

قسم الحقوق

الموضوع:

الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: دولة ومؤسسات عمومية

إشراف الأستاذ:
- فراحتيّة كمال

إعداد الطالب:
طبي إبراهيم

السنة الجامعية : 2015/2014



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وعرفان

قال تعالى: ﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾

سورة النمل الآية 19.

قال ﷺ: ﴿من لم يشكر الناس لم يشكر الله﴾

ويقول أيضا ﷺ: ﴿والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه﴾

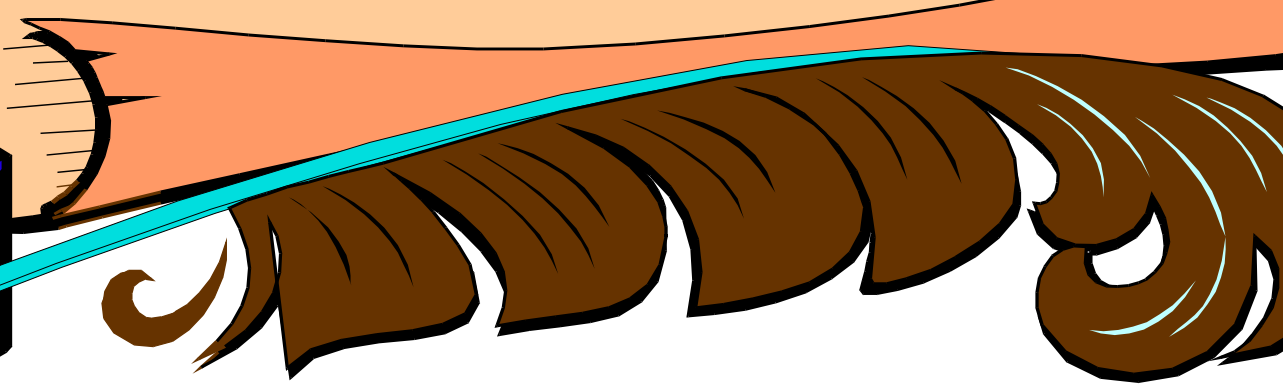
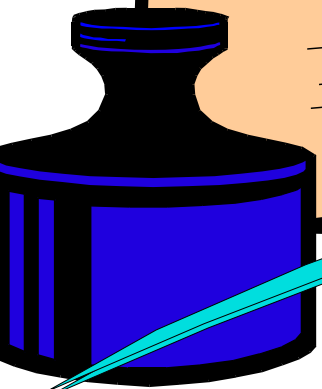
فشكرا جزيلًا وعرفانا جميلا إلى الأستاذ المشرف *فراحتية كمال*

وكذا كل أساتذة قسم الحقوق بجامعة المسيلة

ونشكر أيضا كل من قدم لنا يد المساعدة سواء من قريب أو بعيد

وإلى كل طلبة السنة الثانية ماستر دفعة 2015

إبراهيم



مقابلة

تحتل نظرية العقد الإداري مكانا بارزا في موضوعات القانون الإداري، ورغم تشعب الدراسات المتصلة بنظرية العقد الإداري، إلا أن السمة الغالبة في تلك الدراسات تتمثل في إبراز دور جهة الإدارة المتعاقدة- بوصفها سلطة عامة- في مجال الرابطة العقدية.

فجهة الإدارة المتعاقدة تتمتع بلا شك في مواجهة المتعاقد معها بسلطات لا نظير لها في العقود المدنية كسلطتها في تعديل التزامات المتعاقد معها وسلطتها في توقيع الجزاءات عليه حال تخلفه عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

ومع ذلك فإننا نتصور أن دور المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري هو دور جوهري يحتاج إلى مزيد من البحث والتأصيل، فالعقد الإداري يشكل إحدى وسائل الإدارة الأساسية في تسيير المرافق العمومية ولعل من أشهر العقود التي تخضع لنظام قانوني متميز مقارنة بالعقود الأخرى المبرمة سواء في إطار القانون الخاص أو تلك المسماة بالعقود الإدارية وهذا بالنظر إلى الخصائص والمميزات التي تطمعهما إنطلاقا من عملية تشكيلها وتكوينها مرورا بإبرامها ثم تنفيذها وإنهائها .

ولما كانت للصفقات العمومية أهمية كبيرة في تنفيذ المشاريع العمومية وإنجاز برامج التنمية فقد أعطى المشرع هذا النوع من العقود إطارا تنظيميا خاصا يتمثل في المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المعدل والمتمم والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، حيث عرف النظام القانوني للصفقات العمومية قبل ذلك تطورا ملحوظا منذ الاستقلال بدءا من الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 67/06/17 إلى المرسوم

رقم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982 مرورا بالمرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09/11/1991 إلى غاية إصدار المرسوم الرئاسي رقم 02-250 تم إصدار المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07/10/2010.

إن أهمية الصفقات العمومية تكمن بصورة واضحة بالنظر لصلتها الوثيقة بالخرزينة العمومة وهذا لكونها تنصب على مصاريف الإدارات العمومية أي على عملية الإنفاق العام لذا وجب إخضاعها لطرق خاصة تتعلق أساسا بإبرامها.

كما تبرز أهمية الصفقات العمومية أيضا من حيث إعتبارها أداة تنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية على حد سواء، ذلك أنه البرامج والخطط الإستثمارية التي تضعها السلطات المركزية المختصة إنما يقع تنفيذها على الإدارة المعنية في جزء كبير منها عن طريق الصفقات العمومية، كما هو الحال في الجزائر بالنسبة لتنفيذ برنامج الإنعاش الاقتصادي خلال الفترة 2001-2004 ثم تكملته ببرنامج آخر وهو برنامج دعم النمو للفترة 205-2009، بحيث تعتبر هذه البرامج جزءا مهما من الانفاق العمومي في مجال التجهيز والاستثمار.

ومع إقرار التوجه نحو انفتاح السوق أقر المشرع سياسة قانونية لتجسيد مبادئ هذا التوجه خاصة مبدأ المنافسة بين المتعاملين وحياد الإداري في إختيار أحسنهم لما يملكونه من مؤهلات مالية وتقنية.

ونتيجة لذلك تم إدخال نظام خاص للضمانات التي تهدف إلى حسن تنفيذ الأطراف المتعاقدة لإلتزاماتها وعدم المساس بحقوقها التعاقدية، وهنا في شكل مبادئ عامة

وإجراءات عملية تميز الصفقات العمومية عن عقود الإدارة الأخرى، فقد نصت المادة 30 من قانون الصفقات العمومية على أنه: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لإختيار المتعاملين معها وأحسن الشروط لتنفيذ الصفقة ومما سبق يتضح أن للإدارة سلطات واسعة لمواجهة المتعاقد معها، وهو يحتم على التشريعات توفير حماية قانونية كافية لمواجهة إساءة إستعمال هذه السلطات، وهذا الجانب ما أرساه القضاء الإداري في هذا الصدد والمقابل قد تتعرض الإدارة المتعاقدة إلى عدة مشاكل حول دون حسن التنفيذ وبالتالي المساس بمبدأ استمرارية المرافق العامة.

دوافع وأهمية إختيار موضوع الدراسة:

يعد موضوع الضمانات في الصفقات العمومية من بين المسائل الحساسة لكونه يرتبط مباشرة بإحدى أوجه الإنفاق العمومي الذي بات في تزايد مستمر نظرا لتعدد مجالات تدخل الدولة في شتى الميادين، لكن قد يصادف إبرام الصفقات العمومية مشاكل ومخاطر جمة قد ترهن تنفيذ المشاريع الهامة وتؤثر في نجاعة الطلبات العمومية وبالتالي تؤدي إلى تعطيل قيام الإدارة بنشاطاتها على أكمل وجه واضطلاعها بمهامها المختلفة لخدمة مصالح المواطنين وسير المرافق العامة لذا فقد تم التفكير في وضع ضمانات مختلفة تكفل حسن سير عملية إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية بما يتوافق مع المبادئ الأساسية لها، لعل الغاية الأساسية لتلك الضمانات هي حماية حقوق الأطراف المتعاقدة من

جهة والحفاظ على الأموال العمومة من الاستغلال السيئ في إطار ما يسمى بترشيد الإنفاق العام من جهة أخرى.

وعلى ضوء هذا الوصف جاء إختيارنا للموضوع بغرض الدراسة والبحث في الجوانب القانونية والإدارية دون المنال الممارسة الميدانية التي تسمح لنا بتقييم نظام الضمانات المنتهج حاليا من حيث نقاط القوة والضعف.

حدود الدراسة:

إن معالجة موضوع البحث سواء من جوانبه النظرية والتطبيقية تقتضي وجوبا الإلمام أكثر بالنشاط الإداري وعلاقته بالجمهور، هذه العلاقة تبقى رهينة الأعمال التي يقوم بها رجال الإدارة والتي ترجع بالأساس إلى تكوينهم القانوني وثقافتهم الإدارية مما قد لا يتيح لنا على الأقل فرصة الحكم بدقة وتقييم نجاعة الضمانات الموجودة في النصوص القانونية، لذا فقد انحصرت هذه الدراسة في تحليل أسس إيرام الصفقة العمومية مع التركيز أحيانا على الممارسة الميدانية، هذه الأخيرة تبقى المعيار الفصلي والحاسم للقيام بآية عملية تقييم لنظام الضمانات في الصفقات العمومية.

إشكالية الدراسة:

يمكن طرح إشكالية البحث على النحو التالي:

- كيف يمكن تثمين نظام الضمانات وتفعيله في ميدان الصفقات العمومية؟ وإلى أي مدى تسمح هذه الضمانات المالية بتوفير الشروط الملائمة لحسن إنجاز الصفقة العمومية؟.

فرضيات الدراسة:

إن تقديم دراستنا تكون وفقا لصياغة الفرضيات التالية:

- دوافع لجوء الإدارة العمومية إلى إبرام الصفقات العمومية هي إشباع الحاجات العمومية وتسيير المرافق العامة تقتضي بالضرورة إيجاد المصادر المالية الكافية والتعاقد مع أحسن المتعاملين ومنه وضع ضمانات مناسبة كشرط أساسي للحفاظ على المال العام من مخاطر الاستغلال السيئ له، وهذه الضمانات يجب أن تغطي كافة مراحل الصفقة العمومية خصوصا مرحلة الإبرام.

تمثل الضمانات المقررة في مجال الصفقات العمومية فائدة مزدوجة الأطراف الصفقة، فهي حق وواجب ف أن واحد، خاصة بالنسبة للمتعاقد الذي يمتاز مركزه القانوني بكونه أقل من منزلة المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ العقد المبرم بينهما، ومنه يتطلب الأمر توفير الحماية اللازمة منهج الدراسة.

للإجابة على الإشكالية المطروحة، نعتمد في هذه الدراسة على المنهجين الاستقرائي والتحليلي.

ومنه فقد تم الدراسة إلى فصلين، يشمل الفصل الأول الضمانات المالية في مرحلة تنفيذ وإنهاء الصفقة العمومية، حيث قسم إلى مبحثين تتعلق بطبيعة نظام الضمانات التي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة و ضمانات مفروضة على المتعامل المتعاقد.

أما الفصل الثاني فتم تخصيصه لدراسة ضمانات ومسؤولية الإدارة في دفع المقابل المالي حيث قسم أيضا إلى مبحثين تتعلق بضمانات وآليات المتبعة لدفع المقابل المالي في قانون الصفقات العمومية وكذا واجب احترام المصلحة المتعاقدة من أجل التسديد ومدى إمكانية تحديد مسؤوليتها العقدية.

الفصل الأول

الضمانات في مرحلة تنفيذ وإنهاء

المصفقات العمومية

تمهيد:

إن الغرض الأساسي من إبرام الصفقات العمومية هو تنفيذها وينجم عن هذا القرار آثار قانونية بالنسبة للإدارة المتعاقدة وكذا المتعامل الحائز على الصفقة ، بحيث ينتج عن تنفيذ الصفقة تولد آثار تتمثل في حقوق والتزامات كل طرف من الأطراف.

إن 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 في حقوق في مواجهتها، لأنها تعمل من أجل المصلحة العامة في حين يسعى المتعامل المتعاقد إلى تحقيق مصلحته الخاصة⁽¹⁾.

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 الإشراف،

(1) - أحمد محيو، بسيوني عبد الغني عبد الله: القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993،

الرقابة والتوجيه وتعديل شروط العقد بالزيادة أو النقصان، وكذلك سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد، وسلطة الإدارة في إنهاء العقد فضلا عن حقوق وسلطات أخرى⁽¹⁾.

يبدو عدم المساواة لمصلحة الإدارة حين تنفيذ الصفقة بشكل خاص، فالمادة 106 في القانون المدني تنص على: «إن العقد شريعة المتعاقدين» ليست محترمة تماما، إذ أن القاعدة العادية للقانون الخاص تتضمن ثلاث نتائج: الطابع الإلزامي للعقد، وعدم تغييره والمساواة بين المتعاقدين، إلا أن كلامنا من هذه النتائج يمكن أن توضع وضع التساؤل في القانون الإداري⁽²⁾. ورغم أن المصلحة المتعاقدة باعتبارها تتمتع بحقوق وامتيازات حتى ولم ينص عليها العقد أو الصفقة وهو ما يعبر عنه بالنظام غير المألوف في العقود الإدارية لأنها تتعلق بالنظام العام، فإنه لا ينبغي الاعتقاد بأن مصلحة الفريق الثاني في الصفقة وهو المتعامل المتعاقد قد تم التضحية هنا، لأن الإدارة لو حصل هذا لن تجد أمامها شخصا تتعاقد معه، ورغم أن عددا من الالتزامات يتقل كاهله، فإنه يستفيد أيضا من بعض الأفضليات والضمانات التي تشكل بحد ذاتها التزامات بالنسبة للمصلحة المتعاقدة.

وهذا الوضع يحتم علينا التساؤل عن المركز القانوني والفعلي للمتعامل المتعاقد حيال هذه السلطات والامتيازات الضخمة المخولة للمصلحة المتعاقدة، وبعبارة أخرى ما هي أهم الضمانات المفروضة على الإدارة صاحبة الصفقة لمصلحة المتعامل المتعاقد؟ وفي المقابل

(1) - مازون ليو راضي: دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،

2002، ص 6.

(2) - أحمد محيو، بسيوني عبد الغني عبد الله: مرجع سابق، ص 377.

ما طبيعة الضمانات المقررة لصالح المصلحة المتعاقدة والمفروضة أصلاً على المتعامل المتعاقد؟.

وهل تعد هذه الضمانات كافية لحسن تنفيذ وانجاز موضوع الصفقة وفق منظور المادة 92 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي تفرض على المصلحة المتعاقدة إيجاد الضمانات الضرورية لاختيار المتعامل المتعاقد ولحسن تنفيذ الصفقة؟.

لذا وجب علينا البحث والدراسة لتحديد ماهية الضمانات المتوفرة في مرحلة تنفيذ الصفقة ثم إنهاؤها وكذا في حالة نشوب أي نزاع بمناسبة عملية التنفيذ.

حيث يتم التطرق أولاً إلى الضمانات الواردة على المصلحة المتعاقدة بالنظر إلى كونها الطرف الأقوى في الصفقة (المبحث الأول) والضمانات المفروضة من ناحية أخرى على المتعامل المتعاقد لفائدة المصلحة المتعاقدة (المبحث الثاني).

ثم نتناول دراسة الضمانات المتعلقة بطرق تسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقد الصفقة العمومية، لاسيما تلك المقررة لفائدة المتعامل المتعاقد في مواجهة السلطات غير العادية للمصلحة المتعاقدة (المبحث الثالث).

المبحث الأول: الضمانات الواردة على عاتق المصلحة المتعاقدة

يتمتع المتعامل المتعاقد إزاء المصلحة المتعاقدة بجملة من الضمانات في شكل حقوق، وهذا حسب دفتر شروط الصفقة التي تم إبرامها بينهما والتي تتضمن معظمها، وقد إتفق الفقه على أن للمتعاقد حقوقاً أوسع مما ينص عليه العقد على أساس تحقيق العدالة في التنفيذ⁽¹⁾. وتمثل هذه الحقوق المعترف بها للمتعامل المتعاقد بالتزامات بالنسبة إلى الإدارة المتعاقدة التي تسعى دائماً إلى فرض منطقها الخاص وهو تحقيق المنفعة العامة في مقابل سعي المتعامل المتعاقد لتحصيل منفعته الخاصة.

لذلك يمكن تصنيف التزامات الإدارة المتعاقدة في مجال تنفيذ الصفقة العمومية إلى نوعين رئيسيين هما:

- التزامات مستمدة مباشرة من العقد مثل الالتزام بدفع الثمن أو المقابل المالي للمتعامل المتعاقد.

- التزامات لا يكون العقد مصدرها، وإنما القضاء الإداري قررها للمتعاقد استناداً إلى قواعد العدالة أو إلى قاعدة ضرورة سير المرفق العام بانتظام، وذلك نظير الامتيازات الاستثنائية التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة، ومثال هذه الالتزامات إعادة التوازن المالي للعقد.

(1) - حسن محمد عواضة: المبادئ الأساسية للقانون الإداري، (دراسة مقارنة)، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان 1997 ص156.

ويعتبر الالتزام بدفع السعر أو المقابل وإعادة التوازن المالي للصفقة أهم التزامات المصلحة المتعاقدة على الإطلاق، وتعد في ذات الوقت حقوقا مكفولة للمتعاقد المتعاقد ولا يخلو عقد صفقة من الإشارة إليهما والتعرض لهما بالتفصيل، خاصة وأن طبيعة هذه الالتزامات هي مالية بالدرجة الأولى وإن كانت تختلف صورها وإجراءاتها بين التزام وآخر فالمتعاقد المتعاقد عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة صار من حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية التي حددها القانون (مطلب أول) وإذا واجهته أثناء التنفيذ وقائع وعوامل مرهقة لا يمكن معها الاستمرار في تنفيذ الصفقة بات من حقه المطالبة بالتوازن المالي (مطلب ثاني)، كما يجوز له أيضا المطالبة بالتعويض إذا لحقت به أضرار جراء عمل قامت به الإدارة أو وقوع قوة قاهرة.

المطلب الأول : ضمانات التسوية المالية للصفقة

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة يلزم فيه المتعاقد المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات والشروط المتفق عليها وتلزم الإدارة صاحبة الصفقة بدفع المقابل المالي بالأشكال الكيفيات التي حددها القانون.

ولما كان للصفقة العمومية علاقة وثيقة بفكرة الإنفاق العام وبحقوق الخزينة العامة وجب التأكيد على حسن التنفيذ وأداء الخدمة قبل اتخاذ إجراء تحويل المال ووضعها في رقم حساب المتعاقد المتعاقد (1).

(1) - بوضياف عمار: الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، دار جسر للنشر، الجزائر

وعليه يمكن تصنيف الضمانات الواردة على المصلحة المتعاقدة من زاوية مكافأة

المتعامل المتعاقد عن تنفيذه لموضوع الصفقة إلى نوعين رئيسيين هما:

1- ضمانات دفع المقابل المالي المنصوص عليه في العقد.

2- ضمانات تعويض خسائر المتعامل المتعاقد.

الفرع الأول: حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء المقابل

إن الحق الأول والأساسي للمتعاقد مع الإدارة هو الحصول على المقابل المتفق عليه

في العقد وتختلف صورة هذا المقابل حسب نوع العقد الإداري.

وبالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي 10-236 نجد أن المشرع الجزائري أولى

هذه المسألة أهمية كبيرة، ويظهر ذلك من خلال وضعه 19 مادة تصب في هذا الموضوع.

فقد بينت المادة 73 كيفيات الدفع " تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات أو

الدفع على الحساب وبالتسويات على رصيد الحساب " وندرس فيما يلي كل شكل على حدى.

وكفالة لهذا الحق فقد نص المرسوم الرئاسي 10-236 على آليات لعملية الدفع

وكذا الآجال تحقيق هذه العملية ضمانات المشرع لحقوق المتعامل المتعاقد وهذا ما يعكس

أيضا الاهتمام البالغ لهذه المسألة نظرا لخطورتها خاصة في عقد الأشغال أين تتعدد المهام ويرتفع مبلغ الصفقة⁽¹⁾.

(1) - أنظر المادة 73 من المرسوم الرئاسي 10-236.

ويلاحظ أن 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 الجائز اعتبار مصلحة المتعاقد المالية متعارضة مع مصلحة الدولة المالية لمجرد كون المتعاقد يطمح من وراء تعاقدته إلى تحقيق الربح⁽¹⁾.

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

1- آليات تحديد السعر في الصفقة العمومية:

تنص المادة 51 من قانون الصفقات العمومية على أنه: " يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية:

- بالسعر الإجمالي والجزافي.
- بناء على قائمة سعر الوحدة.
- بناء على النفقات المراقبة.
- سعر مختلط".

أ- **السعر الإجمالي الجزافي:** أغفلت كل التنظيمات القانونية للصفقات العمومية تعريف هذا الأسلوب، باستثناء دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والمواصلات والمصادق عليه بموجب القرار

(1) - ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص496.

المؤرخ في 11/21 /1964، الذي أفاد الجزء أ من الفقرة ب من المادة الأولى منه على أن:

«الصفقة المبرمة وفقا للسعر الإجمالي الجزافي هي تلك الصفقة التي يكون فيها العمل

المطلوب إنجازة من طرف المقاول محدد تماما والسعر محدد إجماليا ومسبقا».

وعليه يتم الاتفاق مسبقا على السعر الإجمالي الجزافي وبشكل نهائي غير قابل للتغيير

أو التعديل إلا في حالة القوة القاهرة وتوافر شروطها⁽¹⁾.

ومن ثم فقد كرس هذا النص المفهوم المطلق للسعر الجزافي المنصوص عليه في

المادة 561/1 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه : "إذا أبرم العقد بأجر

جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن 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 مأدونا به منه واتفق مع المقاول على الأجرة".

وقد يكشف الواقع العملي عن تفضيل هذا الأسلوب في تحديد المقابل المالي الذي يتلقاه

المتعامل المتعاقد خاصة يمكن المصلحة المتعاقدة مراعاة إحترام الأسعار تفضيل دفع

مستحقات :» أن الفقرة الأخيرة من نص المادة 51 تفيد بأن /04/2004 وهو ما كرسه أيضا

مجلس الدولة في قراره «الصفقة وفق صيغة السعر الإجمالي الجزافي والذي جاء في حيثياته:

"إن الحساب العام النهائي هو الحساب الأخير لتحديد المبلغ الإجمالي للصفقة، حيث أن

الحساب العام النهائي ثابت وغير قابل للمساس به مادامت الشكاوي اللاحقة غير مقبولة.

(1) - انظر: المادة 27 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 .

حيث أنه ينبغي التذكير مرة أخرى بأن المقاوله المستأنفة كانت مقيدة بالحساب العام والنهائي الذي أمضته ولا يمكنها المطالبة إلا بما تم تحديده في هذا الحساب⁽¹⁾.

ب - السعر بناء على قائمة الوحدة: لم يتطرق التنظيم الأخير للصفقات العمومية لتعريف هذا الأسلوب، على خلاف دفتر الشروط الإدارية العامة الذي 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 خصيصاً لصفقة معينة (القائمة) وإما أن تكون على أساس مجمع (المجموعة) موجودة مسبقاً تسمى السلسلة» .

كما تعرض الأمر رقم 67-90 إلى أن الصفقة يمكن أن تتحمل سعراً إجمالياً جزافياً عن مجموع الخدمات المطلوبة، وإما عدة أسعار موحدة يحدد على أساسها سعر التسديد تبعاً للأهمية الحقيقية للخدمات المؤداة.

وبناء عليه تم تحديد الثمن على أساس قائمة سعر الوحدة بضرب ثمن الوحدة في عدد الوحدات المشابهة لها، وإن تضمنت الصفقة أكثر من صنف للوحدات فتحدد ثمن كل صنف من الوحدات المماثلة أو المشابهة، ثم نقوم بجمع أثمان هذه الأصناف المتشابهة لنحصل على سعر الصفقة الكامل.

(1) - قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، الصادر بتاريخ 15/04/2003، ملف رقم 8072، مجلة مجلس الدولة،

ومنه فإن الثمن النهائي في هذه الحالة لا يعرف مسبقا، والمعروف أنه عند إبرام العقد هو أن ثمن الوحدة يكون ثابتا، و ما هو متغير فهو الثمن الإجمالي لأنه مرتبط بالقيمة المنجزة فعليا، ويتم الاعتماد على هذا الأسلوب خاصة في صفقات اقتناء اللوازم والتوريدات.

ج - السعر بناء على النفقات المراقبة: ورد ذكره في المادة 51 من قانون الصفقات

العمومية دون تعريفه، في حين أفاد دفتر الشروط الإدارية العامة في الجزء ج من الفقرة ب من المادة الأولى منه أن: « الصفقة على أساس النفقات المراقبة هي تلك الصفقة التي تكون فيها النفقات الحقيقية والمراقبة للمقاول من (يد عاملة، مواد مستهلكة، إيجار العتاد، نقل،... الخ) لتنفيذ عمل محدد، والتي يتم تسديدها كليا بتطبيق معاملات الزيادة أخذا بعين الاعتبار التكاليف العامة وهامش الربح».

ومنه فالسعر الذي يتقاضاه المقاول المتعاقد وفق هذا الأسلوب لا يكون محددًا أو معرفًا عند إبرام الصفقة، لكن المحدد هو معايير ومقاييس المراقبة وما سينفقه المتعامل المتعاقد أثناء انجازه للخدمة، لذا يجب أن تذكر وتحدد طبيعة وطريقة الحساب . وقيمة مختلف العناصر المتعاقد عليها لأجل تحديد الثمن الواجب الدفع⁽¹⁾.

فالمصلحة المتعاقدة تحدد المقابل المالي بعد قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة بشكل فعلي، وبعد معاينتها ومراقبتها لما تم انجازه ميدانيا، بالإضافة لتحريرها لكل النفقات والمصاريف الحقيقية التي يتحملها المتعامل المتعاقد وكذا ربحه، وهذه الآلية مطبقة أكثر في

(1) - SABRI Mohamed, AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed , Guide de gestion des marchés publics, édition de Sahel ,2000, p 69 .

صفقات الأشغال، لأن طبيعتها تتوافق مع هذا الأسلوب إذ يمكن المصلحة المتعاقدة معاينة الأشغال المنجزة فعلياً وتقديرها نقداً وفقاً للمعايير المحددة سلفاً.

د - تحديد الأجر بسعر مختلط: طبقاً لنص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 02-

250، يعد السعر المختلط أحد أساليب تحديد المقابل المالي الذي يأخذه المتعامل المتعاقد لقاء تنفيذ الصفقة، وقد أغفل التنظيم الأخير تعريفه كما أغفلته التنظيمات السابقة، إلا أنه يستخلص من مصطلح "مختلط"، أن هذا الأسلوب يفترض منه أن يكون جامعاً بين أسلوبين من أساليب تحديد الثمن كأن يجمع بين السعر بناء على قائمة سعر الوحدة وكذلك السعر بناء على النفقات المراقبة.

وعليه فإن السعر يكون مختلطاً عندما يتم تقييم جزء من الخدمات المنفذة في الصفقة بسعر جزافي والجزء الآخر بسعر بناء على قائمة سعر الوحدة. وعملياً هذا النوع من السعر نجده يستعمل في صفقات الأشغال، بحيث يتم الحساب بطريق أو سعر إجمالي جزافي للبنية القاعدية بالنسبة للكميات المنجزة فعلياً، أما بالنسبة للبنية الفوقية للانجازات يتم تقييمها على أساس سعر النفقات المراقبة عادة⁽¹⁾.

2- طابع السعر في الصفقة:

عموماً ومهما كان أسلوب تحديد السعر، فإن هذا الأخير غير قابل للتغيير من حيث المبدأ، إلا في حالة استثنائية قد ترد على هذا المبدأ تمليها إرادة المتعاقدين وأخرى ظروف خارجية وقد أفادت المادة 52 من قانون الصفقات العمومية بإمكانية أن يكون السعر ثابتاً أو

(1) - أنظر المادة 73 من المرسوم الرئاسي 10-236.

قابلا للمراجعة، وفي الحالة الأخيرة يجب أن تحدد الصفقة صيغته أو صيغ مراجعته وكذلك
كيفية تطبيقها⁽¹⁾.

أ- **السعر الثابت:** ورد في نص المادة 52 دون تعريف، مما يتعين الاستعانة
بالتنظيمات السابقة للصفقات العمومية للوقوف على مفهوم السعر الثابت ومنها الأمر رقم
67- 90 الذي 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"، وعليه فإن للسعر الثابت مفهوم مرن فهو ذلك السعر أو
الثن الذي تم تحديده و الاتفاق على تأديته للمتعاقل عند إبرام الصفقة، دون إمكانية
تغييره أو تعديله أو مراجعته لاحقاً، ومن ثم فإنه لا يعد السعر ثابتاً إذا كان قابلاً لذلك لأن
الأسعار الثابتة هي تلك الأسعار التي لا تتغير خلال فترة العقد لا على مستوى الطوارئ
والتغيرات التكنولوجية ولا على صعيد الشروط الاقتصادية⁽²⁾.

ب - **السعر القابل للمراجعة:** اكتفى المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بتحديد شروط
إعمال المراجعة في بعض النصوص فمثلاً المادة 67 عندما يكون السعر قابلاً للمراجعة
فإنه لا يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار في الحالات الآتية:

- في الفترة التي تغطيها آجال صلاحية العرض.

- في الفترة التي يغطيها بند تحيين الأسعار عند الاقتضاء.

(1) - أنظر المادة 26 من الأمر 67- 90.

(2) - SABRI (M), AOUDIA (K), LALLEM (M), op.cit p70

- أكثر من مرة واحدة كل ثلاثة أشهر.

لا يمكن أن تكون العمل ببند مراجعة الأسعار إلا بمقتضى الخدمات المنفذة فعلا دون سواها حسب شروط الصفقة.

الصفقات التي يمكن لا تتضمن صيغا لمراجعة الأسعار هي الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة.

وحسب المادة 68 من المرسوم الرئاسي 10-236 يجب ان تراعي في صيغ مراجعة الأسعار الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة من خلال تطبيق معاملات وأرقام استدلالية تخص المواد والأجور والعتاد.

وتتمثل المعاملات التي يجب مراعاتها في صيغ مراجعة الأسعار فيما يلي⁽¹⁾:

- المعاملات المحددة مسبقا والواردة في وثائق المناقصة المفتوحة أو المحددة والاستشارة الانتقائية.

- المعاملات المحددة باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة عندما يتعلق الأمر بصفقة مبرمة بأسلوب التراضي.

ويجب أن تتمثل صيغ مراجعة الأسعار فيما يلي:

- جزء ثابت لا يمكن أن يقل عن النسبة المنصوص عليها في العقد فيما يخص التسبيق الجزافي ومهما يكن من أمر لا يمكن أن يقل هذا الجزء عن % 15 .

- حد استقرار التغيير في الأجور وقدره % 5 .

(1) - أنظر المادة 67-68 من المرسوم الرئاسي 10-236.

- الأرقام الاستدلالية للأجور وللمواد المطبقة ومعامل التكاليف الاجتماعية.

وحسب المادة 69 من المرسوم الرئاسي 10-236 فإن الأرقام الاستدلالية المعمول بها في صيغ مراجعة الأسعار هي الأرقام التي تتم الموافقة عليها وتنتشر في الجريدة الرسمية وفي كل نشرة أخرى مؤهلة للاستقبال الإعلانات القانونية والرسمية وتطبيق المصالح المعنية الأرقام الاستدلالية ابتداء من تاريخ موافقة الوزير المكلف بالمالية عليها.

غير أنه فيما يخص صيغ مراجعة الأسعار المرتبطة بالخدمات التي تؤديها المؤسسات الأجنبية وتدفع مبالغها بالعملة الصعبة فإنه يمكن استعمال الأرقام الاستدلالية لبلد المتعامل المتعاقد أو أرقام استدلالية رسمية أخرى⁽¹⁾.

أما فيما يخص تطبيق بنود مراجعة الأسعار، فإن بنود تطبيق مراجعة الأسعار محددة ضمناً في المادة 70 من المرسوم الرئاسي 10-236 حيث تشير إلى أن تطبيق بنود مراجعة الأسعار مرة واحدة كل ثلاثة أشهر إلا في حالة اتفاق مشترك بين الأطراف على تحديد فترة أقصر.

الأرقام الاستدلالية القاعدية المطلوبة أخذها بعين الاعتبار وهي كالاتي:

-أرقام الشهر الذي أعطي فيه أمر الخدمة بالشروع في الأشغال عندما يكون الأمر بالخدمة قد صدر بعد انقضاء فترة صلاحية العرض أو الأسعار.

(1) - أنظر المادة 68-69 من المرسوم الرئاسي 10-236.

- عندما تسدد جهة من تسبيق على التموين من دفع على حساب أو تسوية على رصيد حساب فإنها تخصم بعد تطبيق مراجعة الأسعار من مبلغ الدفع على الحساب أو التسوية على رصيد الحساب.

أما فيما يخص مقابل الخدمات المنجزة بعد الأجل التعاقدى للتنفيذ المتفق عليه فإن المادة 71 من المرسوم الرئاسي 10-236 تنص على أنه "يدفع مقابل الخدمات المنجزة بعد الأجل التعاقدى للتنفيذ المتفق عليه"⁽¹⁾.

على أساس الأسعار المطبقة اعتمادا على السعر الذي يحتمل أن يكون قد تم تحيينه أو مراجعته محسوبا في نهاية الأجل التعاقدى في حالة ما إذا تسبب المتعاقد في تأخير تنفيذ الصفقة وحسب المادة 72 من المرسوم الرئاسي 10-236 التي تبين أنه الصفقة التي تأخذ خدماتها في شكل نفقات مراقبة طبيعية مختلفة العناصر التي تساعد على تحديد السعر الواجب دفعه وكيفية احتسابه وقيمه⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 33 في فقرتها الثانية من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 تحمل حكما مناقضا للمرسوم الرئاسي 10-236 فيما يخص صيغة المراجعة إذ تجعل من تغيير الأسعار سببا كافيا لفسخ الصفقة ولا يطبق السعر المراجع إلا في الفترة بين طلب الفسخ والفسخ النهائي وهناك تضارب بين أهداف المراجعة⁽³⁾.

(1) - أنظر المادة 70-71 من المرسوم الرئاسي 10-236.

(2) - أنظر المادة 71 من المرسوم الرئاسي 10-236.

(3) - أنظر المادة 72 من المرسوم الرئاسي 10-236.

قانون الصفقات العمومية لسنة 2002 ودفتر الشروط الإدارية العامة حيث إن الهدف من المراجعة في الأول هو ضمان توازن الصفقة مالياً أما الثاني فهو فسخ العقد نهائياً. وللاشارة فإن معظم الصفقات التي تبرمها الدولة عموماً تنص في بنودها على أن الأسعار تكون مغلقة وغير قابلة للتحيين ولا للمراجعة وهو ما يمثل إجحافاً في حق المتعامل المتعاقد وتقليصاً للضمانات المقررة له.

وعلاوة على بند المراجعة، هناك ما يعرف بالتحيين، وهو عملية إعادة النظر والتقييم للأسعار المتفق عليها في انجاز صفقة نظراً للتقلبات الاقتصادية التي تؤثر انعكاساتها على الأسعار وتغطي هذه العملية الفترة الممتدة من نهاية صلاحية العرض إلى الأمر بالبداة بالأشغال (ODS) (1).

وقد نصت المادة 53 من قانون الصفقات العمومية على شروط تطبيق عملية التحيين، بحيث يمكن قبول تحيين الأسعار التي يحدد مبلغها باتفاق مشترك إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة أجل يفوق مدة صلاحية العرض وكذلك إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك (2).

يتبين لنا من خلال نص المادة المذكورة أن موضوع التحيين ينصب على مراجعة السعر الابتدائي المتفق عليه في صفقة عمومية تحملت مرور مدة زمنية تفوق أجل صلاحية العرض والمحصورة بين التاريخ المحدد لإيداع العرض، وتاريخ الأمر بالبداة في تنفيذ

(1) - أنظر المادة 33 من دفتر الشروط الإدارية.

(2) - أنظر المادة 53 من قانون الصفقات العمومية.

الخدمات والأشغال، شريطة أن يحدث خلال هذه الفترة تغييرات في الظروف الاقتصادية حتمت ذلك.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة تحيين أسعار صفقة مبرمة بإجراء التراضي عند انقضاء أجل صلاحية الأسعار المحددة في التعهد والذي يفصل بين تاريخ إمضاء المتعامل المتعاقد الصفقة وتاريخ التبليغ بالشروع في تقديم الخدمة طبقا للمادة 2/53 من قانون الصفقات العمومية ولتطبيق عملية التحيين يجب تضافر 03 عناصر وهي:

- **مدة صلاحية العرض:** لم يحدد قانون الصفقات العمومية هذه المدة وتركها للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، تبعا لعناصر معينة كتعقيد موضوع الصفقة المزمع طرحها والمدة التقديرية اللازمة لإيصال العروض، غير أن المشرع قد ألزم المصلحة المتعاقدة بالتحديد بالاعتبارات السابقة من حيث وجوب احتواء إعلان المناقصة على البيانات الإلزامية والمتمثلة في تاريخ آخر أجل ومكان إيداع العروض وتلزم أيضا بإعلانه وتبينه للمتشحين⁽¹⁾.

أ- **التاريخ المحدد لإيداع العروض:** طبقا للمادة 50 من قانون الصفقات العمومية فإن التاريخ المحدد لإيداع العروض متروك لتقدير المصلحة المتعاقدة، بشرط أن يكون الأجل المحدد واسعا لأكثر عدد ممكن من المتنافسين مع إمكانية تمديده إذا اقتضت الظروف ذلك⁽²⁾.

ب- **تاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات:** يشكل هذا التاريخ عنصرا محددًا لإعمال قواعد التحيين للسعر الابتدائي لصفقة ما، فهذا التاريخ لا يكون معلوما عند إبرام هذه

(1) - أنظر المادة 53 / 2 من قانون الصفقات العمومية.

(2) - أنظر المادة 50 من المرسوم الرئاسي 10-236.

الصفقة، إذ يتم تحديده و ضبطه لاحقا عندما تصدر المصلحة المتعاقدة أمرا بالشروع في التنفيذ، لأنه إذا تأخر صدور هذا القرار وكان هذا التأخير مدته تفوق مدة صلاحية العرض، فإن هذا التأخير يحمل مجالا لتحيين السعر الابتدائي للصفقة.

ولتضمنين بند التحيين في الصفقة العمومية، ينبغي مراعاة الشروط المنصوص عليها

في المادة 54 من قانون الصفقات العمومية وهي:

- **تحديد مبلغ التحيين:** هناك طريقتان هما:

- **الأولى:** الطريقة الجرافية وتسمح بتقدير الزيادة في السعر الابتدائي بتحديد ثمن

إجمالي باتفاق مشترك بين طرفي العقد.

- **الثانية:** طريقة المعادلة بأن يتبنى طرفا العقد صيغة مراجعة رقمية جبرية، وقد

استعمل التنظيم صيغة مراجعة دون تحديد طابعها المبسط، كما لم يتنازل عن الجزء الثابت

ولا عن حد الاستقرار المعروف في المراجعة.

وهنا نستنتج أن التحيين يكتسي طابعا استثنائيا، بمعنى أن اللجوء إلى إدخال بند تحيين

في الصفقة العمومية بإحدى الطريقتين سالفتي الذكر ما ينبغي أن يحتفظ بطابع محدد، فالمادة

54 من قانون الصفقات تدعو كل من المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد إلى استعمال

غير متكرر لبند التحيين.

غير أن نفس المادة لا تحدد على الإطلاق الحالات التي ينحصر فيها تضمين بند

التحيين⁽¹⁾.

(1) - أنظر المادة 54 من قانون الصفقات العمومية.

- مجال تطبيق التحيين:

لا يتم إلا على الفترة المحصورة بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض، وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات التعاقدية، والتي تفوق مدتها مدة صلاحية العرض، علماً أن الأرقام الاستدلالية القاعدية التي يجب مراعاتها في ذلك هي أرقام شهر نهاية صلاحية العرض.

ج- الطابع التعاقدى لبند التحيين: كرسست المادة 54 من قانون الصفقات العمومية

الطابع التعاقدى الاتفاقي لتحيين السعر الابتدائي والذي يعتبر أحد الشروط الجوهرية لإعمال صيغة التحيين وبعبارة أخرى إذا سكتت الصفقة على إدخال بند تحيين فهذا يعني أن طرفي العقد قد اتفقا على سعر ثابت.

إلا أن نفس المادة أفادت بإمكانية السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخير في تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد وكما تطبق هذه الأحكام كذلك على الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة.

بناء على ما تقدم ومن خلال التجربة الميدانية، يتضح جلياً بأن النظام القانوني للصفقات العمومية وكذا الممارسة العملية تفضل السعر الثابت وغير القابل للمراجعة، وهي أسباب ترتبط أساساً بتحقيق اقتصاد ووفرة الأموال العمومية، وفي جملة أخرى لا يمكن أن ننكر بأن إعمال السعر الثابت بصورة مطلقة من شأنه أن تكون له انعكاسات سلبية على المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معاً⁽¹⁾.

(1) - أنظر المادة 54 من قانون الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: آليات دفع الثمن (المقابل)

يخضع الحصول على المقابل المالي لقاعدة عامة أساسية وهي: "الدفع بعد تأدية الخدمة"، ويقصد بها أن المصلحة المتعاقدة لا تدفع المقابل المالي للمتعاقد معها إلا بعد إنجاز موضوع الصفقة سواء القيام بالخدمة أو تسليم التوريدات المطلوبة⁽¹⁾، وهذا باعتبار أن المقابل المالي يشكل نفقة عامة تدفع بمناسبة تنفيذ صفقة عمومية لذا فهي تخضع وجوبا لقواعد المحاسبة العمومية.

وفي هذا المجال وتخفيفا من صرامة هذا المبدأ، و بما أن صفقات اللوازم والأشغال تتطلب في أكثر الأحيان تمويلا معيناً وعبئاً مالياً قد لا يستطيع الفرد تحمله لوحده حتى اكتمال التنفيذ، إعتبر قانون الصفقات العمومية في المادة 61 منه أن التسوية المالية للصفقة تتم بالتسبيقات و/ أو الدفع على الحساب وبالتسوية على رصيد الحساب وهي الكيفيات التي سنتعرض لها تباعاً.

1- التسبيق: l'avance

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⁽²⁾. وهو نفس التعريف الذي اعتمده المرسوم الرئاسي 10-236 في المادة 74 منه.

(1) - لباد ناصر، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ط1 لباد éditeur، 2004، ص 443 .

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

أ - أنواعه: نصت المادة 76 من المرسوم الرئاسي 10-236 على أنه: " تسمى التسبيقات حسب الحالة جزافية أو على التموين".

- **التسبيق الجزافي:** هو ذلك المبلغ المدفوع من قبل المصلحة المتعاقدة قبل الشروع في أداء الخدمة موضوع الصفقة للمقاول أو المورد بناء على نسبة محددة في الصفقة، والتي يجب ألا تتجاوز العتبة المحددة في التنظيم والمقدرة ب % 15 من سعر الصفقة.

ومنه فإن سعر الصفقة الأولي هو الوعاء لتحديد التسبيق الجزافي، والذي لا يتجاوز نسبة % 15 حسب المادة 65 من قانون الصفقات العمومية، وبصفة استثنائية يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تدفع تسبيقا جزافيا يفوق نسبة % 15 إذا كانت قواعد الدفع أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي يترتب عن رفضها ضررا أكيدا لها بمناسبة التفاوض على صفقة، لكن بعد الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو الوالي حسب الحالة وبعد استشارة لجنة الصفقات المختصة⁽¹⁾.

وحسب المادة 79 يمكن دفع التسبيق الجزافي إما مرة واحدة أو على عدة أقساط، تنص الصفقة على تعاقبها الزمني⁽²⁾.

- **التسبيق على التموين:** وخصص فقط لصفقات الأشغال والتوريد حتى يمكن للمتعاقد من الحصول على تسبيق على التموين إلى جانب التسبيق الجزافي إذا ما أثبتوا إبرام عقود أو تقديم طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة، وفي هذه

(1) - أنظر: المادة 76 من المرسوم الرئاسي 10 - 236.

(2) - أنظر المادة 79 من المرسوم الرئاسي 10 - 236.

الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها تعهدا صريحا بإيداع تلك المواد والمنتجات في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلائم تنفيذ موضوع الصفقة، وفي حالة عدم قيامه بذلك يلزم بإعادة التسبيق⁽¹⁾. ولهذا التسبيق خطورة تظهر في الأحوال التي يقوم فيها المتعاقد بالتصرف أو باستخدام تلك المواد أو المنتجات لأغراض غير مخصصة لموضوع الصفقة المتعاقد عليها⁽²⁾، لاسيما أمام سكوت المشرع في هذه المسألة.

لم يحدد قانون الصفقات العمومية نسبة معينة من التسبيق على التمويل كما هو الشأن بالنسبة للتسبيق الجزافي، ولكنه أفاد بعدم إمكانية تجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي والتسبيقات على التمويل في أي وقت من الأوقات نسبة 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة هذا حسب نص المادة 70 من قانون الصفقات العمومية.

ومنه فإن التسبيقات على التمويل والمعرفة أيضا بالتسبيقات على المنتوجات والمواد محددة ب 35% من سعر الصفقة إذا كان التسبيق الجزافي محدد ب 15% مقسم عموما إلى حصص⁽³⁾.

ب - مدى إلزامية التسبيق: إن السؤال المطروح في هذا الصدد: هل أن التسبيق

وجوبي إلزامي؟ أم اختياري؟

(1) - أنظر: المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

(2) - رياض عيسى: نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري، الديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1985، ص 49.

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

أي هل هو حق مكفول للمتعاقل المتعاقد يمكن أن يطالب به حتى في غياب بند صريح

في شأنه؟

الحقيقة أن صياغة أحكام التسبيق الجزافي في تنظيم الصفقات العمومية لا تقدم أية إجابة لهذا السؤال، فلم تحدد لا طابعه الإلزامي ولا الجوازي، وبناء عليه إذا ضمن هذا النوع من التسبيق في الصفقة بشكل صريح، فإنه يفتح المجال واسعا للمتعاقل للمتعاقد للمطالبة به، أما إذا لم ينص عليه في بنود الصفقة فإنه من المنطقي ألا يشكل حقا من حقوق المتعاقل المتعاقد .

أما فيما يخص التسبيق على التموين كما بينته المادة 68 من قانون الصفقات العمومية أن له طابع جوازي فهو مجرد إمكانية وليس التزاما بالنسبة للمصلحة المتعاقدة ومنه لا بد أن يضمن في بند تعاقدى أثناء إبرام الصفقة.

2- الدفع على الحساب: l'acompte

عرفته المادة 74 من المرسوم الرئاسي 10-236 على أنه: " هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزء في موضوع الصفقة ومنه فهو تسوية جزئية لمبلغ الصفقة تتم قبل التنفيذ الكامل وهذا نظير تنفيذ جزئي للخدمة محل الإتفاق في الصفقة ويتم ذلك وفقا لنسب معينة ومعدلات تضبط باتفاق مشترك بين طرفي الصفقة لأن الدفع على الحساب يكتسي طابعا اختياريا وليس إلزاميا لذا ينبغي أن يكون محل بند صريح بالصفقة(1).

(1) - أنظر المادة 74 من المرسوم الرئاسي 10-236.

أ- أنواع الدفع على الحساب: ويتخذ نوعين:

1- الدفع على الحساب على التمويل بالمنتجات: (1) نصت على هذا النوع المادة

84 من المرسوم الرئاسي 10-236 التمويل بالمنتجات المسلمة في الورشة، والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التمويل والمواد الأولية، والأشياء المصنعة وغيرها والتي تدخل في تركيب المواد الضرورية للأشغال، وهذا من مبلغها المحسوب بتطبيق أسعار وحدات التمويل المعدة للصفقة على أساس الكميات المعايينة، ولا يستفيد المتعامل المتعاقد من هذا الدفع على الحساب إلا فيما يخص التموينات المقتناة في الجزائر.

ومن خلال نص المادة أعلاه يمكن لهذا النوع من الدفع أن يخص فقط عقد الأشغال ويكون ذلك بإثبات المتعاقد أنه وضع تحت ذمة المشروع منتجات معينة وتم استلامها في الورشة بإمكانه الحصول على دفع الحساب يقدر بـ 80% ، وأضافت المادة 84 أن مصدر المنتجات يكون جزائري فقط وهنا يستنتج عدم إمكانية الاستفادة من هذا النوع لو كان الإنتاج أجنبيا(2).

2- الدفع على الحساب الشهري: تنص المادة 85 من المرسوم الرئاسي 10-

236 على أنه يكون الدفع على الحساب شهري غير أنه يمكن أن تنص الصفقة على فترة

أطول تتلاءم وطبيعة الخدمات ويتوقف هذا الدفع على إحدى الوثائق التالية:

- محاضر أو كشوف حضورية خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها.

(1) - أنظر المادة 74 من المرسوم الرئاسي 10-236.

(2) - أنظر المادة 84 من المرسوم الرئاسي 10-236.

- جدول تفصيلي للوآزم موافق عليه من قبل المصلحة المتعاقدة.

- جدول الأجر المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الاجتماعية مؤشر

عليه من طرف صندوق الضمان الاجتماعي المختص⁽¹⁾.

3- التسوية على رصيد الحساب: بالرجوع إلى نص المادة 86- 87 من المرسوم

الرئاسي 10-236 تسجل أن التسوية على رصيد الحساب تتمثل في الدفع المؤقت أو

النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها⁽²⁾.

- التسوية على رصيد الحساب المؤقت: لا يمكن تطبيق هذه التسوية إلا إذا نصت

عليها الصفقة، وهي ترمي لدفع المبالغ المستحقة للمتعاقد بعنوان التنفيذ العادي

للخدمات المتفق عليها، مع اقتطاع ما يلي:

* اقتطاع الضمان المحتمل.

* الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل عند الاقتضاء.

* الدفعات المتعلقة بالتسيقات والدفع على الحساب بمختلف أنواعها والتي لم

تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد⁽³⁾.

(1) - أنظر المادة 85 من المرسوم الرئاسي 10- 236.

(2) - أنظر المادة 86 من المرسوم الرئاسي 10- 236.

(3) - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 226.

- التسوية النهائية: طبقا المادة 87 من المرسوم الرئاسي 10-236 العمومية فإنه يترتب على تسوية حساب الرصيد النهائي رد اقتطاعات الضمان وشطب الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد عند الاقتضاء

وبالرجوع إلى أحكام المادة 89 نجدها تلزم الإدارة المعنية بالقيام بالتسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوم ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة غير أنه يمكن تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من الوزير المكلف بالمالية ولا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل شهرين⁽¹⁾.

يحدد أجل صرف الدفعات في الصفقة، وتعلم المصلحة المتعاقدة كتابيا المتعامل المتعاقد بتاريخ الدفع، يوم إصدار الحوالة يخول عدم صرف الدفعات على الحساب في الأجل المحدد أعلاه، للمتعامل المتعاقد وبون أي إجراء، الحق في الاستفادة من فوائد التأخير محسوبة على أساس نسبة الفائدة البنكية المطبقة على القروض القصيرة المدى ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية هذا الأجل حتى اليوم الخامس عشر مدرجا، الذي يلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب.

غير أنه في حالة ما إذا تم صرف الدفعات على الحساب بعد أجل 15 يوم المحددة في الفقرة السابقة، وإذا لم يتم صرف الفوائد التأخيرية في نفس الوقت مع صرف

(1) - أنظر المادة 86 من المرسوم الرئاسي 10-236.

الحساب، ولم يتم إعلام المتعامل المتعاقد بتاريخ صرف الدفعات، يتم تسديد الفوائد على تأخير إلى حين تمكين المتعامل المتعاقد من المبالغ المستحقة⁽¹⁾.

الآثار المترتبة على عدم الدفع: طبقاً لأحكام المادة 89 من المرسوم الرئاسي 10-236 فإنه يترتب على عدم تسديد كل الفوائد التأخيرية أو جزء منها عند صرف الدفعات زيادة بنسبة 2% من المبلغ هذه الفوائد على كل شهر تأخير، يقدر التأخير الذي تحسب على أساسه هذه النسبة بشهر كامل محسوباً يوماً بيوم⁽²⁾.

المطلب الثاني: ضمانات مراعاة التوازن المالي للصفقة

إن السعر المحدد بالاتفاق لا يمكن تغييره 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 إرهاب المتعامل المتعاقد والتأثير البالغ على مركزه المالي بما يعطي له حق المطالبة بإعادة التوازن المالي⁽³⁾.

فإذا كانت مراكز الأطراف في عقود القانون الخاص متساوية متكافئة فإنه بخلاف ذلك في الصفقة العمومية، إذ قد يتحمل المتعامل المتعاقد عبءاً مالياً لم يكن بالحسبان ساعة التعاقد بما يفرض مراعاة هذا الطارئ الجديد والاعتراف له بحقوقه المالية تشجيعاً له على تنفيذ التزاماته.

(1) - أنظر المادة 89 من المرسوم الرئاسي 10-236.

(2) - أنظر المادة 89 من المرسوم الرئاسي 10-236.

(3) - بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 166.

وعليه فقد استقر الفقه والقضاء الإداريين في كل من فرنسا، مصر والجزائر على أن هذا الوضع يتطلب من أجل ضمان مبدأ الاستمرارية ، إيجاد توافق ومعادلة بين عاملين هما:

- التزام المتعامل المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ الصفقة لما لها من أثر على المصلحة العامة وتلبية احتياجات الجمهور من جهة.

- 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⁾. من جهة أخرى، ويلاحظ أن التوازن المالي للعقد أمر مفروض في كل عقد إداري ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعرض على مقتضاه دون الحاجة إلى نص على ذلك في العقد ومعنى ذلك أن العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقدون منها⁽²⁾.

ولأنه ليس من العدالة أن يتحمل المتعامل المتعاقد لوحده عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد، ورغم ذلك فقد أشار المرسوم الرئاسي رقم 02-250 إلى هذا الحق في نص المادة 02 /102 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:

(1) - بعلي محمد الصغير: القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004 ، ص 232 .

(2) - محمد رفعت عبد الوهاب وحسين عثمان محمد عثمان: مبادئ القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001 ، ص 688 .

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين..."

ومنه فإن المشرع حاول كفالة حق إعادة التوازن المالي للصفقة لصالح المتعامل المتعاقد وجعله التزاما يقع على الإدارة المتعاقدة وهذا باتخاذ طريق الحل الودي للنزاعات، توخيا منه للتنفيذ الحسن والأكمل للصفقة المتعاقد عليها⁽¹⁾.

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 -

يقصد بفعل الأمير كل إجراء مشروع تتخذه السلطات الإدارية المتعاقدة يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة⁽²⁾، والالتزامات المنصوص عليها في العقد، وبالتالي الإضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد وقد يتخذ شكل قرار فردي خاص، كالقرار الذي يصدر عن " l'âlée administrative " فعل الأمير أو ما يسمى بالمخاطر الإدارية 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

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

(2) - de laubadere andre, moderne frank. Delvolve Pierre , Traité des contrats administratifs, Tome second, l.g.d.j .paris, 1984, p515

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⁽¹⁾.

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 والقضاء الإداريين حتى يصبح من الممكن مطالبة المتعامل المتعاقد بالحصول على التعويض.

أولاً: شروط تطبيق النظرية

يشترط لتطبيق نظرية المخاطر الإدارية ما يلي:

- أ- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية وهذا أمر طبيعي مادامنا 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 تشريعياً أو إدارياً، وليس راجعاً إلى ظروف خارجية اقتصادية أو غيرها⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك شبه إجماع بين الفقهاء بأن يكون هذا الإجراء صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة وبإرادتها المنفردة⁽³⁾، أي أنه يجب أن يكون العمل الضار صادراً عن المصلحة المتعاقدة كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية⁽⁴⁾، أما إذا كان العمل صادراً

(1) -REVERO Jean , le droit administratif, 9ème édition, Dalloz, Paris, p 131.

(2) - طعيمة الجرف ، القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، 1970 ، ص 453.

(3) -REVERO (J), op. cit, p131 et PEISER (G), op. cit. ,p 67.

(4) -BENOIT Francis Paul ,Le droit administratif français, Dalloz, Paris 1968,p 637 .

عن جهة إدارية أخرى غير متعاقدة فإن المتعامل المتعاقد لا يستفيد من تطبيق هذه النظرية وإنما بإمكانه المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة للإدارة التي تعاقدت معه، أما بالنسبة للسلطة التي أصدرت الإجراء فيمكنه مقاضاتها وفقا لقواعد المسؤولية الإدارية.

ج- أن يكون الإجراء المتخذ مشروعاً، إذ أن الأمر لا يتعلق بمسؤولية تقوم على أساس الخطأ، فإن صدر العمل عن المصلحة المتعاقدة وكان غير مشروع جاز للمتعامل المتعاقد اللجوء إلى القضاء و مساءلتها طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية وفقاً لقواعد القانون الخاص.

د- أن يسبب الإجراء للمتعاقد ضرراً حقيقياً وليس احتمالياً من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للصفقة ولو لم يكن الضرر على جانب كبير من الجسامه (1)، ويشترط في الضرر أن يكون محدداً ومباشراً وخصوصاً بالمتعامل المتعاقد فإذا نتج مثلاً 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 102 منه (2).

(1) - ماجد راغب الطو: مرجع سابق، ص 498.

(2) - بوضياف عمار: مرجع سابق، ص 169.

هـ - أن يكون الإجراء غير متوقع وقت التعاقد ، بمعنى أن المتعاقد مع الإدارة وإن 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 مجال تنفيذ الصفقة العمومية عدم معرفة التكاليف الزائدة ونطاقها 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.

ثانياً: الآثار المترتبة عن تطبيق النظرية

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 كاملاً عن الربح والخسارة⁽¹⁾.

ومنه فلا بد أن نتصور أن الأساس القانوني للتعويض الذي يدفع بسبب تطبيق هذه النظرية قائم على تحمل نتائج نشاط السلطة العامة المشروع فهي مسؤولة دون خطأ .

وعليه فإن الأساس القانوني لضمان تعويض المتعامل المتعاقد يكمن في المبدأ الدستوري القاضي بوجوب مساواة الجميع أمام التكاليف والأعباء العامة ، لأن الضرر الخاص الذي يتحمله المتعاقد والذي يصيب موضوعاً جوهرياً في العقد بشكل عبء استثنائي ، ويجب على الإدارة إعادة التوازن المختل بدفع مبالغ التعويض الكامل .

(1) - الجبوري محمود خلف: العقود الإدارية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1988، ص 196.

وإلى جانب هذا الأثر الرئيسي أشار بعض الفقهاء إلى آثار فرعية أخرى تترتب على

تطبيق هذه النظرية منها:

- تحرر المتعامل المتعاقد من الإلتزام بالتنفيذ إذا ترتب عن عمل الأمير استحالة التنفيذ، كصدور تشريع يحرم الاستيراد . بالنسبة لسلعة لا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج (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 (2).

- حق المتعاقد في طلب الفسخ إذا أصبحت أعباءه كبيرة لا تتحملها إمكانياته المالية والفنية (3).

ويستطيع المتعاقد أن يجمع بين بعض هذه النتائج إذا تعددت الأسباب كالحصول على التعويض الكامل والفسخ أو الجمع بين التعويض الكامل وعدم توقيع غرامات التأخير، وهذا تطبيق لنظرية المخاطر الإدارية.

(1) - الطماوي سليمان محمد: الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة - ط5، مطبعة عين شمس، 1991، ص 653.

(2) - الجبوري محمود خلف، مرجع سابق، ص197.

(3) - الفياض إبراهيم طه، العقود الإدارية، ط1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981، ص102.

الفرع الثاني: نظرية المخاطر الاقتصادية) (الظروف الطارئة) (1).

خلاصة هذه النظرية أنه إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية خارجية لم يكن في الوسع توقعها وقت إبرام العقد، وترتب على حدوثها اختلال التوازن المالي للعقد اختلالاً خطيراً، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقاً وأكثر في التكاليف على وجه يتجاوز القدر الذي توقعه المتعاقدان، جاز للمتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بالمساهمة في تحمل الأعباء الجديدة، بتعويضه جزئياً ومؤقتاً مقابل الخسارة التي لحقت به (2).

وكانت نشأة 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 وباعت بالفشل، أما بالنسبة للقانون العام فقد طبقها مجلس الدولة الفرنسي منذ أوائل القرن 19 وكانت أول قضية طبقت فيها هذه النظرية هي قضية غاز مدينة بوردو، الصادر فيها حكم مجلس الدولة الفرنسي في 30/07/1916 (3).

تمتاز هذه النظرية بأنها ذات طابع اقتصادي، لأن من شأن الحوادث الطارئة أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً 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

(1) – DE LAUBADERE (A), MODERNE (F). DELVOLVE (P) ,op.cit p569

(2) – طعيمة الجرف: مرجع سابق، ص 454.

(3) – AJOYE Christophe , Droit des marchés publics, Gualino éditeur, eja. Paris 2003. p 132.

التنفيذ في ظل الظروف الطارئ المستجد، فمن شأن الظروف الطارئ أن يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب (1).

علماً وأن هذه الاضطرابات الاقتصادية أجنبية عن إرادة الطرفين من شأنها أن تفرض أعباء تكاليف باهظة، فالتنفيذ يبقى مادياً ممكناً (2).

وعليه تختلف الظروف الطارئة عن القوة القاهرة في أنها لا تصل بتنفيذ الالتزام إلى درجة الاستحالة التي تعفي المتعامل المتعاقد وتؤدي إلى فسخ العقد، فالتنفيذ مع الظروف الطارئة يظل ممكناً وإن أصبح شاقاً للمتعاقد مع الإدارة، إلا أن هذه المشقة توازن بحق المتعاقد في التعويض وليس بانقضاء الالتزام حتى لا يتوقف سير المرفق العام (3).

1- شروط تطبيق النظرية:

لكي يمكن تطبيق نظرية عدم التوقع فإن هناك شروط يستلزم القضاء الإداري توافرها وهي:

أ- وقوع ظرف طارئ غير متوقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه: بحيث لا يمكن دفعه أو تداركه، لأنه إذا طرأ 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 المدة المحددة للتنفيذ ولم يكن التنفيذ قد تم، والرأي الغالب هو عدم تطبيق النظرية إذا كان التأخير في التنفيذ ناشئاً عن خطأ المتعاقد المتسبب في التأخير.

(1) - الفياض إبراهيم طه: مرجع سابق، ص 267.

(2) - محمود فؤاد عبد الباسط: القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 880.

(3) - المرجع نفسه، ص 884.

أما إذا كان التأخير ناشئاً عن خطأ الطرف الآخر في العقد، أو تم بموافقة الطرفين، استحق المتعاقد المتضرر التعويض تطبيقاً لهذه النظرية وإذا كان التنفيذ قد امتد عن المدة المحددة في العقد بموافقة الإدارة فإن الطرف الطارئ الذي يحدث أثناء المدة الإضافية يأخذ نفس حكم وقوعه خلال المدة الأصلية.

ويأخذ الطرف الطارئ صوراً عدة، فقد يتمثل في:

- 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⁽¹⁾.

ب - أن يكون الطرف الطارئ استثنائياً غير متوقع: إذا لم يكن الطرف الطارئ استثنائياً أو كان من الظروف المتوقعة لم يجز تطبيق أحكام هذه النظرية، فإذا كانت الظروف متوقعة أو كان من الممكن توقعها فلا سبيل لتطبيق هذه النظرية⁽²⁾.

والتوقع أو عدمه يقدره القاضي على ضوء مجمل الظروف والملابسات التي تم فيها إبرام العقد وطبيعة الطرف الطارئ ودرجة استثنائيته فالغرض العادي أن يكون الطرف الطارئ غير متوقع في ذاته ولكن قد يحدث أيضاً أن يكون هذا الطرف متوقفاً من حيث المبدأ في ذاته لكن مداه هو الذي لم يكن متوقفاً، كذلك فإن الطرف الطارئ قد يكون بطبيعته

(1) - محمود فؤاد عبد الباسط: مرجع سابق، ص 484.

(2) - شيخة عبد العزيز إبراهيم: القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، 1994، ص 261.

استثنائياً بدرجة كبيرة، لكن في ظروف معينة يقدر القضاء أنه كان يجب برغم ذلك أن يكون متوقفاً.

وهنا يجب التفرقة بين المخاطر العادية التي تنتج مخاطر يمكن للمتعاقد تداركها أو تحملها، والمخاطر غير العادية التي تعد فقط مجالاً لتطبيق نظرية المخاطر الاقتصادية⁽¹⁾.

ج- أن يكون الظرف الطارئ أجنبياً عن المتعاقدين: أي مستقلاً عن إرادتهما ولا دخل لهذه الإدارة في وقوعه، لأنه متى كان الفعل راجعاً إلى المتعاقد المتضرر فلا مجال للقضاء له بالتعويض، أما حينما يكون راجعاً إلى الإدارة فهنا يفرق مجلس الدولة الفرنسي بين ما إذا كان الفعل الضار صادراً عن الإدارة المتعاقدة وهنا نطبق نظرية فعل الأمير أما إذا كان الفعل الضار صادراً عن الجهة إدارية أخرى فهنا لا يطبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية فعل الأمير وإنما نظرية الظروف غير المتوقعة إذا توافرت شروطها⁽²⁾.

د- أن يكون من شأن الظرف الطارئ أن يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد: أي أنه يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة العادية المألوفة التي يمكن تحملها من طرف المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة، فلا يكفي أن يترتب على الحادث الطارئ مجرد النقص في الربح أو فوات فرصة الربح بل يجب أن يصيب المتعاقد خسارة

(1) - gaudemet yves, traite de droit administratif tome 1,16 eme editons , lgdj paris, 2002, p 714.

(2) - شيخة عبد العزيز إبراهيم: مرجع سابق، ص 887.

كبيرة، إذ أن الخسارة البسيطة لا تكفي لتطبيق النظرية، وكذلك الخسارة الوقتية العارضة حيث لا تسبب اختلالاً في التوازن المالي للعقد ولا تؤدي إلى تطبيق النظرية (1).

وتقدير مدى جسامه الضرر الذي تلحقه الظروف الطارئة بالمتعاقد مع الإدارة أمر يتولاه القاضي بنفسه (2).

وفي هذا التقدير ينظر إلى العقد في مجموعه كوحدة واحدة متكاملة العناصر، فلا يعتد بالخسارة المتعلقة بأحد عناصره فقط إن كانت بقية العناصر قد حققت للمتعاقد مكسباً مجزياً كان هو في النهاية المميز للعملية التعاقدية بالنسبة له، وهو ما لا يمكن التحقق منه إلا من المستخلصات النهائية وبعد عمل الحساب النهائي (3).

2- آثار تطبيق النظرية:

ذهب رأي من الفقه الإداري وعلى رأسهم الأستاذ "دي لو بادير A.De Laubadere" إلى القول بأن أساس هذه النظرية هو مبدأ ضرورة سير المرفق العام بانتظام، ذلك أنه نتيجة لكون التزام المتعاقد مكلفاً للغاية قد يتوقف المرفق العام عن السير، فإن لم تساعد الإدارة على تحمل جزء من خسارته فإنه سيمتنع عن تنفيذ التزامه.

كما أن الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية يعود إلى النية المفترضة عند المتعاقدين في أن يعلقوا تنفيذ العقد على استمرار الحالة الواقعية التي كانت موجودة وقت التعاقد على ما هي عليه في جميع مراحل العقد، وبالتالي استمرار النسبة محفوظة بين الأدائين المتقابلين في

(1) - شيخة عبد العزيز إبراهيم: مرجع سابق، ص 261.

(2) - REVERO (J), op.cit, p 135

(3) - محمد فؤاد عبد الباسط: مرجع سابق، ص 887.

جميع مراحل العقد وبعبارة أخرى نية المتعاقدين في استمرار بقاء التعادل الشخصي الذي كان موجودا وقت بدء التعاقد، ومن هذا الرأي نجد العميد "بونار" "Bonnard".

ولكن يرد على ذلك أنه لو كان أساس هذه النظرية هو المحافظة على درجة التعادل التي كانت موجودة وقت التعاقد، لوجب أن يكون الحل هو تعويض المتعاقد تعويضا كاملا وليس رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

كما ذهب رأي آخر إلى اعتماد القواعد العامة للعقد الإداري كأساس لتطبيق الظروف الطارئة، على اعتبار أن العقود الإدارية هي عقود مرنة وتكون غالبا لمدة طويلة (1).

وهناك من يرى بأن أساس هذه النظرية أنها تستمد أصالتها من مبادئ العدالة، إذ من العدالة تعويض المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه شاقا ومكلفا على خلاف ما توقعه المتعاقدان أثناء إبرام العقد، لأن مساهمة الإدارة لم يكن الغرض منها تدارك الاختلال اللاحق بسير المرفق العام بل تحقيق العدالة بين طرفي العقد.

ومنه فإن تحقيق شروط النظرية ينجر عنه آثار على عملية التنفيذ وتكمن أساسا فيما يلي:

أ- **حق المتعامل المتعاقد في الحصول على مساعدة المصلحة المتعاقدة:** إذا توافرت

شروط تطبيق النظرية، وجب على الإدارة المتعاقدة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وليس معنى هذا إعادة التناسب الذي كان موجودا عند التعاقد بين الطرفين كلية وإنما المقصود هو مساهمة الطرفين في تحمل أعباء الظروف الطارئة.

(1) - طعيمة الجرف: مرجع سابق، ص 456.

ومنه فإن التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة يكون ذو طابع جزئي من الخسارة التي لحقت به، وليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع منه، وعلى ذلك يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد وباعتبارها قائمة، أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد.

وحدة واحدة، وبفحص مجموعه لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منه، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة⁽¹⁾. وغالبا ما يقدر القاضي مقدار التعويض على هذا الأساس مستعينا بأهل الخبرة.

ومن جهة أخرى 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⁽²⁾.

ب- بقاء التزامات المتعاقد: لا يستطيع المتعامل المتعاقد أن يتوقف عن تنفيذ التزامه

رغم حدوث ظروف طارئة عملا بمبدأ استمرارية سير المرفق العام، فحالة الطوارئ لا

(1) - محمد رفعت عبد الوهاب: مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 696.

(2) - REVERO (J), op.cit ,p 134 .

تحرر المتعاقد من أي التزام، لاسيما أنه ملزم بإتمام تنفيذ العقد، وانقطاعه عن ذلك ينجر عنه حرمانه من التعويض بعنوان الظروف الطارئة⁽¹⁾.

ومنه يتعين على المتعاقد الذي يريد الاستفادة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مواصلة تنفيذ التزامه رغم وقوع الحادث غير المتوقع مادام التنفيذ في ذاته ممكنا ولم يتحول إلى قوة قاهرة تحول دون ذلك، فإذا توقف عن التنفيذ والوفاء بالتزاماته فإنه يتعرض لتوقيع الجزاءات لاسيما عقوبة غرامات التأخير، ولا يجديه نفعا الاحتجاج هذا الظرف الطارئ، والملاحظ أنه لا يجوز الإعفاء من المسؤولية عن الظروف الطارئة، إذ من المقرر في العقود الإدارية أن شرط الإعفاء من المسؤولية باطل لتعارضه مع المبادئ المقررة في القانون الإداري التي منها ثبوت حق المتعاقد في التعويض.

وإذا عدنا إلى قانون الصفقات العمومية، فإننا نجد بأنه لم يشر إلى هذه النظرية إلا أنه يمكن الاستنتاج من نص المادة 29 من دفتر الشروط الإدارية العامة CCAG المطبق على صفقات الأشغال العامة أنه عندما تظهر ضرورة انجاز منشآت لم يرد ذكرها في الجداول ولا في المجموعة، يتم دون تأخر إعداد أسعار جديدة حسب أسعار السوق ويتم تشبيه المنشآت بمثيلاتها في حالة إذا ما تعذر تشبيهها بمثيلاتها يتم المقارنة باعتماد الأسعار الجارية في المنطقة حيث تتم الأشغال، ويتم حساب الأسعار الجديدة بنفس الشروط الاقتصادية لأسعار السوق وبصورة يجعل بالإمكان الزيادة أو النقصان فيها إذا سمحت السوق بذلك، وبعد

⁽¹⁾- CHAPUS René, Droit administratif général, Tome 1, 15 ème édition, Montchrestien, Paris 2001, p213.

مناقشتها في طرف المقاول أو المهندسين أو المهندس المعماري تطرح لموافقة السلطة المختصة وتبلغ للمقاول عن طريق أمر مصلحي، وفي انتظار موافقة السلطة المختصة تدفع إلى المقاول الأسعار التي يحددها المهندسون ويعتبر ذلك بمثابة تعويض جزئي مؤقت⁽¹⁾.

(1) - قريشي أنيسة سعاد: النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2002،

المبحث الثاني: الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد

سبقت الإشارة إلى أن دفاتر شروط الصفقة المبرمة بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد هي المحددة ما لكل طرف من حقوق وما عليه من التزامات، إلى جانب تلك الشروط المفترضة في كل العقود الإدارية و التي يجب احترامها حتى و لو لم تضمن كبند صريح في بيانات أو عقد الصفقة . فالمصلحة المتعاقدة تحرص على أن تتوخى الدقة في صفقاتها المبرمة لأنها تتعلق بالمرافق العامة و التي يجب أن تستمر في أداء أعمالها بانتظام واطراد 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 تباشر حق الإشراف و الرقابة على تنفيذ الصفقة و أن تقوم بتنفيذ شروط الصفقة و فسخها و إنهائها بإرادتها المنفردة و هي سلطات خطيرة قد تؤدي إلى حرمان الطرف المتعاقد من حقوقه لذا تم وضع حدود و ضوابط لممارسة هذه الامتيازات و جعلها تتماشى و أهداف سير المرافق العامة الرامية إلى تحقيق المنفعة العامة⁽¹⁾.

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 الإخلال و هذا كفالة من المشرع في مجال الصفقات العمومية لحقوق الإدارة المتعاقدة .

(1) - أنظر المادة 92 من المرسوم الرئاسي 10-236.

و بما أن مرحلة التنفيذ هي تلك المرحلة الهامة في مسار الصفقة العمومية فقد تمت إحاطتها بكم كبير من الأدوات القانونية اللازمة لضمان سيرها الحسن تحقيقا لمبادئ إبرام الصفقات العمومية و تعد هذه الضمانات السبيل الأنجع لتأدية كل طرف لالتزاماته ، وبعدها تمت دراسة أهم ضمانات المتعامل المتعاقد إزاء المصلحة المتعاقدة، نتناول ضمن هذا المبحث الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد بغرض معرفة المركز القانوني لهذا الأخير من خلال التطرق لصنفين من هذه الضمانات حسب طبيعتها ومضمونها و هذه الأخيرة متمثلة في:

- ضمانات التنفيذ المالي (ذات الطبيعة المالية) " المطلب الأول".

- ضمانات التنفيذ التقني (المطلب الثاني).

وهذا بالنظر إلى أن إلتزامات المتعامل المتعاقد عديدة ومتنوعة ولا يمكن حصرها حصرا وثيقا في إطار النظام القانوني للصفقات العمومية ووفقا للتشريع المعمول به، يمكن رد هذه الإلتزامات إلى النوعين المذكورين سابقا وللذان يعتبران ضمانات لفائدة المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد⁽¹⁾.

(1) - أنظر المادة 92 من المرسوم الرئاسي 10-236.

المطلب الأول: ضمانات التنفيذ المالي للصفقة العمومية

تحرص المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقة العمومية منذ البداية وفي المقام الأول على منح الصفقة للمتعامل المتعاقد المقدر مالياً أي صاحب الكفاية المالية وهذا حسب ما جاءت به المادة 92 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 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⁽¹⁾.

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

ومن هنا فإن المتعاقدين مع الإدارة ملزمون بتقديم ضمانات مالية تحمي الإدارة المتعاقدة من الأخطار المالية التي يمكن أن تواجهها في حالة إخلالهم بالتزاماتهم⁽²⁾. وتتمثل هذه الضمانات على وجه الخصوص في⁽³⁾:

- نظام الكفالة.
- الضمانات ذات الطبيعة الحكومية.
- ضمانات مالية مختلفة:.
- اقتطاعات حسن التنفيذ.

(1) - أنظر المادة 56 من المرسوم الرئاسي 10-236.

(2) - KOBANE (M), op.cit , p43.

(3) - أنظر المواد 92-94-95 من المرسوم الرئاسي 10-236.

- اقتطاعات الضمان .

وقبل الحديث عن أصناف الضمانات المالية التي تستند أكثر إلى قواعد القانون الخاص بالنظر إلى طبيعتها والأهداف المرجوة منها فإنه ينبغي إعطاء تعريف للضمانات بوجه عام ، حيث و رجوعا إلى أحكام القانون المدني فإن مؤدى نظرية الضمان هو وجوب تعويض الشخص الذي وقع عليه الاعتداء على أمواله أو نفسه مما أدى إلى هلاكها أو تلفها و ذلك حفاظا على حقوقها وصيانة لها من كل أذى ، فالضمان هو التزام بتعويض الغير لما لحق به من أضرار متمثلة في تلف المال أو ضياع المنافع .

وفي مجال الصفقات العمومية فالضمان هو ذلك الحق الذي يتمتع به أحد الأطراف تجاه الطرف الآخر حتى يؤمن سداد ديونه وقد يكون ضمانا شخصيا مثل: عقد الكفالة أو الضمان الاحتياطي أو عينيا مثل :الرهون الحيازية .

وقد نص قانون الصفقات على مثل هذه الضمانات وأحاطها بعناية كبيرة نظرا لأهميتها البالغة في حسن إنجاز موضوع الصفقة و حفاظا على حقوق الأطراف المتعاقدة.

الفرع الأول : الطابع الإلزامي لتقديم الكفالة

1- تعريف الكفالة:

تعرف المادة 644 من القانون المدني الكفالة على أنها " : عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه". ومنه فالكفالة لها عنصران ، أحدهما مادي يتم بواسطة ضمان الدين من خلال مبلغ مالي أو أية قيمة أخرى

والآخر عنصر الشخص الكفيل الذي يمثل بحد ذاته. الضمان لتنفيذ الالتزام من طرف شخص آخر وهو ما يعرف بالكفالة الشخصية و التضامنية (1).

والكفالة تنتمي إلى فئة الضمانات (التأمينات) الشخصية التي تعطي الحق للدائن بالرجوع على شخص آخر ألا وهو "الكفيل" خلافا للضمانات أو التأمينات العينية التي تعطي الحق للدائن على أموال متعددة للمدين مثل: رهون الرسمية أو الرهون الحيازية و غيرها (2). وتعتبر الكفالة تقنية بسيطة وسهلة في تكوينها بحيث لا تتطلب أي شكل محدد ماعدا شرط الكتابة لأجل الإثبات وتمثل فائدة قانونية لجميع الأطراف ، وقد عرفت إزدهارا واسعا في مختلف أنحاء العالم باعتبارها وسيلة للضمان وهذا بفضل تدخل البنوك والمؤسسات المصرفية لتمويل المشاريع وكذا الأفراد للمساهمة في عمليات الإنتاج وتنشيط الاقتصاد خاصة وأن هذا التمويل أصبح ضروريا لكون البنوك تحتاج إلى وسائل معينة تضمن لها عودة أموالها المقترضة إلى الغير وتجنب خطر إفسار المدين ، وغالبا ما تكون الكفالة هي الوسيلة المثلى لتقديم هذا الضمان ، إلا أنه قد يتعرض الدائن لنفس المخاطر التي يتعرض لها عند رجوعه على المدين وهو خطر إفسار الكفيل ولذلك فإن قيمة الكفالة في الضمان تتحدد على أساس مركز الكفيل و درجة يسره المالي.

(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 Montpellier 1,1991 ,p 492.

(2) - لطرش الطاهر، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005، ص166 .

ومن خصائص عقد الكفالة دائماً نجد:

أ- **عقد رضائي:** ينعقد بمجرد تراضي بين الدائن le créiteur والكفيل la caution

ولا يشترط فيه أي شكل خاص ، لكن اشترط المشرع الكتابة للإثبات فقط وليس شرطاً للانعقاد.

ب- **عقد تابع لوجود إلتزام أصلي :** أي إلتزام بين الدائن و لمدين لكي يركز عليه

وتقدم على ضمان الوفاء به، ولا يمكن للكفالة أن تتجاوز حدود الإلتزام الأصلي أو تعقد بشرط أشد من شروطه.

ج- **عقد ملزم بجانب واحد:** في الأصل الكفيل هو من يلتزم بعقد الكفالة بضمان تنفيذ

الإلتزام يقع على عاتق الشخص المدين إزاء الطرف الدائن في العقد، ولا يلتزم هذا الأخير عادة بشيء نحو الكفيل غير أنه إذا التزم نحوه بدفع مقابل نظير كفالته للمدين فإننا نكون بصدد عقد ملزم لجانبين إضافة لكون الكفالة عقد ضمان وتبرعي (1).

وفي مجال الصفقات العمومية في الجزائر ، نص المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236

على عدة أصناف من الكفالة بوصفها ضمانات ملزمة يؤديها المتعامل المتعاقد " الطرف المدين " اتجاه المصلحة المتعاقدة وهي الطرف الدائن ، بواسطة البنوك أو صندوق ضمان الصفقات العمومية (2) ، باعتبارها الطرف الكفيل في العقد (أنظر الملحق رقم 4).

(1) - سي يوسف زاهيه : عقد الكفالة ، الطبعة الثالثة ، دار الأمل للطباعة والنشر تيزي وزو ، 2004 ، ص 19 .

(2) - تم إنشاء هذا الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98 - 67 المؤرخ في 21/02/1988 المتضمن إنشاء وتنظيم سير صندوق ضمان الصفقات العمومية وهو يعتبر مؤسسة ذات طابع صناعي ويعمل تحت وصاية وزارة المالية.

2- أنواع الكفالة في تنفيذ الصفقات العمومية :

نص قانون الصفقات العمومية على عدة أشكال للكفالة وتتمثل في :

أ- كفالة رد (إرجاع) التسبيقات: تمت الإشارة إلى أن المصلحة المتعاقدة لا تدفع أي

تسبيق ومن أي نوع كان للمتعامل المتعاقد معها إلا إذا تم دفع كفالة الإرجاع ضمانا لتسديدها،

فكفالة التسبيقات هي التزامات بنكية بالدرجة الأولى تضمن من ناحية استفاضة المتعامل

المتعاقد من تسبيقات جزافية أو على التمويل وفي صناعي وتجاري ويعمل تحت وصاية

وزارة المالية المقابل تضمن المصلحة المتعاقدة استرجاع التسبيق أو التسبيقات التي تم منحها

إلى المتعامل المتعاقد قبل أو أثناء تنفيذ الصفقة⁽¹⁾.

وغالبا ما تكون هذه الكفالة بقيمة معادلة بإرجاع التسبيقات، يتم إصدارها من طرف

بنك جزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية أو بنك أجنبي يعتمد بنك جزائري ويتم

تحريرها حسب الصيغ التي تلاءم المصلحة المتعاقدة و البنك الذي تنتمي إليه⁽²⁾.

وما يعاب على شرط وضع الكفالة للحصول على تسبيقات، إعاقاة المتعاملين

المتعاقدين في الحصول على هذه التسبيقات الهادفة إلى تدعيمهم و مساعدتهم ماليا لتخطي

عقبات ضعف الإمكانيات المالية، بحيث أن مبلغ الكفالة يعادل مبلغ التسبيق ومنه فسلبيات هذا

الشرط تقضي على إيجابيات هذه العملية وهي من بين التناقضات التي حملها المرسوم

الرئاسي 10-236.

(1) – SABRI (M) , AOUDIA (K), LALLEM (M), op-cit ,p60.

(2) – أنظر المادة 100 من المرسوم الرئاسي 10-236 .

وبما أن التسبيقات قد تكون جزافية أو على حساب التموين فإن كفالة إرجاع التسبيقات يمكن أيضا أن تكون كفالة إرجاع التسبيقات الجزافية و منه تكون هذه الكفالة معادلة للتسبيق أو جزء منه شرط أن لا يتجاوز نسبة 10 % وهذه الكفالة قد لا تكون إجمالية إذا دفع التسبيق دفعة واحدة وقد تكون مجزئة إلى حصص بنفس نسب تخصيص التسبيق الجزافي.

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

ب- كفالة حسن التنفيذ: تعد من الضمانات النقدية وتتمثل في كفالة مصرفية يصدرها بنك أجنبي من الدرجة الأولى يعتمده البنك الجزائري المختص و هي تشكل ضمانا للمصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ حسن للصفقة وهذا حسب المادة 97 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 لذا فهي تغطي المرحلة بين إعطاء الأمر ببدء التنفيذ والاستلام المؤقت للصفقة (ضمان العيوب الظاهرة).

وقد نصت المادة 97 على أن المتعامل المتعاقد يتعين عليه تقديم هذه الكفالة " كفالة حسن التنفيذ" إضافة إلى كفالة رد التسبيقات إلا في بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات التي تحدد قائمتها بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني، وتحرر كفالة حسن التنفيذ حسب الصيغ المعتمدة من طرف المصلحة المتعاقدة و البنك الذي تنتمي إليه ويحدد مبلغها بين 5% و 10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها وتسترجع في مدة شهر واحد ابتداءً من تاريخ التسليم النهائي للصفقة (1)، ويجب

(1) - انظر المادة 97 من المرسوم الرئاسي 10 - 236.

تأسيس الكفالة في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد ، علماً أنه للمصلحة المتعاقدة إمكانية إعفاء المتعامل المتعاقد من هذه الكفالة إذا لم يتعدى أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة أشهر، إلا أن التجربة الميدانية أثبتت في هذا المجال فرض الإدارة تأسيس مثل هذه الكفالة قياساً على عدة اعتبارات قانونية وأخرى واقعية أسوة بالمشرع في ميدان الصفقات العمومية في فرنسا أين يجب على المتعامل المتعاقد تأسيس ما يعرف بكفالة أول طلب وكذا اقتطاع الضمان، ويهدف أساساً إلى تغطية التحفظات المرتبطة باستلام الأشغال أو التوريدات) اللوازم (أو الخدمات و كذا تلك التي تظهر خلال مدة . الضمان، يعتبر هذا الاقتطاع خياراً بسيطاً بالنسبة للمتعامل المتعاقد وليس التزاماً⁽¹⁾.

يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ باقتطاعات حسن التنفيذ فيما يخص صفقات الدراسات والخدمات عندما ينص دفتر شروط المناقصة على ذلك .

ويقدم صندوق ضمان الصفقات العمومية هذه الكفالة بعد دراسة الوضعية المالية والتقنية للمؤسسة و الأخطار المحتملة المرتبطة بالقرض .

ج- كفالة الضمان : هذه الكفالة تمكن من تحرير الإقتطاعات 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)⁽²⁾.

(1)- BRACONNIER Stéphane , Droit des marchés publics ,imprimerie nationale Editions techniques,Paris 2002,p 336.

(2) - أنظر المادة 98 من المرسوم الرئاسي 10 - 236.

يحول الرصيد المكون من مجموع الاقتطاعات عند التسليم النهائي إلى كفالة ضمان عندما يكون أجل الضمان منصوصا عليه في صفقة الدراسات والخدمات حسب نص المادة 86 من قانون الصفقات العمومية .

ويتم استرجاع الكفالة أو اقتطاعات الضمان في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة وبالتالي 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 للبنود العقدية الواردة في الصفقة وتتأسس كفالة الضمان كما يلي :

- تحويل كفالة حسن التنفيذ عندما تنص الصفقة على أجل الضمان؛

- كفالة يصدرها البنك أو صندوق ضمان الصفقات العمومية ؛

- اقتطاعات من كشوف الدفع على الأشغال .

و تنص المادة 02 /48 من دفتر البنود الإدارية العامة أن سريان كفالة الضمان يزول تلقائياً عند انتهاء المدة المحددة أي شهر واحد إلا إذا أشعرت المصلحة المتعاقدة البنك أو الصندوق الذي أصدر الكفالة برسالة موسى عليها بأن المتعامل المتعاقد لم يلتزم بكل البنود التعاقدية و في هذه الحالة التزم الكفالة ينتهي برفع اليد صادر عن المصلحة المتعاقدة⁽¹⁾.

(1) - أنظر الماد 99- 100- 101 من المرسوم الرئاسي 10- 236.

الفرع الثاني: أدوات تنفيذ نظام الكفالة

تلتقي العلاقة المالية للإدارة المتعاقدة - صاحب المشروع - والمتعامل 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⁽¹⁾.

ولتمويل الصفقة العمومية فإنه يتطلب إعلان هذه الأخيرة توفير الإعتمادات الضرورية لدفع المبالغ المترتبة عن التنفيذ والتي تنصب على المصاريف العمومية ، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة مسبقا بتوفير الأدوات اللازمة وتسجيلها في الميزانية المخصصة لها و في المقابل يتوجب على المتعامل الذي منح الصفقة قبل البدء في عملية التنفيذ القيام بتوفير أموال تسمح له باقتناء المواد واللوازم الضرورية لتنفيذ المشروع أو الأشغال أو تقديم الخدمات .وعموما يمكن حصر احتياجات تمويل الصفقات العمومية في ثلاث احتياجات رئيسية وهي :

- إحتياجات التمويل المسبق :وهذا لتغطية الأعمال الأولى للتهيئة والانطلاق في المشروع وكذا وضع الكفالات البنكية.

- إحتياجات تعبئة الديون المرتبطة بالأعمال التي تم تنفيذها و لم تتم تسويتها في الأجل المحددة .

(1) - أنظر المواد 9- 100- 101 من المرسوم الرئاسي 10- 236.

- احتياجات تغطي بدون تمييز التمويل المسبق و تعبئة الديون المسجلة من قبل المؤسسات التي لها مبالغ منتظمة و هامة مبرمة مع الدولة و تفرعاتها .
ونظرا لأن أغلب نفقات الدولة تذهب في شكل صفقات و يجب 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 :

إن النظام المصرفي مدعو للتطور السريع في آلياته ، و هذا التطور الذي يستوجب منح بنك الجزائر) البنك المركزي (سلطات حقيقية في ميدان تنظيم ومراقبة القرض و الوصول إلى منافسة فعلية بين البنوك و على هذا الأساس صدر أمر ينظم النقد و القرض (1).
ومن أهم أهداف هذا الأمر هو مساعدة التطهير المالي للمؤسسات ، حيث أن تطوير العلاقة بين البنوك و زبائنها صارت تعتمد على قاعدة قابلية تسديد القرض ، فعلى المقترض أن يشرع في حينها بالتسديد بنفسه مما يعفي الدولة نهائيا من تحمل هذا العبء و يعيد للبنوك حق تقدير مقدرة زبائنها على الوفاء بمفردها.

وبغرض إنعاش وإحياء النظام البنكي الجزائري بادرت الجزائر إلى إدخال جملة من الإصلاحات ، كان أولها إنشاء البنك المركزي الجزائري و الصندوق الجزائري للتنمية اللذان

(1) - الأمر رقم 01 / 01 المؤرخ في 2001/02/27 المعدل و المتمم للقانون رقم 90- 10 المتعلق بالنقد و القرض (ج ر رقم 14) .

كانا يتكفلان بتسيير مصادر التمويل الخارجية وتقديم المساعدات والقروض لغرض تمويل مشاريع التجهيز العمومي للمؤسسات المختلفة ثم توالى عملية إنشاء البنوك العمومية لتصبح كلها تمويل المشاريع التي تقوم بها المؤسسات الوطنية⁽¹⁾. لكن هذا كله لم يمنع من وجود النقائص خاصة في مجال التمويل حيث كانت البنوك مجرد مصدر لا يفنى من السيولة التي تمويل المؤسسات العمومية في إطار بسياسة توطين القروض، أما مع نهاية الثمانينات و بداية سنوات التسعينات بإصدار القانون رقم 90-10 المؤرخ في 10/04/1990 المتعلق بالنقد والقروض، أقرت الدولة إصلاحات جديدة على القطاع المصرفي نظرا لمشكلة تراكم الديون على المؤسسات إزاء البنوك التي عرفت هي الأخرى مشاكل ضعف التمويل لذا كان لزاما إعادة الدور الحقيقي للبنوك كوسيط مالي فعال من خلال إقرار نوع من الاستقلالية في التسيير، ورغم هذه الإصلاحات ظل مشكل البيروقراطية وكذا الشروط الكثيرة التي تتطلبها عملية التمويل مما أدى كل ذلك إلى تعطيل مشاريع الإدارة العمومية و توقفها في كثير من الأحيان، و أمام هذا الوضع فكرت السلطات العمومية في إنشاء هيئة تتكفل بمجال الصفقات العمومية ألا وهي صندوق ضمان الصفقات العمومية .

2- صندوق ضمان الصفقات العمومية:

إن مشكلة الديون غير المدفوعة من طرف الإدارات العمومية و الجماعات المحلية يعتبر عائقا هاما لمعظم المؤسسات العمومية و الخاصة التي لها دخل في إنجاز الصفقات و الطلبات الممولة من طرف ميزانية الدولة، و هو ما أدى إلى تعثر المتعاملين الاقتصاديين و

(1) - لطرش الطاهر: مرجع سابق، ص 179.

ذلك راجع لغياب جهاز فعال للضمان و هذا ما أثبت ضرورة إنشاء مؤسسة مختصة مكلفة بضمان الصفقات العمومية.

لقد تم إنشاء الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98 المؤرخ في 21 / 02 / 1998 والذي يعد مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري ، لها شخصية معنوية و تتمتع بالإستقلالية 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 السنوات التي يتم تمويلها من ميزانية الدولة (1).

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 والسكن و الصفقات العمومية إضافة إلى مهام أخرى تكلفه إياها الخزينة العمومية. وتطبيقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم لاسيما المواد 99- 100 - 101 منه و بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98 / 67 المذكور سابقا وكذا دفتر الشروط المحدد لصلاحيات الصندوق ، فإن هذا الأخير يسمح لأصحاب الطلبات والصفقات العمومية بما يلي :

- الحصول على الكفالات أو الضمانات التي تسمح لهم بالمساهمة في إنجاز الصفقات

العمومية.

(1) - أنظر: المادة 1 و 2 من المرسوم التنفيذي رقم 98 / 67 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية.

- الاستفادة من التسيقات التعاقدية المخصصة لتغطية النفقات المقررة في إطار إنجاز الصفقات و الطلبات العمومية.

- الحصول على الضمانات المطلوبة من المصلحة المتعاقدة .

- تسديد كشوف المؤسسات و فواتيرها إذا لم يتم ذلك ضمن الآجال القانونية .

- الحصول على التسيقات مقابل كشوف الأشغال قبل أن تعترف المصلحة المتعاقدة

بحقها.

- الطموح إلى قروض إجمالية قد تغطي احتياجاتها التمويلية المسبقة دون تمييز أو

تعبئة الديون عندما يكون لديها حافضة صفقات أو طلبات هامة و منتظمة مبرمة مع مصالح

الدولة أو مع تفرعاتها.

- الاستفادة من ضمان المؤسسة لدى بنوكها قصد الحصول على أي قرض يتضمن

إنجاز صفقة أو طلبية عمومية وبالمقابل يطلب الصندوق من المستفيدين من الضمانات

والكفالات كل التبريرات و تقديم كل الوثائق الضرورية .

وفيما يخص نظام الكفالة فإن الصندوق يقوم منح كفالته لصالح المتعامل المتعاقد

الحائز على الصفقة سواء في بداية تنفيذ عقد توريد أو إنجاز أشغال حيث تقوم هذه الكفالة

بضمان وبصفة عامة مختلف التزامات المؤسسة المتعاقدة مع الإدارة⁽¹⁾.

ولكي يتمكن الصندوق من القيام بمنح مختلف الكفالات المنصوص عليها ضمن قانون

الصفقات العمومية ، فإنه يربط علاقات سواء مع البنوك المانحة للتمويل أو الأمرين بالصرف

(1) - أنظر: المادة 1 و 2 من المرسوم التنفيذي رقم 67 /98 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية.

و كذا المتعاملين المتعاقدين حيث تبرز علاقة الصندوق بالبنوك خاصة في مجال الضمان الاحتياطي إذ يتدخل الصندوق كوسيط بين البنوك والخزينة العمومية لخصم السندات الإذنية وهو ما سنتطرق له عند دراستنا لهذا النوع من الضمانات الشخصية .

أما علاقته مع الأمرين بالصرف في مجال الكفالة، وطبقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 97 / 268 المؤرخ في 1997/07/21 المحدد للإجراءات المرتبطة بالالتزام وتنفيذ النفقات العمومية و حصر اختصاصات ومسؤوليات الأمرين بالصرف ، يتدخل الصندوق من زاوية مراقبة طبيعة ومبلغ الصفقة التي سيضمنها و هذا من خلال نظام إعلام دائم مع الأمرين بالصرف⁽¹⁾، كما تبرز هذه العلاقة من خلال رقابة تنفيذ الصفقات العمومية وفيما يخص رفع اليد على الكفالات التي يقدمها الصندوق للمؤسسات لا سيما " كفالة الضمان " يمكن للمصلحة المتعاقدة عن طريق الأمر بالصرف أن تشعر الصندوق برسالة موصى عليها بعدم تحرير الكفالة للمتعامل الحائز على الصفقة و تمديد الأجل لأكثر من شهر لأن هذه الكفالة يتم رفع اليد عنها أليا بعد مضي شهر واحد ابتداء من تاريخ الاستلام النهائي إلا في حالة عدم التزام المتعامل المتعاقد بجميع البنود العقدية و هنا تحرر كفالة الضمان برفع اليد صادر عن الأمر بالصرف و يوجه إلى الصندوق أما علاقة الصندوق بالمؤسسة المتعاقدة فإن هذه الأخيرة تعتبر زبونا للصندوق فيما يخص الحصول على كفالاته و ضماناته حيث يقوم بإعلامها و توجيهها و منحها الكفالات ، وفي المقابل تقدم المؤسسة التأمينات الضرورية ، وذلك

(1) - أنظر : المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 98 - 67.

بالموازاة مع الأخطار التي يتحملها الصندوق مقابل القرض بتوقيع الذي تستفيد منه المؤسسات .

لكن ما هي الآليات القانونية لتدخل الصندوق في ضمان عملية التمويل ؟.

أ- **الرهن الحيازي للصفقة** : تنص المادة 948 من القانون المدني على أن: "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره بأن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا يحق له حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين. وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون" (1).

يعتبر الرهن الحيازي أحد أشكال تمويل الصفقة العمومية لأنه يكون مقابل مبلغ مالي لتغطية نقص في خزينة مؤسسة إنجاز الصفقة و لتمكينها من مواصلة أشغال الإنجاز ، ويتم الرهن الحيازي حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 حيث:

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

- يكون الرهن الحيازي مقابل نسخة من الصفقة تحمل بيانا يشير إلى أن هذه الوثيقة تمثل سندا في حالة الرهن الحيازي و البيان يكون في شكل العبارة التالية "مقبول كسند للرهن

(1) - أنظر: المادة 110 من المرسوم الرئاسي 10- 236.

الحيازي" و هذه الوثيقة تقدمها المصلحة المتعاقدة للمتعاقل المتعاقل ، وقد حل محل الوثيقة سابقة الذكر " مستخرج من الصفة "إذا كان تقديم النسخة الكاملة من شأنه الإخلال بالسر المطلوب في الصفة شرط أن يتضمن المستخرج البيانات اللازمة التالية : تاريخ صدور الوثيقة ،ختم المصلحة المتعاقدة وإمضاء الأمر بالصرف⁽¹⁾.

- يبلغ المتنازل له المحاسب المعين⁽²⁾. في الصفة بالرهن الحيازية ، وهذا الأخير عوض أن يدفع الكشوف إلى رصيد المؤسسة يدفعها إلى رصيد المتنازل له الذي يصبح المستفيد بدلا من المؤسسة المتعاقدة .

- يرسل المحاسب المعين للمتنازل له وثيقة تبين الوضعية المالية للصفة العمومية ،بالنسبة للمصلحة المتعاقدة تقدم للمتنازل له كشفا موجزا للخدمات المنجزة و إما بيانا تفصيليا للحقوق المثبتة لصالح المتعاقل المتعاقل أو كشفا بالتسبيقات المدفوعة.

- يقبض المستفيد من الدين بمفرده مبلغ الدين المخصص لضمان حقوقه وذلك في أجل لا يتعدى اليوم الأخير من أيام العمل السابق لليوم الذي يجرى فيه الإشعار بالرهن الحيازي المعني تقدم على حقوق المستفيد من الرهن الحيازي الحقوق التالية :

- إمتياز المصاريف القضائية.

- إمتياز متعلق بأداء الأجور و تعويض العطل المدفوعة الأجر في حالة الإفلاس أو

التسوية القضائية.

(1) - أنظر: المادة 110 من المرسوم الرئاسي 10-236.

(2) - أنظر الماد 110 من المرسوم الرئاسي 10-236.

- إمتياز أجور المقاولين القائمين بالأشغال أو المتعاملين الثانويين أو الموصين الثانويين المعتمدين من المصلحة المتعاقدة.

- إمتياز الخزينة فيما يخص الضرائب و الإقتطاعات.

- إمتياز ملاك الأراضي التي تم شغلها⁽¹⁾.

يتم رفع اليد على الرهن الحيازي بطلب من المتنازل له من المحاسب الحائز على النسخة الخاصة برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام .

الرهن الحيازي ، و هذا بعد طلب الصندوق ولم يرد ذكره في المرسوم التنفيذي رقم 98- 67 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، لكن نصت المادة 111 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 على استقادة الصندوق إلى جانب المؤسسات المصرفية التي يتم لفائدها الرهن الحيازي، و هذا بعد طلب الصندوق من وزارة المالية أصولا تمكنه من منح التسبيقات للمؤسسات الحائزة على الصفقات العمومية مقابل الرهن الحيازي لفائده .

وهناك فرق بين الرهن الحيازي للصفقة لفائدة البنك و الرهن الحيازي لفائدة الصندوق إذ يكون لفائدة الصندوق في حالة ما إذا تأخر الأمر بالصرف عن صرف الدفعات في أجل ثلاثين يوما ابتداء من يوم استلام الكشف أو الفاتورة و يتنازل المتعامل المتعاقد عن فوائد التأخير لحساب الصندوق عندما يطلب منه رصد الدين المتولد و المعايين⁽²⁾.

(1) -MANSOURI Mansour, système et pratiques bancaires en Algérie, édition Houma, Alger, 2005, p 144.

(2) - أنظر الماد 111 من المرسوم الرئاسي 10- 236.

في حين يتم الرهن الحيازي لدى البنك في حالة أي نقص في خزينة المؤسسة وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 111 من المرسوم الرئاسي 10-236.

و في إطار الصلاحيات المخولة للصندوق أيضا ، أفادت المادة 63 من قانون المالية لسنة 2005 على أنه: "يمكن أن يسدد صندوق ضمان الصفقات العمومية الفوائد التأخيرية الناجمة عن تنفيذ صفقات عمومية مرهونة لصالحه "وللإشارة فإن الصندوق يقبل الرهن الحيازي للصفقات العمومية والمبرمة مع المؤسسات المتعاقدة م مقابل الكفالات التي تمنح لها. و بإجراء مقارنة مع نظام الضمانات المعمول به في فرنسا فيما يخص تمويل الصفقات العمومية نجد أن القانون رقم 81-01 المؤرخ في 02/01/1981 والذي يسمى أيضا بقانون ديلى "DAILY" قد أدخل إجراء بسيطاً للرهن الحيازي والتنازل عن الدين بحيث وخلافا للقانون المدني تم اعتماد أحكام قانون ديلى في مجال تمويل الصفقات العمومية والخاصة بتبسيط إجراءات الحصول على قروض بنكية .

ب- الضمان الاحتياطي⁽¹⁾: يسمى أيضا نظام الوسيط ، إذ يتدخل صندوق ضمان الصفقات العمومية تسهيلا للتنفيذ المالي للصفقة العمومية كوسيط بين المؤسسة الحائزة على الصفقة (المتعامل المتعاقد مع الإدارة) والبنك الذي يقدم لها القرض لتمويل الصفقة بتقديمه الضمانات اللازمة و يكون ذلك عندما يقرر البنك عدم التزامه مع المؤسسة لعدم تقديمها الضمانات الكافية، ويلتمس البنك ضمان الصندوق لهذه المؤسسة ويسمى الصندوق في هذه الحالة الضامن الاحتياطي عند حلول أجل استحقاق الدين ،إذا لم تتمكن المؤسسة من تسديد

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

ديونها إزاء البنك يلتزم الصندوق 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:

- **بالنسبة للبنوك:** إن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية جاء كتكملة للنظام المصرفي الجزائري وهذا ما يجعل الصندوق في موقع منافسة مع البنوك في مجال إختصاصه ألا وهو تمويل الصفقات العمومية التي أصبحت تستقطب اهتماما واسعا من طرف البنوك والمؤسسات المالية لذا فإن هذه الأخيرة لا تلجأ إلى الصندوق كوسيط ليقدم ضمانات لبائنها ، بل تسعى جاهدة لجلب أكبر عدد من المتعاملين و تمنح لهم أكبر قدر من التسهيلات .

- **بالنسبة لمؤسسة الحائزة على الصفقة:** يشكل الضمان الاحتياطي أعباء إضافية بالنسبة لخزينتها، فهي تسدد فوائد للبنك مقابل القرض وتسدد عمولة للصندوق مقابل الضمان الاحتياطي ، فالمؤسسة بالنظر لوضعية خزينتها واحتياجاتها لتمويل الصفقة تفضل أن تأخذ قرضا مباشرة من البنك دون اللجوء لوساطة الصندوق خاصة مع التسهيلات التي تقدمها البنوك لمؤسسة الإنجاز⁽¹⁾.

- **أسباب اقتصادية وأخرى قانونية:** لا يمكن اللجوء للضمان الاحتياطي إلا إذا كانت البنوك تعاني نقصا في السيولة لذا فعندما تلجأ المؤسسات لها لطلب قروض تمويل الصفقات

(1) - أنظر: المادة 64 من القانون المدني.

العمومية تكون عاجزة عن تمويلها ، في هذه الحالة تلجأ هذه البنوك للاقتراض من بنك الجزائر حسب احتياجات خزينتها مقابل السندات الإذنية التي تكون بحوزتها والتي أصدرت لتمثيل القروض المفتوحة و الممنوحة لتمويل الصفقة العمومية .

ويتدخل الصندوق لتقديم الإمضاء الثالث على السندات الإذنية الضروري لعملية الخصم عند بنك الجزائر إلا أنه في الوضعية الحالية للبنوك فهي تملك السيولة الكافية لتمويل المشاريع العمومية و هي بذلك ليست بحاجة إلى الاقتراض من بنك الجزائر .

أما بالنسبة للسبب القانوني ، فإن نظام الوسيط لا ينشأ إلا إذا كان صاحب الإمضاء الثالث و هو صندوق ضمان الصفقات العمومية يتمتع بامتياز الخزينة ، و فحوى هذا الامتياز هو الحق الذي تتميز به الخزينة العامة ، إذ لها القدرة على الاقتراض من بنك الجزائر دون تحديد سقف لمبلغ القرض الذي يطبق عليه فوائد عادية في حين أن باقي البنوك عندما تلجأ للاقتراض من بنك الجزائر مع تحديد سقف لمبلغ الإقراض الذي يطبق عليه فوائد عادية ، أما إذا تجاوزته فتفرض عليها فوائد جد مرتفعة⁽¹⁾.

يمنح امتياز الخزينة للصندوق لاستقطاب البنوك لطلب الإمضاء الثالث و الذي يمكنها من الاقتراض من بنك الجزائر دون التعرض لتحمل الفوائد المرتفعة التي يفرضها ، إلا أنه لم يمنح هذا الامتياز نظرا لوضعية البنوك المالية المريحة، فضلا عن الوضعية الاقتصادية

(1) - أنظر: القانون رقم 81 / 01 المؤرخ في 02 / 01 / 1981.

المتتميزة بعدم وجود صلابة الدين "la rigidité de crédit" وللإشارة فإن الضمان الاحتياطي ينقسم إلى نوعين هما⁽¹⁾:

* **الضمان الاحتياطي الشرطي** : عندما يتقاسم البنك أو الصندوق الخطر الناجم عن إفلاس المؤسسة المقترضة و يكون ذلك بمقابل ، إذ يأخذ كل من البنك والصندوق عمولته من المؤسسة الحائزة على الصفقة حسب درجة الخطر الذي يتحملة من جراء عجز هذه المؤسسة⁽²⁾.

* **الضمان الإحتياطي غير الشرطي** : عندما يتحمل الصندوق كامل المسؤولية و تبعات القرض في حالة إفلاس المؤسسة المقترضة و بالمقابل يستفيد الصندوق من العمولة من جراء تحمله الخطر الذي ينجر عن مسؤوليته .

لا توجد قواعد تحدد متى يكون الضمان الإحتياطي شرطيا أو غير شرطي بل ذلك يرجع للتفاوض بين البنك وصندوق ضمان الصفقات العمومية بعد دراسة الوضعية المالية للمؤسسة المتعاقدة مع الإدارة وتقدير درجة الخطر وكذلك دراسة تبعات القرض على هذا الأساس تحدد درجة تحمل المسؤولية لكل طرف و كذلك نسبة العمولة التي يستفيدون منها . ويمكن للسند الإذني أن يكون محل تجديد لمدة محددة باتفاق بين البنك و الصندوق في حالة عجز المتعامل المتعاقد المستفيد من القرض فيتم اللجوء لتمديد المهلة لإعطاء المستفيد من القرض فرصة تسديد ديونه مقابل عمولة إضافية يستفيد منها الضامن الاحتياطي .

(1) - أنظر: المادة 63 من القانون المدني.

(2) - أنظر الماد 92 من المرسوم الرئاسي 10-236.

المطلب الثاني : ضمانات التنفيذ التقني للصفقة العمومية

يجب على المتعامل المتعاقد تنفيذ الإلتزامات المفروضة عليه بموجب ومجموع وثائق العقد و لن يدفع عنه هذا الإلتزام إلا القوة القاهرة (1)، 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 لاسيما 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 على ذلك حسب ما تقتضيه أحكام المرسوم الرئاسي 02-250 لاسيما في المواد 29 و 80 منه إذ يحرص المتعاقد مع الإدارة في مجال التنفيذ التقني للصفقة على ما يلي :

1- الأداء الشخصي للخدمة موضوع الصفقة .

2- أداء الخدمة موضوع العقد حسب الكيفيات المتعاقد عليها وبحسن النية.

3- الإلتزام بأداء الخدمة موضوع العقد في الآجال المتفق عليها (2).

4- الإلتزام بالضمانات ذات الطبيعة التقنية .

(1) - GAUDEMET (Y) , op.cit , p 696.

(2) - بوضياف عمار : مرجع سابق ، ص 174 .

الفرع الأول : حالة التنفيذ العادي للصفقة

إن التزامات المتعامل المتعاقد لا يمكن حصرها من جميع النواحي لأنها تتعلق بطبيعة كل عقد من العقود الإدارية ومع ذلك يمكن التمييز بين حالتين أساسيتين هما :

- حالة التنفيذ العادي لموضوع الصفقة .

- حالة التنفيذ غير العادي لموضوع الصفقة .

1- الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد :

القاعدة العامة أن المتعامل المتعاقد يتولى شخصيا مهمة إنجاز الصفقة المتعاقد عليها، ذلك أن المصلحة المتعاقدة تراعي اعتبارات عديدة في اختيارها للطرف المتعاقد بالنظر إلى صلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام ، حيث تراعي معايير خاصة فيما يتعلق بالمتعاقد معها سواء من حيث الكفاية المالية أو المقدرة الفنية أو حسن السيرة أو الجنسية... الخ أي أن الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول .

ومن ثم فإن المتعامل المتعاقد ملزم بالتنفيذ الشخصي للصفقة وبالطريقة و الكيفية التي ارتضاها و اختارها ⁽¹⁾، ولا يعفى من تلك المسؤولية قيامه بإحالة قسم من الأعمال إلى متعاقد ثانوي (le sous traitant)، فالمتعاقد الأول يظل، مسؤولا عما ارتبط به من أعمال عقدية مع الإدارة سواء عن أعماله الشخصية أو عن أعمال المتعاقد الآخر على أساس تحمل التبعية ⁽²⁾.

(1) -CHAPUS (R), op-cit, p 1199.

(2) - الجبوري محمود خلف: مرجع سابق، ص162.

ولا يقصد بالأداء الشخصي للعمل أو الخدمة موضوع الصفقة أن يلتزم المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة دون الاعتماد على الغير أو الاستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل العقد ، إذ لا يمكن تصور ذلك خاصة في صفقات انجاز الأشغال ، بل المقصود به أن المتعامل المتعاقد لا يمكن أن يلقي بمسؤوليته التي تعهد بالوفاء بها إلى الغير فيتحلل من بعض التزاماته ، فهو المسؤول بعد توقيع الصفقة عن التنفيذ الكامل و النهائي للمشروع حتى و لو عهد إلى الغير القيام بجزء من العمل أو الخدمة في إطار التعامل الثانوي وهذا ما نصت عليه المادة 95 من قانون الصفقات العمومية.

2- أداء الخدمة حسب الكيفيات والشروط المتعاقد عليها :

على 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 شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ إلى جانب تبيان موضوع الصفقة محددًا وموصوفا وصفا دقيقا.

إذ ينبغي على المتعامل المتعاقد أن يتحمل نتيجة تعهده و التزامه بأن ينفذ موضوع الصفقة حسب ما تم الإتفاق 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 والرقابة .

3- الالتزام بتنفيذ موضوع الصفقة بطريقة سليمة وعناية تامة :

يتطلب هذا الأمر إحاطة المتعامل المتعاقد و درايته بكافة الشؤون التقنية، كما يجب عليه توفير الجو الملائم لتنفيذ المهمة الموكلة له ولمستخدميه ،كاتخاذ الإحتياطات الكافية لوقايتهم من أخطار العمل والحوادث أو دفع أجورهم المستحقة لهم⁽¹⁾، كما يلتزم بالنسبة لعقود الأشغال بوضع قائمة بأسماء المستخدمين في ورشاتهم تحت تصرف المصلحة . المتعاقدة أو مفتشية العمل.

وبصورة عامة فإنه على المتعامل المتعاقد أن يبذل عناية تامة في تنفيذ التزاماته التعاقدية بما يجعل الأعمال المنفذة من قبله تتسجم مع الغرض الذي ينفذ من أجله ، وكذلك العناية بالظروف الطارئة على العقد.

كما ينبغي أيضا على المتعامل المتعاقد تنفيذ التزاماته بحسن النية مثلما تنص عليه المادة 106 من القانون المدني ، بحيث يفترض فيمن يتعاقد مع الإدارة أن يكون أمينا وحريصا على المصلحة العامة التي يريد تحقيقها بواسطة العقد، وعلى ذلك فإنه من المقرر كأصل عام أنه ليس للمتعامل المتعاقد التمسك في مواجهة الإدارة بعدم التنفيذ قياسا على السلطات المخولة لها والمتمثلة أساسا في:

- سلطة الإشراف و الرقابة.

- سلطة تعديل العقد.

- سلطة إنهاء العقد (الفسخ الإفرادي).

(1) - أنظر :المادة 72 من الأمر رقم 67 - 90.

- سلطة توقيع الجزاءات .

إذ لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته مع الإدارة بحجة أنها لم تنفذ التزاماتها.

4- احترام الآجال اللازمة لتنفيذ العقد :

إن للمتعامل المتعاقد آجالاً عليه احترامها ، و تفيدنا معرفة هذه الآجال في النزاعات التي قد تطرأ من جراء عدم احترامها وكذا في حساب عقوبات التأخير لصالح المصلحة المتعاقدة ، ويجب أن تحدد في الصفقة جميع الآجال التي يجب احترامها خاصة آجال تنفيذ موضوع العقد من الناحية الفنية.

ويقوم عادة المتعامل المتعاقد بوضع ما يعرف بمخطط الإنجاز حيث يتطرق فيه إلى المراحل التي ستتم من خلالها إنجاز الصفقة والذي يضم الفترة الممتدة بين إصدار الأمر ببداء الخدمة والأشغال (ODS) 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 و لا 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 أن ينتهي من تنفيذ الأشغال طبقاً لما تعهد به في مخطط الإنجاز⁽¹⁾. و عند الانتهاء من التنفيذ يتم التأكد من جانب المصلحة المتعاقدة من إحترام مواعيد الإنجاز ويحرر بذلك محضر استلام مؤقت لموضوع الصفقة و تؤسس كفالة الضمان التي

(1) - أنظر: المادة 105 من المرسوم الرئاسي 10 - 236.

تدوم عادة في صفقات الأشغال سنة وهذا كضمان للعيوب الخفية أما العيوب الظاهرة فيتم اكتشافها عند الاستلام المؤقت .

وبعد مرور أجل الضمان يتم ما يسمى بالتسليم النهائي أين يستلم المتعامل المتعاقد في أجل شهر واحد من تاريخ إمضائه محضر الاستلام النهائي بدون أي تحفظ أو عيب .

5- الضمان العشري: La garantie décennale

بعد التسليم النهائي للصفقة ، تترتب على المتعامل المتعاقد مسؤولية مدنية تسمى بالضمان العشري⁽¹⁾، في مجال صفقات تنفيذ الأشغال ،كونها تغطي مرحلة ممتدة إلى 10 سنوات ، حيث أن المقاول و المهندس مسؤولان تضامنيا لمدة 10سنوات⁽²⁾ ، عن التهدم الكلي أو الجزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض و يسري هذا الضمان ابتداء من تاريخ الاستلام النهائي للصفقة نظرا لأن الأمر يتعلق بصفقات إنجاز مشاريع البناء.

ويغطي هذا الضمان أيضا ، الأضرار المخلّة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما ، عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس و الهيكل والإحاطة و التغطية ويعتبر جزءا لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد الانجاز .

(1) - أنظر: المواد من 178 إلى 185 من قانون التأمينات (الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 /01 /1995 المعدل

والمتمم بالقانون رق 06 /04 /06 المؤرخ في 20 /02 /2006 والمتعلق بالتأمينات الجريدة الرسمية رقم 13).

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

وزيادة على هذا الضمان ، يتوجب على كل مهندس معماري ومقاول و مراقب تقني و أي متدخل اكتباب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية و المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء و تجديد البناءات أو ترميمها و هو ما أفادت به المادة 175 من قانون التأمينات⁽¹⁾.

الفرع الثاني : حالة التنفيذ غير العادي

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

1- مفهوم شرط 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. فيما يتعلق بقانون الصفقات العمومية فقد نصت المادة 95 من الأمر 67- 90 عن جواز الإعفاء من العقوبات بفعل الأحداث غير المتوقعة و التي لا يمكن مقاومتها ومن شأنها

(1) - المادة 554 من الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 /09 /1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

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) (1).

وقد استقر القضاء الفرنسي و المصري على اعتماد الشروط السابقة للاعتداد بنظرية القوة القاهرة وقد سايرها في ذلك مجلس الدولة الجزائري من خلال قراره الصادر بتاريخ 1999/03/08 في قضية بلارة توفيق ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة تتلخص فيما يلي: " أنه بتاريخ 09 / 09 / 1989 أبرم السيد بلارة توفيق صفقة مع بلدية سكيكدة قصد بناء مكتبة ونظرا لكون البناية لم تتم في الآجال المنصوص عليها في العقد أُنذرت البلدية المتعاقد بتاريخ 1991/03/09 للإسراع في الأشغال غير أن هذا الأخير برر التأخير بعدم تقديم المخطط و البطاقات التقنية وكذا من أجل زيادة أسعار البناء و عدم تطبيق التعليمات الوزارية المشتركة المؤرخة في 1990/11/06 وكذا بأن هناك قوة القاهرة نظرا للوضعية الاقتصادية للبلد وأن الدولة نفسها أمرت بمراجعة الأسعار.

رفعت البلدية دعوى ضده أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سكيكدة فأصدرت هذه الأخيرة قرارا بتاريخ 1995/04/22 قضت فيه بالتزامه أن يدفع لرئيس بلدية سكيكدة مبلغ قدره 83.255.80 دج الممثل ل 10 ٪ من مبلغ الصفقة.

بعد استئناف المتعامل المتعاقد أمام مجلس الدولة بتاريخ 1995/08/26 طالب هذا الأخير بإلغاء القرار وتعويضه بمبلغ 69.712.9 دج إلا أن قرار مجلس الدولة جاء مؤكدا و مؤيدا للقرار المستأنف على أساس:

(1) - المادة 95 من الأمر 67 / 90.

- مرور أكثر من سنتين ما بين تاريخ إبرام الصفقة و تاريخ الإنجاز بينما حدد أجل الإنجاز ب 06 أشهر .

- لا وجود لحالة القوة القاهرة ، لكون الوضعية ليس لها طابع عدم التوقع أو الاستثناء (1).

2- تطبيقات القوة القاهرة : و تتمثل أهم تطبيقاتها في الآتي :

أ- حالة الظواهر الطبيعية : تمثل الحدث الطبيعي الخارجي لمفهوم القوة القاهرة الذي لا يمكن توقعه أو تفاديه كالسيول، العواصف والفيضانات، 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 كثيرا ما طبقت بشأنه المبادئ المتعلقة بالقوة القاهرة، و يبحث القاضي عن مدى توافر الشروط المقررة لاعتباره من قبيل القوة القاهرة التي يمكن إجمالها في:

(1) - حسين بن الشيخ آث ملويا: المنتقى في قضاء مجلس الدولة - الجزء الأول- دار هومة، الجزائر 2002، ص 73.

- أن يكون الإضراب حدثا خارجيا كليا عن المتعاقد ، بمعنى عدم تسبب الأخير في إثارته أو في تسهيل حصوله فحسب ، بل لم يبذل الجهود اللازمة للتوفيق والمصالحة التي تطلب منه شخصيا .

- أن يكون الإضراب فعلا حدثا خارجيا غير متوقع.

- أن يكون الإضراب قد أوجد وضعاً يصعب تجاوزه لاسيما إذا كان المتعاقد لم يستطع إيجاد البديل لليد العاملة للقيام بالعمل.

- أن يكون الإضراب حدثا خارجيا كليا عن المتعاقد بمعنى عدم تسبب الأخير في إثارته أو في تسهيل حصوله فحسب بل لم يبذل الجهود اللازمة للتوفيق والمصالحة التي تطلب منه شخصيا .

و- الحروب : إن اعتبار الحروب من قبيل القوة القاهرة نادر الحدوث بحيث يبحث القاضي في مدى توفر شروط القوة القاهرة فقد يمكن اعتبار الحروب و ما تحمله من خراب و دمار من قبيل القوة القاهرة.

3- الآثار المترتبة على القوة القاهرة :

يترتب على توافر شروط القوة القاهرة نتائج قانونية هامة تمس مباشرة حسن تنفيذ الصفقة يمكن إجماله في⁽¹⁾ :

(1) - أنظر المادة 78 / 04 من قانون الصفقات العمومية...

- إعفاء المتعامل المتعاقد من التزاماته: ونكون هنا أمام حالتين:

أ - في حالة الاستحالة المطلقة للتنفيذ: يترتب على القوة القاهرة إعفاء المتعاقد من

التزاماته اتجاه الإدارة وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة في الكثير من قراراته.

وقد أشار قانون الصفقات العمومية في هذا الصدد في المادة 04/78 على أنه: ".في

حالة القوة القاهرة تعلق الآجال 78 / ولا يترتب على التأخير فرض الغرامات المالية بسبب

التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة

لذلك المصلحة المتعاقدة".

ب - قد لا تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ الالتزامات بصورة مطلقة و عندها يتم

وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال السبب المؤدي لهذا الوقف، وعندما تتلاشى تلك الأفعال فإن

الالتزام بتنفيذ العقد يعود إلى طبيعته الأولى فالقوة القاهرة لا تمنع تنفيذ الالتزام إلا إذا حالت

بين المتعامل المتعاقد وبين الوفاء بالتزاماته .

4- الحق في الحصول على تعويض:

لا يقتصر التعويض على الأضرار المادية فحسب و إنما يشمل الخسائر الناجمة عن

وقوع حادث القوة القاهرة و قد تمت الإشارة إليه ضمن المبحث الأول⁽¹⁾.

- فسخ العقد: إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة جاز للمتعامل المتعاقد

فسخ العقد على أساس القوة القاهرة عكس الاستحالة النسبية التي لا تعطي المتعامل المتعاقد

الحق في طلب الفسخ.

(1) - أنظر : المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10 - 236.

ومن جانب آخر قد تتضمن بعض العقود الإدارية نصوصاً تسمح بفسخ العقد نتيجة القوة القاهرة إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا بصفة نهائية .

و يجب هنا على المتعامل المتعاقد الذي يدعي باستحالة تنفيذ التزاماته بسبب القوة القاهرة أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بانفساخ العقد ، إذ لا يمكن للأفراد حرية تقدير توافر حالة القوة القاهرة من عدمها و هذا الحل يعتبر في صالح الإدارة وفي صالح المتعاقد معها فما يمكن اعتباره قوة قاهرة قد لا يعتبره القضاء كذلك، فإذا ما توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته قد يتعرض لتطبيق الجزاءات التعاقدية.

خلاصة:

نستنتج من خلال دراستنا للضمانات في مرحلة تنفيذ وإنهاء عقد الصفقة العمومية أنها

تنقسم من حيث الإلتزامات التعاقدية لكل طرف من الأطراف إلى قسمين بارزين و هما :

- ضمانات تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة و تشمل :

* ضمان حق المتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي (السعر المتفق عليه)

نظير تنفيذه بنود الصفقة و هو إلتزام مكفول قانونا من خلال عملية تسديد التسبيقات المختلفة

وكذا دفع سعر الصفقة وفق آليات الدفع على الحساب و التسوية على رصيد الحساب وكلها

ضمانات ذات طبيعة قانونية في صالح المتعامل المتعاقد.

* ضمان التوازن المالي للصفقة و هو متعلق بظروف تنفيذ بنود العقد أي إدراج

نظريات المخاطر الإدارية والإقتصادية و كذا نظرية الصعوبات المادية التي أسسها الفقه و

القضاء الإداريين في فرنسا لما لها من أهمية في توفير أفضل الشروط الملائمة لتنفيذ الصفقة

لكونها تسمح للمتعامل المتعاقد من القيام بالتزاماته التعاقدية دون التعرض لخسائر فادحة قد

ترهن إتمام عملية التنفيذ.

- ضمانات مفروضة على المتعامل المتعاقد :

* حماية من المشرع للأموال العمومية و ضمانا لحقوق المصلحة المتعاقدة ، تم وضع

نظام للضمانات ذات الطبيعة المالية ، التقنية و التجارية تفرض على المتعامل المتعاقد

الحاصل على الصفقة أثناء التنفيذ و بعده، حيث تضبط غالبا في دفتر الشروط ناهيك عن

الإلتزامات التي ينص عليها قانون الصفقات العمومية والمتمثلة أساسا في تقديم مختلف أنواع

الكفالات (كفالة التعهد، كفالة رد التسبيقات، كفالة حسن التنفيذ وكفالة الضمان). بالإضافة إلى الضمانات ذات الطبيعة الحكومية المفروضة على المؤسسات الأجنبية الحاصلة على الصفقات، وهناك أيضا الضمان العشري بالنسبة لصفقات الأشغال و هي ضمانات لاحقة لتنفيذ الصفقة، وفي مجملها أدوات ضمان من القانون الخاص أدرجت في النظام القانوني للصفقات العمومية.

* من بين الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المختلفة التي تراها مناسبة مع جسامة و نوع التقصير الحاصل تأميننا للمصلحة العامة و ضمانا لسير المرافق العمومية بانتظام ، إلا أن هذه الضمانات الأخيرة قد تثقل كاهل المتعامل المتعاقد بل تعتبر من أخطر وأشد أنواع الضمانات المفروضة لصالح الإدارة المتعاقدة التي تتمتع بسلطات واسعة سواء في تعديل بنود الصفقة أو في فرض عقوبات و منها الفسخ الإفرادي للعقد ، مما يتطلب هنا إيجاد ضمانات مضادة تحمي المتعامل المتعاقد في مواجهة تعسف المصلحة المتعاقدة و تجاوزها القانون أحيانا . بناء على ما سبق ، تدرج آليات تسوية النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية ضمن أهم الضمانات ذات الصبغة القضائية التي تسمح بمراقبة أعمال الإدارة المتعاقدة و تمنح المتعامل المتعاقد فرصة الدفاع عن مصالحه أمامها حيث أنه بالرغم من أن النظام القانوني للصفقات العمومية قد خول المصلحة المتعاقدة امتيازات و سلطات واسعة في عقد الصفقة إلا أنه بالمقابل قرر للمتعامل المتعاقد ضمانا هاما يكون بمثابة حماية له من أي إجراء تعسفي أو تجاوز في ممارسة السلطات المخولة للمصلحة المتعاقدة و يتمثل هذا الضمان في الرقابة القضائية التي تعد أنجع أداة في نظام الضمانات على الإطلاق.

الفصل الثاني

ضمانات ومسؤولية الإدارة

في دفع المقابل المالي

المبحث الأول: الضمانات المتبعة لدفع المقابل المالي في قانون الصفقات العمومية

الأصل أن تسديد المقابل المالي لا يكون إلا بعد أداء المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة لالتزاماته. لكن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها قد يقابله عدم قدرة المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماته في بعض الأحيان أو إلى إرهابه خصوصاً في الصفقات العمومية الطويلة الأمد التي يطلب تنفيذها مبالغ كبيرة، لذلك، فإنه واستثناءً على القاعدة السابقة فإن المصلحة المتعاقدة قد تصرف للمتعامل المتعاقد معها دفعات على وجه التسبيق قبل أو أثناء البدء في تنفيذ الصفقة.

وترجع العلة في تجاوز القاعدة على أن المصلحة المتعاقدة تسعى من خلال ذلك إلى عدم الإضرار بمصلحة المتعاقدين معها ليتمكنوا من تنفيذ التزاماتهم على نحو منتظم وحتى لا يحجم الأفراد عن التقدم للتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بشأن هذه الصفقات العمومية⁽¹⁾. بالإضافة إلى ذلك يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تضمن الصفقات المبرمة بينها وبين المتعامل المتعاقد معها بنداً لمراجعة وتحيين الأسعار وهذا مراعاة للتقلبات الاقتصادية المحتملة والتي من شأنها إرهاب كاهل المتعامل المتعاقد معها.

(1) - بسبوني عبد الغني: القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، ص 529.

المطلب الأول: الضمانات المتبعة لدفع المقابل المالي في قانون الصفقات العمومية

الفرع الأول:مراجعة وتحيين المقابل المالي

وذلك على ضوء ما جاء في قانون الصفقات العمومية الجزائري، إن المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة إما أن يكون ثابتا وإما أن يكون قابلا للمراجعة والتحيين ولقد كرس المشرع صراحة السعر الثابت والسعر القابل للمراجعة، حيث نص المادة 64 من المرسوم الرئاسي 10 / 236 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه: (يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة).

وهو ما أكده مجلس الدولة في قراره الصادر في 21/01/2009 الذي استند فيه على المادة 56 من المرسوم التنفيذي 91 / 434 (1).

إلا أن هذه الحرية التي يعترف بها القانون للمتعاقدين لاختيار طبيعة السعر تبقى نظرية، لكون الواقع العملي يثبت أن المصلحة المتعاقدة هي وحدها التي تحدد طبيعة السعر وذلك في دفتر الشروط الخاصة المتعلقة بالصفقة قيد الإنجاز، وما على المتعاقدين سوى الالتزام بها، وعدم المطالبة بتغيير طبيعة السعر وهو الأمر الذي يتنافى مع مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين".

بالإضافة إلى ذلك نلاحظ أن معظم الصفقات العمومية تبرم وفق أسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة، خاصة تلك التي تبرمها الجماعات المحلية حيث قلما يوجد فيها تحيين أو

(1) - قرار مجلس الدولة بتاريخ 21 / 01 / 2003 بين ر. م . ش. لبلدية عين الكحيل ولاية عين تيموشنت و مجاهدي

عبد الرحمان مدير مقابلة الأشغال بتلمسان.

مراجعة في السعار وتبرر الإدارة ذلك بكون معظم الصفقات التي تبرمها قصيرة نسبيا⁽¹⁾.
مما لا يستدعي إجراء تغيير في الأسعار.

وإذا كان الأمر كذلك في الصفقات القصيرة الأجل فالأمر يختل في الصفقات التي
يمتد آجال تنفيذها لسنوات طويلة والتي كثيرا ما تكون أسعارها قابلة للمراجعة
والتحيين⁽²⁾.

وأول فرضية لتعديل الأسعار الأولية هي الاتفاق أثناء إبرام الصفقة ومسبقا على
بنود التغيير، هذا البند يمنح الحق للأطراف المتعاقدة لتعديل السعر الأولي بإعادة تحديد
قيمته عندما تحدث تعديلات في الظروف المحيطة بإنجاز الصفقة.

فتطبيق بنود التعديل إذن مرتبط بوجود اتفاق صريح، أي أن كل طلب لتعديل
السعر الأولي أثناء تنفيذ الصفقة لا يمكن قبوله إلا إذا سبق الاتفاق على ذلك فالالتزام
التعاقدية هو الذي يبرر تغيير السعر وهذا التغيير يتم بالمراجعة أو التحيين.

الفرع الثاني: مراجعة السعر

لقد سبق وأن بينا بأن تطبيق بند المراجعة يهدف إلى تغيير السعر الأولي
الموضوع عند انعقاد الصفقة وذلك مراعاة للتغيرات الاقتصادية التي تحدث أثناء تنفيذ
الصفقة⁽³⁾.

(1) – تتراوح عادة بين ثلاث إلى أربع أشهر.

(2) – GhARSA KEMLA, les prix des marches publics, memoire pour l'obtention de mastère en droit public, universite de tunis EL MANAR, 2004-2005,p21.

(3) – بوضيف عمار: مرجع سابق، ص 165.

وقد أكد المشرع الجزائري على إلزامية النص على بند المراجعة في المادة 67 / 3 من المرسوم الرئاسي 10 / 236 والذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتي جاء فيها " الصفقات التي لا يمكن أن تتضمن صيغا لمراجعة الأسعار هي الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة".

يتبين لنا من نص هذه المادة أن الأسعار لا تكون قابلة للمراجعة إلا إذا تم نص على ذلك صراحة في صلب الصفقة.

وفي حالة عدم وجود نص يقضي بمراجعة الأسعار، فإنه لا يحق لأي طرف مهما كانت الظروف أن يطالب بذلك.

وهو الأمر الذي أكده مجلس الدولة حينما رفض طلبات المراجعة لعدم تضمن الصفقة شروط مراجعة الأسعار وقضي بأنه (حيث أنه فيما يتعلق بالوضعيات 11 و 12 و 13 المتعلقة بمراجعة الأسعار فإن المادة 4 / 3 من العقد الرابط بين الطرفين تنص فعلا على عدم مراجعة الأسعار ويتعين عدم إجابة المستأنف لطلبه المتعلق بهذه الوضعيات)⁽¹⁾. ويجب أن يكون النص على مراجعة الأسعار صريحا وواضحا أي إشكالات في التفسير. وعلى الأطراف المتعاقدة أن تحدد صيغ وكيفيات المراجعة والتي سوف تطبق على الأجزاء التي تكون محل مراجعة⁽²⁾.

(1) - قرار مجلس الدولة في 08 / 03 / 2002 قديسي عبد القادر ضد بلدية غرداية.

(2) - El- FASSI , (f) , opcit, p 196.

ولقد قضى مجلس الدولة بأنه (حيث أن مراجعة الأسعار تخضع إلى وجود شروط وهي أن تكون المراجعة منصوص عليها في الصفقة وأن هذا الشرط جد ضروري ولا يمكن حتى لملحق صفقة أن يشير إليه إذا حررت الصفقة بثمن غير قابل للمراجعة وأن الشرط الثاني يتعلق بوجود كفاءات تطبيق هذه المراجعة وحيث أن المستأنف لم يثبت لمجلس الدولة هذين الشرطين وبالتالي يتعين إذن القول بأن طلبه المتعلق بالمراجعة غير جدي وينبغي رفضه) (1).

تجدر الإشارة هنا إلى صيغة المراجعة لا تشمل كل الصفقة وإنما تقتصر فقط على الأشغال المنفذة فعلا دون سواها عند تاريخ حدوث تغييرات في الظروف الاقتصادية كما قضت بذلك المادة 67 / 2 من المرسوم الرئاسي 10 / 236 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتي جاء فيها: " لا يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار إلا بمقتضى الخدمات المنفذة فعلا دون سواها حسب شروط الصفقة".

1- القوة الإلزامية لبنود المراجعة:

إن بنود الاتفاقية التي تتضمن مراجعة الأسعار غير قابلة للتعديل، وبهذا لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد أن يتملص من هذه الشروط حتى لو اتضح بان تطبيق صيغة المراجعة لا تسمح للمتعاقد من الحصول على أجر كاف أو تظهر أنها لا تخدم المصلحة المتعاقدة.

(1) - قرار مجلس الدولة في 22 / 01 / 2003 قضية مقاوله الأشغال العمومية والبناء والري ضد ولاية غرداية.

وبالرغم من أن قانون الصفقات العمومية لم يتضمن مادة صريحة تنص على الطابع الإلزامي لصيغة المراجعة إلا أن هذا يبدو واضحا من خلال استقرار مختلف الأحكام المتعلقة بالمراجعة، والتي تتسجم مع المبدأ العام المطبق في القواعد العامة وهو مبدأ القوة الإلزامية للعقود لأن المراجعة كانت محل تراض و اتفاق إرادتين واكتسب طابعا إلزاميا، فلا يمكن تعديلها إلا باتفاق الإرادتين⁽¹⁾.

2- تركيبة صيغة المراجعة:

تتكون صيغة مراجعة الأسعار من عدة عناصر بعضها ثابتة وبعضها متغيرة وهذا ما نصت عليه المادة 68 من المرسوم الرئاسي 10 / 236 السالف الذكر والتي جاء فيها: " يجب أن تراعي في صيغ مراجعة الأسعار الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة من خلال تطبيق معاملات وأرقام استدلالية تخص (المواد) و (الأجور) و (العناد)". وتتمثل المعاملات التي تجب مراعاتها في صيغ مراجعة الأسعار فيما يلي:

- المعاملات المحددة مسبقا والواردة في الوثائق المتعلقة بالمناقصة.

- المعاملات المحددة باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة عندما يتعلق الأمر

بصفقة مبرمة حسب إجراء التراضي.

ويجب أن تشمل صيغ الأسعار على ما يلي:

(1) - أكرور مريام: السعر في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع الدولة والمؤسسات

العمومية، جامعة الجزائر ، 2008، ص 80.

- جزء ثابت لا يمكن أن يقبل النسبة المنصوص عليها في العقد فيما يخص التسبيق الجرافي ومهما يكن من أمر لا يمكن أن يقل هذا الجزء عن خمسة عشر في المائة (15%) .

- حدد استقرار التغيير في الأجور قدره خمسة في المائة (5%).

- الأرقام الاستدلالية (الأجور) و (المواد) المطبقة ومعامل التكاليف الاجتماعية.

- العنصر الأول: الجزء الثابت

تحدد المادة 68 / 1 من المرسوم الرئاسي 10 / 260 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الشرط الأول المتمثل في الجزء الثابت الذي يمثل جزء من السعر مستقبلا عن الظروف الاقتصادية مثل التكاليف العامة، الفائدة... إلخ. يتحمل تكاليف هذا الجزء المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة. وقد حددت المادة 68 السالفة الذكر نسبة هذا الجزء بـ 15%.

- العنصر الثاني: حد استقرار التغيير في الأجور

تقدر نسبة 5% يتحملها المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة (1).

- العنصر الثالث: الأرقام الاستدلالية والمواد المطبقة ومعامل التكاليف الاجتماعية

تنص المادة 69 من المرسوم الرئاسي 10 / 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أن " الأرقام الاستدلالية المعمول بها في صيغ مراجعة الأسعار هي الأرقام التي تتم الموافقة عليها وتنتشر في الجريدة الرسمية وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل

(1) - كانت النسبة في خلال أمر 90 / 67 هي 3.5 % ثم ارتفعت إلى 5% منذ صدور قانون صفقات المتعامل العمومي

العمومي وفي كل نشرية أخرى مؤهلة لاستقبال الإعلانات القانونية والرسمية، وتطبق المصالح المعنية الأرقام الاستدلالية ابتداء من تاريخ موافقة الوزير المكلف بالمالية عليها. غير أنه فيما يخص بعض صيغ مراجعة الأسعار المرتبطة بالخدمات التي تؤديها المؤسسات الأجنبية وتدفع مبالغها بالعملة الصعبة، فإنه يمكن استعمال الأرقام الاستدلالية الرسمية لبلد المتعامل المتعاقد أو أرقام استدلالية رسمية أخرى⁽¹⁾.

يفهم من نص هذه المادة أن الأرقام الاستدلالية هي أرقام رسمية تشير إلى الأسعار والتكاليف الاجتماعية وكذلك أسعار المواد.

تنشر هذه الأرقام في الجريدة الرسمية وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في أي نشرة أخرى للإعلانات القانونية والرسمية. تطبق هذه الأرقام من طرف المصالح المعنية ابتداء من تاريخ موافقة الوزير المكلف بالمالية.

بالنسبة للصفقات المبرمة مع المتعاملين الأجانب والتي تدفع بالعملة الصعبة فيمكن استعمال الأرقام الاستدلالية لبلد المتعاقد أو أي أرقام استدلالية رسمية أخرى⁽²⁾.

3- موضع وبنية صيغ المراجعة:

تقوم أطراف الصفقة العمومية بتجزئة السعر إلى العناصر الأساسية المكونة له (يد عاملة، مواد، فوائد، تكاليف عامة)، ثم تحدد النسبة المئوية لكل عنصر وتوضع بجانب

⁽¹⁾ – AOUDIA .K, LALLEM .M, SABRI .M, Guide de gestion des marches publics, édition du sahel, Algérie, 2002. p198.

⁽²⁾ – المادة: 57 من المرسوم الرئاسي 02 / 250 .

كل عنصر يمثل برقم استدلالي ثم يختاران الأرقام ، الأجر، المواد التي تعبر عن تغييرها.

ولقد أصدرت وزارة التجارة قرارا يتضمن قائمة الأرقام الاستدلالية للمواد المستعملة في مراجعة الأسعار في صفقات الأشغال العمومية والبناء وهذه الاختصارات صادرة باللغة الفرنسية تمثل الحروف الأولى لكل مادة (1).

4- كيفية تطبيق صيغة المراجعة:

بعد وضع بنود مراجعة الأسعار في الصفقة فإنها تكتسب طابعا أليا أي تطبق على الخدمات المنفذة.

إلا أن هناك حالات لا يمكن العمل فيها ببند مراجعة السعر أشارت إليها المادة 1/67 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وهي :

- في الفترة التي تغطيها صلاحية العرض.

- في الفترة التي يغطيها بند صلاحية الأسعار عند الاقتضاء.

- أكثر من مرة واحدة كل ثلاثة (03) أشهر.

ونلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد اكتفى بتحديد الفترات التي لا يمكن أن تطبق فيها المراجعة ولم يحدد صراحة متى يبدأ في تطبيق بنود المراجعة.

ويمكن أن نستخلص تاريخين لبداية المراجعة وذلك من نص المادة 1 /67 وهما:

(1) - قرار مؤرخ في 15 /04 /1984 يتضمن المصادقة على الأرقام الاستدلالية للمواد المستعملة في مراجعة الأسعار في صفقات الأشغال العمومية، الجريدة الرسمية عدد 22، المؤرخ في 29 /05 /1984 .

- منذ نهاية فترة صلاحية العروض وهذا لأن أجل صلاحية العروض لا تشملها المراجعة.

- ابتداء من تاريخ نهاية الفترة التي يشملها بند التحيين: لأن المادة جاءت صريحة باستبعاد أي إمكانية للمراجعة أثناء فترة التحيين.

إذا كان التاريخ الثاني منطقيا لكونه يمنع الجمع بين التحيين والمراجعة في وقت واحد، فإن التاريخ الأول يبدو في نظر المتعاملين المتعاقدين تعسفا.

ولقد قضى مجلس الدولة بأنه " ليس للمستأنفة أن تطلب بمراجعة الأسعار إذ أنها لم تشرع بعد في إنجاز الأشغال"⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن نص المادة 01 /67 السالفة الذكر لم تحدد تاريخا دقيقا للشروع في تطبيق بند المراجعة هل يبدأ من تاريخ الشروع في تنفيذ الأشغال أم يمكن ان يكون قبل ذلك أي في الفترة ما بين نهاية أجل صلاحية العروض وفترة تقديم الأمر بالشروع في تنفيذ الأشغال.

وإذا كان تطبيق صيغة المراجعة أثناء تنفيذ الصفقة لا يثير أي إشكال فالتساؤل الذي يطرح هو: هل يمكن تطبيق المراجعة بعد نهاية تنفيذ الصفقة؟. تنثور هذه المسألة في حالة ما إذا تم تمديد أجل تنفيذ الصفقة.

(1) - قرار مجلس الدولة في 09 /07 /2001 قضية شركة خدمات المائبة والإنشاءات الريفية بعناية ضد بلدية العلمة ولاية عنابة.

بالرجوع إلى نص المادة 71 من المرسوم الرئاسي 10 / 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نجد أن الصفقة التي تعرضت إلى التأخر في التنفيذ بسبب خطأ المتعامل المتعاقد لا يمكن أن تكون محلا لمراجعة الأسعار حتى ولو حدثت تغيرات في الظروف الاقتصادية أثناء هذه الفترة وإنما يدفع أجل المتعامل المتعاقد على أساس الأسعار المطبقة أثناء الأجل التعاقدية والتي يتحمل أن تكون قد تم تحيينها أو مراجعتها⁽¹⁾.

أما في حالة ما إذا تسببت المصلحة المتعاقدة في التأخر أو أن التأخير كان بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين، فإن قانون الصفقات العمومية لم ينص على إمكانية تمديد أجل المراجعة وهذا من شأنه أن يؤدي إلى حدوث نزاع بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها.

ونود أن نشير في نهاية بحثنا لهذه النقطة أن الممارسة العملية تثبت أن الإدارات العمومية للإشكالات التي يثيرها بند مراجعة الأسعار في ظل غياب نصوص واضحة تنظم هذه المسألة.

الفرع الثالث: تحيين السعر

يتم اللجوء إلى تحيين أسعار الصفقة في الحالة التي يكون فيها تاريخ بداية تنفيذ الأشغال متأخرا عن تاريخ إبرام الصفقة وأكثر من يكون حاضرا في صفقات الأشغال العمومية والصناعية حيث الظروف الموجبة له مألوفة ومتكررة⁽²⁾.

(1) -EL- FASSI(F), O P.CIT ,P 250 .

(2) - أكرام مريام: مرجع سابق، ص 70.

ويمكن للمتعاقل المتعاقل في هذه الحالة أن يطلب إعادة النظر في السعر الأولي الذي حدد سابقا عندما أبرمت الصفقة⁽¹⁾.

ورد النص علة إمكانية التحيين في المادة 34 / 3 من المرسوم الرئاسي 10 / 236 والتي جاء فيها: " يمكن أن يحين السعر حسب الشروط المحددة في المواد 65 و 66 و 71 من هذا المرسوم".

ولقد نصت المادة 65 من نفس المرسوم على أنه: " يمكن قبول تحيين الأسعار التي يحدد مبلغها طبقا للمادة 66 من هذا المرسوم إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة أجل يفوق العرض زائد ثلاثة (03) أشهر وكذلك إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك". يتبين لنا من خلال استعراضنا لهذه النصوص أن تحيين السعر يخضع لشرتين أساسيين وهما:

أولاً: مرور فترة تفوق مدة تحضير العرض زائد ثلاثة (3) أشهر بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة.

أكد مجلس الدولة هذا الشرط حيث قضى بأن " تحيين الأسعار يمكن قبوله إذا كان الأجل يفوق مدة صلاحية العرض التي تفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العرض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة أي الشروع في بداية الأشغال"⁽²⁾.

(1) – EL- FASSI(F), O P.CIT ,P 192.

(2) – قرار مجلس الدولة المؤرخ في 15 / 04 / 2003 قضية ق. ع ضد بلدية مثليي ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 04 ص 71- 72.

1- آخر أجل لإيداع العروض:

إن تحديد آخر أجل لإيداع العروض متروك إرادة المصلحة المتعاقدة حيث ورد في المادة 50 من قانون الصفقات العمومية أنه: " يحدد أجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة مثل تعقد موضوع الصفقة المعترزم طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصال التعهدات. يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمدد الأجل المحدد لتحضير العروض إذا اقتضت الظروف ذلك وفي هذه الحالة تختبر المصلحة المترشحين بكل الوسائل".

ويبدأ في حسابه من تاريخ أول صدور للإعلان عن الدعوة إلى المنافسة في النشرة الرسمية بصفات المتعامل العمومي أو في الصحافة كما يدرج أيضا في دفتر الشروط⁽¹⁾. وتلزم المادة 46 من المرسوم الرئاسي 10 / 236 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بأن يتضمن إعلان المناقصة الصادر من طرفها على مدة تحضير العروض ومكان إيداعها.

كما يتضمن في الوقت نفسه بداية فترة صلاحية العروض كما حددتها المصلحة المتعاقدة في الدعوة للمنافسة أو في دفتر الشروط الخاصة، ويبدأ منه حساب فترة التحيين.

2- أجل صلاحية العروض:

يقصد بأجل صلاحية العروض تلك الفترة التي يبقى فيها المتعاملون ملتزمون بعروضهم.

(1) - أنظر المادة 50 / 03 من المرسوم الرئاسي 10 / 236.

لقد سبق أن أشرنا بأن المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لم يحدد آجال صلاحية العروض، وترك ذلك للسلطة التقديرية للإدارة. وتقوم المصلحة المتعاقدة بتحديد آجال صلاحية العروض في ملف الدعوة إلى المنافسة .

3- تاريخ تقديم الأمر بالشروع في الخدمة:

أمر الشروع في الخدمة هو الوثيقة الإدارية المكتوبة التي تقوم المصلحة المتعاقدة بتبليغها للمتعاقل المتعاقد، وهي تتضمن التعليمات المتعلقة بسير وتنفيذ الصفقة⁽¹⁾. يتمتع أمر الشروع في الخدمة بالقوة التنفيذية، غير أنه يمكن للمتعاقل المتعاقد أن يقدم تحفظاته إذا أعتبر أن متطلبات الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة يتجاوز التزاماته التعاقدية⁽²⁾.

إن تاريخ تقديم الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات المتفق عليها هو العنصر الذي يحدد اللجوء إلى تحيين السعر الأولي وهذا التاريخ يكون غير معروف عند إبرام صفقة. ونود أن نشير هنا إلى أن تاريخ إبرام الصفقة لا يؤثر في طلب التحيين مثلما أكد على ذلك مجلس الدولة حيث قضى بأنه) عندما اعتمد قاضي الدرجة الأولى على تاريخ إبرام الصفقة لرفض الدعوى كان على خطأ لأن المقياس القانوني هو تاريخ صلاحية العروض وتاريخ الأمر بانطلاق الخدمة⁽³⁾.

(1) - المادة: 46 من المرسوم الرئاسي 236 /10 .

(2) - أكرور مريام: مرجع سابق، ص 74.

(3) - قرار مجلس الدولة في 09 /07 /2001 ، قضية الأشغال العمومية ضد مدير الري لولاية البلدية.

أ- حدوث تغيير في الظروف الاقتصادية: لكي يستطيع المتعامل المتعاقد أن يطلب تحيين السعر يجب أن تحدث تغييرات وتطورات في الحياة الاقتصادية المحيطة بإنجاز الصفقة.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة في حالة ما إذا أبرمت الصفقات عن طريق إجراء التراضي أن تحيين الأسعار عند انقضاء أجل صلاحية العروض المنصوص عليها في التعهد وهو الذي يفصل بين تاريخ إمضاء المتعامل المتعاقد للصفقة وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات⁽¹⁾.

ولقد منح قانون الصفقات العمومية المتعامل المتعاقد إمكانية طلب التحيين حتى في الصفقات المبرمة بناء على أسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة بشرط أن يثبت أنه لم يتسبب في التأخر في تنفيذ الصفقة.

وفي هذا الصدد تنص المادة 66 من المرسوم الرئاسي 10 / 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على ما يلي: "... يمكن السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخر في تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد وتطبيق هذه الأحكام كذلك على الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة".

(1) - المادة: 02 / 65 من المرسوم الرئاسي 10 / 236 والتي تنص " يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحيين أسعار صفقة مبرمة حسب إجراء التراضي عند اقتضاء أجل صلاحية السعر المنصوص عليه في التعهد الذي فصل بين تاريخ توقيع المتعامل المتعاقد على الصفقة وتاريخ التبليغ بالشروع في تقديم الخدمة...".

وبالرغم من كل ذلك يبقى اللجوء للتحيين خاضع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة وهو ما يفسر قلة التعامل به⁽¹⁾.

بقي أن نشير إلى أن هناك طريقتين لتحديد مبلغ التحيين أشارت لهما المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وهما:

- **طريقة إجمالية وجزافية وباتفاق مشترك:** يتم الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة على المبلغ المحين الذي يمثل السعر الجديد الذي يطبق على الصفقة.

- **تطبيق صيغة مراجعة الأسعار التي نصت عليها الصفقة:** إذا تضمنت الصفقة صيغة للمراجعة فغن التحيين يعتمد ولكن بدون جزء ثابت ولا حد استقرار في التغييرات⁽²⁾.

إذا كانت طبيعة الأشغال تؤدي إلى تجزئة التنفيذ إلى عدة حصص تنطلق أجال تنفيذها من تواريخ مختلفة أصلا فإن يتم تحيين أسعار كل حصة من التاريخ الأصلي لتنفيذ الحصة المطابقة.

بعد هذا العرض الموجز لمسألة تحيين الأسعار في الصفقات العمومية يجدر بنا أن نشير إلى الخلط القائم بين التحيين والمراجعة حتى بين رجال القضاء وهو ما يتجلى في القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة في قضية (ي، س) ضد والي ولاية باتنة اللذان أبرما صفقة عمومية لإنجاز أشغال التهيئة لمشروع شركة المواد الإلكترونية باتنة في

⁽¹⁾ -AOUDIA .K, LALLEM .M, SABRI .M, Guide de gestion des marches publics, édition du sahel, Algérie, 2002. p194.

⁽²⁾ - انظر: المادة 33 / 05 من دفتر الشروط الإدارية العامة ل 1964 .

01 / 10 / 1989 ولم يتلقى المقاول أمر الشروع في تنفيذ الخدمة إلا في 17 / 07 / 1990 أي بعد مرور 10 أشهر⁽¹⁾.

المبحث الثاني: واجب احترام المصلحة المتعاقدة أجل التسديد ومدى إمكانية تحديد مسؤوليتها العقدية.

إن احترام المصلحة المتعاقدة للأجل المقررة للوفاء بالمقابل المالي المستحق للمتعاقد المتعاقد يشجع على التعاقد معها ذلك لأن المقابل المالي كما ذكرنا سابقا يشكل أهم حقوق المتعامل المتعاقد على الإطلاق ويمثل من جانبه الباعث الدافع على التعاقد. وقد حرص المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية على إلزام جهة الإدارة بالوفاء بالمقابل المالي المستحق للمتعاقد في آجال محددة حيث يترتب على مخالفة الإدارة تلك الآجال تقرير مسؤوليتها التعاقدية. وستتولى من خلال هذا المبحث مسألتين الأولى واجب الإدارة في احترام آجال تسديد المقابل المالي والثانية احتساب الفوائد التأخرية في دفع المقابل المالي وذلك في مطلبين على التوالي⁽²⁾.

(1) - قرار مجلس الدولة في 12 / 07 / 1990 قضية سلطاني يوسف ضد ولاية باتنة.

(2) - أنظر: المادة 63 من المرسوم الرئاسي 10 - 236.

المطلب الأول: واجب الإدارة في احترام أجل تسديد المقابل المالي

تحدد الصفة العمومية المبرمة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها آجال الوفاء بالمقابل المالي المستحق للمتعاقد كما تحرص دفاتر الشروط العامة الملحقة بالصفقات العمومية بالنص تلك المواعيد.

وقد نص قانون الصفقات العمومية على بعض الأحكام الخاصة بأجال تسديد المقابل المالي وكان الهدف من وراء ذلك تسيير حصول المتعاملين المتعاقدين على المقابل المالي المستحق لهم في أقرب وقت ممكن بعد إنجاز التزاماتهم الناشئة عن الصفة.

الفرع الأول: أجل التسديد وكيفية حسابه

1- أجل التسديد:

يقصد بعبارة أجل التسديد الواردة في قانون الصفقات العمومية الجزائري " المدد والمواعيد المحددة للإدارة بالوفاء بأحد أهم التزاماتها التعاقدية والحق الأساسي للمتعاقد معها ألا وهو دفع وتقاضي المبلغ المالي أو الثمن المستحق عن تنفيذ موضوع الصفة"⁽¹⁾. ويعود أمر تحديد آجال التسديد إلى الشروط وبنود الصفة المبرمة بين الإدارة والمتعامل المتعاقد معها.

(1) - عزوي عبد الرحمن: النظام القانوني لدفع المقابل المالي في العقد الإداري طبقا لقانون الصفقات العمومية الجزائري لسنة 1991 المعدل، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 13 سنة 2000.

يعد هذا الأجل بمثابة ضمان للمتعاقد مع الإدارة للحصول على حقه في تلقي المقابل المالي في الوقت المناسب بحيث لا تستطيع الإدارة تجاوزه دون أن تعرض نفسها للمسؤولية العقدية.

يجدر بنا هنا أن نتساءل عن طبيعة النصوص أو الشروط المحدد لأجل التسديد وعن دور كل من الإدارة والطرف الآخر المتعاقد معها في ضبط مثل هذا الأجل وتحديده.

أ- دور الإدارة والمتعامل المتعاقد معها في تحديد أجل التسديد: تلعب الغدارة دورا كبيرا في تحديد أجل التسديد هذا لكون هذا الأخير مرتبط بشكل أساسي بإجراء عمليات الإثبات التي تعطي الحق بالدفع.

ولهذا السبب ألزم قانون الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بإجراء أعمال المعاينة لتقييم الأعمال المنجزة أو التوريدات المتفق عليها في الصفقة فلقد نصت المادة 88 من المرسوم الرئاسي 10/236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على ما يلي: " يجب أن تحدد الصفقة الآجال المخولة للمصلحة المتعاقدة لتقوم بعمليات الإثبات التي تعطي الحق في الدفع " هذا بالنسبة لدور الإدارة أما بالنسبة لدور المتعامل المتعاقد فهو يتمثل أساسا في وفائه بالتزاماته في الآجال المحددة وإعلام الإدارة بذلك لتقوم بعمليات الإثبات.

ب- الطبيعة القانونية للنصوص والشروط المحددة لآجال التسديد: يمكن تكييف شروط آجال التسديد والدفع بأنها شروط تعاقدية وذلك لكون أمر تحديدها متروك لإرادة الطرفين المتعاقدين.

فقد تتفق المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد معها على حد أدنى من الوقت يصبح بمقتضاه السعر أو الثمن مستحق وواجب الدفع فوراً على الإدارة⁽¹⁾.
ولكن هناك حالات يرد فيها شرط المدة أو تحديد الأجل عاماً فيتغير حينئذ معرفة الطريقة الواجبة الإلتباع هل هي المراحل المتتالية أم المرحلة الوحيدة والنهائية أي بعد التسليم النهائي لموضوع الصفقة بعد تنفيذها أو إنجازها.

بالرجوع إلى نص المادة 88 من المرسوم الرئاسي 10/236 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالحل الأخير أو الطريقة الأخيرة إذ تنص المادة المذكورة على أنه⁽²⁾: "... ويبدأ سريان الآجال اعتباراً من تقديم الصفقة طلباً بذلك مدعماً بالمبررات الضرورية".

يفهم من هذا أن المحرك الأساسي لتحديد أجل التسديد وبدء سريانه يرجع إلى طلب المتعاقد صاحب الحق الأساسي في الحصول على السعر أو الثمن ثم الرد من قبل الإدارة بالبدء بأعمال المعاينة في حالة الدفع مقابل عمل أنجز فعلاً أو دراسة الطلب المؤيد والمعلل في حالة التسبيق مثلاً.

(1) - أنظر: المادة 88 من المرسوم الرئاسي 10-236.

(2) - المادة: 76 من المرسوم الرئاسي 02/250 .

نود أن نشير بهذا الصدد أنه ليس كل طلب يتقدم به المتعامل المتعاقد يصلح أن يكون مؤشرا لتحديد الأجل المذكور لبدء سريان المهلة التي يجب أن تجري في المعاينة وما ينتج عن ذلك من تحديد لتاريخ تسديد ثمن الصفقة بل يشترط في هذا الطلب أن يكون مؤيدا بالإثبات اللازمة والمؤيدة لذلك.

تقوم المصلحة المتعاقدة بعد دراسة الكشوف المرفقة بطلب المتعامل المتعاقد بعمليات المعاينة حتى تتمكن من تسديد المقابل المالي للمتعامل المتعاقد معها.

يتبن لنا مما تقدم أن الشروط التي تحدد المواعيد المخولة للمصلحة المتعاقدة إجراء المعاينات لانطلاق هذا الأجل هي شروط تعاقدية باتفاق الطرفين المتعاقدين تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عليها في الصفقات العمومية التي تنظم تنفيذ الالتزامات التعاقدية ومنها على الخصوص الالتزام بتسديد مبلغ الصفقة في موعده وهذا بناء على المعاينة والتقييم كما سنرى في الفرع الموالي.

2- كيفية احتساب آجال التسديد:

لقد سبق وأشرنا إلى أن القادة العامة المتبعة في نظام المحاسبة العمومية هي قاعدة الدفع بعد تأدية الخدمة بمعنى أن التسديد لا يكون إلا بناء على أعمال أنجزت فعلا وذلك طبقا للشروط المنصوص عليها في الصفقة.

فإذا كان واجب المصلحة المتعاقدة في الجانب المالي للصفقة يتمثل في التزامها بدفع مبلغ معين يشكل ثمن الصفقة فإن هذا الالتزام لا يمكن أن ينفذ إلا بإتباع قواعد المحاسبة العمومية.

بحيث يجب أولاً أن يقابل هذا فتح حساب معتمد في الميزانية ويلى ذلك أمر بالصرف من طرف صاحب المشروع (المصلحة المتعاقدة) ثم الدفع من قبل المحاسب العمومي ولا شك أن هذا الإجراءات بطيئة تتطلب مدداً طويلة لإتمامها بخلاف التي يتميز بها الدفع في العقود الخاصة أو المدنية في إطار المعاملات الخاصة⁽¹⁾.

ولما كان تنفيذ الصفقات العمومية يتطلب مصادر مالية هامة ومعتبرة لتمويلها من جانب المتعاقدين فإن التمسك بالقاعدة العامة السابقة على إطلاقها يمكن أن يضع الغدارة أمام مخاطر إحجام المقاولين أو الموردين الصغار عن التعاقد معها وهذا خاصة بالنسبة للصفقات الهامة طويلة المدة حيث أنها قد لا تجد المقاول أو المورد أو المتعهد الصغير الذي يتعاقد معها لأنه لا يملك موارد كافية معتبرة وقت البدء في التنفيذ تسمح له بالانتظار مدة أطول وتحمل التأخير في الدفع لمدة طويلة.

عمدت المصلحة المتعاقدة من أجل تقادي كل هذه الانعكاسات إلى التطبيق المرن للقاعدة المالية السابقة⁽²⁾ وذلك بتسديد المبالغ المالية المستحقة عليها للمتعاقد معها بناء على قاعدة الأعمال المنجزة.

تقوم قاعدة الأعمال المنجزة على تجزئة الصفقة إلى عدة أجزاء قابلة للتسديد الجزء تلو الآخر عن طريق التسبيقات والدفع على الحساب دون انتظار الدفع الكلي والتسوية النهائية للصفقة.

(1) - أنظر: المادة 88 من المرسوم الرئاسي 10-236.

(2) - قاعدة الدفع بعد تأدية الخدمة.

تعتبر هذه الطريقة ناجعة لتمويل الصفقات العمومية إداريا ومفيدة لكل من المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها على حد سواء.

تقوم قاعدة الأعمال المنجزة على تجزئة الصفقة إلى عدة أجزاء قابلة للتسديد الجزء تلو الآخر عن طريق التسبيقات والدفع على الحساب دون انتظار الدفع الكلي والتسوية النهائية للصفقة.

تعتبر هذه الطريقة ناجعة لتمويل الصفقات العمومية إداريا ومفيدة لكل من المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها على حد سواء.

أ- بالنسبة للمصلحة المتعاقدة: فإنها تستفيد من نسبة تخفيض السعر المطلوب من المتعاقدين عند أجزاء المناقصة وطلب العروض ويولد نوعا من الثقة بينها وبين المتعاقدين إبرام الصفقة معها.

ب- بالنسبة للمتعاقد: إن مثل هذا الحل أو هذه الطريقة تزيل احتمال خطر التأخر عن الدفع مستقبلا والـ يمكن أن يخلق مصاعب مالية لذلك فإن المصلحة المتعاقدة وفي حالات معينة تمنح للمتعاقد تسبيقات لقاء خدمات لم تتجز بعد⁽¹⁾.

وقد اخذ المشرع الجزائري في مادة الصفقات العمومية بهذه القاعدة من خلال أخذ بفكرة التسبيقات والدفع على الحساب كطريقتين لتسديد سعر الصفقة إضافة إلى طريقة التسديد أو الدفع النهائي وهو ما تحدثنا عنه سابقا بإسهاب بمناسبة تعرضنا لطرق تسديد المقابل المالي.

(1) - محيو أحمد: مرجع سابق، ص 386.

الفرع الثاني: موقف الإدارة بين احتمال احترام واختراق آجال التسديد

الأصل في موقف الإدارة اتجاه المتعاقدين معها أن تفي بكافة التزاماتها التعاقدية وعلى رأسها دفع المقابل المالي في الآجال المحددة في الصفقة وذلك بعد قيامها بإجراء المعاينة في الآجال المحددة في الصفقة نفسها والتي تمنح المتعاقد الحق في تقاضي المقابل المالي على النحو الذي بيناه سابقا.

إلا أننا في واقع الأمر نجد أن الإدارة كثيرا ما تتأخر عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية فيما يخص دفع المقابل المالي في الآجال المحددة في الصفقة والتي تبدأ سريانها من تاريخ إجراء المعاينة⁽¹⁾

إن هذا التأخر في الدفع يشكل بلا ريب خطأ تترتب عليه قيام المسؤولية التعاقدية للإدارة كما هو الحال بالنسبة للقواعد العامة للمسؤولية العقدية في مفهوم القانون المدني⁽²⁾.

إن احترام الإدارة لمواعيد وآجال وإجراء المعاينة يؤدي بالضرورة إلى احترام آجال التسديد وبمفهوم المخالفة، فإن عدم احترامها للآجال والمواعيد إجراء المعاينة التي تعطي الحق في التسديد، يعد وضعا كافيا بذاته لإثبات الخطأ من جانب الإدارة يترتب مسؤولياتها التعاقدية قبل المتعاملين المتعاقدين معها.

(1) - أنظر المادة 88 من المرسوم الرئاسي 236 / 10.

(2) - إبراهيم الشارف الطاهر توفيقه: تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة -، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،

وقد يحدث أن تتأخر الإدارة عن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية في جانبها المالي بالرغم من قيامها بعمليات الإثبات المنصوص عليها قانونا وذلك لعدة أسباب منها نقص الإعتمادات المالية مثلا. وعلى فرض أنه تأخر تسديد المبلغ المستحق من جانب الإدارة مخالفة بذلك الآجال المحددة لإجراء المعاينة والتسديد، فهل بإمكان المتعامل المتعاقد أن يستفيد من قاعدة الدفع بعدم التنفيذ المقررة في الوفاء المتبادل للالتزامات في القانون الخاص⁽¹⁾.

بعبارة آخر هل يستطيع المتعامل المتعاقد أن يمتنع عن التنفيذ أو التوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية بحجة أن الإدارة قصرت من جانبها في تنفيذ أهم أحد التزاماتها التعاقدية هي الأخرى؟، الاتجاه العام في فقه القانون الإداري يجيب بالنفي عن هذا السؤال وذلك لعدة أسباب تتعلق معظمها بالمرفق العام الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة والتي من بين وسائل وآليات تحقيقها العقود الإدارية⁽²⁾.

إن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ المعروفة في عقود القانون المدني في الصفقات العمومية يتنافى مع تلك القاعدة اللصيقة بالمرافق العامة وهي قاعدة ضرورة سير المرفق العام بانتظام وذلك لكون هذه القاعدة تأبى أن يعطل المتعامل المتعاقد أداء الخدمة

(1) - المادة 123 من الأمر 58 / 75 المؤرخ في 26 / 09 / 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم من أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

(2) - عزاوي عبد الرحمان: مرجع سابق، ص 233.

العمومية لسبب من الأسباب ما دام بوسع أدائها ومن الواجب أن ينظر المتعامل المتعاقد باعتبارها معاونا للمرفق العام لا كمتعاقد فحسب⁽¹⁾.

من خلال هذا العرض نصل إلى نتيجة مفادها أن المتعامل المتعاقد يضل وفيما لالتزاماته التعاقدية اتجاه الإدارة فلا يستطيع الاستناد إلى تأخير عن الدفع المقابل المالي المستحق له لوقف العمل⁽²⁾.

وعليه فعدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها التعاقدية لا يعطي الحق للمتعامل المتعاقد معها للتحل من منها إلا إذا أدى تخلي الإدارة إلى عدم إمكانية تنفيذ الصفقة العمومية ماديا او في حالة القوة القاهرة⁽³⁾.

المطلب الثاني: احتساب الفوائد التأخرية في دفع المقابل المالي

لقد تقرر فيما سبق أنه في حالة عدم قيام المصلحة المتعاقدة بدفع المقابل المالي المستحق في الآجال المحددة للمتعامل المتعاقد فإن هذا يترتب دون شك مسؤوليتها التعاقدية ولكم ما هو الجزء المترتب على ذلك أهو فسخ العقد؟ أم الإكتفاء بالتعويض؟ أم ماذا؟.

يرفض مجلس الإدارة الفرنسي الفسخ إذا تأخرت الإدارة عن الدفع ويكتفي بالتعويض والحكم بالفوائد عن المبالغ التي تؤخر الإدارة في دفعها⁽⁴⁾.

(1) – سليمان محمد الطماوي: مرجع سابق، ص 564.

(2) – سليمان محمد الطماوي: مرجع سابق، ص 565.

(3) – المرجع نفسه، ص 566.

(4) – المرجع نفسه، ص 569.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بذات الحل وأقر احتساب الفوائد التأخرية⁽¹⁾.

الفرع الأول: استحقاق الفوائد التأخرية وشروطه

أولاً: تنص المادة 88 من المرسوم الرئاسي 10 / 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه: "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية في أجل لا يمكن أن يتجاوز ثلثين (30) يوماً ابتداءً من استلام الكشف أو الفاتورة، غير أنه يمكن تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من الوزير المكلف بالمالية، ولا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل شهرين".

يتبين من ذلك أنه إذا تحققت الأوضاع المنصوص عليها في المادة 88 والمتعلقة بالمعايينة والمادة 89 المذكورة أنفاً تحقق التأخير الذي يعطي المتعامل المتعاقد الحق في طلب الفوائد التأخرية.

ولقد نصت المادة 89 في فقرتها الرابعة على ذلك صراحة حيث جاء فيها⁽²⁾: "يخول عدم صرف الدفعات على الحساب في الأجل المحدد أعلاه للمتعامل المتعاقد، وبدون أي إجراء الحق من الاستفادة من فوائد التأخير محسوبة على أساس نسبة الفائدة البنكية المطبقة على القروض قصيرة المدى، ابتداءً من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية هذا الأجل حتى اليوم الخامس عشر مدرجا الذي يلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب".

(1) - عزاوي عبد الرحمن: مرجع سابق، ص 237.

(2) - المادة 77 من المرسوم الرئاسي 02 / 205 .

ثانيا : شروط استحقاق الفوائد التأخرية

إن المشرع الجزائري عندما أقر حق المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في طلب الفوائد التأخرية لم يقره على إطلاقه دون قيد أو شرط بل لكي تكون هذه الفوائد مستحقة الدفع لا بد من توافر عدة شروط يمكن استنتاجها من خلال تحليل المادتين 88 و 89 من قانون الصفقات العمومية ويمكن تعداد هذه الشروط كالآتي:

- رغم أن المشرع نص في المادة 88 من قانون الصفقات العمومية على الآجال المحددة لإجراء المعاينة التي تعطي الحق في التسديد إلا أنه أوقف سريان هذا الأجل على طلب المتعامل المتعاقد إذ ينطلق الأجل المذكور ابتداء من تاريخ تقديم طلب حائز الصفقة المؤيد بالبيانات والاثباتات والوثائق اللازمة لذلك وهذا يشكل إعلانا بالدائنية اتجاه المصلحة المتعاقدة فهو إجراء ووضع لا بد أن يتحقق⁽¹⁾.

- إن المشرع الجزائري قد أوقف استحقاق فوائد التأخير على شرط انقضاء مدة معينة تبدأ من تاريخ إجراء أعمال المعاينة وليس من تاريخ طلب إجراء هذه المعاينة وهي مدة مفتوحة للمصلحة المتعاقدة تقوم من خلال بإخطار صاحب الصفقة بأسباب عدم التسديد وهي تخضع في ذلك وتتبع القواعد والإجراءات الإدارية وقواعد المحاسبة العمومية ومن ثم فلا يحق لصاحب الصفقة أن يطالبها بالتسديد قبل إجراء وإتمام معاينة الأعمال المنجزة وتقييمها والموافقة عليها وتحرير محضر والكشف بشأنها كما نصت المادة 88.

(1) - عزاوي عبد الرحمن: مرجع سابق، ص 239.

- إذا حلت أجال التسديد ولم تقم المصلحة المتعاقدة باخطار صاحب الصفقة بأسباب تأخرها خلال ثلاثين يوماً تلي المعاينة وهو ما نصت عليه 1 /89 من قانون الصفقات العمومية ففي هذه الحالة يحق لصاحب الصفقة طلب فوائد التأخير والتي تحسب من اليوم الذي يلي انقضاء الثلاثين يوماً حتى اليوم الخامس عشر الذي يلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب على أن يطبق ذلك السعر المرجعي المطبق من قبل البنك الذي يتعامل مع المتعاقدين⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مدى إمكانية إبرام ذمة الإدارة من الفوائد التأخرية

لقد خلصنا فيما سبق إلى تقرير حق المتعامل المتعاقد في طلب الفوائد التأخرية في حالة ما إذا تأخرت الإدارة في تسديد ثمن الصفقة في لأجال المحددة وذلك متى توفرت شروطه. ولكن كيف يمكن للإدارة تبرئة ذمتها من الفوائد التأخرية في حالة عدم حصول التسديد في آجاله؟ ويمكن حصر هذا في الأسباب التالية:

- إن أول عمل يجب أن تقوم به الإدارة لتبرير ذمتها هو أن تبادر بتسوية الأوضاع أو أن تخطر المتعامل المتعاقد معها بالأسباب والمبررات المنسوبة إليه والتي كانت وراء التأخير، ويتم الإخطار عن طريق إرسال رسالة موصى عليها مع طلب إشعار بالاستلام ثمانية أيام على الأقل قبل انقضاء الأجل الممنوح لصرف الدفعات⁽²⁾.

(1) - المادة 89 الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي 10 /236 .

(2) - المادة 7 /89 من المرسوم الرئاسي 10 /236 .

ولتفادي هذا النوع من الإفrazات السلبية لتطبيق قواعد نظام دفع المقابل المالي في الصففة العمومية بادت الحكومة إلى إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 67 /98 المؤرخ في 21 /02 /1998 (1).

- إن الالتزام بالدفع في مجال الصفقات العمومية لا يمكن تنفيذه إلا طبقا لقواعد المحاسبة العمومية إذ يسبقه فتح اعتماد في الميزانية وبعد ذلك صدور أمر بالصرف من قبل السلطة التي لها حق بالتصديق والموافقة على العمليات المالية ثم بعد ذلك الدفع من قبل المحاسب العمومي.

- يمكن أن تقدم الإدارة على إبرام صفقة عمومية برغم عدم وجود الإعتمادات المالية أو عدم كفايتها وهذا يترتب عنه جزاء مخالفة القواعد المالية والمحاسبية. وعيه يمكن القول أن الإدارة المتعاقدة لا يمكنها الاحتجاج بعدم وجود المبالغ المالية اللازمة للتسديد أو عدم كفايتها لتتحلل من التزاماتها، ولكن مع ذلك لا يستطيع المتعامل إجبارها على الوفاء بالتزاماتها وتسديد المبلغ المستحق وفي الأجل المحدد إلا بعد توافر المبالغ اللازمة وبالطرق المقررة وذلك تماشيا مع قواعد المحاسبة العامة للدولة(2).

(1) - الجريدة الرسمية رقم 11، المؤرخة في 01 /03 /1998.

(2) - أنظر: المادة 89 من المرسوم الرئاسي 10-236.

خلاصة:

إن المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة إما أن يكون ثابتا وإما أن يكون قابلا للمراجعة والتعيين، ولقد كرس المشرع الجزائري صراحة السعر الثابت والشعر القابل للمراجعة والتعيين، وإذا كان الهدف من التحيين هو مسايرة سعر الصفقة للمتغيرات الاقتصادية التي تحدث عندما تتأخر المصلحة المتعاقدة عن تقديم الأمر في تنفيذ الخدمات، فإن نظام المراجعة يهدف إلى الحفاظ على التوازن المالي للصفقة وبخاصة في الصفقات الطويلة الأمد، أو المتعلقة بإنجاز أشغال وخدمات ذات أهمية كبرى.

ولا شك أن احترام المصلحة المتعاقدة والمتعاقد للأجل المقررة في الصفقة العمومية لوفاء كل طرف بما عليه وبما له هو ضمان للسير الحسن للمرافق العامة.

الخطبة

إن أهم ما يميز النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر هو أنه لم يتضمن تعريفا محددًا للضمانات في مجال الصفقات العمومية، بل نص فقط على أن البحث عن هذه الضمانات هو إلزام يقع على المصلحة المتعاقدة سواء لإختيار الطرف المتعاقد أو لتنفيذ الصفقة، واشتماله على سلسلة من الضمانات المختلفة والمستمدة تارة من تقنيات القانون الخاص مثلما هو الحال بالنسبة للكفالة، لضمان العشري والرهن الحيازي، وتارة أخرى من الأحكام العامة المدرجة سواء في تنظيم الصفقات العمومية رقم 02-250 المعدل والمتمم أو في بعض النصوص القانونية الأخرى مثل: 07/06 في 20/02/2006 المتعلق بالرقابة من الفساد ومكافحته، القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25/06/2008 المتعلق بالمنافسة، الأمر رقم 08-12 المؤرخ في 25/06/2008 المتعلق بالمنافسة، الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 09/07/1996 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج المعدل والمتمم والأمر رقم 05-06- المؤرخ في 23/08/2005 المتعلق بمكافحة التهريب.

- نتائج الدراسة:

لقد حرص المشرع على حديد الواجبات الملقاة على كل طرف من طرفي الصفقة لاسيما المتعامل المتعاقد، فقد نظم المشرع أهم حقوقه والتمثلة في إقتضاء الثمن بشكل مضبوط وهذا إدراكا منه بأن هدف المتعامل المتعاقد هو الربح والمصلحة الخاصة، وتوخيا منه للمصلحة العامة في الأخير، دون أن ننسى الحقوق المقررة قضاء لأي متعاقد مع الإدارة لاسيما ضمان إعادة التوازن المالي للعقد، الذي يستلزم الأمر إدراجه قانونا وتكريسه قضاء، ذلك أن نقص الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا المجال لايسمح ببلورة هذا الحق ووضع شروطه.

كما تحددت إلتزام المتعامل المتعاقد إزاء الإدارة المتعاقدة باعتبارها ضمانات أساسية لحسن تنفيذ بنود العقد المتفق عليها مسبقا، فهو ملزم بأداء خدمة معينة محددة بالعقد ومن ثم لا يمكن للمصلحة المتعاقدة تكليفه بغيرها، ويتعين عليه الحرص الشديد على القيام بما كلف به ضمانا لسير المرافق العامة وأداء نشاطها بانتظام.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة في إطار ممارسة السلطات المخولة لها في العقد، تطبيق جزاءات وتوقيع عقوبات مختلفة على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله بالضمانات الأخرى، حيث تعتبر هذه العقوبات سواء كانت ضاغطة، فاسخة، مالية أم جبائية بمثابة ضمانات إضافية تفرض على المتعامل المتعاقد بهدف دفعه نحو تنفيذ التزاماته التعاقدية ومن هنا فإن معرفة المتعامل المتعاقد وإدراكه مقدما لما هو مقرر له من حقوق وما هو ملزم بأدائه من واجبات يسد كل منافذ تجاوز المصلحة المتعاقدة لسلطاتها وامتيازاتها المقررة لها باسم المصلحة العامة، ويبقى اللجوء إلى القضاء أهم ضمان لهذه الحقوق في مواجهة السلطات والامتيازات المخولة للمصلحة المتعاقدة .

- اقتراحات وتوصيات:

تعتبر المناقصة إحدى أشكال أسلوب طلب إستدراج العروض وهذا لكونها تعتمد فقط على إرساء الصفقة على العرض الأقل سعرا، لكن المشرع الجزائري أدرج معايير أخرى لإختار إلى جانب المعيار المالي مثل إعتداد المعايير التقنية والمالية وغيرها، لذا لا بد من ضبط المقصود الحقيقي المتوخى من قبل المشرع، ومن ثمة يجب تدارك هذه الثغرات التي من شأنها أن تؤثر على عملية إختيار المتعامل المتعاقد التي تعود إلى المصلحة المتعاقدة مهمة البحث عن الضمانات الكفيلة لحسن الاختيار، وبالتالي كان ينبغي الفصل بين كل من المناقصة وطلب العروض كما ورد في الأمر رقم 67-90.

وتجدر الإشارة إلى أن الكثير من المتعاملين من المقاولين، أرباب أعمال، رؤساء مؤسسات ومستثمرين قد وجهوا عدة انتقادات للتنظيم الخاص بالصفقات العمومية كما اشتكى هؤلاء من مشاكل عديدة ومتنوعة تمس أساسا كفاءات إیرام الصفقات العمومية وفي مقدمة هذه المشاكل المطروحة تفشي ظواهر الرشوة والمحاباة في إختيار المتعاملين المتعاقدين نظرا لعدم اعتماد معايير وأسس واضحة في منح الصفقة العمومية، مما دعت الضرورة إلى تكريس حق الطعن في قرارات الإدارة المتعاقدة واللجوء إلى القضاء كأنجع وسيلة للمطالبة باسترجاع الحقوق المنتهكة التي تعد إحدى أهم الضمانات المقررة لفائدة المتعاملين في مجال الضمانات المقررة لفائدة المتعاملين ف مجال الضمانات العمومية،بالإضافة إلى وجوب التفكير ف إرساء ضمانات أخلاقية تتماش مع روح القانون.

- آفاق الدراسة:

تجدر الإشارة إلى أنه رغم فعالية الرقابة القضائية في مجال الصفقات العمومية إجمالاً إلا أننا لمسنا نقصاً كبيراً في الاجتهادات القضائية المتعلقة بهذا المجال، ولطالما كانت حداثة النظم لقضائي الإداري الجزائري مبرراً لذلك إلا أن هذه لتجربة ما فتئت تعرف تقدم ملحوظاً في السنوات الأخيرة بفضل تكريس حق الطعن في قرارات الإدارة المتعاقدة ويرون دور الرقابة القضائية الإدارية على أعمال الإدارة أو ما يعرف برقابة المشروعية لاسيما بعد إنشاء المحاكم الإدارية.

كما أن عدم توضيح قانون الصفقات العمومية للقضاء المختص ولا نوع الدعاوى المرفوعة ولا حتى إجراءات التقاضي من شأنه أن يؤثر على فعالية هذه الضمانات الهامة التي يتعين التفكير في ضبط آليات الرقابة القضائية مستقبلاً.

وعلى هذا الأساس ومن أجل تكريس فعالية دور الصفقات العمومية في أداء المرفق العام للمهام المنوطة به وضماناً للمصلحة العامة، فإنه يتعين الاهتمام والتركيز على الضمانات الممنوحة لكل طرف من أطراف الصفقة وبخاصة المتعامل المتعاقد الذي ينبغي إشراكه في تحقيق أكثر فعالية ونجاعة للطلبات العمومية، ومنه يشكل موضوع الضمانات مجالاً واسعاً للبحث في مختلف أنواعها وأدواتها سواء الخاصة بمرحلة تكوين الصفقة أو تلك المتعلقة بتنفيذها.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر والمراجع بالعربية

- الدستور:

01- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2006، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96 /438 المؤرخ في 07 /12 /1996 ، الجريدة الرسمية عدد 76 المؤرخ في 08 /12 /1996.

- الكتب باللغة العربية:

01 - إبراهيم الشارف الطاهر تفرقه: تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة -، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2011.

02 - أحمد محيو، بسيوني عبد الغني عبد الله: القانون الإداري، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993.

03 - الجبوري محمود خلف: العقود الإدارية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1988.

04 - الطماوي سليمان محمد: الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة - ط5، مطبعة عين شمس، 1991.

06 - الفياض إبراهيم طه ، العقود الإدارية ، ط1 ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، 1981 .

07 - بسيوني عبد الغني: القانون الإداري، دار الجامعية، بيروت.

08 - بعلي محمد الصغير: القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري) ، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004 .

09 - بوضياف عمار: الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، دار جسور للنشر، الجزائر 2007.

10 - حسن محمد عواضة:المبادئ الأساسية للقانون الإداري ، (دراسة مقارنة) ، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان 1997 .

11 - حسين بن الشيخ آث ملويا: المنتقى في قضاء مجلس الدولة - الجزء الأول - دار هومة الجزائر 2002 .

12 - رياض عيسى : نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري ، الديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. 1985 .

13 - سي يوسف زاهيه: عقد الكفالة ، الطبعة الثالثة ، دار الأمل للطباعة والنشر تيزي وزو، 2004.

14 - شيخة عبد العزيز إبراهيم: القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، 1994.

15 - طعيمة الجرف: القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، 1970 .

16 - لطرش الطاهر: تقنيات البنوك ، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الرابعة ، الجزائر 2005.

17 - لباد ناصر:القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ط1 لباد éditeur، 2004.

18 - ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2006 .

19 - مازون ليو راضي: دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار

المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

20 - محمد رفعت عبد الوهاب وحسين عثمان محمد عثمان: مبادئ القانون الإداري ، دار

المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001 .

21 - محمد رفعت عبد الوهاب: مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلب

الحقوقية، بيروت، 2002.

22 - محمود فؤاد عبد الباسط: القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

23 - معاشو عمار: النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات

الجامعية، الجزائر 1989.

- الرسائل الجامعية:

01- بن دعاس سهام: المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة

ماجستير، جامعة عنابة، 2005.

02- قريشي أنيسة سعاد: النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير، كلية

الحقوق ، جامعة الجزائر، 2002.

03- أكرور مريم: السعر في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في

الحقوق ، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر ، 2008.

- المجالات:

01- عزاوي عبد الرحمن: النظام القانوني لدفع المقابل المالي في العقد الإداري طبقا لقانون الصفقات العمومية الجزائري لسنة 1991 المعدل، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 13 سنة 2000.

- النصوص التشريعية:

01- الأمر رقم 67 / 90 المؤرخ في 17/06/1967 المعدل و المتمم والمتضمن قانون الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية عدد رقم 52 المؤرخ في 07 /06 /1967 .

02- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 /09 /1975 المعدل و المتمم والمتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية عدد رقم 78 المؤرخ في 30 /09 /1975.

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

04- الأمر رقم 01 / 01 المؤرخ في 27/02/2001 المعدل و المتمم للقانون رقم 90- 10 المؤرخ في 14 /04 /1990 المتعلق بالنقد و القرض الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخ في 01 /03 /1998 .

- النصوص التنظيمية:

01- المرسوم الرئاسي رقم 02 / 250 المؤرخ في 24 /07 /2002 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية عدد رقم 52 المؤرخ في 28 /07 /2002.

02- المرسوم التنفيذي رقم 67 /98 المؤرخ في 21 /02 /1998 المتضمن إنشاء تنظيم
وتسيير صندوق ضمان الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد رقم 11 المؤرخ في 01
/03 /1998.

ثانيا: المصادر والمراجع باللغة الأجنبية

- 01- AOUDIA .K, LALLEM .M, SABRI .M, Guide de gestion des marches publics, édition du sahel, Algérie, 2002.
- 02- BENOIT Francis Paul ,Le droit administratif français, Dalloz, Paris 1968.
- 03- BRACONNIER Stéphane , Droit des marchés publics ,imprimerie nationale Editions techniques, Paris 2002.
- 04- CHAPUS René, Droit administratif général, Tome 1,15 ème édition, Montchrestien, Paris 2001.
- 05- 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 Montpellier 1,1991.
- 06 - 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 Montpellier 1,1991.
- 07-gaudemet yves, traite de droit administratif tome 1,16 eme editons , lgdj paris, 2002.
- 08- GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, Tome 1,droit administratif général ,16 ème L.G.D.J-DELTA Paris, édition 2002.
- 09- GhARSA KEMLA, les prix des marches publics, memoire pour l'obtention de mastère en droit public, universite de tunis EL MANAR, 2004-2005.
- 10- KOBTANE DE LAUBADERE (A), MODERNE (F). DELVOLVE (P) .
- 11- LAJOYE Christophe , Droit des marchés publics, Gualino éditeur, eja. Paris 2003 .
- 12- MANSOURI Mansour, système et pratiques bancaires en Algérie, édition Houma, Alger, 2005.
- 13- REVERO Jean , le droit administratif, 9ème édition, Dalloz, Paris.
- 14- SABRI Mohamed, AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed , Guide de gestion des marchés publics, édition de Sahel 2000.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الصفحة

العنوان

أ	مقدمة.....
	الفصل الأول : الضمانات في مرحلة تنفيذ وإنهاء الصفقة العمومية
07	تمهيد.....
10	المبحث الأول: الضمانات الواردة على عاتق المصلحة المتعاقدة.....
11	المطلب الأول : ضمانات التسوية المالية للصفقة.....
12	الفرع الأول: حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء المقابل.....
13	1- آليات تحديد السعر في الصفقة العمومية.....
17	2- طابع السعر في الصفقة.....
26	الفرع الثاني: آليات دفع الثمن (المقابل).....
26	1- التسبيق.....
29	2- الدفع على الحساب.....
31	3- التسوية على رصيد الحساب.....
33	المطلب الثاني: ضمانات مراعاة التوازن المالي للصفقة.....
35	الفرع الأول: نظرية المخاطر الإدارية - فعل الأمير -.....
36	1- شروط تطبيق النظرية.....
38	2- الآثار المترتبة عن تطبيق النظرية.....

40 الفرع الثاني: نظرية المخاطر الاقتصادية (الظروف الطارئة)
41 1- شروط تطبيق النظرية
44 2- آثار تطبيق النظرية
49 المبحث الثاني : الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد
51 المطلب الأول: ضمانات التنفيذ المالي للصفقة العمومية
52 الفرع الأول : الطابع الإلزامي لتقديم الكفالة
52 1- تعريف الكفالة
55 2- أنواع الكفالة في تنفيذ الصفقات العمومية
59 الفرع الثاني : أدوات تنفيذ نظام الكفالة
60 1- البنوك
61 2- صندوق ضمان الصفقات العمومية
72 المطلب الثاني : ضمانات التنفيذ التقني للصفقة العمومية
73 الفرع الأول : حالة التنفيذ العادي للصفقة
73 1- الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد
74 2- أداء الخدمة حسب الكيفيات والشروط المتعاقد عليها
75 3- الالتزام بتنفيذ موضوع الصفقة بطريقة سليمة وعناية تامة
76 4- احترام الآجال اللازمة لتنفيذ العقد
77 5- الضمان العشري

78 الفرع الثاني : حالة التنفيذ غير العادي

78 1- مفهوم شرط القوة القاهرة في مجال الصفقات العمومية

80 2- تطبيقات القوة القاهرة

81 3- الآثار المترتبة على القوة القاهرة

82 4- الحق في الحصول على تعويض

84 خلاصة

الفصل الثاني: ضمانات ومسؤولية الإدارة في دفع المقابل

87 المبحث الأول: الضمانات والآليات المتبعة لدفع المقابل المالي في قانون الصفقات العمومية

88 المطلب الأول: الضمانات المتبعة لدفع المقابل المالي في قانون الصفقات العمومية

88 الفرع الأول:مراجعة وتحيين المقابل المالي

89 الفرع الثاني: مراجعة السعر

91 1- القوة الإلزامية لبند المراجعة

92 2- تركيبة صيغة المراجعة

94 3- موضع وبنية صيغ المراجعة

95 4- كيفية تطبيق صيغة المراجعة

97 الفرع الثالث: تحيين السعر

99 1- آخر أجل لإيداع العروض

99 2- أجل صلاحية العروض

100	3- تاريخ تقديم الأمر بالشروع في الخدمة.....
103	المبحث الثاني: واجب احترام المصلحة المتعاقدة أجل التسديد ومدى إمكانية تحديد مسؤوليتها العقدية.
104	المطلب الأول: واجب الإدارة في احترام أجل تسديد المقابل المالي.....
104	الفرع الأول: أجل التسديد وكيفية حسابه.....
104	1- أجل التسديد.....
107	2- كيفية احتساب آجال التسديد.....
110	الفرع الثاني: موقف الإدارة بين احتمال احترام واختراق آجال التسديد.....
112	المطلب الثاني: احتساب الفوائد التأخرية في دفع المقابل المالي.....
113	الفرع الأول: استحقاق الفوائد التأخرية وشروطه.....
115	الفرع الثاني: مدى إمكانية إبرام نمة الإدارة من الفوائد التأخرية.....
117	خلاصة.....
118	الخاتمة.....

قائمة المصادر والمراجع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ