وزارة التعليـــم العالـــي والبحث العلمـــي
جامعـة عبد الحميد بن باديس –مستغانم-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق LMD

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص : إدارة عامة

القيود الواردة على حرية الإدارة لدى التعاقد

من إعداد الطالبة :
* بالسعيد زينة

تحت إشراف الأستاذ المحترم :
* جلطي منصور

أعضاء لجنة المناقشة :

السنة الجامعية
2012-2011

قال العماد الأصفهاني :

" لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن ولو ترك هذا لكان أفضل، وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

إهـــــداء

أهدي المادة العلمية لهذا البحث إلى كل من كان له الفضل في إنجازه، و إلى كل من قدم لي يد المساعدة سواء كانت معنوية أو مادية.

و خاصة إلى كل من :

عوار عبد الحميد، سدي فاطمة، بوعزة زريقات سمية حلوي ريمة، بوشو كريمة، ميمون أمينة.

شكـــــر

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين أما بعد، أتقدم بالشكر الجزيل إلى:

- **الأستاذ المؤطر " جلطي منصور " على توجيهاته ونصائحه القيمة التي أعانتني على إنجاز هذا العمل المتواضع.**
- **عائلتي الكريمة التي ساندتني في جميع الأوقات يسيرها وعسيرها.**
- **الأستاذ «يوسفي محمد" على مساعداته الدائمة.**
- **جميع زميلاتي في العمل و الدراسة على تشجيعاتهم المادية و المعنوية.**
- **جميع أساتذة جامعة الحقوق بولاية مستغانم، وعمال المكتبة الجامعية.**

مقـدمة

لقد نشأ الكثير من الجدل حول الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها الدولة مع الغير، وقد دار هذا النقاش بين قدسية ا لإلتزامات التعاقدية وبين إمتيازات السلطة الإدارية التي تمارس من خلال أجهزتها لتحقيق المصلحة العامة.

و قد أجمع فقه القانون الإداري على أن نظرية العقد الإداري هي نظرية من منشأ قضائي أرسى مبادئها و أحكامها القضاء الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة عبر إجتهاداته.

و رغم الطابع القضائي لنظرية العقد الإداري ومع محاولة المشرعين في غالبية النظم تقنين النشاط التعاقدي للإدارة، إلا أن دور الفقه في الأجزاء المختلفة لهذه النظرية يظل بارزا في كل الدول

و العقد الإداري هو توافق إرادتين على إنشاء إلتزام قانوني شأنه شأن العقد المدني في القانون الخاص ، إلا أن تمييز العقد الإداري عن العقد المدني يظل واضحا في كثير من الجوانب و الأجزاء، وهو ما تولى الفقه الإداري توضيحه وتحليله، فيجب أن تكون الإدارة دائماً طرفاً فيه ، وأن يتعلق موضوعه بتسيير مرفق عام، و أن تظهر فيه نية الإدارة للأخذ بقواعد القانون العام، أي تضمينها للعقد شروطـا إستثنائيـة غير مألـوفة على صعيد القـانون الخـاص.

و إن أبرز مظهر تتميز به العقود الإدارية عن غيرها من العقود، أنها تخول جهة الإدارة ممارسة جملـة من السلطـات تتمثل في سلطــة الإشراف و الرقابة و التوجيه أثناء تنفيذ العقد، و سلطة التعديل بعد إبرام العقد، و توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة و سلطة إنهاء العقد من خلال فسخه أو إلغائه دون أن ينسب للمتعاقد معها خطأ، و إنما لم يكن متوافقا مع المصلحة العامة، أو لزوال المصلحة التي إستوجبت إبرامه، إلا أن سلطات الإدارة في هذا المجال ليست مطلقة لأن إطلاقها يؤدي إلى تعسف جهة الإدارة و مبالغتها في إصدار التعليمات و الأوامر بما قد يضر بالمتعاقد معها خاصة من الناحية المالية.

فلا يجوز التضحية بالمصلحة الفردية في سبيل تحقيق المصلحة العامة، لما في ذلك من إضرار بالمصلحة ذاتها بشكل غير مباشر، فللمتعاقد مع الإدارة حقا في التعويض إذا ما أصابه ضرر جراء إستعمال الإدارة المتعاقدة لسلطاتها إستعمالا غير مشروع، كما تلتزم في مواجهة المتعاقد معها بضمان التوازن المالي للعقد الإداري حرصا على تمكين المتعاقد مع الإدارة من الوفاء بإلتزامه التعاقدي على النحو المتفق عليه في العقد، فتقوم بتعويضه تعويضا كاملا عما أصدرته من قرارات أو إتخذته من إجراءات أضرت به، إذا ما توافرت في ذلك شروط نظرية الفعل الأمير، إضافة إلى ذلك فالمتعامل المتعاقد يحصل على تعويض جزئي يغطي جانب من خسارته إذا ما تعرض تنفيذ العقد لظرف يدخل في نطاق نظرية الظروف الطارئة ، لذلك جعل المشرع الجزائري ممارسة هذه السلطات تتم ضمن إطار محدد بقيود و ضوابط دقيقة بهدف إجراء التوازن بين ممارسة الإدارة لهاته السلطات و بين ضمان حقوق المتعاقد معها .

و يقصد بهذه القيود و الضوابط تلك الإجراءات التي يحددها القانون، و التي يجب على جهة الإدارة الإلتزام بها عند إبرام العقد الإداري ، وهي في الواقع قيود و ضوابط عديدة ومتنوعة، منها ما يتعلق بالسلطة المختصة بالتصديق أو الإعتماد، كذلك منها ما يتعلق بالإستشارات السابقة على التعاقد و الإذن أو التصريح بالتعاقد و بالإعتماد المالي للتعاقد، و منها ما يتعلق بأسلوب التعاقد الواجب الإتباع و كيفية إختيار المتعاقد.

لذلك سنتناول في بحثنا هذا القيود أو الضوابط و الإجراءات القانونية وتتلخص إشكالية الموضوع فيمايلي :

- ماهي القيود الواردة على حرية الإدارة لدى التعاقد ؟
- وماهي الطبيعة القانونية لهذه القيود أو الضوابط ؟

لهذا إرتأينا تقسيم بحثنا إلى فصلين، حيث يتضمن الفصل الأول القيود السابقة للتعاقد الإداري، وينقسم إلى مبحثين، المبحث الأول ندرس فيه القيود التي تحكم جهة الإدارة المتعاقدة، والمبحث الثاني القيود التي تحكم إختيار المتعاقد مع الإدارة، أما الفصل الثاني فيتضمن القيود الواردة أثناء تنفيذ العقد الإداري، وهو بدوره ينقسم إلى مبحثين، المبحث الأول نتناول فيه القيود الواردة على سلطات الإدارة المتعاقدة، أما المبحث الثاني فنتناول فيه الضمانات القانونية للمتعاقد مع الإدارة.

خطة البحث

الفصل الأول: القيود السابقة للتعاقد

المبحث الأول: القيود التي تحكم جهة الإدارة

المطلب الأول: الإذن المالي و القانوني

المطلب الثاني: الإستشارات السابقة

المبحث الثاني: القيود التي تحكم إختيار المتعاقد

المطلب الأول: المناقصة

المطلب الثاني: التراضي

الفصل الثاني: القيود الواردة أثناء تنفيذ التعاقد

المبحث الأول: القيود الواردة على سلطات الإدارة المتعاقدة

المطلب الأول: سلطة الرقابة و التوجيه

المطلب الثاني: سلطة التعديل

المطلب الثالث : سلطة توقيع الجزاءات وإنهاء العقد

المبحث الثاني: ضمانات المتعاقد مع الإدارة

المطلب الأول: المقابل المالي للعقد

المطلب الثاني: إقتضاء التعويض

المطلب الثالث: التوازن المالي للعقد

يدرس هذا الفصل نشأة العقود الإدارية ومفهومها و العناصر الأساسية المكونة لها و أنواع هاته العقود.

I -نشأة العقود الإدارية:

إن نظرية العقود الإدارية نظرية حديثة نسبيا في القانون الإداري، حيث بات من الأكيد أنها موجودة حتى دون نص[1]، هدفها مزدوج يضمن تحقيق الصالح العام و خضوع الإدارة للقانون.

إستمدت جذورها وسبب وجودها من الأحكام القضائية الأولى التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي.

و يعتبر حكم تربية تيري **Terrie** الصادر سنة 1803، الأساس الذي شيدت عليه فكرة العقود الإدارية بطبيعتها، حيث تقرر بموجبه « أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل مل يتعلق بتنظيم و سير المرافق العامة قومية كانت أو محلية، سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملا من أعمال السلطة العامة أو تصرفا عاديا.

فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها ويجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات»[2].

إن فكرة المرفق العام ملازمة للعقد الإداري في هذا الحكم، إلا أنها فيما بعد أصبحت غير ضرورية لأن نظرية المرفق العام لم تعد كافية لتحديد نطاق العقد الإداري، فالعقود الإدارية لا تعتبر كذلك إلا إذا كانت تقوم على استعمال وسائل القانون العام، و إلا اعتبرت من العقود الخاصة فالإدارة حرة في أن تلجأ إلى وسائل القانون الخاص إذا ما رأت أنها أنجع في تسيير المرافق العامة.

وهو ما تأكد في حكم مجلس الدولة الفرنسي عام 1912 في قضية شركة الكرانيت فاعتبر بموجبه أن التوريدات محل العقد مادامت تنفذ بنفس الشروط والأوضاع التي ينفذ بها الأفراد عقودهم، فإن العقد يعتبر من عقود القانون الخاص.

فقبل هذا التاريخ كانت جميع عقود الإدارة يحكمها القانون الخاص، ويختص بها القضاء العادي، و استثنى من هذه القاعدة العامة بعض أنواع العقود التي نص عليها القانون.

[1]- نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري،مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004،صفحة 2.
[2]- د.محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 1998، صفحة 13.

فنجد عقد الأشغال العامة الذي نص عليه القانون الصادر عام 1797، عقد إداري يختص بالنظر في المنازعات المتعلقة به مجالس الأقاليم والتي أصبحت فيما بعد محاكم إدارية.

على غرار هذا القانون توجه المشرع الفرنسي إلى إصدار قوانين أخرى تشمل عقود بيع أموال الدولة و عقود القروض العامة و عقود أشغال أو إيجار أموال الدولة و أطلقت عليها في ذلك الوقت تسمية « العقود الإدارية بتحديد القانون ».

كما قام مجلس الدولة الفرنسي بتعزيز مركزه، واستطاع توسيع دائرة العقود الإدارية، بغية توسيع إختصاصه معتمدا في ذلك طرق القياس من اجل وضع مبادئ عامة للعقود الإدارية.

حيث قام بتوحيد الأحكام القانونية الخاصة بكل من عقد الأشغال العامة و عقد تقديم المعاونة والعقود الخاصة بالإضاءة و توزيع المياه و تلك العقود المتعلقة بتنظيف الشوارع، مستندا في ذلك على العامل المشترك و هو الشغل العام كذلك لاحظ مجلس الدولة الفرنسي أن عقد إلتزام المرافق العامة و عقد النقل العام تتسم بنفس خصائص العقود الإدارية التي حددها القانون، مما جعل خضوعها لأحكام القانون العام أمرا طبيعيا، ومن هنا تمكن مجلس الدولة الفرنسي من بناء نظرية العقود الإدارية في القانون الإداري.

أما في الجزائر فقد ورثت عن فرنسا النظام القانوني للعقود الإدارية و الصفقات العمومية السائدة إبان العهد الاستعماري، و ذلك بموجب القانون الصادر في ديسمبر 1962 المتضمن تمديد سريان القانون الكولونيالي على الجزائر المستقلة إلا ما كان مخالفا و متعارضا مع السيادة الوطنية[1].

إلا أن المعطيات المستجدة و مقتضيات المصلحة العامة تطلب إصدار مجموعة من النصوص التنظيمة و القوانين تسري على العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة العامة.

II -مفهوم العقد الإداري:

إن العقود التي تبرمها الإدارة في ممارستها لنشاطها لا تخضع لنظام قانوني موحد، فقد يكون عقد الإدارة عقدا مدنيا، كما قد يكون عقدا إداريا يخضع لأحكام القانون العام، وذلك لعدم توافق أحكام القانون الخاص مع طبيعة النشاط الذي تمارسه الإدارة .

يقوم العقد بصفة عامة على أساس توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني يتمثل في إنشاء إلتزام أو تعديله أو إلغائه، و يخضع العقد الإداري لنفس أركان العقد المدني من حيث الرضا، المحل، و

[1]- د. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2005، صفحة 7-10 .

قيام السبب على الرغم من إختلاف النظام القانوني الذي له كل منهما، و يعود هذا الإختلاف إلى إحتواء العقود الإدارية على شروط إستثنائية غير مألوفة بالنسبة للعقود المدنية .

و من هنا يعرف العقد الإداري بأنه:

" العقد أوالإتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام، قصد تسيير مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروط إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ".

III -عناصر العقد الإداري :

يقوم العقد الإداري على ثلاثة مقومات و ضوابط تعتبر معاييرلتمييزه عن غيره من العقود الخاصة بالإدارة العامة والتي تخضع فيها الإدارة إلى نظام القانون الخاص ويختص بمنازعاتها القاضي العادي، وتتمثل هذه العناصر فيما يلي:

أ - وجود الإدارة طرفا في العقد :

لإضفاء الصفة الإدارية على العقد يجب أن تكون الإدارة طرفا فيه، فالعقد الإداري وسيلة لتسيير النشاط الإداري.

وتكون الإدارة طرفا في العقد الإداري من خلال أحد الأشخاص المعنوية: الدولة أو الهيئة العمومية الوطنية المستقلة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية، وهو ما نصت عليه المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات:

- الإدارات العمومية
- الهيئات الوطنية المستقلة
- الولايات
- البلديات
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، مراكز البحث و التنمية و المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي و المؤسسات العمومية ذات العلمي والثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التقني و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و المؤسسات العمومية الإقتصادية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة .

- و تدعى في صلب النص " المصلحة المتعاقدة ".

و من المعروف أنه لكل قاعدة إستثناء، فإن القضاء الإداري قد خفف من حدة إشتراط وجود الإدارة طرفا في العقد، حيث أقر بنظرية الوكالة بإمكانية حيازة العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص للصفة الإدارية كإستثناء من الأصل، متى إستبان أن العقد المبرم ينصب على مصلحة الإدارة و لحسابها و متى استوفى العناصر التى تقوم عليها معايير تمييز العقد الإداري .

- إذا كان الشخص الخاص وكيلا عن الإدارة في إبرام العقد[1] :

يعد العقد عقدا إداريا، إذا كان أحد أطراف العقد من أشخاص القانون الخاص و تعاقد بوصفه وكيلا عن الجهة الإدارية تطبيقا للقواعد العامة في الوكالة.

والواقع أن هذه الحالة لا تعتبر إستثناء من شرط أن يكون أحد أطراف العقد شخصا معنويا لوصفه بأنه عقدا إداريا، حيث أن الشخص المعنوي طرفا في العقد حتى و إن تعاقد من خلال وكالة.

- إذا تعاقد الشخص الخاص لحساب شخص عام:

متى توضح أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة يكون في الحقيقة لحساب و مصلحة الإدارة فإن هذا التعاقد يكتسب الصفة الإدارية إذا ما توافرت فيه العناصر التي تميز العقود الإدارية، فالنتيجة و الآثار المترتبة على العقد تنصرف إلى الإدارة و ذلك يكفي لإدراجه ضمن العقود الإدارية.

ب- إتصال العقد بنشاط مرفق عام:

Le rattachement a une activité de service public

لا يكفي لوصف العقد بأنه عقدا إداريا أن تكون الإدارة ممثلة في أحدالأشخاص المعنوية العامة طرفا فيه، فالإدارة تبرم إلى جانب العقود الإدارية عقودا مدنية إذا رأت أن مصلحتها تقتضى ذلك.

و المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته و يعمل بإنتظام و إستمرار و تستعين في إنشائه و تسييره بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة و لا يهدف هذا المرفق العام إلى تحقيق ربح من وراء تزويد المتعاملين بالحاجات العامة بل يقصد المساهمة في حماية النظام العام، و خدمة المصالح العامة في الدولة .

فإلى جانب أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد، يجب أن يتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره و ذلك لخدمة أغراضه و تحقيق إحتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة .

[1]- د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، صفحة 19.

و يأخذ إتصال العقد الإداري بالمرفق العام صورا عدة كلها تدور حول إنشاء المرفق العام و تسيير نشاطه فقد يكون الهدف من إبرام العقد الإداري إنشاء مرفق عام على النحو المتمثل في عقود الاشغال العامة، و قد يأخذ إتصال العقد الإداري بالمرفق العام صورا أخرى كالمساهمة في إدارته كما في عقود الإمتياز التي يشارك فيها المتعاقد مع الإدارة في إدارة المرفق العام مع إحتفاظ الإدارة بحقها في السيطرة على المرفق العام، كما قد يتعلق العقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد الأفراد أو الشركات الخاصة بتسيير المرفق العام كما في حالة عقود التوريد التي يتعهد فيها المتعاقد مع الإدارة بتوريد أصناف معينة تحتاجها الإدارة في تسيير نشاط المرفق العام.

ت| إتباع أساليب القانون العام في العقد الإداري:

L'emploi du procède de droit public

لا يكفي لإعتبار العقد إداريا أن يكون أحد أطرافه شخصا قانونيا عاما، وأن يتصل محله أو موضوعه بمرفق عام، و إنما يجب أن يحتوي أيضا على شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص، و هو ما يعرف بإتباع الإدارة لأساليب القانون العام، و ذلك يكون من خلال:

- تضمين العقد شروطا إستثنائية غير مألوفة في العقود المدنية التي تقوم على تجسيد مبدأ المساواة و التوازن بين أطراف العقد.

- فالشروط الإشتثنائية تعمل على منح الإدارة إمتيازات في مواجهة المتعاقد معها، و لا يشترط أن تتوافر في العقد كل الشروط بل شرط واحد يكفي حتى يكون العقد مشتملا على شروط غير مألوفة[1].

- من خلال النص صراحة على تلك الشروط و تقريرها بمقتضى القوانين و التنظيمات مع إحالة العقد إلى هذه النصوص.

- من خلال منح المتعاقد مع الإدارة حقوقا لا مثيل لها في روابط القانون الخاص إنطلاقا من إشراكه المباشر في إدارة و تسيير و إستغلال مرفق عام شرط أن يخضع ذلك المرفق لقواعد القانون العام.

[1]- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية، دار الهدى، الجزائر، صفحة 87.

إن هذه الشروط الغير مألوفة أو كما تعرف بالشروط الإستثنائية تكفل للإدارة إمتيازات في المتعاقد معها، كحقها في تعديل شروط العقد وتوقيع جزاءات على المتعاقد و كذلك إنهاء العقد بإرادتها المنفردة .

كذلك تمنح المتعاقد مع الإدارة سلطات في مواجهة الغير، فهي لا تتضمن بالضرورة منح إمتيازات للإدارة فقط، بل تقوم بوضع قيود عليها إذ إقتضت المصلحة العامة.

IV -أنواع العقد الإداري:

تبرم الإدارة أنواعا مختلفة من العقود الإدارية، منها عقود نظمها المشرع بأحكام خاصة و نص عليها القانون المدني، و منها ما ورد عليه النص في لائحة العقود الإدارية، و منها ما ترك تحديده للقضاء الإداري.

و لقد ذكر الأستاذ رشيد زعايمية أن من أهم العقود الإدارية، هي عقود الصفقات العمومية، حيث يقول[1]:

" Les principaux contrats administratifs sont les marchés de travaux publics (construction d'un bâtiment, d'un ouvrage, travaux de génie civil), de fournitures (achat, prise en crédit-bail, location, location-vente),de prestation de service et de réalisation d'études, d'une part, les conventions de délégation de service public (concession, affermage), qui ont pour objet de confier au cocontractant l'exploitation d'un service public"

ورجوعا للمادة 4 و المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236 نجد المشرع الجزائري قد حدد و بالنص الصريح أربعة من العقود التي تبرمها الإدارة أو الهيئة العامة، و أضفى عليها طابع الصفقة العمومية إن توافرت شروطها[2]، وهذه العقود هي:

- عقد إنجاز الأشغال العامة.
- عقد إقتناء اللوازم.
- عقد تقديم الخدمات.
- عقد إنجاز الدراسات.

[1] - Rachid ZOUAIMIA-Marie Christine Rouault, Droit Administratif, Berti Edition, 2009, Alger, Page 171.

[2]- د.عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، صفحة 84.

غير أن العقود الإدارية المحددة قانونا في التشريع الجزائري، و إن إنحصرت في أربعة عقود سابقة الذكر، إلا أنه هناك عقود إدارية تخضع لإختصاص و رقابة القاضي الإداري، إلا أنها لم تذكر في قانون الصفقات العمومية، و إنما ذكرت في تشريع الإدارة المحلية[1]. و منها عقد الإمتياز و عقد القرض العام.

1 - عقد الأشغال العامة: Le marché de travaux publics

عقد الأشغال العامة أو عقد المقاولة هو إتفاق بين الإدارة و أحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة تحقيقا للمنفعة العامة[2].

و لنكون أمام عقد الأشغال العامة وجب توافر ثلاث شروط و هي[3]:

أ - أن ينصب العقد على عقار:

يجب أن يكون متعلقا بعقار، كمشروع إنجاز طريق عام أو جسر أو مجموعة سكنات أو يتعلق بترميم أسقفها أو جدرانها.

إن هذا العقد من العقود له صلة وثيقة بفكرة التنمية المحلية والتنمية الوطنية، فإذا أعلنت السلطات العمومية مثلا أنها ستفك العزلة عن بعض المناطق و تمد شبكة المواصلات، أو أنها تعد لإنجاز مجموعة سكنات في مدة معينة أو أنها تعلن عن إنشاء مدن جديدة، فإن تنفيذ سائر البرامج الإستثمارية يجسد ميدانيا عن طريق عقد الأشغال العامة.

ب - أن يتم لحساب الشخص المعنوي:

لنكون أمام عقد أشغال العامة يجب أن يتم العمل الوارد على العقار لحساب شخص معنوي عام و يستوي أن يتعلق الأمر بشخص إقليمي كالدولة أو الولاية أو البلدية، أو شخص مرفقي كالجامعة و مركز التكوين المهني أو مؤسسة عامة إستشفائية.

ت - يجب أن يهدف العقد إلى تحقيق منفعة عامة:

إن وصف صفقة عمومية لا يصدق إلا إذا كان الهدف من وراء موضوع العقد خدمة المصلحة العامة و تلبية حاجيات الأفراد، ولما كان موضوع العقد ينصب على عقار سواء تمثل في إقامة

[1]- القانون رقم 08/90 المتضمن قانون البلدية ، القانون رقم 09/90 المتضمن قانون الولاية.

[2]- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2000، صفحة 573.

[3]- د، عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، صفحة 86.

طريق أو إنشاء مجموعات سكنية أو إقامة جسور أو محلات فإن الهدف من هذا العقد هو خدمة المصلحة العامة.

إن الفقه ذهب في تأصيل عقد الأشغال العامة كونه في حقيقة الأمر عقد مقاولة الموجودة و المكرس في القانون الخاص[1].

غير أنه لما اتصل بمرفق عام و كان الهدف منه تحقيق مصلحة عامة سمي العقد بعقد الأشغال العامة.

ث- أن يتوفر في العقد الحد المالي المطلوب:

إن المشرع الجزائري خص عقد الأشغال العامة و عقد إقتناء اللوازم بعتبة مالية خاصة [2] ، و حددها بأكثر من 8 ملايين دينار جزائري، و هو ما يشكل خاصية يتميز بها عقد الأشغال العامة عن بقية الصفقات الاخرى.

ج- حيازة المؤسسات المشاركة على شهادة التخصص و التصنيف المهنيين:

يتوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء و الأشغال العمومية و الري و الأشغال الغابية، أن تحوز على شهادة التخصص و التصنيف المهنيين [3] ، كشرط لإبرام صفقات مع الدولة، و الولايات و الإدارات و المؤسسات و الهيئات العمومية.

2- عقد إقتناء اللوازم: Le marché de Fournitures

إن عقد إقتناء اللوازم أو ما يعرف بعقد التوريد، هو عقد إداري يتعهد بمقتضاه أحد المتعهدين بأن يورد للإدارة منقولات تلزمها مقابل ثمن معين.

من خلال هذا التعريف يبدو أن الفرق واضح بين عقد التوريد الذي ينصب دائما على منقولات محل التعاقد، و عقد الأشغال العامة الذي ينصب دائما على عقار، وعقد إقتناء اللوازم ينصب على توفير منتوج أو مادة معينة للإدارة بصفة دورية خلال مدة متفق عليها في عقد الصفقة.

---

[1]- المادة 549 من القانون المدني.

[2]- المادة 2 من المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير2012 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

[3]- د.محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، صفحة 23.

3 -عقد تقديم الخدمات: Le marché de prestation de services

لقد عرفه الأستاذ محمد الصغير بعلي على أنه[1]:

" هو إتفاق بين الإدارة وشخص آخر طبيعي أو معنوي، قصد تقديم خدمات يحتاجها المرفق العام في إدارته و تسييره"، كأن تلجأ الجامعة إلى التعاقد مع مؤسسة للتنظيف قصد السهر على تنظيم الأقسام و المدرجات و حماية المحيط، أو أن تتفق البلدية مع مؤسسة متخصصة في الإعلامية لإقامة شبكة نظام للإعلام الآلي بمقر البلدية.

4 -عقد الدراسات: Le marché d'études

يعرف عقد الدراسات على أنه:

"إتفاق بين الإدارة المتعاقدة و شخص آخر طبيعي أو معنوي يلزم بمقتضاه هذا الأخير بإنجاز دراسات محددة في العقد لقاء مقابل تلزم الإدارة بدفعه تحقيقا للمصلحة العامة".

يتميز عقد الدراسات عن غيره من العقود الأخرى أنه ينصب على الجانب الفني و التقني، و هو ذو طابع علمي بمقتضاه يتم توظيف (مساحات، أرقام، تصاميم هندسية، بحوث، إحصاءات، تحاليل مخبرية...) ووضعها تحت تصرف الإدارة المعنية.

5 -عقد الإمتياز: La concession

هو عقد يهدف إلى إدارة مرفق عام و إستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال و أموال يقدمها صاحب الإمتياز على مسؤوليته، مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته وذلك لمدة من الزمن تحدد في العقد حيث يعود المشروع في نهاية المدة إلى الإدارة[2].

و يتمتع عقد الإمتياز بالخصائص التالية:

أ - أنه عقد إداري يربط بين السلطة الإدارية و بين أحد الأفراد أو الشركات، و ليس هناك ما يمنع أن يربط عقد الإمتياز بين الشخص الإداري و الشركة من القطاع العام.

[1]- المادة 2 من المرسوم الرئاسي12-23.

[2]- نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، صفحة 17.

ب- إن الإدارة في هذا العقد بالذات تتمتع بسلطات إستثنائية تفرضها صفتها كشخص من أشخاص القانون العام، و هذا بغرض حماية فئة المنتفعين.

ت- يلتزم المتعاقد مع الإدارة أن يتولى تسيير مرفق عام يحدده العقد، و يتقيد بكل الضوابط بما فيها المالية، و كذلك تجسيد المساواة بين فئة المنتفعين.

ث- يتحمل الملتزم في عقد الإمتياز النفقات الناتجة عن تسيير المشروع و يضمن له سيرا منتظما و مطردا، وبالمقابل تلتزم الجهة الإدارية في حال اختلال توازنه المالي بأن تعيد له هذا التوازن وهذا ما أقره القضاء المقارن.

6 -عقد القرض العام: Le contrat d'emprunt public

هو إستدانة أحد أشخاص القانون العام (الدولة، الولاية، البلدية.....إخ)، أموالا من الغير سواء كان شخص معنوي أو طبيعي مع التعهد بردها إليه بفوائدها [1]السنوية في الأجال المحددة و يأخذ عقد القرض عدة أشكال منها:

- القروض الإختيارية و القروض الإجبارية.
- القروض المؤقتة و القروض المؤبدة.
- القروض الداخلية و القروض الخارجية.

[1]- د.محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، صفحة 26.

القيود السابقة للتعاقد الإداي

ينقسم هذا الفصل إلي مبحثين، المبحث الأول يدرس القيود التي تحكم على جهة الإدارة المتعاقدة و المبحث الثاني يتناول القيود التي تحكم إختيار المتعاقد.

المبحث الأول: القيود التي تحكم جهة الإدارة

إن القيود الواردة على حرية الإدارة لدى التعاقد ما هي إلا ضوابط حددها القانون وأوجب على الإدارة إحترام هذه الضوابط قبل وأثناء التعاقد.

و قد تناولنا في هذا المبحث القيود التي تحكم جهة الإدارة قبل إبرام العقد الإداري وذلك من خلال مطلبين، خصصنا المطلب الأول للإذن المالي والإذن القانوني، أما المطلب الثاني للإستشارات السابقة للتعاقد.

المطلب الأول: الإذن المالي و القانوني

إن العقود الإدارية تضع على عاتق الشخص المعنوي المتعاقد الالتزام بمبالغ مالية لمواجهة الأعباء الناجمة عن تلك العقود، لذلك من المنطقي أن يكون قبل أي تعاقد إداري اعتماد مالي،أي اعتماد وارد في الميزانية سواء كانت الميزانية العامة للدولة ، أو الميزانية الخاصة بكل وحدة محلية.

الفرع الأول: مفهوم الإذن المالي

1 -مفهومه:

إن الإعتماد المالي Crédit Budgétaire يعد ترخيص عام يعطي من جانب السلطة المختصة في سبيل انجاز تصرفات قانونية من شأنها أن تولد إلتزامات مالية على عاتق الذمة المالية الإدارية.

وفي مقدمة هذه التصرفات التي تشغل الذمة المالية الإدارية تأتي العقود الإدارية فعند إبرام عقد أشغال معين أو عقد توريد محدد مثلا ، فإنه يتحتم أن تكون أعباء هذا العقد أو ذلك لها مكان في موضوع الإعتماد، الأمر الذي يعني أن البرلمان يعطي الترخيص للحكومة لكي تنجز التصرفات

القانونية الضرورية للتنفيذ الجيد للمرفق الذي خصص له الإعتماد وهذا الترخيص لا يمكن أن يستخدم إلا لأجل هذا الموضوع ، ولا يمكن أن يستخدم إطلاقا في سبيل موضوع آخر ، تحت طائلة عدم مشروعية النفقة المرصودة للعقد وإنما يستخدم في حدود القيمة المالية المخصصة لهذا الإعتماد وأثناء المدة الزمنية التي يجب أن يستخدم خلالها وهي عادة سنة.

إن هذا القيد توجبه المصلحة العامة التي يتنافى معها إرباك الميزانية العامة للدولة بالإنفاق على مشروعات ليست هناك حاجة ملحة للبدء في تنفيذها[1].

إلا أنه يتصل أيضا بمصلحة من يشرع في التعاقد مع الإدارة حيث سيوفر له الإطمئنان إلى إستفـاء مستحقاته المالية عما قد يؤديه من أعمال.

لذلك فإن توافر الإعتماد المالي أمر واجب وسابق للتعاقد ، إلا أن وجوده لا يلزم الإدارة بإبرام العقد ، حيث أن تحديد ميقاته أمر متروك لتقدير الإدارة كما يجوز للإدارة أيضا العدول عما سبق وأبدته من نية في التعاقد وذلك إذا تبين أن تحقيق المصلحة العامة يقتضي العدول عن التعاقد ، لأن دافع الإدارة للتعاقد هو الرغبة في تحقيق المصلحة العامة ، فإذا تعارض ما إنتوته مع تلك المصلحة أو لم يكن فيها ما يحققها ، فبوسع الإدارة إنهاء التعاقد الذي أبرمته.

2 - مصير العقد الإداري المنعقد في غياب الإعتماد المالي

عدم توافر الإعتماد المالي اللازم لتمويل العقد، وإن كان يرتب إستحالة تنفيذ الإدارة للتزامات المالية تجاه من تعاقدت معه. إلا أنه لا يترتب على هذا القيد بطلان العقد الإداري وإن ترتب على هذه المخالفة تقرير المسؤولية الإدارية.

حيث يترتب على ذلك نتيجة عامة تتمثل في أن مخالفة الإدارة للقواعد الخاصة بالإعتماد المالي لا يترتب عليها بطلان التصرف الإداري ومنه فإن الإدارة إذا تعاقدت رغم عدم وجود الإعتمادات المالية ، فّإن العقد يكون سليما وملزما للإدارة في مواجهة الأفراد سواء كان الإعتماد غير موجود

[1]- د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، صفحة 91.

كلية أو كانت الالتزامات التعاقدية تزيد على المبلغ المسموح به، وهو ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي، حيث أقر مبدأ الفصل بين قواعد القانون المالي وقواعد القانون الإداري.

وهو ما إنتهجه مجلس الدولة المصري، وتأكد من خلال الأحكام الصادرة عن قضاء المحكمة الإدارية، فلقد أقر مجلس الدولة الفرنسي صراحة أن العقد المبرم دون إعتماد أو الذي تم فيه تجاوز الإعتماد المقرر يكون مشروعا صحيحا، والإدارة لا يمكن أن تتملص من دفع المبالغ المالية الناجمة عنه، وبالتالي إذا تعاقدت الجهة الإدارية بالرغم من عدم وجود الإعتمادات المالية فإن العقد يكون ملزما للإدارة في مواجهة الأفراد سواء كان الإعتماد غير موجود أو يزيد عن المبلغ المسموح به وهو ما أجمع عليه الفقه والقضاء.

وفي هذا المجال نجد أن القضاء والفقه الإداريين قد إستقرا على إعتبار تصرف الإدارة بإبرام عقودها الإدارية بهذه الظروف يكون صحيحا وملزما لأطرافه مع ما يشكله من استحالة تنفيذ الإدارة لإتزاماتها المالية في مواجهة المتعاقد معها مما يترتب عليه مسؤوليتها القانونية.

وقد برر القضاء الإداري ذلك بضرورة حماية الأفراد في تعاقدهم مع الإدارة كون علاقتهم مع الإدارة فردية وليست تنظيمية مع وجوب عدم زعزعة الثقة الإدارية[1].

ووفقا للقواعد العامة في التعاقد لا يمنع تعاقد الإدارة في هذه الحالة، وبوسع المتعاقد المطالبة بفسخ العقد لعدم تنفيذ الإدارة لإلتزاماتها المالية المستحقة لصالحها مع التعويض المناسب للأضرار التي لحقت به.

الفرع الثاني : الإذن أو التصريح القانوني

من القيود التي ترد على جهة الإدارة عند إبرام العقود الإدارية ضرورة الحصول على إذن أو تصريح سابق بالتعاقد، فالمشرع يستلزم قبل الإقدام على إبرام بعض العقود الإدارية ضرورة

1- د.عمار بوضياف، محاضرات في القانون الإداري (06)، السنة الثانية، ل م د، منتديات الحقوق والعلوم القانونية، الجزائر 2009- 2010.
http : //www.droit-dz.com/form/showthread.php ?

حصول جهة الإدارة الراغبة في التعاقد على تصريح أو إذن بالتعاقد من الجهة التي يحددها القانون، وذلك نظرا لما تتسم به تلك العقود من أهمية خاصة[1].

1- مصادر الإذن بالتعاقد:

للإذن بالتعاقد مصادر عدة تختلف بحسب نوع وأهمية العقد المبرم، إذ قد يصدر عن السلطة المركزية كما قد يصدر عن السلطة اللامركزية، وهو ما أكده نص المادة 8 من المرسوم الرئاسي 236.-10

1- التصريح أو الإذن بالتعاقد بالنسبة للعقود التي تبرم باسم الدولة:

إن عقود الدولة هي العقود التي يتم التعبير عن إرادة الإدارة في إبرامها لسلطة إدارية واحدة. هذه السلطة تنعقد طبقا لأحكام قانون تنظيم الصفقات العمومية للوزراء فقط، و ذلك مهما كانت قيمة العقد و أيا كان أسلوب التعاقد.

فيقصد بالسلطة المختصة بالإعتماد في مجال إبرام العقود الإدارية الوزير و من له سلطاته كل في نطاق إختصاصه فالوزراء إذن هم المختصون في دائرة قطاعاتهم الوزارية بإبرام عقود الدولة، على أن يتقيد كل وزير بنطاق وزارته. ولا يمتد إختصاصه إلى القطاعات الأخرى.

ويمكن للوزير أن يتعهد بالاختصاص في توقيع العقد باسم الدولة نيابة عنه لمن يفوضه من شاغلي الوظيفة الأدنى مباشرة، والتفويض لا يتناول فقط التوقيع على العقد كعمل مادي وإنما يتناول كذلك كافة السلطات التي يملكها الوزير في إبرام العقد، وهذا لا ينفي مسؤولية الوزير عن العقود التي يتم إبرامها بالتفويض، بل يبقى مسؤولا عنها باعتباره المسؤول الأول عن كافة أعمال وزارته بما فيها إبرام العقود.

2- التصريح أو الإذن بالتعاقد بالنسبة للعقود التي تبرم في إطار اللامركزية الإدارية:

إن العقود التي تبرمها وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات العامة لا تندرج في إطار ما يسمى بعقود الدولة، وإنما في إطار عقود الأشخاص العامة المركزية ، لذلك فإن الولاية في إبرام عقود

[1]- د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، صفحة 94.

الوحدات الإدارية المحلية تنصرف إلى الوالي طبقا لنص المادة 8 من المرسوم 10-236 " الوالي فيما يخص صفقات الولاية "، و بالتالي يصبح هو المختص باختيار أسلوب التعاقد و بإصدار قرار إبرام أو عدم إبرام العقد.

أما فيما يتعلق بإبرام عقود الهيئات أو المؤسسات العامة الإدارية ، الصناعية ، التجارية الإقتصادية، العلمية ، فإن الولاية العامة في هذا الشأن تنصرف إلى رؤساء مجالس الإدارة و المدراء العامون يجسدون في الواقع السلطة المختصة بإبرام تلك العقود.

2 جزاء تخلف التصريح أو الإذن بالتعاقد:

إن جزاء مخالفة هذا القيد هو بطلان العقد الذي تم إبرامه بطلانا مطلقا حيث تكون الإدارة قد أبرمت العقد على خلاف ما يقتضى به القانون.

حيث يختلف التأثير على طبيعة العقد الإداري بين ما إذا كان هذا العقد قد أبرم دون توافر اعتماد مالي أو دون كفايته جزاء تخلف التصريح أو الإذن بالتعاقد و بين التعاقد دون الحصول على إذن سابق من الجهات المختصة حيث لا تأثير لغياب القيد الأول على سلامة العقد الإداري الذي ينعقد صحيحا مرتبا لأثاره بين طرفيه جزاء تخلف التصريح أو الإذن بالتعاقد في حين يؤدي تخلف القيد الثاني إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا لتعلق هذا القيد بالنظام العام.

حيث لا يجوز للإدارة مباشرة أي إجراء من إجراءات التعاقد دون الحصول على إذن الجهة المختصة التي يحددها القانون، و يعتبر العقد الذي تبرمه الإدارة دون الحصول على الإذن أو التصريح بالتعاقد معدوما من الناحية القانونية ولا يجوز تصحيحه بصدور إذن لاحق[1].

و عليه لا تتوافر الرابطة التعاقدية بين الإدارة و الطرف الأخ ر، ويملك هذا الأخير المطالبة بالتعويض الذي لحق به على أساس المسؤولية التقصيرية ، و إما على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب إذا استطاع المتعاقد مع الإدارة إثبات أنها قد أفادت من جراء تنفيذه للعقد المعدوم[2].

[1]- د.عمار بوضياف ، محاضرات في القانون الإداري، مرجع سابق.

[2]- د.عبد العزيزعبد المنعم خليفة، مرجع سابق، صفحة 96 .

المطلب الثاني: الإستشارات السابقة على التعاقد

يقصد بالرأي الإستشاري (avis consultative) في مجال إبرام العقود الإدارية، إجراء تحصل بمقتضاه جهة الإدارة المختصة بإبرام العقد على المشورة والنصح والرأي القانوني من هيئة أو إدارة تدعى عادة الهيئة الاستشارية.

وقد تكون هذه الجهة ملتزمة قانونا بأخذ هذا الرأي، ويطلق على هذه الإستشارة في هذه الحالة بالإستشارة الإلزامية أو الإجبارية حتى إن لم تكن جهة الإدارة ملزمة بإتباعها وقد تلجأ لها جهة الإدارة بمحض إختيارها وإرادتها، أي دون إلزام من المشرع إلى طلب هذه الإستشارة ولهذه يطلق عليها الإستشارة الإختيارية أو التلقائية، وأخيرا قد تكون جهة الإدارة ليست ملزمة بطلب الرأي الاستشاري فحسب وإنما ملزمة أيضا بالتقيد بما ينتهي إليه هذا الرأي، بمعنى أن جهة الإدارة تكون ملتزمة في هذه الحالة برأي الإستشارة من الناحيتين العضوية والموضوعية ويطلق على الإستشارة في هذه الحالة الإستشارة المقيدة[1].

الفرع الأول: الإستشارة الإلزامية أو الإجبارية

La consultation obligatoire

هي تلك الإستشارة التي يفرضها القانون على جهة الإدارة عندما ترغب في إبرام عقد إداري معين، حيث يوجب المشرع قبل المباشرة بأي إجراء من إجراءات التعاقد دراسة موضوع العقد

وإجراء إستشارات متعددة في سبيل إنجاز المشروعات وفقا للموصفات المطلوبة في الخطة مع مراعاة حدود الإعتماد المالي المخصص.

إن هذه الضوابط تكون توجيهات للإدارة تستشير بها قبل الإقدام على التعاقد ومع نص المشرع على وجوب إتباعها يترتب على مخالفة ذلك إعتبار العقد باطلا رغم أن المشرع لم يلزم الإدارة موضوعيا برأي الجهة التي أوجب أخذ رأيها.

[1]- د.عمار بوضياف، محاضرات في القانون الإداري، مرجع سابق.

الفرع الثاني: الإستشارة الإختيارية أو التلقائية

La consultation facultative

ويقال لها الإستشارة الحرة (la consultation libre) وهي التي تطلبها جهة الإدارة بمحض إرادتها ودون إلزام قانوني بطلبها، لذا فإن جهة الإدارة لها الحرية المطلقة في أن تلزم نفسها بنتيجة هذه الإستشارة، مما يعني تلتزم بالرأي المقدم إليها من الجهة الاستشارية بإرادتها أو إذا قررت هي ذلك مع ملاحظة أنه إذا كان من حق جهة الإدارة أن تطلب هذه الإستشارة إلا أن ذلك لا يجب أن يتم على حساب استشارة أخرى ألزمها القانون بخصوص نفس العقد المزمع إبرامه[1].

فطلب الإستشارة الإختيارية أو الحرة لا يعفي جهة الإدارة من إجراء الإستشارة الإلزامية التي يقررها القانون، والإستشارة الإختيارية أو الحرة تنقسم إلى نوعين:

1 -الإستشارات التي يقررها نص قانوني معين تاركا للجهة الإدارية المختصة الخيارين طلبها أو عدم طلبها.

2 -الإستشارات التي تجريها جهة الإدارة بإرادتها الحرة دون أن يكون هناك نص قانوني يقررها على الإطلاق.

وكما هو واضح فإنه ليس هناك فرق بين هذين النوعين من الإستشارة الإختيارية طالما أن إرادة الجهة الإدارية هي العنصر الفاعل في طلبها أو عدم طلبها.

ومما يؤكد هذا الدور الإيجابي للهيئات الاستشارية تخوف القائمين على إدارة التنظيم من المساءلة، ومن ثم اتكالهم في أداء أعمالهم وفيما يتخذونه من قرارات في هذا الخصوص على الإستشارة الفنية التي تقدمها لهم تلك الهيئات، ولهذا فقد أصبح من المألوف الآن في كتابات الباحثين في الإدارة العامة، كما يلاحظ البعض يحق استعمال مفهوم سلطة المشورة الذي يعني مقدار ما يتمتع به العمل الاستشاري في إدارة التنظيمات الحديثة من نفوذ وتأثير وهما أساس

[1]-د.رمضان محمد بطيخ، قيود التعاقد الإداري، منتدى القانون و الحقوق، ب ت.
http://www.droit-dz.com/form/showthread.php?

مفهوم السلطة، وذلك بجانب أن موقع الهيئات الاستشارية في التنظيم الإداري يكون بجانب موقع الرئاسة أو القيادة الإدارية، وعلى إتصال مستمر بالرئيس التنفيذي.

بل ويحدث ذلك حتى في حالة وجود تلك الهيئات في موقع أدنى من موقع الرئاسة أو القيادة الإدارية، و الأمر الذي لا شك فيه أن هذا الموقع يعطي لعملها نوعا آخر من النفوذ قد يصل في بعض الأحيان إلى حد السيطرة والتسلط على الرئاسة الإدارية ذاتها، خاصة إذا كان بناء شخصيتها يسمح بذلك كما هو مشاهد في بعض التنظيمات الإدارية.

هذا بالإضافة إلى أن ما يتمتع به غالبا أعضاء الهيئات الإستشارية من مهارة الإقناع ودراية فنية، ومكانة وتقديرا إنما تشكل في الواقع عناصر أخرى بجانب كل ما سبق، تساعد في إعطاء تأثير كبير لعملهم لدرجة أن الرؤساء الإداريين قد يجدوا أنفسهم في أغلب الحالات مرغمين بصورة وبأخرى لقبول العمل الإستشاري حتى ولو كان يتعارض مع إتجاههم أو وجهات نظرهم.

الفرع الثالث : الإستشارة المقيدة

La consultation Conform

طبقا لهذا النوع من الإستشارات تكون جهة الإدارة ملزمة بأخذ رأي هيئة أو إدارة استشارية معينة حول العقد الذي ترغب في إبرامه، و بضرورة التقيد بما جاء في هذا الرأي أو الإستشارة. ولهذا يقال أن الرأي الاستشاري هنا يكون ملزما من الناحيتين العضوية بمعنى أن الإدارة المختصة ملزمة بطلبه من الجهة التي حددها القانون، وملزمة بالأخذ بمضمون الرأي الذي تقره هذه الأخيرة، ونتيجة لذلك فإن طلب الرأي وكذلك التقيد بهذا الرأي يعد في هذه الحالة من الشكليات الجوهرية التي يترتب على إغفالها بطلان العقد، بل ويتعين على الجهة الإدارية ضرورة أن تراعي وتحترم كافة البنود التي أخذ الرأي بشأنها، فإذا رأت أن هذا الرأي غير مناسب بالنسبة لكافة البنود أو البعض منها، فليس أمامها إلا التخلي عن إبرام العقد، كما أنه لا يمكنها أن تعاود الكرة مرة أخرى وتطلب رأيا جديدا بالنسبة لذات البنود السابقة، إلا إذا نص القانون على إمكانية ذلك، فصدور الرأي الإستشاري من الجهة المختصة يعد إذن شرطا أساسيا لإبرام العقد الإداري.

هذا ويعتبر القضاء الفرنسي أن العيب الناجم عن عدم إجراء هذا النوع من الإستشارة، أو عن إجراءها على نحو مخالف للقانون، من النظام العام، فيمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه وفي أية حالة تكون عليها الدعوى.

وتجدر الإشارة إلى أن الإستشارة المقيدة أو الوجوبية تعتبر ملزمة في مضمونها وموضوعها للجهة الإدارية المستشيرة مشاركة في الإختصاص، وتقسيما لهذا الاختصاص بين الجهة المستشيرة والجهة المستشارة، لأن إلزام الجهة الأولى بضرورة أن تأخذ بموضوع ومضمون الإستشارة إنما يؤدي إلى مساهمة جوهرية في تكوين التصرف القانوني، باعتبار أن هذا التصرف هو في حقيقته مضمون وموضوع بالدرجة الأولى، أما إذا كان التدخل الإستشاري وجوبيا دون أن يشترط القانون التزام الإدارة طالبة المشورة بمضمون هذه المشورة، فإن التدخل الاستشاري في هذه الحالة لا يعتبر مشاركة في الإختصاص، لأنه لا ينطوي على مشاركة في وضع مضمون التصرف.

المبحث الثاني: القيود التي تحكم إختيار المتعاقد

إن الإدارة لا تملك حرية واسعة عند التعاقد على عكس ما هو الحال عند تعاقد الأفراد، إذ فرض المشرع جملة من الإجراءات والأساليب تشكل في ذاتها قيدا على حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها ، وذلك بهدف الحصول على أفضل متعاقد من الناحيتين المالية والفنية تحقيقا للمصلحة العامة.

إن نظام الصفقات العمومية الجزائرية يأخذ بأسلوبين لإجراء العقود، هما أسلوب المناقصة العامة وأسلوب التراضي.

وسوف نتناول دراسة هذه الأساليب في مطلبين، المطلب الأول يدرس أسلوب المناقصة، والمطلب الثاني أسلوب التراضي.

المطلب الأول: المناقصة

إن المشرع الجزائري أولى أسلوب المناقصة أهمية خاصة في مختلف قوانين الصفقات العمومية، حيث خصص لها كما معتبرا من المواد، من منطلق أنها القاعدة العامة في مجال التعاقد بالنسبة للإدارات العمومية[1].

الفرع الأول: تعريف المناقصة

عرفت المادة 26 من المرسوم الرئاسي 10-236 المناقصة على أنها:

"المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض".

في السابق كانت المناقصة هي مجموعة من الإجراءات تهدف إلى دعوة الجمهور إلى الاشتراك في العملية التي تطرحها الإدارة بقصد الوصول إلى المتناقص الذي يتقدم بأرخص أسعار التعاقد.حيث كانت المناقصة هي الأصل العام في التعاقد الإداري، وكانت الإدارة ملزمة بإبرام عقودها عن طريقها ، إذا لم يحدد لها المشرع أسلوبا آخر للتعاقد.

إلا أن هذا الوضع لم يرق للفقه الذي لم يرى في أسلوب التعاقد بهذه الوسيلة ما يحقق المصلحة العامة في جميع حالاته لإعتبارات يمكن إجمالها فيما يلي[2]:

1. إن أسلوب المناقصة لم يعط الإدارة دائما ما كانت تتوقعه من فوائد مالية، فمن المعروف بداهة وعملا أن الشيء الأرخص ليس هو الأكثر اقتصادا في جميع الأحوال إضافة إلى أن جودة الصنف تتعارض غالبا مع رخص الثمن.

2. إن هذا الأسلوب لم يقدم دائما لجهة الإدارة الراغبة في التعاقد ما كانت ترجوه من ضمانات فكثيرا ما يلجأ مقدمو العطاءات إلى طرق التحايل أو يتفقون فيما بينهم على جعل المنافسة صورية.

[1]- المادة 25 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 17 أكتوبر سنة 2010، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.
[2]- د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، صفحة 103.

3. إن مصلحة المرفق الفنية التي كانت تبدو حتى أواخر القرن الماضي ذات أهمية محدودة بسبب عدم تقدم أساليب الصناعة، قد تزايدت أهميتها مع تقدم وسائل الإنتاج الفنية وازدياد المرافق العامة الصناعية والتجارية.

4. في حالات عديدة يتعذر على الإدارة التقيد بمبدأ المناقصة العامة ، كما لو رغبت في إقامة تمثال أو تجميل ميدان ، ففي مثل هذه الحالات يتعين عليها تقديم الإعتبارات الفنية على الإعتبارات المالية في إختيار المتعاقد لتنفيذ الصفقة ، والذي لا يتم إختياره على أساس أقل العطاءات من حيث السعر، بل أساس الأفضلية من الناحيتين الفنية والجمالية.

لتفادي ما شاب أسلوب التعاقد عن طريق المناقصة العامة من أوجه قصور لم يجعل منها المشرع في قانون المناقصات العمومية الجديد أسلوبا أصيلا في التعاقد الإداري، وهو ما جاء في نص المادة 25 من المرسوم 10-236 جعل هذا القانون للسلطة المختصة سلطة تقديرية واسعة في التفضيل بين أسلوب المناقصة أو أسلوب التراضي في التعاقد، والذي يكون أساسه طبيعة وظروف العقد المزمع إبرامه.

الفرع الثاني: أشكال المناقصة

لقد حدد المشرع الجزائري طرق خاصة لإبرام الصفقات العمومية وإلزام جهة الإدارة إن هي رغبت في التعاقد بإتباع هذه الطرق، ولكنه وإن بدا محددا لطرق التعاقد، فإنه من جهة أخرى فسح مجال الحرية للإدارة لإختيار الأسلوب والنمط الذي يليق بها حسب ظروف كل عملية تعاقدية مع إلزامها بتحمل المسؤولية كاملة في حال إختيار طريقة من التعاقد دون الأخرى.

ورجوعا للمادة 28 من المرسوم الرئاسي 10-236 نجدها قد بينت بوضوح أشكال المناقصة، وأشارت كذلك أنه يمكن أن تكون وطنية أو دولية وصنفتها إلى عدة أنواع وهي:

1. المناقصة المفتوحة:

عرفتها المادة 29 من المرسوم 10-236 بأنها:

"المناقصة المفتوحة هي إجراء يمكن من خلاله أي مرشح مؤهل أن يقدم تعهدا ".

يتضح من خلال نص المادة أن هذا الأسلوب من أساليب التعاقد في شكل مناقصة مفتوحة يكفل لكل عارض مؤهل تقديم عرضه، وهو ما يفتح باب المنافسة الواسعة بين العارضين، فليس هناك شروط إنتقائية أو إقصائية، وبإمكان من توفرت فيهم الشروط المعلن عنها المشاركة فيها وتقديم العرض.

كما أن المناقصة المفتوحة أو العامة قد تتسع دائرتها فتضم أطرافا أجنبية ، إذا كانت المناقصة وطنية وأجنبية[1].

2. المناقصة المحدودة:

ورد تعريفها في المادة 30 من نفس المرسوم بقولها:

" المناقصة المحدودة هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا ".

وهكذا اعترف المشرع للإدارة المتعاقدة بقدر من الحرية في وضع وتحديد شروط المنافسة باعتبارها صاحبة المصلحة ، واليها تعود سلطة وضع معايير خاصة بهدف تحقيق الغرض من العملية التعاقدية فقد تفتح الإدارة المعنية مجال المنافسة وقد تضبطها فلا يشارك فيها إلا من توفرت

فيهم شروط خاصة أعلنت عنها جهة الإدارة، وهذا يؤكد الطابع المعقد لبعض العمليات لذا يكون من حق الإدارة أن تقدر ما تراه صالحا لها من شروط خاصة وتعلن عن المناقصة المحدودة ضمن هذا الإطار الذي رسمته، والمناقصة المحدودة هي الأخرى يمكن أن تكون وطنية كما قد تكون أجنبية.

[1]- د.عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2011 ، صفحة 127-137.

3. الإستشارة الانتقائية:

عرفها المرسوم الرئاسي 12-23 في المادة 6 بأنها:

" الإستشارة الانتقائية هي إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي".

وتلجأ المصلحة المتعاقدة للانتقاء الأولي لإختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بعمليات معقدة أو ذات أهمية خاصة.

ويجري اللجوء إلى الإستشارة الانتقائية على أساس:

-مواصفات تقنية مفصلة أو نجاعة يتعين بلوغها.

-برنامج وظيفي استثناء إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بإستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس إنتقاء أولي بمناسبة إنجاز عمليات هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة أو عمليات إقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري، وفي هذه الحالة يجب تجديد الانتقاء الأولي كل ثلاث سنوات.

يجب أن تتوجه الإستشارة الانتقائية في ثلاثة مرشحين على الأقل ثم إنتقاءهم الأولي وفي حالة ما إذا كان عدد المرشحين الذين جرى إنتقاءهم الأولي أدنى من ثلاثة يجب على المصلحة المتعاقدة أن تباشر الدعوة إلى الإنتقاء الأولي من جديد.

و يجب أن يتم النص على كيفيات الإنتقاء الأولي و الإستشارة في دفتر الشروط ".

إجراءات خاصة بالإستشارة:

لقد خص المرسوم الرئاسي 12-23 نظام الإستشارة الانتقائية بإجراءات حملتها كل من المواد 6، وإستنادا لهذه المواد تمر الإستشارة عموما بمرحلتين:

أ. وجوب توجيه الدعوة لعدد من المترشحين لا يقل عن ثلاث:

تتوجه في البداية المصلحة المتعاقدة إلى مجموعة من المترشحين تختارهم وتدعوهم بموجب رسائل استشارة إلى تقديم عروضهم التقنية الأولية دون العرض المالي [1]، وفي حال ما إذا كان عدد المرشحين أقل من ثلاث يجب على المصلحة المتعاقدة أن تباشر الدعوة للإنتقاء الأولي من جديد.

وهو دليل على حرص المشرع على دفع جهة الإدارة للتريث وعدم الإستعجال في إختيار المتعاقد معها ، وضمان أكبر مشاركة ممكنة تكريسا لمبدأ المساواة وتفادي المعاملات المشبوهة والوقاية من الفساد.

لقد أجاز المرسوم الجديد للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من العارضين تقديم تفصيلات عن عروضهم من الناحية التقنية لتتمكن لجنة تقييم العروض من القيام بمهمتها ، كما أجاز في حالة الضرورة تنظيم إجتماعات القصد منها توضيح مضمون العروض من الناحية التقنية ، والأطراف المعنية بحضور هذا الإجتماع هم أعضاء لجنة التقييم موسعة للخبراء.

إن من محاسن المرسوم الرئاسي الجديد إجازته للجنة تقييم العروض الإستعانة بخبرة خارجية أي خارج القائمة الإسمية للجنة تقييم العروض بالإدارة المعنية، وما دفع لتزكية هذا الإجراء الجديد أن الخبرة عمل تقني ضروري في العديد من الأعمال، وهي معتمدة في العمل البرلماني فشتى لجان المجلس الشعبي الوطني ولجان مجلس الأمة بإمكانها أن تلجأ للخبرة بمناسبة دراسة مشروع قانون.

إن القضاء يعتمد على الخبرة سواء كان قضاء عادي أو قضاء إداري لذلك تلجأ لجنة تقييم العروض للخبرة لإنارتها بجوانب قد تغفل عنها أو غامضة بالنسبة لها.

لقد فضل المشرع أن يكون الخبير جزائريا، إلا أنه لا يمانع أن يتم اللجوء لخبير أجنبي لدواعي موضوعية، وهو ما يؤكد مرة أخرى الطابع التقني والمعقد لأسلوب الإستشارة من حيث محل العقد.

[1]- المادة 6 من المرسوم الرئاسي 12-23

وفي حال طلبت المصلحة المتعاقدة من العارض تقديم إيضاحات تخص عرضه ، فلا ينبغي أن يؤدي هذا التوضيح إلى تعديل أساسي في العرض، وتكون أجوبة العارضين المكتوبة جزءا لا يتجزأ من عروضهم.

ب. دراسة العروض ودعوة العارضين لإستكمال عروضهم النهائية:

إن المرحلة الأولى تتولى فيها الإدارة مباشرة الإتصال بمجموعة من العارضين ممن تختارهم وتقدر فيهم أهميتهم الخاصة أو مهاراتهم وإمكانياتهم، وتطلب منهم تقديم عروضهم دون أن ينجم عن ذلك أية مسؤولية تعاقدية من جانبها في هذه المرحلة.

أما المرحلة الثانية فتتمثل في إختيار المصلحة المتعاقدة لمتعامل متعاقد دون غيره، أو لعارض دون سواه بالنظر أنه أفضل العروض من الناحية الاقتصادية[1].

4. المزايدة:

إن ما يميز المناقصة عن المزايدة ، هو أن الأولى يرسو المزاد فيها على المتعهد الذي يقدم أقل ثمن، أما الثانية يرسو المزاد فيها على الذي يقدم أعلى ثمن.

كذلك اختلاف موضوع العقد ومحله ، فالمناقصة موضوعها قد يكون أشغال عامة أو توريد أو خدمات أو انجاز دراسات ، بينما موضوع المزايدة يتمثل في البيع أو الإيجار فالإدارة في هذه الوضعية طرف بائع أو مؤجر يبحث عن أعلى ثمن.

إن الإدارة بإبرامها الصفقة عن طريق المزايدة إنما إقترب نشاطها من نشاطات الأفراد ورغم ذلك يعد العقد المبرم من جانبها في هذا المجال إداريا لأن المشرع ذكر المزايدة ضمن إطار وتصنيف العقود الإدارية أو الصفقات العمومية المحددة بالنص، ولا يصح إعطائها وصفا آخر غير ذلك الذي حدده النص.

[1]- المادة 12 من المرسوم الرئاسي 12-23

إن المزايدة هي الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه المتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري[1].

وبالمقارنة بين تعريف المزايدة في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 والمرسوم السابق 02-250 يبدو الفرق واضح، فالأول ورد فيه عبارة "أحسن عرض " والثاني ورد فيه عبارة "الأقل ثمنا " وهو ما يدفعنا للتساؤل كيف يمكن أن نكون أمام مزايدة ويرسو المزاد على الذي يقدم أقل الأثمان.

5. المسابقة:

إن المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو إقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة[2].

إجراءات المسابقة:

تمر المسابقة بمرحلة أولية تتمثل في إعداد دفتر الشروط من قبل الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة ، وينبغي أن يتضمن دفتر الشروط تفاصيل فيما يخص الأظرفة التقنية والمالية.

ثم يدعى المرشحون في مرحلة أولى لتقديم عروضهم التقنية فقط. وهنا يكمن وجه الشبه بين أسلوب الإستشارة الإنتقائية وأسلوب المسابقة.

وبعد فتح أظرفة العرض التقني وتقييمها من قبل لجنة التقييم يدعى المرشحون لتقديم عروضهم المالية ، ولا ينبغي أن يقل هؤلاء عن ثلاثة مرشحين وفي حال ما إذا كان أقل يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تعيد إتباع الإجراءات.

المطلب الثاني: التراضي

لقد قيد المشرع الجزائري الإدارة بجملة من الإجراءات تؤدي في مجملها لفقدها حريتها في اختيار المتعاقد معها لأسباب موضوعية. غير أنه لأسباب موضوعية يتعين الإعتراف لجهة الإدارة

[1]- المادة 33 من المرسوم الرئاسي 10-236.
[2]- المادة 6 من المرسوم الرئاسي 12-23.

بإختيار المتعاقد معها في ظروف وحالات محددة ومبينة في النص القانوني دون الحاجة لإجراءات الإشهار والنشر، وهو أسلوب أطلق عليه بأسلوب التراضي في إبرام الصفقة.

الفرع الأول: تعريف التراضي

إن القصد من إطلاق تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد في مجال القانون العام، أن الإدارة بموجبه تتحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية ويمكنها مباشرة إختيار المتعاقد معها دون التقييد بهذه الإجراءات.

فرضاها بارز إنطلاقا من حريتها في الإختيار خلافا لطريقة المناقصة أين تفقد نسبيا هذه الحرية وتخضع لجملة من القيود الشكلية والإجرائية[1].

لقد عرف المشرع الجزائري التراضي بأنه:

" التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة " [2]، إن التراضي هو استثناء يرد على القاعدة العامة ألا وهي المناقصة . فالإدارة لا تلجأ إليه في كل الأحوال وإنما في حالات محددة.

الفرع الثاني: حالات وأشكال التراضي

إن أسلوب أو طريقة التراضي يعفي الإدارة من الخضوع للإجراءات الطويلة التي تفرضها طريقة المناقصة لاختيار المتعاقد معها، وقد قسم المشرع الجزائري أسلوب التراضي إلى شكلين[3].

1- التراضي البسيط:

إن المشرع الجزائري جعل المناقصة هي القاعدة العامة في مجال إبرام الصفقات، وإستثناءا من ذلك يجوز في الحالات المحددة قانونا على سبيل الحصر إبرام لصفقة بطريق التراضي فالمشرع كفل للإدارة حرية اختيار المتعاقد معها دون إلزامها بالخضوع لإجراءات الإعلان ودون

[1]- د.عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، صفحة 185.
[2]- المادة 27 من المرسوم الرئاسي 10- 236.
[3]- المادة 6 من المرسوم الرئاسي 12-23 .

إلزامها للجوء إلى الإستشارة إن توافرت أحد حالات التراضي البسيط، حيث أنه مكنها من حق الإختيار إلا أنه قيدها بحالات محددة وهي:

1 -عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة.

2 -في حالات الاستعمال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال المناقصة، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الإستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات المماطلة من طرفها.

3 -في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعمال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات الممطالة من طرفها.

4 -عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية واضحة وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذا النوع الاستثنائي لإبرام الصفقات الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء.

5 -عندما يمنع نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية.

6 -عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء.

وتأسيسا على ما تقدم نستنتج أن هذه الحالات فرضتها الضرورة، لذا وجب التقاضي عن الإجراءات الشكلية لتمكين الإدارة من اختيار المتعاقد معها وتنفيذ موضوع العقد في زمن معقول ويبقى أنها مقيدة بالحالات الواردة في نص المادة 43 من المرسوم الرئاسي 10-236 و المعدلة بنص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 12-23 ، و ذلك على سبيل الحصر حيث لا يجوز القياس عليها أو الربط بين حالة و أخرى مماثلة لها لوصف السبب أو الحالة.

2- التراضي بعد الإستشارة:

تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى التراضي بعد الإستشارة حسب ما جاء في نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 12-23 في الحالات التالية:

1 - عندما يتضح أن الدعوة إلى المنافسة غير مجدية، وذلك إذا تم استلام عرض واحد فقط أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط، بعد تقييم العروض المستلمة، لا يمثل إلغاء أي إجراء لإبرام الصفقات أو عندما تكون مبالغ العروض مفرطة، حالات لعدم الجدوى.

ويتعين على المصلحة المتعاقدة، في هذه الحالة إعادة الإجراء.

يتعين على المصلحة المتعاقدة استعمال نفس دفتر شروط المناقصة، بإستثناء:

- كيفية الإبرام
- كفالة التعهد
- إلزامية نشر إعلان المنافسة

و يجب أن تشير رسالة الإستشارة إلى التعديلات السالفة الذكر، ويجب أن تستشير المصلحة المتعاقدة، زيادة على ثلاثة متعاملين اقتصاديين مؤهلين على الأقل، جميع المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة، ما عدا في حالات الاستثناء المبرر، وفي هذه الحالة لا يمكن تكوين تجمع مؤسسات إلا من المؤسسات التي تمت استشارتها.

2 -في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة.

3 -في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة تحدد قائمة هذه الدراسات واللوازم والخدمات والأشغال بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.

4 -في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار إتفاقات ثنائيةتتعلق بالتمويلات الإمتيازية، وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، 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 الأخرى.

الفرع الثالث: إجراءات إبرام الصفقة بطريق التراضي

كما سبق الذكر أن أسلوب المناقصة يقوم على الإشهار الصحفي وهو سبيل الإلزام في كل أشكالها، بينما يمكن أسلوب التراضي الإدارة المتعاقدة من اختيار المتعاقد معها دون حاجة إلى اللجوء للإشهار، فأسلوب التراضي يعفي الإدارة من أهم قيد من قيود التعاقد ألا وهو قيد الإعلان أو الإشهار[1].

ولا يعفيها كليا من القيود الشكلية، بل قد يلقي على عاتقها إتباع إجراءات شكلية بسيطة كما هو الحال في التراضي بعد الإستشارة وحتى التراضي البسيط.

فإذا كنا أمام مشروع ذي أولوية وطنية حسب ما جاء في نص المادة المعدلة لنص المادة 43 فقرة 4، فرغم أن الأمر يتعلق بحالة تراضي بسيط، إلا أن الإدارة تلزم بإتباع إجراءات استصدار الرخصة من مجلس الوزراء، ولا تستطيع التعاقد دون الحصول على الرخصة.

إن الإدارة المتعاقدة تملك حرية اختيار المتعاقد معها إذا توافرت أحد حالات التراضي البسيط أو التراضي بعد الإستشارة الواردة على سبيل الحصر في المادتين 43 و 44 من المرسوم الرئاسي 10-236، ويقع على عاتقها عبء إثبات توافر أحد حالات التراضي وهي حالات لا يتقبل القياس.

والأصل أن الإدارة المتعاقدة في حالات التراضي لا تلزم بإتباع إجراء معين غير أن نص المادة 42 ألزمها بتعليل إختيارها عند كل رقابة تمارسها الجهات المعنية، ويقتضي أسلوب التراضي بعد الإستشارة خاصة دخول الإدارة في بعض الحالات في مرحلة مفاوضات مع أكثر من عارض حتى تبرر اختيارها عند ممارسة الرقابة، وهذا بإستثناء الصفقة للمتعامل الأقدر مع مراعاة المعيار المالي.

[1]-د.عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، صفحة 195.

وتجدر الإشارة إلى أن حالات التراضي قسمت في المرسوم الرئاسي الجديد إلى قسمين تراضي بسيط وتراضي بعد الإستشارة، فإن حرية الإدارة المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد لا نجدها بنسق واحد.

فالإدارة تملك حرية بشكل أوسع في التراضي البسيط بمختلف حالاته، حيث لا تلزم فيه بإتباع شكليات ولو كانت بسيطة، بينما هي مقيدة بإجراء الإستشارة بالنسبة لنوع التراضي بعد الإستشارة، فتوجه خطا بها الرسمي لمجموعة متعاملين فتدعوهم لتقييم عروضهم والمشاركة في منافسة يمكن أن نطلق عليها أنها محدودة أو ضيقة النطاق وتحفظ مجموعة مراسلات الإدارة في ملف الصفقة.

إن قانون الصفقات العمومية الجديد أوجب على الإدارة الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة في أسلوب التراضي بعد الإستشارة، فطالما كنا أمام منافسة ولو محدودة وضيقة النطاق وجب ضمان حقوق المتعهدين وتمكنيهم من ممارسة حق الطعن، وحتى يتحقق ذلك على الإدارة المعنية أولا نشر إعلان المنح المؤقت حسب مقتضيات المادة 43 من المرسوم الجديد أما النوع الثاني للتراضي وهو التراضي البسيط لا تلزم فيه الإدارة بنشر إعلان منح الصفقة لمتعامل ما، ذلك لأن إسمه يدل عليه فهو تراضي بسيط، وهو ما يعني عدم التقيد بإجراءات محددة على الوجه الغالب.

إن إعلان المنح المؤقت لصفقة أعدت بطريق التراضي بعد الإستشارة ينتج عنه نشوء حق المتعامل المشارك في تقديم طعن أمام لجنة الصفقات المعنية وهذا حكم مشترك بين نظام المناقصة وأسلوب التراضي بعد الإستشارة

الفصل الثاني: القيود الواردة أثناء تنفيذ العقد

إنّ المبدأ العام للعقود هو المساواة بين طرفي العلاقة العقدية، لأنّ هذه العقود تقوم على أسس من التوازن بين مصالح الأطراف المتعاقد ة، إلا أنّ هذا المبدأ لا يسري على العقود الإدارية لأنّ القواعد التي تحكم العقد الإداري تختلف على تلك القواعد المتعلقة بالعقد المدني خاصة فيما يتعلق بمدى حقوق وسلطات الإدارة اتجاه المتعاقد معها، حيث لا تنطبق على هذا العقد قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" بالصورة المعروفة بها في القانون الخاص.

بالنسبة للعقود الإدارية إنّ الإدارة تتمتع بمركز متميز في مواجهة المتعاقد معها وذلك رغبة في تحقيق المصلحة العامة من خلال الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام و أداء الخدمات للمنتفعين بها وفي سبيل تحقيق هذا الهدف يتم تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة بالمتعاقد.

ومن هذا المنطلق فانّ الإدارة تتمتع بمركز أسمى وأقوى وهي السلطات التي تجد تبريرها في الصالح العام الذي تمثله الإدارة وفي احتياجات المرافق العامة التي تحاط مسؤوليتها بالإدارة، وفي المقابل من ذلك فإنّه وخوفا من المساس بمراكز المتعاقدين مع الإدارة ومن تعسف تلك الأخيرة في مواجهتهم وخوفا من نفور وعزوف أشخاص القانون الخاص عن التعامل مع الإدارة فانّه قد تقرر للمتعاقدين معها جملة من الحقوق غير المألوفة أيضا في روابط القانون الخاص وهي الحقوق التي تشكل قيودا وإلتزامات تقع على الإدارة.

لذلك سنتناول في المبحث الأول القيود الواردة على سلطات الإدارة المتعاقدة، وفي المبحث الثاني الضمانات القانونية للمتعاقد مع الإدارة.

المبحث الأول: القيود الواردة على سلطات الإدارة المتعاقدة

إنّ الصفقات العمومية تتميز عن غيرها من العقود وخاصة العقود المدنية والتجارية أنّها تخول جهة الإدارة ممارسة جملة من السلطات تتمثل في إمتيازات السلطة العامة وهي وسائل قانونية تمتلكها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد، والتي من شأنها أن تجعل ذلك العقد محققا للغرض الذي أبرم من أجله، ولها أن تمارسها كلها، أو على إنفراد وعلى نحو مستقل أو بصورة مجتمعة ما لم تكن هناك عقبات مادية في إمكانية الجمع.

وسوف نتناول تفاصيل هذه السلطات في المطالب الثلاث التالية:

المطلب الأول:سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.

المطلب الثاني:سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد.

المطلب الثالث:سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات و إنهاء العقد.

المطلب الأول: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

نظرا لكون الإدارة طرفا في العقد الإداري يتمتع بإمتيازات السلطة العامة، فإن هذا يعطيها حقا في إسباغ رقابتها على كيفية تنفيذ المتعاقد معها لإلتزاماته التعاقدية.

الفرع الأول: المقصود بسلطة الرقابة والإشراف

يقصد بسلطة الإشراف تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ إلتزاماته العقدية على النحو المتفق عليه.أما سلطة الرقابة فيقصد بها حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد[1].

تجد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العام، فهي ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد. ومفادها أن للمصلحة المتعاقدة أن تشرف على تنفيذ العقد فتراقب المتعاقد بغية التحقق من أن ذلك التنفيذ يتم وفقا للشروط المحددة للعقد.

وتتخذ سلطة الرقابة من جانب الإدارة صورتان[2]:

أ -الإكتفاء بالرقابة والإشراف على مراحل التنفيذ وإلزام المتعاقد بمراعاة شروط العقد، وهو مبدأ عام سواء نص عليه العقد أم لم ينص.

[1] - د.عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، صفحة 202.
[2] - نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق، صفحة 29.

ب- قيام الإدارة بتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقة التنفيذ التي تراها مناسبة، وهو مبدأ عام في عقود الأشغال العمومية ولو لم ينص عليه العقد، لكنه لا يتقرر في عقود التوريد إلا إذا نص عليه العقد فهو إذا ليس مقررا كمبدأ عام في جميع العقود.

وتعتبر سلطة الإشراف والرقابة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنّها قررت للمصلحة العامة، كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها، فهي ليست بالإمتياز الممنوح للإدارة في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قررت هذه السلطة لحماية المال العام وضمان حسن سير المرافق العامة، حيث غالبا ما تشترط الإدارة ضمن بنود صفقاتها أو في دفتر الشروط العامة والخاصة حقها في إصدار التعليمات.

تتم الرّقابة بالتفتيش على العمل بطلب البيانات والإحصاءات وفحص طبيعة العمل، وتأخذ هذه السلطة مداها في مجال عقود الأشغال العامة بالنظر لطبيعة العمل الخاصة، و كون تنفيذه يستغرق مدة زمنية طويلة، وان كانت سلطة الرقابة و الإشراف ثابتة بالنسبة لجهة الإدارة و مقررة في جميع العقود الإدارية إلا أن ممارستها تختلف من حيث المدى من صفقة إلى أخرى.

إلا أن سلطة الإشراف و الرقابة تبرز أكثر في مجال عقود الأشغال العامة و ذلك لطابعها الخاص كونها تكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة، وأنها تحتاج إلى متابعة مستمرة ومتواصلة تفاديا لأي خروج عن ما تم التعاقد بشأنه سواء كان من جانب المقاول أو مؤسسة التنفيذ.

لذلك إن عقد الأشغال بطبيعته يفرض تدخل مندوب الإدارة للإشراف على التنفيذ، فيكون بمثابة المدير الحقيقي للعمل و المشرف العام عليه، وينقلب المقاول إلى جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن مندوب الإدارة [1].

الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطة الرقابة و التوجيه

إن سلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه ليست مطلقة بل تحدها اعتبارات [2]، بهدف إجراء التوازن بين ممارسة الإدارة لسلطتها و ضمان حقوق المتعاقد يجوز للمقاول المعني اللجوء للقضاء الإداري[3] بهدف إلغاء قرار يتعلق بتعليمة تخص تنفيذ عقد أشغال أو أن يرفع دعوى تعويض عن الأعباء المالية الناتجة عن تنفيذ هذه التعليمات.

[1] - راجع المواد 116، 117، 118 من المرسوم الرئاسي 10-236 .
[2] - د.محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، صفحة 110.
[3] – راجع أكثر الأستاذ حسين طاهري، شرح وجيز للإجراءات المتبعة في المواد الإدارية، و الأستاذ فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد.

حيث تنص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بنص المادة 12 من المرسوم الرئاسي الجديد على أنه:

"تسوى النزعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها. غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بمايلي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وفي حالة اتفاق الطرفين، يكون هذا الإتفاق موضوع مقرر يصدره الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، حسب طبيعة النفقات المطلوب الإلتزام بها في الصفقة.

ويصبح هذا المقرر نافذا، بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية.

ويمكن المتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة التي تصدر مقررا في هذا الشأن خلال ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ إيداع الطعن.

يسري هذا المقرر على مصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية، حسب الشروط المحدد ة في أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-314 المؤرخ في 28 صفر عام 1412 الموافق لـ 07 سبتمبر 1991 و المتعلق بإجراء تسخير الآمرين بالصرف للمحاسبين العموميين".

وهكذا ، و بغرض حل المشاكل و المنازعات التي تطرأ لدى تنفيذ الصفقات العامة، فإن المادة 115 أعلاه تسمح بالطعن"أمام العدالة" دون تحديد الجهة القضائية المختصة.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [1] يمكن القول ان الاختصاص القضائي بمنازعات الصفقات العمومية موزع بين المحاكم الإدارية و المحاكم العادية. [2]

[1]- المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[2] - د. محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازاعات الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2009، صفحة 247.

وبما أن سلطة الإشراف و التوجيه و الرقابة ليست مطلقة كما سلف الذكر، وذلك لأن إطلاقها يؤدي إلى تعسف جهة الإدارة و مبالغتها في إصدار التعليمات و الأوامر بما قد يضر بالمتعاقد معها خاصة من الناحية المالية.لذلك وضعت ضوابط تتمثل في:

- وجوب توفير ضمانات للمتعاقد معها ضد تعسفها أو إنحرافها في استعمال السلطة بغية تحقيق أغراض غير متعلقة بالمصلحة العامة.

- لا يجوز أن تؤدي سلطة الإدارة في الرقابة إلى التدخل في الأعمال الداخلية للمرفق العام وإلا إنقلب أسلوب إدارة ذلك المرفق إلى إستغلال مباشر[1].

- أما في مجال التوريد فطبيعته أن تتخذ سلطة الإشراف مظهرا آخر أقل شدة من الأول فالأمر يتعلق بمواد أو منقولات يلتزم المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة، ومن حق مندوب الإدارة رفض استلام المواد أو المعدات التي لا تنطبق عليها المواصفات المتفق عليها في العقد.

أما فيما يخص عقد الإمتياز يتخذ الإشراف شكلا خاصا و مميزا، فالإدارة تراقب نشاط المرفق المسير بطريق الإمتياز للتأكد عما إذا كان الملتزم يعمل وفقا للشروط الواردة في العقد أو أنه هناك خرق لأحد البنود العقدية فتتخذ الإجراءات القانونية.

المطلب الثاني:سلطة التعديل Le pouvoir de modification

من المبادئ المسلم بها في عقود القانون الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي متى تم العقد لا يجوز لأي من المتعاقدين التحلل من إلتزامه بإرادته المنفردة، ولا يجوز له نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق أطرافه أو للأسباب يقررها القانون [2].

ويكاد الفقه والقضاء المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها، ويعود ذلك إلى حسن سير المرافق العامة.

فتستطيع الإدارة إذا إقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار إلتزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، ويعتبر هذا حقا ثابتا للإدارة حتى ولو لم يتم النص عليه في العقد وحتى إن لم ينص عليه القانون صراحة[3].

[1]- د.محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، صفحة 111.
[2]- المادة 106 من القانون المدني.
[3]- د.عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، صفحة 203 .

وهنا كانت الإدارة تمثل جهة الطرف الذي يسعى إلى تحقيق مصلحة عامة، وجب أن تتمتع بإمتياز تجاه المتعاقد معها تمثل في أحقيتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون أن يكون للمتعاقد معها حق الإحتجاج، طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة وإستوجبته المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام.

الفرع الأول: الملحق" l'avenant "

يمكن للإدارة المتعاقدة أن تعدل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، خاص ة من خلال آلية الملحق [1] ورجوعا للمرسوم الرئاسي 10 – 236، تجده ورد تحت عنوان القسم الخامس " الملحق " " l'avenant "[2]، فأجازت المادة 102 للإدارة المتعاقدة إبرام ملاحق للصفقة ولكنها اشترطت أن تتم في ضوء أحكام المرسوم الرئاسي.

1 -تعريف الملحق:

لقد عرفته المادة 103 من المرسوم السابق بأنه:

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

نستنتج من خلال التعريف أنّ سلطة التعديل تجد أساسها القانوني في التشريع الجزائري في المادة 103 والتي أجازت للإدارة وفي جميع الصفقات العمومية أن تعدل بندا أو بنودا إن كان بالزيادة أو النقصان وقد ينصب الملحق على عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة.مما يعني أنّه ليس عقدا فريدا ومستقلا بذاته، بل له وثيق الصلة بالصفقة الأصلية . ومنه نستطيع معرفة مجال الزيادة أو النقصان، أو البنود الجديدة أو الأعمال الجديدة.

[1] - د.محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، صفحة 74.
[2] -المواد من 102 الى 106 من المرسوم 10-236.

2- شروط الملحق:

إن هذا التعديل في العقد الإداري مشروط بمايلي[1]:

- أن يكون مكتوبا طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة، فعنصر الكتابة أمر لازم وهو ما عبر عنه المشرع في المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 12 من المرسوم الرئاسي 12-23، بعبارة "الملحق وثيقة" والوثيقة يجب أن تكون مكتوبة، فبعنصر الكتابة يتسنى معرفة الإلتزامات الجديدة.

- أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهري بالصفقة وتوازنها،وهو شرط طبيعي ولازم، لأن التّعديل الجوهري يجعلنا أمام صفقة جديدة.

- أن يتم اللجوء إلى الملحق في حدود آجال تنفيذ الصفقة، وهو ما نصت عليه المادة 105 من المرسوم الرئاسي 10-236.

- أن يخضع الملحق كأصل عام لرقابة لجنة الصفقات المعنية، حيث وضع المشرع قاعدة من خلال المرسوم الجديد، مفادها انه إن لم يكن للملحق أثر مالي فلا حاجة لعرضه على لجنة الصفقات المعنية، كذلك إن لم يكن هناك تعديل في تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات المالية والتقنية وأجل التعاقد أو مدة الإنجاز ولم يبلغ الحد المالي المبين في المرسوم.

3- حالات الملحق:

لقد حدد المرسوم الجديد الحالات المختلفة للملحق وهي:

أ - عدم تجاوز الملحق لحدود مالية مبينة في المرسوم:

لقد نصت المادة 106 المعدلة بنص المادة 12 من المرسوم الجديد أن الملحق لا يخضع لرقابة لجنة الصفقات متى تم ضمن السقف التالي:

20 % من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.

و10 % من الصفقة الأصلية بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجنتين الوطنيتين للصفقات.

[1]-د.عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، صفحة 207-209.

ب| **-حالة الملحق الذي لاينجم عنه أي أثر مالي :**

وهو مايعني أننا أمام تغيير في بنود الصفقة لأصلية لكن دون أن يخلف هذا التغيير أي اثر مالي. في هذه الحالة تتحرر الإدارة من إجراء إحالة مشروع الملحق للجنة الصفقات المعنية.

ت| **-حالة الظروف الإستثنائية غير المتوقعة:**

قد تظهر بعد إبرام الصفقة وفي مرحلة التنفيذ أحداث أو وقائع لم تكن في الحسبان ساعة التعاقد حيث يؤدي وجودها إلى اختلال في التوازن العقدي ،مما قد يؤثر على عمر الصفقة وآجال التنفيذ هنا أجاز المشرع إبرام ملحق ويخضع لإجراءات الرقابة الخارجية القبلية.

ث| **-حالة إقفال ملف الصفقة:**

يمكن أن يكون الهدف من إعداد الملحق إقفال ملف الصفقة بصفة نهائية وفي هذه الحالة يخضع الملحق للرقابة الخارجية المسبقة المتمثلة في رقابة لجنة الصفقات العمومية المعنية.

ج **- حالة العمليات الجديدة:**

في حال ظهور أعمال أو خدمات جديدة لم يتم النص عليها في الصفقة الأصلية، ولكنها مع ذلك ذات علاقة بها ، تقوم الإدارة المعنية بتعديل الصفقة بما يدخل في بعين الاعتبار الظروف الجديدة ، وفي هذه الحالة لابد من عرض الأمر على لجنة الصفقات العمومية لتدرس مشروع الملحق شريطة أن تكون القيمة المالية للأعمال الجديدة تجاوز النسب المبينة في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 10-236.

الفرع الثاني: قيود استعمال الإدارة لحق التعديل

إن القانون الإداري في مبادئه العامة وفي الأحكام القضائية يفرض على الإدارة قيود لابد من مراعاتها عندما تنوي إجراء أي تعديل على مضمون العقد الإداري[1].

فسلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تمارس ضمن إطار محدد وضوابط دقيقة تتمثل في:

1 -أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد:

إن الإدارة وهي تمارس سلطتها في التعديل تباشرها على نحو يراعي موضوع العقد الأصلي وأن لا يتجاوزه، حيث لايجوز لها أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة لتغيير الموضوع أو إرهاق الطرف المتعاقد معها.

[1]- د.محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، صفحة101.

ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها، وإلتزم بتنفيذ مضمون العقد في آجال محددة حيث أنه يراعي في ذلك قدراته المالية والفنية ومن هنا وجب أن يكون التعديل من حيث المدى والأثر نسبيا بحيث لا يؤثر على العقد الأصلي.

2 -أن يكون للتعديل أسباب موضوعية:

أن الإدارة العامة تتعاقد في ظل ظروف معينة قد تتغير في مرحلة ما بعد توقيع العقد خاصة في العقود الإدارية التي تأخذ زمنا طويلا في التنفيذ كعقد الأشغال العامة أو كعقد التوريد، فإن تغيرت الظروف وجب الإعتراف للإدارة بحق التعديل وذلك بما يتماشى والظروف الجديدة، وبما يراع ي موضوع العقد الأصلي.

3 -أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة المشروعة:

تصدر الإدارة أو السلطة المختصة قرارا إداريا بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل صفقة عمومية ويجب أن يتوفر في هذا القرار الإداري جميع أركانه ليكون مشروعا كالقرار المتعلق بأعمال جديدة واردة في صفقة عمومية فتصدر الإدارة قرارها ثم تبادر إلى الإعلان عن التعديل.

الفرع الثالث: حقوق المتعاقد في مقابل سلطة التعديل

إن تجاوزت الإدارة المتعاقدة قيود التعديل فإن قرارها يكون باطلا يحق للمتعاقد الإمتناع عن تنفيذ العقد وفقا لما جاء بقرار التعديل.

فإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تعديل العقد الإداري فإن العدالة تقضي بضرورة تعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تكون لحقته في مركزه التعاقدي جراء ممارسة سلطة التعديل، لأن ضرورات الحفاظ على المصلحة العامة في المرفق العام لا تبرر التضحية بمصلحة المتعاقد [1] وذلك لأنها هي أيضا مصلحة مشروعة، فينبغي إيجاد توازن من الناحية الحقوقية.

والفقه يرى أن أساس التعويض الذي يستحقه المتعاقد جراء التعديل هو مبدأ المساواة في تحمل الأعباء العامة، ويؤسسها البعض على فكرة المسؤولية بدون خطأ الإدارة و على فكرة التوازن المالي للعقد.

[1]-رياض العيسى، نظرية العقدالإداري في القانون المقارن الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،ب.ت، صفحة 22.

ويشمل التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة تتمثل في المصروفات الفعلية التي أنفقها على العقد وهذه تختلف حسب طبيعة التعديل و نتائجه.كذلك ما فات المتعاقد من كسب على اعتبار أن من حقه التعويض عن أرباحه المشروعة والتي لولاها لما أقدم على إبرام العقد مع الإدارة.

المطلب الثالث: سلطة توقيع الجزاءات وإنهاء العقد

إن الإدارة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة تستطيع توقيع جزاءات على المتعاقد معها إذا ثبت إهماله أو تقصيره في تنفيذ أحكام العقد،أو عدم مراعاته آجال التنفيذ، ولم يحترم شروط التعاقد أو تنازل عن التنفيذ لشخص آخر وغير ذلك من صور الإخلال المختلفة.

الفرع الأول: سلطة توقيع الجزاءات

وتأخذ الجزاءات الإدارية عدة صور مختلفة تتمثل في جزاءات مالية أو جزاءات ضاغطة.

I. **الجزاءات المالية:** تتخذ الجزاءات المالية إما صورة الغرامات أو صورة مصادرة مبالغ الضمان.

1-الغرامات المالية:

طبقا للمرسوم الرئاسي 10-236 فان الإدارة تملك سلطة توقيع الجزاءات المالية وتجد هذه السلطة أساسها القانوني في المادة 9 من المرسوم الرئاسي والتي جاء فيها مايلي:

" يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة أدناه باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية".

كذلك نصت المادة 24 من نفس المرسوم على إلزام الإدارة في حال إعدادها لدفاتر شروط المناقصات الدولية ضرورة النص على تطبيق عقوبات مالية قد تصل إلى 20% من مبلغ الصفقة. وذكر المشرع الغرامة المالية في المادة 62 من المرسوم الرئاسي 10-236 كأحد البيانات الواجب ذكرها في الصفقة، وقيد مجال ممارستها في حالتين بمنطوق المادة 9.

أ-غرامة التأخير:

إنّ الإدارة عند تعاقدها تضع بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ العقد، حتى يتسنى لها الانتهاء من العملية التعاقدية والدخول في علاقة جديدة أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر والانتقال إلى جزء آخر.

وغرامة التأخير هي مبلغ من المال يتفق في العقد على أداء المتعاقد له لصالح جهة الإدارة المتعاقدة. جزاء إخلاله بالوفاء بإلتزامه في الميعاد المقرر بنصوص العقد أو في مدته الإضافية التي توافق عليها الإدارة[1].

حيث تهدف تلك الغرامة لضمان تنفيذ العقد الإداري في الموعد المتفق عليه حرصا على حسن سير المرفق العام موضوع التعاقد بانتظام وباضطراد.

ومن هذا المنطلق وجب تسليط جزاء مالي على كل متعاقد ثبت إخلاله بالقيد الزمني أو المدة المقررة لتنفيذ العقد، خاصة وانّ هذه المدة هي من إقتراح المتعهد أو المتعاقد مع الإدارة حينما أقبل على إيداع ملف المناقصة وتعهد بإحترام المدة المتفق عليها[2].

حيث إنّ المتعاقد مع الإدارة إلتزم بالتنفيذ خلال مدة ذكرت في العقد ثم أخلّ بهذا الإلتزام، فالوضع الطبيعي أن يخضع لجزاء، وهذا الأخير تسلطه الإدارة دون الحاجة للجوء إلى القضاء.

ب- في حال التنفيذ الغير مطابق:

إنّ الوضع الطبيعي في حال إخلال المتعاقد مع الإدارة بالشروط المتفق عليها وكيفيات التنفيذ هو خضوعه لجزاء مالي.

إنّ الجزاء المالي يجد أساسه القانوني في أحكام المرسوم الرئاسي الجديد [3] إلا أن له أيضا أساس عقدي وتستمد قوتها من العقد إلى جانب النصوص التنظيمية.

إنّ المادة 9 من المرسوم الجديد ورد فيها أنّ نسبة الجزاء المالي أو العقوبات المالية تحدد في الصفقة. أمّا المادة 62 فقد ذكرت نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو النّص على حالات الإعفاء منها في الصفقة.

[1] - د،عبد المنعم عبد العزيز، مرجع سابق، صفحة 265.
[2] - د،عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية-مرجع سابق-ص212.
[3] - المواد 8، 24،62 من المرسوم الرئاسي 10-236 .

بحيث أنّ المتعاقد على علم بمجرد توقيع الصفقة أنّ الإدارة المتعاقدة تمارس تجاهه جملة من إمتيازات السلطة المتعاقدة فتفرض عليه مبالغ مالية ونسب محددة في الصفقة وقبل ذلك في دفتر الشروط.

2-مصادرة التامين:

إنّ التأمين أو مبلغ الضمان الذي يلتزم المتعاقد مع الإدارة بأدائه حال تقدمه بعطائه، يعد بمثابة شرط جزائي للإدارة تطبقه في حال إخلال المتعاقد معها أو تقصيره في أداء إلتزامه التعاقدي.

ولما كان للصفقة العمومية صلة بالخزينة العامة من جهة، وبحسن سير المرفق العام بإنتظام وإستمرار من جهة أخرى، وبالجمهور المنتفع من الخدمات من جهة ثالثة، وجب أخذ الإحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة والضغط أكثر على المتعاقد معها وجبره على تنفيذ إلتزاماته في الآجال المتفق عليها وبالشروط والمواصفات والكيفيات الواردة في عقد الصفقة.

إنّ القانون أوجب على الإدارة إسناد الصفقة لمؤسسة يعتقد أنّها قادرة على تنفيذها [1] ، كما يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية سواء من النّاحية التقنية أو التجارية[2].

إنّ قانون الصفقات العمومية أوجب بموجب المادة 38 أن تستعلم الإدارة المتعاقدة بكل الوسائل القانونية عن المتعامل سواء لدى مصالح متعاقدة أخرى سبق لها التعاقد المتعامل المختار، أو عن طريق المرافق العامة المعنية، أو البنوك أو حتى التمثيليات الدبلوماسية وهذا التحقيق كله في مجال سوابق المتعامل إنما أقر بغرض الوصول إلى نتيجة إبرام الصفقة مع متعامل مأمون من جميع الجوانب حتى لا يتسبب في تأخيرها أو إنجازها بغير الكيفية المتعاقد عليها.

إن ما يمكن الإدارة من ممارسة سلطة مصادرة مبلغ ما، يتعين أولا وجوده بين يدها أو تحت إمرتها في شكل مبلغ ضمان يسمى بضمان كفالة حسن التنفيذ.

التي تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة، بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة.

[1] - المادة 35 من المرسوم الرئاسي 10- 236.
[2] - المادة 36 من المرسوم الرئاسي 10- 236.

لقد جاء نص المادة 97 من المرسوم الرئاسي 10-236 بمايلي:

"زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 75 أعلاه يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة" [1].

لقد ورد في المادة ذكر الكفالة وحالات الإعفاء من تحمل عبء إيداع الكفالة، فيما خص بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات، كما أعلنت المادة عن قرار وزاري مشترك بين وزير المالية ووزير الوصاية يحدد قائمة هذه الصفقات.

كما أنّه يمكن للإدارة المعنية إعفاء المتعاقد معها من كفالة حسن التنفيذ إذا كان أجل تنفيذ الصفقة لا يتجاوز ثلاثة أشهر، كما أعفى المشرع فئة الحرفيين والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري من تحمل كفالة حسن التنفيذ حينما يتعلق الأمر بترميم ممتلكات ثقافية [2].

كما أكد المشروع الجزائري أنّ كفالة حسن التنفيذ تخص المتعامل المتعاقد الوطني كما تخص المتعامل المتعاقد الأجنبي إذا لم يدعم عن طريق حكومة دولته [3]. وفي هذه الحالة وجب أن يعتمد البنك الأجنبي عن تغطيته لمبلغ الكفالة المصرفية من قبل البنك الجزائري المختص [4].

فيما يخص مبلغ الكفالة فحددته المادة 100 المعدلة بنص المادة 12 من المرسوم الرئاسي الجديد بين 5 % و 10 % من مبلغ الصفقة، كما يلزم المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المرسوم وهي مبالغ يلزم المتعامل المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة بواسطة بنك لتمارس عن طريقها الجزاء المالي في الإطار الذي حدده القانون.

II. الجزاءات الضاغطة

لكي تمارس الإدارة سلطة اتخاذ إجراءات ضغط مؤقتة حيال المتعاقد معها، فانّه يتعين أن ينسب إليه ارتكاب خطا تعاقدي إضافة إلى ضرورة قيام الإدارة بإعذاره قبل إتخاذ الإجراءات

إن من وسائل الضغط المكرسة قضاء والمعتمدة فقها أن تعهد الإدارة المتعاقدة تنفيذ العقد في صفقة اقتناء اللوازم مثلا لشخص آخر على حساب المتعامل المتعاقد الذي أخل بإلتزامه. وتأسيس ذلك أن لموضوع الصفقة صلة وثيقة كما رأينا بفكرة استمرارية المرفق العام وخدمة الجمهور،فلا يمكن التسليم بتوقف نشاط المرفق وتأثر حركته ومردوده بسبب تقصير المتعاقد مع الإدارة.

---

[1] - لقد ورد ذكر الكفالة في العديد من المواد: 5، 92،95،100 من المرسوم 10-236.

[2] - المادة 100 من المرسوم 10-236.

[3] - المادة 81 من المرسوم الرئاسي02-250.

[4] -المادة 82 من المرسوم الرئاسي 02-250.

ولضمان أداء الخدمة وعدم توقفها باللجوء لشخص آخر نختاره فيزودها بالمادة موضوع الصفقة ويتحمل الطرف المقصر النتائج المالية الناجمة عن هذا التنفيذ.

وتملك الإدارة أيضا في عقد الأشغال توقيف الأشغال وسحب العمل من المقاول وإسناده لشخص آخر، وهذا بعد انتقاء جملة من الإجراءات وتوافق جملة من الشروط.

وهكذا تملك الإدارة عند تنفيذها لصفقة عمومية وسائل التنفيذ العيني فان لم يقم المتعامل المتعاقد بالوفاء بما تعهد به ،تتحرك جهة الإدارة المعنية وتلجا إلى أسلوب الضغط على المتعاقد معها وجبره على التقيد بإلتزاماته .

غير أنّ هذه السلطة مقيدة وذلك بالنظر لخطورتها وآثارها، فان الإدارة لا تلجا إليها إلا في حالات الإخلال الجسيم بالأحكام التعاقدية وبكيفية تنفيذ موضوع الصفقة وعادة ما توجه الإدارة قبل ممارسة هذه السلطة إعذار ينشر في الصحف لتنذر به الطرف المخل، وتمارس بعد إصداره الإجراءات القانونية اللازمة في هذه الحالة.

الفرع الثاني :سلطة إنهاء العقد

إن هذه السلطة يمكن أن تمارس سواء كعقوبة بسبب تقصير خطير ارتكبه المتعاقد مع الإدارة أو لان مصلحة المرفق العام تتطلب ببساطة ذلك أي أنّه عندما لا يكون هناك خطا من جانب المتعاقد وتدفع الإدارة تعويضا له[1] .

غير أن هذه السلطة، وبالنظر لخطورتها وآثارها فإن الإدارة قبل ممارستها تلزم بإعذار المعني بالأمر وهو ما أقره القضاء المقارن.

وهو ما نص كذلك عليه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي الجديد [2]، حيث أوجب على توجيه اعذار للمتعامل المتعاقد بهدف الوفاء بإلتزاماته خلال مدة معينة، كما أشار بوضوح إلى بيانات الإعذار وآجاله يحددها قرار صادر عن وزير المالية.

و نجد هذا القرار في الجريدة الرسمية رقم 24 الصادرة بتاريخ 28 مارس 2011، حيث نصت المادة 2 من أن الفسخ لايتم من جانب المصلحة المتعاقدة إلا بعد توجيه إعذار يبين للمتعامل المتعاقد

[1] – د.أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د.عرب محمد صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2009 صفحة 384.

[2] –المادة 112 من المرسوم الرئاسي10-236 .

العاجز كما وصفته المادة المذكورة، وبنيت المادة 3 من القرار مضمون الإعذار و أوجبت ذكر البيانات التالية:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.
- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.
- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعها.
- توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار.
- موضوع الإعذار.
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار.
- العقوبات المنصوص عليها في حال رفض التنفيذ.

وبخصوص شكل الإعذار، فقد بينته المادة 4 بأنه يتم برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالإستلام ونشره وجوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وبالتالي لم يلزم القرار المصلحة المتعاقدة بنشر الإعذار في الجرائد الوطنية.

إلا أنه في عقد الأشغال العامة بالذات نجد أن الإدارة كثيرا ما تستعمل وسائل الإعلام المكتوبة (الجرائد) لتنبيه المعني قبل ممارسة سلطة الفسخ، وهو ما تؤكده الإعذارا ت الكثيرة المنشورة يوميا في الجرائد.

إنّ الإدارة مخول لها سلطة الفسخ بإرادة منفردة ودون الحاجة للجوء للقضاء، وهو مظهر آخر تميزت به الصفقات العمومية عن العقود المدنية، ولم يكتف المرسوم بالإعلان عن الفسخ من جانب واحد، بل نص على عدم قابلية الفسخ للإعتراض إذا لجأت الإدارة إلى تطبيق البنود الواردة في الصفقة.

و الهدف الذي أراد المشرع تحقيقه هو الإستمرار في فرض الضغوط المعنوية والقانونية على المتعامل المتعاقد حتى يتقيد أكثر بالإلتزامات التعاقدية بما يضمن حقوق الإدارة ويكرس مبدأ حسن سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد، ويكفل حقوق الجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام.

وإلى جانب الفسخ الأحادي أجازت المادة 113 من المرسوم الرئاسي 10-236 اللجوء للفسخ التعاقدي حسب الشروط المدرجة في الصفقة، وهنا تقترب الصفقة من العقد المدني [1]، الذي يخول أطرافه أحقية الفسخ التعاقدي[2].

وفي حال اللجوء للفسخ الإتفاقي لصفقة جارية التنفيذ يتعين على الطرفين توقيع وثيقة الفسخ التي تنطوي على كشف الحسابات المعدة تبعا لما تم إنجازه من أعمال وما بقي منها، وهذا أمر طبيعي تقتضيه الأصول المحاسبة.

المبحث الثاني: ضمانات المتعاقد مع الإدارة

في مقابل الإمتيازات والسلطات التي تتمتع بها الإدارة لدى التعاقد، فإن القانون يوفر للمتعامل المتعاقد معها حماية قانونية، تتمثل في الإعتراف له بمجموعة من حقوق وتأخذ هذه الحقوق في مجملها طبيعة واحدة وهي الطبيعة المالية وإن كانت تختلف صورها وإجراءاتها وحالاتها بين حق وآخر.

فالمتعامل المتعاقد عندما ينفذ إلتزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة صار من حقه الحصول على المقابل المالي، أما في حال ما إذا واجهته وقائع وعوامل صعبة ومرهقة لا يمكن معها الإستمرار في تنفيذ الصفقة بات من حقه المطالبة بالحق في التوازن المالي.

وإذا أصابه ضرر جراء عمل قامت به الإدارة فمن حقه المطالبة بالتعويض، وعليه قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، المطلب الأول يتناول الحق في المقابل المالي، أما المطلب الثاني الحق في التعويض والثالث الحق في التوازن المالي.

المطلب الأول:الحق في المقابل المالي

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة يلزم فيه المتعامل المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات والشروط المتفق عليها، وتلزم الإدارة المعنية بدفع المقابل المالي بالأشكال والكيفيات التي حددها القانون[3].

وقد بينت المادة 73 وما بعدها من المرسوم الرئاسي 10-236 أن التسوية المالية للصفقة تتم بدفع قسط المتعامل المتعاقد يأخذ عدة أشكال .

[1] - د.عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، صفحة 219.
[2] - المادة 120من القانون المدني.
[3] - المواد من 73 إلى 91 من المرسوم الرئاسي 10-236.

الفرع الأول: التسبيق "L'avance"

عرفته المادة 74 من المرسوم الرئاسي:

" هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة " معناه أن المتعامل قبل مباشرته للخدمة موضوع الصفقة ، تبادر الإدارة المعنية بالتعاقد بدفع تسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل المتعاقد، وهذا بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال والوفاء بالأعباء المالية حيث يمكنه هذا التسبيق من توفير المواد التي يتطلبها لتنفيذ الصفقة.

ويتخذ التسبيق شكلين هما[1]:

1 -التسبيق الجزافي:"L'avance Forfaitaire"

هو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل قبل بدء تنفيذ الصفقة على أن لا تتجاوز قيمته كحد أقصى 15% من السعر الأولي للصفقة.

ويمكن أن يدفع مرة واحدة كما يمكن توزيعه على فترات يتم الاتفاق عليها في الصفقة[2].

إلا أنه هناك إستثناء في نص المادة 78 وهي أن مبلغ التسبيق الجزافي لا يزيد عن 15% من السعر الأولي للصفقة وأجازت للمصلحة المتعاقدة أن تدفع تسبيقا جزافيا أكبر من النسبة المقررة شريطة توافر مايلي:

- إذا رأت المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع أو التمويل،سينجم عنه تحقيق ضرر أكبر.
- ضرورة استشارة لجنة الصفقات المعنية.
- ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسئول الهيئة المستقلة أو الوالي.

2 -التسبيق على التموين:"L'avance sur approvisionnement"

هو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل التنفيذ إذا اثبت لجهة الإدارة بموجب وثائق وعقود تؤكده ارتباطه القانوني مع الغير بهدف توفير المادة موضوع الصفقة[3].

[1] - المادة 76 من المرسوم الرئاسي 10-236 .
[2] - المادة 79 من نفس المرسوم.
[3] - المادة 80 من نفس المرسوم.

ويتعلق هذا النوع من التسبيق بنوعين من الصفقات ثم تحديدهما حصرا وهما صفقة الأشغال وصفقة اقتناء اللوازم، وذلك لاختلاف العتبة المالية لكل نوع من الصفقات.

وفي حال منحت الإدارة التسبيق على التموين يحق لها اشتراط تعهد أو إلتزام صريح من جانب المتعامل المتعاقد بإيداع المواد أو المنتجات في الورشة أو في مكان التسليم تحت طائلة إرجاع التسبيق.

إن الغرض من تمكين المتعامل المتعاقد من هذه المبالغ هو مساعدته على تحمل الأعباء المالية للمشروع بهدف تنفيذ موضوع الصفقة في الآجال المتعاقد عليها.

وقد أجاز المرسوم للمتعامل المتعاقد حق الجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين من باب إفتراض حسن النية من جانب الإدارة في المتعامل المتعاقد، غير أنه متى جاز الجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين فلا يجوز كحد أقصى أن يتجاوز 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة[1] .

الفرع الثاني:الدفع على الحساب "L'acompte"

عرّفته أيضا المادة 74 من المرسوم الرئاسي:

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

ومنه فان الدفع على الحساب يتعلق بالتنفيذ الجزئي للصفقة، حيث أن المتعامل المتعاقد ينفذ جزء من موضوع الصفقة مثلا 40% ويطالب بالدفع على الحساب لهذه القيمة، وينقسم الدفع على الحساب إلى نوعين[2]:

1-الدفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات:

إنّ هذا الدفع على الحساب يخص فقط عقد الأشغال، فمتى أثبت المتعاقد مع الإدارة أنه وضع تحت ذمة المشروع منتوجات معينة وتم استلامها في الورشة بإمكانه الحصول على دفع على الحساب يقدر بـ 80% من مبلغ هذه المنتوجات.

ويشترط لإتمام الدفع على الحساب ألا يكون المتعاقد قد حصل على تسبيق بالتموين،وأن يكون مصدر المنتوجات من الجزائر. لأنه لا يمكن الاستفادة من هذا النوع من الدفع لو تعلق الأمر بمنتوجات تم جلبها من الخارج.

[1]- المادة 82 من المرسوم الرئاسي 10-236.
[2]- المادتين 84 و 85 من نفس المرسوم.

2-الدفع على الحساب الشهري:

إن الدفع على الحساب يتم شهريا ما لم ينص أحد بنود الصفقة على مدة أطول حسب طبيعة الخدمة،ونظرا لتعلق الدفع على الحساب بنسبة تقدم الأشغال أو الخدمة فقد علق المشرع منحه على تقديم الوثائق التالية:

- محاضر أو كشوف حضورية أو ميدانية خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها.
- جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة.
- جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به وجدول تكاليف الضمان الاجتماعي مؤشر عليه من صندوق الضمان الاجتماعي المختص.
-

الفرع الثالث:التسوية على رصيد الحساب Le règlement pour solde

إن التسوية على رصيد الحساب تتمثل في الدفع المؤقت أو الدفع النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها.

1-التسوية على رصيد الحساب المؤقت:

لقد بينت المادة 86 من المرسوم الرئاسي كيفية التسوية المؤقتة للرصيد كونها تتم بعد تسليم المشروع أو أداء الخدمة على أن تبادر الإدارة إلى اقتطاع الضمان المحتمل والغرامات المالية عند الاقتضاء والدفوعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب على اختلاف أنواعها.

2-التسوية النهائية:

إنّ التسوية النهائية للرصيد تكون برد الاقتطاعات بعنوان الضمان للمتعامل المتعاقد وشطب الكفالات التي قدمها ، ولا يتم ذلك إلا بعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع وبعد تقديم الوثائق القانونية المثبتة لذلك [1].

لقد ألزمت المادة 89 الإدارة المعنية بالقيام بالتسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوما من استلام الكشف أو الفاتورة.

[1] –المادة 87 وما بعدها من المرسوم 10-236.

كما أجازت إقرار مدة أطول لبعض الصفقات بقرار من وزير المالية، ولا يمكن أن يتجاوز شهرين أخذا بعين الإعتبار الأجل الأول أو الأجل العادي، وتقوم المصلحة المتعاقدة بإعلام المتعامل المتعاقد بتاريخ الدفع وإصدار الحوالة.

ويحق للمتعامل المتعاقد الحصول على الفوائد التأخيرية في حال تجاوز الآجال المذكورة، وتحسب هذه الفوائد على أساس نسبة الفائدة البنكية المطبقة على القروض القصيرة المدى[1] .

إن بعض الصفقات العمومية يستوجب تنفيذها زمنا طويلا مما قد ينتج عنه ارتفاع أسعار بعض المواد،لذلك فان سعر الصفقة يمكن أن يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة[2]

1-السعر الثابت: Le prix fixe

قد تنص الصفقة على أن يكون السعر ثابتا ولا يمكن للإدارة أن تغيره (رفعا أو تخفيضا) استنادا على سلطتها في التعديل.

2- السعر القابل للمراجعة: Le prix révisable

قد ينص العقد الإداري أو الصفقة على إمكانية مراجعة السعر وفق كيفية أو صيغة وألية تحدد مسبقا في الصفقة "بتحيين L'actualisation" السعر وتجعله متجاوبا مع التطور العام للأسعار، ويجب أن تراعي في صيغ مراجعة الأسعار الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة من خلال تطبيق معاملات وأرقام استدلالية تخص المواد،الأجور ،العتاد[3].

المطلب الثاني: إقتضاء التعويض "L'indemnisation"

في حال إخلال الإدارة بإلتزاماتها التعاقدية أو عند استعمالها للسلطات المخولة لها استعمالا يخالف القانون يقع لزاما عليها تعويض المتعاقد معها، كما تكون مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها عما لحق به من ضرر رغم عدم نسبة خطأ ما لها، ويكون أساس إلزامها بالتعويض الاستناد لنظرية الإثراء بلا سبب، وإما الإعتبارات العدالة وموجبات الحفاظ على التوازن المالي للعقد، وعليه فان مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها قد تنعقد على أساس الخطأ أو دونه[4] .

[1] - د.عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، مرجع سابق، صفحة 226.
[2] - المادة 64 من المرسوم الرئاسي 10-236.
[3] - د.محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، صفحة 82.
[4] – د.بوعمران عادل، مرجع سابق، صفحة 116.

الفرع الأول: المسئولية على أساس الخطأ:

إذا كان على المتعاقد مع الإدارة الإلتزام بأداء ما تقرر عليه بموجب الصفقة المبرمة ودفتر الشروط المصاحب لها فان الإدارة هي الأخرى وفي المقابل تكون مجبرة على تنفيذ إلتزاماتها الناشئة عن العقد المبرم. وملزمة باستعمال السلطات الإستثنائية المقرر لها على نحو مشروع ذلك أن أي إخلال منها بإلتزاماتها التعاقدية وأي استعمال منها لسلطاتها على نحو غير مشروع يشكل خطا عقدي يرتب مسؤولية الإدارة ويولد معه حق المتعاقد في التعويض.

إن الخطأ العقدي المرتب لمسئولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها يأخذ صورتان:

-إخلال المصلحة المتعاقدة بأحد الإلتزامات العقدية المقررة كعدم تسليمها الموقع في وقت مناسب وخالي من الموانع، أوعدم تقديمها للمواد الضرورية للتنفيذ أو حرمان المتعاقد من التسهيلات المالية المقررة في العقد أو عدم منحها المقابل المالي للمتعاقد في الآجال المقررة.

-مخالفة الإدارة لقواعد المشروعية عند مباشرتها لسلطاتها كإستعمالها اللامشروع لسلطات الرقابة والتوجيه أو تجاوز تعديلاتها لنطاق المشروعية أو توقيفها للأعمال موضوع العقد دون مبرر أو توقيعها لجزاءات بالغة الجسامة دون مبرر لها، أو فسخها للعقد لمجرد التحلل من الإلتزامات.

الفرع الثاني: مسئولية الإدارة على أساس الإثراء بلا سبب:

إن جهة الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها في حال قيامه بانجازات إضافية متى ثبت أنها ضرورية لانجاز محل العقد على أحسن وجه أو أنها ذات فائدة تعود على الإدارة وان الإدارة كانت راضية عن قيامه بها، وهو في إطار التنفيذ لإلتزامه التعاقدي، والتعويض في هذه الأحوال يكون إستنادا لقاعدة الإثراء بلا سبب المقررة في الشريعة العامة.

المطلب الثالث: الحفاظ على التوازن المالي Equilibre Financier du Contrat

تعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية محضة، يعود للقضاء الفرنسي الفضل في إظهارها إلى حيز الوجود من خلال القضايا المعروضة عليه. وكان أولها قضية العربات الكهربائية بتاريخ 11 مارس1910 [1] .

[1]- د.عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، صفحة228.

ويعود سر إقرار هذه النظرية أن المتعاقد مع الإدارة يلزم في كل الحالات بالوفاء بإلتزامه وبتنفيذ ما تعهد به، ولا يحق له التوقف عن أداء الخدمة بحجة غلاء أسعار بعض المواد مثلا.

إن التوازن المالي يعني ضرورة وجود تناسب بين إلتزامات المتعاقد وحقوقه حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، حيث انه لا يمكن تركه لوحده يعاني من هذه الضائقة المالية وقد يؤدي به الأمر إلى الإفلاس وغلق المشروع والتوقف عن كل نشاط وهو ما سيؤثر على المرفق العام وخدمة الجمهور ومدة انجاز المشروع، بما يفرض في النهاية الاعتراف للمتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي.

إن الاعتراف للمتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي يدخل إما تحت نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول: نظرية فعل الأمير"Le fait de prince"

1-مفهومها:

فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة بقرار فردي خاص تصدره، أو بقواعد تنظيمية عامة يكون من شانه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة بحيث يترتب على ذلك جعل تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية أكثر كلفة مما يلحق به ضررا يستوجب التعويض[1].

ويجد مبدأ التوازن المالي أساسه القانوني في التشريع الجزائري في نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي الجديد، حيث ورد في نصها :

" تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

غير انه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا بما يأتي:

-إ يجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل من الطرفين".

وعليه فنّن المشرع الجزائري هذه النظرية ذات المصدر القضائي كما بينا سابقا، وتأثر بها القضاء الجزائري، حيث اقر المشرع الجزائري مبدأ الحل الودي لحسم النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية،وأيضا عندما رخص للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة مما يعيد

[1] - د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، صفحة193.

الاعتبار المالي للمتعامل المتعاقد ويدفعه أكثر للوفاء بإلتزاماته وبمواصلة التنفيذ، فما كانت الصفقات العمومية يوما مجالا لدفع المتعامل المتعاقد على تحمل خسائر لم تكن متوقعة ساعة إبرام الصفقة ثم إن المتسبب في إحداثها هي الإدارة المتعاقدة نفسها.

2-شروط تطبيق النظرية:

حتى يطالب المتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي بعنوان نظرية فعل الأمير وجب توافر ثلاثة شروط نبينها فيما يلي:

1 -أن يصدر العمل الذي تسبب في الخلل المالي للمتعامل المتعاقد عن الإدارة المتعاقدة لنفسه ا وليس عن جهة إدارية أخرى[1].

2 -أن يكون العمل القانوني الصادر عن الإدارة المتعاقدة مشروعا غير مخالف للنظام العام فإن صدر العمل عن الإدارة وكان غير مشروع جاز للطرف الآخر اللجوء للقضاء ومساءلتها طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.

3 -أن يؤدي العمل المشروع الصادر عن الإدارة المتعاقدة إلى قلب إقتصاديات العقد و التأثير عليها بصورة أساسية بما يؤثر على المركز المالي للمتعامل المتعاقد فيسبب له ضررا ماليا.

مثلا إذا نتج عن تعديل الصفقة زيادة كبيرة في تحمل الأعباء المالية بالنسبة للمتعامل المتعاقد جاز له المطالبة في التوازن المالي[2].

4 -الآثار المترتبة على النظرية:

تولد نظرية فعل الأمير حقا للمتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض كامل يعيد التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه قبل صدور قرار الإدارة المتعاقدة و الذي أضر بالمتعاقد معها و تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الضرر والذي لحق به بسبب فعل الأمير يقوم على عنصرين:

- ما لحق به من خسارة ،و يتضمن المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعام ل المتعاقد، ومثال ذلك إذا طلبت الإدارة من المقاول سرعة تنفيذ الأعمال فإن هذا قد يؤدي إلى زيادة أعباء المقاول بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة أجور الأيدي العاملة في صورة أجور إضافية.

[1]- د.محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، الجامعة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، صفحة 577.
[2] - المادة 115 من المرسوم الرئاسي10-236.

- ما فات المتعامل المتعاقد مع الإدارة من كسب على إعتبار أن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال و عن عمله و رأس ماله[1].

الفرع الثاني نظرية الظروف الطارئة L'imprévision

1 -مفهومها:

جعلت نظرية الظروف الطارئة لمواجهة آثار ظرف يقع أثناء مدة تنفيذ العقد حيث يلحق بالتعاقد مع الإدارة خسائر فادحة تختل معها إقتصاديات العقد الإداري في حين أن المتعاقد لم يتوقع حدوث هذه الظروف حال إبرامه العقد و لم يكن بوسعه توقعه أو إستطاعته دفعه، الأمر الذي يلز م الإدارة بمشاركته في تحمل جزء من الخسارة بحيث يعود التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه قبل حدوث الظرف الطارئ،حيث يستوي في ذلك ان يكون مرجع الظرف الطارئ ظواهر طبيعية أو ظروف اقتصادية أو إجراءات إدارية صادرة عن غير جهة الإدارة المتعاقدة.

تتميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية فعل الأمير ، أن العمل المتسبب في الخلل المالي بالنسبة لنظرية فعل الأمير صدر عن الإدارة المتعاقدة ، بينما نظرية الظروف الطارئة ليس للإدارة المتعاقدة أي يد في الحدث مصدر الخلل المالي ، فهو عارض خارجي و ليس لإرادة الإدارة أي دخل فيه.

كما تتميز كذلك نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة ، أن هذه الأخيرة رغم أنه لا يد لأطراف العقد في حدوثها، إلا أنها تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، خلافا لنظرية الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ العقد ممكنا و لكنه مرهق ويبقى من حق المتعامل المتعاقد المطالبة بإعادة التوازن المالي.

2 -شروط تطبيقها:

من أجل تطبيق نظرية الظروف الطارئة وجب توافر الشروط التالية:

- وقوع حوادث إستثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ:

حيت تعد من قبيل الظروف الإستثنائية غير المتوقعة إرتفاع أسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع إرتفاعا غير عادي، وذلك أن الإرتفاع البسيط و الطبيعي أمره يقدره أطراف العقد و يضعونه بعين الإعتبار ساعة التعاقد، وفي حال ما إذا كان الإرتفاع يسير بوتيرة متسارعة و مرتفعة

[1] – د.عبد العزيز عبد المنعم، مرجع سابق، صفحة 199، 200 .

كما هو الحال في القضية التي عرضت على مجلس الدولة الفرنسي ، حيث تنتج عن نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفاع أسعار الفحم بما سبب ضر ر للملتزم فلم يعد بإستطاعته تحمل الأعباء المالية الجديدة، ولما لجأ الملتزم للإدارة المتعاقدة لتعيد النظر في الأحكام المالية الواردة في العقد رفضت مما دفعه للجوء إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي إعترف له بحقه في التوازن المالي بعنوان الظروف الطارئة، ومن يعود الفضل لهذه القضية في ظهور نظرية الظروف الطارئة سنة 1916 [1].

- أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين:

لا يستفيد المتعامل المتعاقد من إعادة التوازن المالي تحت عنوان الظروف الطارئة إذا تسبب هو بعمله أو تدخله في إحداث السبب أو الطارئ الجديد ، كذلك الحال فلا ينبغي أن تكون الإدارة هي المتسببة في ظهور هذا الطارئ الجديد ، فان كانت هي من أحدثت بعملها الطارئ الجديد جاز مساءلتها تحت عنوان الإخلال بأحكام المسؤولية التقصيرية لا نظرية الظروف الطارئة.

- أن ينتج عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة:

يقصد بالخسائر الغير مألوفة أن الظروف الطارئة أدت إلى قلب الوضع الاقتصادي للمتعامل المتعاقد رأسا على عقب، وتدخل بالتوازن المالي للعقد إخلالا خطيرا وغير مألوف بحيث يصبح تنفيذ المتعاقد مع الإدارة إلتزاماته التعاقدية مرهقا لأنه يتحمل أعباء مالية خطيرة وخسائر كبيرة.

- أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع:

أي يكون بوسع أطراف العقد توقعه، فإذا كان الظرف الطارئ ممكن توقعه، كأن تكون الحرب ممكنة الوقوع نتيجة إستياء العلاقات بين دولتين على درجة كبيرة جدا فإن المتعاقد لا يمكنه الاستفادة من أحكام هذه النظرية لأنه في وسع الرجل المعتاد توقع حدوث الحرب ، كما لا يكفي أن يكون الظرف أو الحادث غير متوقع إذا كان ممكن تفادي وقوعه، لأن المدين المتعاقد مع الإدارة ملزم بتفادي مثل هذه الظروف التي تعجزه عن الوفاء أو ترهقه ما دام في وسعه ذلك [2].

3 -أثار النظرية الظروف الطارئة:

تجد النظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني في الجزائر في نص المادة 107من القانون المدني التي جاء فيها:

[1] - دعمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، صفحة 231.
[2] - د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، صفحة 203.

"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية و لا يتقصر العقد على الزام بما ورد فيه فحسب،بل يتناول أيضا ما هو مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الإلتزام ،غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي،وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مرعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى حد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق يخلف ذلك".

لقد قنن المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة [1] لأنها فكرة تتماشى و مبادئ العدالة ،لأنه ليس من العدل ترك المتعامل المتعاقد يتحمل ولوحده الأعباء المالية بحجة أن الإدارة ليست المتسببة في هذه الظروف.

و تنحصر آثار العمل بنظرية الظروف الطارئة في الحصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض جزئي من الإدارة تحت رقابة القضاء،و هو تعويض جزئي لكونه لا يشمل الخسارة كلها و لا يغطي إلا جزء من الأضرار التي أصابت المتعاقد في الخسارة.[2]

وإذا لم يتوصل الطرفان إلى الإتفاق حول إعادة التوازن المالي للعقد الإداري لأن الطرف المتعاقد ملزم على تنفيذ إلتزاماته التعاقدية رغم حدوث الإختلال بالتوازن المالي للعقد، وذلك نزولا وتطبيقا لمبدأ ضرورة إنتظام و إستمرار سير المرفق العام حكم القضاء بفسخ العقد بناء على طلب أحد طرفي العقد الإداري [3].

[1]- المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 .
[2] - بوعمران عادل، مرجع سابق، صفحة 123.
[3] – د.عمار عوايدي،القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1990، صفحة 596 .

خـــاتمة

إن المشرع الجزائري قد خص العقود الإدارية أو الصفقات العمومية بتشريع خاص و لم يخضعها للقانون الخاص، و حرص على تحديد جملة من الإجراءات و الضوابط لإبرام هاته العقود و إن ما يمكن إستنتاجه من خلال بحثنا هذا هو ما يلي :

1 - العقد الإداري عقد تبرمه إدارة عامة، تستعمل فيه قواعد إستثنائية، و تستهدف به المصلحة العامة.

2 - إن المشرع الجزائري يلزم الإدارة أن تتبع طرق معينة في إبرام العقود الإدارية خاصة فيما يتعلق بالصفقات العمومية، فهي تخضع لطرق إبرام خاصة و لإجراءات في غاية التعقيد.

3 - إن أسلوب المناقصة هو القاعدة العامة في مجال التعاقد بالنسبة للإدارات العمومية، و إن أسلوب التراضي هو الإستثناء عن القاعدة.

4 - لقد قيد المشرع الإدارة بإجراءات و شكليات في بعض الصفقات العمومية كالمناقصة، و ترك لها مجال من الحرية في بعض الصفقات الأخرى كالتراضي مثلا.

5 - إن أسلوب التراضي يتميز عن أسلوب المناقصة أنه يعفي الإدارة من أهم قيد من قيود التعاقد ألا و هو قيد الإعلان أو الإشهار.

6 - إن أسلوب الإستشارة الإنتقائية رغم الطابع المعقد و الغير عادي للعملية محل التعاقد، فإن الطبيعة الخاصة لهذا الأسلوب من أساليب التعاقد تفرض إعطاء قدر من الحرية للإدارة طالما تعلق موضوع الصفقة بعمليات معقدة و ذات أهمية خاصة.

7 - إن للصفقات العمومية علاقة وثيقة بالخزينة العامة و بالمال العام لأن الوعاء المالي للصفقة يرصد على حساب الإعتماد المالي للدولة أي الميزانية العامة، و أحيانا أخرى يقيد و يحسب في ميزانية الإدارة المعنية أو بما يسمى بميزانية القطاع.

8 - تخضع العقود الإدارية في مجال الصفقات العامة لرقابة قبلية و بعدية من طرف الجهات الإدارية المخولة قانونا، تستهدف إحترام الإجراءات و مبدأ المساواة والتسوية الودية للمنازعات.

9 - إذا كانت الصفقات العمومية بأشكالها المختلفة المناقصة و الإستشارة الإنتقائية ينجم عنها خروج مال من الخزينة العامة بعنوان صفقة عمومية و إستفادة المتعاقد مع الإدارة بالمقابل المالي

الناتج عن تنفيذ العملية موضوع الصفقة، فإن التعاقد بطريق المزايدة ينجم عنه تحقيق مداخيل للخزينة العامة نتيجة عن التعاقد.

10 -إن أبرز مظهر تتميز به الصفقات العمومية عن غيرها من العقود و خاصة المدنية و التجارية أن الصفقة العمومية تخول جهة الإدارة ممارسة جملة من السلطات تتمثل في سلطة الرقابة و التوجيه و سلطة التعديل و توقيع الجزاءات و سلطة إنهاء العقد أو الصفقة.

11 -إن المصلحة المتعاقدة هي أول من يتحرك لدى الجهات المخولة بالترخيص و إذا صدر الترخيص من الجهة المركزية أو مسؤول الهيئة المستقلة أو السلطة المحلية ممثلة في الوالي وجب إرسال نسخة منه لوزير المالية بما يعكس أثر الصفقة العمومية على الخزينة العامة.

12 -إن المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بموجب المرسوم الرئاسي 12-23 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، جاء أكثر تفصيلا لأسلوب الإستشارة الإنتقائية رغم الطابع المعقد و الغير عادي للعملية محل التعاقد.

المراجع

I - المراجع العامة:

أ -باللغة العربية :

1. طاهري حسين :

شرح وجيز للإجراءات المتبعة في المواد الإدارية، دار الخلدونية، القبة، الجزائر،2005

2. د. محمد الصغير بعلي :

- القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004
- الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2009
- القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار العلوم،عنابة، الجزائر، 2007

3. د. محمد فؤاد عبد الباسط:

القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005

4. د. ماجد راغب الحلو:

القانون الإداري، دار المطبوعات الجديدة،الإسكندرية، مصر، 2000

5. د. عمار بوضياف :

- الوجيز في القانون الإداري، جسورللنشر و التوزيع، المحمدية، الجزائر، 2007

6. د.عمار عوابدي :

القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1990

7. فضيل العيش :

شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، منشورات أمين، الجزائر، 2009

ب – باللغة الفرنسية:

1. Rachid Zouaimia, Droit Administratif, BERTI Editions, Alger, 2009

II - المراجع الخاصة:

- أحمد محيو:

محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د.محمد عـرب صاصيلا ،الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2009

- بوعمران عادل :
النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010
- د. محمد الصغير بعلي :
العقود الإدارية ، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2005
- د. محمـود خلف الجبوري:
العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمــان، الأردن، 1998
- د. عمار بوضياف :
شرح الصفقات العمومية ، جسورللنشر و التوزيع، المحمدية، الجزائر، 2011
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفــة :
الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005
- رياض عيسى:
نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب ت

III - النصوص القانونية :

1 -الدساتير:

- الدستور طبعة جديدة متضمنة التعديل الدستوري بالقانون 09/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008.

2 -القوانين:

- القانون المدني.
- قانون الإجراءات المدنية والإدارية (النص الكامل للقانون 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008).
- القانون رقم 90 – 30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية .
- قانون رقم 08- 14المؤرخ في 20 يوليو 2008،المعدل و المتمم للقانون رقم 90 – 30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية .

3 -**المراسيم:**

- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 27-07-2002 المعدل و المتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 11-09-2003، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.
- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07-10-2010، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.
- المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18-01-2012، المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07-10- 2010 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

IV - الرسائل و المذكرات :

1. نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004.

المصادر الكترونية:

1 -د.عمار بوضياف:

- محاضرات في القانون الإداري (6)، السنة الثانية ل م د، منتديات الحقوق و العلوم القانونية الجزائر، 2009- 2010 .

http : //www.droit-dz.com/form/showthread.php ?

2 -د.رمضان محمد بطيخ:

- محاضرات في قيود إبرام العقد الإداري . كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ب ت.

http : //www.droit-dz.com/form/showthread.php ? -

الفهرس

المقدمة.....5
تمهيد.....10
I - نشأة العقد الإداري..... 10
II - مفهوم العقد الإداري..... 11
III - عناصر العقد الإداري..... 12
IV - أنواع العقد الإداري..... 15
الفصل الأول: القيود السابقة للتعاقد الإداري..... 21
المبحث الأول: القيود التي تحكم جهة الإدارة..... 21
المطلب الأول: الإذن المالي و القانوني..... 21
الفرع الأول: الإذن المالي..... 21
الفرع الثاني: الإذن أو التصريح القانوني..... 23
المطلب الثاني : الإستشارة السابقة للتعاقد..... 26
الفرع الأول : الإستشارة الإجبارية أو الإلزامية..... 26
الفرع الثاني : الإستشارة الإجبارية 27
الفرع الثالث : الإستشارة المقيدة..... 28
المبحث الثاني : القيود التي تحكم إختيار المتعاقد..... 29
المطلب الأول: المناقصة..... 30
الفرع الأول: مفهوم المناقصة..... 30
الفرع الثاني: أشكال المناقصة..... 31
المطلب الثاني: التراضي..... 36
الفرع الأول: مفهوم التراضي.....37
الفرع الثاني: حالات وأشكال التراضي..... 37
الفرع الثالث : إجراءات إبرام الصفقة بطريق التراضي .....40.

الفصل الثاني : القيود الواردة على الإدارة أثناء التعاقد.....43
المبحث الأول: القيود الوارد على سلطات الإدارة المتعاقدة.....44
المطلب الأول : سلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه.....44
الفرع الأول : المقصود بسلطة الرقابة و التوجيه.....44
الفرع الثاني : القيود الواردة على سلطة الرقابة والتوجيه.....45
المطلب الثاني: سلطة التعديل.....47
الفرع الأول: الملحق L'avenant 48
الفرع الثاني: قيود استعمال الإدارة لحق التعديل.....50
الفرع الثالث: حقوق المتعاقد في مقابل سلطة التعديل.....51
المطلب الثالث : سلطة توقيع الجزاءات و إنهاء العقد.....52
الفرع الأول : سلطة توقيع الجزاءات.....52
I -الجزاءات المالية.....52
II - الجزاءات الضاغطة.....55
الفرع الثاني: سلطة إنهاء العقد.....56
المبحث الثاني: ضمانات المتعاقد مع الإدارة.....58
المطلب الأول: الحق في المقابل المالي.....58
الفرع الأول : التسبيق L'avence.....59
الفرع الثاني : الدفع على الحساب L'acompte.....60
الفرع الثالث: التسوية على الرصيد Le règlement pour solde.....61
المطلب الثاني : إقتضاء التعويض L'indemnisation.....62
الفرع الأول : مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ.....63
الفرع الثاني: مسؤولية الإدارة على أساس الإثراء بلا سبب.....63
المطلب الثالث: الحفاظ على التوازن المالي للعقد.....63
الفرع الأول: نظرية الفعل الأمير.....64
الفرع الثاني : نظرية الظروف الطارئة.....66

الخاتمة:.....70
قائمة المراجع:.....73
الفهرس:.....77