم يأخذ من وقت المصلحة المتعاقدة، دون أن يفيد بالضرورة في حصول منافسة أوسع، وبالتالي الحصول على أحسن عرض.³

ج-2/ طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

بناءً على المادة 44 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، فإن طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد، ولا يتم إنتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة والمقصود بالشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع ،

¹النوي خرشي ، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، سنة 2011 ، ص56

²سيد أحمد لكساصي، المرجع السابق ، ص83.

³محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، الجزائر، دار العلوم للنشر، سنة 2004 ، ص 251.

وهذا الاجراء يعد طريقة استثنائية تلجأ إليها الإدارة في المشاريع الكبيرة فتختار المتعامل الأكثر تأهيلاً¹.

فمقارنة بالمرسوم الرئاسي 10-236، نجد أيضا أن المشرع إشتراط أيضا من جميع المشاركين أن يكونوا مؤهلين، واستبدل عبارة "مؤهل" بعبارة "الشروط الدنيا المؤهلة" بحيث لا نجد هذه الشروط في المرسوم الرئاسي 02-250، وبالتالي فإن طلب العروض المفتوح هو إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء أولي للمرشحين من قبل المصلحة المتعاقدة².

ويلاحظ أن هذا الشكل من أشكال طلب العروض تضمن ضرورة إدراج بعض المؤهلات والشروط المسبقة حتى يقدم المتعهد عرضه لإبرام صفقة عمومية، وما يمكن الإشارة إليه في هذا الخصوص أن عدم الانتقاء القبلي أورده قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري الجديد ضمن طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

ج-3/ طلب العروض المحدود

تطرق المشرع في المادة 45 من المرسوم الرئاسي 15-247، إلى هذا النوع من العروض، على أنه إجراء للإستشارة إنتقائية، يكون المرشحون الذين تم إنتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد، فطلب العروض المحدود يمكن من خلاله متعهدين يتم إنتقاؤهم مسبقاً للمشاركة بعد تأهيل أولي إما على مرحلة واحدة أو على مرحلتين³.

وفقاً لقانون الصفقات العمومية الجديد، فإن هذا الشكل مخصص لإجراء استشارة انتقائية، بحيث يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد،

¹ أنظر المادة 44، من المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

² النوي الخرشبي، المرجع السابق، ص 115.

³ أنظر المادة 45، من المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

وخلال هذا النوع من شكل طلب العروض يتم وضع قائمة معينة لمؤسسات مؤهلة بين يدي المصلحة المتعاقدة للمشاركة في استشارة انتقائية¹.

والجوء إلى طلب العروض المحدود محدّد على سبيل الحصر إذ تحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع طلب العروض المحدود بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية، أو الوزير المعني بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية، أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة².

ج-4/ المسابقة

يتجسد هذا النوع من الأشكال في المادة 47 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، فالمسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في مسابقة لإختيار، بعد رأي لجنة التحكيم، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة³. والجدير بالذكر أنّ تنظيم الصفقات العمومية الجديد ألغى شكل المزايدة الذي تضمّنته بعض القوانين السّابقة الخاصة بالصفقات العمومية على غرار المرسوم 236 / 10 خاصة بعد اختلافات التي أثّرت حول هذه التسمية ، وطبقا لنص المادة 48 من المرسوم 15 - 247 تكون المسابقة محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا، وتكون مسابقة الإشراف على الإنجاز محدودة وجوبا⁴، ويجب أن يشتمل دفتر شروط المسابقة على برنامج ونظام للمسابقة، وبالإضافة إلى ذلك، يجب أن ينص دفتر الشروط على كفاءات الانتقاء الأولى عند الاقتضاء⁵، وتنظيم المسابقة يجب أن يحدد دفتر الشروط المتعلق بمسابقة تخص مشروع إنجاز أشغال،

¹ عمار بوضياف ، المرجع السابق، ص 147.

² أنظر المادة 45 ، الفقرة 4 ، من المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

³ أنظر المادة 47، من المرسوم المنظم لصفقات العمومية..

⁴ أنظر المادة 48 ، الفقرة الأولى ، من المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

⁵ أنظر المادة 48 ، الفقرة الثانية ، من المرسوم المنظم لصفقات العمومية..

الغلاف المالي التقديري للأشغال، في إطار مسابقة محدودة، يدعى المرشحون في مرحلة أولى إلى تقديم أظرفة ملفات الترشيحات فقط¹.

2/ إجراءات طلب العروض

يعد طلب العروض القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية فقد أقر المشرع الجزائري بجملة من الإجراءات التي تكفل ضمان مبادئ الشفافية والمساواة والمنافسة بين المتعاملين الإقتصاديين وذلك عبر المراحل التي تمر بها عملية إبرام الصفقات العمومية ، ويتجلى هذا فيمايلي:

أ/ إعلان عن طلب العروض

ألزم المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة باللجوء إلى الإعلان عن طلب العروض ، من خلال فقد المادة 61 حيث نصت على أنه : اللجوء إلى الإشهار الصحفي الزاميا في الحالات التالية: - طلب العروض المفتوح.

- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

- طلب العروض المحدود.

- المسابقة.

- التراضي بعد الاستشارة عند الإقتضاء.²

كما إلغاء الإجراءات أو إعلان إلغاء المنح المؤقت مع عدم إمكانية طلب اي تعويض من طرف المتعهدين، عندما يتعلق الأمر بالصالح العام³.

ب/ تقديم ودراسة العروض

منح المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية لتحديد آجال تحضير العروض و تمديدها، لكن هذه السلطة غير مطلقة فهي مقيدة بضرورة إحترام مبدأ المنافسة

¹أنظر المادة 48 ، الفقرة الثالثة ، من المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

²أنظر المادة 61 ، من المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

³أنظر المادة 73 ، من المرسوم المنظم لصفقات العمومية..

والمساواة بين المتعاملين، فتحديد أجل تحضير العروض يجب أن يقوم على عناصر معينة كتعقيد موضوع الصفقة المراد إبرامها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصالها وكذلك بالنسبة للتمديد يتم اللجوء إليه إذا اقتضت الظروف ذلك وفي هذه الحالة يجب إخبار جميع المتعهدين بذلك بكل الوسائل.¹

بعدها في مرحلة دراسة العروض ، تتكفل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في هذه المرحلة، بتقييم العروض بصلاحيات إدارية وتقنية تسمح لها بدراسة عروض المترشحين، وتقديم الإقتراحات المبررة، لتتخذ الإدارة ما تراه مناسباً بأن تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الأجراء أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة وتصدر في هذا الشأن رأياً مبرراً.²

ج/ إرساء طلب العروض

تملك المصلحة المتعاقدة وحدها صلاحية اتخاذ قرار الإرساء المؤقت للصفقة على أحد المتعهدين المقبولين من طرف اللجنة ، فالإرساء المؤقت يعتبر إجراء إعلامياً تعلم المصلحة المتعاقدة بموجبه المترشحين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما نظراً لحصول عرضه على أعلى تنقيط وفقاً للمعايير المحددة بدفتر الشروط³، ويتم الإعلان عن المنح المؤقت في نفس الجرائد التي نشر فيها طلب العروض⁴، مع وجوب تضمينه جملة من العناصر بدقة حتى يتمكن المتعهدون من ممارسة حقوقهم المنصوص عليها قانوناً.

د/ اعتماد إرساء طلب العروض

يعتبر اعتماد طلب العروض كمرحلة أخيرة لدخول الصفقة حيز التنفيذ ليجعله العقداً نهائياً ، فلا تكون الصفقات العمومية صحيحة ونهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة،

¹ أنظر المادة 66 ، من نفس المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

² أنظر المادة 161 ، من نفس المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

³ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص296

⁴ أنظر المادة 65 ، من نفس المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

كما يمكن للسلطة المختصة بالتعاقد تفويض صلاحياتها إلى المسؤولين بإبرام تنفيذ الصفقات العمومية مع التقيد بالتشريع والتنظيم المعمول به¹.

الفرع الثاني : التراضي كاستثناء لإبرام الصفقات العمومية

إذا كانت المصلحة المتعاقدة تفقد حريتها في إبرام الصفقة، و في اختيار المتعامل المتعاقد عند العمل بأسلوب طلب العروض نظرا للقيود الشكلية و الإجرائية التي تلزم بمراعاتها عند العمل به ، فإنها تستعيد تلك الحرية من خلال العمل بوسيلة أخرى أكثر مرونة و بأسلوب آخر استثنائي يعفيها من التقيد بتلك الشكليات والإجراءات، بحيث يمكن للمصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد معها في ظروف وحالات محددة و مبينة في النص دون الحاجة لإجراءات الإشهار والنشر و دون أدنى داع لإعلام الغير، وهو ما أطلق عليه بأسلوب التراضي في إبرام الصفقة² ، و لأن هذا الأسلوب في التعاقد خال من الشفافية و لا يحث على التنافس فإن التنظيم الخاص بالصفقات العمومية جعل منه أسلوبا استثنائيا وفقا للمادة 41 من المرسوم 15-247³، وعليه سيتم التطرق في هذا الفرع إلى نقطتين مهمتين : - تعريف التراض (أولا) ، ثم أشكاله وحالاته (ثانيا) .

أولا: تعريف التراضي وأشكاله

إن إجراء التراضي في هذه المرحلة يعتبر قاعدة استثنائية، وذلك من خلال تقييد الإدارة بحالات محددة يتم من خلالها اللجوء إليه ، لذا عرفه المشرع على النحو التالي :

أ/ تعريف التراضي

لقد عرف المشرع الجزائري التراضي في المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بأنه: "هو إجراء تخصيص صفقة

¹ أنظر المادة 4 ، من نفس المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

² محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص63.

³ نصت المادة 41 من الفقرة الثاني ، من نفس المرسوم ، على أنه : " إن إجراء التراضي البسيط قاعدة إستثنائية لإبرام العقود لا يمكن إعتماها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم".

لمتعامل واحد دون الدعوة الشكلية الى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة بكل وسائل المكتوبة الملائمة¹.

من خلال هذه المادة ، يمكن القول أن إجراء التراضي يختص بميزة وهي التفاوض بين الإدارة والمترشحين، بالتالي لها حرية التشاور والتفاوض مع الموردين والمقاولين الذين تراهم مناسبين، دون أي قيد أو شرط ، ومنه إمكانية إقصاء أي متعهد لا تريد أن تتفاوض معه ، وهذا ما يراه بعض الفقهاء مساسا بمبدأ المساواة بين المترشحين².

ثانيا: أشكال التراضي وحالاته

وفقا للمادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 هناك شكلين من التراضي ، التراضي البسيط و التراضي بعد الاستشارة ، والتي سيتم التفصيل فيها على النحو التالي :

ب-1/ حالات التراضي البسيط

إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود الإدارية ، المنصوص عليه في المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، حيث تتمثل حالاته المنصوص عليها في المادة 49 من نفس المرسوم وهي كالتالي:

1- حالة الاحتكار من طرف المتعامل المتعاقد، حيث لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية، أو لاعتبارات تقنية، أو ثقافية و فنية.³

2- حالة الاستعجال الملح المعلل بوجود خطر يهدد استثمار، أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي، أو بخطر داهم يتعرض له ملك، أو استثمار تجسد في الميدان و لا يسعه

¹ أنظر المادة 41 ، من نفس المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

² Ali BENCHENEB, Mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie. Office des publications universitaires, Place centrale de Ben Aknoun (Alger) 1984. Page 73.

² أنظر المادة 49 ، الفقرة الأولى ، من نفس المرسوم المنظم لصفقات العمومية.

- التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية ولم يكن في وسع الإدارة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، و ألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.¹
- 3- حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، مع اشتراط أن تكون الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال، لم تكن متوقعة من الإدارة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.²
- 4- حالة مشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا إستراتيجيا ، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال، لم تكن متوقعة من الإدارة ، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء ، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار ، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.³
- 5- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج أو الأداة الوطنية للإنتاج، وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار جزائري، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.⁴
- 6- حالة وجود نص تشريعي أو تنظيمي يمنح مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تتجز هذه المؤسسة كل نشاطاتها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات ذات الطابع الإداري.⁵

¹أنظر المادة 49 ، الفقرة الثانية ، من المرسوم 247/15.

²أنظر المادة 49 ، الفقرة الثالثة ، من المرسوم 247/15.

³أنظر المادة 49 ، الفقرة الرابعة ، من المرسوم 247/15.

⁴أنظر المادة 49 ، الفقرة الخامسة ، من المرسوم 247/15.

⁵أنظر المادة 49 ، الفقرة السادسة، من المرسوم 247/15.

بعد التطرق لموضوع التراضي كإجراء لإبرام الصفقات العمومية، تبين أن هذا النوع من الإبرام يتميز بحساسية كبيرة نظراً لأن الإدارة مجبرة أن تلجأ إليه بعد فشل أسلوب طلب العروض الذي يعتبر الأصل في إبرام الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم 15_247 من أجل إنجاز الأشغال والعمليات المعقدة بطريقة تضمن الجودة والتقنية العالية في التنفيذ، وكذلك من حيث أن مجال الصفقات العمومية حافل بالكثير من المخاطر والمشاكل المؤثرة سلباً على ميزانية الدولة نظراً لتلاعبات المالية التي يمكن أن تتخلل عملية إبرام الصفقات العمومية، وعليه فإن الرضائية (التراضي) في نطاق الصفقة العمومية لا يمكن أن تمارس إلا ضمن نطاق مُعد مسبقاً من قبل المشرع حفاظاً على المصلحة العامة والمال العام، سواء من ناحية إبرام العقد ذاته، أو من ناحية أساليب اختيار المتعاقد معه، أو تنفيذ عقد الصفقة أو نهايتها.

ب-2/ التراضي بعد الاستشارة

يعتبر التراضي بعد الاستشارة صيغة تدخل ضمن الصيغ التفاوضية، غير أنها تختلف عن صيغة التراضي البسيط في كونها تضمن قدراً ولو قليلاً من المنافسة التي تتعدم في التراضي البسيط، ففي حين يتم التفاوض بعنوان التراضي البسيط مع شخص بعينه دون غيره، فإن التفاوض بعنوان التراضي بعد الاستشارة يتوجه إلى مجموعة أشخاص وفيه تتمكن المصلحة المتعاقدة من حصر استشاراتها في قائمة مؤسسات مستخرجة من بطاقة المتعاملين، وعلى ذلك يفترض أن تكون هذه المؤسسات مؤهلة للغرض المطلوب إنجازه، كما توفر هذه الصيغة البساطة في الإجراءات فهي تستجيب إلى حالات الاستعجال النسبية.¹

تلجأ الإدارة في بعض الأحيان إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة في التعاقد، وهذا إذا تحققت واحدة من الحالات التي ذكرها المشرع على سبيل الحصر في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، و لتوضيح المقصود بالتراضي بعد الاستشارة نتناول تعريفه (أ) ثم حالاته (ب).

¹ خرشي النوي، المرجع السابق، ص 171.

أ/ تعريف التراضي بعد الإستشارة

يعتبر التراضي بعد الاستشارة أسلوب تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإبرام صفقاتها بإقامة المنافسة بين عدة مترشحين مدعويين خصيصا بوسائل مكتوبة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعتمدة في طلب العروض.

2/ حالات التراضي بعد الاستشارة

أورد المشرع الجزائري حالات التراضي بعد الاستشارة في المادة 51 من نفس المرسوم ،

والتي نبينها على النحو التالي:

- في حالة الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.
- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو الطابع السري للخدمات.
- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.
- في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلائم مع آجال طلب عروض جديدة
- في حالة العمليات المنجزة في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية وهبات عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك، وفي هذه الحالة يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الإستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخر¹.

¹أنظر المادة 51 ، من نفس المرسوم 247/15..

ختاماً لهذا الفصل ، يمكن القول أن التنظيم القانوني للصفقات العمومية قد أحاطها المشرع فعلاً بنوع من الاهتمام، فقد حدد طرق إبرام الصفقات العمومية، وحصرها في الأسلوبين السابقين (دفتر الشروط واختيار المتعامل المتعاقد) ، مع التركيز لاختيار المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد الذي تتوفر فيه الشروط القانونية ، حفاظاً على المال العام من التبدد وسوء الاستغلال.

كما أن الغاية من تدخل المشرع في إعطاء تفاصيل دقيقة تخص العروض هو سد كل مجالات الفساد المالي و الممارسات السلبية و المشبوهة و حماية المتعاملين الاقتصاديين هذا من جهة، ومن جهة اخرى توحيد عملية العطاءات بشأن كل الصفقات العمومية وفي كل القطاعات المعنية بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية و تجسيد مبدأ الحياد حال دراسة ملف الصفقة من قبل الجهات المخولة.

لذا يمكن القول أن المصلحة المتعاقدة تتمتع قبل إبرام الصفقة العمومية بسلطات تقديرية، و أخرى مقيدة نظراً لسعيها لتحقيق المصلحة العامة، التي تنحصر في سلطة الإعداد الانفرادي لدفتر الشروط الذي تحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها، وكيفية اختيار المتعامل المتعاقد معها، الذي يكون وفق كفاءات وطرق رسمها لها القانون مسبقاً، وذلك حتى تبرم الصفقة على أكمل وجه وبما يحقق المصلحة العامة.

الفصل الثاني

سلطات الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري

تمهيد

تتمتع الإدارة العامة أو المصلحة المتعاقدة بامتيازات السلطة العامة، مما يسمح لها ويحولها ممارسة سلطات، وحقوق متعددة الهدف من ورائها تحقيق المصلحة العامة ، وحسن تنفيذ مشروعاتها، والسهر على تحقيق غاياتها وأهدافها.

يقصد بهذه السلطة هي تلك الوسائل القانونية التي تملكها المصلحة المتعاقدة، عند مرحلة تنفيذ العقد الإداري و التي من خلالها تتمكن من متابعة تنفيذه من البداية حتى النهاية لتحقيق الغاية التي أبرم من أجلها، حيث تتمثل هذه السلطة في الرقابة والتوجيه والقدرة على تعديل شروط الصفقة العمومية ، إلى جانب سلطتها في توقيع الجزاءات عند وجود أي إخلال¹.

تمر الصفقة العمومية بعدة مراحل بعد إبرامها، حيث تعد أهم أنواع العقود الإدارية، ونظرا لإرتباطها بالمرفق العمومي ، والذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، مما يجعل المصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطات و امتيازات تجعل كلا الطرفين غير متساويين في الحقوق والالتزامات، والتي تختلف كلياً عن تلك الموجودة في العقد الذي يخضع للقانون الخاص، فإذا كان العقد في القانون الخاص تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والمساواة بين طرفي العقد في الحقوق والالتزامات والواجبات ، فإن هذا المبدأ لا يتأسس في الرابطة التعاقدية التي يحكمها القانون العام، لأن المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة تتمتع بسلطات و امتيازات تجعل مركزها غير متساوي في الحقوق والالتزامات مع مركز المتعاقد معها، وذلك لمقتضيات المصلحة العامة².

وعند الإطلاع على المرسوم الرئاسي 15-247 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نقف الى أن هناك الكثير من الآثار القانونية المترتبة عن تنفيذ الصفقة

¹ أعمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 89.

² بلغياط كريم و بولبرادع أيمن ، سلطة المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفقا لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 ، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة جيجل ، 2018/2017، ص38.

العمومية، سواء بالنسبة للمصلحة المتعاقدة ومالها من حقوق وسلطات، كالسلطات الوقائية والسلطات العلاجية.

على هذا الأساس تم التطرق في هذا الفصل، لدراسة مختلف السلطات التي تتمتع بها الإدارة اتجاه المتعامل المعاهد، سواء ما تميزت به المبادئ العامة الواردة في القانون الإداري أو ما إختص به الإطار المنظم للسلطات العمومية، فقيما تتمثل هذه السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري ؟

وللإجابة عن هذا الإشكال ، تمت دراسة أهم سلطات الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد، وفق مباحث أساسية ، حيث تم التطرق الى :

سلطات الإدارة العامة الوقائية في مرحلة تنفيذ العقد الإداري (المبحث الأول)، وسلطات الإدارة العامة العلاجية في مرحلة تنفيذ العقد الإداري (المبحث الثاني).

المبحث الأول

سلطات الإدارة العامة الوقائية في مرحلة تنفيذ العقد الإداري

تتمتع الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد بمجموعة من الحقوق، وتتميز

بميزتين رئيسيتين:

الأولى: أنها مقررة سواء تضمن العقد النص عليها أو لم يتضمن.

الثانية: أنها مقررة للإدارة العامة حتى تتمكن من تحقيق الصالح العام، وهو الهدف الرئيسي للإدارة العامة، وهو المبرر الرئيسي لتقرير مثل هذه الحقوق والامتيازات¹.

لذا اعترف كل من التشريع والقضاء الإداري للإدارة بعدد من السلطات والإمتهيازات

الهامة في العقود الإدارية، الذي يتميز بشروط غير مألوفة، لتعلقه بسير المرفق العام والمحافظة على المال العام، ولعل أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني مركز الإدارة فيه ويبرز ذلك دائما بمقتضيات الصالح العام، وضرورة سير المرفق العام بانتظام وإطراد²، ومن أهم هذه السلطات هي سلطة الوقائية، فما المقصود بها؟

ومن خلال ما تقدم، سيتم التفصيل في هذا المبحث المتضمن: سلطات الإدارة الوقائية

في تنفيذ العقد الإداري، من خلال تبيان هذه السلطات والتي يمكن حصرها في النقاط التالية:

1/ سلطات الإدارة في الرقابة والإشراف في المطلب الأول.

2/ وسلطات الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري في المطلب الثاني.

¹ محمد الشافعي أبوراس، العقود الإدارية، عميد لكلية الحقوق ببها، أستاذ القانون العام بحقوق بنها، المحامي لدى المحكمة الدستورية العليا والإدارية العليا والنقض، سنة 1998، ص 89.

² محمد سليمان مطاوي، المرجع السابق، ص 213.

المطلب الأول

سلطات الإدارة في الرقابة والإشراف

تعتبر سلطة الإشراف والتوجيه امتياز يخول للإدارة مرافقة المتعاقد معها وتوجيهه، وذلك من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة وفق الشروط المتفق عليها¹.

إن إبرام الإدارة العقود الإدارية مع غيرها، يترتب لها حق الرقابة والإشراف والتوجيه تجاه المتعاقد معها، وهذا الحق نابع من طبيعة العقد الإداري وأغراضه ومقتضيات الصالح العام، إن هذه السلطة تتيح للإدارة المتعاقدة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته، كما أنها تصدر أوامر ملزمة للجهة المتعاقد معها لتنفيذ التزاماته على نحو معين لإبرام هذا العقد².

والقاعدة العامة أن سلطة الإدارة في الإشراف والمراقبة من النظام العام فلا يمكن الاتفاق على مخالفتها، نتيجة أن محل العقد الإداري يتعلق بمشروع عام أو مرفق عام، مما يعني تعلقه بالصالح العام الذي يستهدف كل منها³، كما لا يمكن للإدارة التنازل عنها ذلك إنها تمثل أهم مظهر وتطبيق للشرط الاستثنائي غير المألوف الذي يميز العقد الإداري عن العقد المدني، وتجد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العام، فهي ثابتة للإدارة حتى لو لم ينص عليها العقد، وهنا يبرز الفرق الواضح بين العقد الإداري والعقد المدني، فهذا الأخير لا يخول سلطة المتعاقد إلا إذا تم النص عليها في العقد أو أقرها القانون، بينما العقد الإداري يخول للإدارة الإشراف والتوجيه وإن لم ينص عليه في العقد، بحكم أن الإدارة العامة هي المسؤولة عن حماية وتحقيق الصالح العام⁴، لذا كان من المقرر أن يكون لها الحق في الإشراف على المتعاقد معها

¹ محمد سليمان مطاوي، المرجع السابق، ص 275.

² بلعرج رشيدة، سلطات الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، سنة 2020، ص 61.

³ محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق، ص 89.

⁴ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 73.

ومراقبته وتوجيهه، حتى لا يحيد عن تحقيق الصالح العام، أو ينحرف لتغليب مصالحه الخاصة¹.

وبما أن طبيعة السلطة الإمتيازية للإدارة ، تفرض على المصلحة المتعاقدة سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية، لذا سيتم التطرق في هذا المطلب إلى مايلي : مفهوم سلطة الرقابة والإشراف وأساسها القانوني (الفرع الأول) ، ثم نطاقها وضوابطها (الفرع الثاني) ، وأخيراً مظاهر سلطة الرقابة والإشراف (الفرع الثالث).

الفرع الأول : مفهوم سلطة الرقابة والإشراف وأساسها القانوني

تتميز الصفقات العمومية بإتصالها بالمرافق العامة، وقيامها على سد احتياجاتها بما يكفل أدائها لوظائفها، لضمان تحقيق المصلحة العامة، الأمر الذي يخول للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه و الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية بإصدار الأوامر و التعليمات اللازمة لضمان حسن التنفيذ ، و تحقيق الأهداف المرجوة عن طريق إرسال الأشخاص المؤهلين لمتابعة التنفيذ.

1/ مفهوم سلطة الرقابة والإشراف في تنفيذ العقود الإدارية

يقصد بسلطة التوجيه والإشراف حق الإدارة في التدخل من أجل تنفيذ العقد وتوجيه الأعمال وكذا اختيار طريقة التنفيذ ضمن الكيفيات والشروط المتفق عليها²، حيث أن الإدارة تتدخل وفق هذا المفهوم في تحديد أوضاع وطرق معينة للتنفيذ، بموجب أوامر وتعليمات في الحالات غير المنصوص عليها في العقد، كما أن هذا التوجيه يجب أن يقتصر على تنفيذ العقد³.

إن سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف ، لا تقتصر على مجرد التأكد من قيام المتعاقد معها بتنفيذ الصفقة وفق الشروط المتفق عليها(المفهوم الضيق لها) ،فهي بهذا تتعدى الى ما

¹ محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ، ص90.

² عمار بوضياف ، نفس المرجع ، ص 202.

³ سليمان محمد مطاوي ، المرجع السابق ، ص 433.

يسمح لها بان تتدخل في التنفيذ، كما لها أن توجه كما تشاء وفق المصلحة العامة ،ولها الى جانب ذلك المطالبة بتغيير طريقة التنفيذ واختيار أفضل الطرق التي تراها مناسبة لحسن سير الصفقات محل التعاقد ، مع التأكد أن المتعامل المتعاقد قادر على تنفيذ الصفقة وكذا قدرات المتعهدين والمترشحين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض.¹

تعتبر السلطة الرقابية المخولة لجهة المصلحة المتعاقدة، من السلطات التي لا تعرفها عقود القانون الخاص ، و هي سلطة تمليها طبيعة العقود الإدارية و متطلبات المصلحة العامة للمرفق ، ومن ثم فهي سلطة مفترضة تتمتع بها الإدارة سواء نص عليها في العقود أم لم ينص ، فالرقابة لو اقتضت على حق الإشراف فإنها تصبح سلطة عادية و مألوفة ولا يثير استعمالها إشكالات أو نزاعات بين الإدارة و المتعاقد معها ، لذا فلا بد لهذه السلطة أن تمتد إلى حد توجيه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد ، مع ما ينطوي ذلك من تحميله لأعباء إضافية غير منصوص عليها سلفا في العقد،² ومن منطلق هذه الفكرة يتضح أنه هناك صورتان لممارسة هذا الحق، في الأول تبدو الإدارة كأى طرف في علاقة تعاقدية لها الحق في مراقبة تنفيذ الطرف الآخر الالتزامات المنصوص عليها في العقد، وفي الصورة الثانية تظهر بمظهر السلطة المميزة لعلاقات القانون العام، فتقوم بإصدار أوامر ملزمة للمتعاقد معها لتنفيذ التزاماته وفق بنود العقد.³

ولتذكير، فإن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد مهما اتسع مداها فإنها ليست سلطة مطلقة ، بل تقيدتها بعض القيود لتوفير الضمانات للمتعاقد مع الإدارة ضد تعسفها في استخدام هذه السلطة.

¹أنظر المادة 53 و54 من المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر ، حيث تضمنتا : أنه على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمترشحين التقنية والمالية والمهنية قبل القيام بتقييم العروض التقنية....."
²أزرايب نبيل، المرجع السابق ، ص69.
³طبيش حسنية ، المرجع السابق ، ص40.

2/ الأساس القانوني لسلطة الرقابة والإشراف

لتحديد الأساس القانوني لسلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية يجب الوقوف على هاته الركائز، فهذا يستدعي البحث عن مصدر هاته السلطة ففي بعض الأحيان ينص صراحة في العقد على سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة (أ)، وأحيانا تستمد هذه السلطة من القوانين والتشريعات (ب)، أما في غياب النصوص فإنها تجد أساسها في مقتضيات المرفق العام (ج).

أ/ الأساس التعاقدى لسلطة الرقابة

يتجسد هذا الأساس من خلال العقود الإدارية أو دفاتر الشروط، الذي يتضمن نصوصا تبين كيفية ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه، والطرق والوسائل المتبعة لتحقيق هذه الرقابة كذلك قد تبين بعض القوانين واللوائح المتعلقة بأنواع معينة من العقود¹، وعليه يتأكد أن سلطة الرقابة تجد أساسها في فكرة العقد، فالإدارة عندما تتعاقد مع الأشخاص لا تتخلى عن مسؤوليتها للتعاقد معها، فغالبا ما تشترط الإدارة ضمن نصوص عقودها الإدارية أو ضمن دفاتر الشروط العامة والخاصة التي تحيل عليها حقها في إصدار القرارات التنفيذية، التي تخضع تنفيذ العقد لتوجيهها، و تراقب المتعاقد في تنفيذ التزاماته.²

ب/ الأساس القانوني والتشريعي لسلطة الرقابة

إضافة الى الأساس التعاقدى الذي تقوم عليه هذه السلطة، فإنها تجد أساسها القانوني أيضا في التشريعات المتعلقة بالعقود الإدارية كتشريع الصفقات العمومية، باعتبارها أحد أهم أنواع العقود الإدارية المحددة بنص القانون. ومن المواد التي كرست سلطة الرقابة على الصفقات العمومية ما جاء في نص المادة

¹ناصر لباد، المرجع السابق، ص 231.

²مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2002، ص

156 من المرسوم الرئاسي 15-247، على أنه: "تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده"، أما الفقرة الثانية فنصت على: "تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة وصائية"¹، حيث تمارس على الصفقات العمومية مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها في حدود معينة، دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها.

ج/المرفق العام كأساس لسلطة الرقابة

قد لا يرد نص في الصفقات العمومية أو دفاتر الشروط أو القوانين بشأن ممارسة الرقابة على تنفيذ الصفقة، و لكن للمصلحة المتعاقدة حق مراقبة التنفيذ، حتى إذا لم ينص على ذلك في العقد أو في القوانين و التنظيمات، بل حتى إذا نص على ما يخالفها، و ذلك لأن الرقابة لا تجد أساسها القانوني في النصوص التعاقدية أو القانونية، وإنما تستمد الرقابة أساسها من فكرة "المرفق العام" ذلك أن الإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرفق العام، و الكفيلة بحسن سيره حتى إذا لم تتول بنفسها توفير الحاجات و تقديم الخدمات التي يتطلبها المرفق، و تقتضي وظيفتها هذه أن تشرف و أن توجه النشاط الفردي حين يسهم المرفق العام.

ويؤيد هذا معظم فقهاء القانون الإداري ومن بينهم :

1/ الأستاذ " سليمان محمد الطماوي" بقوله : الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الدولة في الرقابة، ذلك أن المرفق العام ما هو إلا هيئة أو مشروع يعمل باطراد و انتظام لسد حاجات الجمهور، وحق الرقابة يظل موجودا طالما وجد المرفق العام².

2/ أما الأستاذ " ناصر لباد" والذي يعتبر أيضا من مؤيدي فكرة المرفق العام كأساس لسلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية حيث: " تمارس الإدارة سلطة

¹ أنظر المادة 156 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

² سليمان محمد مطاوي، المرجع السابق، 450.

الرقابة و توجيه تعليمات للمتعاقد معها في حالة عدم وجود بند صريح في العقد ينص على ذلك ، لأن هذه السلطة تجد أساسها في مفهوم المرفق العمومي الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف¹.

ومن خلال ما تم التطرق له في الفقرات المذكورة أعلاه ، يمكن اعتبار أن سلطة الإشراف و الرقابة من النظام العام ، و لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة المتعاقدة²، و لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة إذ أن الإدارة تلتزم بعدم التعسف في استخدامها لتلك السلطة لتحقيق أغراض أخرى ، ومن جانب آخر يجب أن لا تؤدي الرقابة و التوجيه إلى حد تغيير طبيعة العقد³.

الفرع الثاني : نطاق وضوابط سلطة الرقابة والإشراف في تنفيذ العقود الإدارية

سنحاول من خلال هذا الفرع التعرض لنطاق ممارسة سلطة الرقابة والإشراف(أولاً)، ثم الضوابط التي ترد على ممارسة هذه السلطة (ثانياً).

أولاً: نطاق ممارسة سلطة الرقابة والإشراف

تعتبر ممارسة هذه السلطة حق ثابت ومقرر للإدارة بالنسبة لكافة العقود الإدارية على مختلف أنواعها، لأنه حق متعلق بالنظام العام، موجود وقائم، سواء تضمن العقد النص عليه أو جاء خلواً منه، بل وحتى لو تنازلت الإدارة عن هذا الحق صراحة في العقد، فإن التنازل يكون باطلاً، ويبقى الحق قائماً، متى ولم يرد ذكره في شروط العقد صراحة كما رأينا سابقاً، إلا أن ممارسة هذا الحق أو هذه السلطة تختلف من عقد إداري لآخر⁴.

¹ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري (التنظيم الإداري النشاط الإداري)، لباد للنشر، الجزائر، سنة 2006 ،ص284 .

²محمد الضغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 76.

³عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 198.

⁴محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ، ص91.

وعليه سيتم التطرق إلى نطاق واسع لهذه السلطة في عقود إدارية كعقد الأشغال العامة (أ) ، ونطاق أضيق لهذه السلطة كعقد التوريد(ب)، وذلك على النحو التالي:

أ/ عقود الأشغال العامة

نظرا للطبيعة الخاصة لعقد الأشغال العامة، فهو يعتبر الصورة الأبرز لسلطة الرقابة التي تتمتع بها الإدارة، حيث تتسع سلطة هذه الأخيرة عند مباشرة حقها في الرقابة والإشراف في عقد الأشغال العامة بطريقة ملحوظة¹، فدور المقاول في عقد الأشغال العامة مجرد منفذ الالتزامات التي تفرضها عليه الإدارة بصفتها صاحبة المشروع، وبالتالي فإنه يتضمن شروطاً استثنائية مفترضة تضمن للإدارة فرض سلطتها على جميع أعمال هذا العقد من رقابة متضمنة الإشراف والتوجيه في جميع مراحل إنجاز العقد².

كما يمكن للجهة الإدارية تعيين مندوبين فنيين وتقنيين من طرفها، ليتابع تنفيذ عقد الأشغال العامة، وزيارة موقع العمل والتأكد من سيرورة العمل فيه، وفقا للمدى الزمني المحدد، ووفقا للمواصفات المذكورة في العقد وإصدار الأوامر المناسبة في هذا المجال³.

وللإشارة فإن غالب العقود، يتم فيها تحديد مراحل لعملية تنفيذ الأشغال العامة، حيث يتم الاستلام والتسليم في كل مرحلة بحضور مندوبي الإدارة الفنيين، ويكون هناك مواعيد محددة يجب الالتزام بها من قبل المقاول المتعاقد معه، وفي حال مخالفته تفرض الغرامات التأخيرية وغيرها من الجزاءات المنصوص عليها في العقد.

¹ أعمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 146.

² بلعرج رشيدة، المرجع السابق ، ص 63.

³ محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 86.

ب/ عقد امتياز المرافق العامة

تمارس الإدارة رقابتها عن طريق الإشراف للتأكد من سير عملية الأشغال بانتظام و إطراد، دون أن تتضمن توجيهات أو تدخلات في إدارة المرفق ، لذا فإن تعاقد الإدارة مع أحد الأشخاص لتسيير وإدارة المرافق العامة عن طريق عقد الامتياز لا يعني تخليها عن المرفق ومسؤولياتها تجاه الجمهور، وعليه فإن طبيعة المرفق العام تجعل حق الرقابة والإشراف والتوجيه واجبا على الإدارة للتحقق من تقديم المرفق العام خدماته المنتفعين على أكمل وجه وفي الغالب تتضمن بنود العقد الخاصة حق الإدارة بالرقابة والإشراف والتوجيه¹.

وللإشارة فإن النصوص التنظيمية هي التي تحدد حق الرقابة الممنوح للإدارة، على خلاف النصوص التعاقدية، فحق الإدارة مستمد من طبيعة المرفق العام ولو لم ينص عليه العقد، وبالتالي لا يجوز التنازل عنه، حيث تمارس الرقابة على عقود الامتياز بإحدى الصور الآتية:

1/ الرقابة الفنية

وهي الرقابة التي تمارسها جهة الإدارة للتأكد من قيام الجهة المتعاقد معها بشأن المرفق العام ومدى التزامه باستغلال المرفق وفق بنود العقد وشروطه الفنية².

2/ الرقابة المالية:

وتتمثل في حق الإدارة في التفتيش، و الاطلاع على حسابات الملتزم الخاصة باستغلال المرفق العام محل الامتياز، حيث أن المتعاقد في عقود الامتياز ملزم بالاحتفاظ بالدفاتر المحاسبية بشكل منتظم وفق القواعد المحاسبية المعمول بها، وهذه الرقابة قد تكون سابقة من خلال مراجعة ميزانية الملتزم وعقوده مع الغير أو لاحقه من خلال مراجعة كشوف الحساب والتتبيه على كل ما يضر المصالح المالية للدولة³.

¹ طيبش حسبية ، المرجع السابق ، ص47.

² سليمان الطماوي ، مرجع سابق، ص471

³ محمد الضغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 125.

3/ الرقابة الإدارية

هي تلك الإجراءات الذي تقوم بها الإدارة بواسطة ممثليها ومندوبيها للتأكد من سير المرفق العام بانتظام، كما يمنحها القانون الحق في المشاركة في القرارات الداخلية المنظمة لسير المرفق، ولهذا الغرض فإن الإدارة تقوم بتعيين مندوب لتمثيلها في اجتماعات مجلس الإدارة مع إعطائه حق الاعتراض والتصويت، أو أن تعين مسؤول للمنشأة أو بعض أعضاء مجلس إدارة المرفق¹.

ج/ عقد التوريد

في عقود اقتناء اللوازم يكون حق الإدارة في الرقابة أقل فعالية، وقد تكون لا حقة على تنفيذ العقد عند تسليم اللوازم، وهذا نظرا لطبيعة العقد الذي تكون فيه العلاقة بين الإلتزام بتوريد المنقولات وسير المرفق العام بانتظام علاقة ضعيفة الصلة، فإن الأصل أن يختار المتعاقد مع جهة الإدارة الطريقة المناسبة في التنفيذ ما لم ينص العقد على خلاف ذلك².

ثانيا: ضوابط سلطة الرقابة والإشراف في تنفيذ العقود الإدارية

من خلال ما تمت الإشارة له سابقا، نجد أن المشرع قد خول للإدارة الحق في مباشرة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، إلا أن هذه السلطة ليست سلطة مطلقة وبلا حدود ولا ضوابط، فالمقرر أن هذا الحق مقرر ومفروض لتحقيق أغراض معينة، ومن ثم فلا يجوز للإدارة الخروج عن هذا الهدف، ومن المتفق عليه، أن غرض العقد وموضوعه يشكلان الإطار الضابط لحق الإشراف والرقابة والتوجيه، فلا يجوز للإدارة ممارسة هذا الحق إلا داخل هذا الإطار، فإن خرجت كان عملها غير مشروع³.

إن استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية يخضع لضابطين ضابط عام (أ)، وضابط خاص (ب):

¹ محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق، ص 92.

² سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 472.

³ محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق، ص 91.

أ/ الضوابط العامة

ويتمثل هذا الضابط في ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة ، و أن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية ، أي أن تكون في الحدود التي يسمح بها القانون كما يلي:

- أن تهدف هذه السلطة إلى تحقيق المصلحة العامة بصفة عامة، فإن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطاتها خاصة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية يجب أن تكون بدافع تحقيق المصلحة العامة¹.

- يجب أن يكون استعمال هذه السلطة بدافع تحقيق مصلحة المرفق ،الذي لأجله أبرمت الصفقة ، من خلال أداء العمل المنوط بالمقاول في صفقة الأشغال العامة على نحو ما ينبغي ، أو مطابقة الأصناف المورد للعينات المعتمدة في صفقات التوريد².

- لا يجب أن تكون سلطة الرقابة والتوجيه مدعاة للإدارة لمخالفة القوانين والتنظيمات المنظمة لقراراتها التعاقدية، وعلى هذا فإنه وإن تقرر للإدارة حق اختيار طريقة معينة للتنفيذ وإجبار المتعاقد عليه إلا إنها ملزمة بإتباع الإجراءات والضوابط المقررة قانونا وتنظيما ، وبالتالي يجب أن تكون القرارات صادرة عن سلطة مختصة وفق الإجراءات الشكلية المحددة له، وإلا كانت عرضة لمنازعة المتعاقد على شرعية هذه القرارات³.

- وجوب إخضاع هاته القرارات لما تخضع له القرارات الإدارية على العموم، وكذا ضرورة صدورها في حدود قواعد المشروعية ووفقا للإجراءات والأشكال المنصوص عليها التي يتطلبها القانون لتحقيق المصلحة العامة(تطبيقا للمبدأ العام للمشروعية)⁴.

¹مازن ليلو راضي، المرجع السابق ، ص 101.

²محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق ، ص 92

³أزرايب نبيل، المرجع السابق ، ص 75.

⁴سليمان الطماوي، المرجع السابق ، ص 396.

ب/ الضوابط الخاصة

ويتعلق هذا الضابط بالعقد الإداري موضوع الرقابة، حيث يتعين ألا يترتب على استعمال الإدارة لهذا الحق تعديل شروطه و طبيعته، وعلية وفق هذا الضابط فإنه :

- لا يستوجب على الإدارة ان تحقق لنفسها تعديل شروط العقد وطبيعته ، فلا تؤدي ممارسة الرقابة الى تغيير مضمون وطبيعة الصفقة ، حيث تمتد سلطة الرقابة بمعناها الواسع الى توجيه أعمال تنفيذ العقد عن طريق اختيار، و تحديد وسائل وطرق التنفيذ في العقد، أما إذا نص العقد على إستعمال موارد أو اتباع طرق محددة في التنفيذ وتدخل الإدارة بتوجيه التنفيذ على خلاف ما هو متفق في العقد¹.
- إن سلطة الإدارة في الرقابة بمعناها المزدوج "الإشراف والتوجيه"، سواء كانت مستمدة من القوانين أو نصوص العقد، أو دفا تر الشروط أو كانت قائمة بذاتها، كسلطة أصلية خارج نصوص العقد لها نطاق معين، حيث يمثل هذا النطاق الحد الفاصل بين سلطة الرقابة بمعنى التوجيه وبين سلطة تعديل نصوص العقد، فإذا تجاوزت الإدارة في رقابتها هذا النطاق، فإنها تكون قد باشرت سلطة تعديل شروط العقد لا سلطة الرقابة على تنفيذ².

الفرع الثالث : مظاهر سلطة الرقابة والإشراف

إذا كان للإدارة أن تمارس الرقابة على تنفيذ العقد الإداري حتى في حالة عدم وجود نصوص قانونية أو تعاقدية تنظمها، فإن تحديد مدى سلطة الرقابة في هذه الحالة يكون من الأمور الصعبة، فسلطة الإشراف والتوجيه تبرز أكثر ، و يتسع مجالها و مداها في عقود الأشغال العامة ، وهذا بالنظر لطابعها الخاص كونها تكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة³، أما في عقود التوريد فإن حق الإدارة في الرقابة يكون أضعف، ومع أن المسلم به أن الأصل في

¹ عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 201.

² طيبش حسينة، المرجع السابق ، ص 50.

³ أزرايب نبيل، المرجع السابق ، ص 76.

هذا النوع من العقود حرية المتعاقد في اختيار أسلوب التنفيذ، مما يبرر تنوع مظاهر الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية بحسب نوع و طبيعة الصفقة¹.

المطلب الثاني

سلطات الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري

من المبادئ والأحكام القانون العام المطبقة على العقد الإداري أثناء عملية التنفيذ ، هو مبدأ تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة، وهو ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني وغيره من العقود القانون الخاص، فلإدارة سلطة ممارسة هذا الحق دون الحاجة الى نص يقرها صراحة ، وهاته السلطة مستمدة من مبادئ القانون العام ذاته وكذا الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، فسلطة تعديل الصفقة تعد من امتيازات الإدارة لأنها تخرج بذلك عن قواعد القانون الخاص .

وتعد سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد أثناء تنفيذه، من أهم وأخطر مظاهر استخدام السلطة العامة في مجال العقود الإدارية، وهو ما قد يؤدي إلى التأثير على المركز التعاقدى للمتعاقد بسبب التعديلات الواردة على مضمون العقد الإداري محل التنفيذ، مستندة في ذلك على القانون والطبيعة الخاصة للعقد الإداري وتجسيدا للشروط الاستثنائية التي يتضمنها، أو التلازم بين فكرة تعديل العقد الإداري ومقتضيات المصلحة العامة، أو ضرورات المرفق العام وحاجاته، أو ضمان استمرارية المرفق العام وقابليته للتغيير بما يتماشى مع حاجات الأفراد أو استجابة للتطورات التي يشهدها مناخ عمل المرفق العام².

يثير هذا الموضوع من الناحية الواقعية العديد من المشاكل والمنازعات الناشئة عن استخدام الإدارة لامتيازاتها التعاقدية في التعديل الانفرادي للعقد أثناء تنفيذه، والتساؤل عن ماهية سلطة التعديل؟ و الأساس الذي تستند عليه الإدارة لممارسة هذه السلطة في التعديل

¹ سليمان الطماوي، المرجع السابق ، ص 447.

² خالد بلجيلالي ، إشكالية الموازنة بين سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري وحماية المركز التعاقدى للمتعاقد، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، العدد الأول ، مارس 2012، ص169.

الإنفرادي للعقد الإداري؟ (الفرع الأول) ، وماهي الضوابط التي تحكم هذه السلطة ؟ (الفرع الثاني) ، وفيما تتمثل الآليات التي يُعتمد عليها في سلطة التعديل ؟ (الفرع الثالث).

الفرع الأول : سلطة تعديل العقد الإداري والأساس الذي تقوم عليه

سيتم التطرق في هذا الفرع ، الى تعريف سلطة تعديل العقد الإداري (أولا) ، والأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة (ثانيا).

1/ تعريف سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري أثناء تنفيذه

تقوم سلطة الإدارة في التعديل على أساس قدرتها القانونية لإدراج تعديلات على العقد الإداري أثناء تنفيذه، بحيث تعد هذه السلطة من أهم وأخطر مظاهر استخدام الإدارة لامتيازات السلطة العامة في مجال العقود الإدارية لمواجهة المتعاقد، باعتبار أن الإدارة كونها القائمة على إدارة وتسيير ونشاط المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة كان من الطبيعي أن تتمتع بسلطة التعديل كلما اقتضت مصلحتها ذلك دون أن يكون للمتعاقد حق الاعتراض والتمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في العقد المدني، وهو أمر يمكن تبريره إما بطبيعة العقد الإداري أو متطلبات المصلحة العامة أو ضمان استمرارية المرفق العام¹.

وفي التعريف القانوني لهذه السلطة ، تناول المشرع الجزائري سلطة التعديل في قوانين الصفقات العمومية الصادرة منذ الاستقلال الى يومنا هذا و قد تناولها بصورة مختلفة و آخر التعريفات ما جاء به المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث أولى المشرع بالغ الاهتمام بأمر "الملحق" في الصفقة العمومية فخصص له القسم الخامس من الفصل الرابع، المادة 135 التي تنص على حق الادارة في إبرام الملاحق ولكن في إطار أحكام المرسوم²، و المادة 136 منه بتعريف للملاحق بقولها:

¹خالد بلجيلالي ، المرجع السابق ، ص 170.

²تنص المادة 135 من المرسوم 15-247: " يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ الى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم".

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

أما من الناحية الفقهية ، نجد أن غالبية الفقهاء من القانون العام، تؤكد الرأي الأكثر تعمقا في الفقه، و أن للإدارة الحق في تعديل شروط العقد، ذلك أن هذا الحق الممنوح في تعديل العقد مستقل عن النص الوارد بخصوصه، بل إن هاته السلطة مقررة للمصلحة المتعاقدة حتى في حالة عدم النص عليها في العقد أو دفتر الشروط .

وقد أكد الأستاذ : " أحمد محيو " أن حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد وتحقيق المنفعة العامة، هو الغاية الوحيدة التي تستعمل الإدارة من أجلها السلطة التعديل الانفرادي، ومن الصعب جدا إنكار وجود سلطة التعديل بصفة انفرادية ، كما شدد على ضرورة ضبط كيفية ممارسة هذه السلطة غير المألوفة في القانون الخاص وذلك دون تعسف الإدارة وعلى هذا الأساس اقتضت المصلحة العامة ممارسة هذه السلطة التي تضمن تحقيق المنفعة العامة¹.

2/ الأساس القانوني لسلطة تعديل شروط العقد الإداري

إن تحديد أساس سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري أثناء تنفيذه يستلزم الوقوف على أهم المعايير الفقهية التي تناولت بالدراسة سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، ومن أهم هاته المعايير ، معيار السلطة العامة (أ) ، معيار فكرة المرفق العام (ب) .

أ/ السلطة العامة كأساس قانوني لحق التعديل

يرى أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة يستند على معيار السلطة العامة وفكرة تحقيق الصالح العام لتلبية الحاجات العامة للأفراد المتغيرة باستمرار، ذلك بأن سلطة التعديل الانفرادي تعد من أهم مظاهر استخدام الإدارة لامتيازاتها في مجال العقود الإدارية، بالشكل الذي يمنح للإدارة امتيازاً تنظيمياً وسلطة استثنائية لمواجهة المتعاقد معها وكذا سلطة التعديل التي تمس كافة بنود العقد الإداري بغرض ضمان

¹ أحمد محيو ، المرجع السابق ، ص 389.

تنفيذ العقد بما يتناسب مع طبيعة عمل المرفق العام والمتغيرات التي يعمل في إطارها لتحقيق المصلحة العامة¹.

إن اعتماد أعمال السلطة العامة كأساس لحق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقود الإدارية يؤدي إلى أن الإدارة في هذه الحالة لا تستخدم امتيازاً تعاقدياً وإنما تستعمل حقاً مقروراً باعتبارها سلطة عامة، وبذلك يتم الخلط بين الوسيلة والغاية التي تبتغيها الإدارة من العقود الإدارية فالسلطة العامة للإدارة هي الوسيلة التي تعتمد عليها الإدارة في سبيل تحقيق الغاية الأساسية من عمل الإدارة وهي تحقيق المصلحة العامة، وتسيير المرافق العامة².

وعلى سبيل النقد، يؤخذ على هذا الرأي بأنه غير دقيق من طرف بعض الفقهاء، باعتبار أن الإدارة على الرغم من الاعتراف لها بسلطة التدخل لتعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، إلا أن سلطتها في التعديل مقيدة وليست مطلقة تبررها مقتضيات المصلحة العامة أو تفرضها متطلبات تسيير وتنظيم المرافق العامة، وأن الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة بالتعديل الانفرادي دون ضوابط أو قيود من شأنه أن يفرغ العقد الأصلي من جوهره³.

ب/ متطلبات المرفق العام كأساس قانوني لحق التعديل

يتجه أصحاب هذا الرأي إلى التأكيد على التلازم بين سلطات الإدارة وفكرة المرفق العام وحاجاته، وأن أساس سلطة الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة إنما يستند على متطلبات المرفق العام المتغيرة باستمرار واضطراد وفكرة تحقيق المصلحة العامة، سواء تضمن العقد ذلك أم لا، باعتبار أن الإدارة مسؤولة على تنظيم وتسيير المرافق العامة وضمان استمراريتها، بما يمنح لها سلطة التدخل وإدراج تعديلات على العقد الأصلي بما يتماشى مع المتغيرات

¹ خالد بلجيلالي، المرجع السابق، ص 172.

² طيبش حسبية، المرجع السابق، ص 55.

³ الطماوي محمد سليمان، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، القاهرة: دار الفكر العربي، سنة 1979، ص 213.

والمستجدات التي يشهدها مناخ عمل المرفق العام¹، وعلى هذا الأساس يرى الأستاذ "دي لوبادير" أن قيام الإدارة بتعديل عقودها الإدارية لا يمكن أن يؤسس إلا على مستلزمات المرافق العامة والتغييرات التي تحدث في حاجات المرفق أو احتياجات الجمهور نفسه، ويؤيد أغلب الفقه الفرنسي هذا الاتجاه.

كما يتبنى أيضا الفقه المصري، هذه الفكرة حيث يؤسس سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري على مقتضيات المرفق العام القابلة دائما للتغيير، وعلى الإدارة أن تسارع إلى الملائمة بين مقتضيات الحاجات المتجددة التي يشبعها المرفق بواسطة العقد الإداري و يؤكد الدكتور سليمان الطماوي على أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري إنما تقوم على احتياجات المرافق، فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، و لكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري².

الفرع الثاني : ضوابط ممارسة سلطة تعديل شروط العقد الإداري

بما أن الإدارة العامة تتمتع بسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري، في سبيل سير المرافق العامة بانتظام وإطراد وتحقيقا للمصلحة العامة، فإن هذه السلطة أدت إلى خرق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن سلطتها هذه ليست مطلقة، وإنما تخضع لمجموعة من القيود، يترتب على مخالفتها من قبل الإدارة حق المتعاقد معها في اللجوء إلى القضاء المختص للطعن بقرار الإدارة، ومن ثم الحصول على التعويض أو إلغاء التعديل، أو فسخ العقد، بحسب المخالفة التي أقدمت عليها الإدارة عند التعديل³، وعليه يطرح التساؤل التالي : ماهي الضوابط التي تحكم التعديل الانفرادي للعقد الإداري؟ والتفصيل فيها يكون على النحو التالي :

¹علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، سنة 2012، ص 304.

²سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 464.

³عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 206.

أولاً: أن تطراً مستجدات بعد إبرام الصفقة

يؤكد الأستاذ سليمان الطماوي ذلك بقوله : "إن الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل هي أنها مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة، بحكم قابلية المرفق العام للتغيير في كل وقت متى ثبت التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين، وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة، سواء كانت الإدارة مخطئة أو غير مخطئة في تقديراتها ، فإنه يجب أن تمكنها من تنظيم المرافق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن ، لأننا لسنا بصدد عقاب الإدارة على خطئها ،ولكن بصدد أعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العام".¹

لذا يكمن القول أنه إذا ارتبط تعديل العقد في جوهره، بظروف ومستجدات بعد إبرام الصفقة، فيمكن في هذه الحالة تعديل بعض الشروط الأصلية للصفقة، والتي تعرقل إمكانية مسايرتها للواقع، إذن هو تمكين الصفقة من تحقيق ما كانت تهدف إليه منذ إبرامها ، وهو تحقيق النفع العام .

ثانياً: صدور قرار التعديل في حدود المبدأ العام للمشروعية الإدارية

تصدر الإدارة في مرحلة تعديل صفقة ما، قراراً إدارياً تعلن بموجبه عن نيتها في تعديل الصفقة المبرمة، شريطة توفر كل أركان القرار الإداري ليكون مشروعاً²، أي أنه يجب أن يتوافق هذا التعديل مع مبدأ المشروعية، و أن الإدارة تستند في هذا الحق على القوانين والتشريعات المنظمة للعقود الإدارية، مع وجوب أن يصدر هذا التعديل عن جهة إدارية صاحبة إختصاص، وإلا جاز للمتعاقد اللجوء للقضاء لإبطال العقد ، وأن يستهدف هذا التعديل تحقيق الصالح العام، ولا شك في أن قرار التعديل الذي يخالف عناصر الشرعية المشار إليها، هو قرار باطل، مستوجب الإلغاء.³

¹ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 457 .

² عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 205 .

³ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، (د ط)، دار الجامعة للنشر: الإسكندرية، سنة 2005 ، ص 547 .

ثالثا: اقتصار التعديل على الشروط المتصلة بموضوع العقد

منطقيا يقتصر حق الإدارة في التعديل على الشروط و الالتزامات المتصلة بموضوع الصفقة ، أي أن يكون التعديل راجعا لظروف قد استجدت بعد إبرامه، حيث تستطيع الإدارة أن تستعمل سلطتها في التعديل الانفرادي إذا كانت الظروف التي كانت قائمة وقت إبرام العقد قد تغيرت، وذلك لكي تتحقق مصلحة المرفق العام في ضوء هذه الظروف الجديدة، ومن ثمة لا يجوز لها أن تفرض على المتعاقد معها التزامات خارج نطاق موضوع الصفقة¹.

ربعا: اقتصار التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق

إن الهدف الذي تسعى إليه سلطة التعديل، هو إشباع حاجات المرفق العام، وعلى هذا الأساس ثم تحديد نطاق التعديل ، فيجب اقتصار التعديل على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام، فالشروط التي يتضمنها العقد تنقسم الى شروط تنظيمية وشروط تعاقدية، فيجوز للإدارة تعديل الشروط التنظيمية كلما كان ذلك ملزما لمصلحة المرفق بغير توقف على رضا المتعاقد مع الإدارة، على خلاف الشروط التعاقدية التي لا تعدل إلا بإرادة طرفي العقد².
أما بخصوص الشروط التعاقدية فإنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة تعديلها، لأنها لا تؤثر على حسن سير المرفق العام ، لأنها تخص المزايا والضمانات المالية التي دفعت المتعاقد الى التعاقد مع الإدارة.

الفرع الثالث :آليات ممارسة لسلطة تعديل شروط العقد الإداري

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن المشرع الجزائري إعتبر للمصلحة المتعاقدة بسلطة تعديل شروط الصفقة عن طريق تقنية الملحق ، بموجب المواد 135 -139 من القسم الخامس³.

¹الطماوي محمد سليمان، المرجع السابق ، ص 251.

²علاء الدين عشي، المرجع السابق ، ص 226.

³أنظر المواد من 135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المرجع السابق..

وباستقراء هذه النصوص السالفة الذكر، تم التطرق لأهم التفاصيل التي بسطها المشرع على هذه الآلية و الشروط التي قيد بها المصلحة المتعاقدة لكي لا تتعسف تجاه المتعامل معها و هو ما سيتم تفصيله على النحو التالي:

أولا/ الملحق

عرف المشرع الجزائري هذه الوثيقة من خلال المادة 136 على النحو التالي: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة"¹.
وعليه يعتبر الملحق بمثابة إتفاق إضافي وثيق الصلة بالصفقة العمومية الأصلية، حيث يعرف من خلاله مجال الزيادة أو النقصان الواردة على الصفقة²، كما يعطي خدمات تكميلية تدخل في موضوع الصفقة³.

ثانيا/ شروط ممارسة الملحق:

يستدعي تعديل شروط الصفقة عن طريق الملحق توافر عدة شروط أهمها:

1/ الكتابة

فعنصر الكتابة أمر لازم حال ممارسة الإدارة التعديل كون المشرع عبر عنها بعبارة "الملحق وثيقة" و الوثيقة وجب أن تكون مكتوبة ليتسنى للمتعاقد معرفة الالتزامات الجديدة ومجالها.⁴

¹المادة 136 من المرسوم 15-247، المرجع السابق.

²عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 210.

³وهو ما أشارت إليه المادة 136 في فقرتها الثالثة بقولها "ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق خدمات تكميلية تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي."

⁴عمار بوضياف، المرجع السابق، نفس الصفحة.

2/ أن يخضع الملحق لشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة:

إذ تطبق في الملحق الأسعار التعاقدية الموضوعة مسبقاً، ولكن في حالة ما إذا تعذر على الطرفين أن يطبقا الأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة، بالنسبة للخدمات التكميلية الواردة في الملحق فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة، عند الاقتضاء.¹

3/ ألا يؤثر الملحق على توازن الصفقة

مهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية في التوازن المالي للصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، وزيادة على ذلك، لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها.²

4/ خضوع الملحق كأصل عام للرقابة التي تخضع لها الصفقة الأصلية

ولكن هناك حالات لا يلزم فيها القانون بإخضاع الملحق لرقابة هيئات الخارجية القبلية إذا استوفت الشروط التالية:

- إذا كان موضوع الملحق لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وكذا أجال التعاقد وعديم الأثر المالي.³

- إذا كان مبلغ الملحق والمبلغ الاجمالي لمختلف الملاحق بالزيادة أو النقصان أو اشغال تكميلية لا يتجاوز النسبة % 10 من المبلغ الاصلي للصفقة.⁴

تخضع سلطة التعديل لرقابة القاضي الإداري في حالة حدوث نزاع بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة يخص موضوع التأكد من مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام، و التأكد من مدى علاقته بالصفقة الأصلية وبالحدود المالية المنصوص عنها تشريعاً وعلى ضوء ذلك يقدر إذا كان تعسف في ممارسة سلطة التعديل من عدمه.⁵

¹ أنظر المادة 137، من المرسوم 247-15، المرجع السابق.

² أنظر المادة 136، الفقرة 6، من المرسوم 247-15، المرجع السابق.

³ أنظر المادة 139، الفقرة 1، من المرسوم 247-15، المرجع السابق.

⁴ أنظر المادة 136، الفقرة 5، من المرسوم 247-15، المرجع السابق.

⁵ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 210.

وختاماً لهذا المطلب يمكن أن نستخلص النتائج التالية :

- أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري أثناء تنفيذه ، تعد من أهم الاستثناءات التي ترد على مبدأ الرضائية في مجال العقود الإدارية للإرتباطها بمقتضيات المصلحة العامة ومتطلبات سير المرفق العام وحاجاته العامة.
- أن الاعتراف بسلطة الإدارة في تعديل بنود العقد بالإرادة المنفردة هو أمر ضروري، إلا أنها سلطة مقيدة تمارس في إطار الضوابط والقيود التي حددها القانون لضمان عدم تعسف الإدارة تحت غطاء ضرورات ومتطلبات المرفق العام أو المصلحة العامة بغرض الإضرار والمساس بحقوق الطرف المتعاقد، وتبعاً لذلك تلزم الإدارة في هذا المجال بضرورة الموازنة بين حقها في التعديل وضرورته والحقوق المقررة للطرف المتعاقد.
- أنه يشترط لصحة التعديلات المدرجة أثناء تنفيذ العقود الإدارية من الناحية القانونية ضرورة الالتزام بمبدأ المشروعية، وإقتصار التعديل على الشروط التنظيمية للعقد الإداري وعدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد، والالتزام كذلك بموضوع الإتفاق المبرم وأن يكون التعديل جزئياً لا يؤثر على جوهر العقد، هذا فضلاً على ضرورة إرتباط التعديل بالمتغيرات والمستجدات غير المتوقعة أثناء إبرام العقد الأصلي.
- إن نطاق سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري أثناء التنفيذ تشمل أساساً التدخل للتعديل أو التسوية أو التصحيح أو الزيادة أو الإنقاص من حجم النشاطات أو الالتزامات موضوع التنفيذ، أو إحداث تغيير في أساليب أو وسائل التنفيذ المتفق عليها عند الإبرام، أو التعديل في آجال تنفيذ العقد الإداري بتمديد مدة التنفيذ أو تقليصها أو حتى وقفها بصفة مؤقتة لإعتبارات عملية أو تقنية أو فنية، دون أن يؤدي ذلك إلى التغيير في طبيعة ونوع الالتزامات أو النشاطات التي يلتزم المتعاقد بتنفيذها وفق ما تضمنه العقد الأصلي.

المبحث الثاني

سلطات الإدارة العلاجية في مرحلة تنفيذ العقد الإداري

تملك المصلحة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة والى جانب السلطة الرقابة و التعديل سلطات أخرى تمكنها من ضمان حسن سير المرفق العام، وتلجا إليها الإدارة في حالة إخلال المتعامل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية ، وتمتاز هاته السلطات بكونها تفرض من طرف المصلحة المتعاقدة في مرحلة التنفيذ تهدف في مجملها الى توقيع الجزاءات على المتعامل المخل بالتزاماته والمقصر فيها، كما يمكن لها أن تلجا الى إجراءات صارمة أخرى وهذا بهدف إرغام المتعامل المتعاقد على تنفيذ تلك الالتزامات عن طريق استعمال وسائل الضغط، التي تعتبر إجراءات مؤقتة تفرضها المصلحة العامة¹، والمقصود بها ضمان تنفيذ الصفقة وليس إنهاؤها، وقد تلجا في بعض الحالات الى فسخ أو إنهاء الصفقة وذلك لتوفر جملة من الدوافع المؤثرة في الصفقة، لذا تعد السلطة العلاجية من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها .

وبناءً على ماسبق ذكره ، سيتم التطرق في هذا المبحث إلى مايلي :

- 1/ سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات (المطلب الأول).
- 2/ سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري (المطلب الثاني).

المطلب الأول

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

تتمتع الإدارة بامتيازات السلطة العامة ،فالعقود الادارية التي تبرمها الإدارة بوصفها سلطة عامة، هو بإتباعها وسائل القانون العام بقصد تسيير وتنظيم نشاط المرافق العامة على أحسن وجه، مستهدفة المصلحة العامة ،لذلك فإن أي إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة في

¹محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 213.

تنفيذ التزاماته الناجمة عن العقد الإداري ، يعتبر بمثابة مساس بسير المرفق العام الذي يتصل به العقد الإداري، وبالتالي يترتب عن ذلك إلحاق ضرر بالمصلحة العامة، الأمر الذي يستوجب توقيع الجزاءات ،والتي تختلف في مجال تطبيقها عن الجزاءات المقررة في مجال تنفيذ العقود الإدارية، تستهدف بالدرجة الأولى ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة للالتزامات التعاقدية، بما يكفل دوام سير المرافق العامة بانتظام وإطراد¹.

إن مصدر هذه الجزاءات وتطورها القانوني هو مجلس الدولة الفرنسي، وبموجبه أصبح لنظرية الجزاءات في العقد الإداري خصائصها المشتركة وأساسها القانون الذي تقوم عليه، وهو ما تتميز به نظام الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الادارية عن نظام الجزاءات المعمول به في نطاق القانون الخاص².

وعلى هذا الأساس ، سيتم في هذا المطلب تحديد مفهوم هذه الجزاءات وخصائصها العامة(الفرع الأول) ،أنواع الجزاءات الإدارية (الفرع الثاني)، وأساسها القانوني (الفرع الثالث).

الفرع الأول : مفهوم الجزاءات الإدارية وخصائصها العامة

مراعاة للمصلحة العامة ، أقر القانون للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها، سلطة توقيع الجزاءات الإدارية، وفرضها دون اللجوء إلى القضاء ،لذا عادة ما يطرح التساؤل التالي : ماهية هذه الجزاءات؟ وفيما تتمثل الخصائص العامة ؟

1/ تعريف الجزاءات الإدارية

تعددت آراء الفقهاء في إعطاء تعريف للجزاءات الإدارية ، لذلك سيتم التطرق لمجموعة منها، حيث عرفها البعض :على أنها : " هي عقوبة تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية ، دون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء"³.

¹محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 203.

²أحمد محيو، المرجع السابق ، ص 89.

³محمد الشافعي أبو راس ،المرجع السابق ، ص93.

كم عرفها العض الآخر على أنها : "هي عبارة عن تعويض جزافي للإدارة نتيجة للأضرار التي تحملتها من جراء إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته"¹.

ومن خلال استقراء هذه التعاريف ، يمكن القول : أن الجزاء بمعناه الواسع: هو الأثر الذي يترتب على مخالفة القواعد والأحكام التي نص عليها المشرع، كما يتخذ عموما ثلاث صور في آن واحد فتكون الجزاءات الإدارية، عقوبة وتعويض جزافي للإدارة ، وفي نفس الوقت هو إجراء يهدف إلى حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته الموكلة إليه، وهو الهدف الأساسي الذي تأسست من أجله نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري.

2/ الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية:

يستمد النظام القانوني للجزاءات الإدارية ضروراته من مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، بحكم أن النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية، يتميز بطابع إستثنائي يميزه عن غيره من عقود القانون المدني، و من ثم فإن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات تتسم بجملة من الخصائص تتجلى في النقاط الآتية:

أ/ سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة.

على خلاف ما هو معمول به في القانون الخاص ، الذي يستلزم استصدار حكم قضائي على إخلال المتعاقد بتنفيذ بنود العقد، في المسائل الجزائية، فإن هذه القاعدة لا يمكن إعمالها في العقود الإدارية، لذا خول المشرع الجزائري خاصة والقانون الإداري عامة ، حق الإدارة سلطة توقيع أغلب الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته دون الحاجة للجوء إلى القضاء، ضمانا لحسن سير المرافق العامة و إنتظامها، و صونا للمصلحة العامة ، لأن اللجوء إلى القضاء يزيد في تعقيدا لإجراءات و يعطل حسن سير المرفق العام، لأنها تتطلب وقتا طويلا أو إجراءات معقدة لا تتناسب مع مقتضيات المرافق العامة التي تبرم بشأنها العقود الإدارية، مما

¹يوسف حوري ، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية، جامعة غيليزان ، منصة ASJP، ص 58.

يستدعي منح الإدارة نفسها سلطة توقيع الجزاءات¹، شرط بأن يتناسب هذا الإجراء ويتلاءم مع الخطأ المنسوب إلى المتعاقد مع جهة الإدارة.²

ب/سلطة الإدارة في فرض الجزاء دون الحاجة إلى النص عليها في العقد

في سنة 1929، إعترف مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بسلطة توقيع الجزاء على المتعاقد معها من دون نص قانوني مرعاة لمقتضيات المصلحة العامة³، وعلى أساس هذا الاعتراف المنشأ لنظرية الجزاء الإداري، استقر الفقه والقضاء على أن سلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات غير مرتبطة بنصوص العقد الإداري، وعليه فإن العقود الإدارية تنص في الغالب على الجزاءات التي يحق للإدارة توقيعها، وبما أن تلك الجزاءات غير كافية لضمان سير المرافق العامة باستمرار وإطراد حسب الفقيه "جيز"، الذي ذهب بالقول إلى أن: "الجزاء المنصوص عليها في العقد لا تعالج إلا الحالة العادية التي يكون فيها الخطأ محدودا و ليست له سوى نتائج قانونية"، لذا فللإدارة الحق في أن تفرض على المتعاقد جزاء وفق القواعد العامة دون أن تكون مقيدة بهذا الجزاء العقدي، وبالتالي فإنها تستطيع فرض الجزاء غير المنصوص عليه في العقد ولكن تكون خاضعة فيه لرقابة القضاء.⁴

ج/حق الإدارة في اختيار موعد توقيع الجزاء:

تتسم الجزاءات الإدارية بأن ميقات توقيعها يتوقف عند إرادة الإدارة، فإذا لم يوجد نص يلزم الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية في مدى زمني معين⁵، إلا أنه يقترن دائما بحالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية في أجل محددة⁶، والتي

¹ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 453.

² بلعرج رشيد، المرجع السابق، ص 79.

³ RIVERO.J, professeur émérite à l'Université Panthéon، a enseigné à la Faculté de droit de Poitiers, puis à la Faculté ، DROIT ADMINISTRATIF, PARIS ,1985.p296.

⁴ رشا محمد جعفر الهاشمي، نقلا عن د عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1975، ص 23.

⁵ بلعرج رشيد، المرجع السابق، ص 80.

⁶ نصت المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: " إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بإلتزاماته التعاقدية في أجل محددة".

تعطي للإدارة بعدها حق اختيار الوقت التي تراه مناسبة لتوقيع الجزاء وفق ما تراه محقق الضمان سير لمرفق العام.

د/خضوع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات لمجموعة من القيود

إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها ترد عليها بعض القيود، وعملا بمبدأ المشروعية، وسوف يتم تسليط الضوء على هذه الحدود فيما يلي:

د-1/ الإعدار

ألزم المشرع قانونا الإدارة بإعدار المتعاقد معها قبل تطبيق الجزاء، والذي يعتبر بمثابة التنبيه الذي توجهه الإدارة إلى المتعاقد و توضح له فيه الخلل أو التقصير، أو التأخير في تنفيذ العقد الإداري، و تأمره بضرورة الإلزام بتنفيذ العقد وفقا للقواعد القانونية المعمول بها في مدة تحددها له، تحت طائلة اتخاذ القرار القانوني المناسب له، الذي يتخذ في غالب الأحيان طابع الجزاء الإداري¹، إلا أن هذا الإعدار لا يكون في جميع الحالات ، لذا نجد أن المشرع الجزائري ألزم المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية في حالة وحيدة بضرورة إعدار المتعاقد، وهذا عند فرضها لجزاء الفسخ²، و نظرا لخطورة هذا الجزاء وما ينجر عنه من تبعات قد تضر بكلا الطرفين ، وتبعا لآثار الجسيمة المترتبة عن الفسخ فقد ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة توجيه إنذارين للمتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ ،متضمنا البيانات التالية:

- تدوين المصلحة المتعاقدة وعنوانها ، و المتعامل المتعاقد و عنوانه.
- التعيين الدقيق للصفقة و مراجعتها.
- توضيح إن كل أول أو ثاني إعدار موضوع الإعدار.
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعدار.
- العقوبات المنصوص عليها في حال رفض التنفيذ.

¹ عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة المفكر، العدد، 10 جانفي، سنة 2014، ص96
² أنظر المادة 149 ، المرجع السابق.

د-2/ خضوع الجزاءات الإدارية لرقابة القضاء

حماية لحقوق المتعامل المتعاقد إتجاه الإدارة ، أعطى المشرع الجزائري للمتعاقد ضمانات تحميه من تعسف الإدارة و مخالفتها للقانون، حيث تخضع الإدارة لرقابة القضاء التي تتجلى في أمرين أولهما توازن سلطات الإدارة في هذا المجال و ثانيهما تمثل ضمانة فعالة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون¹.

أما في حال كان توقيع الجزاء مستندا للقوانين والتنظيمات ، فإن اختصاص القضاء يكون بنظر الطعن لإلغاء قرار توقيع الجزاء، إلا في حال طلب التعويض فإنه يكون من اختصاص القضاء الكامل، إضافة لذلك فإن رقابة القضاء تمتد لمشروعية الجزاء الموقع على المتعاقد من حيث الشكل والاختصاص أو إساءة استعمال السلطة أو التعسف أو الإنحراف، كما أنها تمتد لمراقبة ملائمة توقيع الجزاء وتناسبه مع خطأ المتعاقد².

الفرع الثاني: أنواع الجزاءات الإدارية

توقف الفقه عموما عند تقسيم الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها،

إلى ثلاثة أنواع:

أ- الجزاءات المالية.

ب- الجزاءات الضاغطة.

ج- الجزاءات الفاسخة .

أ/الجزاءات المالية

إعترف المشرع للمصلحة المتعاقدة بسلطة توقيع الجزاءات المالية³ ، حيث تتشكل الجزاءات على ثلاث صور ، فقد تكون على شكل غرامة تأخيرية أو مصادرة التأمين ، أو تعويض مالي.

أ-1/الغرامة التأخيرية

¹أزرايب نبيل ، المرجع السابق ، ص102.

²محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، ط1 ، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2007، ص 156.

³أنظر المادة 147، من قسم العقوبات المالية ، المرسوم 15-247 ، المرجع السابق.

من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، نجد أن المشرع أقر للمصلحة المتعاقدة حق توقيع الغرامة¹ ، وقد ورد تعريفها عند بعض الفقهاء أنها تلك المبالغ المالية ، تقدرها الإدارة مقدما ، كجزاء يفرض على الطرف الآخر إذا تراخي أو أخل بالتزاماته التعاقدية، وترد في نصوص العقد كضمانة للإدارة².

مثال:

بخصوص التوريد ، حل ميعاد توريد الأدوات الصحية ، بينما لم يكن البناء الذي تم التعاقد على تشييده مهياً لتركيب الأدوات، لذا يتعين اعتبار إقرار الإدارة بصدق هذه الظروف والملابسات بمثابة اعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ غرامة عليه، مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير، بسبب ظروف قهرية ناتجة عن حادث خارجي يستحيل رده³.

أ-2/ مصادرة التأمين

تحرص جهة الإدارة ومنذ اللحظة الأولى لإبرام العقد على منح الصفقة للمتعاقد الكفو الذي تراه مقتدرًا ماليًا.

وطبقا لذلك، يعد جزاء مصادرة التأمين أو كفالة حسن التنفيذ كما سماها المشرع الجزائري، إحدى أبرز الجزاءات المالية التي تلجأ إليها الإدارة أثناء مخالفة المتعاقد لالتزاماته التعاقدية ، وهو أكثرها شيوعًا بعد غرامات التأخير، كما أنه من بين الجزاءات التي تتخذ طابعًا نقديًا، والتي ينظر إليها على أنها ضمانة لصالح جهة الإدارة ضد الأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقد معها أثناء مرحلة تنفيذ العقد والتي تستطيع فرضها دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي أو حدوث ضرر⁴.

¹أنظر المادة 84 الفقرة 3، و المادة 147 الفقرة 2 و3، المرجع السابق.

²محمود خلف جبوري ، المرجع السابق ، ص 158.

³محكمة الإدارية العليا المصرية، 21/9/1960، السنة 5 ، رقم 61 ، س ق 12 ، ص 1317، 1318.

⁴محمد صغير بعللي ، المرجع السابق ، ص 145.

ويُعرَّف التأمين على أنه: "ضمان لجهة الإدارة تتوقى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملاءمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره".¹

كما يعرفه البعض الآخر على أنه: "استيلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد لمصلحة الإدارة عند إبرام العقد معها ليضمن لها ملاءمته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد".²

يجد التأمين أساسه القانوني ضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد في نص المادة 124 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف ذكره، والتي جاء فيها: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها / أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة".³

أ-3/التعويض

هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلك إذا لم ينص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال، و النظام القانوني لهذه التعويضات قريب من النظام المدني لها فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض و في اشتراط ركن الضرر، و لكن النظامين يختلفان فيما يتعلق بكيفية تحصيل هذه التعويضات .⁴

1محمد سليمان مطاوي ، المرجع السابق ، ص 222.

2عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الإبرام / التنفيذ ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2004، ص 213.

3أنظر المادة 124 من المرسوم 15-247 ، المرجع السابق.

4بن عبد المالك فلوجة ، النظام القانوني لتعويض في العقود الإدارية ، مجلة دفاتر السياسية والقانون ، العدد 17، سنة 2017، ص 120.

ب/ الجزاءات الضاغطة

تعتبر الجزاءات غير المالية - الضاغطة- من الوسائل القهرية التي تلجأ إليها الجهة المتعاقدة لضمان سير المرفق العام ، فهي من الوسائل أشد قسوة من الجزاءات المالية، حيث تلجأ إليه الإدارة في حالة ما أخل المتعاقد معها بالعقد إخلالا خطيرا¹.

لذا فالجزاءات الضاغطة هي جزاءات مؤقتة لا يترتب عنها إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المخل بالتزاماته ، بل يظل مسؤولا أمام الإدارة، الى غاية تنفيذ التزاماته².

ب-1/ صور الجزاءات الضاغطة

1/ وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز

يتعلق هذا الإجراء بعقد التزام المرافق العامة ، ويتم بأن تضع جهة الإدارة المرفق موضوع العقد تحت الحراسة ، وذلك يبين حالة التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق ، حتى ولو لم يكن هناك خطأ منسوب إلى الملتزم، وهي إجراء وقتي يصدر من جانب الإدارة دون التجاء سابق إلى القضاء ، ولا يشترط توجيه إنذار للملتزم (إلا إذا نص على ذلك في العقد) لأنها لا تفرضه كجزاء على الملتزم بقدر ما تفرضه لضمان سير المرفق العام، وقيامه بسد الحاجات العامة، وللملتزم الحق في الطعن بقرار الإدارة³.

2/ سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

تقوم الإدارة في عقد الأشغال العامة بسحب العمل من المقاول المقصر في تنفيذ أعمال وتحل محله، فإما أن تنفذ الأعمال المطلوبة بنفسها على حساب المتعاقد أو أن تعهد لغيره من المقاولين بتنفيذ الأعمال محل عقد الأشغال العامة على مسؤولية وحساب المقاول المقصر⁴.

¹ هاشمي فوزية ،سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ، العدد. ، المجلد2 ،ص 381.

² عبد العزيز خليفة، المرجع السابق ، ص 218.

³ بن عبد المالك فلوجة، المرجع السابق ، ص122.

⁴ Mouloud SABRI, référence précédente, p 85.

3/الشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد

تطبق الإدارة هذا الجزاء على المورد المتعاقد معها في حال تأخير المورد أو إخلاله في توريد الكميات أو العينات المتفق عليها في عقد التوريد الإداري. والإدارة تملك هذا الحق سواء نص عليه في العقد أو لم ينص، حيث أن التأخير والإخلال من قبل المورد يؤثر على سير المرفق العام وبالتالي يجب أن تحافظ الإدارة على سيره، وفي هذا أقر المشرع المصري بحق الإدارة بشراء الأصناف المتفق عليها على حساب المورد في حال عدم قيام المورد بالتوريد في الموعد الأصلي وفق العقد الإداري¹.

ج/ الفسخ الجزائي للعقد

يعتبر الفسخ الجزائي في الصفقة العمومية أحد أبرز الجزاءات الإدارية غير المالية تستعمله المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد عندما يرتكب خطأ كبيراً أو جسيماً يخل بالتزاماته التعاقدية وذلك بعد إعداره، وهو امتياز تمارسه المصلحة المتعاقدة سواء نص عليه في الصفقة العمومية أو دفتر الشروط أو لم ينص عليه، ودون لجوؤها إلى القضاء لاستصدار حكم بشأن ذلك، لأن الغاية منه ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، و بموجبه تنهي المصلحة المتعاقدة الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعامل المتعاقد بصفة نهائية وهذا الفسخ إما يكون فسخ مجرد بموجبه تتحمل المصلحة المتعاقدة النتائج المحتملة، أو يكون فسخ على مسؤولية المقاول، وبموجبه يتحمل هذا الأخير التبعات المالية القائمة عن إبرام صفقة جديدة، غير أنه وحماية للمتعامل المتعاقد من تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال هذا الحق أخضع هذه السلطة لرقابة القضاء الإداري عن طريق دعوى القضاء الكامل دون دعوى الإلغاء².

يجد هذا الجزاء أساسه القانوني في نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم لصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³، ويعتبره رجال القانون من أخطر الجزاءات

¹محمود خلف جيوري، المرجع السابق، ص 201.

²برادعية موسى ، هواري ليلي،الفسخ الجزائي في الصفقة العمومية ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ،المجلد 06 ، العدد 2، 2012، ص571.

³أنظر المادة 149 ، من المرسوم 15-247 ، المرجع السابق.

التي توقعها الإدارة على المتعاقد، وهو يتم بإرادة الإدارة المنفردة بالنسبة لجميع العقود ماعدا عقد امتياز المرافق العامة التي ينبغي الحكم بفسخه من القضاء، إلا إذا نص العقد على حقها بالفسخ دون اللجوء للقضاء¹.

الفرع الثالث: الأساس القانوني للجزاءات الإدارية

تمارس المصلحة المتعاقدة باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام لما لها من امتيازات السلطة العامة، سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، من دون اللجوء الى القضاء.

لقد احتل موضوع الجزاءات الإدارية أهمية كبرى لمختلف الدراسات التي تطرقت له، لا سيما الجزء المتعلق باختلاف معظم فقهاء القانون الإداري اتجاه الأساس القانوني الذي يحكم تلك الجزاءات، هل هو العقد (الأساس التعاقدية) أم يوجد بقوة القانون (الأساس القانوني)، أي خارج بنود العقد والأحكام التي تنظم هذا الجزاء، وبناءً على ما تم ذكره، سيتم التطرق الى مايلي:

1/ الأساس التعاقدية للجزاءات الإدارية

يرى أنصار النظرية التعاقدية، أن الجزاء له أساس تعاقدية، معتمدين في ذلك على مضمون بنود الصفقة، فالغرامة مثلا ما هي إلا مبلغ مالي إجمالي تقدره المصلحة المتعاقدة مقدما، وتنص في العقد على ضرورة توقيعها في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، وعليه فإن المصلحة المتعاقدة تستمد سلطتها في توقيع الجزاءات من نصوص العقد².

¹ بلعرج رشيد، المرجع السابق، ص84.

² صوفية عابد، الأساس القانوني للجزاءات في صفة الأشغال العامة، مجلة الحقيقة، المجلد 17، العدد 3، سبتمبر 2018، ص279.

هذا الرأي الفقهي يمكن أن يتجسد في الجزائر ، من خلال نص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية¹ والتي تقضي بأنه : " إذا ورد في الصيغة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير ، فيجرى تطبيقها دون سابق إنذار بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدى للتنفيذ وتاريخ تسليم الأشغال المؤقت".

من خلال هذه المادة يتبين أن الغرامة المالية كعقوبة تسلط على المتعامل المتعاقد، تستمد أساسها القانوني من النص الخاص المنظم لصفقات العمومية، وكذلك من العقد، أو الصيغة ذاتها.

2/ الأساس غير التعاقدى (القانوني) للجزاء الإدارية

يرى أنصار هذه النظرية، أن الأساس القانوني للجزاءات هو أساس غير تعاقدى ، أي أنها توجد بحكم القانون حتى خارج العقد وخارج الشروط التي تم الاتفاق عليها، فالمصلحة المتعاقدة تملك حق توقيع الجزاءات حتى ولو لم ينص عليها صراحة في العقد.

تتجسد هذه النظرية في القانون الجزائري من خلال المادة 18 من دفتر الشروط الإدارية العامة والتي تضمنت على أنه : " على المقاول الإلمام بكل النظم الإدارية التي يجب عليه التقيد بها لتنفيذ الأشغال". من خلال هذه المادة يفهم أنه على المقاول أن يطلع على النظم الإدارية و الشروط القانونية ، وأن الإخلال بهذه النظم أو الأحكام يترتب عليها العقوبات المستحقة المنصوص عليها في دفتر الشروط الإدارية العامة².

كما نصت المادة 1/147 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم لصفقات العمومية ، على أنه : "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية ودون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به"

¹ المادة 36 من القرار المؤرخ 16 رجب 1384 الموافق ل 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الادارية العامة ، الجريدة الرسمية رقم 6، الصادرة بتاريخ 19 يناير 1965.

² عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 22

من الملاحظ أن هذه السلطة ليست مطلقة ، بل لها حدودا لا يجب على الإدارة تجاوزها، و إلا أصبحت قراراتها مهددة بعدم المشروعية، وقد أعتبرت هذه الحدود بمثابة ضمانات في العقود الإدارية، وتمثل تلك الضمانات بحسب الفقه قيودا مفروضة على الإدارة الالتزام بها في نطاق ممارستها لسلطتها في إتخاذ مختلف أنواع الجزاءات كقاعدة عامة، ومن أبرز هذه القيود¹ هي :

- إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء.
- الرقابة الإدارية على الجزاء الإداري.

خلاصة هذا المطلب يمكن القول أن :

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية تعد إحدى الامتيازات التي تحض بها الإدارة ،وذلك لمواجهة المتعاقد معها، وأساس هذا فكرة هو تأمين حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد ، وذلك بالضغط عليه وإجباره على احترام شروط العقد ،هذه الجزاءات تباشرها الإدارة بنفسها دون الحاجة للجوء للقضاء ،أو نص قانوني لها في العقد ،حيث أن هذه الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد متعددة ،فهناك من الجزاءات من لا تنهي الرابطة التعاقدية ،مثل الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة ، ،ومنها من ينهي تلك الرابطة مثل الجزاءات الفاسخة.

ومما لا شك فيه ،أن أعمال الإدارة لسلطتها وإضفاء الفاعلية على الجزاءات في العقود الادارية ،إذ هي مقيد بضوابط قانونية تقف عندها ،حيث يجب على الادارة مراعاتها ،والتي تعتبر بمثابة ضمانات للمتعاقد وحمائته من تعسف الإدارة في استعمال سلطتها في توقيع الجزاء.

¹طبيش حشبية ، المرجع السابق ، ص77

المطلب الثاني

سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

بناءً على مقتضيات المصلحة العامة ، يعطي النظام القانوني للعقود الإدارية الحق لجهة الإدارة وبإرادتها المنفردة سلطة إنهاء العقد، دون أن يتوقف هذا الحق على وقوع خطأ، أو تقصير من المتعاقد، وذلك وفقاً لتقديرها وحدها¹.

تعتبر سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، من أبرز الخصائص والميزات التي تمتاز بها العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص، وإحدى أهم وأخطر السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها، فالإدارة باعتبارها المسؤولة على خدمة المرفق العام بالحفاظ على سيره بانتظام و اضطراب على النحو الذي يخدم الصالح العام، قد ترى في بعض الأحيان ووفقاً لسلطتها التقديرية أن العقد لم يعد ذا نفع بعد أن أصبح في مرحلة معينة لا يتلاءم مع احتياجات المرفق العام الذي أبرم لأجله، أو قد يصبح الاستمرار في تنفيذه يشكل خطراً على المصلحة العامة، لما في ذلك من تبيد للمال العام ، ما يخول لها سلطة إنهاءه بإرادتها المنفردة، وذلك كضمانة تستوجبها مقتضيات الصالح العام².

إن هذه السلطة أثارت تساؤلات عدة لدى معظم فقهاء القانون الإداري حول ما إذا كانت الإدارة تملك فعلاً سلطة إنهاء العقد الإداري في أي وقت تشاء حتى قبل انتهاء مدته؟ وإذا كان لها ذلك فما هو الأساس القانوني الذي تقوم عليه؟ وهل بإمكان الإدارة ممارستها واستخدامها حتى ولو لم تتضمن نصوص العقد ذلك؟ وما موقف الفقه منها؟

¹ نصت المادة 150 من المرسوم 15-247 سالف الذكر ، على أنه : " يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة من جانب واحد ،حتى من دون خطأ من المتعامل المتعاقد"

² مجدوب عبد الحليم ، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ، منصة ASJP ، ص 253.

ولتفصيل في هذا المطلب ،سيتم التطرق إلى المفهوم القانوني لسلطة إنهاء العقد الإداري (الفرع الأول)، والأساس القانوني الذي تقوم عليه وموقف كل من الفقه الفرنسي والعربي منها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : المفهوم القانوني لسلطة إنهاء العقد الإداري

تتمتع الإدارة بامتياز مهم في عقودها الإدارية، وهو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد ، انطلاقاً من تمتعها باستعمال أساليب القانون العام في وظائفها، الذي خول لها الحق في فسخ العقد حتى وإن لم يصدر خطأ من جانب المتعاقد.

أنشأت نظرية الفسخ لأول مرة في القانون المدني، لذا فإن الفسخ في العقود الإدارية بوجه عام هو مجرد امتداد لنظرية الفسخ في القانون المدني والفسخ في العقود الخاصة، خاصة باعتبار العقد مصدر من مصادر الالتزام¹.

يعتبر الفسخ آلية من آليات إنهاء العقد الإداري، وهو من أهم السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقدين معها، و كامتياز يضعها في مركز أسمى يمكنها من إدارة العقد بطريقة تضمن لها تسيير المرفق العام على أحسن وجه، و بما يسمح لها بأداء وظيفتها الأساسية².

1/ تعريف سلطة إنهاء العقد الإداري

المقصود بإنهاء العقد أن يقوم أحد أطرافه بإنهائه بإرادته المنفردة، وبغير أن يرتكب الطرف الآخر خطأ، ودون حاجة إلى رضا الطرف الآخر بذلك، وهو بذلك حق خطير، وتكاد

¹سليمان محمد مطاوي ، المرجع السابق ،ص 95.

²مودع فريدة ، سلطة الادارة في إنهاء العقد الاداري ، مذكرة تخرج لشهادة الماستر ، تخصص القانون الاداري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، 2015،ص20.

لا تجد له وجوداً في مجال علاقات القانون الخاص، إلا إذا اتفق المتعاقدان على ذلك، أو أباحه القانون بنص صريح.¹

ويختلف الوضع في مجال العقود الإدارية، فالعقد الإداري عقد لم يتم إلا لتحقيق الصالح العام، والإدارة العامة هي المسئولة والمهيمنة على تحقيق الصالح العام، لأن مقتضيات المصلحة العامة ومتطلباتها تتطلب ذلك، ولكن في حالة غياب الخطأ الذي ارتكب من جانب المتعاقد مع الإدارة، فإنه يجب على هذه الأخيرة دفع تعويض له، بحكم أن هذه السلطة تمارس تحت رقابة القاضي الإداري.²

الفرع الثاني : الأساس القانون الذي تقوم عليه سلطة إنهاء العقد الإداري وموقف الفقه منها سيتم التطرق في هذا الفرع إلى الأساس القانوني الذي تعتمد عليه الإدارة العامة في إنهاء العقد بناءً على مختلف الدراسات التي اعتمدها الفقه الفرنسي والعربي، والتي أجمعت على أن سلطة إنهاء العقد تستمد من النظام العام (أولاً)، ومن المصلحة العامة والمرفق العام (ثانياً).

أولاً : ارتباط سلطة إنهاء العقد الإداري بالنظام العام

أجمع الفقه الفرنسي أن سلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة من النظام العام، حتى ولو كانت من دون خطأ من المتعاقد، بحكم أنه حقا مقررا لها في جميع العقود الإدارية، سواء وجد نص يبيح لها ذلك أو لا يوجد³، كما اتجه الفقه المصري نفس توجه الفقه الفرنسي، واعتبر أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد، من النظام العام، تتمتع بها الإدارة العامة حتى ولو من دون نص قانوني يجيز لها ذلك.⁴

إن استناد سلطة إنهاء العقد على قاعدة المصلحة العامة، والتي تعتبر أعلى درجة من القواعد ذات أصل تعاقدي، لا تعتبر مطلقة عند بعض فقهاء فرنسا، فقد ذهب جانب منهم

¹ محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق، ص 102.

² طبيش حشبية، المرجع السابق، ص 78.

³ J. Lhuillier ; Les contrats administratifs, Dalloz, 1953, p135.

⁴ محمد سليمان مطاوي، المرجع السابق، ص 648.

على أنه باستطاع الإدارة أن تنتهي العقد الإداري في أي وقت أرادت ذلك ، إلا إذا وجد نص تشريعي أو تنظيمي يحظر عليها ذلك الحق.¹

إن إرساء قاعدة النظام العام ، التي استقر عليها كل من القضاء الفرنسي والمصري ، تضمن فحواها أن السلطة لا تستمد سلطة إنهاء العقد الإداري من بنود العقد نفسه ، وإنما من النظام العام ، وقد أرست المبدأ التالي : " أن الإدارة في ممارستها لسلطة إنهاء العقد إنما تستعمل حقاً ، وهذه السلطة لا تستمد من نصوص العقد ، بل من النظام العام لسير المرافق العامة الذي يحكم كفاءة سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة ، ومن ثم فإن هذا الحق مقرراً بغير الحاجة إلى نص ، أو إلى موافقة الطرف الآخر عليه ، كما أنه لا يجوز للإدارة أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة ، لأنها تتعلق بكيان المرافق العامة."²

ومن خلال هذه الدراسة ، يفهم أن للإدارة امتياز سلطة إنهاء العقد ولكن بشروط شكلية وموضوعية ، إلا أنه لم يشترط ضرورة النص عليها في العقد ، وعليه يمكن القول أن هذا الامتياز من النظام العام ، والذي يترتب عنه النتائج التالية :

- هذه السلطة مقررة لصالح الإدارة حتى في حالة سكوت العقد الإداري عنها.
- لا يجوز للإدارة أن تتنازل عن هذا الحق.
- لا يحق لأطراف العقد الإتفاق على ما يخالف ممارسة هذه السلطة.
- عندما يرد نص في العقد الإداري ، يسمح للإدارة بممارسة سلطة الإنهاء ، فإن هذا النص يكون كاشفاً لهذا الحق ، وليس مقرراً له.
- تتمتع الإدارة بهذه السلطة طبقاً لإمتياز التنفيذ المباشر ، دون الحاجة للقضاء لتقرير الإنهاء بإعتباره من النظام العام.

¹ J. Lhuillier ،référence précédente،p203.

²حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، الطعن رقم 2001 ، الجلسة من يوم 15/11/1998.

- لا يجوز للمتعاقد الإعتراض على الإدارة في ممارسة هذا الحق ، مادام حقه في التعويض الكامل مضموناً¹ .

ثانيا : ارتباط سلطة إنهاء العقد الإداري بالصالح العام والمرفق العام

يعرف مبدأ الصالح العام في الفقه الفرنسي والعربي بمبدأ القيد العام ، فهو من اختصاص الإدارة وحدها ، والمحرك الأساسي لنشاطها الذي يتجلى في مصلحة المرفق العام الذي يرتبط به العقد².

ترتكز سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادة منفردة بالدرجة الأولى على ضرورات المصلحة العامة ومقتضيات السير الحسن للمرافق العامة وانتظامها ، وإذا تبين أن هذا المرفق لم يعد في حاجة لهذا العقد ، قامت الإدارة العامة بإنهاء هذا العقد الذي أصبح يتنافى والمصلحة العامة له ، بحكم أن المرافق العامة هي عبارة عن مشروع يعمل بانتظام وإطراد تحت إشراف الدولة لتحقيق هذه المصلحة³.

إن فكرة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة ، جاءت مؤيدة من معظم فقهاء فرنسا ، بل واعتبروها من النظام العام ، حتى ولو لم ينص عليها في العقد بنص صريح ، أو لم يقرها القانون ، وأن الإدارة تمتلك هذه السلطة حتى في سكوت العقد عن ذلك.

ومن أنصار هذا الاتجاه ، الفقيه "بيكو - PEQUIGNOT" ، الذي يرى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد ، يعتبر نتيجة حتمية لفكرة المرفق العام الذي يرتكز عليه العقد الإداري ، ومن غير المعقول أن يصبح العقد حائلا بين الإدارة وبين تحقيق أهدافها إشباع المنفعة العامة⁴.

¹ محمد سليمان مطاوي ، المرجع السابق ، ص 525.

² ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص 157.

³ دنون العبادي ، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري ، دار الكتب القانونية للنشر والبرمجيات ، مصر - الامارات ، سنة 2015 ، ص 245.

⁴ دنون العبادي ، المرجع السابق ، ص 251.

أما في الفقه العربي نجد الفقه المصري والأردني على وجه الخصوص ، ينظرون على أن تلك السلطة تستمد من أنظمة السلطة العامة، التي تستطيع الإدارة تقديرها من جانب واحد، إذا إقتضت مصلحة المرفق العامة ذلك، فليس من المعقول أن تتقيد الإدارة بعقود لا تعود بالنفع للمرفق العام.¹

- الأساس الذي تبناه المشرع الجزائري

تعتبر فكرة الجمع بين السلطة العامة والمرفق العام، أو كما يطلق عليه من طرف الفقه المقارن - الأساس التوفيقي - هو الذي يمكن أن يؤسس سلطة الإدارة في مجال العقود الإدارية وسلطة إنائها، والقانون الإداري بوجه عام أشرك فكرة السلطة العامة بمدلولها الحديث مع فكرة المصلحة العامة للدولة الجزائرية والمتجسدة في أهداف وإنجاز سياسة التنمية الوطنية والتي تعد العقود الإدارية المسطرة لها.²

وباستقراء المادة 150 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي جاء نصها كمايلي : " يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة من جانب واحد ، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة ،حتى من دون خطأ من المتعامل المتعاقد"³. أجمع معظم أساتذة القانون الإداري الجزائريين على غرار عمار بوضياف وعمار عوابدي ، أن المشرع الجزائري لم يفرق بين مصطلح " الفسخ " و " الإنهاء " بالرغم من وجود فرق شاسع بينهما ، على إعتبار أن " الفسخ " يتم اللجوء إليه في حالة إخلال أحد أطراف العلاقة التعاقدية بالتزاماته، بينما " الإنهاء " يتم الأعمال به ، متى إقتضت المصلحة العامة ذلك حتى ولو كان من دون أي تقصير أو خطأ من طرف المتعاقد.

وعليه ، يمكن أن نستخلص أن شرط المصلحة العامة أو شرط المرفق العام ،يعد من الأسباب الوجيهة والمباحة التي تدفع الإدارة إلى الإنهاء المبكر للعقد، حيث يترتب على إنقضاء

¹ دنون العبادي ، المرجع السابق ، ص 375.

² طيبش حشبية ، المرجع السابق ، ص 82.

³ أنظر المادة 150 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

احتياجات التي دفعت الإدارة إلى إبرام العقد عدم الحاجة للاستمرار في تنفيذه ، وبصبح وجوده غير ذي فائدة لصالح العام ومكلفا للخزينة العمومية ، لذا تقرر تلك السلطة للإدارة إنهاء هذا العقد بإرادتها المنفردة.

يتضح من خلال هذا المطلب الدور الهام الذي يلعبه امتياز المخول للإدارة في إنهاء العقد الإداري في مجال تنفيذه، فتأكد لنا من خلال هذه الدراسة أن العقود الإدارية ليست عقودا دائمة، إذ يمكن للإدارة أن تقوم بإنهائها بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، حتى ولو لم يصدر خطأ من المتعاقد، وذلك لدواعي المصلحة العامة، أو تقوم بفسخها كجزء لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما، ولا يمكن للمتعاقد الاعتراض على هذه السلطة مهما كان نوعها، باعتبار أن أساسها هو تحقيق الصالح العام من خلال ضمان حسن سير المرفق العام محل العقد الإداري المبرم، بانتظام واضطراد، حيث يتضح أنها مقيدة بشروط وقيود، وأن من أهم آثارها الرقابة القضائية عليها والتي تشكل ضمانا قوية للمتعاقد معها.

ختاما لهذا الفصل المخصص: "سلطة الإدارة في تنفيذ العقد الإداري"، التي تم التطرق

فيه إلى " سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف ، وسلطة التعديل الانفرادي وسلطة توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري ، وصولا إلى سلطة إنهاء العقد الإداري ، من خلال تبيان تعاريف هذه السلطات، والتطرق إلى أهم الآراء الفقهية التي تضمنت آراء حول تلك السلطات، ليتم تحديد الأساس القانوني التي تقوم عليه كل السلطات، مع الحديث على أنواع هذه الأخيرة والتطرق إلى ضوابط ممارسة سلطة التعديل وحدودها أثناء تنفيذ العقد. وما يمكن الجزم به بعد هذه الدراسة أن الإدارة تستمد هذا الحق في التعديل وتوقيع الجزاءات والإنهاء للعقد من الخصائص الذاتية التي تتميز بها العقود الإدارية والتي يراعى في تنفيذها تغليب المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة على المصلحة الخاصة التي تعود على المتعاقد، وهذا ما يضمن حسن إنشاء وسير المرافق العامة بانتظام وإطراد، والتي بدورها وجدت العقود الإدارية من أجلها، وتبعاً لذلك فقد اعترف التشريع والقضاء الإداري في الجزائر بهاتين السلطتين حيث نجد أن المشرع اعترف

بسلطة التعديل من خلال آلية "الملحق" ، وبما أن المشرع الجزائري من خلال تفحص المرسوم الرئاسي 15-247 ، لم يشر إلى الجزاءات الضاغطة ضمن الشكل والموضوع، وهنا نلاحظ عدم توازن في إعطاء كل سلطة حقها، وهذا ما يمكن تبريره أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء، تعد من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة، لذا تفادى المشرع تكريس نصوص قانونية لصالح المتعاقد خدمة للصالح العام، وترك السلطة التقديرية للإدارة في توقيع الجزاءات في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، لأن مقتضيات المصلحة العامة ومتطلباتها تتطلب ذلك، ولكن في حالة غياب الخطأ الذي أرتكب من جانب المتعاقد مع الإدارة، فإنه يجب على هذه الأخيرة دفع تعويض له، بحكم أن هذه السلطة تمارس تحت رقابة القاضي الإداري.

إن موضوع "سلطات الإدارة في العقد الإداري"، هو موضوع العصر والذي تطور بتطور مفهوم النظام العام المقترن بتلك السلطات التي تتمتع بها الإدارة في العقود الإدارية ، كما فتح المجال بدوره لجل فقهاء القانون الإداري في كل من فرنسا و دول العربية لتبيان ما يترتب من نتائج لتميز العقد الإداري بشروطه استثنائية غير المألوفة عن عقود القانون الخاص، التي ارتقت بها الإدارة في مركز أسمى وأقوى في العلاقة التعاقدية (امتيازات السلطة العامة)، من أجل تسيير المرافق العامة بانتظام وإطراد تحقيقا للمصلحة العامة.

تتمتع الإدارة في مجال العقود الإدارية، بسلطات واسعة نابعة من مركزها التعاقدية الممتاز في مواجهة المتعاقد معها ، وهذا عملاً بمبدأ تقديم المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة على المصلحة الخاصة التي تعود إلى المتعامل المتعاقد، وهو ما يضمن خدمة الصالح العام بوجه مقبول ، وتتجلى هذه السلطات الممنوحة للإدارة في كافة مراحل العقود الإدارية منذ إبرامها حتى اكتمال تنفيذها.

وعليه تم استخلاص من خلال هذه الدراسة ، مجموعة من النتائج بخصوص سلطات الإدارة في العقود الإدارية، في كلا من مرحلة إبرام العقد الإداري ومرحلة تنفيذه.

1/ السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد عند إبرام الصفقة العمومية تتلخص فيما يلي:

-إعداد دفتر الشروط بصفة انفرادية و الذي يتضمن شروط العقد بحد ذاته، و هذا وفق كفايات وطرق حددها لها القانون (الطبيعة القانونية لها).

-سلطة الإدارة في اختيار المتعامل المتعاقد حيث أقر المشرع الجزائري ، إجراء طلب العروض كأساس العقد الإداري ، كما منح للمصلحة المتعاقدة سلطة اللجوء إلى إجراء التراضي كاستثناء، و المبادئ العامة التي تحكم عملية الاختيار هذه.

2/ كما تتوسع صلاحيات الإدارة اتجاه المتعاقد معها، وهذا في مرحلة التنفيذ و تتجسد في: -سلطات وقائية و التي تتجسد في سلطة الرقابة و التوجيه لأعمال التنفيذ و محاولة تصويب الأوضاع قبل وقوع أي خلل في و الغرض من هذه السلطات هو ضمان حسن سير تنفيذ الصفقة.

- كما تتسع أيضا عند سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد أثناء تنفيذه، والذي يعد من أهم وأخطر مظاهر استخدام السلطة العامة في مجال العقود الإدارية، وهو ما قد يؤدي إلى التأثير على المركز التعاقدى للمتعاقد بسبب التعديلات الواردة على مضمون العقد الإداري محل التنفيذ، مستندة في ذلك على القانون والطبيعة الخاصة للعقد الإداري، وتجسيدا للشروط الاستثنائية التي يتضمنها، أو التلازم بين فكرة تعديل العقد الإداري ومقتضيات المصلحة العامة أو ضرورات المرفق العام وحاجاته، أو ضمان استمرارية المرفق العام وقابليته للتغيير بما يتماشى مع حاجات الأفراد أو استجابة للتطورات التي يشهدها مناخ عمل المرفق العام، على أن هذه السلطة ليست تقديرية أو مطلقة بل تخضع لمجموعة من الضوابط لضمان عدم تعسف الإدارة في استعمال حقها في التعديل بشكل يؤثر على المركز التعاقدى للمتعاقد وحقوقه المالية أو يؤثر على مضمون العقد الأصلي.

- أما السلطة العلاجية والمتمثلة في سلطة الادارة في توقيع الجزاءات في العقود الادارية، تعد إحدى الامتيازات التي تحض بها الادارة ،وذلك لمواجهة المتعاقد معها، وأساس هذه الفكرة تأمين حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد، وذلك بالضغط عليه وإجباره على إحترام شروط العقد (الجزاءات الضاغطة)، هذه الجزاءات تباشرها الادارة بنفسها دون الحاجة للجوء للقضاء ،وبل ودون النص عليها في العقد ،إلا أن البعض من هذه الجزاءات عند توقيعها، لا يفك الرابطة التعاقدية ،مثل الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة ،ومنها من تنهي الرابطة التعاقدية كالجزاءات الفاسخة.

- وختاماً توقفنا عند سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، والتي تعتبر من أبرز الخصائص التي يمتاز بها العقد الإداري عن غيره من العقود، وإحدى أخطر السلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، لما يترتب عنها من وضع حد نهائي وفاصل في تنفيذ العقد الإداري، والتي تستطيع الإدارة مباشرتها بنفسها ودون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء، بل وحتى في غياب النص عليها، وأساس ذلك كله ومرده هو فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وتحقيق الصالح العام، في ظل عقود أصبح تنفيذها غير ذي فائدة.

- خلاصة هذه النتائج ، نقف عند تأكيد كل الفقهاء القانون الإداري بالإجماع، أن هذه السلطات كلها ، تعتبر من النظام العام، فلا يجوز للإدارة التنازل عنها أو تمتع عن استخدامها إن توافرت مبرراتها، وكل اتفاق يمنع الإدارة من استخدامها ،يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ومن خلال ما تم تلخيصه من النتائج ، يمكن أن نستعرض التوصيات التالية:

- 1/ منح سلطات أوسع للمصلحة المتعاقدة خاصة في مرحلة التنفيذ، و ذلك للحد من تقاعس المتعاملين الاقتصاديين في تنفيذ الإلتزامات.
- 2/ إثراء الرقابة الوصائية على الصفقات العمومية بنصوص قانونية أكثر دقة و تفصيل وضوح.
- 3/ الإلزامية استكمال البناء التشريعي لجزاء الفسخ، ما دام قد تضمن المرسوم الرئاسي للصفقات العمومية صراحة سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيعه، وذلك بإضافة فقرات تتضمن أهم الفروقات بين الفسخ الجزائي وإنهاء العقد الإداري ، لرفع الألبس.
- 4/ ضرورة تحديد الأخطاء والأفعال التي تبرر توقيع الجزاء، لتفادي أي تعسف من طرف المصلحة المتعاقدة، حيث يجب أن توافق بين الخطأ والجزاء المقرر له.
- 5/ تنظيم حالات القوة القاهرة المنصوص عليها، مع تبيان الآثار المترتبة عنها بالتفصيل تفادياً للمنازعات التي قد تنثر بهذا الخصوص.

6/ تأهيل الأعوان المكلفين بالإشراف على عمليات إبرام و تنفيذ الصفقات العمومية، من خلال برمجة دورات تكوينية لهم.

7/ تفعيل سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاملين الاقتصاديين، لاسيما في المشاريع الكبرى.

8/ أما بخصوص دفاتر الشروط والتي تعتبر أساس العملية التعاقدية ، وجب التأكيد على أهمية السحب الإلكتروني لدفاتر الشروط لما يوفره من جهد للإدارة من جهة، والمتعامل المتعاقد من جهة أخرى وبالتبعية ترشيد النفقات العامة، مع وجوب وضع نظام داخلي للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تفاديا لأي لبس أو غموض يحول دون القيام بدورها الرقابي.

9/ مجارات التطور التكنولوجي من خلال إدراج باب في قانون الصفقات العمومية يعني بالإعلان عبر الأنترنت.

10/ ضرورة استحداث سلطة ضبط مستقلة في الصفقات العمومية ، لتفعيل سلطة الإدارة في حماية المال العام وفرض الرقابة عليه.

- القوانين

- 1- القانون رقم 10-11 ، المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق ل 22 يونيو 2011،
المتعلق بالبلدية ، ج.ر ، العدد رقم 37.
- 2- القانون 07-12 ، المؤرخ بتاريخ 12 فيفري 2012، المتعلق بالولاية ، الصادر عن
ج.ر. رقم 12 ، المؤرخة بتاريخ 29 فيفري 2012.

- الأوامر

- 3- الأمر رقم 90/67، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية
الجريدة الرسمية، عدد 52 لسنة 1967 المؤرخة بتاريخ 27 جوان 1967 .
- 4- الأمر 03-03 ، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة ، ج.ر. العدد
43، المعدل والمتمم بالقانون 12-08، المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج.ر. العدد 36.
- 5- الأمر 01-06 ، المؤرخ في 21 محرم 1427، الموافق ل 20 فبراير 2006، المتعلق
بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم.
- 6- الأمر 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011، قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة
الرسمية عدد 44 لسنة 2011 المؤرخ في 10/08/2011.

- المراسيم الرئاسية

- 7- للمرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم
الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 52 لسنة 2002 المؤرخة بتاريخ 28 جويلية
2002.
- 8- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16
سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

- القرارات

9-القرار المؤرخ 16 رجب 1384 الموافق ل 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الادارية العامة ، الجريدة الرسمية رقم 6، الصادرة بتاريخ 19 يناير 1965.

ب/ الكتب باللغة العربية

- 1-بعلي محمد الصغير ، العقود الإدارية، الجزائر، دار العلوم للنشر، سنة2004 .
- 2- بعلي محمد الصغير ، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ب.ط، 2005.
- 3- بنا محمود عاطف ، العقود الإدارية، ط1 ، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007 .
- 4-بوضياف عمار ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 3، سنة2011 .
- 5- جابر عبد الرؤوف ، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، دار النهضة العربية، 2003 .
- 6-جبوري محمود خلف ،العقود الإدارية ،الطبعة الأولى ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ، 2010 .
- 7- حلو ماجد راغب ، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008 .
- 8-خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، 2011 .
- 9- خليفة عبد العزيز عبد المنعم ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الإبرام / التنفيذ ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2004.
- 10- رشا محمد جعفر الهاشمي، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط 1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1975 .

- 11- شافعي أبوراس محمد ، العقود الإدارية، عميد لكلية الحقوق بينها ،أستاذ القانون العام ، المحامي لدى المحكمة الدستورية العليا والإدارية العليا والنقض، 1998.
- 12- صبحي حبر العتيقي، تطور الفكر والأساليب في الإدارة، دار حامد للنشر والتوزيع، 2005 .
- 13- طماوي محمد سليمان ، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ط4 ، القاهرة، 1984 .
- 14- طماوي محمد سليمان ،مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، القاهرة، دار الفكر العربي، 1979.
- 15- عبد الباسط محمد فؤاد ، القانون الإداري، (د.ط)، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2005 .
- 16- عشي علاء الدين ، مدخل القانون الإداري ,الجزء الثاني :النشاط الإداري ,دار الهدى ,الجزائر , 2010 ,
- 17- عشي علاء الدين ،مدخل القانون الإداري، دار الهدى،الجزائر، 2012 .
- 18- عوابدي عمار ، القانون الإداري، النشاط الإداري- الجزء2- ، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008 .
- 19- عوابدي عمار ، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990 .
- 20- قدوج حمامة، عمليات ابرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2008 .
- 21- لباد ناصر ، الوجيز في القانون الإداري (التنظيم الإداري النشاط الإداري)، لباد للنشر، الجزائر، 2006 .
- 22- لباد ناصر ، الوجيز في القانون الاداري ، الطبعة الرابعة ، دار المجدد للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2010.

- 23- مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2002.
- 24- محيو أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009 .

ج/ الرسائل و المذكرات

أ/ رسائل الماجستير

- 1- جوادي نبيل، دفا تر الشروط في القانون الإداري الجزائري، (دراسة متعلقة بعقود الإدارة)، بحث لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2005.
- 2- خلاف صليحة، مبدأ المساواة في تنظيم الصفقات العمومية ، مذكرة شهادة الماجستير في القانون العام ، تخصص قانون الإدارة العامة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، 2012-2013.

ب/ مذكرات الماستر

- 3- أزرايب نبيل، سلطات المصلحة المتعاقد اتجاة المتعاقد معها، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الاداري ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، سنة 2015.
- 4- بلعرج رشيدة ، سلطات الإدارة في تنفيذ العقد الإداري ، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ، 2020.
- 5- بلغياط كريم و بولبرادع أيمن ،سلطة المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفقا لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 ، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة جيجل ، 2017/2018.

- 6- بن شعبان عبد الرزاق، طرق اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف -المسيلة - 2014-2015.
- 7- طيبش حسنية، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، مذكرة مكملّة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الموسم الجامعي 2015-2016.
- 8- مودع فريدة ، سلطة الادارة في إنهاء العقد الاداري ، مذكرة تخرج لشهادة الماستر ، تخصص القانون الاداري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، 2015.

د/المقالات العلمية

- 1- بلجيلالي خالد ، إشكالية الموازنة بين سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري وحماية المركز التعاقدى للمتعاقد، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، العدد الأول ، مارس 2012.
- 2- برادعية موسى ، هواري ليلي ،الفسخ الجزائي في الصفقة العمومية ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ،المجلد 06 ، العدد2، 2012.
- 3- بن عبد المالك فلوجة ،النظام القانوني لتعويض في العقود الإدارية ،مجلة دفاتر السياسية والقانون ،العدد17، جوان2017.
- 4- زاير إلهام ، تقديم العروض كإجراء أولي لإبرام الصفقات العمومية و إحترام قواعد المنافسة، مجلة الباحث في العلوم القانونية و السياسية، ع2، 2019.
- 5- سيد أحمد لكصاصي، مبدأ العلانية في الصفقات العمومية ،مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية ، ع7، جوان 2017.
- 6- صوفية عابد، الأساس القانوني للجزاءات في صفقة الأشغال العامة ، مجلة الحقيقة، المجلد 17 ، العدد 3 ،سبتمبر 2018.

- 7- عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة المفكر، العدد، 10، جانفي، 2014 .
- 8- عتيق حبيبة ، أهم المبادئ المؤطرة لعملية اختيار المتعامل المتعاقد،مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية،ع2، سبتمبر 2017.
- 9- مريم مسقم ،دفاتر الشروط كآلية لتحقيق شفافية الإجراءات في الصفقات العمومية، مجلة علمية دولية محكمة متخصصة في الميدان الاقتصادي، العدد 03 ، المركز الجامعي تندوف ، ديسمبر 2018.
- 10- هاشمي فوزية ،سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ، العدد3 ، المجلد2.جامعة الأغواط.

و/ الملتقيات الجامعية

- 1- بوصوار عبد النبي ،اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية ،ملتقى دولي ، جامعة جيلالي ليابس، 2008.
- مواقع إلكترونية
- 1- يوسف حوري ، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية،جامعة غليزان ، www.uni-medea.dz ،تاريخ الزيارة 2023/03/09 .
- 2-مجدوب عبد الحليم ، سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري لدواعي المصلحة العامة ، www.uni-medea.dz ، تاريخ الزيارة : 2023/03/06 .
- أحكام قضائية
- 1- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، الطعن رقم 2001 ، الجلسة من يوم 1998/11/15.

- 1- Achouri , "l'élaboration du cahier des charges " , journée d'etude portant sur les marches publiques , université de constantine , 30 novembre 2015.
- 2- Ali BENCHENEB, Mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie. Office des publications universitaires, Place centrale de Ben Aknoun (Alger) 1984.
- 3- BANNADJI Cherif ,marchés publics et corruption en algerie inrevus ,NAOD NO25 ,2008.
- 4- Cherif BENNADJI L'évaluation de la réglementation des marché publics en Algérie, 2010.
- 5- DJAOUI Mohamed. Le code des marches publics est –il adapté aux taches actuelles de l'administration, Mémoire pour le diplôme d'études supérieures de droit public , Université d'Alger, Mars 1976.
- 6- J. Lhuillier ; Les contrats administratifs, Dalloz, 1953.
- 7- Khaled johmani, la bonne gouvernance dans les marchés publics cas de la Tunisie,2010.
- 8- Mouloud Sabri » et « Aoudia Khaled » et « MouhamedLaueem »,Guide de gestions des marches publics, édition du Sahel, 2000.
- 9- Mouloud SABRI, " Le droit des marchés publics en algérie: réalité et perspectives " , revue du . n°7, 2005.
- 10- RIVERO.J, DROIT ADMINISTRATIF, PARIS ,1985.

| الصفحة | العنوان | هيكل المذكرة |
|---------------|---------------------------------------------------------|--------------------|
| أ- | أية قرآنية | / |
| ب- | الشكر والتقدير | / |
| ج- | الإهداء | / |
| د- | قائمة المختصرات | / |
| 5 - 1 | مقدمة | / |
| 55 - 6 | سلطات الإدارة في مرحلة إبرام العقد الإداري | الفصل الأول |
| 31 - 09 | سلطات الإدارة في إعداد دفتر الشروط | المبحث الأول |
| 20- 10 | مفهوم دفتر الشروط وأنواعه وتنظيمه | المطلب الأول |
| 14 - 10 | مفهوم دفتر الشروط | الفرع الأول |
| 17 - 15 | أنواع دفاتر الشروط | الفرع الثاني |
| 20 - 18 | تنظيم دفتر الشروط في العقود الإدارية | الفرع الثالث |
| 30 - 20 | الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط والرقابة القبلية عليها | المطلب الثاني |
| 21 | دفاتر الشروط ذات طبيعة تعاقدية | الفرع الأول |
| 22 | دفاتر الشروط ذات طبيعة تنظيمية | الفرع الثاني |
| 30 - 22 | الرقابة القبلية على دفتر الشروط | الفرع الثالث |
| 54 - 32 | سلطة الإدارة في اختيار المتعامل المتعاقد | المبحث الثاني |
| 40- 33 | المبادئ العامة التي تحكم عملية اختيار المتعامل المتعاقد | المطلب الأول |
| 35 - 33 | مبدأ حرية المنافسة | الفرع الأول |
| 37 - 35 | مبدأ المساواة | الفرع الثاني |
| 40 - 38 | مبدأ الشفافية والعلانية | الفرع الثالث |
| 54 - 41 | الإجراءات المتبعة لاختيار المتعامل المتعاقد | المطلب الثاني |
| 49 - 42 | طلب العروض كأساس لإبرام الصفقة العمومية | الفرع الأول |
| 54 - 50 | التراضي كاستثناء لإبرام الصفقات العمومية | الفرع الثاني |
| 55 - 54 | خاتمة الفصل الأول | الخاتمة 1 |

| 101 – 56 | سلطات الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري | الفصل الثاني |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------|------------------|
| 80 – 59 | سلطات الإدارة العامة الوقائية | المبحث الأول |
| 71 – 60 | سلطات الإدارة في الرقابة والإشراف | المطلب الأول |
| 65 – 61 | مفهوم سلطة الرقابة والإشراف وأساسها القانوني | الفرع الأول |
| 70 – 65 | نطاق وضوابط سلطة الرقابة والإشراف في تنفيذ العقود الإدارية | الفرع الثاني |
| 71 – 70 | مظاهر سلطة الرقابة والإشراف | الفرع الثالث |
| 79 – 71 | سلطات الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري | المطلب الثاني |
| 75 – 27 | سلطة تعديل العقد الإداري والأساس الذي تقوم عليه | الفرع الأول |
| 77 – 75 | ضوابط ممارسة سلطة تعديل شروط العقد الإداري | الفرع الثاني |
| 79 – 77 | آليات ممارسة لسلطة تعديل شروط العقد الإداري | الفرع الثالث |
| 101 – 80 | سلطات الإدارة العامة العلاجية | المبحث الثاني |
| 93 – 82 | سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات | المطلب الأول |
| 86 – 82 | مفهوم الجزاءات الإدارية وخصائصها العامة | الفرع الأول |
| 91 – 86 | أنواع الجزاءات الإدارية | الفرع الثاني |
| 93 – 91 | الأساس القانوني للجزاءات الإدارية | الفرع الثالث |
| 100 – 94 | سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري | المطلب الثاني |
| 95 – 94 | المفهوم القانوني لسلطة إنهاء العقد الإداري | الفرع الأول |
| 99 – 95 | الأساس القانون الذي تقوم عليه سلطة إنهاء العقد الإداري وموقف الفقه منها | الفرع الثاني |
| 100 – 99 | خاتمة الفصل الثاني | الخاتمة 2 |
| 105 – 101 | النتائج والمقترحات | الخاتمة النهائية |
| 112 - 106 | قائمة المصادر والمراجع | / |
| 115 | ملخص المذكرة | / |

أقر المشرع الجزائري للإدارة العامة في مختلف القوانين والأحكام التي تحكمها ، ممارسة جملة من السلطات والتي تتجلى في كافة مراحل الصفقة العمومية ، بحكم إن القاعدة العامة أو الأصل في الدعوة للتعاقد في مفهوم القانون الإداري تعني الإعلان عن الصفقة العمومية ، وهي سلطات مقررة لها قانونا وحق أصيل وثابت ولو لم يتم النص عليها في بعض الأحيان ،وهي تتمايز في شدتها حسب طبيعة ونوع الصفقة المراد إبرامها، وأن وجود فكرة السلطة العامة في العقود الادارية وفي النظام القانوني الذي يحكمها، أهم ما يميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص. لذا فإن أهم سلطة تتمتع بها الإدارة في العقود الإدارية ، تبرز إنطلاقا من مرحلة إبرام العقد الإداري ، وصولا إلى مرحلة تنفيذه والتي فيها تتسع سلطات الإدارة من حيث سلطة الرقابة و الإشراف على تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه.

الكلمات المفتاحية : الإدارة العامة ،العقود الإدارية ، إبرام العقود ، تنفيذ العقود.

Abstract:

The Algerian legislator approved the public administration, in the various laws and provisions that govern it, the exercise of a number of powers that are evident in all stages of the public procurement, by virtue of the fact that the general rule or principle in the call for contracting in the concept of administrative law means announcing the public procurement, which are legally established powers and an inherent right It is fixed, even if it is not stipulated in some cases, and it differs in its intensity according to the nature and type of the deal to be concluded, and that the existence of the idea of public authority in administrative contracts and in the legal system that governs them is the most important thing that distinguishes administrative contracts from private law contracts. Therefore, the most important authority enjoyed by the administration in administrative contracts emerges from the stage of concluding the administrative contract, all the way to the stage of its implementation, in which the authorities of the administration expand in terms of the authority to monitor and supervise the implementation of the contract as agreed upon, in addition to the authority to amend the terms of the administrative contract at will.

Keywords: public administration, administrative contracts, conclusion of contracts, implementation of contracts.