حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 247/15.

تاريخ إرسال المقال : 2017/02/21 تاريخ قبول المقال للنشر: 2017/04/03

سعد لقليب / جامعة محمد بوضياف - المسيلة

بن الشيخ النوي / جامعة محمد بوضياف - المسيلة

الملخص :

يتمثل موضوع هذه المداخلة في معالجة حقوق والتزامات الطرف المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ، وفقا لقانون الصفقات العمومية الجديد وهو المرسوم الرئاسي رقم المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، فالطرف المتعاقد عند قيامه بالظفر بالصفقة إنما يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة له ، والمتمثلة في تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح. فعند قيامه بتنفيذ العقد، فإنه يحصل على الثمن المتفق عليه مع الإدارة، وقد يقوم الطرف المتعاقد بأعمال إضافية لم يتم النص عليها في العقد، فعلى الإدارة دفع التعويض للمتعاقد نظير هذه الأعمال، أما في حالة تأكد الإدارة بإخلالها بالتزاماتها التعاقدية بحيث تؤدي إلى فقدان التوازن المالي للعقد فللمتعاقد الحق في طلب من الإدارة المتعاقدة معه بإعادة التوازن المالي، وذلك لتمكينه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

وفي مقابل الحقوق التي يتمتع بها الطرف المتعاقد، نجد المشرع قد حمله التزامات منصوص عليها قانونا وذلك يكون بعد توقيعه للعقد مباشرة مع المصلحة المتعاقدة، حيث ينفذ العقد تنفيذا شخصيا وفي المدة المحددة وحسب الشروط المحددة ، وكما هو ملزم بدفع مبالغ الضمان، لبعث الطمأنينة لدى المصلحة المتعاقدة. وكل هذا من شأنه ضمان حسن تسيير المال العام والمحافظة على عليه ، والمساهمة في إحداث قفزة اقتصادية ، على اعتبار أن الاقتصاد هو العامل الرئيس للاستقرار السياسي في الدولة.

مقدمة:

إن تنظيم الصفقات العمومية يعتبر من أكثر المواضيع ارتباطا بالواقع السياسي والاقتصادي لأي بلد والجزائر مثل غيرها منذ استقلالها وهي تحاول إرساء قوانينها الخاصة بهذا المجال ، فعند استقلال الجزائر وسدا للفراغ القانوني قررت بموجب القانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 /1962/12 الاستمرار العمل بالتشريع الفرنسي ماعدا ما يتعارض منها مع السيادة الوطنية .

وكون الصفقات العمومية مجال استراتيجي لاستهلاك الأموال العامة وتنفيذ المشروعات فقد اصدر المشرع المرسوم رقم 103/64 المؤرخ في 26 /03 /1964 والذي قرر بموجبه إنشاء اللجنة المركزية للصفقات العمومية التي عهد لها اختصاص اتخاذ الأحكام القانونية وإجراءات تنفيذ الصفقات العمومية . ولاحقا تم إصدار الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية وهي أول خطوة تشريعية في هذا المجال.

وبعد ذلك صدر المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10 المتعلق بتنظيم صفقات المتعامل العمومي ، وذلك سعيا من المشرع لإضفاء نوع من الليونة والمرونة في إبرام الصفقات العمومية . وومع تطور البيئة الاقتصادية الجديدة مع الدخول في اقتصاد السوق ظهرت الحاجة إلى تعديل يتماشى وهذه الظروف ، وكان ذلك بموجب القانون رقم 434/91 المؤرخ في 1991/11/09 المتعلق بالصفقات العمومية، لكن نظرا لجملة الثغرات القانونية التي تم الوقوف عليها ، صدرت عدة نصوص منها: المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 301/03 المؤرخ في 2003/09/11، وكذا المرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في 2008/11/26 .

وكحوصلة لجميع المراسيم والقوانين الخاصة بالصفقات العمومية تم إصدار المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 الذي يعتبر ركيزة أساسية لإبرام الصفقات العمومية والذي عدله المرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 2012/01/18 والمرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 2013/01/13 .

وهنا يأتي الحديث عن الصفقات العمومية التي تقوم على اتفاق طرفيها، وهما المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة، خاضعين بذلك لنظام قانوني خاص وهو قانون الصفقات العمومية الجديد الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر2015 ، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1] ، المبين لحقوق والتزامات كلا طرفي الصفقة. وبما أن موضوع دراستنا محصور فقط في حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد، أردنا أن نتعمق في دراسة هذا الموضوع، معتمدين في ذلك على موقف المشرع الجزائري من خلال هذا التنظيم الجديد .

الإشكالية:

مقابل الحقوق التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد والتي حددتها كافة القوانين المنظمة للصفقات العمومية، والكامنة أساسا في تنمية رصيده الاقتصادي والمحافظة على توازنه المالي حمله المشرع مسؤوليات والتزامات موضوعية وذاتية غير مألوفة في القانون الخاص، باعتباره الدعامة والركيزة الأساسية التي يقوم عليها العقد الإداري، ومنه يمكن لنا طرح الإشكالية التالية :

إلى أي مدى وفق المشرع في فرض التزامات مقابلة لحقوق المتعامل المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا القانون الجديد رقم 247/15 ؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية مفادها :

1- ما هي الحقوق التي منحها قانون الصفقات العمومية للمتعامل المتعاقد؟

2- ما هي التزامات المفروضة على المتعامل المتعاقد ؟

3- هل هناك تناسب بين هذه الحقوق والالتزامات ؟

ولمعالجة الإشكالية الرئيسية لهذه المداخلة وكذا التساؤلات المتفرعة عنها ، اعتمدنا على خطة عامة تم إعدادها بشكل متناسق بأن جعلناها تتكون من: مبحثين يسبقهما مطلب تمهيدي وخاتمة في أخر المداخلة.

المطلب التمهيدي : الإطار المفاهيمي للدراسة

حيث تضمن فرعين ، الأول عالجنا فيه تعريف الصفقات العمومية ، أما الفرع الثاني فخصصناه للتعريف بطرفي الصفقة العمومية .

المبحث الأول : حقوق المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة .

حيث تضمن مطلبين، المطلب الأول تحت عنوان الحق في الحصول على المقابل المالي ، أما المطلب الثاني سنوضح فيه الحق في ضمان التوازن المالي للصفقة .

وفي المبحث الثاني : التزامات المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة

حيث سنتطرق فيه إلى مطلبين ، فسنخصص المطلب الأول لتنفيذ الصفقة ، أما المطلب الثاني فتحت عنوان الالتزام الشخصي بالتنفيذ .

أما الخاتمة : فستكون عبارة على نتائج ومقترحات نتوصل إليها من خلال دراستنا وتحليلنا لهذه الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد والمنظمة بموجب المرسوم الرئاسي

247-15 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

المطلب التمهيدي : الإطار المفاهيمي للصفقة العمومية في التشريع الجزائري

جاء في احد تعقيبات الدكتور سليمان الطماوي في تحديده لمفهوم العقد الإداري أن هذا الأخير هو عقد في شكله ونظام قانوني في محتواه ، استنادا لهذا القول ، فان الصفقة العمومية باعتبارها من الأعمال القانونية للإدارة بصفة عامة ، ومن التصرفات الإرادية بصفة خاصة ، فهي تخضع إلى نظام قانوني تتنوع فيه الأحكام والمبادئ سواء تعلق الأمر بكيفية إبرام الصفقات العمومية أو تنفيذها أو الظروف المحاطة بانجازها .

هذا النظام القانوني الذي يشمل نوعين من القواعد ، فهناك قواعد قانونية توحي باعتبار الصفقات العمومية نظاما تعاقديا يتجسد فيه مبدأ سلطان الإدارة استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[2] ، الذي لا يمكن معه إبرام العقود إلا بتطابق إرادتي المتعاقدين على إحداث الآثار القانونية ، ومن جانب آخر هناك قواعد قانونية تعبر عن إطار قانوني تنسجم فيه الأهداف التي يسعى من خلالها المشرع إلى تحقيق مجموعة من المصالح العامة من وراء إبرام الصفقات العمومية وانتقاء المتعامل المتعاقد الذي يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط الفنية والمعطيات القانونية التي تعتبر بمثابة البطاقة الفنية للتعاقد مع الإدارة العمومية ، في إطار تسيرها وتلبيتها لاحتياجات المرافق العمومية [3] .

ونظرا للأهمية البالغة للصفقات العمومية باعتبارها وسيلة تجسيد فكرة استمرار المرفق العام إشباع الحاجات العامة ، وكذا باعتبارها وسيلة تضمن الحفاظ على المال العام في الدولة ، وجب الأمر منا تعريفها لغة واصطلاحا .

الفرع الأول : تعريف الصفقة العمومية لغة

إن كلمة « صفقة » لغة هي العقد أو البيعة ويقال صفقة رابحة أو خاسرة ، وكلمة صفقة بفتح فسكون مأخوذة من (صفق) بمعنى ضرب اليد على اليد في البيع و هي علامة إجرائه وإتمامه . [4]

الفرع الثاني : تعريفها اصطلاحا

تعرف الصفقات العمومية اصطلاحا بأنها عقد إداري باعتباره عمل قانوني صادر عن توافق إرادتين على إحداث أثار قانونية ، والعقد الإداري كما هو معلوم شانه شان كافة العقود المعروفة في القانون الخاص ، إلا انه يتميز عن هذه الأخيرة كون الإدارة طرفا جوهريا فيه وهي تحوز امتيازات لا مثيل لها في الأحكام المتعلقة بالعقود الخاصة ، إذ لا وجه للتساوي بين المراكز القانونية لطرفي العقد ، فالإدارة تتمتع بجملة من الامتيازات القانونية في كافة المراحل التي تمر بها عملية إبرام العقود الإدارية إلى غاية تنفيذها أو إنهائها .

ومن منطلق أن التعريف التشريعي يعلو عن بقية التعريفات [5] نسوق التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري ، إذ عرفت المادة الثانية من المرسوم رقم 15-247 الصفقات العمومية بقولها « **الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق للشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات و الدراسات** « .

ولعل إصرار المشرع على إعطاء تعريف للصفقات العمومية في التنظيمات المتعاقبة يعود بالأساس إلى أن طرق إبرامها خاصة وإجراءاتها معقدة . وتخضع لأطر رقابية متنوعة وتتيح للإدارة ممارسة أساليب وامتيازات القانون العام [6] .

المبحث الأول : حقوق المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة

تتضمن الصفقة العمومية شروطا استثنائية تمكن المصلحة المتعاقدة استعمال سلطات واسعة غير معروفة في مجال التعاقد بين الخواص . وفي المقابل يتمتع المتعامل المتعاقد بحقوق تعوضه عما قد يتكبده من نفقات وما يواجهه من صعوبات تتمثل في قبض المقابل المالي المتفق عليه في العقد ، ونظرا للسلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة تحقيقا للمصلحة العامة ، قد يحمل المتعامل المتعاقد نفقات إضافية ، لذا يتعين عليها التدخل لإعادة التوازن المالي للصفقة الذي يعد ابرز حقوق المتعامل المتعاقد . وفي المباحث التالية بيان لحقوق المتعاقد مع الإدارة :

- **المطلب الأول: الحق في الحصول على المقابل المالي .**
- **المطلب الثاني : الحق في ضمان التوازن المالي للصفقة.**

المطلب الأول :الحصول على المقابل المالي

قبض المقابل المالي أهم حقوق المتعامل المتعاقد وهو الغاية من التعاقد ، يتمثل في العائد المادي مقابل تنفيذ العقد ، ومن المسلم به أن الشروط المتعلقة بتحديد المقابل المالي في العقد هي شروط تعاقدية لا يمكن تعديلها دون موافقة المتعاقد معها . ويتخذ المقابل المالي عدة صور ، فقد يتخذ شكل الرسم la taxe كما هو الحال في عقود الامتياز ، إذ يتقاضاها من المنتفعين مباشرة [7] أما عن كيفية دفع الثمن وطرق تحديده ومراجعته فيتم باتفاق المتعاقدين، وفقا للقواعد المقررة قانونا في المواد من 96 إلى 123 من المرسوم الرئاسي 15-247 [8] ، ولذا يعتبر شرطا تعاقديا ألزم المشرع ذكره ضمن البيانات التعاقدية بمقتضى بند صريح في الصفقة ذاتها، بأن يتم بطريقة مفصلة وموزعة وهو ما تقتضي به المادة 96 منه .

وهذا ما سنستوضحه من خلال المطالب الثلاثة الآتية :

الفرع الأول : التسبيق وأنواعه

وقد عرفه المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 109 بأنه: « **هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة**». بما يعني أن المتعامل المتعاقد لم يباشر بعد الخدمة موضوع الصفقة، ورغم ذلك تبادر الإدارة المعنية بالتعاقد بدفع تسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل المتعاقد، وهذا بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال والوفاء بالأعباء المالية، ويمكنه هذا التسبيق من توفير المواد التي يتطلبها تنفيذ الصفقة[9] .

أولا : التسبيق الجزافي

هو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل بدأ تنفيذ الصفقة على أن لا تتجاوز قيمته كحد أقصى 15% من السعر الأولي للصفقة. ويمكن أن يدفع التسبيق مرة واحدة كما يمكن أن يدفع في عدة أقساط تنص الصفقة على تعاقبها الزمني [10] .

وكما أوردت المادة 111 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 استثناء على القاعدة العامة ألا وهي أن مبلغ التسبيق الجزافي لا يزيد عن 15% من السعر الأولي للصفقة فأجازت للمصلحة المتعاقدة أن تدفع تسبيقا جزافيا أكبر من النسبة المقررة في هذا المرسوم شريطة توافر ما يلي:

1- إذا رأت المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع و/ أو التمويل المقرر على الصعيد الدولي سينجم عنه تحقيق ضرر أكيد، وهو يعني أن الضرر ثابت ومؤكد وليس احتماليا، فهنا يجوز الخروج عن القاعدة ومنح تسبيق أكثر من النسبة المذكورة ، علما أن نص المادة لم يضع سقفا محددا بل أجاز مخالفة الحد بصورة مطلقة.

2- ضرورة استشارة لجنة الصفقات العمومية المختصة .

ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي حسب الحالة [11] .

ثانيا : التسبيق على التموين

وهو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل التنفيذ إذا أثبت لجهة الإدارة بموجب وثائق وعقود تؤكد ارتباطه القانوني مع الغير بهدف توفير المادة أو المواد موضوع الصفقة .

وقد نصت المادة 113 من نفس المرسوم الرئاسي على أنه: « يمكن أصحاب صفقات عمومية واللوازم أن يحصلوا بالإضافة إلى التسبيق الجزافي، تسبيقا على التموين إذا أثبتوا حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة...» بما يعني أن المسألة

جوازية وليست إجبارية بالنسبة للمتعامل المتعاقد، وأنها تتعلق بنوعين من الصفقات تم تحديدها حصرا، وهما صفقة الأشغال وصفقة اللوازم، فلا يمتد الأمر لصفقة الخدمات والدراسات. وهذا تمييز معقول لاختلاف العتبة المالية لكل نوع من الصفقات.

وفي حالة منح الإدارة تسبيق على التموين، فلها حق اشتراط تعهد أو التزام صريح من جانب المتعامل المتعاقد بإيداع المواد أو المنتجات في الورشة أو في مكان التسليم تحت طائلة إرجاع التسبيق، وهذا شرط معقول إذ لولاه لأصبح بإمكان المتعامل المتعاقد الاستفادة من تسبيق على التموين ثم تحويل هذه المواد لخدمة مشروع آخر لجهة إدارية ثانية.

وفي حالة الجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين، فقد حدد المشرع من خلال المادة 115 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن لا تتجاوز نسبة 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة، يبدو هذا الشرط في غاية من الموضوعية فلا يمكن وقبل البدء في التنفيذ أن يحصل المتعامل المتعاقد على أكثر من 50 % من القيمة المالية للصفقة، ومن الطبيعي القول أن المبالغ المدفوعة بعنوان التسبيقات يتم اقتطاعها من المبلغ الإجمالي للصفقة.

الفرع الثاني : الدفع على الحساب

أوضحت المادة 108 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي ، على أنه لا يترتب على دفع ما يحتمل من تسبيقات أو دفع على الحساب أي اثر من شأنه أن يخفف مسؤولية المتعامل المتعاقد من حيث التنفيذ الكامل والمطابق والوفي للخدمات المتعاقد عليها

أولا : تعريف الدفع على الحساب

وبحسب المادة 109 من المرسوم الرئاسي 15-247 المشار إليه أعلاه، فهو يتعلق بالتنفيذ الجزئي للصفقة إذ ورد في الفقرة الثانية من نفس المادة تعريف للدفع على الحساب: « **فهو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة**» . كقيام المقاول فعلا بإنجاز جزء من الأشغال، ببناء بعض المساكن مثلا، أو تسليم المورد للإدارة بعض التجهيزات المكتبية في عقد التوريد[12] ومثلا كأن نتصور أن المتعامل المتعاقد نفذ 30% من موضوع الصفقة ويطالب بالدفع على الحساب لهذه القيمة .

الفرع الثالث : التسوية على رصيد الحساب

التسوية على الرصيد الحساب هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها [13].

وبرجوعنا لنص المادتين 119 ، 120 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجد المشرع الجزائري قد حدد وبالنص الصريح علة نوعين من التسوية على الحساب هما :

- التسوية على رصيد الحساب المؤقت .
- التسوية على رصيد الحساب النهائي .

أولا : التسوية على رصيد الحساب المؤقت

طبقا لنص المادة 119 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، فإنه تهدف التسوية على رصيد الحساب المؤقت إذا نصت عليها الصفقة ، إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها ، مع خصم ما يأتي :

- اقتطاع الضمان المحتمل .
- الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل عند الاقتضاء .

الدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب ، على اختلاف أنواعها ، التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد[14] .

حيث يعد قيام الإدارة بالاحتفاظ بمبلغ الضمان، دلالة أكيدة على حرصها الشديد في الحفاظ على المصلحة العامة والمال العام، وذلك من خلال تأكدها من حسن تنفيذ الصفقة طبقا لما تم الاتفاق عليه في عقد الصفقة [15]

ثانيا : التسوية على رصيد الحساب النهائي

طبقا لنص المادة 120 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، فانه يترتب على تسوية حساب الرصيد النهائي رد اقتطاعات الضمان ورفع اليد عن الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد عند الاقتضاء .

إن التسوية النهائية لرصيد حساب المتعامل المتعاقد، تكون برد الاقتطاعات بعنوان الضمان للمتعامل المتعاقد، وشطب الكفالات التي قدمها. ولا يتم ذلك إلا بعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع وبعد تقديم الوثائق القانونية المثبتة لذلك [16]

يجب أن تدفع أو تصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوما ابتداءا من استلام الكشف أو الفاتورة، ويحدد الأجل في الصفقة، ويجوز تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات التي تحدد بقرار من وزير المالية، ولا يمكن بأي حال أن يفوق أجل شهرين آخذا بعين الاعتبار الأجل الأول أو الأجل العادي، وتعلم المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد بتاريخ الدفع وإصدار الحوالة[17] .

المطلب الثاني : الحق في ضمان التوازن المالي للصفقة

إن التوازن المالي للصفقة يعني ضرورة وجود تناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، والحفاظ على التوازن المالي للعقد مرجعه اعتبارات العدالة [18]. وقد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد في مجال تنفيذ العقود الإدارية لأول مرة بمناسبة تنفيذ عقود التزام المرفق العام، وذلك في النزاع الشهير المعروف باسم قضية الشركة الفرنسية « للترامواي» والصادرة في 21 مارس 1910، غير أن الاعتراف للمتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي يدخل إما تحت نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة أو نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أو نظرية القوة القاهرة[19] ، والتي سنوضحها من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول : التعويض على أساس نظرية فعل الأمير.

الفرع الثاني : التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

الفرع الثالث : التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول : التعويض على أساس نظرية فعل الأمير

تعتبر نظرية فعل الأمير وما تستهدفه من إعادة التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة من قبيل المظاهر الإنسانية المعروفة في القانون الإداري .

ويجد مبدأ التوازن المالي أساسه القانوني في التشريع الجزائري في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 [20] ، والتي جاء فيها : « تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل. غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا بما يأتي:

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

وحسنا فعل المشرع حين أقر مبدأ الحل الودي لحسم النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية. وكذلك عندما رخص للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة بما يعيد الاعتبار المالي للمتعامل المتعاقد، ويدفعه أكثر للوفاء بالتزاماته وبمواصلة التنفيذ. فما كانت الصفقات العمومية يوما مجالا لدفع المتعامل المتعاقد على تحمل خسائر لم تكن متوقعة ساعة إبرام الصفقة، ثم إن المتسبب في إحداثها هي الإدارة المتعاقدة نفسها [21] .

أولا : شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

لا تطبق هذه النظرية إلا بتوفر مجموعة من الشروط وضعها القضاء وهي:

1- صدور التصرف عن الجهة المصلحة المتعاقدة.

2- عدم توقع الإجراء.

3- أن يلحق ضررا خاصا بالمتعاقد.

4- عدم انطواء الإجراء على خطأ ينسب للإدارة.

ثانيا : آثار نظرية فعل الأمير

تنتج عن نظرية فعل الأمير عدة آثار التعويض الكامل ومن هذه النتائج:

1- تحرر وتحلل المتعاقد مع الإدارة من الالتزام بالتنفيذ، إذا ما ترتب على فعل الأمير استحالة التنفيذ، مثل حالة صدور قانون يمنع استيراد سلعة متعلقة بالمرفق العام، ولا يمكن الحصول عليها من الخارج.

2- حق الطرف المتعاقد المطالبة بعدم دفع غرامات مالية عليه في حالة التأخير وذلك عندما يثبت أن إجراءات فعل الأمير هي التي جعلت عملية تنفيذ العقد عسيرة ومتأخرة .

حق المتعامل المتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذا ما زادت إجراءات فعل الأمير في أعبائه وتكاليفه المالية بدرجة كبيرة لا تحتملها إمكانياته وقدرته المالية[22]

الفرع الثاني : التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

سون نتعرض في هذا المطلب للتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية ، وعليه سوف نتناول تحديد هذه النظرية ثم شروط تطبيقها .

أولا : تحديد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعد النظرية من ابتداع القضاء الفرنسي ، وجاءت لمواجهة صعوبات استثنائية غير متوقعة يترتب عليها زيادة أعباء المتعامل المتعاقد تجعل العقد أكثر إرهاقا وتكلفة ، لذا من حقه المطالبة بتعويض كامل لجبر ما أحدثته نلك الصعوبات من أضرار[23]

ثانيا : شروط تطبيق هذه النظرية

لاستحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض الكامل يستوجب توافر مجموعة من الشروط ، وتتمثل في :

- أن يعترض تنفيذ الصفقة صعوبة ذات طابع مادي استثنائي ، يتجاوز ما كان متوقعا وقت التعاقد ، فضلا عن ذلك يجب أن تكون الصعوبة المادية خارجة عن إرادة طرفي العقد وإلا فسح المجال لتطبيق نظرية فعل الأمير إذا توفرت شروط تطبيقها .

- أن تلحق الصعوبة المادية ضررا بالمتعاقد ، فلا تطبق النظرية تلقائيا بمجرد اعتراض التنفيذ صعوبة مادية استثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين ، إذ يفترض إصابة الملتزم بضرر جراء ذلك ، ويستوي أن يكون بسيطا أو جسيما ، فأساس تطبيق النظرية هو جبر الضرر الناجم عن الصعوبة المادية .

فإذا توفرت الشروط السابقة مجتمعة ، تسنى للقاضي تطبيق هذه النظرية ، واهم نتائجها التزام المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا عما لحقه من أضرار.[24]

الفرع الثالث : التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة

أثناء تنفيذ العقود الإدارية قد تطرأ ظروف معينة خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقد وغير متوقعة تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد واستحالة متابعة التنفيذ مما قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد مع الإدارة، ويطرح مسألة مصير تنفيذ الالتزامات التعاقدية وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل القوة القاهرة أو الظرف الطارئ. وهذا ما سنقوم بتوضيحه من خلال النقطتين التاليين:[25]

أولا : تعريف نظرية الظروف الطارئة

يقصد بنظرية الظروف الطارئة أي قيام وظهور أحداث مفاجئة لدى تنفيذ الصفقة في شكل : أزمات اقتصادية ، حروب ، زلازل ، قرار بتخفيض قيمة العملة .

لقد اهتم المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة، وذلك من خلال نص المادة 107 من القانون المدني [26] ، لأنها فكرة تتماشى ومبادئ العدالة، فليس من العدل في شيء أن يترك المتعامل المتعاقد يتحمل ولوحده الأعباء المالية بحجة أن الإدارة ليست في هذه الظروف الجديدة. وإذا كنا نسجل أن المادة 107 من القانون المدني جاءت واضحة وأبلغ ، فلا مانع أن يهتدي بها القاضي الإداري وهو يطبق المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المشار إليها سابقا.

ومن خلال كل هذا فهناك التزامان أساسيان ترتبهما هذه النظرية:

1- التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في التنفيذ.

2- يجب على الإدارة أن تساهم مع المتعاقد معها في تحمل الخسائر الناتجة أثناء الفترة غير العقدية عن الأعباء الخارجة عن العقد.

ثانيا : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

1- وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ.

2- أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين.

3- ينبغي أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير واقعية.

4- ينبغي أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع.

المبحث الثاني : التزامات المتعامل المتعاقد اتجاه المصلحة المتعاقدة

العقد الإداري أو الصفقة العمومية وكباقي العقود وكما يرتب حقوق لطرفي العلاقة التعاقدية ، فانه يرتب التزامات عديدة يجب أو يوفى بها ، لأنها من حق الإدارة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها ، حيث تستمد هذه الالتزامات من بنود العقد أولا ومن مقتضيات سير المرفق العام بانتظام وباضطراد بالإضافة إلى النصوص القانونية واللوائح .

وتختلف هذه الالتزامات من عقد إلى آخر إلا انه هناك من الالتزامات المشتركة في كافة العقود خاصة ما يتعلق بالتنفيذ وفق الشروط المنصوص عليها في العقد والتنفيذ الشخصي للعقد .[27]

فالمقصود بهذه الالتزامات هي تلك الواجبات التي يتحمل المتعاقد مع الإدارة تنفيذها حسب ما تم الاتفاق عليه كمحل في الصفقة، وقبل ذلك يجب التأكد من أن المحل في الصفقة العمومية هو إما القيام بالعمل أو بأداء، ولا يمكن تصور الامتناع عن الفعل كمحل فيها، وإلا ترتب عن ذلك مسؤولية عقدية، ما لم تمنعه من ذلك حالة القوة القاهرة أو بفعل المصلحة المتعاقدة معها في حالة استحالة تنفيذ الصفقة [28] .

ويمكن حصر أهم التزامات المتعاقد مع الإدارة في المبحثين التاليين :

- المطلب الأول: الالتزام بتنفيذ الصفقة العمومية .
- المطلب الثاني: الطابع الشخصي للالتزام بالتنفيذ .

المطلب الأول : الالتزام بتنفيذ الصفقة العمومية

استنادا للقواعد العامة التي ترعى تنفيذ العقود، يتعين على المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزاماته التعاقدية وفقا لمتدرجات العقد، وبالإضافة إلى ذلك يتعين على المتعاقد مع الإدارة احترام دفاتر الشروط باعتبارها تشكل جزءا من العقد الإداري، وضرورة الالتزام بما توجهه إليه الإدارة من تعليمات خاصة بالتنفيذ في الحدود المقررة لها حسب مبادئ القانون العام. وهذا الالتزام بالتنفيذ لا يعفى منه المتعاقد إلا إذا تبين أن أداء الالتزام قد استحال لسبب

أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو خطأ الدائن[29].

الفرع الأول : الاستمرار في تنفيذ العقد

المبدأ العام في الصفقات العمومية أن صاحب الصفقة ملزم بتنفيذ الطلبات المحدد في الصفقة شخصيا ، بنفسه وعلى مسؤوليته الخاصة ، بمعنى انه يقوم بانجاز الأشغال المحددة في الصفقة من طرفه شخصيا وبواسطة أمواله الخاصة من أجهزة ، آلات ، كفاءات ، عمال ..... الخ ، بطريق سليمة وبعناية تامة ، وما يبرر ذلك هو أن الصفقات العمومية مثلها مثل باقي العقود الإدارية يتم انعقادها مع الأخذ بعين الاعتبار شخصية المتعاقد ، وذلك من اجل تفادي الغش في قواعد إبرام الصفقات العمومية ، كان تتقدم شركة معروفة وكبيرة بالمشاركة في جميع طلبات العروض المنشورة للتنافس بذلك مع باقي الشركات ، ثم تقوم بعد الفوز بها بالتنازل عن هذه الصفقات إلى شركات أخرى قد تكون اقل خبرة منها أو لا تملك نفس إمكانيات الشركة الأولى[30] ذلك أن السمسرة في الصفقات العمومية ممنوعة (المادة 11 من دفتر الشروط لسنة 1964).

وعليه فعملية منح الصفقة للمتعامل كانت قد استندت أساسا على عوامل ترتبط بالإمكانيات المادة المؤهلات العلمية والقدرات المالية والخبرة التي يتسم ويتمتع بها شخص المتعامل ، ومن ثمة فان الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد أو أثناء تنفيذ الصفقة.[31]

وإذا كان المتعاقد مع الإدارة ملزما بتنفيذ التزاماته التعاقدية والاستمرارية في التنفيذ مهما كانت الأوضاع – إلا في الحالات الاستثنائية – فإنه قد يطرأ أثناء تنفيذ العقد ما يحول دون ذلك عند وفاة المتعاقد أو إفلاسه، وهو ما ينعكس أثره على العقد[32] ، فكيف يمكن الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري عند وفاة المتعاقد مع الإدارة وعند إفلاسه كذلك؟ لذلك سنبحث في مسألة تنفيذ العقد عند إفلاس المتعاقد وعند وفاته في النقطتين التاليتين :

أولا : استمرارية العقد الإداري عند وفاة المتعامل المتعاقد

نظرا لأهمية الاعتبار الشخصي للمتعاقد في العقد الإداري، فإن وفاة المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد تطرح مسألة مصير متابعة تنفيذ العقد، ففي حالة موت المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ، في هذه الحالة يتم الرجوع أولا إلى شروط الصفقة العمومية والى دفاتر الشروط لترتيب الآثار التي تتولد عن هذه الواقعة [33] ، فإذا لم يوجد أي بند يتناول هذه الواقعة فيكون للإدارة الحق في فسخ الصفقة ، ويمكن أن يلتزم ورثة المتوفى بالاستمرار في تنفيذ التزامات مورثهم المتوفى إذ لم تفسخ الإدارة الصفقة.[34]

وللجهة الإدارية المتعاقدة في حالة وفاة المتعاقد عدة خيارات:

1- أنه يجوز للإدارة المتعاقدة فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم يكن لها مطالبات من قبل المتعاقد .

2- كما يمكن لها أن تسمح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد في حالة موافقتهم على ذلك مع إخطار الجهة الإدارية كتابيا بذلك، شرط أن يعينوا عنهم وكيلا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة. أما إذا لم يوافق الورثة على استمرارية تنفيذ العقد فتكتب جهة الإدارة تقرير مفصل عن التنفيذ وواقع ما على المتعاقد وما له، وتفرج بذلك جهة الإدارة عن الضمان المالي النهائي .[35]

3- وإذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعاقد وتوفي أحدهم، فيمكن لها أن تنهي العقد مع رد التأمين أو تطالب باقي المتعاقدين بالاستمرار في التنفيذ.

4- وإذا اختارت الإدارة في أي من الحالات السابقة، إنهاء العقد فيتم ذلك بموجب خطاب موصى عليه بعلم الوصول ودون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات أخرى أو الالتجاء إلى القضاء .

وفي رأينا فإن الحل الواجب الإتباع عند وفاة المتعامل المتعاقد محل الاعتبار بخصوص استمرار الرابطة التعاقدية مع ورثة المتعاقد في حال عدم تعرض دفتر الشروط أو العقد للإجراء الواجب الإتباع، فإن وفاة المتعاقد لا ترتب بذاتها فسخ العقد بقوة القانون ومع ذلك فإن الإدارة تتمتع برخصة الفسخ إذا ما قدرت أن شخصية المتعاقد المتوفى تمثل الضمانة الأساسية لحسن تنفيذ العقد [36]

ثانيا: استمرارية العقد الإداري عند إفلاس المتعامل المتعاقد

في العقود الإدارية تطرح مسألة إعلان إفلاس المتعامل المتعاقد مصير تنفيذ العقد في ظل غل يد المفلس عن إدارة أمواله، وفي هذه الحالة بت أيضا إلى شروط الصفقة العمومية ، فإذا لم تتوقع الصفقة هذه الحالة تطبق القاعدة التي بمقتضاها لا يؤدي الإفلاس أو الإعسار بذاته إلى إنهاء العقد وإنما يكون للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة العمومية إذا رأت أن الصالح العام يقضي بذلك [37]

حيث نجد المشرع الجزائري قد نص صراحة على هذه الحالة في نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أنه:« يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون:

- الذين هم في حالة إفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية ، أو الصلح .
- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح ».

يتضح مما تقدم أن الحكم العام عند إفلاس المتعاقد هو فسخ العقد ومصادرة التأمين لأنه في حال إفلاس المتعاقد وإقرار ذلك بحكم قضائي مع غل يد المتعاقد المفلس عن إرادة أمواله فإنه لا يمكن إطلاقا للمتعاقد المفلس متابعة تنفيذ العقد. إلا أن هذا المبدأ العام يدخل عليه استثناء أنه في حالة إفلاس المتعامل المتعاقد، يمكن للإدارة قبول عرض الدائنين بإتمام تنفيذ العقد، حيث يلجأ دائنوا المتعاقد المفلس إلى ذلك عندما يكون في إتمام العمل زيادة في أموال المتعاقد المفلس مما ينعكس إيجابا لاستعادة قسم أكبر من ديونهم [38] .

الفرع الثاني : الالتزام بالمدة المحددة في الصفقة

طالما كان للصفقة العمومية صلة بالخدمة العامة وبحسن سير المرفق العام. وجب أن ينفذ موضوع الصفقة في الأجل المتفق عليه. ولا يجوز كأصل عام للمتعامل المتعاقد تجاوز هذا الأجل. بل إن تجاوز المدة يعطي للإدارة حق الفسخ الجزائي، ويتحمل المتعاقد معها وحده النتائج القانونية المترتبة على ذلك [39]

فالتزام المتعاقد في المواعيد المحددة يعتبر التزاما جوهريا وأساسيا على اعتبار أن تحديد مدة التنفيذ ومواعيده تفترض أن حاجة المرفق تستلزم أداءه في هذا الوقت دون تباطؤ، وهو ما ينعكس أثره على تأمين وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، فكيف تحدد هذه المدة؟ وما هو جزاء الإخلال بها؟ [40]

أولا : تحديد المدة

تعتبر المدة في العقد شرطا جوهريا ولاسيما في العقود الإدارية (الصفقة العمومية في دراستنا هذه) ذلك أن العقد الإداري يتعلق بسير المرفق العام بانتظام وباضطراد .[41]

وهو ما قرره المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 105 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي نصت على أنه: «تدفع مقابل الخدمات المنجزة بعد الأجل التعاقدي للتنفيذ المتفق عليه، على أساس الأسعار المطبقة اعتمادا على السعر الذي يحتمل أن يكون قد تم تحيينه أو مراجعته، محسوبا في نهاية الأجل التعاقدي، في حالة ما إذا تسبب المتعاقد في تأخير تنفيذ الصفقة » .

ثانيا : إخلال المتعاقد بمدة التنفيذ

يفترض بالمتعاقد مع الإدارة أن يعمل ما بوسعه من أجل انجاز جميع التزاماته التعاقدية

خلال المهلة الزمنية المحددة في العقد تحت طائلة إنزال العقوبات بحقه من قبل الإدارة لأنه في التأخير في تنفيذ العقد وفق المدة المحددة، يتعرض المتعاقد مع الإدارة لفرض العقوبات عليه من قبل الإدارة، وقد تكون هذه العقوبات قاسية أو خفيفة، وتخضع هذه العقوبات لرقابة قاضي العقد حتى في حالة عدم النص عليها في بنود العقد.

وإذا كان المتعاقد مع الإدارة ملزما بتنفيذ العقد عندما تستجد ظروف لم تكن متوقعة، وإطالة مدة العقدة يمكن أن تتم بالتوافق بين طرفيه كذلك أيضا يكون هناك تساهل من قبل الإدارة إذا كان سبب تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد قوة قاهرة أو سبب فعل الإدارة [42].

إن تساهل الإدارة في إعفاء المتعاقد من تنفيذ العقد خلال المدة المحددة، إنما يكون عندما تستجد ظروف خارجة عن إرادة المتعاقد، وتؤدي إلى تأخير تنفيذ العقد، أما في الحالات العادية فإن تأخير التنفيذ يعتبر خطأ عقديا يبرر توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد، وغالبا ما يكون هذا الجزاء غرامات مالية ينص عليها في العقد، فإذا خلا العقد في النص على هذه الغرامات، فإن الإدارة يمكنها الرجوع على المتعاقد معها بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية[43] .

وفي رأينا فإنه من الضروري إلزام المتعاقد مع الإدارة في الظروف العادية بالتقيد بالمدة المحددة في العقد، وانجاز التزاماته التعاقدية وفق العقد المبرم بينه وبين الإدارة، لأن إخلال المتعامل المتعاقد في التنفيذ وعدم التزامه بالمدة المتفق عليها ينعكس سلبا على سير المرافق العامة، ويؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة وحاجات الأفراد. لذلك ينبغي عدم التساهل من قبل الإدارة إلا في الحالات الاستثنائية التي تؤدي إلى تأخير التنفيذ لظروف خارجة عن إرادة المتعاقد [44]

ثالثا : تنفيذ الصفقة حسب المواصفات المتفق عليها

يلتزم المتعامل المتعاقد بتنفيذ العقد على أساس الكشف الكمي والتقديري الذي يحدد فيه بدقة نوعية المواد المستعملة والخدمات المطلوبة ، أي يلتزم بمختلف الشروط المحددة مسبقا في العقد والتي عادة ما توضع بدفاتر الشروط .

وأثناء قيامه بالتنفيذ فانه يخضع لرقابة المصلحة المتعاقدة بالإشراف والتوجيه ، لذا فان التزامه لا يقتصر على الالتزام ببنود العقد فقط وما ورد في دفاتر الشروط بل يجب أن يلتزم بما تصدره الإدارة من تعليمات وأوامر أثناء استعمالها لسلطاتها في الرقابة والتعديل[45]

كما أن التزام المتعاقد لا يقتصر على تنفيذ الشروط الواردة في العقد فقط بل يتعدى هذا الالتزام حتى إلى الأحكام العامة في العقود الإدارية وبشكل خاص على دفاتر الشروط العامة وما تحتويه من قواعد تفصيلية بصدد العقود الإدارية ، فيكون المتعاقد هنا ملزم بما يتضمنه العقد من شروط وما تتضمنه دفاتر الشروط الأخرى[46]

المطلب الثاني : الطابع الشخصي للالتزام بالتنفيذ

إن العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعا ولو لم ينص عليها العقد، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصيا وبنفسه، فلا يجوز له أن يحل غيره فيها، أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، وبالتالي فإنه يترتب على مبدأ الاعتبار الشخصي نتائج هامة تكمن في الاستعانة بالغير لتنفيذ العقد. و نفصل ذلك في المطلبين التاليين:

الفرع الأول : اللجوء للمتعامل الثانوي

من الواجب على المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة إتباع كل الإجراءات والالتزامات المكتوبة في دفتر الشروط والمقررة في العقد، وأي مخالفة في المشروع قد تكون نتائجه وخيمة باستثناء حدث مفاجئ خارج عن نطاق المتعاقدين، الذي يستحيل فيه التنفيذ.

أما في حالة وجود أي مخالفة لهذه القواعد فتنص المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15-247 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، على أنه:« في حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملكا أو استثمارا قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة ، أو الأمن العمومي ، ولا يسعه التكيف مع أجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية ، بشرط انه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال ، وان لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها ، يمكن لمسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني ، أن يرخص بموجب مقرر معلل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية .ويجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف المذكورة ».

وبالتالي تلتزم المصلحة المتعاقدة بالعقد المبرم وتنفيذ الشروط تنفيذا كاملا وسليما ويقابلها التزام المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة وحده دون الاعتماد على الغير أو الاستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل العقد، فهو المسؤول بعد توقيع الصفقة عن التنفيذ الكامل والتام والنهائي للمشروع حتى ولو عهد للغير القيام بجزء من العمل أو الخدمة في إطار التعامل الثانوي. فما هي حدود عمل المتعامل الثانوي؟ [47]

فإذا كان المرسوم الرئاسي 15-247 قد أجاز اللجوء للمتعامل الثانوي من خلال نصوص مواده 140 ، 141 ، 142 ، 143 ، 144، فإنه بذلك قد راعى أن المتعامل المتعاقد قد لا يستطيع القيام بكل جزئيات المشروع. كأن يتعلق الأمر ببناء مجمع سكني، والعمل الثانوي يتمثل في الوسائل المتعلقة بالترصيص. فهنا يفترض أن يلجأ المقاول إلى إبرام عقود ثانوية بغرض التنفيذ الكامل للمشروع. على أن يتم تحديد هذا العمل في الصفقة صراحة.

الأصل في مجال الصفقات العمومية أن يباشر المتعامل المتعاقد جميع الأعمال المتعلقة بالصفقة، فلا تجزئة في هذا المجال. غير أن المرسوم الرئاسي 15-247 اعترف في المادة 143 منه

باللجوء للمتعامل الثانوي وقيد ذلك بتوافر شروط معينة هي:

أولا: أن يتم النص على المتعامل الثانوي في أصل الصفقة

أو الصفقة الأصلية وفي دفتر الشروط

فلا يجوز للمتعامل المتعاقد اللجوء لتقنية التعاقد الثانوي إذا خلا عقد الصفقة من الإشارة إلى ذلك. وتبدو الحكمة من إيراد هذا الشرط أن المشرع أراد من خلاله تحديد مجال المتعامل الثانوي في مرحلة مبكرة وليس في مرحلة التنفيذ.

ثانيا: أن يحظى اختيار المتعامل الثانوي بموافقة المصلحة المتعاقدة

فحتى لا تباغت المصلحة المتعاقدة بمتعامل ثانوي لا تعرفه، ولم ترشحه لتنفيذ جزء الصفقة، وقد لا تتوفر فيه الشروط اللازمة، وقد يكون في وضعية مخالفة للتشريع الجبائي، أو التشريع المحاسبي، أو التشريع الاجتماعي. وقد يكون المتعامل الثانوي في وضعية إفلاس. أو مسجلا في قائمة الممنوعين من تقديم عروض [48] أو صدرت ضده حكم قضائي يتعلق بجرم يمس النزاهة وغير ذلك من الوضعيات المشار إليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية -المشار إليه أعلاه- فرض المشرع موافقتها المسبقة للتأكد من وضعية المتعامل الثانوي القانونية اتجاه تشريعات الدولة ذات العلاقة بمجال الصفقات العمومية [49]

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للعقد الذي يربط

بين المتعامل الثانوي والمتعامل المتعاقد

يتضمن المتعامل الثانوي جزء من موضوع الصفقة في إطار الالتزام التعاقدي الذي يربط بينه وبين المتعامل المتعاقد، كما أن هذا الأخير– المتعامل المتعاقد– هو المسؤول الوحيد اتجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة، وذلك من خلال ما نصت عليه المادتين 141 و142 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية [50]

فالمتعامل الثانوي يحصل على مستحقاته من المتعاقد لا من المصلحة المتعاقدة، غير أنه ومن باب الوفاء للمتعاملين الثانويين النظاميين بحقوقهم الثابتة والمكفولة في الصفقة. اعترفت المادة 143 من المرسوم الرئاسي 15-247 للإدارة المتعاقدة بدفع مستحقات المتعامل الثانوي. وعلقت ذلك على صدور قرار من الوزير المكلف بالمالية يبين الشروط والكيفيات.

إن التنفيذ الشخصي للعقد الإداري يعني التعاون الشخصي مع الإدارة لتنفيذ العقد، وذلك لضرورة التواجد المستمر للمتعاقد أو لممثله القانوني في مكان انجاز المشروع، بغية السهر على العمل وتتبعه دون وقوع أي تأخير أو تغيير أو توقيف له، حيث المسؤولية الشخصية للمتعاقد

مسؤولية أصلية تثار كلما تنازل عن العقد كلا أو جزءا دون موافقة الإدارة، مما يعني أن تنازله على هذا النوع يعد باطلا وأن إرادته المنفردة أدت به إلى تعويض الإدارة والخضوع لجزاءاتها. أما مسؤولية المتعاقد في عقد المناولة لا تتأثر بتعاقده من الباطن مع أخصائيين وخبراء من أجل العمل بشكل دقيق ومتقن، وخصوصا في العمل المعقد الذي يتطلب تعاونا مستمرا معهم، إن هذه التقنية أصبحت اليوم من الضروريات في الصفقات العامة نظرا لنجاعتها.[51]

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة لموضوع حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، توصلنا إلى عدة نتائج ، وحاولنا وضع بعض المقترحات التي رأينها تفيد الموضوع .

أولا : النتائج

1/- حق المتعاقد مع الإدارة يضمنه القانون، والإدارة ملزمة بالارتقاء به والاعتناء به لأنه يعتبر شريكا فاعلا معها ، وإلا سار إلى طريق القضاء للحصول عليه.

2/- كما اتضح لنا من خلال هذه الدراسة أن الإدارة تمثل سندا وعونا بالنسبة للمتعاقد وذلك من خلال الامتيازات والسلطات التي منحها القانون للمصلحة المتعاقدة في سبيل تنفيذ التزاماته التعاقدية التي هي في النهاية التزامات متعددة يجب عليه الانصياع لها ولو لم يتم النص عليها ، علما أن قواعد القانون الخاص لا تضمن مثل هذه الحماية والرعاية للمتعاقدين في ظل أحكامه، إقرارا للمادة رقم 106 من القانون المدني الجزائري ، العقد شريعة المتعاقدين.

3/ - يتعين على المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزاماته التعاقدية وفق المدة المحددة في العقد ولا يجوز له التوقف عن التنفيذ بحجة وجود عيب يؤدي إلى فسخ العقد أو إبطاله ويعفى من التنفيذ عند استحالة متابعة التنفيذ بسبب القوة القاهرة أو بفعل الإدارة.

4/- لا يجوز للمتعامل المتعاقد أن يتنازل عن العقد لأحد الأشخاص إلا بموافقة الإدارة لأنه دون ذلك يعتبر خطأ عقديا يبرر لها توقيع أقصى الجزاءات على المتنازل عن العقد ومنها الفسخ ويتحمل أيضا خطأ المتنازل إليه المرتبطة بتنفيذ العقد الأصلي.

ثانيا: المقترحات

1/- إن الصفقة العمومية كثيرا ما تتأثر بالظروف الاقتصادية، وهو ما يمكن أن يرجع سلبا على المتعامل المتعاقد، فعلى الإدارة المتعاقدة أن تراعي مثل هذه الظروف التي قد تمس بالمركز المالي للمتعاقد معها مما يؤدي إلى إفلاسه وإلحاق أضرار كبيرة به.

2/- يتعين على الإدارة تأمين تنفيذ المتعاقد لالتزاماته من دون أية عوائق، وعليها إزالة هذه العوائق سواء تمثلت بمعارضة الأهالي أو بتأمين الظروف الأمنية أو التنسيق مع باقي الملتزمين تحت طائلة إلزامها بالتعويض.

3/- نقترح على المشرع الإسراع في إصدار النصوص التنظيمية للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، لاسيما النصوص المتعلق بسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي، وذلك للدور الذي تعلبه في الحياة العملية والتطبيقية الخاصة بميدان الصفقات العمومية .

الهوامش :

1 ينظر نص بالمرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الرابط: http://www.mincommerce.gov.dz/arab/fichiers15/textereglem/dec15247ar.pdf

2 المادة 106 من القانون المدني الجزائري .

3 جميلة حميدة ، مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية ، مداخلة منشورة في الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، جامعة يحي فارس المدية يوم 20 ماي 2013 ص 02.

4 المرجع نفسه ، ص 03 .

5 تياب نادية ، سلسلة محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية ، موجهة لطلاب السنة ثانية ماسترحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، السنة الجامعية : 2014-2015 ، ص:02.

6 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الجريدة الرسمية رقم 50 لسنة 2015 ، الرابط:

http://www.mincommerce.gov.dz/arab/fichiers15/textereglem/dec15247ar.pdf

7 تياب نادية ، المرجع السابق ، ص :03 .

8 المرسوم الرئاسي 15-247 ، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج ررقم : 50 .

9 المادة 112 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق .

10 نفس المادة .

11 عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، الطبعة الثالثة ، دار جسور، الجزائر، 2011 ، ص 222.

12 محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية ، بدون طبعة ، دار العلوم ، الجزائر، 2005 ، ص 85 .

13 المادة 109 الفقرة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

14 المادة 119 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

15 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 352.

16 مقراني سهام ، حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد وفقا لقانون الصفقات العمومية ، مذكرة ماستر في القانون ، تخصص قانون اداري ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية السنة الجامعية 2013/2012 ، ص : 27 .

17 المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المرجع السابق .

18 عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، الأسس والمبادئ وتطبيقاتها في لبنان ، (مصر: الدار الجامعية ، 1987) ، ص 563 ، نقلا عن مقراني سهاد ، المرجع السابق ، ص 36 .

19 عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسؤولية الإدارية (في مجال العقود الإدارية والقرارات الإدارية : دراسة تحليلية في ضوء احدث أحكام مجلس الدولة) ص 191 ، نقلا عن مقراني سهام ، المرجع السابق ، ص 36 .

20 المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

21 عثمان بوشكيوة ، التوازن المالي للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي سوق أهراس، 2005، ص ص 58 . 60.

22 عثمان بوشكيوة ، المرجع نفسه ، ص 39 .

23 سليمان محمد الطماوي. الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة). الطبعة لثالثة ، القاهرة ، دار الفكر العربي، 1975 ، ص : 714.

24 تياب نادية ، المرجع السابق ، ص :03 .

25 مقراني سهام ، المرجع نفسه ، ص 41 .

26 راجع المادة 107 من القانون المدني الجزائري .

27 فتاح أمينة و هامل سعاد ، تنفيذ العقود الإدارية (سلطات الإدارة المتعاقدة – حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة)، مذكرة ليسانس في الحقوق ، تخصص: إدارة و مالية ، جامعة الدكتور يحي فارس ، كلية الحقوق ، المدية ، السنة الجامعية 2013/012 ، ص 43 .

28 محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، الطبعة الثانية ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن ، 1989 ، ص 161.

29 مقراني سهام ، المرجع نفسه ، ص 50 .

30 بختي سهام ، التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلق بأشغال البناء ، مذكرة ماجستير في الحقوق ، تخصص قانون عقاري ، جامعة الجزائر01 ، كلية الحقوق بن عكنون ، السنة الجامعية 2013-2014 ، ص 38.

31 بختي سهام ، المرجع نفسه ، ص 39 .

32 نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 100.

33 بختي سهام ، المرجع نفسه ، ص 42 .

34 سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 443.

35 مقراني سهام ، المرجع نفسه ، ص 53 .

36 نفس المرجع ، ص 54 .

37 سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 444.

38 نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 110.

39 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 239.

40 مقراني سهام ، المرجع نفسه ، ص 55 .

41 سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 416.

42 مقراني سهام ، المرجع نفسه ، ص 56 .

43 نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص ص 51 ، 52 .

44 مقراني سهام ، المرجع نفسه ، ص 57 .

45 فتاح أمينة و هامل سعاد ، المرجع السابق ، ص 44 .

46 محمود خلف الجبوري ، المرجع السابق ، ص 166.

47 مقراني سهام ، المرجع نفسه ، ص 62 .

48 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 236.

49 المرجع نفسه ، ص ص 236 237 .

50 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، المرجع السابق .

51 مقراني سهام ، المرجع نفسه ، ص 65 .