جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة -
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

الضمانات المالية في قانون الصفقات العمومية

مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر

شعبة الحقوق- تخصص قانون الأعمال

إعداد الطالب :
كاسيس هارون

إشراف الأستاذ :
الدكتور بوحديد فارس

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذ: صافي عبد الله	**أستاذ بجامعة 20 أوت 1955 سكيكدة .....رئيسا**
الدكتور: بوحديد فارس	**أستاذ بجامعة 20 أوت 1955 سكيكدة ...مشرفا و مقررا**
الأستاذة: بوغاغة ياسمينة	**أستاذة بجامعة 20 أوت 1955 سكيكدة .....مناقشا**

دورة جوان 2016

-إهداء -

إلى والداي العزيزين- رحمهم الله.

إلى زوجتي الغالية التي صبرت علي , ساندتني و رافقتني طيلة مشواري الدراسي.

إلى ابني المدلل *فهد*

أهدي هذا العمل

كلمة شكر و عرفان

أتقدم بجزيل الشكر و عظيم الإمتنان إلى أستادي المشرف **الدكتور بوحديد فارس** الذي تفضل بقبول الإشراف على هذا العمل و ما أفادني به من نصائح و توجيهات.

مقدمة

مقدمة:

إن الإدارة العمومية و من خلال مسعاها إلى إشباع الحاجيات العامة عن طريق مختلف مرافقها العمومية, ترتكز على عدة قوانين و تنظيمات تمكنها من إصدار قرارات أو إبرام عقود , هذه الأخيرة تعتبر الوسيلة الأكثر استعمالا من طرف الإدارة العمومية لتمكينها من بلوغ أهدافها و تنفيذ مشاريعها .

لهذا فقد اعترف المشرع للإدارة بأهلية التعاقد , غير أن هذه العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد ليست خاضعة إلى نفس النظام القانوني , فقد تتبع أسلوب القانون الخاص أحيانا و تظهر بوصفها سلطة عامة مستعملة امتيازات خاصة في أحيان أخرى.

و من بين أبرز العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد نجد الصفقات العمومية , التي تخضع لنظام قانوني متميز , يختلف عن كل عقود الإدارة الأخرى سواء في إطار القانون الخاص , أو ما يسمى بالعقود الإدارية .

و قد عرف قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري تطورا بشكل مستمر فقد نزل أول إطار قانوني ينظم عملية الإنفاق العام من خلال الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 , ثم تتالت

وراءه العديد من المراسيم الرئاسية , فكان آخرها المرسوم الرئاسي 15–247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 الذي هو أساس دراستنا.

لقد حظيت الصفقات العمومية بقانون خاص نتيجة أهمية هذا النوع من العقود لصلتها الوثيقة بالخزينة العمومية , كونها تنصب على مصاريف الإدارات العمومية أي على عملية الإنفاق العام .

إن الغرض الأساسي من إبرام الصفقات العمومية هو تنفيذها وينجم عن هذا العقد آثار قانونية بالنسبة للإدارة المتعاقدة وكذا المتعامل الحائز على الصفقة، و تتمثل في حقوق والتزامات كل طرف من الأطراف, و دراسة العقود الإدارية بصفة عامة تظهر عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة، ويتجلى هذا الأمر بوضوح في عملية تنفيذ الصفقات العمومية أين تتمتع الإدارة أو المصلحة المتعاقدة بسلطات وحقوق في مواجهة المتعاقد معها، تفوق بكثير ما له من حقوق في مواجهتها، فهي تعمل من أجل المصلحة العامة في حين يسعى المتعامل المتعاقد إلى تحقيق مصلحته الخاصة , فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين غير معمول به في مجال الصفقات العمومية فقد تضطر الإدارة إلى تغيير بنود وشروط العقد بإضافة التزامات جديدة من دون موافقة الطرف الثاني في العقد و هو المتعامل المتعاقد, و هذا مراعاة لمصلحة المرفق العام , غير أن هذا الأمر و إن حدث فلا يمكن الاعتقاد بأنه قد تم تعجيز و

التضحية بالطرف الآخر من خلال الإخلال بالتوازن المالي للعقد ذلك أن المتعامل المتعاقد قد يحصل في المقابل إما على تعويضات مالية تكميلية أو تسبيقات مالية أو حتى الحصول على امتيازات و أفضليات بالإضافة إلى ضمانات من قبل المصلحة المتعاقدة, وكل هذا يدخل في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد.

إن اختيار موضوع البحث ينبع من دوافع ذاتية وأخرى موضوعية، فبالنسبة للدافع الذاتي فهو بالدرجة الأولى ميولي الشخصي لعالم المال والأعمال، و كذلك اطلاعي ومتابعتي لموضوعات ذات طابع اقتصادي.

أما الأسباب الموضوعية فتمثلت في تناسب البحث مع تخصص الدراسة في قانون الأعمال الذي يمزج بين الطبيعة الاقتصادية والقانونية، بالإضافة إلى موضوع الصفقات العمومية الواسع والمعقد و المتداول عل أكبر نطاق في ميدان تصريف المال العام .

كذلك أردت من خلال هذه الدراسة أن تكون هذه الأخيرة إضافة أو لبنة في ميدان الصفقات العمومية الذي يبقى ميدان خصب للبحث العلمي، فمعظم الدراسات التي تناولت هذا الموضوع ، كانت دراسات اقتصادية أكثر منها قانونية، كما أن إثارة مثل هذه المواضيع سيدفع العديد من الباحثين لدراسة هذا المجال وإثراءه بالدراسة والتحليل.

أما الأهداف المتوخات من الدراسة فهي تسليط الضوء على ميدان الصفقات العمومية ،و هي على نوعين ، أهدافا علمية و أخرى عملية:

أما بالنسبة للأهداف العلمية نذكر بالخصوص:

-تبيان حقوق و واجبات طرفي العقد في الصفقة العمومية .

-تبيان الأسس القانونية للضمانات المالية في قانون الصفقات العمومية .

-تبيان مدى نجاعة الضمانات المالية في حماية أطراف العقد.

فيما يخص الأهداف العملية فنذكر بالخصوص:

-فهم آليات تطبيق نظام الضمانات في قانون الصفقات العمومية.

-فهم الإجراءات العملية و كيفية تطبيق مختلف الضمانات المالية.

-فهم الدور الذي تلعبه البنوك ، المؤسسات المالية و صندوق ضمان الصفقات العمومية في نظام الضمانات المالية .

-تبيان مدى نجاعة الضمانات المالية لكلى طرفي العقد ومدى قدرتها على المحافظة على المال العام مع استمرارية سير المرفق العام.

من خلال ما تقدم يمكن القول أن كل طرف في العقد و جب أن تكون له ضمانات خاصة المالية منها , عقدية كانت أم قانونية تمكنه من حماية مصالحه تجاه الطرف الآخر , و عليه يمكن طرح التساؤل الآتي : **ما هي أهم الضمانات المالية التي جاء بها قانون الصفقات العمومية لحماية أطراف العقد؟ وهل تعد هذه الضمانات المالية كافية لحسن تنفيذ وإنجاز موضوع الصفقة وفق منظور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ؟**

للإجابة على هذه الإشكالية فقد قمنا في إطار دراستنا للموضوع بإتباع **المنهج الوصفي التحليلي** و الذي من خلاله نتطرق إلى مختلف المواد القانونية المتعلقة بالضمانات في إطار قانون الصفقات العمومية الذي يحدده المرسوم الرئاسي 15-247, ثم تحليل تلك المواد تحليلا قانونيا بالإضافة إلى التطرق لما جاء به الفقه و الاجتهاد القضائي في هذا الميدان.

و للإحاطة بالموضوع فقد تم تقسيم الدراسة إلى فصلين :

يتم التطرق في الفصل الأول إلى الضمانات المالية الواردة على المتعامل المتعاقد تجاه المصلحة المتعاقدة , أما في الفصل الثاني فقد تناولنا فيه مختلف الضمانات المالية الواردة على المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد .

الفصل الأول

ضمانات المتعامل المتعاقد تجاه المصلحة المتعاقدة

لقد منحت الإدارة سلطات وحقوق استثنائية في مواجهة المتعاقد معها تمارسها في إطار القانون العام والتي من شأنها جعل تلك الصفقة العمومية لا تفقد الهدف الذي أبرمت من أجله، فيخول لها أن تباشر حق الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة وأن تقوم كذلك بتنفيذ شروط الصفقة وفسخها وإنهائها بإرادة منفردة إذن فمرحلة التنفيذ هي المرحلة الهامة في كل الصفقة العمومية لهذا قام المشرع بإحاطتها بكم معتبر من الأدوات القانونية اللازمة لضمان سيرها الحسن سعيا إلى تحقيق مبادئ إبرام الصفقات العمومية و هي الضمانات الأنجع لتأدية كل طرف لالتزاماته فهي تكملة لدفاتر الشروط للصفقة المبرمة بين المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة التي تحدد ما لكل طرف من حقوق وما عليه من واجبات، أضف إلى ذلك الشروط المفترضة في كل العقود الإدارية الواجب احترامها حتى و إن لم تضمن كبند صريح في عقد الصفقة العمومية، فالإدارة تحرص على توخي الدقة في إعداد صفقاتها المبرمة فهي تتعلق بالمرافق العامة حفاظا على إستمراريتها في أداء أعمالها بانتظام في كل الأوقات.

من خلال ذلك وجب على المتعامل المتعاقد ان يفي بالالتزامات والمهام المسندة إليه بموجب الصفقة المتعاقد عليها بكل دقة وأمانة كونه في حالة الإخلال بها أو بإحداها أو التقصير في أدائها تقوم المصلحة المتعاقدة آنذاك بتوقيع الجزاءات المقررة لذلك الإخلال وهذا كفالة من المشرع في مجال الصفقات العمومية لحقوق الإدارة المتعاقدة.

و من خلال دراستنا سوف نتناول في هذا الفصل الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد بهدف معرفة المركز القانوني لهذا الأخير من خلال التطرق لصنفين من هذه الضمانات ؛ ضمانات متعلقة التنفيذ المالي نتناولها من خلال المبحث الأول، بينما نتناول في المبحث الثاني ضمانات متعلقة بالتنفيذ

التقني للصفقة العمومية.

المبحث الأول: الضمانات المتعلقة بالتنفيذ المالي للصفقة

إن المصلحة المتعاقدة أثناء إبرام الصفقة العمومية منذ البداية تحرص على منح الصفقة للمتعامل المتعاقد المقتدر ماليا أي ميسور من الناحية المالية وهذا حسب ما جاءت به المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15-247:

" يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيد الصفقة . تحدد الضمانات المذكورة أعلاه وكذا كيفيات استرجاعها حسب الحالة في دفاتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة استنادا إلى الأحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها"

لذلك فإن المتعاملين المتعاقدين مع الإدارة ملزمون بتقديم ضمانات مالية تحمي الإدارة من الأخطار المالية التي يمكن أن تواجهها في حالة إخلالهم بالتزاماتهم وتتمثل هذه الضمانات في:

- أولا :نظام الكفالة
- ثانيا: الضمانات ذات الطبيعة الحكومية
- ثالثا: اقتطاعات حسن التنفيذ
- رابعا: اقتطاعات الضمان

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني فإن أساس نظرية الضمان هو وجوب تعويض الشخص الذي وقع عليه الاعتداء على أمواله أو نفسه ما أنتج هلاكها أو تلفها وهذا حفاظا على حقوقها وصيانة لها من كل أذى، فالضمان إذن هو التزام بتعويض الغير لما لحق به من تلف المال أو ضياع المنافع و الفرص

و هي كلها أضرار واجبة التعويض.

أما في ميدان الصفقات العمومية فالضمان يعتبر ذلك الحق الذي يتمتع به أحد الأطراف تجاه الطرف الآخر حتى يؤمن سداد ديونه فقد يكون ضمان عيني كالرهون الحيازية أو شخصي كعقد الكفالة أو الضمان الاحتياطي.

و لحسن تنفيذ موضوع الصفقة العمومية وحفاظا على أطراف العقد فقد تطرق قانون الصفقات العمومية إلى مثل هذه الضمانات وأحاطها بعناية نظرا لأهميتها الكبيرة .

المطلب الأول: الكفالة

الفرع الأول: ماهية الكفالة.

أولا: تعريف الكفالة: حسب نص المادة 644 من القانون المدني تعرف الكفالة على أنها:"عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه". ومنه فالكفالة لها عنصران، أحدهما مادي يتم بواسطته ضمان الدين من خلال مبلغ مالي أو أي قيمة أخرى، والآخر عنصر الشخص الكفيل الذي يمثل بحد ذاته الضمان لتنفيذ الالتزام من طرف شخص آخر وهو ما يعرف بالكفالة الشخصية والتضامنية[1].

إن الكفالة لا تتطلب شكل محدد سوى شرط الكتابة فهي تقنية بسيطة في تكوينها و تهدف للإثبات فقط وتمثل فائدة قانونية لكل الأطراف وهذا بفضل تدخل البنوك والمؤسسات المالية لتمويل المشاريع وكذا الأفراد للمساهمة في عمليات الإنتاج و كدا تنشيط الاقتصاد خاصة أن هذا التمويل أصبح ضروريا

[1]. EL FASSI Fatima Zohra, le régime juridique de la rémunération dans les marchés publics de fourniture en droit Algérien, thèse de doctorat en droit public de l'entreprise, Université de Montpelier 1,1991,p492

فالبنوك تحتاج إلى وسائل تضمن لها عودة أموالها المقترضة إلى الغير وتفادي خطر إعسار المدين.

إن قيمة الكفالة في الضمان تتحدد على أساس مركز الكفيل المالي ودرجة يسره، فقد يتعرض الدائن لنفس المخاطر عند رجوعه على المدين وهو خطر إعسار الكفيل .

ثانيا: خصائص عقد الكفالة:

1-الكفالة عقد رضائي: فهو ينعقد بمجرد تراضي بين الدائن و الكفيل ولا يشترط فيه شكل خاص، لكن اشترط المشرع الكتابة لهدف لإثبات فقط وليس كشرط للانعقاد.

2- الكفالة عقد تابع لوجود التزام أصلي: بمعنى التزام بين الدائن والمدين لكي يتركز عليه وتقدم على ضمان الوفاء به، ولا يمكن للكفالة أن تعقد بشرط أشد من شروط الالتزام الأصلي أو تتجاوز حدوده.

3- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد: إن الكفيل هو من يلتزم بعقد الكفالة بضمان تنفيذ التزام يقع على عاتق الشخص المدين إزاء الطرف الدائن في العقد، هدا كأصل عام ، ولا يلتزم هذا الأخير عادة بشيء نحو الكفيل إلا أنه إذا التزام نحوه بدفع مقابل نظير كفالته للدين فإننا نكون بصدد عقد ملزم لجانبين إضافة لكون الكفالة عقد ضمان وتبرعي[1].

و الكفالة عدة أصناف كما جاء في نص المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فهي ضمانات ملزمة يؤديها المتعامل المتعاقد "الطرف المدين" اتجاه المصلحة المتعاقدة وهي الطرف الدائن، عن طريق البنوك أو صندوق ضمان الصفقات العمومية.

الفرع الثاني : أنواع الكفالة

نص قانون الصفقات العمومية على عدة أشكال للكفالة وتتمثل في:

[1] زاهية سي يوسف ، عقد الكفالة، دار الأمل، تيزي وزو، الطبعة الثالثة، 2004، ص19،20 .

أولا: كفالة رد التسبيقات: La caution de restitution des avances

إن كفالة رد التسبيقات هي التزامات بنكية تضمن من جهة استفادة المتعامل المتعاقد من تسبيقات جزافية أو تسبيقات على التموين وفي مقابل ذلك تضمن المصلحة المتعاقدة استرجاع التسبيق أو التسبيقات، ذلك أن المصلحة المتعاقدة لا تدفع أي تسبيق من أي نوع كان للمتعامل المتعاقد إلا في حالة دفع هذا الأخير كفالة الإرجاع ضمانا لتسديدها.

و لكن من بين سلبيات هذا الإجراء ، أنه يعيق المتعاملين في الحصول على هذه التسبيقات الهادفة إلى تدعيمهم ماليا لتجاوز عقبات ضعف الإمكانيات المالية، إذ أن مبلغ الكفالة يعادل دائما مبلغ التسبيق ومنه فالمتعامل قليل ما يلجأ إلى مثل هذا النوع.

يتم إصدار الكفالة من طرف بنك جزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية أو بنك أجنبي معتمد من بنك جزائري و تكون هذه الأخيرة في العموم بقيمة معادلة بإرجاع التسبيقات، كما يتم تحريرها حسب الصيغ المتفق عليها بين المصلحة المتعاقدة والبنك، هذا بالنسبة للمتعهدين الجزائريين، أما بالنسبة المتعهدين الأجانب، فيجب أن تصدر الكفالة من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى [1].

و كون أن التسبيقات قد تكون جزافية أو على حساب التموين فإنه و من خلال نص المادة 111 من المرسوم الرئاسي 15-247، يمكن أن نستنتج أن الكفالة كذلك يمكن أيضا أن تكون كفالة إرجاع التسبيقات الجزافية وعليه تكون هذه الكفالة معادلة للتسبيق أو جزء منه شريطة ألا تتجاوز نسبة 15% إجمالية إذا دفع التسبيق دفعة واحدة أم مجزئة إلى حصص[2].

1. المادة 110 من المرسوم الرئاسي 15-247

2. المادة 111 من المرسوم الرئاسي 15-247

أما بالنسبة لكفالة إرجاع التسبيقات على حساب التموين، فإن مبلغ هذه الأخيرة يكون معادلا للتسبيق أو جزء منه شريطة عدم تجاوزه نسبته 50% من مبلغ الصفقة العمومية.

ثانيا: كفالة حسن التنفيذ:

هي كفالة مصرفية يصدرها البنك وهي تشكل ضمانا للمصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ حسن للصفقة وهذا حسب المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247، لهذا فهي تغطي كل المرحلة بين إعطاء الأمر ببدء التنفيذ والاستلام المؤقت للصفقة فهي ضمان للعيوب الظاهرة.

فقد نصت المادة 130 من نفس المرسوم على أن المتعاقد يجب عليه تقديم كفالة حسن التنفيذ زيادة على كفالة رد التسبيقات ما عدا في بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات كتلك المبرمة بالتراضي البسيط، و كذلك الصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية.

وتحرر كفالة حسن التنفيذ وفقا للصيغ المعتمدة من طرف المصلحة المتعاقدة والبنك الذي تنتمي إليه ويحدد مبلغها من 5% إلى 10% من مبلغ الصفقة بحسب نوعية وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها[1] وتسترجع في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة، كذلك يجب تأسيس الكفالة في أجل لا تتجاوز تاريخ أول طلب دفع على الحساب من المتعاقد، فللمصلحة المتعاقدة إمكانية إعفاء المتعامل المتعاقد من هذه الأخيرة في حال لم يتعدى أجل تنفيذ الصفقة 03 أشهر.

فيما يخص صفقات الدراسات والخدمات يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ باقتطاعات حسن التنفيذ و ذلك عندما ينص دفتر شروط الدعوة إلى المنافسة على هذا وهو ما نصت عليه المادة 132 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فبعد دراسة الوضعية المالية والتقنية للمؤسسة والأخطار المحتملة المرتبطة بالقرض يقدم صندوق ضمان الصفقات العمومية هذه الكفالة.

1-المادة 133/ف1 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ثالثا: كفالة الضمان Caution de Garantie

بوضع هذه الكفالة يمكن للآمر بالصرف أن يقوم بتحرير الاقتطاعات التي قام بها في إطار الضمان في انتظار التسليم النهائي لموضوع الصفقة، وتغطي في العادة الفترة بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائي لموضوع الصفقة فهي ضمان للعيوب الخفية التي تظهر لاحقا.

الرصيد المكون من مجموع الاقتطاعات يحول عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان في حالة يكون أجل الضمان متضمن في صفقة الدراسات والخدمات حسب نص المادة 132 من قانون الصفقات العمومية. إن استرجاع الكفالة أو اقتطاعات الضمان يكون في مدة شهر واحد بدءا من تاريخ التسليم النهائي للصفقة وبالتالي تسري صلاحية كفالة الضمان بدءا من التسليم المؤقت ، وبدلك تضمن الحقوق المحتملة للمصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد في حالة عيب أو نقص في موضوع الصفقة أو يكون غير ملائم للبنود الواردة في الصفقة وتتأسس كفالة الضمان بثلاث طرق و هي:

ـ كفالة يصدرها صندوق ضمان الصفقات العمومية أو أي بنك.

ـ تحويل كفالة حسن التنفيذ في حال نصت الصفقة على أجل الضمان.

ـ اقتطاعات من كشوف الدفع على الأشغال.

الفرع الثالث : آليات و أدوات تنفيذ نظام الكفالة

يجب على طرفي العقد توفير إمكانيات مالية لانطلاق العملية أي ضمان التمويل قبل تسديد مبلغ الصفقة.

يتطلب إعلان الصفقة العمومية توفير الإعتمادات الضرورية لدفع المبالغ المترتبة عن التنفيذ والتي

[1] المادة 146 من المرسوم الرئاسي 15-247

تنصب على المصاريف العمومية، إذ تقوم المصلحة المتعاقدة بتوفير الأدوات اللازمة وتسجيلها في الميزانية المخصصة لها قبل بشكل مسبق، و من جهة أخرى يتوجب على المتعامل الذي منح الصفقة القيام بتوفير الأموال اللازمة لاقتناء المواد واللوازم الضرورية لتنفيذ المشروع أو الأشغال أو الخدمات و ذلك قبل البدء في عملية التنفيذ.

و تتمثل احتياجات تمويل الصفقات العمومية في ثلاث عناصر أساسية وهي:

1 ـ احتياجات تغطي التمويل المسبق وتعبئة الديون المسجلة من قبل المؤسسات التي لها مبالغ هامة مبرمة مع الدولة.

2 ـ احتياجات تعبئة الديون: التي تم تنفيذها و المرتبطة بالأعمال ولم تتم تسويتها في آجالها المحددة.

3 ـ احتياجات التمويل المسبق: لتغطية الأعمال الأولى للتهيئة والانطلاق في المشروع بالاضافة إلى وضع الكفالات البنكية.

ويجب إعطاء دور فعال للبنوك إذ تعتبر المورد الأساسي في منح الضمانات بمختلف أنواعها ، بالإضافة إلى صندوق ضمان الصفقات العمومية الذي أنشئ خصيصا مكملا للنظام المصرفي إذ أن أغلب نفقات الدولة تذهب في شكل صفقات عمومية[1].

أولا: البنوك و المؤسسات المالية

إن النظام المصرفي في الجزائر لا يزال غير متطور خاصة في الآليات التي يعمل بها ، وهذا التطور الذي يستوجب منح بنك الجزائر (البنك المركزي) سلطات حقيقية في ميدان تنظيم ومراقبة القرض والوصول إلى منافسة فعلية بين البنوك.

[1] المادة 146 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وعلى هذا الأساس صدر أمر ينظم النقد والقرض[1].

جاء هذا الأمر لمساعدة التطهير المالي للمؤسسات، فتطوير العلاقة بين البنوك وزبائنها أصبحت تعتمد على قاعدة قابلية تسديد القرض، فعلى المقترض أن يباشر التسديد بنفسه مما يعفي الدولة من تحمل هذا العبء، فتقدير مقدرة الزبائن على الوفاء يعود للبنوك وحدها.

كانت البنوك مجرد مصدر لا ينتهي من السيولة، لكن مع نهاية الثمانينات وبداية التسعينات ، أقرت الدولة إصلاحات جديدة على القطاع المصرفي بسبب أزمة تراكم الديون على المؤسسات تجاه البنوك التي عرفت هي كذلك مشاكل ضعف التمويل لهذا وجب إعادة الدور الفعال للبنوك كوسيط مالي حقيقي بإضفاء نوع من الاستقلالية في التسيير، لكن مشكل البيروقراطية بقي موجودا وكذا الشروط الكثيرة التي تتطلبها عملية التمويل ما أدى إلى تعطيل مشاريع الإدارة العمومية وتوقف الكثير منها ، من هنا جاءت فكرة إنشاء هيئة تتكفل بمجال الصفقات العمومية وهي صندوق ضمان الصفقات العمومية.

بادرت الجزائر إلى إدخال جملة من الإصلاحات، كان أولها إنشاء البنك المركزي الجزائري والصندوق الجزائري للتنمية اللذان كانا يتكفلان بتسيير مصادر التمويل الخارجية وتقديم المساعدات والقروض لغرض تمويل مشاريع التجهيز العمومي للمؤسسات المختلفة ثم توالت عملية إنشاء البنوك العمومية لتصبح كلها تمول المشاريع التي تقوم بها المؤسسات الوطنية[2].

---

[1]. الأمر رقم 01-01 المؤرخ في 2001/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 90-10 المؤرخ في 1990/04/14 المتعلق بالنقد والقرض(ج ر رقم 14).

[2]. لطرش الطاهر، تقنيات البنوك, الطبعة الرابعة, ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 179،180.

ثانيا: صندوق ضمان الصفقات العمومية:

إن معظم المؤسسات عمومية كانت أم خاصة و التي على علاقة بإنجاز الصفقات والطلبات الممولة من طرف ميزانية الدولة أصبحت تعاني من الديون غير المدفوعة من طرف الإدارات العمومية والجماعات المحلية الذي أصبح عائقا كبيرا ، وهذا ما أدى إلى تعثر المتعاملين الاقتصاديين في غياب جهاز فعال للضمان، وهذا ما أوجب ضرورة إنشاء مؤسسة مكلفة بضمان الصفقات العمومية.

أنشىء الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 67/98 المؤرخ في 1998/02/21 فهو مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري، تتمتع بشخصية معنوية ومنه بالاستقلالية المالية، تمارس مهامها تحت وصاية وزير المالية، والهدف من إنشاء هذا الصندوق هو الحفاظ على التطور المادي والمالي لمشاريع التجهيز العمومية المقيدة في البرامج السنوية والمتعددة السنوات الممونة من ميزانية الدولة[1].

وفقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لاسيما المواد 108، 109، و110 ومنه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 67/98 المذكور آنفا وكذلك دفتر الشروط المحدد لصلاحيات الصندوق، فإنه يسمح لأصحاب الطلبات والصفقات العمومية بما يلي:

ـ الاستفادة من التسبيقات المخصصة لتغطية النفقات ذات الصلة بإنجاز الصفقات والطلبات العمومية.

ـ الحصول على كفالات ضمانات حتى يتمكنوا من المساهمة في إنجاز الصفقات.

ـ تسديد الكشوف والفواتير في حال تعذر ذلك ضمن الآجال المحددة.

ـ الحصول على الضمانات من المصلحة المتعاقدة.

– الحصول على التسبيقات مقابل كشوف الأشغال المنجزة.

[1] . المادة الأولى والثانية من المرسوم التنفيذي رقم 98/ 67 الصادر بتاريخ 1998/02/21 المتضمن إنشاء، تنظيم و تسيير صندوق ضمان النفقات العمومية، جريدة رسمية عدد رقم 11مؤرخة في 1998/03/01.

ـ الاستفادة كذلك من ضمان المؤسسة لدى بنوكها للحصول على أي قرض يتضمن إنجاز صفقة عمومية شريطة تقديم كل الوثائق الضرورية و كل التبريرات من طرف المستفيدين من الضمانات والكفالات.

ـ السعي إلى قروض إجمالية لتغطي احتياجاتها التمويلية المسبقة دون تمييز أو تعبئة الديون في حال كان لديها حافظة صفقات أو طلبات هامة ومنتظمة مبرمة مع مصالح الدولة.

تتجلى علاقة الصندوق بالبنوك خاصة في مجال الضمان الاحتياطي إذ يتدخل هذا الأخير كوسيط بين البنوك والخزينة العمومية لخصم السندات الإذنية إذ يقوم بمنح كفالته لصالح المتعامل المتعاقد الحائز على الصفقة فتقوم هذه الكفالة بضمان مختلف التزامات المؤسسة المتعاقدة مع الإدارة.

و لكي يتمكن من ذلك، فإن الصندوق يربط علاقات سواء مع الآمرين بالصرف أو البنوك المانحة للتمويل وكذلك المتعاملين المتعاقدين.

وطبقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 268/97 المؤرخ في 1997/07/21 المحدد للإجراءات المرتبطة بالالتزام وتنفيذ الصفقات العمومية وحصر اختصاصات ومسؤوليات الآمرين بالصرف، و من خلال نظام إعلام دائم مع الآمرين بالصرف يتدخل الصندوق لمراقبة طبيعة ومبلغ الصفقة التي يتضمنها [1]، وفيما يخص رفع اليد على الكفالات التي يقدمها الصندوق للمؤسسات بما فيها "كفالة الضمان" يمكن للمصلحة المتعاقدة من خلال الآمر بالصرف أن تشعر الصندوق برسالة بعدم تحرير الكفالة للمتعامل الحائز على الصفقة وتمديد الأجل لأكثر من شهر كون هذه الكفالة يتم رفع اليد

[1] المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 97-268.

عنها آليا بعد شهر واحد من تاريخ الاستلام النهائي إلا إدا لم يلتزم المتعامل المتعاقد بجميع بنود العقد وفي هذه الحالة تحرر كفالة الضمان برفع اليد صادر عن الآمر بالصرف .

و من هنا وجب التطرق إلى الآليات القانونية لتدخل الصندوق في ضمان عملية التمويل و هي:

1: الرهن الحيازي للصفقة: Le nantissement du marché

الرهن الحيازي هو وسيلة لتمويل الصفقة العمومية يقابله مبلغ مالي لتغطية نقص في خزينة مؤسسة إنجاز الصفقة حتى تتمكن من مواصلة أشغال الإنجاز، ويتم الرهن الحيازي وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 145 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 كما يلي:

ـ الرهن الحيازي يتم لدى مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات المصرفية عمومية كانت أم خاصة أو لدى صندوق ضمان الصفقات العمومية وتسمى هذه المؤسسة بـ "المتنازل له عن الصفقة".

ـ الرهن الحيازي يكون مقابل نسخة من الصفقة تحمل بيانا يدل على أن هذه الوثيقة تمثل سندا مكتوبا بشكل العبارة التالية: "مقبول كسند للرهن الحيازي" وهذه الوثيقة تقدمها المصلحة المتعاقدة المتعاقد.

ـ يبلغ المتنازل له المحاسب المعين في الصفقة بكل الرهون الحيازية، و يدفع الكشوف إلى رصيد المتنازل له الذي يصبح المستفيد بدلا من المؤسسة المتعاقدة عوض أن يدفعها إلى رصيد المؤسسة.

ـ كذلك يرسل المحاسب المعين للمتنازل له وثيقة توضح الوضعية المالية للصفقة ، تقدم المصلحة المتعاقدة للمتنازل له كشفا موجزا للخدمات المنجزة أو بيانا تفصيليا للحقوق المثبتة لصالح المتعاقد أو كشفا يحمل التسبيقات المدفوعة[1].

[1]. المادة 145/ف4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

تقدم على حقوق المستفيد من الرهن الحيازي الحقوق التالية:

ـ امتياز المصاريف القضائية.

ـ امتياز متعلق بأداء الأجور وتعويض العطل المدفوعة الأجر في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية.

ـ امتياز أجور المقاولين القائمين بالأشغال أو المتعاملين الثانويين المعتمدين من المصلحة المتعاقدة.

ـ امتياز الخزينة فيما يخص الضرائب والاقتطاعات.

ـ امتياز ملاك الأراضي التي تم شغلها[1].

ويكون الرهن الحيازي لفائدة الصندوق في حالة تأخر الآمر بالصرف عن صرف الدفعات في أجل 30 يوما من تاريخ استلام الكشف أو الفاتورة و يمكن إعادة التنازل عن الفوائد على التأخير لحساب صندوق ضمان الصفقات العمومية، عندما يطلب من هدا الصندوق رصد الدين المتولد والمعاين عندما يطلب منه رصد الدين المتولد والمعاين[2].

بينما يتم الرهن الحيازي على مستوى البنك في حالة أي نقص في خزينة المؤسسة تبعا للشروط المنصوص عليها في المادة 145 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

من جهة أخرى يمكن أم يسدد صندوق ضمان الصفقات العمومية الفوائد التأخيرية الناجمة عن تنفيذ صفقات عمومية مرهونة لصالحه ولا يكون هذا إلا مقابل الكفالات التي تمنح للمؤسسات المتعاقدة.

---

[1]. MANSOURI Mansour, système et pratiques bancaires en Algérie, édition Houma, Algerie, 2005, p144

[2]. المادة 122/ف9 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

2: الضمان الاحتياطي[1] (نظام الوسيط) : **L'aval**

لأجل تسهيل عملية التنفيذ المالي للصفقة العمومية يتدخل صندوق ضمان الصفقات العمومية كوسيط بين المتعامل المتعاقد والبنك الذي يقدم له القرض لتمويل الصفقة و ذلك بتقديمه الضمانات اللازمة ويكون ذلك حينما يقرر البنك عدم التزامه مع المتعامل المتعاقد لعدم تقديمه الضمانات الكافية، ويلتمس البنك ضمان الصندوق لهذا الأخير، ويطلق على الصندوق في هذه الحالة اسم الضامن الاحتياطي .

و في حالة ما لم تتمكن المؤسسة من تسديد ديونها تجاه البنك و كان قد بلغ أجل استحقاق الدين ،يلتزم الصندوق حينئذ بتسديد المبلغ المستحق للبنك، ويرجع هذا الأخير على المؤسسة لاسترجاع ما دفعه ومن الناحية العملية أثبتت التجربة الميدانية ضعف بل انعدام العمل بنظام الوسيط أو الضمان الاحتياطي في مجال الصفقات العمومية وهذا راجع لعدة عوامل أهمها:

أ / بالنسبة للبنوك: يقع الصندوق في موقع منافسة مع البنوك في ميدان اختصاصه وهو تمويل الصفقات العمومية التي أصبحت تستقطب اهتماما كبيرا من طرف البنوك والمؤسسات المالية فهو تكملة للنظام المصرفي الجزائري.

ب / بالنسبة المتعامل الحائز على الصفقة: إن المؤسسة بالنظر لوضعية خزينتها واحتياجاتها لتمويل الصفقة ترى من الأفضل أخذ قرضا مباشرة من البنك دون اللجوء لوساطة الصندوق بوجود التسهيلات

1-يعتبر الضمان الاحتياطي أحد أنواع الضمانات الشخصية علاوة على الكفالة (المادة 409 من القانون التجاري).

التي تقدمها البنوك لمؤسسة الإنجاز لذلك فإن الضمان الاحتياطي يشكل أعباء إضافية لخزينتها، فهي تدفع فوائد للبنك مقابل القرض وتسدد عمولة للصندوق مقابل الضمان الاحتياطي كذلك.

ينقسم الضمان الاحتياطي إلى نوعين هما:

أـ الضمان الاحتياطي الشرطي: في حالة يتقاسم البنك و الصندوق الخطر الناجم عن إفلاس المتعامل المقترض ويكون ذلك بمقابل، فقد أخذ كل من البنك والصندوق عمولته من المؤسسة الحائزة على الصفقة حسب درجة الخطر الذي يتحمله نتيجة عجز المؤسسة.

ب ـ الضمان الإحتياطي غير الشرطي: يتحمل الصندوق كافة المسؤولية ونتائج القرض في حالة إفلاس المتعامل المقترض مقابل ذلك يستفيد الصندوق من العمولة نتيجة تحمله الخطر الناشئ عن مسؤوليته.

تحديد إن كان الضمان الاحتياطي شرطيا أو غير شرطي يرجع للتفاوض بين صندوق ضمان الصفقات العمومية و البنك بعد دراسة الوضعية المالية للمؤسسة المتعاقدة مع الإدارة مع تقدير درجة الخطر.

المطلب الثاني: ضمانات من طبيعة أخرى

جاء قانون الصفقات العمومية من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 على مجموعة من الضمانات المالية الأخرى إلى جانب الكفالة ، تشكل حقوقا للمصلحة المتعاقدة في مرحلة التنفيذ هي:

الفرع الأول: الضمانات ذات الطبيعة الحكومية

ظهرت أول مرة في أحكام المرسوم رقم 82ـ145 وتخص المؤسسات الأجنبية، كما أن المادة 127

من المرسوم الرئاسي 15-247 قد نصت على الضمانات ذات الصبغة الحكومية التي تعني المؤسسات الأجنبية وهي:

ـ الضمانات الحكومية التي تساهم فيها الهيئات المصرفية أو هيئات التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية.

ـ الأحكام التي تندرج في إطار استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة[1].

هذه الضمانات تمكن المصلحة المتعاقدة من توفير الحماية الكافية لأي طارئ من شأنه أن يؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزامات العقدية من جانب المتعامل الأجنبي من خلال إجبار الهيئات العمومية وشبه العمومية للمتعامل الأجنبي للوفاء بالتزاماته مع تعويض الضرر الناجم عن ذلك.

فالمتعاملين المتعاقدين الأجانب من يقدم منهم أوسع هذه الضمانات هو من لديه الأفضلية أثناء الاختيار ، لكن في هذا النوع من الضمانات نلاحظ عدم تحديد إجراءات التأسيس رغم أن نص المادة 128 ينص على أن الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة خاصة في الميدان المالي هي ضمانات نقدية تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك أجنبي من الدرجة الأولى معتمد من البنك الجزائري المختص في ذلك [2].

الفرع الثاني: الضمانات ذات الطبيعة الخاصة

هناك ضمانات خاصة يمكن اشتراطها على المتعامل المتعاقد وفي حالات معينة كأن تشترط الإدارة مثلا تقديم كفالة أو الالتجاء إلى كفيل شخصي أو إلى هيئة تأمين، لضمان العتاد والسلع التي تضعها

1- المادة 127 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

2- المرجع نفسه المادة 128 .

تحت يد المتعامل المتعاقد معها، كما تستطيع أيضا أن تنص في دفتر الشروط على جزاءات ترتبها في حالة تأخر المتعاقد في رد العتاد الذي قدم إليه، ويمكن للإدارة كذلك أن تنص في دفتر الشروط على ضمانات أخرى استثنائية حتى تتمكن من تنفيذ العمل الذي توكله إلى المتعاقد معها[1].

الفرع الثالث: اقتطاعات حسن التنفيذ-les retenues de bonne execution

تعتبر اقتطاعات حسن التنفيذ من بين أهم الضمانات المالية المفروضة على المتعاقد والدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ المحددة والمنصوص عليها في المادة 132 من قانون الصفقات العمومية، إذ يمكن النص في دفتر الشروط على إمكانية تعويض كفالة حسن التنفيذ بهذه الاقتطاعات .

وحينما يكون أجل الضمان المذكور في هذه الصفقات يحول الرصيد المكون من ناتج الاقتطاعات عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان[1].

ويتم استرجاع هذه الأخيرة في مدة شهر واحد من تاريخ تسليم الصفقة.

الفرع الرابع: اقتطاع الضمان Retenue de garantie

نصت عليه المواد 132 و133 من المرسوم الرئاسي 15-247 وهو إجراء من خلاله تقوم المصلحة المتعاقدة باقتطاعات محتملة من المبالغ المستحقة لهذا الأخير بهدف ضمان الديون التي يمكن أن تترتب عليه لفائدة المصلحة المتعاقدة، و يكون هذا بمناسبة كل عملية تسوية على رصيد الحساب المؤقت للمتعامل ، منه فإن اقتطاع الضمان هو بمثابة كفالة تفرض مباشرة على المتعامل المتعاقد.

[1]. أحمد فاضل، العقود الإدارية ، كتاب صادر عن وزارة الداخلية،المديرية العامة للتكوين و الإصلاح الإداري، الجزائرية، ص105

المبحث الثاني: الضمانات المتعلقة بالتنفيذ التقني للصفقة

إن المتعامل المتعاقد ملزم بتنفيذ كل الالتزامات المفروضة عليه كما ينص عليه العقد ولن يدفع عنه هذا الالتزام إلا في حالة القوة القاهرة، فهدا التزام يعد الأثر العام والأساسي وهو يعبر عن القوة الإلزامية لتنفيذ الصفقة العمومية.

غير أنه قد يصادف عملية التنفيذ ظروف معينة إما تعفيه من الالتزام أو في حالات يتخلى المتعامل المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته بإرادته مما يفرض عليه توقيع جزاءات بما فيها حق الإدارة في فسخ العقد أو فرض عقوبات مالية، إن تنفيذ العقود الإدارية والصفقات العمومية على وجه الخصوص يخضع لمبدأ ضمان استمرارية المرفق العام ورعاية المصلحة العامة ، لهذا فالمتعامل المتعاقد ملزم ببنود الصفقة , و من بين أهم هده الالتزامات نذكر:

1 ـ الالتزام بالضمانات التقنية.

2 ـ وجوب أداء الخدمة موضوع الصفقة شخصيا.

3 ـ الالتزام بأداء الخدمة موضوع العقد في الآجال المتفق عليها.

4 ـ أداء الخدمة موضوع العقد حسب الكيفيات المتعاقد عليها وبحسن النية[1].

يمكن التمييز بين حالتين أساسيتين فيما يخص التزامات المتعامل هما:

ـ حالة التنفيذ العادي للصفقة العمومية.

ـ حالة التنفيذ غير العادي للصفقة العمومية.

1-بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية و قضائية و فقهية، دار جسور ر ، الجزائر، 2007، ص 174

المطلب الأول: الضمانات في حالة التنفيذ العادي للصفقة

الفرع الأول: احترام الكيفيات والشروط المتعاقد عليها

وجب على المتعامل المتعاقد تنفيذ التزاماته وفق ما جاء في نصوص العقد و كدلك ما تمليه الشروط العامة في تنفيذ الأعمال إذ غالبا ما يحتوي دفتر شروط الصفقات بيانا أو بندا تكميليا يوضح شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ إلى مع تبيان موضوع الصفقة محددا بشكل دقيق.

من جهة أخرى فعلى المتعامل المتعاقد أن يتحمل نتائج تعهداته بأن ينفذ موضوع الصفقة وفق ما اتفق عليه في بنود الصفقة، فتقوم مسؤوليته عن كل ما يتضمنه التنفيذ من عيوب بالإضافة إلى ذلك ينبغي عليه في إطار سلطة الإشراف والرقابة على المشروع، الخضوع لأوامر الإدارة ونواهيها و توجيهاتها.

الفرع الثاني: أداء الخدمة شخصيا

إن المتعامل المتعاقد عموما يتولى شخصيا إنجاز الصفقة المتعاقد عليها، حيث أن المصلحة المتعاقدة تراعي اعتبارات عديدة عند اختيارها للطرف المتعاقد بالمرفق العام، خاصة فيما يتعلق بالمتعاقد معها سواء كان من حيث الكفاية المالية أو المقدرة الفنية أو حسن السيرة أو الجنسية، بمعنى أن الاعتبار الشخصي له أهميته .

لا يعفى من تلك المسؤولية قيامه بإحالة قسم من الأعمال إلى متعاقد ثانوي، فالمتعاقد الأول يظل مسؤولا عما ارتبط به من أعمال عقدية مع الإدارة سواء عن أعماله الشخصية أو عن أعمال المتعاقد الآخر على أساس تحمل التبعة[1].

1-محمد خلف الجبوري ، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة ، الأردن، 1988، ص162 وما يليها.

و المقصود بهدا أن المتعامل المتعاقد لا يمكن أن يلقي بمسؤوليته التي تعهد بالوفاء بها إلى الغير ليتنصل من بعض التزاماته، فهو يبقى المسؤول الأول بعد توقيع الصفقة عن التنفيذ الكامل والنهائي للمشروع حتى وإن عهد إلى الغير القيام بجزء من العمل أو الخدمة في إطار التعامل الثانوي, غير أنه يمكن للمتعامل الاعتماد على الغير أو الاستعانة بهم لتنفيذ المشروع ، فلا يمكن تصور ذلك خاصة في صفقات انجاز الأشغال.

الفرع الثالث: تنفيذ الخدمة بشكل سليم.

عموما على المتعامل المتعاقد أن يبذل عناية كبيرة في تنفيذ التزاماته التعاقدية لكي تنسجم الأعمال المنفذة مع الغرض الذي ينفذ من أجله.

فوجب إحاطة المتعامل المتعاقد ودرايته بكافة الشؤون الموكلة له ولمستخدميه، كاتخاذه الاحتياطات الكافية لوقايتهم، كما يلتزم بالنسبة لعقود الأشغال بوضع قائمة بأسماء المستخدمين في ورشاتهم تحت تصرف المصلحة المتعاقدة أو مفتشية العمل[2].

من جهة أخرى على المتعامل المتعاقد تنفيذ التزاماته بنية حسنة كما جاء في المادة 106 من القانون المدني، إذ يفترض فيمن يتعاقد مع الإدارة أن يكون حريصا على المصلحة العامة ، ذلك أن الإدارة تتمتع بسلطات أساسها:

ـ سلطة الإشراف والرقابة، سلطة تعديل العقد، سلطة توقيع الجزاءات و كذلك سلطة إنهاء أو فسخ العقد.

[1]-أحمد فاضل، مرجع سابق، ص107.

و على هذا الأساس و كأصل عام ليس للمتعامل المتعاقد التمسك بعدم التنفيذ في مواجهة الإدارة قياسا على السلطات المخولة لها ، فلا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه مع الإدارة بحجة أنها لم تنفذ التزاماتها.

الفرع الرابع: وجوب احترام آجال التنفيذ

تعتبر الآجال عنصرا مهما في الصفقات العمومية، فمعرفة هذه الآجال تفيدنا في النزاعات التي قد تحدث بسبب عدم احترامها وكذا في حساب عقوبات التأخير لدى المصلحة المتعاقدة، ويجب أن تحدد في الصفقة كل الآجال الواجب احترامها بشكل دقيق .

يوجد ما يسمى بمخطط انجاز يقوم المتعامل المتعاقد بوضعه إذ يتطرق فيه إلى كل المراحل التي ستتم من خلالها تنفيذ الصفقة العمومية و يحوي الفترة الممتدة بيم إصدار الأمر ببدء الخدمة والأشغال (ODS)إلى الاستلام المؤقت ويضع فيه المتعامل المتعاقد نوع الآجال مجزئة أم بالأجل الواحد، فالأجل الواحد هو ذلك الأجل الذي يلتزم فيه المتعاقد في يوم نهاية أجل الإنجاز بتسليم الصفقة دفعة واحدة ولا يجبر على الإسراع في الأعمال، أما الآجال المجزأة فهي تلك الآجال التي يقسم فيها المتعامل المتعاقد إنجاز موضوع الصفقة إلى مراحل جزئية مختلفة الآجال ويجب عليه أن ينتهي من تنفيذ الأشغال وفق لما تعهد به.

و يتم تحرير محضر استلام مؤقت لموضوع الصفقة عند الانتهاء من التنفيذ، كما تؤسس كفالة الضمان التي تدوم سنة واحدة على العموم وهذا كضمان للعيوب الخفية.

الفرع الخامس: الضمان العشري La Garantie Décennale

تترتب على المتعامل المتعاقد بعد التسليم النهائي للصفقة، مسؤولية مدنية تسمى **بالضمان العشري**[1] و هذا في مجال صفقات تنفيذ الأشغال، فهي تغطي مرحلة ممتدة إلى 10 سنوات، حيث أن المقاول والمهندس مسؤولان مسؤولية تضامنية لمدة عشر سنوات[2] عن التهدم سواء كان كليا أم جزئيا عما شيداه من مباني أو منشئات ثابتة أخرى و كون الأمر يتعلق بصفقات انجاز مشاريع البناء فإن هذا الضمان يسري ابتداء من تاريخ الاستلام النهائي للصفقة العمومية،

حتى الأضرار المخلة بصلابة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتغطية، تدخل في نطاق هذا الضمان، ويعتبر جزءا لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز غير قابل للنزع أو التفكيك أو الاستبدال دون إتلاف أو حذف مادة من مواد الإنجاز.

بالاضافة لذلك ، وجب على كل مهندس معماري ومقاول ومراقب تقني أو أي متدخل في المشروع اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية والمهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء وتجديد

---

[1] المواد من 178 إلى 185 من قانون التأمينات (الأمر رقم 95-07 المؤرخ 1995/01/25 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 2006/02/20 والمتعلق بالتأمينات الجريدة الرسمية رقم13).

[2] المادة 554 من الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

البناءات أو ترميمها و هذا بحسب نص المادة 175 من قانون التأمينات.

المطلب الثاني: الضمانات في حالة التنفيذ غير العادي للصفقة

إن المتعامل المتعاقد من واجبه أداء الصفقة التي أبرمها بشكل سليم ، غير أنه قد تحدث بعض الظروف التي تجعل تنفيذ الالتزامات أمرا عسيرا وفي بعض الحالات مستحيلا، مما يدفع الإدارة إلى أن تجتهد لتمكين المتعاقد معها من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم ما قد تتحمله من خسائر بغية تحقيق هدف استمرارية سير المرافق العامة غير أنه و في بعض الأحيان بحدوث فعل القوة القاهرة يصبح تنفيذ الالتزام أمرا مستحيلا.

الفرع الأول: مفهوم القوة القاهرة في مجال الصفقات

تعرف القوة القاهرة حسب القواعد العامة في القانون على أنها حدث غير متوقع مستقل عن إرادة المتعاقدين وينتج عنه استحالة التنفيذ المطلق سواء لكل او بعض الالتزامات العقدية.

بالنسبة لقانون الصفقات العمومية فقد نصت المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 عن جواز الإعفاء من العقوبات بفعل الأحداث غير المتوقعة التي من شأنها منع المتعامل المتعاقد من التقيد بآجال التنفيذ المنصوص عليها، كثيرا ما يتم ضبط كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة ببند في الصفقة يخص ذلك[1].

الفرع الثاني: مجال تطبيق القوة القاهرة

من أهم المجالات التطبيقية الآتي:

1- المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

أولا: وجود صعوبات تواجه أطراف العقد. تتجلى هنا دور القوة القاهرة في حالة كون الصعوبات التي تواجه التنفيذ غير متوقعة وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

ثانيا: الظواهر الطبيعية. هي الحدث الخارجي الذي لا يمكن توقعه أو تفاديه مثال ذلك السيول، العواصف، الفيضانات،...

ثالثا: الحوادث وفعل الغير. و يمكن اعتبارها قوة قاهرة و ذلك بتطبيق القواعد المقررة لذلك.

رابعا: إخلال المقاولين أو المتعهدين من الباطن. في حالة قبول المتعهدين من الباطن من طرف الإدارة فإنه قد يبرر هذا، الإخلال بالتزامات من جانب المتعهد الأصلي غير أنه و كأصل عام لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة.

خامسا: الإضراب . تعتبر هذه الحالة الأكثر حدوثا إذ كثيرا ما طبقت بشأنه مبادئ القوة القاهرة، وللقاضي السلطة التقديرية عن مدى توافر الشروط المقررة لذلك و مثال ذلك:

ـ أن يكون الإضراب حدثا خارجا كليا عن المتعاقد، أو غير متوقع ، أو أنه قد أوجد وضعا يصعب تجاوزه بعدم إيجاد البديل لليد العاملة[1].

–أن لا يكون المتعاقد قد تسبب في إثارته أو في تسهيل حصوله بل أن يكون قد بذل الجهود للتوفيق والمصالحة التي تطلب منه شخصيا.

سادسا:الحروب. تعتبر الحروب من قبيل القوة القاهرة و لكنها نادرة الحدوث بحيث يبحث القاضي في

1– المغربي محمود عبد المجيد، المبادئ الأساسية للقانون الإداري، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 1997 ،ص36

مدى توفر شروط القوة القاهرة لهذا يمكن اعتبار الحروب وما تنتجه من خراب ودمار قوة قاهرة.

الفرع الثالث: الآثار الناجمة عن القوة القاهرة.

إن توافر شروط القوة القاهرة ترتب نتائج قانونية تتمثل في:

1 . إعفاء المتعامل المتعاقد من التزاماته: وهناك حالتين:

أ / الاستحالة المؤقتة: قد لا تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ الالتزامات بصورة نهائية وبالتالي يتم وقف تنفيذ العقد إلى أن يزول السبب المؤدي إلى هذا الوقف، وعندما تزول تلك الأفعال فإن الالتزام بتنفيذ العقد يعود إلى حالته الأولى إذن فالقوة القاهرة لا تمنع تنفيذ الالتزام إلا إذا كانت سببا مباشرا في استحالة التنفيذ .

ب / الاستحالة المطلقة: يترتب على القوة القاهرة إعفاء المتعامل المتعاقد من التزاماته اتجاه الإدارة.

وقد جاء قانون الصفقات العمومية في مادته 4/147 على أنه: "..في حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة لذلك المصلحة المتعاقدة"[1].

2 . الحق في التعويض: لا ينحصر التعويض على الأضرار المادية فقط وإنما يشمل كذلك الخسائر الناجمة عن وقوع حادث القوة القاهرة.

1- المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

3 . فسخ العقد: يجوز للمتعامل المتعاقد فسخ العقد على أساس أن هناك قوة قاهرة إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلا بشكل مطلق على عكس الاستحالة النسبية التي لا تعطي المتعامل المتعاقد الحق في أن يطلب الفسخ.

ومن جهة أخرى هنالك بعض العقود الإدارية التي تنص على إمكانية فسخ العقد نتيجة القوة القاهرة إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بصفة مطلقة، و هنا وجب على المتعامل المتعاقد الذي يدعي باستحالة تنفيذ العقد أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم الفسخ.

المطلب الثالث: الجزاءات المالية كضمان عن عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية

إن عدم تنفيذ المتعامل لالتزاماته اتجاه المصلحة المتعاقدة يعتبر خطأ بمنظور القانون يستوجب مسؤوليته إلا إذا أثبت بأن عدم الالتزام كان نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه , إضافة إلى ذلك تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد و هذه السلطة تمثل إحدى الضمانات المهمة والخطرة لأنها قد تؤدي إلى فسخ الرابطة التعاقدية و بالتالي نشوب النزاعات ، على الرغم من أن القضاء الإداري هو المخول بتقرير الجزاء وتطبيقه قانونا.

كذلك يمكن للمصلحة المتعاقدة تسليط الجزاءات في حال ما قصر المتعامل المتعاقد في أداء التزاماته سواء بالامتناع عن التنفيذ أو التأخر فيه أو نفذ الالتزام بصفة غير مطابقة للمطلوب أو أحل غيره محله في التنفيذ دون ترخيص من الإدارة[1].

1-مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص90.

إن فرض الإدارة للجزاءات المختلفة يخضع لنظام قانوني خاص هو نظام القانون العام في عقود الإدارة إذ يجب التشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة، ولما كانت الإجراءات المعروفة في قواعد القانون الخاص كالفسخ والتنفيذ العيني مع التعويض غير كافية للحيلولة دون إخلال المتعاقد، استلزم أن تتمتع الإدارة بهذا الحق تحقيقا للمصلحة العامة[1].

وعليه فإن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد نظير إخلاله بالتزاماته المقصود بها سير المرافق العامة واطراد عملها، ولا يتوقف توقيعها على ثبوت وقوع ضرر للإدارة.

إذا أخل المتعامل بالتزاماته التعاقدية يحق للإدارة أن تسلط جزاء ماليا عليه، وهذا لضمان تنفيذ الصفقة وفق الشروط والمواعيد المتفق عليها في العقد؛ ويأخذ الجزاء المالي صورتين، الأولى يكون الغرض منها ضرر حقيقي لحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد والثانية المقصود منها توقيع عقاب على المتعامل المتعاقد بغض النظر عن صدور الخطأ من جانبه لأن الجزاءات لا تنحصر في الحقيقة على ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية وإنما تشمل كذلك ضمان وتأمين سير المرافق العامة بانتظام [2].

وعليه يشمل هذا النوع من الجزاءات المقررة لمصلحة الإدارة الأشكال التالية:

[1] – مازن ليلو راضي، مرجع سابق ، ص60.

[2] . محمد خلف الجبوري ، مرجع سابق، ص116.

الفرع الأول: التعويض: L'indemnisation

إن كل خطأ يلزم من ارتكبه بالتعويض و هي القاعدة العامة في التعويض ، فالنظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية قريب من النظام القانوني له في القانون الخاص وهذا فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض وفي اشتراط ركن الضرر، ولكن كيفية تحصيل التعويض تختلف من بين النظامين .

إن الكثير لا يعتبر التعويض من بين الجزاءات الإدارية كونه مجرد تطبيق للقواعد العامة للقانون الخاص، غير أنه مادامت الإدارة لديها القدرة على تحصيل التعويض بنفسها دون عرض الأمر على القضاء ، فإن ذلك يكفي للقول بأن سلطة الإدارة ملاحظة فيه بشكل جلي ، و هذا ما يصنفه ضمن الجزاءات الإدارية المالية.

من جهة أخرى فإن النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر لم يشر بطريقة مباشرة وصريحة إلى التعويض كجزاء مالي، يطبق كضمان على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله او تقصيره في أداء التزاماته العقدية، إلا أنه يمكن إدراجه في إطار ما أسماه قانون الصفقات العمومية العقوبات المالية الواردة بنص المادة 147 التي أفادت الفقرة الأولى منها على أنه: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به"[1].

1-المادة 147 ف1 و 2 من الرسوم الرئاسي 15-247

وبطبيعة الحال فإن طبيعة الرقابة القضائية اللاحقة تحمل ضمانا أكيدا للمتعامل المتعاقد والإدارة معا مما قد يشوب تصرف الإدارة بتقدير التعويض بنفسها من أخطاء أو غلو وبإمكان المصلحة المتعاقدة أن تلجأ للقاضي ابتداء بطلب التعويض[1].

الفرع الثاني: الغرامة التأخيرية: Les intérêts moratoires

إن الغرامة التأخيرية مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعامل المتعاقد بالتزام معين لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، والغرامات في النظام القانوني للعقود الإدارية بوسع الإدارة أن ترفضها سواء نص عليها العقد أو لم ينص عليها[2].

وتوقع بمجرد وقوع الإخلال في تنفيذ بنود العقد.

و من تم فهي تختلف عن التعويض الذي يحكم به القاضي والذي وجب فيه إثبات حصول ضرر لإمكانية استحقاقه.

و تتجلى خصائص الغرامة التأخيرية فيما يلي:

أ / عقابية : للإدارة المتعاقدة سلطة توقيع هذه الجزاءات المالية على المتعاقد المقصر أو المخالف، دون أن يحدث لها ضرر من جراء التأخير في تنفيذ العقد ويمكن جمع جزاءات الغرامة التأخيرية والجزاءات الأخرى الضاغطة والفاسخة إذا توافرت أسباب توقيع تلك الجزاءات، فعلى سبيل المثال يجوز سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بالإضافة إلى توقيع الغرامة عليه.

ب / معلومة مسبقا : إن غرامات التأخير ذات طبيعة اتفاقية، أي أنها محددة مسبقا في العقد أو

[1] . محمد خلف الجبوري ، مرجع سابق، ص116.

[2] . محمد خلف الجبوري ، المرجع نفسه، ص117.

القانون، فالصفقة غالبا ما تحدد مقدار الغرامة التي تملك الإدارة إيقاعها في حق المتعامل المتعاقد ، ومنه يلتزم الطرفان بتلك الأحكام.

كذلك تبيان الغرامة يعني ضرورة الالتزام بعدم زيادة مبلغها عما هو منصوص عليه، فلا يمكن الإدارة أن تزيد في قيمة الغرامة أو أن تستبدلها بأخرى بحجة عدم تناسب المبلغ المتفق عليه مع الضرر حتى وإن كان ذلك الضرر يفوق حقيقة المبلغ المحدد للغرامة، كما أن المتعاقد لا يستطيع الاعتراض على توقيع الغرامة بحجة أن الإدارة لم تتضرر أو أن الضرر صغير وغير متناسب مع الغرامة، فالعبرة ليست في وقوع الضرر بل في حدوث التأخر في هذه الحالة لأن الضرر هنا متحقق بمجرد وقوع التأخير فموضوع العقد مرتبط بتنفيذ و تسيير المرفق العام.

ج / إدارية : لا تحتاج الإدارة المتعاقدة الالتجاء للقضاء لاستصدار حكم بتوقيع العقوبة ، فالمصلحة المتعاقدة تعلن عن رغبتها في استعمال سلطة توقيع جزاءات على المتعامل المتعاقد المقصر في أداء التزاماته بمجرد إصدار قرار إداري بتوقيع غرامة التأخير ، ، وعليها هنا التأكد من إخلال المتعاقد بالفعل عن تنفيذ التزاماته العقدية بوجود أدلة ثابتة ، وإلا فلا يجوز لها فرض هذا الجزاء المالي.

فقد أشارت المادة 147 من قانون الصفقات العمومية بوضوح إلى هذا الجزاء على أنه: "ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها 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 لدفتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم [1]."

1-المادة 147 ف1 و 2 من الرسوم الرئاسي 15-247

إن الضمان المالي الذي يقدمه المتعامل المتعاقد و المتمثل في كفالة حسن التنفيذ، كضمان مالي يكفل التنفيذ الجدي والحسن للصفقة العمومية و الذي يرمي إلى حمله على القيام بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط العقد والمواعيد المحددة، فإن قصر في ذلك جاز للمصلحة المتعاقدة مصادرة هذا الضمان أو الكفالة حتى ولو لم ينص على ذلك في دفتر الشروط الإدارية العامة أو في العقد .

و من مميزات هذا الجزاء نذكر :

1- الضرر هنا يعد مفترضا لك أن الإدارة تقوم بتوقيع هذا الجزاء بغير حاجة إلى إلزامها بإثبات أن ضررا ما قد لحقها من جراء إخلال المتعامل المتعاقد معها.

2- جزاء المصادرة الذي يحق للإدارة توقيعه لا يحتاج إلى استصدار حكم قضائي.

3-. مصادرة الضمان عند التقصير في التنفيذ من طرف الإدارة في حق المتعامل المتعاقد يقوم حتى ولم ينص عليه في العقد.

خلاصة الفصل الأول:

إن المشرع الجزائري بحنكته و حرصا منه على حماية المال العام من جهة وضمانا لحقوق المصلحة المتعاقدة من جهة أخرى ، قد وضع نظاما للضمانات ذات الطبيعة المالية تفرض على المتعامل المتعاقد الحاصل على الصفقة أثناء التنفيذ وبعده، فهده الأخيرة تضبط ابتداء في دفتر الشروط ثم تترجم في بنود العقد , ناهيك عن الالتزامات التي ينص عليها قانون الصفقات العمومية والمتمثلة أساسا في تقديم مختلف أنواع الكفالات (كفالة التعهد، كفالة رد التسبيقات، كفالة حسن التنفيذ وكفالة الضمان) زد على ذلك الضمانات ذات الطبيعة الحكومية التي تفرض على المؤسسات الأجنبية الحاصلة على الصفقات في الجزائر ، وهي في عمومها أدوات ضمان من القانون الخاص تم أدراجها في قانون الصفقات العمومية.

كذلك نجد من بين الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المختلفة و خاصة المالية منها,و التي تراها مناسبة مع حجم ونوع التقصير الحاصل تأمينا للمصلحة العامة وضمانا للسير الحسن للمرفق العام.

و عليه يمكن و من خلال ما تقدم, الخلاصة إلى أن المشرع الجزائري لم يقصر في وضع آليات حماية المال العام ضمن قانون الصفقات العمومية 15-247 .

الفصل الثاني

ضمانات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد

إن المشرع الجزائري في إطار قانون الصفقات العمومية و سعيا منه لاستمرارية سير المرفق العام لم يراعي فقط مصلحة الإدارة بفرض ضمانات مالية على عاتق المتعامل المتعاقد تجاه المصلحة المتعاقدة و إنما راعى كذلك مصلحة المتعامل المتعاقد باعتباره الطرف الضعيف في العقد فأحاطه بجملة من الضمانات على شكل حقوق، وهذا وفقا لدفتر شروط الصفقة التي تم إبرامها ، ولقد أقر كل من الفقه المصري و الفرنسي على أن للمتعاقد حقوقا أوسع مما ينص عليه العقد لهدف تحقيق العدالة أثناء التنفيذ, وتتمثل هذه الحقوق في التزامات، هدفها الخاص وهو تحقيق المنفعة العامة.

بالإمكان تقسيم التزامات المصلحة المتعاقدة إلى قسمين هما:

أولا–التزامات التسوية المالية للصفقة كالالتزام بدفع الثمن أو المقابل المالي و هي مستمدة من العقد .

ثانيا– التزامات تستند إلى قواعد العدالة أو إلى قاعدة ضرورة سير المرفق العام ، وذلك نظير الامتيازات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة و قد قررها القضاء الإداري للمتعاقد، فلا علاقة للعقد بهذه الالتزامات.

إن من بين أهم التزامات الإدارة المتعاقدة على الإطلاق هي الالتزام بدفع المقابل وإعادة التوازن المالي للصفقة ، وتعتبر في نفس الوقت حقوقا مكفولة للمتعامل المتعاقد ولا يخلو عقد صفقة عمومية من

الإشارة إليهما بالتفصيل، إذ أن طبيعة هذه الالتزامات هي مالية بامتياز حتى وإن اختلفت صورها وإجراءاتها .

بذلك يصبح من حق المتعامل المتعاقد الحصول على المقابل المالي كما حددها القانون وإذا واجهته خلال التنفيذ عوامل مرهقة تمنعه من الاستمرار في تنفيذ الصفقة أصبح من حقه المطالبة بالتوازن المالي ، كما يحق له أيضا المطالبة بالتعويض في حال ما لحقت به أضرار جراء حدوث قوة قاهرة أو عمل قامت به المصلحة المتعاقدة بصفة منفردة [1].

وعليه فقد قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى جزأين ، الأول تناولنا فيه حق المتعامل المتعاقد في المقابل المالي –مبحث أول– ، والثاني تناولنا فيه وجوب ضمان التوازن المالي للعقد من طرف المصلحة المتعاقدة–مبحث ثاني–.

المبحث الأول: ضمان المقابل المالي للصفقة

إن المتعامل المتعاقد ملتزم بتنفيذ العمل أو الخدمة محل الصفقة وفقا للمواصفات والشروط المتفق عليها مسبقا فالصفقة العمومية تعتبر عقد من عقود المعاوضة و في المقابل تلزم الإدارة صاحبة الصفقة بدفع المقابل المالي بالأشكال التي حددها القانون أي وفقا للقانون.

بمأن للصفقة العمومية علاقة كبيرة بفكرة الإنفاق العام وبحقوق الخزينة العامة وجب التأكيد على حسن التنفيذ وأداء الخدمة قبل اتخاذ إجراء تحويل المال ووضعه في رقم حساب المتعامل المتعاقد[2].

من خلال ذلك يمكن تقسيم الضمانات الواردة على المصلحة المتعاقدة إلى نوعين رئيسيين هما:

[1] أحمد فاضل، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص93.

[2] بوضياف عمار، مرجع سابق، ص160.

1ـ ضمانات دفع المقابل المالي كما هو منصوص عليه في العقد.

2ـ ضمانات لتعويض الخسائر و الأضرار التي تلحق بالمتعامل المتعاقد.

المطلب الأول: إقتضاء مقابل التنفيد

إن الحصول على المقابل المالي المتفق عليه في الصفقة يعتبر من أول الحقوق للمتعاقد مع الإدارة ، وكثيرا ما يستحق المقابل بعد تقديم الأداء من جانب المتعامل المتعاقد، غير أن الإدارة المتعاقدة قد تدفع جانبا من هذا المقابل المالي مسبقا أو في أثناء التنفيذ خاصة إذا كانت الصفقة تتطلب كثيرا من النفقات . فقد نص قانون الصفقات العمومية من المواد 108 إلى 123 على وضع طرق لعملية الدفع ولآجال تحقيق العملية ضمانا من المشرع الجزائري لحقوق المتعامل المتعاقد و يعكس هدا أيضا الاهتمام الكبير بهذه المسألة نظرا لخطورتها بالأخص في عقد الأشغال أين تتعدد المهام ويكون مبلغ الصفقة كبيرا، كما يعرف الثمن أو السعر على أنه المقابل النقدي الذي يتلقاه المتعاقد من جهة المصلحة المتعاقدة نظير ما يقدم من سلع وخدمات أو أشغال، ويتم تحديده في جل العقود الإدارية بمقتضى شرط يدرج في متن العقد أو بمقتضى وثائق ملحقة به، كما يجوز إستعمال قوائم للتسعير خارجة عن العقد داته لتحديد الثمن [1].

إن الشروط الخاصة بالناحية المالية في الصفقة هي شروط تعاقدية تفاوضية على العموم، وبالتالي فإن المصلحة المتعاقدة لا تستطيع تعديلها أو نقضها إلا بموافقة الطرف الآخر، إذ أنه من غير

1–أنظر المواد من 108 إلى 123 من المرسوم الرئاسي 15–247 .

الجائز اعتبار مصلحة المتعاقد المالية متعارضة مع مصلحة الدولة المالية لمجرد كون المتعاقد يطمح من وراء تعاقده إلى تحقيق الربح[1].

لهذه الأسباب فإن المشرع تعرض في النظام القانوني للصفقات العمومية لآليات تحديد السعر وكيفيات دفعه كذلك بكل وضوح.

الفرع الأول: طرق وكيفيات تحديد السعر

جاء في نص المادة 96 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه:

"يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الطرق الآتية:

ـ بالسعر الإجمالي والجزافي.

ـ بناء على قائمة سعر الوحدة.

ـ بناء على النفقات المراقبة.

ـ سعر مختلط "

أولا ـ طريقة تحديد السعر الإجمالي الجزافي:

لم يتم تعريف هذا الأسلوب من خلال جل التنظيمات القانونية للصفقات العمومية ، ماعدا دفتر الشروط الإدارية المطبق على صفقات الأشغال لوزارة الأشغال العمومية والمواصلات والمصادق عليه بموجب القرار المؤرخ في 1964/11/21، فقد أفاد الجزء أ من الفقرة ب من المادة الأولى منه على مايلي: «الصفقة المبرمة وفقا للسعر الإجمالي الجزافي هي تلك الصفقة التي يكون فيها العمل المطلوب إنجازه من طرف المقاول محدد تماما والسعر محدد إجماليا ومسبقا».

ومنه يتم الاتفاق أولا على السعر الإجمالي الجزافي و لا يكون هذا الأخير قابلا للتغيير أو التعديل إلا في حالة القوة القاهرة (cas de force majeur) [2].

---

1. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، الدار الجامعية الجديدة، مصر،2006، ص 496.

2. المادة 27 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964

لقد كرس هذا النص للسعر الجزافي المنصوص عليه بمفهومه المطلق ، فقد نص على ما يأتي: "إذا أبرم العقد بأجر جزافي لا يطالب بأي زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على الأجرة".

يعتبر هذا الأسلوب في تحديد الثمن الذي يأخذه المتعامل المتعاقد هو المفضل في الواقع العملي ذلك أن الفقرة الأخيرة من نص المادة 96 تفيد أنه: «يمكن المصلحة المتعاقدة مراعاة إحترام الأسعار تفضيل دفع مستحقات الصفقة وفق صيغة السعر الإجمالي الجزافي»، وهو ما كرسه أيضا مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2004/04/15 والذي جاء فيه:

" إن الحساب العام النهائي هو الحساب الأخير لتحديد المبلغ الإجمالي للصفقة، حيث أن الحساب العام النهائي ثابت وغير قابل للمساس به مادامت الشكاوى اللاحقة غير مقبولة. حيث أنه ينبغي التذكير مرة أخرى أن المقاولة المستأنفة كانت مقيدة بالحساب العام والنهائي الذي أمضته ولا يمكنها المطالبة إلا بما تم تحديده في هذا الحساب" [1].

ثانيا ـ طريقة تحديد السعر بناء على قائمة الوحدة:

لقد تطرق دفتر الشروط الإدارية العامة إلى هذا فقد أوضح في الجزء ب من الفقرة ب من المادة الأولى على أن: «الصفقة بناء على السعر الأحادي هي الصفقة التي يتم فيها تسديد السعر بتطبيق الأسعار الأحادية على الكميات الحقيقية المنفذة، ويمكن أن تكون الأسعار الأحادية إما محددة خصيصا لصفقة معينة(القائمة)وإما أن تكون على أساس مجمع (المجموعة) موجودة مسبقا تسمى السلسلة»

[1]. قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، الصادر بتاريخ 2003/04/15، ملف رقم8072، مجلة مجلس الدولة،العدد4، 2003، ص81.

كذلك تعرض الأمر رقم 67ـ90 إلى كون الصفقة يمكن أن تتحمل إما سعرا إجماليا جزافيا عن مجموع الخدمات المطلوبة،وإما عدة أسعار موحدة يحدد من خلالها سعر التسديد وفقا لأهمية الخدمات المنجزة فعليا.

وبناء عليه يتم ضرب ثمن الوحدة في عدد الوحدات المشابهة لها لتحديد الثمن على أساس قائمة سعر الوحدة ، وفي حالة ما تضمنت الصفقة عدة أصناف للوحدات فتحدد ثمن كل صنف من الوحدات المماثلة أو المشابهة، ثم يجمع أثمان كل هذه الأصناف المتشابهة لنحصل على السعر النهائي للصفقة. ويتم الاعتماد على هذا النمط في صفقات اقتناء اللوازم و التوريدات خصوصا، و عليه فإن الثمن النهائي لا يعرف مسبقا، بخلاف ثمن الوحدة الذي يكون ثابتا.

ثالثا ـ طريقة تحديد السعر بناء على النفقات المراقبة:

تم النص على هذه الطريقة في المادة 96 من قانون الصفقات العمومية أنها جاءت بدون تعريف دقيق غير أن الأمر رقم 67ـ90 جاء بما يلي: « يحدد سعر الصفقة على أساس النفقات الحقيقية والمراقبة للمقاول من (يد عاملة، مواد مستهلكة، إيجار العتاد، نقل....) لتنفيذ عمل محدد، والتي يتم تسديدها كليا بتطبيق معاملات الزيادة أخذا بعين الاعتبار التكاليف العامة وهامش الربح».

إذن فالسعر الذي يتحصل عليه المقاول المتعاقد من خلال هذا الأسلوب لا يكون معرفا عند إبرام الصفقة، لكن المحدد هو معايير ومقاييس المراقبة وما سينفقه المتعامل المتعاقد أثناء إنجازه للخدمة، لهذا وجب تحديد طبيعة وطريقة الحساب وقيمة العناصر المتعاقد عليها للتمكن من تحديد الثمن الواجب دفعه للمتعامل المتعاقد[1].

1-SABRI Mohamed, AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed, Guide de Gestion Des Marchés publiques, édition sahel, 2000, p 69.

بعد تنفيذ الصفقة بشكل فعلي من طرف المتعاقد ، وبعد معاينة ومراقبة لما تم إنجازه في الميدان تقوم المصلحة المتعاقدة بتحديد المقابل المالي ، بالإضافة لقيامها بتحرير كل النفقات والمصاريف الحقيقية التي يتحملها المتعامل المتعاقد وكذلك ربحه، وهذه الطريقة مطبقة بشكل أكثر في صفقات الأشغال، كون طبيعتها تتماشى مع هذا الأسلوب فبإمكان المصلحة المتعاقدة معاينة كل الأشغال المنجزة حقيقة وتقييمها نقدا.

رابعا ـ طريقة تحديد الأجر بسعر مختلط:

حسب نص المادة 96 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يعتبر السعر المختلط أحد طرق تحديد المقابل المالي الذي يأخذه المتعاقد مقابل تنفيذه الصفقة، غير أن التنظيم الأخير قد أغفل تعريفه كذلك التنظيمات السابقة، غير أنه يستخلص من مصطلح "مختلط"، أن هذه الطريقة يفترض منه أن يكون جامعا بين أسلوبين من أساليب تحديد الثمن فقد يجمع بين السعر وفق النفقات المراقبة بالإضافة إلى السعر بناء على قائمة سعر الوحدة[1].

إذن فإن السعر يكون مختلطا عندما نقوم بتقييم جزء من الخدمات المنفذة في الصفقة بسعر وفق قائمة سعر الوحدة والجزء الآخر بسعر جزافي.

يستعمل هذا النوع من السعر عادة في صفقات الأشغال، إذ يتم الحساب بطريق أو سعر إجمالي جزافي للبنية القاعدية بالنسبة للكميات المنجزة فعليا، أما بالنسبة للبنية الفوقية للإنجازات يتم تقييمها بالرجوع إلى سعر النفقات المراقبة.

1-المادة 96 من الرسوم الرئاسي 15-247

الفرع الثاني: قابلية السعر للمراجعة في الصفقة العمومية

إن أسلوب تحديد السعر غير قابل للتغيير من حيث المبدأ،مهما كان إلا استثنائيا في ظروف تمليها إرادة المتعاقدين أو ظروف خارجية فحسب المادة 97 من المرسوم 15–247 فهناك إمكانية أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة، وفي الحالة الأخيرة يجب تحديد الصفقة لصيغته وكذلك كيفيات تطبيق هذه الصيغ.

أولا: السعر غير القابل للمراجعة.

نصت عليه المادة 97 من المرسوم الرئاسي 15–247 من دون تعريفه، غير أن الأمر رقم 67ـ90 قد عرفه بنص المادة 26 منه على أنه «تكون الأسعار نهائية أو قابلة للمراجعة، فالأسعار النهائية هي التي لا يمكن تعديلها بسبب تغير الظروف الاقتصادية وعلى العكس في ذلك تكون الأسعار قابلة للمراجعة»، ومنه يكون للسعر الثابت مفهوم مرن فهو ذلك السعر الذي يتم تحديده والاتفاق على تأديته للمتعامل المتعاقد مسبقا عند إبرام الصفقة، دون إمكانية تغييره أو تعديله أو مراجعته ، ومن ثم فإنه لا يعتبر السعر ثابتا إذا كان قابلا لذلك لأن الأسعار الثابتة هي تلك الأسعار التي لا تتغير خلال فترة العقد لا بسبب الطوارئ والتغيرات التكنولوجية ولا على سبيل الشروط الاقتصادية[1].

1. SABRI Mohamed, AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamedi, op cit, p 70.

ثانيا: السعر القابل للمراجعة.

تم تحديد شروط إعمال المراجعة من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في بعض النصوص من دون إعطاء تعريف له، يقصد بالمراجعة أن السعر الابتدائي المتفق عليه لم يعد صالحا نتيجة لحصول ظروف اقتصادية طارئة حدثت أثناء تنفيذ الصفقة، ذلك أن المراجعة تنصب على الخدمات المنفذة فعليا والمؤذاة وفق شروط الصفقة المتفق عليها.

فالهدف من اشتراط مراجعة السعر هو جعل السعر المحدد في العقد مناسبا مع الظروف الجديدة والمحددة في العقد، وهي ظروف معروفة قبل وقوعها لهذا يمكن تنظيمها مسبقا، فالأمر يتعلق بتكييف الثمن وفقا لتطور ظروف محددة في العقد[1].

كذلك فإن المراجعة لا تنصب إلا على جزء من الصفقة المنفذة في ظروف جديدة نتيجة لطوارئ وتغييرات اقتصادية ، غير أنه يمكن أن تكون شاملة لكامل الصفقة في حال تكون التغيرات مباشرة بعد الأمر بالتنفيذ، و هناك حالات لا يمكن فيها العمل ببند مراجعة السعر و هي :

ـ في الفترة التي يغطيها بند تحيين الأسعار عند الاقتضاء.

[1] معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1989، ص 105.

. ـ أكثر من مرة واحدة كل ثلاثة أشهر.

ـ في الفترة التي تغطيها آجال صلاحية العرض[1].

إن السعر لا يكون قابلا للمراجعة إلا في حال كان محل اتفاق مدرج كبند ضمن الصفقة بشكل صريح بحيث يتم الاتفاق كذلك على صيغة رقمية جبرية للمراجعة تأخذ بالحسبان مختلف العناصر المكونة للسعر، فهذه الأخيرة لا تخضع لسلطان الإدارة وحسب رغبة أصحاب الصفقة، فقانون الصفقات يفرض هوامش ثابتة غير قابلة للمراجعة، فيجب تطبيق معاملات وأرقام استدلالية تخص المواد والأجور والعتاد والمعاملات الواجب مراعاتها في صيغ مراجعة الأسعار و هي المعاملات المحددة باتفاق مشترك بين أطراف العقد، و كذلك المعاملات المحددة مسبقا في وثائق المناقصة المفتوحة أو المحددة بالإضافة إلى الاستشارة الانتقائية.

فقانون الصفقات العمومية يشترط أن تشمل صيغ المراجعة ما يلي:

1 ـ جزء ثابت لا يمكن أن يقل عن النسبة المنصوص عليها في العقد كما لا يقل عن 15% يخص التسبيق الجزافي فقط.

[1] . المادة 101 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

2 ـ حد استقرار التغير في الأجور وقدره 5%.

3 ـ تطبيق الأرقام الاستدلالية للأجور وللمواد المطبقة ومعامل التكاليف الاجتماعية.

فيما يخص المتعاملين المتعاقدين الأجانب فقد أوجد التنظيم مرونة و ذلك بإمكانية استعمال الأرقام الاستدلالية الرسمية لبلد المتعامل المتعاقد الأجنبي أو أرقام استدلالية أخرى في حالة مراجعة الأسعار وتدفع المبالغ بالعملة الصعبة[1].

من جهة أخرى يمكن أن يكون بند المراجعة محلا لتحديدات تعاقدية بين الأطراف، أو تبين حدود قصوى أو دنيا لا تلتزم المصلحة المتعاقدة بتحمل تغيراتها، ومن ثم يمكن فسخ الصفقة.

إن الأسعار تكون مغلقة وغير قابلة للتحيين ولا للمراجعة في معظم الصفقات التي تبرمها الدولة عموما وهو ما يمثل إجحافا في حق المتعامل المتعاقد وتقليصا للضمانات المقررة له، وفي جل الأحوال فإن إعمال صيغة المراجعة لا يكون سوى خلال فترة التنفيذ.

هناك ما يعرف بالتحيين علاوة على بند المراجعة، ، الذي يعتبر عملية إعادة لتقييم الأسعار المتفق عليها في انجاز صفقة ما نظرا للتقلبات الاقتصادية التي تؤثر على الأسعار وتغطى هذه العملية فترة ممتدة ابتداء من نهاية صلاحية العرض إلى غاية الأمر بالبدء بالأشغال .

[1]. المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

يمكن قبول تحيين الأسعار التي يحدد مبلغها باتفاق الطرفين إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالمشروع في تنفيذ الخدمة أجل يتعدى مدة صلاحية العرض وكذلك إذا استدعت الظروف الاقتصادية ذلك و هذا بحسب نص المادة 98 من قانون الصفقات العمومية المتضمنة شروط تطبيق عملية التحيين.

إن موضوع التحيين ينصب على مراجعة السعر الابتدائي المتفق عليه في صفقة عمومية تحملت

مرور مدة زمنية تتجاوز أجل صلاحية العرض والمحصورة بين التاريخ المحدد لإيداع العرض، وتاريخ الأمر بالبدء في تنفيذ الخدمات والأشغال، بشرط أن يحدث تغيرات في الظروف الاقتصادية في هذه المدة دفعت بذلك.

طبقا للمادة 98/ف2 من قانون الصفقات العمومية فإنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة تحيين أسعار صفقة مبرمة وفق إجراء التراضي البسيط عند انتهاء أجل صلاحية الأسعار المحددة في التعهد والذي يفصل بين تاريخ إمضاء المتعاقد الصفقة وتاريخ التبليغ بالشروع في تنفيد الخدمة ولإمكانية تطبيق عملية التحيين يجب تضافر ثلاثة عناصر هي[1]:

1 ـ مدة الصلاحية للعرض: تخضع هذه المدة إلى السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، وفق عناصر معينة كتعقيد موضوع الصفقة المزمع طرحها والمدة التقديرية اللازمة لإيصال العروض، إلا أن المشرع الجزائري ألزم الإدارة بالتقيد بالاعتبارات السابقة وشروط المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247

1-المادة 98 من المرسوم الرئاسي 15-247.

كوجوب أن يحتوي إعلان المناقصة على البيانات الإلزامية والمتمثلة خاصة في تاريخ آخر أجل ومكان إيداع العروض.

2- آجال إيداع العروض: تنص للمادة 66 من قانون الصفقات العمومية على أن تاريخ إيداع العروض يرجع لتقدير المصلحة المتعاقدة، بشريط أن يكون الأجل المحدد كاف لأكبر عدد من المتنافسين[1].

3- **تاريخ الأمر بالشروع في التنفيذ ODS:** يعتبر هذا التاريخ عنصرا مهما لإعمال قواعد التحيين للسعر خلال إبرام الصفقة العمومية ، إذا تأخر صدور هذا القرار وكان هذا التأخير يفوق مدة صلاحية العرض، فإن هذا التأخير يفتح مجالا لتحيين السعر الابتدائي للصفقة.

ينبغي لذلك مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة 102 من قانون الصفقات العمومية وهي الكيفية التي يتم بها تحديد مبلغ التحيين التي تكون وفق طريقتان هما:

- الطريقة الجزافية forfetaire: تسمح بتقدير الزيادة في السعر الابتدائي و ذلك بتحديد ثمن إجمالي باتفاق طرفي العقد.

- طريقة المعادلة : و فيها يتبنى طرفا العقد صيغة مراجعة تكون رقمية و جبرية[2]، وقد استعمل

1- المادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2-المادة 102 من المرسوم الرئاسي 15-247.

التنظيم صيغة مراجعة من دون تحديد طابعها المبسط، كذلك لم يتنازل عن الجزء الثابت ولا عن حد الاستقرار المبين في المراجعة.

فالمادة 102 من قانون الصفقات العمومية تدعو طرفي العقد إلى اللجوء إلى إدخال بند تحيين في الصفقة العمومية بإحدى الطريقتين سالفتي الذكر ومنه فإن التحيين ذو طابع استثنائي.

من جهة أخرى فقد أكدت المادة 97 من قانون الصفقات العمومية على الطابع التعاقدي الاتفاقي لتحيين السعر الابتدائي فهو أحد الشروط الجوهرية في عملية التحيين بمعنى أن سكوت الصفقة على إدخال بند تحيين يعني أن طرفي العقد حددا سعر ثابت توافقي.

المطلب الثاني: طرق دفع الثمن

إن المقابل المالي يشكل نفقة عمومية تدفع بمناسبة تنفيذ صفقة عمومية لهذا تخضع وجوبا لقواعد المحاسبة العمومية ، إذ يخضع الحصول على المقابل المالي لقاعدة عامة أساسية، والمصلحة المتعاقدة لا تدفع المقابل المالي للمتعاقد معها إلا بعد انجاز موضوع الصفقة سواء القيام بالخدمة أو تسليم التوريدات المطلوبة[1].

وكون صفقات اللوازم والأشغال تتطلب تمويلا وعبئا ماليا قد لا يستطيع الفرد لوحده أن يتحمله حتى انتهاء التنفيذ، وتخفيفا لصرامة هذا المبدأ، اعتبر قانون الصفقات العمومية في المادة 108 منه أن

1. لباد ناصر، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، الجزائر 2004 ، ص 443.

التسوية المالية للصفقة تتم إما بالتسبيقات المالية أو الدفع على الحساب وكذلك التسوية على رصيد الحساب.

الفرع الأول: التسبيقات– Les avances

تعد التسبيقات تسوية مالية جزئية غير نهائية لثمن الصفقة، وتعرف على أنها مبالغ مالية تدفع من قبل الإدارة للمتعاقد معها على حساب الثمن النهائي وقبل أداء وتنفيذ الخدمة[1].

و قد اعتمد المرسوم الرئاسي 15–247 في المادة 109 منه نفس التعريف.

أولا ـ أنواع التسبيقات :

جاء في نص المادة 111 من قانون الصفقات العمومية على: "تسمى التسبيقات حسب الحالة جزافية أو على التموين".

1 . التسبيقات الجزافية les avances forfetaires:

هو المبلغ المدفوع من قبل المصلحة المتعاقدة للمقاول أو المورد قبل الشروع في تنفيذ الخدمة موضوع الصفقة و ذلك بناء على نسبة محددة في الصفقة، و يجب ألا يتعدى العتبة المحددة في التنظيم والمقدرة بـ 15 % من سعر الصفقة. ومنه فإن سعر الصفقة الأولي هو الوعاء لتحديد التسبيق الجزافي، والذي لا يتجاوز نسبة 15 % حسب نص المادة 111 من قانون الصفقات العمومية، و بصفة

[1]. GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, Tome 1,droit administratif général ,16 ème L.G.D.J-DELTA Paris, édition 2002,p707

استثنائية يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تدفع تسبيقا جزافيا يفوق نسبة 15 % إذا كانت قواعد التمويل المقررة على الصعيد الدولي يترتب عن رفضها ضررا أكيدا لها عند التفاوض على صفقة، لكن بعض الحصول على الموافقة الصريحة من الوالي أو الوزير الوصي بحسب الحالة و لكن بعد استشارة لجنة الصفقات المختصة[1].

2. التسبيقات على التموين:

يمس فقط صفقات الأشغال والتوريد، إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة طلب تعهدا صريحا بإيداع تلك المواد والمنتجات في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يتناسب مع موضوع الصفقة، وفي حالة عدم قيامه بذلك وجب عليه إعادة التسبيق[2]. فالتسبيق يشكل خطورة حين يقوم فيها المتعاقد باستخدام تلك المواد أو المنتجات لأغراض غير مخصصة لموضوع الصفقة المتعاقد عليها.

من جهة أخرى لم يحدد قانون الصفقات العمومية نسبة معينة من التسبيق على التموين مثل ما هو معمول بالنسبة للتسبيق الجزافي، ولكن بدون تجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي والتسبيقات على التموين نسبة 50% من المبلغ الإجمالي وهذا وفق المادة 115 من قانون الصفقات العمومية.

[1]. المادة 111 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

[2]. المادة 113 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

إدن فإن التسبيقات على التموين المسماة كذلك بالتسبيقات على المنتجات والمواد محددة بـ 35% من سعر الصفقة إذا كان التسبيق الجزافي محدد بـ 15 % مقسم إلى حصص[1].

ثانيا ـ إلزامية التسبيقات :

من خلال صياغة أحكام التسبيق الجزافي في تنظيم الصفقات العمومية نجد أنها لم تحدد طابعه إن كان إلزامي أو جوازي، و منه إذا ضمن هذا النوع من التنسيق في الصفقة بشكل صريح، فإنه يفتح المجال واسعا للمتعامل لكي يطالب به، أما إذا لم ينص عليه ضمن بنود الصفقة فإنه لا يعتبر حقا من حقوق المتعامل المتعاقد، بالنسبة للتسبيق على التموين كما بينته المادة 113 من قانون الصفقات العمومية على أساس أنه ذو طابع جوازي فهو مجرد إمكانية وليس التزاما بالنسبة للمصلحة المتعاقدة وبالتالي لا بد أن يضمن في بنود الصفقة.

الفرع الثاني: الدفع على الحساب–

تنص المادة 109 من المرسوم الرئاسي 15–247 على أنه: "الدفع على الحساب هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة"، فيعتبر تسوية جزئية لقيمة الصفقة تتم قبل التنفيذ الكامل لها، وهذا مقابل تنفيذ جزئي للخدمة محل الاتفاق ، ويتم ذلك وفقا لنسب ومعدلات تضبط باتفاق طرفي العقد، حيث أن الدفع على الحساب هو اختياري وليس إلزامي.

أولا ــ أنواعه: حسب نص المادة 1/108, 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 فإن الدفع على الحساب عدة أنواع وهي:

1. SABRI(M), AOUDIA (K), LALLEM (M), op.cit p188.

1- الدفع على الحساب في حالة التموين بالمنتوجات[1]:

يكون بمجرد التموين بالمنتجات المسلمة في الورشة، والتي لم تكن موضوع دفع عن طريق التسبيقات على التموين والمواد الأولية، والأشياء المصنعة الداخلة في تركيب المواد الضرورية للأشغال، وهذا حتى نسبة 80%من مبلغها المحسوب بتطبيق أسعار وحدات التموين الخاصة بالصفقة على أساس الكميات المعاينة، ولا يستفيد المتعامل المتعاقد من هذا الدفع على الحساب إلا فيما يخص التموينات المقتناة في الجزائر.

2-الدفع على الحساب في حالة القيام بعمليات جوهرية:

تدفع إذا أثبت القيام بعمليات جوهرية وأساسية في إطار تنفيذ في هذين النوعين من الصفقات.

3- الدفع على الحساب للأعباء الاجتماعية:

من خلال المادة 117 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي تنص على وجوب تقديم المتعامل المتعاقد جدول التكاليف الاجتماعية مؤشر عليه من طرف صندوق الضمان الاجتماعي المختص وإثبات أنه قد أنفق فعلا هذه الأعباء.

ثانيا ـ مجالات التطبيق:

لقد نصت المادة 1/117 من قانون الصفقات العمومية على أن المتعامل المتعاقد له الحق في الدفع على الحساب في بعض أصناف الخدمات المحددة في صفقات الأشغال والخدمات فقط، ذلك أن صفقات اللوازم (التوريدات) وصفقات الدراسات مستثناة من تطبيق هذه الدفعات كون طبيعتها لا تتطلب

1. المادة 117 من المرسوم الرئاسي 15-247

مثل هذا التموين الجزئي ويتم الدفع على الحساب بشكل شهري، ويمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات، ويتطلب هذا الدفع حضور الوثائق التالية:

ـ محاضر أو كشوف حضورية تمس الأشغال المنجزة ومصاريفها.

ـ جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من قبل المصلحة المتعاقدة.

ـ جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول أو جدول التكاليف الاجتماعية مؤشر عليها من طرف

صندوق الضمان الاجتماعي المختص[1].

من جهة أخرى يمكن منح تسبيق بصفة استثنائية من طرف المصلحة المتعاقدة على دفع الحساب مع الأخذ بعين الاعتبار الأحكام التشريعية والتنظيمية سارية المفعول، وكذلك الشروط الواردة في نص المادة 123 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 وهذه الشروط تتمثل في:

- انتهاء أجل تسوية طلب الدفع على الحساب الذي يقدمه المتعامل المتعاقد.
- عدم تجاوز مبلغ التسبيق نسبة 80% من مبلغ الدفع على الحساب.
- يجب أن لا تتجاوز الاستفادة من هذا التسبيق الإضافي نسبة 70% من المبلغ الإجمالي للصفقة، و يتم التسديد خلال نفس الآجال و الكيفيات.

ثالثا ـ التسديد :

بطلب من المتعامل المتعاقد يتم تسديد الدفعات و هي ليست عملية آلية وفقا للتبريرات القانونية أو المعاينات التي تجريها المصلحة المتعاقدة، فهذه الأخيرة وجب عليها صرف الدفعات على الحساب في أجل ثلاثون يوما بدءا من استلام الكشف أو الفاتورة، ويمكن بقرار من الوزير المكلف بالمالية يمكن

[1]. المادة 118 من المرسوم الرئاسي 15–247.

منح أجل أطول لتسوية بعض الأنواع من الصفقات العمومية بشرط عدم تجاوز أجل شهرين ويحدد أجل صرف هذه الدفعات ضمن الصفقة، وتقوم المصلحة المتعاقدة يوم إصدار الحوالة بإعلام المتعامل المتعاقد كتابيا بتاريخ الدفع.

وفي حال عدم مراعاة هذا الأجل، يجوز للمتعامل المتعاقد استلام فوائد التأخير محسوبة وفق نسبة الفائدة المطبقة على القروض قصيرة المدى، ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية الأجل حتى يوم 15 مدرجا بعد التاريخ الذي يتم فيه صرف الدفعات على الحساب[1].

من خلال ذلك نجد بأن قانون الصفقات العمومية أقر ضمانة قانونية للمتعامل المتعاقد يواجه بها المصلحة المتعاقدة من حيث:

ـ حماية حقوق المتعاقد من جراء فرض غرامات تأخيرية عن عدم احترام هذه الآجال.

ـ الالتزام بآجال الدفع العقدية مع وجوب إعلام المتعامل المتعاقد كتابيا بتاريخ الدفع يوم إصدار الحوالة.

الفرع الثالث: التسوية على رصيد الحساب– Le reglement pour solde

بحسب الفقرة الأخيرة من المادة 119 من قانون الصفقات العمومية فقد عرفت على أنها الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها، و تتخذ هذه الطريقة صورتين هما:

أولا ـ التسوية المؤقتة على رصيد الحساب :

إن تطبيق هذه التسوية لا يتم إلا إذا نصت عليها الصفقة، وهي تهدف إلى دفع المبالغ المستحقة

[1]. المادة 122 من المرسوم الرئاسي 15–247.

للمتعامل المتعاقد نتيجة التنفيذ العادي للخدمات المتفق عليها في الصفقة، مع اقتطاع:

- الغرامات المالية المتخلفة على عاتق المتعامل عند الاقتضاء.
- الضمان المحتمل.
- الدفعات المتعلقة بالتسبيقات والدفع على الحساب بمختلف أنواعها والتي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد فهي عملية رد للتسبيقات[1].

ثانيا ـ التسوية النهائية على رصيد الحساب:

تنص المادة 120 من قانون الصفقات العمومية أنه يتوجب تسديد رصيد الحساب إذ يتوقف التسديد النهائي لقيمة الصفقة على إنهاء انجاز العمل محل العقد ، إذ تقوم الإدارة بمعاينة العمل المنجز أو السلعة الموردة، وتتأكد من تطابقهم لشروط العقد.

فقد نصت المادة 121 من قانون الصفقات العمومية على أنه: "يجب أن تحدد الصفقة الآجال المخولة للمصلحة المتعاقدة لتقوم بعمليات الإثبات التي تعطي الحق في الدفع، ويبدأ سريان الآجال اعتبارا من تقديم حائز الصفقة طلبا بذلك مدعما بالتبريرات الضرورية".

يتعين على المصلحة المتعاقدة وبعد التأكد من أداء الخدمات المتعاقد ، صرف التسوية النهائية في أجل لا يتعدى ثلاثون يوما ابتداء من تاريخ استلام الكشف أو الفاتورة، إلا أنه و بقرار من الوزير المكلف بالمالية يمكن تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات شريطة أن لا يتجاوز هذا الأجل شهرين وتبلغ المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد بتاريخ الدفع كتابيا يوم إصدار الحوالة[2].

[1]. المادة 119 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[2]. المادة 119 من المرسوم الرئاسي 15-247.

كذلك فإن إقرار المشرع بدفع فوائد عن التأخير في حالة عدم احترام مهلة الدفع المنصوص عليها في المادة 122 من المرسوم الرئاسي 15-247 هو ضمان حقيقي لحقوق المتعامل المتعاقد وفي المقابل ألزم الإدارة المتعاقدة بتوفير الجو المناسب لتنفيذ الصفقة[1].

المطلب الثالث: طلب التعويض

إن إذا تسببت في إحداث ضرر للمتعامل المتعاقد جاز لهذا الأخير مطالبتها بالتعويض ولا يتأتى له ذلك إلا بإعمال المسؤولية المدنية للإدارة المتعاقدة، فالتجاوز أو الخرق قد يحدث من جانب المصلحة المتعاقدة بمناسبة تنفيذ بنود العقد، فتلزم عندئذ بالتعويض وفي كل الحالات وجب اللجوء للقضاء المختص وأن يثبت المتعامل المتعاقد وقوع الخطأ من جهة المصلحة المتعاقدة أو تجاوزها لأحد بنود العقد لأجل المطالبة بالتعويض أو حتى عند القيام بأعمال قانونية أو تحمل أعباء إضافية وغيرها من حالات التعويض[2].

إن التزامات المصلحة المتعاقدة الناتجة عن إبرام الصفقة والتي يجب إتيانها تحت طائلة المسؤولية التعاقدية تتمثل خاصة فيما يلي:

1- تلتزم الإدارة المتعاقدة بالعقد الذي أبرمته مع المتعامل المتعاقد ولا يجوز لها التحلل والتخلي عنه.

2-تلزم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ شروط الصفقة تنفيذا سليما.

3-تلزم المصلحة المتعاقدة بالامتناع عن القيام بأي عمل أو إجراء يتعارض مع التزاماتها التعاقدية[3].

---

1. لباد ناصر، مرجع سابق، ص 416.

2. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 166.

3. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2003 ، ص 220.

الفرع الأول: التعويض على أساس المسؤولية العقدية.

إن المتعامل المتعاقد يتمتع بحقوق وامتيازات خولها له القانون فهو يستحق تعويضا من جهة المصلحة المتعاقدة المسؤولة وفقا لبنود الصفقة على تنفيذ التزاماتها تجاهه و لكن وفق حالات معينة ، ومن بين أهم تلك الحالات:

أ /حالة المسؤولية التعاقدية: في حالة عدم تنفيذ الإدارة للالتزامات الواقعة على عاتقها تجاه المتعامل المتعاقد أو وقوعها في أخطاء ، كعدم تقديم التسهيلات التي ألزمت بها إلى المتعاقد ليبدأ في التنفيذ ، أو التأخير في تسلم وسائل التوريد التي يرسلها المورد في عقود التوريد لمدة غير مقبولة، و تسبب هذا في ضرر للمتعامل المتعاقد، ففي هذه الحالات تقوم مسؤولية الإدارة التعاقدية.

ب / حالة أعمال إضافية: إذا قام المتعامل المتعاقد بأعمال إضافية غير منصوص عليها في العقد، فإنه يجوز له أن يطالب بالتعويض المناسب مقابل ذلك وقد تطرق الفقه إلى بعض هذه الأعمال التي لم تدرج العقد بشكل صريح.

ومنه فإن المتعامل المتعاقد يمكنه المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية للإدارة المتعاقدة معه من جراء وقوع الضرر الناتج عن خطأ ارتكبته المصلحة المتعاقدة بواسطة العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

الفرع الثاني: التعويض بناء على القوة القاهرة

يقصد بالقوة القاهرة حدث غير متوقع مستقل عن إرادة المتعاقدين يترتب عليه استحالة التنفيذ المطلق سواء لكل أو بعض الالتزامات التعاقدية[1].

يشترط توافر ثلاث شروط لتحقق القوة القاهرة وهي:

1- عبد الفتاح أبو الليل، الوجيز في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 122.

- ✓ وجود سبب خارجي لا يد للمتعاقد فيه.
- ✓ عدم توقع السبب الخارجي عند إبرام العقد.
- ✓ وجود استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

إن القوة القاهرة تعتبر مصدرا مهما في التعويض عن الأضرار والخسائر التي تلحق بالمتعاقد نتيجة لوقوعها فهي إحدى أسباب إعفاء المتعامل المتعاقد من مسؤوليته بحسب الشروط المقررة لهذه الحالة بالإضافة إلى بنود الصفقة، ، وغالبا ما يتم النص على كيفية تقدير هذا التعويض من خلال دفاتر شروط الصفقة المتعاقد عليها. تجدر الإشارة إلى أن التعويض في مثل هذه الحالات يشمل كل أنواع الخسائر المادية بما فيها خسارة أماكن تخزين البضائع، غير أنه لا يشمل ما أضاعه المتعاقد من فرصة للكسب , كما لا يشمل التعويض الأضرار التي أصابت كل ما هو غير المرتبطة بتنفيذ العقد الغير ضرورية في التنفيذ، وأخيرا لا يشمل التعويض ارتفاع الأسعار إذا ما كان بعد وقوع فعل القوة القاهرة.

بخصوص ورود شرط القوة القاهرة كسبب للتعويض فقد نصت المادة 95 من الأمر 67ـ90 على : " من الوزير المعني أو عامل العمالة الذي يأخذ بعين الاعتبار الأحداث غير المتوقعة وغير الممكن مقاومتها التي من شأنها أن تمنع صاحب الصفقة من التقيد بآجال التنفيذ المنصوص عليها في العقد.."

وإذا كانت القوة القاهرة هي ذاتها المقررة في القانون الخاص إلا أن تفسيرها يأخذ بالنسبة للعقود الإدارية معنى أكثر صلابة، على اعتبار أن المتعامل المتعاقد مع الإدارة يقع عليه التزام ببذل أقصى الجهد في تنفيذ الصفقة الذي يربط بمفهوم تسيير المرافق العامة[1].

لهذا فإن المصلحة المتعاقدة تحرص على ضبط كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة، وهذا ما سمح به تنظيم الصفقات العمومية بتضمين بند يتعلق بذلك[2].

بالإضافة إلى ما تم ذكره من التزامات الإدارة المتعاقدة بضمان حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء المقابل المالي المتفق عليه وكذلك التعويض عن عدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية من جهة الإدارة، فإنه

---

[1]. عبد الفتاح أبو الليل، مرجع سابق، ص122.

[2]. المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247.

يترتب على المصلحة المتعاقدة ضمانا هاما آخر في حق المتعامل المتعاقد و وجوب مراعاة التوازن المالي للصفقة.

المبحث الثاني: ضمانات إعادة التوازن المالي للصفقة

لقد استقر القضاء و الفقه الإداريين في كل من فرنسا، مصر، و كدا الجزائر على أنه و من أجل ضمان استمرارية المرفق العام ف الخدمة ، وجب إيجاد التوافق بين عاملين هما:

ـ ضرورة التزام المتعامل المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ الصفقة حفاظا على المصلحة العامة وتلبية احتياجات الجمهور من جهة.

ـ ضرورة تدخل المصلحة المتعاقدة باعتبارها سلطة إدارية عامة لسد ومنع أي اختلال في التوازن المالي من خلال تحمل كل أو جزء من الأعباء المالية الإضافية نظير ما تتمتع به من حقوق وسلطات[1].

لا يمكن تغيير السعر المحدد بالاتفاق عادة، فالإدارة شأنها شأن المتعامل المتعاقد، ينبغي عليها تنفيذ التزاماتها بدفع السعر المتفق عليه في الصفقة، إلا أنه قد ينجم عن هذا التنفيذ أحداث ووقائع من شأنها إرهاق المتعامل المتعاقد والتأثير البالغ على مركزه المالي بما يعطي له حق المطالبة بإعادة التوازن المالي[2]، من جهة أخرى، يلاحظ أن التوازن المالي للعقد أمر مفروض في كل عقد إداري ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض على مقتضاه دون الحاجة إلى نص على ذلك في العقد ومعنى ذلك أن العقود الإدارية القائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقدون منها.

فمن غير المنطق أن يتحمل المتعامل المتعاقد لوحده عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد، لذلك فقد نص المرسوم الرئاسي رقم 15–247 إلى هذا الحق في نص المادة 02/153

[1]. بعلي محمد الصغير، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار العلوم ، عنابة، 2004، ص 232 . 233

[2]. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 166 ، و كذا لباد ناصر، مرجع سابق، ص 444.

منه التي أفادت بأنه:"...غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عن تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

ـ إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين..."، إذن فإن المشرع سعى إلى كفالة حق إعادة التوازن المالي للصفقة لصالح المتعامل المتعاقد وجعله من التزامات الإدارة المتعاقدة وهذا بإيجاد سبل الحل الودي للنزاعات المحتملة الوقوع، سعيا منه للتنفيذ الحسن والأكمل للصفقة المتعاقد عليها[1].

من خلال ما تقدم يمكن القول بأن التعويض الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد في إطار التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للصفقة نجد له أساس في ثلاث نظريات أساسية : نظرية المخاطر الإدارية (نظرية فعل الأمير)، نظرية المخاطر الاقتصادية (نظرية الظروف الطارئة)، و كذلك نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المطلب الأول: التعويض عن فعل الأمير(effet du prince)

يقصد بفعل الأمير كل إجراء مشروع تتخذه السلطات الإدارية المتعاقدة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة[2]، إن هذه النظرية تجد مصدرها في ممارسة السلطة العامة لامتيازاتها في مواجهة المتعاقد معها و بالتالي الزيادة في الالتزامات المنصوص عليها في العقد، ومنه الإضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد وقد يتخذ فعل الأمير ما يسمى بالمخاطرة الإدارية "L'âléa administratif" شكل قرار فردي خاص، كقرار تعديل الذي يصدر عن السلطة الإدارية التي أبرمت العقد لشروط التعاقد أو تعديل في نظام الأسعار أو نظام المرفق أو وغير ذلك قد يكون فعل الأمير بمثابة قواعد تنظيمية عامة.

1- بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005 ، ص 84.

2. DE LAUBADERE André, MODERNE Frank. DELVOLVE Pierre, Traité des contrats administratifs, Tome second, L.G.D.J .Paris, 1984, p515.

كل هذه الإجراءات من شأنها أن تثقل شروط تنفيذ العقد ولكن دون أن يؤدي هذا إلى معارضة أو توقيف التنفيذ من طرف المتعاقد لالتزاماته، و يصبح من الممكن مطالبة المتعاقد بل تعويض.و هي من الشروط التي يجب توافرها لتحقق هذه النظرية حسبما جاء في الفقه والقضاء الإداريين .

الفرع الأول : شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

من شروط تطبيق نظرية المخاطر الإدارية ما يلي:

أ –يجب أن يكون الإجراء من أعمال السلطة العامة سواء أكان تشريعا أو إداريا، وليس راجعا إلى ظروف خارجية اقتصادية أو غيرها.

ب – أن يكون هنالك عقد من العقود الإدارية كوننا في مجال نظريات تتعلق بعقود القانون العام التي تختلف عن عقود القانون الخاص[1].

نشير إلى أن هناك شبه إجماع بين الفقهاء بأن يكون هذا الإجراء صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة وبإرادتها المنفردة[2]، أي أنه يجب أن يكون العمل الضار صادرا عن المصلحة المتعاقدة كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية[3]، أما في حال كان العمل صادرا من غير الجهة المتعاقدة فإن المتعامل المتعاقد لا يستفيد من تطبيق هذه النظرية بل بإمكانه أن يطالب بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة للإدارة التي تعاقدت معه، في حين يمكن له مقاضاة السلطة التي أصدرت الإجراء.

ج – وجوب مشروعية الإجراء ، فالأمر لا يتعلق بمسؤولية تقوم على أساس الخطأ، فإن صدر العمل عن المصلحة المتعاقدة وكان غير مشروع يمكن للمتعامل المتعاقد و تحكيما لقواعد القانون الخاص أن يلجأ إلى القضاء طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.

---

1 . ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص498.

2. REVERO (J), Droit administratif, 9émme édition, DALLOZ ; Paris, 1980, p131.

3. - BENOIT Francis Paul, Le droit administratif français, Dalloz, Paris 1968,p 637.

د – أن يسبب الإجراء للمتعاقد ضررا حقيقيا وليس احتماليا من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للصفقة ولو لم يكن الضرر على جانب كبير من الجسامة[1]، يشترط في الضرر أن يكون محددا ومباشرا وخاصا بالمتعامل المتعاقد فإذا نتج مثلا عن تعديل الصفقة الزيادة الكبيرة في تحمل الأعباء المالية بالنسبة للمتعامل المتعاقد جاز له المطالبة بحقه في التوازن المالي، لذا فإن الإدارة عادة وهي تمارس سلطتها في التعديل تطلب من المتعامل المتعاقد تقديم كشف مالي عن الأعباء الجديدة وتصل معه على الوضع الغالب لحل توافقي ودي وهو ما حرص عليه تنظيم الصفقات العمومية الأخير في المادة 153 منه[1].

هـ – أن يكون الإجراء غير متوقع وقت التعاقد.

الفرع الثاني : الآثار المترتبة عن فعل الأمير

يترتب عن تطبيق هذه النظرية أثر هام يتمثل في التزام الإدارة المتعاقدة بإعادة التوازن المالي للصفقة، وذلك عن طريق تعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك العمل، ويكون التعويض كاملا عن الربح والخسارة[2].

ما يمكن استنتاجه هو أن الأساس القانوني للتعويض الذي يدفع بسبب تطبيق هذه النظرية قائما على تحمل نتائج نشاط السلطة العامة المشروع فهي مسؤولية قائمة دون ارتكاب خطأ و منه يجب على الإدارة إعادة التوازن المختل بدفع مبالغ التعويض الكامل للأعباء و التكاليف الزائدة التي تحملها المتعاقد.

و من بين الآثار الفرعية التي تترتب على تطبيق هذه النظرية نذكر:

1- حق المتعامل المتعاقد بالمطالبة بعدم توقيع عقوبة غرامات التأخير في التنفيذ إذا ثبت أن فعل الأمير وإن لم يؤدي إلى استحالة التنفيذ فقد جعله عسيرا عليه.

---

[1]. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص498.

[2]. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص169.

2- إذا ترتب عن فعل الأمير استحالة التنفيذ، تحرر بدلك المتعامل المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ، و مثال على دلك صدور تشريع يحرم الاستيراد بالنسبة لسلعة لا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج.

3- حق المتعاقد في طلب الفسخ إذا أصبحت أعباؤه كبيرة لا تتحملها إمكانياته المالية والفنية[1].

و تطبيقا لنظرية المخاطر الإدارية يمكن للمتعاقد الجمع بين بعض هذه النتائج إذا تعددت الأسباب كالحصول على التعويض الكامل والفسخ أو الجمع بين التعويض الكامل وعدم توقيع غرامات التأخير.

المطلب الثاني: التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة

هي نتاج اجتهاد قضاء مجلس الدولة الفرنسي، بغية تصحيح وضع المتعامل المتعاقد مع الإدارة و إعادة التوازن المالي للعقد إذا ثبت وجود مخاطر تحول دون تنفيذ التزاماته التعاقدية.

الفرع الأول : شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

حتى يستحق المتعاقد التعويض عن الخسارة، يشترط توافر شروط تتمثل في :

أ / الصعوبات ذات طبيعة مادية:

ترجع في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية، ومن ثم فإن أكثر التطبيقات تتعلق بالمواصفات التي على أساسها تم إبرام العقد. كصعوبات مادية مرجعها إلى طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها صفقات الأشغال العامة، كأن تتكشف الأرض عند التنفيذ عن طبيعة صخرية في حين أن التنفيذ الطبيعي للعقد يفترض طبيعة سهلة[2]

[1]- محمد خلف الجبوري ، المرجع نفسه، ص197.

[2]- سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة الطبعة الخامسة، مصر، 1991، ص721.

، ومن هنا تكون هذه الصعوبات أساسا في استحقاق المتعاقد للتعويض. وقد يكون مصدر هذه الصعوبات غير المتوقعة فعل الغير، لم تكن بادية للعيان و لم تظهر أثناء التنفيد.

ب / الصعوبات المادية خارجة عن أطراف العقد:

يجب أن لا تكون الإدارة المتعاقدة سببا في هده الصعوبات ، فإذا كانت بفعلها أو بسبب تدخلها وجب تعويض المقاول على أساس خطئها إن كانت قد أخطأت، وعلى أساس فعل الأمير إذ لم يكن ثمة خطأ من جانبها ويشترط كذلك ألا يكون المتعاقد مع الإدارة قد تسبب هو الآخر في وجود هذه الصعوبات، أو في عدم الإحاطة بها وقت التعاقد، ويجب أن يثبت بأنه لم يكن على دراية بتلك الصعوبات بما لديه من وسائل، وأخيرا أن يثبت بأنه لم يخرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته[2].

ج / الصعوبات المادية غير متوقعة عند إبرام العقد:

يجب أن تكون الصعوبات المادية من النوع الذي لا يمكن توقعه عند التعاقد، وفقا للظروف التي أبرم فيها العقد، فالمقاول ملزم بتحري طبيعة الصعوبات التي قد تصادفه عند التنفيذ، كما يجب على المتعاقد إبلاغ الإدارة بملاحظاته أما دور القاضي فهو البحث فيما إذا كان المتعاقد قد بذل الجهد اللازم و الضروري في تاريخ إبرام العقد ، وأن يكون قد تأكد من طبيعة الأعمال وعمل كل ما ترتب عليه من اختبارات وغيرها للتأكد من خلو موضوع الصفقة من معوقات مادية محتملة.

د / ذات طابع استثنائي :

ليست الصعوبات المادية مجرد عقبات عند التنفيذ، إلا إذا كانت هذه الأخيرة غير متوقعة مما

[1]. محمد سليمان الطماوي ، مرجع سابق، ص723.

يمكن اعتباره من المخاطر العادية والاستثنائية.

هـ / تؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد:

يجب كذلك أن تكون هذه الصعوبات المادية محل إخلال كبير باقتصاديات وتوازنات العقد وليس مجرد صعوبات بسيطة ، بمعنى أنه يجب أن يترتب على التنفيذ في وجود هذه الصعوبات نفقات إضافية تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في تكاليف التنفيذ .

الفرع الثاني: آثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يجب معرفة الأساس القانوني لهذا التعويض حيث هناك من يرى بأن مرد هذه النظرية يعود إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين على أساس أن السعر المتفق عليه في العقد إنما قصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية أما الصعوبات غير المتوقعة والتي لم تخطر على بال لأطراف فيفترض أنهما قصدا أن يقدرا مقابلها بطريقة خاصة وهو ما ذهب إليه عدة فقهاء من بينهم الأستاذ "جاز"G.JEZE، والراجح في هذه النظرية أن الكثير يردونها إلى اعتبارات تحقيق العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، نظرا للعلاقة الوثيقة بينها وبين المرافق العامة، تلك العلاقة التي تجعل من المتعاقد معاونا وشريكا للإدارة في عملية التسيير، وهذا الرأي يؤيده كلا من الفقيهين"فالين"J.WALINE و "دي لو بادير"A.DE LAUBADERE[1] ومنه فإن الآثار التي تترتب على قيام نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بشروطها سالفة الذكر تمثل في:

1. محمد سليمان الطماوي ، مرجع سابق، ص716.

أ ـ بقاء التزامات المتعاقد قائمة:

بالرغم من مصادفة الصعوبات المادية غير المتوقعة في تنفيذ موضوع العقد، فإن المتعاقد يستمر في عملية تنفيذ تحت طائلة التعرض لمختلف الجزاءات الإدارية مع احتمال فقدانه الحق في التعويض إلا إذا أدت إلى استحالة في التنفيذ وفقا لشروط القوة القاهرة[1].

ب ـ الحق في التعويض الكامل:

إن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تختلف عن نظرية الظروف الطارئة ففي الأولى يحصل المتعاقد مبدئيا على تعويض كامل في مقابل ما تحمله من مصاريف لمواجهة تلك الصعوبات ويمس التعويض كل الحالات التي يصبح فيها تنفيذ العقد أكثر تكلفة بينما ف الحالة الثانية فيحصل فيها المتعامل المتعاقد على تعويض جزئي ومؤقت.

و يمكن استنتاج أن المصلحة المتعاقدة وهي الطرف الأقوى في العقد تصبح مقيدة في استعمال سلطاتها غير المألوفة بالنسبة للعقود الخاصة كإدارة عامة بحيث تلتزم حفاظا على استمرارية سير المرافق العامة. وهدا في حالة وجود حوادث خارجة عن إرادة الطرفين تأثر على تنفيذ الصفقة .

المطلب الثالث: التعويض عن المخاطر الاقتصادية

فحوى هذه النظرية أنه إذا طرأت ظروف استثنائية خارجية خلال تنفيذ العقد و لم يكن في الوسع توقعها وقت إبرام العقد، وترتب عن ذلك اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا، بحيث يصبح

1-محمد سليمان الطماوي ، مرجع سابق، ص725.

تنفيذ الالتزام أكثر في التكاليف و أشد إرهاقا بشكل غير متوقع من المتعاقدان.

نشأت هذه النظرية في بادئ الأمر في ظل القانون العام، فلم يكن القضاء المدني ليوافق على تطبيقها على علاقات القانون الخاص، وقد بذلت محاولات لتطبيقها في المحاكم الفرنسية والمصرية وباءت بالفشل، أما بالنسبة للقانون العام فقد طبقها مجلس الدولة الفرنسي منذ أوائل القرن 19 وكانت أول قضية طبقت في هذه النظرية هي قضية غاز مدينة بوردو، الصادر فيها حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1916/07/30 [1].

من خصائص هذه النظرية طابعها الاقتصادي، فالحوادث الطارئة يمكن لها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا من الناحية الاقتصادية، ومعناه عدم تناسب المقابل المالي الذي يجب للمتعاقد مع ما يجب عليه من التزام مستمر في التنفيذ في ظل الظرف الطارئ الذي حدث، فيمكن للظرف الطارئ أن يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

بالرغم من أن هذه الاضطرابات الاقتصادية أجنبية عن إرادة الطرفين من شأنها أن تفرض أعباء وتكاليف باهظة، فالتنفيذ يبقى ماديا ممكنا[2].

وهذا هو موطن الاختلاف مع نظرية القوة القاهرة ، إذ أنها لا تصل بتنفيذ الالتزام إلى درجة الاستحالة التي تعفي المتعامل المتعاقد وتؤدي إلى فسخ العقد، فالتنفيذ مع الظروف الطارئة يظل ممكنا وإن أصبح شاقا للمتعاقد مع الإدارة، إلا أن هذه المشقة توازن بحق المتعاقد في التعويض وليس

[1]. LAJOYE (C), droit des marches publiques, GUALINO éditeur, eja, paris 2003.p132.

[2]. REVERO (J), op.cit p132.

بانقضاء الالتزام حتى لا يتوقف سير المرفق العام[1].

الفرع الأول : شروط نظرية المخاطر الاقتصادية

لكي يمكن تطبيق هذه النظرية فإن هنالك شروط وجب توفرها وهي:

أ / يكون وقوع الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه:

لأنه إذا ظهر الظرف قبل إبرام العقد فالأصل ألا تطبق النظرية طالما يمكن الرجوع عن الإيجاب ولم يصدر القبول، ويثار النقاش في حالة ما إذا طرأت الظروف غير المتوقعة بعد انتهاء آجال التنفيذ ولم يكن التنفيذ قد اكتمل ، والرأي الغالب في هذه الحالة هو عدم تطبيق النظرية إذا كان التأخير بسبب المتعاقد.

في حين إذا كان التأخير سببه خطأ الطرف الآخر في العقد، أو تم بموافقة الطرفين، استحق المتعاقد المتضرر التعويض وفق هذه النظرية وإذا كان التنفيذ قد زاد عن المدة العقد بموافقة الإدارة فإن الظرف الطارئ الذي يحدث أثناء المدة الإضافية يأخذ نفس حكم وقوعه خلال المدة الأصلية في العقد. و يتمثل الظرف الطارئ في إما:

- أحداث سياسية: إعلان الحرب، غلق ممرات مائية...الخ
- أحداث اقتصادية: أزمة اقتصادية، ارتفاع الأجور أو الأسعار...الخ
- أحداث طبيعية: زلازل، جفاف، سيول، فيضانات...الخ
- إجراءات إدارية: إذا كانت صادرة عن غير الجهة الإدارية المتعاقدة[2].

ب / الظرف الطارئ استثنائيا غير متوقع:

وجب لتطبيق هذه النظرية أن يكون الظرف الطارئ استثنائيا و غير متوقع ، فإذا كانت الظروف متوقعة أو كان من الممكن توقعها فلا مجال لتطبيق هذه النظرية.

---

[1]. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص880.

[2]. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع نفسه، ص884.

و للقاضي السلطة التقديرية في تحديد التوقع من عدمه بناءا على الظروف والملابسات التي تم فيها إبرام العقد وطبيعة الظرف الطارئ ودرجة استثنائية فالظرف الطارئ غير متوقع في ذاته ولكن قد يحدث أيضا أن يكون هذا الظرف متوقعا من حيث المبدأ في ذاته ولكن حجمه هو الذي لم يكن متوقعا، كذلك فإن الظرف الطارئ قد يكون استثنائيا ، لكن في ظروف معينة يقدر القضاء أنه كان من الممكن برغم ذلك أن تتوقع حدوثه.

وهنا يجب التفرقة بين المخاطر العادية التي تنتج مخاطر يمكن للمتعاقد تداركها أو تحملها، والمخاطر الغير عادية التي تعد فقط مجالا لتطبيق نظرية المخاطر الاقتصادية[1].

ج / الظرف الطارئ أجنبي عن المتعاقدين:

بمعنى مستقلا عن إرادتهما ولا دخل لهذه الإدارة في وقوعه، لأنه متى كان الفعل راجعا إلى المتعاقد المتضرر فلا مجال للقضاء له بالتعويض، أما حينما يكون راجعا إلى الإدارة فهنا يفرق مجلس الدولة الفرنسي بين ما إذا كان الفعل الضار صادرا عن الإدارة المتعاقدة وهنا نطبق نظرية فعل الأمير أما إذا كان الفعل الضار صادرا عن جهة إدارية أخرى فهنا لا يطبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية فعل الأمير وإنما نظرية الظروف غير المتوقعة إذا توافرت شروطها[2].

د / الظرف الطارئ يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد:

1. - GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, Tome 1,16 éme éditons, LGDJ Paris, 2002,p 714.

2. محمد خلف الجبوري ، مرجع سابق، ص203.

بمعنى أنه ينجم عن تنفيذ العقد خسارة غير عادية أو مألوفة يمكن أن يتحملها المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة، فلا يكفي أن يترتب على الحادث الطارئ مجرد النقص في الربح أو فوات فرصة الربح ، فالخسارة البسيطة لا تكفي لتطبيق النظرية بل يجب أن يصيب المتعاقد خسارة كبيرة نتيجة لهذا الطارئ و ليس مجرد تفويت فرصة ، وحتى الخسارة الوقتية العارضة تخرج عن نطاق تطبيق النظرية.

وتقدير مدى جسامة الضرر الذي تلحقه الظروف الطارئة بالمتعاقد مع الإدارة أمر يتولاه القاضي بنفسه[1].

المطلب الثاني: آثار نظرية المخاطر الاقتصادية

يرى الفقه الإداري وعلى رأسهم الأستاذ "دي لو بادير بأن أساس هذه النظرية هو مبدأ ضرورة استمرارية سير المرفق العام بانتظام، فقد يتوقف المرفق العام عن السير نتيجة لكون التزام المتعاقد مكلفا للغاية من الناحية المالية ، فالإدارة مطالبة بتحمل جزء من خسارته و إلا فإنه سيتوقف عن تنفيذ التزامه.

يمكن القول بأن الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية يرجع إلى النية المفترضة عند المتعاقدين في تعليق التنفيذ مع استمرار الحالة الواقعية التي كانت موجودة وقت التعاقد على ما هي عليه في جميع المراحل ، وبالتالي نية المتعاقدين في استمرار بقاء التوازن الذي كان موجودا وقت بدء التعاقد.

يرى البعض الآخر بأن أساس هذه النظرية يستمد أصالته من مبادئ العدالة، إذ من باب العدالة تعويض المتعاقد في حال أصبح تنفيذ التزامه شاقا ومكلفا بخلاف ما توقعه المتعاقدان أثناء إبرام العقد.

وعليه فإن تحقيق شروط النظرية ينتج عنه آثار على عملية التنفيذ تتمثل فيما يلي:

. 1REVERO(J), droit administratif, 9émme édition, DALLOZ, paris 1980, p 135.

أ- جوب مساعدة المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها :

بتوفر شروط تطبيق النظرية، تلتزم الإدارة برد الالتزام المرهق إلى حده المعقول، بمعنى إعادة التناسب . و التوازن إلى العقد الذي كان موجودا عند التعاقد بين الطرفين جزئيا و ذلك بمساهمة الطرفين في تحمل أعباء الظروف الطارئة فيكون التعويض الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد من الإدارة جزءا من الخسارة التي لحقت به، و وجب إدخال في الحساب كل عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته واعتباره وحدة غير متجزئة ، للقاضي السلطة التقديرية في تحديد مقدار التعويض.

كذلك فإن التعويض له طبيعة مؤقتة ولا يمكن أن يستمر بصفة دائمة، لأن التوقيت من طبيعة الظرف الطارئ نفسه، فإن كان هذا الظرف مستمرا ودائما يكون للطرفين إما أن يبرما عقدا جديدا على أساس معطيات جديدة أو يطلبا إلى القاضي فسخ العقد، وذلك وفقا لما قضى به مجلس الدولة في فرنسا[1].

ب -بقاء التزامات العقدية قائمة في حق المتعاقد:

وجب على المتعامل المتعاقد أن يستمر في تنفيذ التزامه رغم حدوث ظروف طارئة عملا بمبدأ استمرارية سير المرفق العام، فحالة الطوارئ لا تحرر المتعاقد من أي التزام، لاسيما أنه ملزم بإتمام تنفيذ العقد، وانقطاعه عن ذلك ينجر عنه حرمانه من التعويض [2].

فوجب على المتعاقد الذي يريد الاستفادة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، أن يستمر في تنفيذ التزامه بالرغم من وقوع الحادث غير المتوقع حيث ما كان التنفيذ ممكنا ولم يصبح قوة قاهرة تحول

[1].GAUDEMET (Y),op.cit,p715.

[2]. CHAPUS René, Droit administratif général, Tome 1,15 ème édition, Montchrestien, Paris 2001,p213.

دون ذلك، ففي حالة ما توقف عن التنفيذ والوفاء بالتزاماته فإنه معرض للجزاءات خاصة عقوبة غرامة التأخير، و لن يكون الظرف الطارئ حجة لديه ، فالإعفاء من المسؤولية عن الظروف الطارئة غير وارد في العقود الإدارية لتعارضه مع المبادئ المقررة في القانون الإداري التي منها حق المتعاقد في التعويض.

خلاصة الفصل الثاني:

إن المشرع الجزائري بحرصه الدائم على حماية المال العام من جهة و استمرارية سير المرفق العام من جهة أخرى فإنه لم يراعي فقط ضمان حقوق المصلحة المتعاقدة بل راع كذلك حقوق المتعامل المتعاقد من خلال جانبين أساسيين :

الجانب الأول يتمثل في ضمان حق المتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي(السعر المتفق عليه) مقابل تنفيذه بنود الصفقة وهو التزام مكفول قانونا و عقدا , من خلال عملية تسديد التسبيقات المختلفة وكذا دفع سعر الصفقة وفق مختلف آليات الدفع على الحساب والتسوية على رصيد الحساب وكلها ضمانات تصب في صالح المتعامل المتعاقد.

أما الجانب الثاني و الذي لا يقل أهمية عن سابقه و هو ضمان التوازن المالي للصفقة, و المتعلق بظروف تنفيذ بنود العقد فقد تم إدراج نظريات المخاطر الإدارية والاقتصادية وكذا نظرية الصعوبات المادية التي أسسها الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا لما تكتسيه من أهمية في توفير أحسن الظروف لتنفيذ الصفقة فتمكن المتعامل المتعاقد من تنفيذ التزاماته من دون التعرض لخسائر قد توقف عملية التنفيذ.

و عليه يمكن و من خلال ما تقدم, الخلاصة إلى أن المشرع الجزائري لم يقصر في وضع آليات تمكن من استمرارية سير المرفق العام و هذا في كل الظروف , ضمن قانون الصفقات العمومية 15-247 .

الخاتمة :

يعتبر قانون الصفقات العمومية من أهم الوسائل و أنجعها في مجال حماية المال العام، فقد تم من خلاله تأطير جل عمليات الإنفاق العام خاصة تلك الموجهة لتنفيذ مشاريع ذات منفعة وطنية، و تتجلى هذه النجاعة من خلال كل المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية ابتداء من مرحلة إعداد دفتر الشروط من طرف المصلحة المتعاقدة إلى مرحلة التنفيذ من طرف المتعامل المتعاقد ثم التسليم النهائي للمشروع ، وقد أحاط المشرع كل هده المراحل بضمانات قانونية جاءت لحماية أطراف العقد بغية الحفاظ على استمرارية سير المرفق العام ؛ وقد جاءت هذه الضمانات على شكلين ، ضمانات غير مالية تتجلى على العموم في الاختيار الأمثل لأحسن المتعاملين و أقدرهم سواء من الناحية الفنية أو المالية و ذلك من خلال وضع مختلف الشروط و المواصفات الواجب توفرها في المتعاملين المؤهلين ، فكلما كان الاختيار أفضل كلما كان التنفيذ للمشروع متطابق مع أهداف المصلحة المتعاقدة ؛ و هناك الضمانات دات الطبيعة المالية و التي هي موضوع دراستنا هذه، فهي لا تقل أهمية عن سابقتها فكلاهما يهدفان إلى التأطير الحسن للمشاريع ذات المنفعة الوطنية غير أنها تختلف عن سابقتها في كونها تنحصر في مرحلة تنفيذ و إنهاء الصفقة العمومية؛ و قد حرص المشرع على مسايرة قانون الصفقات العمومية للتطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وكل ما تتطلبه المصلحة العامة، من خلال وضع نظام للضمانات المالية يتماشى وأهداف إبرام الصفقات العمومية.

غير أن هذا النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر لم يتضمن تعريفا محددا للضمانات في مجال الصفقات العمومية فقد اشتمل على سلسلة من الضمانات المختلفة والمستمدة تارة من القانون الخاص كالكفالة، الضمان العشري والرهن الحيازي، وتارة أخرى من الأحكام العامة المدرجة في قانون الصفقات العمومية.

حيث أنه من دراستنا لموضوع الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، اتضح لنا حجم الترسانة القانونية الموضوعة لذلك ، من أجل توفير أكثر حماية لطرفي العقد و أفضل الشروط لإنجاز موضوع الصفقة ومنه تحقيق أكثر فعالية للطلبات العمومية.

فمن خلال تحليلنا لهده الضمانات وجدنا منها ما هو على عاتق المتعامل المتعاقد تجاه المصلحة المتعاقدة و قد وقفنا على ترسانة من الضمانات القانونية تم من خلالها محاصرة المتعامل المتعاقد بحيث لا يمكن له إلا أن يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية وفق الشروط المتفق عليها فلا مجال له للتلاعب بالمال العام، أما الضمانات المقابلة فهي على عاتق المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد ، وكون هذا الأخير يعتبر الطرف الأضعف في العقد فقد أحاطه المشرع بحماية خاصة و ذلك من خلال إلزام الإدارة بأمرين أساسيين و هما: أولا دفع المقابل المالي للمتعامل المتعاقد كاملا و من دون تأخير ، و ثانيا إلزامية المحافظة على التوازن المالي للصفقة و عدم إلحاق ضرر بالمتعامل و في حال استعملت المصلحة المتعاقدة لامتيازاتها كسلطة عامة، كتغيير في شروط أو بنود العقد بإرادة منفردة، وجب عليها حينئذ بإعادة التوازن المالي للعقد أو التعويض المالي عن ذلك، و هذا ما يستلزم إدراجه قانونا وتكريسه قضاء، حيث أن نقص الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا المجال لا يسمح ببلورة هذا الحق ووضع شروطه.

إن هذه الدراسة على ضوء المرسوم الرئاسي 15–247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 و الصادر في الجريدة الرسمية عدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر سنة 2015م ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، و قد خلصنا من خلالها إلى بعض النتائج و التوصيات و هي:

1-إن التنظيم الحالي للصفقات العمومية وبالرغم من تناوله كثير من الجوانب المهمة التي تمس نشاط الإدارة العمومية، إلا أننا نلاحظ بقاء الغموض في قراءة وتطبيق بعض النصوص القانونية، فقانون الصفقات العمومية لم يأتي بتعريفات دقيقة و شاملة لمعظم الضمانات المالية التي جاء بها فقد نص على البعض منها من خلال التنظيم و ترك البعض الآخر للقواعد العامة في القانون الخاص، و هذا ما جعل المهتمين بهذا الميدان سواء من قانونيين أو إداريين أو متعاملين متعاقدين يتخبطون في البحث عن بعض التفسيرات لتطبيق بعض الضمانات التي جاء بها القانون، لهذا ينبغي مستقبلا التكفل بهذا الأمر و نقترح أن تعاد صياغة قانون الصفقات العمومية صياغة شاملة ، كاملة، ملمة بجميع التعريفات الدقيقة لكل الضمانات الواردة فيه، و يكون بذلك قانون الصفقات العمومية مرجعا واحدا لكل ما يخص عملية الإنفاق العام.

2- إن التنظيم الحالي للصفقات العمومية ينص على بعض الضمانات المالية التي قد تكون شبه تعجيزية للكثير من المتعاملين المتعاقدين خاصة المبتدئين منهم و الذين ليس لديهم قدرة مالية كبيرة بالرغم من أن لديهم قدرة فنية عالية و من بين تلك الضمانات أخص بالذكر **ضمان حسن التنفيذ** الذي أصبح حاجزا لهده الفئة الصاعدة و لهدا نقترح من خلال هدا البحث أن تقوم الإدارة ممثلة في المصلحة المتعاقدة بمرافقة و مساندة هده الفئة من المتعاملين الاقتصاديين المقتدرين فنيا.

3- من الناحية الميدانية و التطبيقية نجد أن الكثير من المتعاملين من مقاولين، أرباب أعمال، رؤساء مؤسسات ومستثمرين قد وجهوا انتقادات لقانون الصفقات العمومية كما اشتكوا من مشاكل عديدة ومتنوعة تمس أساسا كيفيات إبرام الصفقات العمومية و اختيار المتعاملين المتعاقدين، أضف إلى ذلك تماطي الإدارة في دفع المقابل المالي في آجاله القانونية ما يؤدي إلى التضييق على المتعاملين .

4-ما يلاحظ كذلك في قانون الصفقات العمومية هو عدم وجود توازن في الضمانات المالية ما بين المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة ، فقد ركز القانون و بشكل جلي على الضمانات التي هي على عاتق المتعامل المتعاقد فأحاطها بترسانة من المواد القانونية التي تحمي مصلحة الإدارة و هي الطرف الأقوى في العقد في حين جعل من ضمانات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتقاعد و هو الطرف الأضعف في العقد ، تنحصر في المقابل المالي مع الحفاظ على التوازن المالي للعقد، و ذلك من دون تحديد دقيق لذلك فجعل من القانون الخاص و الاجتهاد القضائي و الفقه مرجعا لذلك و هذا ما أعتبره شخصيا إجحافا في حق أضعف أطراف العقد ألا و هو المتعامل المتعاقد، فهو عنصر أساسي لا غنى عنه في تنفيذ المشاريع ذات المنفعة الوطنية، فوجب على الإدارة المحافظة عليه و إلا فلن تجد مستقبلا من ينفد لها مشاريعها.

ورغم هذه النقائص التي تشوب النظام القانوني للصفقات العمومية غير أن الاختيار الأحسن للمتعاملين المترشحين للطلبات العمومية تعد أحسن حماية للمال العام من جهة ومنعا لأي تجاوز قد يحصل من جانب المصلحة المتعاقدة من جهة أخرى، عن طريق حق الطعن في قرارات الإدارة المتعاقدة واللجوء إلى القضاء ، كأنجع وسيلة للمطالبة بحماية الضمانات المقررة.

ومما سبق ذكره، يمكن القول بأن نظام الضمانات المالية المقرر في قانون الصفقات العمومية في الجزائر ورغم كل النقائص التي يحويها نتيجة لعدة أسباب تتعلق أساسا بتطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية، فنجد في كثير الأحيان أن الواقع بعيد كل البعد عن النصوص القانونية التي أضفت الكثير من الغموض في واقع سوق الطلبات العمومية، غير أنه و بشكل عام فهو يوفر حماية وتأمينا

لمصالح أطراف الصفقة العمومية وهذا ما يدفع لتثمين وتفعيل نظام الضمانات بما يتلاءم والتطورات الاقتصادية ، الاجتماعية و السياسية للبلاد .

قائمة المراجع:

أولا – الكتب:

أ–بالعربية:

1 –أحمد فاضل، العقود الإداري،كتاب صادر عن وزارة الداخلية،المديرية العامة للتكوينو الإصلاح الإداري، الجزائر

2–بعلي محمد الصغير، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار العلوم ، عنابة، 2004.2–

3–بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية و قضائية و فقهية، دار جسور ، الجزائر، 2007.

4–سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، دار الأمل ، تيزي وزو، 2004

5–عبد الفتاح أبو الليل، الوجيز في القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2000.

6–عوابدي عمار، النظرية العامة للنزاعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، جزء2، نظرية الدعوى الإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003

7– لباد ناصر، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري،الطبعة الأولى، الجزائر 2004

8– لطرش الطاهر، تقنيات البنوك, الطبعة الرابعة, ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

9–ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية ،1988

10– محمد خلف الجبوري ، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة ، الأردن، 2006

11–. محمد سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، مصر، 1991.

12 –محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية

13–معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1989

14–مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002

15– مغربي محمود عبد المجيد، المبادئ الأساسية للقانون الإداري، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 1997

ب– بالفرنسية :

1-CHAPUS René, droit administratif général, Tome 1,15 ème édition, Montchrestien, Paris 2001.

2-DE LAUBADERE André, MODERNE Frank. DELVOLVE Pierre, Traité des contrats administratifs, Tome second, L.G.D.J .Paris, 1984.

3-EL FASSI Fatima Zohra, le régime juridique de la rémunération dans les marchés publics de fourniture en droit Algérien, thèse de doctorat en droit public de l'entreprise, Université de Montpelier 1,1991.

4- GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, Tome 1,droit administratif général ,16 ème L.G.D.J-DELTA Paris, édition 2002.

5-LAJOYE christophe, droit des marches publiques, GUALINO editeur, eja, paris 2003.

6-MANSOURI Mansour, système et pratiques bancaires en Algérie, édition Houma, Alger, 2005.

7-REVERO Jean, droit administratif, 9émme édition, DALLOZ, paris 1980.

8- SABRI Mohamed, AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed, Guide de Gestion Des Marchés publiques, édition sahel, 2000

ثانيا – النصوص القانونية:

أ– **الدستور:**

دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، جريدة رسمية عدد 76، صادر سنة 1996 المتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في أفريل 2002، المعدل بموجب القانون 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة رسمية عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، المعدل و المتمم بالقانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، جريدة رسمية عدد 14 صادرة في 07 مارس 2016 .

ب- النصوص التشريعية:

1-الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 1967/06/17 المعدل و المتمم و المتضمن قانون الصفقات العمومية –الجريدة الرسمية عدد رقم 52 المؤرخة في 1967/06/27-

2-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/11/26 المعدل و المتمم و المتضمن القانون المدني – الجريدة الرسمية عدد رقم 78 المؤرخة في 1975/09/30-

3-الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم.

4-الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 1995/01/25 المعدل و المتمم و المتعلق بالتأمينات –الجريدة الرسمية عدد رقم 13 المؤرخة في 1995/03/08-.

5-الأمر رقم 01-01 المؤرخ في 2001/02/27 المعدل و المتمم للقانون رقم 90-10 المؤرخ في 1990/04/14 المتعلق بالنقد و القرض –الجريدة الرسمية عدد رقم 14 المؤرخة في 2001/02/28 .

ت- النصوص التنظيمية:

1-المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 و الصادر في الجريدة الرسمية عدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر سنة 2015م ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

2-المرسوم التنفيذي رقم 82-145 المؤرخ في 1982/04/10 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي –الجريدة الرسمية عدد رقم 15 المؤرخة في 1982/04/13-.

3-المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 1998/02/21 المتضمن إنشاء تنظيم و سير صندوق ضمان الصفقات العمومية – جريدة رسمية عدد رقم 11 المؤرخة في 1998/03/01 –

ثالثا- الرسائل الجامعية:

1-بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005.

رابعا- مواقع الانترنت:

www.joradp.dz

فهرس المحتويات

المحتويات	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول : ضمانات المتعامل المتعاقد تجاه المصلحة المتعاقدة	06
المبحث الأول : الضمانات المتعلقة بالتنفيذ المالي للصفقة	08
المطلب الأول : الكفالة	09
الفرع الأول : ماهية الكفالة	09
الفرع الثاني : أنواع الكفالة	10
الفرع الثالث : آليات و أدوات تنفيذ نظام الكفالة	13
المطلب الثاني: ضمانات من طبيعة أخرى	21
الفرع الأول: الضمانات ذات الطبيعة الحكومية	21
الفرع الثاني : الضمانات دات الطبيعة الخاصة	22
الفرع الثالث: اقتطاعات حسن التنفيذ	23
الفرع الرابع: إقتطاع الضمان	23
المبحث الثاني: الضمانات المتعلقة بالتنفيذ التقني للصفقة	24
المطلب الأول: الضمانات في حالة التنفيذ العادي للصفقة	25
الفرع الأول: إحترام الكيفيات والشروط المتعاقد عليها	25
الفرع الثاني : أداء الخدمة شخصيا	25
الفرع الثالث: تنفيذ الخدمة بشكل سليم.	26
الفرع الرابع: وجوب احترام آجال التنفيذ	27
الفرع الخامس: الضمان العشري	28
المطلب الثاني : الضمانات في حالة التنفيذ غير العادي للصفقة	29
الفرع الأول: مفهوم القوة القاهرة في مجال الصفقات	29
الفرع الثاني : مجال تطبيق القوة القاهرة	29
الفرع الثالث: الآثار الناجمة عن القوة القاهرة.	31
المطلب الثالث: الجزاءات المالية كضمان عن عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية	32

الفرع الأول: : التعويض	34
الفرع الثاني: الغرامة التأخيرية	35
الفصل الثاني : ضمانات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد	39
المبحث الأول : ضمان المقابل المالي للصفقة	41
المطلب الأول : إقتضاء مقابل التنفيد	41
الفرع الأول : طرق وكيفيات تحديد السعر	43
الفرع الثاني : قابلية السعر للمراجعة في الصفقة العمومية	47
المطلب الثاني : طرق دفع الثمن	53
الفرع الأول: التسبيقات	54
الفرع الثاني : الدفع على الحساب	56
الفرع الثالث: التسوية على رصيد الحساب	59
المطلب الثالث: طلب التعويض	61
الفرع الأول: التعويض على أساس المسؤولية العقدية	62
الفرع الثاني: التعويض بناءا على القوة القاهرة	62
المبحث الثاني: ضمانات إعادة التوازن المالي للصفقة	64
المطلب الأول: التعويض عن فعل الأمير	65
الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير	66
الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن فعل الأمير	67
المطلب الثاني : التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة	68
الفرع الأول: شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	68
الفرع الثاني: آثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	70
المطلب الثالث: التعويض عن المخاطر الاقتصادية	70
الفرع الأول: شروط نظرية المخاطر الاقتصادية	73
الفرع الثاني: آثار نظرية المخاطر الاقتصادية	75
الخاتمة	79
قائمة المراجع	84
فهرس المحتويات	88