

### الفصل الثاني: الضمانات المتعلقة بتنفيذ الصفقة

يحدث أن تنشأ نزاعات بين طرفي الصفقة العمومية في هذه المرحلة تحول دون تنفيذ هذه الأخيرة سواء عند البدء أو التسليم النهائي للصفقة العمومية وهذا نتيجة اخلال أحد الطرفين بالتزاماته سواء عن طريق اخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته أو اخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها.

إن دراسة العقود الادارية بصفة عامة تظهر عدم المساواة بين الاطراف المتعاقدة، ويتجلى هذا الامر بوضوح في عملية تنفيذ الصفقات العمومية أين تتمتع الإدارة او المصلحة المتعاقدة بسلطات وحقوق في مواجهة المتعاقد معها تفوق بكثير ما له في حقوق في مواجهتها، لأنها تعمل من أجل المصلحة العامة في حين يسعى المتعامل المتعاقد إلى تحقيق مصلحته الخاصة.<sup>(1)</sup>

لذا ففكرة حماية المصلحة العامة والحفاظ على الأموال العمومية هي التي أعطت النظام القانوني للصفقات العمومية أصالته وأدت إلى خلق مجموعة من الحقوق والالتزامات متميزة عما هو مقرر في نطاق القانون الخاص. بحيث تتجلى هذه السلطات والامتيازات المقررة للإدارة أكثر بعد إبرام العقد أي في المرحلة التعاقدية إذ يتقرر للإدارة قبل المتعامل المتعاقد حقوق وسلطات خاصة تختلف عن الحقوق التي يقررها القانون الخاص لأي متعاقد قبل الطرف الآخر منها سلطة الاشراف ، الرقابة والتوجيه وتعديل شروط العقد بالزيادة او النقصان وكذلك سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد، وسلطة الادارة في انتهاء العقد فضلا عن حقوق وسلطات أخرى.<sup>(2)</sup>

ورغم ان المصلحة المتعاقدة باعتبارها تتمتع بحقوق وامتيازات حتى ولم ينص عليها العقد أو الصفقة وهو ما يعبر عنه بالنظام غير المؤلف في العقود الادارية لأنها تتعلق بالنظام العام ، فانه لا ينبغي الاعتقاد بان مصلحة الفريق الثاني في الصفقة - وهو المتعامل المتعاقد- قد تمت التضحية به، لأنه لو حصل هذا فان الادارة لن تجد شخصا تتعاقد معه

<sup>1</sup> عمار عوايدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2007،  
<sup>2</sup> قدوج حمامة، عملية ابرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2006،

ورغم أن عددا من الالتزامات يثقل كاهله، فإنه يستفيد أيضا من بعض الأفضليات والضمانات التي تشكل بحد ذاتها التزامات بالنسبة للمصلحة المتعاقدة.<sup>(1)</sup>

والعقود الادارية بعد ابرامها من طرف السلطات المختصة وفقا للطرق المنصوص عليها في التشريع المعمول به ومراعاة للإجراءات اللازمة، تدخل الصفقة العمومية حيز التطبيق والتنفيذ منتجة لآثارها ونتائجها القانونية المتمثلة في ما يتولد عنها من : حقوق والتزامات تسري حيال الطرفين، وما قد تثيره من منازعات.<sup>2</sup>

وهكذا فإن مرحلة تنفيذ العقد الإداري تقتضي التطرق الى:

### المبحث الاول : التزامات المصلحة المتعاقدة كضمانات للطرف الاخر

ينجم عن ابرام الصفقات العمومية آثار بالنسبة لطرفي العقد تتمثل في حقوق وواجبات كل منهما تجاه الآخر فمن المتعارف عليه ان التزامات احد طرفي العقد تعتبر حقوقا بالنسبة للطرف الآخر لذا فالالتزامات الواقعة على الادارة تمثل حقوقا بالنسبة للمتعاقل والمتعاقل صحيحا .

ومن هنا تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة يلزم فيه المتعاقل المتعاقل بتنفيذ العمل او الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات او الشروط المتفق عليها وتلزم الادارة صاحبة الصفقة بدفع المقابل المالي بالأشكال والكيفيات التي حددها القانون .

والمتعامل المتعاقل يتمتع بجملة من الحقوق تعتبر ضمانات ازاء المصلحة المتعاقدة – تأخذ في مجملها طبيعة واحدة هي الطبيعة المالية - وهذا حسب دفتر شروط الصفقة التي تم ابرامها بينهما، فتتمثل هذه الحقوق المعترف بها للمتعاقل المتعاقل بالتزامات بالنسبة للإدارة المتعاقدة التي تسعى دائما الى فرض منطقتها الخاص وهو تحقيق المنفعة العامة وحسن تسيير المال العام بالإضافة الى حسن تنفيذ الصفقات العمومية ، في المقابل يسعى المتعاقل المتعاقل لتحصيل منفعته الخاصة .

<sup>1</sup>بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص57.

<sup>2</sup>محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص77

وبالمقابل فالمتعامل المتعاقد عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة ، صار من حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية التي حددها القانون واذا واجهته اثناء التنفيذ وقائع وعوامل مرهقة لا يمكن معها الاستمرار في تنفيذ الصفقة بات من حقه المطالبة بالتوازن المالي ، كما يجوز له ايضا المطالبة بالتعويض اذا لحقت به اضرار جراء عمل قامت به الادارة او وقوع قوة قاهرة <sup>(1)</sup>.

ومن هنا فالمتعامل المتعاقد يتمتع بحقوق تتعلق بالجانب المالي والمتمثل اساسا في ما يلي :

### المطلب الاول: التسوية المالية للصفقة

قلنا سابقا ان حقوق المتعامل المتعاقد تأخذ في مجملها طبيعة واحدة وهي الطبيعة المالية حتى وان كانت تختلف صورها واجراءاتها وحالاتها بين حق وآخر.

وبالمقابل فالمتعامل المتعاقد عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة ، صار من حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية التي حددها القانون واذا واجهته اثناء التنفيذ وقائع وعوامل مرهقة لا يمكن معها الاستمرار في تنفيذ الصفقة بات من حقه المطالبة بالتوازن المالي ، كما يجوز له ايضا المطالبة بالتعويض اذا لحقت به اضرار جراء عمل قامت به الادارة او وقوع قوة قاهرة <sup>(2)</sup>.

وقبل التطرق الى الحقوق التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد يمكن الاشارة الى احد التزاماته وهو التنفيذ الشخصي والقاعدة العامة انه يجب على المتعامل المتعاقد ان ينفذ وينجز الصفقة بنفسه وبإمكانياته ، لان منح الصفقة انما كان قد استند اساسا - وبداءة- على اعتبارات تقوم على عوامل ترتبط بالإمكانيات والمؤهلات والقدرات المالية والخبرة التي يتسم ويتمتع بها وعليه يمكن تصنيف الضمانات الواردة على المصلحة المتعاقدة من زاوية مكافأة المتعامل المتعاقد عن تنفيذه لموضوع الصفقة إلى نوعين رئيسيين هما:

1. حق التعامل المتعاقد في المقابل المالي المنصوص عليه في العقد.

<sup>1</sup>عمار بوضياف، مرجع سابق، ص229.

<sup>2</sup>عمار بوضياف، نفس المرجع، ص230.

2. حق المتعامل المتعاقد في تعويض خسائره.

### الفرع الأول: حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء المقابل

لما كان للصفقة العمومية كما تقدم البيان وثيق الصلة بفكرة المال العام وبحقوق الخزينة العامة، وجب التأكد من حسن التنفيذ وأداء الخدمة قبل اتخاذ اجراء تحويل المال ووضعه في رقم حساب المتعامل متعاقد .

ولقد فصلت المواد من 108 الى 123 من المرسوم الرئاسي (247/15) الجديد كليات الدفع بما يعكس اهتمام المشرع بهذه المسألة نظرا لخطورتها خاصة في عقد الأشغال موضوع الصفقة أين تتعدد المهام، وأين يرتفع مبلغ الصفقة . حيث لا نستغرب ان يخصص المشرع 15 مادة لكليات الدفع . فالأمر يتعلق بحقوق الخزينة من جهة وحق المتعامل المتعاقد من جهة أخرى .

إن الحق الأول و الأساسي للمتعاقد مع الإدارة هو الحصول على المقابل المتفق عليه في الصفقة، و الغالب أن يستحق المقابل بعد تقديم الأداء من جانب المتعاقد، إلا أن الإدارة المتعاقدة قد تدفع جانبا من هذا المقابل مقدما أو في أثناء التنفيذ، خاصة إذا كان التنفيذ يتطلب كثيرا من النفقات و متسعا من الوقت، و ذلك لمساعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته<sup>(1)</sup>

و يعرف الثمن أو السعر على أنه ذلك المقابل النقدي الذي يتلقاه المتعامل المتعاقد مع الجهة الادارية نظير ما يقدم لها من سلع وخدمات او اشغال ويتم تحديده في أغلب العقود الإدارية بمقتضى شرط يدرج في صلب العقد او بمقتضى وثائق مستقلة تلحق به ويجوز ان يكون تحديد الثمن بالحالة الى عناصر اخرى خارجة عن العقد مثل قوائم التسعير الجبري ويلاحظ ان الشروط الخاصة بالناحية المالية في الصفقة هي شروط تعاقدية تفاوضية على العموم وبالتالي فان المصلحة المتعاقدة لا تستطيع تعديلها او نقضها الا بموافقة الطرف

<sup>1</sup>بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص58.

الاخر . اذ أنه من غير الجائز اعتبار مصلحة المتعاقد المالية متعارضة مع مصلحة الدولة المالية لمجرد كون المتعاقد يطمح من وراء تعاقدته الى تحقيق الربح .<sup>(1)</sup>

ونظرا لأهمية هذا الضمان لكلا طرفي الصفقة فان المشرع لم يغفل تنظيمه وكيفيات استيفائه من قبل المصلحة المتعاقدة , بحيث تعرض النظام القانوني للصفقات العمومية لآليات تحديد السعر بكل وضوح وطابعه وكيفيات دفعه ايضا .

### الفرع الثاني : آليات دفع الثمن (المقابل )

- القاعدة العامة في المحاسبة العمومية هي ان الدفع والتسديد يتم بعد الأداء le

payement après service

فالمقاول - مثلا - لا يتقاضى المقابل المالي إلا بعد الإنجاز الفعلي للأشغال العامة<sup>(2)</sup> .

بحيث يخضع الحصول على المقابل المالي لقاعدة وهي " الدفع بعد تأدية الخدمة " , ويقصد بها ان المصلحة المتعاقدة لا تدفع المقابل المالي للمتعاقد معها الا بعد انجاز موضوع الصفقة سواء القيام بالخدمة او تسليم التوريدات المطلوبة وهذا باعتبار ان المقابل المالي يشكل نفقة عامة تدفع بمناسبة تنفيذ صفقة عمومية لذا فهي تخضع وجوبا لقواعد المحاسبة العمومية.

وفي هذا المجال ونظرا لأهمية وضخامة تكاليف بعض الصفقات العمومية من جهة وتخفيفا من صرامة هذا المبدأ من جهة أخرى ، تضافى على القاعدة السابقة مرونة من خلال تمويل جزئي وقبلي , وبما ان صفقات اللوازم والأشغال تتطلب في اكثر الاحيان تمويلا معيناً وعبئاً مالياً قد لا يستطيع الفرد تحمله لوحده حتى اكتمال التنفيذ اعتبر قانون الصفقات العمومية في المادة 108 منه ان التسوية المالية للصفقة تتم بالتسبيقات و /او الدفع على الحساب وبالتسوية على رصيد الحساب وهي الكيفيات التي سنتعرض لها تباعاً<sup>(3)</sup>. لذلك فإن تسديد السعر على هذا النحو يسمح ب:

-الحفاظ على الأموال العامة للإدارة المتعاقدة من ناحية

<sup>1</sup> هبة سرديوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2009، ص98.

<sup>2</sup> محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عناية، 2005، ص83

-والدعم والإسناد المالي للمتعاقد معها بغية حسن تنفيذ الصفقة من جهة أخرى

### 1(l'avance):التسبيق

لقد عرفه المرسوم الرئاسي في المادة 109 بأنه " هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد ، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة ".بما يعني ان المتعامل المتعاقد لم يباشر بعد الخدمة موضوع الصفقة ورغم ذلك تبادر الإدارة المعنية بالتعاقد بدفع تسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل المتعاقد ، وهذا بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال والوفاء بالأعباء المالية ، ويمكنه هذا التسبيق من توفير المواد التي يتطلبها تنفيذ الصفقة <sup>(1)</sup> .

وتعد التسبيقات تسوية مالية جزئية غير نهائية لثمن الصفقة و تعرف على انها مبالغ مالية تدفع من قبل الادارة . للمتعاقد معها على حساب الثمن النهائي وقبل اداء وتنفيذ الخدمة ويأخذ التسبيق نوعين بحسب المادة 111 من قانون الصفقات العمومية جزافية و/او على التمويل .

#### ا-التسبيق الجزافي l'avance forfaitaire <sup>(2)</sup>

هو مبلغ تدفعه المصلحة المتعاقدة (الإدارة) الى المتعامل المتعاقد معها قبل البدئ في تنفيذ موضوع الصفقة ، بحيث لا تتجاوز قيمته كحد أقصى 15 % من السعر الأولي للصفقة .ويمكن ان يدفع مرة واحدة كما يمكن توزيعه على فترات يتم الاتفاق عليها في الصفقة . وهذا ما نصت عليه المادة 112 من المرسوم الجديد .

غير أن المادة 111 من المرسوم الجديد أوردت إستثناءا على القاعدة العامة ألا وهي أن مبلغ التسبيق الجزافي لا يزيد عن 15 % من السعر الأولي للصفقة فأجازت للمصلحة المتعاقدة ان تدفع تسبيقا جزافيا أكبر من النسبة المقررة في المادة 111 شريطة توافر ما يلي:

\* إذا رأت المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع و/أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي سينجم عنه تحقيق ضرر أكيد . وهو ما يعني أن الضرر ثابت ومؤكد وليس احتماليا .

فهنا يجوز الخروج عن القاعدة ومنح تسبيق أكثر من النسبة المذكورة . علما أن النص الجديد أي المادة 111 لم يضع سقفا محددًا بل أجاز مخالفة الحد بصورة مطلقة

<sup>1</sup> أعمار بوضياف، مرجع سابق، ص230.

<sup>2</sup> محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص83.

\*ضرورة استشارة لجنة الصفقات المعنية<sup>(1)</sup>.

\*ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة المستقلة أو الوالي .

ومن المفيد ، الإشارة أن التسبيق الجرافي في المادة 44 من القرار الوزاري الصادر في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال والمنشور في العدد 6 من الجريدة الرسمية لسنة 1965 أطلق عليه بالتسبيق الإجمالي ، ويبدو أن مصطلح الجرافي أبلغ وأدق

ب-التسبيق على التموين l'avance sur approvisionnement<sup>(2)</sup> :

هو مبلغ تدفعه المصلحة المتعاقدة الى المتعامل المتعاقد إذا قدم لها ما يثبت طلباته المؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة - مثل- وصول وسندات طلب les bons de commande شراء مواد البناء في حالة صفقات الأشغال العامة. وبغض النظر عن شكله ، فإن التسبيق يعتبر (سلفة) مما يقتضي استرداده من طرف الإدارة ، وتقييده بالشروط التالية :

1- يجب أن لا يتعدى مبلغ التسبيق الجرافي نسبة 15% من السعر الأولي للصفقة .إلا في حالة استثنائية واردة في المادة 111 منه

2- كما يجب أن لا يتعدى المبلغ الجامع لشكلي التسبيق (الجرافي، وعلى التموين) في أي وقت وفي أية مرحلة يكون عليها التنفيذ، نسبة 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة .

3- يجب تقديم كفالة بقيمة التسبيق صادرة عن بنك جزائري أو أجنبي ،او صندوق ضمان الصفقات العمومية<sup>(3)</sup> .

4- يتم استرجاع مبلغ التسبيق من طرف الإدارة وفق وتيرة ، تحدد تعاقديا ،بخصم من المبالغ التي يستحقها حائز الصفقة ، على أن يتم ذلك الاسترجاع كليا إذا ما بلغ مجموع المبالغ المدفوعة للمتعامل المتعامل المتعاقد نسبة 80% من مبلغ الصفقة.

<sup>1</sup>عمار بوضياف، نفس المرجع، ص231.

<sup>2</sup>محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص84.

<sup>3</sup>محمد صغير بعلي، نفس المرجع ، ص84

إن الغرض الأساسي من تمكين المتعامل المتعاقد من هذه المبالغ هو مساعدته على تحمل الأعباء المالية للمشروع بهدف تنفيذ موضوع الصفقة في الآجال المتعاقد عليها وعلى ذلك وجب استعمالها في الحدود التي فرضها القانون، ويتضح من منطوق المادة 113 من المرسوم الجديد أن التسبيق على التمويل لا يخص إلا عقد الأشغال العامة وعقد اقتناء اللوازم بحكم القيمة المالية لهذين العقدين وقد أجاز المرسوم للمتعامل المتعاقد حق الجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التمويل في النصين المذكورين من باب افتراض حسن النية من جانب الإدارة في المتعامل المتعاقد ، فإن ثبت لها خلاف ذلك جاز لها اتخاذ الإجراءات المالية اللازمة<sup>(1)</sup>.

غير أنه متى حدث الجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التمويل فلا يجوز كحد أقصى أن يتجاوز 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة .، وهذا مانت عليه المادة 115 من المرسوم الجديد، ويبدو هذا الشرط في غاية من الموضوعية فلا يمكن وقبل البدء في التنفيذ أن يحصل المتعامل المتعاقد على أكثر من 50% من القيمة المالية للصفقة ، ومن الطبيعي القول أن المبالغ المدفوعة بعنوان تسبيقات يتم اقتطاعها من المبلغ الإجمالي للصفقة .

**1. الدفع على الحساب : l'acompte :** الدفع على الحساب هو التسديد الذي تقوم به الإدارة المتعاقدة إلى الطرف الثاني المتعاقد معها، مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة، كقيام المقاول فعلا بإنجاز جزء من الأشغال ببناء بعض المساكن مثلا، أو تسليم المورد للإدارة بعض التجهيزات المكتبية في عقد التوريد<sup>(2)</sup>.

- يخضع الدفع على الحساب للشروط الأساسية التالية:

1/ القاعدة العامة أن يكون الدفع على الحساب شهريا، مع إمكانية النص في العقد على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الصفقة، على أن لا تتجاوز الشهرين. و يترتب على الإخلال بهذا الشرط من طرف الإدارة، حق المتعاقد في المطالبة بفوائد التأخير les intérêts moratoires ، طبقا للقواعد و الإجراءات الواردة بالمادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

<sup>1</sup>ناصر لباد، مرجع سابق، ص214.

<sup>2</sup>عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص233.



2/ ضرورة تقديم ما يثبت التنفيذ الجزئي للصفقة ( محاضر إنجاز الأشغال les attachements، أو تسليم اللوازم في عقد التوريد، أو جدول أجور العمال، أو جدول التكاليف الاجتماعية مؤشر عليه من طرف صندوق الضمان الاجتماعي...إلخ). و في هذا السياق، تنص المادة 117 (فقرة أولى) منه على أنه:

**"يمكن أن يقدم الدفع على الحساب لكل من حاز صفقة أشغال أو خدمات، إذا أثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة".**

عرفته المادة 109 من المرسوم المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي على أنه **"الدفع على الحساب هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة"** ومنه فهو تسوية جزئية لمبلغ الصفقة تتم قبل التنفيذ الكامل لها , وهذا نظير تنفيذ جزئي للخدمة محل الاتفاق في الصفقة ويتم ذلك وفقا لنسب ومعدلات تضبط باتفاق مشترك بين طرفي الصفقة لان الدفع على الحساب يكتسي طابعا اختياريا وليس الزاميا , لذا ينبغي ان يكون محل بند صريح بالصفقة .

ومن هنا يتبين لنا الفرق بين الدفع على الحساب عن التسبيق ، فإذا كان الثاني كما بيناه هو عبارة عن قسط من المال يدفع قبل بدئ الأعمال موضوع الصفقة .فإن الدفع على الحساب وبحسب المادة السابقة الذكر فهو يتعلق بالتنفيذ الجزئي للصفقة. كأن نتصور أن المتعامل المتعاقد نفذ 30% من موضوع الصفقة وطالب بالدفع على الحساب لهذه القيمة .

**- أنواع الدفع على الحساب:**

بالجمع بين مقتضيات المادتين 117-118 من المرسوم الجديد نستنتج أن الدفع على الحساب يكون على نوعين:

**أ- الدفع على الحساب عند التمويل بالمنتجات:**

إن التدقيق في مضمون المادة 117 الفقرة 2 يجعلنا نقنع أن هذا الدفع يخص فقط عقد الأشغال و الدليل أن الفقرة المذكورة وردت بالشكل التالي: **"يجوز لحائزي صفقة أشغال...".** فمتى أثبت المتعاقد مع الإدارة أنه وضع تحت ذمة المشروع منتجات معينة و

تم استلامها في الورشة بإمكانه الحصول على دفع على الحساب يقدر ب 80 % من مبلغ هذه المنتجات.<sup>(1)</sup>

غير أن ذات الفقرة اشترطت لإتمام الدفع على الحساب ألا يكون المتعاقد قد حصل على تسبيق بالتمويلين سابق الإشارة إليه، لذا ورد فيها عبارة: " و التي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التمويل...". و هذا شرط معقول حتى لا يؤدي الأمر إلى إهدار المال العام، كما أضافت الفقرة 3 من ذات المادة أن يكون مصدر المنتجات من الجزائر، و هو ما يعني عدم امكانية الاستفادة من هذا النوع من الدفع لو تعلق الأمر بمنتجات تم جلبها للمشروع من الخارج.

### ب- الدفع على الحساب الشهري:

و تم النص عليه في المادة 118 من المرسوم الجديد و التي نصت على أن الدفع على الحساب يتم شهريا ما لم ينص أحد بنود الصفقة على مدة أطول حسب طبيعة الخدمة، ونظرا لتعلق الدفع على الحساب بنسبة تقدم الأعمال أو الخدمة فقد علق المشرع منحه على تقديم الوثائق التالية:

✓ محاضر أو كشوف حضورية أو وجاهية أو ميدانية خاصة بالأشغال المنجزة و مصاريفها.

✓ جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من من المصلحة المتعاقدة.

✓ جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به و جدول تكاليف الضمان الاجتماعي مؤثر عليه من صندوق الضمان الاجتماعي المختص، وهذه خطوة نوعية من جانب المشرع لدفع المتعاملين على تطبيق التشريعات ذات الطابع الاجتماعي.

### 3-التسوية على رصيد الحساب: le règlement pour solde:

عرفتها الفقرة الأخيرة من المادة 109 من قانون الصفقات العمومية على انها الدفع المؤقت او النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها . و عليه فإن التسوية على رصيد الحساب ، تأخذ صورتين في الواقع :<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، مرجع سابق، ص233.

<sup>2</sup> عمار بوضياف، نفس المرجع، ص235.

أ- التسوية على رصيد الحساب المؤقت : بينت احكام المادة 119 من المرسوم الجديد كيفية التسوية المؤقتة للرصيد كونها تتم بعد تسليم المشروع أو أداء الخدمة . على أن تبادر الإدارة إلى اقتطاع الضمان المحتمل والغرامات المالية عند الاقتضاء والدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب على اختلاف انواعها

ب- التسوية على رصيد الحساب النهائي : اما التسوية النهائية فتكون برد الاقتطاعات بعنوان الضمان للمتعامل المتعاقد وشطب الكفالات التي قدمها ولا يتم ذلك الا بعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع وبعد تقديم الوثائق القانونية المثبتة لذلك . وحددت أحكامها المواد 120 وما بعدها من المرسوم الجديد . وألزمت المادة 122 الإدارة المعنية ، بالقيام بالتسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوم من استلام الكشف أو الفاتورة ، وأجازت اقرار مدة أطول لبعض الصفقات بقرار من وزير المالية ، ولا يمكن أن يتجاوز 02 شهرين أخذا بعين الاعتبار الأجل الأول أو الأجل العادي . وتعلم المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد بتاريخ الدفع واصدار الحوالة .<sup>(1)</sup>

واعترفت الفقرة 5 من المادة 122 للمتعامل المتعاقد بحق الحصول على الفوائد التأخيرية في حال تجاوز الأجل المذكورة ، وتحسب هذه الفوائد على أساس نسبة الفائدة البنكية المطبقة على القروض القصيرة المدى.

غير أن المشرع قيد منح التسبيقات بمختلف أنواعها بالتزام المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة مالية من شأنها أن تضمن حقوق الإدارة . فتمثل هذه المبالغ المدفوعة ، والموضوعة تحت تصرفها بمثابة احتياط مالي يلجأ اليه كوسيلة ضغط مالي على المتعامل المتعاقد ، لجبره على الوفاء بالتزاماته التعاقدية .

وجدير بالإشارة أن بعض الصفقات العمومية يستوجب تنفيذها زمنا طويلا ، بما يمكن أن ينتج عنه ارتفاع أسعار بعض المواد. لذلك نصت المادة 97 من المرسوم الجديد على أن السعر يمكن أن يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة .

✓ السعر الثابت : ويتم تحديده في بنود الصفقة ويذكر بالأرقام والأحرف . فلا يشار في الصفقة لإمكانية مراجعته.

<sup>1</sup> أعمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، مرجع سابق، ص236.

✓ السعر القابل للمراجعة: قد تتضمن الصفقة بندا يخول أطرافها مراجعة الأحكام المالية فيها بتغيير السعر أو تحيينه مع العوامل والظروف الجديدة وهذا حسب الأحكام المقررة في المواد من 96 إلى 107.

### الفرع الثاني: حق المتعامل المتعاقد في التعويض (l'indemnisation) كضمان

إضافة إلى اقتضاء المقابل المالي المتمثل في سعر الصفقة وطبقا للمبادئ العامة المقررة في القانون المدني فيحق أيضا للمتعامل المتعاقد الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء تصرفات الإدارة المتعاقدة استنادا إلى :

- أ) المسؤولية العقدية : وذلك في حالة اخلال الإدارة المتعاقدة وعدم وفائها بالتزاماتها التعاقدية حيال المتعامل المتعاقد ، كما هي محددة في الصفقة ودفاتر الشروط.
- ب) المسؤولية التقصيرية : وذلك في حالة ارتكاب أخطاء من طرف الإدارة المتعاقدة (الخطأ المرفقي).<sup>(1)</sup>

كما يحق للمتعامل المتعاقد أن يحصل على تعويضات أخرى مترتبة خارج اطار المسؤولية العقدية أو التقصيرية ، كما هو الأمر في حالة :

- 1- الأعمال الإضافية : التي يقوم بها المتعامل المتعاقد مع الإدارة ، دون أن تكون واردة أصلا في الصفقة إذا كانت ضرورية indispensable للتنفيذ الحسن للصفقة .
  - 2- كما يمكن أيضا الحصول على التعويض استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب<sup>(2)</sup> .
- وفي كل الحالات وجب اللجوء للقضاء المختص وأن يثبت المتعامل المتعاقد ، إما خطأ الإدارة أو تجاوزها لأحد بنود العقد للمطالبة بالتعويض . أو حتى عند القيام بأعمال ثانوية ، أو تحمل أعباء إضافية وغيرها من حالات التعويض.

### المطلب الثاني: ضمانات التوازن المالي للصفقة (équation financière).

إذا ما طرأت أحداث ووقائع أثناء تنفيذ الصفقة بصورة تكون معها مواصلة إنجاز الصفقة وإتمامها مرهقة كثيرا بالنسبة للمتعامل المتعاقد ، كأن ترتفع أسعار مواد البناء

<sup>1</sup> عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، دار جسر للنشر، الجزائر 2006، ص166  
<sup>2</sup> محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص87.

(اسمنت ، حديد ...الخ) بصورة كبيرة وغير متوقعة مما يجعل المقاول في عقد الأشغال العامة في صعوبات مالية تهدد التوازن التوازن المالي للصفقة ، فإن الأمر يستلزم تدخل الإدارة المتعاقدة لتدعم ماليا المتعاقد معها .<sup>(1)</sup>

وعليه فقد استقر الفقه والقضاء الإداريين (فرنسا ، مصر) على أن هذا الوضع يتطلب إيجاد توافق وتوازن ومعادلة بين عاملين هما <sup>(2)</sup>:

✓ التزام المتعامل المتعاقد بمواصلة تنفيذ الصفقة لما لها من أثر على المصلحة العامة واحتياجات الجمهور ، ذلك أن توقفه عن تنفيذ الصفقة من شأنه الإخلال بمبدأ استمرارية المرافق العامة . من جهة

✓ ضرورة تدخل الإدارة أو المصلحة المتعاقدة لسد ومنع أي اختلال في التوازن المالي للعقد ، من خلال تحمل الأعباء المالية المترتبة عن الأحداث المستجدة ، نظير ما تتمتع به من حقوق وسلطات . من جهة أخرى .

-وتعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية محضة يعود للقضاء الفرنسي الفضل في اظهارها إلى حيز الوجود من خلال القضايا المعروضة عليه – مثل- (قضية العربات الكهربائية في 11/03/1910)

حيث يعود سر اقرار هذه النظرية أن المتعاقد مع الإدارة يلزم في كل الحالات بالوفاء بالتزاماته وبتنفيذ ما تعهد به ، ولا يحق له التوقف عن أداء الخدمة بحجة غلاء أسعار بعض المواد مثلا

كما أنه ومن جهة أخرى لا يمكن تركه لوحده يعاني من هذه الضائقة المالية وقد يؤدي به الأمر إلى الإفلاس وغلق المشروع والتوقف عن كل نشاط . وهو ما سيؤثر على سير المرفق العام وخدمة الجمهور ومدة انجاز المشروع ، بما يفرض في النهاية الاعتراف للمتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي <sup>(3)</sup> ، كما إن السعر المحدد بالاتفاق لا يمكن تغييره عادة، فالإدارة شأنها شأن المتعامل المتعاقد ، ينبغي عليها تنفيذ التزاماتها بدفع السعر المتفق

<sup>1</sup>ناصر لباد، مرجع سابق، ص214.

<sup>2</sup>محمد صغير بعلي، نفس المرجع، ص88

<sup>3</sup>عمار بوضياف، مرجع سابق، ص237.

عليه في الصفقة، إلا انه قد ينجم عن هذا التنفيذ أحداث ووقائع من شأنها ارهاق المتعامل المتعاقد و التأثير البالغ على مركزه المالي بما يعطي له حق المطالبة بإعادة التوازن المالي. ولأنه ليس من العدالة أن يتحمل المتعامل المتعاقد لوحده عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد، ورغم ذلك فقد أشار قانون الصفقات العمومية إلى هذا الحق في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية. " ... 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 : إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين ...."

ومنه فإن المشرع حاول كفالة حق إعادة التوازن المالي للصفقة لصالح المتعامل المتعاقد و جعله التزاما يقع على الإدارة المتعاقدة وهذا باتخاذ طريق الحل الودي للنزاعات ، توخيا منه للتنفيذ الحسن والاكمل للصفقة المتعاقدة عليها .<sup>(1)</sup>

وعليه فإن التعويض الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد في إطار التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للصفقة يجد أساسه في نظرية المخاطر الإدارية (نظرية فعل الأمير) ، نظرية المخاطر الاقتصادية (نظرية الظروف الطارئة) ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

**الفرع الأول: نظرية المخاطر الإدارية – فعل الأمير (le fait de prince) –**

يقصد بفعل الأمير التصرف أو العمل الصادر عن الإدارة المتعاقدة لدي ممارستها لأعمال السلطة التي تتمتع بها من خلال ممارستها لمهامها والتي تؤدي – عرضا – إلى ارهاق المتعامل المتعاقد معها بصورة جدية "مخاطر إدارية (aléa administratif)" الأمر الذي يقتضي دعمه ماليا وتعويضه حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ الصفقة تحقيقا للمصلحة العامة من خلال مواصلة تقديم الخدمات العامة للجمهور في شتى المجالات (الصحة ، النقل ، التعليم،... الخ) تبعا لموضوع ومحل العقد الإداري<sup>(2)</sup>.

وهناك تعريف آخر: يقصد بفعل الأمير كل إجراء مشروع تتخذه السلطات الإدارية المتعاقدة يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة و الالتزامات المنصوص عليها في العقد، و بالتالي الإضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد وقد يتخذ فعل الأمير أو

<sup>1</sup> عمار عوايدي، مرجع سابق، ص220

<sup>2</sup> محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص89.

ما يسمى بالمخاطر الإدارية شكل قرار فردي خاص، كالقرار الذي يصدر عن السلطة الإدارية التي أبرمت العقد بتعديل شروط التعاقد أو تعديل نظام المرفق أو نظام الأسعار وغير ذلك كما قد يكون فعل الأمير بمثابة قواعد تنظيمية عامة، كما في حالة صدور قانون يقضي برفع الرسوم الجمركية (في إطار قوانين المالية السنوية أو التكميلية) أو برفع أجور اليد العاملة أو تنظيم شؤون العمال بالزيادة في الإجازات وساعات العمل، وعموما فإن هذه النظرية تجد مصدرها في ممارسة السلطة العامة لامتيازاتها في مواجهة المتعاقد معها . إن كل هذه الإجراءات ينتج عنها أنها تثقل وفي بعض الأحيان بصفة خطيرة شروط تنفيذ العقد ولكن دون أن يؤدي هذا إلى معارضة أو توقيف في التنفيذ من طرف المتعاقد مع الإدارة، ولتحقق هذه النظرية يجب توافر شروط حددها الفقه و القضاء الإداريين حتى يصبح من الممكن مطالبة المتعامل المتعاقد بالحصول على التعويض.

أولا/ الأساس القانوني والتنظيمي للنظرية :

يمكن القول أن نظرية فعل الأمير تستند وفق قانون الصفقات العمومية على المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي نصت على أن : "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها ، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه .أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عن تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يلي:

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

وهكذا قنن المشرع الجزائري هذه النظرية ذات المصدر القضائي كما بينا وتأثر بها القضاء الجزائري منذ فجر الاستقلال<sup>(1)</sup>.

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

<sup>1</sup> أعمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، مرجع سابق، ص239.

### ثانيا/ شروط تطبيق النظرية:

ويشترط لتطبيق نظرية المخاطر الإدارية ما يلي :

أ/ أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية وهذا أمر طبيعي ما دام أننا في مجال نظريات تتعلق بعقود القانون العام التي تمتاز بطابع خاص يفرقها عن عقود القانون الخاص.

ب/ أن يكون الإجراء من أعمال السلطة العامة سواء أكان إجراء تشريعيا أو إداريا، وليس راجعا إلى ظروف خارجية اقتصادية أو غيرها.

ج/ أن يكون الإجراء المتخذ مشروعا، إذ أن الأمر لا يتعلق بمسؤولية تقوم على أساس الخطأ، فإن صدر العمل عن المصلحة المتعاقدة وكان غير مشروع جاز للمتعاقل المتعاقد اللجوء إلى القضاء و مساءلتها طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية وفقا لقواعد القانون الخاص د/ أن يسبب الإجراء للمتعاقد ضررا حقيقيا وليس احتماليا من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للصفقة و لو لم يكن الضرر على جانب كبير من الجسامة.

هـ/ أن يكون الإجراء غير متوقع وقت التعاقد ، بمعنى أن المتعاقد مع الإدارة و إن كان يعلم أنه من حق هذه الأخيرة تعديل التزاماته إلا أنه لم يكن يتوقع أن يكون هذا التعديل بالمدى والحدود التي تم بها، كما يقصد بعدم التوقع في هجال تنفيذ الصفقة العمومية عدم معرفة التكاليف الزائدة و نطاقها في حالة عدم تحديدها في العقد.

فإن تحددت هذه التكاليف بنصوص الصفقة كانت هذه النصوص هي الحاكمة لها بما لا مجال معه للمطالبة بتعويض على أساس المخاطر الإدارية.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني : نظرية الظروف الطارئة (l'imprévision).

المقصود بهذه النظرية أنه إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية خارجية لم يكن في الوسع توقعها وقت إبرام العقد، و ترتب على حدوثها اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقا و أكثر في التكاليف على وجه يتجاوز القدر الذي توقعه المتعاقدان، جاز للمتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بالمساهمة في تحمل الأعباء الجديدة، بتعويضه جزئيا و مؤقتا مقابل الخسارة التي لحقت به.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup>بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص74.

<sup>2</sup>عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، مرجع سابق، ص240.



تمتاز هذه النظرية بأنها ذات طابع اقتصادي، لأن من شأن الحوادث الطارئة أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا من الناحية الفنية أو القانونية بل من الناحية الاقتصادية، فالإرهاق يعني عدم تناسب المقابل المالي الذي يجب للمتعاقد (المدين) مع ما يجب عليه من التزام مستمر في التنفيذ في ظل الطارئ المستجد ، فمن شأن الظرف الطارئ أن يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب.

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

✓ كما تتميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة التي هي الأخرى رغم أنها لا يد لأطراف العقد في حدوثها . إلا أنها تجعل تنفيذ العقد ممكنا ولكنه مرهق . ويبقى من حق المتعامل المتعاقد المطالبة باعادة التوازن المالي.

### أولا/ شروط تطبيق النظرية:

ولكي يمكن تطبيق نظرية عدم التوقع فإن هناك شروط يستلزم القضاء الإداري توافرها و هي:

أ- وقوع ظرف طارئ غير متوقع بعد إبرام العقد و أثناء تنفيذه: بحيث لا يمكن دفعه أو تداركه، لأنه إذا طرأ

الظرف قبل إبرام العقد فالأصل ألا تطبق النظرية طالما يمكن الرجوع عن الإيجاب و لم يصدر القبول، و يثار النقاش في حالة ما إذا طرأت الظروف غير المتوقعة بعد المدة المحددة للتنفيذ و لم يكن التنفيذ قد تم، و الرأي الغالب هو عدم تطبيق النظرية إذا كان التأخير في التنفيذ ناشئا عن خطأ المتعاقد المتسبب في التأخير.<sup>(1)</sup>

اما إذا كان التأخير ناشئا عن خطأ الطرف الآخر في العقد، أو تم بموافقة الطرفين، استحق المتعاقد المتضرر التعويض تطبيقا لهذه النظرية و إذا كان التنفيذ قد امتد عن المدة المحددة

<sup>1</sup> أعمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، مرجع سابق، ص 241.

في العقد بموافقة الإدارة فإن الظرف الطارئ الذي يحدث أثناء المدة الإضافية يأخذ نفس حكم وقوعه خلال المدة الأصلية.

ب-أن يكون الظرف الطارئ استثنائيا غير متوقع: إذا لم يكن الظرف الطارئ استثنائيا أو كان من الظروف المتوقعة لم يجز تطبيق احكام هذه النظرية، فإذا كانت الظروف متوقعة أو كان من الممكن توقعها فلا سبيل لتطبيق هذه النظرية والتوقع أو عدمه يقدره القاضي على ضوء مجمل الظروف والملابسات التي تم فيها إبرام العقد وطبيعة الظرف الطارئ ودرجة استثنائيته .

ج-أن يكون الظرف الطارئ أجنبيا عن المتعاقدين : أي مستقلا عن إرادتهما ولا دخل لهذه الادارة في وقوعه لأنه متى كان الفعل راجعا الى المتعاقد المتضرر فلا مجال للقضاء له بالتعويض ، اما حينما يكون راجعا الى الادارة . فهنا يفرق مجلس الدولة الفرنسي بين ما اذا كان الفعل الضار صادر عن الادارة المتعاقدة وهنا نطبق نظرية فعل الامير . اما اذا كان الفعل الضار صادر عن جهة ادارية اخرى فهنا لا يطبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية فعل الامير وانما نظرية الظروف غير المتوقعة اذا توافرت شروطها .

د-ان يكون من شأن الظرف الطارئ ان يؤدي الى اختلال التوازن المالي للعقد.

اي انه يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة العادية المألوفة التي يمكن تحملها من طرف المتعامل المتعاقد أثناء التنفيذ بل يجب أن يصيب المتعاقد خسارة كبيرة، إذ أن الخسارة البسيطة لا تكفي لتطبيق النظرية، و كذلك الخسارة الوقتية العارضة حيث لا تسبب اختلالا في التوازن المالي للعقد ولا تؤدي إلى تطبيق النظرية.

و تقدير مدى جسامه الضرر الذي تلحقه الظروف الطارئة بالمتعاقد مع الإدارة أمر يتولاه القاضي بنفسه و في هذا التقدير ينظر إلى العقد في مجموعه كوحدة واحدة متكاملة العناصر، فلا يعتد بالخسارة المتعلقة عناصره فقط إن كانت بقية العناصر قد حققت للمتعاقد مكسبا مجزيا كان هو في النهاية المميز للعملية التعاقدية له، وهو ما لا يمكن التحقق منه إلا من المستخلصات النهائية و بعد عمل الحساب النهائي.<sup>(1)</sup>

ثانيا/ : أساس نظرية المخاطر في الجزائر:

<sup>1</sup> أعمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، مرجع سابق، ص242.

تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني في الجزائر في (أ)-القانون: نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، و العرف، و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام. غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"

(ب)- التنظيم: تنص المادة 153 من المرسوم الجديد على مايلي : " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها .." غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة ، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام ، أن تبحث على حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي :

- ايجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين

- التوصل الى اسرع انجاز لموضوع الصفقة .

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة...." (1).

إذا كنا نسجل أن المادة 107 من القانون المدني أنها جاءت بشكل واضح وأبلغ ولا مانع أن يهتدي بها القاضي الإداري وهو يطبق نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 طالما كان الغرض من النصين واحد وأن روحهما تصب ضمن ذات الاتجاه. (2)

### الفرع الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

إن هذه النظرية من خلق قضاء مجلس الدولة الفرنسي، بغية تصحيح وضع المتعاقد مع الإدارة أثناء تعرضه لمخاطر تفوق تنفيذ التزاماته التعاقدية. فعندما يصادف المتعاقد مع الإدارة و خاصة في مجال صفقات عقود الأشغال العامة صعوبات مادية وتكون له الأخيرة

<sup>1</sup> محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص93.

<sup>2</sup> عمار بوضياف، مرجع سابق، ص243.

خصائص استثنائية و غير طبيعية اطلاقا، ويكون من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهق فإنها تفسخ بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من ضرر من طريق دفع الاسعار العقد. و يشترط القاضي الإداري كي يستحق المتعاقد التعويض عن الخسارة بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة، توافر مجموعة من الشروط يمكن إجمالها كالتالي:<sup>(1)</sup>

أ- **يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية:** هذه الصعوبات المادية ترجع في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية، ومن ثم فإن أكثر التطبيقات تتعلق بصعوبات مادية مرجعها إلى طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها صفقات الأشغال العامة، كأن تنكشف الأرض عند التنفيذ عن طبيعة صخرية في حين التنفيذ الطبيعي للعقد يفترض طبيعة سهلة و من هنا تكون هذه الصعوبات سببا في استحقاق المتعاقد للتعويض.

ب- **أن لا تكون الصعوبات المادية بسبب أحد الأطراف:** يفترض في الصعوبات المادية أن لا يكون مصدرها فعل الإدارة المتعاقدة فإذا كانت بفعلها أو بسبب تدخلها وجب تعويض المقاول على أساس خطئها إن كانت قد أخطأت، وعلى أساس فعل الأمير إذا لم يكن ثمة خطأ من جانبها و يشترط كذلك ألا يكون المتعاقد مع الإدارة قد تسبب هو الآخر بخطئه أو عدم تبصره في وجود هذه الصعوبات، أو في عدم الإحاطة بها وقت التعاقد، و يجب أن يثبت بأنه لم يكن بوسعه توقي آثار تلك الصعوبات ما لديه من وسائل، و أخيرا أن يثبت بأنه لم يخرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته.

ج- **يجب أن تكون الصعوبات المادة غير متوقعة عند إبرام العقد:** لا يستحق التعويض إلا إذا كانت الصعوبات المادية من النوع الذي لا يمكن توقعه عند التعاقد، وفقا للظروف التي أبرم فيها العقد، و القاعدة هنا أن المقاول ملزم بتحري طبيعة الصعوبات التي قد تصادفه عند التنفيذ، و يجب على المتعاقد إعلام الإدارة في الوقت المناسب بملاحظاته و على القاضي البحث فيما إذا كان المتعاقد قد بذل ما عليه في تاريخ إبرام العقد من الجهد الضروري، و أن يكون قد تحرى بنفسه طبيعة الأعمال و عمل كل ما يترتب عليه من اختبارات و غيرها للتأكد من صلاحية المواصفات و التصميمات المعتمدة.

<sup>1</sup>بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص79.

د- أن تكون الصعوبات المادية ذات طابع استثنائي بحت: ليست الصعوبات المادية مجرد عقبات عند التنفيذ و لكنها عقبات من نوع غير مألوف و لا يمكن أن تنتمي إلى المخاطر<sup>(1)</sup> العادية التي يتعرض لها المتعامل المتعاقد عند التنفيذ عادة، إذ يترك للقاضي أن يقدر في كل حالة على حدى ما إذا كانت هذه الصعوبات غير متوقعة و التي صادفها المتعاقد مما يمكن اعتباره من المخاطر العادية أو الاستثنائية.

هـ- أن تؤدي الصعوبات المادية إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد:

يجب لتحقيق هذه النظرية أن يؤدي وقوع الصعوبات المادية إلى الإخلال الجسيم باقتصاديات العقد وليس مجرد صعوبات بسيطة لما هو مطلوب من المتعاقد تنفيذه، أي أنه يجب أن يترتب على التنفيذ في حال وقوع هذه الصعوبات نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد و تزيد في الأعباء المترتبة على المتعاقد.

**المبحث الثاني: الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد.**

على اعتبار أن المصلحة المتعاقدة تحرص على أن تتوخى الدقة في صفقاتها المبرمة لأنها تتعلق بالمرافق العامة و التي يجب أن تستمر في أداء أعمالها بانتظام و اضطراب في كل الأوقات و من هذا المنطلق منحت الإدارة سلطات و حقوق استثنائية في مواجهة المتعاقد معها تتمتع بها كوظائف تمارسها في إطار القانون العام و التي من شأنها أن تجعل تلك الصفقة تفقد الغرض الذي أبرمت من أجله، إذ تستطيع بمقتضاها أن تبشر حق الإشراف و الرقابة على تنفيذ الصفقة و أن تقوم بتنفيذ شروط الصفقة و فسخها وإنهاءها بإرادتها المنفردة و هي سلطات خطيرة قد تؤدي إلى حرمان الطرف المتعاقد من حقوقه لذا تم وضع حدود وضوابط لممارسة هذه الامتيازات و جعلها تتماشى و أهداف سير المرافق العامة الرامية إلى تحقيق المنفعة العامة. و عليه يتوجب على المتعامل المتعاقد أن يفي بالالتزامات و المهام المسندة إليه بموجب الصفقة المتعاقد عليها بكل دقة و أمانة لأنه في حالة الإخلال بها أو بإحداها أو التقصير في أدائها تقوم المصلحة المتعاقدة بتوقيع أحد الجزاءات المقررة لذلك

<sup>1</sup>بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص80

الإخلال و هذا كفالة من المشرع في مجال الصفقات العمومية لحقوق الإدارة المتعاقدة، وبما أن مرحلة التنفيذ هي تلك المرحلة الهامة في مسار الصفقة العمومية فقد تمت إحاطتها بكم كبير من الأدوات القانونية اللازمة لضمان سيرها الحسن تحقيقاً لمبادئ إبرام الصفقات العمومية وتعد هذه الضمانات السبيل الأنجع لتأدية كل طرف لالتزاماته، وهذا بالنظر إلى أن التزامات المتعامل المتعاقد عديدة و متنوعة ولا يمكن حصرها حصراً وثيقاً في إطار النظام القانوني للصفقات العمومية ووفقاً للتشريع المعمول به، يمكن رد هذه الالتزامات إلى ضمانات التنفيذ المالي و ضمانات التنفيذ التقني اللذان يعتبران ضمانات لفائدة المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد.

### المطلب الأول: ضمانات التنفيذ المالي للصفقة العمومية:

تلتزم المصلحة المتعاقدة، باتخاذ كل التدابير التي من شأنها ضمان حسن تسيير المال العام. و حسن تنفيذ الصفقات العامة، التي تعدها بها للمتعاملين معها. فحولها القانون مجموعة من الوسائل التي تكفل لها الضغط على المتعاقد معها، وحمله على تنفيذ التزاماته التعاقدية بالشروط والمواصفات والكيفيات الواردة في العقد الصفقة، في حدود الأجل المحددة لذلك.<sup>(1)</sup>

تحرص المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقة العمومية منذ البداية و في المقام الأول على منح الصفقة للمتعامل المتعاقد المقتدر مالياً أي صاحب الكفاية المالية و هذا حسب ما جاءت به المادة 92 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 عندما نصت بأنه: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين و/ أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة".

تحدد الضمانات المذكورة أعلاه وكذا كيفيات استرجاعها حسب الحالة في دفتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة اعتماداً على الأحكام التشريعية أو التنظيمية المعمول بها.

<sup>1</sup> هبة سردوك، مرجع سابق، ص 178.

ومن هنا فإن المتعاقدين مع الإدارة ملزمون بتقديم ضمانات مالية تحمي الإدارة المتعاقدة من الأخطار المالية التي يمكن أن تواجهها في حالة إخلالهم بالتزاماتهم.

### الفرع الأول: الطابع الإلزامي لتقديم الكفالة:

1- **تعريف الكفالة:** عرف من القانون المدني الكفالة على أنها: "عقد يكفل بمقتضاه شخص

تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه". ومنه فالكفالة لها عنصران، أحدهما مادي يتم بواسطته ضمان الدين من خلال مبلغ مالي أو أية قيمة أخرى و الآخر عنصر الشخص الكفيل الذي يمثل بحد ذاته الضمان لتنفيذ الالتزام من طرف شخص آخر وهو ما يعرف بالكفالة الشخصية و التضامنية و الكفالة تنتمي إلى فئة الضمانات (التأمينات) الشخصية التي تعطي الحق للدائن بالرجوع على شخص آخر ألا وهو "الكفيل" خلافاً للضمانات أو التأمينات العينية التي تعطي الحق للدائن على أموال متعددة للمدين مثل: الرهون الرسمية أو الرهون الحيازية و غيرها (1).

\*ومن خصائص عقد الكفالة دائماً نجد:

1/**عقد رضائي:** و ينعقد بمجرد تراضي بين الدائن والكفيل و لا يشترط فيه أي شكل خاص، لكن اشترطاً المشرع الجزائري والمصري الكتابة للإثبات فقط وليس شرطاً للانعقاد، (2)

2/**الكفالة عقد تابع لالتزام أصلي:** ومعنى ذلك أن التزام الكفيل ينشأ تابعا لالتزام المدين وهو الالتزام الأصلي الذي يهدف لالتزام الكفيل إلى ضمان الوفاء به ، مما يترتب عنه :

- أن يكون التزام الكفيل في حدود الالتزام المكفول (الأصلي)
- الكفيل يستطيع التمسك بالدفع التي للمدين الأصلي .
- لا يصح أن يكون التزام الكفيل منجزاً إذا كان الالتزام الأصلي معلقاً على شرط أو مضاف إلى أجل .
- إذا كان التزام الكفيل أكبر أو أشد عبئاً من التزام المدين الأصلي لا يبطل ولكن يجب انقاصه حتى يعادل التزام المدين. (3)

<sup>1</sup>بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص83.

<sup>2</sup>زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة والنشر، ط4، تيزي وزو، 2012، ص28.

<sup>3</sup>محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية والعينية، دار الهدى، عين مليلة، 2011، ص16.

3/ عقد ملزم بجانب واحد: الكفالة ليست بعقد معاوضة ، فهي تنشئ التزاما على عاتق الكفيل ، أما الدائن فلا يلتزم بشيء مقابل التزام الكفيل . غير أنه يجوز أن تكون الكفالة عقدا ملزما للجانبين إذا التزم الدائن بالتزام مقابل التزام الكفيل بموجب عقد الكفالة .

4/ الكفالة عقد ضمان : وهي أن الكفيل يضم ضمانه العام الى الضمان العام للمدين وهذا الطابع الشخصي الذي يميزها عن الكفالة العينية التي يقدم فيها الكفيل مالا معيناً لضمان الوفاء بدين المدين ، وهو لا يضمن الوفاء بهذا الدين إلا في حدود المال الذي قدمه تأميناً له.<sup>(1)</sup>

5/ الكفالة عقد من عقود التبرع : معنى ذلك أن الكفيل يلتزم بوفاء الدين عن المدين بدون مقابل ، أما بالنسبة للدائن فتعتبر الكفالة الأعمال النافعة نفعا محضاً . إلا أنه ليس هنتاك ما يمنع الكفيل مقابلاً عادلاً في نظير المخاطر التي يتعرض لها والصعاب التي يمكن أن يلاقها عند رجوعه على المدين . وهذا ما يحدث دائماً عندما يكون أحد البنوك كفيلاً لأحد عملائه (2) .

#### أنواع الكفالة في تنفيذ الصفقات العمومية:

أشترطت احكام قانون الصفقات العمومية على عدة أشكال متعددة للكفالة و تتمثل في :

1/ كفالة التعهد : هذه الكفالة تتعلق بصفقات الأشغال واللوازم وتكون قيمتها مساوية أو أكبر من 1 % من مبلغ التعهد "<sup>(3)</sup> . وتنظمها أحكام المادة 125 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تنص على " يجب على المتعهدين فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المظتين الأولى والثانية على التوالي من المادة 184 من هذا المرسوم تقديم كفالة تعهد تفوق واحد من المئة 1% من مبلغ العرض ويجب النص على هذا المطلب . في دفتر الشروط للدعوة للمنافسة وتعد الكفالة بالرجوع لمبلغ العرض "

#### 2/ كفالة الضمان:

<sup>1</sup> زاهية سي يوسف، نفس المرجع، ص31.

<sup>2</sup> زاهية سي يوسف، نفس المرجع، ص32.

<sup>3</sup> هبة سردوك، مرجع سابق، ص179.



هذه الكفالة تمكن من تحرير الاقطاعات التي تمت من قبل الأمر بالصرف في إطار الضمان في انتظار التسليم النهائي لموضوع الصفقة، وتغطي عادة الفترة بين الاستلام المؤقت و الاستلام النهائي لموضوع الصفقة (ضمان العيوب الخفية).

فحسب المادة 132 فق2 من المرسوم الرئاسي 247/15 فإنه " عندما يكون أجل الضمان منصوصا عليه في صفقات الدراسات أو الخدمات المذكورة في الفقرة أعلاه ، فإن الرصيد المكون من مجموع الاقطاعات يحول الى اقتطاع ضمان ، عند الاستلام المؤقت . " و بالتالي تسري صلاحية كفالة الضمان ابتداء من التسليم المؤقت للصفقة، وهي تضمن الحقوق المحتملة للمصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد في حالة عيب أو نقص يشوب موضوع الصفقة أو يكون غير ملائم للبند العقدية الواردة في الصفقة.

### 3. كفالة حسن التنفيذ:

لضمان تنفيذ العقد يتعين على صاحب العرض المقبول ، أن يؤدي كفالة حسن التنفيذ في جميع أنواع الصفقات التي تبرمها الإدارة . باستثناء بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات، التي تحدد قائمتها بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني . وهي كما يتبين من تسميتها ، تشكل ضمانا لجهة الإدارة يقيها الأخطاء التي قد تقع من المتعاقد معها حين يباشر التنفيذ . ويكون للإدارة حق مصادرته، أي اقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر دون حاجة إلى اللجوء للقضاء في حالة عدم التنفيذ. سواء نص أو لم ينص على ذلك في العقد، تحدد الإدارة قيمة هذه الكفالة ما بين 5% إلى 10% من مبلغ الصفقة وذلك حسب طبيعتها وأهميتها.

و قد نصت المادة 130 فق 2 من المرسوم الجديد على ذلك، إلا أنها لم تنوّه إلى قائمة صفقات الدراسات والخدمات المحددة بقرار وزاري، بل استثنت بعض صفقات الدراسات والخدمات التي يمكن المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات، قبل دفع مستحقاتها....<sup>(1)</sup>

**سؤال: متى يعفى المتعامل المتعاقد من كفالة حسن التنفيذ؟**

<sup>1</sup> هبة سردوك، ص181.

حسب ما جاء في المادة 130 فإن المتعامل المتعاقد يعفى من كفالة حسن التنفيذ في الحالات التالية :

- إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة (3) أشهر.
  - في حالة الصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط وبالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية.
- ملاحظة/ حسب المادة 131 من المرسوم الجديد فإنه " عندما تنص الصفقة على أجل ضمان، تتحول كفالة حسن التنفيذ، عند التسليم المؤقت، إلى كفالة ضمان "**

### 4. كفالة استرجاع التسبيقات:

قبل مطالبة المتعامل المتعاقد بحقه في التسبيقات المالية التي حددتها المادة 100 و 111 من المرسوم الرئاسي 247/15 يلتزم بأن يدفع مبلغ الضمان المتفق عليه ، كاحتياط مالي يوضع تحت تصرف الإدارة، ويكون بإمكانها مصادره مباشرة في الأوضاع المحددة قانونا، وهو ما يعرف بكفالة استرجاع التسبيقات، وتصدر هذه الكفالة من بنك جزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، أو من بنك أجنبي معتمد من طرف بنك جزائري، ويراعى في تحريرها الصيغ التي تلائم المصلحة المتعاقدة والبنك الذي تنتمي إليه، ويشترط أن تكون قيمتها مساوية لقيمة التسبيقات .

فكفالة التسبيقات هي التزامات بنكية بالدرجة الأولى تضمن من ناحية استفادة المتعامل المتعاقد من تسبيقات جزافية أو على التمويل وفي المقابل تضمن المصلحة المتعاقدة استرجاع التسبيق أو التسبيقات التي تم منحها إلى المتعامل المتعاقد قبل أو أثناء تنفيذ الصفقة. وبما أن التسبيقات قد تكون جزافية أو على حساب التمويل المادة 111 من المرسوم 247/15 فإن كفالة إرجاع التسبيقات الجزافية و منه تكون هذه الكفالة معادلة للتسبيق أو جزء منه شرط أن لا يتجاوز نسبة 15% و هذه الكفالة قد لا تكون اجمالية إذا دفع التسبيق دفعة واحدة وقد تكون مجزأة إلى حصص بنفس نسب تخصيص التسبيق الجزافي.

أما كفالة إرجاع التسبيقات على حساب التمويل، فإن مبلغ هذه الكفالة يكون معادلا للتسبيق أو جزء منه و الذي لا تتجاوز نسبته 50% من مبلغ الصفقة.

### الفرع الثاني: آليات تنفيذ نظام الكفالة:

تلتقي العلاقة المالية للإدارة المتعاقدة - صاحب المشروع - و المتعامل المتعاقد أو الحائز على الصفقة في عملية الدفع حيث تنتهي العلاقة التعاقدية إذا تمت التسوية المالية عن طريق دفع سعر الصفقة (أجر المتعاقد) لكن قبل البدء في مرحلة التنفيذ يجب على كلا الطرفين توفير إمكانيات مالية لانطلاق العملية أي ضمان التمويل قبل تسديد مبلغ الصفقة كمرحلة أخيرة.

و لتمويل الصفقة العمومية فإنه يتطلب على المصلحة المتعاقدة توفير الاعتمادات الضرورية لدفع المبالغ المترتبة عن التنفيذ و التي تنصب على المصاريف العمومية، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة مسبقا بتوفير الأدوات اللازمة و تسجيلها في الميزانية المخصصة لها، وفي المقابل يتوجب على المتعامل الذي منح الصفقة قبل البدء في عملية التنفيذ القيام بتوفير أموال تسمح له باقتناء المواد و اللوازم الضرورية لتنفيذ المشروع أو الأشغال أو تقديم الخدمات.

ونظرا لأن أغلب نفقات الدولة تذهب في شكل صفقات و جب إعطاء دور فعال للبنوك إذ تعتبر المورد الأساسي في منح الضمانات بمختلف أنواعها، و صندوق ضمان الصفقات العمومية الذي أنشئ خصيصا لتكملة النظام المصرفي ليقوم بالإسهام في ضمان تمويل الطلبات العمومية.

#### 1- البنوك: (1)

إن النظام المصرفي مدعو للتطور السريع في آلياته، و هذا التطور الذي يستوجب منح بنك الجزائر (البنك المركزي) سلطات حقيقية في ميدان تنظيم و مراقبة القرض و الوصول إلى منافسة فعلية بين البنوك و على هذا الأساس. صدر الأمر 01/01 المؤرخ في 2001/02/27 المتعلق بالقرض و النقد.<sup>(2)</sup>

ومن أهم أهداف هذا الأمر هو مساعدة التطهير المالي للمؤسسات، حيث أن تطوير العلاقة بين البنوك و زبائنهم صارت تعتمد على قاعدة قابلية تسديد القرض، فعلى المقترض أن

<sup>1</sup> لطرش الطاهر، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، الجزائر، 2005، ص166  
<sup>2</sup> الأمر رقم 01/01 المؤرخ في 2001/02/27 المعدل والمتمم للقانون 10/90 المؤرخ في 1990/04/14 المتعلق بالنقد والقرض ج ر رقم 14.

يشرع في حينها بالتسديد بنفسه مما يعفي الدولة نهائيا من تحمل هذا العبء و يعيد للبنوك حق تقدير مقدرة زبائنها على الوفاء بمفردها.

### 2- صندوق ضمان الصفقات العمومية<sup>(1)</sup>

لقد تم انشاء الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 67/98 و المؤرخ في 1998/02/21 و الذي يعد مؤسسة ذات طابع صناعي و تجاري، لها شخصية معنوية و تتمتع بالاستقلالية المالية، موضوعة تحت وصاية وزير المالية و يهدف من إنشاء هذا الصندوق الحفاظ على التطور المادي و المالي لمشاريع التجهيز العمومية المقيدة في البرامج السنوية و المتعددة للسنوات التي يتم تمويلها من ميزانية الدول.

ويحتل الصندوق كمؤسسة مالية، مكانة هامة في النظام المصرفي الجزائري من خلال منح ضماناته أو كفالاته بكل الأشكال لتسهيل تحقيق مشاريع في قطاعات المنشآت القاعدية و السكن و الصفقات العمومية إضافة إلى مهام أخرى تكلفه إياها الخزينة العمومية.<sup>(2)</sup> وهناك ضمانات أخرى هي :

### الفرع الثالث: الضمانات الحكومية:

هي تلك التي تطلبها الإدارة المتعاقدة من المؤسسات الأجنبية ومنها الأحكام المتعلقة بالقروض أو الائتمانيات الناتجة عن عقود حكومية مشتركة، وكذلك الضمانات التي تسمح بالتنافس بين المؤسسات البنكية أو هيئات التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية .  
علما أن الجزائر تفضل هذا النوع من الضمانات في مختلف عقودها، حيث تمنح الصفقات إلى المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانا من دولتها، فإذا انعدم مثل هذا الضمان فإنها تلجأ إلى اعمال نص المادة 128 وتمنحها للشركات التي تقدم ضمان حسن التنفيذ.<sup>(3)</sup>  
وحسب المادة 127 من المرسوم الرئاسي الجديد فإن الضمانات ذات الصيغة الحكومية التي تهم المؤسسات الأجنبية هي: - استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة-الضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمينات ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية.

<sup>1</sup> تم إنشاء هذا الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 67/98 المؤرخ في 1998/02/21 المتضمن إنشاء وتنظيم سير (ص ض ص ع)

<sup>2</sup> بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 88.

<sup>3</sup> هبة سركوك، مرجع سابق، ص 179.

يحظى بالأسبقية في اختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب من يقدم الضمانات المذكورة أعلاه.

### المطلب الثاني: ضمانات التنفيذ التقني للصفقة العمومية:

يجب على المتعامل المتعاقد تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجب العقد ولن يدفع عنه هذا الالتزام إلا القوة القاهرة، لأن التزامه هذا يعد الأثر العام والأساسي و هو يعكس القوة الإلزامية لتنفيذ الصفقة. إلا أنه قد يصادف عملية التنفيذ ظروف معينة تعفيه من ذلك أو في حالات يتخلى المتعامل المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته مما يفرض عليه توقيع جزاءات مختلفة لا سيما حق الإدارة في فسخ العقد أو فرض عقوبات مالية و غيرها. وبما أن تنفيذ العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية على وجه الخصوص يخضع لمبدأ رعاية المصلحة العامة و ضمان استمرارية المرفق العام، فإن المتعامل المتعاقد ملزم بأداء شروط الصفقة المتعاقد عليها لأنه الأقدر و الأنسب حسب ما تقتضيه احكام المرسوم 250/02 لا سيما المواد 29 و 80 منه إذ يحرص المتعاقد مع الإدارة في ذلك مجال التنفيذ التقني على ما يلي:

- 1- الأداء الشخصي للخدمة موضوع الصفقة.
- 2- أداء الخدمة موضوع العقد حسب الكيفيات المتعاقد عليها وبحسن النية.
- 3- الالتزام بأداء الخدمة موضوع العقد في الآجال المتفق عليها.
- 4- الالتزام بدفع مبلغ الضمان <sup>(1)</sup>.

### الفرع الأول: حالة التنفيذ العادي للصفقة:

#### 1- الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد: <sup>(2)</sup>

لا يقصد بالأداء الشخصي للعمل أو الخدمة موضوع الصفقة العمومية أن يلزم المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة وحده دون الاعتماد على الغير أو الاستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل العقد، إذ لا يمكن تصور ذلك خاصة في عقد الأشغال، بل المقصود به أن المتعامل المتعاقد لا يمكن أن يلقي بمسؤوليته التي تعهد بالوفاء بها إلى الغير، فيتدخل من بعض التزاماته، فهو المسؤول بعد توقيع الصفقة عن التنفيذ الكامل والتام والنهائي للمشروع حتى ولو عهد للغير

<sup>1</sup> عمار بوضياف، الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 174

<sup>2</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، مرجع سابق، ص 244.

القيام بجزء من العمل أو الخدمة في إطار التعامل الثانوي وهذا ما نصت عليه امادة140 و141 و 142 من المرسوم الجديد.<sup>(1)</sup>

وإذا كان المرسوم قد أجاز اللجوء للتعامل الثانوي فإنه قد راعى بذلك أن التعامل المتعاقد قد لا يستطيع القيام بكل أجزاء المشروع .كأن يتعلق الأمر ببناء مجمع سكني والعمل الثانوي يتمثل في الوسائل المتعلقة بالترصيص، فهنا يفترض أن يلجأ المقاول إلى ابرام عقود ثانوية بغرض التنفيذ الكامل للمشروع على أن تحديد هذا العمل في الصفقة صراحة ، ويظل هو المسؤول عنه تجاه الإدارة المتعاقدة .

\*- اللجوء للتعامل الثانوي مرهون بشروط :

اعترف المرسوم الرئاسي في المادة143 منه باللجوء للتعامل الثانوي وقيد ذلك بشروط هي:

- أن يتم النص على التعامل الثانوي في أصل الصفقة أو الصفقة الأصلية وفي دفتر الشروط<sup>(2)</sup>

- أن يحضى اختيار التعامل الثانوي بموافقة المصلحة المتعاقدة
  - وجوب تسليم نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف التعامل المتعاقد.
  - يجب أن يحدد في عرض المتعهد المعني مبلغ الحصة القابلة للتحويل الموافق للخدمات التي تقدمها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري في إطار المناولة .
- \*-الدفع المباشر من جانب المصلحة المتعاقدة مرهون بشروط:

القاعدة العامة مفادها أن التعامل الثانوي يحصل على مستحقاته من التعامل المتعاقد لا من المصلحة المتعاقدة ، غير أنه ومن باب الوفاء للمتعاملين الثانويين النظاميين بحقوقهم الثابتة والمكفولة في الصفقة .اعترفت المادة 143 من المرسوم الرئاسي 247/15 للإدارة المتعاقدة بدفع مستحقات التعامل الثانوي وعلقت ذلك على صدور قرار وزاري -مثل - (القرار الموعود به في 2011/03/28 المنشور في الجريدة الرسمية لسنة 2011 العدد 24 المبين

<sup>1</sup>ناصر لباد ، الأساسي في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، ط1، سطيف2011، ص71.  
<sup>2</sup>عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، مرجع سابق، ص245.

لكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي ( ففي المادة 2 منه علق القرار الوزاري دفع المستحقات من جانب المصلحة المتعاقدة على توافر الشروط التالية:<sup>(1)</sup>

- 1- أن تكون المبالغ الواجب دفعها محددة بمبالغ قصوى في الصفقة .
- 2- يجب أن ينص دفتر الشروط للمناقصة على الدفع المباشر للمتعامل الثانوي.
- 3- يجب أن يكون التعامل الثانوي محل عقد بين المتعامل الثانوي و صاحب الصفقة، لتكريس الجانب الشكلي في التعاقد وتحديد المسؤوليات.
- 4- يجب أن لا يكون المبلغ المخصص للدفع المباشر للمتعامل الثانوي مشمولا برهن حيازي للصفقة.
- 5- يجب أن يخصم مبلغ التسبيق المخصص لصاحب الصفقة من مبلغ الخدمات الواجب تنفيذها من قبل المتعامل الثانوي و المعني بالدفع المباشر.
- 6- يجب أن تخصم الحصة القابلة للتحويل من مبلغ الصفقة من المبلغ المخصص للتعامل الثانوي.

و بين القرار جملة من الإجراءات لتطبيق مضمونه.

\*- إقرار مسؤولية المتعاقد الأصلي المتعامل المتعاقد:

إذا تم الاتفاق على اللجوء للتعامل الثانوي، و ضبط الأمر في الصفقة، فإن الجزء الذي قام بتنفيذه المتعامل الثانوي، يسأل عنه المتعاقد الأصلي ، ما نصت عليه المادة 141 حيث لا يمكن للمتعاقد الأصلي الاحتجاج بأن العمل قام بتنفيذه ال متعامل الثانوي، بل يسأل عن كل العمل فأى تقصير من المتعامل الثانوي يسأل عنه المتعاقد الأصلي

### 2- أداء الخدمة حسب الكيفيات و الشروط المتعاقد عليها:

فإذا كانت جهة الإدارة قد أعلنت عن الصفقة كأصل عام ومكنت المتعامل المتعاقد من دفتر الشروط فاطلع عليه وتعهد بتنفيذ الخدمة وتعاقد مع الإدارة، فعلى المتعامل المتعاقد أن ينفذ التزاماته وفق ما وردت في نصوص العقد أو ما تمليه الشروط العامة في تنفيذ الأعمال بحيث غالبا ما يتضمن دفتر شروط الصفقات بيانا أو بندا تكميليا يوضح شروطا دخول الصفقة حيز التنفيذ إلى جانب تبيان موضوع الصفقة محددًا و موصوفا وصفا دقيقا. إذ ينبغي

<sup>1</sup> قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 2006، ص83.

على المتعامل المتعاقد أن يتحمل نتيجة تعهده و التزامه بأن ينفذ موضوع الصفقة حسب ما تم الاتفاق عليه في بنود الصفقة، بحيث تقوم مسؤوليته عن كل ما يتضمنه التنفيذ من عيوب (ضمان العيوب) بالإضافة إلى ذلك ينبغي عليه الامتثال لأوامر الإدارة و نواهيها في إطار ممارسة سلطة الإشراف و الرقابة.<sup>(1)</sup>

### 3- احترام الآجال اللازمة لتنفيذ العقد:

طالما كان للصفقة العمومية صلة بالخدمة العامة وبحسن سير المرفق العام ، وجب أن ينفذ موضوع الصفقة في الأجل المتفق عليه ، ولا يجوز كأصل عام للمتعامل المتعاقد تجاوز هذا الأجل. بل إن تجاوز المدة يعطي للإدارة حق الفسخ الجزائي كما تقدم البيان ويتحمل المتعامل المتعاقد وحده النتائج القانونية المترتبة على ذلك.<sup>(2)</sup>

و يقوم عادة المتعامل المتعاقد بوضع ما يعرف بمخطط الإنجاز حيث يتطرق فيه إلى المراحل التي ستتم من خلالها إنجاز الصفقة و الذي يضم الفترة الممتدة بين إصدار الأمر ببدء الخدمة و الأشغال إلى الاستلام المؤقت و يضع فيه المتعامل المتعاقد نوع الآجال إذا كانت بالأجل الواحد أو الآجال المجزأة، فالأجل الواحد هو ذلك الأجل الذي يلتزم فيه المتعاقد في يوم نهاية أجل الإنجاز بتسليم الصفقة ولا يجبر على الإسراع في الأعمال، أما الآجال المجزأة فهي تلك الآجال التي يقسم فيها المتعامل المتعاقد إنجاز موضوع الصفقة إلى عدة مراحل جزئية ويجب عليه ان ينتهي من تنفيذ الأشغال طبقا لما تعهد به في مخطط الانجاز . وعند لانتهااء من التنفيذ يتم التأكد من جانب المصلحة المتعاقدة من احترام مواعيد الانجاز ويحرر بذلك محضر

استلام مؤقت لموضوع الصفقة وتؤسس كفالة الضمان التي تدوم عادة في صفقات الاشغال سنة وهذا كضمان للعيوب الخفية اما العيوب الظاهرة فيتم اكتشافها عند الاستلام المؤقت وبعد مرور اجل الضمان يتم ما يسمى

بالتسليم النهائي أين يستلم المتعامل المتعاقد في أجل شهر واحد من تاريخ امضائه محضر الاستلام النهائي بدون

<sup>1</sup> عمار بوضياف، مرجع سابق، ص247.

<sup>2</sup> عمار بوضياف، نفس المرجع، ص248.



أي تحفظ أو عيب.<sup>(1)</sup>

#### 4- الإلتزام بدفع الكفالات ومبالغ الضمان المطلوبة.

يلزم المتعامل المتعاقد و قبل مطالبته بحقه في التسبيقات أن يدفع مبلغ الضمان المتفق عليه كاحتياط مالي يوضع تحت تصرف الإدارة ، بإمكانها مصادرته في الأوضاع المحددة قانونا، كما بينا .

#### الفرع الثاني: حالة التنفيذ غير العادي:<sup>(2)</sup>

يحرص المتعامل المتعاقد على أداء الصفقة التي أبرمها على أحسن وجه الا أنه قد تحدث أو تستجد بعض الظروف التي تجعل من تنفيذ الإلتزامات أمرا صعبا في بعض الأحيان مستحيلا، الأمر الذي يدفع الإدارة إلى أن تبذل وسعها لتمكن المتعاقد معها من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية اتجاهها رغم ما قد تتكبده من خسائر في سبيل تحقيق الهدف الأساسي و هو استمرارية سير المرافق العامة و لكن في بعض الأحيان يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا إستحالة مطلقة و هذا من جراء حدوث فعل القوة القاهرة والتي تم تناولها في المبحث الأول لكن سنفصل في دراسة حالة الإعفاء من تنفيذ الإلتزامات بما فيها تحقق شروط القوة القاهرة.

#### 1 - مفهوم شروط القوة القاهرة في مجال الصفقات العمومية:

يقصد بالقوة القاهرة حسب القواعد العامة في القانون حدث غير متوقع مستقل عن إرادة المتعاقدين ويترتب عنه استحالة التنفيذ المطلق سواء لكل أو بعض الإلتزامات التعاقدية. أما فيما يتعلق بقانون الصفقات العمومية فقد نصت عن جواز الإعفاء من العقوبات بفعل الأحداث غير المتوقعة و التي لا يمكن مقاومتها و من شأنها منع صاحب الصفقة من التقيد بآجال التنفيذ المنصوص عليها في العقد و غالبا ما يتم ضبط كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة بتضمين بند في الصفقة يتعلق بذلك (بند تكميلي).

#### 2- تطبيقات القوة القاهرة: وتتمثل أهم تطبيقاتها في الآتي:

<sup>1</sup>بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص96.

<sup>2</sup>بحري اسماعيل، نفس المرجع، ص97.

- أ- **حالة الظواهر الطبيعية:** تمثل الحدث الطبيعي الخارجي لمفهوم القوة القاهرة الذي لا يمكن توقعه أو تفاديه كالسيول، العواصف و الفيضانات، الجفاف غير العادي أو الصقيع...
- ب- **حالة الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدة:** يظهر دور القوة القاهرة إذا كانت الصعوبات التي تواجه التنفيذ غير متوقعة و القاضي هو من يقدرها.
- ج- **تأخر و إخلال المقاولين أو المتعهدين من الباطن:** لا يعتبر بحسب الأصل العام من قبيل القوة القاهرة و لكنه يبرر الإخلال بالالتزامات من جانب المقاول أو المتعهد الأصلي إذا تم قبول المتعهدين من الباطن من جانب الإدارة.
- د- **الحوادث وفعل الغير و مدى اعتبارها من قبيل القوة القاهرة بتطبيق القواعد المقررة بالنسبة لما يعتبر من القوة القاهرة.**
- هـ- **حالة الإضراب:** يعتبر الإضراب مثال نموذجي للحدث الذي كثيراً ما طبقت بشأنه المبادئ المتعلقة بالقوة القاهرة، و يبحث القاضي عن مدى توافر الشروط المقررة لاعتباره من قبيل القوة القاهرة.<sup>(1)</sup>
- و- **الحروب:** إن اعتبار الحروب من قبيل القوة القاهرة نادر الحدوث بحيث يبحث القاضي في مدى توفر شروط القوة القاهرة فقد يمكن اعتبار الحروب وما تحمله من خراب و دمار من قبيل القوة القاهرة.<sup>(2)</sup>
- المطلب الثاني / سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد:**
- تملك الإدارة المتعاقدة، عندما لا ينفذ المتعاقد معها الالتزامات المنصوص عليها في العقد ( كالتأخير في التنفيذ والإهمال ..... ) أن تتخذ بعض الإجراءات ضد المتعاقد العاجز. وهي الإجراءات التي تطبق كذلك في القانون الخاص مثل توقيف تنفيذ التزاماتها لا سيما توقيف دفع المبالغ المالية المخصصة، وكذلك طلب دفع غرامات تم ادراجها في العقد لأسباب تتعلق بعدم القيام أو التأخر في التنفيذ.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup>بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص98.

<sup>2</sup>بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص99.

<sup>3</sup>ناصر لباد ، مرجع سابق، ص 213.

و يأخذ الجزاء المالي صورتين، الأولى يكون الغرض منها ضرر حقيقي لحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد و الثانية 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 و إنما تشمل كذلك ضمان و تأمين سير المرافق العامة بانتظام و اطراد .

ويعود تأسيس سلطة توقيع الجزاء إلى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام و اطراد للضغط أكثر على المتعامل المتعاقد معها و إجباره على احترام شروط العقد و التقيد بالآجال و كيفيات التنفيذ دون حاجة للجوء إلى القضاء. فتأخذ الجزاءات المحتمل توقيعها على المتعاقد مع الإدارة، عدة صور وأشكال منها خاصة :

-الجزاءات المالية – ووسائل الضغط المختلفة .

### الفرع الأول /الجزاءات المالية:

الجزاء المالي هو عبارة عن مبالغ المال التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعامل المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية و هذا لضمان تنفيذ الصفقة وفق الشروط و المواعيد المتفق عليها في العقد.

ومن أجل الزام المتعاقد معها على تنفيذ العقد، يمكن الإدارة أن توقع عليه جزاءات مالية تتمثل خاصة في (فرض الغرامات ، ومصادرة مبلغ الضمان)

#### أولاً/ الغرامات:

تملك الإدارة المتعاقدة طبقاً للمرسوم الرئاسي ممارسة سلطة الجزاءات المالية. وتجد هذه السلطة أساسها القانوني في المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، كما تجد أيضاً الغرامة المالية أساسها في المادة 95 من المرسوم الرئاسي الجديد كأحد البيانات الواجب ذكرها في الصفقة.<sup>(1)</sup>

وهكذا خول المشرع الجزائري بموجب النصوص أعلاه للإدارة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة و قيد مجال ممارستها في حالتين بمنطوق المادة 147 هما:

#### 1- في حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه(الغرامة

#### التأخيرية)

<sup>1</sup> أعمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص102.

إن المتعامل المتعاقد مع الإدارة حينما يتعهد بتنفيذ موضوع العقد خلال مدة زمنية معينة متفق عليها في العقد ، فإن العقد الإداري هنا يقترب مع العقد المدني في المبدأ الذي يحكمه أن "العقد شريعة المتعاقدين". فالمتعاقد مع الإدارة التزم بالتنفيذ خلال مدة ذكرت في العقد ثم أخل بهذا الالتزام. فالوضع الطبيعي أن يخضع لجزاء، وهذا الأخير تسلطة الإدارة دون حاجة للجوء للقضاء، وهو أحد مظاهر ممارسة السلطة العامة، ومظهر تمييز للعقد الإداري عن العقد المدني.<sup>(1)</sup>

ومن هنا يمكن الإدارة او المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى توقيع غرامات تأخيره على المتعاقد معها جزاء عن تأخره في انجاز وتنفيذ الصفقة في أجلها وموعدها المحدد، وفي ذلك ضمان لحسن ادارة المرافق العامة واستمراريتها في تلبية الاحتياجات العامة للجمهور.

### 2- في حالة التنفيذ الغير مطابق:(الناجمة عن الاخلال بالالتزامات العقدية)م147من

247/15

على افتراض ان المتعاقد مع الادارة اخل بالشروط المتفق عليها وكيفيات التنفيذ، فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها فالوضع الطبيعي ايضا في الحالة هو خضوعه لجزاء مالي. هذا الجزاء الذي يستمد قوته من العقد الى جانب النصوص التنظيمية<sup>(2)</sup>.

فيمكن ان توقع على المتعامل المتعاقد في حالة التنفيذ غير المطابق لأحكام وبنود الصفقة ، من حيث عدم الالتزام بتنفيذ الصفقة طبقا للمواصفات المتفق عليها، مثل الإخلال ببعض الجوانب الفنية والكمية في الأشغال العامة تتعلق بشق طريق أو بناء سد<sup>(3)</sup>.

### ثانيا/ مصادرة مبلغ الضمان:

لكي تتمكن الادارة من ممارسة سلطة مصادرة مبلغ ما، يتعين أولا وجوده بين يديها أو تحت امرتها في شكل مبلغ ضمان يسمى بضمان كفالة حسن التنفيذ ، وبه تتميز الصفقة العمومية ايضا عن سائر العقود المدنية والتجارية. فوجود الضمان المالي كفيل بان يجعل

<sup>1</sup> عمار بوضياف، مرجع سابق، ص221.

<sup>2</sup> عمار بوضياف، مرجع سابق، ص221.

<sup>3</sup> محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص77.

الادارة في وضعية مالية حسنة بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة ولا يكون ذلك إلا بفرض مبالغ مالية بعنوان كفالة حسن التنفيذ حسب ما جاء في المادة 130 من المرسوم الرئاسي 247/15 ومن بين ما جاء فيها "زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110 أعلاه، يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط ، كفالة حسن تنفيذ الصفقة....."(1)، وباستقراء مضمون هذه المادة نجد أنه :

تخضع الكفالة للقواعد الأساسية التالية:

- ✓ يعفى المتعامل المتعاقد من كفالة حسن التنفيذ في صفقات الدراسات والخدمات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات، قبل دفع مستحققاتها.
  - ✓ تكون صفقات الإشراف على إنجاز الأشغال غير معنية بهذا الإعفاء.
  - ✓ يعفى المتعامل المتعاقد من كفالة حسن التنفيذ ، إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة(3) أشهر.
  - ✓ يعفى المتعامل المتعاقد من كفالة حسن التنفيذ، بالنسبة للصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط وبالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية.
  - ✓ يجب تأسيس كفالة حسن التنفيذ في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد.
  - ✓ تتم هذه الكفالة بنفس الشروط في حالة وجود ملحق العقد.
  - ✓ إذا نصت الصفقة على أجل ضمان، تتحول كفالة حسن التنفيذ عن التسليم المؤقت الى كفالة ضمان(م 131).
  - ✓ يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ ما بين (5% الى 10% ) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها.(م 133) (2)
- الفرع الثاني/الوسائل والجزاءات الضاغطة:

<sup>1</sup> عمار بوضياف، نفس المرجع، ص222.

<sup>2</sup> محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص78.

تتمتع الادارة المتعاقدة بمجموعة من وسائل الضغط مقررة ومكرسة فقها وقضاء تضغط بها على المتعاقد معها بغية دفعه الى تنفيذ العقد الاداري استجابة لمقتضيات المصلحة العامة وتلبية لاحتياجات الجمهور، وتتمثل في الجزاءات والوسائل التالية :

✓ توقيف المقاول في عقد الأشغال العامة و سحب العمل منه، واسناده الى مقاول أو جهة أخرى، ليوصل اتمام أو تنفيذ و اتمام الشغل. طبقا للتشريع الساري المعمول به، وذلك كله على حساب المقاول الأول.

✓ الشراء على حساب المورد في عقود التوريد، نظرا لإخلاله بشروط العقد سواء من حيث مواصفات التوريدات أو التأخر عن تسليمها.

وضع المرفق أو المشروع تحت الحراسة في عقود التزام المرافق العامة.

و على كل فإن لجوء الادارة الى هذه الجزاءات ووسائل الضغط لا تؤدي الى انحلال الرابطة التعاقدية مع المتعاقد معها خاصة في الجانب المالي .<sup>(1)</sup>

غير أن هذه السلطة وبالنظر الى لخطورتها وآثارها فإن الادارة لا تلجأ اليها إلا في حالات الإخلال الجسيم بالأحكام التعاقدية وبكيفية تنفيذ موضوع الصفقة وعادة ما توجه الادارة قبل ممارستها لهذه السلطة إعدار ينشر في الصحف لتنذر به الطرف المخل، وتمارس بعد اصداره الإجراءات القانونية اللازمة في هذه الحالة.<sup>(2)</sup>

### \*فبالنسبة لسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة:

يقصد بهذا الجراء أن تحل الإدارة محل المقاول المتعاقد في تنفيذ أعماله و قيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه وتعهد للغير بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المقاول الأول و ذلك تحت إدارتها المباشرة كلا أو جزءا لضمان انجاز العمل و منه فإن هذا الجراء يهدف إلى إرغام المقاول على تنفيذ العقد وليس من شأنه إلغاؤه، بل يستمر منتجا لآثاره و تظل الرابطة التعاقدية قائمة، و يؤدي هذا الإجراء إلى حلول المصلحة المتعاقدة أو مقاول آخر مؤقتا محل المقاول المخل بالتزاماته و لذلك لا يوقع هذا الإجراء إلا مع قيام الرابطة العقدية.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> محمد صغير بعلي، نفس المرجع، ص78.

<sup>2</sup> عمار بوضياف، مرجع سابق، ص225.

<sup>3</sup> عمار بوضياف، نفس المرجع، ص219.

الفرع الثالث/الجزاءات الفاسخة:

حيث تظهر هذه الجزاءات في المواد من 149 إلى 152 من نفس المرسوم، حيث

تندرج الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد معها حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه هذا الأخير، فكلما كان الخطأ جسيماً كلما تدرجت العقوبة إلى درجة أشد قسوة، و هذا بمقتضى النصوص المنظمة للصفات العمومية و دفاتر الشروط المتعلقة بها.<sup>(1)</sup>

و يعتبر الفسخ الانفرادي أخطر الجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة و يتمثل أثرها في وضع نهاية للعقد، إذ يفترض ارتكاب المتعاقد خطأ جسيماً أو تقصيراً أو إخلالاً خطيراً بالالتزامات فتقوم الإدارة بفسخ العقد، أي إنهاؤه كجزاء له على هذا التقصير الشديد أو الخطأ الجسيم.

و نظراً لخطورته مقارنة بالجزاءات المذكورة سابقاً، لكونه يؤدي إلى وضع نهاية للرابطة التعاقدية بين طرفي الصفقة و ما يتضمنه خاصة من إسقاط لحقوق المتعامل المتعاقد فإنه من الضروري ضبط شروط إعماله ضماناً لعدم تعسف الإدارة المتعاقدة في توقيعها نظراً لآثاره الثقيلة على المتعاقد معها.

أولاً-/شروط ممارسة جزاء الفسخ:

**الخطأ الجسيم:** من المسلم به أن هذا الجزاء يفترض وقوع أخطاء جسيمة من المتعاقد و بوجه عام فإن الوقائع التي تبرر تطبيق الجزاءات الضاغطة - إذا ظهرت خطورتها بدرجة كافية - يمكن أن تكون مبررات للفسخ ذاته، ويعرف الخطأ الجسيم في الصفقة العمومية على أنه عبارة عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام قانوني أو تعاقدي، و للإدارة سلطة تقدير مدى جسامته هذا الخطأ أو الإخلال بتلك الالتزامات، بحيث يمكن توقيع الفسخ كجزاء و ذلك تحت رقابة القاضي الإداري.<sup>(2)</sup>

**الإعذار:** من حيث المبدأ يجب إعذار المتعاقد مسبقاً بالفسخ الجزائي و منحه فترة معقولة تسمح له بأداء التزاماته، ويعتبر الفسخ غير المسبوق بهذا الإجراء معيباً، فقد نص عليه

<sup>1</sup> أعمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، مرجع سابق، ص225.

<sup>2</sup> بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص103.

قانون الصفقات العمومية في المادة 149 من المرسوم الرئاسي (247/15) و التي أفادت أنه: "إذا لم ينفذ المتعامل التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد. و إن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد".

توقيع جزاء الفسخ بقرار من الإدارة: يشترط في القرار أن يكون مشروعا، و يخضع لرقابة القاضي التي تشمل مشروعية العقوبة و ملاءمتها لخطأ المتعاقد، إذ يجوز للمتعاقد أن يطعن في قرار الإدارة بالفسخ إذا لم يكن مشروعا أو ملائما لخطئه.<sup>(1)</sup>

### المبحث الثالث: ضمانات تسوية النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة العمومية

و ضمانا لحسن تنفيذ الصفقة المعلن عنه في المادة 130 من المرسوم الرئاسي الجديد و كذا حفاظا على حقوق كل طرف من الأطراف، لم يغفل قانون الصفقات العمومية مسألة هامة و هي تسوية المنازعات الناجمة عن عملية التنفيذ مثلما تطرق إلى النزاعات الخاصة بمرحلة التكوين.

و قد كرست المادة 153 مرة أخرى اللجوء إلى آلتين أساسيتين لضمان حل النزاعات التي قد تطرأ بسبب معين وهما:

- آلية التسوية الودية للنزاع.
- آلية اللجوء إلى التسوية القضائية.<sup>(2)</sup>

### المطلب الأول: التسوية الودية للنزاع:

يبدو واضحا من نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي (247/15) أنه أرسى قاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عن التنفيذ، وهذا تفاديا للحل القضائي الذي يكلف اطرافه طول الاجراءات وطول الانتظار، وحسنا فعل المشرع حينما تبنى مبدأ الحسم الودي لنزاعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ حتى لا تتعطل المشاريع العمومية ، حيث يتم بهذا الحسم في أمر المنازعة مواصلة التنفيذ بما يضمن في النهاية استلام المشروع في

<sup>1</sup>بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص99.

<sup>2</sup>بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص108.



آجاله<sup>(1)</sup> ومن أجل ذلك جاءت المادة 153 معلنّة عن ضوابط الحل الودي وحدوده وأحكامه فنصت على ان الحل الودي يجب أن يراعى فيه ما يلي :

**الفرع الأول/ الأهداف التي ترمي اليها المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15**  
**اولا/ وجوب احترام الادارة المعنية التشريع والتنظيم المعمول به دون مخالفته :**  
بمعنى أنه كل اتفاق لحسم نزاع ودي يتعارض مع أحكام التشريع أو التنظيم المعمول به يقع باطلا ولا يرتب أي أثر بالنسبة لأطرافه.

**ثانيا/ الحرص على ايجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين :**  
قد تظهر أثناء التنفيذ ظروف تفرض على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر، فحين المطالبة بها يجب على الادارة المعنية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف الجديدة وتنصف المتعامل المتعاقد وتحاول أن تحسم الأمر وديا دون أن ترهقه باللجوء الى القضاء للمطالبة بحقه في التوازن المالي.<sup>(2)</sup>

**ثالثا/ التوصل الى أسرع انجاز لموضوع الصفقة :**  
الح المشرع الجزائري على ضرورة اعطاء عامل الزمن في الصفقة الأهمية التي تليق به، وهذا الأمر يفرض لا شك الحسم الودي للنزاع الذي يثور أثناء التنفيذ، فكلما تم التوصل الى حل ودي وضبط الاتفاق في وثائق رسمية كان ذلك أنفع بالنسبة الى زمن تنفيذ العمل موضوع الصفقة .

**رابعا/ البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة :**  
نظرا للأهمية الكبرى لمعيار الزمن في تنفيذ العمل موضوع الصفقات العمومية، وحتى لا يتسبب النزاع الناتج عن التنفيذ في زعزعة استمرارية الصفقة، فرض المشرع البحث عن حل ودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة العمل وتنفيذ موضوع الصفقة في آجالها المحددة في العقد.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup>برهان مسعودة، مرجع سابق، ص14.

<sup>2</sup>بحري اسماعيل، نفس المرجع، ص113.

<sup>3</sup>عمار بوضياف، مرجع سابق، ص325.

الفرع الثاني/ الطعن أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة:

جاء في مضمون المادة 153 من المرسوم الرئاسي (247/15) المؤرخ في 20 سبتمبر 2015 "وفي حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 أدناه.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة...."

فمن نص المادة وبعد استقراره نستنتج أن المشرع الجزائري ألحق منازعات الصفقة العمومية بالمنازعات الجبائية لا سيما في تكريسه لمبدأ حسم النزاعات بالحل الودي. غير أن ذات الفقرة من نفس المادة جاء فيها "قبل كل مقاضاة أمام العدالة " بما يفيد الإلزام وأنه قبل اللجوء للقضاء، وجب عرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات.<sup>(1)</sup>

الفرع الثالث/ مزايا عرض النزاع قبل المرحلة القضائية على لجنة التسوية الودية:

- أسند المشرع الجزائري ولاية الفصل في النزاعات الناتجة عن التنفيذ للجان التسوية الودية سواء المركزية أو المحلية حسب طبيعة الصفقة بما يخفف من وجه المركزية
- من حيث الوقت المخصص للفصل في المنازعة من جانب لجنة التسوية الودية لا يعد كبيرا، فقد فرض المشرع عليها أن تحسم في النزاع المعروض عليها خلال مدة 30 يوما من تاريخ جواب الطرف الخصم لرأي مبرر.
- تحتوي لجان التسوية الودية للنزاعات المتعلقة بالصفقات في تركيبها من الناحية البشرية على ممثلين من أغلب الوزارات أو القطاعات أو الهيئات العمومية ، ونتيجة لذلك فإن النزاع احيل على هيئة متخصصة تضم كفاءات ذات مؤهلات عالية وخبرة واسعة ومن الراجح أن يجد النزاع حلا له على يد هذه اللجنة المتخصصة.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> أغليس بوزيد، التحقيق في قضايا القضاء الإداري، الدعوى الضريبية نموذجا، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، ط2012، ص31.

<sup>2</sup> محمد الصغير بعلي ، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع ، غابرة 2009، ص104.

### المطلب الثاني: التسوية القضائية للنزاع:

رأينا سابقا أن المشرع الجزائري في المادة 153 من المرسوم الرئاسي (247/15) كرس مبدأ حسم المنازعات المتعلقة بالصفقة العمومية عن طريق الحل الودي إلا انه لم يغفل حق المتعامل المتعاقد في اللجوء الى القضاء وذلك بقوله " قبل كل مقاضاة أمام العدالة" بناء على المادة 153 من المرسوم الرئاسي (247/15)، إذا فشل المتعامل المتعاقد في تسوية نزاعاته مع المصلحة المتعاقدة بالطريق الودي له أن يلجأ إلى القضاء لأن هذا الطريق الأنجع غالبا في هذا الصدد، و هذا دون أن يوضح هذا النص القضاء المختص بالنظر في هذه النزاعات و لا نوع الدعاوى المرفوعة.

### الفرع الأول: طبيعة الدعوى و الاختصاص القضائي:

و من ثم فإن القضاء المختص في النظر في المنازعات الناشئة في مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية هو القضاء الإداري كذلك، و لقد تبني المشرع أيضا في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كأصل عام المعيار العضوي لفصل اختصاص جهة القضاء الإداري عن القضاء العادي، فنصت المادة 800 على : " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية"<sup>(1)</sup>

تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها " فالمادة 800 ورد فيها بصريح النص نوعا أو صنف واحد من المؤسسات هي المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري دون سواها ، بينما المادة 6 من المرسوم الرئاسي (247/15) امتد فيها المر ليشمل المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي ، والزمّت المادة 6 المؤسسات الاقتصادية أن تعتمد الأحكام المقررة في تنظيم الصفقات العمومية وذلك عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية. وهو ما يؤدي إلى ضرورة تعديل المادة 800 بما ينسجم والمادة 6 من المرسوم الرئاسي (247/15) من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي.

<sup>1</sup> القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 ج ر رقم 21 نفس السنة.

وطالما عدت الصفقة العمومية المبرمة من قبل المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري صفقة عمومية خاضعة لأحكام المرسوم الرئاسي (247/15) شريطة أن تكون ممولة من خزينة الدولة، فإنه يصعب التسليم باختصاص القاضي العادي بالنظر في منازعاتها، فلا يعقل أن يعرض النزاع الذي يثور بين مقاول ومؤسسة عمومية صناعية تجارية حول صفقة تتوافر فيها الشروط المذكورة في المادة 6 من المرسوم الرئاسي (247/15) لاختصاص القاضي المدني أو التجاري، فتعرض على قاضي فرد على مستوى محكمة عادية ابتدائية لما لقانون الصفقات العمومية من طابع اداري محض لا يمكن التشكيك فيه.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: تصنيف منازعات الصفقة العمومية:

يمكن أن تصنف منازعات الصفقة العمومية إما تحت عنوان القضاء الكامل أو قضاء الإلغاء .

#### 1- منازعات القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية:

يدخل تحت هذا النوع من القضاء، الدعاوى المتعلقة ببطلان العقود و الدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة و هي كثيرة جدا و تكاد تغطي على بقية أنواع المنازعات الأخرى، والمنازعات المتعلقة بالمبالغ الناتجة عن الأشغال الإضافية والدعاوى المتعلقة بالفسخ القضائي حين يقبل المتعامل المتعاقد على رفع دعوى الفسخ أمام السلطة القضائية المختصة، والدعاوى المتعلقة بالتعويض عن الأضرار والدعاوى المتعلقة بتوقيغ الأشغال بحجة عدم وجود اعتمادات مالية، والدعاوى المتعلقة بمبالغ الضمان، والدعاوى المتعلقة بمراجعة الأسعار، والدعاوى المتعلقة بالفوائد التأخيرية.<sup>(2)</sup>

#### 2- منازعات قضاء الإلغاء في مجال الصفقات العمومية:

قد تصدر الجهة الادارية المختصة (وزارة، ولاية، بلدية، مؤسسة عمومية ادارية....) قرار اداري يتعلق بصفقة عمومية، فلا يكون للقرار الاداري وجودا بذاته بل له علاقة بالعملية التعاقدية وهذا ما اصطلح عليه فقها (بالأعمال المنفصلة)، كالقرارات الإدارية المتضمنة تعليمات موجه للقائم بالتنفيذ، أو القرارات الإدارية المتضمنة تعديلات في الصفقة وهذه

<sup>1</sup> حسين بن شيخ آث ملويا، شرح قانون الإجراءات الإدارية، دار هومه، الجزائر، 2013، ص35.

<sup>2</sup> محمد صغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص112.

القرارات جميعا اعتبرها الفقه قرارات منفصلة يجوز الطعن فيها استقلالا بالإلغاء، حيث يجب على رافع الدعوى أن يثبت العيب الذي انطوى عليه القرار الإداري مثل: مخالفته لقواعد الاختصاص أو مخالفته للإجراءات والأشكال أو عيب السبب و غيرها.

ولقد سبق القول أن سلطة قاضي الإلغاء ضيقة جدا فقد فقبل أن ينطق بإلغاء قرار إداري ما ينبغي أن يسبب قراره بتبيان وجه الخرق في القرار الصادر كأن يشير لمخالفته ركن الاختصاص أو ركن الشكل أو ركن الشكل والإجراءات و غيرها. <sup>(1)</sup> فمن حيث المبدأ المنازعات المتعلقة بالإجراءات التي تتخذها الإدارة إزاء المتعاقد معها تندرج تحت ولاية القضاء الكامل، حتى لو انصب النزاع على طلب إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة اتجاهه، و أساس ذلك أن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذا للصفقة مثل القرارات الصادرة بتوقيع إحدى الجزاءات التعاقدية أو فسخ العقد أو إلغائه، دائما يدخل في منطقة العقد و تكون المنازعات المتولدة عن تلك القرارات و الإجراءات هي منازعات حقوقية تنثير ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء و مؤدى ذلك عدم تقيد الطعن بالإجراءات و المواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء. <sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> عمار بوضياف ، مرجع سابق، ص334  
<sup>2</sup> بحري اسماعيل ، مرجع سابق، ص120.

