



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد خيضر - بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق

تخصص: القانون العام

تحت إشراف:

أ.د سمار نصر الدين

إعداد الطالب:

بيو خلاف

أمام لجنة المناقشة المكونة من السادة الأساتذة

رئيسا	جامعة محمد خيضر بسكرة	أستاذ التعليم العالي	أ.د عزري الزين
مشرفا ومقررا	جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل	أستاذ التعليم العالي	أ.د سمار نصر الدين
ممتحنا	جامعة الحاج لخضر باتنة	أستاذ التعليم العالي	أ.د مزياني فريدة
ممتحنا	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	أستاذ التعليم العالي	أ.د هميسي رضا
ممتحنا	جامعة محمد خيضر بسكرة	أستاذ محاضر أ	د. حوحو رمزي
ممتحنا	جامعة محمد خيضر بسكرة	أستاذ محاضر أ	د. نسيغة فيصل

الموسم الجامعي: 2020/2019

شكراً وتقديراً على ما أنعم الله علينا

أتقدم بأسمى معنى الشكر والتقدير والعرفان إلى أستاذنا البروفيسور سمار نصر الدين بتفضله بالإشراف على رسالتي، وما أولاني به من رعاية ونصح وإرشاد، وما أفاض به علي من علمه الغزير وخلقته الرفيع، فسيادته نموذج فريد في التواضع عند إسراء النصيحة وتصويب الخطأ، ولا يسعني إلا أن أتوجه إلى الله عز وجل أن يطيل في عمره ويمتعه بالصحة والعافية، لينهل من علمه وأخلاقه طلاب العلم.

كما أتقدم بالشكر إلى كل من مد لي يد المساعدة من قريب أو بعيد في إنجاز هذا البحث المتواضع.

ولا يفوتني أن أتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل الأساتذة في قسم الحقوق بجامعة بسكرة والذين أكن لهم كل

التقدير والاحترام.

جمالوف
2022

الإهداء

إلى من أوطاني بهما ربي برا وإحسانا...إلى والدايا حفظهما الله
وأطال في عمرهما ومتعهما بدوام الصحة وتمام العافية.

إلى زوجتي وبناتي

بشرى...هاجر...مريم

إلى كل أفراد عائلتي إخواني وأخواتي

إلى كل الأصدقاء والزلاء

أهدي ثمرة جهدي.

جمال
2006

قائمة المختصرات

Principales abréviations

أولاً: باللغة العربية:

- ج.ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.
د.ش.إ.ع: دفتر الشروط الإدارية العامة.
ق.ص.ع: قانون الصفقات العمومية.
ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

- AJDA :** Actualité juridique- du droit administratif
BOAMP: Bulletin officiel des annonces des marchés publics
CAA : Cour administrative d'appel
CAO : Commission d'appel d'offres
CCAG : Cahier des clauses administratives générales
CCAG - Travaux: Cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux.
CCAG FCS : Cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services
C.E. : Conseil d'état
CGCT: Code général des collectivités territoriales
CMP: Code des Marchés publics
Comm: Commentaire
Concl: Conclusions
DAJ: Direction des affaires juridiques.
Ed: Edition
Ibid (ibidem): dans le même ouvrage.
LGDJ: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
N° : Numéro
Op.cit.: Ouvrage déjà cité
P: Page
RDP: Revue de Droit Public
Rec: Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'État français
Req: Requête
RFDA: Revue Française de Droit Administratif
T: Tome
TA Tribunal administratif

مقدمة

مقدمة

تلجأ الإدارة في إطار ممارسة نشاطها الإداري وأداء وظائفها إلى جانب طريقة إصدار القرارات الإدارية بإرادتها المنفردة، إلى طريقة الاتفاق مع الأفراد عن طريق التعاقد من أجل تحقيق الأهداف والمشروعات الاقتصادية.

والعقود التي تبرمها الإدارة ليست من طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد وإنما تنقسم إلى طائفتين، فإما أن تكون عقود مدنية (des contrats civils)، أين تتخلى فيها الإدارة عن سلطاتها وتكون في مرتبة واحدة مع الأفراد المتعاقد معهم، وتخضع في هذا الصدد للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، ويختص القضاء المدني بنظر المنازعات الناشئة عنها، وإما أن تكون عقود إدارية (des contrats administratifs)، تتجلى فيها امتيازات السلطة العامة التي لا نظير لها في عقود القانون الخاص، وتختفي فيها قاعدة المساواة بين المتعاقدين، بحيث تتمتع فيها الإدارة بمركز أعلى من مركز المتعاقد معهم، وتخضع لأحكام القانون العام وينعقد الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عنها للقضاء الإداري.

ومن المستقر عليه في القضاء الإداري أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة أو تسيير مرفق عام وأن تظهر فيه نية الشخص المعنوي في الأخذ بأسلوب القانون العام في العقد، وذلك من خلال تضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية التي يتم عقدها في ظل أحكام القانون الخاص ويخضع التعاقد في المجال الإداري لقيود خاصة وأساليب محددة لا نظير لها في عقود القانون الخاص، والسبب في ذلك هو أن الإدارة لا تتعاقد لمصلحة شخصية وإنما لأجل المصلحة العامة، كما أنها تتصرف في مال عام من أجل تأمين الاحتياجات العامة، لذلك تتمتع الإدارة بمركز أفضل وأقوى من مركز المتعاقد معها عند إبرام العقد.

وتحتل العقود الإدارية مكانة بارزة في مجال ممارسة الإدارة لنشاطها الإداري، كونها تعتبر من أهم وأنجع الوسائل التي تلجأ إليها في تسيير المرافق العامة في الدولة، والقيام بأداء واجبات وخدمات الوظيفة الإدارية بما يحقق الصالح العام، فتبرم عقود إدارية بينها وبين أشخاص قانونية أخرى، سواء أكانوا أفراداً أم شركات، بعد أن تؤكد أنّ إبرام الإدارة لعقودها في ظل القانون الخاص لا يكفي لتحقيق أهدافها التي تحققها العقود الإدارية، عندما تظهر الإدارة بوصفها سلطة عامة، تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها.

ونظراً لازدياد احتياجات الإدارة وتفاقم أعبائها، وتعدّد الظروف التي نعيش فيها نتيجة التحولات الكبرى التي يعرفها العالم اليوم، والتي مست مختلف الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية، المحكومة بمنطق العولمة القائم على الاقتصاد الحر وتشجيع المنافسة الحرة، فإنه يتعين على الإدارة البحث عن أفضل الأساليب الفنية والقانونية لمواجهة التحديات والرهانات الجديدة والمتعددة، وتطوير وسائل وأدوات العمل الإداري قصد توفير الجو المناسب لاستقطاب رؤوس الأموال والاستثمارات الكبرى التي من شأنها انجاز المشاريع العملاقة التي تحقق التنمية المستدامة في كافة المجالات، عن طريق توفير ضمانات حقيقية للمتعاملين المتعاقدين، قصد تشجيعهم على ربط علاقات تعاقدية مع الإدارة وهذا ما يستلزم منها إيلاء أهمية خاصة لإعداد شروط إبرام وتنفيذ العقد حتى تتجنب إهدار اعتماداتها المالية وتعطيل أعمالها، ودخولها في منازعات قد تستمر فترات من الزمن.

ولعلّ اهتمام مختلف التشريعات بإدخال إصلاحات على الأحكام المتعلقة بإبرام وتنفيذ العقود الإدارية، يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتقنية التي شهدتها ويشهدها العالم منذ أكثر من قرن من الزمان، وما صاحبها من تحول في أنماط التعامل وآلياته، بسبب ظهور العقود الكبيرة المركبة ذات القيمة المالية الهائلة والتي يحتاج تنفيذها إلى سنوات عديدة، وتحقق المخاطر من كل جانب، كما هو الحال في العقود المتعلقة بإنشاء المصانع الكبرى والمطارات والموانئ، فمثل هذه العقود تحتاج إلى مفاوضات

مكتنفة طويلة المدى، مما يتعين معها تمتع الإدارة بامتيازات وسلطات استثنائية لا نظير لها في القانون الخاص لتمكينها من إدارة وتنظيم المرافق العامة بشكل اقتصادي فعّال، تحقيقا لمقتضيات الصالح العام، وما يترتب عن ذلك من صون المال العام وإنفاقه في الأوجه المخصصة له، بهدف ترشيد النفقات العمومية والحد من إهدار المال العام دون فائدة.

كما تبرز أهمية العقود الإدارية باعتبارها أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية على حد سواء، ذلك أن البرامج والمخططات الاستثمارية التي تضعها السلطات المختصة إنما يقع تنفيذها على الإدارة المعنية في جزء كبير منها عن طريق العقود الإدارية.

وفي الواقع تحتاج الإدارة في ممارساتها لإبرام مثل هذه العقود إلى قدر من الحرية والاختيار، فيجب أن لا تعامل الإدارة على أنها مجرد أداة صماء تقوم بتنفيذ القانون المنظم لهذا الطريق حرفيا دون مراعاة الظروف المحيطة بالتنفيذ، وإنما يستلزم لتحقيق المصلحة العامة أن تكون للإدارة العامة سلطة تقديرية، بالقدر الكافي لمواجهة التحولات الكبرى التي يستهدفها عالم الإدارة العامة اليوم، حتى تكون متوافقة على الدوام مع الظروف المتغيرة والمتجددة ضمانا للحصول على المستلزمات والخدمات والأعمال اللازمة لتسيير مرافقها العامة، وانتقاء أفضل العروض شروطا من الناحية الفنية والمالية، واختيار المتعاقد الذي يكون أهلا للتعاقد بغية تحقيق أهدافها، وتوفير ما هو أفضل لها في الوقت الذي تراه مناسباً.

ومن هنا تبدو السلطة التقديرية ضرورية للإدارة حتى تتمكن من ممارسة نشاطها وتحقيق أهدافها على نحو سليم، بل أنها الوسيلة الفعّالة والناجعة لمواجهة الاحتياجات العامة لأنها تستطيع بمقتضى سلطتها التقديرية اختيار أنسب الحلول وأفضل الأوقات لكي تقوم بالعمل أو تمتنع عنه، وتتخذ القرارات اللازمة والملائمة له.

ولقد استلزمت المتغيرات العميقة التي عرفها المحيط الوطني والدولي في السنوات الأخيرة، إعادة تكييف المنظومة القانونية والتقنية المؤطرة للطلبات العمومية مع التطورات التي شهدتها عالم الأعمال والالتزامات المتبادلة في إطار الاتفاقيات الدولية، حيث نظمت

معظم التشريعات الأحكام التي تكفل للإدارة إبرام عقودها الإدارية، بموجب قانون الصفقات العمومية ابتداء من مرحلة السعي للتعاقد إلى غاية مرحلة تنفيذ العقد وانقضائه.

فقد عمد المشرع الجزائري إلى إدراج عدة إصلاحات على نظام إبرام وتنفيذ العقود الإدارية بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽¹⁾، والمرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام⁽²⁾.

كما لجأ المشرع الفرنسي إلى إصلاح نظام إبرام وتنفيذ العقود الإدارية، بموجب الأمر رقم 2015-899، المؤرخ في 23 جويلية 2015، المتعلق بالصفقات العمومية⁽³⁾ والمرسوم التنفيذي رقم 2016-360، المؤرخ في 25 مارس 2016، المتعلق بالصفقات العمومية⁽⁴⁾ واللذين دخلا حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ الفاتح أبريل 2016، غير أنه تم تعديل وتتميم هذا المرسوم الأخير بموجب المرسوم رقم 2017-516، المؤرخ في 10 أبريل 2017 المتضمن أحكام مختلفة في مادة الطلبات العمومية⁽⁵⁾، وعلاوة على ذلك فقد نظم كفاءات إبرام وتنفيذ

¹: المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر، عدد 50، بتاريخ: 20 سبتمبر 2015، ص 03، متاح على الموقع:

تاريخ الاطلاع: (13 أكتوبر 2015) <https://www.joradp.dz/TRV/AMPublic.pdf>

²: المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 02 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج.ر، عدد 48 بتاريخ 05 أوت 2018.

³: Ordonnance n° 2015-899, du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics, JORF n°0169, du 24 juillet 2015, p 12602 texte n° 38.

Disponible sur site: <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2015/7/23/2015-899/jo/texte>
(Consulté le 16 mai 2016)

⁴: Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, JORF n°0074, du 27 mars 2016, texte n° 28.

Disponible sur site: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2016/3/25/2016-360/jo/texte>
(Consulté le 16 mai 2016)

⁵: Décret n° 2017-516, du 10 avril 2017, portant diverses dispositions en matière de commande publique JORF n°0087, du 12 avril 2017, texte n° 9.

Disponible sur site: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/4/10/2017-516/jo/texte>
(Consulté le 15 mai 2017)

عقود الامتياز بنصوص خاصة بموجب الأمر رقم 2016-65، المؤرخ في 29 جانفي 2016⁽¹⁾، والمرسوم التنفيذي رقم 2016-86، المؤرخ في الفاتح فيفري 2016⁽²⁾.

أمّا المشرّع المصري فقد نظم إبرام وتنفيذ العقود الإدارية، بموجب القانون رقم 89 لسنة 1998، المتضمن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المعدل والمتمم⁽³⁾، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998 المعدلة⁽⁴⁾.

وتشغل فكرة السلطة التقديرية للإدارة مكانة هامة في النظام القانوني للعقود الإدارية في كافة مراحلها، سواء أثناء تكوينها أو عند تنفيذها، نظرا لطبيعتها وارتباطها بالمصلحة العامة والمال العام؛ إذ لا تخضع العقود الإدارية لقوة الإلزام التي تتمتع بها عقود القانون الخاص لذلك نجد أن الجهة الإدارية المتعاقدة في المرحلة التمهيدية لإبرام العقد الإداري مقيدة بمجموعة من الشروط والإجراءات التي وضعها المشرع لتنظيم عملية التعاقد ضمانا لحماية مصالح المجتمع من احتمالات تعسف الإدارة، وفي هذا الخصوص يتعين عليها الإعداد المالي والاقتصادي للعقد من خلال ضبط حاجاتها الفعلية وتوافر الاعتماد المالي اللازم لمواجهة الأعباء الجديدة، وحصولها على الموافقات المسبقة من الجهات المختصة قبل الشروع في إبرام العقد، سواء كان الأمر يتعلق باستشارة جهات محددة أو هيئة من الهيئات

¹: Ordonnance n° 2016-65, du 29 janvier 2016, relative aux contrats de concession, JORF n°0025, du 30 janvier 2016, texte n° 66.

Disponible sue site: <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/1/29/2016-65/jo/texte>
(Consulté le 16 mai 2016)

²: Décret n° 2016-86, du 1er février 2016, relatif aux contrats de concession, JORF n°0027 du 2 février 2016, texte n° 20.

Disponible sue site: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2016/2/1/2016-86/jo/texte>
(Consulté le 16 mai 2016)

³: قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05 لسنة 2005 والقانون رقم 191، لسنة 2008، ج.ر، العدد 19 مكرر، بتاريخ 08 ماي 1998. متاح على الموقع: <https://etenders.gov.eg/ArabicStaticDocs/Low89.pdf> تاريخ الاطلاع: (13 أكتوبر 2014).

⁴: اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، الصادرة بقرار وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998، ونشرت بالوقائع المصرية، العدد 201، المؤرخة في 06 سبتمبر 1998، والمعدلة بالقرار الوزاري رقم 497 لسنة 2006، المؤرخ في 31 أوت 2006، منشور في الوقائع المصرية، العدد 200 المؤرخة في 03 سبتمبر 2006. متاح على الموقع: <https://etenders.gov.eg/ArabicStaticDocs/Low89.pdf>

تاريخ الاطلاع: (13 أكتوبر 2014)

أو الحصول منها على إذن بالتعاقد، وتقييدها بالمبادئ الأساسية للطلبات العمومية التي تهدف إلى حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وتكريس شفافية الاجراءات، والالتزام بإعداد دفاتر الشروط وإعلان الدعوة عن المنافسة، وكتابة العقد الإداري، وتحديد أسلوب التعاقد الملائم لإبرام العقد وإرساء المنافسة على أفضل عرض من الناحية الاقتصادية بناء على مجموعة من المعايير المحددة مسبقا، إلا أن ذلك لا يجعل من الإدارة سلطة تنفيذ فقط يحرمها من أية قدرة على التصرف وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، بل إنها تتمتع عبر مختلف مراحل تكوين العقد الإداري بهامش من السلطة التقديرية وهكذا نجد أن الإدارة المتعاقدة تتمتع بسلطة تقديرية في مرحلة السعي للتعاقد وتصدر قرارات متعددة، كالقرار المتعلق بإبرام العقد الإداري، أو القرار المتعلق بحرمان بعض الأشخاص من الدخول إلى المنافسة والمشاركة فيها، واستبعاد العروض الناقصة وغير المستوفية للشروط المطلوبة، وقصر المشاركة في المنافسة على أشخاص معينين، بل أن للإدارة المتعاقدة بمقتضى سلطتها التقديرية - حتى بعد إرساء طلب العروض - أن ترفض إتمام إبرام العقد، ورفض اعتماده.

كما تتمتع الإدارة المتعاقدة أيضا في مرحلة تنفيذ العقد الإداري بامتيازات وسلطات استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، يسودها مبدأ التنفيذ المباشر وتغليب فكرة المرونة على قاعدة القوة الملزمة للعقد، وأولوية المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد معها، وبذلك تملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في هذه المرحلة للتصرف وفقا لما تراه مناسبا، حسب الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، والتي تبررها مقتضيات المصلحة العامة، وهذا ما يظهر خاصة في أهم العقود الرئيسية التي تبرمها الإدارة، لاسيما منها عقود امتياز المرافق العامة، وعقود الأشغال العامة وعقود التوريد، وهكذا تملك الإدارة المتعاقدة سلطات وامتيازات في مواجهة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية من خلال ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد، وتوقيع الجزاءات التعاقدية المختلفة على المتعاقد معها، أو في

مواجهة متطلبات المرفق العام التي تقتضي أحيانا تعديل بنود العقد حتى يكون متجاوبا باستمرار مع الحاجات العامة، أو فسخه بسبب الاخلال الجسيم من المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، كما قد تضطر أحيانا الإدارة المتعاقدة إلى إنهاء العقد بإرادتها المنفردة وحتى بدون خطأ من المتعاقد متى قُدرت أن تنفيذ العقد أصبح غير ملائم وغير متكيف مع احتياجات المرفق العام، وفقا لمقتضيات المصلحة العامة.

غير أن ممارسة جهة الإدارة لأي من سلطاتها وامتيازاتها لا يعني التضحية بحقوق المتعاقد معها، أو أن العقد الإداري ملزم للمتعاقد وغير ملزم للإدارة، بل أن العقد ملزم للطرفين معا، وفي الحدود التي تتفق مع طبيعة الروابط الإدارية، و وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وتظلّ سلطات الإدارة دائما محكومة بقيود وضوابط معينة مع تأمين رقابة قضائية على قراراتها، تضمن عدم خروجها عن قواعد المشروعية بحيث تمثل بوجه عام توازنا بين حق الإدارة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد وحق المتعاقد في معاملة عقدية عادلة.

وعلى الرغم من إحاطة عملية إبرام وتنفيذ العقود الإدارية بالعديد من القيود الإجرائية والموضوعية، حتى يضمن عدم تعسف الإدارة المتعاقدة في استعمال سلطاتها وامتيازاتها في مواجهة المتعامل المتعاقد معها، في غير الحالات التي تقتضيها متطلبات سير المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة، إلا أنه في الواقع لا ينبغي التسليم بانعدام السلطة التقديرية للإدارة، فهي توجد بشكل أو بآخر عبر مختلف مراحل تكوين العقد الإداري، وأصبح منح الإدارة قسطا من الحرية والمرونة في التصرف من أهم أساسيات العمل الإداري، وذلك بهدف تطوير نظام المرفق العام ومواءمة أساليبه وتعديل أنماط خدماته، حتى يكون متجاوبا باستمرار مع الحاجات العامة الهادفة إلى تحقيق المصلحة العامة.

أهمية البحث:

- يدور هذا البحث حول موضوع اكتسب أهمية بالغة في السنوات الأخيرة، ألا وهو "حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية"، ويكتسب هذا الموضوع أهميته نظرا لارتباطه بجانب هام من نشاط الإدارة في الحياة العامة وهي العقود الإدارية، التي لا تهدف الإدارة المتعاقدة من وراء إبرامها إلى تحقيق الربح، وإنما تهدف إلى إشباع حاجات الأفراد وتحقيق المصلحة العامة كأصل عام، لذا كان من الطبيعي أن تتطوي سلطتها على بعض عناصر التقدير أثناء إبرامها وتنفيذها لهذه العقود.

- يتضمن هذا البحث مرحلتين أساسيتين: مرحلة تكوين وإبرام العقد الإداري، ومرحلة تنفيذه، ففي المرحلة الأولى تصاعدت أهمية إبرام العقد الإداري بالتركيز على الحصول على أفضل العروض من حيث المزايا الاقتصادية، بإضافة عدة معايير أخرى إلى جانب السعر كضرورة الأخذ بمتطلبات الحكامة وحماية البيئة والتنمية المستدامة، وطالما كان الأمر كذلك - وحتى لا تتعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية - فكان لابد من تقييدها بالمبادئ الأساسية التي فرضها المشرع حفاظاً على المصلحة العامة و المال العام.

أما في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، ونظرا للاميازات الواسعة التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة في متابعة تنفيذ العقد، من خلال الرقابة والتوجيه، وفرض الجزاءات التعاقدية على المتعاقد معها وتعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة، وفسخ العقد وإنهائه، فإنه لابد من بيان الحدود التي لا ينبغي للإدارة بعدها تجاوزها بذريعة ضمان استمرار وسير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، حتى لا تثقل كاهل المتعاقد معها وتهدر حقوقه.

- ترتبط معظم نقاط هذا البحث بمشاكل كثيرا ما تثار في الواقع العملي، وتكون على درجة كبيرة من التعقيد الواقعي والفني، لأن الأمر يتعلق بالانتقال من التطبيق الآلي للنصوص القانونية إلى التطبيق العملي لها الذي يحقق التنمية الاقتصادية والاجتماعية

خدمة للصالح العام، لاسيما في وقتنا الحاضر أين يكثُر الحديث عن الشفافية والنزاهة التي تدعم الجودة الشاملة.

- لقد اقتضت هذه الدراسة البحث في النصوص القانونية، والمواقف الاجتهادية في كل من فرنسا ومصر، وفي الواقع كان النموذج الفرنسي الذي تعمدنا إبرازه في مختلف أقسام هذه الدراسة، صالح إلى حدّ بعيد لأن نستوحي منه الكثير من الحلول للمسائل المعقدة التي قد تطرح أثناء إبرام و تنفيذ العقد.

- انتشار استخدام وسائل التقنية المعلوماتية الحديثة في إبرام العقود الإدارية من خلال الاعلان عن المنافسة، وتبادل الوثائق التعاقدية بالطريقة الالكترونية، ودورها في تحقيق حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات.

إشكالية البحث:

إن الاعتراف للإدارة بممارسة سلطتها التقديرية سواء في مرحلة إبرام العقد لدى اتخاذها قرار استبعاد بعض المرشحين للمشاركة في المنافسة، أو رفض اعتماد نتائج إرساء طلب العروض المقرر من طرف لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض على المتعاقد الذي يقدم أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية، أو في مرحلة تنفيذ العقد لاسيما عند مباشرة الإدارة لامتيازات السلطة العامة في الرقابة والتوجيه وتوقيع الجزاءات التعاقدية المختلفة على المتعاقد معها، وتعديل العقد بإرادتها المنفردة، وكذا فسخ العقد بسبب خطأ المتعاقد، أو إلغائه لدواعي المصلحة العامة، قد يؤدي إلى تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها في مواجهة المتعاقد معها أو في مواجهة متطلبات المرفق العام، مما يقتضي معه بيان الحدود التي ينبغي على السلطة المتعاقدة مراعاتها وعدم تجاوزها، حتى تكفل إبرام وتنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق أهدافها من جهة، وتُمكن المتعامل المتعاقد من جهة أخرى من المحافظة على مصالحه المشروعة، ومساعدته في تنفيذ العقد طبقا للشروط المنصوص عليها في العقد دون تعسف أو تجاوز منها.

وهذه الإشكالية الرئيسيّة تتفرّع عنها مجموعة من التساؤلات الأخرى كالتالي:

- ماهي الضوابط المقيدة لسلطة الإدارة التقديرية في مرحلة إبرام العقد الإداري؟ وإلى أيّ مدى تملك الإدارة المتعاقدة حرية اختيار أسلوب التعاقد والمتعاقد الذي تراه مناسباً؟ وإلى أيّ مدى تملك حق استبعاد المرشحين من المشاركة في المنافسة؟ وماهي حدود وضع معايير إنتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية؟
- إلى أي مدى تتمتع الإدارة المتعاقدة بممارسة سلطتها التقديرية في مواجهة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية؟ وما هي حدود ممارسة سلطاتها في الرقابة والتوجيه، وتوقيع الجزاءات التعاقدية على المتعاقد معها؟ وما هو نطاق ممارسة سلطة تعديل العقد، وتقرير إنهاء وفسخ العقد بإرادتها المنفردة؟

أسباب اختيار الموضوع والصعوبات التي واجهت الباحث:

تأتي مبررات اختيارنا لهذا الموضوع، انطلاقاً مما لاحظناه من ندرة المؤلفات التي تتناول سلطة الإدارة التقديرية في مجال العقود الإدارية، فأغلبية المؤلفات الموجودة تتناول السلطة التقديرية في جانبها المتعلق بالنظرية العامة للقرارات الإدارية، ولذلك حاولت الخوض في هذا الموضوع، وأنا مدرك صعوبة ما أنا مقدم عليه، ودقة وسعة البحث الذي سأتناوله، وكاد ذلك يصرفني عن المضي فيه، لولا شعوري بشدة الحاجة إلى دراسة مركزة لرصد الجوانب المختلفة التي يمكن للإدارة المتعاقدة ممارستها سلطتها التقديرية، والحدود التي ينبغي عليها التوقف عندها وعدم تجاوزها أثناء مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه.

كذلك إن بعض الإشكالات التي يثيرها الواقع العملي، لا تجد إجابة لها في النصوص القانونية النافذة، مما يتعين الاستعانة بما وصل إليه الاجتهاد القضائي، وآراء الفقه المقارن من حلول للاسترشاد بها، كما أن ابتعاد الإدارة أحياناً أو تعسفها في تطبيق تلك النصوص يجعل المتعاقد ينفر من التعاقد مع الإدارة، لعدم وجود ضمانات كافية تكفل حقوقه معها.

لقد تم التصدي لهذا البحث الشائك، بالرغم ما يطرحه من صعوبات تتمثل أساسا في ندرة المراجع المتخصصة، وانعدام التطبيقات القضائية لاسيما في الجزائر، وحتى على قلتها فهي غير منشورة، ولعل ما زاد الأمر صعوبة هو حداثة النصوص القانونية التي صدرت في الجزائر وفرنسا والمتعلقة بإبرام وتنفيذ العقود الإدارية، وفي الحقيقة إن هذه النصوص القانونية الجديدة التي أصدرها المشرع الفرنسي تحمل أفكارا جديدة، الأمر الذي انطوى في حد ذاته على صعوبة ترجمة بعض المصطلحات من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية.

وتتجلى الصعوبة الأساسية في هذا البحث في أننا بصدد مصطلحين مختلفتين يصعب التوفيق بينهما وهما حق الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد وفقا لما يحقق المصلحة العامة، وحق المتعاقد في المحافظة على مصالحه الخاصة، وعدم التعرض لحقوقه المتفق عليها في العقد.

المقاربة المنهجية:

من أجل الإجابة على التساؤلات السابقة من حيث تنظيمها القانوني أو اتجاهات الفقه والقضاء بصدد، سنعتمد في هذا البحث على:

المنهج المقارن: من أجل إثراء هذه الدراسة سنعمد إلى مقارنة النظام القانوني للعقود الإدارية في الجزائر مع النظامين القانونيين الفرنسي والمصري، بهدف الاسترشاد ببعض الحالات التي تصدى لها الفقه والقضاء هناك، واستشفاف الحلول إن كانت ممكنة التطبيق للحالات المطروحة في النظام القانوني الجزائري، لأنها تشترك في كونها تسير كلها على النظام القانوني اللاتيني، مع اختلاف في الجزئيات التي تفرضها ظروف كل بيئة، وقد تم اختيار هذين النظامين كمحل للمقارنة لعدة مبررات ومنها: أن فرنسا تشكل المصدر التاريخي للقانون الإداري العربي وهي الدولة الرائدة في نطاق الأفكار التي يحملها هذا القانون، أما مصر فهي تمثل المدرسة القانونية الأولى عربيا، التي عكفت على صياغة نظريات القانون الإداري في إطار ظروف المجتمع العربي وأفكاره ومفاهيمه.

المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء النصوص التشريعية والحلول التي وضعتها الاجتهادات القضائية، والمواقف الفقهية، في الأنظمة القانونية محلّ المقارنة، قصد الاهتداء بما توصلت إليها في بعض الجزئيات المطروحة.

منهج التحليل القانوني: الذي يسمح لنا بتحليل النصوص القانونية الخاصة بالموضوع ومقارنتها بنظيرتها في فرنسا ومصر، وعرض آراء الفقهاء وأحكام القضاء في هذا المجال.

نطاق البحث:

يتحدد نطاق البحث من الناحية الموضوعية ببيان حدود ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية عند إبرامها وتنفيذها لعقودها الإدارية.

كما يقتصر البحث على بيان حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية من خلال دراسة نصوص المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والنصوص التطبيقية المتعلقة به والمرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، ومن أجل إثراء هذه الدراسة ارتأينا إلى البحث عمّا هو سائد في القانون المقارن من خلال النصوص السارية المفعول في فرنسا بموجب الأمر رقم 2015-899، المؤرخ في 23 جويلية 2015، والمرسوم التنفيذي رقم 2016-360 المؤرخ في 25 مارس 2016 المتعلقين بالصفقات العمومية، وفي مصر بموجب القانون رقم 89 لسنة 1998، المتضمن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المعدل والمتمم، ولائحته التنفيذية المعدلة، مع عرض آراء الفقهاء والاجتهاد القضائي بالقدر الممكن الذي يساهم في توخي الوضوح لمعالجة هذا الموضوع.

موضوع البحث وأهدافه:

تتوخى هذه الدراسة مسألة حدود السلطة التقديرية للإدارة في ميدان إبرام وتنفيذ العقود الإدارية، وسيتم معالجة هذا الموضوع بصفة أساسية في ظل النظام القانوني الذي يحكم إبرام وتنفيذ العقود الإدارية في الجزائر مع مقارنته بما هو سائد في النظامين الفرنسي والمصري مع عرض اتجاهات الفقه والاجتهادات القضائية في هذا الصدد، ويهدف البحث إلى:

- بيان ماهية السلطة التقديرية للإدارة ونطاق ممارستها وضوابط استخدامها في العقود الإدارية.

- بيان حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة إبرام العقد الإداري، ومعرفة مدى قدرة الإدارة المتعاقدة على التصرف أثناء إبرام العقد في اختيار المتعاقد معها وأسلوب التعاقد، والوصول إلى العرض الأفضل من حيث المزايا الاقتصادية

- توضيح حدود السلطة التقديرية للإدارة في تقرير إبرام العقد أو إلغائه.

- بيان حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري من خلال توضيح حدود الرقابة والتوجيه، وحدود توقيع الجزاءات على المتعاقد، ونطاق تعديل العقد وإنهائه.

- تقرير مسؤولية الإدارة المتعاقدة إذا ما تجاوزت حدود ممارسة سلطتها التقديرية في غير الحالات التي تقتضيها متطلبات سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة أو المساس بحقوق ومصالح المتعاقد معها بغير مسوغ قانوني.

خطة البحث:

نظرا لكون موضوع حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية ذات جانبيين الأول يتعلق بمرحلة السعي إلى إبرام العقد، والثاني بمرحلة سريان وتنفيذ العقد، فقد ارتأينا إلى تقسيم هذا البحث إلى بابين، حيث أفردنا الباب الأول لدراسة حدود السلطة التقديرية

للإدارة في مرحلة السعي للتعاقد، وقسمناه إلى فصلين، تطرقنا في الفصل الأول إلى العقد الإداري بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة من خلال بيان ماهية السلطة التقديرية في العقد الإداري، ونطاق ممارستها في مرحلة الإجراءات التمهيدية للتعاقد، في حين تناولنا في الفصل الثاني حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة إبرام العقد من خلال بيان حدود سلطة الإدارة في اختيار أسلوب التعاقد، واختيار العرض الأفضل.

بينما خصصنا الباب الثاني لدراسة حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة تنفيذ العقد وقسمنا هذا الباب بدوره إلى فصلين، حيث تطرقنا في الفصل الأول إلى حدود السلطة التقديرية للإدارة في مواجهة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، من خلال بيان حدود سلطتها في الرقابة والتوجيه، وتوقيع الجزاءات التعاقدية على المتعاقد معها، أما الفصل الثاني فقد تناولنا فيه حدود السلطة التقديرية للإدارة في مواجهة متطلبات المرفق العام من خلال بيان حدود سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وحدود سلطتها التقديرية في إنهاء العقد لخطأ من المتعاقد، أو إنهائه بدون خطأ منه لدواعي المصلحة العامة.

وأنهينا بحثنا بخاتمة ضممتها أهم الأفكار والنتائج التي توصلنا إليها، والتوصيات التي نراها مناسبة، وعليه ستكون الدراسة وفق الخطة التالية:

الباب الأول: حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة السعي للتعاقد.

الفصل الأول: العقد الإداري بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة.

الفصل الثاني: حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة إبرام العقد.

الباب الثاني: حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري.

الفصل الأول: حدود السلطة التقديرية للإدارة في مواجهة إخلال المتعاقد بالتزاماته

التعاقدية.

الفصل الثاني: حدود السلطة التقديرية للإدارة في مواجهة متطلبات المرفق العام.

الباب الأول

حدود السلطة التقديرية للإدارة
في مرحلة السعي للتعاقد

الباب الأول

حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة السعي للتعاقد

يتولى المشرع في كثير من الأنظمة إخضاع الإدارة في مجال إبرام العقود الإدارية إلى قيود لا مثال لها في نطاق عقود القانون الخاص، من خلال إلزامها بجملة من القيود والإجراءات التي يتعين عليها مراعاتها في معرض إبرامها لعقودها الإدارية، وذلك حفاظاً على استمرارية سير المرفق العام والمحافظة على المال العام.

ومن أجل اضفاء صفة المشروعية على أعمالها التعاقدية، يتعين على الإدارة تكريس مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والشفافية والمساواة عند التعاقد، كما يجب عليها اتباع أساليب التعاقد الإداري ومراعاة القواعد والمعايير التي تمكنها من اختيار العرض الأفضل، غير أن التزام الإدارة بهذه الخطوات لا يجعل منها سلطة تنفيذ يحرمها من أية قدرة على التصرف بل إنها تتمتع عبر مختلف مراحل تكوين العقد الإداري بهامش من السلطة التقديرية، تبعا لخصوصيات كل عقد والظروف المحيطة به وفقا لما يحقق مقتضيات المصلحة العامة، وذلك بداية من المرحلة التحضيرية التي تدور حولها المفاوضات وتبادل وجهات النظر مع الطرف المتعاقد معها، إلى غاية التوصل إلى إبرام العقد.

وهكذا بالرغم من إحاطة العقد الإداري بكل هذه الشكليات المعقدة بصفة عامة، إلا أنه يتسم في بعض جوانبه بالمرونة، تجعل الإدارة تتصرف وفقا لسلطتها التقديرية في إبرامه تبعا لخصوصياته، وعليه ارتأينا إلى تقسيم هذا الباب إلى فصلين: سنتناول في الفصل الأول العقد الإداري بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية، ثم نتطرق في الفصل الثاني إلى حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة إبرام العقد.

الفصل الأول

العقد الإداري بين السلطة المقيدة
والسلطة التقديرية

الفصل الأول: العقد الإداري بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية.

لقد تطور دور الإدارة في العقود الأخيرة، نظرا لازدياد الحاجات الأساسية التي يتطلبها المجتمع بسبب الازدهار الاقتصادي والاجتماعي والثقافي الذي اجتاحت العالم خلال خمسة وعشرين عاما الأخيرة، مما أفرز تحديات جديدة للإدارة وأوجد مهامها ومشاكل جديدة، تعين معها تطويرا في وسائل وأدوات العمل الإداري لمواكبة هذه التغيرات الطارئة، ومواجهة التحديات والمصاعب للنهوض بأعبائها، لذلك أصبحت السلطة التقديرية للإدارة العامل الحاسم الذي يمكّن الإدارة من تحقيق أهدافها التي وجدت من أجلها، وتلبية جميع متطلبات الصالح العام، ومن الوسائل المتاحة لجهة الإدارة وفقا لسلطتها التقديرية إبرام عقود طبقا لقواعد القانون الخاص، وذلك بالنسبة للمشروعات التجارية والصناعية المصرفية، أو عندما يتعلق الأمر باستغلال الأموال الخاصة للدولة، كما يمكنها إبرام عقود تخضع لقواعد خاصة في القانون الإداري؛ بوصفها سلطة عامة وتهدف بها إلى تنظيم مرفق عام وتسييره قصد تحقيق المصلحة العامة.

وعلى الرغم من تقييد حرية الإدارة في التعاقد بموجب القوانين والأنظمة المختلفة إلا أن الاعتراف لها بالسلطة التقديرية المبنية على حرية الاختيار ومرونة العمل الإداري أصبحت إحدى أهم أساسيات ممارسة النشاط الإداري، فلا يمكن أن يكون دور الإدارة مجرد آلة صماء يقتصر على تنفيذ القوانين تنفيذا حرفيا، بل أن الصالح العام يقتضي منح هامش من الحرية للإدارة لتمكينها من اختيار أفضل الظروف وأنسب الحلول أثناء ممارستها لنشاطها، وهذا ما يقتضي منا بحث ماهية السلطة التقديرية وضوابط ممارستها في المبحث الأول، ثم نتطرق إلى نطاق السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة الإجراءات التمهيدية السابقة على التعاقد في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية للإدارة في العقد الإداري.

إن مفهوم السلطة التقديرية مفهوم واسع التداول على صعيد الدراسات القانونية ومن خلال استقراء مختلف النصوص القانونية المتعلقة بالعقود الإدارية، لاسيما قانون الصفقات العمومية في مختلف التشريعات، فلا نجد مفهوما للسلطة التقديرية، بل نجد أن المشرع يترك للإدارة حرية التصرف وفقا لما تقدره من حيث اتخاذ القرار الملائم والذي يتناسب مع الظروف والأوضاع التي تحيط بها، وفي الوقت الذي تختاره لمواكبة الحركية المستمرة لنشاطها، لذلك لا بد من معرفة مضمون السلطة التقديرية للإدارة (المطلب الأول) ثم معرفة الضوابط التي يتعين مراعاتها عند استخدامها لسلطتها التقديرية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مضمون السلطة التقديرية للإدارة.

يقتضي دراسة موضوع السلطة التقديرية للإدارة أن نحدد أولا مدلول هذه السلطة وما يكتنفها من صعوبات نظرا لما تتسم به من مرونة ونسبية، الأمر الذي أدى إلى اختلاف الفقه، حول تعريفها (الفرع الأول)، ثم نتطرق بعد ذلك إلى الأساس القانوني الذي تقوم عليه تلك السلطة الممنوحة للإدارة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للإدارة.

أولا: التعريف العام:

السلطة في اللغة هي التحكم والسيطرة، والتقدير (discretion) هو التمهّل في تسوية الأمر وتهيئته.

وفي الاصطلاح فإن السلطة التقديرية بمعناها العام، تعني تمتع السلطة أو الهيئة التي تمارس نشاطا معيناً بقسط من حرية التقدير وهي بصدد ممارسة اختصاصاتها القانونية.

ومن خلال المفهومين اللغوي والاصطلاحي تظهر بعض القواسم المشتركة وبعض الاختلافات فإذا كانت السلطة تعني التحكم والسيطرة، فالدولة القانونية التي يخضع فيها الجميع لحكم القانون لا تعرف تحكما من أي نوع بين مختلف السلطات، إذ يتعين عليها أن تتقيد بضرورة الالتزام بالمثل العليا وقيم المجتمع، وإلا انقلبت إلى سلطة تحكيمية.

ثانيا: التعريف الفقهي:

بما أن المشرع لم يتعرض لمسألة تعريف السلطة التقديرية، في أي من النظم القانونية بالرغم من اعترافها بهذا الحق لجهة الإدارة، فإنه يتوجب علينا البحث عن أهم المحاولات الفقهية لتعريفها لاسيما الفقه الفرنسي والفقه المصري.

1- تعريف الفقه الفرنسي: لقد تعددت التعريفات الفقهية للسلطة التقديرية، حيث يرى العميد بونارد (Bonnard) بأن سلطة الإدارة تكون تقديرية "حينما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه الاختصاصات بصدد علاقاتها مع الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو تمتنع ووقت هذا التدخل وكيفية وفحوى القرار الذي تتخذه، فالسلطة التقديرية تنحصر إذن في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه"⁽¹⁾، ويضيف بأن السلطة التقديرية غير قابلة لأن تكون أكثر أو أقل، بل تكون أو لا تكون، ولكن الصلاحية يمكن أن تكون أكثر أو أقل تقييدا أو تحديدا فالسلطة التقديرية من حيث التعريف مطلقة بلا قيد، ولكن نطاق تطبيقها يمكن أن يكون أقل أو أكثر اتساعا⁽²⁾.

وعرّف جانب آخر من الفقه السلطة التقديرية بأنها "حرية الإدارة في اختيار تصرفها ويمكن تشبيهه قدرة الاختيار هذه بالرجل الذي يقف في مفترق الطرق؛ فنتاح له بذلك قدرة الاختيار بين هذه الطرق المتعددة، التي يستطيع أن يتخذ أيا منها بمحض تقديره الذاتي"⁽³⁾.

¹: R. Bounnard, le pouvoir discrétionnaire des autorités administrative et le recours pour excès de pouvoir, D.A, 1923, p.74.

²: Ibid., p 77.

³: G.Peiser, Droit Administratif (contentieux administratif), 14^e édition, mémentos, Dalloz, Paris, 1989 p.27.

كما عرّفها الفقيه (J.michaud) بأنها "حرية التصرف التي تتمتع بها الإدارة العامة دون أن تحدد لها القاعدة القانونية المسلك الواجب إتباعه مسبقاً"⁽¹⁾.

وقد عرّفها الفقيه (DeLaubadère) بقوله: "توجد سلطة أو صلاحية تقديرية عندما تكون السلطة الإدارية حرة في اتخاذ أكثر من قرار، ولها الاختيار من بين هذه القرارات وبمعنى آخر، عندما لا يكون تصرفها محددًا سلفًا في القانون، ويرى في المقابل أنّ هناك سلطة مقيدة، عندما تواجه الإدارة حالات تكون فيها ملزمة باتخاذ قرار بصورة أو بأخرى ولا تملك إطلاقًا الاختيار بين عدة قرارات، وأن تصرفها تحدّد سلفًا بواسطة القاعدة القانونية"⁽²⁾.

أما الفقيه (M. Hauriou) فقد عرّفها بأنها "المجال الذي يترك للإدارة من الحرية في اختيار القرار والوقت الملائم لاتخاذها، عند ممارسة الإدارة صلاحياتها لتقديم خدمات للأفراد وفقا لما ينص عليه القانون"⁽³⁾.

ويرى الفقيه (Videl) بأن "الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية عندما تترك لها القوانين والأنظمة حرية التصرف بأية صورة، وعلى العكس هناك سلطة مقيدة عندما تكون الإدارة ملزمة حسب القوانين والأنظمة بالتقرير بصورة محضة، دون أن تملك حرية الاختيار"⁽⁴⁾.

بينما الفقيه (R. Chapus) فيرى بأن السلطة التقديرية للإدارة "ليست إلا سلطة الإختيار بين قرارين أو تصرفين على الأقل تتفق مع المشروعية، فالإدارة في ممارستها للسلطة التقديرية لا تستطيع عمل إلا ما يسمح به القانون"⁽⁵⁾.

¹: مذكور في: محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري. الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003 ص 197.

²: مذكور في: مصلح الصرايرة، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول 2009 ص ص 163-198.

³: Maurice Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, 12e édition, Paris, 2002, p 221.

⁴: مذكور في: مصلح الصرايرة، المرجع السابق، ص 167.

⁵: نفس المرجع، ص 166.

2- تعريف الفقه العربي: لقد تأثرت معظم الأنظمة القانونية العربية بنظيرها الفرنسي من أجل إبراز السلطة التقديرية كحقيقة واقعية، وهي أمر لا غنى عنه للإدارة، حتى تتمكن من أداء وظيفتها، ولعل من أبرز تعاريف السلطة التقديرية للإدارة، تعريف الأستاذ سليمان محمد الطماوي بقوله "هي تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل الأفراد والقضاء لتختار في حدود الصالح العام وقت تدخلها، ووسيلة التدخل، وتقدير بعض الحالات الواقعية التي تحدث، ولتقدير أصلح الوسائل للمواجهة" (1).

ويرى الأستاذ سامي جمال الدين بأن السلطة التقديرية "هي تلك السلطة المتصلة بالصياغة المرنة للقواعد القانونية التي سنّها المشرع، بحيث تسمح للإدارة بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية، ويكون للإدارة تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عنه، أو اتخاذه على نحو معين أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف أو السبب الملائم له أو في تحديد محله" (2).

أما الأستاذ عبد الغاني بسيوني عبد الله، فيرى بأن الإدارة تمارس السلطة التقديرية عندما يترك لها المشرع حرية تقدير الظروف التي تبرر تدخلها من عدمه، أو حينما تملك حرية اختيار التصرف الذي تراه ملائماً لمواجهة هذه الظروف إذا قررت التدخل، وكذلك عندما يكون في مقدورها تحديد الوقت المناسب للتدخل" (3).

أما الأستاذ محمد رفعت عبد الوهاب فيطلق على السلطة التقديرية اسم السلطة الاستثنائية ويعرفها بأنها "تلك السلطة التي تتمتع بها الإدارة وفقاً لما يخولها لها القانون من حرية تقدير الظروف الواقعية واتخاذ القرار الذي تراه ملائماً لهذه الظروف" (4).

¹: سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص 31.

²: سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 2015.

³: عبد الغاني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 38.

⁴: محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 197.

كما عرّفها الأستاذ عبد العزيز الجوهري بقوله " السلطة التقديرية هي قدر من الحرية والمرونة تمنح للإدارة في تنفيذ القانون، بحيث لا تكون النصوص قيّدا دائما عليها في كل عمل أو تصرف تقوم به" (1).

3- موقف الفقه والقضاء في الجزائر: لم يخرج الفقهاء القانونيين في الجزائر في محاولاتهم لتعريف السلطة التقديرية للإدارة عن نطاق التعريفات السابقة، فقد عرفت رئيسة مجلس الدولة الجزائري فريدة أركان بقولها "هي أن تكون الإدارة حرة تماما في التصرف في هذا الاتجاه أو ذلك وبدون أن تكون خاضعة لأي شرط، فهي قادرة على تقدير الشروط التي تتخذ في ضوءها قرارها، ومثال على ذلك سلطة رئيس الجمهورية في منح العفو والأوسمة واختيار طريقة تسيير المرافق العامة، إنشاء أو تعديل سلك من أسلاك الموظفين" (2).

ويرى الأستاذ محمد الصغير بعلي بأن السلطة التقديرية تتجسد "عندما يترك للإدارة قدر معين من الحرية من حيث الاختيار بين اتخاذ القرار من عدمه، رغم توافر شروطه مراعاة للظروف والمعطيات والمقتضيات السائدة بالإدارة"، ومن أمثلة ذلك قرار منح الأوسمة والنياشين، إذ تتمتع الإدارة المختصة بتقدير مدى استحقاق الشخص للتكريم، ومن أبرز المجالات التي تظهر فيها السلطة التقديرية، الحفاظ على النظام العام وما يخول لهيئات الضبط الإداري الوطنية (رئيس الجمهورية)، أو المحلية (رئيس البلدية) من سلطات اختيار القرار الملائم والمناسب للظروف المحيطة به (3).

وقد أكد هذا المفهوم القضاء الإداري الجزائري في العديد من القرارات القضائية ومنها قرار الغرفة الإدارية المؤرخ في 10-02-1990، والذي جاء فيه "للإدارة الحق في أن تتّوَجَل

¹: عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري، الطبعة الثانية، د.م.ج، الجزائر، 1987، ص 18.

²: فريدة أركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد 01، الجزائر، 2002، ص 37.

³: محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، طبعة مزيدة ومنقحة، عنابة، 2005، ص 17.

البت في طلب رخصة البناء لمدة سنة طبقاً للمادة 22 من القانون رقم 82-02 المتعلق برخصة البناء"⁽¹⁾، ويلاحظ من خلال هذا القرار الإداري، عدم معارضة تقدير الإدارة للوقت المناسب لتدخلها، ما لم تخرج عن حدود القانون.

وفي قرار آخر أيضا للغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، مؤرخ في 11-07-1981 جاء فيه "أنّ للإدارة فحص ومعاينة مدى المساس الذي يلحقه البناء بالصحة والأمن العموميين..."⁽²⁾.

وإذا كانت السلطة التقديرية بمفهومها الكلاسيكي تتشكل من خلال فكرة استقلال الإدارة في ممارسة السلطات الممنوحة لها، وذلك ضمن القيود المرسومة من جانب قاعدة القانون فإن هناك مفهوما آخر للسلطة التقديرية، وهو السلطة التقديرية غير العادية (Anormal) وهي التي تتولد من خلال مركز الإدارة في معرض ممارستها للاختصاص المقيد؛ فحتى ولو كان القانون قد أملى على الإدارة القرار الواجب اتخاذه، فإنه لا يمكن القول بانعدام السلطة التقديرية في هذه الحالة، لأنها توجد بشكل صارخ في نطاق اللحظة التي تتدخل فيها وتصدر القرار الذي يقيد القانون اختصاصها في إصداره⁽³⁾.

ومن خلال التعاريف السابقة يمكن القول بأن السلطة التقديرية هي ذلك الهامش من الحرية الذي يمكن الإدارة من ممارسة نشاطاتها بالمرونة اللازمة، قصد مواجهة التحديات وأخذ القرارات في الزمان والمكان المناسبين، والتأقلم مع التغييرات التي تواجهها في طريقها، بهدف تحقيق المصلحة العامة.

¹: المحكمة العليا، الغرفة الإدارية في: 10-02-1990، قضية رقم (62040)، (ب.ح) ضد (م.ش.ب.س)، المجلة القضائية، العدد 03، 1991، ص 181 وما بعدها.

²: المحكمة العليا، الغرفة الإدارية في: 11-07-1981، قضية رقم (22236)، (أ.ر) ضد (و.د)، سلسلة الاجتهاد القضائي الصادر عن وزارة العدل د.م.ج، 1986، ص 196 وما بعدها.

³: مهند نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2004، ص ص 183 - 245.

ثالثا: تمييز السلطة التقديرية للإدارة عن السلطة المقيدة:

بدأ الحديث عن السلطة التقديرية للإدارة، مع تقييد دور الإدارة في الحياة العامة وتقوية حماية خاصة لحقوق الأفراد وحررياتهم، وتعدّ التفرقة بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة إحدى أكثر نقاط القانون الإداري كلاسيكية وشيوعا، وأول من طرحها الأستاذ (Laférière) وتبعه الفقه في ذلك، وفي الحقيقة إن السلطة التقديرية تثبت للإدارة عندما يكون مسلكها غير محدد مسبقا من جانب القاعدة القانونية، ويكون اختصاصها مقيدا-على العكس- عندما يكون مسلكها محدد سلفا بقواعد القانون، ومن ثم فإن المرجع في تمتع الإدارة بسلطة التقدير هو القانون بمعناه الواسع، أي بمجموع القواعد القانونية التي تحكم نشاط الإدارة بما في ذلك القواعد القانونية العامة التي يستتبطها القضاء بصدده ممارسة الإدارة لاختصاصها⁽¹⁾، وإذا كانت السلطة التقديرية بصفة عامة تسمح للإدارة، بممارسة نشاطا معيناً أو إبرام تصرفا معيناً بقسط من حرية التقدير، فقد توجد ذات الإدارة في موقف آخر تضيق فيها سلطاتها وتتعدم لديها حرية التقدير، فتمارس اختصاصاتها بصورة محددة وبطريقة مرسومة سلفا دون قدرتها على الاختيار أو المناورة، حيث يفرض عليها القانون قيودا محددة ويرسم لها إطار عملها بصورة صارمة، تؤدي إلى تقييد سلطاتها وتمنعها من تجاوز الإطار المحدد سلفا، وتلتزمها بتحقيق الأهداف التي حددها المشرع سلفا.

وكما سبق الإشارة إليه فإن الفقيه الفرنسي (بونارد) يرى أن سلطات الإدارة أو اختصاصاته تكون مقيدة عندما تلتزمها القوانين بالقيام أو الامتناع عن التصرف بشكل محدد وفي وقت محدد، أما الأستاذ (شارل إيزنمان) فيربط بين السلطة والتحديد السابق والملزم لرجل الإدارة؛ فإذا كان هذا الأخير يملك حرية الاختيار بين عدة بدائل دون التقييد

¹: مهنت نوح، المرجع السابق، ص 219 وما بعدها.

بإرادة أخرى أو دون تحديد مسبق لتصرفه، كانت سلطته تقديرية، أما إذا كان تصرفه محدد سلفا بطريقة ملزمة، ويخضع لإرادة أخرى غير إرادته كانت سلطته مقيدة⁽¹⁾.

ومن خلال استقراء هذين المفهومين يمكن القول أن سلطة الإدارة تكون مقيدة عندما يعهد إليها القانون لتحقيق هدف معين أو لتنظيم موضوع معين، ويحدد لها طريقة تدخلها ويرسم لها إطار عملها بصورة صارمة، بحيث تتعدم لديها حرية الاختيار أو بمعنى أدق لا توجد خيارات أمامها كما هو الحال عندما تكون سلطتها تقديرية؛ فحرية التقدير لا تعني الحكم أو السيطرة، بل هي حرية المفاضلة بين الحلول المطروحة من بينها، لكي تختار الإدارة ما تراه مناسباً للوفاء بمتطلبات المسألة محل التنظيم، وأكفلها للوفاء بأكثر المصالح وزناً وأعمقها اتصالاً بالأغراض التي تستهدفها؛ فيتعين على الإدارة أن تعمل في حدود القانون والدستور، سواء باشرت عملها بوصفها سلطة إدارة تهدف لتسيير المرافق العامة أو باعتبارها سلطة حكم في الحالات التي يسمح الدستور بذلك، إذ تتكفل كافة السلطات في الدولة بأن تجعل تحقيق المصلحة العامة غايتها النهائية⁽²⁾.

ولكن هذا لا يعني أن جميع قرارات الإدارة إما أن تكون تقديرية صرفة أو مقيدة صرفة، إذ أن هناك طائفة أخرى من القرارات التي تكون في جانب منها تقديرية وفي جانبها الآخر مقيدة، بل يذهب جانب من الفقه إلى القول إن الاختصاص المقيد بالكامل هو أمر في غاية الندرة، وأن الأصل هو السماح للإدارة بقدر من حرية التقدير يختلف ضيقاً واتساعاً حسب الظروف والاعتبارات التي يقدرها القانون⁽³⁾، لأن الخضوع الكامل للنصوص القانونية وتنفيذها تنفيذاً حرفياً أمر نادر الحدوث، إذ يبقى لها دائماً هامشاً من حرية التقدير حتى عندما يفرض عليها المشرع تحقيق غاية أو هدف محدد، ففي مجال العقود الإدارية نجد من

¹: مذكور في: عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010، ص 414.

²: نفس المرجع، ص 373.

³: مهند نوح، المرجع السابق، ص 220.

المبادئ الأساسية للتعاقد وفق أسلوب طلب العروض، حرية المنافسة بين المرشحين إذ يحق لكل شخص التقدم للمشاركة والحصول على الصفقة دون منع أو حرمان الإدارة لأحد من المتنافسين، غير أنه تعطى للإدارة السلطة التقديرية في استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم كفاءتهم الفنية أو المالية لإنجاز الأعمال المطلوبة.

وبناء على ما تقدم فإن سلطة الإدارة تتحدد بحسب طبيعة العلاقة بينها وبين القواعد القانونية؛ فتضيق سلطتها أو تتعدم كلما كانت القيود صارمة، وعلى العكس تتسع حرية التقدير ومساحته إذا كانت القيود فضفاضة، تسمح لها بممارسة اختصاصاتها دون التقيد بإرادة غيرها من السلطات⁽¹⁾، وفي الواقع تعتبر كل من السلطتين التقديرية والمقيدة أمران ضروريان، فمن ناحية تساعد السلطة التقديرية الإدارة على الابتكار والعمل الخلاق الذي يمكنها من مواجهة مستجدات الحياة اليومية، خاصة في ظل عدم إمكانية إحاطة المشرع بكل تفاصيل ودقائق الحياة الإدارية، ولكن من ناحية أخرى قد يؤدي إطلاق حرية الإدارة في التصرف فيما تباشره من أعمال إلى التعسف في استعمال سلطاتها، ومن هنا تبدو ضرورة السلطة المقيدة كضمان لخضوع تصرفاتها لحكم القانون، ومن ثم فلا يوجد تصرف للإدارة مقيد في كل عناصره أو على العكس تقديري في كل هذه العناصر، بل أن أي تصرف للإدارة يدور بين التقييد والتقدير.

رابعاً: مبررات السلطة التقديرية للإدارة:

إذا كان تحديد اختصاصات الإدارة تحديداً دقيقاً، من طرف المشرع يعد ضماناً قوية من زاوية حقوق الإنسان، كي يحول بينها وبين التعسف في استعمال السلطة، فإن المصلحة العامة تقتضي الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية في بعض الحالات من زاوية أخرى، ذلك أن الإدارة لا يمكن أن يقتصر دورها على تنفيذ القوانين تنفيذاً حرفياً، بل يتعين تمكينها من القدرة على الاختيار، والاعتراف لها بقدر من حرية التصرف، حتى لا توصف بالجمود

¹: عبد المجيد ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص 416.

وحتى يفسح لها مجال الابتكار والتجديد، مما يكفل في النهاية حسن سير المرافق العامة بنظام واطراد⁽¹⁾، وأصبحت السلطة التقديرية تلازم جوانب النشاط الإداري، أيا كان مدى هذه السلطة من حيث الاتساع أو الضيق في جانب أو أكثر تحقيقا للمصالح العام ويمكن إرجاع الاعتراف بالسلطة التقديرية لمبررات قانونية (أ) ومبررات فنية (ب).

أ- المبررات القانونية: بالرغم من تدخل المشرع لوضع القواعد القانونية التي تحكم النشاط الإداري، إلا أنه مهما بلغت دقته في وضع القوانين، فإنه لا يستطيع أن يلم بكل المسائل والجزئيات التي تتعرض لها الإدارة، لذلك كان من الواجب منح الإدارة قسطا من الحرية لسدّ النقص والفراغ الذي يوجد في مجموع النظام القانوني.

والسلطة التقديرية في حقيقة الأمر هي وسيلة لتطبيق القانون والالتزام بمبدأ المشروعية، غاية ما في الأمر أن المشرع قدّر أن منح قسط من حرية التصرف للإدارة في موضع معين هو أجدى وأنفع لتحقيق الهدف من هذا الموضوع مما لو قيدها بتوقيت وأسلوب معين للتصرف بشأنه، ومن ثم فإنه ينأى عن تحديد نشاط الإدارة بشأن هذا الموضوع كله أو في بعض جوانبه، تاركا للإدارة حرية التقدير بموجب خبراتها الخاصة سيما وأن اعتبارات تغير الظروف وتطورها تجعل تحديد نشاط الإدارة بقواعد ثابتة سلفا أمرا متعذرا والإدارة بحكم كونها من الأشخاص المخاطبين بالقواعد القانونية، فإنها تملك الخيار داخل الإطار الذي وضعه المشرع، فإذا ما خرجت بسلطتها التقديرية عنه، كان عملها غير مشروع⁽²⁾.

ب- المبررات التنظيمية: لا جدال في أن إطلاق الإدارة في ممارستها لاختصاصاتها يؤدي إلى حسن أداء الوظيفة؛ ذلك لأنه يعطي الإدارة حرية التقدير ووزن الملاسات

¹: حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الأولى، الرياض، 2003، ص 191 وما بعدها.

²: نفس المرجع، ص 133.

في العمل الإداري بالاستعانة بالقدر من المرونة التي يمكن أن تراعي في التطبيق الظروف الواقعية الخاصة بكل حالة على حدة من أجل تحقيق العدالة والمصلحة العامة.

وتعدّ السلطة التقديرية للإدارة ضرورة عملية وقانونية، فمن الناحية العملية تسمح السلطة التقديرية للإدارة بتكييف تصرفاتها بما يتلاءم والحاجات العامة والتغيرات الاجتماعية، وتطبيق القواعد العامة المجردة على الواقع المتغير للحياة اليومية، وغياب هذه السلطة التقديرية قد يؤدي إلى تعريض النظام السياسي كله للخطر، لأنّ جعل دور الإدارة مقتصرًا فقط في مجرد المنفذ سيحدث كسرا في الرابطة التي تصل الحكام و المحكومين (1).

بالإضافة إلى ذلك فإن " مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد" يتطلب ترك سلطة تقديرية للإدارة من أجل اختيار أنسب الوسائل وأفضل الأوقات الملائمة للقيام به، كما تعتبر السلطة التقديرية الوسيلة الناجعة والفعالة التي تتيح للإدارة القيام بالتزاماتها ومواجهة الاحتياجات العامة للأفراد.

الفرع الثاني: أساس السلطة التقديرية للإدارة.

يقصد بأساس السلطة التقديرية للإدارة مجموعة المبادئ والقيم التي ترتكز عليها تصرفاتها، ويعتبر الحديث عن السلطة التقديرية من المسائل التي أولها الفقه الاهتمام اللائق إذ أنه مهما كانت طبيعة القواعد التي تحكم النشاط الإداري، فإنه يستحيل على المشرع تقييد هذا النشاط بوضع مقاييس دقيقة لكل المسائل، ثم إن تمكين الإدارة من اتخاذ التصرف الملائم الذي يتناسب وطبيعة الظروف والوقائع التي تطرأ يتطلب منح قدرا من الحرية للإدارة من أجل تحقيق الصالح العام (2).

¹: خليفي محمد، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص 45.

²: نفس المرجع، ص 30.

وقد تعددت النظريات الفقهية التي تناولت البحث عن أساس السلطة التقديرية للإدارة بحسب نظرة الفقه لمدلول اصطلاح الأساس ذاته، فمن الفقه من ربط أساس وجود السلطة التقديرية بفكرة الحقوق الشخصية (أولاً)، بينما ذهب اتجاه فقهي آخر إلى بحث أساس السلطة التقديرية من خلال الطبيعة الذاتية للمشروع (ثانياً)، كما ذهب البعض الآخر في تفسير أساس السلطة التقديرية للإدارة إلى نظرية تدرج القواعد القانونية (ثالثاً)، بينما اكتفى جانب فقهي باعتبار المرفق العام كأساس للسلطة التقديرية (رابعاً).

أولاً: فكرة الحقوق الشخصية: يرى هذا الجانب من الفقه أن الحقوق الشخصية تعتبر الأساس القانوني الذي تقوم عليه السلطة التقديرية للإدارة في ممارسة نشاطها، ومن الفقهاء الذين نادوا بهذه النظرية بارتلمي (Barthélmey)، الذي ميز بين المصالح البسيطة والحقوق الشخصية، حيث عرّف المصلحة هنا بأنها "تلك المنافع أو المزايا التي يتمتع بها الفرد وليس لها من حماية قضائية"، أما الحقوق الشخصية فهي "تلك المنافع والمزايا التي يمكن ضمان احترامها بوسيلة قانونية"، وتتمثل هذه الوسيلة في الدعوى القضائية التي تميز الحقوق الشخصية عن المصالح، لأنها ممثلة لإرادة الفرد على مصلحته، ويكمن الاختلاف الجوهرى هنا بين الحق الشخصي والمصلحة، في وجود الدعوى القضائية باعتبار أن هذه المصالح لا تحوز على حماية قضائية، وهو ما يؤدي إلى الاعتراف للإدارة بتمتعها بكامل الحرية في المجالات التي لا يستطيع الأفراد أن يخاصموها فيه، وعلى العكس من ذلك تعتبر الحقوق الشخصية والدعوى التي تحميها الأساس الذي يفسر الاختصاص المقيد⁽¹⁾.

ويرى الفقيه بونارد (Bounard) أن نظرية الحقوق الشخصية لها علاقة بالاختصاص المقيد، بمعنى أن السلطة التقديرية تتحقق في حالة غياب هذه الحقوق، أي في حالة عدم وجود حقوق شخصية للأفراد إزاء الإدارة، لا يمكن لهؤلاء الأفراد مطالبة الإدارة بالالتزام بعمل ما أو الامتناع عنه، ويمكن حماية هذه الحقوق عن طريق رفع دعوى قضائية ضد الإدارة،

¹: خليفي محمد، المرجع السابق، ص 32.

باعتباره صاحب حق، وهذه الحقوق تسمى الحقوق الشخصية العامة، التي تعد من الحقوق التي يواجهها الأفراد في علاقاتهم القانونية مع الدولة باعتبارها داتنة أو مدينة.

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد في معظم جوانبها، ذلك أنه لا يوجد تلازم بين السلطة التقديرية للإدارة وانتفاء الحقوق الشخصية للأفراد، والربط بينهما غير حتمي أو واقعي فالإدارة رغم وجود الحقوق الشخصية، فإنها تستطيع أن تضع قيودا على تمتع الأفراد بهذه الحقوق، كعدم السماح لهم بالبناء في أملاكهم الخاصة، إلا بعد حصولهم على ترخيص إداري بذلك⁽¹⁾، إضافة إلى ذلك هناك حالات من الاختصاص المقيد، لا يمكن تأسيسها على حالة الحقوق الشخصية، كإدراج أسماء المواطنين المتمتعين بحق الانتخاب في قوائم الناخبين.

كما توجد نصوص تشريعية تخول الإدارة سلطة تقديرية استنادا إلى المصلحة العامة كما هو الحال في مسائل الضبط الإداري، وذلك بغض النظر عن فكرة الحقوق الشخصية إضافة إلى أن هذه الفكرة تتصل في الحقيقة بمجال السلطة التقديرية، وليس أساسها القانوني وهو ما يجعلها غير صالحة لاتخاذها كأساس تبنى عليها السلطة التقديرية للإدارة⁽²⁾.

ومن خلال استقراء بعض قرارات القضاء الإداري في الجزائر، نلمس موقف متردد في الاعتراف بنظرية الحقوق الشخصية كأساس للسلطة التقديرية للإدارة، وذلك من خلال عدة قرارات قضائية فمن جهة نجد الاجتهاد القضائي يعترف للإدارة بحق وضع قيد على الحقوق الشخصية للأفراد، كما هو الحال في قضية (ش.ع) ضد (والي "س" ووزير الداخلية)، المتعلقة بالطعن لتجاوز السلطة ضد قرار الإدارة المتضمن غلق محل الطعن لدواعي الأمن

¹: مخاشف مصطفى، السلطة التقديرية في إصدار القرارات الإدارية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2007-2008، ص 24. انظر أيضا: خليفي محمد، المرجع السابق، ص 33.

²: خليفي محمد، المرجع السابق، ص 33. انظر أيضا: مخاشف مصطفى، المرجع السابق، ص 24.

والنظافة وتنفيذا لأحكام المرسوم رقم 34 - 76 المؤرخ في: 20-02-1976، المتعلقة بالمنشآت الخطيرة وغير الصحية والمزرعة⁽¹⁾، وقد خلاص القاضي الإداري في هذه القضية، إلى أن للإدارة الحق في تقدير الإجراءات المعدة ضروريا للأمن والصحة العمومية، مع مراعاة الشروط الواردة في المادة 35 من المرسوم المتعلق بالمدة الممنوحة لمسير المحل للاستجابة للإنذار المسبق والمحدد بثلاثة (03) أشهر⁽²⁾، كما أقرّ القضاء الإداري بالسلطة التقديرية لاعتبارات الملاءمة والصالح والعام، ففي قضية (الفريق ع)، ضد (والي ب)، المتعلقة بالطعن ضد قرار الوالي المتضمن نزع ملكية مكتسبة للطاعن للنفع العام، جاء في قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا أن " القاضي الإداري غير مؤهل لمراقبة مدى ملاءمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز مشروع..."⁽³⁾.

ثانيا: فكرة المشروع كأساس للسلطة التقديرية: أمام عجز نظرية الحقوق الشخصية

تفسير بشكل كامل السلطة التقديرية للإدارة، ظهرت نظرية المشروع التي نادى بها الفقيهين موريس هوريو واندري هوريو، والتي تقوم على فكرة تشبيه النشاط الإداري بالنشاط الفردي، فالإدارة بمختلف أجهزتها هي عبارة عن مشروع، وأن طبيعة هذا الأخير هي التي تفسر ما تتمتع به الإدارة من سلطة التقدير الحر تماما، كما يتمتع بهذا القسط من حرية التصرف رئيس المشروع الفردي، بحيث أن لهذا الأخير كافة السلطات لتسيير مشروعه.

وقد وجه الفقه عدة انتقادات لهذه النظرية وأهمها قوله " إن أول ما يستدعي الانتباه هو أن النظرية تشبه المشاريع الخاصة بالإدارة العامة، وهذا مالا يمكن التسليم به، ذلك أن

¹: المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، (الفريق ع)، ضد (والي ي)، قرار رقم 46723، المؤرخ في: 21 أبريل 1990
المجلة القضائية، العدد 4، 1990 ص 162 وما بعدها.

²: تنص المادة 35 من المرسوم رقم 34-76 على أنه " يجب على الوالي قبل القيام بأي متابعة أمام الجهات القضائية أن يبعث بإنذار إلى مالك أو مسير المؤسسة المصنعة الذي لم يراع قوانين الولاية والحماية التي تخضع لها مؤسسته يدعوه فيها إلى أن يستجيب لأجل لا يتعدى ثلاثة أشهر لجميع الإجراءات المعدة ضروريا للأمن والنظافة والصحة العمومية"

³: مذكور في: مخاشف مصطفى، المرجع السابق، ص 25.

المشروع الفردي في مجال القانون الخاص، لا تستهدف أساسا إشباع حاجات المصلحة العامة، وإنما يستهدف بالدرجة الأولى إشباع حاجات المصلحة الخاصة لمدير المشروع في حين أن الإدارة أو المشروع الإداري، ليس له هدف إلا إشباع المصلحة العامة⁽¹⁾.

وعلى خلاف ذلك يرى البعض الآخر من الفقه، أن هذا الاتجاه هو الأقرب إلى الصواب، وذلك بالنظر إلى السلطة الإدارية، خاصة من الناحية الموضوعية، إذ يمكن تحليل موضوعات النشاط الإداري باعتبارها من قبيل المشروعات، وهو أمر من السهل التسليم به بصدد المرافق العامة، كما أنه ليس من العسير النظر إلى الضبط الإداري وتنفيذ القوانين باعتبارها كذلك من المشروعات بغية تحقيق أهداف تتدرج في إطار المصلحة العامة، مثلها في ذلك مثل سائر أوجه النشاط الفردي مع اختلاف الغاية والمقاصد⁽²⁾.

أما موقف المشرع الجزائري من هذه النظرية، فهناك العديد من المراسيم التنفيذية التي تشير إلى اعتماد الإدارة على نظرية المشروع كأساس لفكرة السلطة التقديرية، ومنها ما ورد على سبيل المثال في المرسوم رقم 97-217، المؤرخ في 09-06-1997 المتضمن حل مركز البحث لإعطاء المحروقات ومشتقاتها قيمتها اللائقة بها، وتمويل أملاكه وحقوقه والتزاماته ومستخدميه إلى المعهد الجزائري للبتروكيميا والغاز والبيتروكيميا والمواد البلاستيكية والمحركات⁽³⁾؛ فعلى أساس اعتبار موضوعات النشاط الإداري من قبيل المشروعات التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، تمتعت الإدارة المتمثلة في وزارة الطاقة والمناجم، بحرية تقدير ملاءمة أحد نشاطها، فالإدارة رأت بأن حل مركز البحث لإعطاء المحروقات، وتحويل التزاماته إلى المعهد الجزائري للبتروكيميا هو الإجراء الأكثر ملاءمة لتحقيق الصالح العام للوطن، وأساس التقدير هنا هو نظرية المشروع التي بنت عليها الإدارة حرية نشاطاتها ومشروعاتها.

¹: خليفي محمد، المرجع السابق، ص 34، انظر أيضا: مخاشف مصطفى، المرجع السابق، ص 26 وما بعدها.

²: سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص 37.

³: انظر: ج.ر، عدد 41، بتاريخ 15 جوان 1997، ص 15.

ومن القرارات القضائية المؤيدة لنظرية المشروع، ما أقره مجلس الدولة في القرار المؤرخ في 09-03-2004، بقوله "...وحيث أن المستأنف قد تحصل على عقد امتياز يسمح له باستغلال محطة نقل المسافرين لمدة ثلاث سنوات ... وحيث أن العقد المذكور لا يسمح له الحق الحصول على أي حق شخصي دائم، وخاصة الحق في تجديد الامتياز الذي هو مؤقت وقابل للرجوع فيه، متى رأت السلطة المانحة ذلك" (1).

ويتضح من خلال هذا القرار أن القضاء الإداري اعترف للإدارة بحرية تجديد عقد الامتياز بهدف تحقيق الصالح العام، ومن ثم فسخ المجال لنظرية المشروع، كما أعطى للإدارة حرية فسخ العقد، إذا رأت أن الوضع لا يحقق بشكل أو بآخر المصلحة العامة.

ثالثا: نظرية تدرج القواعد القانونية: ذهبت المدرسة النمساوية التي تنتسب إلى الفقيه كلسن (Kelsen)، إلى أن أساس السلطة التقديرية للإدارة هو تدرج القواعد القانونية، ذلك أن النظام القانوني في الدولة يتألف من مجموعة ضخمة من القواعد القانونية، تشكل في هيئة هرم متدرج وتتتابع القواعد القانونية تنازليا، فكل عمل قانوني يتضمن تخصيصا لقاعدة أعلى وتقييدا لقاعدة أدنى، فالقاعدة القانونية العليا هي التي تجيز وتحدد نطاق القاعدة الدنيا، وهذه الأخيرة هي تخصيص وتجسيد للقاعدة العليا وعندما تقوم القاعدة القانونية الدنيا بتخصيص وتفسير وتجريد عمومية القاعدة القانونية العليا فإنها أثناء القيام بعملية التخصيص والتكييف والتفسير، فهي تضيف شيئا جديدا ملزما للقاعدة الأدنى، وهكذا حتى نصل إلى القواعد التنفيذية البحتة في أدنى قاعدة هرم تدرج النظام القانوني (2)؛ فحينما يتولى رجل الإدارة تنفيذ القاعدة القانونية فإن اختصاصه يكون مقيدا؛ إذا وقف بقراره عند حدود التنفيذ الحرفي للقاعدة القانونية، في حين يكون اختصاصه تقديريا إذا أضاف في قراره بعض

¹: قضية شركة نقل المسافرين ضد رئيس بلدية وهران، مجلس الدولة، منشورات الساحل، العدد 05، الجزائر 2004.

²: نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2002، ص 86.

العناصر غير الموجودة في القاعدة القانونية التي استمد منها هذا الاختصاص، وهكذا يكون التقيد والتقدير متلازمين بحيث لا يمكن الفصل بينهما⁽¹⁾.

غير أن ما يعاب على هذه النظرية، هو أنها ضيقت من نطاق السلطة التقديرية، إذ أن كل عمل قانوني يتضمن تخصيصا لقاعدة أعلى وتقييدا لقاعدة أدنى، يجعل كل القواعد القانونية ترجع إلى أصل واحد، وهو الأصل العام الذي لا يمكن تطبيقه إلا بإضافة عناصر جديدة لمواجهة الحالات الفردية، في حين أنها قد تتحقق كذلك في حالة الاختيار بين قرارين أو أكثر، أو الامتناع عن اتخاذ القرار، وفي هذه الحالات جميعها لا توجد أية إضافات لعناصر جديدة على القاعدة القانونية الأعلى، ومن جانب آخر فإن نظرية التدرج تؤكد وجود السلطة التقديرية، لكنها عجزت عن بيان أساس وجودها أو منحها أو تقريرها⁽²⁾.

وقد حظيت هذه النظرية بالتأييد من طرف المشرع الجزائري، باعتمادها كأساس للسلطة التقديرية في العديد من المراسيم ومن أهمها: المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18-09-1996، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة حيث تنص المادة الأولى منه على أنه "...يخضع إنجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها و/أو توسيعها إلى منح امتياز كما ينص عليه هذا المرسوم"⁽³⁾، وقد جاء هذا المرسوم تنفيذا للقانون رقم 90-30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن الأملاك الوطنية⁽⁴⁾، وتنفيذا للقانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-1991، الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العمومية⁽⁵⁾، فمنح الامتياز من طرف الإدارة هو مسألة تقديرية في اختيار الشخص

¹: لطفراوي محمد عبد الباسط، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة ومدى خضوعها للرقابة القضائية
مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 20016، ص 38.

انظر أيضا: خليفي محمد، المرجع السابق، ص 35.

²: مخاشف مصطفى، المرجع السابق، ص 31. انظر أيضا: خليفي محمد، المرجع السابق، ص 36.

³: انظر: ج.ر، عدد 55، بتاريخ 25 سبتمبر 1990، ص 08.

⁴: انظر: ج.ر، عدد 52، بتاريخ 02 ديسمبر 1990، ص 11.

⁵: انظر: ج.ر، عدد 21، بتاريخ 08 ماي 1991، ص 07.

الذي تقدر ملاءمته لهذه المهمة، ومن ثم يمكن اعتبار هذا المرسوم بمثابة التخصيص لعموم القاعدة القانونية؛ وهو ما يبرر الأخذ بنظرية التدرج كأساس للسلطة التقديرية للإدارة غير أن المشرع لم يكتف بتبني المعنى الذي استقر عليه الفقه - التخصيص لعموم القاعدة القانونية وإضافة عناصر جديدة- بل توسع إلى أكثر من ذلك عندما يمنح للإدارة في بعض الحالات حرية اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه لدواعي الملاءمة والصالح العام⁽¹⁾.

رابعاً: مبادئ المرفق العام: ذهب جانب من الفقه إلى أن إعمال مبدأ " سير المرافق العامة بانتظام واطراد"، بهدف تأدية الخدمات الضرورية للمواطنين، ومواكبة التطورات والظروف المستجدة التي تطرأ على حاجات ومتطلبات الصالح العام، يقتضي الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية، لاختيار أنسب الوسائل وأفضل الأوقات للقيام بالعمل الإداري، وهذا ليكون بيدها زمام المبادرة ومرونة الحركة، قصد مواجهة مختلف الأحداث والمتغيرات⁽²⁾ وبالتالي فإن الفكرة الأساسية للمرفق العام تستوجب تأمين سير هذه المرافق بانتظام وبشكل مستمر دون توقف، وإلاّ وصمت بالجمود وأصيب نشاطها بالشلل مما ينعكس سلباً على الصالح العام للجماعة وباعتبار أن الإدارة مسؤولة بطبيعة وظيفتها عن تسيير وتنظيم هذه المرافق، فمن الواجب منحها قدر من الحرية التي تكفل لها إجبار متعاقدتها على تنفيذ التزاماته التعاقدية، واستبعاد أي اختلال قد يلحق بالمرفق العام⁽³⁾.

ومهما يكن الأساس الذي يركز عليه الفقه في تبرير السلطة التقديرية للإدارة، فإن تحديد معيار جامع مانع لها، تبقى من الصعوبة بمكان لأن القوانين عندما تحدد اختصاصات الإدارة؛ فإنها لا تسلك دائماً مسلك الوضوح والتحديد، غير أن الهدف من منح الإدارة صلاحيات تقديرية هو الحرص على رفع قدرة التكيف مع متطلبات المصلحة العامة.

¹: مخاشف مصطفى، المرجع السابق، ص 32.

²: خليفي محمد، المرجع السابق، ص 37.

³: فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2014، ص 19 وما بعدها.

المطلب الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للإدارة في العقد الإداري.

إذا كانت السلطة التقديرية للإدارة عند إبرامها للعقود الإدارية أصبح يعد من المسلمات في فقه القانون العام، فإن هذا المبدأ يفرضه أمران وهما:

الأول: يعود إلى طبيعة عمل السلطة الإدارية، فالمشرع عندما يعهد للإدارة بإبرام عقود إدارية لأجل استمرار عمل المرافق العامة وبغية تحقيق المصلحة العامة، فإن ذلك يستوجب منح الإدارة مساحة من حرية التقدير تمكّنها من مواجهة ما يعترض لها من أمور وقضايا تحتاج لتدخلها.

أما الثاني: فيتمثل في طبيعة حركة الحياة التي تتطور بصفة دائمة وتفرض مستجدات لا نهائية تستلزم تدخل الإدارة بوصفها صاحبة الاختصاص في تطبيق القانون، ورغم ذلك فإن الإدارة وهي بصدد إقدامها على إبرام مختلف العقود الإدارية، حتى في الحالات التي تتسع فيها سلطتها التقديرية، لا بد أن تخضع لمجموعة من الضوابط والقيود التي رسمها لها المشرع، حتى لا تتحول السلطة التقديرية إلى سلطة تحكم أو تعسف، وألا تجافي السلطة التقديرية مبدأ المشروعية⁽¹⁾.

وبما أن العقد الإداري يرتبط بنشاط المرافق العامة في الدولة، فإنه يتعين على الجهات الإدارية الراغبة في التعاقد قبل البدء في اتخاذ أي إجراء من إجراءات التعاقد، مراعاة جملة من القيود الموضوعية التي يضعها المشرع من احترام المبادئ الأساسية للطلبات العمومية وتكريس حرية المنافسة وشفافية الإجراءات والمساواة في معاملة المرشحين (الفرع الأول) وحتى تضي على أعمالها الطابع الرسمي ألزمها المشرع بمجموعة من الأعمال الإجرائية كإعداد دفاتر الشروط وإعلان الدعوة عن المنافسة والكتابة (الفرع الثاني).

¹: عبد المجيد ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص 516 وما بعدها.

الفرع الأول: تقييد الإدارة بالمبادئ الأساسية للطلبات العمومية.

إن الإدارة لا تتمتع بالحرية المطلقة في اختيار الشخص الذي ترغب في التعاقد معه بل إن المشرع رسم لها طرقا معينة ومبادئ ينبغي لها مراعاتها في مجال إبرامها لعقودها وذلك بهدف حماية المال العام وصونه، وكذا تحقيق المنفعة العامة بغية الوصول إلى أفضل المتعاقدين ماليا وفنيا، لذلك يجب على السلطة المتعاقدة خلق جو من المنافسة بين المرشحين للوصول بكل حرية إلى الصفقة دون أية اعتبارات غير منصوص عليها في القانون (أولا) وتكريس الشفافية عن طريق الإشهار الحقيقي والفتح العلني، واعتماد معايير هادفة في تقييم العروض واختيار أفضلها (ثانيا)، ومعاملة جميع المرشحين والمشاركين معاملة متساوية قانونا وفعلا وعدم التمييز بينهم (ثالثا).

أولا: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية:

لقد باتت المنافسة ركنا أساسيا من أركان اقتصاد السوق الحر وعنصرا فعالا من عناصر استمرارية النظام الاقتصادي، وإن كان الواقع العملي أثبت صعوبة تحقيق المنافسة الكاملة، إلا أنه لا حياد عن إيقاظ روح المنافسة بين المنشآت والأشخاص من أجل توفير بيئة محفزة للنشاط الاقتصادي.

1- مفهوم حرية الوصول للطلبات العمومية: يقصد بحرية الوصول للطلبات العمومية

" حرية المنافسة للدخول في المناقصة التي تعلن عنها الإدارة وفي الحدود التي يحددها القانون" ⁽¹⁾، "وفتح باب التزام الشريف أمام كل من يود الاشتراك في المناقصة" ⁽²⁾ وهي تعني أيضا "فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط

¹: جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص 62.

²: مهندس مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، كلية الحقوق، جامعة دمشق منشورات الحلبي الحقوقية 2005، ص 496.

المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط التي تضعها وتحددها مسبقا"⁽¹⁾.

والواقع أن إتاحة الفرصة لأكبر عدد من المتنافسين للمشاركة في المناقصة، من شأنه أن يؤدي في النهاية إلى نتائج إيجابية، من خلال الحصول على أسعار تنافسية وأفضل المتعاقدين، وفي ظل غياب المنافسة الحرة، يفتح الباب على مصريه أمام الفساد ويلحق بالمرفق العام الضرر الجسيم ويؤدي إلى إسناد المشروع إلى متعاقدين يفتقرون إلى الكفاءة المطلوبة فنيا وماليا ويضر بمجموع المنتفعين بهذا المرفق⁽²⁾.

ويجد هذا المبدأ ركيزته في أحكام القضاء الإداري الفرنسي، الذي يشكل المصدر الأساسي للقانون الإداري، وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في قرارها الصادر في 23 ماي 1998 بقولها "إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا"⁽³⁾.

2- وضع حرية الوصول للطلبات العمومية في القانون الجزائري والقانون المقارن:

مع المستجدات التشريعية والتنظيمية الراهنة التي طرأت على المنظومة القانونية الضابطة لممارسة حرية الوصول إلى الطلبات العمومية في الجزائر، صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽⁴⁾، حيث سعت من خلاله السلطات العمومية إلى إدخال إصلاح عميق على منظومة الإجراءات والشروط التي تبنى عليها عمليات تنظيم المنافسة الحرة، حيث نصت المادة 05 من المرسوم المشار

¹: تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 62.

²: حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 378.

³: Cité par : LAJOYE Christophe, Droit des marchés publics, BERTI édition, Alger, 2007, p 104.

⁴: انظر: ج.ر، العدد 50، الصادرة بتاريخ: 20 سبتمبر 2015، ص 03.

إليه أعلاه، على أنه "ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

والملاحظ أن هذه المبادئ التي تبناها المشرع الجزائري، هي ذاتها التي تبناها المشرعين الفرنسي والمصري، ومن هنا يتبين مدى حرص المشرع الجزائري على تكريس حرية المنافسة، نظرا لأن الصفقات العمومية تمثل أكبر نسبة من النفقات العمومية إذ تخصص لها الدولة مبالغ ضخمة جدا من أجل تحقيق الطلبات العمومية، ويذكر أن المخطط الخماسي (2015-2019) رصدت له الدولة 262 مليار دولار، لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية، وأن سياسة الاستثمار التي تنتهجها الحكومة تقوم على آلية الصفقة العمومية نظرا لصلتها بالخرزينة العامة.

وتدعيما لمبدأ حرية المنافسة أصدر المشرع الجزائري الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم⁽¹⁾، والذي يهدف إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة وحظر كل الممارسات المقيدة لها، وبموجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للقانون 03-03، المتعلق بالمنافسة، أصبحت أحكام هذا الأخير تطبق على الصفقات العمومية، بدء بنشر الإعلان إلى غاية المنح النهائي للصفقة رغم أن المشرع نص على ألا يكون خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة متعارضا مع أداء مهام المرفق العام، أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية، كما أن المادة 06 تحظر الاتفاقات التي ترمي إلى "...السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

¹: الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد 43، بتاريخ 20 جويلية 2003، المعدل بالقانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر، عدد 36، بتاريخ: 2 جويلية 2008 والقانون رقم 05-10، المؤرخ في 15 أوت 2010 ج.ر، عدد 46، بتاريخ: 18 أوت 2010.

أما المشرع الفرنسي فقد أشار في الأمر رقم 2015-899 المؤرخ في 23 جويلية 2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية الفرنسي⁽¹⁾، في المادة الأولى من الفقرة 01 على أن " الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا الأمر، يجب أن تراعي مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات".

وهذه المبادئ تسمح بضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للأموال العامة⁽²⁾، وقد أكد ذلك المرسوم رقم 2016-360، المعدل والمتمم السابق الذكر⁽³⁾ في المادة 04 فقرة 2 منه على أنه " ... ويشترط ألا تكون نتائج هذه الدراسات والمبادلات الأولية التي قام بها المشتري العمومي من شأنها تشويه المنافسة، أو تؤدي إلى انتهاك حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات"⁽⁴⁾ كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مد سريان العرض دون رضا مقدميه يؤدي إلى تشويه المعطيات الاقتصادية لهذه العروض ويعتبر إهدار لمبدأ المنافسة الحرة⁽⁵⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ المنافسة في فرنسا حالياً، يستمد أحكامه من تشريعات الاتحاد الأوروبي، وذلك بفتح باب المنافسة للمشاركة في عقود الشراء العام أمام كافة رعايا الدول الأعضاء في الاتحاد، لاسيما بعد إقدام المشرع الفرنسي على إصدار قانون الصفقات العمومية الجديد بموجب الأمر رقم 2015-899 المؤرخ في 23 جويلية 2015، والذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من الفاتح أفريل 2016 بعد إدراجه في القانون الوطني مجموعة

¹: Article 1^{er} du l'ordonnance n° 2015-899, du 23 juillet 2015 ,relative aux marchés publics, précité.

²: Article 1^{er}: I- «Les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures . Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

³: Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, modifier par décret n° 2017-516, du 10 avril 2017, portant diverses dispositions en matière de commande publique, précité.

⁴: Article 4 aléinia 2: « ... Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ».

⁵: C.E, 13-02-1996, syndicat intercommunal revalorisation des déchets du secteur canne-Grasse et autres, req. p 706.

من المبادئ التوجيهية (Directives) ⁽¹⁾، الصادرة في الجريدة الرسمية للبرلمان الأوروبي بتاريخ: 28 مارس 2014، بغرض عصرنة الصفقات العمومية.

أمّا المشرّع المصري فقد نص في المادة 02 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المعدل ⁽²⁾ على أن " تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة ... " .

ولقد استقر القضاء الإداري على هذه المبادئ منذ زمن طويل، حيث قررت محكمة القضاء الإداري بأنه " من المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة الإعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين، والمقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بإجراء سواء أكان عاما أم خاصا.. " ⁽³⁾، إلا أن هذا المبدأ الطبيعي يحد من إطلاقه قيودان: أولهما يتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها في من يتقدم للمناقصة، وثانيهما يتعلق بما تتخذه الإدارة من إجراءات، وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصة العامة، من استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال مستهدفة في ذلك ألا يتقدم إلى المناقصة إلا الصالحون من الأفراد والقادرون منهم " ⁽⁴⁾.

¹: Directive 2014/24/UE, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics, (dite directive « secteurs classiques »).
- Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés passés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (dite directive « secteurs spéciaux »).

- Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.
Pour consulter voir site: Journal officiel de l'Union européenne, du 28.3.2014,
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>
(Consulté le 16 mai 2016)

²: تم تعديل قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، بالقانون رقم 05 لسنة 2005، ثم عدل مرة ثانية بالقانون رقم 191 لسنة 2008.

³: حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 2946 لسنة 7 ق بتاريخ 21 أبريل 1957، مذكور في: عبد اللطيف قطيس، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 30.

⁴: نفس المرجع، ص 30.

وكذلك سارت المحكمة الإدارية العليا في نفس الاتجاه حيث قررت أن "المناقصة تحقق ضمانات أكثر للمصلحة العامة، ولا يتأتى تحقيق ذلك إلا إذا أحيطت بالسرية التامة وجعل المساواة بين المتناقصين هو المبدأ السائد دون أي تمييز لأحد أو استثناء، وإلا اختل التوازن واضطرب حبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص، مما يخرج المناقصة عن الهدف الذي تقررت لأجله ويفوت الغرض من عقدها..." (1).

وتدعيماً لمبدأ حرية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية أصدر المشرع المصري القانون رقم 03 لسنة 2005، بشأن حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية والذي أنشأ جهاز يسمى "جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية".

3- حدود مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية: إن تطبيق مبدأ حرية المنافسة لا يعني أبداً عدم وجود سلطة تقديرية للإدارة ولو بصورة يسيرة، من حيث استبعاد بعض العروض حتى ولو كانت مطابقة لدفتر الشروط، كما لا يعني انعدام سلطة الإدارة في تقدير صلاحية المتقدمين للمنافسة وكفاءتهم على ضوء مقتضيات المصلحة العامة، فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في استبعاد غير الأكفاء وغير الصالحين للتعاقد، ومن يقتضي الصالح العام بصفة عامة استبعادهم، ويمكنها استعمال هذا الحق في كافة مراحل العملية التعاقدية، وسواء قبل التقدم بالعروض، أو بعد التقدم بها وحتى البت فيها (2)، فلها حق إصدار قرار بحرمان بعض الأشخاص من المشاركة في المنافسة واستبعادهم، ويعد هذا الحرمان من أهم مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مرحلة تكوين العقد، والذي قد يكون مؤقتاً أو نهائياً وذلك بهدف تهيئة الجو المناسب للمنافسة (3).

¹: مذكور في: هاني عبد الرحمان اسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2012، ص 338.

²: محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المقومات، الإجراءات، الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005، ص 120.

³: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 17.

أ- الحرمان الجزائي: يقصد بالحرمان الجزائي القرار الذي تتخذه الإدارة كجزاء يتم بموجبه حرمان الشخص من التقدم للمشاركة في المنافسة، نتيجة أخطاء سابقة صدرت من المتعهد، بسبب التنفيذ المعيب لعقد سابق، سواء كان هذا الحرمان منصوصا عليه في العقد ودفتر الشروط أو لم يكن منصوصا عليه⁽¹⁾، ويأخذ الحرمان الجزائي بنص القانون صورة عقوبة أصلية أو عقوبة تبعية عن أفعال ارتكبتها الشخص المستبعد من المشاركة المنافسة. وعلى هذا فقد أورد المشرع الجزائري حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية في المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، كما بين القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، كصفات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية⁽²⁾ حيث نص في المادة 2 منه على أن " يكون الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية بصفة مؤقتة أو نهائية، كما يكون تلقائيا أو بمقرر".

ويمكن للإدارة المتعاقدة اتخاذ الإقصاء المؤقت التلقائي ضد المتعاملين الذين هم في حالة تسوية قضائية أو الصلح، والذين لم يستوفوا واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية أو الايداع القانوني لحسابات شركاتهم، والذين تمت إدانتهم بسبب غش جبائي أو تصريح كاذب أو مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية، وكذا الذين تمت إدانتهم بصفة نهائية بسبب مخالفتهم الأحكام المتعلقة بشروط تشغيل العمال الأجانب، والأحكام المتعلقة بالتزامات المكلفين بالضمان الاجتماعي والأحكام المتعلقة بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، والأحكام المتعلقة بعلاقات العمل والأحكام المتعلقة بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل⁽³⁾.

¹: سحر جبار يعقوب، سلطة الإدارة في حرمان المتعاقد واستبعاده، مجلة مركز دراسات الكوفة، كلية القانون جامعة الكوفة، المجلد 1، العدد 16، 2010، ص ص 117 - 129.

²: انظر: ج.ر، العدد 17، الصادرة بتاريخ 16 مارس 2016.

³: المادة 3 من القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015.

كما يمكنها إقصاء مؤقتا لمدة سنة واحدة⁽¹⁾ بموجب مقرر، المتعاملين الاقتصاديين المسجلين في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها، بعد أن كانوا محل مقررين اثنين للفسخ على الأقل تحت مسؤوليتهم⁽²⁾.

ويمكن أن يكون الإقصاء تلقائيا وبصفة نهائية، بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الذين هم في حالة إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط، والمتعاملون الذين هم محل إجراء إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط، والمسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش والمخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة وكذا الأجانب الذين أخلوا بالتزامهم المحدد في المادة 84 من المرسوم 15-247.

أما المشرع الفرنسي فقد أوجب في المواد (من 50 إلى 54) من المرسوم التنفيذي رقم 2016-360 السالف الذكر، ضرورة تقديم المعلومات والمستندات التي تثبت قدرات المرشح على تنفيذ العقد، وكذلك قائمة المعلومات والوثائق التي يمكن للإدارة المتعاقدة طلبها من المرشحين، والمحددة بموجب القرار المؤرخ في 29 مارس 2016⁽³⁾، ويترتب على عدم تقديمها رفض المرشح وحرمانه من التعاقد مع الإدارة بقوة القانون، وتتعلق هذه الوثائق والمعلومات بتقييم المؤهلات الاقتصادية والمالية⁽⁴⁾ والمؤهلات التقنية والمهنية للمرشح⁽⁵⁾.

كما نص قانون العقوبات الفرنسي الجديد على الحرمان من الدخول إلى المنافسة كعقوبة تبعية بالنسبة للأشخاص المتورطين في ارتكاب جرائم تؤثر على نزاهة المنافسة كجرائم الفساد مثلا.

¹: المادة 5 مطة 2 من القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015.

²: المادة 6 من القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015.

³: Arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics, JORF n°0076, du 31 mars 2016, texte n° 103. Disponible sur site : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2016/3/29/EINM1600215A/jo/texte> (Consulté le 26 juillet 2017).

⁴: Article 2- I. de l'Arrêté du 29 mars 2016, Ibid.

⁵: Article 3- I. de l'Arrêté du 29 mars 2016, Ibid.

أمّا في مصر فقد أوجبت المادة 63 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على إرفاق كل مقدم للعطاء سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا صورة معتمدة من بطاقته الضريبية ومن شهادة تسجيله لدى مصلحة الضرائب على المبيعات.

كما نص قانون العقوبات المصري في المادة 25 فقرة 4 منه على عدم قبول في أي خدمة في الحكومة مباشرة بصفة متعهد أو ملتزم بالنسبة للأشخاص المحكوم عليهم بعقوبة جنائية، وكذا استبعاد العطاءات المقدمة من أشخاص حكم عليهم بالإفلاس أو التجريد من حقوقهم المدنية⁽¹⁾.

ب- الحرمان الوقائي: في هذه الحالة تقوم الإدارة بإصدار قرار إداري بمقتضى سلطتها التقديرية كإجراء وقائي لتهيئة الجو الصالح للمنافسة، يتضمن حرمان الشخص الطبيعي أو المعنوي من التقدم إلى المناقصات العامة، وهو بذلك يختلف عن الحرمان الجزائي في أن هذا الأخير يكون عقوبة تتقرر بنص القانون حيناً، ونتيجة لإخلال الشخص المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية، بينما الحرمان الوقائي يكون بمجرد قرار إداري نتيجة تقديرها بأن هذا الشخص غير جدير بالمشاركة في المنافسة لأسباب تتصل بالمصلحة العامة⁽²⁾، فالحرمان الوقائي يتقرر إذا بموجب نص قانوني، كما قد يتقرر وفقا للسلطة التقديرية لجهة الإدارة.

فيكون الحرمان الوقائي نتيجة نص قانوني، عندما يقرر المشرع ذلك صراحة من ضرورة منع أشخاص محددين بصفاتهم من دخول المناقصات العامة والمزايدات، وذلك حماية للمصلحة العامة، كدخول الموظفين العموميين وموظفي السلطات المحلية في المنافسة⁽³⁾، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247،

¹: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 246.

²: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 67.

³: نفس المرجع، ص 67.

المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، على أنه "عندما تتعارض المصالح الخاصة لموظف عمومي يشارك في إبرام أو مراقبة أو تنفيذ صفقة عمومية مع المصلحة العامة، ويكون من شأن ذلك التأثير في ممارسته لمهامه بشكل عاد، فإنه يتعين عليه أن يخبر سلطته السلمية بذلك، ويتحى عن هذه المهمة"، كما حظرت المادة 92 من نفس المرسوم على المصلحة المتعاقدة ولمدة أربع سنوات، أن تمنح صفقة عمومية، بأي شكل من الأشكال لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما".

فالحرمان الوقائي يعد ضمانا للإدارة يساعدها على التعاقد مع الموردين والمقاولين الأكفاء بعيدا عن الشبهات التي قد تحوم حولهم نتيجة مناصبهم أو وظائفهم المختلفة⁽¹⁾.

وقد يكون الحرمان الوقائي نتيجة استخدام الإدارة المتعاقدة لسلطتها التقديرية لمنع بعض الأشخاص من التقدم للمناقصة بسبب عدم كفاءتهم الاقتصادية والمالية لتنفيذ العقد، ولم يقيد المشرع جهة الإدارة بحالات معينة منصوص عليها كما هو الحال في الحرمان الجزائي، كما لم يفرض عليها انتهاج سلوك معين؛ إذ أن هذا الحرمان مظهر من مظاهر السلطة العامة الذي تمارسه جهة الإدارة، ولا يحدها في ذلك إلا مقتضيات المصلحة العامة⁽²⁾.

أما في فرنسا فقد حظرت المادة (432-13) من قانون العقوبات الجديد⁽³⁾، على أي شخص سبق أن كلف بصفته موظفا عاما أن يبرم عقودا من أي نوع مع شركة خاصة أو صياغة رأي بشأن هذه العقود أو اقتراح قبل مضي ثلاث سنوات من انتهاء صلاحياته

¹: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، الاجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري المناقصة العامة (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة بين كل من القانون البحريني والقانون المصري وقانون ايونسترال)، طبعة ثانية، دار الجامعة الجديدة، لبنان 2010، ص 157.

²: عائشة خلدون، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015، 2016، ص 85-86.

³: Article 432-13, Modifié par: LOI n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, JORF n°0018 du 21 janvier 2017 texte n° 2, disponible sur site: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/1/20/PRMX1604064L/jo/texte> (Consulté le 03 mai 2017)

كما نصت المادة (432-14) على " منع كل شخص أوكلت له سلطة عامة من تزويد أي مرشح بميزة غير مبررة بفعل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية التي تهدف إلى ضمان حرية الدخول والمساواة بين المرشحين في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام".

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن " الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في اصدار قرار الحرمان الوقائي، ولا يجوز للقاضي في هذه الحالة التعقيب على قرار الحرمان، إلا إذا كان مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة أو انعدام الأسباب، وأن الوزير من حقه أن يتخذ قرار بحرمان المقاول أو المورد من دخول المناقصات الخاصة بوزارته وفقا لسلطته التقديرية طالما أنه لم يقصد توقيع جزاء على المحروم، وإنما قصد جزاء تتطلبه مصلحة المرفق " (1).

وفي مصر نصت المادة 39 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، على أنه "يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون التقدم - بالذات أو بالواسطة- بعطاءات أو عروض لتلك الجهات، كما لا يجوز شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال ...".

ثانيا: تكريس شفافية الإجراءات:

تقوم فلسفة وأساس شفافية الإجراءات في العقود الإدارية، على التزام السلطة المتعاقدة بالإعلان عن كافة إجراءات العقد، وإطلاع الأفراد الراغبين للمشاركة في المنافسة بكل المستندات والوثائق دون عائق، إلا ما يستثنى منها بنص قانوني خاص، وذلك انطلاقا من فلسفة قوامها الآتي: " وجوب أن تعمل الإدارة في وضوح النهار بعيدا عن أية سرية وإلا فقدت أساس شرعيتها"، وذلك حتى يتسنى وضع النشاط الإداري في جملة تحت رقابة الأفراد، غير أن ذلك لا يعني رفض مبدأ السرية بصفة مطلقة؛ إذ أن السرية تظل مطلوبة ولكن بشكل استثنائي وبضوابط وبشروط معينة وذلك تحقيقا للمصلحة العامة.

¹: De LAUBADERE André. Traité des contrats administratifs, T. 2, LGDJ, Paris, 1984, p 662.

1- مفهوم الشفافية: تعني الشفافية في نطاق قانون الصفقات كما يقول (Steven Schooner) "النظام الذي يمكن مقدمي العطاءات أو الموردين أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد بأن عملية اختيار المتعاقد مع الجهة الحكومية قد جرت من خلال وسائل واضحة ومجردة"، وفي تعريف مقارب ترى (Sue Arrowsmith) أن الشفافية في هذا المجال تعني " أن تدار عملية الشراء وفق قواعد واضحة مفهومة من الأطراف ذوي المصلحة" (1).

ولعل النموذج الأكثر تطورا للعمل بشفافية الإجراءات في العمليات التعاقدية، تلك المعمول بها في جنوب إفريقيا، إذ أن الشفافية هنا لا تعني حسن الاستعمال الحسن للمال العام أو المنافسة الحرة على الصفقات فحسب، بل تتعدى هذه الفكرة لتشمل مساهمة المجتمع المدني وخاصة السكان المحليين في إجراءات العقد ابتداء من مرحلة تكوينه إلى غاية تنفيذه خاصة ما يتعلق بعقود تفويض وامتياز المرافق العامة، وهكذا فإن الشفافية تعني من ناحية بأنها واجب الإعلام ومن ثم الإشهار، ومن ناحية أخرى تعني بأنها حق للوصول إلى الوثائق وكذا المعلومات (2).

ومن خلال هذه المفاهيم يتضح مدى الارتباط بين الشفافية والمعلومة، وأن كشف المعلومة وجعلها في متناول كل ذي مصلحة تحقق الشفافية، وقد حدد بعض الفقه جوانب المعلومة التي تحقق الشفافية في المشتريات الحكومية وهي كما يأتي:

¹: مذكور في: حسن عبد الرحيم السيد، الشفافية في قواعد وإجراءات التعاقد الحكومي في دولة قطر، دراسة مقارنة مع قانون اليونسترال النموذجي للمشتريات الحكومية، مجلة الشريعة والقانون، العدد 39، يوليو، 2009 ص ص 49 - 104.

انظر أيضا: شريفي الشريف، مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، العدد 03، 2013، ص ص 89 - 110.

²: Caranta Roberto, « transparence et concurrence », in Droit comparé des contrats publics, (sous la direction de Rozen Noguellou, Ulrich Stelkens et autres, Bruylant, bruxelles 2010, p 145 à 171.

- معرفة وفهم التشريعات والأنظمة والسياسات والخطط والتعليمات التي تحكم المشتريات الحكومية بشكل عام.

- معرفة فرص المنافسة في سوق المشتريات الحكومية.

- معرفة وفهم الشروط والأحكام والضوابط والمواصفات والخصائص والمعايير التي تخضع لها كل عملية شراء على حدة.

- معرفة الإجراءات العملية والممارسات التطبيقية والقرارات والأعمال الصادرة عن المعنيين بإدارة المشتريات في نطاق كل عملية شراء على حدة.

فالشفافية ليست هدفا بحد ذاتها تسعى التشريعات إلى تحقيقها، ولكنها أداة تتبناها للوصول إلى النزاهة والاستقامة، التي يجب أن يتحلى بها القائمون على عملية التعاقد ومن ثم وقف الفساد وحماية المال العام، وإدخال الثقة لدى المرشحين للتعاقد.

ولمبدأ الشفافية أهمية بالغة في مجال العقود الإدارية، إذ أنها أداة لحماية المال العام من الهدر والضياع، فهي تخلق مناخا يصعب أن يتستر وراءه الفساد، وتعمل على تعزيز الثقة في العمليات التعاقدية التي تبرمها الإدارة مع المتعاملين الاقتصاديين، سواء أكانوا وطنيين أو أجانب، ويخلق بيئة من الأمن والاستقرار، كما أنها تعمل على تحقيق حياد ونزاهة الإدارة كي لا يسود إبرام عقودها أجواء تشوبها الريبة ويحوم حولها الشك لأن غياب الشفافية يؤدي إلى سرية التعاقد التي سوف لا تتيح الفرصة لمن يرغب في التنافس مع غيره، وبذلك تقول قيمة الأشياء أو منافعها إلى النقصان بدلا من الزيادة كما سوف تحال مشاريع حكومية بمبالغ خيالية لا تتناسب مع كلفتها الحقيقية⁽¹⁾.

ونظرا لأهمية العقود الإدارية بشكل عام، فقد اعتنت جهات مختلفة ومنظمات دولية واتفاقيات إقليمية ودولية، بشأن الشفافية في إجراءات التعاقد، ولم تغفل الأمم المتحدة ذاتها عن إعطاء الشفافية الاهتمام المناسب في المشتريات الحكومية، من خلال لجنة القانون

¹: محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010، ص 62.

التجاري الدولي (الأونسيترال UNCITRAL)⁽¹⁾، التي أصدرت في عام 1994 قانونا نموذجيا للمشتريات الحكومية في مجالات السلع والمقاولات والخدمات والذي تم إدخال تعديلات عليه في سنة 2011، ليصبح مرجعا دوليا هاما في مجال إصلاح قوانين الاشتراء وقامت بوضع دليل تشريعي يكون أداة مرجعية لمساعدة الدول على صياغة قوانين عصرية في مجال الصفقات والعقود الإدارية⁽²⁾.

2- تكريس الشفافية في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة: نظرا لأن تكريس شفافية الإجراءات، هي المعامل الموضوعي الأساسي لمبدأ المنافسة الحرة، فقد تبناها المشرع الجزائري حيث نصت المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المشار إليه سابقا على أنه " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ..."، كما أكد هذا المبدأ القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽³⁾، حيث نص في المادة 9 منه على أنه " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية،
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء،

¹: United Nations Commission on International Trade Law.

²: تم إصدار قانون الأونسيترال النموذجي للاشتراء العمومي في عام 1994، وتم تنقيحه في سنة 2011، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 66-95، المؤرخ في 9 ديسمبر 2011. للاطلاع على مضمون هذا القانون ودليل الأونسيترال، انظر على الموقع:

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html
(Consulté le 21 mai 2016)

³: قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006. يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر، عدد 14، بتاريخ: 08 مارس 2006، متمم بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر، عدد 5050، بتاريخ: 01 سبتمبر 2010، معدل ومتمم بالقانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر، عدد 44، بتاريخ: 10 أوت 2011.

- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية
- ممارسة طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية¹

وتكريس الشفافية في إجراءات الصفقات العمومية نابع من مبدأ ديمقراطي يعترف به الدستور وكلما زادت نسبة الشفافية كلما قلت نسبة الفساد، كما يعد هذا المبدأ أيضا آلية من آليات الحكم الرشيد⁽¹⁾، ونظرا لأهمية شفافية الإجراءات فقد أسند المشرع الجزائري النظر في دعاوى الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة في عملية إبرام الصفقات العمومية إلى القاضي الاستعجالي، طبقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما تمنع الإدارة عن الإعلان عن الصفقة أو المنح المؤقت أو الإعلان بصورة معيبة باحتواء الإعلان على معلومات وبيانات غير كافية، أو الاكتفاء بالنشر في جريدة يومية وطنية واحدة⁽²⁾.

وعليه فإنه يتعين على السلطة المتعاقدة تمكين جميع المرشحين من الحصول على المعلومات والوثائق الخاصة بالصفقة، في مختلف مراحلها ابتداء من إعلان طلب العروض وشروط المشاركة والتأهيل وموضوع العملية، وقائمة المستندات المطلوبة، ومدة تحضير العروض وصلاحياتها ومكان وزمان إيداعها، وغالبا ما يحيل الإعلان في تحديد موضوع الصفقة والشروط المطلوبة إلى دفتر الشروط، الذي تضعه المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المؤسسات والوثائق المنصوص عليه في المادة 64 ويجب أن يسحب دفتر الشروط من طرف المرشح أو المتعهد أو من طرف ممثليهما المعينين لذلك وفي حالة تجمع مؤقت لمؤسسات فمن طرف الوكيل أو ممثله، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك في اتفاقية التجمع.

¹: تافروننت عبد الكريم، القواعد المنظمة لمبادئ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد 05، 2016، ص ص 111 - 121.

²: عمار رزيق، بشير الشريف شمس، قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، العدد 11، جوان 2017، ص ص 626 - 639.

كما تم تكريس مبدأ شفافية الإجراءات، من خلال المادة 70 التي توجب على السلطة المتعاقدة فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشيح والعروض التقنية والمالية في جلسة علنية ودعوة كل المرشحين والمتعهدين لحضور هذه العملية في إعلان المنافسة.

وباستقراء النصوص المذكورة أعلاه، يتبين أنه لتجسيد مبدأ الشفافية في أفضل مستوى، ينبغي على السلطة المتعاقدة مراعاة الشروط الجوهرية التالية:

- التحديد المسبق لقواعد المنافسة وشروطها، وتمكين المتعاملين الاقتصاديين المرشحين لنيل الصفقة بكافة المعلومات اللازمة دون تمييز أو امتياز، وذلك قبل تقديم عروضهم، لتقدير متطلبات مشروع الصفقة.

- ضرورة تقديم كل منافس لعرضه للمشاركة في المنافسة دون سابق علم بمضمون العروض المقدمة من المرشحين الآخرين، وبعيدا عن أي تأثير أو أي شكل من أشكال التواطؤ أو المضاربة.

- توفر إجراءات وأجال كافية ومناسبة للإشهار.

- وضع معايير تقييم محددة سلفا، وإعلام المتنافسين بها، وتمكينهم من حضور جلسات

فتح العروض بصفة علنية.

- التزام السلطة المتعاقدة بتسبيب قراراتها، المتعلقة بعملية إبرام العقد في كل مراحله.

وبهدف تعزيز مبدأ الشفافية فقد نص المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية على إمكانية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية في المواد (204، 205، 206)، لاسيما ما يتعلق منها بوضع المصلحة المتعاقدة لوثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين، الذين يمكنهم الرد عليها بالطريقة الإلكترونية.

إضافة إلى أنه رغم صدور النص القانوني المتضمن إنشاء بوابة إلكترونية للصفقات

العمومية منذ صدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010

الملغى بموجب المرسوم الحالي 15-247، أي بعد أكثر من 5 سنوات، ورغم صدور القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، الذي يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية⁽¹⁾، إلا أنه لم يتم تجسيد هذه البوابة الإلكترونية على أرض الواقع، ولا زالت طريقة العمل التقليدية هي السائدة بهذا الخصوص، عن طريق إشهار في الجرائد، والنشرة الرسمية للصفقات المتعامل العمومي.

كما تبني المشرع الفرنسي بشكل واضح منذ زمن طويل في مختلف التشريعات التي أصدرها مبدأ الشفافية، حيث أشار في القانون المؤرخ في 17-07-1978، المعدل بقانون 12-04-2000، المتعلق بتحسين العلاقة بين الإدارة والمواطن، إلى " حق المتعاملين مع الإدارة في الاتصال بكل الوثائق الإدارية والاطلاع عليها"، وأناط الرقابة على تنفيذ ذلك بسلطة إدارية مستقلة هي لجنة الدخول إلى الوثائق الإدارية (la commission de l'accès aux documents administratifs)، ومن الوثائق التي يمكن الاطلاع عليها، الوثائق المتعلقة بعملية طرح إجراء التعاقد كالإعلان عن العقد، والوثائق التي تصف الأداء المطلوب كمحل العقد ومحاضر لجان المناقصات، وطلبات العروض ولجان التحكيم، والوثائق المتعلقة بقرار اختيار العرض الأفضل أو الأكثر ملاءمة، و وثائق العقد ذاته، وتلك المتعلقة بتنفيذه⁽²⁾، وقد استقر اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي على عدم اشتراط إثبات مصلحة محددة، بل حتى مجرد الفضول (curiosité) يكفي لإعطاء الطالب حق الاطلاع على الوثيقة المطلوبة⁽³⁾.

وقد أشار قانون الصفقات العمومية الفرنسي الحالي، رقم 899-2015 المؤرخ في 23 جويلية 2015، في المادة الأولى من الفقرة 01 على أن "الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا الأمر، يجب أن تراعي مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية،...

¹: انظر: ج.ر، عدد 21، بتاريخ: 9 أبريل 2014، ص 27.

²: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 913.

³: C.E, 21-07-1989, Défense de Bartin , Rec, 1989, p 687.

C.E, 31-01-1996, Protection nature, santé de la communautaire des communes de pays de Saint-méen , Req, N° 16506.

وشفافية الإجراءات"، كما نص في المادة 42 فقرة 1 على أن "الصفقات العمومية تبرم على أساس دعوة عامة للمنافسة...". ونظرا لأهمية الإعلان فقد أوجب المشرع الفرنسي في المادة 41 من الأمر رقم 2015-899، ضرورة نشر إعلان عام للمنافسة⁽¹⁾، وذلك في جميع أساليب إبرام عقود المشتريات العامة، باستثناء الإجراءات التفاوضية بدون إشهار ولا منافسة مسبقة⁽²⁾، كما أكدت المادة 56 على مبدأ الشفافية حيث نصت على أنه "في إطار الشروط المحددة عن طريق التنظيم يتعين على المصلحة المتعاقدة الإعلان عن العرض الفائز وتتيح الدخول إلى البيانات الأساسية للصفقة العمومية التي يمكن إعادة استخدامها بحرية...".

ومن أجل إضفاء الشفافية أكثر على العمليات التعاقدية، نص القانون رقم 2015-899 في المادة 43 فقرة 1 منه على أن "الاتصالات وتبادل المعلومات المتخذة تطبيقاً لأحكام هذا الأمر، تتم بالطريقة الإلكترونية..."⁽³⁾، وقد جاء المرسوم التنفيذي رقم 2016-360 المعدل والمتمم السالف الذكر، وبين حالات وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بين السلطة المتعاقدة والمرشحين، في المواد (40-42)⁽⁴⁾.

واستثناء على مبدأ الشفافية نص هذا المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية في المادة 30 منه على إجراء التعاقد عن طريق التفاوض دون اللجوء إلى إجراءات المنافسة والإشهار..."، وإعمالاً للقواعد التي جاء بها المشرع الأوروبي بشأن فتح المنافسة على مستوى أسواق الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، فإن عقود الشراء العام التي يمكن أن

¹: Article 41: « Afin de susciter la plus large concurrence, les acheteurs procèdent à une publicité dans les

conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire... »

²: Article 42: « Le marché public est passé, dans les conditions et selon les modalités fixées par voie réglementaire

...3° Selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables. »

³: Article. 43 - I «Les communications et les échanges d'informations effectués en application de la présente ordonnance sont réalisés par voie électronique, selon des modalités et sous réserve des exceptions prévues par voie Réglementaire. »

⁴: Article. 41 - I «Toutes les communications et tous les échanges d'informations sont effectués par des moyens de communication électronique lorsqu'une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication à compter du 1er avril 2017 pour les centrales d'achat et du 1er octobre 2018 pour les autres acheteurs ».

تبرمها الإدارات الفرنسية، يجب أن تعلن على المستوى الأوروبي أيضا، إذا بلغت قيمة العقد مبلغا معيناً، وعندئذ يكون النشر في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي⁽¹⁾.

ولقد أقرّ مجلس الدولة بأن وضع المواصفات بصورة أكثر تعقيدا مما هو مفترض في التوريدات محل العقد من شأنه أن يؤدي إلى حصر المشاركة في المنافسة على موردين بذواتهم تتوافر لديهم هذه التوريدات وتمنع آخرين من ولوج باب التنافس فإنها تؤدي إلى إهدار مبدأ شفافية المنافسة⁽²⁾.

كما تبني المشرع المصري مبدأ الشفافية في المادة 2 من قانون المناقصات والمزايدات العامة التي نصت على أنه "تخضع كل من المناقصة العامة، والممارسة العامة، لمبادئ العلانية، وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة..."، كما نصت المادة 12 من اللائحة التنفيذية على المبدأ ذاته، حيث أوجبت أن يتم "الإعلان عن المناقصة العامة في الوقت المناسب على مرتين في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار..." ويجب أن يتضمن الإعلان الحد الأدنى من المعلومات عن الإدارة المتعاقدة، ومحل العقد ومواعيد ومكان تسليم العروض، وللإدارة سلطة تقديرية في إضافة إليه ما تشاء من معلومات⁽³⁾.

ثالثا: المساواة في معاملة المرشحين للتعاقد:

للمساواة أهمية بالغة في مجال العقود الإدارية؛ إذ يعتبر هذا المبدأ مكمل لحرية المنافسة الذي تسعى من خلاله الإدارة المتعاقدة إلى وضع شروط متكافئة لكل المتعاملين الاقتصاديين الذين يرغبون المشاركة في المنافسة دون تمييز، وإعمال هذا المبدأ يسمح للإدارة الحصول على ما يلزمها من سلع أو خدمات لتسيير مرافقها بأقل الأسعار⁽⁴⁾.

¹: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 593.

²: C.E, 3-11-1995, set district de l'agglomération nancéienne, R.F.D.A, 1995, p 1007.

³: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 590. هاني عبد الرحمان اسماعيل، المرجع السابق، ص 407.

⁴: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمائنات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص 262.

1- مفهوم مبدأ المساواة في معاملة المرشحين: يقصد بالمساواة في العقد الإداري

" معاملة الإدارة للمتنافسين الراغبين في التعاقد معها متى تشابهت مراكزهم القانونية- على قدم المساواة بمناسبة تحديد شروط القبول في هذا الاشتراك، بحيث يكون مكفولا لهم جميعا حق تقديم عروضهم، ولا ينبغي أن تكون المساواة بين الأشخاص المرشحين للتعاقد من الجانب القانوني فقط، بل يشترط بالإضافة إلى ذلك أن تكون مساواة فعلية عند التعامل معهم ما داموا مستوفين للشروط المطلوبة، وكذا بمناسبة التدقيق وفحص العروض المقدمة للإدارة واختيار العرض الأفضل من بينها (1).

ويقصد به أيضا "ضرورة احترام شروط ومواعيد المناقصة بالنسبة لكافة المناقصين أو الممارسين دون تفرقة".

وعموما فإن أية استثناءات ترد على قاعدة عامة من القواعد التي يتضمنها النظام القانوني للمناقصات والمزادات، يجب أن يرتبط أعمالها بمقتضاها ويتساوى في تطبيقها جميع المتقدمين الذين يوجدون في مركز قانوني واحد" (2).

لذلك يجب على الإدارة أن تلتزم بوضع معايير موضوعية تتعلق أساسا بشروط تقديم التعهدات التي تتضمنها إعلانات المنافسة، ومعايير إرساء الصفقة كآليات لتقديم العروض كما يستند مبدأ المساواة إلى دعامة أخرى من خلال تكافؤ الفرص بين المتعاقدين، فلا يجوز للإدارة أن تستعمل سلطتها التقديرية، لخلق تمايزا قانونيا، أو تفاضلا واقعيًا بين المتنافسين بأن تمنح أحدهم امتيازات، أو تضع عقبات على بعض دون البعض الآخر، كما لا يجوز لها أن تعفي بعض المتنافسين من شروط معينة مادامت لا تعفي الآخرين، أو أن تطلب

¹: عبد اللطيف قطيس، المرجع السابق، ص 40. انظر أيضا: عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص 259.

²: محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 126. انظر أيضا: عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، 2008-2009، ص 102.

من المتنافسين تقديم مستندات لا تتوفر إلا لدى أحدهم أو بعضهم⁽¹⁾، ولا يجوز لها أيضا أن تستبعد عروض بعض المتنافسين بما يتجاوز القيود الواردة على مبدأ المنافسة بقرارات عامة أو فردية وإلا كان في ذلك إخلال بمبدأ المساواة ويتحقق إخلال الإدارة بمبدأ المساواة في مجالين اثنين وهما:

أ- عندما تعلن الإدارة إرساء المناقصة على من لم يقدم العرض الأفضل من بين المتنافسين، وبذلك تكون قد أقصت تعسفا من قدم العرض الأفضل، والمفاضلة بين العارضين تقضي بإرساء المناقصة على من قدم أكثر العروض فائدة بالنسبة إلى خزينة الدولة.

ب- عندما تعلن الإدارة إرساء المناقصة على من قدم العرض الأفضل من بين المتنافسين، غير أنها لم تراعى قواعد المناقصة وإجراءاتها القانونية، ومن ذلك مثلا: إبلاغ أحد المتنافسين بالتعديلات الطارئة على دفتر الشروط الخاصة، أو قبول عرض غير مكتمل المستندات، أو السماح لأحد العارضين باستكمال عرضه ورفض ذلك بالنسبة إلى غيره⁽²⁾.

02- إعمال مبدأ المساواة في معاملة المرشحين:

لقد أكد المشرع الجزائري على مبدأ المساواة في معاملة المرشحين في أكثر من موقع في قانون الصفقات العمومية، وهذا المبدأ في الحقيقة جاء تطبيقا لأحكام المادة 29 من دستور 1996 المعدل، ومن تطبيقاته ما نص عليه المشرع صراحة في المادة 5 من قانون الصفقات العمومية بقوله "... يجب أن تراعى في الصفقات العمومية ... والمساواة في معاملة المرشحين..."، فمن الطبيعي أن يحق لكل من له القدرة والمؤهلات على الاستجابة للطلب العمومي أن تتم معاملته على قدم المساواة مع بقية المرشحين

¹: خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص 126.

²: عبد اللطيف قطيس، المرجع السابق، ص 43.

وأن تتوفر له الفرصة المتكافئة مع غيره للترشح والحصول على نصيب من الطلب العمومي ويستفيد من التعامل مع الهياكل العمومية اقتصاديا وماليا.

وحرصا من المشرع على تقرير المساواة في المعاملة بين المرشحين، فقد ألزمت المادة 54 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، السلطة المتعاقدة بأن تستند في "تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها"، كما نصت المادة 78 فقرة 1 على أنه " يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة إلى المنافسة..."، وجاءت الفقرة الأولى من المادة 80 من القانون ذاته لتقرر "عدم جواز التفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض"، وذلك نظرا لما يشكله التفاوض من إخلال بمبدأ المساواة بين المقاولين والموردين وكضمانة لحماية المرشحين في جميع المراحل التي تمر بها الصفقة أعطى لهم الحق في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة (المادة 1/82).

ورغم أهمية هذا المبدأ، إلا أنه يظل أكثر المبادئ عرضة للانتهاك، من خلال الممارسات المسجلة على المستوى العملي، إذ أن تواطؤ موظفي المصالح المتعاقدة والمتعاملون المتعاقدون، جعل مجال إبرام الصفقات العمومية مرتعا لجرائم الرشوة والمحاباة، حتى تكونت لدى العام والخاص فكرة مفادها أن الحصول على صفقة إنما هو نتيجة لصفقة باطنية مجرمة، لذلك حاول المشرع الجزائري التصدي لهذه الآفات التي تنهش الاقتصاد الوطني بمختلف الآليات القانونية⁽¹⁾.

كما كرّس المشرع الفرنسي مبدأ المساواة في معاملة المرشحين في الأمر رقم 2015-899، السابق الذكر، حيث نص في المادة 01 فقرة 01 منه على أن " الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا الأمر، يجب أن تراعي مبادئ حرية الوصول للطلبات

¹: تياب نادية، المرجع السابق، ص 71.

العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين...". كما أكد المرسوم رقم 2016-360 المذكور سابقاً، في العديد من مواده على هذا المبدأ، ومنها المادة 04 التي نصت على أنه "من أجل تحضير إبرام صفقة عمومية، يمكن للمشتري إجراء استشارات أو إنجاز دراسات ...، إعلام المتعاملين الاقتصاديين بمشروعها ومتطلباته".

ويمكن للمشتري استعمال نتائج هذه الدراسات والمبادلات، شريطة أن لا تسبب في تشويه المنافسة وأن لا ينتج عنه انتهاك مبادئ حرية الوصول للطلب العمومي، والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات"، كما اشترط في المادة 3/73 على السلطة المتعاقدة أعمال المساواة بين المرشحين في حالة لجوئها إلى التفاوض، كما ألزمها في المادة 76 باحترام مبدأ المساواة بين جميع المشتركين في حالة لجوئها إلى التعاقد عن طريق أسلوب الحوار التنافسي، ولهذه الغاية فإنه لا يجوز للسلطة المتعاقدة إعطاء أية معلومات من شأنها تفضيل بعض المشاركين على الآخرين، كما نصت المادة 2/88 "عندما تكون المنافسة محدودة، يجب على السلطة المتعاقدة وضع معايير اختيار واضحة، وغير تمييزية بين المشاركين في المسابقة...".

ويقتضي مبدأ المساواة على وجه الخصوص حظر التمييز بين المرشحين، ويمتد إلى جميع مراحل الإجراءات ومنها خاصة:

- يجب إعداد دفاتر الشروط بكل موضوعية ولا ينبغي توجيه الاختيار.
- يجب على السلطة المتعاقدة دراسة وفحص جميع العروض المقدمة، في الآجال المحددة، مهما يكن أصل أو جنسية المرشح.
- يجب أن تكون لدى جميع المرشحين معلومات مماثلة، وإذا تقدم أحد منهم بسؤال إضافي، فعلى السلطة المتعاقدة إجابة جميع المرشحين.

كما أخذ المشرع المصري بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، حيث نصت المادة 2 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات صراحة على أن " تخضع كل من المناقصة العامة

والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة"، وتحقيقاً لهذا المبدأ يجب تجنب الإشارة في كراسة الشروط إلى نوع الصنف وتحديدده أو إلى علامة تجارية أو ماركة معينة أو إلى الرقم الوارد في قوائم الموردين.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في العديد من أحكامها بضرورة اعتماد مبدأ المساواة بين المتنافسين، ومما ورد في حكمها " ... ومؤدى هذا المبدأ هو تحقيق المساواة بين المتنافسين دون تمييز أو استثناء حتى لا يختل التوازن ويضطرب حبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص"⁽¹⁾، ويفرق القضاء الإداري بين أمرين بشأن المساواة في معاملة المرشحين⁽²⁾:

الأمر الأول: يتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة يلزم توافرها فيمن يتقدم للمناقصة، ومتى توافرت تلك الشروط في شخص ما، امتنع على الإدارة أعمال سلطتها التقديرية في استبعاد المتناقص.

أما الأمر الثاني: فيرتبط بما يجب أن تقوم به الإدارة من إجراءات تتمثل في تنظيم أعمال المناقصة واستعمال سلطتها التقديرية لاستبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية.

03- استثناءات مبدأ المساواة في معاملة المرشحين:

إن مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، يعتبر من المبادئ التي تعكس مدى شفافية ونزاهة عملية التعاقد في مختلف الدول، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً، بل قد يتم تقييده ببعض الاستثناءات نتيجة عدة اعتبارات ومنها:

¹ مذكور في: جابر جاد نصار، المناقصات العامة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والقانون النموذجي

للأمم المتحدة "اليونيسترال" دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 52.

²: حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 385.

- منح الأفضلية للمنتجات الوطنية: فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي بشرعية تشجيع الانتاج المحلي في سائر العقود الإدارية عندما تفرض الإدارة هذا الشرط ودون حاجة إلى نص قانوني⁽¹⁾، كما نص المشرع المصري في المادة 3/16 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على أن " يعتبر العطاء المقدم من توريدات من الانتاج المحلي أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية أقل سعرا إذا لم تتجاوز فيها 15% من قيمة أقل عطاء أجنبي"، كما أنشأ المشرع المصري لجنة تفضيل المنتج الصناعي المصري على مستوى مجلس الوزراء، تهدف إلى ضمان إتاحة المزايا التنافسية والتفضيلية للمنتجات الصناعية المصرية⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، على أن "يمنح هامش أفضلية بنسبة 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري..."، ويجب على المصلحة المتعاقدة عندما تلجأ إلى طريقة المناقصة، أن تختار المناقصة المحدودة الموجهة للمؤسسات المصغرة التي تنشط في المجال المعني⁽³⁾،

- قصر طلب العروض على موردين أو مقاولين محليين أو محددين بالنسبة لطلب العروض المحدود، وإجراء التراضي، كما سيتم توضيحه لاحقا.

- منع بعض المتعاملين الاقتصاديين من المشاركة في إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية عندما تتعارض مع المصلحة العامة، كما سبق الإشارة إليه سابقا.

¹: مذكور في: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 249.

²: انظر المادة 9 من قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 5 لسنة 2015، في شأن تفضيل المنتجات المصرية في العقود الحكومية، ج.ر، العدد 3 مكرر الصادرة بتاريخ: 18 جانفي 2015.

³: انظر المادة 6 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 29 أبريل 2014، الذي يحدد كيفية تطبيق المنح التفضيلي للطلب العمومي للمؤسسات المصغرة، ج.ر، العدد 30، الصادرة بتاريخ 21 ماي 2014، ص 7.

الفرع الثاني: تقييد الإدارة بالضوابط القانونية الإجرائية.

لما كان إبرام العقد الإداري يتم في شكل عملية مركبة، فإن ثمة مجموعة من الضوابط الإجرائية التي أوجبها المشرع على السلطة المتعاقدة مراعاتها عند إبرامها للعقد، حتى تضي على عملها الشكل الرسمي، ومن هذه الإجراءات التزامها بإعداد دفاتر الشروط (أولاً)، وإعلان رغبتها في التعاقد عن طريق الدعوة إلى المنافسة بالإشهار (ثانياً) وأخيراً عليها توثيق العقد عن طريق الكتابة (ثالثاً).

أولاً: إعداد دفاتر الشروط.

تعمل الإدارة قبل الإعلان عن المنافسة بإعداد الشروط المتعلقة بالمنافسة بإرادتها المنفردة، يتضمن موضوع الصفة وطريقة منحها والوثائق المطلوبة من المتعاملين المتعاقدين والمعايير التي سيتم على أساسها انتقاء المتعامل المتعاقد، والأحكام المتعلقة بتنفيذ الصفة، وتخضع مشاريع دفاتر الشروط لدراسة لجان الصفقات المختصة قبل الإعلان عن طلب العروض والشروط التقنية التي تضعها الإدارة لحسن تنفيذها⁽¹⁾.

1- تعريف دفاتر الشروط: دفاتر الشروط هي "وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها وكيفيات اختيار المتعاقد معها"⁽²⁾، أو هي "مجموعة الوثائق التي يحال إليها من جانب الإدارة (حالة دفاتر الشروط العامة) أو تحرر من جانبها (حالة دفاتر الشروط الخاصة)، وتحتوي الالتزامات الإدارية والتقنية لأطراف العقد"⁽³⁾

¹: مزياني فريدة، الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الصفقات العمومية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، العدد الثاني، 2014، ص ص 6-19.

²: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، والنصوص

التطبيقية له، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 142.

³: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 433.

كما تعني "مجموعة الوثائق الأساسية التي تحدد موضوع الصفقة، وشروط المشاركة في المنافسة وإجراءات اختيار المشاركين في الطلب العمومي، وشروط تنفيذ الخدمات" ⁽¹⁾.

إن لدفاتر الشروط وجودا موضوعيا (existence objective) إلى جانب العقد الموقع بين الإدارة والمتعهد، ومن الناحية العملية يحيل الإعلان عن الرغبة في التعاقد إلى دفاتر الشروط التي تعدها الإدارة بخصوص موضوع التعاقد، مما يسهل على الأشخاص الراغبين في التعاقد الإلمام بالقواعد التي ستطبق في علاقاتهم مع الإدارة، لأن هذه الوثائق تحدد الحقوق والالتزامات بشكل دقيق ومفصل، وتظهر أهمية دفاتر الشروط باعتبارها أول حلقة من حلقات إبرام الصفقات العمومية، وإعدادها بدقة سيؤدي إلى نجاح المراحل اللاحقة لتنفيذها، بمعنى أن دفاتر الشروط هي المرآة العاكسة التي تتضمن موضوع الطلب وجديته.

2- أنواع دفاتر الشروط: سندرس أنواع دفاتر الشروط في كل من الجزائر وفرنسا ومصر

أ- في الجزائر: طبقا للمادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإنه " توضح دفاتر الشروط المحيطة دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية"، كما أكدت المادة 9 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته صراحة على أنه " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة وعلى معايير موضوعية، ويجب أن تركز هذه القواعد على الخصوص: - الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء ... " .

كما أشارت المادة 169 من المرسوم الرئاسي رقم 15-2047 صراحة إلى أن إعداد ودراسة دفاتر الشروط في تحضير الصفقات وإتمام تراتيبيها، تختص بها لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة، التي يتم تنصيبها في جميع القطاعات وعلى كافة المستويات.

¹: Faouzi Ben Khalifa, le droit des marchés publics, Edition C.L.E, Tunis, 2005, p 73.

وبناء على ذلك فإنه ينبغي استناد أية صفقة عمومية على دفتر شروط، يبين البنود المتعلقة بموضوع الصفقة والوثائق المكونة لها، والشروط المطلوبة في المرشحين والأسس التي يعتمد عليها في اختيار المتعاقد، وتحديد حقوق وواجبات الأطراف المتعاقدة⁽¹⁾.

وقد ميزت المادة 26 المذكورة أعلاه، بين ثلاثة أنواع من دفاتر الشروط وهي:

- دفاتر الشروط الإدارية العامة: وهي دفاتر إدارية مكتوبة معدة مسبقاً، وتطبق على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات، التي تبرمها وزارة من الوزارات ويتم الموافقة عليها بموجب مرسوم تنفيذي، مثل دفتر الشروط الإدارية لوزارة الأشغال العمومية، التي تطبق على كل عقود الأشغال العامة وعقود التوريد، ودفاتر الشروط الإدارية التي تطبق على عقود وزارة الدفاع، والتي تطبق على كافة عقود هذه الوزارة⁽²⁾، وتبقى هي الوثيقة الأساسية والنموذج الذي يهتدي به كل من يريد أن يتعاقد مع الإدارة، ولقد صدر قرار بتاريخ 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل⁽³⁾.

- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة: وهي التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات الموافق عليه بقرار من الوزير المعني، يمكن إذا اعتبار دفاتر التعليمات التقنية المشتركة بمثابة تكملة لدفتر الشروط الإدارية العامة، إلا أنه يختص بالجانب التقني أساساً، والذي ينص على مواصفات أو خصوصيات تهم بالدرجة الأولى الوزارة أو المصلحة المعنية، طبقاً لطبيعة الأشغال التي تريد إنجازها، ولا يهم بالمرّة مصلحة أو وزارة أخرى، ولذلك نصّ المشرع على أنه تتم المصادقة على هذه الدفاتر بموجب قرار من طرف الوزير المعني.

¹: تياب نادية، المرجع السابق، ص 74.

²: عوابدي عمار، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 265.

³: انظر ج.ر، العدد 6، بتاريخ 19 جانفي 1965، ص 46.

- دفاتر التعليمات الخاصة: وهي تحدد على وجه الدقة الشروط الخاصة بكل صفقة وتختلف هذه الشروط من صفقة إلى أخرى، حتى ولو كانت الإدارة المتعاقدة هي نفسها، فما يصلح من شروط لصفقة معينة لا يصلح بالضرورة لصفقة أخرى، وإن دعت الضرورة إلى تضمين هذه الدفاتر بعض الاستثناءات عما جاء في دفاتر ش.إ.ع، أو دفاتر التعليمات المشتركة، فيجب أن يعبر عن ذلك بكل صراحة بما لا يدع مجالاً لأي احتجاج⁽¹⁾.

وما يلاحظ على الأحكام المتعلقة بدفاتر الشروط أنها غير كافية، وضعيفة المضمون لا يسعها تنظيم جميع جوانب الصفقة، لاسيما في ظل التطورات الحديثة أين ظهرت فيها عقود جديدة، فبالنسبة لدفتر ش.إ.ع. المصادق عليه بموجب القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، أصبحت أغلب نصوصه قديمة، ولا تتكيف مع التحولات الاقتصادية التي تعرفها الجزائر، إذ أن أغلبية نصوصه تحيل إلى تطبيق القانون الفرنسي طبقاً للأمر رقم 157-62، المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، القاضي بمواصلة تطبيق القانون الفرنسي في الجزائر بعد الاستقلال، إلا ما كان منه متعارضاً مع السيادة الوطنية، وقد تم إلغاء هذا الأمر بموجب الأمر رقم 73-29، المؤرخ في 05 جويلية 1973، وبالتالي فإن كل الأحكام التي أحال إليها دفتر ش.إ.ع. تعتبر أحكاماً ملغاة هذا من جهة، ومن جهة ثانية نلاحظ عدم وجود دفاتر التعليمات المشتركة التي هي في الحقيقة مكملة لدفاتر الشروط الإدارية العامة مما يعني غياب المواصفات التقنية التي يجب تطبيقها على صفقات الأشغال أو اللوازم أو الخدمات أو الدراسات التي تكون من طبيعة واحدة، لذلك فإن الأمر يسترعي الانتباه ويتطلب استصدار نصوص جديدة للتكيف مع المستجدات الحاصلة، ووضع دفاتر شروط نموذجية جديدة، مثلما فعل المشرع الفرنسي، حتى تستهدي بها السلطات المتعاقدة في مختلف عقودها وتتكيف مع القوانين الجديدة السارية المفعول.

¹: الواشني مريم، "مراحل إبرام المناقصة في الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة المدية، 20 ماي 2013، ص 06.

ب- في فرنسا: حددت المادة 15 فقرة 2 من المرسوم رقم 2016-360 السابق

الذكر، نوعين من دفاتر الشروط وهي:

- دفاتر الشروط الإدارية العامة: (cahiers des clauses administratives générales)

والتي يطلق عليها اختصارا (CCAG): وهي تحدد مجموعة الأحكام ذات الطبيعة الإدارية

المطبقة على عقود من فئة واحدة، وتشكل الميثاق الأساسي للعلاقات التعاقدية التي تجمع

بين الطرفين المتعاقدين⁽¹⁾، ويوجد اليوم في فرنسا خمسة أنواع من دفاتر الشروط الإدارية

العامة وهي: د.ش.إ.ع المطبق على عقود التوريدات والخدمات (CCAG-Marchés de)

(fournitures courantes et services)⁽²⁾، د.ش.إ.ع المطبق على عقود الخدمات الفكرية

(CCAG-Marchés publics de prestations intellectuelles.)⁽³⁾، د.ش.إ.ع. المطبق على

عقود الأشغال العامة (CCAG-Marchés publics de travaux)⁽⁴⁾، د.ش.إ.ع المطبق على

العقود الصناعية (CCAG – Marchés publics industriel)⁽⁵⁾، د.ش.إ.ع المطبق على تقنيات

الإعلام والاتصال (CCAG-Marchés publics de techniques de l'information et de la)

(communication)⁽⁶⁾.

¹: LAJOYE Christophe, op.cit. p 127.

²: Arrêté du 19 janvier 2009, portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services, JORF n°0066, du 19 mars 2009, page 4953, texte n° 6. Disponible sur site: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2009/1/19/ECCEM0816423A/jo/texte> (Consulté le 23 juin 2016)

³: Arrêté du 16 septembre 2009, portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles, JORF n°0240, du 16 octobre 2009, page 16958 texte n° 13. Disponible sur site: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2009/9/16/ECCEM0912503A/jo/texte> (Consulté le 23 juin 2016)

⁴: Arrêté du 8 septembre 2009, portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, JORF n°0227, du 1 octobre 2009, page 15907 texte n° 16 . Disponible sur site: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2009/9/8/ECCEM0916617A/jo/texte> (Consulté le 23 juin 2016)

est modifiée par: l'arrêté du 3 mars 2014, JORF n°0059, du 11 mars 2014, page 5051 texte n°7. Disponible sur site: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2014/3/3/EFIM1331736A/jo/texte> (Consulté le 23 juin 2016)

⁵: Arrêté du 16 septembre 2009, portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics industriels, JORF n°0240, du 16 octobre 2009, page 16946, texte n° 12 . Disponible sur site: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2009/9/16/ECCEM0908897A/jo/texte> (Consulté le 25 juin 2016)

⁶: Arrêté du 16 septembre 2009, portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication, JORF n°0240, du 16 octobre 2009, page 16972, texte n° 14. Disponible sur site: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2009/9/16/ECCEM0912514A/jo/texte> (Consulté le 23 juin 2016)

- دفاتر الشروط التقنية العامة: (cahiers des clauses techniques générales) والتي يطلق عليها اختصار (CCTG): تحدد هذه الدفاتر مجموعة الأحكام ذات الطبيعة التقنية المطبقة على خدمات من طبيعة واحدة.

ويمكن للهيئات المتعاقدة الاستعانة بدفاتر الشروط النموذجية الموضوعة تحت تصرفها من طرف السلطات العمومية، غير أنه ليس لها أية قيمة إلزامية، وللسلطة المتعاقدة كامل الحرية في استعمالها أو عدم استعمالها، وعندما تقرر اللجوء إلى هذه الوثائق العامة يجب عليها الإشارة إلى المواد التي ينبغي الرجوع إليها عند الاقتضاء في العقد⁽¹⁾.

وتتم المصادقة على دفاتر الشروط الإدارية العامة، ودفاتر الشروط التقنية العامة بموجب قرار مشترك صادر من الوزير المكلف بالاقتصاد والوزراء المعنيين.

ج- في مصر: أوجبت المادة 8 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 98 لسنة 1998 على جهة الإدارة أن تعد كراسة خاصة بمستندات الطرح، قبل الإعلان أو الدعوة للاشتراك في المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها، وتشمل هذه الكراسة الشروط العامة والخاصة والشروط والمواصفات الفنية وقوائم الأصناف أو الأعمال وملحقاتها، كما أضافت المادة 3 من اللائحة التنفيذية بأن تكون عملية الطرح على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة عند إعداد هذه الكراسة، ويجب أخذ رأي مجلس الدولة حول كراسة الشروط والمواصفات وذلك قبل توزيعها على الراغبين في الاشتراك بإجراءات التعاقد، وعلّة ذلك تكمن في أن هذه الكراسة ستصبح فيما بعد جزءاً من العقد المزمع إبرامه، مما يحظر فيها أي تعديل بعد مراجعتها من المجلس، وإن تم ذلك فيجب عرضها على المجلس من جديد⁽²⁾.

¹: Pierre De Baecke, Comprendre simplement les marches publics, Edition Le Moniteur, Paris, 2013, p 43.

²: ريم علي إحسان محمد العداوي، وسائل إبرام العقود الإدارية وصورها، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون 2011 ، ص 64. انظر أيضاً: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 442. هاني عبد الرحمن إسماعيل المرجع السابق، ص 280.

ويلاحظ أنه لا يوجد في مصر ما يسمى بدفاتر الشروط العامة الموجودة في فرنسا وإن كانت الأحكام العامة التي وردت في اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 تصلح مقابلاً لما يسمى في فرنسا بدفاتر الشروط الإدارية العامة، إلا أن ذلك لا يسد الفراغ المتعلق بالشروط التقنية العامة، التي يجب أن توجد كنموذج تعتمد الإدارة المتعاقدة من جهة بنود العقد الفنية.

3- الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط: هل تعتبر دفاتر الشروط من طبيعة تعاقدية

أم من طبيعة تنظيمية؟

لتحديد الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط، يميز الفقه بين مرحلتين مستقلتين، الأولى هي مرحلة إبرام العقد، والثانية هي مرحلة تنفيذه.

ففي مرحلة إبرام العقد، ذهب غالبية الفقه الفرنسي والمصري إلى أن دفاتر الشروط هي من طبيعة تنظيمية، لأنها تحكم عمليات سابقة على إبرام العقد، وهي تتضمن قواعد موضوعية ترد في القوانين واللوائح التي تبين كيفية التعاقد وإجراءاته، وهي ملزمة لجهة الإدارة والمتعاقد ويترتب على مخالفتها بطلان القرار الصادر بالمخالفة لأنه قد يخل بمبادئ المنافسة وتكافؤ الفرص.

أما في مرحلة تنفيذ العقد فقد اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للبنود الواردة في دفتر الشروط والمتعلقة بآثار العقد وتنفيذه، حيث ذهب جانب من الفقه إلى اعتبارها جزءاً لا يتجزأ من العقد حتى ولو لم ينص على ذلك في الاتفاقات الموقعة بين الإدارة والمتعاقد معها فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بأن "توجيه الإيجاب في العقد الإداري يكون على أساس الشروط العامة المعلن عنها؛ والتي تستقل الإدارة بوضعها، دون أن يكون للطرف

الآخر حق الاشتراك في ذلك، وليس لمن يريد التعاقد سوى قبول هذه الشروط أو رفضها فإذا أراد الخروج في عطائه على هذه الشروط فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء⁽¹⁾.

وذهب الجانب الثاني من الفقه إلى اعتبار المواصفات والشروط الواردة في دفاتر الشروط من طبيعة تعاقدية، فهي جزء لا يتجزأ من العقد، بشرط أن يتم الإحالة إليها في العقد، من جانب الأطراف أنفسهم، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن " دفتر الشروط العامة لا يعتبر ملزماً بمقتضى نشر هذا الدفتر في الجريدة الرسمية، إنما عن طريق الاتفاق المشترك الذي أبرمته الإدارة مع متعاقدتها... " ⁽²⁾.

وبالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نجد أن المشرع الجزائري اعتبر دفاتر الشروط ذات طابع تعاقدي وليس تنظيمي، وذلك من خلال المادة 95 مطة 12 التي اعتبرت أن دفاتر البنود الإدارية العامة ودفاتر التعليمات التقنية المشتركة المطبقة على الصفقات، تشكل جزء لا يتجزأ منها، إلى جانب المادة 147 فقرة 2 التي أكدت بأن دفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 عناصر مكونة للصفقات العمومية، الأمر الذي يترتب عنه سريان بنودها وما تتضمنه من شروط وقواعد وأحكام على الصفقة، وهو ما ذهب إليه أيضا مجلس الدولة الجزائري أيضا في قراره رقم (008072)، بتاريخ 15 أفريل 2003 في قضية مقابلة الأشغال العمومية (ل.م/بلدية تنس)، حيث استند على المادة 41 من دفتر البنود الإدارية العامة، وفي قراره رقم (010834)، بتاريخ: 17-06-2003، قضية (ك.ع/والي ولاية قسنطينة ومن معه)، استند مجلس الدولة على المادة 07 من دفتر الشروط ⁽³⁾.

¹: مذكور في: هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 286.

²: مذكور في: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 450.

³: مذكور في: محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 49.

ثانياً: إعلان الدعوة إلى المنافسة.

يقصد بالإعلان إخطار ذوي الشأن بالمنافسة وإبلاغهم بالشروط العامة للعقد وكيفية الحصول على دفاتر الشروط والمواصفات وقائمة الأسعار⁽¹⁾، ويعتبر الإعلان إجراء شكلي جوهري تلزم جهة الإدارة باتباعه في طلب العرض المفتوح أو المحدود الوطني أو الدولي نظراً لما يكفله من إتاحة الفرصة في المشاركة للمتنافسين على طلب العروض⁽²⁾، مما يؤدي إلى تخفيض الأسعار، وهو ما ينعكس بدوره على المصلحة العامة للدولة، وهذا التنافس لا يتأتى إلا إذا علم أولئك المقاولون أو الموردون بحاجة الإدارة إلى التعاقد⁽³⁾، فلا تعاقد كأصل عام دون إعلان⁽⁴⁾، كما أن الإعلان من ناحية أخرى يجعل الإدارة بمنأى عن الربية أو الانتقاد من حيث قصر الاشتراك في مشترياتها على فئة محددة من المتعاقدين⁽⁵⁾.

وبعد أن عرفنا أهمية الإعلان، سنتطرق إلى مضمون الإعلان وإجراءاته، والتكليف القانوني له، وجزاء مخالفة قواعده، في كل الجزائر وفرنسا ومصر.

1- مضمون الإعلان: يقصد بمضمون الإعلان جملة المعلومات والبيانات اللازمة

التي يجب أن تحيط بها الإدارة علم المخاطبين بإجراءات المناقصة، وهذه المعلومات تشكل الحد الأدنى لما يجب معرفته حول العقد المراد إبرامه، وتكوين فكرة أولية لدى جميع المتنافسين عن الإدارة المتعاقدة ومحل العقد ومواعيد تقديم العروض ومكان إيداعها⁽⁶⁾، لذلك

¹: فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي. مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، العدد 05، سبتمبر 2009، ص 110-131.

²: مزياني فريدة، المرجع السابق، ص 10.

³: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، المرجع السابق، ص 80.

⁴: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 146.

⁵: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر 1991 ص 246.

⁶: هاتف كاظم جاسم الموسوي، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى منشورات حلبي الحقوقية، لبنان 2009، ص 42.

فإن المشرع ينص على وجوب أن يتضمنها الإعلان مع ترك سلطة تقديرية للإدارة في إضافة ما تشاء إليها من معلومات أخرى تراها مفيدة.

ففي الجزائر نصت المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق الذكر على أن "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات التالية: طلب العروض المفتوح طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة التراضي بعد الاستشارة"، وقد بين المشرع الجزائري في المادة 62 من نفس المرسوم البيانات التي يجب أن يحتوي عليها إعلان طلب العروض وهي: تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي، كيفية طلب العروض، شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي موضوع العملية، قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة، مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض، مدة صلاحية العروض إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر، تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام تكتب عليه عبارة " لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح وتقييم العروض" وهذا الظرف يحمل بداخله ثلاثة ملفات وهي ملف الترشح، والعرض المالي والعرض التقني، وترسل عن طريق البريد المضمون إلى عنوان المصلحة المتعاقدة، ثمن الوثائق عند الاقتضاء" (1).

وهناك بعض المساوئ المتعلقة بمضمون الإعلان، فالمادة 62 مطة 5 أشارت إلى قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط فهذه الوثائق قد تشكل ثغرة تستغلها المصلحة المتعاقدة لإخفاء بعض المعلومات، وتؤثر سلبا على نتيجة المناقصة، إضافة إلى ذلك قد تلجأ بعض المصالح المتعاقدة إلى تقليص مضمون الإعلان حتى تقتصد من تكلفته، كحشر الأسطر في كتابة الإعلان أو كتابة

¹: للمزيد من التفاصيل انظر: زيات نوال، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012-2013، ص 39 وما بعدها.

عبارات مختصرة مما يؤدي إلى عدم وضوح الإعلان ومن ثم اتخاذه ذريعة لرفض بعض التعهدات⁽¹⁾.

أمّا في فرنسا فقد نصت المادة 41 من قانون الصفقات العمومية رقم 2015-899 على أن اللجوء إلى الإعلان يتم وفقاً للشروط المحددة عن طريق التنظيم، وحسب موضوع الصفقة العمومية المراد التعاقد عليها، ومبلغ الاحتياجات خارج الرسوم، وقد نظم المرسوم رقم 2016-360 السابق الذكر، قواعد الإعلان وإجراءاته في المواد (من 31 إلى 37) وميّر المشرع الفرنسي بين ثلاثة أنواع من الإعلان عن الدعوة إلى المنافسة وهي:

- إشعار مسبق بالمعلومات (Avis de préinformation)⁽²⁾: وهو إشعار يهدف إلى إبلاغ المتعاملين الاقتصاديين في أقرب وقت ممكن، بالخصائص الأساسية للبرامج المتعلقة بشراء اللوازم أو الخدمات أو الأشغال التي تعتزم الإدارة المتعاقدة القيام بها وهو إلزامي للسلطات المتعاقدة التي تنوي تخفيض آجال الإشهار إلى (15) يوماً، شريطة أن يكون قد تم إرساله للنشر في غضون (35) يوماً على الأقل، خلال الاثني عشر شهراً على الأكثر التي تسبق تاريخ إرسال إشعار العقد، ويجب أن يحتوي هذا الإشعار على نفس المعلومات الواردة في إعلان العقد، وأن تكون هذه المعلومات متاحة أثناء إرساله للنشر.

- إشعار إرشادي دوري (Avis périodique indicatif)⁽³⁾: وهو إعلان تنشره الهيئات المتعاقدة وله نفس الغرض فيما يتعلق بإخطار المتعاملين الاقتصاديين للدخول في المنافسة.

- إشعار العقد (Avis de marché)⁽⁴⁾: وهو إعلان أو إشهار يتم نشره من طرف السلطة المتعاقدة لإبلاغ المتعاملين الاقتصاديين، بأنها تبحث عن مورد أو مقدم خدمات

¹: نفس المرجع، ص 91.

²: Article 31 du décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, relative aux marchés publics précité

³: Article 32 du décret n° 2016-360, ibid.

⁴: Article 33 du décret n° 2016-360, ibid.

ويتضمن المعلومات التي تمكّن المرشح المحتمل من معرفة ما إذا يملك القدرات اللازمة التي تؤهله للتعاقد، لاسيما الخصائص الأساسية للعقد، وشروط المشاركة، وطرق اختيار العرض.

وبالرجوع إلى المادة 31 من المرسوم رقم 360-2016 السابق الذكر، نجد أنها نصت على أن " نشر الإعلان يكون وفقا للنموذج الذي يحدده تنظيم اللجنة الأوروبية التي تضع نماذج قياسية لنشر الإعلانات في إطار إبرام الصفقات العمومية".

وقد أصدرت اللجنة الأوروبية التنظيم الذي يحدد النماذج القياسية لنشر الإعلانات في إطار إبرام الصفقات العمومية بتاريخ 11 نوفمبر 2015⁽¹⁾، وتقوم المصلحة المتعاقدة باختيار نموذج الإعلان الذي يتلاءم مع موضوع العقد الذي ترغب في إبرامه وتقوم بملأ المعلومات التي يتضمنها.

والملاحظ أن هذه المعلومات الواردة في النموذج القياسي للجنة الأوروبية هي مطابقة للمعلومات الواردة في المادة 37 من المرسوم رقم 360-2016 المتعلق بالصفقات العمومية. وقد أقرّ مجلس الدولة بأن إرسال "إعلان الدعوة العامة عن المنافسة، هو إجراء شكلي جوهري، يترتب على إغفاله عدم شرعية إبرام الصفقة، ولكن لفحص عدم تجاوز الحدود على القاضي البحث عما إذا كان تقدير مبلغ الصفقة من طرف الشخص العام كان معقول وصادق"⁽²⁾، وعليه فإن الإعلان الذي يتضمن معلومات غير دقيقة جدا يعتبر غير قانوني ويترتب عليه بطلان العقد⁽³⁾.

أمّا في مصر ووفقا لما جاء في المادة 12 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، فإن الإعلان عن المناقصة يجب أن يتضمن:

¹: Règlement D'exécution (UE) 2015/1986, du 11 novembre 2015, établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) no 842/2011, JOUN, du 12-11-2015. Disponible sur site: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R1986&from=FR> (Consulté le 30 juin 2016)

²: C.E. 14 mars 1997, Préfet des Pyrénées-Orientales, req. n° 170319, Lebon, p 930.

³: C.E. 29 décembre 1997, Département de paris, req. n° 159693, Lebon, p 503.

تحديد الصنف أو العمل المطلوب توريده أو تنفيذه، ثمن نسخة دفتر الشروط ووثائق المناقصة، تحديد مدة تقديم العطاءات بدءا وانتهاء، مع تعيين آخر موعد لفض العطاءات تحديد مدة سريان العطاءات بعد فتحها، تعيين قيمة الضمان الابتدائي والنهائي، وأية بيانات ضرورية لصالح العمل تحديد الجهة التي تقدم إليها العطاءات (1).

وتضيف المادة 9 مكرر من اللائحة التنفيذية، تحديد مكان وموعد عقد جلسات الاستفسارات، في الحالات التي تقرر فيها السلطة المختصة عقد هذه الجلسات وذلك ليحضرها من يرغب ممن قاموا بشراء كراسة الشروط (2).

2- وسائل نشر الإعلان: يتم تحديد الوسيلة التي ينشر بها الإعلان أو الإشهار بحسب الأسلوب المتبع في اختيار المتعامل المتعاقد، وموضوع الصفقة والعتبة المالية المحددة للصفقة، فهناك وسائل إلزامية للمصلحة المتعاقدة، ينبغي إجراء الإشهار فيها، وهناك وسائل تترك الحرية للإدارة في اختبارها وسنوضح وسائل في الجزائر وفرنسا ومصر.

أ- في الجزائر: لقد أوضح المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، وسائل النشر بمقتضى المادة 65 منه حيث فرض مايلي:

- تحرير إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل.
 - نشر الإعلان إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) (3).
 - في جريدتين يوميتين على الأقل موزعتين على المستوى الوطني.
- أما بالنسبة لإعلان طلب العروض الخاص بالولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها، والذي يتضمن صفقات أشغال أو لوازم أو دراسات أو خدمات

¹: عاطف محمد حسين أبو هريبد، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 2006، ص 98.

²: تم إضافة هذه المادة بقرار وزير المالية رقم 497 لسنة 2006، الصادر بتاريخ 31 أوت 2006.

³: انظر المرسوم رقم 84-116، المؤرخ في 12 ماي 1984، يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر، عدد 20، الصادرة بتاريخ: 15 ماي 1984، ص 24.

يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري، مائة (100) مليون دج أو يقل عنها، أو خمسين (50) مليون دج أو يقل عنها، فإنها يمكن أن تكون محل إشهار محلي حسب الكيفيات الآتية:

نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين، وإصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية للولاية، وكافة بلديات الولاية، وغرف التجارة والصناعة والصناعة التقليدية والحرف والفلاحة، والمديرية التقنية المعنية للولاية.

وباستقراء أحكام المادتين 65 و 13 من المرسوم الرئاسي 15-247، نستنتج أن وسيلة النشر تتحكم فيها العتبة المالية للصفحة المراد إبرامها، حيث من جهة تم تقييد سلطة المصلحة المتعاقدة بضرورة تحرير إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، ونشره إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وفي جريدتين يوميتين على الأقل موزعتين على المستوى الوطني، عندما يتعلق الأمر بصفحة يتجاوز مبلغها التقديري اثني عشر (12) مليون دج، بالنسبة للأشغال أو اللوازم، ويتجاوز ستة (6) ملايين دج بالنسبة للدراسات أو الخدمات، حيث يجب في هذه الحالات على المصلحة المتعاقدة إبرام الصفقات التي تتجاوز عتبتها المالية المبالغ المذكورة أعلاه وفقا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المادة 42 من المرسوم 15-247).

ومن جهة أخرى ترك المشرع مجال للسلطة التقديرية للإدارة، في اختيار وسيلة الإشهار التي تراها مناسبة، إذا كانت العتبة المالية للصفحة المراد إبرامها يساوي أو يقل مبلغها التقديري اثني عشر (12) مليون دج، بالنسبة للأشغال أو اللوازم، وستة (6) ملايين دج بالنسبة للدراسات أو الخدمات، وكذا الأمر بالنسبة لإعلان طلب العروض الخاص بالولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها، والذي يساوي أو يقل مبلغها تبعا لتقدير إداري، عن مائة (100) مليون دج، بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم أو خمسين (50) مليون دج، إذا كان موضوع الصفقة دراسات أو خدمات، وفي هذه الحالة تتم عملية إبرام الصفقة وفقا للإجراءات المكيفة، وفي هذه الحالة بإمكان السلطة المتعاقدة

نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين، وإلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية للولاية، وكافة بلديات الولاية، وغرف التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية والحرف والفلاحة والمديرية التقنية المعنية للولاية.

لكن المادة 60 من نفس المرسوم أوجب على السلطة المتعاقدة أن تعطل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة.

إلا أن هناك بعض المساوئ التي تتخلل وسيلة الإشهار تتمثل أساسا في الصعوبات التي تحدّ من فعالية الإشهار، بسبب التكاليف المالية الناجمة عن عملية الإشهار والتي تثقل كاهل المصلحة المتعاقدة، ومحدودية ميزانية بعض البلديات والمؤسسات العمومية التابعة لها مما يدفعها إلى اختيار نشر إعلاناتها في جرائد غير معروفة أو محدودة الانتشار.

وعلاوة على ذلك فقد أشار المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه، في المادة 204 على التعامل بالطريقة الإلكترونية لتبادل المعلومات بين المصالح المتعاقدة والمرشحين في مجال إبرام الصفقات العمومية؛ إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين بالطريقة الإلكترونية، ويرد عليها المتعهدون أو المرشحون بنفس الطريقة، ويبدو أن هذه الطريقة هي الأكثر نجاعة، وذلك من خلال ما تتيحه من زيادة شدة التنافس، وتوافر فرص اختيار العرض الأفضل من طرف المصلحة المتعاقدة، والسرعة في إبرام العقود الإدارية، وتلبية احتياجات المرافق العامة.

وأهم ما يمكن ملاحظته بخصوص مضمون الإعلان ووسائل نشره، فإن المشرع الجزائري ربط إجبارية الإشهار بالعتبة المالية، إذا بلغت الصفقة المراد إبرامها حدودا معينة وتشمل وسيلتين على الأكثر، أما فيما عدا ذلك فيكون من اختيار المصلحة المتعاقدة ولم يستلزم أن يتم النشر مرتين كما فعل المشرع المصري، وإنما قصره على مرة واحدة.

كما أن المشرع الجزائري لم يبين أسلوب النشر الواجب إتباعه بخصوص الإعلان عن المناقصات الخارجية، حيث أن الإخطار بصيغة الإعلان فقط لا تغني عن نشر التفاصيل

كما لم يشر إلى إمكانية النشر في وسائل الإعلام الأخرى، وعدد مرات النشر، وترك الحرية للسلطة المتعاقدة للنشر في أكثر من يوميتين وطنيتين.

ب- في فرنسا: حدد المشرع الفرنسي عدة وسائل يتم الإشهار من خلالها وهي⁽¹⁾:

الإشهار في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي (journal officie de l'union européenne (JOUE)، في النشرة الرسمية لإعلانات الصفقات العمومية (Bulletin officiel des annonces de marchés publics. BOAMP)، وينبغي أن يكون الإعلان في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي متطابقا مع الإعلان الذي يتم إشهاره في النشرة الرسمية لإعلانات الصفقات العمومية، كما لا يجب أن يظهر الإشهار في هذه النشرة الأخيرة، إلا بعد إرساله من طرف المصلحة المتعاقدة إلى ديوان الإشهار للاتحاد الأوروبي (Office des publications de l'Union européenne. OPUE)، في جريدة الإعلانات القانونية (journal d'annonce légales (JAL). في عنوان الواجهة الإلكترونية للمشتري (adresse du profil d'acheteur)، في مجلة متخصصة في القطاع الاقتصادي المعني (revue spécialisée dans le sécteur économique (concerné) في موقع الأنترنت للمصلحة المتعاقدة (site internet du pouvoir adjudicateur) عن طريق التعليق أو بآية وسائل أخرى، كالبلث الإذاعي.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن الإعلان عبر شبكة الأنترنت كاف للإحاطة بالشروط الفنية والقانونية لإبرام العقود الإدارية، كما أنه يحقق الشفافية كأهم المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية، كما أقر مجلس الدولة في أحد أحكامه أن الإعلان عن طريق وسيط إلكتروني كاف لإعلام المقاولين والمهندسين بالشروط والمواصفات الفنية والمالية للعقد⁽²⁾.

وتخضع إجراءات الإشهار في الصفقات العمومية لقواعد مشتركة بين طريقة إبرامها وحدود المبالغ المخصصة لها، فمن جهة يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتوافق مع

¹: Pierre De Baecke, op.cit. P 163.

²: حازم صلاح الدين عبد الله، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الأنترنت، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2013، ص 217.

الإجراءات التي تحدد قيمة وموضوع الصفقة (أشغال، توريد، خدمات)، ومن جهة ثانية لضمان منافسة كافية يجب عليها تطبيق قواعد الإشهار التي تختلف أيضا بحسب صفة السلطة المتعاقدة (جماعة إقليمية، الدولة... إلخ)، وقيمة الصفقة وموضوعها (1).

ج- في مصر: نصت المادة 2 من قانون المناقصات والمزايدات على وجوب نشر الإعلان عن العطاء في الصحف اليومية كأصل عام، وقد يكون العطاء المعلن عنه داخليا فيعلن عنه في مصر، أو خارجيا فيعلن عنه في مصر وخارجه، وذلك عندما يتعلق الأمر برغبة الإدارة في التعاقد مع شركات أجنبية أو مؤسسة أجنبية لتقديم الدراسات الاستشارية أو أعمال فنية دقيقة لا يمكن الحصول عليها بنفس الجودة والإتقان في مصر، ومن قبيل ذلك التخطيط العمراني لإحدى المدن الجديدة، أو لانتشار شبكة الأنترنت في الوزارات.

وبينت المادة 12 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998، طريقة الإعلان وكيفيةه، بحيث "يتم الإعلان عن المناقصة العامة في الوقت المناسب على مرتين في صحيفة يومية واسعة الانتشار ... ويتم الإعلان عن المناقصات الخارجية في مصر والخارج باللغتين العربية والإنجليزية، كما يطلب من سفارات الدول الأجنبية بمصر أو قنصلياتها بحسب الأحوال، إخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد بتلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة، ويجوز بالإضافة إلى ما سبق أن يتم الإعلان في غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار وذلك بموافقة السلطة المختصة بحسب أهمية التعاقد وقيمته..." (2).

ويتضح أن المشرع المصري أعطى سلطة تقديرية أوسع في مجال اختيار أساليب نشر الإعلان حيث أجاز للإدارة أن تعلن عن مناقستها في أية وسيلة واسعة الانتشار لتشمل الراديو والتلفزيون وشبكة الأنترنت، غير أن هذه السلطة الواسعة في نطاق انتقاء وسائل

¹: Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique JORF n° 0305 du 31 décembre 2017, texte n° 171.

Disponible sur site: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000036342905>
(Consulté le 16 janvier 2018)

²: هذه المادة مستبدلة بقرار وزير المالية رقم 1497، لسنة 2006.

النشر، تم تقييدها بالمادة 13 من اللائحة التنفيذية، التي نصت على أنه " إذا تقرر طرح أكثر من مناقصة عامة في تاريخ واحد أو تواريخ متقاربة، فيراعى النشر عنها في إعلان واحد".

و واضح أن الهدف من هذا الجمع بين المناقصات في إعلان واحد هو توفير الوقت والجهد على القائمين على الإعداد للمناقصات والبت في اتخاذ القرار، وعدم إثقال الخزينة العامة بالأعباء المالية المتولدة عن النشر⁽¹⁾.

وينتقد بعض الفقه المادة 13 المذكورة، ويرى بأنه من الصعب أن تطرح في إعلان واحد، ولاسيما إذا كانت من طبيعة معقدة، فلا يستساغ أن يكون محل الإعلان توريدا وأشغالا وخدمات في آن واحد في الوقت الذي يجب فيه الحرص أن يكون الإعلان واضحا ولا يكتنفه أي غموض أو لبس⁽²⁾.

كما أوجب القرار الصادر عن رئيس مجلس الوزراء رقم 33 لسنة 2010، بشأن النشر الإلكتروني عن المناقصات والمزايدات الحكومية في الجهات المختلفة⁽³⁾ "على وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة، لها موازنات خاصة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة، عدا الجهات الآتية: - وزارة الدفاع والإنتاج الحربي - وزارة الدولة والإنتاج الحربي - هيئة الأمن القومي، أن تقوم بنشر صورة كاملة ومطابقة من كراسات الشروط والمواصفات الخاصة بالمناقصات والممارسات العامة والمحدودة والمحلية التي تطرحها بعد اعتمادها من السلطة المختصة، وما يطرأ عليها من تعديلات بناء على جلسات

¹: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام، التنفيذ، المنازعات، في ضوء أحدث أحكام القضاء الإداري ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات وأحدث تعديلاته، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008، ص 128.

²: هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 415. انظر أيضا: ريم علي إحسان محمد العداوى المرجع السابق، ص 44.

³: انظر المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 33 لسنة 2010، بشأن النشر الإلكتروني عن المناقصات والمزايدات الحكومية في الجهات المختلفة، الوقائع المصرية، العدد 4 (تابع)، الصادرة بتاريخ: 5 جانفي 2010.

الاستفسار على موقع بوابة المشتريات الحكومية وعنوانه www.etenders.gov.eg وذلك اعتباراً من 2010-01-01، وذلك دون إخلال بوجوب الإعلان عنها بالطريق الذي حدده قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية".

3- جزاء خرق قواعد للإعلان: إذا لم يتم الإعلان عن الدعوة إلى المنافسة، وفقاً للقواعد التي حددها القانون، أو كان الإعلان غير كافياً، فإن ذلك سيؤدي إلى وصم المناقصة باللامشروعية، نظراً لأن الأحكام القانونية التي تنظم الإعلان هي قواعد أمره ولا يجوز للسلطة المتعاقدة مخالفتها.

وتتبلور صور الإخلال بالتزامات الإشهار، في الخروج عن مقتضيات الأحكام الخاصة بالنشر سواء من حيث وسيلته أو وقته أو عدد مراته، وكذا البيانات محل النشر أو الامتناع عن الإعلان عن طلب العروض كلية، أو مرور مدة طويلة بين تاريخ الإعلان والتاريخ المحدد لتقديم العطاءات، أو عدم الالتزام بمواعيد الإعلان أو الوسائل أو الأوعية المحددة للنشر، كما يظهر خطأ الإدارة أيضاً في قيامها بتعديل دفتر الشروط بعد الإعلان ودون إعادة إعلان هذا التعديل⁽¹⁾.

وأكد المشرع الجزائري صراحة على أن البيانات التي يجب أن يتضمنها الإعلان هي بيانات إلزامية، وأن اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً، وبالتالي فإن هذه القواعد هي قواعد أمره تتعلق بالنظام العام لا يجوز للإدارة مخالفتها، وإذا ما وقع إخلال من طرف المصلحة المتعاقدة لقواعد الإعلان، فللطرف المضرور اللجوء إلى القضاء الاستعجالي.

وعليه فإنّ المشرع أعطى سلطات استثنائية للقاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية، لاسيّما الإجراءات ما قبل التعاقدية، إذ يستطيع توجيه أوامر للمصلحة المتعاقدة

¹: حمدي حسن الحفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الكتب القاهرة 2002، ص 145.

وفرض الغرامة التهديدية، وكذا تأجيل إمضاء الصفقة إلى غاية صدور الأمر الاستعجالي في الدعوى طبقاً لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾.

كما أقرّ القضاء الإداري الفرنسي بأنه لا يكفي أن يكون الإعلان موجوداً، بل يجب أن يكون كاملاً (complète) وفعالاً (efficace)، و يجب أن يتضمن أدنى البيانات المطلوبة وأن ينشر بشكل كاف وأن تكون مدته ملائمة لإعداد العرض، وإلا كان غير مشروعاً⁽²⁾؛ فإذا كان الإعلان عن المنافسة غير كافياً، كعدم احترام شكل الإشهار الذي يحدده القانون، فإنه يمكن أن يؤدي ذلك إلى إلغاء الصفقة بسبب انتهاك المبادئ الأساسية المتمثلة في حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات⁽³⁾.

ولكن هناك أخطاء ليس لها تأثير، ويميز مجلس الدولة في هذا الشأن بين الإجراءات الجوهرية والإجراءات غير الجوهرية، واعتبر بأن مخالفة الإجراءات الجوهرية هي التي تؤدي إلى بطلان المناقصة، كعدم احترام مدد الإعلان، أو المواعيد المقررة للاطلاع على دفتر الشروط، أما الإجراءات غير جوهرية، بأن كانت مثلاً البيانات التي يحتويها الإعلان غير مخطئة، فإنها لا يترتب عليها البطلان لأنه يمكن تصحيحها⁽⁴⁾.

أمّا في مصر فإنّ موقف مجلس الدولة المصري كان مشابهاً لنظيره الفرنسي، حيث أفتت الجمعية العمومية بتاريخ 04-01-1977، بأن "إغفال الإدارة للمهلة المحددة لتقديم العطاء من شأنه أن يجعل إجراءات المناقصة باطلة لإخلالها بمبدأ تكافؤ الفرص ... وأن مخالفة المدة المقررة لتقديم العطاء بالإضافة إلى مخالفة عدد مرات النشر من شأنه أن يبطل

¹: عمار رزيق، بشير الشريف شمس، المرجع السابق، ص 631.

²: C.E, 20-05-1998, communauté des communes du Piemout de Barr, M.T.P, req.p, 429.

³: Stéphane Braconnier, précis du droit des marchés publics, 3^e édition; le Moniteur, Paris 2009, p 263.

⁴: مهند مختار نوح، المرجع السابق ص 604. انظر أيضاً: هاتف كاظم جاسم الموسوي، المرجع السابق ص 51.

الإجراءات"⁽¹⁾، ويميز مجلس الدولة المصري بين بطلان الإجراء أو القرار الصادر بالإرساء على أحد المتنافسين، وبين عملية التعاقد ذاتها في حالة بطلان الإجراء الأول، فإذا كان هناك تقصير في نشر الإعلان وترتب عليه بطلان الإعلان ومن ثم بطلان قرار الإرساء فإنّ هذا البطلان لا يمس العقد ذاته الذي تم إبرامه، وذلك على أساس أن هذا العقد منفصل عن الإجراءات السابقة عليه، وقد تبدو هذه النتيجة غير منطقية بالنسبة لإعمال قاعدة (ما بُني على باطل فهو باطل)، غير أن استقرار المراكز القانونية للمتعاقدين مع الإدارة هي التي أملت هذا المفهوم، وعليه فإذا كان الإجراء الباطل قد سبب أي ضرر لأحد المتنافسين فيجوز له المطالبة بالتعويض عما لحق به جراء تصرف جهة الإدارة المعيب"⁽²⁾.

ثالثاً: شرط الكتابة في العقد الإداري.

تعتبر الكتابة في العقود الإدارية إجراء لازم في العملية التعاقدية، وهذا ما تفرضه طبيعة التزام الأطراف من جهة، وطبيعة أحد أطراف الرابطة العقدية المتمثل في الشخص العام من جهة أخرى، وتمتد الصيغة المكتوبة غالباً إلى ما وراء تحرير العقد ذاته، لتصل إلى مجموعة من الوثائق المعقدة والمتشابكة التي تضطلع بتفصيل دقائق العقد الإداري لذلك سنتطرق إلى مدلول الكتابة في العقود الإدارية وأهميتها، ثم نتطرق إلى أحكام الكتابة في العقود الإدارية في الجزائر وفرنسا ومصر.

1- مدلول الكتابة في العقود الإدارية وأهميتها: يقصد بها الكتابة الإدارية العادية

على ورق عادي موقع من قبل أطراف العقد، ومختوم ويحمل تاريخاً معيناً، دون حاجة

¹: كاظم جاسم الموسوي، نفس المرجع، ص 51.

²: منكور في: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمائم المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري المرجع السابق، ص 241-242.

لإفراغه في شكل توثيقي على يد موثق، وهذا لطبيعة النشاط الإداري الذي يتسم بالمرونة فلا يعقل إلزام الإدارة باللجوء إلى الموثق، كلما تعلق الأمر بصفقة عمومية (1).

وتلعب الكتابة دورا هاما وأساسيا في مجال العقود الإدارية، فلما كانت الإدارة تعمل من أجل تحقيق المصلحة العامة، فقد وضع القانون الإداري من القواعد ما يحاول به ضمان سلوكها في تعاقداتها طريق تحقيق المصلحة العامة، وقد جاءت هذه القواعد مقيدة لحرية الإدارة في التعاقد من نواح متعددة، على خلاف قواعد القانون الخاص التي يسودها حرية التعاقد في حدود النظام العام والآداب العامة، ويهدف القانون الإداري من وراء ذلك إلى هدفين وهما: الاقتصاد في النفقات لصالح الخزينة، والكفاءة في الأداء للمصالح العام (2).

إضافة إلى ذلك فإن العقد الذي يبرم بالصيغة الرسمية يحوز على قرينة الصحة (présomption d'autencité) وتعني هذه القرينة أن العقد المبرم من جانب الإدارة ومتعاقداتها صادرا عن موظف إداري مختص، ويتمتع بالمشروعية، وما يزيد من الوثوق في صحته هو احتوائه على علامات خارجية كالعلامات الرسمية مثل الأختام والدمغات والشعارات... إلخ. ويترتب على العقود المبرمة بالصيغة الإدارية آثار مماثلة للعقود المحررة أمام موظف رسمي ويكتسب قوة وحجية في الإثبات، ويكون قابلا للتنفيذ، ولا يمكن الدفع بعدم مشروعيته إلا عن طريق الطعن فيه بالتزوير (3)، كما تخضع العقود الإدارية التي تزيد قيمتها على مبلغ معين للرقابة المالية والاقتصادية والقانونية ومن ثم لا بد أن تكون مكتوبة، حتى تسهل مهام المراقبين للتحقق من أن هذه العقود أبرمت ضمن الاعتمادات المدرجة في الميزانية، ووفقا للأحكام والقواعد المالية المقررة (4).

1: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 59.

2: ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 51.

3: مهند مختار نوح: المرجع السابق، ص 430.

4: ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 55.

2- أحكام الكتابة في العقود الإدارية: الأصل أنه لا يشترط في العقد الإداري أن يكون مكتوبا إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وقد استقر القضاء على أن هذه العقود تحكمها قاعدة التحرر من الشكليات باعتبارها من العقود الرضائية، ويعني ذلك عدم تقييد الإدارة بشكل أو بصيغة محددة عند إبرام العقد الإداري، فيكون العقد صحيحا وسليما إذا تم كتابته في أي شكل وبأية صيغة كانت، طالما أنها تدل على اتفاق وتطابق إرادة المصلحة المتعاقدة مع إرادة المتعاقد معها، التي تنشئ الحقوق والالتزامات على عاتق الطرفين⁽¹⁾.

ولكن العقد غير المكتوب غير مألوف في المجال الإداري، بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روابطها التعاقدية كتابة⁽²⁾، كما أن خطوات التعاقد غالبا ما تتضمن وثائق مكتوبة لذلك فإن العقود الإدارية، إما أن تكون مكتوبة بنص القانون كما هو الحال في عقد الامتياز، وإما أن تكون مكتوبة بطبيعتها في أغلب مراحل إبرامها وإجراءات انعقادها من خلال الوثائق المتبادلة بين الإدارة والمتعاملين المتعاقدين للقول بقيام الروابط التعاقدية ولو لم يصب في النهاية في وثيقة واحدة مكتوبة⁽³⁾.

لذلك فإن الكتابة لا تعتبر ركنا في العقد، ولا هي شرط من شروط صحته، فكما ينعقد العقد بالكتابة فمن الجائز والمقبول أن ينعقد بغير الكتابة، فالكتابة في تكييفها القانوني ما هي إلا وسيلة من وسائل الإثبات، على أنه إذا اشترط القانون الكتابة في عقد معين صارت الكتابة ركنا شكليا في العقد، ووجب التزام حكم القانون⁽⁴⁾، ولهذا سنتطرق إلى موقف كل التشريع الجزائري والفرنسي والمصري من شرط كتابة العقد الإداري.

¹: رمضان بطيخ، الجديد في إبرام العقد الإداري، فقها وإفتاء وقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة 2008 ص 117 وما بعدها.

²: حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 395.

³: عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 266.

⁴: محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، ص 72، متاح على الموقع:

أ- في الجزائر: بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق الذكر، نجد أن
المشرع الجزائري اعتبر الصفقات العمومية عقود مكتوبة، حيث نصت المادة 2 على أن "
الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ...".

وكثيرا ما تفضل الإدارة العامة الالتجاء إلى الطريق والشكل الكتابي باختيارها لأنه
الطريق الأسلم⁽¹⁾، ولعل سرّ اشتراط الكتابة والتأكيد عليها في قانون الصفقات العمومية
في الجزائر يرجع لسببين هما⁽²⁾:

- إن الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية، وأداة لتنفيذ
مختلف البرامج الاستثمارية، لذا وجب وبالنظر لهذه الزاوية أن تكون مكتوبة.

- إن الصفقات العمومية تخصص لها مبالغ ضخمة يتم إنفاقها لجهاز مركزي
أو محلي أو مرفقي أو هيئة وطنية مستقلة تتحمل أعباءها المالية الخزينة العامة.

وقد أكد هذا الموقف التشريعي من شرط الكتابة مجلس الدولة الجزائري في قرار له
صدر بتاريخ 14-05-2001، بين بلدية بوزريعة ومقابلة، ومما جاء فيه " ... من المقرر
قانونا وفقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-334، المتضمن تنظيم الصفقات
العمومية؛ فإنها تعتبر الصفقات العمومية عقودا مكتوبة، وإنه يلزم تحت طائلة البطلان
أن تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر، بما يستفاد منه أن الكتابة شرط لانعقاد
الصفقة العمومية وتتعلق بالنظام العام"⁽³⁾.

وقد سار المشرع الجزائري على نهج نظيره الفرنسي والمصري فيما يتعلق بالكتابة
الإلكترونية، حيث عرفها في المادة 323 مكرر من القانون المدني " ينتج الإثبات بالكتابة
من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما

¹: عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 266.

²: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 59.

³: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 70.

كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"⁽¹⁾، وأكد في المادة 323 مكرر 1 على أنه "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

وبالرجوع إلى المواد (204، 205، 206) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد أن المشرع الجزائري يعترف بالكتابة الإلكترونية من خلال إمكانية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بين المصلحة المتعاقدة، والمتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية.

ومن خلال استقراء الموقف التشريعي والقضائي في الجزائر، نلاحظ أن المشرع الجزائري يشترط الكتابة في العقد الإداري دون أن يبين حدود مبلغ الصفقات التي يجب فيها الكتابة، على خلاف المشرعين الفرنسي والمصري الذين وضعوا حدود مبلغ الصفقات التي يتعين معها كتابة العقد، كما أوردا استثناءات، تتعلق بالعقود الشفهية.

ب- في فرنسا: لم يشترط المشرع الفرنسي الصيغة المكتوبة في عقود الأشغال العامة والتوريدات والخدمات والدراسات والتي تسمى (عقود الشراء العام les marchés publics) إلا إذا كانت قيمتها التقديرية تساوي أو تزيد عن مبلغ خمسة وعشرين ألف (25000) أورو خارج الرسوم، ويمكن أن تحدد شروط العقد بالإحالة إلى الوثائق العامة، كدفاتر الشروط الإدارية العامة، ودفاتر الشروط التقنية العامة"⁽²⁾، كما نص صراحة في المادة 5 من الأمر

¹: الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر، عدد 44، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005، والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر. عدد 31، بتاريخ 13 ماي 2007.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري استعمل في تعريف الكتابة عبارة " مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها" والصحيح هو "أيا كانت الدعامة التي تتضمنها"، حسب الترجمة للنص الفرنسي "quels que soient leur support..." واستعمل كذلك مصطلح الكتابة في الشكل الإلكتروني وليس الكتابة الإلكترونية.

²: Article 15 « Les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 25 000 euros HT sont conclus par écrit.

Les clauses du marché public peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que :

رقم 65-2016، المؤرخ في 29 جانفي 2016، المتعلق بعقود الامتياز على أن "عقود الامتياز هي العقود التي تبرم كتابيا ..."⁽¹⁾.

غير أن الكتابة لم تبق على ما كانت عليه في السابق بأن تتم على الورق، فقد تطورت الوسائل في الوقت الراهن، وظهر ما يسمى بالكتابة الإلكترونية، وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في المادة (1316) من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 230 لسنة 2000، بتعريف واسع للكتابة وأطلق مصطلح الكتابة دون تحديد، الأمر الذي يسمح بإدخال الكتابة الإلكترونية تحت هذا الغطاء، كونه لم يميز بين الدعامة التي يتم الكتابة عليها، فيستوي أن تكون ورقية أو إلكترونية؛ فالمهم ما تحققه الكتابة من التعبير الدال الواضح والمفهوم⁽²⁾.

وقضى مجلس الدولة الفرنسي بشكل صريح " أن مبدأ الصيغة المكتوبة هذه، يشكل التزاما من النظام العام"⁽³⁾، وحتى ولو كانت صيغة الكتابة غير واجبة بمقتضى النصوص القانونية، إلا أن القاضي يمكن أن يعتبرها معيبة بسبب نقص الكتابة، وقد جسد مجلس الدولة الفرنسي ذلك من خلال عقود الالتزام حيث قرر أن مثل هذه العقود تستوجب الكتابة من حيث المبدأ نظرا لطبيعتها وأهميتها"⁽⁴⁾.

ب- في مصر: أوجب المشرع المصري شرط الكتابة في المادة 32 من اللائحة التنفيذية السابقة الذكر، في نطاق عقود التوريد والأشغال والنقل والخدمات والدراسات، متى بلغ مجموع قيمة ما رسا توريده أو تنفيذه خمسين ألف (50000) جنيه، أما فيما يقل عن ذلك فيجب أخذ قرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية، شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ

Les cahiers des clauses administratives générales... Les cahiers des clauses techniques générales... »

¹: Article 5 « Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, ... »

²: حازم صلاح الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 297-298.

³: مذكور في: مهند مختار نوح: المرجع السابق، ص 430.

⁴: مذكور في: مهند مختار نوح: المرجع السابق، ص 409.

العقد، كما اشترطت ذات المادة، ضرورة تحرير العقد من ثلاث نسخ على الأقل، تسلم نسخة منها لإدارة الحسابات ومعها جميع العطاءات وصورة من كشف التفريغ للمراجعة عليه وتسلم نسخة للمتعاقد، وتحفظ النسخة الثالثة بالإدارة المختصة بالتنفيذ ... " (1).

وبالرجوع إلى المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري نجدنا نصت على أنه " للكتابة الإلكترونية وللمحركات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

ونتيجة لذلك، فإن المحركات والمستندات الخاصة بإبرام العقود الإدارية يمكن كتابتها إلكترونياً، وتكون لها نفس حجية الكتابة التقليدية (2).

¹: ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 53.

²: حازم صلاح الدين، المرجع السابق، ص 308.

المبحث الثاني: نطاق السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة الإجراءات

التمهيدية السابقة على التعاقد.

توجد في المرحلة التمهيدية لإبرام العقد الإداري عدة إجراءات، يتعين على الإدارة إتباعها في إبرامها لعقودها، والغاية من ذلك هو تحقيق الصالح العام وحماية أموال الخزينة العامة، وبما أن فكرة السلطة العامة هي التي تسيطر على العقود الإدارية، كونها تمنح الإدارة حرية أوسع وتضعها في مركز متميز عن المتعاقدين معها، فإنها تختلف عن الإجراءات المتبعة في إبرام عقود القانون الخاص، وتتجلى أبرز القيود في مرحلة ما قبل إبرام العقد في الإعداد المالي والاقتصادي للعقد المزمع إبرامه من خلال تقدير الاحتياجات الفعلية، وإعداد دراسة الجدوى ووجود الاعتماد المالي (المطلب الأول)، ثم لا بد من الحصول على الموافقات المسبقة من الجهات الوصية لإبرام بعض العقود، كاستشارة جهات معينة والحصول على إذن إداري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإعداد الاقتصادي والمالي للعقد الإداري.

إن حصر الموارد والحاجيات التي تراها الإدارة ضرورية لأداء مختلف وظائفها يتطلب قدرا من الدقة والتركيز في تقديرها، وهي من الشروط الأساسية لكل برنامج متكامل وفعال وهنا يكمن دور التخطيط الذي تعده الإدارة لتحديد غايات المشروع؛ ثم اختيار السبل والإجراءات التي يمكنها أن تؤدي إليها؛ إذ لا بد أن تتبنى بشكل محكم ودقيق تخطيط واقعي وشامل، من خلال الإعداد الاقتصادي لضبط الاحتياجات الضرورية قصد تحقيق مردودية عالية (الفرع الأول)، وغالبا ما تكون الحاجيات الضرورية غير محدودة لأن الإدارة من جهة تعمل وسط تقلبات تستدعي من حين لآخر تجديد تقنياتها وتحسين وسائل عملها، ومن جهة أخرى لا يمكن تلبية الحاجيات دفعة واحدة فلا مناص إذن أن يكون تقدير هذه الحاجيات في حدود الاعتمادات المالية المخصصة لها ضمن الميزانية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقدير الحاجات الفعلية اللازمة للمصلحة المتعاقدة.

يعتبر التحديد المسبق للحاجات الخطوة الأولى في عملية إبرام أية صفقة عمومية وفي الواقع إن تحديد صادق وعقلاني للحاجات، هي خطوة في غاية الأهمية، وهي مطلب قانوني واقتصادي، وعلى ضوءها يكيف نظامية إجراءات الإعلان والمنافسة، وتتحدد معالم العقد المستقبلي، بما في ذلك موضوعه ومبلغه، قصد ضبط الإنفاق الحكومي في حدود ما يقتضيه العمل بغير إسراف أو تبذير، قد يلحق ضرر بالخزينة العامة إذا ما تم التعاقد على أصناف غير مطلوبة وغير محتاج إليها⁽¹⁾.

كما يعتبر التحديد الدقيق للحاجات، ضمانا على عدم استبعاد المصلحة المتعاقدة للقواعد التي ينبغي أن تسلكها في إبرامها للصفقات لأن عدم التحديد الدقيق أو التقدير الخاطئ للحاجات سيشكل خطرا بالكامل على مخطط إبرام العقد وسيؤدي إلى تشويه المنافسة، وسوء استعمال الأموال العامة⁽²⁾، ولذلك يتعين على المصلحة المتعاقدة تحديد حاجاتها الفعلية وإعداد المواصفات التقنية الخاصة بها (أولا)، وكل مخالفة منها للقواعد المتعلقة بتقدير حاجاتها تترتب عليها آثار قانونية بالغة (ثانيا).

أولا: مفهوم الحاجات والمواصفات التقنية.

يقصد بالحاجات " الخدمات التي ترغب السلطة المتعاقدة الحصول عليها من المتعامل المتعاقد، وذلك بغية التنفيذ الحسن لمشروعها"⁽³⁾، وتتمثل حاجات المصلحة المتعاقدة في⁽⁴⁾:

¹: هاني عبد الرحمان اسماعيل، المرجع السابق، ص 207.

²: Marie Charlotte, op.cit. p 206-207.

³: Marie Charlotte, Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique, Thèse de Doctorat en droit public université de Montpellier, 2015, p 334.

⁴: Pierre De Baecke, op.cit.p 29.

- الحاجات المرتبطة بوظيفتها الخاصة، كتلك المتعلقة مثلا بإقتناء الأجهزة المكتبية لسير المصالح الإدارية، أجهزة الإعلام الآلي، وسائل النقل للعمال... إلخ.

- الحاجات المرتبطة بممارسة المهام المنوطة بالمصلحة المتعاقدة، كتلك المتعلقة مثلا بالنقل الحضري للمسافرين، والوسائل اللازمة لجمع النفايات المنزلية، التربية الوطنية مراقبة المسجونين، تحصيل الإيرادات الجبائية... إلخ.

ويجب التعبير عن حاجات المصلحة المتعاقدة بشكل واضح، إستنادا إلى مواصفات تقنية، التي تعني " الأدوات التي تسمح لكل المتعاملين الإقتصادييين من فهم متطلبات المصلحة المتعاقدة"، ويتم تشكيل المواصفات التقنية عن طريق⁽¹⁾:

- مقاييس أو وثائق معادلة (اعتمادات des agréments، أو مراجع تقنية référentiels techniques).

- نجاعة أو متطلبات وظيفية، التي يمكنها إدراج مواصفات بيئية.

ثانيا: الجهة المختصة بتحديد الحاجات: إن تحديد عدة مستويات لدى مختلف الهيئات (الوزارات، الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية) في تقدير الحاجات، لا يؤثر في الواقع على قواعد حساب العتبات المالية الثابتة المنصوص عليها في القانون، بل يساهم في مرونة التسيير، بحيث تكون الطلبات المراد تلبيتها من عدة مصالح متعاقدة تنتمي إلى شخص معنوي واحد مجتمعة لدى السلطة المتعاقدة، فبالنسبة للدولة مثلا هناك عدة سلطات إدارية تتصرف باسمها، يمكنها الحصول على صفة السلطة المتعاقدة (كالمجالس النيابية، السلطات الإدارية المستقلة، الوزارات، الجهات القضائية... إلخ).

وقد حدد المشرع الجزائري في المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا، السلطة المختصة بتقدير الحاجيات حيث أسندها إلى كل من مسؤول الهيئة

¹: Pierre De Baecke, op.cit. p 33.

العمومية، الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.

ويمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في المجال إلى المسؤولين المكلفين طبقاً للأحكام التشريعية، والتنظيمية المعمول بها.

أما المشرع الفرنسي فقد حدد في التعليمات رقم 18/2004 المؤرخة في 31 مارس 2004، في ملحقها رقم 3، قائمة السلطات المقبولة كسلطة متعاقدة⁽¹⁾، وغالبا ما تنص القوانين العضوية أو القوانين الأساسية الخاصة بالمشتريين العموميين، على شروط تعيين الأشخاص المسؤولين عن تنفيذ إجراءات العقد، والصلاحيات المخولة لهم أو نظام تفويض السلطة أو التوقيع، وفي حالة عدم وجود مثل هذه النصوص فلمهم حرية الاختيار الخاصة بهم، فعلى سبيل المثال يخول للوالي بالنسبة للمصالح اللامركزية للدولة، صلاحيات إبرام العقود وتحديد مستوى مختلف اللوازم والخدمات والأشغال، أما بالنسبة للمصالح المركزية للدولة، باستثناء وزارة الدفاع التي تخضع لنظام خاص بموجب المرسوم المؤرخ في 29 مارس 2007⁽²⁾، فقد حدد المرسوم رقم 2005-850، المؤرخ في 27 جويلية 2005 المتعلق بتفويض الإمضاء لأعضاء الحكومة، نظام التفويضات المطبقة في مادة الصفقات العمومية دون الحاجة إلى اتخاذ قرار رسمي⁽³⁾، أما بالنسبة للجماعات الإقليمية فإنه يقع على عاتق المجلس التنفيذي المحلي، مسؤولية تحديد مستوى الاحتياجات المقدرة ويتوقف تحديدها على الوضع القانوني لكل هيئة.

¹: Journal officiel de l'Union européenne, n° L 134/165, du : 30/04/2004, consulter site : <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Directives/2004-18-CE/Annexes/Directive-2004-18-CE-Annexe03.htm>.

²: Décret n° 2007-482 du 29 mars 2007 autorisant la ministre de la défense à déléguer ses pouvoirs en matière de marchés publics et d'accords-cadres, JORF n°77 du 31 mars 2007 page 6002, consulter site : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2007/3/29/2007-482/jo/texte> (Consulté le 16 mars 2014)

³: Décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement, JORF n°174 du 28 juillet 2005, page 0, consulter site : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2005/7/27/2005-850/jo/texte>

ويمكن أن يتم تعداد الاحتياجات في نفس الجماعة الإقليمية، على مستوى الميزانية الرئيسية والميزانية التكميلية والميزانية الذاتية، تبعا لتمتع الهيئات من عدمها بالأهلية القانونية (مثل: مركز النشاط الاجتماعي، صندوق المدارس، صناديق التقاعد ... إلخ).

أما **المشروع المصري** فقد أسند في قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1989 صلاحية التعاقد للسلطة المختصة كقاعدة عامة، أي الوزير أو المحافظ أو رئيس الهيئة وجعلها استثناء لجهة أدنى كرئيس المصلحة، خاصة بطريق الاتفاق المباشر، وفي الحالات العاجلة وفي حدود معينة (المادتين 7، و31).

وبالنسبة للجهات اللامركزية المتمتعة بالشخصية المعنوية (إقليمية أو مرفقية)، فإن تحديد الاحتياجات يكون للمجلس المنتخب أو المعين، باعتباره السلطة العليا المشرفة على تسيير شؤون الهيئة ويقوم عضو التنفيذ - وهو رئيس المجلس عادة- بتنفيذ قراراته، وعلى ذلك يختص المجلس (كالمجلس الشعبي المحلي، أو مجلس إدارة المؤسسة العامة) باعتباره سلطة تقرير، بتقدير الحاجيات اللازمة للتعاقد عليها، ويختص عضو التنفيذ بتوقيع العقد.

ويحكم ممارسة الاختصاصات في هذا المجال نظام الهيئة ولوائحها الداخلية واعتمادات الموازنة العامة التي سبق أن وافق عليها المجلس، ومن ذلك ما ينص عليه قانون الإدارة المحلية (المادة 141) من أنه يجوز للمحافظ في حدود الموازنة المعتمدة أن يشغل بعض الوظائف التي تقتضي تفرغ شاغليها بطريق التعاقد مقابل مكافأة شاملة يحددها العقد وذلك وفقا للقواعد العامة الصادرة في هذا الشأن⁽¹⁾.

ثالثا: معايير تحديد الحاجات: سنتطرق إلى هذه المعايير في كل من الجزائر وفرنسا ومصر.

1- في الجزائر: نظم المشرع الجزائري عملية تحديد الحاجات العمومية وتنسيق الطلبات العمومية كآليات تسبق الدعوة إلى التعاقد، وذلك بهدف الوقاية من ظاهرة إبرام

¹: محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص 123 و ما بعدها.

الصفقات العمومية لحاجات ومشاريع صورية وضمان تنسيق عمل الهيئات الإدارية المركزية للدولة ومصالحتها غير الممركزة، في تنفيذ المشاريع الهادفة إلى تنفيذ نفس الطلبات العمومية.

وقد نصت المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تحت عنوان "تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة"، على أنه " تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها مسبقاً قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية". كما أكدت الفقرة 3 من ذات المادة على أنه " يجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهها بدقة، استناداً إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها، أو متطلبات وظيفية".

ويتضح من خلال هذه المادة بأن المزايا الاقتصادية التي تحصل عليها السلطة المتعاقدة، من وراء إعلان الدعوة إلى المنافسة لا تأخذ معناها، إلا إذا كانت عملية اقتناء السلع وتقديم الخدمات أو إنجاز الأشغال، متكيفة مع حاجاتها، لذلك تعتبر مرحلة تحديد الحاجات مرحلة أساسية سابقة على إطلاق أي إجراء لإبرام الصفقات العمومية، وتتم عملية إعداد الحاجات كالتالي:

أ- ضبط وتخصيص الحاجات: أوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة "ضرورة تحديد الحاجات الواجب تلبيتها بدقة، قبل أي إجراء لإبرام الصفقة"، وذلك بهدف ترشيد النفقات العامة، واجتناب التبذير والإسراف، وتضبط المصلحة المتعاقدة في حدود اختصاص لجان الصفقات التابعة لها المبلغ الإجمالي للحاجات المتعلقة بنفس عملية الأشغال فيما يخص صفقات الأشغال، وتجانس الحاجات، فيما يخص صفقات لوازم والدراسات والخدمات وللمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في تحديد المواصفات التقنية في دفتر الشروط⁽¹⁾، ويتم تحديد هذه الحاجات "استناداً إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو

¹: المادة 27 فقرة 6، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

نجاحة يتعين بلوغها، أو متطلبات وظيفية"، غير أن المشرع لم يبين ما هي هذه المواصفات التقنية ولم يحدد معناها، مما يفسح المجال للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في اختيار المواصفات ووضع المعايير والمقاييس التي تؤسس عليها الحاجات التي تطلبها.

وللمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية عند اللجوء إلى تخصيص الصفقات، لتلبية حاجاتها في شكل حصة وحيدة، أو في شكل حصص منفصلة، وتخصص الحصة الوحيدة لمعامل متعاقد، كما هو محدد في المادة 37 من هذا المرسوم، وتخصص الحصص المنفصلة إلى معامل متعاقد أو أكثر.

ويجب على المصلحة المتعاقدة اللجوء للتخصيص، كلما أمكن ذلك، حسب طبيعة وأهمية المشروع وتخصص المتعاملين الاقتصاديين، ويجب مراعاة المزايا الاقتصادية والمالية و/أو التقنية التي توفرها هذه العملية، ويجب تعليل هذا الاختيار عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة⁽¹⁾.

ويجب النص على التخصيص في دفتر الشروط، وفي الحالة الخاصة بميزانية التجهيز فإن رخصة البرنامج كما هي محددة بموجب مقرر التقريد الذي يعده الأمر بالصرف المعني يجب أن تهيكّل في حصص⁽²⁾، كما يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تضبط القيمة الإجمالية للحاجات المتعلقة بنفس عملية الأشغال، فيما يخص صفقات الأشغال، وتجانس الحاجات فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات، وفي حالة ظهور حاجات جديدة، فيمكن المصلحة المتعاقدة إما إبرام ملحق طبقاً لأحكام المواد 135 إلى 139 من هذا المرسوم وإما إطلاق إجراء جديد.

ب- دراسة جدوى العقد: يتعين على الجهة الإدارية المتعاقدة، إعداد دراسة جدوى مسبقة للمشاريع التي تتوي إنجازها، وهي تشمل مجموعة الاختيارات والتقديرية والتحليلات

¹: المادة 31 فقرة 3، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

²: المادة 27 فقرة 4، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

التي يتم إعدادها لتقويم المشروع المقترح في ضوء توقعات التكاليف والعوائد المباشرة وغير المباشرة طيلة مدة المشروع، وبذلك فإن دراسة الجدوى تتضمن التعرف على فائدة المشروع وجدواه ومقداره⁽¹⁾.

وتعدّ دراسة الجدوى ضرورياً والزامياً قبل إبرام مثلاً عقد التزام المرفق العام وعقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، لأن نجاح أي مشروع اقتصادي أو فشله يتوقف على مدى توفر البيانات والمعلومات الملائمة والكافية من خلال الدراسات المستفيضة، ودرجة دقتها وشمولها لكافة جوانبه الفنية والإدارية والمالية والاقتصادية، وانعكاساتها الاقتصادية والمالية المباشرة على الإدارة وعلى جمهور المستفيدين⁽²⁾.

وقد أشار المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق الذكر بموجب المادة 35 منه بطريقة غير مباشرة إلى إمكانية لجوء المصلحة المتعاقدة بصفة استثنائية إلى إجراء "دراسة وإنجاز" عندما تقتضي أسباب ذات طابع تقني ضرورة إشراك المفاوض في دراسات التصميم الخاصة بالمنشأة...، كما يمكنها أيضاً أن تلجأ لصفحة "دراسة وإنجاز واستغلال أو صيانة"... عندما تبرر أسباب تقنية أو اقتصادية ذلك، وفي هذه الحالة يجب أن ينص دفتر الشروط على متطلبات نجاعة يتعين بلوغها ويمكن حسابها...، ويفهم من هذا النص منح المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في إعداد دراسة الجدوى الاقتصادية للمشاريع التي يتطلب موضوعها مثل هذه الدراسات قبل الدعوة إلى التعاقد.

وتتمثل أهم الدراسات فيما يلي:

- دراسة النجاعة: نصت على مثل هذا النوع من الدراسات المادة 2/27، " يجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهها بدقة ... على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين

¹: عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2015، ص 100.

²: نفس المرجع، ص 102.

بلوغها..."، وتتضمن دراسة النجاعة عدة جوانب تتعلق أساسا بتوضيح مدى قابلية المشروع للإنجاز ومدى توفر الشروط التقنية والمالية، وانعكاسات انجاز المشروع على الإدارة والمستفيدين من خدمات المرفق ... إلخ، ويعتبر معيار النجاعة أحد المعايير الذي يجب على المصلحة المتعاقدة أخذه بعين الاعتبار عند اختيار العروض من حيث المزايا الاقتصادية، في حالة النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي، لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة (1).

- **دراسة الملاءمة:** تسمح هذه الدراسة بقياس أهمية ومردودية المشروع المراد إنجازه على الجانبين الاقتصادي والاجتماعي، ومن ثم يمكن تحديد إيجابيات وسلبيات المشروع (2)، مما يتيح مناقشة كل البدائل التي يمكن أن تحقق الأهداف التي من أجلها سيتم انجاز هذا المشروع، ليتسنى اختيار البديل الأفضل الذي يحقق متطلبات التنمية (3)، وقد أشار إلى مثل هذا النوع من الدراسات المرسوم التنفيذي رقم 98-227، المؤرخ في 13 جويلية 1998، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، حيث نصت المادة 06 منه على أنه " لا تعرض للتسجيل بعنوان ميزانية الدولة للتجهيز سوى برامج التجهيز الممركزة ومشاريعه التي يسمح اكتمالها الكافي الانطلاق في انجازها خلال السنة، وبهذه الصفة يتعين معرفة توفير على الخصوص ما يأتي: "...العناصر التي تبرر الملاءمة الاقتصادية والاجتماعية والأولية الممنوحة لها ... " (4).

¹: المادة 78 مطة 5، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

²: فتية حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم)، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو 2013 ص 72.

³: خضري حمزة، المرجع السابق، ص 42.

⁴: المرسوم التنفيذي رقم 98-227، المؤرخ في 13 جويلية 1998، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، ج.ر، عدد 51 بتاريخ 15-07-1998، ص 7.

- دراسة تأثير المشروع على البيئة: تهدف هذه الدراسة التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة إلى ضمان عدم تأثير المشروع على البيئة⁽¹⁾، كما تنصب على تحليل ودراسة موقع إنجاز المشروع وتأثيره على البيئة، حتى تتمكن الإدارة من أخذ الاحتياطات اللازمة للحد وتقليص الأضرار التي قد تنجم عن إنجاز المشروع، وكذا رصد الأموال اللازمة للتصدي لذلك، وتخضع هذه الدراسة لتحقيق عام ينتهي بقرار من وزارة البيئة بالموافقة أو الرفض ومخالفة إجراء هذه الدراسة يشكل جريمة يعاقب عليها القانون⁽²⁾، وقد حدد المشرع الجزائري بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 07-145، المؤرخ في 19 ماي 2007 مجال تطبيق محتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، حيث نصت المادة 2 منه على أنه "تهدف دراسة التأثير على البيئة إلى تحديد مدى ملاءمة إدخال المشروع في بيئته مع تحديد وتقييم الآثار المباشرة للمشروع والتحقق من التكفل بالتعليمات المتعلقة بحماية البيئة في إطار المشروع المعني"⁽³⁾.

2- في فرنسا: أوجب المشرع الفرنسي في المادة 30 من الأمر رقم 899-2015 المؤرخ في 23 جويلية 2015، المتضمن قانون الصفقات العمومية، على المصلحة المتعاقدة أن " تحدد طبيعة الحاجات الواجب تلبيتها ومداها بدقة، قبل الدعوة إلى المناقصة مع الأخذ بعين الاعتبار أهداف التنمية المستدامة في أبعادها الاقتصادية والاجتماعية والبيئية"⁽⁴⁾.

¹: نصت المادة 95 على أنه "يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم. ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:...البنود المتعلقة بحماية البيئة والتنمية المستدامة...".

²: فتحة حابي، المرجع السابق، ص 73.

³: المرسوم التنفيذي رقم 07-145، المؤرخ في 19 ماي 2007، يحدد مجال تطبيق محتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، ج.ر، عدد 34، الصادرة بتاريخ 22 ماي 2007.

⁴: L'article 30: « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ».

وقد حدد المنشور المؤرخ في 14 فيفري 2012، المتعلق بدليل الممارسات الجيدة في مادة الصفقات العمومية (Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics) ⁽¹⁾، بأنّ التقييم الجيد للحاجات ومن ثمّ التحديد الدقيق لها في وثائق الإشهار، ليس مطلب قانوني فحسب، بل هو شرطا حتميا، لكي تتم عملية الشراء في أحسن الظروف، فعلى سبيل المثال لا يمكن اختزال موضوع العقد لمجرد ذكر عبارة "خدمات الإعلام الآلي"، عندما تتعلق بخدمات إدارة التطبيقات لبرنامج معين، أو "الخدمات القانونية" عندما يتعلق بصفقة التمثيل القانوني أمام العدالة.

فلا تقتصر حاجات الإدارة المتعاقدة على الحاجات المرتبطة بأداء وظيفتها فقط (مثل: شراء الأجهزة المكتبية، أجهزة الإعلام الآلي للموظفين، خدمات التأمين على مرافقها... إلخ) بل تشمل أيضا الحاجات المتعلقة بنشاطها لتحقيق المصلحة العامة؛ والتي تقودها إلى تقديم خدمات أخرى (مثل: صفقات التكوين والإدماج، و صفقات النقل المدرسي)، إذ يجب أن يأخذ في الحسبان تحديد الحاجات وفقا لمتطلبات التنمية المستدامة، لاسيما المتطلبات الاجتماعية والبيئية ويمكن فهم هذه الحاجات بالرجوع إلى التسميات (علامات مسجلة) أو ما يعادلها ⁽²⁾ إضافة إلى ذلك فإن المادة (62-2) من قانون الصفقات العمومية الفرنسي توجب على المصلحة المتعاقدة مراعاة المعيار البيئي من بين معايير انتقاء العروض، ولكي يكون التعبير عن الحاجات فعال يجب:

- تحليل الحاجات الوظيفية القائمة على الخدمات من الأساس، على سبيل المثال،

الدول المستهلكة.

¹: Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics , JORF n°0039, du 15 février 2012, page 2600, texte n° 16, consulter site : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/circulaire/2012/2/14/EFIM1201512C/jo/texte>.

²: Ibid, p 88-89.

- المعرفة المعمقة، على أكمل وجه ممكن، للموردين، والتي قد تركز على سبيل المثال، على مشاركة المشتري في المعارض المهنية أو في الوثائق التقنية.
- التمييز، حتى داخل نفس الفئة من السلع أو التجهيزات، بين المشتريات القياسية (standards achats) والمشتريات المحددة أو الخاصة (achats spécifiques).
- اعتماد نهج التكلفة الإجمالية، عندما يكون ذلك ممكنا، مع الأخذ بعين الاعتبار ليس فقط سعر الشراء ولكن أيضا تكاليف التشغيل والصيانة المرتبطة باستخدام تلك الممتلكات أو المعدات التي تم شراؤها.

أ- الحلول المتاحة في حالة عدم التحديد الدقيق للاحتياجات أو سبل تلبيتها:

إن تحديد الحاجات يمكن أن يكون أكثر أو أقل دقة، وهذا يتوقف على وضوح الرؤية للمصلحة المتعاقدة تبعا للحالات التالية:

- في حالة عدم اليقين على انتظام الحاجة ومداها: نص القانون في هذه الحالة على إمكانية استخدام اتفاقات الإطار (des accords-cadres) أو الشراء بواسطة سندات الطلب (des marches à bons de commande) التي تسمح بتحديد الحاجات عند ظهورها بحيث يمكن إبرام هذه العقود دون حد أدنى أو أقصى.

- في حالة عدم قدرة المصلحة المتعاقدة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها: يجوز في هذه الحالة اللجوء إلى إجراء حوار تنافسي، فلا تقوم بإعداد دفتر شروط نهائي وتعلن عن الاستشارة على أساس مشروع محدود جزئيا أو برنامج وظيفي.

- في الحالات الأخرى، يجب تحديد الحاجة بدقة: في الإجراءات الشكلية الأخرى يجب تحرير دفتر الشروط، قبل إعلان الصفقة، وليس من الضروري في الإجراءات المكيفة إعداد دفتر الشروط، إلا بعد تحديد الحاجات بدقة كافية.

ب- يجب تحديد الاحتياجات بالرجوع إلى مواصفاتها التقنية: وهي المتطلبات التقنية التي تصف خصائص المنتج، العمل أو الخدمات، وللسلطة المتعاقدة الخيار بين احتمالين:

- الرجوع إلى مقاييس معدة مسبقا، مصادق عليها من طرف هيئات معترف بها لاسيما الهيئات المهنية بالتشاور مع السلطات العمومية الوطنية أو الأوروبية ويتعلق بالاعتماد الفني الأوروبي للمواصفات التقنية المشتركة، أو المرجعية التقنية، (المقرر المؤرخ في 28-08-2006) المتعلق بتحديد شروط المواصفات التقنية للعقود واتفاقات الإطار⁽¹⁾.

- التعبير عن المواصفات التقنية من حيث النجاعة المراد تحقيقها أو المتطلبات الوظيفية، (مثل شراء ملابس رجال الإطفاء)؛ إذ يجوز للسلطة المتعاقدة أن تشترط المواصفات الفنية للنسيج المطلوب كأن يكون مقاوم لدرجة حرارة عالية جدا، أو مقاوم لضغط مياه معينة مع تعزيزات، أو حد أقصى للوزن.

وللسلطة المتعاقدة إمكانية الجمع بين هاتين الفئتين من المواصفات التقنية، وكذا بالنسبة للمنتج نفسه من حيث الخدمة أو نوعية الأعمال، فإنها قد تشير إلى معايير لبعض الخصائص والنجاعة أو المتطلبات الوظيفية لخصائص أخرى، كما يجوز للسلطة المتعاقدة أيضا تحديد المواصفات التقنية مع الأخذ بعين الاعتبار متطلبات حماية البيئة، لاسيما بالرجوع إلى العلامات الإيكولوجية.

كما يجوز للسلطة المتعاقدة بصفة استثنائية، عندما يستحيل عليها وضع المواصفات التقنية الدقيقة لموضوع العقد، اللجوء إلى المقاييس الوطنية شريطة أن تضيف في دفتر الشروط عبارة " أو معايير أخرى معادلة معترف بها " ⁽²⁾.

¹: Arrêté du 28 août 2006, modifié par l'Arrêté du 3 octobre 2011, relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres, JORF n°0234 du 8 octobre 2011 page 17007, texte n° 15
voir sur site:
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006054312&dateTexte=20170113>

(Consulté le 16 janvier 2017)

²: Cristophe Lajoie, Op.cit. p 63.

3- في مصر: أوجبت المادة 36 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المعدل، على أن "يكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية للأنشطة المقررة ..."، وهذا ما أكدته اللائحة التنفيذية في المادة 1 منها على أن " يكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية لسير العمل والإنتاج على أساس دراسات واقعية موضوعية تعدها الإدارة المختصة مع مراعاة مستويات التخزين ومعدلات الاستهلاك ومقررات الصرف، ولا يجوز التعاقد على أشياء يوجد بالمخازن أنواع مماثلة لها أو بديلة لها تقي بالغرض ...".

ووفقا لهذه المادة، يجب على الإدارة المتعاقدة عند إعداد احتياجاتها مراعاة مايلي⁽¹⁾:

- مراجعة مستويات التخزين لتقدير ما إذا كانت هناك حاجة فعلية للمشتريات: لأن المخازن دائما تحافظ على الحد الأدنى للتخزين طبقا لمستويات الاستهلاك، من كل صنف من الأصناف ومقررات صرف الأصناف من المخازن.

- عدم جواز التعاقد على أشياء توجد بالمخازن أنواع مماثلة لها أو بديلة تقي بالغرض: وذلك لترشيد استخدام المال العام، حيث أن تواجد أشياء مماثلة يؤدي إلى ازدواج التخزين لأصناف مماثلة مما يعني عدم كفاءة رأس المال المستثمر في موجودات مخزنية، و زيادة الإنفاق على التخزين بدون مبرر، وقد تتعرض الموجودات المخزنية للتلف.

وتقوم الإدارة المتعاقدة بتقسيم الاحتياجات المطلوب تلبيتها، ووضع المواصفات الفنية لها ثم وضع القيمة التقديرية للعملية موضوع التعاقد.

أ- تقسيم الاحتياجات المراد تلبيتها: يراعى قبل الطرح تقسيم الأشياء إلى مجموعات متجانسة بمراعاة دليل التصنيف والترقيم للمخزون السلعي بالجهاز الإداري للدولة، وتحقيقا لتكافؤ الفرص يتعين تجنب الإشارة إلى النوع أو الوصف أو الرقم الوارد في قوائم الموردين،

¹: محمد أحمد درويش، المشتريات الحكومية (الوسيط في شرح وتحليل قانون المناقصات والمزايدات)، الطبعة الأولى، عالم الكتب القاهرة، 2009 ص 55.

ولا يجوز ذكر علامة معينة أو مواصفات مما ينطبق على نماذج خاصة أو مميزة، ولا يسري ذلك على ما تقتضيه ظروف توريد قطع الغيار أو مستلزمات التشغيل المطلوبة⁽¹⁾.

ب- وضع مواصفات الاحتياجات: ويكون الطرح على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة يتم وضعها بمعرفة لجنة فنية، ذات خبرة بالأصناف أو الأعمال المطلوبة، وتراعى المواصفات القياسية المصرية ومواصفات التوريدات الحكومية وغيرها من المواصفات، التي تصدرها أو تعتمد عليها الجهات الفنية المختصة، ويكون الطرح على أساس العينات النموذجية الخاصة بالجهة الإدارية في الحالات التي يتعذر فيها توصيف موضوع التعاقد توصيفا دقيقا ويجوز في هذه الحالة بيع نموذج واحد منها لمقدمي العطاءات ويجب بالنسبة لمقولة الأعمال إعداد الرسومات الفنية اللازمة⁽²⁾.

ج- وضع القيمة التقديرية للعملية موضوع التعاقد: تتولى اللجنة الفنية المشار إليها وضع القيمة التقديرية للعملية موضوع التعاقد بحيث تكون مماثلة لأسعار السوق عند الطرح مع الأخذ في الاعتبار جميع العوامل المؤثرة وفقا لظروف وطبيعة تنفيذ التعاقد، وترفع اللجنة تقريرا بنتيجة أعمالها، متضمنا اقتراح مبلغ التأمين المؤقت المطلوب في الحدود المقررة قانونا وذلك للاعتماد من السلطة المختصة.

ويخطر رئيس اللجنة مدير إدارة المشتريات بمبلغ التأمين المؤقت بكتاب مستقل ثم يضع رئيس اللجنة تقريرها في مظروف مغلق بطريقة محكمة يوقع عليه هو وأعضاء اللجنة ويحفظ لدى مدير إدارة المشتريات ولا يفتح إلا بمعرفة رئيس لجنة البت عند دراسة العروض المالية⁽³⁾.

¹: انظر: المادة 2 من اللائحة التنفيذية.

²: انظر: المادة 3 من اللائحة التنفيذية.

³: انظر: المادة 4 من اللائحة التنفيذية.

رابعاً: أثر مخالفة الإدارة للقواعد المتعلقة بتقدير الاحتياجات ودراسة الجدوى.

يرى بعض الفقهاء أن مخالفة الإدارة للأحكام المتعلقة بتقدير الاحتياجات الفعلية ودراسة الجدوى، سواء بالتعاقد على أصناف تزيد على الاحتياجات الفعلية، أو بقصد استنفاد الإعتمادات المالية في الشهر الأخير من السنة المالية دون ضرورة تستلزم ذلك، إذا ما منع المشرع صراحة التعاقد بخصوص أمراً معيناً، فإن الإدارة ملزمة باحترام إرادة المشرع وكل مخالفة لهذا الحظر تؤدي إلى بطلان التعاقد.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه، إلى أن مخالفة جهة الإدارة لهذا الحظر يستتبع المسؤولية التأديبية للموظف الذي قام بالتعاقد، دون أن تؤدي إلى بطلان العقد⁽¹⁾، والعلّة من ذلك، ترجع إلى أنه ليس في مقدور المتعاقد مع الإدارة أن يعرف ما إذا كان التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية، أو أن الإدارة قامت بدراسة الجدوى من عدمه أو أن الغرض من هذا التعاقد هو مجرد استنفاد الإعتمادات المالية في الشهر الأخير من السنة المالية أو لا، وكل ذلك من الأمور الدقيقة التي يتعذر على الفرد العادي أن يعرفها، ولو جاز جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهناً بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة ولتعطل سير المرفق العام⁽²⁾.

ومع ذلك فإن عدم التزام جهة الإدارة بالنصوص التشريعية في تقدير الاحتياجات الفعلية أو القيام بدراسة الجدوى، قبل إبرام عقودها الإدارية، قد يؤدي إلى عدم إبرام العقد إذا ترتب عن ذلك إلحاق ضرر بالمصلحة العامة، لأن هذه الإجراءات التمهيدية، تعد شرطاً لإبرام العقود الإدارية وفي حالة عدم توفرها تؤدي إلى عدم إبرام العقد أصلاً أي انعدامه

¹: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، راجعه ونقحه محمود عاطف البنا دار الفكر العربي، 2008، ص 396.

²: هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 220.

ولكن بما أن تلك الشروط أو الإجراءات تكون خارجة عن ماهية العقد، بل يتوقف عليها إبرام العقد فإن عدم صحة العقد أي بطلانه يكون جزءاً أكثر استحقاقاً من انعدامه.

الفرع الثاني: توافر الاعتماد المالي.

طبقاً للمبدأ العام الذي يقضي بأن أي إنفاق عام يستوجب أن يكون له اعتماد مالي فإن الإدارة لا تستطيع أن تتعاقد وتلتزم بمبالغ، إلا إذا توافر لديها الاعتماد المالي المخصص لها في الميزانية العامة للدولة لتغطية هذا الإلتزام⁽¹⁾، ومن ثم فلا يجوز للإدارة الارتباط مع الغير بعقد إداري في حين أنه لا يتوفر لديها الأموال الكافية لمواجهة الأعباء المالية التي يترتبها هذا التعاقد، هذا القيد وإن كانت توجبه المصلحة العامة التي يتنافى معها إرباك الميزانية العامة للدولة، بالإنفاق على مشروعات ليس هناك حاجة ملحة للبدء في تنفيذها إلا أنه يتصل أيضاً بمصلحة المتعامل المتعاقد الذي يشرع في التعاقد مع الإدارة حيث سيوفر له الاطمئنان إلى إستيفاء مستحقاته المالية عما قد ينجزه من أعمال⁽²⁾.

ويجب أن يكون الاعتماد المالي وارداً بالموازنة العمومية قبل التعاقد، وهذه الأخيرة هي ترخيص عام، يعطى من جانب السلطة المختصة- وهي السلطة التشريعية- في سبيل إنجاز تصرفات قانونية من شأنها أن تولد إلتزامات على عاتق الذمة المالية لجهة الإدارة والتي تأتي في مقدمتها العقود الإدارية، وعليه فالسلطة التنفيذية لا تستطيع البدء في تنفيذ الموازنة إلا بعد اعتمادها من طرف السلطة التشريعية، وإجازة هذه الأخيرة للنفقات العمومية لا تعني إلتزام الحكومة بإنفاقها، بل يعني الترخيص لها للقيام بالإنفاق العام في حدود المبالغ المخصصة على الأوجه المعتمدة من أجلها⁽³⁾.

¹: حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص 124.

²: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 109.

³: بصدیق محمد، النفقات العامة في الجزائر في ظل الإصلاحات الاقتصادية، رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر 2009، ص 27.

ولكن وجود الاعتماد المالي لا يترتب بذاته التزاما من جانب الإدارة، مالم تتدخل هذه الأخيرة وتعبّر عن إرادتها باستخدام الاعتماد في تحقيق الغرض الذي رصد من أجله.

ويتخذ عدم توافر الإعتماد المالي عدة صور⁽¹⁾، كقيام جهة الإدارة بالتعاقد قبل صدور الاعتماد المالي أصلا، أو عدم كفاية المبلغ المحدد بالاعتماد الموجود لدى الإدارة للوفاء بالتزاماتها في العقد، أو مخالفة الإدارة المتعاقدة للغرض الذي صدر من أجله الاعتماد المالي واستخدامه في غرض آخر، أو انقضاء الأجل المحدد لاستخدام الاعتماد المالي.

أولا- الاعتماد المالي لإبرام العقد في التشريع الجزائري والمقارن: وسنوضح موقف كل من التشريع الجزائري والتشريعين الفرنسي والمصري من الاعتماد المالي.

أ- في التشريع الجزائري: إن القواعد القانونية المتعلقة بالإدارة المالية للعقود لا تختلف كثيرا في الجزائر عما هو متبع في فرنسا ومصر، حيث نصت المادة 20 من القانون رقم 84-17، المؤرخ في 7 جويلية 1984، المتعلق بقوانين المالية المعدل والمتمم⁽²⁾، على أن "توضع الاعتمادات المفتوحة بموجب قانون المالية تحت تصرف الدوائر الوزارية، فيما يتعلق بنفقات التسيير وكذا المتصرفين العموميين الذين يتحملون مسؤولية العمليات المخططة فيما يتعلق بنفقات الاستثمار.

تخصص هذه الاعتمادات وتوزع حسب الحالات على الفصول أو القطاعات التي تتضمن النفقات حسب طبيعتها أو غرض استعمالها وفقا لمدونات تحدد عن طريق التنظيم". كما نصت المادة 25 من نفس القانون على أنه "ينبغي أن تبرر الاعتمادات اللازمة لتغطية نفقات التسيير، في كل سنة وفي مجموعها، ولا تخول الاعتمادات المفتوحة لسنة مالية معينة الحق في تجديدها للسنة المالية التالية".

¹: حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (P.P.P)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 137.

²: انظر: الجريدة الرسمية عدد 28، بتاريخ: 10 جويلية 1984، ص 1042.

ويتضح من خلال هاتين المادتين بأن الاعتماد المالي يجب أن يكون واردا بالميزانية قبل التعاقد، ويتولى الإدارة المالية للعقود في الجزائر مجموعة من الهيئات والموظفين للسهر على مشروعية صرف الاعتمادات المالية المخصصة، وفقا لما هو محدد في البرامج السنوية، ونجد على رأس هذه الإدارة المراقب المالي (le controleur financier)، والمحاسب العمومي (le comptable public)، وقد ألزم المشرع المصالح المتعاقدة بالحصول على تأشيرة المراقب المالي- الذي يراقب كل عقد من زاوية صحة تقدير الثمن وملاءمته، ومن حيث احترام النظام المتعلق بنوع النفقة المرصودة- قبل الشروع في تنفيذ المشاريع المتعلقة بالصفقات العمومية الممولة بميزانية الدولة⁽¹⁾، حيث نصت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 374-09، المؤرخ في 16 نوفمبر 2009 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 414-92، المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المتعلق بالرقابة السابقة التي يلتزم بها، على أنه "تخضع مشاريع القرارات المبينة أدناه، والمتضمنة التزاما بالنفقات لتأشيرة المراقب المالي قبل التوقيع عليها: ... مشاريع الصفقات العمومية والملاحق"، ويتضح من هذه المادة بسط رقابة المراقب المالي لتشمل مشاريع الصفقات، إذ لا يتم إبرام الصفقة ولا تكون نهائية، إلا بعد حصولها على تأشيرة المراقب المالي، ويراقب مدى صحة وشرعية عملية إبرام الصفقات ومطابقتها مع القوانين والتنظيمات المعمول بها، بدءا بإجراءات الإعلان إلى غاية المنح المؤقت، ويراقب أيضا مدى توافر الاعتمادات المالية الضرورية لتنفيذ الصفقة والتخصيص القانوني لها، وذلك من خلال الوثائق الثبوتية المقدمة له من طرف الأمر بالصرف، كما ينصب عمله حول التأكد من التخصيص القانوني للنفقة في المشروع الذي منح المبلغ لأجله، والتحقق من مدى مطابقة المستندات المرفقة مع البيانات الواردة في ورقة الالتزام،

¹: المرسوم التنفيذي رقم 374-09، المؤرخ في 16 نوفمبر 2009، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 414-92 بتاريخ 14 نوفمبر 1992 المتعلق بالرقابة السابقة التي يلتزم بها، ج.ر، عدد 67، بتاريخ 19 نوفمبر 2009.

والتأكد من وجود تأشيرة لجنة الصفقات المختصة⁽¹⁾، وبعد تأكد المراقب المالي من توفر الشروط من الناحية الشكلية والموضوعية يمنح التأشيرة، وتصبح النفقة قابلة للتنفيذ.

أما إذا تبين له وجود اقتراح التزام مشوب بمخالفات للتنظيم قابلة للتصحيح أو انعدام أو نقصان الوثائق الثبوتية المطلوبة، أو نسيان بيان هام في الوثائق المرفقة، فإنه يرفض التأشير مؤقتاً⁽²⁾، كما يمكنه رفض التأشير نهائياً إذا رأى عدم مطابقة اقتراح الالتزام للقوانين والتنظيمات المعمول بها، أو عدم توفر الاعتمادات المالية الكافية لإبرام الصفقة أو عدم احترام الأمر بالصرف للملاحظات المدونة في مذكرة الرفض المؤقت⁽³⁾.

كما يتولى المحاسب العمومي التحقق مسبقاً من توفر الاعتمادات المالية للمصلحة المتعاقدة، وهذا ما تضمنته المادة 58 من قانون المحاسبة العمومية⁽⁴⁾، التي نصت على أنه " تستهدف ممارسة وظيفة مراقبة النفقات المستعملة مايلي: ... التحقق مسبقاً من توفر الاعتمادات ..."، فإذا كانت رقابة المراقب المالي تنصب على مدى احترام مبدأ التخصيص فإن رقابة المحاسب العمومي تنصب على مدى وجود الاعتماد في الخزينة العامة وكفايته حتى يقرر إصدار الأمر بصرف النفقة أو لا، كذلك يتأكد من قيام المصالح المتعاقدة بتمرير الصفقة على جهات الرقابة، من خلال وجود تأشيرتها عليها⁽⁵⁾.

ب- في التشريع الفرنسي: نصت المادة 34 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 على أن "... تحدد قوانين المالية موارد وأعباء الدولة وفقاً للشروط وتحت التحفظات المنصوص عليها بموجب قانون عضوي " وقانون الموازنة هو قانون خاص بالإذن المالي لإجراء

¹: تياب نادية، المرجع السابق، ص 168 وما بعدها، انظر أيضاً: خضري حمزة، المرجع السابق، ص 212.

²: المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المؤرخ في 14 نوفمبر 1992، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 82، بتاريخ 15 نوفمبر 1992، ص 2102.

³: المادة 12 من المرسوم رقم 92-414، المذكور أعلاه.

⁴: قانون رقم 90-21، مؤرخ في 15 أوت 1990، يتعلق بالمحاسبة العمومية، ج.ر. عدد 35، بتاريخ 15 أوت 1990، ص 1131.

⁵: تياب نادية، المرجع السابق، ص 183.

التصرفات القانونية التي تترتب عليها أعباء مالية للدولة، وفي مقدمة هذه التصرفات تأتي العقود الإدارية حيث يحدد الاعتماد المالي في فصل من فصول الموازنة المصادق عليها من طرف البرلمان سنويا، ويعطي الإذن للحكومة لصرف هذا الاعتماد في الموضوع الذي خصص له بشكل دقيق⁽¹⁾، ورغم أن القانون المالي وثيق الصلة بالقانون الإداري، إلا أن النظرية التي تأخذ بها فرنسا في هذا المجال، تعتمد على استقلالية القانون الإداري عن القانون المالي، ويرتب القضاء الفرنسي على هذه الاستقلالية نتيجتين هامتين وهما:

النتيجة الأولى: إن مخالفة الإدارة للقواعد الخاصة بالإعتماد المالي، لا يترتب عليها بطلان التصرف الإداري، وبهذا إذا تعاقدت الإدارة بالرغم من عدم وجود اعتمادات مالية فإن العقد يكون سليما وملزما للإدارة في مواجهة الأفراد، سواء أكان الإعتماد غير موجود كلية، أو كانت الالتزامات التعاقدية تزيد عن المبلغ المسموح به، وبهذا المبدأ يقضي مجلس الدولة الفرنسي، إذ يجري باستمرار إلغاء امتناع الإدارة عن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية بحجة مخالفتها للقواعد المتعلقة بالاعتمادات المالية⁽²⁾، ولكن عدم وجود الإعتماد المالي له أثر عملي هام في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، ذلك أن هذا الأخير لا يستطيع إجبار الإدارة على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، إلا بعد تدبير المبالغ اللازمة لذلك بالطرق المشروعة المقررة⁽³⁾.

ويبرر الفقهاء هذه النتيجة التي قال بها القضاء بالاستناد إلى أن الفرد الذي يتعاقد مع الإدارة ليس في مقدوره أن يعرف مقدما وجود الاعتمادات المالية لدى الإدارة من عدمه وما

¹: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 463.

²: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 338.

³: مذكور في: حمد محمد حمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري في التشريع الليبي دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007، ص 87.

إذا كان الاعتماد يسمح بإبرام العقد أم لا، وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد، أو ليس كذلك، وهي من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي معرفتها⁽¹⁾.

أما النتيجة الثانية: فتتمثل في أن توافر الإعتماد المالي وإن كان أمرا واجبا سابقا للتعاقد، إلا أن وجوده ليس من شأنه إلزام الإدارة بإبرام العقد، بل تحتفظ تلك الإدارة كقاعدة عامة بسلطتها التقديرية في استخدام تلك الإعتمادات في الغرض الذي خصصت له بل ويمكنها العدول عما سبق وأن أبدته للغير من نية في التعاقد معه، رغم وجود الإعتماد المالي، إذا تبين أن تحقيق المصلحة العامة يقتضي العدول عن التعاقد⁽²⁾.

ج- في التشريع المصري: أوجب المشرع المصري على الجهات الإدارية أن يكون التعاقد في حدود الإعتمادات المالية المتاحة بموازنتها، حيث نصت المادة 06 من اللائحة التنفيذية بأنه "لا يجوز الأمر بالارتباط أو التعاقد إلا في حدود الاعتمادات الخاصة للجهة الإدارية وفي ذات الأغراض التي يخصص لها كل بند من بنود الموازنة العامة"، كما نصت المادة 36 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بأن "يكون التعاقد بالنسبة للمشروعات الاستثمارية المدرجة بالخطة في حدود التكاليف الكلية المعتمدة، على أن يتم الصرف في حدود الاعتمادات المالية المقررة...".

و أوجبت المادة 07 من قانون المحاسبة الحكومية عدم جواز الصرف، أو الارتباط بمصروفات جارية، إلا في حدود الإعتمادات المدرجة بالموازنة، وأحالت إلى اللائحة التنفيذية تحديد نظام الارتباط للتوريدات والمصروفات المتكررة التي يمكن أن تمتد أكثر من سنة مالية، وقضت اللائحة التنفيذية لهذا القانون على حق الجهات الإدارية بإبرام عقود الإستخدام والعقود المتعلقة بالمصروفات الجارية لمدة تجاوز السنة المالية، مع مراعاة

¹: حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، المرجع السابق، ص 390.

²: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 110، انظر أيضا: حمد محمد حمد الشلثاني المرجع السابق، ص 87.

ألا يترتب على هذه العقود زيادة الالتزامات في السنوات المالية التالية عما هو مدرج بالسنة المالية التي يتم فيها التعاقد، وفي حالة ما إذا تجاوزت آجال العقود المذكورة سابقا مدة ثلاث سنوات، فيجب عندها إرفاق موافقة المدير المالي بالمحافظة، أو المراقب المالي بالوزارة بأوراق العقد، وقد أكملت اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998، أحكام الإدارة المالية للعقود، حيث حظرت في المادة 133 التعاقد بغرض استنفاد الإعتمادات المالية، كما حظرت التعاقد في الشهر الأخير من السنة المالية، إلا في الحالات الاستثنائية التي تقتضيها ضرورة العمل، وبموافقة السلطة المختصة، وهذه المادة مهمة جدا وخصوصا في شقها الأول الذي يمنع التعاقد بغرض استنفاد الاعتمادات المالية، إذ أن هذا النمط من التعاقد قد يقود الجهة الإدارية إلى التعاقد بعشوائية وبعيدا عن المصلحة العامة، ووفق أسس لا تهدف إلى جودة المنتج وقيمه السعرية بقدر ما تهدف إلى تسريع التعاقد للوصول إلى صرف ما تبقى من إعتمادات في السنة المالية⁽¹⁾، ولكن ما مصير العقد الإداري إذا انعقد في غياب أو عدم كفاية الاعتماد المالي؟

ثانيا: أثر مخالفة المصلحة المتعاقدة للقواعد المتعلقة بالاعتماد المالي.

إن مخالفة الإدارة للقواعد المتعلقة بالاعتماد المالي، سواء أكان الاعتماد المالي منعدم كلية، أو كانت الالتزامات التعاقدية تزيد على المبلغ المسموح به، لا ينال من صحة وسلامة العقد الإداري، ويبقى صحيحا مرتبا لآثاره، في مواجهة الأفراد المتعاقدين معهم، إلى أن يتم تصحيح الإجراءات المالية وتدبير الإعتماد المالي⁽²⁾، وهو ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي، حيث أقر مبدأ الفصل بين قواعد القانون المالي وقواعد القانون الإداري، فقد قرر صراحة ومنذ زمن طويل أن العقد المبرم دون اعتماد، أو الذي تم تجاوز الاعتماد

¹: هاني عبد الرحمان اسماعيل، المرجع السابق، ص 343. انظر أيضا: مهند مختار نوح، المرجع السابق ص 468.

²: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 110.

المقدر يكون مشروعاً وصحيحاً، ولا يمكن للإدارة أن تتخلص من دفع المبالغ المالية الناجمة عنه⁽¹⁾، وقد وضع مجلس الدولة الفرنسي طريقتين أمام المتعاقد لاستيفاء حقه وهما⁽²⁾:

- الطريق القضائي: إذا رفض المحاسب دفع دين مترتب في ذمة الشخص العام المتعاقد، تبعا لمخالفة مالية موجودة، فإن صاحب الدين التعاقدى يستطيع أن يطلب من قاضي العقد، أن يحكم على هذا الشخص العام بدفع المبلغ الذي في ذمته بموجب العقد.

- التسوية: وهو الطريق الغالب، حيث يلجأ أطراف العقد إلى إصلاح الخلل في القواعد المالية المتعلقة بالعقد، ومن ثم دفع الدين المترتب عليه، عن طريق تنظيم تسوية والتي تقضي رصد الاعتماد اللازم، ووضع تأشيرة المراقب المالي ... إلخ.

وقد سار مجلس الدولة المصري في الاتجاه ذاته، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا ذلك بقولها "... الثابت في فقه القانون الإداري أن العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة مع الغير - كعقد الأشغال العامة أو التوريد مثلاً- ينعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال أو حتى لو تجاوزت الإدارة حدود هذا الاعتماد أو لو خالفت الغرض المقصود منه أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه، فمثل هذه المخالفات- لو وجدت من جانب الإدارة- لا تمس صحة العقد ولا نفاذه، وإنما قد تستوجب المسؤولية السياسية"، وقد بررت المحكمة الإدارية هذا النهج قائلة " إن العقود التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية، وليست تنظيمية عامة، ولذا يجب من ناحية حماية هذا الغير ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة، فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدماً إذا كان قد صدر اعتماداً أو لم يصدر، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح، وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الإيعاد أو ليس في

¹: رمضان بطيخ، المرجع السابق، ص 100 وما بعدها.

²: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 471-472.

حدود الغرض، فكل هذا من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي بل الحريص التعرف عليها ولو جاز جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهنا بذلك، لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة⁽¹⁾.

وفي تعليمة أصدرها الوزير الأول بتاريخ 17 ديسمبر 2017، بخصوص الالتزام بنفقات الدولة، جاء فيها بأن "...الالتزام بنفقات دون توفر الاعتمادات أو تتجاوز الرخص المالية، يشكل مخالفة لقواعد الانضباط الميزاني والمالي، وكذا للأحكام القانونية والتنظيمية ويشكل سلوكا يقع تحت طائلة عقوبات مجلس المحاسبة ..."⁽²⁾.

كما نهج القضاء الجزائري، نهج المشرعين الفرنسي والمصري في هذه المسألة حيث أكد أنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتذرع بعدم توفر الاعتماد المالي، للامتناع عن تسديد مستحقات المتعاقد معها، وهذا ما أكده مجلس الدولة الجزائري في قرار له صادر بتاريخ 12 جويلية 2005، حال فصله في القضية رقم 20289، في النزاع القائم بين السيد (ز.د) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ثنية الحد، ومما جاء فيه أنه "لا يمكن للمصلحة المتعاقدة الشروع في أشغال لا تتوفر مسبقا على الإعتمادات الأولية، وذلك طبقا لمقتضيات المادة 58 من القانون 90-21 المؤرخ في 15 أوت 1990، المتعلق بالمحاسبة العمومية وللمواد 5،6،7 و9 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها"⁽³⁾.

¹: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 175 لسنة 1ق-جلسة 1956/02/11، منكور في: هاني عبد الرحمن اسماعيل، المرجع السابق، ص 251، عبد العزيز عبد المنعم حليفة، المرجع السابق، ص 111، حازم صلاح الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 194.

²: التعليمة الوزارية رقم 543، بتاريخ 12 ديسمبر 2017، صادرة عن الوزير الأول المتضمنة الالتزام بنفقات الدولة، موجهة إلى السادة أعضاء الحكومة و الولاية.

³: مجلة مجلس الدولة، العدد 07، السنة 2007، ص 86.

المطلب الثاني: حصول الإدارة على الموافقات السابقة على التعاقد.

إن عملية إبرام بعض العقود الإدارية، لا تنحصر آثارها على المصلحة المتعاقدة فحسب، بل تمتد آثارها أحيانا إلى هيئات إدارية أخرى وجهات إستشارية، يصبح من الواجب على المصلحة المتعاقدة اتخاذ إجراءات شكلية معينة قبل طرح العملية للتعاقد، تتمثل أساسا في ضرورة طلب مشورة هذه الجهات والهيئات لإبداء رأيها حول العقد المزمع إبرامه وذلك قصد وصولها إلى تحقيق أهدافها على أحسن وجه (الفرع الأول)، كما ينبغي للمصلحة المتعاقدة في بعض العقود الإدارية، طلب الإذن الإداري بالتعاقد في إطار العلاقات الموجودة بين الهيئات الإدارية المركزية و اللامركزية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاستشارة السابقة على إبرام العقد.

تعد الاستشارة الإدارية قبل التعاقد، إحدى الخصائص الرئيسية التي تتميز بها أعمال الإدارة القانونية، لارتباطها بتحقيق المصلحة العامة، وإذا كانت عملية الاستشارة في تصرفات الأفراد العاديين في تسيير أمور حياتهم تؤدي إلى حسن أداء التصرف، بحيث تقلل من وقوع الأخطاء التي قد لا يتوقعها الفرد؛ إذا لم يستشر جهة مختصة أو أفرادا ملمين بموضوع التصرف المعني؛ فإن قيام الجهة الإدارية بطلب الاستشارة من الجهات المختصة أصبح شرطا أساسيا لازما لصحة التصرف أو العمل الإداري.

ولأن العقود الإدارية تتعلق بإدارة الدولة والحياة الاجتماعية للأفراد؛ فإن الاعتبارات الفنية والاقتصادية والاجتماعية وأحيانا السياسية، تقتضي الحصول على استشارات الجهات المختصة بإبرام عقد معين، وذلك لاعتبارات متعددة قد تكون مالية أو فنية، أو لتفادي بعض

المخاطر التي قد تترتب من جراء إبرام وتنفيذ العقد الإداري، أو لأجل تمكين الجهة الإدارية العليا أو جهة الوصاية من ممارسة رقابة سابقة على صرف النفقات⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس يفرض القانون أحيانا على جهة الإدارة المتعاقدة، عند إبرام عقودها استشارة الجهة المعنية، سواء أكانت جهة مركزية أو جهة وصاية أو قد تكون جهة فنية أو جهة مختصة ببعض الأمور المعنية.

وعليه سنتطرق إلى مفهوم الإستشارة وأهميتها (أولا)، ثم نبين أنواعها (ثانيا) ثم نعالج مدى إلزاميتها (ثالثا).

أولا: مفهوم الاستشارة: الرأي الاستشاري (L'avis consultatif) هو إجراء يستوجب التعبير عن رأي جهة إدارية مختلفة عن تلك الجهة المختصة أصلا باتخاذ القرار وذلك بقصد تنويرها بالكيفيات والأساليب التي تكفل لها حسن ممارستها لسلطتها⁽²⁾.

ويتوجب على الإدارة أن تستشير الجهة التي حددها القانون قبل التعاقد، وكثيرا ما يكون الرأي المطلوب متعلقا بالموضوع، وقد يكون متعلقا بالصياغة والرأي القانوني والهدف في الحالين واحد وهو تجنب الإدارة مواطن الخطأ، وإتاحة الفرصة للتروي ومناقشة وجهات النظر المختلفة.

وبما أن إبرام العقود الإدارية يمثل أحد النشاطات المهمة التي تباشرها الإدارة في تنظيم وتسيير المرافق العامة، فإن للاستشارة أهمية بالغة، كونها تؤدي إلى تفادي الكثير من المعوقات التي قد تعرقل سير عمل المصالح المتعاقدة، وتجنب الأخطاء أو التقليل منها وتفايدي بعض المخاطر التي قد تحدث أثناء إبرام وتنفيذ العقد الإداري⁽³⁾، لأن المصلحة

¹: رياض عبد عيسى الزهيري، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكي، أطروحة دكتوراه كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1979، ص 370.

²: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 285. انظر أيضا: Jean-Bernard Auby, le régime juridique de l'avis dans la procédure administrative, A.J.D.A, 1956, p 53.

³: عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 113 وما بعدها.

المتعاقدة مكلفة مبدئياً باتخاذ قراراتها وإبرام تصرفاتها بما يتناسب ومقتضيات المصلحة العامة، ولجئها إلى الاستشارة من شأنه أن يرفع من جودة التصرف القانوني المراد إبرامه⁽¹⁾، وغالبا ما يتمتع أعضاء الهيئات الاستشارية بمهارة الإقناع والمكانة والتقدير لدرجة أن أغلب الرؤساء الإداريين قد يجدوا أنفسهم مرغمين بصورة أو بأخرى لقبول العمل الاستشاري حتى لو كان يتعارض مع وجهات نظرهم.

ثانيا: أنواع الاستشارة: الأصل في طلب الرأي الاستشاري أنه أمر اختياري متروك لتقدير الإدارة، غير أنه قد يكون إجباريا في حالة ما إذا نص عليه القانون، ومن ثم فإن الاستشارة نوعان وهما:

1- الاستشارة الإلزامية أو الإجبارية: وهي تلك الاستشارة التي يفرضها القانون على المصلحة المتعاقدة عندما ترغب في إبرام عقد إداري معين، حيث يتوجب عليها طلب رأي هيئة أو إدارة استشارية معينة قبل أن تبرم هذا العقد، وهذا الرأي قد يكون وجوبيا من حيث اللجوء إليه، ولكن يبقى للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية للأخذ بمضمونه أو الالتفات عنه⁽²⁾، وقد يكون ملزما ليس فقط بأخذ رأي أو استشارة جهة معينة وإنما بضرورة التقيد بما جاء في هذا الرأي أو الاستشارة، وفي هذه الحالة الأخيرة يعتبر الإجراء جوهري وملزم للمصلحة المتعاقدة، ويترتب على إغفاله بطلان قرار التعاقد⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الاستشارة الوجوبية الملزمة للمصلحة المتعاقدة في مضمونها لا ينبغي أن يفهم من ذلك أنها مشاركة في الاختصاص من طرف الجهة المستشارة للجهة المتعاقدة المستشيرة، ذلك أن الأخذ بمضمون الاستشارة هدفه هو المساهمة الجوهرية

¹: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 286. انظر أيضا: Jean-Bernard Auby, op.cit. p 56.

²: حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة، المرجع السابق، ص 140.

³: محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 119.

في تكوين التصرف القانوني ولا يعد مشاركة في الاختصاص، لأنه لا ينطوي على مشاركة في وضع مضمون التصرف⁽¹⁾.

2- الاستشارة الاختيارية أو التلقائية: ويطلق عليها الاستشارة الحرة، وهي تلك التي تطلبها المصلحة المتعاقدة حينما ترغب في إبرام عقد معين بمحض إرادتها، ودون أي إلزام قانوني بطلبها، لذلك فإن للمصلحة المتعاقدة في مثل هذه الحالات التي لا يفرض فيها القانون استشارة جهة معينة، سلطة تقديرية في طلب أو عدم طلب الاستشارة، ولها الحرية المطلقة في أن تلتزم أو لا تلتزم نفسها بنتيجة هذه الاستشارة.

ثالثا: تطبيقات الاستشارة في نطاق العقود الإدارية: سنتناول تطبيقات التدخلات

الاستشارية في نطاق العقود الإدارية، في كل من الجزائر وفرنسا ومصر.

1- الاستشارة التعاقدية في التشريع الجزائري: أولى المشرع الجزائري اهتماما بالغا

بالاستشارات السابقة على إبرام العقود الإدارية، إلا أنه لم يجعلها إلزامية، ومن أهم الاستشارات الاختيارية للمصلحة المتعاقدة التي تناولها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، ما نصت عليه المادة 3/35 عندما تلجأ المصلحة المتعاقدة بصفة استثنائية إلى إجراء " دراسة وإنجاز " يمكن أن تعين لجنة تحكيم طبقا لأحكام المادة 48، لإبداء رأيها حول اختيار المشروع.

كذلك في تحديد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع صفقة إجمالية (المادة

6/35) أو موضوع طلب العروض المحدود (المادة 2/45 مطة 4) بموجب مقرر لمسؤول

الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة

القطاعية للصفقات، حسب الحالة.

¹: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 288.

وعندما يتعلق الأمر كذلك بإجراء المسابقة طبقاً للمادة 47، بعد أخذ رأي لجنة التحكيم لاختيار المخطط أو المشروع المذكورة في المادة 48.

كما نصت المادة 191 على "أن تجتمع اللجنة القطاعية للصفقات ولجنة صفقات المصلحة المتعاقدة التي يمكنها أن تستعين على سبيل الاستشارة بأي شخص ذي خبرة من شأنه أن يساعدها في أشغالها".

ومثال التدخلات الاستشارية الوجوبية ما تضمنته المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 من إنشاء سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لدى الوزير المكلف بالمالية وتصدر رأياً موجهاً للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للنزاعات والمتعاملين الاقتصاديين، فيما يتعلق بإعداد وتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ... وتشكيل مكان للتشاور في إطار مرصد الطلب العمومي.

كذلك ما نصت المادة 91 مكرر من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم⁽¹⁾، على أنه "لا يجوز القيام بالعمليات الآتية، إلا بعد أخذ رأي الإدارة المكلفة بالأملاك الوطنية فيما يخص طلبات البائع أو المؤجر، ووفق الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم:

- شراء العقارات والحقوق العقارية أو المحلات التجارية محل متابعة من طرف مصالح الدولة أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها.
- الإيجار والاتفاقات بالتراضي وأية اتفاقية أخرى تستهدف إيجار العقارات بشتى أنواعها من طرف مصالح الدولة أو المؤسسات العمومية التابعة لها".

¹: قانون رقم 08-14، مؤرخ في 20 جويلية 2008، يعدل ويتم القانون رقم 90-30 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر. عدد 44، الصادرة بتاريخ 3 أوت 2008، ص 10.

2- الاستشارة التعاقدية في التشريع الفرنسي: اهتم التشريع الفرنسي بالاستشارة السابقة

على إبرام العقد، وأوجب على السلطة المتعاقدة في بعض العقود الإدارية أن تطلب مسبقاً رأي عضو إستشاري محدد، والقاعدة العامة أن هذه الاستشارات لا تكون ملزمة في موضوعها ما لم يوجد نص خاص يفرض على الإدارة الأخذ بمضمونها أو بأن يعلق إبرام العقد على تدخل سلطة ثالثة، في حالة الخلاف بين الجهة الإدارية المتعاقدة والجهة المستشارة، وبناء عليه يمكن التمييز بين نوعين من التدخلات الاستشارية في فرنسا وهي: التدخلات الاستشارية المحضة الوجوبية، والتدخلات الاستشارية الاختيارية.

أ- التدخلات الاستشارية المحضة: وفقاً لهذا النوع من الاستشارات، تلتزم السلطة

المختصة بإبرام العقد بطلب الرأي الاستشاري من الجهات التي حددها القانون، دون أن يكون هذا الرأي ملزماً من حيث المبدأ وذلك بالنسبة لعقود الشراء العام؛ حيث توجد لجان خاصة تتولى مراقبة مشاريع عقود أشغال وتوريد وخدمات الدولة ومؤسساتها العامة الإدارية، ويمتد عملها هذا إلى كل وزارات الدولة وكل منها يغطي قطاعاً محدداً، وتقوم هذه اللجان بتقديم الرأي الاستشاري الإلزامي بالنسبة للعقود التي يتجاوز مبلغاً معيناً يحدد بقرار وزاري، وكذلك بالنسبة للعقود المتعلقة بأداء خدمات ذات طبيعة خاصة⁽¹⁾، ويقوم رئيس اللجنة المختصة بتبليغ الإدارة صاحبة العلاقة برأي اللجنة حول مشروع العقد خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الرأي، وذلك دون أن يلزم هذا الرأي الإدارة المعنية بالعقد، بيد أن هذه الأخيرة إذا خالفت مضمون استشارة اللجنة، فإنها يجب تسببب قرارها كتابة وعلى الوزير المختص - في هذه الحالة- أن يبلغ رئيس اللجنة بهذا القرار⁽²⁾.

¹: انظر المواد 25، 13، 14، من قانون الصفقات العمومية الفرنسي.

²: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 290.

ومع ذلك توجد في فرنسا لجنة مركزية لعقود الشراء العام (commission centrale des marchés) تابعة لوزارة الاقتصاد تقوم بدورها الاستشاري من خلال ممارستها لمهامها المتمثلة في تنسيق ورقابة الطلبات العامة والشراء العام.

ب- التدخلات الاستشارية الوجوبية: ومثال التدخلات الاستشارية الوجوبية من حيث موضوعها ما نصت عليه المادة (L.30) من قانون أملاك الدولة من أن الإيجارات الواقعة على الدومين الخاص لا يمكن أن تبرم قبل أخذ رأي مرفق أملاك الدولة حول بدلات الإيجار وذلك عندما تبلغ الأجرة السنوية قيمة معينة أو تكون مدة الإيجار أكثر من تسع سنوات⁽¹⁾ وكمثال آخر على الاستشارة الوجوبية ما نصت عليه المادة 35 من القانون الصادر في 27 ديسمبر 1973، المتعلق بنظام استغلال حقوق المكان والتوقف في الأسواق الخاصة التابعة للبلديات، حيث يتحدد تطبيق هذا النص وفقا للأحكام الواردة في قائمة الشروط أو في الأنظمة التي تضعها سلطة البلدية بعد التشاور مع المنظمات المهنية المعنية، حيث أن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1989/10/04، استنادا إلى القانون المذكور أعلاه وفصلا في الدعوى المقامة من قبل الشركة المدعية، رفض إلغاء الحكم الذي أصدرته محكمة باريس الإدارية والذي قضى بعدم مشروعية القرارين الصادرين في 11 و 12 أكتوبر 1976 و 04 أبريل 1979، وذلك لعدم إجراء التشاور المشار إليه في القانون المذكور، من قبل الإدارة في وضع الملحقين رقم 9 ورقم 10 الذين كان الهدف منهما التصريح برفع تعريفه حقوق استغلال المكان، حيث كان يجب أن يسبقه التشاور وأخذ رأي المنظمات المعنية وأن من الثابت أن هذا التشاور لم يتم، لذا قضى المجلس بأنه ليس من حق الشركة المدعية أن تطلب إلغاء الحكم⁽²⁾.

¹: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 291.

²: مذكور في: عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 121.

3- الاستشارة التعاقدية في التشريع المصري: اهتم المشرع المصري بموضوع الإستشارة

من طرف الإدارة في بعض العقود الإدارية التي تزيد قيمتها على مبلغ معين حيث نصت المادة 58 من القانون رقم 47 لسنة 1972، المتعلق بتنظيم مجلس الدولة على أنه "...لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة..."، وهذا النص لم تستحدثه قوانين مجلس الدولة المتعاقبة بل كان موجودا في القانون رقم 1 لسنة 1923، المتضمن "نظام لجنة قضايا الحكومة" ثم انتقل بعد ذلك إلى نصوص القوانين المتعاقبة لمجلس الدولة المصري⁽¹⁾، كما نصت المادة 11 من القانون رقم 230 لسنة 1960، على وجوب إحالة مشاريع عقود التوريد والأشغال العامة وكل عقد يمكن أن يرتب حقوقا والتزامات مالية على عاتق الدولة، وغيرها من الأشخاص العامة إلى ديوان المحاسبات، وذلك إذا زادت قيمته على خمسة آلاف جنيه وهذه الاستشارة تهدف إلى التأكد من أن هذه العقود أبرمت ضمن الاعتمادات المدرجة في الميزانية وفقا للقواعد المالية المقررة.

كذلك من الاستشارات الوجوبية لاعتبارات مالية، ما نصت عليه الفقرة 03 من المادة 21 من القانون رقم 43 لسنة 1974، المتعلق بنظام استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة، والتي توجب أن يعهد إلى الهيئة العامة للاستثمار وحدها بمراجعة العقد من الناحية الاقتصادية، فتتظر في اقتصاديات العقد وموقفه من الاقتصاد القومي وأثره عليه ومدى ارتباطه بخطة الدولة⁽²⁾، ويلاحظ أن قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، جاء خاليا من النص لإجراء مثل هذه الاستشارات من طرف الإدارة المتعاقدة واكتفى فقط بما ورد في تنظيم مجلس الدولة.

¹: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 358.

²: هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 232.

رابعاً: أثر مخالفة الإدارة للاستشارة السابقة: الأصل أن الإدارة المتعاقدة غير ملزمة باستشارة جهة معينة قبل القيام بالتعاقد، إلا أن المشرع إذا ألزمها بأخذ رأي جهة ما والعمل به في هذا التعاقد، فإنّ الاستشارة في هذه الحالة تكون ملزمة لجهة الإدارة، بحيث لا يجوز لها التعاقد على خلاف ما ورد بها و تأخذ الاستشارة في هذه الحالة حكم الإذن بالتعاقد.

إلاّ أنه يجب التفرقة في هذا المجال بين طلب الحصول على الاستشارة من ناحية والإلزام بها موضوعاً من ناحية أخرى، فإذا فرض المشرع على جهة الإدارة، أخذ رأي أو استشارة جهة معينة قبل إبرام العقد، فيجب عليها الإلتزام باستيفاء هذا الإجراء⁽¹⁾ وإهمال ذلك قد يجعل العقد معيباً وقابلًا للإبطال لتعلق هذه الشروط بصحة العقد لا بانعقاده، إضافة إلى أن الإخلال بهذا الإجراء يترتب عليه مسؤولية الإدارة.

أمّا إذا جعل المشرع موضوع الاستشارة ملزماً للإدارة، فإن هذا الإجراء يأخذ حكم التصريح بالتعاقد، ومخالفة الإدارة المتعاقدة لهذا الإلتزام، لا تؤدي إلى بطلان العقد فحسب بل تؤدي إلى انعدامه⁽²⁾، ومثال ذلك الصفقات التي تبرمها البلدية حيث تخضع إلى مصادقة المجلس الشعبي البلدي طبقاً للمادة 194 من قانون البلدية⁽³⁾.

وبصفة عامة لا يؤخذ هذا الإجراء بعين الاعتبار ويفسح المجال للإدارة لإعمال سلطتها التقديرية، في حالة وجود ظروف استثنائية أو طارئة، تحول دون تمكينها من طلب الاستشارة من الجهات ذات العلاقة، ففي هذه الحالة التي تتطلب إبرام عقدا إداريا مستعجلا يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتجاوز هذا الإجراء، كون المصلحة العامة تقتضي ذلك من أجل المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

¹: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ص 342.

²: نفس المرجع، ص 343.

³: تنص المادة 194 قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر، عدد 37، بتاريخ 03 جويلية 2011، على أنه " يصادق على محضر المناقصة والصفقة العمومية عن طريق مداولة المجلس الشعبي البلدي.

يرسل محضر المناقصة والصفقة العمومية إلى الوالي مرفقان بالمداولة المتعلقة بهما".

الفرع الثاني: الحصول على إذن بالتعاقد.

يستلزم المشرع قبل الإقدام على إبرام بعض العقود الإدارية، ضرورة حصول جهة الإدارة الراغبة في التعاقد على تصريح أو إذن بالتعاقد من الجهة التي يحددها القانون وفي هذه الحالة يحظر على الإدارة السير في إجراءات التعاقد، قبل الحصول على هذا الإذن وذلك نظرا لما تتسم به تلك العقود من أهمية خاصة⁽¹⁾، والتي قد يترتب عليها آثار هامة تؤدي إلى إنفاق مبالغ كبيرة من الميزانية العامة، وتمس بالموارد الرئيسية في الدولة أو الأمن القومي أو المصالح العليا في البلاد⁽²⁾.

وهذا التصريح ليست له صفة مالية، وإنما هو إذن بإبرام العقد، فالإذن بالتعاقد يختلف عن شرط وجود الاعتماد المالي، حيث إن الأول يعتبر شرط من شروط صحة العقد بينما وجود الاعتماد المالي، ليس شرطا لسلامة العقد، كما تختلف من جهة أخرى عن قرارات التعاقد التي تصدر عن المجالس المحلية، والتي بمقتضاها يتم تكليف رئيس المجلس بالتعاقد باسم الوحدة المحلية، فالإذن بالتعاقد لا يلزم السلطة المختصة بإبرام العقد، بمعنى أن السلطة قد ترى بعد الحصول على الإذن ألاّ تتعاقد، بينما قرارات التعاقد الصادرة من المجالس المحلية فإنها تلزم رئيس تلك المجالس بالتعاقد⁽³⁾.

ويأخذ الإذن بالتعاقد صورا متعددة فقد يصدر من البرلمان، أو من رئيس الجمهورية أو من مجلس الوزراء، أو من الوزير المختص، أو من طرف لجان مختصة. وبناء على ما سبق سنتناول تطبيقات الإذن بالتعاقد في كل الجزائر وفرنسا ومصر (أولا)، ثم نتطرق إلى أثر مخافة الإدارة لقواعد الإذن بالتعاقد (ثانيا).

¹: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 113.

²: رمضان بطيخ، المرجع السابق، ص 75.

³: هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 253.

أولاً: تطبيقات الإذن بالتعاقد في التشريع الجزائري والمقارن: سنتطرق إلى موقف

المشرع الجزائري ثم المشرعين الفرنسي والمصري.

1- في التشريع الجزائري: يستلزم المشرع لإبرام بعض العقود الإدارية كقيد قبل الشروع

في اجراءاتها وجوب حصول الإدارة على إذن بالتعاقد من سلطة إدارية أعلى من السلطة المكلفة بإبرام هذا النوع من العقود، وذلك وفقاً للعلاقة المقررة بين الإدارة المركزية والإدارة اللامركزية.

وتبعاً لذلك فقد نصت المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في

16 سبتمبر 2015، المشار إليه سابقاً على أنه " في حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر

داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ... يمكن مسؤول 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 ... "، ومن خلال هذا

النص يتبين أن المشرع الجزائري جعل الأصل أن التنفيذ عملية لاحقة على الإبرام، فلا تنفيذ

إلا بعد توقيع الصفقة من الجهة المخولة قانوناً بذلك، وهذا ما يتوافق والمنطق القانوني

فلا يعقل بدء عملية التنفيذ في حين إجراءات تحرير الصفقة أو توقيعها لم تتم بعد، غير أن

المشرع منح ترخيصاً للمصلحة المتعاقدة، للبدء في تنفيذ العقد قبل عملية الإبرام، وعلق

الأمر على ترخيص يمنح من طرف الوزير الوصي على القطاع المعني بالصفقة، أو

مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي المختص إقليمياً، وهذا بموجب قرار معلل بالأسباب

المقنعة والتي أدت إلى اللجوء للتنفيذ قبل مباشرة عملية الإبرام، وبعد إصدار الترخيص من

الجهة المخولة، وجب إرسال نسخة منه إلى وزير المالية⁽¹⁾، ومثل هذه الحالات في الحقيقة

تقتضيه الضرورات العملية المتعلقة بالصالح العام.

¹: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 60-61.

كما تضمنت التعليمات الوزارية رقم 842/394⁽¹⁾، المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية وتأجيرها، ضرورة صدور قرار بمنح امتياز المرافق العامة المحلية من قبل المجلس الشعبي البلدي أو المندوبية التنفيذية البلدية بالنسبة للمرافق التابعة للبلدية، أما المرافق التابعة للولاية فإن قرار المنح يصدر من المجلس الشعبي الولاىي أو المندوبية الولاىية.

وفي هذا الإطار أيضا نصت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة على أنه "يصادق على اتفاقية منح الامتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخذ في مجلس الحكومة بناء على تقرير مشترك بين الوزراء المكلفين على التوالي: بالداخلية والمالية والطرق السريعة"⁽²⁾.

أما بالنسبة للعقود التي تبرمها الأشخاص العامة اللامركزية المحلية، فنجد أن قانوني البلدية والولاية لم ينصا على أخذ الموافقة قبل الإقدام على التعاقد، حيث نصت المادة 189 من قانون البلدية⁽³⁾ على أنه "يتم إبرام صفقات اللوازم والأشغال أو تقديم الخدمات التي تقوم بها البلدية والمؤسسات العمومية البلدية ذات الطابع الإداري طبقا للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفقات العمومية"، وأن الجهة المكلفة بإبرام عقود البلدية هو رئيس المجلس الشعبي البلدي، بمساعدة أعضاء اللجنة البلدية للمناقصة الذين يحررون محضر بشأن كل مناقصة وتوقيعه مع إبداء ملاحظاتهم⁽⁴⁾، ونفس الشيء بالنسبة للمادة 57 من قانون البلدية عندما يتعلق الأمر بالمداوات المتضمنة التنازل عن الأملاك العقارية البلدية حيث لا تنفذ إلا بعد المصادقة عليها من الوالي.

¹: التعليمات الوزارية رقم 842-394، بتاريخ 07 ديسمبر 1994، صادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري، المتضمنة امتياز المرافق العامة المحلية وتأجيرها، موجهة إلى السادة الولاة للاتصال مع رؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية والمندوبية التنفيذية.

²: المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، ج.ر، عدد 55، الصادرة بتاريخ 25 سبتمبر 1996.

³: قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، المشار إليه سابقا.

⁴: المادة 192 من قانون البلدية.

ولذلك فإن دور الجهة الوصية وهو الوالي يقتصر على المصادقة البعدية على العقد بعد إبرامه، ولا يشترط موافقته القبلية قبل إبرام العقد⁽¹⁾.

أما في عقد الامتياز الذي تبرمه الولاية فقد نصت المادة 149 من قانون الولاية⁽²⁾ على أنه "إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة، فإنه يمكن للمجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقاً للتنظيم المعمول به ... ويصادق على العقود المبرمة في هذا الشأن بموجب مداولة"، وكذلك المادة 55 من ذات القانون التي نصت على أنه "ولا تنفذ إلا بعد مصادقة الوزير المكلف بالداخلية عليها في أجل أقصاه شهران مداولات المجلس الشعبي الولائي المتضمنة ... التنازل عن العقار أو اقتنائه أو تبادله".

2- في التشريع الفرنسي: إن المبدأ العام في القانون الفرنسي عندما يتعلق الأمر بعقود الدولة كعقود القروض العامة، فإنه لا يمكن للدولة أن تبرم قرضاً دون ترخيص من البرلمان ولقد تكرر ذلك في المادة 34 من دستور 1958 التي نصت على أنه "تحدد القوانين المالية موارد وأعباء الدولة"⁽³⁾، ويعتبر القرض من قبيل موارد الدولة، لذلك فإن قوانين المالية هي التي تحدده، وقد تبنت هذه القاعدة عدة تشريعات، فالمادة 124 من مرسوم 09 ديسمبر 1962 المتعلق بالتنظيم العام للمحاسبة العامة نصت على "عدم جواز عقد ديون في ذمة الدولة إلا بموجب قوانين مالية"، وقاعدة الترخيص التشريعي لعقود الدولة تطبق على جميع أنواع القروض سواء كانت داخلية أو خارجية، ويجب أن يتضمن القانون

¹: شريف الشريف، النظام المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص 15 وما بعدها.

²: قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر، عدد 12، بتاريخ 29 فبراير 2012.

³: Article 34: « la loi fixe les règles concernant : ... Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique ».

المرخص بإبرام القرض كل الشروط الأساسية للعقد، في حين تحدد الإجراءات التفصيلية المتعلقة بالقرض بقرار صادر عن وزير المالية⁽¹⁾.

أما إبرام عقود الامتياز، فتختص الحكومة وحدها بإبرام مثل هذه العقود، دون ضرورة لتدخل السلطة التشريعية لمنح الترخيص أو الإذن.

وبالرجوع إلى الأمر رقم 2015-899 المؤرخ في 23 جويلية 2015، المتضمن قانون الصفقات العمومية، نجد أن المشرع الفرنسي قد تناول الإذن بالتعاقد في عقود الشراكة مع القطاع الخاص، حيث نصت المادة 77 منه على أنه "إن تقرير إجراء إبرام عقود الشراكة⁽²⁾ بالنسبة للدولة ومؤسساتها العامة، من طرف المشتري العمومي يخضع إلى إذن من السلطات الإدارية المختصة من خلال شروط تحدد عن طريق التنظيم.

وبالنسبة للجماعات الإقليمية ومؤسساتها العامة، فإن الحصول على إذن يقدم إلى المجلس المقرر، أو سلطة التقرير التي تبت في مبدأ اللجوء إلى عقود الشراكة.

بالنسبة لبقية المشتريين الآخرين (المصالح المتعاقدة)، فإن تقييم طريقة إنجاز المشروع ودراسة الاستدامة المالية، والحصول على الإذن يقدم إلى الهيئة التقريرية، التي تبت في اللجوء إلى عقد الشراكة".

¹: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 325.

²: عقود الشراكة (Public - Private Partnership) هي مفهوم حديث، ونمط جديد من العلاقات بين مؤسسات الدولة والإدارة العامة من جهة، والقطاع الخاص من جهة أخرى، وهي نهج جديد تتبعه الدول في تأمين خدمات عامة كانت الدولة هي التي تضطلع بها بهدف رفع العبء عن الموازنة العامة وإلقائه على عاتق القطاع الخاص وتحويل جهد القطاع العام إلى أوجه إنفاق أخرى يعزف عنها القطاع الخاص. ويعرف الفقه عقد الشراكة بأنه "عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القطاع العام إلى أحد أشخاص القطاع الخاص القيام بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد المحددة في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية وتتولى مؤسسات القطاعين العام والخاص العمل معاً لتحقيق مشاريع أو تقديم خدمات للمواطنين وخصوصاً في المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية".

لمزيد من التفاصيل بهذا الخصوص، انظر: حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة، المرجع السابق، ص 17 وما بعدها.

وجاء المرسوم التنفيذي رقم 2016-360، المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم، ليوضح في المواد (153، 154، 155) التصريح أو الإذن السابق على التعاقد حيث نصت المادة 153 على إنشاء هيئة خبراء لدى الوزير المكلف بالطلب العمومي لتقدم رأيا حول تقييم طريقة إنجاز المشروع، في مدة ستة أسابيع من تاريخ إحالة الملف إليها كما أوجبت المادة 154 إرسال الملف المتعلق بتقييم طريقة إنجاز المشروع إلى الوزير المكلف بالميزانية، الذي يقدم رأيا معطى حول دراسة الاستدامة المالية، ويقرر في غضون ستة أسابيع من تاريخ إرسال الملف إليه.

كما بينت المادة 155 بأن إبرام عقود الشراكة بالنسبة لمشاريع الدولة، تكون بترخيص من الوزراء المكلفين بالميزانية والاقتصاد بالرد صراحة في غضون شهر من تاريخ استلام تقييم طريقة إنجاز المشروع ودراسة الاستدامة المالية، وبفوات هذه المدة يعتبر قبول ضمني. أما بالنسبة لمشاريع المؤسسات العامة للدولة، فإن التقييم والدراسة المسبقة تقدم إلى سلطة التقرير، التي تقرر حول مبدأ اللجوء إلى عقد شراكة.

وبالنسبة لمشاريع المشتريين غير المرخصة المنصوص عليها في المادة 71، من الأمر المؤرخ في 23 جويلية 2015، المشار إليه أعلاه، فإن الترخيص المسبق على إطلاق إجراء الإبرام، يمنح من طرف الوزراء المكلفين بالميزانية والاقتصاد⁽¹⁾.

ويتضح مما سبق أن عقود الشراكة المتعلقة بالأشخاص العامة اللامركزية المحلية أو المصلحية تختص بإبرامها سلطتان إداريتان هما سلطة التقرير (l'organe délibérant)

¹: L'article 155: « Pour les projets de l'Etat, les ministres chargés du budget et de l'économie autorisent, en application de l'article 77 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat. Leur accord est réputé acquis à défaut de réponse expresse dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de l'évaluation du mode de réalisation du projet et de l'étude de soutenabilité budgétaire ainsi que des avis mentionnés aux articles 153 et 154 ou, lorsqu'ils sont tacites, à compter de la date à laquelle ceux-ci sont réputés acquis. Pour les projets des établissements publics de l'Etat, l'évaluation et l'étude préalables et les avis mentionnés aux articles 153 et 154 sont présentés à l'organe délibérant, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat. Pour les projets des acheteurs non autorisés mentionnés à l'article 71 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, l'autorisation préalable au lancement de la procédure de passation est donnée par les ministres chargés du budget et de l'économie »

وسلطة التنفيذ (l'organe d'exécution)، وتتعد سلطة التقرير في فرنسا للمجلس البلدي بالنسبة للبلديات، والمجلس العام بالنسبة للمحافظات، والمجلس الإقليمي بالنسبة للأقاليم واللجنة النقابية بالنسبة للتجمعات النقابية المشكلة بين الجماعات المحلية.

بينما تتعد سلطة التنفيذ للعمدة في البلديات، ورئيس المجلس العام في المحافظة ولرئيس المجلس الإقليمي في الأقاليم، وتتعد سلطة التقرير ضمن الأشخاص العامة اللامركزية المصلحية لمجلس الإدارة أما سلطة التنفيذ فتتعد للمدير العام. ويتوجب على سلطة التقرير أن تقوم بمداولة خاصة لإقرار إبرام العقد، وللترخيص لسلطة التنفيذ بإبرام العقد⁽¹⁾.

3- في التشريع المصري: نظرا لأهمية بعض العقود الإدارية، أوجب المشرع المصري حصول الجهة الإدارية الراغبة في التعاقد على إذن بالتعاقد من جهة يحددها، وقد أكد هذا القيد في المادة 10 من اللائحة التنفيذية رقم 89 لسنة 1998 لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، والتي نصت على أنه "يجب على الجهة الإدارية قبل طرح العملية للتعاقد الحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع التعاقد من الجهات المعنية وفقا للقوانين والقرارات التي تقضي بذلك".

وقد يأخذ هذا الإذن صورا متعددة، فقد يصدر في صورة قانون أو موافقة برلمانية وقد يصدر عن رئيس الدولة فيأخذ صورة مرسوم أو قرار جمهوري، تبعا لما إذا كان الحكم ملكيا أو جمهوريا، وقد يصدر عن الوزارة فيأخذ صورة قرار وزاري⁽²⁾.

ونظرا لأهمية بعض العقود الإدارية التي تتصل بالمصلحة العليا للبلاد، وتترتب عليها التزامات تستمر مدة طويلة، فقد تطلب المشرع الدستوري موافقة البرلمان لإبرامها كعقد القرض العام، حيث نصت المادة 127 من التعديل الدستوري الصادر بتاريخ 18

¹: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 258 وما بعدها.

²: حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص 126.

جانفي 2014⁽¹⁾، على أنه " لا يجوز للسلطة التنفيذية الاقتراض أو الارتباط بمشروع غير مدرج في الموازنة العامة المعتمدة، يترتب عليه إنفاق مبالغ من الخزنة العامة لدولة لمدة مقبلة، إلا بعد موافقة مجلس النواب ... "، وعلى ذلك فإنه لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تقدم على إبرام مثل هذه العقود، إلا إذا توافرت الموافقة المسبقة من البرلمان وذلك تحقيقا للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة⁽²⁾.

وقد يأخذ التصريح أو الإذن بالتعاقد صورة قرار جمهوري، ومن أوضح الأمثلة على ذلك إبرام عقد التزام مرفق عام، حيث نصت المادة 32 فقرة 3 من التعديل الدستوري 2014، على أنه "لا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاما"، ولما كان هذا القانون لم يصدر بعد، فإن العمل يجري في هذا الخصوص طبقا للقانون السابق رقم 61 لسنة 1958 المعدل الذي ينص في المادة 01 على أن "منح الامتيازات المتعلقة باستثمار الثروة الطبيعية والمرافق العامة، وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة يكون بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة، ويكون تعديل ما عدا ذلك من الشروط بقرار من الوزير المختص".

كما قد يتخذ الإذن بالتعاقد صورة اقتراح من الوزير المختص، فوزير الطيران مثلا هو المنوط به اقتراح منح التزامات إنشاء واستغلال المطارات وأراضي النزول⁽³⁾.

وقد يتخذ أيضا الإذن أو التصريح صورة قرار يصدر من مجلس الوزراء، ومثال ذلك ما تضمنه القانون رقم 104 لسنة 1992، الخاص بإنشاء الاتحاد المصري لمقاولي التشييد

¹: دستور جمهورية مصر العربية المعدل، ج.ر. العدد 3 مكرر (أ)، بتاريخ: 18 جانفي 2014.

²: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 52-53.

³: حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 405.

والبناء، حيث يلزم موافقة مجلس الوزراء عند إبرام العقود الإدارية مع الجهات الأجنبية وكذلك القانون رقم 100 لسنة 1996 المتعلق بمنح التزامات محطات الكهرباء، والقانون رقم 229 لسنة 1996، المتعلق بمنح التزامات الطرق العامة، والقانون رقم 03 لسنة 1997، المتعلق بمنح التزامات المطارات (1).

أما فيما يتعلق بالتصريح أو الإذن بالتعاقد بالنسبة لعقود الأشخاص العامة اللامركزية المحلية أو المصلحية، فإن الإذن بالتعاقد يصدر من المحافظ حيث نصت المادة 27 من قانون الإدارة المحلية رقم 49 لسنة 1979 المعدل، على أن " يتولى المحافظ بالنسبة إلى جميع المرافق العامة التي تدخل في اختصاص وحدات الإدارة المحلية ... جميع السلطات والاختصاصات التنفيذية المقررة للوزراء بمقتضى القوانين واللوائح، ويكون المحافظ في دائرة اختصاصه رئيساً لجميع الأجهزة والمرافق المحلية ..."، وتأكيداً لذلك فقد نصت المادة 2 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، على أن المحافظ هو السلطة المختصة بإبرام عقود الوحدات الإدارية المحلية، وبالتالي يصبح هو المختص طبقاً لنص المادة الأولى باختيار أسلوب التعاقد وبإصدار قرار إبرام أو عدم إبرام العقد (2).

ثانياً: أثر مخالفة الإدارة لقواعد الإذن بالتعاقد.

إذا كانت جهة الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية، بعد أن تحصل على الإذن أو الترخيص بأن تتعاقد أو لا تتعاقد، متى قدرت أن المصلحة العامة تقتضي منها اتخاذ مثل هذا القرار فإنها على العكس من ذلك لا تستطيع بأي حال من الأحوال أن تتعاقد بدون الحصول على هذا الإذن.

وقد أكدّ المشرع الجزائري في المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، على أنه "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة

¹: عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 138.

²: رمضان بطيخ، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها.

المتمثلة في: مسؤول الهيئة العمومية، الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية، ويمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

ويترتب على انعدام العقد الذي تبرمه الإدارة دون الحصول على الإذن بالتعاقد في الحالات التي يشترط فيها ذلك، عدم إمكانية التعاقد مع الإدارة التمسك بالعقد في مواجهتها لانعدام الرابطة العقدية من الناحية القانونية، ولكن هذا لا يعني أن الفرد لا يستطيع الحصول على تعويض إذا لحقه ضرر من جراء تعاقد الإدارة، بل يجوز له الرجوع على الإدارة، إمّا على أساس الخطأ التقصيري، وإمّا على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب⁽¹⁾.

ويرى الفقه والقضاء في فرنسا بأن الإذن بالتعاقد هو شرط لازم لقيام الرابطة العقدية فإذا ما تخلف فلا وجود لها، ويضحي العقد المبرم بدونه باطلاً بطلاناً مطلقاً نظراً لأن القواعد الخاصة بضرورة الإذن المسبق هي قواعد متعلقة بالنظام العام، لقيامها على أسباب جوهرية تتصل اتصالاً وثيقاً بالصالح العام⁽²⁾.

وقد أكد هذا الاتجاه مجلس الدولة المصري في فتواه الصادرة في 17 يوليو 1954 بخصوص تعاقد الإدارة على استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية بدون حصولها على إذن سابق من البرلمان ومما ورد فيها " ... وفي الحالة المعروضة لا اختصاص للسلطة التنفيذية في الترخيص باستغلال الثروة الطبيعية، فالتزامها باطل بطلاناً مطلقاً لعدم اختصاصها به، ومن ثم لا يترتب على هذا الالتزام الباطل أي أثر"⁽³⁾.

¹: حمدي حسن الحفاوي، المرجع السابق، ص 127، هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 263 وما بعدها.

²: هانتف كاظم جاسم الموسوي، المرجع السابق، ص 30 وما بعدها.

³: فتوى رقم 360 الصادرة في 17 يوليو 1954، مذكور في: عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، دون دار النشر، 1994، ص 169.

الفصل الثاني

حدود السلطة التقديرية للإدارة
في مرحلة إبرام العقد

الفصل الثاني: حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة إبرام العقد.

لا تملك الإدارة حرية واسعة عند التعاقد مثلما هو الحال في إبرام الأفراد لعقودهم الخاصة، بل تتقيد باتباع أساليب التعاقد التي يفرضها القانون، والتي تهدف إلى احترام المبادئ التي تمكّنها من تحقيق أحسن انجاز سواء من الناحية الفنية أو المالية ابتغاء للمصلحة العامة وحفاظا على المال العام، أمّا إذا لم يقيد القانون الإدارة بشيء من ذلك، فلها حرية اختيار أسلوب التعاقد الملائم، وتتحصر أساليب إبرام العقود الإدارية في ظلّ النظم القانونية الإدارية القائمة في كل من الجزائر وفرنسا ومصر، في أساليب شكلية وأساليب استثنائية (المبحث الأول)، وتسمح هذه الأساليب للإدارة المتعاقدة من خلال فتح باب التنافس بين المتقدمين للتعاقد الوصول إلى الإرساء على أفضل العروض وإبرام العقد مع المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط التعاقدية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حدود سلطة الإدارة في اختيار أسلوب التعاقد.

إن اختيار أسلوب التعاقد يعدّ على جانب كبير من الأهمية في العقود الإدارية، حيث تتعدد طرق الإدارة في انتقائها للمتعاقدین معها، وهذه الأساليب غالبا ما يحددها القانون مسبقا في شكل جملة من الإجراءات من أجل الوصول إلى اختيار المتعاقد وإبرام العقد، وهي على نوعين أساليب شكلية وأخرى استثنائية، تختلف فيها سلطة الإدارة سعة وضيقا حسب أسلوب الإبرام المتبع، فتكون أحيانا مقيدة، وتنطوي أحيانا أخرى على بعض عناصر التقدير.

ففي الجزائر اعتبر المشرع أسلوب طلب العروض القاعدة العامة في إبرام العقود الإدارية واستثناء على ذلك يمكن اللجوء إلى أسلوب التراضي.

أمّا في فرنسا فيعتبر كل من إجراء طلب العروض والإجراء التنافسي مع التفاوض والحوار التنافسي، من الأساليب الشكلية في إبرام العقود الإدارية، بينما يعد الإجراء

التفاوضي دون العلانية والمنافسة، وأسلوب المسابقات والمزايدات الإلكترونية أساليب استثنائية لإبرام العقود الإدارية.

أما المشرع المصري فقد اعتبر كل من المناقصة العامة والممارسة العامة إجراء أصيلا في إبرام العقود الإدارية، وجعل كل من المناقصة المحدودة والمحلية والممارسة المحدودة والاتفاق المباشر من الأساليب الاستثنائية لإبرام العقود الإدارية

وتتميز القواعد التي تحكم اختيار جهة الإدارة للمتعاقد معها بذاتية خاصة تقوم على إلزام جهة الإدارة بإتباع إجراءات معينة من جانب المشرع عند التعاقد، وتقييد حريتها في اختيار المتعاقد معها إلى أبعد مدى عند إتباعها للأساليب الشكلية للتعاقد (المطلب الأول) بينما تمنح الطرق الاستثنائية للتعاقد هامش من الحرية للإدارة في اختيار المتعاقد معها ويعطي لها حرية أكبر في توجيه إرادتها عند إبرامها للعقد الإداري (المطلب الثاني)، وتراعي التشريعات عادة التوفيق بين مختلف الاعتبارات لحفظ الأموال العامة، مع مراعاة الاعتبارات الفنية التي تحقق أقصى منفعة.

المطلب الأول: تقييد سلطة الإدارة في التعاقد وفقا للإجراءات الشكلية.

يقصد بالإجراءات الشكلية الطريقة الرسمية التي يتم بموجبها إبرام العقد، طبقا لأحكام قانون الصفقات العمومية، والتي توجب على السلطة المتعاقدة السهر بدقة على احترام قواعد المنافسة والإشهار، وترتكز الإجراءات الشكلية على نظام العتبة المالية للعقد المراد إبرامه فهو الذي يحدد في نهاية المطاف نوع الاجراء الواجب اتباعه للتعاقد، وعليه سنتطرق إلى الإجراءات الشكلية للتعاقد في التشريعين الجزائري والمصري (الفرع الأول) ثم نتطرق إلى الأساليب الشكلية المتبعة في التشريع الفرنسي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعاقد وفقا للإجراءات الشكلية في التشريع الجزائري والمصري.

أولاً: طرق التعاقد الشكلية في التشريع الجزائري: جعل المشرع إجراء طلب العروض

القاعدة العامة في إبرام العقود الإدارية، واستثناء يمكن التعاقد وفق إجراء التراضي⁽¹⁾.

01- إجراء طلب العروض كقاعدة عامة للتعاقد (la procédure d'appel d'offres):

عرفت المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور سابقاً، طلب العروض بأنه " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء".

وما يلاحظ على هذه المادة هو أن المشرع الجزائري استبدل مصطلح المناقصة الذي كان يطلق عليه بالفرنسية (Appel d'offre) في ظل المرسوم رقم 10-236 الملغى بمصطلح طلب العروض وهي الترجمة الصحيحة للمصطلح من الفرنسية إلى العربية، ويتصف أسلوب طلب العروض بعدة مميزات إيجابية، جعلت المشرع الجزائري يتخلى عن أسلوب المناقصة العامة كإجراء شكلي تقليدي يتم فيه الإرساء على المرشح الذي يقدم أقل سعر، واعتنق أسلوب طلب العروض⁽²⁾، الذي يتم فيه الإرساء على العرض الأفضل من حيث المزايا

¹: تنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر على أنه "تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي".

²: كان المشرع الجزائري قد كرس أسلوب طلب العروض في الأمر رقم 67-90، المؤرخ في 27 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، حيث نصت المادة 42 منه على أنه " يجب على الإدارات أن تلجأ إلى طلب العروض عندما تستلزم الخدمات المقررة من مقدمي العروض مؤهلات تقنية وإمكانيات مالية كافية...". انظر: ج.ر، عدد 52، الصادرة بتاريخ 27 جوان 1967. ثم تراجع عنه في المرسوم رقم 82-145، المؤرخ في 10 أبريل 1982، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، واستمر التخلي عن هذا الأسلوب أيضاً في ظل المرسوم التنفيذي رقم 91-434، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، إلى أن جاء المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المعدل والمتمم والذي اعتمد هذا الأسلوب كقاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية طبقاً للمادة 20 منه.

الاقتصادية دون مفاوضات استنادا إلى معايير الجودة والجدارة المهنية والفنية إلى جانب معيار السعر⁽¹⁾.

ويقوم إجراء طلب العروض في الجزائر على نفس المبادئ الأساسية المطبقة في فرنسا وهي مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين ومبدأ شفافية الإجراءات⁽²⁾.

وتعطي للإدارة المتعاقدة هامشا من السلطة التقديرية، لأن الإرساء فيها يتم بناء على عدد من المعايير، على خلاف أسلوب المناقصة الذي يخضع إلى معيار السعر فقط وفي الحقيقة إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في انتقاء المتعاقدين معها، إذا ما لجأت إلى أسلوب طلب العروض، إلا أن هذه السلطة لا تكون شبه مطلقة، لأنها تمارس بناء على معايير محددة مسبقا ومعلن عنها، ولا يمكن للإدارة أن تحيد عنها أبدا عند تقييمها للعروض⁽³⁾، كما أن رقابة القضاء الإداري على القرارات المتخذة في هذا الشأن لا تقتصر على تجاوز السلطة، وإنما تمتد إلى ما هو أبعد من ذلك كما سنرى لاحقا.

02- أشكال طلب العروض: يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا يعلن عنه داخل

الوطن ومن ثم فإن الاشتراك في المنافسة يكون مقصورا على المتعاملين المقيمين في الجزائر، وقد يكون دوليا فيسمح بالمنافسة مفتوحة للمتعاملين الوطنيين والأجانب⁽⁴⁾ وقد أورد المرسوم الرئاسي رقم 15-247، في المادة 42 أربعة أشكال يمكن أن يأخذها التعاقد بأسلوب طلب العروض وهي: طلب العروض المفتوح، وطلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، وطلب العروض المحدود، والمسابقة، بعدما كانت خمسة أشكال في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى، حيث أن المشرع استغنى عن أسلوب المزايدة كأحد

¹: عائشة خلدون، المرجع السابق، ص 227.

²: المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 721.

⁴: المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

أشكال طلب العروض، غير أنه نص على إجراء المزاد الإلكتروني العكسي، والفهارس الإلكترونية لاختيار أحسن عرض في حالة صفقات اقتناء اللوازم وتقديم الخدمات العادية في المادة 206 من المرسوم الجديد رقم 15-247⁽¹⁾، فكان تنوع طرق التعاقد عاملا ووسيلة لتحقيق الانسجام والتوفيق بين مقتضيات واعتبارات تقييد حرية الإدارة في اختيار الطرف المتعاقد معها، وبين ما يتطلبه العمل الإداري في هذا المجال من ضرورة تمتعها بهامش من الحرية في اختيار المتعاقدين معها⁽²⁾، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أعطى مرونة أكبر للإدارة المتعاقدة بما يسمح لها اختيار الشكل الذي يتوافق ومتطلبات العقد المزمع ابرامه، بهدف الحصول على أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية من جهة وفي المقابل يحررها من مبدأ آلية الارساء على المرشح الذي يقدم أقل سعر الذي كان يقوم عليه أسلوب المناقصة⁽³⁾، وعليه سنتناول بالدراسة أشكال طلب العروض على النحو التالي:

أ- طلب العروض المفتوح (Appel d'offres ouvert): لم يتغير مفهوم طلب العروض المفتوح عما كان عليه مفهوم المناقصة المفتوحة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى، حيث عرفته المادة 43 من المرسوم رقم 15-247 بأنه " إجراء يمكن من خلاله أيّ مرشح مؤهل أن يقدم تعهدا".

ويتضح من خلال هذا النص أن طلب العروض يكون مفتوحا عندما يتمكن كل مرشح من الحصول على ملف الاستشارة ومن تقديم ترشيحه، ويعني كذلك أن الدعوة عامة والدخول بحرية في المنافسة لجميع المرشحين، فلا وجود لأي شروط انتقائية أو إقصائية

¹: تنص المادة 206 على أنه " يمكن المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث الامتيازات الاقتصادية في حالة صفقات اقتناء اللوازم وتقديم الخدمات العادية، اللجوء:

- لإجراء المزاد الإلكتروني العكسي، بالسماح للمتعهدين بمراجعة أسعارهم أو عناصر أخرى من عروضهم القابلة للقياس الكمي.

- للفهارس الإلكترونية للمتعهدين، في إطار نظام اقتناء دائم، تنفيذا لعقد برنامج أو عقد طلبات...

²: عمار عوابدي، الرجوع السابق، ص 259.

³: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، المرجع السابق، ص 320.

أو نوعية، ولذلك فكل من تتوفر فيه الشروط المحددة في إعلان طلب العروض الحق للمشاركة فيها⁽¹⁾، بل أن طلب العروض المفتوح قد يضم أطرافاً أجنبية، إذا كان وطنياً ودولياً، وعادة ما يتعلق هذا الشكل من طلب العروض بالمشاريع التي لا تتطلب إمكانيات مادية وبشرية أو مالية كبيرة، أو خبرة فنية دقيقة وعميقة.

ب- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا: (Appel d'offres ouvert avec)

(exigence de capacités minimales): عرّفت المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا بأنه " إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً، قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة".

وتتعلق الشروط الدنيا المؤهلة بالقدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، والتي ينبغي أن تكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع⁽²⁾.

وما يلاحظ على هذا المفهوم أنه جاء مطابقاً لتعريف المناقصة المحدودة الذي كان

مكرساً في المادة 30 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى⁽³⁾.

ويتميز طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، في كونه يمنح للإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية في اختيار المتعهدين الذين لديهم مستوى معين من الخبرة، في تنفيذ الأشغال والمشاريع الضخمة التي تتطلب السرعة في الانجاز، كإنجاز مطار جوي أو ميناء بحري⁽⁴⁾ أو الأعمال والتوريدات المحتكر صنعها أو استيرادها والتي لا تتواجد إلاّ عند أشخاص

¹: خضري حمزة، المرجع السابق، ص 92.

²: المادة 2/44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³: عرفت المادة 30 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المناقصة المحدودة بأنها " إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلاّ للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة".

⁴: محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 512.

أو شركات معينة، وكذا إنجاز الأشغال التي فرض فيها المشرع على المقاولين المنفذين لها شرط حيازتهم على شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، المحددة ضمن الفئة ب و ج المحددة في القرار الوزاري المشترك الصادر في سنة 1988⁽¹⁾.

وبهدف تحقيق الغرض من العملية التعاقدية، تملك الإدارة المتعاقدة السلطة التقديرية في تحديد ما تراه مناسباً لها من شروط إعلان المنافسة و وضع معايير خاصة، في مثل هذا الأسلوب من التعاقد نظراً للطابع المعقد لبعض العمليات⁽²⁾.

ج- طلب العروض المحدود: (Appel d'offres restreint): عرّفت المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، طلب العروض المحدود بأنه "إجراء لاستشارة انتقائية يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وخدم لتقديم تعهد".

ويتضح من خلال هذا النص أن تعريف طلب العروض المحدود يتطابق مع تعريف الاستشارة الانتقائية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى، مع اختلافهما في أن هذا النوع من طلب العروض يتم إما على مرحلة واحدة عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية.

وإما على مرحلتين، عندما يطلق الإجراء على أساس برنامج وظيفي، إذا كانت المصلحة المتعاقدة غير قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها.

ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين سيتم دعوتهم لتقديم تعهد بعد انتقاء أولي لخمسة (05) منهم للدخول في المنافسة⁽³⁾ في إطار المبادئ والضوابط التي أقرها المشرع.

¹: قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 15/05/1988، يتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، ج.ر، عدد 43، الصادرة بتاريخ: 26 أكتوبر 1988، ص 1479.

²: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 127.

³: المادة 45 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المشار إليه سابقاً.

وبهذا فإن أسلوب طلب العروض المحدود يضمن للمصالح المتعاقدة قدرا من الحرية بالاعتراف لها بسلطة انتقاء المرشحين مسبقا كمرحلة أولية ودعوتهم لتقديم عروضهم بحكم إحاطتها بالمعلومات المتعلقة بهؤلاء المتعاملين، وبحكم طبيعة الخدمات موضوع التعاقد من جهة (1)، ومن جهة أخرى فإنه يضع حدا للسلطة التقديرية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة لاسيما عند تحديد الأسس التي يقوم عليها طلب العروض المحدود والمتمثلة في المواصفات التقنية المفصلة، أو برنامج وظيفي استثناء.

وما يلاحظ على المادة 45 هو وجود غموض في بعض المصطلحات الواردة في إطار طلب العروض المحدود، عندما يتعلق الأمر بإنجاز عمليات دراسات أو "هندسة مركبة" أو "ذات أهمية خاصة" و/أو عمليات اقتناء "لوازم خاصة ذات طابع تكراري"، فهذه العمليات توسع من مجال السلطة التقديرية للإدارة في تحديدها.

ويبقى طلب العروض المحدود ذو أهمية خاصة بالنسبة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة لتتناسب هذا الشكل مع إمكانياتها، لاسيما القدرة المالية لمعظمها، إضافة إلى تفضيل بعض المؤسسات العمومية والجماعات المحلية غالبا للتعامل بهذا الأسلوب وذلك لمعرفة الدقيقة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين المسجلين عندها، وكفاءتهم المهنية والتقنية والمالية.

د- المسابقة (le concours): تعتبر المسابقة شكلا من أشكال طلب العروض يتم اللجوء إليه لإنجاز مخططات أو مشروع مصمم وهو نظام قديم عرفه المشرع الجزائري منذ صدور الأمر رقم 67-90 في المواد (من 54 إلى 59)، والذي كان يطلق عليه تسمية المباراة (2)، ثم جاء المرسوم رقم 82-145، فعرف المسابقة في المادة 34 منه على أنها

¹: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 130.

²: نصت المادة 54 من الأمر رقم 67-90، المؤرخ في 17 جوان 1967، بأنه " إذا كانت هناك أسباب تقنية أو فنية أو جمالية تبرر إجراء بحوث خصوصية فيمكن إجراء المباراة على أساس برنامج تعده الإدارة يتضمن الحاجات التي ينبغي أن تلبىها الخدمات ويحدد عند الاقتضاء الحد الأقصى للصفقات المتوقعة لتنفيذ المشروع..."

" إجراء يجعل رجال الفن في منافسة قصد انجاز عملية تشتمل على مظاهر تقنية واقتصادية وجمالية أو فنية خاصة"، بقي هذا التعريف نفسه سائدا في ظل المرسوم التنفيذي رقم 91-434 في المادة 30 منه، و المرسوم الرئاسي رقم 02-250 في المادة 28 منه والرسوم الرئاسي رقم 10-236 في المادة 34 منه⁽¹⁾، ولم يكتفي هذا الأخير بتعريفها فقط بل نظم كيفية إجرائها وارسائها.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نجد أنه تناول نظام المسابقة في المادتين 47 و 48 منه، حيث عرّفت المادة 47 المسابقة على أنها "إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد انجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة قبل منح الصفحة لأحد الفائزين بالمسابقة".

وإذا كان المشرع الجزائري قد اعتبر المسابقة أحد أشكال طلب العروض، فإن المشرع الفرنسي اعتبر المسابقة كطريقة لاختيار المتعاقد وليست أسلوبا للتعاقد ويلاحظ - بالمقابل- أنه لا يوجد في قانون المناقصات والمزايدات المصري ولائحته التنفيذية أي نص يتعلق بالمسابقة كطريقة للتعاقد.

وما يلاحظ على المادة 47 أنها أوردت عبارة "رجال الفن"، مما يعني أن أسلوب المسابقة يقتصر فيه مجال المنافسة على الأشخاص الطبيعية دون الأشخاص الاعتبارية، وهذا ما يشكل تعديا على مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، بل وتعارض مع بعض نصوص المرسوم ذاته، فالمادة 42 اعتبرت المسابقة شكلا من أشكال طلب العروض، مما يعني فسح المجال للمنافسة وتقديم العروض سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين، بالإضافة إلى المادة 37 من نفس المرسوم التي بينت بأن " المتعامل المتعاقد يمكن أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين ..."، لذلك جدير بالمشرع تدارك هذه

¹: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 137. انظر أيضا: عائشة خلدون، المرجع السابق، ص 247.

المسألة من خلال إعادة صياغة هذه المادة بشكل يشمل الأشخاص المعنوية أيضا، وتمكينها من المشاركة في المسابقة، حتى لا يحتمل النص أي تأويل آخر.

كما سار المشرع الجزائري على نفس النهج الذي اتبعه نظيره الفرنسي، حيث بين في المادة 47 حالات لجوء المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة، لاسيما في مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة أو معالجة المعلومات، وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 8 من الأمر رقم 899-2015 المؤرخ في 23 جويلية 2015، المتضمن قانون الصفقات العمومية.

وتملك المصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية لتقرير إبرام صفقة الاشراف على إنجاز الأشغال عن طريق المسابقة إذا كان مبلغ الصفقة دون العتبة المالية المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 13 من المرسوم، وكذلك في حالة ما إذا كان موضوعها يتعلق بالتدخل في مبنى قائم أو منشأة بنية تحتية أو التي لا تحتوي على مهام تصميم.

وقد ميّز المشرع الجزائري في المادة 48 من المرسوم رقم 15-247، مثل نظيره الفرنسي بين المسابقة المفتوحة، والمسابقة المحدودة، كما حدّد الجهة التي تتولى تقييم عروض المتعاملين، وهي لجنة التحكيم التي تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني ومستقلين عن المرشحين⁽¹⁾، ويلاحظ أن مسابقة الاشراف على انجاز الأشغال تكون محدودة وجوبا ويتم تنظيم المسابقة بدء من إعداد دفتر الشروط من قبل الإدارة المتعاقدة الذي يشتمل على برنامج ونظام المسابقة، وكيفيات الانتقاء الأولي.

وطبقا للمادة 48 فقرة 4 يدعى المرشحون في مرحلة أولى لتقديم أظرفة ملفات الترشيحات فقط، وبعد فتحها وتقييمها من طرف لجنة فتح وتقييم العروض، يدعى المرشحون الذين جرى انتقاءهم الأولي في المرحلة التالية، على أن لا يقل عددهم عن خمسة مرشحين إلى تقديم أظرفة العرض التقني والخدمات والعرض المالي، ويتم تقييم خدمات المسابقة

¹: خلاف فاتح، محاضرات في قانون الصفقات العمومية، طبقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2015-2016، ص 36.

من طرف لجنة تحكيم تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني، ومستقلين عن المرشحين ويتعين على المصلحة المتعاقدة ضمان إغفال أظرفة خدمات المسابقة قبل إرسالها إلى رئيس لجنة التحكيم، وعدم الكشف عنها إلى غاية التوقيع على محضر لجنة التحكيم ويرسل رئيس اللجنة محضر الجلسة، مرفقا برأي معلل يبرز عند الاحتمال ضرورة توضيح بعض الجوانب المرتبطة بالخدمات إلى المصلحة المتعاقدة، وعلى هذه الأخيرة أن تخطر الفائز أو الفائزين المعنيين في المسابقة كتابيا، لتقديم التوضيحات المطلوبة التي تعتبر جزء لا يتجزأ من عروضهم، ويجب ألاّ ترد أي معلومة تتعلق بمبلغ العرض المالي في أظرفة الخدمات ولا في أظرفة العروض التقنية تحي طائلة رفض هذه العروض.

وفي الأخير فإنه يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تدفع منحا للفائز أو الفائزين في المسابقة طبقا لاقتراحات لجنة التحكيم⁽¹⁾.

ثانيا: طرق التعاقد الشكلية في التشريع المصري: نصت المادة الأولى من القانون رقم 89 لسنة 1998 المتعلق بتنظيم المناقصات والمزايدات، على أن "يكون التعاقد على شراء المنقولات أو على مقاولات الأعمال أو النقل أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة، ويصدر باتباع أي من الطريقتين قرار من السلطة المختصة وفقا للظروف وطبيعة التعاقد"⁽²⁾.

ومن خلال هذا النص يتبين أن المناقصة العامة والممارسة العامة هما الأصل العام في إبرام العقود الإدارية في التشريع المصري، ومنح المشرع للإدارة سلطة تقديرية واسعة في

¹: المادة 48 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

²: وقد تأكد ذلك في قضاء المحكمة الإدارية العليا، الذي ذهب فيه إلى أنه " كمبدأ أصيل يكون تعاقد الإدارة عن طريق المناقصة، والأخذ بأسلوب الممارسة لا يكون إلا في حالات معينة، وفي أضيق الحدود، طبقا للأوضاع والشروط المرسومة قانونا، ذلك أن المناقصة تحقق ضمانات أكثر للمصلحة العامة"، مذكور في عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، 124.

التفضيل بين أسلوب المناقصة العامة أو الممارسة العامة في التعاقد، والذي يكون أساسه طبيعة وظروف العقد المزمع إبرامه.

01- المناقصة العامة: ذهب غالبية الدول إلى أن الأصل في التعاقد هو أسلوب المناقصة، وأن الطرق الأخرى للتعاقد هي استثناء من الأصل، والمناقصة إما أن تكون داخلية يعلن عنها داخل الدولة، أو خارجية يعلن عنها داخل الدولة وخارجها⁽¹⁾، وتقوم المناقصة العامة على مجموعة من المبادئ السالفة الذكر، والمتمثلة في الإعلان عن المناقصة والمنافسة الحرة، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الاجراءات، والأصل في مصر هو حرية الإدارة في التعاقد بكافة الطرق المتاحة، ما لم يوجد نص تشريعي يفرض عليها الالتجاء إلى طريقة المناقصة لا برام عقودها الإدارية⁽²⁾.

وعرّفت المناقصة العامة بأنها " مجموعة من الإجراءات تهدف في مجملها إلى دعوة الجمهور للاشتراك في العملية التي تطرحها الإدارة بقصد الوصول إلى المتنافس الذي يتقدم بأرخص أسعار التعاقد"⁽³⁾، أو هي " إرساء العقد على أفضل العروض عند وجود عروض متعددة"⁽⁴⁾، كما عرّفها البعض الآخر بأنها "إطار إجرائي لتبادل الايجاب والقبول في العقد الإداري، وتقوم على مبادئ المنافسة المفتوحة والعلانية، والاسناد التلقائي على أقل سعر وتنهض بعبء عملياتها سلطة مختصة هي لجنة المناقصة، على أن تبقى نتائج الإرساء الذي توصلت إليه لجنة المناقصة موقوفا على اعتماد توقيع السلطة المختصة بإبرام العقد"⁽⁵⁾.

¹: صالح عبد اللطيف أحمد الغزاوي، تقييم عملية إدارة العطاءات الحكومية (دراسة مقارنة مع قواعد القوانين الدولية)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه كلية الإدارة والاقتصاد، الأكاديمية العربية في الدنمارك، 2010، ص 62.

متاحة على الموقع: http://www.ao-academy.org/wesima_articles/letters-20100417-2196.html

(تاريخ الاطلاع: 2015/05/12)

²: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، المرجع السابق، ص 226.

³: مذكور في: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 123.

⁴: فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، المرجع السابق، ص 113.

⁵: مهند مختار نوح، المرجع السابق، 489.

والمناقصة العامة إما أن تكون داخلية يعلن عنها في مصر فقط أو خارجية يعلن عنها في مصر والخارج وتخضع لإجراءات واجبة الإتباع، الغرض منها التعاقد مع أفضل المتقدمين للمناقصة ماليا وفنيا.

وقد كانت المناقصة العامة تقوم على مبدأ اختيار أفضل المتقدمين في السعر تحقيقا لصالح الخزنة العامة، مما يضع قيودا على سلطة الإدارة التقديرية في اختيار المتعاقدين إذ يتم الاسناد التلقائي لصاحب السعر الأقل، دون مراعاة الطبيعة الفنية لموضوع التعاقد⁽¹⁾.
إلا أن بعض الفقه يرى بأن أسلوب التعاقد عن طريق المناقصة العامة، لا يحقق المصلحة العامة في جميع حالاته لعدة اعتبارات يمكن إجمالها فيمايلي⁽²⁾:

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

- كما ثبت أيضا أن هذا الأسلوب لم يقدم دائما لجهة الإدارة الراغبة في التعاقد ما كانت ترجوه من ضمانات، فكثيرا ما يلجأ مقدمو العطاءات إلى طرق التحايل، أو يتقنون بينهم على جعل المنافسة صورية.

- إن مصلحة المرفق العام الفنية التي كانت تبدو ذات أهمية محدودة، قد تزايدت مع تقدم الصناعة و وسائل الانتاج الفنية وازداد دور المرافق العامة الصناعية والتجارية.

- وجود حالات عديدة يتعذر فيها على الإدارة التقيد بمبدأ المناقصة العامة، كما لو رغبت في إقامة تمثال أو تجميل ميدان أو مصنع، ففي مثل هذه الحالات يتعين عليها تقديم الاعتبارات الفنية على الاعتبارات المالية في اختيار المتعاقد لتنفيذ المشروع، والذي لا يتم اختياره إلا على أساس العرض الأفضل من الناحية الفنية والجمالية، ولتلافي أوجه القصور الذي شاب أسلوب المناقصة العامة، أوجد المشرع أسلوب الممارسة العامة.

¹: André De Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, 1953, p 425.

²: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 124 وما بعدها.

02- الممارسة العامة (négociation ouverte): تعد الممارسة العامة كأسلوب أصيل

للتعاقد الإداري، وذلك بعدما كان في السابق أسلوب ذات طابع استثنائي⁽¹⁾.

ويقصد بالممارسة العامة "مجموعة الإجراءات التي تتم في إطار من العلانية ووفقا لأحكام القانون، تتيح لجهة الإدارة مفاوضة مقدمي العطاءات بهدف التعاقد مع صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا في إطار المنافسة الحرة والمساواة"⁽²⁾.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا أن مبدأ المفاوضة أحد عناصر الممارسة، حيث قضت بأنه "يتعين على لجنة الممارسة مجتمعة القيام بممارسة الموردين أو المقاولين ومناقشتهم في جلسة علنية مفتوحة، ويهدف هذا الإجراء إلى إنكفاء روح المنافسة للهبوط بالأسعار إلى أقل حد ممكن، فلا يقف عمل اللجنة عند الأخذ بأقل العطاءات المقدمة سعرا وإنما يتعين عليها مفاوضة المتمارسين في أسعارهم بغية الوصول إلى أقل العطاءات سعرا وأنسبها فنيا، مسترشدة في ذلك بسعر السوق"⁽³⁾.

وعليه فإذا كانت المناقصة العامة يهيمن عليها مبدأ الإرساء على العرض الأقل سعرا، فإن اتباع الإدارة لأسلوب الممارسة يمنح لها سلطة تقديرية أوسع في اختيار من ترغب في التعاقد معه، مع ضرورة مراعاتها لاعتبارات الصالح العام، واحترام القواعد التي أعلنت عنها لتنظيم عملية التعاقد⁽⁴⁾.

¹: لقد كانت الممارسة العامة، في كل التشريعات المتعاقبة التي حكمت أساليب الشراء العام في مصر، ذات طابع استثنائي، يتم اللجوء إليها في حالات العقود قليلة القيمة وحالات الاستعجال، وبقيت على هذه الحال في ظل القانون رقم 236 لسنة 1954 ولائحته التنفيذية، وكذلك في ظل أحكام القانون رقم 09 لسنة 1983. للمزيد من التفاصيل انظر: هاني عبد الرحمان اسماعيل، المرجع السابق، ص 496. ومهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 790.

²: عاطف سعدي محمد، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 2005، ص 172.

³: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 4210 لسنة 45 ق- جلسة 28/10/2001، مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا من أول أكتوبر 2001- المكتب الفني، ص 17.

⁴: محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ص 17.

الفرع الثاني: التعاقد وفقا للإجراءات الشكلية في التشريع الفرنسي.

إن اختيار أسلوب التعاقد يعتمد كليا على مبلغ وطبيعة العقد، وكذا طبيعة السلطة المتعاقدة حيث نصت المادة 42 من الأمر رقم 899-2015، المشار إليه سابقا، على نوعين من الإجراءات المتبعة في إبرام العقود الإدارية، النوع الأول يسمى الإجراءات الشكلية (procédures formalisée) وتشمل طلب العروض المفتوح والمقيد والإجراء التنافسي مع التفاوض، وإجراء الحوار التنافسي، ويتم اللجوء إلى هذه الأساليب الشكلية عندما يكون المبلغ التقديري لحاجات السلطة المتعاقدة (الدولة ومؤسساتها العمومية) في صفقات الخدمات والتوريدات يساوي أو يزيد عن 144000 أورو، ومبلغ 221000 أورو خارج الرسوم للمجموعات الإقليمية، ومبلغ 5548000 أورو خارج الرسوم في صفقات الأشغال.

والنوع الثاني يسمى الإجراءات المكيفة (procédures adaptées)، وتشمل إجراء التفاوض دون الإعلان ودون الدعوة المسبقة للمنافسة، وتقنيات أخرى خاصة للتعاقد كالعقود بأشطر اشتراطية، واتفاقات الإطار، ونظام الاقتناء الديناميكي، والمزايدة الإلكترونية والفهارس الإلكترونية والمسابقة.

أولا: طلب العروض (Appel d'offre): يعتبر طلب العروض أسلوبا أساسيا في إبرام العقود الإدارية في فرنسا، سواء بالنسبة لعقود الدولة أو الجماعات المحلية، ولقد كانت المناقصة العامة⁽¹⁾، هي الأسلوب الأساسي الوحيد لإبرام العقود الإدارية في فرنسا حيث كان الطابع

¹: عرّف الأستاذ بونارد (Bonnard) المناقصة بأنها " تصرف مخصص لإبرام الصفقات العمومية وتقوم آلياته على أساس الإرساء على المرشح الذي يقترح السعر الأكثر تخفيضا، وذلك في سبيل أن تبرم الإدارة العقد مع هذا المتنافس دون اختيار حر منها لهذا الأخير " R.Bonnard, la passation des marchés publics ,R.D.P, 1943, p 154.

أما الأستاذ لوبادير (André de Laubadère) فقد عرّفها بأنها " إجراء يتميز بحماية المصالح المالية للإدارة، بحيث يجيز لها أن تبرم العقد مع الشخص الذي يتقدم بالشروط السعرية الأكثر ملاءمة، وذلك على أساس قيامه بشكل جوهري على نظام المنافسة والعلانية، مع موازنة الإسناد التلقائي للمناقصة بالسلطة التقديرية الممنوحة للسلطة الإدارية المختصة باعتماد العقد".

A.laubadère, P.Delvolvé,F.Moderne, traité des contrats administratifs, Tome 1, L.G.D.J, Paris, 1983
p 591 et suite..

المميز لها هو اختيار أقل العروض سعرا تحقيقا لصالح الخزنة، وكان ذلك بمثابة قيد على حرية الإدارة وسلطتها التقديرية في اختيار المتعاقدين؛ إذ كانت تخضع لمبدأ الإسناد التلقائي على السعر الأقل، دون النظر إلى الطبيعة الفنية لموضوع التعاقد، إلا أن التحولات التي حصلت في المناقصة أدت إلى السماح باللجوء إلى حلول أكثر مرونة فظهر أسلوب استدراج العروض، وهو شبيه إلى حد كبير في تطبيقاته بأسلوب المناقصة بيد أن عنصر الثمن ليس هو المعيار الوحيد لإرساء الصفقة، فإلى جانب السعر هناك اعتبارات أخرى تتعلق بالنواحي التقنية كمؤهلات وكفاءات المتعاقد مع الإدارة⁽¹⁾، لذلك ينبغي تعريف طلب العروض ثم بيان أشكاله.

1- تعريف طلب العروض: عرّف المشرع الفرنسي طلب العروض في المادة 42 من الأمر رقم 2015-899، بقوله "طلب العروض المفتوح أو المحدود إجراء تختار بموجبه السلطة المتعاقدة أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية دون تفاوض على أساس معايير موضوعية، يتم إخطار المرشحين بها مسبقاً"⁽²⁾.

وهو نفس التعريف الذي تبناه المرسوم رقم 2016-360، المؤرخ في 25 مارس 2016 المتعلق بالصفقات العمومية، في المادة 66 منه⁽³⁾.

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن أسلوب طلب العروض، هو الإجراء الذي يحقق تجسيد المنافسة الكاملة، من خلال استبعاد أي تفاوض، والأخذ بعين الاعتبار متطلبات المساواة في معاملة المرشحين، من خلال التأكيد على وضع معايير موضوعية معلنة

¹: هاني عبد الرحمان اسماعيل، المرجع السابق، ص 315.

²: Article 42: « ... a) La procédure d'appel d'offres, ouvert ou restreint, par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats; »

³: Article 66: « L'appel d'offres est la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. Il peut être ouvert ou restreint »

للجمهور، والتي من شأنها أن تحول دون اعتماد معايير يكون لها طابع تمييزي⁽¹⁾، وبمجرد وصول مبلغ العقد عتبة الإجراء الشكلي، فإنه يلزم السلطة المتعاقدة إبرام العقد وفق إجراء طلب العروض⁽²⁾.

2- صور طلب العروض: قد يكون طلب العروض مفتوحا أو مقيدا.

أ- طلب العروض المفتوح: (Appel d'offre ouvert): أشارت إليه المادة 2/66 من المرسوم رقم 2016-360، السالف الذكر بنصها على أن " يكون طلب العروض مفتوحا عندما يسمح لكل متعامل اقتصادي معني بالمشاركة في تقديم عرضه".

(L'appel d'offres est ouvert lorsque tout opérateur économique intéressé autorisés à soumissionner).

ب- طلب العروض المقيد (Appel d'offre restreint): يكون طلب العروض مقيدا وفقا للمادة 3/66 من المرسوم رقم 2016-360 المذكور أعلاه، عندما يقتصر تقديم العروض على المرشحين فقط، الذين تم اختيارهم من طرف السلطة المتعاقدة للمشاركة في المنافسة.

(L'appel d'offres est restreint lorsque seuls les candidats sélectionnés par l'acheteur sont autorisés à soumissionner).

وقد أعطى القانون الفرنسي للإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية للاختيار بين أسلوب طلب العروض المفتوح أو المقيد، وهذا ما أكدته المادة 4/66 من المرسوم رقم 2016-360 المذكور أعلاه⁽³⁾.

¹: LAJOYE Christophe, op.cit, p 103.

²: Pierre De Baecke, op.cit. p 82.

³: Article 66/4: « Le choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre ».

ثانيا: الإجراء التنافسي مع التفاوض (la procédure concurrentielle avec négociation) (تميز المادة 42 من الأمر رقم 899-2015 السالف الذكر، بين نوعين

من إجراءات التفاوض التي يمكن اللجوء إليهما من طرف الجهة الراغبة في التعاقد وهي:

- الإجراء التنافسي مع التفاوض (la procédure concurrentielle avec négociation) خاص بالسلطات المتعاقدة⁽¹⁾، (les pouvoirs adjudicateurs) المنصوص عليه في المادة (b-°1-42).

- والإجراء التفاوضي مع المنافسة المسبقة (la procédure négociée avec mise en concurrence préalable) خاص بالهيئات المتعاقدة⁽²⁾، (les entités adjudicatrices) المنصوص عليه في المادة (C-°1-42).

ويعتبر الإجراء التنافسي مع التفاوض والإجراء التفاوضي مع المنافسة المسبقة من الإجراءات الشكلية (des procédures formalisées)، ويمكن للسلطة المتعاقدة التي تستوفي الشروط المطلوبة اللجوء إلى هذين الإجراءين عندما تكون قيمة الصفقة المراد إبرامها تساوي أو تتجاوز العتبة المالية الأوروبية.

1- تعريف الإجراء التنافسي مع التفاوض: عرفت المادة 71 من المرسوم رقم 360-2016، السابق الذكر، الإجراء التنافسي مع التفاوض بأنه " الإجراء الذي تتفاوض

¹: Les pouvoirs adjudicateurs, dans les ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016, recouvrent trois catégories de personnes: les personnes morales de droit public, les personnes morales de droit privé poursuivant une mission d'intérêt général et financées principalement sur fonds publics, et les personnes morales de droit privé dotées de la personnalité juridique constituées par des pouvoirs adjudicateurs dans le but de réaliser certaines activités en commun.

²: Les entités adjudicatrices sont des pouvoirs adjudicateurs exerçant une des activités d'opérateur de réseaux, des entreprises publiques qui exercent une de ces mêmes activités lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs et des organismes de droit privé qui ne sont ni des pouvoirs adjudicateurs ni des entreprises publiques lorsqu'ils bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité.

Voir: L'articles 9 à 11 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. L'articles 9 et 10 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

بموجبه السلطة المتعاقدة حول شروط العقد، مع واحد أو أكثر المتعاملين الاقتصاديين المقبولين للمشاركة في المفاوضات".

2- شروط اللجوء إلى الإجراء التنافسي مع التفاوض: على السلطة المتعاقدة تبرير استيفاء شروط لجوئها إلى الإجراء التنافسي مع التفاوض، بالاستناد إلى إحدى الحالات الستة المحددة على سبيل الحصر في المادة (25-11) من هذا المرسوم وهي:

1- عندما لا يمكن تلبية الاحتياجات دون تكييف الحلول المتاحة فوراً: كإقتناء اللوازم والخدمات عندما تتطلب هذه الأخيرة مجهودات مكيفة خاصة، في حالة اقتناء حاجات ذات طبيعة معقدة، مثل بعض خدمات الهندسة المدنية أو المعمارية، أو المشاريع الكبرى المتعلقة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال.

2- عندما تكون الحاجات المراد تلبيتها تتوقف على حل مبتكر: وتعتبر حلول مبتكرة في مفهوم المادة 25 المذكورة أعلاه "الأشغال واللوازم، أو الخدمات الجديدة أو المحسنة بشكل ملموس، ويمكن أن يتضمن الطابع المبتكر، تطبيق طرق جديدة في الإنتاج أو البناء أو طريقة جديدة في التسويق أو طريقة تنظيمية جديدة في العمل، أو تنظيم مكان العمل أو العلاقات الخارجية للشركة".

3- عندما تتضمن الصفقة العمومية خدمات التصميم: تلجأ السلطة المتعاقدة إلى هذه الفرضية عندما يتعلق الأمر بصفقات الأشغال أو الخدمات الهندسية.

4- عندما يتعذر إبرام الصفقة العمومية بدون تفاوض مسبق، بسبب ظروف خاصة بطبيعتها أو تعقيدها، أو تركيبها القانوني أو المالي، أو بسبب المخاطر المرتبطة بها⁽¹⁾.

¹: مثل الصفقات المتعلقة بالخدمات اللوجستية والصيانة التي تقدمها الطائرات الجمركية فيما يخص وجهاتها وشروط تدخلاتها، فهي تثير صعوبات تقنية، بسبب التعديلات الجوهرية المتصلة بالمهام المنوطة بها، لاسيما تركيب معدات خاصة، وأعطال ذات خصوصية بالطائرات الجمركية، وذلك بسبب مشاكل التآكل المتصلة بالرحلات على مستوى منخفض فوق البحر، وهذه الصعوبات لا تسمح بتقسيم الأسعار بين السعر الجزافي

5- عندما يتعذر على الإدارة تحديد المواصفات التقنية بدقة كافية، بالرجوع إلى معيار أو تقييم تقني أوروبي، أو مواصفات ذات خصوصية مشتركة، أو نظام مرجعي تقني.

6- عندما تقدم- في إطار طلب العروض- عروض غير نظامية⁽¹⁾ (offres irrégulières) أو غير مقبولة⁽²⁾ (inacceptables) بمفهوم المادة 59، شريطة عدم تعديل الشروط الأصلية للصفقة العمومية بشكل جوهري: ففي طلب العروض عندما يتم تقديم مثل هذه العروض فإن الإدارة ترفضها، ويمكن أن تعلن عن عدم جدوى الاستشارة وبالتالي يمكنها إعادة إجراء طلب العروض من جديد أو اللجوء إلى الإجراء التنافسي مع التفاوض.

وفي الأخير فإن هذه الفرضيات الستة، تجد مبرراتها في ضرورة ضمان - قبل إبرام العقد- أفضل تلبية لاحتياجات السلطة المتعاقدة، والتي يتم تحديدها من طرف هذه الأخيرة بدقة أكثر أو أقل حسب الحالة.

3- مراحل الإجراء التنافسي مع التفاوض: بالرجوع إلى أحكام المادتين (72،73) من المرسوم رقم 2016-360، يمكن استنتاج ثلاثة مراحل يمر بها الإجراء التنافسي مع التفاوض كالتالي:

- المرحلة الأولى: تخضع الصفقات العمومية المبرمة بموجب الإجراء التنافسي مع التفاوض من طرف الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية إلى إعلان الصفقة (Avis de marché) في الوسائط المحددة وفقا لأحكام المادة 33 من المرسوم رقم 2016-360، كما يمكن استكمال هذا الإعلان بإشهار إضافي (Publicité

والسعر الثابت، وتحديد السعر الأصلي والسعر الكلي مسبقا، فهذه حالة استثنائية تجعل من الضروري التفاوض مع المرشحين لتحديد هذه الأسعار، بعد الاعلان والدعوة إلى المنافسة.

¹: العرض غير النظامي: في مفهوم المادة 59-1 من المرسوم رقم 2016-360، السابق الذكر، هو العرض الذي لا يستوفي الشروط المنصوص عليها في وثائق الاستشارة لاسيما عدم اكتماله، أو عدم مراعاته للتشريع الساري المفعول خاصة في الجانب الاجتماعي أو البيئي.

²: العرض غير المقبول: هو عرض يتجاوز سعره اعتمادات الميزانية المخصصة للصفقة على النحو المحدد والذي تم وضعه قبل بدء الإجراء.

(supplémentaire) في وسيط آخر، والذي لا يمكن أن يحتوي إلا على بعض المعلومات الواردة في إعلان الصفقة، شريطة بيان ما يفيد الإحالة إلى هذا الإعلان، وقد يسبق إعلان الصفقة أو يحل محله⁽¹⁾ إشعار مسبق بالمعلومات (Avis de pré-information) عندما لا يتم إبرام الصفقة من قبل سلطة عامة مركزية.

والحد الأدنى لاستلام الترشيحات هو (30) يوما ابتداء من تاريخ إرسال إعلان الصفقة، وإذا تم الدعوة إلى المنافسة بواسطة الإشعار المسبق بالمعلومات، فابتداء من تاريخ إرسال الدعوة التي تثبت اهتمامها، ويمكن للسلطة المتعاقدة خفض هذا الأجل إلى (25) يوما إذا تم إرسال العروض بالطريقة الإلكترونية⁽²⁾، ثم يقوم الراغبين في المشاركة بتقديم ترشيحاتهم بكل الوسائل المناسبة على أن تحدد بشكل مؤكد تاريخ استلامها وضمن سريتها وبعدها تقوم باختيار المرشحين المقبولين لتقديم اقتراحاتهم وفقا للمواصفات المذكورة في إعلان المنافسة، ويجب ألا يقل عدد المدعوين للمشاركة في الإجراء التنافسي مع التفاوض عن ثلاثة مرشحين، وإذا لم يبلغ عددهم هذا الحد الأدنى، فيمكن للسلطة المتعاقدة مواصلة الإجراءات من تتوفر فيهم المؤهلات اللازمة⁽³⁾.

- المرحلة الثانية: عند نهاية أجل استلام العروض الأولية، تفتح السلطة المتعاقدة تفاوضا مع المرشحين المختارين حول مضمون هذه العروض، وجميع العروض اللاحقة باستثناء العروض النهائية فلا يجوز أن تكون محل تفاوض، غير أنه يجوز منح الصفقة على أساس العروض الأولية دون تفاوض شريطة أن تشير في إعلان الصفقة أو في الدعوة تأكيد احتفاظها لنفسها بحقها في القيام بذلك⁽⁴⁾.

¹: Article 31-II du décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, relative aux marches publics.

²: Article 72 -I du décret, Ibid.

³: Article 47, du décret, Ibid.

⁴: Article 73-I, du décret, Ibid.

كما يمكن أن تقرر السلطة المتعاقدة مباشرة الإجراء التنافسي مع التفاوض عبر مراحل متتالية من أجل تقليل عدد العروض التي سيتم التفاوض بشأنها بتطبيق معايير منح الصفقة المحددة في الإعلان عنها أو في الدعوة، لتأكيد مصلحتها في ذلك، أو في وثيقة أخرى للاستشارة، شريطة أن تشير السلطة المتعاقدة إلى ذلك صراحة في إحدى هذه الوثائق⁽¹⁾.

ويجب أن يكون عدد العروض التي مازال يتعين التفاوض بشأنها كافية لضمان المنافسة الفعالة شريطة وجود عدد كاف من العروض المؤهلة⁽²⁾، ويمكن أن يشمل التفاوض مناقشة جميع عناصر العرض دون أن يقتصر على الجوانب التقنية فقط؛ إذ يمكن أن يشمل السعر والكمية والمدة، وتستمر السلطة المتعاقدة في التفاوض حتى تتمكن من تحديد العرض الذي من المرجح أن يلبي احتياجاتها، وتتم المفاوضات وفقا لمبدأ المساواة في معاملة جميع مقدمي العروض، ولهذا الغرض يتعين على السلطة المتعاقدة أن تمتنع عن إعطاء أية معلومات قد تفيد بعض المشاركين على غيرهم، والامتثال لهذا المبدأ يعني أيضا أنه يجب تبليغ جميع المشاركين كتابة بالعروض التي لم يتم استبعادها بعد من جميع التغييرات التي أدخلتها على المواصفات التقنية، أو أي وثيقة أخرى تتعلق بالاستشارة، ولا يمكن إدخال هذه التغييرات على الحد الأدنى من المتطلبات المحددة أصلا، ويجب أن تمنح السلطة المتعاقدة للمرشحين أجلا كافيا لتعديل عروضهم أو تقديم عروض جديدة عند الاقتضاء⁽³⁾.

- المرحلة الثالثة: في المرحلة النهائية للتفاوض تقوم السلطة المتعاقدة بتحرير دفاتر الشروط، وتوجه دعوة إلى المرشحين المقبولين لتقديم عروضهم النهائية على أساس ما تم التوصل إليه من نتائج خلال المفاوضات، وعليها أن تتحقق من أن العروض النهائية تشمل جميع العناصر المطلوبة والضرورية لتلبية احتياجاتها، كما يمكنها أن تسمح في هذا الصدد للمشاركين بتسوية عروضهم غير النظامية في غضون فترة مناسبة، شريطة ألا تكون هذه

¹: Article 73-II, du décret, Ibid.

²: Ibid.

³: Article 73-III, du décret, Ibid.

العروض منخفضة بشكل غير طبيعي، أو أن يكون لها أثر على تعديل الجوانب الأساسية للعرض النهائي، أما العروض غير المنتظمة وغير المقبولة في نهاية التفاوض فتقوم بإقصائها، وفي الأخير يتعين على السلطة المتعاقدة إعداد تقرير تقديمي، توضح فيه الأسباب التي دفعتها إلى اختيار الإجراء التنافسي مع التفاوض لإبرام العقد، وأن يتضمن نشر إعلان المنح المؤقت جميع المعلومات المطلوبة⁽¹⁾.

ثالثا: إجراء الحوار التنافسي: (la procédure de dialogue compétitive):

1- تعريف الحوار التنافسي: عرفت المادة 75 من المرسوم رقم 360-2016 السالف الذكر، الحوار التنافسي بأنه "الإجراء الذي بمقتضاه تقوم السلطة المتعاقدة بالتحاور مع المرشحين المقبولين للمشاركة في هذا الإجراء، بغية تحديد أو تطوير الحلول التي من شأنها تلبية احتياجاتها، وعلى أساسها يتم دعوة المرشحين لتقديم عروضهم".

2- شروط اللجوء إلى الحوار التنافسي: لقد وردت شروط لجوء السلطة المتعاقدة إلى إجراء الحوار التنافسي في المادة (25-II) من المرسوم رقم 360-2016 السالف الذكر، وهي نفس الشروط الستة التي عرفنها في الإجراء التنافسي مع التفاوض لذلك لا داعي لذكرها هنا، ومن الناحية العملية فإن طبيعة الصفقة العمومية المراد إبرامها هي التي تحدد ما إذا كان بالإمكان اللجوء إلى هذا الإجراء.

ويمتاز الحوار التنافسي مقارنة بطلب العروض بأنه يسمح بإعطاء رؤيا أكثر وضوح ومقارنة الحلول التقنية والمالية أو القانونية، التي يمكن أن توفرها الصفقة، لأن العروض لن تكون منذ البداية منحصرة في المواصفات الفنية الدقيقة، وهو ما يوفر للسلطة المتعاقدة فرصا أوسع للتحاور مع المرشحين للصفقة لتحسين نوعية وطبيعة الاقتراحات المبتكرة المقدمة لها ومن وجهة النظر هذه، فإن انعقاد الحوار التنافسي مثل التفاوض، وعلى

¹: Article 105, du décret, Ibid.

السلطة المتعاقدة أن تضع ثلاثة قيود في المواجهة وهي: ضمان المساواة في معاملة المرشحين، طيلة مدة الإجراء ضمان شفافية الإجراء، والمحافظة على السر الصناعي والتجاري للمرشحين⁽¹⁾.

ويجب على السلطة المتعاقدة أن تضع في الاعتبار بأن هذا الحوار هدفه ليس السرعة في الإجراءات وإنما هو الوصول إلى التحديد الجيد لاحتياجاتها، وقد تم تصميم هذه الطريقة خصيصا لتلبية الاحتياجات الأساسية للمشاريع الكبرى مثل البنية التحتية للنقل المتكامل أو انجاز الشبكات الكبرى للمعلوماتية أو لتنفيذ المشاريع التي تنطوي على الترتيبات القانونية والمالية المعقدة، لذلك ينبغي على السلطة المتعاقدة تحديد تلك الاحتياجات المزمع تلبيتها والتعريف بها في إعلان العقد، ويسمح لها بإجراء التحاور والتفاوض مع الشركات في هذه المرحلة من أجل تحديد الوسائل الأفضل لتلبيتها، شريطة أن يجري الحوار في إطار احترام مبدأ المساواة وشفافية الإجراءات، ولهذا الغرض يمنع على السلطة المتعاقدة إعطاء معلومات قد تقيد بعض المشاركين في الصفقة على حساب الآخرين، وتتولى السلطة المتعاقدة بإدراج الحلول المقدمة في دفاتر الشروط، ثم توجه دعوة للشركات المشاركة في الحوار لتقديم أفضل عرض لهم، لتختار العرض الأفضل اقتصاديا من بين العروض المقدمة⁽²⁾.

03- مراحل الحوار التنافسي: بالرجوع إلى أحكام المادة 75 من المرسوم رقم

2016-360 السابق الذكر، يتضح بأن إجراء الحوار التنافسي يركز على الإعداد المسبق من طرف السلطة المتعاقدة لاحتياجاتها، وتحديدها في إعلان الصفقة، وعند الاقتضاء في برنامج وظيفي أو مشروع محدد جزئيا، كما تحدد طرائق الحوار ومعايير المنح، وجدول زمني إرشادي في إعلان العقد أو أي وثيقة أخرى للاستشارة، كما بينت المادة 76 من نفس المرسوم إجراءات الحوار التنافسي التي يمكن تلخيصها في ثلاثة مراحل:

¹: MICHEL GUIBAL, NICOLAS CHARREL, op.cit., p 271.

²: Diane Deom et Pierre Nihoul, « les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », revue générale de droit, volume 36, n° 4, 2006, p 806.

- المرحلة الأولى: يبدأ الإجراء التنافسي بإعلان الصفقة طبقاً لأحكام المادتين (33 و 36) من المرسوم رقم 2016-360، والحد الأدنى لاستلام الترشيحات هو ثلاثون يوماً ابتداءً من تاريخ إرسال إعلان الصفقة⁽¹⁾، ثم يقوم الراغبين في المشاركة بتقديم ترشيحاتهم بكل الوسائل المناسبة، على أن تحدد بشكل مؤكد تاريخ استلامها وضمأن سريتها وبعدها تقوم باختيار المرشحين المقبولين لتقديم اقتراحاتهم وفقاً للمعايير المذكورة في إعلان المنافسة، بعد استبعاد المرشحين غير المقبولين، أو غير المكتملة عروضهم أو التي لا تتوفر فيها المواصفات المالية والتقنية الكافية، ويجب ألا يقل عدد المدعوين للمشاركة في الحوار التنافسي عن ثلاثة مرشحين⁽²⁾.

- المرحلة الثانية: بناءً على البرنامج الوظيفي أو المشروع المحدد جزئياً، تفتح السلطة المتعاقدة حواراً مع المرشحين المختارين، ويمكن أن يشمل الحوار مناقشة جميع عناصر الصفقة، دون أن يقتصر على الحلول التقنية فقط؛ إذ يمكن أن يشمل السعر أيضاً، وخلال هذه المرحلة من الحوار يسمح للمرشحين بتقديم اقتراحاتهم فقط، وليس عروضاً، ولا يمكنهم توقيع العقد في هذه المرحلة⁽³⁾، كما يمكن أن تقرر السلطة المتعاقدة إجراء الحوار في مراحل متتالية من أجل تقليل عدد الحلول التي ستناقش واستبعاد المرشحين الذين لا تلبية حلولهم معايير منح الصفقة المحددة في الإعلان عنها، أو في أي وثيقة أخرى للاستشارة ويجب أن تشير السلطة المتعاقدة إلى ذلك في وثائق الاستشارة إذا استعملت هذه الامكانية وعند نهاية الحوار يجب أن يكون عدد الحلول التي لا يزال يتعين مناقشتها كافية لضمان المنافسة الفعالة شريطة وجود عدد كافٍ من الحلول المؤهلة، وتستمر السلطة المتعاقدة في الحوار حتى تتمكن من تحديد الحل أو الحلول التي من المرجح أن تلبية احتياجاتها

¹: Article 76 -1 du décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, relative aux marches publics.

²: Article 47, Ibid.

³: Christophe Lajoye, Op.cit. p 118.

ويجري الحوار وفقاً لمبدأ المساواة في معاملة المشاركين، ولهذا الغرض يتعين على السلطة المتعاقدة أن تمتنع عن إعطاء أية معلومات قد تقيّد بعض المشاركين الآخرين⁽¹⁾.

- المرحلة الثالثة: وهي المرحلة النهائية التي تقوم فيها السلطة المتعاقدة بتحرير دفاتر الشروط، وتوجه دعوة إلى المرشحين المقبولين لتقديم عروضهم النهائية على أساس الحلول المقدمة والمحددة خلال إجراء الحوار، وعليها أن تتحقق من أن العروض النهائية تشمل جميع العناصر المطلوبة والضرورية لتحقيق المشروع⁽²⁾، كما يمكنها في هذا الصدد أن تطلب من المشاركين تقديم توضيحات وإدخال تحسينات أو إضافات على عروضهم النهائية غير أنه لا يمكن أن يكون لهذه الطلبات أثر على تعديل الجوانب الأساسية للعرض النهائي لاسيما الاحتياجات والمتطلبات المذكورة في وثائق الاستشارة وأن لا تؤدي هذه التعديلات التي أدخلت إلى تشويه المنافسة أو أن يكون لها أثر تمييزي⁽³⁾.

¹: Stéphane Braconnier, op.cit. p 227.

²: Article 76 – III, du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

³: Article 76 –IV, Ibid.

المطلب الثاني: مجال السلطة التقديرية لإدارة في التعاقد وفقا

للإجراءات الاستثنائية.

إذا كانت الإدارة المتعاقدة محاطة بقيود شديدة في التعاقد وفقا للإجراءات الشكلية السابق ذكرها، فإنها تملك هامشا من السلطة التقديرية عند لجوئها إلى التعاقد وفقا للإجراءات الاستثنائية، وذلك نظرا لتمتعها بآلية التفاوض مع المرشحين للتعاقد معها، وتختلف طرق التعاقد الاستثنائية المتبعة في كل من الجزائر وفرنسا ومصر، حيث حصر المشرع الجزائري الأسلوب الاستثنائي الوحيد للتعاقد في إجراء التراضي، أما المشرع المصري فقد حدد هذه الطرق في المناقصة المحدودة، والمناقصة المحلية، والممارسة المحدودة والاتفاق المباشر (الفرع الأول)، أما المشرع الفرنسي فقد بين أن طرق التعاقد الاستثنائية تنحصر في الاجراء التفاوضي دون إشهار ودون منافسة مسبقة، كما وضع عدة تقنيات أخرى خاصة للتعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طرق التعاقد الاستثنائية في التشريعين الجزائري المصري.

أولا: في التشريع الجزائري: إذا كان المشرع الجزائري قد قيد المصلحة المتعاقدة إلى أبعد حد ولم يترك لها مجالا واسعا لاستعمال سلطتها التقديرية عند اللجوء إلى التعاقد وفقا للإجراءات الشكلية المتمثلة في طلب العروض بمختلف أشكاله، فإنه بالمقابل أوجد طريقة استثنائية للتعاقد تتحرر فيه الإدارة المتعاقدة من الخضوع للقواعد الإجرائية الطويلة والمعقدة المتبعة في أسلوب طلب العروض، ويمكنها التعاقد مباشرة عن طريق أسلوب التراضي مع المتعاقد الذي تختاره، والذي قد يتخذ شكل التراضي البسيط، أو شكل التراضي بعد الاستشارة ويتم اللجوء إلى التعاقد وفق هذه الطريقة الاستثنائية لاعتبارات اقتصادية واجتماعية، وكذا عند عدم جدوى المنافسة أو محدودية السوق.

01- إجراء التراضي كاستثناء للتعاقد (la procédure de gré à gré): عرّف المشرع

الجزائري التراضي في المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بأنه "إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة"، وهو ذات التعريف الذي نصت عليه المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى.

ويتضح من خلال هذه المادة بأن إجراء التراضي يمتاز بالمرونة، إذ يسمح للإدارة المتعاقدة بإعمال سلطتها التقديرية في اختيار المتعامل المتعاقد معها، دون التقيد بالشروط الواردة في إجراء طلب العروض، وذلك نظرا لما يستوجب أن يسبق التعاقد بهذا الأسلوب من إجراء مفاوضات ومناقشات مع المرشحين للتعاقد بكل الوسائل المكتوبة الملائمة، وهو ما يوفر للإدارة الجهد والوقت في إبرام عقودها وانجاز مشاريعها.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي أطلق على هذا الأسلوب اسم الإجراء التفاوضي بدون إشهار ولا منافسة مسبقة كإجراء استثنائي، تلجأ إليه السلطة المتعاقدة في حالات محددة على سبيل الحصر في المادة 30 من المرسوم رقم 2016-360 كما أسماه المشرع المصري الاتفاق المباشر ونص عليه في المادة 7 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، واعتبرته التشريعات الثلاثة إجراء استثنائي، تلجأ إليه الإدارة حال تعذر اللجوء إلى الطرق الأخرى، وغالبا ما يتعلق الأمر باحتياجات عاجلة، تريد الإدارة أن تتعاقد عليها فتتحرر من الإجراءات الصارمة في طرق التعاقد الشكلية بكافة أنواعها ويعطي للإدارة حرية واسعة في اختيار المتعاقد معها دون اتباع اجراءات معينة⁽¹⁾.

02- أشكال إجراء التراضي: بالرجوع إلى المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم

15-247، السالف الذكر، نجد أن المشرع الجزائري ميّز بين شكلين من التراضي وهما: التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة.

¹: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 141.

أ- إجراء التراضي البسيط (La procédure du gré à gré simple): نصت المادة 2/41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أن " إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم".

ويتبين من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري أكد مرة أخرى على الطابع الاستثنائي للتراضي البسيط رغم أنه قد سبق وجعل من التراضي قاعدة استثنائية في الإبرام من خلال نص المادة 39، وذلك بهدف تقييد الإدارة في اللجوء إلى هذا الإجراء بالحالات المنصوص عليها حصرا في المادة 49 من المرسوم المذكور سابقا وهي:

أ.1- حالة الاحتكار للمتعاقد: عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية⁽¹⁾، أو لحماية حقوق حصرية خاصة حقوق الملكية الفكرية، كالحاجات التي لا يمكن تلبيتها إلا من خلال الخدمة المحمية من طرف حق حصري كأن يكون مقدم الخدمة هو صاحب تصميم برنامج إعلام آلي، وهو الوحيد الذي يملك الحق الحصري في صيانة واستغلال هذا البرنامج، أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية كإنشاء أو اقتناء عمل فني أو أداء فني فريد من نوعه، كأعمال النحت على المعالم التذكارية الضخمة التي تقام في الأماكن العامة، أو أسباب تقنية تنطوي على صعوبات حقيقية في التنفيذ، تجعل إجراء المنافسة مستحيلا، وفي هذا الصدد فقد حدد القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 30 جوان 2014، الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية التي يمكن أن تكون موضوع الصفقات بالتراضي البسيط وهي: الخدمات التي لا يمكن أن يقوم بها إلا فنانون مبدعون اختيروا لشخصهم، واقتناء الممتلكات الثقافية المنقولة، باستثناء

¹ عرفت المادة 3 ج من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم وضعية الهيمنة بأنها " الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه، وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة على حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو مموليها"، انظر: ج.ر، عدد 43، بتاريخ: 20 جويلية 2003، ص 25.

الممتلكات الأثرية⁽¹⁾، وبهذا يكون المشرع قد وسع من مجال الخدمات التي تكون محلا لإجراء التراضي، ولم يكتف بانفراد المتعامل المتعاقد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة كما كان عليه الوضع في المادة 43 مطة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى.

أ.2- حالة الاستعجال الملخ: تتحقق حالة الاستعجال كلما كان من شأن التأخير في التعاقد إحداث أضرار لا يمكن تداركها، وعندها يكون التعاقد بطريق التراضي البسيط هو الأسلوب المناسب لدفع الضرر الناجم عن التأخير في التعاقد⁽²⁾، ولقد قيد المشرع لجوء المصلحة المتعاقدة إلى هذه الحالة بمجموعة من الشروط، وفي حدود ما هو ضروري في تنفيذ الخدمات لمواجهة حالة الاستعجال⁽³⁾ وهي:

- أن يتعلق الاستعجال بخطر داهم يهدد ملك أو استثمار، للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، وهذه الحالة جديدة نص عليها المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ولم تكن موجودة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى، الذي اكتفى بالنص على وجود خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، ويتعين على المصلحة المتعاقدة تبرير حالة الاستعجال التي عبر عنها المشرع "بالملخ" "المعلل"، و تثبت بأن هذا المتعامل الاقتصادي الذي تم اختياره هو الوحيد القادر على تلبية احتياجاتها ولا يمكن تلبيةها بواسطة إجراءات أخرى، كما يجب أن تبرر عدم وجود حلول أو بدائل معقولة أو خدمات ذات وظيفة مماثلة.

¹: المادة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 30 يونيو 2014، الذي يحدد الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية و/ أو الفنية التي يمكن أن تكون موضوع الصفقات بالتراضي البسيط، ح.ر، العدد 57، الصادرة بتاريخ: 28 سبتمبر 2014، ص 94.

²: عاطف سعدي محمد، المرجع السابق، ص 619.

³: معيار الاستعجال- كما رأته المحكمة الإدارية العليا في مصر- هو معيار موضوعي تقدره جهة الإدارة تحت رقابة القضاء، وذلك في ضوء الظروف المحيطة بعملية التعاقد، والتي تعكس ضررا محتمل الحدوث؛ فيما لو تأخر إبرام العقد إلى الأجل الذي تستلزمه الإجراءات الأخرى. مذكور في: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 792.

- أن يتجسد ذلك الخطر في الميدان، ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

- ألا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال.
- أن يكون الاستعجال ناجم عن ظروف غير متوقعة، وليس من خطأ السلطة المتعاقدة بفعل إهمالها أو تقصيرها، وتنطبق هذه الحالة خاصة في حالة الطوارئ الناتجة عن الكوارث الطبيعية أو التكنولوجية.
- ألا يكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة.

ويجب أن تجتمع هذه الشروط كي تجيز للمصلحة المتعاقدة إبرام الصفقة وفقاً لإجراء التراضي البسيط، ومن ثم فإن بانتفاء إحدى هذه الشروط، يزول حالة الاستعجال الملح⁽¹⁾.
والواقع أن الممارسات تثبت أن هذه الحالة الأكثر استغلالاً من طرف المصالح المتعاقدة في اللجوء إلى أسلوب التراضي البسيط، بل أن حالة الاستعجال تتحقق أحياناً نتيجة مماطلة وتراخي منها في اتخاذ إجراءات التعاقد في الوقت المناسب.

أ.3- حالة التموين المستعجل: يبدو أن هذه الحالة مرتبطة بحالة الاستعجال المذكورة أعلاه، غير أن وجه الاختلاف بينهما يكمن في موضوع العقد، كونه يتعلق بضمان توفير حاجات السكان الأساسية، وهذه الحالة تضع الإدارة المتعاقدة أمام حالة واقعية، يتعين عليها التراضي مباشرة مع المتعاقد الذي تختاره دون الخضوع للإجراءات الشكلية في التعاقد من أجل تموين السكان بمواد استهلاكية معينة في وقت قياسي⁽²⁾، وذلك بسبب ظروف مستعجلة وعلى الخصوص إثر حدوث زلزال أو فيضانات أو جفاف، أو اجتياح الجراد أو حرائق أو منشآت مهددة بالانهيار... الخ، وقد تم ضبط هذه الحالة بشرطين أساسيين نصت عليهما المادة 3-49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وهما:

¹: تياب نادية، المرجع السابق، ص 107.

²: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 189-190.

-عدم توقع المصلحة المتعاقدة للظروف المسببة لهذه الحالة.

- وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

والملاحظ أن المشرع قد تخلى عن حالة التموين المستعجل لضمان سير الاقتصاد المنصوص عليها في المادة 43 مطة3 في ظل المرسوم الرئاسي الملغى رقم 10-236 ولم تعد ضمن الحالات التي تسمح وفقها للمصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى التراضي البسيط.

أ.4- حالة مشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية: من المؤكد أن الأعباء المالية الناتجة عن إبرام هذا العقد ستكون ضخمة جداً، طالما وصف بالمشروع بذي الأهمية الوطنية الذي سيرتب آثاراً تمس كل إقليم الدولة⁽¹⁾، لذلك أخضع المشرع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج) وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر⁽²⁾.

وبالرغم من تقييد هذه الحالة بالحصول على الموافقة المسبقة كضمانة لعدم استغلال هذه الحالة، إلا أن الأسس المعتمدة في إعطاء المشروع صفة الأهمية الوطنية لازالت غامضة، ويرجع تحديد أهمية هذا المشروع كونه ذي أولوية وذي أهمية وطنية للسلطة التقديرية لمجلس الوزراء أو أعضاء الحكومة، وهو بذلك يتحول إلى لجنة لتقييم العروض.

أ.5- عندما يتعلق الأمر بترقية الانتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج: تخضع هذه الحالة إلى نفس الشروط المشار إليها في الحالة الرابعة من ضرورة الحصول على الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء أو أعضاء الحكومة، وهو تبرير يقصد به تفضيل المؤسسات الوطنية.

¹: عمار بوضياف، المرجع السابق ، ص 190.

²: انظر المادة 49 مطة 4، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

أ.6- حالة وجود نص تشريعي أو تنظيمي: يمنح مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا⁽¹⁾ للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ويبدو أن هدف المشرع من هذه الحالة، هو إعطاء الأولوية لبعض المؤسسات العمومية لتقديم الخدمة العمومية في مجال محدد، وقد بين المشرع طبيعة هذه المؤسسات بأنها ذات طابع إداري أو صناعي أو تجاري، وبذلك يكون قد تدارك النقص وأزال اللبس الذي كان يشوب هذه الحالة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى، عندما استعمل تعبير "مؤسسة عمومية" ولم يبين طبيعتها⁽²⁾.

ومما لا شك فيه أن إعطاء أولوية لبعض المؤسسات العمومية والترخيص لها بالتعاقد وفق أسلوب التراضي البسيط، قد يكون له أثر خطير على مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، وكان جدير بالمشرع أن يترك مجال المنافسة مفتوح للمؤسسات العمومية لطالما تنشط في نفس المجال كي تثبت وجودها، لا أن تحظى فيه مؤسسة بعينها بامتياز وحق حصري على حساب مؤسسات أخرى⁽³⁾.

وحتى لا يؤدي التراضي البسيط إلى تعطيل مبدأي المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، فقد وضع المشرع الجزائري ولأول مرة جملة من الشروط في المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي تقيد سلطة المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى هذا الأسلوب من التعاقد وهي:

¹: ينبغي التمييز بين الحق الحصري المعترف به لمؤسسة ما والوضعية الاحتكارية لمعامل اقتصادي معين، إذ أن هذه الأخيرة تعني وجود متنافس وحيد يحتكر نشاطا معيناً وينفرد به، في حين أن الحق الحصري يعني أن هناك عدد من المتعاملين ينشطون في نفس المجال، ويصدر نصا كي يختار أحدهم والتعاقد معه للقيام بالخدمات المطلوبة.

²: انظر المادة 43 مطة 5، من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

³: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 191. انظر أيضا: تياب نادية، المرجع السابق، ص 109.

- يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحدد حاجاتها، في ظل احترام أحكام المادة 27 من هذا المرسوم.

- أن تتأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي المراد التعاقد معه لاسيما المؤهلات التقنية والمهنية والمالية.

- أن تختار متعاملاً اقتصادياً يقدم عرضاً له مزايا من الناحية الاقتصادية، كما هي محددة في المادة 72 من المرسوم، بحيث تتولى لجنة فتح وتقييم العروض بانتقاء أحسن عرض إما بالاستناد إلى العرض الأقل ثمناً من بين العروض المالية للمرشحين المختارين أو الأقل ثمناً من بين العروض المؤهلة تقنياً بالاستناد إلى عدة معايير من بينها السعر (كالنوعية، آجال التنفيذ، الطابع الجمالي والوظيفي، القيمة التقنية، الخدمة بعد البيع... إلخ) أو الذي تحصل على أعلى نقطة استناداً إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر إذا كان الاختيار قائماً على الجانب التقني للخدمات.

- أن تنظم المصلحة المتعاقدة مفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 6 من المادة 52 من هذا المرسوم، من خلال إجراء المفاوضات من طرف لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة، في ظل احترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ويجب على المصلحة المتعاقدة السهر على ضمان إمكانية تتبع أطوار المفاوضات في محضر.

- يجب أن تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.

ب- إجراء التراضي بعد الاستشارة (La procédure du gré à gré après consultation)

هو أسلوب تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإبرام صفقاتها عن طريق توجيه الدعوة لمجموعة من المرشحين للمشاركة في المنافسة، حول موضوع الصفقة المزمع إبرامها بوسائل مكتوبة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعتمدة في إجراء طلب العروض وقد حددت

المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على سبيل الحصر الحالات التي يجوز فيها للمصلحة المتعاقدة، اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة وهي:

ب.1- حالة إعلان عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية: وذلك في حالة عدم استلام أي عرض أو عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات⁽¹⁾، ففي هذه الحالات تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تنتقل من القاعدة العامة المتمثلة في طلب العروض إلى التراضي بعد الاستشارة، ولا تعفيها هذه الطريقة من استشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض وبنفس دفتر الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض ولا يخضع دفتر الشروط لدراسة لجنة الصفقات⁽²⁾.

كما تستعمل المصلحة المتعاقدة نفس دفتر الشروط، إذا قررت استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، وفي هذه الحالة يجب عليها نشر الإعلان عن الاستشارة حسب الأشكال المنصوص عليها في المرسوم⁽³⁾.

وإذا تحتم على المصلحة المتعاقدة تعديل بعض أحكام دفتر الشروط التي تمس المنافسة فيجب عليها تقديمه لدراسة لجنة الصفقات العمومية المختصة وإطلاق عروض جديد⁽⁴⁾.

ب.2- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض: فالطبيعة الخاصة لهذه الصفقات هي التي تحتم على المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة، وقد حدد المشرع معايير خصوصية هذه الصفقات بموضوعها، أو بضعف مستوى المنافسة فيها، أو بالطابع السري للخدمات، ويتم تحديد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية

¹: انظر: المادة 40 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

²: المادة 52 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³: المادة 52 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴: المادة 52 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

السيادية للدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة⁽¹⁾، ومثال ذلك القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2 أوت 2011، الذي يحدد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال والتي لا تتطلب اللجوء إلى مناقصة⁽²⁾، كالدراسات ذات الطابع الاستراتيجي ودراسات الرصد وامكانية الانجاز والخبرة وتدقيق الحسابات، والخدمات المتعلقة بتطوير المضامين الرقمية وإيواء بوابات ومواقع الأنترنت، وصيانة منشآت تكنولوجيا الاعلام والاتصال والتطبيقات المعلوماتية، واقتناء اللوازم المتعلقة بالرخص اللوجستية ورخص الاستغلال وتجديدها، واقتناء برامج معلوماتية وتطبيقات الاعلام الآلي.

كما يمكن اللجوء إلى إبرام الصفقات عن طريق أسلوب التراضي عندما يتعلق الأمر بخدمات ذات الطابع السري كصفقات الأسلحة ولوازم وزارة الدفاع الوطني والأمن.

ب.3- حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة: اقتصر المشرع في هذه الحالة على الصفقات المتعلقة بتنفيذ الأشغال في المؤسسات ذات البعد الوطني والسيادي دون تعدادها، ومثال ذلك مؤسسة الدفاع، وقطاع المالية والخارجية والعدل دون غيرها من الهيئات الأخرى، ويتم تحديد قائمة هذه الأشغال بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية للدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة.

ب.4- حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد: يجوز للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، إذا تم فسخ الصفقات التي منحها لمتعاملين متعاقدين على أساس طلب العروض، وكانت طبيعتها لا تتحمل انتظار إجراء طلب عروض من جديد، بسبب ما تستغرقه من وقت لمواصلة تنفيذ

¹: المادة 52 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

²: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 2 أوت 2011، يحدد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال والتي لا تتطلب اللجوء إلى المناقصة، ج.ر، عدد 06، بتاريخ: 12 فيفري 2012، ص 41.

الصفقات الموقفة التنفيذ بسبب الفسخ، لذلك وربحا للوقت يمكنها التعاقد مباشرة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة.

ب.5- حالة العمليات المنجزة في إطار التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات: وفي هذه الحالة يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني في الحالة الأولى، أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى، ومن الواضح أن اللجوء إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة في هذه الحالة يدعم أكثر احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية مع الدول الأخرى، لاسيما عندما يتعلق الأمر بالاستثمارات الأجنبية، أو تخليص الدولة من ديونها عن طريق تحويلها إلى مشاريع تنموية، ويعمل على رفع القيود التي تعيق إبرام مثل هذه العقود، إلا أن ما يؤخذ على هذه الحالة أنها تتميز بالغموض كونها لم تحدد ما لمقصود بالتمويلات الامتيازية، وكيف يتم تحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، وفي ظل غياب هذا التحديد من طرف المشرع، فإن ذلك سيفتح المجال واسعا لإعمال المصلحة المتعاقدة لسلطتها التقديرية في هذه الحالة وتحديد المجالات التي تراها مناسبة لتطبيق هذه الحالة.

ومن خلال ما سبق نستنتج أن إجراء التراضي كأسلوب استثنائي للتعاقد، وعلى الرغم من تقييد المصلحة المتعاقدة بالحالات الاستثنائية المذكورة على سبيل الحصر، إلا أن هذه الحالات تبقى غير دقيقة بالقدر الكافي لإلزامها بها، مما يفتح المجال للسلطة التقديرية بشكل واسع في التراضي البسيط، حيث لا تلزم فيه باتباع شكليات معينة ولو كانت بسيطة، بينما في إجراء التراضي بعد الاستشارة وإن كانت مقيدة بإجراء الاستشارة إلا تمتعها بحرية التفاوض مع المتعاملين الاقتصاديين يفسح المجال أيضا لإعمال سلطتها التقديرية، في تقرير الشروط اللازمة والظروف الملائمة والوقت المناسب لإبرام العقد واختيار المتعامل المتعاقد.

ثانيا: في التشريع المصري: لقد أثبتت التجربة العملية أن الشكل التقليدي للمناقصات المفتوحة لكافة الراغبين في التعاقد مع الإدارة؛ ممن يستوفون شروط الاشتراك فيها وإن كان يجدي في بعض أنماط العقود الإدارية، إلا أنه لا يجدي في نطاق بعض العقود ذات الطبيعة الفنية المعقدة والتي تتناقض مع إمكانية فتحها للجميع؛ فظهرت الحاجة إلى نمط جديد من المناقصات، تتسلح فيه الإدارة بمساحة كبيرة وكافية من السلطة التقديرية في قبول المرشحين المحتملين للدخول في المنافسة على التعاقد.

لذلك نص المشرع المصري على أربعة طرق استثنائية يمكن للإدارة المتعاقدة، اتباعها للتعاقد وفق إجراءاتها إذا توافرت شروطها، حيث نصت المادة 2/01 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998 على أنه " ... ومع ذلك يجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بإحدى الطرق الآتية: المناقصة المحدودة المناقصة المحلية، الممارسة المحدودة، الاتفاق المباشر..."، وعليه سنتناول كل طريقة على حدة على النحو التالي:

01- المناقصة المحدودة (Adjudication restreinte): وهي صورة من صور

المناقصات التي تعتمد على الارساء التلقائي على السعر الأقل، وهي بدلالة وصفها يقتصر الاشتراك فيها على عدد محدود من المتنافسين المعتمدين لدى الإدارة والمتوافرة فيهم شروط الكفاية الفنية والمالية على تنفيذ أنواع معينة من الأعمال موضوع التعاقد (1).

إن السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة في نطاق الدخول إلى المنافسة، تعتبر المعيار المميز للمنافسة المحدودة، وهذه السلطة التقديرية تبرر على أساس وجود خدمات ذات أهمية خاصة تستوجب تقديرا حرا من جانب الإدارة المتعاقدة للأهلية التقنية للمتنافسين المحتملين، وبذلك فإنه لا يكفي أن تفرض شروط عامة للمنافسة، بل يجب أن تمارس الإدارة في هذا النطاق سلطة تقديرية لكي تستبعد بقرار فردي كل مرشح لا يكون على مستوى

¹: محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 200.

الكفاءة المطلوب لتنفيذ مثل هذه الخدمات ذات الحساسية الخاصة⁽¹⁾، و لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة، بأن يكون اختيارها غير مقصود به تحقيق المصلحة العامة أو يهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية⁽²⁾، ويكون التعاقد بطريقة المناقصة المحدودة بقرار مسبب من السلطة المختصة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين، أو فنيين أو خبراء بذواتهم، سواء في مصر أو في الخارج، على أن تتوفر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة⁽³⁾ ومثال الحالات التي تتطلب طبيعتها اللجوء إلى هذا الطريق من طرق التعاقد الأعمال والتوريدات ذات الأهمية الكبيرة كإنشاء مطار جوي أو ميناء بحري أو مفاعل ذري أو توريد أجهزة علمية دقيقة ومتقدمة⁽⁴⁾.

وتخضع المناقصة المحدودة في القانون المصري لنفس القواعد الأساسية التي تحكم المناقصة العامة، فهي تهدف إلى الوصول إلى أفضل عطاء، من خلال توجيه الدعوة إلى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة، والذي تعتمد أسمائهم السلطة المختصة من بين المقيدین بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم، وذلك بموجب كتب موصى عليها قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية بسبعة أيام على الأقل ويجوز أيضا تسليم الدعوة بأية طريقة أخرى مناسبة مع إثبات موعد تسليمها لأصحاب الشأن ويجب أن تتضمن الدعوة كافة البيانات الواجب ذكرها في الاعلان عن المناقصة العامة⁽⁵⁾.

وينتقد جانب من الفقه مسلك المشرع المصري في الأخذ بأسلوب الدعوة الشخصية لتقديم العطاءات في المناقصة المحدودة، لمجافاة هذا الأسلوب لمبدأ الشفافية الذي حرص

¹: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 537.

²: هاني عبد الرحمان اسماعيل، المرجع السابق، ص 437.

³: المادة 34 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، السابق الذكر.

⁴: محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 200.

⁵: المادة 35 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 السابق الذكر.

عليه المشرع في القانون الحالي، كما أن إفراغ تقنية المناقصة المحدودة من التزام الإدارة بالإعلان عنها، من الممكن أن يفرغ مبدأ المناقصة نفسه من معناه، لأن المناقصة هي إجراء يقوم على منطق المنافسة أياً كانت صيغته، وأن إعطاء الإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية في نطاق انتقاء المرشحين الذين يمكن أن يلجوا باب المناقصة ليس معناه أن تنتقيهم دون معيار قائم على منطق المنافسة ذاته، والقول بغير ذلك سيؤدي إلى توسيع مجال السلطة التقديرية للإدارة بشكل كبير، ليجعله متاخماً في كل لحظة لحدود المحاباة والمحسوبية⁽¹⁾.

02- المناقصة المحلية (Adjudication local): هذه المناقصة وكما هو واضح

من تسميتها تجرى داخلياً فقط، فلا يتم الاعلان عنها في الخارج، ولم ينظم المشرع الفرنسي ولا الجزائري مثل هذا النوع من المناقصات، وتناولها المشرع المصري في المادة 4 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات التي نصت على أن "يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا تزيد قيمته على أربعمئة ألف جنيه، ويقصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها تنفيذ التعاقد".

أما المادة 37 من اللائحة التنفيذية لهذا القانون فقد حددت شروط واجراءات المناقصة المحلية كالتالي: صدور قرار مسبب من السلطة المختصة، وألاً تزيد قيمة العملية التعاقدية على مائتي ألف جنيه، وأن يقتصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين المقيدين في قائمة تعدها الإدارة سلفاً، والذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها تنفيذ التعاقد، مع ضرورة توجيه الدعوة للاشتراك في المناقصة المحلية إلى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص موضوع المناقصة، والذين تعتمد أسمائهم السلطة المختصة من بين المقيدين بسجلات الجهة الإدارية، مع إرسال الدعوة بموجب خطابات موصى عليها قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف بخمسة أيام على الأقل، وفي حالة الاستعجال يتم إرسالها مع مخصص قبل الموعد المحدد بثمان وأربعين ساعة على الأقل،

¹: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 538.

وتسلم بموجب إيصال مؤرخ، وأخيرا يجب أن تتضمن الدعوة كافة البيانات الواجب ذكرها في الاعلان عن المناقصة العامة.

وقد نصت المادة 38 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على خضوع المناقصة المحلية فيما عدا النصوص التي تحكمها، لكافة القواعد والأحكام والإجراءات والشروط التي تحكم المناقصة العامة.

وتختلف المناقصة المحلية عن المناقصة المحدودة في أن الأولى محددة بقيمة مالية معينة، بينما الثانية ليست كذلك، كما أن المناقصة المحدودة توجه فيها الدعوة إلى المنافسة للمقاولين والموردين سواء في الداخل أو الخارج، بينما يقتصر توجيه الدعوة للاشتراك في المناقصة المحلية على الموردين والمقاولين المحليين فقط الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائلتها تنفيذ العقد، كما أن مدة تقديم العروض في المناقصة المحلية حددت بخمسة أيام على الأقل قبل موعد فتح المظاريف الفنية، وفي حالة الاستعجال قبل الموعد المحدد بثمان وأربعين ساعة على الأقل، وتسلم بموجب إيصال مؤرخ أما في المناقصة المحدودة فإن فترة تقديم العطاءات حددت بسبعة أيام على الأقل، ولا يجوز تخفيض هذه المدة إلى أقل من ذلك.

03- الممارسة المحدودة (négociation restreinte): وهي محدودة من حيث إنه

لا يعلن عنها للكافة، وإنما توجه الدعوة إلى المشاركة فيها لأشخاص معينين ممن يشتغلون بنوع النشاط المطلوب، ولذا تنص المادة 47 من اللائحة التنفيذية على " أن توجه الدعوة لتقديم العروض في الممارسات المحدودة بخطابات موصى عليها، تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها في الاعلان عن المناقصات العامة والمبينة بهذه اللائحة، مع تحديد أول اجتماع للجنة الممارسة على ألا تقل المدة المحددة لتقديم العروض عن سبعة أيام من تاريخ إرسال الدعوات، ويجوز في حالة الاستعجال وبموافقة السلطة المختصة إرسال الدعوة مع مخصص قبل الموعد المحدد بخمسة أيام وتسلم بموجب إيصال مؤرخ.

ويراعى في جميع الحالات توجيه الدعوة إلى أكبر عدد من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة الذين تعتمد أسماءهم السلطة المختصة من بين المقيدون بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم.

وقد حدد المشرع المصري للإدارة المتعاقدة مجالين للتعاقد وفقا لأسلوب الممارسة المحدودة احدهما وجوبي وآخر جوازي⁽¹⁾.

أما المجال الوجوبي فقد نصت عليه المادة 5 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات حيث حددت على سبيل الحصر حالات تعاقد الإدارة وفق أسلوب الممارسة المحدودة وهي:

- أ- الأشياء التي لا تصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم.
- ب- الأشياء التي تقتضي طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها، أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها.
- ج- الأعمال الفنية التي تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم.

د- التعاقدات التي تقتضي اعتبارات الأمن القومي أن تتم بطريقة سرية.

بينما المجال الجوازي، فقد نص قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على حالتين يجوز فيهما للإدارة التعاقد وفقا لأسلوب الممارسة المحدودة وهما:

الحالة الأولى: نصت عليها المادة 8 من قانون المناقصات والمزايدات لسنة 1998 وتتعلق بالتعاقدات التالية:

- التعاقدات الخاصة بالتسليح التي تبرمها وزارتي الدفاع والإنتاج الحربي وأجهزتها في حالة الضرورة.
- التعاقدات التي يرخص بها رئيس مجلس الوزراء في حالات الضرورة لجهة معينة لاعتبارات يقرها ترتبط بطبيعة عمل ونشاط تلك الجهة.

¹: عائشة خلدون، المرجع السابق، ص 285-286.

الحالة الثانية: تناولتها المادة 2/30 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات السالف الذكر وهي تتعلق بالبيع أو التأجير، حيث أن القاعدة العامة في إبرام العقود المتعلقة بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع وباستغلال العقارات أن يتم عن طريق المزايدة العامة إلا أنه استثناء على هذه القاعدة، فقد أجاز المشرع إبرام مثل هذه العقود عن طريق الممارسة المحدودة، بعد صدور قرار مسبب من السلطة المختصة إذا تعلق الأمر بالحالات التالية:

أ- الأشياء التي يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها.

ب- حالات الاستعجال الطارئة التي لا تحتمل اتباع إجراءات المزايدة.

ج- الأصناف التي لم تقدم عنها أية عروض في المزايدات أو التي لم يصل ثمنها إلى الثمن الأساسي.

د- الحالات التي لا تجاوز قيمتها الأساسية خمسين ألف جنيه.

ونصت المادة 49 على خضوع الممارسة المحدودة لكافة الشروط العامة للمناقصات

العامة، فيما لم يرد فيه نص خاص باللائحة التنفيذية.

04- الاتفاق المباشر (contrat direct): يقصد بالاتفاق المباشر تعاقد جهة الإدارة

مباشرة مع المتعاقد الذي وقع اختيارها عليه، ودونما مناقصة أو مزايدة أم ممارسة، فالأمر المباشر أو الاتفاق المباشر تسلك فيه جهة الإدارة سبيل التعاقد مباشرة متحللة من الضوابط والأحكام والقواعد لطريق المناقصة بصورها الثلاثة العامة والمحدودة والمحلية وطريق الممارسة لما تخضع له من قيود⁽¹⁾.

كما عرّف بعض الفقه الاتفاق المباشر بأنه " تقنية استثنائية لتبادل الايجاب والقبول في العقد الإداري تقوم على التفاوض، شأنها في ذلك شأن الممارسة، ولكن وجه الاختلاف بينهما يتمثل في قيام الإدارة بالتفاوض في نطاق الممارسة بنوعيتها بعد استيفاء إجراءات العلانية وضمن مناخ واف من المنافسة، في حين أن الاتفاق المباشر لا يتم من خلال

¹: هاني عبد الرحمن اسماعيل، المرجع السابق، ص 504.

العلائية والمنافسة لأنه يحق للإدارة اللجوء إلى متعاقد معين بالذات، والتفاوض معه للتوصل إلى أفضل الشروط لإبرام العقد" (1).

فإذا كان الأصل العام في القوانين المنظمة لعقود الإدارة هو الالتجاء إلى المناقصات والممارسات العامة، إلا أن القانون أجاز استثناء التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في الحالات العاجلة التي لا تحتمل اتباع الإجراءات الشكلية بجميع أنواعها (2)، واتباع هذه الطريقة يجنب الإدارة مشاكل آلية الإرساء في المناقصات وتعطيها مرونة كبيرة في إبرام العقود من خلال سلطتها التقديرية في اختيار من يتعاقد معها (3)، ويتم التعاقد بهذا الأسلوب بناء على ترخيص السلطة المختصة في حدود مبلغ معين بالنسبة للمشتريات العادية والخدمات ومقاولات النقل كما أنها تتم في حدود مبلغ معين بالنسبة لمقاولات الأعمال، كما يجوز التعاقد بهذه الطريقة لشراء أصناف محتكرة من شركات في الخارج، ليس لها وكلاء في الدولة، بما لا تزيد قيمته على مبلغ معين تحدده السلطة المختصة (4).

وعلى الرغم مما يمثله هذا الأسلوب من تحررية في التعاقد، إلا أن المشرع المصري أخضعه بموجب المادة 7 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، باعتباره استثناء من الأصل العام في التعاقد الإداري لعدة قيود تهدف في مجملها إلى الحفاظ على صالح الخزانة العامة للدولة (5) ومنها:

• صدور ترخيص للتعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر من السلطة المختصة وهي:

- رئيس الهيئة أو رئيس المصلحة، ومن له سلطاته في الجهات الأخرى، وذلك فيما لا يتجاوز قيمته خمسمائة ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل، ومليون جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال.

¹: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 792.

²: محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 155.

³: محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 99.

⁴: صالح عبد اللطيف أحمد الغزاوي، المرجع السابق، ص 64.

⁵: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 181.

- الوزير المختص ومن له سلطاته أو المحافظ فيما لا تجاوز قيمته خمسة ملايين جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقالات النقل، وعشرة ملايين جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال.

- الوزير المختص بالصحة والسكان بالنسبة للأمصال واللقاحات والعقاقير الطبية ذات الطبيعة الاستراتيجية وألبان الأطفال وذلك وفقا للضوابط والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية⁽¹⁾.

• توافر حالة الاستعجال التي لا تتحمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها، ومعيار الاستعجال هو معيار موضوعي تقدره جهة الإدارة تحت رقابة القضاء.

كما أوردت المادتين 51 و52 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات قيدين عامين على اللجوء إلى تقنية الاتفاق المباشر وهما:

- صدور قرار مسبب بذلك من السلطة المختصة وإلا كان الإجراء باطلا، ومن ثم العقد الذي يبرم استنادا إليه.

- لا يجوز التعاقد بطريق الاتفاق المباشر أكثر من مرة واحدة في ذات السنة المالية بالنسبة لذات العملية موضوع التعاقد، إلا في الحالات التي لا يجاوز فيها مجموع قيمة ما يتم تكراره من تعاقدات عن ذات العملية، الحد الأقصى المقرر قانونا.

الفرع الثاني: إجراءات التعاقد الاستثنائية في التشريع الفرنسي.

اعتمد المشرع الفرنسي الإجراء التفاوضي بدون إشهار ودون منافسة مسبقة كأسلوب من أساليب التعاقد الاستثنائية، مع وضعه تقنيات أخرى خاصة للتعاقد عندما تتطلب طبيعة العملية التعاقدية ذلك، بحيث يقتصر فيه الاشتراك على عدد محدود من الأشخاص، وسنوضح هذه الطرق كالاتي:

¹: تم تعديل المادة 7 الفقرة الأولى بموجب قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 82 لسنة 2013، ج.ر، عدد 36 مكرر (أ)، المؤرخ في 11 سبتمبر 2013.

أولاً: الإجراء التفاوضي دون إشهار ودون منافسة مسبقة:

1- مفهوم التفاوض: يشكل التفاوض عموماً أهم عنصر في ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية في مرحلة تحديد مضمون العقد، وهو مرحلة عملية في العقد تسعى فيها السلطة المتعاقدة والمرشحون إلى التوصل لاتفاق بشأن أفضل حل لدى الطرفين، فهو أداة لتخفيض السعر التي لا يمكن تفعيلها إلا عن طريق الاستثناء في قانون الصفقات العمومية وهي تهم مبدئياً الهيئات المتعاقدة، ويعد التفاوض إجباري في عقود تفويضات المرفق العام⁽¹⁾.

وتتميز عملية الشراء الفعال بالبحث عن مطابقة عرض المتعاقد لاحتياجات الإدارة المتعاقدة، لذلك يجب أن يتيح التفاوض للسلطة المتعاقدة تحديد أفضل عرض نوعية وقيمة ومن ثم فلا يسمح التفاوض بإجراء تعديلات على السمات الرئيسية للعقد، مثل الغرض من العقد، أو معايير اختيار المرشحين والعروض ولا ينبغي أن يؤدي التفاوض إلى التخلي عن أي معيار من هذه المعايير أثناء الإجراء، إذ لا بد من ترك السلطة التقديرية للإدارة للتفاوض بحرية حول مضمون الخدمات، وتكييف السعر مع الخدمات التي يتم في الأخير اختيارها، ومن ثم يمكن التفاوض بشأن⁽²⁾:

- السعر أو عناصره: كالتفاوض بشأن تكلفة الاقتناء، وتكلفة التخزين والتحويل، وسعر الملحقات والخيارات، وقطع الغيار، والضمانات والصيانة والتأمين... الخ.

- الكمية: فيمكن التفاوض على الكميات المطلوبة، وتيرة الطلبات، التخفيضات المتفق عليها... الخ.

- الجودة: يمكن التفاوض على النوعية، كافية أم لا، المبالغة في تقدير الاحتياجات وتأثيره على السعر، إذا كان مستوى الجودة المطلوبة تعدل صعوداً وهبوطاً.

¹: Marchés publics, encyclopédie, Négociation des marchés publics et délégations de services publics, disponible sur site: <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/negotiation>

(Consulté le 5 juillet 2017)

²: DAJ, Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, du 26-09-2014, p 64, disponible sur site:

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-bonnes-pratiques-mp.pdf (Consulté le 21 mai 2016).

- الأجل: يمكن التفاوض على تأثير السعر على الاحتياجات في حالة التأخير، وحصّة النقل، وغيرها من الإجراءات...الخ.

- ضمانات التنفيذ الجيد للعقد: (العقوبات، الفسخ...)، على الرغم من أن هذه العناصر يصعب التفاوض عليها عندما تجرى المفاوضات مع عدة مرشحين. ونظراً لصعوبة التفاوض وما يتطلبه من مهارات في الشخص المفاوض، فإنه من الضروري تدريب السلطة المتعاقدة على هذه التقنية.

2- حالات اللجوء إلى الإجراء التفاوضي دون إشهار ودون منافسة مسبقة: لقد نصّ المشرع الفرنسي في المادة 30 من المرسوم رقم 2016-360، على حالات محددة على سبيل الحصر، تلجأ فيه السلطة المتعاقدة إلى استخدام هذا الإجراء، وبخلاف ذلك فإن العقد معرض للبطلان و يثيره القاضي تلقائياً⁽¹⁾، وتتمثل هذه الحالات في:

- حالة الضرورة الملحة: حيث أوردت المادة (I-30) من المرسوم أمثلة عن حالة الاستعجال في قانون الصحة العمومية، وقانون البناء والإسكان، والقانون الريفي والصيد البحري، ويشترط للأخذ بهذه الحالة: أن تثبت السلطة المتعاقدة أن هناك استعجال ملح لا يتوافق مع المواعيد النهائية التي تتطلبها الإجراءات الشكلية، وأن يكون هذا الاستعجال ناجم عن ظروف غير متوقعة وليس من خطأ السلطة المتعاقدة بفعل إهمالها أو تقصيرها وتتنطبق هذه الحالة خاصة في حالة الطوارئ الناتجة عن الكوارث الطبيعية أو التكنولوجية. فإذا ما توافر هذين الشرطين يجوز للسلطة المتعاقدة إبرام العقد بالتفاوض بدون إعلان وبدون منافسة مسبقة، شريطة أن تقتصر العقود المبرمة على هذا النحو على الخدمات الضرورية للغاية لمواجهة حالة الضرورة فقط.

¹: C.E. 28 juillet 2000, Jacquier, req. 202792, ment. Rec. Leb.

- عندما لا يتم استلام أي ترشيحات أو تقديم أي عروض في المواعيد المحددة، أو تم تقديم فقط ترشيحات غير مقبولة⁽¹⁾ (des candidatures irrecevables)، بالمعني المقصود في المادة (IV-55) أو عروض غير مناسبة⁽²⁾ (des offres inappropriées) وفقا للمادة (59) من المرسوم، ويكون اللجوء إلى التفاوض مفتوحا وفقا لهذا الإجراء، إذا لم يتم إجراء تعديلات جوهرية على الشروط الأصلية في العقد⁽³⁾، وكذلك في حالة عدم جدوى إجراء طلب العروض الذي أطلقته السلطة المتعاقدة.

ويتعين على السلطة المتعاقدة التي تلجأ إلى الإجراء التفاوضي بدون إشهار ولا منافسة مسبقة، أن ترسل تقريرا إلى اللجنة الأوروبية إذا طلب منها ذلك، وعليها أن تبين في هذا التقرير استيفائها لشروط لجوئها إلى هذا الإجراء.

- عندما لا يمكن توفير الأشغال أو اللوازم أو الخدمات إلا من طرف متعامل اقتصادي معين لاعتبارات فنية أو لاعتبارات تقنية أو لحماية حقوق حصرية خاصة حقوق الملكية الفكرية، وعلى السلطة المتعاقدة أن تثبت بأن هذا المتعامل الاقتصادي الذي تم اختياره هو الوحيد القادر على تلبية احتياجاتها، ولا يمكن تليبيتها بواسطة إجراءات أخرى، كما يجب أن تبرر عدم وجود حلول أو بدائل معقولة أو خدمات ذات وظيفة مماثلة، أو أن الحاجة إلى اللجوء إلى هذا المتعامل ناتجة إما عن أسباب فنية تتعلق بإنشاء أو اقتناء عمل فني أو أداء فني فريد من نوعه، كأعمال النحت على المعالم التذكارية الضخمة التي تقام في الأماكن العامة، أو أسباب تقنية تنطوي على صعوبات حقيقية في التنفيذ، تجعل إجراء المنافسة مستحيلا، أو أن احتياجاتها لا يمكن تليبيتها إلا من خلال الخدمة المحمية من

¹: Une candidature est irrecevable au sens de l'article 55- IV, du décret: lorsque le candidat se trouve dans un cas d'interdiction de soumissionner, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur ou ne peut pas produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur.

²: Une offre inappropriée au sens de l'article 59- I, du décret est: une offre sans rapport avec le marché public parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre aux besoins et aux exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation.

³: CAA Marseille, 24/02/2014, Société Autocars Rignon, 11MA02562, Inédit au recueil Lebon, disponible sur site: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000028754784> (Consulté le 5 juillet 2017)

طرف حق حصري، كأن يكون مقدم الخدمة هو صاحب تصميم برنامج إعلام آلي، وهو الوحيد الذي يملك الحق الحصري في صيانة واستغلال هذا البرنامج⁽¹⁾.

- عندما يكون الغرض من عقد التوريد هو تنفيذ عمليات تسليم تكميلية من طرف المورد الأصلي والمخصصة سواء للتجديد الجزئي للوالم أو المنشآت الانتاجية أو لتوسيع اللوالم أو المنشآت القائمة، إذا كان تغيير المورد سيجبر السلطة المتعاقدة على اقتناء اللوالم ذات خصائص تقنية مختلفة تؤدي إلى عدم توافق أو صعوبات تقنية غير متناسبة مع الاستعمال والصيانة.

- عندما يكون الغرض من عقد التوريد هو شراء المواد الأولية التي يتم نقلها وشراؤها مباشرة من سوق البورصة، ويمكن أن يشمل ذلك خاصة اللوالم التي يتم شراؤها مباشرة من بورصة المواد الأولية، بما في ذلك منصات تبادل السلع، مثل بورصة السلع الفلاحية السلع الأساسية ومنتجات الطاقة، حيث مجال التبادل متعدد الأطراف وخاضع للتنظيم والرقابة يضمن بطبيعة الحال أسعار السوق.

- عندما يتم إبرام عقود التوريد أو الخدمات وفقا للشروط التفضيلية الخاصة ببعض المتعاملين الاقتصاديين، سواء من طرف متعامل اقتصادي متوقف نهائيا عن النشاط أو بمقتضى التحفظ الوارد في المادة 45 من الأمر المؤرخ في 23 جويلية 2015.

ويجب توفر ثلاثة شروط كاملة وهي: أن يكون غرض العقد هو شراء اللوالم والخدمات، وأن تتم عملية الشراء هذه بشروط تفضيلية خاصة، أي شروط مالية مواتية جدا للسلطة المتعاقدة مقارنة بشروط السوق العادية، ويجب أن تتم عملية الشراء من طرف مورد أو مقدم خدمات أو من طرف متعامل اقتصادي يخضع لإحدى الإجراءات المنصوص عليها في الكتاب السادس من القانون التجاري الفرنسي باستثناء تلك المذكورة في الباب الأول

¹:Direction des affaires juridiques - DAJ - Ministère de l'économie, (fiche technique), les marchés publics négociés sans publicité ni mis en concurrence préalable, 30-03-2016, p 4. Voir sur site: <https://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics-negociés-sans-publicité-ni-mise-en-concurrence-2016>

(Consulté le 5 juillet 2017)

أو إجراء مماثل، فيمكن مثلا للسلطة المتعاقدة اقتناء تجهيزات في إطار البيع بالمزاد العلني نتيجة التصفية القضائية لمورد.

- عندما يتم منح عقد الخدمات إلى الفائزين أو أحد من الفائزين في مسابقة، وإذا كان هناك عدد من الفائزين فإنهم مدعوون جميعا للمشاركة في المسابقة.

- عندما يكون غرض العقد للأشغال أو الخدمات هو تقديم خدمات مماثلة لتلك الموكلة سابقا للحائز على العقد المبرم بعد المنافسة: وهي تعني الخدمات والأشغال الجديدة المتكررة والمماثلة لتلك التي عهد بها إلى الحائز على الصفقة الأصلية، شريطة أن تكون هذه الأشغال أو الخدمات الجديدة مطابقة للمشروع الأساسي الذي كان محل الصفقة الأصلية، ولا يمكن أن ترتبط صفقة الخدمات المماثلة بعملية تتعلق بأشغال مختلفة عن تلك المنصوص عليها في الصفقة الأصلية، وإذا كانت التعديلات التي أدخلت على دفتر الشروط جوهرية ومن شأنها أن تؤدي إلى تعديل الشروط الأساسية للدعوة إلى المنافسة، فينبغي عندئذ أن توكل إلى مقدم خدمات بعد الدعوة إلى المنافسة، ويجب أن يشير في الصفقة الأصلية إلى إمكانية استخدام هذا الإجراء لأداء الخدمات المماثلة، مع أخذ في الحسبان المبلغ الإجمالي المتوخى في الأشغال والخدمات الجديدة عند الدعوة إلى المنافسة.

- عندما تلبي الصفقة العمومية احتياجات تكون قيمتها التقديرية تساوي أو تقل عن 25000 أورو خارج الرسوم، وبالتالي فإن السلطة المتعاقدة، لا تلجأ إلى الاجراءات الشكائية التي هي أحيانا مكلفة في الوقت والامكانيات، بالنسبة للصفقات ذات المبالغ الضئيلة وذات الحصص المنخفضة، ومع ذلك فإنّ الحس السليم يفرض واجب السهر على اختيار العرض الملائم والحفاظ على حسن استعمال المال العام، وعدم التعاقد بانتظام مع نفس المتعامل الاقتصادي عند وجود وفرة في العروض المحتمل أن تلبي الاحتياجات⁽¹⁾.

¹: Article 30-I- 10°. du décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, relative aux marches publics.

- عندما تبرم صفقة عمومية تتعلق بتوريد الكتب غير الأكاديمية، من طرف السلطة المتعاقدة المذكورة في المادة (2و1/3) من قانون 10 أوت 1981 المتعلق بسعر الكتاب لتلبية احتياجاتها الخاصة، أو لإثراء مجموعة من المكتبات العامة المستقبلية للجمهور والتي تلبي احتياجات تقدر قيمتها أقل من 90.000 أورو خارج الرسوم.

- عندما تلبي الصفقة العمومية احتياجات تقل قيمتها التقديرية عن العتبات المالية الأوروبية، وعندما تكون الدعوة إلى المنافسة مستحيلة، أو غير ضرورية بشكل واضح ولأسيا بسبب موضوع الصفقة العمومية أو بسبب انخفاض مستوى المنافسة في القطاع المعني واللجوء إلى هذا الاستثناء يجب أن يكون مبررا بالنظر إلى ظروف كل حالة.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الصفقات التي تبرم بالتفاوض بدون إشهار ولا منافسة مسبقة من طرف السلطات المتعاقدة، تتعلق أساسا بعقود توريد المواد المصنعة فقط لأغراض البحث، الاختبار والتجريب، أو الدراسة أو التطوير، دون هدف الربحية أو استرداد تكاليف البحث والتطوير، وهذه الإمكانية غير متوفرة في عقود الخدمات والأشغال⁽¹⁾.

- الصفقات العمومية المبرمة لغرض البحث، التجريب، الدراسة والتطوير، والتي لا تهدف إلى تحقيق الربح أو استرداد تكاليف البحث والتطوير ولا ينبغي أن يخل ابرام مثل هذا العقد بالدعوة إلى المنافسة بالنسبة للصفقات العمومية اللاحقة التي تحقق نفس الأهداف⁽²⁾.

- الصفقات العمومية التي يكون غرضها شراء لوازم يمكن الحصول عليها باستغلال عروض تفضيلية خاصة في فترة قصيرة جدا، والتي يكون ثمنها أقل بكثير من الأسعار السائدة عادة في السوق⁽³⁾.

3- قيود التفاوض: في سياق التفاوض تواجه السلطة المتعاقدة ثلاثة قيود وهي⁽⁴⁾:

¹: Article 30-II. du décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, relative aux marches publics.

²: Article 30- III. 1°, Ibid.

³: Article 30- III. 2°, Ibid.

⁴: Ibid. p 65.

- القيد الأول: احترام مبدأ المساواة في معاملة المرشحين طيلة مدة عملية التفاوض.
- والقيد الثاني: ضمان شفافية الإجراء.
- والثالث: احترام السرية الصناعية والتجارية المحيطة بخبرة المرشحين.

واستجابة لهذه القيود يجب على السلطة المتعاقدة السهر على تتبع كل مراحل تبادل المعلومات مع كل المرشحين والحفاظ على إمدادهم بنفس المعلومات، ويمكنها التفاوض دائما حول العناصر التي ضمنها المرشح في عرضه، وفي المقابل؛ فإن عدم جواز المساس بالموصفات المنصوص عليها في دفتر الشروط، يجعل تعديل هذا الأخير أكثر صعوبة وأي تعديل محتمل على دفتر الشروط الأصلي والعرض الأصلي للمرشح، لا بد أن يكون محل تبرير من طرف السلطة المتعاقدة، لاسيما جانب مصلحتها الفنية والمالية، وفي حالة إدخال تعديلات على المواصفات يجب تبليغ جميع المرشحين بها عملا بمبدأ المساواة، وعليها دعوتهم جميعا لتقديم عروض جديدة على أساس هذه التعديلات قبل البدء في أية مفاوضات.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا يتمثل فيما إذا كانت إجراءات إبرام العقود الإدارية تسمح بالتفاوض حقيقة؟ وإذا كان الأمر كذلك فهل هو مطلق أم أنه يخضع لضوابط محددة؟ في الواقع إن تحليل إجراءات إبرام العقود الإدارية، لاسيما منها عقود تفويض المرفق العام يتبين أنه لا يمكن الحديث عن التفاوض إلا في حدود ضيقة جدا، وبشكل أكثر تحديد، في ظل وجود اللوائح التنظيمية ذات الصلة التي تحدد لكل إجراء من عملية الإبرام، ما إذا كان يسمح بالتفاوض لتحديد مضمون العقد، أو شرط استخدام التفاوض عند الاقتضاء.

ثانيا: تقنيات أخرى خاصة للتعاقد في التشريع الفرنسي.

I- الصفقات العمومية بالأشطر الاشتراطية (Marchés publics à tranches):

تستخدم السلطة المتعاقدة هذا النوع من الصفقات، عندما لا تستطيع تحديد وتيرة تنفيذ الاحتياجات المطلوبة، سواء أكان ذلك بسبب عدم اليقين، أو القيود الاقتصادية والمالية

أو التقنية، وهذه الأخيرة لا تسمح لها بالالتزام دفعة واحدة وبشكل نهائي بكل الخدمات التي ينبغي إنجازها، على الرغم من أن مدى الحاجات الواجب تلبيتها معروف من وقت إبرام العقد، وتقنية الشراء هذه تسمح للسلطة المتعاقدة بتحقيق المشروع على مراحل مختلفة كما يمكن لها أن تقرر وقف مواصلة إنجاز العقد⁽¹⁾.

ويجب أن يتضمن العقد المبرم وفقا لهذا الشكل، شطر ثابت إلزامي يكون المتعاقد متأكدا من إنجازها، وشطر واحد أو أكثر اختياري، والذي يجب أيضا أن يمثل كلاً منسجماً مع الأشرط السابقة التي تم إنجازها⁽²⁾، ويخضع تنفيذ كل شطر اختياري إلى صدور قرار من السلطة المتعاقدة، ويخطر صاحبها بالشروط المنصوص عليها في العقد كما تحدد وثائق الاستشارة، السعر وكيفيات تحديده، وطرق أداء خدمات كل شطر.

ولتحديد عتبات هذا الإجراء والإعلان عنه، من الضروري أخذ جميع الأشرط في الحسبان، بجمع القيمة التقديرية لكل واحد منها.

وتلتزم السلطة المتعاقدة بالشطر الإلزامي ولا تلتزم بالأشرط الاختيارية، ولا تقوم بتنفيذها إلا إذا قررت ذلك في إطار توقعاتها لاحتياجاتها، وليس مطلوباً منها تأكيدها، ويتم بعدها إبلاغ هذا القرار للمتعامل الاقتصادي الفائز، وفقاً للشروط المحددة في العقد، ويتم إطلاق الشطر الثابت عن طريق إخطار العقد فيما يتعلق باللوازم والخدمات، وعن طريق الأمر بالخدمة فيما يتعلق بإنجاز الأشغال.

II - اتفاقات الإطار (Les-accords-cadres):

يقصد باتفاقات الإطار في مفهوم النصوص القانونية المنبثقة عن إصلاح قانون الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 2016، "العقود التي تبرمها السلطة المتعاقدة مع واحد أو أكثر من المتعاملين الاقتصاديين بهدف وضع القواعد المتعلقة بسندات الطلب التي يتم

¹: Voir sur site: <http://marches-publics.legibase.fr/base-de-connaissances/choix-de-la-procedure-de-passation/les-marches-publics-tranches-d-art-77-75381> (Consulté le 26 juillet 2017).

²: Article 77, du décret n° 2016-360, précité.

اصدارها، أو الآجال التي تحكم العقود اللاحقة، والتي يتم ابرامها لمدة معينة خاصة فيما يتعلق بالأسعار، والكميات المقدرة عند الاقتضاء" (1).

ويمكن ابرام هذا النوع من العقود لمدة أقصاها أربع (4) سنوات بالنسبة للسلطات المتعاقدة، وثمانية (8) سنوات بالنسبة للهيئات المتعاقدة، ويجوز تمديد هذه المدة في حالات استثنائية، شريطة تبريرها على النحو الواجب من طرف السلطة المتعاقدة (2).

ويعتبر اللجوء إلى اتفاقية الإطار من اختصاص السلطة التقديرية للسلطة المتعاقدة بحيث لا توجد أية شروط خاصة تفرض عليها اللجوء إليها، ويجوز ابرامها في جميع المجالات (الأشغال، اللوازم والخدمات)، وتستند فلسفة اتفاقية الإطار إلى إمكانية التكيف بتلبية الاحتياجات عند ظهورها، ويتيح لها الفرصة لضبط تلبيتها في الوقت الذي تستطيع فيه تحديدها واتخاذ قرار التعاقد، وبالتالي فإن اتفاقية الإطار المنصوص عليها في المادة 79 من مرسوم 25 مارس 2016، السابق الذكر، تم تكييفها خصيصا من أجل عمليات الشراء المتكررة، كاتفاقات الشراء للوازم المكتبية أو المواد الغذائية، أو الخدمات الروتينية كالحراسة أو تنظيف المباني، ويمكن أن تكون جميع أنواع الخدمات موضوعا لهذه العقود، بما في ذلك الأشغال والخدمات الصناعية، خدمات الإعلام الآلي، وكذا الخدمات الفكرية.

وتقسم اتفاقات الاطار إلى فئتين:

أ- اتفاقات الاطار التي تبرم عن طريق العقود اللاحقة (les marches subséquents) (3):

إذا كان الاتفاق الإطاري لا يحدد جميع الشروط التعاقدية، إلا أنه يسمح فيما بعد بإبرام عقود

¹: Article 4, de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

²: Article 78- III, du décret n° 2016-360, précité.

³: العقود اللاحقة: هي العقود التي يتم ابرامها على أساس اتفاقية إطارية، ويمكن لهذه العقود أن تكمل أحكام الاتفاقية الإطارية بأن تحدد خصائص وشروط أداء الخدمات المطلوبة، دون تعديلها بشكل جوهري، ويمكن أن تتخذ شكل الاتفاقية الإطارية تحدد فيها جميع شروط أداء الخدمات وتنفذ عن طريق سندات الطلب.

[Marchés subséquents des accords-cadres, voir sur site :](http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Marches-subsequents-accords-cadres.htm)

<http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Marches-subsequents-accords-cadres.htm>

(Consulté le 17 juillet 2017)

لاحقة تحدد خصائص وكيفيات تنفيذ الخدمات المطلوبة، ويتيح الاتفاق الإطاري الذي ينفذ من خلال العقود اللاحقة بعض المرونة في تحديد مضمونه، ولا يجوز تحديد بعض شروط العقود اللاحقة إلاّ عند إبرام هذه العقود، وقد نص المرسوم على تحديد معايير اختيار العروض النهائية للعقود اللاحقة، وقد فرض مجلس الدولة الفرنسي على السلطات المتعاقدة نشر شروط تنفيذ هذه المعايير⁽¹⁾.

ويمكن أن تمنح الاتفاقية الإطارية لحائز واحد (mono-attributaire) أو لعدة حائزين (multi-attributaire)، لذلك يجب على السلطة المتعاقدة أن ترجح مسبقاً عدد الحائزين الذين تعترم الاحتفاظ بهم، لإرساء توازن بين ضرورات إجراء التعاقد الذي يجب أن يتم بسرعة والحفاظ على المنافسة الفعالة، وهذا الاختيار يترك للسلطة التقديرية للسلطة المتعاقدة.

ب- اتفاقات الأطار التي تبرم عن طريق اصدار سند الطلب (L'émission de bons de commande)

سندات الطلب هي قرارات إدارية منفردة صادرة من قبل السلطة المتعاقدة ترتبط بأعمال تنفيذ العقود في مفهوم المادة (L.2122-22-4°) من القانون العام للجماعات الإقليمية⁽²⁾، وعلى هذا النحو فهي غير خاضعة للرقابة، ويتم الالتزام بسندات الطلب، مع التحفظ في حالة عدم مطابقتها للنظام، وتقوم المسؤولية العقدية للحائز الذي يرفض التنفيذ⁽³⁾.

ويتم منح سندات الطلب دون تفاوض ولا إعادة الدعوة إلى المنافسة، حتى ولو تم إبرام اتفاقية الإطار مع عدة متعاملين اقتصاديين، وتحدد السلطة المتعاقدة في إطار اتفاقية الإطار مع سندات الطلب الممنوحة لعدة حائزين، بكل حرية كيفيات توزيع الطلبات، وفقاً لخصائص الاتفاقية الإطارية، وتقسّم بين الحائزين حسب الكيفيات التي حددها، والتي يجب

¹: CE, 5 juillet 2013, Union des groupements d'achats publics c/ Société SCC, n° 368448 et n° 368461 ; BJCP, 2013. 418, concl. B. Dacosta ; Contrats et marchés publ. 2013, p 420.

²: Réponse ministérielle n° 5532, JO Sénat du 25 décembre 2008, p. 2607, disponible sur site : <https://www.senat.fr/questions/base/2008/qSEQ080905532.html> (Consulté le 23 juillet 2017) .

³: CAA Bordeaux, 14 novembre 2006, SA IPC-Corporation, n°03BX02221 disponible sur site : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007515956> (Consulté le 23 juillet 2017) .

أن تكون دائما موضوعية وشفافة وغير تمييزية، وفي هذا الصدد يجب على السلطة المتعاقدة تبليغ المرشحين بقواعد منح سندات الطلب، حالما يتم إطلاق إجراءات منح اتفاقية الإطار.

III - نظام الاقتناء الديناميكي ("SAD" (Système d'acquisition dynamique))

عرفته المادة 81 من المرسوم رقم 2016-360، السالف الذكر، بأنه "عملية شراء عامة إلكترونية بالكامل لإبرام صفقة عمومية للمشتريات ذات الاستعمال المتكرر، التي تمنح بموجبها السلطة المتعاقدة صفقة واحدة أو عدة صفقات خاصة، بعد الدعوة إلى المنافسة لأحد المتعاملين الاقتصاديين الذي تم اختياره مسبقاً"، فيمكن تطبيق هذا النظام مثلا لاقتناء أجهزة الاعلام الآلي، الأثاث أو المعدات المكتبية، وكذا الخدمات البنكية أو التأمين، التي لا تتطلب مواصفات تقنية في العقد⁽¹⁾.

ومن أجل إعداد نظام الاقتناء الديناميكي يتعين على المشتري نشر إعلان الدعوة عن المنافسة مبينا أن هذا الأخير يتعلق بنظام الاقتناء الديناميكي⁽²⁾، وتحدد في وثائق الاستشارة طبيعة المشتريات المراد تليتها وكمياتها المقدره، فضلا عن جميع المعلومات الضرورية المتعلقة بنظام الاقتناء الديناميكي، بما في ذلك تقسيمها المحتمل إلى فئات من المنتجات الخدمات أو الأشغال، وبيان خصائصها وكيفية عمل النظام، والمعدات الالكترونية المستخدمة والترتيبات والمواصفات التقنية للاتصال، ويتيح الدخول مباشرة وبصفة كاملة بكل حرية بالطريقة الالكترونية، طوال فترة صلاحية النظام، إلى وثائق الاستشارة⁽³⁾.

وتكون المدة الدنيا لاستلام طلبات الترشح ثلاثون (30) يوما ابتداء من تاريخ ارسال إشعار العقد (Avis de marché)، وعندما تكون الدعوة إلى المنافسة بواسطة إشعار مسبق بالمعلومات (Avis de pré-information) أو إشعار دوري، فابتداء من تاريخ ارسال الدعوة

¹: Pierre De Baecke, op.cit. p 133.

²: Article 82-I, du décret n° 2016-360, précité.

³: Article 82-I, du décret n° 2016-360, précité.

المؤكد لاهتمامها، ولا تطبق أية مهلة إضافية لاستلام الترشيحات، بعد ارسال الدعوة لتقديم العروض للصفحة النوعية الأولى في إطار نظام الاقتناء الديناميكي⁽¹⁾.

ويتعين قبول جميع المرشحين الذين يستوفون معايير الاختيار في النظام، وتمنح السلطة المتعاقدة لكل متعامل اقتصادي إمكانية طلب المشاركة، وتقوم بعملية تقييم الترشيحات في ظرف (10) أيام عمل من تاريخ استلامها، ويمكن تمديد هذا الأجل لمدة (15) يوما إذا كان هناك ما يبررها، ويتعين على السلطة المتعاقدة إبلاغ المتعاملين الاقتصاديين المعنيين في أقرب الآجال، إذا تم قبولهم أم لا في نظام الاقتناء الديناميكي⁽²⁾. ويجوز للسلطة المتعاقدة خلال فترة صلاحية نظام الاقتناء الديناميكي، أن تطلب في أي وقت من المرشحين المقبولين في النظام تحيين ملف ترشحهم في أجل (5) أيام عمل ابتداء من تاريخ ارسال هذا الطلب⁽³⁾.

كما تدعو السلطة المتعاقدة لكل عقد محدد، جميع المرشحين المقبولين في النظام لتقديم عروضهم وفقا للشروط المحددة في المادة 56، وعندما يقسم نظام الاقتناء الديناميكي إلى فئات من المنتجات أو الخدمات أو الأشغال، تقوم السلطة المتعاقدة بدعوة جميع المرشحين المقبولين في الفئة المناسبة للعقد المعني⁽⁴⁾.

وفي الأخير يتم منح العقد المحدد للمتعهد الذي قدم أفضل عرض من الناحية الاقتصادية، على أساس معايير المنح المحددة في إعلان العقد.

IV – المزيدة الإلكترونية (Enchère électronique):

عرّف المشرع الفرنسي المزيدة الإلكترونية بأنها: "إجراء لاختيار العروض بطريقة إلكترونية، تتيح للمرشحين مراجعة وخفض أسعارهم، وتغيير قيمة بعض العناصر الأخرى القابلة للقياس

1: Article 82-III, du décret n° 2016-360, précité.

2: Article 82-IV, du décret n° 2016-360, précité.

3: Article 82-V, du décret n° 2016-360, précité.

4: Article 83-I, du décret n° 2016-360, précité.

الكمي من عروضهم"⁽¹⁾، ويمكن لهؤلاء المرشحين تقديم عروضهم على الأنترنت في الموقع الإلكتروني المحدد، ومتابعة ترتيبها مقارنة مع بقية الموردين المشاركين، وضبط عروضهم في الوقت الفعلي لتحسين وضعهم الترتيبي⁽²⁾، ولقد أخذ المشرع الفرنسي بالمزايدة الإلكترونية كطريقة خاصة لاختيار العروض (une modalit e particulière de sélection des offres) التي تتم في إطار إجراء من الإجراءات الشكلية وليس كأجراء لإبرام الصفقات العمومية، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه الطريقة في المادة 206 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ويبقى نطاق تطبيق طريقة الاختيار هذه محدودة جداً، ولا يمكن للسلطة المتعاقدة أن تستخدمها إلا في عقود التوريد فقط، التي يساوي أو يزيد مبلغها عن العتبات المالية المحددة في الإجراء الشكلي (135000 أورو، بالنسبة للسلطات العمومية المركزية و209000 أورو للسلطات المتعاقدة الأخرى و418000 أورو بالنسبة للهيئات المتعاقدة)⁽³⁾. ويرتكز المزاد الإلكتروني إما على السعر، عندما يتم منح العقد على أساس هذا المعيار وحده، وإما على السعر أو العناصر الأخرى القابلة للقياس الكمي، المشار إليها في وثائق الاستشارة عندما يكون منح الصفقة على أساس التكلفة أو عدد من المعايير⁽⁴⁾. كما تلتزم السلطة المتعاقدة التي تقرر اللجوء إلى المزايدة الإلكترونية الإشارة في إعلان الصفقة إلى وثائق الاستشارة التي تتضمن المعلومات التالية:

- عناصر العروض التي يركز عليها المزاد الإلكتروني.
- المبالغ الدنيا والقصى التي يمكن تقديمها عند الاقتضاء.

1: Article 84-I, du décret n  2016-360, précité.

2: <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/enchres-lectroniques-inverses>
(Consulté le 12 juillet 2017)

3: [Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, précité.](#)

4: Article 84-II, du décret n  2016-360, précité.

- طبيعة المعلومات التي يمكن الاطلاع عليها من طرف مقدمي العروض خلال إجراء عملية المزاد الالكتروني والزمن الذي يتم فيه ذلك.

- المعلومات الملائمة حول سير عملية المزاد الالكتروني، لاسيما الشروط التي يمكن أن يتزايد عليها مقدمي العروض، والفروق الدنيا المطلوبة للتزايد عن الاقتضاء.

- المعلومات الملائمة الخاصة بالمنظومة الالكترونية المستعملة، والطرق التقنية الخاصة للاتصال.

ويجرى المزاد الالكتروني بعد تقييم كامل أول للعروض، وفقا لمعايير المنح، التي تسمح بتصنيفها على أساس المعالجة الآلية، ويدعى جميع المتعهدين الذين قدموا العروض - التي لم يتم استبعادها بسبب أنها غير ملائمة أو غير نظامية أو غير مقبولة- في آن واحد بالطرق الالكترونية للمشاركة في المزاد باستخدام الاتصالات ([les connexions](#))، بالتاريخ والساعة المحدد، وفقا للتعليمات الواردة في الدعوة.

وحيثما لا يركز منح العقد على معيار السعر وحده، فإن الدعوة الموجهة إلى كل متعهد تكون مرفقة بنتيجة التقييم الكامل لعرضه وفقا للفقرة الأولى.

كما يجب أن تنوّه هذه الدعوة أيضا عن الصيغة الحسابية التي ستحدد خلال المزاد الالكتروني، عمليات إعادة التصنيفات الآلية، وفقا للأسعار الجديدة أو القيم الجديدة المقدمة وتشمل هذه الصيغة ترجيح كافة المعايير المحددة في الدعوة إلى المنافسة، أو في الوثائق الأخرى للاستشارة لتحديد العرض الأفضل من الناحية الاقتصادية، ويخفض الفرق بين المبالغ عند الاقتضاء إلى المبلغ الثابت.

وبعد انتهاء المزاد الالكتروني، يمنح العقد على أساس نتائجه مع مراعاة أحكام المادة 60، من المرسوم رقم 2016-360 السالف الذكر.

V - الفهارس الالكترونية (Catalogues électroniques):

تعتبر الفهارس الالكترونية أداة جديدة وضعها قانون الصفقات العمومية، تتيح للمرشحين تقديم عروضهم بشكل منظم، وذلك بتقديمها آليا، ويتم تقييمها من طرف نظام إبرام الصفقات العمومية للسلطة المتعاقدة¹⁵³ على الخط مباشرة، مما يساعد على تحقيق الاقتصاد وتوفير المال والكفاءة، وتسهم أيضا في توجيه سياسة الشراء، مما يسهل مقارنة العروض وتوجيه الطلبات لبعض الموردين والمنتجات، وقد نص المشرع الجزائري على هذه الطريقة في المادة 206 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، في إطار نظام اقتناء دائم، تنفيذا لعقد برنامج أو عقد طلبات، غير أن كفاءات تطبيق أحكام هذه المادة معلقة على صدور قرار من وزير المالية.

ففي الحالات التي يكون فيها استخدام وسائل الاتصال الالكترونية مطلوبا، يجوز للسلطة المتعاقدة أن تطلب تقديم العروض في شكل فهرس الكتروني، أو أنها تتضمن فهرسا الكترونيا، وقد تكون العروض المقدمة في مثل هذا الشكل مرفقة بوثائق أخرى تكملها⁽¹⁾.

ويتم انشاء الفهارس الالكترونية من قبل المرشحين أو مقدمي العروض وفقا للمواصفات التقنية والشكل المقدم من طرف السلطة المتعاقدة، ويجب أن تكون مطابقة مع المتطلبات المطبقة على أدوات الاتصال الالكتروني، وأية شروط إضافية تحددها السلطة المتعاقدة طبقا للمواد (من 38 إلى 41) من المرسوم رقم 2016-360 السالف الذكر⁽²⁾.

ويتعين على السلطة المتعاقدة أن تشير في إعلان العقد، أو في الدعوة التي تثبت اهتمامها، أو في الدعوة للتعهد، إلى أن تقديم العروض كي يكون مقبولا لابد من تقديمه في شكل فهرس الكترونية، كما تحدد السلطة المتعاقدة في وثائق الاستشارة للمتعاملين

¹: Article 86-I, du décret n° 2016-360, précité.

²: Article 86-II, du décret n° 2016-360, précité.

الاقتصاديين جميع المعلومات المتعلقة بالفهارس الإلكترونية ومنها⁽¹⁾: شكل الفهرس والمعدات الإلكترونية المستخدمة، طرق الاتصال، المواصفات التقنية للفهرس.

كما حددت أيضا المادة (87-II) من المرسوم المؤرخ في 25 مارس 2016، إمكانية استعمال الفهارس الإلكترونية، في إطار إجراء إبرام العقود المتعلقة بالاتفاقية الاطارية وفي هذه الحالة يتم منح العقود اللاحقة بعد إعادة فتح المنافسة بين أصحاب هذا الاتفاقية الاطارية على أساس الفهارس المحيئة، وفي هذه الحالة تملك السلطة المتعاقدة السلطة التقديرية لاستخدام احدي الطريقتين:

- إما أن تدعو أصحاب الاتفاقية الاطارية إلى إعادة تقديم فهارسهم الإلكترونية من جديد بعد تكييفها وفقا لمتطلبات العقد اللاحق⁽²⁾.

- وإما أن تبلغ أصحاب الاتفاقية الاطارية، بأنها تنوي جمع المعلومات اللازمة انطلاقا من الفهارس الإلكترونية السابقة، لتشكيل العروض التي تتكيف مع متطلبات العقد اللاحق وتعين أجل كاف بين عملية الإخطار وعملية جمع المعلومات فعليا، كما يتعين عليها قبل منح العقد اللاحق، القيام بإرسال المعلومات التي جمعتها إلى كل معني لتمكينه من الاعتراض أو التأكيد على أن العروض التي تم تشكيلها لا تتضمن أية أخطاء مادية⁽³⁾.

ويجوز للسلطة المتعاقدة منح عقود خاصة في إطار أسلوب الشراء الديناميكي من خلال اشتراط تقديم العروض في شكل فهرس الكتروني، كما يجوز لها أيضا أن تمنح عقود خاصة وفقا للمادة 87 الفقرة II -2°، شريطة أن يكون طلب المشاركة في أسلوب الشراء الديناميكي، مصحوبا بفهرس الكتروني وفقا للمواصفات التقنية الذي تعده السلطة المتعاقدة ويتم بعد ذلك استكمال هذا الفهرس من طرف المرشحين، عندما يتم اخطارهم عن نية السلطة المتعاقدة بتشكيل العروض عن طريق جمع المعلومات⁽⁴⁾.

¹: Article 87-I, du décret n° 2016-360, précité.

²: Article 87- II-1°, du décret n° 2016-360, précité.

³: Article 87- II-2°, du décret n° 2016-360, précité.

⁴: Article 87- III, du décret n° 2016-360, précité.

VI - المسابقة (Concours):

عرّف المشرع الفرنسي المسابقة بأنها "طريقة اختيار بموجبها تختار السلطة المتعاقدة بعد الدعوة إلى المنافسة وأخذ رأي لجنة التحكيم، مخطط أو مشروع، لاسيما في مجال تهيئة الإقليم، والتعمير، والهندسة المعمارية، والهندسة أو معالجة المعلومات"⁽¹⁾.

وقد تكون المسابقة مفتوحة أو محدودة، ويتم منح صفقة الاشراف على الانجاز للفائز في المسابقة طبقا لأحكام المادة (30-I-6°) أي نفس (الإجراء التفاوضي بدون إعلان ولا الدعوة إلى المنافسة)، وتملك السلطة المتعاقدة السلطة التقديرية لتقرير تنظيم المسابقة إذا كان مبلغ الصفقة أقل من العتبة المالية المذكورة أعلاه، في حالة ما إذا رأت بأنها أفضل أو عندما يكون مبرره معماري أو تقني، ومع ذلك ومهما يكن المبلغ المقدر للعقد، فإنه يجب عدم الكشف عن هوية المرشحين والخدمات.

الاستثناءات الواردة على المسابقة: عندما تتصرف الدولة ومؤسساتها العامة باستثناء المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري والجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية والمجمعات التابعة لها، بصفتها سلطة متعاقدة، فلا يطلب منها تنظيم مسابقة بالنسبة لصفقات الاشراف على الانجاز المتعلقة بـ:

- إعادة تأهيل أو إعادة استعمال الهياكل القائمة أو انجاز مشروع عمراني أو المناظر الطبيعية.

- انتاج المصنفات لأغراض البحث أو الاختبار أو التجريب.

- أعمال البنية التحتية.

- الاشراف على انجاز الأشغال التي لا تتضمن أية مهمة تتعلق بالتصميم.

أما بالنسبة لبقية السلطات المتعاقدة، لا سيما الهيئات المتعاقدة، فإن تنظيم المسابقة غير إلزامي، ويجوز ابرام العقود المتعلقة بالاشرف على الانجاز وفقا للإجراءات الشكلية

¹: Article 8 de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics précité.

(طبقا للمادتين 25 و 26 من المرسوم رقم 2016-360، السابق الذكر)، أو عن طريق الإجراء التفاوضي بدون إعلان ولا الدعوة إلى المنافسة المسبقة، إذا تم استيفاء شروط استعمالها.

وفي جميع هذه الحالات الاستثنائية، يجوز للسلطة المتعاقدة اللجوء إلى المسابقة وإلا يجب استخدام الإجراء الشكلي⁽¹⁾.

إجراءات المسابقة: لقد حددت المادتين 88 و 89، من المرسوم رقم 2016-360 السابق الذكر، إجراءات المسابقة، يتم تشكيل لجنة تحكيم مستقلة عن المرشحين للمسابقة⁽²⁾، ويتعين على السلطة المتعاقدة في صفقات الاشراف على انجاز الأشغال التي يقدر مبلغها أكثر من 209.000 أورو خارج الرسوم، وجوبا اتباع إجراء المسابقة.

ويتم تنظيم المسابقة عبر عدة مراحل متتالية:

- فبالنسبة للدولة، ومؤسساتها العامة غير المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري والجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية والمجمعات التابعة لها، يتعين عليها إرساله وجوبا للنشر بالطريقة الالكترونية إلى الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي ونشرة الإعلانات الرسمية للصفقات العمومية، علاوة على ذلك يمكن نشر إشعار إضافي في الصحافة المتخصصة، قد يتضمن هذا الإشعار الاضافي على بعض المعلومات فقط التي تظهر في الإشعار بالعقد الذي تم نشره، ولكن بشرط أن يبين مراجع هذا الإشعار.

ويعتبر النشر في الملف التعريفي للسلطة المتعاقدة (le profil d'acheteur) غير إلزامي، ولكنه غير محظور، ويجب أن يكون دائما مضمون المنشورات على المستوى الوطني متطابقا مع ما تم نشره في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، ولا ينبغي تنفيذها قبل نشرها في هذه الجريدة.

¹: Légibas-marchés publics, (fiche pratique), concours, 17-03-2017, p 1, Voir sur site: <http://marches-publics.legibase.fr/search/site/concours> (Consulté le 5 juillet 2017)

²: Article 89-I, du décret n° 2016-360, précité.

- أمّا بالنسبة لبقية السلطات المتعاقدة الأخرى فيتعين عليها نشر إشعار العقد في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي في المسابقة المحدودة.
- ويمكن استخدام عدة معايير في اختيار المرشحين المؤهلين للمسابقة ومنها⁽¹⁾:
- الجودة المعمارية وكفاية المراجع، وكفاية الوسائل المقترحة للمشروع (المادية والبشرية والتنظيمية والمالية... الخ)، القدرات التقنية، المهنية والمالية.
- وفيما يتعلق بمعايير تقييم المشروع يمكن أخذ في الاعتبار:
- نوعية وملاءمة الاستجابة المعمارية، والحضرية والتقنية للبرنامج الوظيفي للمشروع.
- نوعية الاستجابة لمتطلبات الجودة البيئية
- توافق المشروع مع الغلاف المالي المتوقع، مع الأخذ بعين الاعتبار للتكاليف اللاحقة الإجمالية لعمليتي الاستغلال والصيانة.
- ويتم وضع وثائق الاستشارة تحت تصرف المتعاملين الاقتصاديين مجاناً، على الملف التعريفي للسلطة المتعاقدة ابتداء من تاريخ نشر إعلان الدعوة إلى المنافسة.
- ويتم استلام الأظرفة وتسجيلها وحفظها كما هو الحال في طلب العروض المحدود وبعد فحص ملفات الترشح، تصدر لجنة التحكيم رأياً معللاً، ويتعين عليها إعداد محضر ممضي من طرف جميع الأعضاء، ثم تقوم بفحص وتحليل العروض المستلمة وتعطي رأياً مسبباً حول كل واحد منها (عن طريق إعداد محضر)⁽²⁾.
- ويتم إرسال المحاضر إلى السلطة المتعاقدة التي تقرر بعد ذلك الفائز في المسابقة بعدها تقوم السلطة المتعاقدة بالتفاوض مع الفائزين، حول شروط تنفيذ العقد، والإشراف على الإنجاز، وتعيين العارض الفائز في نهاية هذه المفاوضات، وتقوم بإخطار المرشحين الآخرين، مع بيان أسباب إقصائهم من المسابقة، وذكر اسم العارض الفائز، وأسباب إختياره.

¹: Légibas-marchés publics, (fiche pratique), concours, 17-03-2017, op.cit. p 2 et suite.

²: Article 87- III, du décret n° 2016-360, précité.

المبحث الثاني: حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة الإرساء

وابرام العقد.

يقتضي مبدأ حرية المنافسة الذي يحكم عملية إبرام العقود الإدارية، تمكين جميع المرشحين الذين يستوفون الشروط المطلوبة من التقدم بعروضهم إلى جهة الإدارة طبقاً للإجراءات التي ينص عليها القانون، ووفقاً لما يمليه دفتر الشروط، وكقاعدة عامة فإن إعداد وتقديم العروض يتطلب مراعاة المواصفات التي أعلنتها الإدارة وضمن المواعيد المحددة من طرفها، وبعد استلام عروض المرشحين تقوم الإدارة بتشكيل لجان متخصصة لفحص هذه العروض والبت فيها، قصد التوصل إلى اختيار العرض الأفضل وتقديم اقتراحها للإدارة المتعاقدة لإرساء الصفقة على المتعاقد الذي تختاره (المطلب الأول) وبعدها تتدخل الإدارة المتعاقدة لنشر إعلان المنح المؤقت، ويلتزم المتعاقد المؤقت بالبقاء على إيجابه حتى صدور قرار اعتماد نتائج الإرساء وتوقيع العقد من السلطة المختصة، مالم ترفض المصادقة عليه إذا استندت إلى أسباب تبررها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إيداع وفحص العروض.

بعد إعلان الإدارة عن رغبتها في التعاقد، يصبح بإمكان جميع المرشحين الراغبين في التنافس سحب دفتر الشروط وكل الوثائق المتعلقة بالعملية، من أجل الإطلاع على المعلومات المطلوبة في المشروع المراد تنفيذه، ويتعين على الإدارة المتعاقدة أن تمنح فترة كافية بين الاعلان عن المنافسة وموعد ايداع العروض، تكفي المرشحين من إعداد وتقديم عروضهم وفقاً للأشكال القانونية المقررة لذلك وفي المواعيد المحددة (الفرع الأول) وتعكف الإدارة على اختيار العرض الأفضل بعد دراسة وفرز العروض وتقييمها من طرف اللجان المشكلة خصيصاً لهذا الغرض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقديم العروض.

يقصد بتقديم العروض الكيفية التي يقدم بها الموردون أو المقاولون عروضهم أو عطاءاتهم، بشأن موضوع العقد المراد تأمينه للجهة المتعاقدة، وتعد القواعد والمعلومات المنظمة لهذه المرحلة في غاية الأهمية كونها تساعد على تحقيق النزاهة والشفافية في اجراءات التعاقد، ويعامل فيها جميع المرشحين على قدم المساواة، فلا يقبل أي عطاء يقدم بعد الموعد المحدد لتقديمه، وبموجب هذه القواعد سيتاح لكل المتنافسين بإعداد عروضهم في نفس الفترة المحددة بالنسبة للجميع، وبذات الكيفية المنصوص عليها في وثائق المناقصة أو الاعلان، كما أن تطبيق هذه القواعد لا يدع مجالاً للسلطة المتعاقدة بأن تنكر عدم استلامها لعرض ما أو عطاء معين، إضافة إلى ذلك فإنها ستجنب المرشحين أي احتمال لاستبعاد عروضهم لأسباب شكلية أو تنظيمية⁽¹⁾، ومن أجل توضيح هذه العناصر أكثر والتعرف على القواعد التي تحكمه سنتطرق إلى مضمون العروض (أولاً) وأساليب تقديم العروض وأجالها (ثانياً) ثم النتائج المترتبة على تقديم العروض (ثالثاً).

أولاً: مضمون العروض: سنتطرق إلى مضمون العروض في كل من التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي والمصري.

1- في التشريع الجزائري: أوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة أن تضع تحت تصرف المتعاملين المتعاقدين - قصد تقديم عروض مقبولة- الوثائق والمعلومات التالية⁽²⁾:

- دفتر الشروط الذي يمكن سحبه من طرف المرشح أو المتعهد أو ممثليهما.
- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة، والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات أو الخدمات وكذلك التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية، إن اقتضى الأمر ذلك.

¹: حسن عبد الرحيم السيد، المرجع السابق، ص 87.

²: انظر: المادتين 63 و 64 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

- الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني، والضمانات المالية، حسب الحالة.
 - المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين.
 - اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات أو الوثائق التي تصاحبها.
 - كفاءات التسديد وعملة العرض، إذا اقتضى الأمر ذلك.
 - كل الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة والتي يجب أن تخضع لها الصفقة.
 - الأجل الممنوح لتحضير العروض، وأجل صلاحية العروض والأسعار.
 - تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض والشكلية الحجية المعتمدة فيه.
 - تاريخ وساعة فتح الأظرفة، والعنوان الدقيق حيث يجب أن تودع التعهدات.
- وقد أكد المشرع الجزائري بموجب الفقرة الأولى من المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه "يجب أن تشمل العروض على ملف الترشيح وعرض تقني وعرض مالي"، وبيّن بالتدقيق الوثائق والمستندات التي ينبغي أن يتضمنها كل ملف على النحو التالي:

أ- ملف الترشيح: يتضمن ملف الترشيح الوثائق التالية:

- تصريح بالترشيح وفق النموذج الذي حدده القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015⁽¹⁾
- يشهد فيه المتعهد أو المرشح بأنه:
- * غير مقصي أو ممنوع من المشاركة في الصفقات العمومية طبقاً لأحكام المادتين 75 و89 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- * ليس في حالة تسوية قضائية وأن صحيفة سوابقه القضائية الصادرة منذ أقل من ثلاثة أشهر تحتوي على الإشارة "لا شيء"، وفي خلاف ذلك فإنه يجب أن يرفق العرض بنسخة

¹: قرار مؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد نماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشيح والتصريح بالاكتتاب ورسالة التعهد والتصريح بالمناول، ج.ر، العدد 17، الصادرة بتاريخ: 16 مارس 2016، ص 15.

من الحكم القضائي وصحيفة السوابق القضائية، وتخص هذه الأخيرة المرشح أو المتعهد عندما يتعلق الأمر بشخص طبيعي، والمسير أو المدير العام عندما يتعلق الأمر بشركة. * استوفى واجباته الجبائية وشبه الجبائية تجاه الهيئة المكلفة بالعدل المدفوعة الأجر والبطالة الناجمة عن الأحوال الجوية لقطاعات البناء والأشغال العمومية والري عند الاقتضاء، بالنسبة للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، والمؤسسات الأجنبية التي سبق لها العمل بالجزائر.

* مسجل في السجل التجاري أو سجل الصناعة التقليدية والحرف، فيما يخص الحرفيين الفنيين، أو له البطاقة المهنية للحرفي، فيما يخص موضوع الصنفقة. * يستوفي الإيداع القانوني لحساب شركته، فيما يخص الشركات الخاضعة للقانون الجزائري. * حاصل على رقم التعريف الجبائي، بالنسبة للمؤسسات الجزائرية والمؤسسات الأجنبية التي سبق لها العمل بالجزائر.

- تصريح بالنزاهة وفقا للنموذج الصادر بالقرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015.

- القانون الأساسي للشركات.

- الوثائق التي تتعلق بالتفويضات التي تسمح للأشخاص بإلزام المؤسسة.

- كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المرشحين أو المتعهدين، أو عند الاقتضاء المناولين

لاسيما الوثائق المتعلقة بالقدرات المهنية (كشهادة التأهيل والتصنيف، اعتماد وشهادة الجودة)

والقدرات المالية (التمثلة في الوسائل المالية المبررة بالحصائل المالية والمراجع المصرفية)

والقدرات التقنية (التمثلة في الوسائل البشرية والمادية والمراجع المهنية).

وينبغي التنويه هنا إلى أن الوثائق التي تبرر معلومات التصريح بالترشح لا تطلب إلا

من الحائز على الصنفقة، الذي يجب عليه تقديمها في أجل أقصاه عشرة (10) أيام ابتداء

من تاريخ إخطاره، وقبل نشر إعلان المنح المؤقت للصنفقة، وإذا لم تقدم الوثائق المطلوبة

في الآجال المحددة، أو تبين بعد تقديمها أنها غير مطابقة لما هو مذكور في التصريح بالترشح، فيرفض العرض المعني، وتستأنف المصلحة المتعاقدة إجراء منح الصفقة⁽¹⁾.

ب- العرض التقني: يتضمن العرض التقني مجموعة من الوثائق التي حددتها المادة 67-2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وهي:

- تصريح بالاككتاب حسب النموذج الصادر بالقرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015.
 - كل وثيقة تسمح بتقييم العرض التقني لاسيما مذكرة تقنية تبريرية، وكل وثيقة مطلوبة في دفتر الشروط الخاص بالدعوة إلى المنافسة.
 - كفالة تعهد تحرر وفقا للنموذج الصادر بالقرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 السابق الذكر، ويجب أن ينص عليها في دفتر الشروط للدعوة إلى المنافسة، وتكون (1%) من مبلغ العرض بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المظتين الأولى والثانية على التوالي من المادة 184 من المرسوم رقم 15-247.
 - دفتر الشروط يحتوي في آخر صفحاته على العبارة " قرئ وقبل " مكتوبة بخط اليد.
- وللمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في تكييف محتوى الملف الإداري المطلوب من المرشحين عندما يتعلق الأمر ببعض الصفقات العمومية التي تتميز بطابع الخصوصية لاسيما تلك التي تنفذ في الخارج، والتي تبرم مع الفنانين أو مع المؤسسات المصغرة، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 87 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

ج- العرض المالي: يتضمن العرض المالي وفقا للمادة 67-3، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الوثائق التالية: رسالة تعهد تحرر وفقا للنموذج الصادر بالقرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، المنوه عنه سابقا، جدول الأسعار بالوحدة، تفصيل كمي وتقديري تحليل

¹: المادة 69 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المذكور سابقا.

السعر الإجمالي والجزافي، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة حسب موضوع الصفقة ومبلغها، أن تطلب التفصيل الفرعي للأسعار بالوحدة، التفصيل الوصفي التقديري المفصل.

بالإضافة إلى ملف الترشيح والعرض التقني والعرض المالي، ينبغي أن يتضمن العرض في إجراء المسابقة، على ظرف الخدمات الذي يحدد محتواه في دفتر الشروط، وفي حالة الاجراءات المحصنة، فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة ألا تفرض على المرشحين أو المتعهدين تقديم عن كل حصة وثائق مماثلة، إلا في الحالات الاستثنائية المبررة. ويتعين على المصلحة المتعاقدة قبول نسخ طبق الأصل من الوثائق المقدمة من المرشحين دون أن تكون مصادقا عليها⁽¹⁾ إلا استثناء، عندما ينص على ذلك نص تشريعي أو مرسوم رئاسي، ويقتصر طلب الوثائق الأصلية عند الاقتضاء على حائز الصفقة فقط.

2- في التشريع الفرنسي: تتألف العروض في فرنسا من ملف الترشيح وملف العروض ويظهر الفرق بينهما في أن تقديم ملف الترشيح يتيح للسلطة المتعاقدة من تقييم قدرات المرشح ومؤهلاته الاقتصادية والمالية، بينما ملف العروض يتضمن الاستجابة لتلبية حاجات السلطة المتعاقدة المعبر عنها في دفتر الشروط، ويشمل على وجه الخصوص سعر الخدمات الوسائل المستعملة لتلبية الحاجات، ظروف الانجاز، التكلفة الاجمالية... إلخ⁽²⁾. ويتعين على السلطة المتعاقدة أن تحدد بدقة شروط المشاركة، والتي ينبغي أن يعرف من خلالها المرشحون مدى تمتعهم بالقدرة على ممارسة النشاط المهني، والأهلية الاقتصادية والمالية أو المؤهلات التقنية والمهنية اللازمة لتنفيذ الصفقة العمومية المستهدفة، ويجب أن تكون هذه الشروط متصلة ومتناسبة مع الصفقة العمومية وشروط تنفيذها.

¹: وذلك تطبيقاً لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 14-363، المؤرخ في 15 ديسمبر 2014، المتعلق بإلغاء الأحكام التنظيمية المتعلقة بالتصديق طبق الأصل على نسخ الوثائق المسلمة من طرف الإدارات العمومية، ج.ر، العدد 72، الصادرة بتاريخ: 16 ديسمبر 2014، ص 28.

2: [Bulletin officiel des annonces des marchés publics \(BOAMP\). Présentation du dossier de candidature, 25/01/2018, disponible sur site: http://www.boamp.fr/Espace-entreprises/Comment-repondre-a-un-marche-public/Questions-de-reglementation/Repondre-a-un-avis-de-marche/Presentation-du-dossier-de-candidature.](http://www.boamp.fr/Espace-entreprises/Comment-repondre-a-un-marche-public/Questions-de-reglementation/Repondre-a-un-avis-de-marche/Presentation-du-dossier-de-candidature) (Consulté le 25 mars 2018). ..

وينبغي أن يتضمن ملف الترشيح - تحت طائلة الرفض- على قدر معين من المعلومات التي تهدف إلى التحقق من أن المرشحين لا يدخلون في أية حالة من حالات الإقصاء من الصفقات العمومية ويمتلكون القدرات والمؤهلات على تنفيذ العقد المزمع إبرامه. ومن الوثائق التي يجب أن يقدمها المرشح دعماً لترشحه، ما نصت عليه المادة 48 من المرسوم رقم 360-2016 المعدل والمتمم⁽¹⁾، وهي:

- تصريح شرفي بالمعلومات يثبت بأنه غير موجود في إحدى الحالات التي تحظر تقديم التعهد طبقاً للمادتين 45 و 48 من الأمر رقم 899-2015.

- تصريح شرفي بأنه غير مقصي من المشاركة في إبرام الصفقات العمومية، وفي هذا الصدد يعفى المرشح من تقديم الشهادات الرسمية، ولا تطلب هذه الأخيرة إلا من المرشح الحائز على الصفقة.

- المعلومات التي تطلبها السلطة المتعاقدة بغرض التأكد من أهلية المرشح لممارسة النشاط المهني، والقدرات الاقتصادية والمالية، والمؤهلات الفنية والمهنية للمرشح.

وقد حدد القرار المؤرخ في 29 مارس 2016، قائمة المعلومات والوثائق التي يمكن طلبها من المرشحين⁽²⁾، عندما يكون ذلك ضرورياً وهي نوعين:

- وثائق تتعلق بتقييم المؤهلات الاقتصادية والمالية للمرشحين ومنها: بيان يتضمن رقم الأعمال للمرشح (الإجمالي أو المتعلق فقط بمجال النشاط المتعلق بموضوع العقد) على مدى السنوات الثلاث الأخيرة على الأكثر، والبيانات المصرفية، أو إثبات التأمين على المخاطر المهنية عند الاقتضاء، وكذا الحصائل أو مستخرج الحصيلة خلال السنوات الثلاث الأخيرة.

¹: Article 48 modifié par Décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique, JORF n°0087, du 12 avril 2017, texte n° 9. Disponible sur site:

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/4/10/ECFM1636881D/jo/texte>

(Consulté le 26 juillet 2017).

²: Arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics, op.cit.

- وثائق تتعلق بتقييم القدرات التقنية والمهنية للمرشحين، ولا يجوز للسلطة المتعاقدة أن تطلب وسائل إثبات أخرى غير المعلومات والوثائق المتعلقة بقائمة الأعمال المنجزة خلال السنوات الخمس الأخيرة، ومتوسط اليد العاملة سنويا على مدى الثلاث سنوات الماضية وبيان المؤهلات الأكاديمية والمهنية للمرشح و/أو إطارات المؤسسة، والوسائل التقنية التي يمتلكها المرشح لإتمام العقد، وتدابير الإدارة البيئية التي سيطبقها المرشح أثناء تنفيذ العقد.

وتبعا للتحويلات الرقمية التي عرفها الطلب العمومي في فرنسا، بفضل إزالة الطابع المادي في ابرام الصفقات العمومية، فقد أصدرت اللجنة الأوروبية بتاريخ 05 جانفي 2016 النموذج الموحد للعقد الإلكتروني الأوروبي (Document unique de marché européen) (1) (électronique (DUME)، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 26 جانفي 2016، حيث تم صياغته في المادة 49 من المرسوم رقم 360-2016 المعدل والمتمم، وهي عبارة عن وثيقة تتضمن تصريح شرفي كدليل مسبق تعوض الشهادات التي تصدرها السلطات العامة أو هيئات أخرى، وتم اصدار هذا النموذج الموحد لضمان عدم استبعاد المتعامل الاقتصادي إذا كان يمتلك مؤهلات للمشاركة في ابرام العقد داخل الاتحاد الأوروبي، وأنه قادر على تقديم الوثائق الثبوتية إذا طلب منه ذلك.

كما تسمح هذه الخدمة بإعفاء المرشحين من تقديم الوثيقة مرة أخرى، إذا سبق وأن تم تقديمها للإدارة المتعاقدة (وذلك طبقا لبرنامج "أخبرنا مرة واحدة" "Dites le nous une fois" الذي وضعته الأمانة العامة لعصرنة النشاط العام، الموضوعة تحت سلطة الوزير الأول والملحقة بالأمانة العامة للحكومة)، وتم الشروع باستخدام هذا النموذج في العقود المبرمة وفقا

¹: JOUE, du 06 janvier 2016, disponible sur site :

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32016R0007> (Consulté le 27 juillet 2017).

للإجراءات الشكلية والإجراءات المكيفة، ابتداء من تاريخ 01 أبريل 2017 بالنسبة للمشتريات المركزية، وسيعمم على بقية الهيئات المتعاقدة اعتباراً من 01 أبريل 2018.

3- أما في التشريع المصري: فبعد طرح العملية للتعاقد والإعلان عنها، بينت المادة 10 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، على العارضين أن يقدموا عطاءاتهم ضمن مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي، على أن يكون ذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية للقانون المذكور.

أ- العرض الفني: أشارت المادة 8 من اللائحة التنفيذية إلى ضرورة أن يحتوي العرض الفني على التأمين المؤقت المطلوب، بالإضافة إلى البيانات والمستندات التي ترى الإدارة ضرورة توافرها للتحقق من مطابقة العرض الفني للشروط والمواصفات المطروحة، وتوافر الكفاية الفنية والمقدرة المالية لدى مقدمي العروض بما يتناسب وطبيعة موضوع التعاقد.

بالإضافة إلى ذلك يجب أن يتضمن العرض الفني المستندات الدالة على سابقة الخبرة أي الأعمال التي نفذها مقدم العطاء، وتكون مماثلة للأعمال المطروحة، والقيود أيضاً في المكاتب أو السجلات أو النقايات أو الاتحادات التي يكون القيد فيها واجبا قانوناً⁽¹⁾.

ب- العرض المالي: يحتوي العرض المالي على قوائم الأسعار وطريقة السداد وقيمة الصيانة، وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وغيرها من العناصر التي تؤثر في القيمة المالية للعرض ووفقاً لما تقضي به شروط الطرح⁽²⁾، ونتيجة لخضوع المناقصة العامة للمبدأ التقليدي الذي يقضي بترسية المناقصة على صاحب العطاء الأقل سعراً، أوجب المشرع المصري مجموعة من الضوابط التي يجب مراعاتها عند إعداد قائمة الأسعار⁽³⁾ لاسيما:

¹: انظر: المادة 57 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري السابق الذكر.

²: الفقرة الأخيرة من المادة 8 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998.

³: المادة 55 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998.

- كتابة أسعار العطاء بالحرر الجاف أو السائل أو الطباعة رقما وحروفا باللغة العربية.

- عدم جواز الكشط أو المسح في جدول الفئات وكل تصحيح في الأسعار أو غيرها يجب إعادة كتابته رقما وحروفا وتوقيعه، كما لا يجوز شطب أي بند من بنود المواصفات الفنية أو إجراء تعديل فيه مهما كان نوعه.

- بيان في قائمة الأسعار ما إذا كان الصنف مصنوعا في مصر أو في الخارج ويترتب على عدم صحة هذه البيانات كلها أو بعضها رفض الصنف علاوة على شطب اسم مقدم العطاء من سجل الموردين.

ثانيا: أساليب تقديم العروض وآجالها: سنتناول أساليب تقديم العروض في كل من التشريع الجزائري والفرنسي والمصري ثم نتطرق إلى مواعيد إيداعها.

1- أساليب تقديم العروض:

لم يحدد المشرع الجزائري وسيلة بذاتها لتقديم العروض، إن كان يتم بالتسليم المباشر لدى المصلحة المتعاقدة مقابل إيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته، أو عن طريق إرسالها بالبريد الموصى عليه، أو بالطريقة الالكترونية، وفي الواقع إن طريقة إيداع العروض يتم تحديدها من طرف السلطة المتعاقدة في دفتر الشروط أو في إعلان الدعوة إلى المنافسة.

بعد استكمال تشكيل الملفات الثلاثة يقوم المرشح أو المتعهد بوضعها في أظرفة منفصلة ومقفلة بإحكام، يبين كل منها تسمية المؤسسة ومرجع طلب العروض وموضوعه وتتضمن عبارة "ملف الترشيح" أو "عرض تقني" أو "عرض مالي" حسب الحالة، وتوضع هذه الأظرفة الثلاثة في ظرف آخر مقفل بإحكام ومغفل ويحمل عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح وتقييم العروض- طلب العروض رقم ...- موضوع طلب العروض" (1)، ومعلوم أن الغاية من تقديم العروض في ملفات مغلقة ومختومة هي الحفاظ على سرية العرض

¹: المادة 67 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

المقدم للجهة الإدارية، لضمان حرية المنافسة بين العارضين، من حيث قيمة العرض المالية والامكانات الفنية الخاصة في كل عرض.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري سلك مسلك المشرع الفرنسي في إمكانية الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، وذلك عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية؛ إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة وضع الوثائق المطلوبة في تشكيل العروض تحت تصرف المرشحين من جهة، والذين يمكن لهم الرد عليها من جهتهم بالطريقة الإلكترونية⁽¹⁾.

أما المشرع الفرنسي فقد أجاز لكل متعامل اقتصادي تقديم ترشحه للحصول على العقد إلا إذا كان تحت إحدى حالات المنع من المشاركة في الصفقات العمومية، ولا يخضع تقديم العروض لشكل محدد، فيمكن تسليمه عن طريق اليد مقابل الحصول على وصل استلام يذكر فيه تاريخ وساعة تقديم العرض أو إرساله عن طريق البريد موسى عليه مع إقرار بالاستلام، باستثناء ما نصت عليه المادتين (40،41) من المرسوم رقم 2016-360 السابق الذكر⁽²⁾، المتضمنتين التعاقد بالطريقة الإلكترونية⁽³⁾، من خلال إزالة الطابع المادي في التعاقد والتي يطلق عليها تسمية (dématérialisation)⁽⁴⁾، التي تهدف إلى الاستعاضة عن الوثائق الورقية بوثائق أو إجراءات رقمية، وعمليا يتوقف إزالة الطابع المادي على استخدام الوسائل الإلكترونية، من خلال معالجة وتبادل وتخزين المعلومات بدون دعامة ورقية، ويتم

¹: المادة 9 من القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، الذي يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ص 28.

²: نصت المادة 41 على أن " يتم إجراء جميع الاتصالات وتبادل المعلومات بواسطة وسائل الاتصال الإلكترونية عندما يشرع في استشارة أو إعلان عن الدعوة إلى المنافسة المرسله إلى النشر ابتداء من 1 أفريل 2017 بالنسبة للمشتريات المركزية ومن 01 أكتوبر 2018 بالنسبة لباقي المشتريين".

³: وسائل الاتصال الإلكترونية هي معدات المعالجة الإلكترونية، تتضمن الضغط الرقمي وتخزين البيانات التي يتم بثها وتوجيهها وتلقيها عن طريق السلك أو الراديو أو الوسائل البصرية أو غيرها من الوسائل الكهرومغناطيسية. (المادة 41 فقرة 2 من المرسوم رقم 2016-360).

4: Dématérialisation (des marchés publics) voir sur site: <http://www.marche-public.fr/Dematerialisation.htm>

(Consulté le 25 juillet 2017).

ذلك إما عن طريق استخدام البريد الإلكتروني ([La messagerie électronique](#)) أو قاعدة البيانات المتاحة مباشرة على الموقع الإلكتروني الخاص بالمشتري ([profil d'acheteur](#))⁽¹⁾.

ويتم تحديد طريقة تقديم العروض من قبل السلطة المتعاقدة، في شكله الورقي أو بالطريقة الإلكترونية في إعلان الدعوة إلى المنافسة، وفي حالة عدم ذكر ذلك، ففي دفتر الشروط⁽²⁾، ويجب على المرشحين في كل خطوة من خطوات الإجراء، اتباع نفس الطريقة في ارسال جميع الوثائق إلى السلطة المتعاقدة⁽³⁾، وبالتالي فإن المرشح الذي يرسل ترشحه بالطريقة الإلكترونية، بإمكانه ارسال الوثائق المكونة لعرضه ورقيا، وفي كل الأحوال يمكن للمتعاملين الاقتصاديين الذين أرسلوا وثائقهم بالطريقة الإلكترونية، أن يعيدوا تقديم نسخة احتياطية منها في شكل ورقي، أو على دعامة مادية الكترونية إلى السلطة المتعاقدة⁽⁴⁾ ويمكن للسلطة المتعاقدة أن تلزم المرشحين تقديم العروض بالطريقة الإلكترونية ومن ثم فإن العروض التي تقدم في شكل ورقي فقط تعد غير قانونية ويجوز رفضها.

أما **المشروع المصري** فقد أوجب في المادة 54 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998، أن تقدم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم الجهة الإدارية، والمؤشر عليه برقم وقسيمة تحصيل الثمن وتاريخها على جدول الفئات المرافق له وضرورة وضع المظروفين المشار إليهما (الفني والمالي) داخل مظروف مغلق بطريقة محكمة، ويوضح عليه اسم وعنوان الجهة الإدارية، ويتم ارسالها بالبريد الموصى

¹: Le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur (Arrêté du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs, JORF n°0099 du 27 avril 2017 - Texte n°24.

<http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Dematérialisation/profil-acheteur.htm>

(Consulté le 25 juillet 2017).

²: Article 40-I du décret n° 2016-360.

³: Article 40-I alinéa 2, du décret n° 2016-360, précité.

⁴: Article 41- III, du décret n° 2016-360, précité

عليه خالصة الأجر أو وضعها داخل الصندوق المختص لوضع العطاءات بالجهة الإدارية المتعاقدة أو تسليمها لقلم المحفوظات بها بموجب إيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته. ويجوز إذا كان العطاء مقدما من فرد أو شركة في الخارج أن يقدم على النموذج الخاص بمقدم العطاء بشرط قيامه بسداد كراسة الشروط والمواصفات. وما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع المصري لم يقم بصياغة المصطلحات المستعملة صياغة دقيقة، حينما خلط بين المصطلحات ودلالاتها، حيث نصت المادة على "...والمظروف الذي يحتوي على ... ويحتوي المظروف المالي على..."، والأصل أن المظروف في حد ذاته لا يمكن أن يكون فنيا أو ماليا، بل العرض هو الذي يعتبر كذلك⁽¹⁾.

2- مواعيد تقديم العروض:

تعد المواعيد مسألة مهمة كونها نهائية بالنسبة لجميع المتعاملين الاقتصاديين من أجل ايداع ترشحهم أو عروضهم، وهي تحكمها قواعد صارمة و ملزمة، ومن ثم فإن كل ملف مسجل خارج الآجال المحددة يقابل بالرفض، وترتكز هذه القاعدة على مبدأ المساواة في معاملة المرشحين⁽²⁾، وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم مشروعية إحدى المناقصات، لأن الجهة الإدارية المتعاقدة سمحت لبعض المرشحين بتقديم اقتراحات جديدة بعد انقضاء المدة المحددة لتسليم العروض، مما يعتبر خرقا واضحا لمبدأ المساواة وحرية المنافسة⁽³⁾، كما قضى المجلس ذاته بعدم مشروعية إجراءات التعاقد المتخذة بسبب قبول إحدى المحافظات المتعاقدة لعرض متأخر عن الميعاد المحدد لاستلام العروض⁽⁴⁾.

وتحدد السلطة المتعاقدة المواعيد النهائية لاستلام الترشيحات والعروض، مع مراعاة تعقيد الصفقة والوقت اللازم للمرشحين من أجل تحضير عروضهم.

¹: عاطف سعدي محمد، المرجع السابق، ص 255 وما بعدها.

²: Pierre De Baecke, op.cit. p 187.

³: C.E, 10-06-1936,Baudot,Rec, p 630.

⁴: C.E, 04-11-1996,Département de la dordogne, A.J.D.A, p 185.

ففي الجزائر بالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نجد أن المشرع لم يحدد مدة موحدة لتقديم العروض مثلما فعله نظيره الفرنسي والمصري، وإنما ترك أمر ذلك للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، على أن تكون الآجال الممنوحة لتحضير العروض كافية وتفتح المجال واسعا لأكبر عدد من المتنافسين، وذلك تبعا لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المعترزم طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصالها⁽¹⁾ واكتفى بالإشارة فقط في المادة 66، إلى تحديد تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض من طرف المصلحة المتعاقدة، بالاستناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة، وينتهي في اليوم الذي تفتح فيه الأظرفة، ويجوز تمديد الأجل المحدد لتحضير العروض، إذا اقتضت الظروف ذلك، شريطة إعلام جميع المتعهدين بذلك وبجميع الوسائل⁽²⁾، وذلك تطبيقا لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

وتمدد بقوة القانون آجال تحضير العروض وايداعها إلى غاية يوم العمل الموالي إذا صادف آخر يوم من أجل تحضير العروض يوم عطلة أو يوم راحة قانونية⁽³⁾، ويبدأ حساب الآجال التي تحددها الإدارة ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية⁽⁴⁾. ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مصير ملف العروض الذي يرد إلى المصلحة المتعاقدة خارج الآجال القانونية المحددة لإيداع العروض، مثلما بينه كل من المشرع الفرنسي والمشرع المصري، لذا جدير بالمشرع الجزائري الانتباه إلى هذه الإشكالية، ووضع الحل القانوني المناسب الذي يمكن المصلحة المتعاقدة من التصرف في مثل هذه الحالات طبقا للقانون.

¹: المادة 66 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

²: المادة 66 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³: المادة 66 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴: المادة 66 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

أمّا في فرنسا فإن الموعد المحدد لتقديم الترشيحات والعروض يختلف باختلاف إجراء التعاقد المعلن عنه؛ إذ أنه في الإجراءات الشكلية لا ينبغي أن تكون المواعيد النهائية المحددة في المواد (من 66 إلى 76 من المرسوم رقم 2016-360) أقل من الآجال الدنيا المحددة لكل إجراء⁽¹⁾، ويمكن تفصيل مواعيد كل إجراء كالتالي:

في إجراء طلب العروض المفتوح: المدة الدنيا لاستلام الترشيحات والعروض هو (35) يوماً، ابتداء من تاريخ ارسال إعلان العقد، ويجوز تخفيض هذا الأجل إلى (15) يوماً إذا قامت الإدارة المتعاقدة بنشر إشعار مسبق للمعلومات أو إشعار إرشادي دوري ولم يتم استعماله كإعلان عن الدعوة إلى المنافسة.

كما يجوز للسلطة المتعاقدة تخفيض الفترة الدنيا المحددة أعلاه، إلى ثلاثين يوماً إذا أمكن ارسال الترشيحات والعروض بالطريقة الالكترونية، وتخفيضها إلى مدة خمسة عشر يوماً في حالة الاستعجال المبررة⁽²⁾.

أمّا في إجراء طلب العروض المقيد فإنه ينبغي التمييز بين المواعيد المحددة لاستلام الترشيحات والمواعيد المحددة لاستلام العروض.

فالمدة الدنيا لاستلام الترشيحات بالنسبة للسلطات المتعاقدة هو ثلاثين (30) يوماً من تاريخ إرسال إعلان العقد، أما إذا تم إعلان الدعوة إلى المنافسة عن طريق إشعار مسبق للمعلومات، فاعتباراً من تاريخ ارسال الدعوة المؤكدة، وفي حالة الاستعجال المبررة يجوز أن تحدد مدة لاستلام الترشيحات لا تقل عن خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ إرسال إعلان العقد، أو الدعوة المؤكدة.

وبالنسبة للهيئات المتعاقدة فخمسة عشر يوماً ابتداء من تاريخ ارسال إعلان العقد أو الدعوة المؤكدة للمصلحة⁽³⁾.

¹: Article 43-I du décret n° 2016-360.

²: Article 67 du décret n° 2016-360.

³: Article 68 du décret n° 2016-360.

أما الآجال الدنيا لاستلام العروض، بالنسبة للسلطات المتعاقدة، فهو ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ ارسال الدعوة للتعهد، ومع ذلك إذا نشرت السلطة المتعاقدة اشعار مسبق للمعلومات ولم يستخدم هذا الأخير كإعلان للدعوة إلى المنافسة، فإنه يجوز تخفيض هذا الأجل إلى عشرة (10) أيام.

ويجوز للسلطة المتعاقدة تخفيض الفترة الدنيا المحددة أعلاه، إلى خمسة وعشرون (25) يوما، في حالة ارسال العروض بالطريقة الالكترونية، و في حالة الاستعجال المبررة التي يتعذر معها احترام الآجال الدنيا المحددة، يجوز للسلطة المتعاقدة أن تحدد موعدا نهائيا لاستلام العروض، على ألا يقل عن عشرة (10) أيام، من تاريخ ارسال الدعوة للتعهد. بينما السلطات والهيئات المتعاقدة الأخرى، باستثناء السلطات العامة المركزية، فيجوز لها تحديد الموعد النهائي لاستلام العروض بعد الاتفاق المتبادل مع المرشحين المختارين وفي حالة عدم وجود اتفاق، فعليها أن تحدد أجلا لا يقل عن عشرة (10) أيام من تاريخ ارسال الدعوة للتعهد.

وفي الإجراء التنافسي مع التفاوض (خاص بالسلطات المتعاقدة): فإن المواعيد المحددة لاستلام الترشيحات و العروض في الحالات العادية هو (30 يوما) من تاريخ ارسال إعلان العقد، ويجوز تخفيض هذا الموعد في الحالة الاستعجالية المبررة، لاستلام الترشيحات في مدة لا تقل عن خمسة عشر (15) يوما من تاريخ إعلان الدعوة إلى المنافسة، وفي مدة لا تقل عن عشرة (10) أيام لاستلام العروض، من تاريخ ارسال الدعوة للتعهد.

كما يجوز تخفيض مدة الثلاثين يوما إلى عشرة (10) أيام في حالة إشعار مسبق للمعلومات الذي لم يستخدم كإعلان للدعوة إلى المنافسة، وإلى مدة خمسة وعشرين (25) إذا تم أو أمكن ارسال العروض بالطريقة الالكترونية.

وينطبق على الموعد النهائي لاستلام العروض بالنسبة للسلطات المتعاقدة الأخرى باستثناء السلطات العامة المركزية، نفس القواعد المذكورة في طلب العروض المقيد.

وفي الإجراء التفاوضي مع المنافسة المسبقة (خاص بالهيئات المتعاقدة): فإن الموعد الأدنى لاستلام الترشيحات هو (15 يوما) من تاريخ ارسال إعلان العقد، أما إذا تم إعلان الدعوة إلى المنافسة بواسطة إشعار دوري إرشادي، فمن تاريخ إرسال الدعوة المؤكدة. وينطبق على الموعد النهائي لاستلام العروض بالنسبة للسلطات المتعاقدة الأخرى باستثناء السلطات العامة المركزية، نفس القواعد المذكورة في طلب العروض المقيد.

وفي إجراء الحوار التنافسي: حدد الأجل الأدنى لاستلام الترشيحات سواء بالنسبة للسلطات المتعاقدة أو الهيئات المتعاقدة بثلاثين يوما ابتداء من تاريخ إرسال إعلان العقد⁽¹⁾ ولم يحدد المشرع الفرنسي الحد الأدنى لاستلام العروض وإنما ترك ذلك للسلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة، بتحديد مدة معقولة للمتعاملين الاقتصاديين المرشحين لإيداع عروضهم. وإذا كانت الآجال المذكورة هو تقييد للإدارة المتعاقدة وفقا لما نص عليه القانون في الإجراءات الشكلية، فإن تحديد المواعيد النهائية لاستلام الترشيحات وإيداع العروض في الإجراءات المكيفة، متروك للسلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة آخذة بعين الاعتبار تعقيد الصفة العمومية والوقت اللازم للمتعاملين الاقتصاديين لإعداد ترشيحاتهم وعروضهم⁽²⁾.

أمّا في مصر فقد حددت المادة 14 فقرة 1 من اللائحة التنفيذية مدة (10) أيام على الأقل لتقديم العطاءات في المناقصات العامة من تاريخ أول إعلان في الصحف اليومية ويجوز بموافقة السلطة المختصة تقصيرها إلى مدة لا تقل عن خمسة أيام. ويجوز في حالة الاستعجال وبموافقة السلطة المختصة في إطار الممارسة العامة تقصير المدة المحددة لتقديم العروض على ألا تقل تلك المدة عن (10) أيام من تاريخ أول إعلان عن الممارسة⁽³⁾ وفي الممارسة المحدودة، في مدة لا تقل عن (07) أيام لتقديم

¹: Article 76 du décret n° 2016-360.

²: Article 43 alinéa 1, du décret n° 2016-360.

³: المادة 41 فقرة 2 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري.

العروض، من تاريخ إرسال الدعوات ويجوز في حالة الاستعجال وبموافقة السلطة المختصة إرسال الدعوة مع مخصص قبل الموعد المحدد بخمسة أيام وتسلم بموجب إيصال مؤرخ⁽¹⁾. وتنص المادة 63 فقرة 2 من اللائحة ذاتها على أنه " ولا يعتد بأي عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الميعاد المذكور، ولا يسري ذلك على أي تعديل لصالح الجهة الإدارية يقدم من صاحب أقل العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات طالما أنه لا يؤثر في أولوية العطاء". ولقد بين المشرع المصري مصير العطاء المتأخر الذي يرد إلى الجهة الإدارية بعد الموعد المعين لفتح المظاريف الفنية، حيث نصت المادة 18 من اللائحة التنفيذية على أن " أي عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف الفنية يجب تقديمه فور وصوله إلى رئيس اللجنة لفتحه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ثم يؤرخ في كشف العطاءات المتأخرة دون فتحه- على أن يتم رد هذه العطاءات المتأخرة إلى أصحابها فور تقرير لجنة البت باستبعادها"، ويستفاد من حكم هذه المادة بعدم الاعتداد بالعطاء المتأخر الذي يرد بعد الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية، واعتبارها كأن لم تكن.

ثالثا: النتائج المترتبة على تقديم العروض:

يعتبر تقديم العروض إلى جهة الإدارة المتعاقدة وفقا للشروط والمواصفات المعلن عنها إيجابا⁽²⁾، ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد، لكن الإدارة لا يقع عليها التزام بإبرام العقد مقابل الإيجاب، لأن توجيه الإيجاب يكون على أساس الشروط العامة التي تستقل الإدارة بوضعها، دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك فيها، وليس لمن يريد التعاقد سوى قبول هذه الشروط أو رفضها⁽³⁾ ويترتب على تقديم العرض النتائج التالية:

¹: المادة 47 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري.

²: عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003 ص 96.

³: هاتف كاظم جاسم الموسوي، المرجع السابق، ص 101.

- إن إيداع العرض من شأنه أن يحول مركز مقدم العرض من مركز المتعهد المرشح (le candidat)، إلى مركز جديد هو مركز المتنافس (concurrent)، والتزام مقدم العرض بإيجابه طيلة المدة المحددة في الإعلان عن الدعوة إلى المنافسة دون تعديل إلا في الإطار الذي رسمه القانون، وعدم تعويض تكاليف العرض⁽¹⁾.

- التزام مقدم العرض بالبقاء على ايجابه بعد تقديمه، وذلك طوال المدة المحددة قانونا فلا يجوز له سحبه أو تعديله، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي اعتبر هذا المبدأ ليس من النظام العام، حيث يمكن مخالفته إن نص على ذلك في دفتر الشروط، ولقد انتقد جانب من الفقه الفرنسي هذا المبدأ، حيث ذهب إلى إمكانية قبول هذه التعديلات بشرط أن ترد قبل الموعد النهائي المحدد لاستلام العروض وأن لا تؤدي إلى المساس بمبدأ المساواة⁽²⁾.

وباستقراء نصوص المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا، نجد أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة - مثلما فعل نظيره المصري - على تحديد مدة صلاحية العروض، بل تركها للسلطة التقديرية للإدارة شريطة أن تكون هذه المدة معقولة (délai raisonnable)، لأن كون المدة المحددة من جانب المصلحة المتعاقدة لبقاء المتعهدين على عروضهم أطول من المعقول، سوف يؤدي إلى التغيير في المعطيات الاقتصادية للعرض فقد تتغير الأسعار والأجور في هذه الفترة مما يوقع المتعهد في غبن واضح.

وفي الحقيقة لا بد من وجود مسوغ أكثر منطقية من الناحية القانونية يبرر تحديد المدة اللازمة لصلاحية العروض، وهذا المسوغ القانوني يكمن في رأينا فيما كانت تنص عليه المادة 40 من الأمر رقم 67-90، المنظم لقانون الصفقات العمومية الملغى⁽³⁾، والتي

¹: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 628.

²: هاني عبد الرحمن اسماعيل، المرجع السابق، ص 571.

³: الأمر رقم 67-90، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية الجزائري، ج.ر العدد 52

الصادرة بتاريخ 27 جوان 1967.

حددت التزام المترشحون بعروضهم مدة (90) تسعين يوما، وهي مدة معقولة تقطع دابر كل خلاف يمكن أن يثور في حالة إقدام المتعهد على تعديل عرضه أو سحبه.

- عدم تعويض تكاليف العرض في نطاق بعض العمليات التعاقدية، التي يترتب عليها بعض المصاريف المالية، خاصة العروض التي تمتاز بنوع من التعقيد والدقة، كعقود الأشغال العامة مثلا، حيث يتم اللجوء إلى مهندسين ومسّاحين، لبيان أبعاد الشروط التقنية المقدمة من جانب المصلحة المتعاقدة، واحتياجها إلى رجال القانون لمعرفة الإشكاليات القانونية المتعلقة بالعقد، ومعرفة إجراءات التعاقد والآليات القانونية لتحضير العروض كما تستعين الإدارة المتعاقدة بالمختصين في مجال الاقتصاد للتعرف على الجدوى الاقتصادية للمشروع المزمع انجازه، وحساب تكلفة العقد، والمدة المحددة لتنفيذه، وانطلاقا من ذلك فقد طرح الفقه والقضاء في فرنسا مشكلة تعويض تكاليف إعداد العرض بالنسبة للعارضين الذين لم ترسو عليهم المناقصة، وقد عرضت هذه المشكلة على مجلس الدولة الفرنسي الذي قضى بعدم التزام الإدارة بتعويض تكاليف إعداد العروض⁽¹⁾، وقد برر جانب من الفقه الفرنسي هذا الموقف باعتبار المبالغ المدفوعة لتغطية تكاليف العروض تدخل في إطار المخاطر العادية التي يتعين على المتعهد تحملها⁽²⁾.

ولقد استجاب المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 2016-360، المؤرخ في 25 مارس 2016، المتعلق بالصفقات العمومية، لهذا الرأي حيث أقر ضمنا إمكانية قبول التعديلات التي ترد ضمن المدة المحددة لتقديم العروض، حيث تنص المادة 57 منه على أنه " يرسل المتعهد عرضه مرة واحدة، وإذا تم تقديم عدة عروض متتالية من قبل نفس المتعهد، فإنه

¹: C.E. 29-04-1981, Ordre des architectes, A.J.D.A, 1981,p 429. Disponible sur site:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007671656>

(Consulté le 26 juillet 2017).

²: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 635.

لا يفتح إلاّ العرض الأخير الذي تتلقاه السلطة المتعاقدة خلال المهلة المحددة لتقديم العروض" (1).

كما تبني المشرع المصري أيضا مبدأ ارتباط مقدم العرض بعرضه في المادة 59 من اللائحة التنفيذية، التي نصت على أن " يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة الجهة الإدارية وحتى نهاية مدة سريان العطاء المحددة باستمرار العطاء المرافقة للشروط" وقد أكدت اللائحة التنفيذية أن سحب العطاء قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف الفنية يترتب عليه مصادرة التأمين المؤقت من جانب الجهة الإدارية دون حاجة إلى إنذار أو الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ أية إجراءات أو إقامة الدليل على حصول ضرر (2).
إلاّ أن المشرع أجاز وفقا لما نصت عليه المادة 63 من اللائحة التنفيذية للجهة الإدارية قبول التعديل إذا كان هذا التعديل صادرا عن صاحب أقل العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات، وموافقا لمصلحة الإدارة ولا يؤثر في أولوية العطاء.

¹: Article 57-I " Le soumissionnaire transmet son offre en une seule fois. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même soumissionnaire, seule est ouverte la dernière offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres ".

²: المادة 60 من اللائحة التنفيذية المذكورة سابقا.

الفرع الثاني: فحص العروض.

بعد أن تنتهي المدة المحددة لتقديم العروض وفقا للأوضاع التي تم توضيحها سابقا تتولى الجهة المختصة فحص هذه العروض لمعرفة مدى مطابقتها لدفتر الشروط والمفاضلة بينها، من خلال تشكيل لجان متخصصة لاختيار العرض الأفضل، والتي تعد بمثابة ضمانة جوهرية لنزاهة إجراءات المناقصة، لذلك يحرص القانون على تشكيل هذه اللجان وتحديد اختصاصاتها وبيين كيفية ممارستها⁽¹⁾، ويختلف تكوين هذه اللجان من تشريع إلى آخر رغم أنها تتشابه في المهام المسندة إليها، وهو إتمام الإجراءات بقصد الوصول إلى تعيين أفضل المتنافسين الذي ترسو عليه المناقصة بعد تحقيق شروطها⁽²⁾، وعليه سنتناول الجهة المختصة بعملية الارساء (أولا)، ثم نتطرق إلى معايير تقييم اختيار المتعاقد مع الإدارة (ثانيا).

أولا: الجهة المختصة بعملية الارساء.

تتولى السلطة المتعاقدة اختيار أفضل المتقدمين للمشاركة في المنافسة من خلال تشكيل لجان داخلية، لتقوم بأعمال مادية وقانونية، تساهم بشكل كبير في تكوين قبول الإدارة في التعاقد، وقد نص المشرع الجزائري على إمكانية تولي لجنة واحدة أو أكثر عملية فحص العروض تدعى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهو نفس الموقف بالنسبة للمشرع الفرنسي حيث أسند مهمة فحص العروض إلى لجنة واحدة أو أكثر تدعى لجنة طلب العروض، بينما المشرع المصري أسند هذه المهمة في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات إلى لجنتين: الأولى تختص بفتح المظاريف والثانية تختص بالبت في المناقصات.

1- لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في التشريع الجزائري: على خلاف المشرع

المصري، سلك المشرع الجزائري مسلكا مشابها لنظيره الفرنسي حيث نص على استحداث

¹: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق، ص 322.

²: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 294.

لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بعملية فتح الأظرفة وتقييم العروض على مستوى المصلحة المتعاقدة الواحدة، وهذا بهدف ضمان السرعة في عمل اللجنة، حيث نصت المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق الذكر، على أن "تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية عند الاقتضاء، تدعى في صلب النص "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض"، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تخلى عن نظام لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض الذي كان معتمدا في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى، ولعل سرّ اعتماد المشرع للجنة واحدة لفتح الأظرفة وتقييم العروض هو أن المهام التي كانت موكلة إلى لجنة فتح الأظرفة هي مهام مادية بحتة، يمكن أن تقوم بها لجنة تقييم العروض، ولهذا سنتطرق بالدراسة إلى تشكيل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، ثم نبين اختصاصاتها.

أ- تشكيل وتنظيم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض: خوّل المشرع الجزائري مسؤول المصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في تشكيل لجنة واحدة أو أكثر لفتح الأظرفة وتقييم العروض بموجب مقرر⁽¹⁾، من بين الموظفين المؤهلين التابعين للمصلحة المتعاقدة الذين يختارون لكفاءتهم⁽²⁾، على عكس المشرع الفرنسي الذي نص على اختيار هذه اللجنة عن طريق الانتخاب، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد من يتولى رئاسة اللجنة وعدد أعضائها وصفاتهم مثلما فعل المشرع الفرنسي، والمشرع المصري الذي بين أن اللجنة تضم أعضاء قانونية ومالية وفنية كما سنبينه لاحقا، وإنما اكتفى بذكر تمتعهم بالكفاءة وترك تقدير ذلك لمسؤول المصلحة المتعاقدة، ولم يوضح إجراءات استدعاء أعضائها لعقد اجتماعاتها

¹: المادة 162 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر، وقد أشار المنشور الوزاري رقم 003 المؤرخ في 22 نوفمبر 2015، الصادر عن وزير المالية، المتعلق بتنفيذ أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إلى أن تشكيل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وقواعد تنظيمها وسيرها ونصابها، تحدد بموجب مقرر، وتعتبر هذه اللجنة نتيجة دمج لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض.

²: المادة 1/160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

وعلاوة على ذلك أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة إنشاء لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض لحاجات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض⁽¹⁾.

وقد أكدّ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أن اجتماعاتها تصح مهما يكن عدد أعضائها الحاضرين، ولكنه في المقابل ألزم المصلحة المتعاقدة بالسهر على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمان شفافية الإجراء، ولعل المشرع قصد من وراء ذلك إضفاء المرونة على العمل الإداري تحقيقا لسيرورة المرافق العامة⁽²⁾، وبهذا فإن المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي الذي نص على انعقاد اللجنة دون بلوغ شرط النصاب بعد الاستدعاء الأول، وخالف ما انتهى إليه الفقه المصري من وجوب اجتماع لجنة البت بالتشكيل المقرر في الأمر الصادر بتشكيلها وإلا كان اجتماعها باطلا، وقراراتها باطلة بالتبعية.

ب- اختصاصات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض: تمارس لجنة فتح الأظرفة وتقييم

العروض اختصاصاتها عبر مرحلتين وهما: مرحلة فتح الأظرفة ومرحلة تقييم العروض.

ب.1- اختصاصات اللجنة في مرحلة فتح الأظرفة: يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشيح

والعروض التقنية والمالية في جلسة علنية، خلال نفس الجلسة في تاريخ وساعة فتح الأظرفة، وتدعو المصلحة المتعاقدة كل المرشحين لحضور عملية الفتح، في إعلان المنافسة أو عن طريق رسالة موجهة للمرشحين، وقد حددت المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مهام اللجنة في مرحلة فتح الأظرفة كالاتي:

- تثبت صحة تسجيل العروض، المتعلقة بفتح الأظرفة وتقييم العروض في سجلين

خاصين يرقمهما الأمر بالصرف ويؤشر عليهما بالحروف الأولى⁽³⁾.

¹: المادة 2/160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

²: عائشة خلدون، المرجع السابق، ص 378.

³: المادة 3/ 2/162 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

- تعد قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم أو عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.

- تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض.

- توقع بالحروف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال.

- تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.

- تدعو المرشحين أو المتعهدين عند الاقتضاء كتابيا، عن طريق المصلحة المتعاقدة إلى استكمال عروضهم التقنية- تحت طائلة رفض عروضهم- بالوثائق الناقصة أو غير الكاملة المطلوبة، في أجل أقصاه عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ فتح الأظرفة، باستثناء المذكرة التقنية التبريرية، والوثائق الصادرة عن المتعهد والمتعلقة بتقييم العروض.

- تقترح على المصلحة المتعاقدة، إعلان عدم جدوى الإجراء، ويسجل ذلك في المحضر.

- ترجع عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها.

ويتضح من هذه المادة بأن دور اللجنة في مرحلة فتح الأظرفة هو دور إعدادي يقتصر على القيام بأعمال مادية بحتة من خلال مراقبة ملفات المرشحين من ناحية استيفائها للشروط الشكلية المطلوبة في إعلان المنافسة واحترام المواعيد المحددة، ودور استشاري من خلال الاقتراحات التي تعرضها على المصلحة المتعاقدة، وذلك تمهيدا لتقييمها في المرحلة التالية.

ب.2- اختصاصات اللجنة في مرحلة تقييم العروض: طبقا للمادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، تقوم اللجنة بإقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط المعد مسبقا من طرف الجهة المختصة، و/أو لموضوع الصفقة

- تقوم بتحليل العروض الباقية في مرحلتين على أساس المعايير والمنهجية الواردة في دفتر الشروط، حيث تقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط. وتقوم في مرحلة ثانية بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم.

- تقوم طبقا لدفتر الشروط بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

- تقترح رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق، أو قد تسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني.

- تطلب من المتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، عن طريق المصلحة المتعاقدة كتابيا التبريرات والتوضيحات الملائمة، إذا كان العرض المالي الاجمالي أو سعر واحد أو أكثر من العرض المقدم يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع الأسعار، وبعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض هذا العرض بمقرر مقبول إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية،

- تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المالي المختار مؤقتا بمقرر معلل إذا أقرت أن هذا العرض مبالغا فيه بالنسبة لمرجع الأسعار.

وتردّ عند الاقتضاء، عن طريق المصلحة المتعاقدة الأطراف المالية التي تتعلق بالعروض التقنية التي تم إقصاؤها إلى أصحابها دون فتحها.

وفي رأينا إن هذا المنهج الذي تبناه المشرع الجزائري في نطاق اختصاصات لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض في مرحلة تقييم العروض هو منهج مننقد، لأنه يجعل دور اللجنة يقتصر على ممارسة عملا إداريا وتقنيا يغلب عليه طابع صياغة المقترحات فقط بينما يعطي الشخص المسؤول عن العقد صلاحية اتخاذ القرارات الحاسمة، مع أن هذا الأخير قد لا يكون ملما بمختلف المتغيرات التي تحملها العروض، والتي يجب تأسيس الاختيار عليها

كما أن إعطاء مسؤول المصلحة المتعاقدة صلاحيات منح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت، من شأنها أن تجعله المتحكم الفعلي في مصير العقد، وتبقى اللجنة في موقف المتفرج الذي لا يملك من الأمر شيئاً.

2- لجنة طلب العروض في التشريع الفرنسي: جاءت أحكام قانون الصفقات العمومية الجديد المنبثقة من التوجيهات الأوروبية سنة 2014، في مجال إصلاح لجنة طلب العروض لتتيح لكل سلطة متعاقدة مركزية العمل وفق قواعد أكثر مرونة من خلال جواز إنشاء لجنة استشارية جماعية، وتحديد تشكيلها وفقاً لاحتياجاتها وخصائص العقد المراد إبرامه. أما بالنسبة للمجموعات الإقليمية، فإن تشكيل لجنة طلب العروض يعتبر إجباري عند التعاقد وفقاً للإجراءات الشكائية، وهي مكلفة بفحص الترشيحات والعروض ومنح الصفقة وإعلان عدم جدوى الإجراء، وإبداء رأيها بالموافقة للشروع في الإجراء التفاوضي⁽¹⁾.

أ- انتخاب وتشكيل لجان طلب العروض: طبقاً للمادة (L.1414-3) من القانون العام للمجموعات الإقليمية⁽²⁾، فإن هذه اللجنة تتشكل من:

1. أعضاء ذات صوت تداولي: وتضم كل من السلطة المؤهلة لتوقيع العقد أو ممثلها رئيساً، (5) أعضاء رئيسيين و(5) أعضاء مستخلفين يتم انتخابهم في المجلس المتداول عن طريق التمثيل النسبي مع تطبيق قاعدة الباقي للأقوى عندما يتعلق الأمر بالناحية أو المجموعة الإقليمية أو المحافظة أو البلدية التي يزيد عدد سكانها عن 3500 نسمة أما أقل من ذلك فتتشكل من رئيس البلدية أو ممثله رئيساً، و(3) أعضاء رئيسيين و(3) مستخلفين يتم انتخابهم في المجلس المتداول عن طريق التمثيل النسبي مع تطبيق قاعدة الباقي للأقوى عندما يتعلق الأمر ببلدية يكون عدد سكانها أقل من 3500 نسمة.

¹: Marchés publics, encyclopédie commission d'appel d'offres (CAO), voir sur site:

<http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/commission-d-appel-d-offres-cao>

(Consulté le 04 aout 2017).

²: Loi n° 96-142, du 21 février 1996, relative à la partie Législative du code général des collectivités territoriales, JORF n°47 du 24 février 1996 page 2992. Voir sur site:

https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070633

(Consulté le 25 aout 2017)

أ.2- أعضاء ذات صوت استشاري: تضم المحاسب العمومي للمجموعة الإقليمية، وممثل عن الوزير المكلف بالمنافسة، عندما يتم دعوتهم من طرف رئيس اللجنة، كما يمكن أن يشارك أيضا بصوت استشاري في اجتماعات اللجنة، الأشخاص المعينين من طرف رئيس اللجنة، نظرا لاختصاصهم في نطاق موضوع العقد المراد ابرامه.

ولكل مجموعة إقليمية أو مؤسسة عامة محلية وضع نظام داخلي خاص يبين قواعد عمل لجان طلب العروض يصادق عليه بموجب مداولة، و يتحقق النصاب عندما يكون عدد الحاضرين من الأعضاء الذين يملكون صوت تداولي أكثر من النصف، وإذا لم يبلغ النصاب بعد الاستدعاء الأول، فإن اللجنة تتعقد دون شرط النصاب.

ب- اختصاصات لجنة طلب العروض: تبعا للمادة (L 1414-2) من القانون العام للمجموعات الإقليمية فإن "الصفقات العمومية التي تكون قيمتها التقديرية خارج الرسوم تساوي أو تزيد عن العتبات الأوروبية... يتم اختيار الفائز من قبل لجنة طلب العروض المشكلة طبقا لأحكام المادة (L.1411-5)".

لقد تم تقييد مجال تدخل لجنة طلب العروض في العقود المبرمة وفقا للإجراءات الشكلية طبقا للإشعار المنشور بتاريخ 27 مارس 2016⁽¹⁾، حيث تحيل المادة (-)L.1414 (2) من القانون العام للمجموعات الإقليمية إلى المادة 42 من الأمر رقم 899-2015 السابق الذكر، بالنسبة للصفقات العمومية التي تتجاوز قيمتها عن العتبات المذكورة في الإشعار ومن ثم يجوز لهذه اللجنة إبداء رأيها على سبيل الاستشارة في الحالات التالية⁽²⁾:

- في الصفقات العمومية التي تلبى الحاجات التي تكون قيمتها التقديرية أقل من

العتبات المالية للإجراءات الشكلية.

¹: Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centra en droit de la commande publique précité.

²: Direction des affaires juridiques - DAJ - Ministère de l'économie, (fiche technique), L'intervention de la commission d'appel d'offre dans le cadre des procédures d'attribution des marchés publics, 05-08-2016, p 4. Voir sur site: <https://www.economie.gouv.fr/daj/intervention-CAO-attribution-marches-publics-2016>

(Consulté le 5 juillet 2017)

- في الححص ذات القيمة الصغيرة التي تكون محل إجراءات مكيفة، وفقا للمادة 22 من المرسوم رقم 2016-360 السابق الذكر.

- في الصفقات العمومية المستبعدة من نطاق التطبيق ليس بسبب قيمتها، عملا بالمواد (14،15،17،18) من الأمر الصادر بتاريخ 23 جويلية 2015، وإنما بسبب موضوعها (المادتين 14 و 15) أو بسبب الخصوصيات المتعلقة بصفات المتعاقدين (المادتين 17 و 18).

- لا تخضع إلزاميا لاختصاص لجنة طلب العروض، العقود المبرمة وفقا للإجراءات المكيفة مهما كانت القيمة التقديرية للحاجات المطلوب تلبيتها⁽¹⁾، ونفس الحكم ينطبق على الصفقات التي يتم إبرامها وفقا للإجراء التفاوضي بدون إشهار ولا منافسة مسبقة⁽²⁾.

- تختص لجنة طلب العروض بإبداء رأيها حول أي مشروع يتعلق بإبرام ملحق يترتب عنه رفع المبلغ الإجمالي أكثر من 5%⁽³⁾، ونتيجة لذلك فلا يتم استشارة اللجنة في حالة اتخاذ قرار بالمتابعة أو قرار بتعديل العقد الأولي، أو تنفيذ شرط تعديل الأسعار.

- لا تملك لجنة طلب العروض صلاحية التدخل في إقصاء الترشيحات غير المستوفية الشروط طبقا للمادة 55، ورفض العروض المنخفضة السعر بشكل غير عادي طبقا للمادة 66 من المرسوم رقم 2016-360، بل هي من اختصاصات السلطة المتعاقدة وحدها.

3- لجان فتح المظاريف ولجان البت في التشريع المصري: أسند المشرع المصري مهمة فحص العروض إلى لجننتين، تقوم احدهما بفتح المظاريف، والثانية بالبت في المناقصة إذا تجاوزت قيمة المناقصة مبلغ خمسين ألف جنيه، أما إذا لم تتجاوز هذه العتبة فإن مهمة فتح المظاريف والبت في المناقصة، أسندها المشرع إلى لجنة واحدة⁽⁴⁾، وذلك من باب

¹: Article 28 et 29 du décret n° 2016-360, précité.

²: Article 30 du décret n° 2016-360.

³: Article L 1414-4, du code général des collectivités territoriales précité.

⁴: المادة 11 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998.

التيسير والتبسيط في الإجراءات نظرا لقلّة قيمة المناقصة⁽¹⁾، ويتم تشكيلها بقرار من السلطة المختصة، التي تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار أعضائها.

أ- تشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت:

أ.1- تشكيل لجنة فتح المظاريف: تضم لجنة فتح المظاريف أربعة أعضاء ورئيس اللجنة⁽²⁾، وهو الحد الأدنى لضمان سير اللجنة على الوجه الصحيح، حيث تمثل الجهة الطالبة بعضو في اللجنة، وعضو فني، ومدير إدارة المشتريات أو من ينيبه، ومندوب إدارة الحسابات الذي تقتصر مهمته على تسلم التأمينات⁽³⁾.

أ.2- تشكيل لجنة البت: تتشكل هذه اللجنة من أعضاء دائمين تضم عناصر فنية ومالية وقانونية، يحددون وفقا لأهمية وطبيعة التعاقد وتحت رئاسة موظف مسؤول⁽⁴⁾، وأعضاء مؤقتين يلتزمون بحضور اجتماعات لجنة البت متى بلغت قيمة المناقصة حدا معيناً، وتضم ممثل عن وزارة المالية، إذا تجاوزت قيمة الأداءات محل المناقصة (250.000) جنيه وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة⁽⁵⁾، ومن أجل إعطاء ضمانات أكثر للمتنافسين، فإنه يحظر الجمع بين رئاسة هذه اللجان، والسلطة المختصة باعتماد المناقصة⁽⁶⁾.

ب- اختصاصات لجان فتح المظاريف ولجان البت:

ب.1- اختصاصات لجنة فتح المظاريف: تباشر لجنة فتح المظاريف مهامها على

مرحلتين:

¹: ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 68.

²: المادة 15 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998.

³: محمد أحمد درويش، المرجع السابق، ص 83.

⁴: المادة 22 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998.

⁵: المادة 12 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998.

⁶: المادة 137 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998.

في المرحلة الأولى: تقوم لجنة فتح المظاريف بفتح المظاريف الفنية في الساعة الثانية عشرة ظهرا في اليوم المعين كآخر موعد لتقديم العطاءات، وعلى رئيس هذه اللجنة اتخاذ الإجراءات التي حددتها المادة 17 من اللائحة التنفيذية، بأن يقوم بإثبات عدد المظاريف في محضر الفتح، وإثبات الحالة التي وردت عليها العطاءات بعد التحقق من سلامتها والتأشير بدائرة حمراء حول كل كشط أو تصحيح في البيانات الواردة بالمظروف الفني والتوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على المظروف الفني وكل ورقة بداخله مع ضرورة ترقيمها، ثم التوقيع منه ومن جميع الأعضاء على محضر اللجنة بعد إثبات كافة الخطوات المتقدمة في السجل المعد لذلك، وتسليمها لمدير إدارة المشتريات أو لرئيس القسم المختص وذلك لحفظها في خزانة مغلقة، ويجب أن تتم اللجنة عملها بأكمله في الجلسة ذاتها⁽¹⁾.

أما في المرحلة الثانية: فتقوم اللجنة بفتح المظاريف المالية للعطاءات المقبولة فقط من الناحية الفنية، وتجتمع بذات تشكيلها السابق، في الموعد والمكان المحددين لفتح المظاريف المالية، وتتبع ذات القواعد والإجراءات عند فتح المظاريف الفنية، بعد التحقق من سلامة المظاريف المالية ووجود رقم العطاء وتوقيع أعضاء اللجنة السابق إثباته على كل مظروف بجلسة فتح المظاريف الفنية⁽²⁾، ويتم تكليف مسؤول أو أكثر بمراجعة العروض المالية قبل تفرغها مراجعة حسابية تفصيلية ويوقع عليها بما يفيد هذه المراجعة، وتكون هذه الأخيرة هي الأساس الذي يعول عليه في تحديد سعر العطاء، وفي الأخير يتم تفرغ هذه العروض المالية وفقا للشروط والضوابط المتبعة بالنسبة لتفرغ العروض الفنية⁽³⁾.

ب.2- اختصاصات لجنة البت: تتلخص مهام لجنة البت في دراسة العروض الفنية والتحقق من استيفاء الشروط التي طرحت على أساسها المناقصة، واستيفاء من مقدمي

¹: انظر المادة 137 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998.

²: المادة 26 من اللائحة التنفيذية السابق ذكرها.

³: المادة 27 من اللائحة التنفيذية.

العروض ما تراه من بيانات ومستندات واستيضاح لما غمض من أمور فنية⁽¹⁾، و يجوز لها الاستعانة بأهل الخبرة لدراسة العروض المتضمنة على جوانب فنية، وبيان أوجه النقص في العطاءات المقدمة وذلك قبل اختيار أفضل العروض من الناحية المالية⁽²⁾، وأخيرا تجري المفاضلة بين العروض المقبولة وترسي المناقصة على صاحب العطاء المتقدم بأفضل الشروط و بأقل الأسعار.

ثانيا: معايير تقييم اختيار المتعاقد مع الإدارة.

يجب أن يركز اختيار المتعاقد مع الإدارة من حيث المبدأ على أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية، والواقع أن تحليل إجراءات الاختيار يفرض التمييز بين معايير اختيار الترشيحات التي تسمح للسلطة المتعاقدة بتقييم المؤهلات المهنية، التقنية والمالية للمرشحين ومعايير اختيار العروض من خلال قيمتها بالتحديد المسبق لمعايير الانتقاء المناسبة بالنظر إلى موضوع العقد وشروط تنفيذه.

1- قواعد ومعايير اختيار المرشحين: إن دقة معايير الاختيار إلزامية للسلطات المتعاقدة حتى في حالة عدم النص عليها، حيث أنها تستتبط مباشرة من المبادئ العامة للطلب العمومي⁽³⁾، فلا يجوز التعاقد مع أيأ كان، إذ يجب أن يكون المرشحين غير ممنوعين من المشاركة في المنافسة، وإلا رفضت ترشيحاتهم مهما كانت كفاءتهم، وهذا المبدأ هو الذي يضمن المنافسة الشريفة بين المتعاملين الاقتصاديين⁽⁴⁾.

وقد حدد المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق الذكر مجموعة من المعايير التي يمكن على أساسها اختيار المرشحين، وألزم المصلحة المتعاقدة بتخصيص

¹: المادة 23 من اللائحة التنفيذية.

²: محمد أحمد درويش، المرجع السابق، ص 93.

³: CE, 24 février 2010, Communauté de communes de l'Enclave des Papes, Lebon, P. 60. Disponible sur site: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000021880362>

(Consulté le 25 aout 2017)

⁴: Pierre De Baecke, op.cit. p 196.

الصفقة للمرشح القادر على تنفيذها كيفما كانت طريقة الإبرام المقررة⁽¹⁾، ولهذا الغرض يتعين عليها التأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية، كما يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية لها علاقة مع موضوع العقد ومتناسبة مع مداها⁽²⁾.

ولهذا الغرض يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تستعلم عن القدرات المهنية والمالية والتقنية للمتعهدين لدى مصالح متعاقدة أخرى، وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي ولدى البنوك والممثلات الجزائرية في الخارج⁽³⁾. والملاحظ أنّ المشرع الجزائري قد وضع نفس المعايير لاختيار المرشحين التي نص عليها المشرعين الفرنسي والمصري في نطاق قيام المصلحة المتعاقدة بتقييم القدرات المهنية والمالية والتقنية للمرشحين⁽⁴⁾.

أمّا المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 44 من المرسوم رقم 2016-360 السابق الذكر على الشروط التي يمكن أن تستند إليها السلطة المتعاقدة في اختيار المرشحين ومنها:

- القدرة على ممارسة النشاط المهني: حيث يجوز لها أن تشترط على المتعاملين الاقتصاديين بأن يكونوا مسجلين في سجل مهني⁽⁵⁾.

- القدرات الاقتصادية والمالية: فيجوز أن تشترط على المتعاملين الاقتصاديين تحقيق حد أدنى من رقم الأعمال السنوي، لاسيما في المجال المعني بالعقد المراد إبرامه⁽⁶⁾.

- المؤهلات الفنية والمهنية: كالشروط التي تضمن امتلاك المتعاملين الاقتصاديين للموارد البشرية والتقنية والخبرة اللازمة لتنفيذ العقد، وحيازتهم على مستوى كاف من الخبرة يتم توضيحه عن طريق المراجع المناسبة للعقود التي تم تنفيذها سابقا⁽⁷⁾.

¹: المادة 53 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المشار إليه سابقا.

²: المادة 54 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

³: المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

⁴: المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

⁵: Article 44- II. Du décret n° 2016-360.

⁶: Article 44- III. du décret n° 2016-360.

⁷: Article 44- IV du décret n° 2016-360.

أمّا المشرع المصري فقد نص في عدة مواد من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية⁽¹⁾، على ضرورة توفر المرشحين للمشاركة في المناقصة على شروط الكفاية الفنية والمقدرة المالية بما يتناسب مع طبيعة موضوع التعاقد وحسن السمعة⁽²⁾.

فمن مصلحة الإدارة المتعاقدة ألا يدخل إلى المنافسة إلا المرشحين الذين يتوفرون على درجة كافية من الاستعداد التقني، فلا جدوى من السعر الأقل، إذا كانت أهلية المتعاقد على درجة من السوء، لأن ذلك سوف ينعكس على حسن تنفيذه لالتزاماته في النهاية، مما يمس بحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وقد كانت المادة 8 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998، صريحة و واضحة في هذا المجال، عندما ألزمت كل مرشح من تقديم ما يثبت توافره على الكفاية الفنية، وعموما تملك الجهة المتعاقدة السلطة التقديرية في تحديد مدى توفر الكفاءة الفنية والمالية لمقدم العطاء، وقد أكد القضاء الإداري المصري على أنه "يشترط دائما فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعا بحسن السمعة، وللإدارة حق استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة، ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق، ولا يحده في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة"⁽³⁾.

2- معايير اختيار العرض الأفضل: يتعين على السلطة المتعاقدة ذكر معايير اختيار العرض الأفضل في إعلان الدعوة إلى المنافسة أو في دفتر الشروط، ولا بد أن تكون هذه المعايير موضوعية دقيقة وذات صلة بموضوع العقد أو شروط تنفيذه⁽⁴⁾، ولتحديد العرض

¹: انظر المادتين (3، 13) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، والمادة 34 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998.

²: حددت محكمة القضاء الإداري في مصر مضمون حسن السمعة بأنه يعني " ... أن يكون من يتولى هذه الأعمال محمود السيرة، ولم يسمع عنه ما يشينه أو يحط من قدره بين الناس، حائزا لما يؤهله للاحترام الواجب للمهنة التي يرغب في مزاولتها ...". حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 5 لسنة الأولى، بتاريخ 1947/03/18 مذكور في: خلدون عائشة، المرجع السابق، ص 89.

³: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم 1067، لسنة 5 ق، جلسة 1962/02/17، السنة السابعة، ص 334، مذكور في: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 552.

⁴: Article 52-I de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

الأفضل من حيث المزايا الاقتصادية؛ تضع السلطة المتعاقدة عدة معايير، ولهذا سنتطرق إلى معايير الانتقاء، ثم نبين طرق الموازنة بينها.

أ- **معايير الانتقاء:** لا يستند انتقاء العرض الأفضل إلى سلطة تقديرية مطلقة للإدارة وإنما يتم بناء على معايير محددة مسبقاً، تشكل الحد الأدنى لإمكانية الموازنة بين العروض، وقد حدد **المشروع الجزائري** في المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، المعايير التي يجب أن تستند إليها المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض وذلك:

- إما بالاستناد إلى عدة معايير من بينها، النوعية، آجال التنفيذ أو التسليم، السعر والكلفة الإجمالية للاقتناء والاستعمال، الطابع الجمالي والوظيفي، النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي لترقية الإدماج المهني للمحرومين من سوق الشغل والمعوقين، النجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة، القيمة التقنية، الخدمة بعد البيع والمساعدة التقنية، شروط التمويل عند الاقتضاء، تقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية.

- وإما إلى معيار السعر وحده إذا سمح موضوع الصفقة بذلك.

كما أجاز **المشروع الجزائري** للمصلحة المتعاقدة الاستناد إلى معايير أخرى تختارها وفقاً لسلطتها التقديرية، شريطة أن تدرج في دفتر الشروط الخاص بالدعوة إلى المنافسة. وقد حدد **المشروع** ثلاثة أسس لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية وهي⁽¹⁾:

* العرض الأقل ثمناً من بين العروض المالية للمرشحين المختارين، عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك، وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى معيار السعر فقط.

* العرض الأقل ثمناً من بين العروض المؤهلة تقنياً، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى عدة معايير من بينها معيار السعر.

* العرض الذي تحصل على أعلى نقطة استناداً إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر، إذا كان الاختيار قائماً أساساً على الجانب التقني للخدمات.

¹: المادة 72 مطة 3، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

وبالرجوع إلى المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المذكور آنفا، يتضح أنه من أجل تقديم عروض مقبولة، يتعين أن يكون المرشحون على معرفة بالمواصفات التقنية أو الاقتصادية المتوقعة من قبل المصلحة المتعاقدة، والتي يتم تحديدها في شكل معايير في دفتر الشروط، و تحديد وزن كل معيار من المعايير المستعملة في عملية التقييم، مع بيان المعلومات الدقيقة التي يقدمها المرشحون، لكل معيار في دفتر الشروط.

وبالإضافة إلى هذه المعايير فقد نص المشرع الجزائري في المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، على منح هامش للأفضلية بنسبة (25 %) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري وأوجب أن يحدد ملف استشارة المؤسسات بوضوح الأفضلية الممنوحة، والطريقة المتبعة لتقييم ومقارنة العروض لتطبيق هذه الأفضلية " وقد أكد القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 28 مارس 2011، المتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية في المادة 3 منه على أن " يمنح هامش الأفضلية، في مرحلة تقييم العروض المالية، ويطبق على العروض المالية للمتعهدين المؤهلين أولاً من الناحية التقنية، وذلك وفقاً لمعايير الاختيار المحددة في دفتر الشروط"⁽¹⁾، ويجب تبرير هذا الامتياز بضرورة حماية المنتج الوطني في مواجهة المنتج الأجنبي.

وفي الخدمات المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفيين، يجب أن يتضمن دفتر الشروط نظام تقييم العروض وشروط تأهيلية مكيفة مع المؤسسات المصغرة⁽²⁾.

أمّا المشرع الفرنسي فقد حدد في المادة 62 من المرسوم رقم 2016-360، المعايير التي يجب أن تعتمد عليها السلطة المتعاقدة في اختيار العرض الأفضل وهي:

- إما أن تعتمد على معيار واحد⁽¹⁾، قد يكون معيار السعر (le prix) شريطة أن يكون موضوع العقد هو اقتناء خدمات أو لوازم موحدة ذات جودة لا تختلف من متعامل

¹: قرار مؤرخ في 18 مارس 2011، يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ج.ر، العدد 24، الصادرة بتاريخ: 20 أبريل 2011، ص 26.

²: المادة 3 فقرة أخيرة من القرار الوزاري المشترك مؤرخ في 29 أبريل 2014، المرجع السابق، ص 07-08.

اقتصادي إلى آخر، أو معيار التكلفة لدورة الحياة (le coût du cycle de vie) ⁽²⁾، الذي يقدر على أساس تكاليف الاقتناء والتسليم والتركيب والتشغيل واستهلاك الطاقة والصيانة...الخ.

وعلى السلطة المتعاقدة عند استخدام "التكلفة الاجمالية"، تحديد المعلومات الواجب تقديمها من المرشحين في دفتر الشروط، والطريقة التي سيتم استخدامها لتحديد دورة الحياة.

- وإما على عدد من المعايير غير التمييزية المرتبطة بموضوع العقد أو شروط تنفيذه والتي من بينها معيار السعر، إلى جانب معيار واحد أو أكثر من المعايير المتضمنة جوانب الجودة والجوانب البيئية أو الاجتماعية، وقد تشمل على سبيل المثال المعايير التالية ⁽³⁾:

• الجودة: بما في ذلك القيمة التقنية، والخصائص الجمالية والوظيفية، والتعلم والتنوع، وظروف الانتاج والتسويق، وضمان الأجر العادل للمنتجين، والطابع الابتكاري والنجاعة في مجال حماية البيئة، والإدماج المهني للفئات المحرومة، والتنوع البيولوجي.

• آجال التنفيذ وشروط التسليم، الخدمة بعد البيع والمساعدة التقنية، تأمين التمويل التوافقي وخصائص التشغيل.

• التنظيم، المؤهلات وخبرة الموظفين المعنيين بتنفيذ العقد، عندما يكون لنوعية الموظفين المعنيين تأثير كبير على مستوى تنفيذ العقد.

ويجوز للسلطة المتعاقدة استخدام معايير أخرى تراها مناسبة طالما أنها تبرر الغرض من الحاجات التي يتم تلبيتها شريطة الإشارة إلى المعايير المعتمدة وطرائق تنفيذها ⁽⁴⁾.

أما المشرع المصري فقد أكد على مراعاة مجموعة من المعايير عند تحديد العرض الأفضل وهي:

¹: Article 62- II.1° du décret n° 2016-360.

²: يقصد بدورة الحياة مجموعة من المراحل المتعاقبة والمتراطة طوال حياة منتج معين، أو مرجع أو خدمات: فاستخراج مواد أولية طااقوية، وغير الطااقوية، ضروري للقيام بالتصنيع، الانتاج، التسويق وشروطه، النقل الاستعمال والصيانة، إعادة الاستخدام، وإعادة التصنيع، التثمين، الجمع والتخلص منها بالتتابع لنهاية العمر.

³: Article 62- II.2° du décret n° 2016-360.

⁴: Article 62- IV. Du décret n° 2016-360.

-أفضلية المنتج المحلي: حيث اعتبرت أن العطاء المقدم عن توريدات من الانتاج المحلي أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية أقل سعرا؛ إذا لم تتجاوز الزيادة فيها (15%) من قيمة أقل عطاء أجنبي، وواضح أن الغاية من هذا الاستثناء هو حماية الانتاج المحلي وتشجيعه في مواجهة الانتاج الأجنبي⁽¹⁾.

- العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية وفقا للمادة 65 من اللائحة التنفيذية، إلا أن المشرع لم يبين ماهية الاعتبار الواجب إقامته عند البت في أولوية العطاءات.

- تفضيل العطاءات المقدمة من أصحاب المنشآت الصغيرة والمتناهية الصغر متى تساوت أقل العطاءات سعرا وكانت مطابقة للشروط والمواصفات⁽²⁾.

- الميزات الإضافية التي يتضمنها العطاء: ومنها "شروط الضمان والصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وشروط السداد والتسليم وغيرها من العناصر التي تؤثر في تحديد القيمة المقارنة للعطاءات بحسب ظروف وطبيعة التعاقد"⁽³⁾.

ويلاحظ أن هذه المعايير التي جاء بها المشرعين الجزائري والفرنسي والمصري قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، وبالتالي يمكن للإدارة المتعاقدة الخروج عليها بموجب سلطتها التقديرية لتضيف ما تراه مناسبا من معايير تنافسية أخرى، أما فيما يتعلق بنطاق وضع المعايير التي يمكن الاستناد إليها عند القيام بعملية الموازنة بين العروض، فإننا نجد أن المشرع الجزائري قد نحى منحى المشرع الفرنسي، حيث ضبط سلطة الإدارة التقديرية عندما اشترط أن تكون هذه المعايير مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية ومدرجة في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة، غير أن المشرع المصري أغفل الإشارة إلى ضرورة الإعلان عن المعايير المعتمدة في التقييم.

¹: ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 82.

²: وفقا للمادة 68 فقرة أخيرة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998.

³: المادة 28 من اللائحة التنفيذية.

ب- طرق الموازنة بين المعايير:

يظهر أن موقف المشرع الجزائري وبالرغم من تقييده للمصلحة المتعاقدة بمجموعة من المعايير في المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، إلا أنه منح سلطة تقديرية للإدارة لتحديد شروط و وزن كل معيار من هذه المعايير التي يمكن أن تعتمد في التقييم في دفتر الشروط، وذلك حتى يعلم كل متنافس بالطرق والمقاييس المعتمدة في عملية التقييم، وبالأهمية التي ستوليها المصلحة المتعاقدة لكل معيار على حدة مما يسمح للمرشحين من تقديم عروض تتسجم مع اعتبارات وتصورات الإدارة.

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 62-IV من المرسوم رقم 360-2016 السابق الذكر، على أن " تذكر المعايير المستخدمة وكيفية تنفيذها في دفتر الشروط، فمعايير المنح بالنسبة للعقود التي يتم ابرامها وفقا للإجراءات الشكلية، يجب أن تكون محل موازنة وإذا كانت الموازنة مستحيلة لأسباب موضوعية، يجب أن يشار إليها بترتيب تنازلي حسب الأهمية؛ كما يجوز أن يكون التعبير عن الموازنة بين المعايير على شكل فرق بين قيمتين مع أقصى فارق مناسب"، ويتضح من خلال هذه المادة بأن هناك طريقتين للمفاضلة بين المعايير المستعملة وهي:

موازنة المعايير (la pondération) كقاعدة عامة والترتيب التسلسلي (la hiérarchisation)

حسب أهمية المعايير كاستثناء.

فالموازنة بين المعايير يقتضي تقييم كل واحد منها عن طريق نظام التنقيط أو نسبة مئوية، أو أي نظام آخر، انطلاقا من وضع لكل معيار نقطة تقابله، ثم يتم تقييم العرض الأفضل من حيث المزايا الاقتصادية بصفة إجمالية، بالنظر إلى مجموع المعايير التي تشكله وللإدارة المتعاقدة السلطة التقديرية في ترجيح المعايير المعتمدة.

بينما الترتيب التسلسلي يقتضي ترتيب المعايير ترتيباً تنازلياً حسب أهميتها وتحليلها بشكل مستقل، ولا يسمح باللجوء إلى هذه الطريقة، إلا إذا كانت طريقة الموازنة بين المعايير مستحيلة، بسبب تعقيد موضوع العقد، وعلى السلطة المتعاقدة إثبات هذه الاستحالة⁽¹⁾.

وفي الواقع العملي يتم استخدام الموازنة بين المعايير أكثر من الترتيب التسلسلي لأنه يسهل اختيار العرض الأفضل من حيث المزايا الاقتصادية، ويضمن بالتأكيد احترام المساواة بين المرشحين، ويسمح لكل واحد منهم، على وجه التحديد من معرفة التقييم الذي سيجرى على كل عنصر من عناصر العرض⁽²⁾.

وعندما تقوم السلطة المتعاقدة بتقييم التكاليف باستخدام المقاربة التي تؤسس على دورة الحياة، يتعين عليها أن تذكر في وثائق الاستشارة، البيانات التي يجب أن يقدمها المتعهدين والطريقة التي ستستخدم لتحديد تكلفة الحياة بناء على هذه البيانات، وعندما يتعلق الأمر بتقييم التكاليف المنسوبة إلى العوامل الخارجية البيئية، فإنه يتعين مراعاة الشروط التالية⁽³⁾:

- الاستناد إلى معايير يمكن التحقق منها بصفة موضوعية، وغير تمييزية، خاصة إذا كانت وضعية غير متوقعة متكررة أو مستمرة، فلا يمكن تفضيل أو الإضرار ببعض المتعاملين الاقتصاديين على حساب آخرين دون مبرر.

- إتاحة هذه المعايير وتمكين جميع الأطراف المعنية من بلوغها.

- يجب أن تكون الوثائق المطلوبة من المرشحين يمكن الحصول عليها بجهد معقول.

وبالرجوع إلى موقف المشرع المصري حول هذه النقطة، نجد أنه كان حاسماً في اشتراطه بأن تكون المعايير التي تستند إليها الإدارة في عملية التقييم مرتبطة بظروف وطبيعة التعاقد، إلا أنه أغفل تماماً الإشارة إلى الطرق المعتمدة في الموازنة بين المعايير وكذا السلم المعتمد في ترتيبها التسلسلي، على غرار ما فعله نظيره الفرنسي، وهذا ما يؤدي

¹: CE, 7 octobre 2005, Cté urbaine Marseille-Provence Métropole, n° 276867. Citer par : Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, op.cit., p 73.

²: Circulaire du 14 février 2012, op.cit., p 74.

³: Article 63- II. du décret n° 2016-360.

إلى جهل مقدمي العروض بالمعايير المعتمدة في تقييم عروضهم ووزن كل معيار منها، وإن كان قد فضل بشكل غير مباشر معيار السعر على بقية المعايير، ويظهر ذلك مثلا في المادة 68 من اللائحة التنفيذية، حينما جعل معيار التساوي بين العروض مقتصرًا على الثمن فقط بغض النظر عن تفوق أحد العروض المتساوية بميزان أي من المعايير الأخرى.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للإدارة في تقرير إبرام العقد.

إن إرساء الصفقة وإعلان المنح المؤقت لا يعدو أن يكون اختيارًا مؤقتًا للمتعاقد ولا يؤدي بالضرورة إلى إتمام العقد، إلا بعد استيفاء إجراء لاحق يتمثل في تدخل السلطة المختصة باعتماد نتائج الإرساء عن طريق إصدار قرار إبرام العقد (الفرع الأول) وإن كانت الإدارة المتعاقدة ملزمة بإرساء الصفقة على صاحب العرض الأفضل، إلا أنها ليست ملزمة بإبرام العقد؛ إذ يمكنها إلغاء طلب العروض في أي وقت بقرار صادر منها متى قدرت وجود الأسباب التي تبرره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إعلان المنح المؤقت واعتماد الصفقة.

بعد إرساء الصفقة على المرشح أو المتعهد الذي قدّم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، تقوم المصلحة المتعاقدة بنشر إعلان المنح المؤقت وذلك بهدف التعريف بالمتعامل المتعاقد المقبول مع تحديد كل العناصر التي سمحت باختياره للاطلاع عليه من طرف باقي المتعهدين (أولاً)، إلا أن هذا الاختيار لا يكون نهائيًا إلا بعد صدور قرار المصادقة باعتماد نتائج الإرساء من طرف السلطة المختصة وهو القبول النهائي للعقد (ثانياً).

أولاً: إعلان المنح المؤقت.

1- مفهوم المنح المؤقت: يعتبر المنح المؤقت إجراءً اعلامياً بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما، نظراً لحصوله

على أعلى تنقيط فيما يخص العرض التقني والمالي⁽¹⁾، أو هو إجراء تمهيديا يتلخص في تقرير أحسن العروض من حيث المزايا الاقتصادية، ويبقى للسلطة المتعاقدة السلطة التقديرية للموافقة على نتائج الارساء واتخاذ قرار المنح المؤقت للعارض الذي تم اختياره وينبغي لمسؤول المصلحة المتعاقدة اعلام المرشح الفائز بالعقد، كما يعلم باقي العارضين عن أسباب رفض عروضهم، وتدعيما لمبدأ شفافية الاجراءات ولما تمليه النزاهة في علاقة الإدارة مع المتعاملين معها، ينبغي إعلان المنح المؤقت للعقد مع تحديد اسم الفائز به والسعر المفتوح وأجال الانجاز وكل المعايير التي سمحت له بالتفوق على بقية العارضين⁽²⁾.

2- ضوابط نشر إعلان المنح المؤقت: نص المشرع الجزائري على إعلان عن المنح

المؤقت للصفقة في المادة 65 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر بقوله "يُدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض عندما يكون ذلك ممكنا مع تحديد السعر وأجال الانجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية".

ويتضح من هذا النص أن إلزام المشرع للمصلحة المتعاقدة بالإعلان عن المنح المؤقت للصفقة وكافة البيانات المتعلقة بالفائز بالصفقة، وكذا كافة المعلومات التي تبرر اختيارها للفائز المعلن عنه مؤقتا، من شأنه أن يعزز مبدأ الشفافية ويحمي المتعاملين الاقتصاديين ويمكّنهم من ممارسة حق الطعن أمام لجنة الصفقات المعنية، كما يحمي الإدارة وبعدها عن مظنة الشبهات، غير أن المشرع ترك مجال للسلطة التقديرية للإدارة لنشر إعلان المنح المؤقت في غير الجرائد التي تم فيها نشر إعلان طلب العروض، عندما استعمل عبارة "كلما أمكن ذلك" وهو تعبير يفيد الجواز وليس الإلزام.

¹: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 180.

²: مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص 89.

وفي نفس السياق أيضا شددت المادة 82 من المرسوم نفسه، على تمكين المتعاملين الاقتصاديين من الاطلاع على نتائج تقييم العروض التقنية والمالية للحائز على الصفقة مؤقتا ورقم تعريفه الجبائي عند الاقتضاء، ودعوها في نفس الاعلان المرشحين والمتعهدين الراغبين في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة أيام، ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة، وعندئذ ثمة احتماليين⁽¹⁾:

- إما عدم تقدم المتعاملين الاقتصاديين المتنافسين برفع الطعن ضد نتائج إعلان المنح المؤقت للصفقة، الأمر الذي يخول للمصلحة المتعاقدة من اتخاذ قرار المنح النهائي بعد انقضاء الآجال القانونية للطعن.

- وإما تقديم واحد أو أكثر من المتعاملين الاقتصاديين المتنافسين للطعن ضد إعلان المنح المؤقت للصفقة لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة.

وقد سلك المشرع الجزائري مسلك نظيره الفرنسي، حيث أجاز في حالة الخدمات التي تنفذ في الخارج أو التي تكتسي طابعا سريا⁽²⁾، لاسيما المعلومات ذات الطابع الصناعي والتجاري أو التي من شأنها أن تقوّض المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين، بعدم نشر إعلان المنح المؤقت، وتعويضه بمراسلة المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم.

ومن جانبه أوجب المشرع الفرنسي على السلطة المتعاقدة ارسال إعلان المنح المؤقت ونشره في ظرف ثلاثون (30) يوما، ابتداء من تاريخ امضائه في النشرة الرسمية لإعلانات الصفقات العمومية، وفي الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، بالنسبة للدولة ومؤسساتها العامة، وفي الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، بالنسبة لبقية السلطات المتعاقدة الأخرى ويتم نشر الاعلان وفقا للنموذج القياسي الموحد المبين من طرف نظام اللجنة الأوروبية⁽³⁾.

¹: خلاف فاتح، المرجع السابق، 59.

²: المادة 52 فقرة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³: Article 104-I du décret n° 2016-360.

وعندما تكون الدعوة إلى المنافسة قد تمت على شكل إشعار مسبق بالمعلومات أو إشعار إرشادي دوري، وقررت السلطة المتعاقدة عدم إبرام صفقات عمومية جديدة، خلال الفترة المشمولة بهذه الدعوة، فيجب ذكرها صراحة في إعلان المنح المؤقت⁽¹⁾.

ويحق للسلطة المتعاقدة أن لا تضمن إعلان المنح المؤقت بعض المعلومات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، إذا كان في إفشاءها من شأنه أن يعيق تطبيق القوانين أو من شأنه أن يتعارض مع المصلحة العامة، أو يضرّ بالمصالح التجارية المشروعة للمتعامل الاقتصادي، أو يمكن أن تقوّض المنافسة الشريفة بين المتعاملين الاقتصاديين⁽²⁾.

أمّا المشرّع المصري فقد أوجب في المادة 40 من القانون رقم 89 لسنة 1998، "إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة أو الممارسة العامة أو الممارسة المحدودة أو المزايدة، وبالإلغاء أي منها، وباستبعاد العطاءات، في لوحة إعلانات تخصص لهذا الغرض وذلك لمدة أسبوع واحد لكل قرار، وتحدد السلطة المختصة لها مكانا ظاهرا للكافة...".

وإذا تقرر إرساء المناقصة، يقوم مدير إدارة المشتريات بوصفه عضوا بلجنة البت بإخطار المرشح الذي أرسيت عليه المناقصة، بأوامر التوريد أو أوامر الاسناد في خلال مدة لا تتجاوز يومين، تبدأ من اليوم التالي لانقضاء سبعة أيام من تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة في لوحة الاعلانات المخصصة لهذا الغرض⁽³⁾.

ويتبين من هذا النص أن محلّ الإعلان يتعلق بإيراد أسباب كل القرارات المتعلقة بالإرساء، وبالإلغاء المناقصة، وباستبعاد العروض، وينبغي أن يكون التسبب واضحا ومقبولا.

ثانيا: اعتماد الصفقة.

يعد إجراء الاعتماد آخر إجراءات الصفقة العمومية وأكثرها أهمية من الناحية القانونية لأنه يعتبر بمثابة قرار الإدارة بالقبول النهائي في العقد⁽⁴⁾، وبمجرد قيام السلطة المختصة

1: Article 104- II. du décret n° 2016-360.

2: Article 104- IV. du décret n° 2016-360.

3: المادة 31 من القرار رقم 497 لسنة 2006، المعدل لبعض أحكام اللائحة التنفيذية السالف الذكر.

4: محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص 122.

بإصدار قرار إبرام العقد، تقوم الرابطة العقدية بين الطرفين ويتحول مركز العارض الذي تم الإرساء عليه، من مركز المتعاقد المؤقت إلى مركز المتعاقد مع الإدارة⁽¹⁾.

1- مضمون اعتماد الصفة: ينبغي عدم الخلط بين مفهوم اعتماد العقد (l'approbation) الذي يطلق على عملية تدخل السلطة المختصة باعتماد نتائج الإرساء وصدور قرار إبرام العقد، مع مفهومه بمعنى تصديق السلطة الوصائية على العقد ذاته بعد إبرامه، حيث إن القانون يلزم الإدارة في بعض الأحيان بإحالة وثائق العقد إلى إدارة أخرى لتقرّ ما تم التوصل إليه من نتائج تعاقدية لا من نتائج ناجمة عن الإرساء، ويرتب الفقه والقضاء في فرنسا على هذه التفرقة نتيجتين هامتين وهما⁽²⁾:

- إن تدخل السلطة الوصائية لا يمكن أن يؤثر على وجود العقد ذاته، فالعقد الخاضع للاعتماد الوصائي يخرج إلى حيز الوجود بشكل مسبق على تدخل سلطة الوصاية، باعتبار أن الرابطة التعاقدية تكتمل من تاريخ توقيعه، ومتى ما صدر تصديق السلطة الوصائية فإنه يقرر شرعية العقد بتاريخ رجعي من وقت إبرامه، ويترتب على ذلك أنه إذا كان المتعاقدان قد شرعا في تنفيذ العقد في الفترة السابقة على صدور الاعتماد من الوصاية ثم أصدرت هذه الأخيرة قرارها باعتماد العقد، فإن ما تم تنفيذه في الفترة الفاصلة بين إبرام العقد واعتماده وصائيا يعتبر مشروعاً.

- إن العقد غير المعتمد من قبل سلطة الوصاية لا يكون باطلاً، وإنما لا يكون منتجا لأية آثار قانونية، ولا يمكن أن يدخل في حيز السرمان، ويترتب على ذلك أن الحقوق المتولدة عن العقد لا تكتسب بشكل قطعي من جانب الأطراف، وإن امتناع أحدهم عن التنفيذ ليس من شأنه أن يثير مسؤوليته التعاقدية.

¹: محمد العموري، المرجع السابق، ص 73.

²: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 681. هاتف كاظم جاسم الموسوي، المرجع السابق، ص 163.

وعليه فإن تمتع الجهة المختصة بإبرام العقد بالسلطة التقديرية في قبول أو رفض اعتماد نتائج الارساء، إنما تركز على اعتبارات جوهرية تبرّرها، فإجراء طلب العروض يهدف بلا شك إلى إبرام عقد يتصل بضمان سير المرفق العام بنظام واطراد، وإن مصلحة هذا المرفق، لا يمكن أن تتحقق، إذا كان طلب العروض عبارة عن سلسلة من العمليات المتتالية، التي يكون فيها اختصاص الإدارة المتعاقدة مقيدا، مما يوجب تمتع الإدارة بمكنة تقدير المقومات القانونية والفنية للشخص المحتمل التعاقد معه، ولاسيما أن هذا الأخير يجب أن ينظر إليه كـمعاون للمرفق العام⁽¹⁾.

وإضافة إلى ذلك فإن مصلحة الإدارة تقتضي وجود إمكانية اعتراض نهائي على ملاءمة العقد في حد ذاته، فقد تتغير حاجات المرفق العام الذي يتصل به هذا العقد في أي لحظة من لحظات طرح الاجراء، ويصبح الالتزام بنتائج الارساء متنافيا مع الصالح العام، كما أن المصلحة المالية للإدارة قد تكون متعارضة مع نتائج الارساء؛ إذا كان السعر المقدم من جانب العارض أعلى بشكل ملحوظ من المعطيات الاقتصادية للسوق⁽²⁾.

2- موقف التشريع والقضاء من اعتماد الصفقة: لقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ السلطة التقديرية في اعتماد الصفقة وإصدار قرار ابرام العقد؛ فقد بينت المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر بأنه " لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه: مسؤول الهيئة العمومية، الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.

ويمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحيتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية".

¹: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 304. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 682.

²: مهند مختار نوح، نفس المرجع، ص 682.

فالموافقة تعتبر بمثابة شهادة ميلاد العقد الإداري؛ وذلك بتدخل جهة التعاقد التي حولها القانون سلطة إتمام العقد، ومن ثم يجب إبرام العقد الإداري من قبل الجهة الإدارية المختصة ممثلة تمثيلاً صحيحاً، وإلاّ وقع تحت طائلة البطلان المطلق، على اعتبار أن قواعد الاختصاص من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁽¹⁾، ومن أهم الأمثلة التي تخضع صفقات الإدارة إلى اعتمادها من قبل سلطة الوصاية ما أقرته المادة 194 من قانون البلدية⁽²⁾، حيث أكدت صراحة أن المصادقة على محضر المناقصة والصفقة العمومية التابعين للبلدية يتم عن طريق مداولة من المجلس الشعبي البلدي، ويرسل المحضر إلى الوالي مرفقين بالمداولة المتعلقة بهما.

وإذا كانت الإدارة تملك سلطة تقديرية في نطاق قرارها بقبول أو رفض إبرام العقد إلاّ أن هذه السلطة يجب ألاّ تتعدى إلى ناحية التعديل في قرار لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المتضمن نتائج الإرساء أو إصلاحها، وإنما يجب أن تقتصر سلطتها في المصادقة على القرارات أو رفضها برمتها فلا يحق لها تعديلها أو استبدالها بغيرها⁽³⁾.

ذلك أن تعديل نتائج الإرساء التي توصلت إليها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض سيؤدي إلى التغيير في الأسعار التي تم إرساء الصفقة على أساسها وإحلال متعاقد مؤقت محل آخر، وهذا من شأنه أن يجعل الإدارة في مركز الموجب، ويجعل المتعاقد المؤقت الجديد في مركز القابل، وهو ما يؤدي بدوره إلى فتح مجال للتفاوض مع هذا المتعاقد المؤقت الجديد، مما يتنافى مع مقتضيات اختصاص سلطة إبرام العقد من جهة، والقضاء

¹: هيبة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية 2009، ص 188 وما بعدها.

²: قانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر، العدد 37، بتاريخ 03 يوليو 2011.

³: هاتف كاظم جاسم الموسوي، المرجع السابق، ص 176.

على إجراء طلب العروض الذي تم تنفيذه مع ما ستوجبه من وقت ونفقات من جهة أخرى⁽¹⁾.

وجدير بالذكر أن المشرع الجزائري وإن كان لم يستعمل مصطلح التعديل في نتائج الإرساء، إلا أنه أشار في المادة 80 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، إلى إمكانية المصلحة المتعاقدة، بعد منح الصفقة وبعد موافقة الحائز عليها، أن تضبط الصفقة العمومية وتحسن عرضه، شريطة أن لا تؤدي هذه العملية إلى إعادة النظر في شروط المنافسة.

وقد أكد مجلس الدولة الجزائري على أهمية الاقتراحات التي تقدمها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض للمصلحة المتعاقدة وذلك في قرار له يتعلق ببلدية العلة التي أعلنت عن مناقصة وطنية مفتوحة قصد انجاز دراسة معمارية لمجمع مدرسي ومسكن وظيفي ثم أسندتها لمقاول تم رفضه من قبل لجنة تقييم العروض، فاعتبر المجلس أن منح الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة لمكتب دراسات رفضته لجنة تقييم العروض، يعد خرقا للقانون ويستوجب التعويض⁽²⁾.

أمّا مجلس الدولة الفرنسي فقد أباح تعديل نتائج الإرساء من جانب سلطة الاعتماد في حالة وحيدة استثنائية، وهي حالة الإرساء غير المشروع، شريطة أن يكون وجه عدم المشروعية واضحا، بحيث يسهل تبنيه من قبل سلطة الإبرام، ومن ثم تجسيد النتيجة الحقيقية لطلب العروض⁽³⁾.

وبمجرد صدور قرار إبرام العقد من قبل السلطة المختصة، تنشأ العلاقة التعاقدية وبه يكتمل رضا طرفي العقد، وقد قرّر مجلس الدولة الفرنسي في هذا السياق صراحة

¹: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 685. هاتف كاظم جاسم الموسوي، المرجع السابق، ص 176.

²: قرار مجلس الدولة رقم 14637 الصادر بتاريخ 2004/06/15، (مجلة مجلس الدولة، 2004، العدد 5 ص 132 وما بعدها)، مذكور في: رشيد خلوفي، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2013، ص 1254، 1255.

³: C.E, 21-05-1924,Rogé,Rec, p 187.

أن الرابطة التعاقدية بين الإدارة ومتعاقداتها لا تقوم إلا مع صدور قرار إبرام العقد، بغض النظر عن أي إجراء لاحق ينص عليه القانون⁽¹⁾، كما قرّر أن تاريخ العقد يحدد في اليوم الذي تم فيه توقيعه⁽²⁾، وطالما أن الرابطة التعاقدية لا تتم إلا بعد صدور قرار إبرام العقد من جانب السلطة المختصة، فإن التزامات الأفراد والإدارة لا تبدأ في ميعاد واحد⁽³⁾، حيث يلتزم المتعاقد المؤقت بالبقاء مرتبطاً بعرضه إلى غاية إصدار السلطة المختصة لقرار إبرام العقد، وبالتالي فإن سحب العرض قبل صدور قرار إبرام العقد سيؤدي إلى سحب التأمين المؤقت ومصادرته من قبل الإدارة المتعاقدة، غير أن السلطة المختصة ينبغي أن تتدخل في وقت محدد لإبرام العقد، حتى لا يتضرر المتعاقد المؤقت في مركزه الاقتصادي.

ويرتب القضاء والفقهاء الفرنسيين نتائج هامة على صدور قرار إبرام العقد ومنها:

- أن الإدارة المتعاقدة لا تستطيع سحب قرار إبرام العقد بعد صدوره، ولو كان غير مشروع، لأن الرابطة التعاقدية تعتبر قائمة منذ صدور هذا القرار، وبالتالي فإن سحبه يشكل اعتداء على هذه العلاقة العقدية، مما يستوجب قيام مسؤولية الإدارة التعاقدية.
- عدم جواز تعديل الإدارة المتعاقدة لشروط العقد بعد صدور قرار إبرام العقد من حيث المبدأ إلا بالاتفاق مع متعاقداتها (على شكل ملاحق عقود)، كما لا يمكنها أن تنفرد بشرح وتفسير شروط العقد، لأن تلك المهمة يختص بها القاضي الإداري.
- الاعتماد على ما ورد في العرض عند إيداعه في حساب الأسعار، دون الأخذ بعين الاعتبار لما قد يطرأ من تغييرات على الأسعار بعد صدور قرار إبرام العقد⁽⁴⁾.

كما تبنى المشرع الفرنسي مبدأ السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة في إصدار القرار النهائي بإبرام العقد وبشكل صريح، في المادة 78 من الأمر رقم 899-2015 السابق الذكر

مذكور في: مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص 687 . C.E, 29-09-1982, Perez et autres, Rec, p 665.

2: C.E, 26-02-1988, Office Public d'H.L.M de vill.Eneure-Saint-Gegrges, R.F.D.A, 1988, N° 237, p 36.

مذكور في: مهندس مختار نوح، نفس المرجع، ص 687 .

3: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 315.

4: مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص 689. هاتف كاظم جاسم الموسوي، المرجع السابق، ص 188.

التي نصت على أنه "تخضع عقود الشراكة مع الدولة ومؤسساتها العامة قبل توقيعها إلى إذن من السلطات الإدارية المختصة وفقا للشروط المحددة عن طريق التنظيم، ويخول المجلس المتداول للجماعة الإقليمية، أو الهيئة المتداولة للمؤسسة العامة توقيع عقد الشراكة من طرف الهيئة التنفيذية كما تحوّل الهيئة المقررة للمشتريين الآخرين توقيع عقد الشراكة".

وقد بين المشرع الفرنسي في المادة 156 من المرسوم التنفيذي رقم 360-2016 المعدل والمتمم السابق الذكر، على أنه "لا يجوز توقيع عقد الشراكة من قبل الدولة إلا بعد موافقة الوزراء المكلفين بالميزانية والاقتصاد ... ومن قبل المؤسسة العامة للدولة إلا بعد موافقة الوزراء المكلفين بالميزانية والاقتصاد والوزير الوصي، وعندما يتم إطلاق إجراء إبرام عقد الشراكة لحساب مشتر غير مرخص له بالتعاقد، فلا يجوز توقيع هذا العقد إلا بعد الموافقة الصريحة للوزراء المكلفين بالميزانية والاقتصاد...".

وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي على أن "الوزير برفضه اعتماد ارساء المناقصة لم يقيم إلا مباشرة سلطاته المستمدة من القوانين واللوائح"⁽¹⁾، كما أكد على أن العلاقة التعاقدية لا تقوم إلا بصدور قرار إبرام العقد، بغض النظر عن أي إجراء لاحق ينص عليه القانون، وأن تاريخ العقد يحدد في اليوم الذي تم فيه توقيعه⁽²⁾.

أما في مصر ورغم عدم وجود نص صريح في القانون رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية، فإن السلطة المختصة بإصدار قرار إبرام العقد، تملك الحق في عدم اعتماد نتائج الارساء، ومن ثم الامتناع عن تقرير إبرام العقد، للأسباب التالية⁽³⁾:

- إن صياغة الفقرة الأخيرة من المادة 28 من اللائحة التنفيذية، توحى بإعطاء سلطة تقديرية للسلطة المختصة في إصدار قرار إبرام العقد، أو عدم إصداره (... وترفع لجنة البت محضرا بإجراءاتها وتوصياتها للسلطة المختصة لتقرير ما تراه).

مذكور في: حمدي حسن الحفاوي، المرجع السابق، ص 185. C.E, 16-03-1884, Rec, p 218. ¹

²: مذكور في: عائشة خلدون، المرجع السابق، 411.

³: مهند مختار نوح، المرجع السابق ص 683 وما بعدها.

- لقد قرر القضاء الإداري المصري صراحة مبدأ السلطة التقديرية في اعتماد نتائج الارساء، حيث حكمت المحكمة الإدارية العليا بمايلي: "وقرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتعاقدين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد، بل ليس إلا إجراء تمهيديا في عملية العقد الإداري المركبة، ثم بعد ذلك يأتي دور الجهة المختصة في إبرام العقد، فإذا رأت أن تبرمه؛ فإنها تلتزم بإبرامه مع المتناقص الذي عينته لجنة البت، واختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيد، حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا المتناقص، إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية، هي حق هذه الجهة في عدم اتمام العقد وفي العدول عنه إذا ثبتت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة..."⁽¹⁾.

- كما يقر الفقه المصري حق الإدارة في عدم التعاقد، إذا ثبت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك، وبما أن هذه المصلحة تخول للإدارة حق التحلل من العقد بعد إبرامه، فيكون لها من باب أولى عدم إبرامه كلية، إذا لم تكن تعاقدت بعد⁽²⁾.

ونظرا لخطورة قرار رفض إبرام العقد، فإن المشرع المصري قد نص صراحة على وجوب تسببيه حيث نصت المادة 40 من القانون رقم 89 لسنة 1998 على "إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة أو الممارسة العامة، أو الممارسة المحدودة، أو المزايدة أو إلغاء كل منهما، في لوحة إعلانات تخصص لهذا الغرض...".

3- تبليغ قرار إبرام العقد: يعتبر التبليغ إجراء جوهري، ويتجلى في قيام السلطة المتعاقدة بإخطار المتعهد الفائز بالصفقة وتسليمه نسخة من قرار إبرام العقد معه، يحدد فيه تاريخ التبليغ وتاريخ استلام الصفقة، ويبدأ سريان مفعول العقد ابتداء من هذا التاريخ⁽³⁾.

وفي الواقع يمكن للسلطة المتعاقدة أن تغير رأيها مادام العقد لم يدخل حيز التنفيذ بعد ومن ثم فإن أية خدمات تم تنفيذها قبل إجراء التبليغ، لا يمكن دفع مقابلها بناء على العقد

¹: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 313 لسنة 4ق، جلسة 13-02-1960، السنة الخامسة ص 339، مجموعة الخمسة عشر عاما في العقود الإدارية، ص 133.

²: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 313.

³: Stéphane Braconnier, op.cit. p 353.

غير أنه يمكن للفائز بالعقد الذي قدم هذه الخدمات قبل التبليغ المطالبة بتعويض التكاليف التي أنفقتها للبدء في التنفيذ استنادا إلى قاعدة الإثراء بلا سبب (1).

ولقد أوجب المشرع الجزائري في المادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، على المصلحة المتعاقدة تبليغ الصفقة للمتعهد المقبول قبل انقضاء آجال صلاحية العرض.

ويتعين على المتعهد المقبول توقيع العقد خلال المدة المحددة في دفتر الشروط وفي حالة رفضه استلام الإشعار بتبليغ الصفقة، أو امتناعه توقيع العقد، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة بعد إلغاء المنح المؤقت للصفقة، مواصلة تقييم العروض الباقية قصد التعاقد مع متعهدين آخرين دون أن يحق له المطالبة بأيّ تعويض.

كما نص المشرع الفرنسي صراحة في المادة 103 من المرسوم رقم 2016-360 السابق الذكر، على أن "يتم تبليغ الصفقة العمومية للفائز بها، يبدأ سريانه ابتداء من تاريخ الاخطار، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالقانون العام للجماعات الإقليمية...".

وفي هذا الصدد قرر مجلس الدولة الفرنسي على أن التبليغ وإن كان لا علاقة له بتمام الرابطة التعاقدية غير أنه يشكل شكلية جوهرية، لا تستطيع الإدارة من دونها أن تحتج بالعقد في مواجهة المتعاقد، كما أن المتعاقد لا يستطيع أن يبدأ في تنفيذ التزاماته التعاقدية قبل تبليغه بذلك من جانب الإدارة (2).

وكذلك نص المشرع المصري على التبليغ صراحة في المادة 31 من اللائحة التنفيذية وذلك خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل، تبدأ من اليوم التالي لانقضاء عشرة أيام لتاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة، إلا أن القضاء الإداري المصري - وعلى خلاف ما هو سائد في فرنسا- يرتب آثارا حاسمة على التبليغ، حيث استقر هذا على اعتبار

¹: Pierre De Baecke, op.cit. p 250.

²: C.E, 05-12-1986, Syndicat intercommunal de distribution d'eau de la corniche des Maures, Rec, p 665.

للاطلاع على قرار مجلس الدولة الفرنسي انظر على الموقع:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007690538>

(Consulté le 06 octobre 2017).

العقد مبرما بين جهة الإدارة ومقدم العطاء بمجرد إخطاره بقبول عطاءه⁽¹⁾، مما يعني أن العقد لا يكون مبرما بمجرد صدور قرار الإبرام من جانب السلطة المختصة، وإنما لابد من إخطار المتعاقد المؤقت بذلك والطلب منه صراحة أن يبدأ في تنفيذ العقد، ويشترط في القبول حتى ينتج أثره أن يتم إبلاغه كتابة إلى صاحب العطاء الذي رست عليه الصفقة.

الفرع الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في إلغاء إبرام العقد ونكول المتعاقد.

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في إلغاء إبرام العقد والعدول عنه إذا ثبت لها عدم ملاءمة ظروف التعاقد لمقتضيات المصلحة العامة، أو المصلحة المالية أو المصلحة الإدارية⁽²⁾، دون أن يكون للفائز بالعقد أي حق في إلزامها بإبرام العقد (أولاً)، كما قد ينكل المتعاقد عن إبرام العقد بعد تلقيه قبول قرار الإدارة بالمصادقة، فيمتنع عن تنفيذ التزاماته التعاقدية مما يرتب القانون مسؤولياته التعاقدية، فتتعرض تأميناته للمصادرة، ويعوّض الإدارة عن الضرر الذي أصابها من جرّاء هذا النكول (ثانياً).

أولاً: إلغاء إبرام العقد:

انطلاقاً من أن المتعاقد مع الإدارة يعدّ معاوناً لها في إدارة المرفق العام، فإنّ للإدارة سلطة الاعتراض على التعاقد مع شخص لا تقبله، كما لها حق الاعتراض على العقد ذاته بسبب ما قد يستجد من ظروف يضحى معها التعاقد غير محقق للمصلحة العامة، ولا يحافظ على حسن سير المرفق، والذي قد يضر من جرّاء هذا التعاقد.

وقد يتدخل المشرّع أحياناً ليحدد حالات إلغاء إجراء إبرام العقد، وعندئذ تصبح الإدارة المتعاقدة ملزمة وجوباً بإصدار قرار الإلغاء، أمّا إذا لم يحدد ذلك؛ فبإمكان الإدارة المتعاقدة تقدير إلغاء إبرام العقد أو إتمام التعاقد، ويترتب على اتخاذ قرار الإلغاء آثار هامة.

¹: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1073، لسنة 31 ق، جلسة 16-01-1990، السنة الخامسة والثلاثون، ص 811، مذكور في مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 692.

²: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 321.

01- حالات إلغاء إجراء إبرام العقد: ذكر المشرع الجزائري ثلاث حالات لإلغاء إبرام

العقد، في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر وهي:

الحالة الأولى: حالة عدم جدوى طلب العروض: تتحقق هذه الحالة إذا لم يتم استلام أيّ عرض في إطار طلب العروض أو المسابقة أو التراضي بعد الاستشارة، أو عند لجوء المصلحة المتعاقدة مباشرة إلى التراضي بعد الاستشارة ولا تستلم أيّ عرض، أو أنه لا يمكن اختيار أي عرض بعد تقييم العروض المستلمة، أو عندما لا يتم الاعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، وأخيرا عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات⁽¹⁾.

الحالة الثانية: حالة اقتراح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على المصلحة المتعاقدة إعلان عدم جدوى أو اقتراح رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق، أو قد تسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأيّ طريقة كانت، في محضر الجلسة الذي يوقعه جميع الأعضاء الحاضرين⁽²⁾.
بالإضافة إلى ذلك، إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحدا أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي أو مبالغ فيه بالنسبة لمرجع الأسعار، وبعد التحقق من التبريرات والتوضيحات المقدمة يمكنها أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض هذا العرض، وإلغائه بواسطة مقرر معلل إذا أقرت بأن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية⁽³⁾.

¹: المواد 2/40، 6/48، 1/51، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا.

²: المادة 72 مطة 4، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³: المادة 72 مطة 4 و 5، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

الحالة الثالثة: إلغاء إبرام العقد للمصلحة العامة، حيث يمكن للمصلحة المتعاقدة أثناء كل مراحل إبرام العقد عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، أن تعلن إلغاء إبرام الصفقة العمومية أو إلغاء إجراء المنح المؤقت (1).

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد الحالات المتعلقة بالمصلحة العامة صراحة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، كما لم يحدد الإجراءات المتعلقة بالإلغاء مثلما فعل نظيره الفرنسي والمصري، إلا أن ذلك لا يقف حائلا أمام الإدارة لإعمال سلطتها التقديرية في إلغاء العقد، إذا ما توافر ما يبرره، كأن يكون هناك خلل في إجراءات إعلان المنافسة أو انعدام الإذن بالتعاقد من السلطة الوصية، أو أن السعر الذي رست عليه الصفقة أقل بكثير من سعر السوق، أو في حال ثبوت رشوة أحد أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، أو أن الخدمات المتعلقة بالعقد يمكن إنجازها بمبلغ أقل بكثير مما كان متوقعا بناء على اعتبارات تقنية جديدة، أو عدم كفاية المنافسة بسبب هيمنة متعامل اقتصادي.

لذلك يجب أن يكون قرار الإلغاء الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة معللا وقائما على أسس سليمة، وغير مشوب بالتعسف في استعمال السلطة، ولهذا الغرض يجب عليها أن تعلم برسالة موصى عليها مع وصل استلام، المرشحين والمتعهدين بقراراتها (2)، والسماح لهم بممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة (3).

أما المشرع الفرنسي فقد استخدم في الأمر رقم 899-2015، والمرسوم التنفيذي رقم 360-2016، المذكورين سابقا، مصطلح التخلي عن الإجراء ([abandon de la procédure](#)) ولم يستعمل مصطلح الإلغاء، وذلك عن طريق آليتين وهما:

¹: المادة 73، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

²: المادة 82 فقرة 5، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

³: المادة 82 فقرة 2، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

الآلية الأولى: تتمثل في إعلان عدم جدوى الإجراء (déclaration d'infructuosité)

الذي يعني التحقق من عدم وجود أي عرض، أو أن العروض المقدمة من طرف المتعهدين لا تفي بالغرض المطلوب من الإدارة المتعاقدة⁽¹⁾، وقد أشار المشرع الفرنسي إلى آلية إعلان عدم الجدوى، بشكل غير مباشر في حالتين:

- في نظام الإجراء التفاوضي بدون إشهار ولا منافسة مسبقة، طبقا للمادة 30-I-2° من المرسوم التنفيذي رقم 2016-360 السالف الذكر، وذلك في حالة عدم استلام أي ترشيحات أو عدم ايداع أي عرض في الآجال المحددة، أو استلام فقط ترشيحات غير مقبولة (des candidatures irrecevables)، أو عروض غير مناسبة (des offres inappropriées).

- في نظام الإجراء التنافسي مع التفاوض أو الحوار التنافسي، طبقا للمادة 25-II-°6 من المرسوم التنفيذي رقم 2016-360 السالف الذكر، وذلك في حالة استلام فقط عروض غير نظامية (des offres irrégulières) أو عروض غير مقبولة (des offres inacceptable) عن طريق الإشهار، أو إذا لم يكن هناك تعديل جوهري للعقد بدون إشهار في حالة عدم تغيير نطاق الاستشارة، وكانت العروض المقدمة تراعي الشروط الأصلية للآجال والشكليات المنصوص عليها في طلب العروض.

بينما الآلية الثانية: تتمثل في الإعلان بدون نتيجة (déclaration sans suite)، الذي يخول للسلطة المتعاقدة أو الهيئة المتعاقدة التخلي في أي وقت عن إبرام العقد إلى غاية توقيعه عندما يتعلق الأمر بإجراء طلب العروض أو العقود التفاوضية وفي إجراء الحوار التنافسي وذلك طبقا لأحكام المادة 98 من المرسوم رقم 2016-360 السابق الذكر.

I: Marchés publics, encyclopédi, Infructuosité : appel d'offres infructueux - marchés publics, voir sur site:

<http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/infructuosite-du-marche>

(Consulté le 10 octobre 2017).

ولا تستند السلطة المتعاقدة في إعلانها بدون نتيجة بالضرورة إلى المصلحة العامة وإنما يمكنها الاستناد إلى أسباب أخرى مختلفة ومنها:

- أسباب اقتصادية: كأن يتعلق السبب بنظام الميزانية، مثل تجاوز التكلفة المقدرة لإنجاز الأشغال في الميزانية المتوفرة، أو بسبب المصلحة العامة كأن تكون الخدمات المتعلقة بموضوع العقد يمكن إنجازها بمبلغ أقل بكثير مما كان متوقعا، بناء على أسس تقنية جديدة أو بسبب عدم كفاية المنافسة، أو لاعتبارات تتعلق بمصلحة الرياضة الوطنية، أو السياسة العمرانية أو تهيئة الإقليم أو الحفاظ على البيئة⁽¹⁾.

- أسباب تتعلق بحاجات المصلحة المتعاقدة: إن زوال حاجة الشخص العام، والتي قد تنجم إما عن الاختفاء التام، أو رغبتها في إعادة تحديدها، يمكن أن تكون مبررا أيضا لاتخاذ قرار إعلان بدون نتيجة⁽²⁾.

- أسباب قانونية وتقنية: يمكن تبرير إعلان بدون نتيجة لتجنب المخاطر المرتبطة بأوجه عدم اليقين المخصص لاستشارة الشركات، أو لإنهاء إجراء غير نظامي كوجود تناقض بين قواعد الاستشارة ودفتر الشروط الإدارية الخاصة، أو بفعل احتواء احدى الوثائق التقنية أحكام تمييزية، أو وجود أخطاء في المتطلبات التقنية للخدمات، يجعل من المستحيل اختيار العرض الأفضل من حيث المزايا الاقتصادية⁽³⁾.

وإذا ما قررت المصلحة المتعاقدة اتخاذ قرار التخلي عن ابرام العقد، فيتوجب عليها إعلام المرشحين الذين شاركوا في الاجراء في اقرب الآجال، ويجب نكر أسباب اتخاذ قرار بدون نتيجة بشكل لا لبس فيه، ويجب ألا يكون بخطأ أو تقصير من الإدارة المتعاقدة.

¹: [Direction des affaires juridiques - DAJ - Ministère de l'économie, \(fiche technique\), La déclaration sans suite, 15-01-2015, p 2. Voir sur site: https://www.economie.gouv.fr/daj/declaration-sans-suite](https://www.economie.gouv.fr/daj/declaration-sans-suite)

(Consulté le 10 octobre 2017).

²: [DAJ - Ministère de l'économie, \(fiche technique\), La déclaration sans suite.](#) p 2.

³: Ibid. p 2.

أمّا المشرّع المصري فقد نص على حالات إلغاء المناقصة في المادة 15 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، والمادة 29 من لائحته التنفيذية، ويتضح من هاتين المادتين أن إلغاء المناقصة تتخذ صورتين قد يكون قبل البت فيها أو بناء على توصية لجنة البت.

أ- الإلغاء قبل البت في المناقصة: ويكون في حالتين وهما:

- أن تقتضي المصلحة العامة ذلك، وتقدير هذه الأخيرة أمر يخضع للسلطة التقديرية للإدارة ويتعين أن يكون قرارها بالإلغاء مسببا، وغير مشوب بالتعسف في استخدام السلطة أو الانحراف بها؛ فيجوز إلغاء المناقصة للحفاظ على الموازنة المالية للإدارة، حيث أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة "... بما أن جهة الإدارة أكدت على أن هناك وفرا كبيرا سوف يتحقق للخزانة العامة من جراء إلغاء المناقصة، فإنه يتحقق للجهة الإدارية شرط من الشروط التي يمكن لها إلغاء المناقصة لتحقيقه، وهو شرط المصلحة العامة كما أن من الثابت أن جهة الإدارة تبتغي من إلغاء المناقصة الصالح العام دون أن يكون هناك ثمة تعسف في استخدام السلطة أو الانحراف بها ..."⁽¹⁾.

- إذا تم الاستغناء عن المناقصة بشكل نهائي، إمّا لأن الإدارة لم تعد بحاجة إلى موضوع التعاقد، أو لاستبدالها بأسلوب آخر من أساليب التعاقد الذي يمكن أن يلبي احتياجاتها، وفي هذا المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن المقصود بالاستغناء "إما تبين عدم الحاجة إلى المادة المطروحة في المناقصة العامة، أو الاستغناء عنها كوسيلة للحصول عليها، لأن غير هذه الوسيلة قد يكون أصلح من وجهة المصلحة العامة"⁽²⁾.

¹: مذكور في: عائشة خلدون، المرجع السابق، ص 424.

²: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 313، لسنة 4 ق، جلسة 13-02-1960، مشار إليه عند مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 505.

ب- الإلغاء بناء على توصية لجنة البت: أجاز المشرع المصري إلغاء المناقصة بقرار مسبب من السلطة المختصة، بناء على توصية لجنة البت في الحالات الثلاثة الآتية:

الحالة الأولى: إذا لم يقدم في المناقصة سوى عطاء وحيداً، أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحداً، حيث أجاز المشرع استثنائياً قبول العطاء الوحيد بقرار من السلطة المختصة، وبناء على توصية لجنة البت إذا تحقق الشرطين التاليين⁽¹⁾:

- أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة أو لا تكون ثمة فائدة ترجى من إعادتها.

- أن يكون العطاء الوحيد مطابقاً للشروط ومناسباً من حيث السعر، لأنه لا يمكن قبول عطاء غير مناسب، والهدف من إلغاء المناقصة في هذه الحالة يكمن فيما لذلك من مساس بمصلحة المرفق الفنية أو المالية، وعدم تحقق الحكمة من إجراء المناقصة والتي تفترض فتح باب المنافسة لأكبر عدد من المتنافسين مما يمكن الإدارة من اختيار أحسن عرض.

الحالة الثانية: إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات، فيجوز للسلطة المختصة إلغاء المناقصة، لأن ذلك يعتبر تعديلاً من المناقص للشروط التي وضعتها الإدارة، غير أنه إذا قدرت بأن هذه التحفظات غير جوهرية فيجوز لها التفاوض مع أصحابها لإزالتها⁽²⁾.

الحالة الثالثة: إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد عن قيمة المناقصة، ويرجع الإلغاء في هذه الحالة إلى المحافظة على المصلحة المالية للمرفق، فقد تقدم عدة عطاءات طبقاً للمواصفات المطلوبة، وغير مقترنة بتحفظات أو شروط، غير أن أقل الأسعار فيها يفوق القيمة التقديرية التي وضعتها الإدارة المتعاقدة⁽³⁾.

¹: المادة 29 فقرة أخيرة من اللائحة التنفيذية السالفة الذكر.

²: المادة 29 فقرة 2 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 السالف الذكر.

³: المادة 29 فقرة 2 من اللائحة التنفيذية.

وبالإضافة إلى هذه الحالات المذكورة، أجاز المشرع المصري للجهة الإدارية بإلغاء العقد إذا لم يقدّم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة، وذلك بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول⁽¹⁾.

2- الآثار القانونية لقرار الإلغاء: من الثابت أن الأثر القانوني الذي يترتب عليه عدول الإدارة عن إبرام العقد هو انعدام وغياب العقد الذي يكون قد أجهض وهو في طور التكوين ولم يخرج إلى حيز الوجود القانوني، ويكون من المنطقي أن يترتب عليه مجموعة من الالتزامات التي تقع على عاتق الجهة الإدارية ومنها:

- الالتزام بإعلان قرار الإلغاء: وذلك حتى يتمكن الكافة من معرفة قرار الإدارة، فمثلاً أعلنت عن إجراء إعلان الدعوة إلى المنافسة، يجب بالمقابل الإعلان عن قيامها بإلغاء إبرام العقد، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري وهو نفس النهج الذي سلكه نظيره الفرنسي والمصري بحيث ألزم المصلحة المتعاقدة إعلان حالات عدم جدوى، وإلغاء إبرام الصفقة أو إلغاء منحها المؤقت، وعلى الإدارة المتعاقدة أن تعلم المرشحين بقراراتها برسالة موصى عليها مع وصل استلام، ودعوة الراغبين في الاطلاع على قراراتها للاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام ابتداء من تاريخ استلام الرسالة المذكورة أعلاه، لتبليغهم هذه النتائج كتابياً⁽²⁾.

والملاحظ أن المشرع الجزائري ألزم الإدارة بالإعلان عن إلغاء إجراء إبرام العقد إذا ما توافرت أسبابه، في أي مرحلة من مراحل إبرام الصفقة، سواء كان قبل أو بعد البت في العروض، وذلك عن طريق قرار مسبب تعلنه للكافة، تدعيماً لمبدأ شفافية الإجراءات.

وأشار صراحة إلى أنه في حالة إلغاء إجراء إبرام العقد أو المنح المؤقت عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، فلا يمكن المتعهدين أن يطلبوا أيّ تعويض⁽³⁾.

¹: المادة 21 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 السالف الذكر.

²: المادة 82 فقرة 5، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

³: المادة 73، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

كما نص المشرع الفرنسي في المادة 98 من المرسوم رقم 2016-360 السابق الذكر على أنه "يمكن للسلطة المتعاقدة في أي وقت إعلان بدون نتيجة ([déclaration sans suite](#)) وفي هذه الحالة يجب عليها إعلام المتعاملين الاقتصاديين، الذين شاركوا في الاجراء في أقرب وقت ممكن، بالأسباب التي دفعتها إلى تقرير عدم إبرام العقد أو إعادة الإجراء"⁽¹⁾ ولا بد أن يكون قرار الإدارة المتعاقدة بإلغاء العقد مشروعاً، وإلا ترتب عنه خطأ الإدارة الموجب للتعويض، وتطبيقاً لذلك فقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الإدارة وإن كانت لا تلتزم كمبدأ عام باستكمال الإجراءات السابقة على التعاقد؛ فإن ذلك لا يقدر في ترتيب مسؤوليتها التقصيرية، إذا عدلت عن التعاقد بالمخالفة لقرار المجلس البلدي الملزم الصادر بالتعاقد ما لم يترتب على ذلك إثراء الإدارة⁽²⁾.

كما أكد المشرع المصري صراحة على وجوب إعلان قرار إلغاء إبرام العقد في المادة 40 من القانون رقم 89 لسنة 1998 بنصها على أن "إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة أو الممارسة العامة، أو الممارسة المحدودة، أو المزايدة، أو إلغاء كل منهما، في لوحة إعلانات تخصص لهذا الغرض، وذلك لمدة أسبوع واحد لكل قرار، وتحدد السلطة المختصة لها مكاناً ظاهراً للكافة، كما يتم إخطار مقدمي العطاءات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول على عناوينهم الواردة بالعطاء ...".

- لجوء الإدارة إلى إجراء جديد لإبرام العقد: إذا كانت السلطة المختصة بالتعاقد تملك الحق في إلغاء إجراء إبرام العقد، فإن المشرع قد حولها إمكانية إعادة عملية إجراء إبرام العقد من جديد، أو إطلاق أسلوب جديد لإبرام العقد، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث حوّل للمصلحة المتعاقدة إمكانية إطلاق الإجراء من جديد وذلك في حالات إعلان عدم جدوى وإلغاء إجراء إبرام الصفقة أو إلغاء منحها المؤقت

¹: Article 98 :« L'article 98 « A tout moment, la procédure peut être déclarée sans suite. Dans ce cas, l'acheteur communique aux opérateurs économiques ayant participé à la procédure, dans les plus brefs délais, les raisons pour lesquelles il a décidé de ne pas attribuer le marché public ou de recommencer la procédure ».

²: مذكور في: هاتف كاظم جاسم الموسوي، المرجع السابق، ص 233.

شريطة أن توضح في إعلان المنافسة أو في رسالة الاستشارة حسب الحالة، إذا كان الأمر يتعلق بإطلاق للإجراء بعد إلغاء الإجراء أو بعد إعلان عدم جدواه⁽¹⁾.

كما نص المشرع الفرنسي في المادة 98 من المرسوم رقم 2016-360، السابق الذكر على حق الإدارة في إعادة طرح الإجراء من جديد في أي وقت، وذلك في حالة إعلان الإجراء دون نتيجة، مع وجوب إبلاغ المتعاملين الاقتصاديين الذين شاركوا في الإجراء في أقرب وقت ممكن، بأسباب عدم إبرام العقد أو إعادة الإجراء⁽²⁾.

أما المشرع المصري فقد أجاز للسلطة المختصة بإلغاء المناقصة، وإعادة طرح العملية بأسلوب جديد للتعاقد مثل الممارسة العامة أو الممارسة المحدودة إذا توافرت شروطها القانونية، لكنه في المقابل حظر في المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 "عدم جواز في أي حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة..."، وفي المادة 30 منه "عدم جواز تحويل المزايدة إلى ممارسة محدودة".

ثانياً: نكول المتعهد الفائز بالعقد.

إن اعتماد السلطة المختصة بنتائج ارساء الصفقة، وقبولها بالعرض الأفضل من حيث المزايا الاقتصادية يجعل العقد تاماً، ويصبح لزاماً على المتعاقد الفائز بالصفقة البدء في تنفيذ التزاماته التعاقدية ابتداءً من تاريخ التصديق، إلا أنه قد يعدل المتعامل المتعاقد عن قبول قرار اعتماد العقد ويمتنع عن تنفيذ التزاماته التعاقدية بعد قبول الإدارة، فيعد بذلك ناكلاً ويرتب القانون مسؤوليته التعاقدية، وعلى الإدارة المتعاقدة بعد إعداره والتأكد من امتناعه عن التنفيذ، أن تبلغ المتعاقد الذي تم اختيار عرضه في المرتبة الثانية، بنكول المتعاقد الأول وفيما إذا كان لديه الرغبة للتعاقد وفقاً للعرض الذي قدمه.

¹: المادة 4/82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المشار إليه سابقاً.

²: Article 98 Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, précité.

وعليه يمكن تعريف النكول بأنه "انتهاك المتعاقد لالتزامه بإتمام إجراءات التعاقد بعد صدور قرار مصادقة إرساء الصفقة وتبليغه به" (1).

وإذا كان الاعتراف للإدارة بسلطة إلغاء العقد لا يترتب عليه أي تبعات قانونية، مادام أن سببه مشروعاً يستهدف تحقيق المصلحة العامة، إلا أن نكول المتعاقد الفائز بالصفقة عن إبرام العقد يشكل انتهاكاً للالتزامات التعاقدية ويتحمل الناقل جملة الجزاءات التعاقدية التي تقرها الإدارة المتعاقدة نتيجة امتناعه عن استكمال إجراءات التعاقد (2).

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 74 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، على أنه " إذا تنازل حائز صفقة عمومية قبل تبليغه الصفقة أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الصفقة، فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة مواصلة تقييم العروض الباقية، بعد إلغاء المنح المؤقت للصفقة، مع مراعاة مبدأ حرية المنافسة ومتطلبات اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وأحكام المادة 99 من هذا المرسوم، ويبقى عرض المتعهد الذي يتنازل عن الصفقة التي منحت له، في ترتيب العروض".

ويتضح من هذا النص أن النكول يحدث بعد صدور قرار المصادقة من طرف الإدارة المتعاقدة وبعد تبليغ المتعهد الفائز بالصفقة أو رفضه استلام الإشعار بتبليغها إياه، وفي هذه الحالة فإن المصلحة المتعاقدة تتقيد بالإجراءات التالية:

- إلغاء المنح المؤقت للصفقة وفقاً للإجراءات التي سبق توضيحها.
- مواصلة تقييم بقية عروض المرشحين.
- مراعاة مبدأ حرية المنافسة بين المرشحين، للوصول إلى الطلب العمومي.

¹: علي أحمد حسن الهبيبي، نكول من أحيلت عليه المناقصة عن إتمام إجراءات التعاقد، مجلة الحقوق، كلية القانون جامعة المستنصرية، المجلد 4، العدد 23، ص ص 81-106. متاحة على الموقع:

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=91615> (تاريخ الاطلاع 28-04-2016)

²: نفس المرجع، ص 91 وما بعدها.

- التزام المصلحة المتعاقدة باختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية وفقا للمعايير التي عرفناها سابقا، ويجب عليها تبليغ الصفقة للمتعهد المقبول قبل انقضاء آجال صلاحية العروض.

- ضرورة بقاء عرض المتعهد المتنازل عن الصفقة في ترتيب العروض.

أما المشرع الفرنسي فلم يتطرق في المرسوم رقم 2016-360، السابق الذكر، في أي من نصوصه إلى هذا الموضوع، وأكد على أن جميع الشروط التي يجب مراعاتها تحدد في وثائق الاستشارة، فهي إذن الوثائق التي تبين بالتفصيل إجراءات الصفقة، وتوضح ما إذا كان يمكن للفائز على الصفقة التخلي عنها أم لا.

ومع ذلك، فإنه في الواقع بمجرد تبليغ الصفقة إلى الفائز بها، فلا يمكنه التنازل عنها لأن تبليغ الصفقة والتوقيع على عقد الالتزام، يعتبر التزاما حقيقيا ولا يمكن التخلي عنه من جانب واحد، غير أنه يمكن للفائز بالصفقة بعد إخطاره أن يطلب من السلطة المتعاقدة فسخ العقد، ولهذه الأخيرة السلطة التقديرية في تقرير قبول أو رفض الطلب، وفي حالة الرفض يجوز له اللجوء إلى القاضي الإداري⁽¹⁾.

ولهذا السبب فإن الشركة التي تقوم بالمشاركة في عدة عروض في آن واحد، يجب أن تولي اهتماما وثيقا لتواريخ ومدة الأشغال، إذ أنه في حالة إخطارها بفوزها بعقدين، فيجب عليها أن تكون قادرة على احترام التزاماتها تجاه كلا السلطتين المتعاقدين، ولا يمكنها بأي حال من الأحوال التركيز على عقد واحد فقط دون العقد الآخر، وفي نفس هذا السياق بالنسبة لحائز الصفقة الرئيسي، إذا تنازل حائز الحصة من الصفقة التي تم تبليغها إياه، فإن هذا الأخير بعد إعداره يتحمل مسؤوليته التعاقدية ويكون الفسخ على حساب مسؤولية الحائز الرئيسي للعقد، ويتعين على السلطة المتعاقدة بعد ذلك، إعادة إطلاق منافسة جديدة لاستبدال المتعاقدة الذي تنازل عن حصته.

¹: <https://blogao.libel.fr/peut-on-renoncer-a-un-marche-public/> (Consulté le 16 octobre 2017).

أمّا المشرّع المصري فقد خوّّل الجهة الإدارية المختصة بالتعاقد، في حالة نكول المتعهد وبعد اخطاره بكتاب موسى عليه بعلم الوصول، الخيار بين إلغاء العقد ومصادرة التأمين أو تنفيذه على حساب المتعاقد، بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيبها وأولويتها، وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا⁽¹⁾، ويصبح التأمين المؤقت في جميع الحالات من حقها، كما يكون لها أن تخصم كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق لديها لصاحب العطاء المذكور، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أيا كان سبب الاستحقاق، وهذا كله مع الاحتفاظ بحقها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري⁽²⁾.

¹: حكمها في الطعن رقم 4826 جلسة 1999/1/5، والطعان رقما 3994، 4076، لسنة 43 ق جلسة 1999/5/11، والطعن رقم 2281 لسنة 43 ق جلسة 2000/8/29، منكرين في: هاني عبد الرحمان اسماعيل، المرجع السابق، ص 634.

²: نفس المرجع، ص 633.

الباب الثاني

حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة
تنفيذ العقد الإداري

الباب الثاني

حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري

يقضي تنفيذ العقد الإداري، الاعتراف للإدارة المتعاقدة بامتيازات استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو ما يسمى بامتيازات السلطة العامة التي يسودها مبدأ التنفيذ المباشر، وتغليب فكرة المرونة على قاعدة القوة الملزمة للعقد، وأولوية المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد معها، بحيث تمنح الإدارة مركزاً قانونياً متميزاً في مواجهة المتعاقد معها، باعتبارها تسعى إلى تحقيق الأهداف التي أبرم من أجلها العقد والذي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمرافق العامة، ولها تأثيرها المباشر في تحقيق المصلحة العامة، لذلك تتسع سلطة الإدارة التقديرية أثناء تنفيذ العقد الإداري في مواجهة المتعاقد معها، من خلال الرقابة والإشراف على توجيه العقد، وتوقيع الجزاءات التعاقدية عن أي إخلال بشروط العقد (الفصل الأول)، كما قد لا تلتزم الإدارة المتعاقدة بشروط العقد؛ فتستعمل ما لديها من امتيازات السلطة العامة لمواجهة متطلبات المرفق العام، من خلال انفرادها بتعديل شروط العقد عندما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، وكلما تطلبت ظروف ومصلحة المرفق العام ذلك، كما لها سلطة تقديرية في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل نهاية المدة المحددة له، سواء أكان بخطأ من المتعاقد معها، أو حتى بدون خطأ منه وإنما لدواعي المصلحة العامة (الفصل الثاني).

الفصل الأول

حدود السلطة التقديرية للإدارة
في مواجهة إخلال المتعاقد بالتزاماته
التعاقدية

الفصل الأول: حدود السلطة التقديرية للإدارة في مواجهة إخلال

المتعاقد بالتزاماته التعاقدية.

يعترف القانون للإدارة المتعاقدة بجملة من الامتيازات المنطبقة بطابع السلطة العامة والمميزة للطبيعة الذاتية للعقد الإداري؛ فيجعلها في مركزا قانونيا متميزا في مواجهة المتعاقد معها عن أي إخلال محتمل بالتزاماته التعاقدية، حتى وإن ولم ينص عليها صراحة في العقد ومن هذه الامتيازات نجد سلطة الجهة الإدارية المتعاقدة في الرقابة والتوجيه على المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ العقد (المبحث الأول)، وسلطتها في توقيع الجزاءات التعاقدية على المتعاقد الذي أخلّ بالتزاماته التعاقدية دون حاجة للجوئها إلى القضاء (المبحث الثاني).

المبحث الأول: سلطة الإدارة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه.

تعتبر سلطة الرقابة والتوجيه إحدى السلطات الاستثنائية المهمة التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد الإداري، وهي الضمان الأساسي للتنفيذ الكامل للالتزامات التعاقدية من قبل المتعامل المتعاقد، وهذا ما يجعل هذا الأخير يبذل عناية خاصة لتنفيذ العقد بالطريقة الأكثر مطابقة لمتطلبات المصلحة العامة، لتجسيد الأهداف المبتغاة من وراء إبرام العقد وتهدف الرقابة إلى تحقق الإدارة من أن المتعامل المتعاقد يباشر مهام تنفيذ العقد طبقا للشروط المتفق عليها⁽¹⁾، وأن الأعمال تسير في اتجاه الهدف المرسوم بصورة مرضية كما تتيح الرقابة للإدارة الوقوف على تحديد الصعوبات والعقبات التي تعترض عملية التنفيذ ومن ثم تستطيع تداركها، ولتحديد ماهية سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري فلا بد من بيان مفهوم الرقابة والتوجيه وطبيعتها القانونية (المطلب الأول)، ثم معرفة نطاق سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه (المطلب الثاني).

¹: حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1958، ص 09.

المطلب الأول: مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه.

تسعى الإدارة المتعاقدة إلى مراقبة تنفيذ العقود الإدارية التي تبرمها، وذلك نظراً لأهميتها وانعكاس ذلك على حسن سير المرافق العامة، و لن يتوقف دور الإدارة عند مراقبة مدى تنفيذ الالتزامات التعاقدية فحسب، وإنما لا تتردد أيضاً في أن تملي على شريكها المتعاقد معها توجيهاتها المستوحاة من متطلبات المصلحة العامة، وتسيير المرافق العامة وذلك بإعطائه أوامر، يتعين عليه تنفيذها على أحسن وجه، بغية تجسيد الأهداف المنتظرة من وراء إبرام العقد، وأصبحت سلطة الإدارة في الرقابة من الأمور المسلم بها في العقود الإدارية، ولا تثير الجدل أو التشكيك بشأن هذه السلطة، لكن التباين يبرز في بيان الطبيعة القانونية لهذه السلطة والأساس القانوني لها، في حالة النص عليها صراحة في القوانين أو اللوائح أو في صلب العقد الإداري أو في دفا تر الشروط، وقد اختلف الفقه حول الأساس القانوني لسلطة الرقابة في حالة عدم النص عليها⁽¹⁾.

ولتحديد مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري التي تكوّن إحدى مظاهر السلطة العامة، يتعين علينا التطرق إلى تعريف الرقابة والتوجيه (الفرع الأول) ثم نتناول الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف سلطة الرقابة والتوجيه:

يذهب معظم الفقه، إلى أن سلطة الإدارة في الرقابة على المتعاقد معها، أثناء تنفيذ العقد الإداري تنصرف إلى معنيين: حق الرقابة بالمعنى الضيق (أولاً)، وحق التوجيه بالمعنى الواسع (ثانياً).

¹ علي يوسف الشكري، محمد سالم عبد الكاظم، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، المجلد 8، العدد 25، 2015، ص ص 07 - 31.

متاحة على الموقع: <https://www.iasj.net/iasj?func=issueTOC&isId=6813&uiLanguage=ar>

(تاريخ الاطلاع: 03 مارس 2016)

أولاً: المعنى الضيق للرقابة في العقود الإدارية:

يتحدد تعريف الرقابة بمعناها الضيق في فكرة الإشراف (Droit de surveillance) التي تعني التحقق من أن المتعاقد مع الإدارة يباشر تنفيذ العقد طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها⁽¹⁾، وغالباً ما تتم هذه الرقابة في صورة أعمال مادية كزيارة ورشات العمل والمخازن والمصانع، من الفنيين والأخصائيين المكلفين من طرف الإدارة للتأكد من سلامة المواد المستعملة وجودتها بواسطة الفحص والاختبار، أو استلام بعض الوثائق للاطلاع عليها و فحصها⁽²⁾، أو مراقبة نوعية المستخدمين من حيث الخبرة والتخصص في إنجاز الأشغال التي تتطلب وجود أشخاص لهم دراية وخبرة معينة، تقتضيها طبيعة الأشغال موضوع الصفقة كما لهم الحق في تلقي شكاوى المنتفعين بالمشروع أو العاملين به.

كما قد تتم الرقابة في صورة أعمال قانونية، كإصدار تعليمات أو أوامر تنفيذية أو إنذارات توجهها الإدارة للمتعاقد، والرقابة بهذا المعنى تمارسها الإدارة حتى وإن لم يكن منصوص عليها في العقد⁽³⁾.

ومن أجل تأمين الرقابة على استمرارية عمل المرفق العام، يجب على الإدارة المتعاقدة التدخل وتوجيه العقد، كلما تطلبت المصلحة العامة ذلك، من خلال تفعيل التوجيهات والتعليمات الموجهة للمتعاقد معها، والتي تضمن حسن سير المرافق العامة، ويقع على عاتق الإدارة كطرف في العقد باعتبارها سلطة عامة، واجب ضمان حسن سير المرفق العام واستغلاله، وذلك من خلال استعمال حقها في الإشراف والرقابة⁽⁴⁾،

¹: محمد جمال مطلق الذنبيات، العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض 2012، ص 132.

²: عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، (دراسة تشريعية، فقهية، وقضائية)، دار الهدى، عين مليلة الجزائر 2011، ص 108.

³: P euiquignot Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Jurisclasseur administratif, 1962 p.10.

⁴: AUBY Jean-Marie et BON Pierre, Droit administratif des biens du domaine, Expropriation pour cause d'utilité publique, 3^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1995, p.263.

وللإدارة الحق في التدخل وفقا لمتطلبات المصلحة العامة، حتى ولو كانت تتعارض مع دفتر الشروط أو في ظل غياب نص قانوني (1).

ولهذا فإن سلطة ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد بمعناها الضيق، يمثل في الواقع الحد الأدنى من الامتيازات المعترف بها للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، طيلة مدة تنفيذ العقد من خلال التحقق من تنفيذ الشريك المتعاقد لالتزاماته طبقا للشروط المتفق عليها، وهذا الحق من الممكن أيضا أن نصادفه في بعض عقود القانون الخاص، مثل عقود تأجير الخدمات. غير أن بعض الفقه، يعتبر أن دور الإدارة، لا يقتصر على الإشراف فقط، بل يمتد إلى حد التدخل في أوضاع التنفيذ قصد توجيه المتعاقد معها، وتنبهه إلى الأخطاء التي قد يرتكبها، وذلك تقاديا لأية أخطار محتملة قبل وقوعها، وهو ما يعنيه بعض المؤلفين بالمعنى الواسع للرقابة.

ثانيا: المعنى الواسع للرقابة:

إن حق الرقابة والإشراف الذي تمارسه الإدارة يتجاوز المفهوم الضيق ويصل إلى حد سلطة التوجيه (pouvoir de direction)، التي تعني حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ واختيار أنسب الطرق التي تؤدي إليه، بما يضمن حسن سير المرفق العام وفقا لسلطتها التقديرية في غير الحالات المنصوص عليها في العقد (2)، وينطوي هذا المعنى على تدخل الإدارة أكثر عمقا من تدخلها كسلطة إشراف على التنفيذ، فدور الإدارة هنا لا يقتصر على التأكد من تنفيذ العقد على نحو يتفق مع الشروط الواردة فيه؛ بل إنها تتدخل في توجيه

¹: AUBY Jean-Marie et DUCOS-Ader Robert, Droit administratif, La fonction publique, Les biens publics,

Les travaux publics, 4^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1979, p.489.

²: نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2012

أعمال التنفيذ، وتمارس سلطتها في هذا الشأن إعمالاً لامتيازاتها الأصلية في التنفيذ المباشر وفي إصدار القرارات التنفيذية بإرادتها المنفردة، دونما حاجة للجوء إلى القضاء⁽¹⁾.

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 21 فيفري 1942 بأنه "يتم تنفيذ الرقابة عن طريق إصدار توجيهات تهدف إلى إتباع طريقة معينة في التنفيذ أو الامتناع عن تبني طريقة معينة، ولكن أيضاً عن طريق إصدار أوامر تنفيذية تحدد إطار أعمال التنفيذ وبرمجتها في الوقت المحدد"⁽²⁾.

وفي قرار آخر له اعتبر بأن "الإدارة تمارس صلاحياتها من خلال امتيازاتها في التنفيذ المباشر، وإصدار قرارات تنفيذية بإرادتها المنفردة، دون اللجوء المسبق إلى القضاء"⁽³⁾. فالرقابة ليست هدفاً في حد ذاتها، بقدر ما هي وسيلة لتحقيق غاية تكمن في التأكيد من أن مستوى الأداء والطرق المتبعة في التنفيذ، سوف تؤدي إلى تحقيق الأهداف المرجوة لذا فإنها لا تقتصر على اكتشاف الانحرافات والاختلافات بين الأداء والمعايير الموضوعية وإنما تبين أيضاً وسائل وسبل إعادة الأمور إلى وضعها الطبيعي⁽⁴⁾.

إن حق التوجيه بهذا المعنى الواسع، ليس مقرر كمبدأ عام في جميع العقود الإدارية وإنما يختلف بحسب طبيعة العقد، فهو مبدأ عام في عقود الأشغال العامة، حتى ولو لم ينص عليه في العقد، على عكس عقود اقتناء اللوازم أو التوريد، حيث لا يتقرر للمصلحة المتعاقدة إلا إذا نص عليه العقد⁽⁵⁾.

¹: هنادي فوزي حسين، سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية جامعة ذي قار، كلية القانون، العدد 11، 2015، ص ص 282 - 321.

متاحة على الموقع: <https://www.iasj.net/iasj?func=issueTOC&isId=8056&uiLanguage=ar>

(تاريخ الاطلاع: 18-03-2016)

²: CE 21 février 1942, *Entreprise des Limousins de Paris*, RDP, p.53.

³: CE 11 octobre 1921, *Cie de navigation Sud-Atlantique*, RDP, p.892.

⁴: حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد الامتياز، المرجع السابق، ص 540.

⁵: محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 126.

ويعترف القضاء الإداري للجهة الإدارية بهذه السلطة باعتبارها من النصوص ذات الطبيعة التنظيمية، وليست التعاقدية، وبالتالي لا يجوز النص على عكسها، كما لا يجوز التنازل عنها أو مخالفتها، كونها من النظام العام وقررت للمصلحة العامة، تأسيساً على أن الإدارة هي المسؤولة عن ضمان استمرارية المرفق العام وسييره بانتظام وإطراد وهو ما يقتضي منها الإشراف على النشاط الفردي، حيث تسهم في تسيير المرفق العام⁽¹⁾ ومن ثم فهي غير ملزمة باللجوء إلى القضاء لإجبار المتعاقد معها على إطاعة التعليمات والأوامر التي تصدرها والتي تخص أوضاع تنفيذ العقد وكيفيته، بل تباشر سلطتها في الرقابة استناداً لما تتمتع به من امتياز التنفيذ المباشر⁽²⁾.

ثالثاً: التمييز بين سلطة الإدارة في الرقابة و إجراءات الضبط الإداري.

تختلف سلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية، عن سلطة الضبط الإداري في أساسها وفي نظامها القانوني، فإجراءات الضبط الإداري تجد أساسها القانوني في سلطة مقررة دستورياً للحكومة في اتخاذ إجراءات تمس الحريات العامة والنشاط الخاص، بهدف المحافظة على النظام العام بعناصره الأساسية من الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة⁽³⁾.

وتستمد الإدارة هذه السلطة من النصوص التشريعية أو اللائحية وتمارسها بموجب قرارات فردية في مواجهة كافة الأفراد، سواء أكانوا متعاقدين معها أم غير متعاقدين وتستطيع الإدارة فرض إجراءات الضبط الإداري التي تراها مناسبة، وعلى المتعاقد أن يلتزم بتنفيذها شأنه في ذلك شأن بقية الأفراد في المجتمع، ومثال ذلك منع العمل في أوقات معينة في الأماكن المأهولة بالسكان أو منع التلوث البيئي، ولا يستطيع المتعاقد تجاهلها على أساس أن العقد لا ينص عليها، إذ أن مثل هذه الأوامر موجهة للمتعاقد ولغيره من

¹: عليوات ياقوتة، المرجع السابق. ص 219.

²: علي يوسف الشكري، محمد سالم عبد الكاظم، المرجع السابق، ص من 07 إلى ص 31.

³: محمود عاطف البناء، المرجع السابق ص 221.

عامة الناس، و ليس لهم إلا الامتثال لها أو الطعن فيها أمام قاضي الإلغاء، إذا كان لذلك مقتضى غير أنه لا يجوز استعمال سلطة الضبط كوسيلة للضغط على المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد وإلاّ اعتبر ذلك عيب في عدم الاختصاص أو عيب في الانحراف بالسلطة⁽¹⁾.

أمّا سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري فهي جزء من نظرية العقد الإداري ومن الخصائص الأساسية لهذه العقود، وتجد سلطة الرقابة أساسها القانوني، ومبرر وجودها في فكرة الصالح العام وما تقتضيه من تحقيق متطلبات المرافق العامة، وتعد سلطة الرقابة مظهرا من مظاهر امتيازات السلطة العامة، التي تتمتع بها الإدارة في مجال العقود الإدارية وهي سلطة أصيلة وثابتة للإدارة دون حاجة إلى نص يقرها، وغالبا ما ينص عليها في العقد أو دفتر الشروط، بهدف تنظيمها وتحديد مجال أعمالها⁽²⁾، وهي بذلك تعتبر شروط تعاقدية وجزء من العقد، كما أن هذه السلطة قد تنظمها القوانين واللوائح بالنسبة لبعض العقود، والأصل أن هذه الأحكام تندمج في شروط العقد، وتعتبر جزء من الرباط التعاقدى ارتضاه المتعاقدان، شأنه شأن سائر نصوص العقد، كعقد امتياز المرافق العامة التي تتضمن نوعين من الشروط: شروطا تعاقدية، وشروطا لائحية تتصل بتنظيم المرفق العام.

فسلطات الإدارة في الرقابة وتوجيه أوضاع تنفيذ الالتزام تعتبر نصوص لائحية دون أن تعتبر في الواقع من قبيل لوائح الضبط الإداري، وإنما هي من قبيل لوائح وإجراءات تنظيم ترتيب المرافق العامة، وتمارسها من أجل المحافظة على سيرها بانتظام وإطراد أما سلطات الإدارة المتعلقة بالتدخل في الطريقة التي تدير الالتزام وأوضاع إدارته بهدف المحافظة على النظام في بعض عناصره المعروفة، فتعتبر من قوانين ولوائح الضبط حتى ولو نص عليها العقد.

¹: هاني عبد الرحمن اسماعيل، المرجع السابق، ص 810.

²: هنادي فوزي حسين، المرجع السابق، ص من 282 إلى ص 321.

ولما كان لكل من سلطة الضبط الإداري وسلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري نطاقها الخاص ونظامها القانوني المختلف، فإنه لا يجوز للإدارة المتعاقدة أن تضي على الإجراءات التي تتخذها الرقابة على تنفيذ العقد شكل الضبط الإداري، ولا أن تستعمل سلطة الضبط الإداري بما يرتبط بها من عقوبات جنائية كوسيلة ضغط لحمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته، لما ينطوي عليه ذلك من عيب عدم الاختصاص أو الانحراف بالسلطة حسب الأحوال⁽¹⁾.

والملاحظ أن حق الرقابة والتوجيه المقرر لجهة الإدارة خاصة بمفهومه الواسع لا يعني التضحية بحقوق المتعاقد معها، بل هي بالأحرى مسألة تتعلق بالتوفيق بين اعتبارين:

الأول: هو المحافظة على التراضي باعتباره تعبير عن تطابق الإيجاب والقبول بين طرفي العقد، أو القوة الملزمة للعقد باعتبارها جوهر الفكرة، بغض النظر عن كون العقد يندرج ضمن القانون الخاص أو القانون العام.

والثاني: هو مراعاة خصوصيات العقد الإداري، وخاصة الدور الذي تلعبه فكرة المرفق العام، والتي تنتج صلاحيات معززة لفائدة الإدارة في علاقاتها مع الطرف المتعاقد معها، والتوفيق بين هذين الاعتبارين يقتضي بأن تمارس الإدارة سلطتها في الرقابة ضمن الحدود المعقولة التي تمكنها من خدمة المصلحة العامة من جهة، والمحافظة على توازن العقد من جهة أخرى.

وللتمييز بين سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري وإجراءات الضبط الإداري أهمية بالغة، كون إجراءات الضبط الإداري تخضع لرقابة الإلغاء من قبل القاضي الإداري عن طريق دعوى تجاوز السلطة، أما في حالة تجاوز الإدارة حدود الرقابة

¹: محمود عاطف البناء، المرجع السابق 222، 223.

على تنفيذ العقد ونتج عما أصدرته من قرارات أضرار للمتعاقد معها، فلا يترتب عنها إلا التعويض يحكم به قاضي العقد متى رأى لذلك محلا .

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.

مما لا شك فيه أن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد تشكل واحدة من أهم الامتيازات الهامة التي تجسد المبدأ السائد في نظرية العقد الإداري، والذي يقتضي بأن هذا العقد لا يلزم الإدارة بنفس الطريقة التي يلزم بها العقد المدني أحد أطرافه، و لهذا فإنه من الأهمية بمكان ضرورة البحث عن الأساس القانوني الذي تركز عليه الإدارة في ممارسة الرقابة، وفي الواقع يتوقف البحث في أساس سلطة الرقابة على تحديد مصدر هذه السلطة التي تكمن أحيانا بالنص عليها صراحة في العقد أو في دفاتر الشروط، وأحيانا أخرى تستمد من القوانين واللوائح (أولا)، أما في حالة غياب نص قانوني فإن الرأي الغالب في الفقه والقضاء هو أن سلطة الرقابة تجد أساسها في مقتضيات المرفق العام (ثانيا).

أولا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة بموجب نص قانوني.

وهي الفرضية التي يتضمن فيها العقد الإداري أو دفاتر الشروط الملحقة به بنودا توضح كيفية ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه، والطرق والوسائل المتبعة لتحقيق هذه الرقابة، والضمانات المتعلقة بها، كما قد ترد سلطة الرقابة في بعض القوانين واللوائح المتعلقة بأنواع معينة من العقود؛ فتبين طريقة ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة على تنفيذ هذه العقود، ووسائل ممارستها، وفي المقابل تبين الضمانات المعترف بها للمتعاقد المتعاقد في مواجهة الإدارة⁽¹⁾.

وتختلف سلطة الرقابة المستمدة من العقد ودفاتر الشروط، عن تلك التي تجد مصدرها في القوانين واللوائح؛ إذ أنه في هذه الحالة الأخيرة لا بد من التمييز بين النصوص التي تنشئ

¹: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 118.

وتنظم السلطات الممنوحة للإدارة خارج الإطار الاتفاقي، وتلك التي تنظم سلطة الرقابة الفعلية المعترف بها للإدارة، حيث تعتبر الأولى بمثابة تطبيق بسيط لامتيازات وسلطات الدولة في تنظيم وإدارة المرافق العامة، وهذا هو الحال بالنسبة للنصوص التي تنظم الرقابة في عقد امتياز المرفق العام، والتي يقتصر هدفها على منح الإدارة سلطة تنظيم المرفق وتعديل تسييره واستغلاله، أو ما يخول صاحب الامتياز من حقوق مستمدة من السلطة العامة، ويتم تنفيذ هذه الامتيازات من طرف الإدارة، من خلال قرارات إدارية عادية، بدون علاقة مع الرابطة العقدية، حتى ولو كانت مذكورة في العقد⁽¹⁾.

في حين أن الثانية هي التي تحدد وتضبط سلطة الرقابة المعترف بها للإدارة في الإطار التعاقدية، حيث تدرج هذه الأحكام في بنود العقد، وتصبح جزء لا يتجزأ منه وهي الشروط والقوانين التي يتم في ظلها إبرام العقد، وهي موجهة للجميع ومحتواها معروف لدى جميع المتعاملين المرشحين للتعاقد مع الإدارة، ومن أمثلة ذلك نصوص الرقابة التي يتضمنها العقد أو دفاتر الشروط التي تحدد حق الرقابة على الرسوم المفروضة على مستعملي المرفق العام في عقد الامتياز، أو حق التوجيه في عقد الأشغال العامة، أو تلك التي تحدد وسائل الرقابة والإشراف على تنفيذ عقود التوريد⁽²⁾.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق الذكر، نجد أن المشرع الجزائري قد نظم سلطة الرقابة التي تباشرها المصلحة المتعاقدة على الصفقات العمومية سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ أو بعده و ذلك في المواد (من 156 إلى 202)، حيث نصت المادة 156 على أن "تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده"، وكذلك ما جاء في المادة 157 من أنه "تمارس على الصفقات العمومية مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها،

¹: Aiad SHWEKAT, les droits et les obligations des Parties au contrat administratif dans les droits français et Libyen, étude Comparative, thèse du doctorat université de Toulouse 1 CAPITOLE, 2016, p 82.

²: Ibid, p 83.

وفي حدود معينة، دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها" فالرقابة التي تمارسها المصلحة المتعاقدة، تدخل ضمن اختصاصاتها التنظيمية، وبالتالي فإن أساسها القانوني تستمد من النصوص القانونية التي تحكم المصلحة المتعاقدة⁽¹⁾.

كما أوجب دفتر ش.إ.ع. المطبقة على صفقات الأشغال العامة، في المادة 12 فقرة 4 على المقاول أن "ينفذ المقاول بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه"، كما لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان و العمال لعصيانهم أو عدم أهليتهم أو عدم أمانتهم⁽²⁾ كما يحق له أثناء مباشرة الرقابة والإشراف على الأدوات قيد العمل، أن يأمر بعدم استخدامها، إلا بعد إجراء التدقيقات عليها ثم قبولها مؤقتا⁽³⁾.

كما يخضع المتعامل المتعاقد في عقود اللوازم والتوريد لإشراف وتوجيه المصلحة المتعاقدة، على النحو الذي تنظمه دفاتر الشروط الملحقة بها، والقاعدة المسلم بها هو أن المورد هو الذي يستقل في تحديد واختيار طرق التنفيذ، وحرية اختيار المصدر الذي يحصل من خلاله على المنقولات المتفق عليها، باعتبار أن جوهر التزامه هو تسليم منقولات مادية للإدارة المتعاقدة وما على هذه الأخيرة سوى فحص المنقولات التي تم توريدها للتأكد من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها⁽⁴⁾.

كما كرس المشرع الفرنسي أيضا في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال العامة (CCAG)⁽⁵⁾، في المادة 3 فقرة 8.3 سلطة الإدارة في الرقابة بمنحها صلاحية

¹: سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل

شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو 2013، ص 23.

²: انظر: المادة 13 فقرة 2 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المطبقة على الأشغال العامة، المشار إليه سابقا.

³: انظر: المادة 21 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

⁴: خالد سليمان أسود العنزي، عقد التوريد الإداري (دراسة مقارنة بين القانون الأردني و الكويتي)، مذكرة لنيل

درجة الماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط 2012، ص 24 .

⁵: Arrêté du 8 septembre 2009, portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, modifié par: Arrêté du 3 mars 2014, précité.

إصدار أوامر للمقاول خلال تنفيذ الأشغال، وهو ملزم وفقا لأحكام هذه المادة بالامتثال لأوامر الخدمة الموجهة إليه، علما أن هذه الأوامر تكون مكتوبة⁽¹⁾.

وعلى نفس النهج سار المشرع المصري حيث كرّس بموجب المادة 7 من القانون رقم 129 لسنة 1947 المعدل بموجب القانون رقم 497 لسنة 1954، والقانون رقم 61 لسنة 1958، المتعلق بإجراءات منح التزام المرافق العامة، حق الرقابة والاشراف والتوجيه واعتبر رقابة مانح الالتزام للملتزم في تنفيذه للمرفق العام موضوع الالتزام من الشروط اللاتحوية وليست التعاقدية؛ إذ تجد هذه الرقابة أساسها في طبيعة النشاط موضوع الالتزام وبما أن الملتزم يقوم على إدارة مرفق عام، أو مشروع من مشروعات البنية الأساسية فإنه لا يمكن أن يترك وشأنه ينفذه كما يشاء في حرية مطلقة، وإنما لابد أن يخضع في ذلك لإشراف الإدارة، حتى تتأكد من أن المرفق يعمل دائما في حدود الغرض الذي يستهدفه وهو إشباع حاجات جماعية يعجز النشاط الفردي عن إشباعها، ولهذا فإن هذه الرقابة تمتد إلى سائر أجزاء المرفق العام من النواحي الفنية والإدارية والمالية، وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 61 لسنة 1958، على أن "حق الرقابة على الملتزم حق أساسي مرده إلى فكرة المرفق العام وما يقتضيه حسن سيره وانتظامه، وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام، ولو لم ينص عليه في العقد بل ويظل موجودا طالما وجد المرفق العام"⁽²⁾.

وتتم مهمة الرقابة عبر عدة وسائل، فإما أن تعين الإدارة مندوبين عنها في الفروع والإدارات المالية التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق، وإما أن تستصدر قرارا جمهوريا بإسناد مهمة الرقابة المالية للجهاز المركزي للمحاسبات، وبناء على اقتراح من الوزير مانح الالتزام، أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام، وإما أن يعهد بالرقابة إلى هيئة عامة أو خاصة، وأخيرا يجوز للوزير المختص تشكيل لجنة أو أكثر من موظفي وزارته أو غيرها

¹: Article 4: 3.8.1. du CCAG « Les ordres de service sont écrits ; ils sont signés par le maître d'oeuvre, datés et numérotés. Le titulaire en accuse réception datée ».

²: حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، المرجع السابق، ص 532.

من الوزارات أو الهيئات العامة، لتتولى أمر من أمور الرقابة، و يتعين على الجهة المكلفة بمهمة الرقابة تقديم تقرير بذلك إلى الوزير المختص أو الجهة مانحة الالتزام⁽¹⁾.

كما نصت المادة 79 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيادات السابق الذكر على أنه "يلتزم المقاول بإتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد، كما يكون مسؤولاً عن حفظ النظام بمواقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات ...".

ومع أن الرقابة الإدارية تجد أساسها القانوني في النصوص القانونية عند وجودها سواء في القوانين أو اللوائح أو دفاتر الشروط أو نصوص العقد، غير أنها تتميز أيضاً بأن لها طابع عام، أي أنها موجودة حتى ولو لم ينص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط باعتبارها سلطة أصيلة قائمة بذاتها، ومستمدة من النظام القانوني للعقد الإداري⁽²⁾.

ثانياً : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة بدون نص قانوني.

من المستقر عليه فقها وقضاء أن الرقابة الإدارية توجد حتى بدون نص، وهي مستمدة من فكرة المرفق العام، ذلك أن الإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرفق العام وحسن سيره، حتى إذا لم تتول بنفسها توفير الحاجات وتقديم الخدمات التي يتطلبها المرفق، فإن وظيفتها هذه تقتضي أن تشرف وتوجه النشاط الفردي حين يسهم في تسيير المرفق العام⁽³⁾، وهنا يبرز الفرق الواضح بين العقد الإداري والعقد المدني إذ أن هذا الأخير لا يخول سلطة للمتعاقد إلا إذا تم النص عليها في العقد أو قررها القانون، بينما العقد الإداري يخول للإدارة

¹: سعاد الشراوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 138.

²: حكم محكمة القضاء الإداري المصري جلسة 30 يونيو 1957، المجموعة سنة 11 رقم 377، ص 610.

مذكور في: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 121.

³: محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 215.

سلطة الإشراف والتوجيه وإن لم ينص على ذلك في العقد، وهذا بهدف ضمان تلبية الحاجات العامة، وحسن أداء الخدمة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد⁽¹⁾.

وتعد سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف حقا ثابتا لها، وإن لم ينص عليه صراحة في العقد أو في دفا تر الشروط ، وهي متعلقة بالنظام العام، ولا تملك الإدارة المتعاقدة التنازل عنها أو تقييدها، لذلك فإن نصوص هذه السلطة في العقود الإدارية هي نصوصا كاشفة وليست منشئة لها، وآية ذلك أن هذه السلطة مستمدة من طبيعة المرفق العام ذاته والخدمة العامة المنوطة بها للأفراد⁽²⁾، ولكن في حالة امتناع المتعاقدين من النص صراحة على حق الرقابة في العقد، فإن الفقه اختلف حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الرقابة.

لقد سبق الإشارة إلى أنه إذا كانت سلطة الرقابة محددة في العقد أو في دفا تر الشروط أو أيضا في القوانين والأنظمة، فإنها تصبح ملزمة بالشروط ذاتها التي تنص عليها، أما إذا لم يتم تحديدها صراحة، فقد اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني لهذه السلطة.

حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس الوحيد لهذه السلطة، ويستندون في ذلك إلى أن مبدأ وجوب تسيير المرفق العام بانتظام وإطراد يعطي الإدارة الحق في مراقبة تنفيذ عقودها، ولو لم ينص عليه العقد بغية ضمان إدارة الخدمات دون عوائق، ويعتبر هذا الجانب من الفقه أنه حيثما يوجد مرفق عام توجد سلطة الرقابة، سواء نص عليها العقد أم لا⁽³⁾.

ومن وجهة نظر هذه ، فإننا نعتبر إذن بأن الإدارة تراقب تنفيذ العقد، حتى و لو لم ينص عليه في العقد أو في القوانين واللوائح، لأن الرقابة لا تجد أساسها في هذه المصادر وإنما تستند إلى فكرة المرفق العام، والتي تتعد مسؤولية تسييره للإدارة، حتى و إن لم تكن

¹: محمد جمال مطلق الذينبات، المرجع السابق، ص 133.

²: حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الثاني (القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة، الوظيفة العامة)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان 2010، ص 145.

³: De LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, op.cit. p. 125.

هي نفسها المسؤولة عن الاحتياجات وتوفير الخدمات التي تحتاجها بشكل مباشر، ويرجع إليها أمر الإشراف وتوجيه عمل الأفراد عندما تساهم في تسيير المرفق العام.

ومع ذلك يرى بعض أنصار هذا الرأي، أنه من الضروري الالتزام باحتياجات المرفق العام فقط، حيث أن متطلبات هذا المرفق هي التي تبرر الإشراف على تنفيذ العقد، والتدخل بغية تحديد أوضاع وطرق التنفيذ، وبالتالي لا يجوز للإدارة أن تستند في استعمالها لهذه السلطة إلى فكرة المصلحة العامة بمعناها المطلق، لأن القول بغير ذلك سيؤدي إلى فتح المجال أمام جميع احتمالات إساءة استعمال السلطة طالما أن فكرة المصلحة العامة هي فكرة مرنة لا تتطابق و مقتضيات المرفق العام⁽¹⁾.

ويرى فريق ثاني من الفقهاء أنه في حالة سكوت النصوص المتعلقة بسلطة رقابة الإدارة، فإن الطبيعة القانونية للمرفق العام تقوم بذاتها كأساس قانوني لهذه السلطة، ذلك أن ارتباط العقد بالمرفق العام يخلق نية مشتركة بين طرفي العقد، كإدارة ضمنية مستخلصة من ظروف إبرام العقد، مع الأخذ بعين الاعتبار أن المتعاقد مع الإدارة الذي قرر التعاقد على معرفة بكافة سلطات الإدارة، ورضي بالامتيازات المتاحة لها في إطار العقود الإدارية وهذا على عكس العقود المدنية العادية⁽²⁾.

وعلى عكس من ذلك يرى فريق ثالث من الفقهاء، بأن القواعد التي تحكم العقود الإدارية كونها تستند إلى النية المشتركة للمتعاقدين، ماهي في الواقع إلا قواعد تم وضعها مسبقا من طرف القضاء، على أساس اعتبارات ترتكز على طبيعة العقد الإداري ذاته، وأن فكرة النية المشتركة للمتعاقدين، حتى ولو لعبت دورا أساسيا في هذا المجال، إلا أنها ليست العامل الوحيد حول هذا الموضوع، ويظهر بأن سلطات تدخل الإدارة أثناء تنفيذ العقد، غالبا ما ينص عليها دفتر الشروط أو العقد، وبالتالي فهي مستمدة من خصوصيات العقد الإداري

¹: TRUCHET Didier, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Paris, 1977, p. 55.

²: Peuignot Georges, op.cit. p. 17.

في حدّ ذاتها، وهذه السلطات تعتبر سلطات خارجية عن العقد، أي لا ينشئها وإنما يتولى تنظيمها ويحدد مدى تنفيذها، ومن هذا المنظور فإن سلطات الإدارة تستند إلى متطلبات المصلحة العامة، التي يتعين عليها أن تتوخاها في تعاقداتها مثل سائر نشاطاتها الأخرى⁽¹⁾ ويخلص مؤيدو هذا الرأي إلى أن سلطة الإدارة تقوم على تحقيق المصلحة العامة التي تقع على عاتقها كاملة، وهي قيد عام على كافة تصرفاتها⁽²⁾.

ويتضح لنا من الاتجاهات الفقهية السابقة، بأن الطبيعة الخاصة والمميزة للعقود الإدارية، وفكرة المرفق العام كافية ومناسبة لجميع الاعتبارات كأساس قانوني للرقابة التي جاءت للتخفيف من سكوت النصوص، فالحق في الرقابة قاعدة أصيلة مستمدة من مقتضيات المصلحة العامة والمرافق العامة وما يجب أن يكون عليه من حسن سير بنظام واطراد، ويترتب على هذه القاعدة نتائج هامة⁽³⁾:

- إن خلو العقد الإداري من نص يعطي حقا للإدارة في الرقابة لا يحرم الإدارة من استعمال هذا الحق، لأنه حق أصيل مقرر لها كسلطة عامة تستمده من المبادئ العامة للقانون الإداري وليس من نصوص العقد.

- لا يمكن للإدارة التنازل عن استعمال حقها في الرقابة كليا أو جزئيا أثناء تنفيذ العقود الإدارية، ولا أن تقيد سلطاتها بموجب اتفاق عقدي، لأن ذلك يخلّ بممارسة اختصاصاتها التي لا يمكن أن تكون محل تعاقد أو اتفاق بين الإدارة والأفراد، وأي اتفاق يخالف هذا المبدأ لا يعتد به ويعتبر باطلا.

ومع ذلك يجب على الإدارة المتعاقدة الالتزام بالرقابة التي من شأنها أن تجعل العقد محققا للغرض الذي أبرم من أجله، وعدم تجاوزها حدود التنفيذ، من أجل عدم تثبيط الغير للدخول في علاقات تعاقدية معها.

¹: De LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit. p 319.

²: Ibid, p.320.

³: هنادي فوزي حسين، المرجع السابق، ص من 282 إلى ص 321.

المطلب الثاني: نطاق السلطة التقديرية للإدارة في الرقابة والتوجيه.

على الرغم من اتساع نطاق ممارسة الإدارة المتعاقدة لسلطة الرقابة والتوجيه بموجب أعمال مادية وقانونية عن طريق القرارات الإدارية لأجل إتمام العقد وفق ما خطط له، إلا أن هذا لا يعني إطلاق يد الإدارة في استخدام سلطتها التقديرية في الرقابة دون أية قيود فمن الضروري أن تمارس الرقابة على نحو مشروع وفي ظل قيود وضوابط محددة حتى لا تنتهك الحقوق والضمانات المعترف بها للمتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري (الفرع الأول)، ومع ذلك فإنه لا ينبغي للإدارة المتعاقدة التخلي عن المبدأ الأساسي للرقابة على المتعاقد معها في كل مراحل العملية التعاقدية، بحيث يختلف نطاق هذه الرقابة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري باختلاف نوع وطبيعة العقد، فتظهر بشكل واضح وعلى مدى أوسع في عقود الأشغال العامة، وتكون أضيق نطاقاً منها في عقود امتياز المرفق العام وبوتيرة بسيطة في عقود التوريد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قيود سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.

إن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية ليست مطلقة، بل تمارس ضمن ضوابط معينة؛ فالإدارة منحت هذه السلطة لتحقيق هدف معين وهو تأمين حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد تحقيقاً للمصلحة العامة، ومن ثم فإن حق الرقابة ينبغي أن يقف عند الحد الذي يضمن لها التأكد من سلامة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، ومن القيود والشروط العامة التي يجب على الإدارة المتعاقدة أن تلتزم بها في نطاق أعمال سلطتها في الرقابة مايلي:

- الالتزام باتخاذ قرارات الرقابة في إطار احترام مبدأ المشروعية، إذ لا يجوز أن تتجاوز سلطة الرقابة المنصوص عليها في العقد حدود الأحكام العامة لمبدأ المشروعية بمعناها الواسع، وتطبيقاً لهذا المبدأ يتعين على الإدارة ممارسة الرقابة وفقاً للقوانين والأنظمة

السارية المفعول، لأن القرارات المتخذة في هذا الشأن مهما يكن أساس السلطة التي تستند إليها، فإنها تعتبر قرارات إدارية تخضع في كل الأحوال لقواعد المشروعية.

- كما يجب أيضا أن تكون هذه القرارات مطابقة لأحكام القانون من الناحية الموضوعية، وإلا كانت غير مشروعة ويترتب عليها البطلان، وفي جميع الحالات يجب أن تكون غاية الرقابة هو تحقيق المصلحة العامة، التي يجب أن تسعى الإدارة إلى تحقيقها من وراء كافة ما تقوم به من تصرفات وأعمال، وإلا كان قرارها مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة،⁽¹⁾ ومن ثم فإن تراخي الإدارة في ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، شأنه في ذلك شأن التشدد فيها، لا يحقق الغاية المبتغاة من منح الإدارة تلك السلطة، وهي بلوغ المصلحة العامة، إذ أن تقريط الإدارة في الرقابة على تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية يؤدي من جهة إلى جنوح المتعاقد بهذا التنفيذ لما يخالف الشروط المتفق عليها في العقد ويحيد عن المصلحة المستهدفة التي أبرم العقد الإداري من أجلها، ومن جهة أخرى يعتبر إفراط الإدارة بلا موجب في استعمال تلك الرقابة من شأنه عرقلة التنفيذ، ودفع المتعاقد معها ليسلك سبيل التقاضي، مما يتسبب في توتر العلاقات بين الطرفين المتعاقدين، وينعكس ذلك سلبا على حسن تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، بعد تحوله من معاونا للإدارة ومشاركا لها في تحقيق المصلحة العامة، إلى خصم تجمعها به ساحات القضاء⁽²⁾.

- يجب أن تهدف ممارسة سلطة الرقابة إلى تلبية احتياجات المرفق العام، انطلاقا من أن غاية الإدارة هو تحقيق المصلحة العامة الذي يجب أن تسعى إليه دوما في كافة نشاطاتها ومبادراتها، وعلى ذلك فإن أي نشاط أو تصرف تتخذه خارج هذا الإطار يعد انحرافا في استعمال السلطة، ولما يعترف الفقه والقضاء الإداريين بامتيازات استثنائية للإدارة في علاقاتها مع المتعاقد معها، فإن هذا لا يمكن تبريره في الحقيقة إلا بارتباط العقد الإداري بالمرفق العام، ولهذا فإن الهدف المنشود من تنفيذ هذه الصلاحيات، هو ضمان السير الجيد

¹: Aiad SHWEKAT, op.cit. p 68.

²: سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 27.

للمرفق، والأداء الجيد للخدمات والأعمال المطلوبة وكذا سرعة تحقيقها، وينبغي على الإدارة أن توفر ضمانات للمتعاقد معها بعدم تعسفها أو انحرافها في استخدام سلطتها، ومن ثم تقوم بمسؤولية الإدارة إذا مارست هذه السلطة بعيدا عن المصلحة العامة، أو في غرض لا يقتضيه سير المرفق العام موضوع التعاقد⁽¹⁾.

- يجب ألا يؤدي استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة والتوجيه إلى تعديل موضوع العقد أو تغيير طبيعته، فلا يجوز للإدارة تحت ذريعة مراقبة تنفيذ العقد، أن تصدر للمتعاقد معها الأوامر التي من شأنها تغيير طبيعة أو محتوى العقد ذاته، أو تتجاوز الحدود الطبيعية المعقولة والمدة المطلوبة للتنفيذ، وإلا أصبحنا بصدد تعديل شروط العقد، لا بسلطة الرقابة على تنفيذه، وقد يترتب هذا التجاوز حقا للمتعاقد في المطالبة بالتعويض، إذا ما لحق به ضرر، فحينما تتخذ الإدارة إجراءات معينة للتأكد من أن المقاول يستعمل ذات المواد المتفق عليها في العقد، أو حددت المواد التي يجب عليه استعمالها في حالة عدم النص في العقد على تلك المواد، فإنها تباشر هنا سلطة الرقابة بمعناها الواسع، ولكنها إذا قررت إحلال مواد مختلفة محل المواد المتفق عليها، فتكون بذلك تجاوزت حدود الرقابة وأصبحت بصدد تعديل شرطا من شروط العقد⁽²⁾، لذلك فحق الإدارة في الرقابة والتوجيه يقف عند الحد الذي يضمن لها التأكد من سلامة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، وإلا اعتبر عملها غير مشروع.

وإذا كان من الثابت أن ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري يعتبر من النظام العام، إلا أن نطاق هذه السلطة وتجلياتها يختلف باختلاف طبيعة العقود الإدارية حيث تتسع هذه السلطة، كلما زادت صلة العقد بالمرفق العام، وتكون أقل شدة عندما تتناقص صلة العقد بالمرفق العام، حيث يتحرر المتعاقد نسبيا من تدخل الإدارة من الرقابة والتنفيذ خلال تنفيذ العقد⁽³⁾.

¹: Aiad SHWEKAT, op.cit. p 68.

²: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 260، 261.

³: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 457.

الفرع الثاني: حدود سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.

على الرغم من تمتع الإدارة بسلطة ممارسة الرقابة على تنفيذ عقودها الإدارية دون حاجة إلى النص عليها في العقد أو القوانين أو اللوائح، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل يتعين ممارستها في حدود ونطاق ما يحقق موضوع العقد، وهي تختلف باختلاف نوع كل عقد وطبيعتها، بحيث تبرز سلطة الرقابة والتوجيه ويتسع مداها أكثر في عقد الأشغال العامة وذلك نظرا لطابعها الخاص (أولا) وتكون أضيق نطاقا في عقود امتياز المرفق العام (ثانيا) وتكون أضعف في عقود التوريد (ثالثا).

أولا: حدود سلطة الإدارة في الرقابة في عقود الأشغال العامة:

تعتبر عقود الأشغال العامة من بين العقود التي تظهر فيها سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد بصورة واضحة، وهذا راجع لخصوصيات تلك العقود التي تتضمن شروط استثنائية خاصة تمتلك فيها الإدارة سلطة رقابة فعلية على المشروع، وهذا ما يؤدي إلى توسع سلطتها في الرقابة على الطرف المتعاقد معها منذ بداية التنفيذ حتى تسليم المشروع المتفق عليه⁽¹⁾.

ونظرا لكون الإدارة تعتبر صاحبة المشروع في هذه العقود، فإن المقاول ينحصر دوره في مجرد تنفيذ الأوامر المصلحية⁽²⁾ الصادرة إليه من جهة الإدارة، وليس من حقه توجيه الأعمال، بل عليه متابعة تنفيذ التوجيهات التي يأمره بها مندوب الإدارة خطوة بخطوة⁽³⁾ ولا يجوز له رفضها، إلا أن هذا لا يعني أن يضحى المقاول بحقوقه ومصالحه التي تعاقد من أجلها، ولذلك إذا تبين له أن الأوامر الصادرة إليه تتجاوز الالتزامات المنصوص عليها

¹: Aiad SHWEKAT, op.cit. p 75.

²: يمكن تعريف الأمر المصلحي: بأنه الأمر الصادر من جهة الإدارة إلى مقاول الأشغال العامة بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد، ويصدر عادة من الأعضاء الفنيين في الإدارة لاسيما المهندسين المنوط بهم الإشراف على تنفيذ الأشغال العامة، ويعد قرارا إداريا ملزما، يتعين على المقاول احترامه وتنفيذ ما جاء فيه، فإذا كان له أي اعتراض عليه، فيجب أن يسلك السبيل المشروع لتحقيقه إما بالتظلم الإداري أو القضائي.

³: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 130.

في العقد فله حق إبداء تحفظات عليها في ظرف 15 يوما من تاريخ تبليغها له، ويمكن للمقاول رفض تنفيذ هذه الأوامر في حالتين:

- إذا كانت تتعلق بتغييرات في الاحتياجات، أو شروط الأعمال التي يتجاوز 10% من المبلغ التعاقدية لإنجاز الأشغال⁽¹⁾.

- إذا لم يتم إخطاره بالأوامر المصلحية في الآجال المحددة في العقد، وفي حالة عدم النص على هذه الآجال في العقد، ففي غضون مدة 06 أشهر التي تلي تاريخ الإخطار بالعقد⁽²⁾، وله الحق في المطالبة بالتعويض إذا لم تستجيب الإدارة لتحفظاته دون التوقف عن تنفيذ العقد، لأن الاعتراض لا يوقف تنفيذ الأمر المصلحي الذي تصدره الإدارة المتعاقدة.

وتخضع سلطة الإدارة في ممارسة الرقابة لاعتبارات قوامها التوازن بين المصلحة العامة وحماية حقوق المقاول من تعسف الإدارة، فلا يجوز لها أن تستغل حق الرقابة لتنفيذ ما ليس له صلة بقواعد سير المرفق العام أو حرمان المقاول من بعض طلباته المشروعة كما لا يجوز أن تتعدى الرقابة حدود الإشراف والتوجيه وتصل إلى حد تعديل بنود العقد إذ يجب أن تضع في الحسبان بأن المقاول المتعاقد يعتبر معاوناً للإدارة ومساهماً في تسيير المرفق العام⁽³⁾، ومن ثم فإن التزام المقاول بالامتثال لأوامر الإدارة وتنفيذها مرهون باستطاعته الوفاء بهذا التنفيذ، وإلا فإن له الحق في الاعتراض على هذه الأوامر، بشرط أن يتبع الطريق المشروع للتظلم فيها⁽⁴⁾.

وقد أكد المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر على سلطات المصلحة المتعاقدة في ممارسة الرقابة في المواد (من 156 إلى 202) ويظهر واضحاً تأثير المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي عندما أورد نفس الأحكام المطبقة في ممارسة

¹: Article 15.2.2 du CCAG -Travaux.

²: Article 46.2.1. du CCAG -Travaux

³: بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2011-2012، ص 63.

⁴: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمائمات المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق، ص 449.

الرقابة في دفتر الشروط الإدارية العامة⁽¹⁾، الذي نص في المادة 2/12 منه على أنه "... يتعين على المقاول أن يحترم جميع أنظمة وأوامر السلطة المختصة وكذلك عند اللزوم الأوامر الخاصة والمحددة من قبل رئيس المؤسسة التي يجري فيها تنفيذ الأشغال ...".

كما جاء في الفقرة 04 من نفس المادة بأن "... ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ له" وتكون الأوامر المصلحية التي تصدرها الجهات المخولة برقابة تنفيذ الأشغال مكتوبة حتى تكتسي طابعها الإلزامي، وتظهر أهميتها في مجال الإثبات وهذا ما أكدته المادة 08/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة حيث جاء فيها "... يتعين أن تصدر أوامر المصلحة كتابة و يجب أن تكون مؤرخة ومرقمة ومسجلة ...".

ونفس الحكم ينطبق كما بينه المشرع الفرنسي على اعتراض المقاول على أوامر المصلحة المتعاقدة حيث نصت المادة 07/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنه "... عندما يرى المقاول بأن مقتضيات أمر المصلحة تتجاوز التزاماته المتعاقد عليها بالصفقة فيجب عليه تحت طائلة الفسخ تقديم ملاحظة خطية ومعللة الأسباب إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري خلال 10 أيام ..."⁽²⁾.

ويظهر استعمال الإدارة سلطتها التقديرية خلال الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة في عدة صور منها:

- الأمر بالبداية في تنفيذ الأشغال: إن مدة التنفيذ تبدأ عادة من التاريخ المحدد في العقد أما في حالة عدم النص عليها صراحة في العقد، فإن للإدارة سلطة تقديرية في تحديد وقت التنفيذ، وبإمكانها منح المقاول مدة كافية لتهيئة العمال والأدوات المستخدمة في العمل، حيث تختلف هذه المدة بحسب أهمية الأشغال، وعلى ذلك نصت المادة 01/12 من دفتر

¹: قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة، المذكور سابقا.

²: بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 55 و ما بعدها.

الشروط الإدارية العامة بأنه "يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري وعلى المقاول الالتزام بالبدء في تنفيذ الأشغال فور تلقيه الأمر المصليحي"، ولهذا يتعين على الإدارة تسليم موقع العمل للمقاول في الوقت المحدد، فإذا تأخرت عن التسليم وأدى ذلك إلى تعطيل البدء في تنفيذ الأشغال، فإنها تكون مسؤولة عما يترتب على ذلك من نتائج.

- تحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال: وهو أمر متروك للسلطة التقديرية للإدارة حسبما تقتضيه ظروف العمل، وغالبا ما يحدد عقد الأشغال العامة أو دفاتر الشروط خطوات تنفيذ الأشغال وسيرها ومواعيد التسليم، فإذا ما جاء العقد خاليا من ذلك فإن مندوبي المصلحة المتعاقدة من الفنيين هم الذين يحددون تلك الخطوات والمواعيد، وذلك بعد تسليم موقع العمل للمقاول، ولهم أن يأمرؤا بطرق التنفيذ ووسائله، ويلزم المقاول بإنجاز الأشغال وتسليم الأعمال موضوع العقد في المدة المتفق عليها، ويمكن للمصلحة المتعاقدة بموجب سلطتها التقديرية تمديد موعد التسليم إلى أجل معقول.

- الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل فيها مؤقتا: إذا ما تبين لمهندسي المصلحة المتعاقدة بعدم مطابقة أشغال البناء لشروط الصفة ومواصفاتها، أو غير مطابقا لقواعد حسن التنفيذ أو يتضمن مواد مغشوشة، فيجوز إصدار أوامر مصليحية بهدمها وإعادة بناء الأشغال قبل الاستلام النهائي، كما يجوز للإدارة إيقاف الأشغال التي يجري تنفيذها بطريقة خاطئة أو بمواد غير صالحة⁽¹⁾، أو الأمر بتأجيل تنفيذها مؤقتا لدواعي المصلحة العامة لمدة معقولة.

¹: علي يوسف الشكري، محمد سالم عبد الكاظم، المرجع السابق، ص من 07 إلى ص 31.

- الأمر باستبدال عمّال المقاول: تمتد سلطة الرقابة إلى العمال الذين يستخدمهم المقاول فيجوز للإدارة أن تطلب منه استبدالهم إما لعدم الكفاءة الفنية أو لنقص النزاهة أو بسبب تمردهم ورفض تنفيذ تعليمات مندوبيها أو إذا شرعوا في الغش أو مخالفة شروط الصفقة⁽¹⁾.

كما يحق للمصلحة المتعاقدة أيضا التدخل من أجل رقابة مدى احترام المقاولين للقوانين ذات الصلة بتنفيذ موضوع العقد كاحترام قوانين العمل المتعلقة بشروط التشغيل ومواعيده وقوانين التأمين التي تستلزم حماية العمال من حوادث العمل⁽²⁾، لاسيما ما يخص منها الأنظمة الصحية وضمان العمال، وكذلك التشريع والنظام الاجتماعي، وتستطيع الإدارة في حالة المخالفة تطبيق التدابير الجزية المنصوص عليها في المادة 35".

كما أشار المشرع الفرنسي من جهته إلى حق الإدارة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه في القرار المؤرخ في 08 سبتمبر 2009، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العمومية المعدل والمتمم⁽³⁾، حيث نصت المادة 03 منه على الالتزامات العامة للطرفين المتعاقدين، وأكدت الفقرة (1.8.3) على أن تكون أوامر الخدمة مكتوبة ويتم توقيعها من طرف الإدارة صاحبة المشروع أو المقاول، وطبقا للفقرة (3.8.3) فإن الحائز على العقد يلتزم بصرامة بأوامر الخدمة التي يتم تبليغها إياه.

إن ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة بإصدار أوامر وتوجيهات تتعلق بالتنفيذ لا يتولد عنه بشكل آلي الحق في التعويض لصالح المقاول، بل إن ما قد يلحق بالمقاول من ضرر جراء هذا التدخل يعتبر من المخاطر العادية والمتوقعة منه أثناء توقيع العقد، ولا يستبعد هنا "المبدأ" إلا في حالتين وفقا للقواعد العامة⁽⁴⁾:

¹: عبد العزيز المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 74.

²: المادة 17 من دفتر الشروط الإدارية العامة: "يقع على عاتق المقاول تمام العبء"

³: Arrêté du 8 septembre 2009, modifié par arrêté du 3 mars 2014, portant approbation du (CCAG), op.cit.

⁴: بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 64.

- حالة الخطأ المنسوب للإدارة في صورته المختلفة كأن تتأخر في إصدار الأمر بالبدء في التنفيذ لمدة تتجاوز المعقول أو تتأخر في تسليم موقع العمل.

- وحالة الخطأ الناتج عن التعسف في استعمال السلطة، والذي تخضع فبه الإدارة للرقابة القضائية.

أمّا في مصر فقد نظم قانون المناقصات والمزايدات السابق الذكر، سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على مقاول الأشغال العامة حيث نصت المادة 79 من اللائحة التنفيذية للقانون السالف الذكر، على أن " يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسؤولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط..."، كما أشارت المادة 82 من اللائحة التنفيذية إلى سلطة الإدارة في الإشراف والرقابة على موضوع المقاول، بمعرفة مهندس الجهة الإدارية على تنفيذ العملية المسندة إلى المقاول بالنسبة لعملية القياس أو الوزن للأعمال أثناء سير العمل.

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على حق الرقابة لجهة الإدارة بقولها "... وهذا القانون ... يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على التنفيذ ... وهي تتمتع بالحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد لأنها تتعلق بالنظام العام"⁽¹⁾ .

وخلاصة القول فإنّ سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في عقود الأشغال العامة وإن كانت امتيازاً واسعاً للإدارة هدفه ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، إلاّ أن ذلك لا يعني السماح للإدارة بسوء استخدام هذه السلطة، بل يجب أن تمارس في حدودها القانونية دون الإضرار بمصلحة المتعاقد والمرفق العام، فالتوجيه لا ينصب إلاّ على أساليب التنفيذ

¹: حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر في الدعوى رقم 982 لسنة 7 ق والصادر بجلسة 30-06-1957 مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمسة عشر عاماً 1946-1961، ص 428، مذكور في: حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، المرجع السابق، ص 547.

والأوامر المصلحية يجب أن تراعي مبدأ المشروعية، وإذا ما ترتب عن تنفيذ المقاول لهذه الأوامر أعباء مالية جديدة فيمكنه بالمطالبة بالتعويض عنها.

ثانياً: حدود سلطة الإدارة في الرقابة في عقود امتياز المرفق العام:

بموجب عقد امتياز المرفق العام، تعهد الإدارة إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لفترة محددة، مقابل قيام صاحب الامتياز بتقديم خدمات وتوفير حاجيات تحت مسؤوليته، على أن يدفع مستعملو المرفق العام رسوماً في مقابل حصولهم على هذه الخدمات⁽¹⁾، ويعتبر عقد الامتياز إحدى وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، وكما هو مستقر عليه قانوناً، فإن عقد الامتياز يتضمن بنوداً تنظيمية وأخرى تعاقدية، حيث تتعلق البنود التنظيمية بتنظيم وتشغيل المرفق العام وعلاقته بالمنتفعين، والرسوم التي يجب تحصيلها من الأفراد مقابل الانتفاع بخدمات المرفق ويمكن تعديلها بقرارات منفردة من قبل الإدارة مانحة الامتياز في أي وقت، وهدف هذه الشروط هو ضمان بقاء السلطة العامة دائماً هي المسؤولة عن تنظيم المرفق مهما كانت طريقة تسييره وهي تشكل ضماناً حقيقية لسير المرفق العام، وضمانة لتحقيق المصلحة العامة التي يستهدفها المرفق العام⁽²⁾.

بينما تتعلق البنود التعاقدية بالحقوق المالية للملتزم أو صاحب الامتياز، كالشروط التي تحدد موضوع الالتزام ومدته، ونظام الخدمة... الخ⁽³⁾، ويذهب الرأي الغالب في الفقه الفرنسي والمصري إلى أن سلطة الإدارة في الرقابة على عقد الامتياز ذات طبيعة تنظيمية وأن الشروط الخاصة بهذه الرقابة هي شروطاً لائحية وليست تعاقدية، فهي موجودة حتى ولو

¹: De Laubadère André, traité des contrats administratifs. op.cit. .p 343.

²: ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية (حالة عقود الامتياز)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012، ص 190 وما بعدها.

³: أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو 2013، ص 68، 69.

لم ينص عليها العقد، وهي من السلطات الأصلية المستمدة من الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية ومن ثم فهي لا تحتاج إلى نص يقيد بها، وفي ذلك تقول محكمة القضاء "تتخذ الرقابة والتوجيه في عقد الامتياز شكلا خاصا ومميزا؛ فتقوم الإدارة بمراقبة نشاط المرفق المسير بطريق الامتياز للتأكد من أن الملتزم أو صاحب الامتياز يعمل وفقا للشروط الواردة في العقد، وإذا ما ثبت إخلاله بالتزاماته التعاقدية، كمخالفة مقدار الرسوم المتفق عليها مثلا، أو تمييزه بين المنتفعين من خدمات المرفق"، جاز للإدارة بمقتضى ما تملك من سلطة تقديرية أن تحلّ محله مؤقتا في إدارة الامتياز وفقا لمقتضيات الصالح العام⁽¹⁾، وتأخذ سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ عقد الامتياز صورتين أساسيتين وهما: الرقابة الإدارية والرقابة المالية.

1- الرقابة الإدارية: يقصد بها قيام الإدارة بالتأكد من أن استغلال المرفق وتسييره يتم وفقا للشروط الفنية المتفق عليها في العقد أو في دفتر الشروط الملحق به، ولتحقيق هذه الغاية يقوم موظفو الإدارة المتعاقدة بزيارة المرفق والدخول إلى جميع الإدارات في منطقة الاستغلال، والكشف عن الوثائق والمستندات والرسوم لمعرفة حالة المرفق وسيره ونشاطه ومتابعة عملية التنفيذ وإجراء الفحوص للتأكد من معدلات الإنتاج... إلخ⁽²⁾.

وقد أكد المشرع الجزائري على الرقابة في عقود الامتياز، حيث نصت المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، على أنه "يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام حسب مستوى التفويض والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة شكل الامتياز..."، وفي هذا الصدد صدر المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، والذي يهدف إلى تحديد شروط وكيفيات تفويض

¹: محمد جمال مطلق الذنبيات، المرجع السابق، ص 135، 136.

²: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 128.

المرفق العام للجماعات الإقليمية⁽¹⁾، حيث أشارت المادة 48 منه إلى أنه "يجب أن تشير كل اتفاقية تفويض مرفق عام إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وكذا هذا المرسوم، ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات التالية:

- ... كفاءات مراقبة تنفيذ اتفاقيات التفويض... - الرقابة البعدية وإعداد حصائل وتقارير دورية...".

وقد جرى العمل على إدراج حق الإدارة في الرقابة في دفتر الشروط الإدارية العامة ببيان تفاصيلها في بنود لائحة، وفي هذا الصدد نجد مثلا المادة 05 من دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز الخدمة العمومية للماء الشروب ونطاق الخدمة المتعلقة به⁽²⁾ نصت على أنه "تراقب السلطة المانحة للامتياز تسيير واستغلال التزويد بالماء الشروب بطريقة مباشرة أو بواسطة هيئات مراقبة تعيينها".

ومن جهته نظم المشرع الفرنسي عقود الامتياز بموجب الأمر رقم 2016-65 المؤرخ في 29 جانفي 2016، حيث أشار إلى خضوع المرافق المسيرة بموجب هذه العقود إلى الرقابة الإدارية للسلطة مانحة الامتياز، و أوجبت المادة 52 منه على أن "يصدر صاحب الامتياز تقريرا سنويا يتضمن خاصة الحسابات التي توضح كل العمليات المتعلقة بتنفيذ عقد الامتياز وتحليلا لجودة الأعمال أو الخدمات".

وعندما يتم تفويض تسيير المرفق العام وفقا لعقد الامتياز يتضمن أشغال وخدمات فيعتبر عقد امتياز الأشغال إذا كان غرضه الرئيسي هو إنجاز الأشغال، وفي هذه الحالة يسمح التقرير الصادر للسلطات المانحة من تقييم شروط تنفيذ الخدمة وتطبيقا لنص المادة

¹: مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مؤرخ في 02-08-2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج.ر، عدد48، بتاريخ:

05-08-2018، ص 4، وقد وضع هذا القانون إطار قانوني موحد لعقد تفويض المرفق العام بعدما كان

التطبيق يتم في ظل نصوص قانونية متفرقة، مثل توزيع الماء والكهرباء، النقل الحضري وإزالة النفايات...الخ.

²: مرسوم تنفيذي رقم 08-54، المؤرخ في 09-02-2008، يتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط النموذجي

للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلقة به، ج.ر عدد08 المؤرخة في

13-02-2008، ص 16

52 من الأمر المذكور أعلاه، صدر المرسوم التنفيذي رقم 2016-86 المؤرخ في 01 فيفري 2016 المتعلق بعقود الامتياز ليوضح بالتفصيل تاريخ تقديم التقرير من الملتزم بأن يكون قبل 01 جوان من كل سنة، وما يجب أن يتضمنه من معلومات وبيانات⁽¹⁾.

كما تنظم دفاتر الشروط الملحقة بعقود الامتياز سلطات الإدارة في الرقابة، ومثال ذلك حق موظفي الإدارة المتعاقدة في عقود امتياز القوى الهيدروليكية الدخول إلى مناطق الاستغلال للاطلاع على كافة الوثائق الفنية من رسوم وخرائط ومستندات، وإجراء الاختبارات اللازمة على مستوى القوى للتأكد من كفاءة معدلات الاستغلال⁽²⁾.

كما نظم المشرع المصري سلطة الإدارة المتعاقدة في الرقابة على عقود الامتياز، حيث تحدد غالبا نصوص العقد وكراسات الشروط المواصفات الفنية التي يتعين أن يلتزم بها صاحب الامتياز، وللإدارة الحق في بسط رقابتها بنفسها أو عن طريق فنيين يتم إرسالهم إلى موقع المرفق قصد متابعة عملية التنفيذ، طبقا للمواصفات المتفق عليها في العقد وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون 129 لسنة 1947 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1958، الخاص بإجراءات منح التزام المرافق العامة إلى أنه "يجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير منح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد إلى ديون المحاسبة بمراقبة وإنهاء المرفق وسيره من الناحية المالية أو أن يعهد بالرقابة الفنية الإدارية إلى أي هيئة عامة أو خاصة..."، فللسلطة مانحة الالتزام أن تراقب الملتزم وأن تجربه على تنفيذ كافة الشروط الواردة في وثيقة الالتزام إذا أخل بها⁽³⁾.

2- الرقابة المالية: يقصد بها حق الإدارة مانحة الامتياز في التفتيش على حسابات المتعاقد الخاصة باستغلال المرفق العام، فالمتعاقد في نطاق عقود الامتياز على اختلاف

¹: Article 33 du Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, précité.

²: محمد حسين سعيد أمين، المرجع السابق، ص 344.

³: حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، المرجع السابق، ص 541.

أنواعها يلزم بإمساك دفاتر حسابات منظمة وفقا للقواعد المحاسبية المعمول بها⁽¹⁾، ويلتزم بإعداد حصىلة سنوية يمكن الإدارة المانحة للامتياز من الاطلاع عليها، ويتعين على الملتزم التعاون مع الإدارة بتقديم كل ما تطلبه من وثائق وتتضمن هذه الرقابة أمرين:

- معرفة المعلومات الضرورية عن تسيير المرفق وحالته ونشاطه، الأمر الذي يفرض على الملتزم تسهيل مهمة المندوبين الذين ترسلهم الإدارة للتدقيق في الحسابات.

- توجيه التعليمات الضرورية للملتزم لتدارك ما قد وقع فيه من أخطاء على النحو الذي يحقق أكبر استفادة للمنتفعين بالمرفق⁽²⁾.

وفي الجزائر تم تأسيس هيئات رقابية على عدة مستويات وبأشكال متنوعة منها ما هو مركزي ومنها ما هو محلي، وتمارس نوعين من الرقابة المالية:

- الرقابة السابقة: وتمارس من طرف المراقب المالي، وتكون قبل التأشير وإعطاء الإذن بصرف النفقات، وذلك طبقا لما نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المعدل والمتمم، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها⁽³⁾ والمحاسب العمومي الذي يمارس الرقابة قبل قيامه بعملية دفع مبلغ النفقات على جميع أجهزة الدولة، وذلك بهدف إتمام كافة العمليات المالية ووصفها ومراقبتها واطلاع سلطات الرقابة والتسيير عليها، فعمله مكمل لرقابة المراقب المالي ويمارس مهامه طبقا لأحكام القانون رقم 21/90 المتعلق بالمحاسبة العمومية⁽⁴⁾، فالرقابة السابقة هي إجراء وقائي يهدف

¹: محمد حسين سعيد أمين، المرجع السابق، ص 172.

²: أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 106. انظر أيضا: حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 542.

³: نصت المادة 1/4 منه على أنه: "يمارس الرقابة المسبقة للنفقات التي يلتزم بها، المراقبون الماليون بمساعدة مراقبين ماليين مساعدين طبقا لأحكام هذا المرسوم وللقوانين الخاصة التي تحكمهم".

⁴: قانون رقم 90-21، مؤرخ في 15 أوت 1990، يتعلق بالمحاسبة العمومية، المرجع السابق، ص 1131.

إلى حماية الصفقات العمومية من جميع التلاعبات ومنع وقوع أي تجاوزات غير مشروعة⁽¹⁾.

- الرقابة اللاحقة: تكون هذه الرقابة لاحقة لعملية تنفيذ التصرفات المالية، وتمارس من طرف المفتشية العامة للمالية التي تقوم بمهام التحقيق والتدقيق في مسائل النجاعة في الصفقات العمومية طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 08-272، المؤرخ في 06 ديسمبر 2008 المتعلق بصلاحيات المفتشية العامة للمالية⁽²⁾، ومجلس المحاسبة الذي يعتبر المؤسسة العليا للرقابة اللاحقة لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، ويتولى التدقيق في شروط استعمال وتسيير الأموال العمومية، طبقا لما نص عليه الأمر رقم 95-20 المؤرخ في 17-07-1995، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26-08-2010 المتعلق بمجلس المحاسبة⁽³⁾.

وقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي حق الإدارة في مباشرة الرقابة المالية على نطاق واسع وذلك في حكمه الصادر بتاريخ 18 جويلية 1930 في قضية شركات السكك الحديدية⁽⁴⁾

¹: شيخ عبد الصديق، رقابة الأجهزة والهيئات المالية على الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة المدية، 20 ماي 2013، ص 2 وما بعدها.

²: انظر: ج.ر، عدد50، المؤرخة في 07-09-2008، للمزيد من التفاصيل انظر: علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، 2003-2004، ص 200 وما بعدها.

³: الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17-07-1995، يتعلق بمجلس المحاسبة، ج.ر، عدد39، بتاريخ 23-07-1995، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26-08-2010، ج.ر، عدد50، بتاريخ 01-09-2010.

⁴: C.E 18.07.1930, Société P.L.M.D.P.1931, p 172 .

حسب تقرير مفوض الحكومة (جوس) بشأن هذه القضية فإن الرقابة المالية تنقسم إلى رقابة سابقة ورقابة لاحقة، فالرقابة السابقة تنصب على الميزانيات التي يقدمها الملتزم، وكذلك العقود التي يبرمها مع الغير، وبواسطة هذه الرقابة يمكن للإدارة تنبيه الملتزم إلى الأعمال التي قد تضر بالمصالح المالية للدولة، أما الرقابة اللاحقة فإنها تتضمن تسوية الحسابات بقرار من الوزير المختص وتخول للإدارة حق الاطلاع على المستندات التي ترى ضرورة

ويعهد حاليا في فرنسا الرقابة المالية إلى القضاء المالي المتمثل في مجلس المحاسبة والدوائر الإقليمية للمحاسبة (la cours des comptes et les chambres régionales des comptes) الذي يتولى فحص التقارير التي يقدمها المفوض إليه إلى سلطة التفويض، والاطلاع على الفواتير والسجلات المتعلقة بعقد التفويض، وابداء ملاحظاته وما أتخذ بشأنه من إجراءات⁽¹⁾.

أمّا في مصر فيتولى الجهاز المركزي للمحاسبات مراقبة عقود الالتزام طبقا لنص المادة 07 من القانون رقم 129 لسنة 1947 المعدل السابق الذكر، والتي تنص على أنه " يجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام، أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية...".

ثالثا: حدود سلطة الإدارة في الرقابة في عقود التوريد.

يعرّف عقد التوريد بأنه اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام مع فرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي، تكون لازمة لمرفق عام في مقابل ثمن معين على فترة أو فترات زمنية محددة⁽²⁾.

وتكون سلطة الإدارة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ عقود التوريد متفاوتة بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بعقود توريد عادية أو عقود توريد صناعية.

الاطلاع عليها وحق قبول أو رفض النفقات أو التخفيضات الصورية الواردة على الدخل. منكور في: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 129.

¹: Article L .141.11, du code des juridictions financiers, modifier par: Décret n° 2017-671, du 28 avril 2017, la partie réglementaire du code des juridictions financières, JORF n°0102 du 30 avril 2017 texte n°1.

Disponible sur site: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decree/2017/4/28/PRMX1702105D/jo>
(consulté 16 juin 2017)

²: محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 25.

فإذا كان محلّ الالتزام في عقود التوريد العادية يتمثل في قيام المورد بتسليم أصناف معينة من البضائع، فإن رقابة الإدارة تقتصر على فحص مختلف فئات السلع قبل استلامها لبيان مدى مطابقتها للمواصفات المتفق عليها، بشرط النص على ذلك صراحة في العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به كون المورد هنا حر في تحديد واختيار طرق تنفيذ هذا العقد وتحت مسؤوليته⁽¹⁾.

و في الجزائر غالبا ما تنص دفاتر الشروط الإدارية العامة بتشكيل لجان داخلية تابعة للمصلحة المتعاقدة تقوم بمهمة مراقبة السلع التي يتم توريدها قبل استلامها، والتأكد من مطابقتها للمواصفات المنصوص عليها في دفتر الشروط من حيث الكمية والجودة.

أمّا المشرع الفرنسي فقد نص في القرار المؤرخ في 19 جانفي 2009، المتضمن المصادقة على د.ش.إ.ع لعقود التوريد والخدمات في المادة (1.22) على أن "تخضع الخدمات موضوع العقد إلى المراقبة النوعية والكمية للتأكد من أنها تفي بشروط العقد"⁽²⁾.
أمّا في مصر فقد نصت المادة 93 من اللائحة التنفيذية السابقة الذكر، على أنه "إذا رفضت لجنة الفحص صنفا أو أكثر من الأصناف الموردة، أو وجد فيها نقصا أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة، يخطر المورد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بأسباب الرفض وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلا منها...".

أما إذا كان محلّ الالتزام يتمثل في عقود توريد صناعية الذي يتضمن تسليم منقولات بعد صناعتها، فإن سلطة الإدارة في الرقابة لا تقتصر على فحص الأصناف المتفق عليها فحسب؛ بل تتسع أكثر لتشمل الرقابة الفنية الإدارية، لكنها لا تشمل التوجيه والتدخل في أوضاع التنفيذ، وذلك نظرا للطابع الفني المميز لهذه الطائفة من العقود، لاسيما عندما يتم التعاقد على أجهزة متطورة ومعقدة، كالمطائرات الحربية والصواريخ والغواصات، وأجهزة

¹: Jèze Gaston, Les contrats administratifs, 1ere partie, Paris,1932. 431.

²: Article 22.1 du CCAG FCS "Les prestations faisant l'objet du marché sont soumises à des vérifications quantitatives et qualitatives, destinées à constater qu'elles répondent aux stipulations du marché "

الأقمار الصناعية وغيرها؛ فيحق للإدارة من خلال مندوبيها الدخول إلى أماكن العمل والاطلاع على كافة الوثائق والمستندات اللازمة لمراقبة عملية التصنيع، والتأكد من مطابقتها من الناحية التقنية للمواصفات المتفق عليها، كما تتمتع الإدارة بسلطة الإشراف على العاملين والموظفين في مصانع ومؤسسات المورد ومراقبة خطوات سير العمل⁽¹⁾.

وأيا كان الأمر فإن سلطة الإدارة في رقابة المورد ليست سلطة مطلقة، بل لها حدود لا تتجاوزها مهما اتسعت هذه السلطة، ولا يجوز استعمالها لغرض لا صلة له بتسيير المرفق العام، أو التدخل في إدارة المشروع بطريقة تعوق وتقيد المورد وتمنعه من أداء الأعمال الموكلة إليه بأفضل طريقة ممكنة، وإلا كان تصرفها مشوبا بإساءة استعمال السلطة.

¹: هاني عبد الرحمن اسماعيل، المرجع السابق، ص 818 وما بعدها.

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها.

تتمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة تقديرية واسعة، في توقيع الجزاءات الإدارية التعاقدية على المتعامل المتعاقد الذي أخلّ بالتزاماته التعاقدية، سواء بامتناعه عن تنفيذ العقد أو بالقيام بتنفيذ العقد بشكل مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها، أو بالتأخر عن المواعيد المحددة لمراحل التنفيذ، وتكمن أهمية الجزاءات في أن تعثر قطاع ما في تأدية دوره يؤدي إلى عرقلة مسيرة التنمية، ومن ثم يقتضي استبعاد العناصر غير المجدية من أجل ضمان التنفيذ السليم للمشاريع في مواعيدها المحددة، وفرض جزاءات معينة تكفل للجهة المتعاقدة الحصول على حقوقها في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية⁽¹⁾.

والمسلم به هو أن الجزاءات في العقود الإدارية لا تنحصر في الحقيقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، أي أنها لا تستهدف تقويم اعوجاج سلوك المتعاقد المخلّ، بقدر ما تتوخى تأمين دوام سير المرافق العامة؛ إذ يقتضي سير هذه المرافق أن تتفّذ العقود الإدارية بدقة، ومن ثم فلا يملك المتعاقد مع الإدارة كما هو الشأن في عقود القانون الخاص أن يدفع بعدم التنفيذ أو يمتنع عن الوفاء، إذا ما أخلت الإدارة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية⁽²⁾.

وتتنوع الجزاءات التعاقدية التي يمكن أن توقعها الإدارة على المتعاقد وفقا لطبيعتها بين جزاءات تمس بشكل مباشر ذمته المالية كغرامة التأخير والتعويض (المطلب الأول) وجزاءات مالية لا تتال مباشرة من الذمة المالية للمتعاقد، بقدر ما ترتبه من قيام الجهة المتعاقدة بمصادرة التأمين الذي أودعه لرسو الصفقة عليه، والقيام بذات العمل الذي تعاقد لأجله على نفقته (المطلب الثاني)، وفي جميع الأحوال فإن تلك الجزاءات إنما هي تمثل سلطات استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وبالتالي فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري.

¹: محمد حسن مرعى الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2014، ص 112.

²: نفس المرجع، ص 109.

المطلب الأول: الجزاءات المالية المباشرة.

يقصد بالجزاءات المالية المبالغ المحددة سلفا التي تلزم بها الإدارة المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية، فهي عبارة عن مبالغ مالية بحتة تهدف إلى تغطية الضرر الحقيقي الذي لحق الإدارة بسبب خطأ المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري⁽¹⁾ وتعدّ الجزاءات المالية كأحدى السلطات الاستثنائية التي تمكن الإدارة من استعمال سلطتها وامتيازها في التنفيذ المباشر ضد المتعاقد الذي أخلّ بالتزاماته التعاقدية سواء امتنع عن تنفيذها بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرض أو حلّ غيره محله في تنفيذها دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة⁽²⁾، وتطبق بمقتضى قرار إداري دون حاجة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتوقيع الجزاء ضد المتعاقد المقصر⁽³⁾، وتتمثل هذه الجزاءات المالية المباشرة في غرامة التأخير (الفرع الأول)، والتعويض (الفرع الثاني) وهي على هذا النحو تعتبر من الجزاءات الأكثر تطبيقا في الواقع العملي، وهي ذات تأثير بالغ على المتعاقدين من خلال إجبارهم على الإسراع في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية.

الفرع الأول: غرامة التأخير.

تعتبر غرامة التأخير في مادة العقود الإدارية، الجزاء الذي تفرضه الإدارة على المتعاقد معها عندما يخلّ هذا الأخير في الوفاء بالتزاماته في الآجال المحددة وهي لا تستهدف تحقيق إيراد مالي أو التعويض عن أضرار لحقت بالإدارة المتعاقدة فحسب بل تستهدف أيضا التنفيذ الفعلي والحقيقي للعقد طبقا لمقتضيات المصلحة العامة، من خلال حث المتعاقد وإجباره على احترام مدة التنفيذ⁽⁴⁾.

¹: فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 111.

²: سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 371.

³: De LAUBADERE André. Traité des contrats administratives, op.cit. p 939.

⁴: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 189.

أولاً: مفهوم غرامة التأخير:

عرّفت غرامة التأخير (la pénalité de retard) بأنها تعويض جزافي محدد في العقد ولا مصدر لها سوى نصوص العقد ذاته، ولا يشترط لتطبيقها إثبات الضرر⁽¹⁾، كما عرّفها البعض بأنها "مبلغ نقدي يحدد عادة في العقد الإداري بنسبة معينة من قيمة الأعمال تفرضها الإدارة؛ إذا ما أخلّ المتعاقد معها بميعاد تنفيذ التزاماته العقدية، وذلك ضماناً لانتظام سير المرفق العام"⁽²⁾.

كما عرّفت أيضاً بأنها "المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد معها؛ إذا ما أخلّ بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية"⁽³⁾.

ويترتب على اعتبار غرامة التأخير تعويضاً جزافياً منصوص عليه في العقد، أنه لا يشترط أن يثبت عدم وقوع ضرر للإدارة من جراء تقصير المتعاقد، وذلك بهدف إعفائه من الغرامة بصورة كلية أو جزئية، كما لا يحق للإدارة زيادة مقدار الغرامة عما هو محدد في العقد أياً كانت الأضرار التي لحقتها، وبالمقابل لا يحق للمتعاقد أن يطالب بإنقاص الغرامة لسبب أنها تزيد عن قيمة الضرر الفعلي الذي أصاب الإدارة⁽⁴⁾.

والأصل في توقيع الغرامات المالية على المتعاقد أو إعفائه منها كلها أو جزء منها منوط بتقدير جهة الإدارة، فلها تقدير الظروف التي تحيط بتنفيذ العقد، وظروف المتعاقد وعليه فإن تطبيق عقوبة غرامة التأخير هو حق تعاقدية للإدارة يمكن أن تتخلى عنه بموجب

¹: De LAUBADERE André. Traité des contrats administratives, op.cit, p 440.

²: نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري و أثرها في تسيير المرفق العام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006، ص 14.

³: عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 271.

⁴: مريم محمد أحمد، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والعراقي، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2015، ص 96.

قرار مسبب تتخذه السلطة المختصة⁽¹⁾، وتعتبر غرامة التأخير جزاء مرنا ومناسبا من الناحية العملية، يساهم إلى درجة كبيرة في مواجهة التأخير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بشكل يتفق مع ظروف كل حالة وأحوال كل متعاقد؛ بل أنها تعدّ إجراء لمواجهة اتجاه المتعاقد في التأخير؛ إذ أنه يأخذ في اعتباره أن مجرد تأخيره في تنفيذ التزاماته يؤدي إلى فرض غرامة عليه، مما يدفعه إلى إنجاز تعاقداته في الوقت المناسب⁽²⁾.

ثانيا: خصائص غرامة التأخير: تتميز غرامة التأخير بعدة خصائص تتمثل فيما يلي:

1- غرامة التأخير اتفاقية: من المستقر عليه فقها وقضاء أن غرامة التأخير ذات طبيعة اتفاقية، ومن ثم فإن النص عليها في العقد أو دفتر الشروط ملزم لأطرافه، وليس ذلك فحسب بل إن تحديد مقدارها في العقد واجب إعماله، حتى ولو جاء في التشريع القانوني المعمول به على خلاف ذلك، إذ أنّ من المبادئ المسلم بها أن "الخاص يقيد العام"⁽³⁾.

ولأن شرط غرامة التأخير هو شرط عقدي، فإن كل واحد من طرفي العقد يستطيع أن يتمسك به إزاء الآخر، فليس من حق الإدارة أن تطلب تعويضات تزيد عن القيمة الجزافية المحددة في هذا الشرط بقصد إصلاح الأضرار التي تكبدتها من جراء خطأ المتعاقد كما لا يستطيع هذا الأخير المطالبة بإنقاص قيمة الغرامة عن معدلها المنصوص عليه في العقد، بحجة أنها تزيد عن قيمة الضرر الفعلي الناتج من تأخيره⁽⁴⁾.

¹: CAA de Nancy, 15 février 2007, Société Sitelec Moselec, N° 04Nc01122. cité par: Aiad Shwekat .op.cit. p 152.

²: عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010 ص 41.

³: سعيد عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2007، 2008، ص 204.

⁴: C.E.10 Déc 1965, Société des grands travaux de l'Est et entreprise Eugène Revert .R.P. 681.

مذكور في: نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 63.

وقد أكدّ المشرّع الجزائري على الطابع الاتفاقي للغرامة التأخيرية من خلال المادة 2/147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، التي تنص على أنه "تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط ..."، كما نص المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتقويض المرفق العام على جواز فرض غرامات على المفوض له، إذا تبين أنه أخلّ بالتزاماته، وفق ما تنص عليه الاتفاقية، وذلك بعد توجيه إعدارين له، لتدارك النقائص المسجلة في الآجال المحددة⁽¹⁾ وطبقا للمادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة فإنه "إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق، بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدى للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت...".

أمّا المشرّع الفرنسي فلم يتطرق إلى موضوع غرامة التأخير في التنظيم الجديد للصفقات العمومية، سواء في الأمر الصادر في 23 جويلية 2015، أو المرسوم التنفيذي الصادر في 25 مارس 2016، المتعلقين بالصفقات العمومية، وتم تنظيم شروط تطبيق غرامة التأخير وحسابها في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال العامة⁽²⁾.
إلا أن الفقه في فرنسا أجمع على أنه لا يمكن من حيث الأصل إهدار الاتفاقية الخاصة بغرامة التأخير، حيث يجب على الإدارة أن تطبق الغرامة المنصوص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط الملحقة به، إلا أنه اتفقت أيضا على أن ضرورة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد يعطي الحق لجهة الإدارة اهدار اتفاقية غرامة التأخير واستبدالها بجزء آخر، ولو لم يكن منصوص عليه في العقد، كما أيّد مجلس الدولة الفرنسي هذا الموقف في إعطاء الحق لجهة الإدارة في عدم احترام اتفاقية النص حيث قرر أنه "من الممكن القول حاليا أن ثمة سلطة تقديرية معينة أصبح معترفا بها للإدارة، إذ تستطيع تطبيق الجزاء الذي يبدو لها ضروريا حسب الوسيلة الأكثر فعالية، ليس فقط بالرغم من سكوت العقد، بل أيضا

¹: المادة 62 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتقويض المرفق العام، المشار إليه سابقا.

²: Article 20. du CCAG –Travaux, précité.

على عكس النصوص العقدية ويمكنها تطبيقه بنفسها ودون أن تلجأ إلى قاضي العقد، وهكذا يحطم القضاء شيئاً فشيئاً سلطان دفتر الشروط، ولئن يبقى هذا الدفتر دائماً المستند الهام لوثيقة الالتزام، لكنه لم يعد يقيد الإدارة تماماً"⁽¹⁾.

كما نص **المشرع المصري** في قانون المناقصات والمزايدات في المادة 23 منه على أنه "إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه الغرامة عن مدة التأخير طبقاً للأسس والنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية...". وهو ما استقرت عليه أيضاً الأحكام القضائية الإدارية في مصر؛ فإذا نص العقد على غرامة التأخير وتوافقت إرادة الطرفين على قيمتها، فهي الأولى بالتطبيق ولا يجب النزول عن قيمتها أو زيادتها كمتغير مع الضرر، أما إذا لم يتضمن العقد نصاً في فرض غرامات تأخير، فلا تستطيع الإدارة عندئذ توقيعها على المتعاقد معها وإنما يمكنها اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها⁽²⁾.

2- غرامة التأخير تلقائية: بمعنى أنها تطبق بصورة مباشرة دون حاجة إلى إثبات أن ضرراً ما قد أصاب الإدارة من جراء تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته⁽³⁾، ولا يقبل من المتعاقد إثبات عدم تسبب التأخير في إصابة الإدارة بضرر لكي يتخلص من أداء الغرامة؛ إذ أن الضرر هنا مفترض بقريئة غير قابلة لإثبات العكس، لأن الإدارة حينما حددت موعداً للتنفيذ، قدرت أن حاجة المرفق العام تستوجب تنفيذه خلال هذا الموعد⁽⁴⁾.

وقد أقرّ **المشرع الجزائري** في المادة 1/147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، سلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع غرامة التأخير حيث نصت على أنه "يمكن

¹: نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 79 وما بعدها.

²: نفس المرجع، ص 61-62.

³: ماجد راغب الحلوي، المرجع السابق، ص 151.

⁴: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 289-290.

أن ينجّر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية..."، وبينت الفقرة 3 من نفس المادة، بأن تقتطع العقوبات المالية بموجب بنود الصفقة طبقاً للشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة كما نصت المادة 36 من دفتر ش.إ. المتعلقة بصفقات الأشغال العامة على أنه "إذا وردت في الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير فيجري تطبيقها دون إنذار سابق".

كما ألزم المشرع الفرنسي الإدارة المتعاقدة، أن تقوم بإعذار المتعاقد المقصر قبل فرض جزاء الغرامة عليه، بينما في مصر فلا تلتزم الإدارة بتوجيه أي إعذار قبل فرض الغرامات التأخيرية، بل تقتطع مباشرة من مستحقاته بمجرد حصول التأخير في تنفيذ الصفقة⁽¹⁾ وهذا ما استقرّ عليه قضاء مجلس الدولة المصري من أن "غرامة التأخير تستحق بمجرد انتهاء الفترة المحددة في العقد دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقاتها أصلاً"⁽²⁾.

3- غرامة التأخير مرنة: تستحصل جهة الإدارة مبلغ الغرامة التأخيرية من المتعاقد معها بموجب قرار إداري تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة ودون حاجة لاستصدار حكم قضائي بتوقيعها، وذلك تنفيذاً لامتياز التنفيذ المباشر الذي تتمتع به الإدارة⁽³⁾، لأن هذه الأخيرة ليست ملزمة بتوقيع هذا الجزاء، فهي تتمتع بسلطة تقديرية في توقيع غرامة التأخير وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، فلها أن تستعملها ولها أن تغفلها، وبذلك فإنه لا يكفي مجرد النص على هذا الجزاء في القانون أو العقد كي يصبح مبلغ الغرامة مستحقاً، وإنما يجب أن تقصح الإدارة عن إرادتها في توقيع الجزاء وتبلغه للمتعاقد⁽⁴⁾.

¹: نصت المادة 23 فقرة 2 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، والمادة 83 فقرة 3 من اللائحة التنفيذية على أنه "وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر".

²: حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2002/01/15، في الطعن رقم 45/2800 ق، عليا، مجموعة القوانين والمبادئ القانونية، 2003، ص 236، مذكور في: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 49.

³: عبد الرحمن عباس أديين، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، كلية المستقبل، قسم القانون، مجلة جامعة بابل، المجلد 22، العدد 3، 2014، ص ص 553-565.

⁴: مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 108.

ثالثا: تقدير غرامة التأخير والإعفاء منها.

من منطلق الحرص على حسن سير المرافق العامة، فإنه غالبا ما يتم تحديد مقدار غرامة التأخير إما في القانون أو من خلال العقد الإداري، وعلى الرغم من حق الجهة الإدارية في فرض الغرامة التأخيرية بمجرد تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته في الموعد المحدد، إلا أنه قد يجد هذا التأخير سببا يبرره فيعفى فيها المتعاقد من مسؤولية التأخير.

1- تقدير الغرامة: لا توجد قاعدة عامة تحكم مقدار غرامة التأخير، وإنما يختلف مقدار تحديدها تبعا لنوع العقد وطبيعته، ومدى تأثير التأخير على الاستفادة من الأعمال التي سيتم انجازها⁽¹⁾، وهي تختلف من تشريع لآخر، ففي الجزائر اكتفى المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، بإحالة الأمر إلى دفاتر الشروط المختلفة، وذلك وفقا لأحكام المادة 2/147 التي نصت على أنه "تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها والإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط"، و أوجبت المادة 95 من المرسوم أن تشير كل صفقة عمومية إلى البيانات التي تتضمن "نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها كأحد البيانات الواجب ذكرها في الصفقة"، وهكذا فإن المرسوم لم يحدد مقدارها على عكس المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى، حيث أشار في المادة 24 منه على إلزام الإدارة حال إعدادها لدفاتر شروط المناقصات الدولية ضرورة النص على تطبيق عقوبات مالية قد تصل 20% من مبلغ الصفقة، وهكذا خول المشرع الجزائري بموجب النصوص أعلاه للإدارة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة في حالتين وهما:

¹: منصور ابراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 53، جانفي 2015، ص ص 343 - 395.

أ- حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه: فعندما تتعاقد المصلحة المتعاقدة تضع بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ العقد حتى يتسنى لها الانتهاء من عملية تعاقدية والدخول في علاقة جديدة، أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر والانتقال إلى جزء آخر، ومن هذا المنطلق لا يمكن من حيث الأصل إغفال تحديد مدة تنفيذ العقد كون الأمر يتعلق، بمرفق عام وبخدمات عامة وبمصلحة عامة، لذا وجب تسليط جزاء مالي على كل متعاقد ثبت عدم احترامه أجال التنفيذ، خاصة وأن هذه المدة هي من اقتراح المتعهد أو المتعاقد مع الإدارة، حينما أقبل على إيداع ملف طلب العروض وتعهد باحترام المدة المتفق عليها⁽¹⁾.

ب- في حالة التنفيذ غير المطابق: نفترض في هذه الحالة أن المتعاقد قد أخلّ بالشروط المتفق عليها وكيفيات التنفيذ، فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها، فالوضع الطبيعي أيضا في هذه الحالة هو خضوعه لجزاء مالي⁽²⁾.

أمّا في فرنسا فقد نص دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على الأشغال العامة على "حق الإدارة المتعاقدة في تطبيق غرامة يومية قدرها 3000/1 من المبلغ الإجمالي للصفحة خارج الرسوم، في حالة تأخير المقاول في تنفيذ الأشغال، سواء أكانت تتعلق بكامل العقد أو جزء منه، والتي تم من خلالها تحديد فترة جزائية، أو موعد نهائي للتنفيذ"⁽³⁾.

وإذا كان الأصل في أحكام مجلس الدولة، بأنه ليس من حق الإدارة زيادة قيمة الغرامة عن قيمتها المنصوص عليها في العقد، أيا كانت الأضرار التي تحملتها من جراء تأخير

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الثاني، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2017، ص 23.

² نفس المرجع، ص 25 . أنظر أيضا: سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 92.

³: Article 20.1, du CCAG –Travaux, précité.

المتعاقد في التنفيذ، إلا أن هذا يبقى في الحالات العادية، دون التأخير الجسيم الذي يسمح لجهة الإدارة أن تطبقها مع جزاءات إدارية أخرى أقسى وأشد، ضاغطة أو فاسخة⁽¹⁾.

أما المشرع المصري فقد نص في قانون المناقصات المزادات على مقدار الغرامة التأخيرية في المادة 23 منه على أنه "إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة التأخير طبقاً للأسس والنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة 3% من قيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات وتلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، و10% بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل"، وقد التزم الفقه والقضاء المصريين بالقاعدة القانونية، أن النص الخاص "العقد شريعة المتعاقدين"، يقيد طرفي التعاقد ويجب أن يلتزما بها، وقضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بأن مقدار الغرامة، حسبما نصت عليه شروط العقد هو الواجب إعماله دون النص اللائحي، لأنه الذي تواضعت عليه إرادة المتعاقدين المشتركة⁽²⁾.

2- الإعفاء من غرامة التأخير: إذا كان الأصل هو تمتع الإدارة بحق توقيع جزاء غرامة التأخير على المتعاقد معها متى تأخر عن تنفيذ التزاماته ضمن المدة المحددة، ضماناً لحسن سير المرافق العامة، إلا أنها من جهة أخرى تستطيع إعفاء المتعاقد كلياً أو جزئياً من هذا الجزاء وفقاً لما يترأى محققاً للصالح العام، والواقع أن أساس السلطة التقديرية للإعفاء من غرامة التأخير لا يكمن فحسب في اعتبار جهة الإدارة المتعاقدة هي الأقدر على تقدير احتياجات المرفق العام وضمان حسن سيره بانتظام، وإنما أيضاً قياساً على عدم تحقق الضرر في قرار الإعفاء من غرامة التأخير⁽³⁾.

¹: نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 79-80.

²: نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 82.

³: مدحت أحمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة 2014، ص 105.

وقد استقر الفقه والقضاء في أغلب الدول، على أنه يمكن إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير، ويتخذ هذا الإعفاء صورتين فقد يكون جوازيًا، كما قد يكون وجوبياً:

أ- الإعفاء الجوازي من غرامة التأخير: تتمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة تقديرية في مجال إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير كلياً أو جزئياً، إذا قدرت أن لذلك محلاً، وتأصيل ذلك هو أنه إذا كان امتياز التنفيذ المباشر يخوّل الإدارة سلطة توقيع غرامة التأخير، فمن باب أولى أن تملك الإعفاء من توقيعها⁽¹⁾، ويكون الإعفاء الجوازي في حالتين:

الحالة الأولى: التمديد الإداري لتنفيذ العقد: من القواعد المقررة في تنفيذ العقد الإداري أن المتعاقد يبرأ من كل مسؤولية عند تأخيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إذا كانت الإدارة قد تسببت في زيادة المدة اللازمة لتنفيذ العقد، كأن تكون قد طلبت أثناء تنفيذ العقد إجراء بعض التعديلات والإضافات التي تقتضي بطبيعة الحال زيادة المدة اللازمة للعقد، ففي هذه الحالة لا يكون لها ثمة مبرر لاقتضاء غرامة التأخير عن الفترة التي امتد إليها تنفيذ العقد⁽²⁾.

كما قد يتعرض المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، إلى بعض الصعوبات والعراقيل الجدّية التي تحول دون تمكنه من إتمام التنفيذ في المواعيد المتفق عليها، فتمنحه الإدارة بناء على طلبه مهلة جديدة للتنفيذ، ويكون ذلك مبرراً لإعفائه من توقيع غرامة التأخير عليه⁽³⁾.

الحالة الثانية: الإعفاء الإداري من الغرامة نتيجة ظروف التنفيذ: إذا قدرت الإدارة أن تأخير المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته التعاقدية لم يلحق أي ضرر بالمصلحة العامة، جاز لها وفقاً لسلطتها التقديرية إعفائه من دفع غرامة التأخير المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها، وفي هذا الصدد أشار المشروع الجزائري في المادة 4/147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، إلى أن "القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب

¹: منصور ابراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 369.

²: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 74.

³: عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، قسم الحقوق، جامعة سكيكدة، عدد 35، سبتمبر 2013، ص ص 177 - 188.

التأخير يعود إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة"، ويفهم من هذا النص أن الإدارة وإن كانت تتمتع بسلطة تقدير الإعفاء، إلا أنه لا يجب أن تكون سلطتها مطلقة؛ بل هي في جميع الأحوال مقيدة بأن يكون الإعفاء مقررًا للمصلحة العامة وغير متعارض معها، ويكون الإعفاء بسبب التأخر عن طريق تحرير شهادة إدارية.

كما نص المشرع الفرنسي في المادة (4.20) من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال العامة السابق الذكر، بأن "يعفى المتعاقد من الغرامات التي لا يتجاوز مجموع قيمتها 1000 أورو خارج الرسوم، بالنسبة لكامل العقد"⁽¹⁾، وبمفهوم المخالفة فإن هذه الغرامات تصبح مستحقة إذا تجاوزت قيمتها هذا الحد الأقصى.

ومن جهته قرّر المشرع المصري بموجب المادة 23 من قانون المناقصات والمزايدات لسنة 1998، منح الإدارة سلطة تقديرية في إعفاء المتعاقد معها من جزاء غرامة التأخير بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا لم ينتج عن التأخير أي ضرر.

ب- الإعفاء الوجوبي من غرامة التأخير: إن الالتزام بتنفيذ الأعمال المتفق عليها في العقد هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية؛ فلا يكفي إثبات المتعاقد أنه بذل عناية الشخص المعتاد لتنفيذ العقد في الميعاد المحدد لانتفاء مسؤوليته عن التأخير، بل يجب عليه أن يثبت أن الوفاء بالتزاماته قد استحال بسبب أجنبي لا يد له فيه⁽²⁾، وذلك نتيجة قوة قاهرة أو أن الجهة الإدارية هي المتسببة في هذا التأخير، وعليه يتحقق الإعفاء وجوباً في حالتين:

الحالة الأولى: الإعفاء بسبب القوة القاهرة: يتفق الفقه على أنه إذا طرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروفًا غير متوقعة تسببت في عرقلة حسن تنفيذ العقد؛ فإن للمتعاقد مع الإدارة أن

¹: Article 20. du CCAG –Travaux « Le titulaire est exonéré des pénalités dont le montant total ne dépasse pas 1 000 euros HT pour l'ensemble du marché ».

²: عبد الرحمن عباس أديين، المرجع السابق، ص 560.

يطلب بإعفائه من تطبيق غرامة التأخير⁽¹⁾، ويستقل القضاء وحده بتقدير هذا العذر شريطة أن يكون تنفيذ الالتزام مستحيل استحالة مطلقة ولم يكن في وسع المتعاقد توقعه⁽²⁾، وبما أن القوة القاهرة تعد سببا منطقيا للإعفاء من الغرامة تطبيقا للقواعد العامة، فيما تقضي به من أنه لا تكليف بمستحيل فيجب إعمالها حتى بغير نص.

وقد أخذ المشرع الجزائري بحالة القوة القاهرة لإعفاء المتعاقد من العقوبات المالية حيث نصت المادة 5/147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه " وفي حالة القوة القاهرة تعلق الأجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير....".

كما أخذ المشرع الفرنسي في مختلف دفاتر الشروط الإدارية العامة بحالة القوة القاهرة كسبب لتعويض المتعاقد عما لحق به من خسارة، أو الاستعادة من تمديد المواعيد النهائية للتنفيذ، وهذا ما نصت عليه مثلا المادة (3.18) من دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال العامة⁽³⁾.

وسار المشرع المصري على نفس النهج في المادة 23 من قانون المناقصات والمزايدات المشار إليه سابقا، حيث يتم إعفاء المتعاقد من الغرامة بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته.

الحالة الثانية: الإعفاء بسبب فعل الإدارة: إذا تسببت الإدارة في تأخير تنفيذ الالتزام التي تقع على عاتق المتعاقد معها نتيجة خطأ منها أو إهمالها؛ أو بسبب تعديل العقد، فلا يحق لها فرض غرامة التأخير على المتعاقد، مثل تأخير المتعاقد في تسليم المبنى الذي بناه بسبب تأخير الإدارة في تسليمه الأرض التي سيقام عليها في الموعد المحدد، أو تأخيره في تجهيز مستشفى معين بالأجهزة الطبية المستوردة لصدور قرار من الإدارة بإغلاق باب

¹: مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 109.

²: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 65.

³: Article 18.3 du CCAG –Travaux « En cas de pertes, avaries ou dommages provoqués sur ses chantiers par un phénomène naturel qui n'était pas normalement prévisible, ou en cas de force majeure, le titulaire est indemnisé pour le préjudice subi... »

الاستيراد لمدة معينة... الخ⁽¹⁾، وإعفاء المتعاقد في هذه الحالة هو من مقتضيات العدالة، حتى لا يتحمل استحالة تنفيذ التزام لأسباب لا دخل له فيها، وحتى لا تستفيد الإدارة من خطئها أيضا.

الفرع الثاني: التعويض.

يعتبر التعويض من الجزاءات المالية المباشرة التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها في حالة خلو العقد من أية جزاءات مالية، لمواجهة إخلاله في تنفيذ التزاماته التعاقدية⁽²⁾. ومن المعلوم أن نظرية التعويض في العقود الإدارية تختلف تماما عن تلك التي يعرفها القانون الخاص وذلك فيما يتعلق بإجراءات تغطيتها، حيث يدخل جزاء التعويض ضمن امتيازات الإدارة المتعاقدة، استنادا إلى ما لها من سلطة التنفيذ المباشر لاقتضاء حقوقها تعويضا عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة تقصير أو إهمال أو عدم وفاء المتعاقد معها بالتزاماته، دون الرجوع إلى القضاء⁽³⁾، وإن كان قرارها في نهاية الأمر خاضع لرقابة القضاء للتأكد من قيامه على سبب يبرره وخلوه من الانحراف بالسلطة، وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بسلطة الإدارة في تحصيل التعويض عن الأضرار التي لحقتها جراء تقصير المتعاقد معها منذ حكمه الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 1929، في قضية (شركة ملاحه جنوب الأطلنطي Compagnie de navigation sud-Atlantique)⁽⁴⁾، وأجاز القضاء أيضا لجهة الإدارة المتعاقدة في حالة عدم وجود نص في العقد يعالج مسألة التعويض أن تحدد قيمة التعويض الذي تستحقه نتيجة الضرر الذي أصابها بإرادتها المنفردة، كما يجوز لها أن تترك تقدير قيمة التعويض للجهة القضائية، وللمتعاقد أن ينازع في هذا الأمر أمام القضاء⁽⁵⁾.

¹: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 70.

²: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 509.

³: محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 146. مدحت أحمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 55.

⁴: CE, 11 octobre 1929, Compagnie de navigation Sud-Atlantique, Lebon, P. 892. citer par: Muhannad AJJOUR. op.cit. p.481.

⁵: محمد العموري، العقود الإدارية، الجامعة الافتراضية السورية، المشاع المبدع، سوريا 2018، ص 94.

وعليه سنتطرق إلى مفهوم التعويض وشروطه (أولاً)، ثم نستعرض كيفية تقدير التعويض (ثانياً).

أولاً: مفهوم التعويض وشروطه:

1. تعريف التعويض: يجمع غالبية الفقه العام على أن التعويض "عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها، إذا أخلّ بالتزاماته التعاقدية حالة سكوت العقد أو دفاقر الشروط عن النص على جزاء مالي آخر كالغرامات، لمواجهة هذا الإخلال"⁽¹⁾.

كما عرّف التعويض بأنه "مبلغ من المال يدفعه من أخلّ بالتزام تعاقدي (أو قانوني) مقابل الضرر الذي أحدثه بسبب ذلك الإخلال"، أو هو "الجزء الأصيل المقابل لإخلال المتعاقد بالتزاماته مما يلحق الضرر بالمشروع العام"⁽²⁾.

ويتضح من خلال هذه التعاريف بأن التعويض كجزاء مالي، يهدف إلى جبر الضرر الذي تتعرض له الإدارة نتيجة تقصير الطرف الآخر، كما أن التعويض كمبدأ عام لا يكون محددًا ومقدراً مقدماً في العقد وإلاّ أصبح في حكم الغرامات، والقول بغير ذلك مخالف لقواعد و أحكام نظرية الجزاءات في العقود الإدارية⁽³⁾، وللإدارة السلطة التقديرية في اختيار الوقت الذي توقع فيه جزاء التعويض وفقاً لما تراه محققاً لضمان سير المرفق العام.

2. شروط التعويض: بما أن نظام التعويض يخضع في أحكامه إلى المبادئ العامة التي ترتبط بنظرية المسؤولية التعاقدية، فإن الإدارة لا تستطيع ممارسة سلطتها الجزائية بطريق التعويض إلاّ إذا لحق بها ضرر بسبب إخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ العقد، وعليه

متاح على الموقع: <https://pedia.svuonline.org/course/view.php?id=276> تاريخ الإطلاع: (13جويلية 2018)

¹: De LAUBADERE André. Traité des contrats administratifs, op.cit. p 145.

²: منكور في: فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص154-155.

³: سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص227.

فلا بد من توفر أركان المسؤولية العقدية والمتمثلة في الخطأ والضرر، وتحقق العلاقة السببية بينهما.

أ- الخطأ: يعرف الفقه الخطأ العقدي بأنه "إخلال بالالتزام عقدي، أي إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه الناشئ عن العقد، والالتزام العقدي الذي يعدّ الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزاما ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة⁽¹⁾، وسواء كان هذا الخطأ عن عمد أو إهمال في الإخلال بالتزام تعاقدية فإنه يتخذ صورتين: أحدهما إيجابية والذي يعني تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، بشكل مخالف لما أتفق عليه، أو لا يحقق الغاية المرجوة منه، وأخرى سلبية تتمثل في امتناع المتعاقد عن القيام بالتزاماته العقدية كلها أو جزء منها⁽²⁾.

ب- تحقق الضرر: كي تتمكن الإدارة المتعاقدة المطالبة بالتعويض، فإنه يجب أن يكون الضرر محقق الوقوع سواء كان وقوعه حالا أو مستقبلا، أما الضرر غير المحقق الوقوع فلا يصلح كشرط في التعويض لقيام مسؤولية المتعاقد، كما يشترط أن يكون الضرر مباشرا، بمعنى أن يكون نتيجة طبيعية للخطأ، وأن يكون هذا الضرر متوقع في سببه ومقداره ومداه طبقا للمجرى العادي للأمر⁽³⁾، ولا يشترط أن يكون الضرر جسيما بل يكفي أن يكون بسيطا للمطالبة بالتعويض و يقع على الإدارة عبء إثبات الضرر⁽⁴⁾.

ج- علاقة السببية بين الخطأ والضرر: لا تقوم المسؤولية العقدية بتوافر ركني الخطأ والضرر، بل لا بد أن تكون هناك علاقة تربط بين الخطأ الحاصل وحدث الضرر، بمعنى

¹: فارس مخلف خلف الدليمي، الجزاءات المالية في العقد الإداري (دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني)

مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2016، ص 118.

²: بن عبد المالك بوفلحة النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، (قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام رقم 15-247)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، العدد 17 جوان 2017، ص ص 119 - 128.

³: حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، المرجع السابق، ص 619.

⁴: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 91، 92.

أن خطأ المتعاقد هو السبب في حصول الضرر للإدارة، بحيث تتعدم مسؤوليته إذا كان الضرر يرجع إلى سبب خارجي⁽¹⁾.

ثانياً: كيفية تقدير التعويض.

يذهب غالبية الفقه إلى أن النظام القانوني للتعويضات في الإداري، يتشابه مع النظام المدني، فيما يخص كيفية تقدير التعويضات وكذلك اشتراط ركن الضرر، ولكنهما يختلفان في كيفية تحصيل هذه التعويضات، فبينما لا يحكم القاضي بالتعويض في القانون الخاص إلا في حالة ثبوت الضرر، فإن التعويض في العقد الإداري يتم على أساس جسامته الضرر الذي لحق بالإدارة مع الأخذ بعين الاعتبار أخطاء الطرفين وفقاً لقواعد القانون المدني⁽²⁾.

ويتضمن تقدير التعويض استناداً إلى القواعد العامة في القانون الخاص، ما لحق بالإدارة من خسارة فعلية وما فاتها من كسب، جراء إخلال المتعاقد في تنفيذ التزامه وقت وقوع الضرر الحقيقي، مع الأخذ بعين الاعتبار - أثناء تقدير التعويض - الأخطاء والأعمال التي ساهمت بها الإدارة والتي أدت إلى حدوث الخطأ وتحقق الضرر⁽³⁾.

و في الجزائر نجد أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، لم يشر صراحة إلى كيفية تقدير التعويض وطرق تحصيله، إلا أنه باستقراء المادة 152 منه يمكن أن نستشف بأن هناك إشارة واضحة إلى التعويض الذي توقعه الإدارة نتيجة الضرر الذي لحق بها حيث جاء فيها "... والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها ..."، ولا يوجد نص صريح يعطي الإدارة الحق في تقرير التعويض وخصمه من مستحقات المتعاقد أو تأميناته دون مراجعة القضاء، ولهذا جدير بالمشروع حتى يزول كل لبس بهذا الصدد، الإفصاح بوضوح عن حق الإدارة في تحصيل التعويض من تلقاء نفسها

¹: ضرار القزاز، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية والضاغطة في العقود الإدارية، دراسة مقارنة (فرنسا، مصر، سورية)، مجلة جامعة البعث، كلية الحقوق، جامعة بلاد الشام، المجلد 39، العدد 51، 2017 ص ص 147 - 183.

²: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 510.

³: فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 160.

وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة لا يمكنها المطالبة بالتعويض إلا بعد إذار المتعاقد معها وذلك لأن المتعاقد لا يأخذ على تراخيه في التنفيذ إلا من وقت إذاره.

وبالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال العامة لاسيما المواد (35،36،48) منه، يستفاد أن التعويض يقتطع من المبالغ التي يستحقها المتعاقد أو من ضمانه، ولا يحول ذلك دون ممارسة الإدارة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد، وأن التعويض يمكن أن تقدره الإدارة تلقائياً، على أن ينازع المتعاقد هذا التقدير أمام القضاء إن أراد ذلك⁽¹⁾.

أمّا في فرنسا فقد درج مجلس الدولة الفرنسي على أن تقدير التعويض أمر متروك للسلطة التقديرية للإدارة، فلها أن تحدده مقدماً وتلزم المتعاقد بدفعه، على أن ينازع المتعاقد في هذا التقدير أمام القضاء ويجوز للقاضي الحكم بإنقاص قيمة التعويض إذا كان مبالغاً في تقديره أو إعفاء المتعاقد منه نهائياً إذا لم يكن لهذا التعويض أساس قانوني⁽²⁾، ويسمح المشرع الفرنسي - في كثير من الأحيان - للإدارة باللجوء إلى تحصيل قيمة هذه التعويضات من تلقاء نفسها عن طريق أوامر الدفع التي تصدرها بإرادتها المنفردة، على أن تراعي الإدارة أنه ليس من حقها أن تقرر خصم هذه التعويضات من مبلغ التأمين المالي المودع عندها، إلا في حالة وجود شرط في العقد يجيز لها ذلك⁽³⁾.

أمّا في مصر فقد استقر الفقه والقضاء على عدم جواز لجوء الإدارة إلى اقتضاء التعويض من تلقاء نفسها وإنما عليها أن تسلك طريق القضاء، إلا أنه ليس ثمة ما يمنعها من فرض التعويض بإرادتها المنفردة إذا كان هناك نص في العقد يمنحها هذا الحق⁽⁴⁾.

¹: سعيد عبد الرزاق باخبيبره، المرجع السابق، ص 233، نظر أيضاً: سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 115.

²: سعيد عبد الرزاق باخبيبره، ص 230. أنظر أيضاً سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 115.

³: فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 161.

⁴: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 512.

وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا حيث ذهبت إلى أنه " لا وجه لإلزام الإدارة بأن تلجأ إلى القضاء لتحصل على حكم بالتعويض، ما دام أن العقد يخولها صراحة الحق في إجراء المقاصة، من أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق للمتعاقد معها، مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها -أو أية مصلحة حكومية أخرى- عن كل خسارة تلحقها فإذا كان العقد قد نص أيضا، على أن يكون ذلك بدون الإخلال بحق المصلحة في المطالبة قضائيا بالخسارة التي يتيسر لها استردادها، فهذا بالضرورة لا يعني إلزام المصلحة بالالتجاء القضاء، مادام أن في حوزتها القدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن الأضرار بل النص يعني تخويل الإدارة حق الالتجاء إلى القضاء، إذا لم تكف المبالغ التي في حوزتها لجبر الضرر كاملا"⁽¹⁾.

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكم آخر لها على أنه "إذا تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزامه وأصاب الإدارة ضرر من جراء هذا التأخير، فإن للإدارة أن تطالبه بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها"⁽²⁾.

و لقد نص المشرع المصري في المادة 26 من القانون رقم 89 لسنة 1998 المتعلق بالمناقصات والمزايدات المشار إليه سابقا، على أنه " يكون للجهة الإدارية الحق في أن تخصم ما تستحقه من تعويضات أو غرامات من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاتها لدى أية جهة إدارية أخرى، أيا كان سبب الاستحقاق دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري".

¹: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1180، س 8 ق، جلسة 1965/11/27، 51/07/11، مجلس الدولة المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما 1965-1980، ص 1871، مذكور في: فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 162.

²: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3761 لسنة 41 ق، جلسة 1997/10/28، موسوعة أحكام المحكمة العليا في خمسين عاما، ص 2307، مذكور في: فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 163.

ويمثل هذا النص تطبيقاً لما للإدارة من امتياز التنفيذ المباشر في الحصول على تعويضات لدى المتعاقد، ويمكن اقتضائها بثلاث طرق وهي: الحصول على التعويض من مستحقات المتعاقد معها، أو اقتضاء هذا المبلغ مما يكون له لدى أية جهة إدارية أخرى أو اتخاذ إجراءات الحجز والبيع الإداري لمعدات وآلات المتعاقد لديها أو لدى الغير⁽¹⁾. وأخيراً فإننا نرى بأنه لا يوجد ثمة مانع من فرض الإدارة جزاء التعويض على المتعاقد معها لتغطية الأضرار الحقيقية التي لحقت بها، طالما أنه يتم تحت الرقابة القضائية التي تشكل ضماناً للمتعاقد من تعسف الإدارة في تقديرها للتعويض.

المطلب الثاني: الجزاءات المالية غير المباشرة.

يقصد بالجزاءات المالية غير المباشرة تلك الجزاءات التي لا تتال مباشرة من الذمة المالية للمتعاقد بقدر ما أنها ترتب آثاراً مالية تتمثل في مصادرة التأمين الذي تقدم به لرسو الصفقة عليه، أو القيام بنفس العمل الذي تعاقد عليه على نفقته؛ فإذا كانت الجزاءات المالية المباشرة عبارة عن مالا يدفعه مباشرة، فإن الجزاءات المالية غير المباشرة عبارة عن مصادرة لمال كان المتعاقد قد دفعه سلفاً، أو تنفيذ لعمل يعهد به إلى الغير وعلى حسابه.

فالجزاءات المالية غير المباشرة هدفها أيضاً هو ضمان تأمين سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، ويخول الإدارة المتعاقدة اقتضاء حقوقها اتجاه المتعاقد بإرادتها المنفردة دون عرض النزاع على القضاء، وتتمثل هذه الجزاءات في مصادرة التأمين (الفرع الأول) والتنفيذ على حساب المتعاقد (الفرع الثاني).

¹: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 98-99.

الفرع الأول: مصادرة التأمين.

يعتبر مصادرة التأمين أحد أهم الجزاءات التي توقعها الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها في حالة إخلاله أو تأخره في تنفيذ العقد، وذلك حرصاً منها على تنفيذ عقودها بأقصى درجات الدقة، وتوفير أكبر قدر من الضمانات التي تمكّنها من حسن التنفيذ، ومن المسلم به أن العقود الإدارية تخضع في إبرامها لقاعدة مفادها لا عطاء بغير تأمين؛ إذ أنّ هذا الأخير يعدّ بمثابة ضمان مالي يؤمّن لجهة الإدارة مواجهة المتعاقد معها من استيفاء المستحق لها قبله في حالة عدم قيامه بتنفيذ التزاماته العقدية من جهة، وإصلاح العيوب التي يرتكبها في تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها من جهة أخرى⁽¹⁾، وعليه سنتطرق إلى ماهية مصادرة التأمين وأنواعه (أولاً)، ثم نتطرق إلى نطاق مصادرة التأمين (ثانياً).

أولاً: ماهية مصادرة التأمين:

1- تعريف مصادرة التأمين: التأمين هو "مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية المتعاقدة لتتقي به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها قدرته على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره"⁽²⁾، أما مصادرته فيعني "استيلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد مع الإدارة ليضمن لها ملاءته لمواجهة مسؤوليته في حال إخلاله بشروط العقد"⁽³⁾، وينطوي مصادرة التأمين على معنى العقوبة أو الجزاء المالي الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها، إذا ما أخلّ بالتزاماته التعاقدية، وتمثل قيمة الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة رغماً عن المتعاقد المقصّر، لذلك ليس من المجدي بالنسبة للمتعاقد التحدي بأن الضّرر الذي لحق بالإدارة يقلّ عن قيمة مبلغ التأمين⁽⁴⁾.

2- أنواع التأمين: التأمين على نوعين ابتدائي أو مؤقت وتأمين نهائي.

¹: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 101.
²: محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 144.
³: ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 118.
⁴: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 213.

فالتأمين الابتدائي أو المؤقت يقصد به التأمين الذي يدفع من قبل المتقدم بالعبء وذلك لضمان مدى جديته في الاشتراك في المناقصة والإبقاء على عطائه طوال المدة المقررة لسريانه، وعادة ما يكون نسبة محددة من قيمة العبء موضوع التعاقد⁽¹⁾.

أما التأمين النهائي فيقصد به التأمين الذي يدفعه من يرسو عليه العبء لضمان حسن تنفيذ التزاماته طبقاً لشروط العقد، ومعرفة ملاءة المتعاقد مع الإدارة إزاء المسؤوليات التي تواجهه عن قيامه بتنفيذ العقد⁽²⁾.

إن الغرض الأساسي من التأمين بنوعيه المؤقت والنهائي في العقود الإدارية هو ضمان انضباط المتعاقد مع الإدارة في أداء التزاماته التعاقدية، وفقاً لما وردت في شروط العقد.

3- خصائص مصادرة التأمين: يتميز جزء مصادرة التأمين بالخصائص التالية⁽³⁾:

- تتمتع المصلحة المتعاقدة بحق مصادرة التأمين عند التقصير في تنفيذ العقد حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد، لأنه لا يمكن تصور قيام التأمين ما لم يكن للإدارة الحق في مصادرته في حالة عدم التنفيذ، وإلا لما كان هناك محل أصلاً لاشتراط دفع التأمين.

- تملك الإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية في توقيع جزء مصادرة التأمين بإرادتها المنفردة عن طريق التنفيذ المباشر ودون حاجة لالتجائها إلى القضاء.

- توقع الإدارة المتعاقدة جزء مصادرة التأمين على المتعاقد الممتنع أو المتعاس عن تنفيذ التزاماته التعاقدية دون حاجة لإثبات الضرر الذي لحق بها، لأن الضرر مفترض وغير قابل لإثبات العكس.

¹: محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 118.

²: فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 137.

³: محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 318 وما بعدها.

- يمثل التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضائه، ولا يمثل الحد الأقصى لما قد يطلب من تعويض، ومن ثم فلا يحق للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يثبت بأن الضرر الذي لحق بها يقل عن مبلغ التأمين.

- إذا نص العقد على نسبة معينة للتأمين المصادر فيتعين على الإدارة احترام هذه النسبة وعدم تجاوزها، وإذا كان مبلغ التأمين المصادر يكفي لجبر الضرر اللاحق بالإدارة كله؛ فلا محلّ للحكم بتعويض آخر إلا إذا تم الاتفاق على غير ذلك، أما إذا كانت قيمة التأمين المصادر غير كافية لجبر الضرر فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبره.

- يمكن للإدارة المتعاقدة بناء على سلطتها التقديرية أن لا تصدر التأمين، إذا قدرت مثلا أنه لم يلحقها أي ضرر جزاء إخلال المتعاقد معها، لكن لا يمكنها أن تتنازل عنه مقدما.

- تنأى سلطة الإدارة في مصادرة التأمينات عن رقابة القضاء الإداري، إلا إذا شابها وجه من أوجه عدم المشروعية، واقتربت بإساءة استعمال السلطة.
ثانيا: الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين.

يكمن الاختلاف حول الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين في الفقه الإداري، في كونها تتشابه مع الشرط الجزائي أو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي في عقود القانون الخاص، حيث يكمن أوجه الشبه بينهما في فرضهما على المتعاقد عند تقصيره وإخلاله في تنفيذ إحدى التزاماته التعاقدية، ولكنهما يختلفان من حيث أن الإدارة في العقود الإدارية تستطيع فرض مصادرة التأمين عن طريق التنفيذ المباشر بموجب قرار صادر بإرادتها المنفردة، ودون اللجوء إلى القضاء، ودون إثبات الضرر الذي ألحق بها من جزاء الإخلال بشروط العقد⁽¹⁾.

¹: محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 144.

وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على اعتبار مصادرة التأمين حقا من حقوق الإدارة، تفرضه على المتعاقد معها بما تملكه من سلطة التنفيذ المباشر، ولا يمكن لها أن تتنازل عن هذه السلطة وهي بصدد فرض الجزاءات على المتعاقد معها⁽¹⁾.

كما اعتبر الفقه والقضاء في فرنسا أنه من الجزاءات المالية التي يمكن توقيعها على الملتزم عند إسقاط الالتزام، فقدان التأمين الذي سبق أن دفعه الملتزم عند التعاقد حيث تنص دفاتر الشروط عادة على أنه في حالة إسقاط الملتزم يصبح التأمين أو الجزء الباقي منه ملكا للإدارة⁽²⁾، وعند الفسخ الجزائي لعقد التوريد، للإدارة المطالبة بالتعويض لجبر الضرر الذي لحقها من إخلال المورد بالتزاماته العقدية ولها في سبيل ذلك مصادرة التأمين⁽³⁾، وقد قرّر مجلس الدولة الفرنسي أيضا أن "المقاول المفسوخ عقده، يتحمل جميع النفقات التي أنفقتها الإدارة في سبيل إبرام العقد مع مقاول آخر، ولها في سبيل ذلك اقتطاع قيمة هذه النفقات من مبلغ التأمين"⁽⁴⁾.

وبناء على ما تقدم فإن مصادرة التأمين ذو طبيعة مزدوجة فهو تعويض اتفاقي وشرط جزائي بين المتعاقد والإدارة كحد أدنى للضرر المتوقع حدوثه في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته، وهو حق للإدارة، وقد استقرت المحكمة الإدارية العليا بمصر على أن التأمين هو شرط جزائي يحدد مقدما باتفاق الطرفين قيمة التعويض عن الاخلال بشروط التعاقد⁽⁵⁾.

¹: فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 143.

²: C.E.24.07.1914, BERGAUD Rec.p.949 . مذكور في نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 323

³: C.E.29.06.1927 HUGUENIN Rec. p.723. نفس المرجع، ص 224

⁴: C.E 17.03.1972 technical. Rec .p. 403 . نفس المرجع، ص 224

⁵: فارس مخلف خلف الدليمي، المرجع السابق، ص 133 وما بعدها.

ثالثا: استحقاق مصادرة التأمين والإعفاء منه.

1- استحقاق مصادرة التأمين: إذا كان التأمين في ذاته ضمانا، فإن مصادرته هو الجزاء الذي يتقرر لمواجهة اختلالات التنفيذ من جانب المتعاقد، ويمكن التمييز بين نوعين من مصادرة التأمين تبعا للمراحل التي يمر بها العقد الإداري وهي حالات أثناء إبرام العقد الإداري، وحالات أثناء تنفيذ العقد.

ففي مرحلة إبرام العقد الإداري يمكن للمصلحة المتعاقدة مصادرة التأمين إذا تنازل حائز الصفقة قبل تبليغه بها أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الصفقة بعد رسوها عليه خلال المدة التي تحددها الإدارة المتعاقدة في هذا الشأن.

أمّا في مرحلة تنفيذ العقد الإداري فيتم مصادرة التأمين في حالة امتناع المتعاقد عن تنفيذ العقد بعد إبرامه، أو تنفيذه بشكل مخالف للشروط المتفق عليها.

ويتعين على الإدارة كي تستعمل سلطتها في مصادرة التأمين وجوب تحقق سبب استحقاقه وهو إخلال المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري، ويتم بقرار منها على أساس سلطتها في التنفيذ المباشر، دون حاجة إلى حكم قضائي ودون إثبات أن هناك ضرر لحقها جراء إخلال المتعاقد بشروط العقد؛ فالضرر هنا مفترض ولا يخضع توقيع هذا الجزاء لرقابة القضاء، إلا إذا شابه عدم المشروعية أو اقترن بإساءة استعمال السلطة⁽¹⁾

وقد أكد المشرع الجزائري على حق المصلحة المتعاقدة في مصادرة التأمين، عندما ألزمها بموجب المادة 124 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها ولضمان أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة، وعادة ما ينص على هذه الضمانات التي يقدمها المتعاقد ويضعها تحت تصرف المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط، وذلك حرصا منها

¹: ضرر القزاز، المرجع السابق، ص 162.

على أن يتم تنفيذ عقودها بأقصى درجات الدقة وتوفير أكبر قدر من الضمانات التي تمكّنها من حسن التنفيذ، ومن أهم هذه الضمانات:

- كفالة التعهد: وتسمى أيضا ضمان التعهد وهي " مبلغ مالي يدفعه المتعهد الذي قدم عرضه في إطار المنافسة من أجل الظفر بالصفقة المطروحة للتعاقد، وهذا كضمان لجدية وحسن نية في دخول معترك المنافسة، ومن ثم يبقى عرض المتعهد قائما إلى حين إتمام ترتيبات وإجراءات إلزام الصفقة⁽¹⁾، وتقدم هذه الكفالة في صفقات الأشغال واللوازم التي تتجاوز قيمتها الحدود المنصوص عليها في المظتين 1 و 2 من المادة 184 من هذا المرسوم والتي يجب أن تفوق 1% من مبلغ العرض، أما صفقات الخدمات والدراسات فإنها مستثناة منها، وهدفها هو إلزام المتعهد الذي قبل عرضه لإبرام العقد مع المصلحة المتعاقدة فإذا رفض التعاقد دون مبرر شرعي منع من استردادها كعقوبة مالية ضده⁽²⁾.

وتردّ هذه الكفالة إلى المتعهد الذي لم يقبل عرضه، إذا لم يقدم طعنا بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن، كما تردّ كفالة المتعهد الذي لم يقبل والذي قدم طعنا عند تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة، أما كفالة الحاصل على الصفقة فتردّ بعد وضع كفالة حسن التنفيذ⁽³⁾.

- كفالة حسن التنفيذ: وهي من أبرز الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة مصرفية التي شدّد المشرع على ضرورة تقديمها من طرف المتعاملين المتعاقدين سواء الوطنيين منهم أو الأجانب⁽⁴⁾، يحدد مبلغها بنسبة تتراوح بين 5% و 10% من مبلغ الصفقة، حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها⁽⁵⁾، حيث حدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح

¹: بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 35.

²: مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 84.

³: المادة 125 فقرات 4. 5. 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

⁴: خلاف فاتح، المرجع السابق، ص 72.

⁵: المادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المشار إليه سابقا.

بين 1% الى 5% من مبلغ الصفقة، بالنسبة للصفقات العمومية التي تبلغ الحدود المنصوص عليها في المطات من 1 الى 4 من المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أما فيما يخص صفقات الخدمات والدراسات، فيمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ باقتطاعات حسن التنفيذ، عندما ينص دفتر شروط الدعوة للمنافسة على ذلك⁽¹⁾.

- كفالة رد التسبيقات: التسبيق هو كل مبلغ يدفع للمتعاقل المتعاقل قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة⁽²⁾، فيقدم المتعاقل المتعاقل مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع كل مبلغ يدفع له، يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري، أو صندوق ضمان الصفقات العمومية بالنسبة للمتعاقلين المتعاقلين الوطنيين، بينما يجب أن تصدر عن بنك خاضع للقانون الجزائري وأن يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى إذا تعلق الأمر بالمتعاقلين المتعاقلين الأجانب⁽³⁾.

- كفالة الضمان: تتعلق هذه الكفالة بالصفقات التي تنص على أجل ضمان حيث تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان، كما يمكن أن يتحول اقتطاع حسن التنفيذ إلى اقتطاع ضمان ويسترجع المتعاقل هذه الكفالة كليا خلال أجل شهر يحتسب ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة العمومية، وذلك طبقا للمادة 134 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، حيث جاء فيها "تسترجع كفالة الضمان المذكور في المادة 131 أعلاه أو اقتطاعات الضمان المذكور في المادتين 132 و133 أعلاه، كليا في مدة شهر واحد، ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة"⁽⁴⁾.

أما المشرع الفرنسي فقد تطرق إلى موضوع التأمين تحت عنوان "الضمانات" في الأمر رقم 15-2015-899، المتعلق بالصفقات العمومية المشار إليه سابقا، حيث نصت المادة 61

¹: المادة 132 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

²: المادة 1/109 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³: المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴: خلاف فاتح، المرجع السابق، ص 72.

منه على أنه "يجوز أن تنص الصفقات العمومية على نفقة صاحب الصفقة، اقتطاع الضمان ضمانا على الطلب الأول أو كفالة شخصية وتضامنية، وفقا للشروط والاستثناءات المنصوص عليها عن طريق التنظيم"، ثم جاء المرسوم التنفيذي رقم 2016-360 المشار إليه سابقا، و أوضح في المواد (122- 124) منه، موضوع اقتطاع الضمان، حيث نصت المادة 122 على أنه " لا يمكن أن يتجاوز مبلغ اقتطاع الضمان 5% من المبلغ الأصلي أو عند الاقتضاء مبلغ تعديلات العقد محل التنفيذ، والغرض الوحيد لمبلغ اقتطاع الضمان هو تغطية ما تبديه الإدارة من تحفظات عند استلامها الأشغال، التوريدات أو الخدمات أو تلك التي تم صياغتها، عند الاقتضاء خلال فترة الضمان، وتشمل هذه الفترة العيوب الخفية أو التي لم يكن من المستساغ تحديد نتائجها عند وقت الاستلام⁽¹⁾.

ويمكن للمتعاقد الاستعاضة عن اقتطاع الضمان ما لم تعارض السلطة المتعاقدة ذلك بضمان عند الطلب الأول أو كفالة شخصية وتضامنية، لا تتجاوز قيمتها مبلغ اقتطاع الضمان⁽²⁾، كما بينت المادة 124 من المرسوم المذكور أعلاه، على أن يتم رفع اليد عن الضمان عند الطلب الأول أو الكفالة الشخصية والتضامنية المحتفظ بها كضمان لدى الإدارة في ظرف شهر على الأكثر من تاريخ انتهاء آجال الضمان.

أمّا في مصر فقد حدد المشرع المصري قيمة التأمين المؤقت المرفق مع كل عطاء بما لا يتجاوز (2%) من القيمة التقديرية للعملية المطروحة⁽³⁾، أما قيمة التأمين النهائي فقد تم تحديده بنسبة (5%) من قيمة التعاقد⁽⁴⁾.

¹: Article 122 du décret n° 2016-360, précité.

²: Article 123 du décret n° 2016-360, précité.

³: المادة 17 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، المشار إليه سابقا.

⁴: المادة 18 من قانون المناقصات والمزايدات.

ويتم أداء التأمينات نقدا بإيداعها خزينة الجهة الإدارية، كما تقبل الشيكات بشرط التأشير عليها بالقبول من المصرف المسحوب عليه، كما يمكن أن تؤدي التأمينات في صورة خطاب ضمان صادر من أحد المصارف المحلية المعتمدة⁽¹⁾.

وباستقراء المادة 26 من قانون المناقصات والمزايدات السابق الذكر، نجد أنها قد حددت حالات توقيع جزاء مصادرة التأمين النهائي بحالتين⁽²⁾:

- حالة فسخ العقد: إذا ثبت أن المتعاقد قد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب مع جهة الإدارة أو في حصوله على العقد، أو إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.
- الشراء على حساب المتعاقد: إذا ما أخلّ المتعاقد بتنفيذ العقد، بأن امتنع عن التوريد في الميعاد المحدد أو خلال المهلة الإضافية، وآثرت جهة الإدارة عدم إنهاء العقد، وإنما القيام بالتنفيذ على حساب المتعاقد، فإن التأمين النهائي يصبح من حق الجهة الإدارية.

وبالنسبة لعقود مقاولات الأعمال نصت المادة 84 فقرة أخيرة من اللائحة التنفيذية بأنه "في حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المقاول يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية...". كذلك الأمر بالنسبة لعقود التوريد حيث نصت المادة 94 من اللائحة التنفيذية على أنه "في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد ... يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية...". وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر على حق الإدارة في مصادرة مبلغ التأمين جزاء لعدم الوفاء بالالتزام، حيث ذهبت إلى أن "مبلغ التأمين هو ضمان كاف للإدارة خلال مدة التنفيذ تصادره من جانبها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء كجزاء للمتعاقد المقصر..."⁽³⁾.

¹: المادة 70 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، ولمزيد من التفاصيل انظر: محمد أحمد درويش المرجع السابق، ص 185 وما بعدها.

²: ضرار القزاز، المرجع السابق، ص 162.

³: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2827، ل27 ق عليا، جلسة 7-11-1987، موسوعة أحكام المحكمة العليا في 50 عاما، ص 2306-2307، مذكور في: فارس علي جانكير، المرجع السابق ص 146.

2- الإغفاء من مصادرة التأمين: لما كان جزاء مصادرة التأمين ضمان لتنفيذ العقد على أكمل وجه ليقوم المتعاقد بمسؤولياته، فإن لجهة الإدارة السلطة التقديرية في مصادرة التأمين وفقا للظروف وما تقدره من مقتضيات المصلحة العامة، فلها مصادرة التأمين أو عدم مصادرته، كما تملك تحديد مدى المصادرة فيما إذا كانت تشمل مبلغ التأمين كله أو جزء منه ولها أن تعجل بتوقيعها، أو ترجئها إلى حين انتهاء التنفيذ على حساب المتعاقد معها⁽¹⁾ والإغفاء من هذا الجزاء قد يكون صراحة أو ضمنا، وهذا الحق الممنوح للإدارة يحقق العدالة في مواجهة المتعاقد معها باعتبارها الجهة المخولة بإدارة المرفق العام وفقا لما يحقق دوام سيره بانتظام واطراد⁽²⁾.

ولهذا فإن سلطة الإدارة في مصادرة التأمين لا تخضع لرقابة القضاء الإداري، إلا إذا خرجت على مبدأ المشروعية واقتربت بإساءة استعمال السلطة، فللإدارة الحق في مصادرة التأمين إن هي اضطرت إلى فسخ العقد نتيجة لعدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته، كما يجوز مصادرته حتى بدون فسخ العقد وبعد إتمام التنفيذ، إذا كان المتعاقد قد قام بالتنفيذ على غير الوجه المطلوب أو تراخى في التنفيذ أو قصر فيه⁽³⁾.

ولقد أشار المشرع الجزائري في المادة 130 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، إلى جواز إغفاء المتعامل المتعاقد من كفالة حسن تنفيذ الصفقة بالنسبة لبعض صفقات الدراسات والخدمات، التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات، إلا أن هذا الإغفاء لا يمتد إلى صفقات الإشراف على إنجاز الأشغال.

ومن أمثلة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ من طرف المتعاملين المتعاقدين، قائمة الصفقات التي حددها القرار الوزاري المشترك لوزارة التعليم

¹: ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 120. انظر أيضا: مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 131.

²: محمد حسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص 146.

³: فارس مخلف خلف الدليمي، المرجع السابق، ص 140.

العالي والبحث العلمي المؤرخ في 31 مارس 2011⁽¹⁾، وقائمة الصفقات التي حددها القرار الوزاري المشترك لوزارة الموارد المائية المؤرخ في 22 مارس 2011⁽²⁾، وقائمة الصفقات التي تعفي المتعاملين المتعاقدين مع وزارة الطاقة والمناجم من تقديم كفالة حسن التنفيذ والمحددة بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 25 جويلية 2011⁽³⁾.

وطبقا للفقرة الثالثة من المادة 130 فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة إعفاء المتعاقد معها من كفالة حسن التنفيذ إذا كان أجل تنفيذ الصفقة لا يتجاوز ثلاثة أشهر⁽⁴⁾، كما يمكنها أن تمارس ذات الإعفاء بالنسبة للصفقات المبرمة مع المتعاملين عن طريق التراضي البسيط وبالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية⁽⁵⁾، كما يعفي الحرفيون الفنيون والمؤسسات الصغيرة الخاضعة للقانون الجزائري من تقديم كفالة حسن التنفيذ عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية⁽⁶⁾.

¹: قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 31 مارس 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ، ج.ر، عدد 28، بتاريخ 09 ماي 2012، ص 34، وتخص الصفقات المتعلقة بإيواء وإطعام الوفود بمناسبة الزيارات الرسمية أو تنظيم المؤتمرات والملتقيات ومختلف التظاهرات العلمية والتقنية والصفقات المتعلقة بالنقل، والأعباء الملحقة، النشر والإشهار، إنجاز وطباعة الشهادات الجامعية.

²: قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 22 مارس 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ، ج.ر، عدد 19، بتاريخ 01 أبريل 2012، ص 24، وتخص صفقات تأدية الخدمات المتعلقة بمصاريف الإعلام والتحسيس باقتصاد الماء وحماية نوعيته، وتأدية الخدمات المتعلقة بجرد المنشآت المائية ونقاط اقتطاع المياه والمشاركين، وكراء المكاتب والقاعات والإيواء والإطعام والنقل الجوي، والخدمات المتعلقة بالتزويد بالوقود والدهون، وتلك المتعلقة بوسائل البريد وتكنولوجيات الاعلام والاتصال، والتزويد بالماء... إلخ.

³: قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 25 جويلية 2011، يحدد قائمة صفقات الخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ، ج.ر، عدد 68، بتاريخ 14 ديسمبر 2011، ص 31، وتخص الصفقات المبرمة مع مؤسسات الفندقية المتعلقة بمختلف الخدمات المرتبطة بإيجار المكاتب والقاعات ونفقات الفندقية والتكفل بالوفود الرسمية بمناسبة الزيارات الرسمية أو المؤتمرات والملتقيات في مجال الإقامة والإطعام، وتلك المبرمة مع شركات النقل الجوي والمتعلقة بنفقات النقل، وكذا الصفقات المتعلقة بتنظيف مقر وزارة الطاقة والمناجم وملحقاتها، والخدمات المتعلقة بمستحققات الاتصالات السلكية واللاسلكية ومستلزمات الغاز والكهرباء والماء.

⁴: المادة 130 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المذكور سابقا.

⁵: المادة 130 فقرة 3 من نفس المرسوم.

⁶: المادة 133 فقرة 4 من نفس المرسوم.

أما المشرع الفرنسي فقد ألزم في المرسوم التنفيذي رقم 2016-360 المشار إليه سابقا العقود المبرمة من طرف الدولة ومؤسساتها العمومية، والمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمجموعات الإقليمية ومؤسساتها العمومية ومجمعاتها، الخضوع للبند المتعلقة بكفالة الضمان، أما غيرها من السلطات المتعاقدة فلها الحرية عند إبرامها للعقود في اشتراط دفع التأمين أو الإعفاء منه⁽¹⁾.

كما حدّد المشرع المصري في المادة 105 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات السابق الذكر، حالة واحدة للإعفاء من تقديم التأمين المؤقت بموافقة السلطة المختصة، تتعلق بالجهات التي تتطلب طبيعة أنشطتها شراء أو استئجار عقارات بالخارج بما يضمن الحصول على أكبر عدد ممكن من العروض، ولعلّ الحكمة من الإعفاء في هذه الحالة هي تشجيع المتقدمين بالعروض لبيع عقارات أو تأجيرها للجهات الإدارية.

رابعا: نطاق سلطة الإدارة في مصادرة التأمين.

إن ما تتمتع به الإدارة من امتياز المصادرة على النحو السابق بيانه، وإن كان مقيدا باستهداف المصلحة العامة، إلا أنه محاط بعدة اعتبارات تحول دون التوسع فيه أو الخروج به عما يستهدفه من ضمان السير المنتظم للمرافق العامة، ومن هذه الاعتبارات:

أ- يجب ألا تكون الأعمال المتفق عليها قد أنجزت: فإذا نفذ المتعاقد الأعمال المتفق عليها في العقد على النحو المطلوب، فإنّه لا يكون هناك مبرر لمصادرة التأمين، بل تلتزم الإدارة برده كاملا أو ما تبقى منه، في ضوء ما ستسفر عنه عملية تصفية الحساب بينها وبين المتعاقد معها، ويقع عبء الإثبات على الجهة الإدارية إذا تمسكت بأن الأعمال محلّ العقد لم تنته بعد، أو أنّ ما أنفقته يستغرق كل أو بعض التأمين النهائي⁽²⁾، أما إذا امتنعت الإدارة

¹: Article 109 du décret n° 2016-360, précité.

²: حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 25-12-1982 في الطعن رقم 26/90 ق عليا، مجموعة الموسوعة الإدارية الحديثة، ج 49 ص 911. مذكور في: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 112.

عن ردّ التأمين النهائي من دون أن يكون هناك أي إخلال أو تقصير من المتعاقد؛ فإن ذلك يترتب عليه قيام مسؤوليتها التعاقدية، بسبب إلحاقها ضرر غير مبرر بالمتعاقد معها وهو ما يتعارض مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية.

ب- يجب ألا تكون الإدارة قد ارتكبت خطأ عقدياً، يبرر تعويض المتعاقد: فلا مجال لمصادرة التأمين نتيجة وجود خطأ من جانب الإدارة أثناء فترة تنفيذ العقد يستوجب تعويض المتعاقد معها، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه غير أنه يجب ألا يكون خطأ المتعاقد قد استغرق خطأ الإدارة، إذ حينها يكون لها مصادرة التأمين، فإذا كانت قيمة التأمين لا تكفي وحدها لجبر الضرر، فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافي بالإضافة إلى قيمة التأمين⁽¹⁾.

إلا أنه لا يجوز للإدارة مصادرة التأمين بمجرد تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته لأن مناط مصادرة التأمين هو إما الامتناع عن التنفيذ، أو الإخلال بالقيام به، وتكون مصادرته بأكمله في حالة إلغاء العقد إكالياً، وطالما لم تلغ العقد؛ فلا يمكنها أن تصادر التأمين، أما إذا وقع الإلغاء بعد تنفيذ بعض الالتزامات التي يقضي بها العقد واقتصر أثره على ما لم يتم تنفيذه من تلك الالتزامات، فإن مصادرة التأمين في هذه الحالة يقتصر على جزء منه فقط، وذلك حتى يكون هناك تناسب بين ما لم يتم تنفيذه من الالتزامات وبين قيمة ما يصادر من تأمين من طرف الإدارة المتعاقدة، حسبما تراه ملائماً في كل حالة على حدى، مراعية في ذلك ما لم يتم تنفيذه فعلاً من الالتزامات التي يقضي بها العقد وما ترتب على عدم تنفيذها من آثار⁽²⁾.

¹: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 113.

²: فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، رقم 260، جلسة 13-05-1955 مجموعة العقود الإدارية في أربعين عاماً، ص 565، مذكور في: هاني عبد الرحمان اسماعيل، المرجع السابق ص 976-977.

وفي بعض الحالات قد لا يغطي جزء مصادرة التأمين الأضرار المترتبة عن إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، الأمر الذي يدفع بالإدارة إلى الحصول على تعويض من المتعاقد معها، إلى جانب مصادرتها للتأمين، وذلك بهدف جبر الأضرار اللاحقة بها⁽¹⁾.

وليس هناك في الواقع ما يمنع من الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض، فقد أجاز القضاء الإداري ذلك شريطة أن لا يحظره العقد الإداري بنص صريح فيه، وأن يكون الضرر الذي لحق بالإدارة لا يزال قائماً ومستمر بعد مصادرة التأمين؛ إذ لا يعدّ الجمع بينها محظوراً، وذلك لاختلافهما من حيث طبيعة كل واحد منهما، فالتعويض يمثل جبراً لضرر تعاقدى طبقاً للقواعد العامة في العقود المدنية والإدارية على السواء، بينما مصادرة التأمين يعتبر جزاءً مالياً للإدارة توقعه في العقود الإدارية وحدها⁽²⁾، وذلك لغاية حسن سير المرافق العامة القائمة عليها.

ولقد استقرت أحكام القضاء الإداري في هذا الصدد على إعطاء الحق للإدارة لمطالبة المتعاقد معها بتكملة ما يزيد على مبلغ التأمين الذي لا يكفي للتعويضات اللازمة عما أصابها من أضرار حقيقية، وهذا يستند إلى القواعد القانونية العامة، التي تقضي بأن كل خطأ يترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض⁽³⁾.

الفرع الثاني: التنفيذ على حساب المتعاقد.

يعدّ التنفيذ على حساب المتعاقد من الجزاءات المالية غير المباشرة، التي توقعها الإدارة المتعاقدة على الطرف المتعاقد معها، قصد تنفيذ العقد والسهر على حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد، وعليه سنتطرق إلى مفهوم التنفيذ على حساب المتعاقد (أولاً)، ثم نبين صورته (ثانياً) وشروطه (ثالثاً).

¹: بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014 - 2015، ص 78.

²: ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 119.

³: محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص 144.

أولاً: مفهوم التنفيذ على حساب المتعاقد.

التنفيذ على حساب المتعاقد في مجال العقود الإدارية هو -على ما درجت على تعريفه أحكام القضاء- وسيلة الإدارة في تنفيذ الالتزام عيناً إعمالاً لامتيازاتها، تقوم به لإرغام الطرف المتعاقد معها لتنفيذ التزاماته التعاقدية وفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها، ويتم ذلك عن طريق قيام الإدارة بنفسها- في حالة الخطأ الجسيم- مقام المتعاقد في تنفيذ التزاماته أو أن تحلّ غيره محلّه في القيام بها بصفة مؤقتة على حساب ومسئولية المتعاقد⁽¹⁾، دون أن تؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية، ويظل المتعاقد مسؤولاً أمام الإدارة عمّا تم تنفيذه من التزامات سواء عن طريق الإدارة أو الغير.

ومن خلال هذا التعريف فإنّ التنفيذ على حساب المتعاقد يتميز بعدة خصائص منها:

- أنّه جزاء إكراهي لا يتخذ إلاّ في الأخطاء الجسيمة التي تقع من طرف المتعاقد وأياً ما كان الأمر، فإنّ قاضي العقد هو الذي يقدر خطورة التنفيذ بواسطة الإدارة، ويجوز له إذا كان الجزاء غير مبرّر إقرار المسؤولية العقدية للإدارة، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن " قرار التنفيذ لحساب الحكومة لعقد بسبب تأخير في تنفيذ الأعمال لم يكن مبرّر طالما أن المدد والأجال التعاقدية لم تنته بعد " ⁽²⁾.

- أنّه ذو طابع مالي أيضاً، لأنّ في جميع صور هذا الجزاء سواء وُضع المشروع تحت الإدارة المباشرة للإدارة المتعاقدة، أو تم إسناده للغير، فلا يخلو من آثاره المالية في تنفيذ العقد لصالح الإدارة على حساب المتعاقد⁽³⁾.

¹: ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 121.

²: C.E. 31 octobre 1962 . Rec. p.583 .
مذكور في: حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص 384.

³: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 116.

- أنه إجراء مؤقتا لا يترتب عليه إنهاء العقد، بل يظلّ العقد قائما ويلتزم المتعاقد بتحمل ما يترتب على تنفيذه من نفقات لمن عهدت له الإدارة بالتنفيذ، كما يظل المتعاقد المقصر مسؤولا أمام الإدارة بأن تتم العملية على حسابه ونفقته⁽¹⁾.

- تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اللجوء إلى التنفيذ على حساب المتعاقد، حتى ولو لم ينص عليه في العقد أو دفاतर الشروط، إذ تستمده الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية لا من نصوص العقد، وإنما من طبيعة المرفق العام واتصال العقد به وجوب استمرار سيره بانتظام وإطراد بما يحقق المصلحة العامة⁽²⁾.

- يتخذ جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد من قبل الإدارة بموجب قرار إداري صادر عنها، وذلك وفقا لما تمتلكه من حق استعمال امتياز التنفيذ المباشر، ودون حاجة للالتجاء إلى القضاء، كما لا يشترط حدوث ضرر⁽³⁾، وفي هذا الصدد يتعين عدم الخلط بين قرار التنفيذ على الحساب، والتنفيذ الخاطئ بواسطة الإدارة، ففي الحالة الأولى إذا كان قرار التنفيذ على الحساب غير صحيح، فإنه يثير المسؤولية العقدية للإدارة، ومن أهم النتائج المترتبة عنه إعفاء المتعاقد من التكاليف المرهقة التي يسببها تنفيذ الإدارة على نفقته ومسؤوليته، أما في الحالة الثانية فإن قرار الإدارة بالتنفيذ على حساب المتعاقد، يعني أن المتعاقد المقصر لا يتحمل النتائج المكلفة لهذا الجزاء، ولا يكون له معنى ولا تثار مسؤوليته أمام الإدارة⁽⁴⁾.

ثانيا: صور التنفيذ على حساب المتعاقد.

تتنوع صور جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد، تبعا لنوع العقد والصور الملائمة لتنفيذه ففي عقد الأشغال العامة يأخذ الجزاء صورة سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه

¹: نفس المرجع، ص 116.

²: محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 265.

³: سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 253

⁴: C.E. 28 avril 1978 R.D.P.1978, p 1492.

ومسؤوليته، وفي عقد الامتياز يتمثل في وضع المرفق أو المشروع تحت الحراسة الإدارية وفي عقد التوريد يكون بالشراء على حساب المورد، وسنوضح كل صورة من هذه الصور بالتفصيل اللازم في كل من الجزائر وفرنسا ومصر.

1- سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة: يقصد بسحب العمل وقف

المقاول من أداء أعمال المقاولة بموجب كتاب تحريري من جانب الإدارة، وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها أو بواسطة متعاقد جديد على مسؤولية وحساب المتعاقد الأول⁽¹⁾؛ فسحب العمل من المقاول المقصر يمثل إجراء تمهيدياً، يعقبه إجراء آخر يتمثل في التنفيذ على الحساب.

وتملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في توقيع جزاء سحب الأشغال من المقاول في أي وقت تشاء وفي تقدير المخالفات التي تبرر توقيع الجزاء والحلول محلّه في إدارتها، أو أن تعهد بها إلى غيره، وتسترجع الإدارة كل ما تكبدته من خسائر مالية من المتعاقد الأصلي ويظلّ هذا الأخير مسؤولاً أمام الإدارة بأن تتم العملية على حسابه و نفقته⁽²⁾.

و في الجزائر باستنقاء أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، نجد أن المشرع لم ينص صراحة على حق ممارسة المصلحة المتعاقدة لامتياز سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد، باستثناء ما أشارت إليه المادة 2/142 منه، إلى سلطة المصلحة المتعاقدة في اتخاذ "تدابير قسرية" ضد المتعامل المتعاقد الذي لا يمثل لإعذار المصلحة المتعاقدة، بسبب منحه تنفيذ جزء من الصفقة لمناول غير مصرح به⁽³⁾.

¹: محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 152.

²: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق ص 472.

³: خلاف فاتح، المرجع السابق، ص 73.

غير أنه بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة لصفقات الأشغال العامة⁽¹⁾ نجد أن المشرع الجزائري سلك مسلك نظيره الفرنسي في سلطة توقيع المصلحة المتعاقدة جزءا سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه حيث نصت المادة 3/35 منه على أنه "... إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة يجوز للمهندس الرئيس باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا".

ويتضح من خلال هذا النص، أن المشرع أطلق عبارة "النظام المباشر على نفقة المقاول" الذي يعني سحب العمل من المقاول و وضعه تحت الإدارة المباشرة للمصلحة المتعاقدة، إلا أن المشرع لم يراع المعنى الدقيق للمصطلح عند استخدام "النظام المباشر" الذي يمكن فهمه أنه الاستغلال المباشر الذي يعتبر أسلوب من أساليب إدارة المرفق العام، أو فهمه على أنه التنفيذ المباشر الذي يعتبر امتياز من امتيازات السلطة العامة.

ويكون سحب العمل من المقاول كليا، إذا امتنع عن تنفيذ كامل التزاماته، أو جزئيا إذا رفض إصلاح ما يظهر من عيوب في جزء الأشغال التي تم تنفيذها حين يتم تسليمها أو أثناء التنفيذ، فللمصلحة المتعاقدة مباشرتها بنفسها، ويتحمل المقاول نفقات ما تم انجازه⁽²⁾.

كما أخذ المشرع الفرنسي بنظام سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه في المادة (2-48) من دفتر الشروط الإدارية العامة المشار إليه سابقا⁽³⁾، التي نصت على أنه "إذا لم يمتثل المقاول للإعذار الموجه إليه فيمكن أن يأمر باستمرار الأشغال على نفقته ومسؤوليته أو يتقرر فسخ العقد"، كما استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن "عدم امتثال

¹: دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في الجزائر، المذكور سابقا.

²: المادة 3/26 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المطبقة على الأشغال العامة.

³: Article 48.2. du C.C.A.G « Si le titulaire n'a pas déféré à la mise en demeure, la poursuite des travaux peut être ordonnée, à ses frais et risques, ou la résiliation du marché peut être décidée»

المقاول للأوامر المصلحية، يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الذي يبهر توقيع جزاء شديد يتناسب مع ما قد يحدثه الامتناع عن تنفيذ الأوامر من اضطراب خطير من الناحية الاقتصادية، مما يعوق حسن سير المرافق العامة، وعلى ذلك فإن رفض المقاول الإذعان لهذه الأوامر يعطي للإدارة الحق في أن تسحب العمل منه أو أن تلجأ لفسخ الصفقة"⁽¹⁾.

أما **المشروع المصري** فقد نص في المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على أن " للإدارة سحب العمل من المقاول في حالة إخلاله بأي شرط من شروط العقد أو إهماله أو إغفاله القيام بأحد التزاماته المقررة، دون أن يصلح أثر لك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد". وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بجواز سحب العمل من المقاول إذ تأخر أو أبطأ في تنفيذ العمل أو لم يستطع تنفيذ العمل أو انسحب من موقع العمل أو ترك العمل بشكل كلي"⁽²⁾.

ويترتب على سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، والتنفيذ على حسابه عدة آثار ومنها:

- إن إجراء سحب العمل من المقاول إجراء عارض ومؤقت، لا ينهي الرابطة العقدية حيث يظل المقاول المبعد مسؤولاً عن كل ما ينجز من أشغال ويتحمل مخاطر المشروع مع الاحتفاظ بحقه في متابعة الأشغال شريطة ألا يعرقل تنفيذ الأوامر المصلحية"⁽³⁾.
- للإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية في تحديد مدة الجزاء بالفترة التي تراها مناسبة ومن ثم يمكنها - تبعاً للظروف - أن تستمر في الأشغال حتى تمام تنفيذ الأعمال واستلامها

¹: مذكور في: سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 122.

²: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 4393 لسنة 37 ق، جلسة 28-02-1994 موسوعة أحكام المحكمة العليا في 50 عاماً، ص 2305، مذكور في: فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 173.

³: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 528.

منها نهائياً، غير أنه إذا أثبت المقاول المبعد أنه أصبح يملك من الوسائل ما يكفي لاستئناف الأشغال، وقدم الضمانات اللازمة لتنفيذها في موعدها المحدد، فيإمكانه المطالبة بإنهاء سحب العمل، ولإدارة كامل السلطة التقديرية في الموافقة على طلبه أو رفضه⁽¹⁾.

- لإدارة المتعاقدة السلطة التقديرية في اختيار الوسيلة المناسبة لتنفيذ الأعمال التي عجز المقاول عن أدائها، وبناء على ذلك أعطى المشرع لإدارة الاختيار بأن تقوم بنفسها بتنفيذ تلك الأعمال كلها أو بعضها، أو تنفيذها بواسطة مقاولين آخرين، وفي كلتا الحالتين يتعين عليها الالتزام بذات شروط العقد الأصلي⁽²⁾.

- تستطيع الإدارة صاحبة الأشغال أن تستعمل المواد والأدوات والآلات والمنشآت الخاصة بالمقاول، كما يجوز لها الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء الأشغال حفاظاً لحقوقها⁽³⁾.

- لإدارة المتعاقدة حق اقتطاع الزيادة الحاصلة في النفقات الناتجة عن سحب الأشغال من مستحقات المقاول أو من مبلغ التأمين، وإذا لم تكن كافية فيإمكانها الرجوع عليه ومطالبته بالتعويض طبقاً للقواعد العامة، ومن ثم فإنّ المتعاقد المقصر لا يستفيد من الأرباح المتحصل عليها، من جراء التنفيذ المباشر⁽⁴⁾.

- لا يجوز الجمع بين جزاء سحب العمل من المقاول وبين فسخ العقد، لأن جزاء السحب إجراء مؤقت يفترض بقاء الرابطة التعاقدية قائمة، وبقاء المتعاقد المقصر مسؤولاً عن تنفيذه، بينما الفسخ فإنه يتضمن إنهاء الرابطة التعاقدية بما لا محلّ معه لتنفيذ أي التزامات مستمدة من العقد⁽⁵⁾.

¹: André de De Laubadère, Traité des contrats administratifs, op.cit. p162

²: سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 258

³: بن شعبان علي، المرجع السابق، ص124.

⁴: فتحة حابي، المرجع السابق، ص 294.

⁵: محمود فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 348 - 349.

2- وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز.

يقصد بوضع المرفق تحت الحراسة "إبعاد الملتزم المقصر مؤقتاً عن إدارة المرفق وإحلاله الجهة مانحة الالتزام محلّه في الإدارة، لتضمن للمرفق سيره المنتظم والمستمر"⁽¹⁾ فهو إجراء تحفظي مؤقت هدفه منع الملتزم من مزاوله حقوقه المترتبة على العقد مدة معينة حتى تضمن جهة الإدارة سير المرفق العام موضوع الالتزام بانتظام واطراد⁽²⁾.

وتتمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة تقديرية في فرض وضع المرفق تحت الحراسة ولا يحدّ منها إلاّ اعتبارات المصلحة العامة، وعادة ما تفرض الإدارة هذا الجزاء لسببين⁽³⁾:

أولهما: تقصير الملتزم في تنفيذ التزاماته تقصيراً جسيماً، كأن يتوقف جزئياً أو كلياً عن تسيير المرفق لعجزه أو عدم قدرته، أو تنازله عن عقده للغير، أو تعاقد من الباطن بدون إذن مسبق من الإدارة، وكذلك عدم احترامه للتعريفات والرسوم التي تحددها الإدارة وامتناعه عن الكشف عن حساباته الأصلية للجهة مانحة الامتياز.

وثانيهما: وقوع ظرف من شأنه أن يهدد المرفق بالتوقف عن الاستمرار في عمله دون خطأ من الملتزم، كما في حالة حدوث قوة قاهرة أو حدوث إضراب.

والإدارة بموجب قرارها بفرض الحراسة على المرفق محلّ عقد الامتياز تقوم بتنظيم استغلاله بشكل مؤقت، شريطة أن يتم ذلك وفقاً للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط وذلك على نفقة الملتزم وتحت مسؤوليته⁽⁴⁾.

ويقتضي هذا الجزاء رفع يدّ الملتزم المقصّر عن إدارة المرفق مؤقتاً، وبالتالي يجب التفريق بين أسباب اتخاذ هذا الجزاء لتحديد نتائجه من الناحية المالية، فإذا قرّرت الإدارة

¹: حمادة عبد الرزاق، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، المرجع السابق، ص 320.

²: مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 192.

³: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 529.

⁴: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 299.

الحراسة كجزء لتقصير الملتزم؛ فإن مخاطر إدارة المرفق تكون على نفقته وتحت مسؤوليته
أما إذا قرّرت الحراسة بغير خطأ الملتزم، فإن الملتزم لا يتحمل مخاطر الإدارة المالية⁽¹⁾.

وقد أشار المشرّع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، إلى أن
تفويض تسيير المرفق العام يتم بموجب اتفاقية⁽²⁾، وهو بذلك لم يتطرق إلى موضوع الوضع
تحت الحراسة، وإنما ترك تحديد ذلك بموجب الاتفاقيات المبرمة في إطار عقود تفويض
المرفق العام، طبقاً لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام
المشار إليه سابقاً، وحسب المادة 155 من القانون المتعلق بالبلدية⁽³⁾، فإن المصالح
العمومية البلدية المذكورة في المادة 149، يمكن أن تكون محلّ امتياز طبقاً لدفتر شروط
نموذجي⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للولايات وحسب المادة 149 من قانون الولاية⁽⁵⁾ فإنه يمكن للمجلس
الشعبي الولائي الترخيص باستغلال المصالح العمومية الولائية عن طريق الامتياز⁽⁶⁾.

كما نجد على سبيل المثال المادة 87 من القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت
2005، المتعلق بالمياه المعدل والمتمم⁽¹⁾، نصت على أنه " تلغى الرخصة أو امتياز

¹: محمد العموري، المرجع السابق، ص 97.

²: المادة 2/207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المشار إليه سابقاً.

³: قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية ج.ر، عدد 37 بتاريخ 03 جويلية 2011.

⁴: ومنها: "التزود بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة، النفايات المنزلية والفضلات الأخرى، صيانة
الطرق وإشارات المرور، الإنارة العمومية، الأسواق المغطاة والأسواق الموازية العمومية، الحضائر ومساحات
التوقف، المحاشر، النقل الجماعي، المذابح البلدية، الخدمات الجنائزية وتهيئة المقابر وصيانتها في مقابر الشهداء
الفضاءات الثقافية التابعة لأملاكها، فضاءات الرياضة والتسلية التابعة لأملاكها، المساحات الخضراء".

⁵: قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر. عدد 12 بتاريخ 29 فيفري 2012.

⁶: وتشمل هذه المصالح العمومية طبقاً للمادة 141 من قانون الولاية " الطرق والشبكات المختلفة، مساعدة ورعاية
الطفولة والأشخاص المسنين أو الذين يعانون من إعاقة أو أمراض مزمنة، النقل العمومي، النظافة والصحة العمومية
ومراقبة الجودة، المساحات الخضراء، الصناعات التقليدية والحرف".

استعمال الموارد المائية بدون تعويض، بعد إذار يوجه لصاحب الرخصة أو الامتياز في حالة عدم مراعاة الشروط والالتزامات المترتبة على أحكام هذا القانون والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه وكذا الرخصة أو دفتر الشروط".

أما في فرنسا فإن أغلب الفقه يتفق على أن سلطة الإدارة في وضع المشروع تحت الحراسة هي ذات طبيعة لأئحية وليست تعاقدية، أي أنّ هذه السلطة تتمتع بها الإدارة باعتبارها مظهر من مظاهر السلطة العامة حتى ولو لم ينص عليها العقد، وأنّ جزاء وضع المرفق تحت الحراسة يكون في الغالب مقدمة لتوقيع إسقاط الالتزام⁽²⁾، لأن الإدارة مانحة الالتزام لا تلجأ عادة إلى توقيع جزاء الإسقاط، إلاّ عندما يتضح لها عدم نجاح وضع المرفق تحت الحراسة في حمل الملتزم على القيام بالتزاماته التعاقدية⁽³⁾.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن "قرارات الحراسة تكون مشروعة، إذا كانت ضرورية لضمان استمرار المرفق في حالة التقصير أو عدم صلاحية صاحب الامتياز ويكون مبرراتها في فاعليتها"⁽⁴⁾، كما قرّر أيضا أن "الوضع تحت الحراسة يكون صحيحا طالما كان هدفه ضمان استمرار المرفق العام، ومن ثم فإن قرار الإدارة بالحراسة يعدّ صحيحا بالرغم من الأخطاء العديدة السابقة للإدارة، والتي قد تعطي الحق للشركة

¹: قانون رقم 05-12، مؤرخ في 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج.ر. عدد 60 بتاريخ 04 سبتمبر 2005 معدل ومتمم بالقانون رقم 08-03 المؤرخ في 23 جانفي 2008 ج.ر، عدد 04، بتاريخ 27 جانفي 2008 والقانون 09-02، المؤرخ في 22 جويلية 2009 ج.ر، عدد 26 بتاريخ 26 جويلية 2009.

²: يعرف إسقاط الالتزام بأنه: فسخ العقد على حساب الملتزم نتيجة لخطئه الجسيم، وعرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها "سحب الالتزام أو إسقاطه أو كلاهما من الألفاظ المترادفة لمعنى واحد، هو رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم مع قيام حق مانح الالتزام في هذه الحالة في الاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبرا عن الملتزم" مذكور في: حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام المرجع السابق، ص 876.

³: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 234.

⁴: C.E 24 juin 1927 Rec. p 703

مذكور في: حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص 387 .

في التعويض، إلا أنها لا تجيز لها التوقف الكلي عن النشاط، طالما أنه لم يثبت أن الشركة كانت في حالة استحالة مطلقة لمتابعة نشاطها⁽¹⁾.

وفي مصر أقرّ مجلس الدولة، بأن الإدارة تملك سلطات واسعة تستعملها في حالة إخلال الملتزم في الوفاء بالتزاماته، كما في حالة التنفيذ على حسابه، بالإضافة إلى اتخاذ ما تراه مناسباً لضمان سير المرافق العامة باستمرار وانتظام؛ فلها أن ترفع يد الملتزم عن إدارته، وعندها تقوم الإدارة بنفسها بإدارته أو تعين غيرها لإدارته⁽²⁾.

كما قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن " العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك، ومن حق الإدارة على المتعاقد المقصر أن تحلّ هي بنفسها محلّه، أو أن تعمل على إحلال شخص آخر محله في تنفيذ الالتزام، وأن هذا الإجراء لا يتضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر، بل يظلّ هذا المتعاقد مسؤولاً أمام جهة الإدارة وتتم العملية لحسابه وعلى مسؤوليته⁽³⁾ .

ويترتب على وضع المرفق تحت الحراسة عدة آثار قانونية منها:

- استبعاد الملتزم مؤقتاً من إدارة المرفق لحين انتهاء فترة الحراسة، ويبقى العقد قائماً ومنتجاً لكافة آثاره القانونية، بما في ذلك حقوق صاحب الامتياز المستبعد⁽⁴⁾.

- تنظم الإدارة الاستغلال المؤقت للمرفق بنفسها أو بتعيين حارس تعهد إليه إدارة المرفق ويبقى الملتزم دائماً مسؤولاً عن المرفق.

مذكور في: نفس المرجع، ص 387 . C.E.23.Juin 1944 R.D.P 1945 .P106¹

²: فتوى قسم الرأي مجتمعاً رقم 240، الصادر بتاريخ 04-02-1953، مذكور في: فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 215.

³: حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 18 ماي 1948، س 11، ص 272، مذكور في جابر جاد نصار، المرجع السابق ص 224.

⁴: بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 91.

- يكون من حق الإدارة الاستيلاء مؤقتاً على وسائل وأدوات ومعدات الملتزم الضرورية لاستغلال المرفق، شريطة المحافظة عليها وإرجاعها بحالة سليمة لمالكها.

- التزام الإدارة بذات شروط العقد الأصلي، وعلى ذلك ليس من حقها أن تغتتم هذه الفترة وتخفف رسوم الانتفاع وتزيد من تكاليف الاستغلال؛ إذ يتعين عليها أثناء فترة الحراسة أن تحصل رسوم الانتفاع بالمرفق وكذلك كافة إيراداته⁽¹⁾.

3- الشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد.

يقصد بجزء الشراء على حساب المورد "إجراء تتخذه المصلحة المتعاقدة تجاه المورد المتعاقد معها، الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها بموجب العقد المبرم في المدة المحددة، أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة والمحددة في العقد، بشراء هذه الأصناف على حسابه وتحت مسؤوليته"⁽²⁾.

ويعتبر هذا الإجراء من وسائل الضغط المكروسة قضاء والمعتمدة فقهاً، بأن تعهد الإدارة المتعاقدة بتنفيذ العقد لشخص آخر على حساب المورد الذي أخل بالتزامه، وتأسيس ذلك أن لموضوع العقد صلة وثيقة كما رأينا بفكرة استمرارية المرفق العام وخدمة الجمهور فلا يمكن التسليم بتوقف نشاط المرفق، وتأثر حركته ومردوده بسبب تقصير المتعاقد مع الإدارة بل ينبغي الاعتراف لها ولضمان أداء الخدمة وعدم توقفها، باللجوء لمورد آخر للوفاء بموضوع الصفقة، ويتحمل الطرف المقصر النتائج المالية الناجمة عن هذا التنفيذ⁽³⁾.

فالشراء على حساب المورد المقصر هو إجراء مؤقت لا ينهي عقد التوريد بل يظل قائماً بين أطرافه، وهو وسيلة لإرغام المورد على تنفيذ العقد، وعلى ذلك يظل المورد الأصلي

¹: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، 237. سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 242.

²: سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 262.

³: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 28.

أنظر أيضاً: محمد جمال مطلق الذنبيات، المرجع السابق، ص 193-194.

مسؤولاً أمام جهة الإدارة، ويتم تنفيذ الأعمال على مسؤوليته ولحسابه، ولا يشترط لتوقيع هذا الجزاء إثبات الضرر أو اللجوء إلى القضاء لتوقيعه⁽¹⁾.

ولقد نص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق الذكر في المادة 147 منه المشار إليها سابقاً، إلى أنه "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد ... فرض عقوبات مالية، ..."، وتضيف الفقرة 2 منها بأن "تحدد نسبة هذه العقوبات المالية وكيفيات فرضها طبقاً لدفاتر الشروط".

وبالرجوع إلى مختلف دفاتر الشروط المتعلقة بعقود التوريد لمختلف المصالح المتعاقدة نجدها تتضمن بند يتعلق بالإخلال في الالتزام بالتسليم تنص فيه على أنه " في حالة إخلال الطرف المتعاقد معه بالتزاماته في تسليم السلع المطلوبة في الطرف الزمني والمكاني المحدد من طرف المصلحة المتعاقدة، أو ثبت امتناعه عن تلبيةها بسبب تقصير منه أو تعمد، تحتفظ المصلحة المتعاقدة بحق اقتنائها وعلى حسابه من أي مصدر تموين آخر، دون اتخاذ أي إجراء يتعلق باختيار المصدر كإجراء استشارة... إلخ، وذلك بأن يتم حجز مستحقات المتعاقد معه حتى يقوم هذا الأخير بدفع مستحقات هذا الممون"⁽²⁾.

أمّا المشرع الفرنسي فقد نص في القرار المؤرخ في 19 جانفي 2009، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة لعقود التوريدات والخدمات المشار إليه سابقاً على جواز التنفيذ على حساب ومسؤولية المتعاقد، في حالة عدم تنفيذ التزاماته، شريطة النص على ذلك صراحة في وثائق العقد⁽³⁾، كما قرّر مجلس الدولة الفرنسي، بأن التنفيذ على الحساب سواء تمثلت في الوضع تحت الحراسة والاحتكار الحكومي، أو الشراء

¹: هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 995.

²: المادة 12 من دفتر الشروط (المواصفات الخاصة) المتضمن إبرام صفقات طلبات تموين مطاعم المؤسسات العقابية التابعة للمديرية العامة لإدارة السجون بالمواد الغذائية خلال سنة 2014، ص 26.

³: Article 36.1. du CCAG FCS « A la condition que les documents particuliers du marché le prévoient et que la décision de résiliation le mentionne expressément, le pouvoir adjudicateur peut faire procéder par un tiers à l'exécution des prestations prévues par le marché, aux frais et risques du titulaire, soit en cas d'inexécution par ce dernier d'une prestation qui, par sa nature, ne peut souffrir aucun retard, soit en cas de résiliation du marché prononcée aux torts du titulaire ».

على الحساب تعتبر جميعا بمثابة جزاءات حاضرة في العقود الإدارية، حتى في حالة سكوت العقد أو دفا تر الشروط عن تنظيمها أو النص عليها وفقا لميزة المبادرة⁽¹⁾.

وفي مصر ذهب ت المادة 94 من اللائحة التنفيذية لتنظيم قانون المناقصات والمزايدات إلى جواز قيام الإدارة بأحد الإجراءين وهما: الشراء على حساب المورد، أو إنهاء العقد في حالة عدم قيام المورد أو تأخره عن توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد، أو خلال المهلة الإضافية الممنوحة له من قبل الإدارة.

كما يتمسك القضاء المصري أيضا بشرط إخلال المورد بالتزاماته لتبرير حق جهة الإدارة في الشراء على حسابه، حيث قضى بأن "مجال أعمال رخصة الشراء على حساب المورد... هو نكول المورد عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد"⁽²⁾.

وفي الأخير فإن التنفيذ على حساب المتعاقد، وإن كان حقا للإدارة المتعاقدة تمارسه وفقا لتقديرها المطلق دون معقّب عليها في ذلك من القضاء، إلا أنه يتعين عليها ألا تتعسف في ممارستها لهذا الحق أو تسيئ استعماله، فعليها أن تضع في حسابها بأنها تتصرف كوكيل عن المتعاقد المقصر⁽³⁾، وعليها أن تلتزم بما يقع من التزامات على عاتق الوكيل وفقا لأحكام القانون المدني، لاسيما ما يتعلق منه ببذل العناية في تنفيذ الأشغال ما تبذله في أعمالها الخاصة، وخلال مدة معقولة بغير تأخير، فإذا ثبت تأخير الإدارة في التنفيذ على حساب المتعاقد بطريقة غير مناسبة، فلا وجه لتحميله بفروق الأسعار⁽⁴⁾.

ويترتب على جزاء الشراء على حساب المورد الآثار التالية:

- إن الشراء على حساب المورد تدبير مؤقت، لا ينهي العلاقة التعاقدية بل هو وسيلة

ضغط وإكراه المتعاقد وإجباره على الوفاء بالتزاماته.

¹: مذكور في: هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 996.

²: مذكور في: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 265.

³: حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص 384.

⁴: ماجد راغب الطلو، المرجع السابق، ص 122-123.

- تقوم الإدارة بالتوريد على حساب نفقة المتعاقد المقصّر، وعلى مسؤوليته وتحمليه فروق الأسعار الناتجة عن تنفيذ العقد، فضلا عن المصروفات الإدارية وقيمة غرامة التأخير.

- للإدارة المتعاقدة أن تختار الطريقة المناسبة لتنفيذ عملية الشراء، ويظل المورد الأصلي مسؤولا أمام الإدارة المتعاقدة.

- تلتزم الإدارة المتعاقدة بشراء الأصناف وفقا للشروط والمواصفات التي تم التعاقد عليها، وليس من حقها شراء أصناف لم يتم ذكرها في العقد المبرم⁽¹⁾.

- تتصرف الإدارة في الشراء على حساب المورد المستبعد كوكيل عنه، وترتبيا على ذلك يقع عليها الالتزام ببذل العناية في عملية الشراء تحت مسؤوليته، وعليها أن تأخذ بعين الاعتبار القواعد العامة لأقسام الوكالة المنظمة أحكامها في قواعد القانون المدني⁽²⁾.

ثالثا: شروط التنفيذ على حساب المتعاقد المقصّر.

نظرا لخطورة حق الإدارة في توقيع جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد المقصّر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فقد أحاطه المشرع بمجموعة من الشروط التي يتعين على الإدارة مراعاتها عند توقيعه، وهذه الشروط منها ماهي موضوعية ومنها ماهي شكلية:

1- الشروط الموضوعية لتوقيع الجزاء: تتمثل الشروط الموضوعية في ارتكاب خطأ

جسيم من طرف المتعاقد مع الإدارة، وصدور قرار إداري مسبب للتنفيذ على حسابه.

أ- الإخلال الجسيم من طرف المتعاقد بشروط العقد: ويقصد به السلوك السلبي

أو الإيجابي الصادر من المتعاقد سواء كان عن عمد أو إهمال منه، والذي يبرّر توقيع الجزاء عليه، وهو على هذا النحو يتبلور في امتناعه عن تنفيذ التزامه، أو تنفيذها على نحو

¹: سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 195.

²: سعيد باخبيزة، المرجع السابق، ص 273.

غير مطابق لشروط العقد، وإن كان المشرّع لم يحدد معالمه إلا أنه يتحدد من خلال القواعد العامة التي تتطلب أن يتسبب في تعطيل سير المرفق العام بانتظام وإطراد أو يعرض المصلحة العامة للخطر، وهو أمر وإن كان خاضع لتقدير للإدارة تحت رقابة القضاء إلا أنه لا بد أن يكون هذا الإخلال على درجة من الجسامة⁽¹⁾.

فإذا كانت المخالفة لا ترقى إلى هذه الدرجة، أو أنها ذات أهمية ثانوية؛ فإنها لا تعتبر مبرراً كافياً لهذا الجزاء⁽²⁾، ولذلك تتعدّد حالات الخطأ الجسيم الذي يخوّل الإدارة الحق في اتخاذ قرار التنفيذ على حساب المتعاقد المقصّر ومن بين هذه الحالات:

- عدم قيام المتعاقد بتنفيذ موضوع العقد في المواعيد المقررة، وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن "تعاكس المورد عن التسليم في المواعيد المقررة أو التأخير فيه ورداءة الأصناف الموردة، تعتبر أخطاء جوهرية تبرّر اتخاذ جزاء التنفيذ على الحساب"⁽³⁾.

- رفض مقاول الأشغال العامة، أو المورد في عقود التوريد، أو الملتزم في عقود الامتياز تنفيذ الأوامر المصلحية الصادرة عن الإدارة المتعاقدة، والمتعلقة بطريقة تنفيذ العقد شريطة أن تكون هذه الأوامر مكتوبة ومشروعة⁽⁴⁾.

- ترك المقاول العمل وإيقاف تنفيذ الأشغال موضوع العقد، أو التخلي عنها وتركها من تلقاء نفسه، وكذا التأخير الجسيم للمورد عن تسليم الأصناف المتعاقد عليها أو الامتناع عن تنفيذ عقد التوريد.

- مخالفة المتعهد لأحكام دفتر الشروط والأحكام العامة.

¹: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 121

²: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 243.

³: C.E 05 Décembre 1934, Ste HORME, P 1149.

مذكور في: هاني عبد الرحمان اسماعيل، المرجع السابق، ص 998.

⁴: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 123.

وإن كانت هذه الحالات التي تعرض لها الفقه والاجتهاد القضائي جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، ذلك أن الإدارة تستمد سلطتها في فرض جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد من طبيعة العقد الإداري وصلته بالمرافق العامة، ولهذا فإن للإدارة المتعاقدة السلطة التقديرية في التنفيذ على حساب المتعاقد تحت رقابة القضاء، كلما كان ذلك ضروريا لتحقيق الصالح العام⁽¹⁾.

ب- صدور قرار إداري مسبب للتنفيذ على حساب المتعاقد: إن تسبب الإدارة لقرارها المتعلق بالتنفيذ على حساب المتعاقد تمليه طبيعة تلك القرارات وخطورتها، لأن اسناد سلطة الجزاء بالتنفيذ على حساب المتعاقد إلى جهة الإدارة بدون الرجوع إلى القضاء أمر في غاية الخطورة، ذلك أن احتمال جنوح هذه الجهة أمر وارد⁽²⁾.

والمبدأ العام المستقر عليه في نطاق القانون الإداري هو أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها، مالم يوجد نص قانوني صريح يلزمها بذلك، طالما أن القرار المتخذ من طرف الإدارة يفترض أن سببه دائما هو ابتغاء المصلحة العامة، إلا أنه استثناء على ذلك فإن الإدارة ملزمة بتسبب قراراتها إذا كانت ذات طابع جزائي، وذلك حتى يعرف المتعاقد معها أسباب توقيع الجزاء عليه، ومن ثم فهو ضمانه ضد انحراف الإدارة المتعاقدة وتعسفها وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر والجزائر وذلك حتى يتمكن القضاء من الرقابة عليها ضمانا لموضوعيتها⁽³⁾.

ولكي يكون قرار الجزاء التعاقدى مسببا تسببا صحيحا، يجب أن يكون مباشرا، بحيث يستطيع المتعاقد أن يطلع على أسباب القرار، وأن يكون واضحا ومفصلا مبرزا معالم الخطأ المنسوب إلى المتعاقد مع الإدارة، باعتبار الخطأ في القرار الإداري المتضمن توقيع الجزاء

¹: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 246. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 123.

²: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 219.

³: مذكور في: نفس المرجع، ص 221. C.E.26.06.1991 ministère .intceur.R.P.155.

التعاقدية هو بمثابة الوقائع التي دفعت الإدارة إلى اتخاذه، ولذلك اتجه الفقه والقضاء في فرنسا إلى أن القرار الإداري المبني على أسباب عامة أو غامضة أو مجهولة يعتبر قراراً خالياً من الأسباب⁽¹⁾، ويشترط أيضاً أن تكون هذه الأسباب جدية وحقيقية وقت إصدار القرار وليست وهمية أو صورية أو زال وجودها عند إصداره⁽²⁾.

2- الشروط الشكلية للتنفيذ على حساب المتعاقد: تتمثل الشروط الشكلية التي ينبغي

على الإدارة المتعاقدة مراعاتها في ضرورة إعدار المتعاقد قبل قيام الإدارة بالتنفيذ على حسابه وضرورة إعطائه مهلة زمنية قصد تصحيح خطئه الجسيم.

أ- إعدار المتعاقد قبل اتخاذ جزاء التنفيذ على حسابه: يقصد بالإعدار التنبه الذي

توجهه الإدارة إلى المتعاقد توضح له فيه الخلل أو التقصير أو التأخير في تنفيذ العقد الإداري وتأميره فيه بضرورة الالتزام بالتنفيذ وفق نصوص العقد أو دفتر الشروط، في مدة تحددها له، تحت طائلة اتخاذ جزاء سحب العمل منه والتنفيذ على حسابه⁽³⁾، والإعدار ضرورة تفرضها القواعد العامة في تنفيذ الالتزام، ولا يصح الإعفاء منه إلاّ بنص تشريعي⁽⁴⁾.

ويعتبر هذا الالتزام إجراءً جوهرياً يترتب على تخلفه عدم مشروعية جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد، ومن ثمة إعفاء هذا المتعاقد من النتائج المترتبة على هذا الجزاء مهما كانت درجة الخطأ والمخالفات المنسوبة إليه.

ويؤكد القانون والقضاء الإداري المقارن على ضرورة إعدار المتعاقد المقصّر في تنفيذ التزاماته التعاقدية قبل فرض الجزاء عليه، ولقد توافقت إرادة المشرع الجزائري مع نظيره

¹: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 224.

²: مهند نوح، القانون الإداري 2، الجامعة الافتراضية السورية، المشاع المبدع، سوريا 2018، ص 100.

متاح على الموقع: <https://pedia.svuonline.org/course/view.php?id=276> تاريخ الإطلاع: (13 جويلية 2018)

³: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 157.

⁴: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 217.

الفرنسي والمصري، حيث نص صراحة في المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار ليفي بالتزاماته في أجل محدد"، كما نص أيضا في المادة 1/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة السالف الذكر، على ضرورة إنذار المقاول بالتقيد بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة وإعطائه أجل محدد ليصحح أخطائه ويتدارك تقصيره قبل تسليط الجزاء عليه.

كما نص المشرع الفرنسي مثلا في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال العامة في المادة (1.48) منه على ضرورة إعدار المقاول كتابيا قبل توقيع الجزاء عليه من قبل الإدارة⁽¹⁾.

ويذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى أن الإعدار يشكل العامل الحقيقي لمشروعية الجزاءات الضاغطة الصادرة عن الإدارة في العقود الإدارية، وبالتالي في حالة عدم مراعاة الإدارة لإجراء الإعدار، ينشأ للمتعاقد الحق في طلب التعويض عن الضرر الخاص الذي يسببه له الجزاء، وعلى ذلك استقر مجلس الدولة الفرنسي، حيث قضى بعدم مشروعية قيام الإدارة بالتنفيذ على حساب المتعاقد دون إعدار، ومن ثم يكون للمتعاقد الحق في طلب التزام الإدارة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جرّاء ذلك⁽²⁾.

أمّا في مصر فتشترط بعض النصوص الواردة في قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، ضرورة إعدار المتعاقد عند إخلاله بتنفيذ التزامه، والبعض الآخر من النصوص تعفي جهة الإدارة من هذا الإجراء، فالمادة 94 من قانون المناقصات والمزايدات مثلا تخول للجهة الإدارية في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد

¹: Article 48.1. « A l'exception des cas prévus aux articles 15.2.2, 15.4 et 47.2, lorsque le titulaire ne se conforme pas aux dispositions du marché ou aux ordres de service, le représentant du pouvoir adjudicateur le met en demeure d'y satisfaire, dans un délai déterminé, par une décision qui lui est notifiée par écrit ».

²: مذكور في: حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص 278. C.E.9 janvier 1957, AJDA, 1957 P 9.

بالعقد، أو خلال المهلة الإضافية أن تتخذ أحد الإجراءين التاليين ... وذلك بعد إخطاره بكتاب موسى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد:

أ- شراء الأصناف التي لم يرق المورد بتوريدها من غيره على حسابه.

ب- إنهاء التعاقد فيما يخص هذه الأصناف.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرعين الجزائري والفرنسي قد وُفقا عندما استعمل مصطلح الإعذار (mise en demeure) صراحة، وذلك تقاديا لأي لبس قد يظهر، بينما المشرع المصري استعمل مصطلح "الإخطار" الذي يحمل معنى الإعذار المسبق قبل توقيع الجزاء على المتعاقد مما قد يفيد أن الإخطار المشار إليه ما هو إلا إعلان من قبل الإدارة، عذمت التنفيذ على حسابه، ولم تترك له الإدارة مساحة لتعديل أوضاعه حتى يتجنب التنفيذ على حسابه.

غير أنه إذا كان الإخطار أو الإعذار واجبا كقاعدة عامة، فإنه لا يخلو من بعض الاستثناءات التي في ضوءها تعفى الإدارة من هذا الجزاء الشكلي في الحالات التالية:

- إذا نص العقد صراحة على إعفاء الإدارة من الإعذار قبل توقيعها للجزاء.
- حالة ارتكاب المتعاقد لأفعال الغش و التدليس أثناء تنفيذ التزاماته.
- إذا كان لا فائدة للإعذار في إصلاح المخالفة، أو قام المتعاقد بعد إذاره بتنفيذ التزاماته.

- في حالة الاستعجال كحالة القوة القاهرة وحالة الحرب⁽¹⁾.

ب- تحديد أجل للمتعاقد لتنفيذ التزاماته: نظرا لخطورة الآثار المترتبة على جزاء التنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد، والتي قد تنعكس سلبا على حقوقه، فإنّ إذاره يجب أن يكون مقرونا بفترة زمنية محددة، كي يستطيع تدارك الأخطاء المنسوبة إليه وإصلاح ما وقع فيه

¹: سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 86. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 124.

من تقصير، شريطة أن تكون هذه المدة تكفي لهذا الإصلاح، وعلى نحو لا تؤدي إلى تعطل سير المرفق العام، ولقد أوجب المشرع الجزائري أن لا تقل هذه المهلة عن عشرة أيام كحد أدنى ابتداء من تاريخ التبليغ طبقا للمادة 2/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، باستثناء حالة الاستعجال ويبقى للإدارة المتعاقدة السلطة التقديرية لتحديد المدة بعدها الأقصى مراعية في ذلك العمل المطلوب من المقاول⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد حدد في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة المشار إليه سابقا، في المادة (1.48) مدة لا تقل عن خمسة عشر يوما ابتداء من تاريخ تبليغ الإعدار إليه، وهي نفس المدة التي حددها المشرع المصري بموجب المادة 84 من قانون المناقصات والمزايدات ،

ولئن كانت غاية الإعدار هي إعلام المتعاقد بما صدر منه من تقصير، واتجاه نية الإدارة لمعالجة الأمر بمعرفتها، فإن منح مهلة زمنية للمتعاقد غايتها إتاحة الفرصة له لتنفيذ التزاماته التعاقدية المقصّر فيها، ويصبح مسؤولا عن تحمّل تبعات تنفيذها من وقت إعداره إذ لا جدوى من إعدار دون أن يقترن بمدة زمنية للإصلاح عقب وصوله إلى المتعاقد⁽²⁾.

وبناء على ما سبق فإن عدم مراعاة الإدارة للإجراءات الشكلية عند توقيع جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد، يثير مسؤوليتها التعاقدية، فعندما يكون إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته جسيما، فإن الجزاء عندئذ يكون مبررا في كل الفروض من ناحية الموضوع على الرغم من عدم صحة الإجراءات الشكلية، وبناء عليه فإنه بمناسبة عدم الإعدار يعترف مجلس الدولة الفرنسي بأن الصعوبات المالية الخطيرة التي تعوق إنجاز الأعمال تبرر التنفيذ

¹: بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 124.

²: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 125.

على الحساب، وبناء على هذا الأمر المبرّر لا يكون للمتعاقد أن يدعي الحق في التعويض⁽¹⁾.

ويكون الأمر كذلك عندما يكون الإخلال جسيماً من جانب المورد إن كان هناك تأخيراً كبيراً في التسليم منسوب إليهم⁽²⁾، وعلى ذلك ففي حالة الجزاء غير الصحيح من الناحية الشكلية، إذا لم تثار مسؤولية الإدارة التعاقدية تلقائياً، فإن المتعاقد يعفى من النتائج الجسيمة للجزاء.

¹: C.E.5 janvier 1973, Rec p 13.

380

²: C.E 9 novembre 1932. Rec P 942.

مذكور في: حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص .

مذكور في: نفس المرجع، ص 380.

الفصل الثاني

حدود السلطة التقديرية للإدارة
في مواجهة متطلبات المرفق العام

الفصل الثاني

حدود السلطة التقديرية للإدارة في مواجهة متطلبات المرفق العام

من المعلوم أن فكرة المرفق العام فكرة متغيرة ومتطورة، فلا يصح أن يجمّد نظام المرفق العام عند وضع معين، ولا يجوز أن تبقى أساليبه دون تغيير، بل يجب أن يكون قدر الإمكان دائماً وفي كل وقت للإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية للتدخل في بعض الحالات لتعديل محتوى الالتزامات التعاقدية بإرادتها المنفردة، ودون حاجة إلى موافقة المتعاقد معها على هذا التعديل، أو احتجابه بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وذلك بهدف تطوير نظام المرفق ومواءمة أساليبه وتعديل أنماط خدماته، حتى يكون متجاوباً باستمرار مع الحاجات العامة الهادفة إلى تحقيق المصلحة العامة (المبحث الأول)، ولا ينحصر امتياز الإدارة في التعديل فقط، بل يمكنها أيضاً التدخل لإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، قبل نهاية المدة المحددة له، في حالة إخلال المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية إخلالاً جسيماً أو لاعتبارات تتعلق المصلحة العامة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بالإرادة المنفردة.

تعتبر سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، من أهم المعالم المميزة والشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد الإداري، ذلك أن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية تجعل تقابل المصالح فيها غير متساوية، كما هو الحال في عقود القانون الخاص، وذلك تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ومن المسلم به أن تعديل العقد في القانون الخاص لا يتم إلا باتفاق إرادي بين الأطراف المتعاقدة، عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وبمبدأ القوة الملزمة للعقد، غير أن الإدارة وخروجاً على هذا المبدأ، تملك سلطة تقديرية لتعديل العقد الإداري، ودون حاجة إلى رضا المتعاقد معها، وذلك لمواجهة تغيّر الحاجات العامة وتطور المرافق العامة وبصفة عامة تغيّر الظروف، وهي سلطة ثابتة وحقا أصيلاً للإدارة تتمتع بها حتى ولو لم ينص عليها العقد أو دفاتر الشروط، بل إنّه لا يجوز النص على خلافها أو التنازل عنها من جانب الإدارة لأنها تتعلق بالصالح العام⁽¹⁾.

وإذا كانت سلطة الإدارة في التعديل مناطها احتياجات المرفق العام وضرورة مسابرتة للتطورات التي تستلزمها مقتضيات الصالح العام، فإنه يتعين علينا معرفة ماهية تعديل العقد الإداري، وحدود سلطة الإدارة في التعديل (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى آليات ممارسة سلطات التعديل الإداري وتطبيقاته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية حق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري.

نشأت فكرة العقد أساساً في كنف القانون المدني حتى أصبحت أحكامه مرتبطة بأحكام هذا القانون وملتونة بلونه، والعقد بصفة عامة هو عمل رضائي يقوم على أساس توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني محدد، يتمثل في إنشاء التزام أو تعديله، ويخضع العقد

¹: بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 101.

الإداري لذات أسس وأركان العقد المدني من حيث ضرورة توافر الرضا والمحل وقيام السبب، وذلك رغم اختلاف النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما، حيث يعزى هذا الاختلاف إلى تضمين العقود الإدارية شروطاً غير مألوفة، وهو ما لا نجده في العقود المدنية بغرض تمكين الإدارة من تحقيق الأهداف التي قامت لأجلها بإبرام العقد الإداري، ومن بين الحقوق التي تستأثر بها هي قدرتها القانونية التي لا مقابل لها في القانون الخاص، في تعديل ما تقوم بإبرامه مع الغير من عقود إدارية⁽¹⁾، بطريقة مرنة تتفق وضرورة الوفاء باحتياجات المرافق العامة، وبهدف تسليط الضوء على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، ينبغي بيان مضمون حق التعديل بالإرادة المنفردة وأساسه القانوني (الفرع الأول)، ثم دراسة قيود ممارسة الإدارة حق التعديل الانفرادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون فكرة التعديل الانفرادي للعقد الإداري.

يقصد بسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، إمكانية الجهة الإدارية أن تقوم بتعديل شروط العقد وطريقة تنفيذه بما يتضمن زيادة أو إنقاص في التزامات المتعاقد معها، أو تعديل الجدول الزمني لمعدلات التنفيذ بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، وذلك بإرادتها المنفردة ودون أن يكون للمتعاقد معها الاحتجاج بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة القوة الملزمة للعقد وأنّ العقد شريعة المتعاقدين⁽²⁾.

ويظهر أنّ أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني خلال مرحلة التنفيذ هو طبيعته المرنة والمتغيرة، طبقاً للحاجات العامة الهادفة إلى تحقيق المصلحة العامة، ومن هنا فإنّ هدف الإدارة من التدخل لتعديل شروط العقد في بعض الحالات هو المحافظة على استمرار تسيير المرفق العام بانتظام وإطراد، وعلى الرغم من إطلاق البعض على هذا

¹: بديع مستو سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة جامعة البعث، المجلد 38، العدد 19، كلية الحقوق جامعة الشام الخاصة، ص ص 71 - 95.

²: محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 253.

التعديل تسمية التعديل الانفرادي، إلا أنه في الواقع تعديل وفقا لرضى الطرفين، وإن لم يفصح عنه صراحة بالعقد لكنه موجود ضمنا، وإذا كان منصوبا عنه في العقد، فإن هذا النص يكون كاشفا لحق الإدارة في التعديل لا منشئا له، وذلك انطلاقا من خصوصية العقد الإداري المرنة التي فرضتها طبيعته لاتصاله بالمرفق العام⁽¹⁾.

ولا تثار مسألة سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري عند ورود نص صريح في العقد يجيز التعديل، لأن المبدأ ساري المفعول منذ لحظة إبرام العقد، ويقرّ للمتعاقد مسبقا بحق الإدارة في التعديل، لكن التساؤل يثور حول حق الإدارة في التعديل إذا لم ينص عليها العقد. لقد اختلف الفقهاء حول الاعتراف للإدارة بحق التعديل، فمنهم من أيّد هذا الحق ومنهم من أنكر ذلك (أولا)، إلا أن التشريع والقضاء أقرّا بسلطة التعديل الانفرادي للإدارة (ثانيا)، كما ظهر الاختلاف الفقهي أيضا حول الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة (ثالثا).

أولا: موقف الفقه من سلطة الإدارة في تعديل العقد.

1- موقف الفقه في فرنسا من سلطة التعديل: لقد ثار جدال فقهي حول فكرة الاعتراف للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي وينقسم الفقه بهذا الشأن إلى ثلاث اتجاهات: اتجاه معارض لحق الإدارة في التعديل الانفرادي، واتجاه مؤيد له، واتجاه وسطي.

أ- الاتجاه الفقهي المعارض لسلطة التعديل الانفرادي: على خلاف رأي أغلبية الفقه الحديث الذي يؤيد سلطة الإدارة في تعديل العقد انفراديا، أعرب بعض الفقهاء عن رأي مخالف ونادوا بإنكار سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، ومن أبرزهم (جون لوليه Jean L'Huillie ، وفرنسيس بينوا Francis Benoît ، وجون ديفو Jean Duffeau .

¹: Jèze Gaston, Les contrats administratifs, 1^{ere} partie, Paris, 1932, p 39.

حيث يرى هؤلاء الفقهاء أن سلطة التعديل الانفرادي المقررة للإدارة في عقودها الإدارية تركز على فكرة زائفة ابتدعها الفقهاء، ولم تتأكد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي إذ أنّ الأحكام التي قرّرت وجود هذه السلطة كحل لحالة خاصة، يمكن تفسيرها دونما حاجة إلى القول بأن العقود الإدارية تخرج عن تلك القاعدة الأساسية التي مفادها بأن العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁾، واعتبر L'Huilier أن الحكم الرئيسي الذي استند إليه مؤيدو فكرة التعديل الانفرادي هو حكم شركة ترام مارسييليا⁽²⁾، وهو لا يؤيد هذه الفكرة، إذ يمكن تفسيره دون حاجة إلى القول بسلطة التعديل الانفرادي.

وقد استدلّ الأستاذ L'Huilier بثلاثة أحكام صادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، حيث أنكر فيها سلطة التعديل الانفرادي، وهي أحكام صادرة بعد حكم الشركة العامة للترامواي المشار إليها سابقاً⁽³⁾، وأخيراً خلص الأستاذ L'Huilier إلى أن الإدارة لا تملك إلاّ السلطات المخولة لها بموجب النصوص الصريحة، وأنّ هذه النصوص كثيراً ما توجد في دفاتر

¹: L'HUILLIER Jean, Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration? Dalloz, 1953 p. 87et suite.

²: CE 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, S. 1911, 3, 1, note Hauriou, RDP, 1910 p.270, Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 10^{ème} édition, Dalloz, 1993, N° 25, p. 125.

حيث قرر هذا الحكم أن مدير مقاطعة الرون يجوز له قانوناً أن يفرض على الشركة الملتزمة بترام مارسييليا جدول مواعيد يتضمن عدد دورات أكبر من العدد المنصوص عليه بدفتر الشروط، و قد لاحظ الأستاذ لوليه أن حكم مجلس الدولة لم يبرر الحل بوجود سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد تعديلاً انفرادياً، بل أنه قد استند إلى نص صريح في مرسوم 1981/8/6 الخاص بالسكك الحديدية الذي يخول المديرين سلطة تحديد جدول مواعيد القطارات، وأن مجلس الدولة قد فسر هذا النص على أساس أنه يعطي للمديرين ليس فقط سلطة تحديد مواعيد سير القطارات بل أيضاً فرض التعديلات الإضافية الضرورية لتأمين سير المرفق .

³: وهذه الأحكام هي: CE 11 juillet 1941, Hôpital-Hospice de Chauny, S. 1942, 3, 15.

C.E 23 mai 1936, Ville de Vésinet, Rec. P. 591.

C.E 19 janvier 1946 .ville de Limoges, Rec. P. 15.

مذكورة في : نصري منصور نابلسي ، المرجع السابق ، ص323.

الشروط، ومع تكرار النص عليها في العقود الإدارية، فإن القضاء قد افترض وجودها، وقرّر أنه في حالة سكوت العقد، توجد سلطة الإدارة في التعديل لصالحها⁽¹⁾.

إلا أن هذا الاتجاه تعرض للنقد من جانب العديد من الفقهاء الذين استندوا في ذلك على أحكام القضاء الإداري والمبادئ العامة في القانون الإداري، وكذا نظرية العقود الإدارية، حيث أن هذا الاتجاه اعترف بحق الإدارة في التعديل الانفرادي في بعض أنواع العقود حينما ينص عليه العقد، وبالتالي هناك تناقض مع إنكار وجود حق الإدارة في التعديل ولذلك فإن هذا الاتجاه مخالف للواقع العملي لتنفيذ العقود الإدارية التي تقتضي سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

ب- الاتجاه الفقهي المؤيد لسلطة التعديل الانفرادي: يؤكد غالبية الفقه الفرنسي على حق الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، حتى ولو لم ينص عليها في العقد أو القانون أو اللائحة، ذلك أن النص على سلطة الإدارة في التعديل يعتبر كاشفاً لحقها في ذلك لا منشئاً له⁽²⁾، فهذا حق أصيل للإدارة مستمد من صفتها كسلطة عامة لا يمكنها التنازل عنه، وليس بحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد.

ويرى هذا الاتجاه بأن حق الإدارة بزيادة أو إنقاص الالتزامات الواجب على المتعاقد أدائها هو مبدأ عام يسري على جميع العقود الإدارية بدون استثناء، وذلك تأسيساً على وجود هذه السلطة بقوة القانون دونما حاجة إلى النص عليها.

وقد ذهب العميد هوريو (Houriou) إلى القول بأن كل عملية إدارية تعتبر احتمالية بمعنى أنه قد يرد أثناء التنفيذ وقفها أو تأجيلها أو تعديلها لأسباب تتعلق بالصالح العام ويترتب على ذلك أن كل اتفاق يتعلق بعملية إدارية يكون عقداً احتمالياً.

¹: حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 147.

²: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 204.

كما لاحظ العميد بونارد (Bonnard) وهو بصدد تحليل عقود مقاولات الأشغال العامة بأن شأنها شأن جميع العقود الإدارية، لا يطبق مبدأ قدسية الاتفاقات التعاقدية تطبيقاً دقيقاً إذ أن من المقرر أنه يجوز في أي وقت أن تفرض الإدارة بإرادتها المنفردة تعديلات في شروط المقابلة⁽¹⁾.

كما أكد الأستاذ Richer على حق التعديل الانفرادي للعقد الإداري، حيث اعتبر أن مجلس الدولة الفرنسي قد حسم هذا الموضوع بما لا يدع مجالاً للشك، عندما أقرّ بأن سلطة التعديل الانفرادي للإدارة تنطلق من القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية⁽²⁾.

كما لاحظ جون ريفيرو (Jean Rivero)، بأن سلطة التعديل الانفرادي تأكدت بقوة من طرف القضاء، على أساس مبدأ أولوية المصلحة العامة التي تفرض إزالة العراقيل التي قد تواجه القواعد القانونية الجامدة، وأن هذا المبدأ على الرغم من تطبيقه على عقود الامتياز إلا أنه يمكن أن يشمل جميع العقود الإدارية⁽³⁾.

ويقرّ الفقه الفرنسي المعاصر بحق التعديل الانفرادي للعقد الإداري، فقد اعتبره الأستاذ Bruère من قبيل القواعد العامة للعقود الإدارية الذي يستند إلى مبدأ المصلحة العامة، وأنه إذا كان التعديل الانفرادي يحمل تجاوزاً خطيراً على مبدأ الرضائية، الذي هو حجة المتعاقدين الأساسية في محتوى حقوقهما والتزاماتهما، فإن هذا التجاوز يُوازى فوراً عن طريق الاعتراف للمتعاقد مع الإدارة بالحق في التعويض المناسب⁽⁴⁾.

ونلاحظ بأن الرأي المستقر عليه في الفقه الفرنسي يثبت بأن للإدارة حق التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية، وهي سلطة مستقلة موجودة مسبقاً وثابتة قبل أي إعلان تعاقدية وقد اعترف بها مجلس الدولة في قراره الصادر في 11 مارس 1910، عندما أكد على حق

¹: مذكور في: سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 175.

²: Richer Laurent, Droit des contrats administratifs, 5^{ème} éd. 2006. p 253.

³: Citer par : Aiad SHWEKAT, op.cit. p 102..

⁴: مذكور في: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 326.

الإدارة في فرض التزامات إضافية على الملتزم، غير تلك المنصوص عليها في عقد امتياز المرفق العام⁽¹⁾، وأصبح هذا المبدأ أكثر اتساقا مع القرار الصادر في 02 فيفري 1983 الذي أقرّ حق الإدارة في تعديل النص التعاقدى بإرادتها المنفردة⁽²⁾، كما يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض إذا كان له محلّ⁽³⁾.

ج- الاتجاه الفقهي الوسطي بين الاتجاهين السابقين: وهو رأي الفقيه (jèze) الذي أيد سلطة الإدارة في التعديل، لكنه يقتصر على عقدي الأشغال العامة والامتياز دون سواهما نظرا للطبيعة الخاصة لكل منهما، ولكن ليس بالاستناد إلى وجود سلطة عقدية تسمح لها بمثل هذا التعديل الانفرادي، وإنما استنادا إلى الطبيعة الخاصة لهذين النوعين من العقود التي من خلالها تتمتع الإدارة بالسلطة التنظيمية التي تخولها حق التعديل أثناء تنفيذ هذين العقدين⁽⁴⁾.

ولقد أخذ الفقهاء على هذا الاتجاه في كونه لم يجد سندا في أحكام القضاء الإداري الفرنسي، كما أنه من يرى تجزئة سلطة الإدارة في التعديل وجعلها مقصورة على عقدي الأشغال العامة والامتياز، فإن هذا يدفع إلى القول بحرمان الإدارة كطرف متعاقد من أية سلطة خارج العقد، وهذا في حد ذاته مخالف للواقع، حيث أنه مادام قد نادى ابتداء بحق الإدارة في التعديل في بعض عقودها، فهو يعترف ضمنا بقدرتها على استخدام سلطتها متى تشاء في سائر أعمالها.

2- موقف الفقه في مصر والجزائر من سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي:

يأخذ الرأي الراجح في الفقه المصري والجزائري بحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، فيرى الأستاذ محمد فؤاد مهنا أن "حق الإدارة في تعديل العقد الإداري

¹: C.E 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways R.D.P.1910, P 270.

²: C.E 2 Février 1983, union des transport publics , R.D.P. 1984 .p. 212.

³: C.E 27 octobre 1978, Ville de Saint-Malo, Recueil Lebon, p. 410.

⁴: Jèze Gaston, op.cit. p. 242 .

بإرادتها المنفردة مسلم به بصفة عامة من جانب الفقه والقضاء، وهو حق مقرر للإدارة كمبدأ عام بالنسبة لكل العقود الإدارية ولو لم ينص عليه في العقد، وليس معنى ثبوت حق الإدارة في تعديل العقد الإداري، أنها غير ملزمة باحترام العقود التي تبرمها، ولكن معنى ذلك أن مبدأ عدم جواز تعديل العقد إلا برضا الطرفين ليس واجب التطبيق بصفة مطلقة في العقود الإدارية، لأن الإدارة تملك طبقاً لمبادئ القانون الإداري حق تعديل شروط العقد بضوابط معينة، والاتفاق يكاد يكون تاماً بين فقهاء القانون العام في فرنسا على أن الشروط التي تقرّ الحقوق المالية للمتعاقد لا يتناولها حق التعديل، أما عدا ذلك من الشروط التي تتعلق بسير المرفق و تنظيمه فتخضع لقاعدة التعديل⁽¹⁾.

ويؤيد الدكتور سليمان الطماوي هذا الاتجاه حيث يذهب إلى أنّ "سلطة الإدارة في التعديل، مناطها احتياجات المرافق العامة فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري، وعلى ذلك يجب أن تكون قد استجّدت ظروف بعد إبرام العقد تبرّر هذا التعديل ولا تستطيع الإدارة اللجوء إلى تعديل العقد، بدون تغيير الظروف التي تم إبرام العقد في ظلّه"⁽²⁾.

أما الأستاذ محمود عاطف البنا فيرى أن "الإدارة تملك سلطة تعديل نصوص العقد الإداري من جانبها وحدها، إذا استدعت مقتضيات المرفق العام ذلك، ودون أن يحتجّ عليها بالقاعدة المدنية التي تقتضي بأن العقد قانون المتعاقدين، بحيث لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقرها القانون"⁽³⁾.

¹: محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة، ص 809.

²: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 421 وما بعدها.

³: محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 223.

وفي الجزائر يساند الأستاذ أحمد محيو رأي أغلبية الفقهاء المؤيد لسلطة التعديل الانفرادي بقوله "إنه من الصعب إنكار وجود سلطة التعديل بصفة انفرادية لصالح الإدارة وإن السلطات التي اعترف بها القاضي للإدارة غير مألوفة في القانون الخاص، لأنها تؤدي إلى نتائج لا تقبل في إطار القانون الخاص الذي يجعل من العقد شريعة المتعاقدين"⁽¹⁾.

وهو نفس الموقف الذي ذهب إليه الأستاذ عمار بوضياف حيث أكد بأن "العقد الإداري طالما قد تميز بموضوعه وبمعلقته بالمرفق العام وبخدمة الجمهور وبالمصلحة العامة، وجب أن تتميز بالمقابل بالسلطات الممنوحة للإدارة وعلى رأسها سلطة التعديل"⁽²⁾.

وهو نفس الرأي الذي أيده الأستاذ عمار عوابدي عندما اعتبر بأن "سلطة التعديل ممكنة في كل من الصفقات العمومية و العقود الإدارية"⁽³⁾، كما أكد الأستاذ محمد الصغير بعلي حق الإدارة في التعديل الانفرادي بقوله "خلافًا للوضع في القانون الخاص، حيث تسري قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ... يمكن للإدارة المتعاقدة أن تعدّل العقد الإداري بإرادتها المنفردة خاصة من خلال آلية الملحق"⁽⁴⁾، وهذا ما أكدّه أيضا الأستاذ ناصر لباد، حيث يرى أن "الإدارة تتمتع إلى حد ما، بسلطة تعديل أحكام العقد الإداري بصفة انفرادية، وسلطة التعديل المعترف بها للإدارة باعتبارها طرفا في العقد، تميز العقد الإداري عن القانون الخاص بحيث إن هذا الأخير لا يمكن تعديله إلا بإرادة وموافقة الطرف الآخر"⁽⁵⁾.

ويتضح من خلال الآراء الفقهية السابقة بأن تمكين الإدارة من سلطة إجراء التعديل على شروط العقود التي تبرمها ضرورة لا غنى عنها، حتى ولو لم ينص عليها في العقد أو دفتر الشروط، وذلك من أجل تأمين المصلحة العامة، من خلال الحرص على انتظام

¹: أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الدستورية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، الطبعة الثانية، د.م.ج، الجزائر ص 250.

²: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 206.

³: عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني النشاط الإداري، د.م.ج، الجزائر 2002، ص 218.

⁴: محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 74.

⁵: ناصر لباد، الأساس في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار المجدد، سطيف، 2011، ص 212.

سير المرفق العام واستجابته للحاجات العامة، التي تتغير بتغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وإذا ما ألحق هذا التعديل ضررا بالمتعاقد، فإن ذلك يستوجب حقه في إعادة التوازن المالي للعقد بحصوله على التعويض.

ثانيا: موقف التشريع والقضاء من سلطة التعديل الانفرادي:

كرّس التشريع والقضاء سواء في فرنسا أو في مصر أو الجزائر حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، ولا بد من الإشارة إلى أن هذا الحق هو من صنع وابتداع مجلس الدولة الفرنسي كما سبق وأن ذكرناه في قضية شركة ترام مارسييا⁽¹⁾، وليست نتيجة تدخل تشريعي، وإن كان المشرع الفرنسي قام بتقنين هذه الأحكام لاحقا، ثم تبعتها مختلف التشريعات ومنها المشرع المصري والمشرع الجزائري، وأصبحت غالبية العقود الإدارية تتضمن سواء في العقد ذاته أو في دفا تر الشروط، بنودا تخول الإدارة المتعاقدة سلطة التعديل الانفرادي كلما دعت الضرورة إلى ذلك بما يحقق المصلحة العامة، وأصبحت سلطتها في ذلك بعد إقرارها من طرف القضاء، من المبادئ العامة المسلم بها في القانون الإداري غير أن تطور المرافق العامة وازدياد الحاجات العامة جعل الإدارة تتدخل لتعديل عقودها باستمرار، وهذا ما دفع بالمشرع إلى سنّ قوانين لوضع ضوابط ممارسة هذه السلطة من جانب الإدارة، وعليه نستعرض إقرار التشريع سلطة التعديل الانفرادي في كل من الجزائر وفرنسا ومصر ثم نتطرق إلى الاعتراف القضائي بها.

1- إقرار التشريع لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي: تملك الإدارة المتعاقدة دائما

إمكانية استخدام سلطتها في التعديل الانفرادي للعقد، وتتمتع بهذه السلطة حتى ولو لم ينص عليها في العقد، ولا يمكنها ممارستها إلا في حالة وجود مصلحة عامة، كما لا يجوز أن يكون تعديل موضوع العقد الأصلي بصفة جوهرية، وقد وضعت هذه الحدود من أجل ضمان احترام مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين.

¹: C.E 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, précité.

ولقد أخذ المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي والمصري بالمبادئ العامة التي أيدها الفقه وأقرها القضاء، فاعترف للإدارة بحق التعديل الانفرادي للعقد، إذا استجدت ظروف تستدعي ذلك، حيث ورد النص عليها في المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المشار إليه سابقا، والتي جاء فيها "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفحة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفحة"، كما أقرّ المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام للسلطة المفوضة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق، في حدود الآجال التعاقدية (1).

ويتضح من هذين النصين بأن المشرع الجزائري قد اعترف للمصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة التعديل عن طريق آلية إبرام الملحق، إذا كان هدفها زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في العقد الأصلي، وهذا يدل على أن الملحق ليس عقدا فريدا ومستقلا بذاته، بل هو وثيق الصلة بالصفحة الأصلية (2).

وبالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة نجد أنه تضمن العديد من النصوص التي تخول الإدارة سلطة التعديل الانفرادي في عقود الأشغال العامة، ومنها المادة 4/12 و 5 التي نصت على أنه "ينفذ بدقة أوامر المصلحة العامة التي تبلغ إليه، كما يخضع للتغيرات المفروضة عليه خلال العمل".

كما نصت المادة 1/32 منه على أنه "عندما يتبين أن التغييرات التي تقوم بها الإدارة أو تنتج عن ظروف غير متأتية من خطأ أو عمل المقاول، فنتناول مختلف أنواع الأشغال بشكل تختلف فيه المقادير بما يفوق 35% بزيادة أو نقصان عن المقادير المقيدة في التفصيل التقديري؛ فيستطيع المقاول عندئذ من أن يقدم عند انتهاء الحساب طلبا بالتعويض... وقد سمح للإدارة بالزيادة في جملة الأشغال أو النقص منها بما لا يتجاوز نسبة 20%".

¹: المادة 58 من المرسوم الرئاسي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، السابق الذكر.

²: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 206.

في عقود الأشغال العامة⁽¹⁾، وقرّر حق الإدارة في التعديل الانفرادي في مدة الأشغال موضوع العقد⁽²⁾.

كما نصت المادة 29 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنه "عندما يرتأى، دون إجراء تغيير في موضوع الصفقة ضرورة تنفيذ الأشغال غير المدرجة في الجدول أوفي التسلسل أو تعديل منشأ الأدوات كما هي مبينة في دفتر الشروط الخصوصية، يعمد المقاول فوراً إلى تطبيق أوامر المصلحة التي يتلقاها بهذا الشأن..."، وأضافت الفقرة 02 من ذات المادة على أن يجري حساب الأسعار الجديدة بذات الشروط الاقتصادية المطبقة في أسعار الصفقة وبكيفية قابلة للزيادة أو النقصان، إذا احتوت طبيعة الصفقة على ذلك بعد المناقشة في هذا الشأن من المهندسين مع المقاول...".

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري على خلاف المشرع المصري سمح بالزيادة أو التخفيض في الأسعار حسب طبيعة الصفقة، وقد أحسن صنعا حين سمح بمناقشة هذا الموضوع بين المهندسين والمقاول، وذلك حفاظاً على التوازن المالي للمقاول، في حالة ارتفاع الأسعار في السوق هذا من جهة، ومن جهة ثانية هو في صالح الإدارة في حالة ما إذا انخفضت الأسعار في السوق، ومن ثم المحافظة على مالية الإدارة.

ومن جهته كرّس المشرع الفرنسي سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي في المرسوم التنفيذي رقم 2016-360 السابق الذكر، من خلال المادتين 139 و140 منه، حيث بيّنت المادة 139 حالات لجوء الإدارة المتعاقدة إلى تعديل العقد، في حين أشارت المادة 140 إلى حدود إجراء هذا التعديل، كما نجد أن المشرع الفرنسي من ناحية أخرى كرّس سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي في المرسوم رقم 2016-86، المؤرخ في 01 فيفري 2016

¹: انظر المادتين 30، 31 من د.ش.إ.ع. السالف الذكر.

²: المادة 34 من د.ش.إ.ع المشار إليه سابقاً.

المتعلق بعقود الامتياز، حيث نجد أن المادة 36 منه نصت على حالات اللجوء إلى التعديل
أما المادة 37 فقد بيّنت حدود إجراء التعديل في عقود الامتياز.

وبالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بالأشغال العامة، نجد أنّ المشرع
الفرنسي سمح للإدارة بالتعديل في حجم الأشغال بالزيادة بالنسبة للعقد بالسعر الجزافي
في حدود 5% من مبلغ العقد، وبسعر الوحدة في حدود 25% من مبلغ العقد⁽¹⁾
أو بالتعديل في حجم الأشغال بالنقصان بالنسبة للعقد بالسعر الجزافي في حدود 5%
من مبلغ العقد وبالنسبة للعقد بسعر الوحدة في حدود 20% من مبلغ العقد⁽²⁾، كما يجيز
لها أن تعدل في أهمية الأشغال⁽³⁾.

أما المشرع المصري فقد نص على حق الإدارة في التعديل الانفرادي في المادة 78 من
اللائحة التنفيذية المشار إليها سابقا، بقوله "يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم
عقودها بالزيادة أو النقص في حدود 25% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار، دون
أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك...".

ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع المصري منح الإدارة سلطة تعديل العقد
بإرادتها المنفردة، وأهمل اعتبار تغيّر الظروف، مما قد يجعل الأسعار ترتفع؛ فيلحق ضررا
بالمتعاقدين مع الإدارة دون ضمان حقه في التوازن المالي للعقد، طالما أن الإدارة تملك حق
زيادة كميات عقودها في حدود النسبة المذكورة وبنفس الأسعار من جهة، ومن جهة أخرى قد
يكون تحديد هذه النسب عند التعديل في غير صالح الإدارة حال انخفاض الأسعار.

وفي مجال عقود الامتياز نصت المادة 05 من القانون رقم 129 لسنة 1948 المعدل
على أنه " لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء ذاته أركان

¹: Article 15.3 du CCAG – Travaux, précité.

²: Article 16.1 du CCAG..– Travaux, précité

³: Article 17 du CCAG.. – Travaux, précité

تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام، وقواعد استغلاله، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل⁽¹⁾.

2- اعتراف القضاء بسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي: لقد عرف حق التعديل

الانفرادي للإدارة تحولاً بارزاً في القضاء الإداري الفرنسي حيث كان مجلس الدولة الفرنسي في البداية يخضع العقود الإدارية لنفس القواعد التي تخضع لها العقود المدنية، ولم يكن يعترف للإدارة سوى بالحقوق المخولة لها بنص القانون أو العقد، إلا أنه ما لبث أن عدل عن هذا الأمر فيما بعد واعترف بسلطة الإدارة لتعديل عقودها الإدارية لأول مرة في قضية عقد امتياز شركة ترام مارسيليا بتاريخ 11 مارس 1910 والذي سبقت الإشارة إليه⁽²⁾، كما أكد موقفه مرة أخرى من سلطة التعديل الانفرادي في قضية اتحاد النقل العام الحضري والجهوي في 02 فيفري 1983⁽³⁾.

وقد ذهب مجلس الدولة في هذه القضية إلى أن للإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها، الحق في تعديل نصوص العقد بإرادتها المنفردة، حتى ولو لم ينص على هذا الحق في العقد وبعبارة أخرى فإنه يجوز للإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد إجراء تعديلات على المرافق وطرق استغلالها، وأن "هذا الامتياز يستتبع مراجعة الشروط المالية للعقد⁽⁴⁾.

وفي نفس هذا السياق قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار حديث صدر بتاريخ 27 أكتوبر 2010⁽⁵⁾، بأنه "وفقاً للقواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية يجوز للإدارة المتعاقدة أن تقوم بإجراء تعديلات على عقودها تحقيقاً للمصلحة العامة، ومن ثم فإن السلطة

¹: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 126، 127.

²: C.E 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, précité.

³: C.E 2 février 1983, Union des transports publics, R.D.P, 1984, p. 212.

⁴: Muhannad Ajjoub, la notion de liberté contractuelle en droit administratif français, thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon, Assas, Paris II.2016, p 213 et suite.

⁵: C.E, 27 octobre 2010, Syndicat Intercommunal Des Transports Publics De Cannes Le Cannet Mandelieu

La Napoule, req. n° 318617.

المنظمة للنقل يمكنها أثناء تنفيذ العقد، إجراء تعديلات بإرادتها المنفردة على الخدمات وكيفيات استغلالها، وما على الطرف المتعاقد سوى احترام التزاماته التعاقدية المعدلة⁽¹⁾.

كما أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرار لها، صدر بتاريخ 09 ديسمبر 1994، على حق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد بقولها " ... في إطار الالتزامات التعاقدية من الضروري تغليب المصالح العليا للدولة على الالتزامات التعاقدية مع ضرورة الحفاظ على توازن العقد"⁽²⁾.

أما في مصر فقد رسّخ القضاء الإداري المصري سلطة التعديل الانفرادي بشكل قاطع حيث قررت محكمة القضاء الإداري " ... ومقتضى هذه السلطة أن الإدارة تملك وحدها بإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقة عليه بالزيادة أو بالنقصان على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ..."⁽³⁾.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " ... سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه، هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية على نظام العقود المدنية ..."⁽⁴⁾.

¹: Muhannad Ajjoub, op.cit. p 214.

²: Citer par : Richer Laurent, Droit des contrats administratifs, 12^{ème} édition, LGDJ, Paris .p 279.

³: حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 1609 لسنة 10 ق الصادر في 1956/12/16، المجموعة ص 90 وحكم ذات المحكمة في القضية رقم 983 لسنة 7 ق الصادر في 1957/06/30، والقضية رقم 6849 لسنة 8 ق الصادر بجلسة 1961/06/04. مذكور في: حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام المرجع السابق، ص 571.

⁴: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3986 لسنة 35 ق، جلسة 1992/11/15. مذكور في: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 127.

أما في الجزائر وعلى الرغم من أن القضاء الإداري تم وضع مبادئه منذ الاستقلال إلا أن أحكامه المتعلقة بسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري قليلة جدا، وإن وجدت فهي غير منشورة يصعب الحصول عليها، ومع ذلك فإن القضاء الإداري الجزائري على غرار نظيره الفرنسي والمصري، يعترف بسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري ومن بين القرارات الصادرة في هذا المجال، نجد قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 25 جوان 1975، والذي قرر فيه حق الإدارة المتعاقدة في تغيير طريقة تنفيذ العقد⁽¹⁾ كما نجد قرار آخر صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، حيث اعترف فيها القاضي الإداري بسلطة الإدارة بتعديل العقد بإرادتها المنفردة من خلال تغير موقع التنفيذ⁽²⁾.

ثالثا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، فذهب فريق منهم إلى أن سلطة التعديل الانفرادي مستمدة من فكرة السلطة العامة، بينما يرى فريق آخر من الفقهاء إلى أن حق التعديل مستمد من فكرة المرفق العام.

1- أعمال السلطة العامة كأساس لحق التعديل: يرى هذا الاتجاه من الفقه بأن حق

الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة يستمد من خارج الرابطة التعاقدية ويعتبر مظهر من مظاهر السلطة العامة وذلك ممارسة لحقها في التنفيذ المباشر، ضمانا لاحترام

¹: فضلا في النزاع القائم بين وزير الأشغال العمومية ضد (أ.أ) حول إنجاز أشغال موضوعها بناء مجموعتين من المساكن تضم الأولى 90 تسعين مسكنا بقرية تازودة، والثانية تتمثل في بناء 50 مسكنا بقرية زيامة المنصورية ورغم أن موضوع النزاع الذي رفع إلى القضاء يتعلق بدفع قيمة المنجزات، إلا أن القرار حمل في طياته ما يدل على اعترافه للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي، حيث قرر فيه "... إنه يتعذر على المفاوض أن يرفض إنجاز هذه البناءات"، مذكور في: محفوظ عبد القادر، وجود سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، دراسة مقارنة بين الفقه والتشريع والقضاء في الجزائر وفرنسا ومصر، مجلة الفقه والقانون العدد 28، المملكة المغربية فبراير 2015، ص 63.

²: قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1989/12/16، ملف رقم 65143، قضية (ع.ط) ضد (و.ق)، المجلة القضائية، العدد 1، ص 134، مذكور في: محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 63.

المتعاقد تنفيذ التزاماته التعاقدية، وأن هذا الحق من النظام العام⁽¹⁾، وأن استخدام الإدارة لهذا الحق ليس امتيازاً تعاقدياً بل هو امتياز تنظيمي⁽²⁾. وقد انتقد بعض الفقهاء هذا الرأي واعتبروا أن تأسيس حق التعديل الانفرادي على أعمال السلطة العامة، قد يؤدي إلى عدم استخدام الإدارة في هذه الحالة لامتياز تعاقدي، وإنما تستعمل حقاً مقررراً لها باعتبارها سلطة عامة، وبذلك يتم الخلط بين الوسيلة والغاية التي تستهدفها الإدارة من وراء إبرامها للعقود الإدارية، فالسلطة العامة للإدارة هي الوسيلة التي تعتمدها لتحقيق الغاية الأساسية من عملها في تحقيق المصلحة العامة وتسيير المرافق العامة، وليس الغاية التي تستند إليها الإدارة لتبرير حقها في التعديل، بل هي وسيلة لتحقيق الصالح العام، وعلاوة على ذلك فإن الإدارة بإمكانها مباشرة حق التعديل، بغض النظر عن توفير موجبات هذا التعديل وهذا ما يتنافى مع الغاية الأساسية التي تسعى إليها الإدارة دوماً وهي المصلحة العامة⁽³⁾.

2- المرفق العام كأساس لحق التعديل: يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن ممارسة الإدارة لحقها في التعديل الانفرادي يجد أساسه في فكرة المرفق العام، وذلك وفقاً لمبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتطوير، حتى يتأقلم مع المعطيات الجديدة التي تفرضها الظروف الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية⁽⁴⁾، والفكرة العامة تتمثل في أن الإدارة يجب ألا تتقيد بشكل غير محدد بعقود صارت غير نافعة، أو بشروط عقدية صارت غير متكيفة مع حاجات المرفق، لأن العقد الذي يرتبط بالمرفق العام، وهذا الأخير يتميز بدوره بقابليته للتغيير والتطوير، مما يعني ضرورة تمتع العقد بنفس درجة المرونة التي يتمتع بها المرفق، وإلا أصبحت المرافق العامة جامدة بسبب جمود العقد، وعدم مواكبته إياها في تحولاتها⁽⁵⁾.

¹: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 130.

²: محمد العموري، المرجع السابق، ص 85.

³: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 333 وما بعدها.

⁴: نفس المرجع، ص 335.

⁵: هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 889. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 131.

وعليه فإن صلاحية التعديل الانفرادي تقوم على ضرورة التكييف بين المرفق العام والمركز الجديد الذي يوجب التعديل، ومن ثم فلا يمكن تبريرها إلا من خلال هذا السبب ويتبنى أغلب الفقه المصري هذه الفكرة، حيث يؤسس سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري على مقتضيات المرفق العام القابلة دائماً للتغيير، ويذهب الأستاذ سليمان الطماوي وهو من أشد المؤيدين لفكرة المرفق العام، إلى القول بأن "المرفق العام هو المعيار المميز لنشاط الإدارة، وأن سلطة الإدارة في تعديل العقد إنما تقوم على احتياجات المرافق العامة فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة متلازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري"⁽¹⁾.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة المصري على هذا الرأي، حيث قضت محكمة القضاء الإداري مقررة بأن " طبيعة العقود الإدارية وأهدافها تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق، ومن شأن ذلك أن يكون لجهة الإدارة وهي صاحبة الحق في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره، من تعديل العقد"⁽²⁾.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أيضاً " إنَّ جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل التزامات المتعاقد معها... ويشترط أن تقتضي حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل"⁽³⁾.

في الحقيقة إن أساس سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد لا يمكن أن يستمد من فكرة السلطة العامة لوحدها، أو فكرة المرفق العام منفرداً وإنما لكل منهما دور يكمل الآخر؛ إذ إن هدف الإدارة من وراء إبرامها لعقودها هو إشباع الحاجات العامة، التي تتم

¹: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 464.

²: حكم محكمة القضاء الإداري، قضية رقم 742 س 21 ق، جلسة 1970/03/24، المجموعة السنة 21، مبدأ رقم 19، ص 21. مذكور في: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 337.

³: حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، طعن رقم 3989، س 35 ق، جلسة 1992/11/15. مذكور في: نصري منصور نابلسي، نفس المرجع، ص 337.

عن طريق خدمات المرافق العامة، ومن ناحية أخرى فإن السلطة العامة تمكّن الإدارة من التمتع بامتيازات تجعلها في مركز أعلى من مركز المتعاقدين معها، ومن ثم فهي تمنحها السلطة التقديرية في اتخاذ القرارات حيال المتعاقدين معها بقصد ضمان تنفيذ العقد على الوجه الذي يحقق الصالح العام، ومن هنا يظهر بأن السلطة العامة والمرفق العام فكرتان متلازمتان كليهما يهدفان إلى تحقيق المصلحة العامة.

الفرع الثاني: حدود ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل الانفرادي.

إذا كانت سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة سلطة أصيلة، توجد دون حاجة إلى نص وفي سائر العقود الإدارية، إلا أنها ليست سلطة مطلقة، وإنما ترد عليها مجموعة من القيود⁽¹⁾، وذلك حتى لا تتعسف الإدارة في استعمالها لهذا الحق، وبما قد يلحق ضرراً بالمتعاقدين معها أو قد يمس بالمصلحة العامة⁽²⁾، وهذه القيود منها ما هو عام يتصل بظروف إجراء التعديل (أولاً)، ومنها ما هو خاص يتعلق بمضمون التعديل (ثانياً).

أولاً: القيود العامة المتعلقة بظروف إجراء التعديل.

لما كان التعديل الانفرادي من قبل الإدارة المتعاقدة يشكل خرقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد وذلك في سبيل حسن سير المرافق العامة بانتظام وتحقيقاً للمصلحة العامة، فإنّ هذا الحق محاط بمجموعة من القيود العامة المتعلقة بظروف إجراء التعديل ومنها: وجود مستجدات بعد إبرام العقد تستدعي التعديل، وضرورة صدور قرار التعديل في إطار احترام مبدأ المشروعية، كما يجب أن يتزامن قرار التعديل مع سريان العقد، وسنتطرق إلى كل قيد من هذه القيود بالتوضيح اللازم كالتالي:

1- تغيير الظروف بعد إبرام العقد: يتعين على الإدارة لتبرير تعديل العقد الإداري

أن تستجدّ ظروف لاحقة لإبرام العقد لم تكن تدركها وقت التعاقد، بحيث تقف هذه الظروف

¹: محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 231.

²: محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق، ص 99.

المستجدة حائلا دون حسن سير المرفق الذي أبرم العقد من أجله، وفي هذه الحالة يجوز للإدارة تعديل شروط العقد ليصبح أكثر توافقا مع الظروف الجديدة⁽¹⁾، وعلى ذلك فإن بقاء الظروف التي أبرم في ظلها العقد على حالها يحول دون تمكن الإدارة من إجراء التعديل ولا يكون ثمة مبرر للقيام به، وإذا تم التنفيذ كما هو منصوص عليه في العقد رغم الظروف الجديدة التي حلت به؛ فإن ذلك سيؤدي إلى عدم تحقيق المصلحة العامة⁽²⁾، فالإدارة قد تتعاقد في ظل ظروف معينة، ثم تتغير تلك الظروف في مرحلة ما أثناء تنفيذ العقد خاصة في العقود التي تأخذ زمنا طويلا في تنفيذها، كعقد الأشغال العامة وعقد التوريد فإن تغيرت الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتلاءم والظروف الجديدة، وبما يراعي موضوع العقد الأصلي ويلبي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام⁽³⁾.

ولعلّ الحكمة من اشتراط تغير الظروف كمبرر لتعديل العقد هو تقليص باب التعديل على الإدارة، حتى لا تستطيع أن تتمسك به كلما رغبت في التحلّل من التزاماتها التعاقدية، وعليه إذا قامت الإدارة بتعديل العقد دون مبرر تغير الظروف، فإن ذلك يعتبر إخلالا بالتزاماتها الناشئة عن العقد ويستوجب قيام مسؤوليتها التعاقدية على أساس الخطأ⁽⁴⁾.

¹: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 268.

²: شقطي سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2011، 2010، ص 48. أنظر أيضا: بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 89.

³: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 204، 205. محمد جمال مطلق الذنبيات، المرجع السابق، ص 139.

⁴: رفاة كريم رزوقي كريل، خضير عبد الحسين عبد زيد، المسؤولية التعاقدية للإدارة على أساس الخطأ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد 7، العدد 3، 2015 ص ص 432-479. متاح على الموقع:

<https://www.iasj.net/iasj?func=issueTOC&isId=7316&uiLanguage=ar> تاريخ الاطلاع: (10 أكتوبر 2016).

ولكن هل يجوز للإدارة استعمال سلطتها في التعديل الانفرادي، رغم عدم تغير الظروف ودون حدوث أية مستجدات تذكر؟ وإنما ترجع إلى خطأ الإدارة وسوء تقديرها لاحتياجات المرفق العام عند الإقدام على إبرام العقد؟

اختلف الفقه حول الإجابة على هذا السؤال، حيث ذهب جانب من الفقه إلى وجوب تغيير الظروف التي أبرم العقد في ظلّها، حتى تستطيع الإدارة مباشرة حقها في التعديل الانفرادي، أمّا إذا لم تتغير الظروف ولكنّ الإدارة أخطأت في تقدير مقتضيات سير المرفق العام منذ البداية عند إبرامها للعقد ولم تقدرها تقديرا سليما، فإنه يصبح من واجبها احترام شروط العقد التي ارتبطت به، والقول بغير ذلك ينتهي إلى حرية الإدارة في التحلّل من التزاماتها العقدية، فإن هي أخطأت في تقدير مقتضيات سير المرفق العام، يجب أن تتحمل نتيجة الخطأ الذي وقعت فيه، لأنّه كان عليها أن تدرس احتياجاتها من أول الأمر وتقدر حاجة المرفق تقديرا سليما⁽¹⁾، كما أكد جانب من الفقه الفرنسي بأن التعديل الانفرادي رهين بغاية التكيّف مع الظروف الجديدة، وبالتالي فإن هذه السلطة تتحرف عن المسار الصحيح لها، متى اتجهت نحو انتهاك القوة الإلزامية لبنود العقد.

ويذهب جانب آخر من الفقه عكس ذلك، إذ لا يشترط أيّ تغيير في ظروف المرفق بعد إبرام العقد حتى يتسنى للإدارة ممارسة سلطتها في التعديل الانفرادي، فإذا أخطأت الإدارة في تقدير مقتضيات سير المرافق العامة ولم تقدرها تقديرا سليما، فإنها تملك تعديل العقد بما يتفق مع الحاجات الحقيقية للمرفق، وذلك تأسيسا على مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير واستمرار سيرها بانتظام وإطراد بما يحقق الصالح العام على أتم وجه، والقول بعكس ذلك سيؤدي إلى إهدار الصالح العام فكرة احترام المصلحة الخاصة للمتعاقد⁽²⁾.

¹: هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 873، 874.

²: محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 233. انظر أيضا: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 465.

وفي الحقيقة إن سلطة التعديل الانفرادي هي ميزة استثنائية منحت للإدارة لمجابهة ظروف طارئة وغير متوقعة في أوضاع المرفق الذي يتصل به العقد، وإن القول بغير ذلك وإعطاء الإدارة مكنة التعديل بسبب خطأ منها يعدّ مخالفة لقواعد حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، ومن جهة ثانية إذا كان التعديل يستند على فكرة تغيير ظروف المرفق الذي يتصل به العقد، فإن الحاجات المستجدة يجب أن تكون وليدة عدم التوقع، وهي الحالة التي يجوز فيها تدخل الإدارة انفراديا في تعديل العقد، وبالنتيجة فإن التعديل الانفرادي إن كان راجعا إلى عوامل وجدت وقت إبرامه فيجب استبعاده، أمّا إن كان مرده إلى عوامل أو ظروف مستجدة فيتعين تطبيقه⁽¹⁾.

2- تقييد الإدارة في إصدار قرار التعديل بمبدأ المشروعية: فقرارات التعديل شأنها شأن سائر أعمال الإدارة، يجب أن تصدر متفقة مع القانون في عناصرها أو أركانها المختلفة ومن ثم فإنه يتعين أن يصدر قرار التعديل عن السلطة المختصة، مستوفيا لأشكال والإجراءات المقررة قانونا، يتضمن نوع العمل الذي تنوي الإدارة المتعاقدة القيام بتعديله أو إضافته أو المدة المتعلقة بتنفيذ العقد، وتقوم بتبليغه كتابيا إلى المتعاقد معها، وأن تكون الغاية من القرار تحقيق المصلحة العامة⁽²⁾.

وقد قرّرت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن "حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تتحدد طبقا لنصوص العقد الذي يربط بينه وبين تلك الجهة، وما قد يطرأ عليه من التعديلات وإن العقد الإداري لا ينشأ ولا يتعدّل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة، صادرة ممن يملك التعبير عن هذه الإرادة؛ إذ لا يملك إبرام العقود الإدارية ولا تعديلها إلا من ينيط بهم قانونا هذا الاختصاص، ومقتضى ذلك أنه حين يجوز لجهة الإدارة أن تعدّل في شروط العقد الإداري، فلا سبيل إلى قيام هذا التعديل والاعتداد به قانونا، ما لم تلتزم عند إجرائه

¹: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 135.

²: محمد العموري، المرجع السابق، ص 90. شقظمي سهام، المرجع السابق، ص 42.

قواعد الاختصاص المقررة؛ فلا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه، ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثرا ما في تعديل العقد وتحوير آثاره وتغيير مقتضاه" (1).

وعليه فإذا خرج قرار التعديل عن القواعد العامة للمشروعية وقع باطلا، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة الطعن فيه أمام قاضي الإلغاء، إذا أمكن تطبيق نظرية الأعمال المنفصلة، أو أمام قاضي العقد إذا كانت سلطة الإدارة في التعديل قد تناولها العقد بالتنظيم في نصوص صريحة أو دفا تر الشروط الملحقة به (2).

3- تزامن قرار التعديل مع سريان العقد: يجب أن يصدر قرار التعديل أثناء تنفيذ

العقد، سواء أكان الأمر يتعلق بتنفيذ أشغال عامة أو عقد توريد أو عقد امتياز، وهي المدة الفعلية وليست المدة الزمنية المحددة في العقد، لأنّ المتعاقد قد يتأخر في تنفيذ التزاماته عن تلك المدة، وبالتالي فإنّ الإدارة المتعاقدة تتمتع بحق التعديل طيلة هذه الفترة إلى غاية انقضاء التزامات المتعاقد، وفقا لما تحدده شروط كل صفقة، كما تملك الإدارة وفقا لسلطتها التقديرية تمديد آجال التنفيذ في حالة تأخير المتعاقد عن إتمام أعماله، أو في حالة تكليفه بأعمال إضافية⁽³⁾، فالعقد متى انتهى انقضت التزامات المتعاقد مع الإدارة، وبالتالي يؤدي إلى انقضاء كافة حقوق الإدارة المتعاقدة حيال المتعاقد معها، ومنها حقها في تعديل العقد إذ أن التعديل هو امتداد لعقد قائم بزيادة التزامات المتعاقد أو إنقاصها، ومن ثم فإن طلب تعديل عقد انقضى هو طلب يرد على غير محل⁽⁴⁾.

¹: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 845، س 19 ق، جلسة 1980/11/22. مذكور في: موسوعة العقود الإدارية، حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية 1998، ص 224.

²: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 271.

³: سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 51.

⁴: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 267.

وبالرجوع إلى النصوص التي تحكم قانون الصفقات العمومية، نجد أن المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي والمصري قد قيد المصلحة المتعاقدة بإجراء التعديل الانفرادي خلال آجال سريان العقد، حيث نص في المادة 138 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المشار إليه سابقا، على أنه "لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية..."، وهو ما أكدته أيضا المادة 2/58 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام بقولها "ولا يمكن إبرام الملحق خارج الآجال التعاقدية"، وعليه فإن تعديل التزامات المتعاقد بالزيادة أو الإنقاص لا يرد إلا على عقد قائم و ساري، كما نص المشرع الفرنسي في المادة (2.4.3) من د. ش.إ.ع. لعقود الأشغال العامة على أنه "يتولى ممثل السلطة المتعاقدة إخطار المتعاقد بالتعديلات المحتملة أثناء تنفيذ الصفقة..."⁽¹⁾.

ومن جهته نص المشرع المصري في المادة 78 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على أنه "... يجب في جميع حالات تعديل العقد أن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد..."، ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا ذلك حيث قررت "... ومن الطبيعي أن يكون استعمال الإدارة لهذا الحق في الوقت المناسب سواء أكان التعديل بالزيادة أم بالنقصان، حتى يتمكّن المقاول من تنفيذ الأعمال الإضافية المطلوبة، أو عدم تنفيذ الأعمال التي طلب منه حذفها من العملية، ومن ثم لا يجوز طلب إنقاص الأعمال في وقت كان المقاول قد أتمّ فيه جميع الأعمال المطلوبة..."⁽²⁾.

ثانيا: القيود الخاصة المتعلقة بمضمون التعديل:

إلى جانب القيود العامة المتعلقة بظروف التعديل، هناك قيود خاصة تتعلق بمضمون التعديل يتعين على الإدارة المتعاقدة مراعاتها عند تعديل التزامات المتعاقد معها، وهذه القيود

¹: Arrêté du 8 septembre 2009, portant approbation du, CCAG. – Travaux, précité.

²: حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 156 لسنة 35 ق، جلسة 1992/04/28، منكور في: هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص886.

وإن كان لا يترتب على مخالفتها البطلان، إلا أنها ترتب حقا للمتعاقد في طلب فسخ العقد إن كانت هذه الالتزامات المترتبة عن التعديل تفرض أعباء جديدة، تؤدي إلى إرهاب المتعاقد وتجاوز إمكانياته المالية والفنية إلى درجة قلب اقتصاديات العقد، أما إذا لم يبلغ مستوى التعديل هذا الحد، فبإمكان المتعاقد المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء هذا التعديل ومن بين القيود الخاصة المتعلقة بمضمون التعديل مايلي:

1- عدم إخلال التعديل بالتوازن المالي للعقد: من المعروف أن المتعاقد مع الإدارة يهدف إلى تحقيق الربح المادي، وهذا الهدف بحد ذاته مشروع، و ينبغي على الإدارة احترامه طالما أن المتعاقد قد وضع كافة إمكانياته المادية والفنية من أجل تنفيذ العقد، وعلى هذا الأساس فإن ترك الإدارة حرة في إجراء تعديل العقد من دون مراعاة هذه الإمكانيات، سوف يؤدي إلى نفور أعداد كبيرة من الراغبين في التعاقد معها، مما يؤثر سلبا على أداء المرافق العامة وتعطيل خدماتها⁽¹⁾، ولهذا وإن كان من حق الإدارة تعديل عقودها انفراديا بزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها كليا خلال تنفيذ العقد، إلا أنه لا يجوز لها بتعديلاتها أن تخلّ بالتوازن المالي للعقد، فتفرض التزامات جديدة على المتعاقد تجاوز الحدود الطبيعية أو المعقولة⁽²⁾ لذلك يجب أن تكون هذه الأعباء الجديدة التي تفرضها الإدارة معقولة بما يتعلق بصالح المرفق العام، ولا تمتد إلى الشروط الخاصة والمزايا المالية المقررة للمتعاقد⁽³⁾.

أما إذا كانت هذه التعديلات التي تفرضها الإدارة من شأنها إرهاب المتعاقد وتحمله بما يفوق طاقته المادية والاقتصادية وإمكانياته الفنية، فإنه يجوز له الامتناع عن تنفيذ العقد أو طلب فسخ العقد مع حقه في التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة، ولا يمكن إرغام المتعاقد على تقديم خدمات تختلف تماما عن تلك المقررة عند إبرام العقد⁽⁴⁾.

¹: بديع مستو، المرجع السابق، ص 86.

²: محمد العموري، المرجع السابق، ص 90.

³: محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 232.

⁴: شقظمي سهام، المرجع السابق، ص 51.

وقد تبنى المشرع الجزائري فكرة التوازن المالي للعقد بشكل صريح في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا، في المادة 153 منه والتي نصت على أنه " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

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

ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا حينما تبنى مبدأ الحسم الودي لنزاعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ، وذلك بهدف استمرار المشاريع العمومية وتقادي توقف الأشغال بها من جهة، وإيجاد أطراف النزاع للحلول التي تناسبهم في أسرع وقت، بما يكفل ضمان مواصلة تنفيذ موضوع العقد في آجاله المحددة من جهة أخرى، وهو ما يتلاءم وهدف استراتيجية الصفقات العمومية في مختلف القطاعات⁽¹⁾.

والمستقر عليه فقها وقضاء بفرنسا هو عدم جواز المساس بالمزايا المالية للمتعاقد التي من حقه التمسك بها باعتبارها من حقوقه، ومن ثم لا يجوز للإدارة تعديل الشروط المالية بإرادتها المنفردة، نظرا لما يترتب عليه من إخلال بالتوازن المالي للعقد، ويؤدي إلى انهيار الأساس الذي أقيم عليه المتعاقد قبوله للتعاقد مع الإدارة⁽²⁾، ولقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي بأنه لا يمكن للإدارة أن تفرض على المتعاقد معها تعديلات، إلا تلك التي ترد فقط على شروط المرفق ولا مساس بالشروط المالية في ذاتها⁽³⁾، كما قضى في قرار آخر بأنه "إذا أدت ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل الانفرادي، إلى تسبب ضرر للمتعاقد من

¹: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 314، 315.

²: عتيق حبيبة، الشكلية في العقد الإداري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015، 2016، ص 160.

³: C.E 11 juillet 1941, Hôpital-Hospice de Chauny, Rec.129.

مذكور في: هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 867.

خلال تقاوم التزاماته، فإن ذلك يستدعي تعويضه نتيجة تنامي أعبائه كما هو الحال عند تطبيق نظرية فعل الأمير، باعتبار أن سلطة التعديل الانفرادي هي إحدى تطبيقاتها⁽¹⁾.

كما قرّرت المحكمة الإدارية العليا في مصر أيضا بأنه "من المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل المالي في العقد هي شروط تعاقدية، ... ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلاّ بموافقة الطرف الآخر..."⁽²⁾.

2- **عدم تغيير التعديل طبيعة العقد:** إذا كانت الإدارة تملك تعديل العقد عن طريق الزيادة في التزامات المتعاقد أو الإنقاص منها أو تعديل طرق و وسائل التنفيذ، إلاّ أنّه لا يحق لها تعديل موضوع أو طبيعة الالتزامات التي تم الاتفاق بشأنها، فلا يجوز للإدارة ممارسة سلطة التعديل إلاّ في إطار الموضوع الأصلي للعقد الذي اتجهت إليه الإرادة المشتركة للأطراف⁽³⁾.

فإذا فرضت الإدارة على المتعاقد معها التزاما جديدا خارجا عن العقد بأن امتد إلى جوهر أو موضوع العقد، أو كان من شأنه قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد، ما كان لينقبه لو عرض عليه عند إبرام العقد لأول مرة، فإنّ المتعاقد بإمكانه اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد والتعويض عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب⁽⁴⁾.

ولقد نص **المشرع الجزائري** على هذا القيد في المادة 8/136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا، بقولها "ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ... وزيادة على ذلك لا يمكن أن يغير الملحق موضوع

¹: C.E 27-10-1978, ville de saint- molo, Rec. p 401.

مذكور في: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 344.

²: حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، بتاريخ 31-08-1993، مذكور في: عبد العزيز عبد المنعم خليفة المرجع السابق، ص 163-164..

³: حمد محمد حمد الشلmani، المرجع السابق، ص 158. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 346.

⁴: شقطني سهام، المرجع السابق، ص 48 وما بعدها.

الصفقة أو مداها..."، كما نصت المادة 59 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام على أنه " لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يخص الملحق تعديل موضوع الاتفاقية ..."، ويتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري قيّد المصلحة المتعاقدة حال لجوئها إلى التعديل بعدم خروجها على موضوع الصفقة، وأوجب أن يكون التعديل من حيث المدى لا يؤثر على العقد الأصلي، وحسنا فعل المشرع الجزائري بهذا التقييد حتى لا تتخذ الإدارة المتعاقدة التعديل كوسيلة لإبرام صفقات جديدة على حساب العقد الأصلي.

ولكن يجب الإشارة إلى أن تطبيق مبدأ جواز تغيير طبيعة وموضوع العقد بصفة متشددة في عقود الامتياز سيؤدي إلى عدم مسايرة المرفق العام للتقدم العلمي والتطور التقني الذي قد يفرض أحيانا تغيير موضوع العقد بصفة جذرية لتلبية حاجات المنتفعين.

ولقد طرح هذا الموضوع أمام مجلس الدولة الفرنسي في قضيتين مشهورتين، تتعلق القضية الأولى بإمكانية فرض إحلال الإضاءة بالكهرباء محل الإضاءة بالغاز على الملتزم مما يقتضي تغييرا جذريا لمحل العقد، حيث اعتبر مجلس الدولة بأنه لا يمكن للإدارة أن تفرض على الملتزم هذا التغيير بإرادتها المنفردة، لأنه سيؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، لكنه أقرّ في مقابل ذلك أنه إذا رفض الملتزم إدخال التغييرات اللازمة من تلقاء نفسه، ففي هذه الحالة تتحرر الإدارة من التزامها بضمان عدم المنافسة، إذ يمكنها أن تتعاقد مع ملتزمين آخرين لمسايرة التقدم العلمي⁽¹⁾.

أمّا في القضية الثانية فتطرح مسألة إمكانية إجبار الملتزم على تبديل النقل عن طريق الحافلة بالنقل عن طريق الترمواي لتلبية متطلبات التطور التقني، حيث أنكر مجلس الدولة على الإدارة في هذه القضية كذلك حق فرض هذا التغيير بإرادتها المنفردة، لكنه أعفاها

¹: C.E 6 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de la Ville de Rouen, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 10ème éd, p. 52.

في مقابل ذلك من كل التزام بتعويض المتعاقد معها عن الظروف الطارئة، وسمح لها علاوة على ذلك بطلب فسخ العقد، إذا لم تتوصل إلى اتفاق مع الملتزم⁽¹⁾.

ولقد نص المشرع الفرنسي على شرط عدم جواز مساس التعديل بطبيعة العقد في المادة 65 من الأمر رقم 899-2015، المؤرخ في 23 جويلية 2015، بقولها "تحدد الشروط التي بموجبها يمكن تعديل الصفقة العمومية أثناء تنفيذ العقد عن طريق التنظيم، ولا يمكن لهذه التعديلات أن تغير الطبيعة الكاملة للصفقة العمومية..."⁽²⁾، والمادة 55 من الأمر رقم 65-2016، المؤرخ في 29 جانفي 2016 بقولها "تحدد الشروط التي يمكن بموجبها تعديل عقود الامتياز دون إجراء جديد للدعوة إلى المنافسة عن طريق التنظيم، ولا يمكن أن تغير هذه التعديلات الطبيعة العامة لعقد الامتياز..."⁽³⁾.

كما نصت المادة 139-5°، من المرسوم التنفيذي رقم 360-2016، المشار إليه سابقا على أنه "يجوز تعديل الصفقة العمومية في الحالات التالية:

- إذا كانت التعديلات مهما يكن مبلغها، غير جوهرية: حيث يعتبر التعديل جوهريا عندما يغير الطبيعة العامة للصفقة العمومية، ومهما يكن من أمر، فإن التعديل يعتبر جوهريا إذا توفر إحدى الشروط التالية:

أ- إذا تم إدخال شروط من شأن إدراجها في إجراء إبرام العقد الأصلي، أن تجلب مزايا للمتعاملين الاقتصاديين، أو تسمح بقبول متعاملين اقتصاديين آخرين، أو تسمح باختيار عرض غير العرض الذي تم قبوله.

¹: مذكور في: حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 159. انظر أيضا: Aiad Shwekat .op.cit. p 109.

²: Article 65 « Les conditions dans lesquelles un marché public peut être modifié en cours d'exécution sont fixées par voie réglementaire. Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du marché public ».

³: Article 55 « Les conditions dans lesquelles un contrat de concession peut être modifié en cours d'exécution sans nouvelle procédure de mise en concurrence sont fixées par voie réglementaire. Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession ».

ب- إذا تم تعديل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية لفائدة المتعاقد بطريقة لم ينص عليها في العقد الأصلي.

ج- تعديل موضوع الصفقة العمومية بشكل معتبر.

د- إذا كان يهدف إلى استبدال المتعاقد الأصلي بمتعاقد جديد خارج الاحتمالات المنصوص عليها في الفقرة 4".

ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الفرنسي حدّد الحالات التي يعتبر فيها التعديل جوهريا ومن شأنه أن يؤدي إلى تغيير طبيعة وموضوع العقد على سبيل الحصر، وبذلك يضع حدا لأي تفسير آخر محتمل يخالف هذه الحالات.

وقد قرّرت محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه "إذا كان من شأن التعديل زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة، إلا أنه لا يصحّ أن تجاوز الأعباء الجديدة الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها وأهميتها، أو أن تفوق في قيمتها أو نتائجها ما اتفق عليه أصلا في العقد بدرجة كبيرة، بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد أو تغيير في موضوع العقد أو محله"⁽¹⁾.

3- عدم تجاوز نسبة التعديل الحدود المقررة قانونا: كثيرا ما تنص القوانين أو اللوائح

أو دفاتر الشروط على نسب محددة للتعديل بالزيادة أو النقصان في العقد متفق عليها مسبقا يتعين على الإدارة الالتزام بها، وكل تجاوز لها يعتبر تعسفا من طرفها يفتح الباب للمتعاقد للمطالبة بالفسخ الفوري للعقد أو المطالبة بالتعويض، ذلك أن المتعاقد مع الإدارة حين أبرم العقد، كان يضع في حسبانته كافة احتمالات التعديلات التي يمكن أن تجربها الإدارة، وفقا لما تقضي به القوانين أو اللوائح أو نصوص العقد⁽²⁾.

¹: حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، قضية رقم 983، سنة 7 ق، جلسة 30-06-1957، مذكور في:

حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 214.

²: حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص، 357.

ولقد حدّد المشرّع الجزائري نسب التعديل وفقا للملحق الذي تبرمه المصلحة المتعاقدة حيث أشارت المادة 1/139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا، على حق الإدارة في إجراء التعديل زيادة أو نقصانا بنسبة لا تتجاوز 10% من المبلغ الإجمالي للصفقة، وفي المقابل أشار في المادة 9/136 إلى أنه إذا تضمن الملحق خدمات تكميلية تتجاوز نسبته 15% من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللوازم والدراسات والخدمات، و20% في حالة صفقات الأشغال، فإنه يخضع لهيئة الرقابة الخارجية.

وبالرجوع إلى د.ش.إ.ع. المطبقة على الأشغال العامة، نجد أن المشرّع الجزائري قد حدد في المادة 1/30 منه، سلطة التعديل الذي تملكه الإدارة المتعاقدة بنسبة 20% من مبلغ المقولة؛ إذ يجوز للإدارة إدخال تعديلات بالزيادة أو النقصان أثناء تنفيذ العقد في حدود هذه النسبة في حجم الأشغال، دون أن يملك المتعاقد الحق في طلب أيّ تعويض، أمّا إذا تجاوزت الإدارة نسبة 20%، فيجوز له المطالبة بفسخ العقد ودون أن يكون مطالباً بأيّ تعويض إلاّ ما تعلق منها بأشغال الصيانة والإصلاح فقد حدد حجمها بنسبة 35% من قيمة الصفقة أمّا إذا كان النقص أعلى من هذه النسبة المئوية فيجوز للمقاول تقديم طلب تعويض⁽¹⁾.

ويخضع تعديل العقود الإدارية أثناء التنفيذ في فرنسا إلى الأحكام المستلهمة من الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الأوروبية، ويجوز للسلطة المتعاقدة تعديل العقد الأصلي في بعض الحالات وفقا لـ 140 من المرسوم التنفيذي رقم 2016-360، المتعلق بالصفقات العمومية، والمادة 24 من المرسوم رقم 2016-86، المتعلق بعقود الامتياز، بالإضافة إلى ذلك فإنّ أيّ ملحق يتعلق بتعديل عقد امتياز لمجموعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية باستثناء المؤسسة العمومية الاجتماعية والطبية الاجتماعية، تؤدي إلى الزيادة في المبلغ الإجمالي للصفقة بما يتجاوز نسبة 5%، يجب أن يخضع إلى لجنة طلب

¹: المادة 31 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المشار إليه سابقا.

العروض لإبداء رأيها، إذا كانت الصفقة الأصلية نفسها تخضع إلى لجنة طلب العروض، ويتم إخطار المجلس المتداول مسبقاً بهذا الرأي عند الاقتضاء⁽¹⁾.

ولكي لا يعتبر التعديل جوهرياً، يجب أن تستوفي مقدار التعديلات المتخذة بالزيادة أو النقصان شرطين وهما:

- ألا يتجاوز 10% من مبلغ العقد، عندما يتعلق الأمر بعقد التوريد أو الخدمات⁽²⁾ أو عقد الامتياز⁽³⁾، و 15% عندما يتعلق الأمر بعقود الأشغال العامة⁽⁴⁾.

- بالإضافة إلى ذلك فإن التعديلات المحتملة لا ينبغي أن تتجاوز عتبات الإجراءات الشكلية لإبرام العقود⁽⁵⁾.

فإذا توافر هذين الشرطين فإنه يمكن للطرفين المتعاقدين إبرام ملحق بكل حرية، يمكن أن يشمل جميع الالتزامات، الخدمات التي يتعين تنفيذها، والجدول الزمني لتنفيذها والتنظيم المالي للعقد، وإذا تم إجراء عدة تعديلات متتابعة، فيجب على السلطة المتعاقدة أخذ بعين الاعتبار القيمة التراكمية الزائدة للتعديلات المتتالية، كما ينبغي التأكد عن طريق تطبيق شروط اختلاف السعر والنسب التي تقل عن 10% و 15%، لم يتم تجاوزها فلن يكون التعديل بالضرورة جوهرياً، ويجب على الإدارة المتعاقدة التأكد من أن التعديلات المتوقعة لا تدخل في الحالات التي يشير إليها التعديل الجوهري⁽⁶⁾.

¹: Article L.1414-4 du code général des collectivités territoriales (CGCT), modifier par L'article 101 de l'ordonnance N° 2015 -899, du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics. et l'article L. 1411 -6 du CGCT modifier par les disposition de l'article 58 de l'ordonnance N° 2016-65, du 29 janvier 2016, relative aux contrats du concession.

²: Article 139 -6 du décret, N° 2016 -360 précité.

³: Article 36-6 du décret relatif aux contrat du concession.

⁴: Article 139-6 du décret N° 2016-360.

⁵: Article 139-6 du décret N° 2016-360, précité et l'Article 36-6 du décret relatif aux contrat du concession.

⁶: D.A.J. les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, (fiches technique), 21-02-2017,p 4. disponible sur site: <https://www.economie.gouv.fr/daj/modalites-modif-contrats-en-cours-2017>

(Consulté le 30 janvier 2018).

أما المشرع المصري فقد حدّد في المادة 78 من اللائحة التنفيذية رقم 89 لسنة 1998 على حق الجهة الإدارية في تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود 25% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار، دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك، ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة المقررة في الفقرة السابقة.

كما أضاف المشرع المصري حكماً جديداً لنص المادة 78، أجاز بموجبه لجهة الإدارة أن تتجاوز نسبة 25% المذكورة وذلك بشروطين، الأول يتمثل في حالة وجود ضرورة تستدعي ذلك، والثاني هو موافقة المتعاقد عليها، ناهيك عن الشروط الأخرى الواجب توافرها في جميع حالات التعديل، وهي الحصول على موافقة السلطة المختصة ووجود الاعتماد المالي اللازم وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد مع عدم تأثير التعديل على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه⁽¹⁾.

¹: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمائنات المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق، ص 464.

المطلب الثاني: آليات ممارسة سلطة التعديل ونطاقه.

تتضمن أغلب العقود الإدارية بنوداً صريحة تنص على حق الإدارة في تعديل الالتزامات الأصلية للمتعاقد معها بالزيادة أو بالنقصان، ولا تقتصر هذه البنود على ذكر هذا الحق فحسب، بل تنظم تقنيات ممارسته وتحدد نطاقه أيضاً، وبصورة عامة فإن تدخل الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري لتعديل بعض شروطه، قد يتم في الإطار التعاقدى بناء على اتفاق بينها وبين المتعاقد معها عن طريق إبرام ملحق، كما قد يتم هذا التعديل خارج الإطار التعاقدى نتيجة اتخاذ الإدارة بإرادتها المنفردة تدابير معينة مشروعة، بهدف الحرص على حسن سير المرفق العام واستمراره بما يحقق المصلحة العامة، أو نتيجة ظروف طارئة فتؤثر في اقتصاديات العقد (الفرع الأول)، وتظهر سلطة الإدارة في تعديل عقودها في صور مختلفة كزيادة الالتزامات أو إنقاصها، وتعديل طرق ووسائل التنفيذ، وكذا مدة التنفيذ كما تختلف مجالات تطبيقها من عقد إلى آخر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آليات ممارسة سلطة التعديل.

إن مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطوير، هو الذي يؤكد حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، وهذا لمسايرة ومواكبة التحولات والتغيرات التي تطرأ على حاجات ومتطلبات الصالح العام، وفي الواقع يتم تعديل شروط العقد الإداري باتفاق إرادتي الرابطة العقدية، أو ما يسمى بالتعديل الاتفاقي عن طريق تقنية الملحق (أولاً)، كما قد يتم تعديل العقد بالإرادة المنفردة باعتباره قراراً استثنائياً تتمتع به الإدارة لمواجهة متطلبات المرفق العام وإلزام المتعاقد بهذا التعديل دون حاجة إلى رضاه (ثانياً).

أولاً: التعديل الاتفاقي عن طريق الملحق.

يكون التعديل اتفاقياً عندما ينتج من اتفاق تعديلي، أي من تصرف قانوني يقرر بموجبه طرفي العقد إجراء تغييرات على واحد أو أكثر من عناصر العقد الذي يجري تنفيذه،

ويعتبر هذا الاتفاق هو الوضع الطبيعي لتعديل العقد⁽¹⁾، الذي يعترف به النظام القانوني بلا شك وفقا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين ...".

ويعتبر الملحق الأداة الأساسية لتجسيد هذا التعديل الاتفاقي أثناء تنفيذ العقد فما المقصود بالملحق، وما أنواعه؟ وماهي شروط إبرامه؟ هذا ما سنوضحه فيمايلي:

1- مضمون الملحق: الملحق في إطار الصفقة العمومية هو عقد موقع بين الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها، وتشير هذه الوثيقة إلى التعديلات التي يريد الطرفين المتعاقدين إدراجها في الصفقة، وجميع الشروط اللازمة لإجراء هذه التغييرات (لاسيما تكلفتها) فهي تهدف إلى تعديل وثائق الصفقة التي تم توقيعها بمناسبة تبليغ العقد إلى المتعاقد⁽²⁾.

كما يعرف التعديل بأنه اتفاق إرادي موقع من كلا الطرفين بهدف تعديل نصوص العقد أو صفقة عمومية سارية المفعول، ولا يمكن للملاحق قلب اقتصاديات العقد أو تغيير موضوعه، ماعدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية غير متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة⁽³⁾.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، على أنه "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة".

وإذا كان المشرع الفرنسي لم يشر إلى مفهوم الملحق في تنظيم الصفقات العمومية الجديد، إلا أنه يمكن لطرفي العقد بصفة عامة إبرام ملحق يجسد التزامهما في إجراء التغييرات المتوقعة أثناء تنفيذ العقد، باستثناء الحالات التي تم النص عليها في العقد الأصلي

¹: C.E, 22 novembre 1907, *Sieur Coste*, Rec. 849, Citer par: Mathias Amlihat, *Le régime de la modification des contrats de concession et des marchés publics: La mutabilité des contrats et la logique concurrentielle*, JDA, Université Lille 2, disponible sur site: <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=2095> (Consulté le 30 janvier 2018).

²: voir sur site: www.Marchespublicspme.com (Consulté le 30 janvier 2018).

³: <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/avenant>. (Consulté le 30 janvier 2018).

ففي هذه الحالة الأخيرة، فإن إجراء هذه التعديلات سيخضع إلى القرار الانفرادي الصادر عن الإدارة المتعاقدة⁽¹⁾.

أمّا المشرّع المصري هو الآخر فلم يعرف الملحق، وإنما أجاز في المادة 2/78 من اللائحة التنفيذية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات السابق الذكر، اللجوء لمثل هذا التعديل الاتفاقي وذلك بنصها على أنه "... ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة..."، وحدد للإدارة المتعاقدة تعديل كميات أو حجم عقودها التي تتجاوز نسبة 25 % بعد موافقة السلطة المختصة بالشروط الآتية:

- موافقة المتعاقد على النسب الجديدة والتي تجاوز 25 %.

- أن يكون هناك حالة ضرورة طارئة، وهذه الضرورة تستقل بتقديرها الجهة الإدارية وبيانها هذه الضرورة الطارئة، يمنع زيادة حجم العقود عن هذه النسب، ويتعين توفير هذه الكميات عن طريق إحدى طرق التعاقد، وفي كل الحالات ليس هناك ما يمنع الإدارة من الاتفاق مع المتعاقد على زيادة تلك النسب في العقد ذاته أو بمقتضى اتفاقات لاحقة⁽²⁾.

ويتضح من التعاريف السابقة بأن الإدارة المتعاقدة تلجأ إلى إبرام الملحق بهدف زيادة أو تقليل الخدمات المتفق عليها، أو زيادة أو تخفيض آجال التنفيذ وكذا تغيير نوعية المواد أو اللوازم المستعملة في تنفيذ الأشغال.

2- شروط إبرام الملحق: يشترط لإبرام الملحق نوعين من الشروط الأولى تتعلق

بخضوع إبرام الملحق إلى القواعد الشكلية، والثانية تتعلق بالشروط الموضوعية.

أ- الشروط الشكلية: يخضع إبرام الملحق، لبعض القواعد الشكلية وهذه الأخيرة ليس

الهدف منها الحيلولة دون القيام بتعديل نصوص العقد، وإنما هدفها هو ضمان احترام

¹: ibid.

²: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 468.

خصوصية الأشخاص العامة بمختلف هيئاتها، التي تمارس مهام متنوعة حسب الاختصاص المخول لها، وتتخذ قواعد الشكل المطبقة على إبرام الملحق صورتين:

الصورة الأولى- الصيغة الشكلية لإبرام الملحق: يجب أن يكون الملحق مكتوبا من حيث المبدأ، ويندرج هذا الالتزام ضمن اجتهاد القضاء الإداري⁽¹⁾، كما استقرّ الفقه الإداري على اعتبار الملحق "عقد مكتوب"، وهذا الإجراء الشكلي له ما يبرره خاصة عند وجود عدة متعاقدين، فهو شرط لوجود العقد، فضلا عن ذلك يمكن أن يتخذ الملحق عدة أشكال، غير أنه لا يمكن اعتبار مجرد رسالة بسيطة ملحق⁽²⁾، وفي المقابل فإنه من المقبول اعتبار الرسائل المتبادلة⁽³⁾ والمحاضر المسجلة طبقا للأحكام المطبقة على عقود الأشغال العامة بمثابة ملاحق حقيقية⁽⁴⁾، شريطة أن تصدر من شخص مختص يتعاقد باسم الإدارة، وقد تكون الكتابة على دعامة ورقية أو في شكل الكتروني واللذين لهما نفس حجية الإثبات.

وعلى غرار الكتابة، يجب التوقيع أو المصادقة على الملحق من قبل طرفي العقد حتى ولو نص العقد الأصلي على جواز إبرام ملحق⁽⁵⁾، كون الإمضاء يعتبر إثباتا كتابيا لوجود الملحق، وضمانا لتنفيذ التزامات المتعاقد.

الصورة الثانية- الصيغة الإجرائية: يتعين على الإدارة المتعاقدة إتباع الإجراءات القانونية التي حددها المشرع في عملية إبرام الملحق، والمتمثلة أساسا في إخضاع الملحق إلى الموافقة المسبقة للجهة المختصة في حالات معينة، كما يجب أن يتم اللجوء إلى الملحق في حدود آجال تنفيذ الصفقة⁽⁶⁾.

¹: CAA Nantes, 18 février 1993, Dpt. du Finistère, req. n° 90NT00396. citer par: Muhannad AJJOUR. op.cit. p.445

²: C.E, Section, 13 janvier 1950, Société nationale des chemins de fer français c/ Chambre de commerce de Perpignan, Lebon, P 30.

³: C.E, 12 juin 1976, Sté, Pierre Pasquet, Lebon, P 1000. citer par: Muhannad AJJOUR. op.cit. p.445.

⁴: CAA Nancy, 17 février 2000, Commune de Champigny-sur-Vesle c/ M. Michel Lebeau, req. n° 95NC001123, Ibid. p 445.

⁵: CAA Paris, 6 juin 1991, Centre hospitalier départemental de Stell, Lebon T. 1047.

⁶: المادة 138 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

وفي هذا السياق ذهب المشرع الجزائري إلى وجوب إخضاع إبرام الملحق لهيئة الرقابة الخارجية القبلية للجان الصفقات المختصة وذلك في الحالات التالية:

- إذا كان موضوع الملحق يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد⁽¹⁾.

- إذا كان مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، يتجاوز زيادة أو نقصانا بنسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة⁽²⁾.

- إذا تضمن الملحق خدمات تكميلية، باستثناء التبعات التقنية غير المتوقعة، تتجاوز مبالغها نسبة 15% من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللوازم والدراسات والخدمات، و20% في حالة صفقات الأشغال⁽³⁾.

- عندما يكون الملحق ذا أثر مالي، يتعلق بإدخال و/أو تعديل بند تعاقدى أو أكثر.

كما ذهب المشرع الفرنسي إلى إخضاع كل مشروع ملحق بالصفقة العمومية يرتب زيادة تتجاوز 5% من المبلغ الإجمالي للصفقة، إلى لجنة طلب العروض لإبداء رأيها حول المشروع، إضافة إلى ذلك اشترط ضرورة إخطار المجلس المتداول بهذا الرأي قبل أن يتخذ هذا الأخير قراره عن طريق التصويت حول مشروع الملحق⁽⁴⁾، ومن جهته أخضع المشرع المصري، تعديل العقد إلى الموافقة المسبقة للسلطة المختصة⁽⁵⁾.

إن الهدف من وراء سنّ هذه الأحكام هو ضمان تكريس الشفافية في أعمال الإدارة والحدّ من لجوئها إلى إبرام ملاحق دون حاجة إلى ذلك، فضلا على أن إخطار الجهات المختصة بالرقابة من أجل الحصول على موافقتها من شأنه إضفاء طابع المشروعية على عمليات التعاقد بموجب الملاحق.

¹: المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

²: المادة 139 من نفس المرسوم.

³: المادة 2/139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴: Article L.1414-4, du code général des collectivités territoriales, précité.

⁵: المادة 1/78 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المشار إليه سابقا.

ب- الشروط الموضوعية: هناك قواعد موضوعية تجعل حالات اللجوء إلى إبرام الملحق محدودة للغاية، وهذا التحديد مبرر بالمنطق العام لإجراءات الإبرام التي تتطلب مراعاة القواعد العامة للمنافسة، والمحافظة على استخدام المال العام في مرحلة تنفيذ العقد.

حيث أنه باستقراء النصوص القانونية المكرّسة لإبرام الملحق سواء في الجزائر أو فرنسا أو مصر، يكشف أن تعديل شروط العقد يخضع لقواعد صارمة، وفي الحقيقة لا يكمن هدف اللجوء إلى إبرام الملحق في تعزيز دور إرادة الأطراف المتعاقدة وحرّيتهم التعاقدية، وإنما لأجل تلبية المتطلبات التي تفرضها الظروف الخاصة في بعض الحالات الاستثنائية⁽¹⁾، ولتفادي تكرار النقاط السابقة، فإننا سنركز في هذا العنصر على بيان الشروط الموضوعية التي يمكن أن تبرم في ظلها الإدارة المتعاقد الملاحق ومنها:

- وجود شرط إعادة مراجعة العقد الأصلي: يجب النص في العقد الأصلي على شكل بنود يسمح بإعادة مراجعته⁽²⁾، وكتابتها بطريقة دقيقة وواضحة بما فيه الكفاية، وفي هذا الصدد يتعين على الإدارة المتعاقدة أن تبين نطاق وطبيعة التعديلات المتوقعة وترتيبات تنفيذها، وعليها تبليغ المرشحين المحتملين في وثائق العقد الأصلي بإمكانية مراجعة بعض شروط العقد، كالسعر عند الاقتضاء⁽³⁾، أو في حالة وقوع بعض الأحداث أثناء تنفيذ العقد والتي من شأنها أن تؤثر على التوازن المالي للعقد.

- أن تكون التعديلات مبررة بخدمات إضافية وتكميلية شريطة توفر بعض الشروط: أجاز المشرع الفرنسي للإدارة المتعاقدة أن تدرج في العقد الموجود أشغال أو خدمات أو لوائح إضافية، إذا أصبحت ضرورية، ولا يترتب عليها زيادة في العقد تتجاوز نسبة 50% من المبلغ الأصلي للعقد وشريطة أن يكون تغيير المتعاقد⁽⁴⁾:

¹: Muhannad AJJOUR. op.cit. p.450.

²: Article 139-1°, du décret n° 2016-360 précité.

³: المادة 2/137 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

⁴: D.A.J. les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, op.cit. p 4.

* أصبح مستحيلا لأسباب اقتصادية أو تقنية مثل الالتزام بقابلية التبادل (l'obligation d'interchangeabilité) أو قابلية التشغيل البيئي (ou d'interopérabilité)، مع المعدات أو الخدمات أو المنشآت القائمة التي تم شرائها في إطار العقد الأصلي.

* إذا كان من شأنه أن يترتب عليه ضررا بالغا أو يؤدي إلى زيادة كبيرة في التكاليف. - عندما تصبح التعديلات ضرورية بسبب ظروف استثنائية غير متوقعة: حيث يجوز للإدارة في هذه الحالة أن تعدّل عقودها، شريطة أن تؤدي هذه الظروف إلى اختلال في التوازن العقدي اختلالا معتبرا، قد يؤثر ذلك على عمر الصفقة وآجال التنفيذ⁽¹⁾.

وهذه الفرضية مماثلة لمفهوم التبعات التقنية غير المتوقعة المنصوص عليها في المادة 8/136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والتي تغطي كل الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تواجهها الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد، وهي ذات طابع استثنائي غير متوقعة أثناء إبرام العقد، وخارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة.

- التنازل عن العقد لصالح متعاقد جديد، ويتم ذلك في حالتين:

* عندما تتدخل الإدارة المتعاقدة لوجود شرط في العقد الأصلي يسمح بهذا الخيار.

* عندما يحدث ذلك تبعا لعملية إعادة هيكلة الشركة لاسيما صفقة شراء، اندماج أو إفلاس، من قبل متعاقد آخر يستوفي معايير الانتقال النوعية المحددة منذ البداية، إلا أنه يمكن اعتبار التنازل غير مشروع إذا حدث التغيير مباشرة بعد إبرام العقد، وقبل حتى البدء في تنفيذه دون سبب مشروع، لذلك يجب على الإدارة المتعاقدة أن تتأكد بأن شروط التنازل الواردة في العقد الأصلي لا تستهدف الالتفاف على التزامات الإشهار والدعوة إلى المنافسة.

¹: وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 139-3° من المرسوم رقم 2016-360، المتعلق بالصفقات العمومية، والمادة 26-3° من المرسوم المتعلق بعقود الامتياز، وهي نفس الحالة التي تطرق إليها المشرع الجزائري في المادة 138 مطة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، والمشرع المصري في المادة 2/78 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظم المناقصات والمزايدات العامة رقم 89 لسنة 1998.

- أن يكون مقدار التعديلات المتوقعة لا تتجاوز حدود النسب المحددة: يشترط كي لا يوصف التعديل بأنه جوهريا، أن تكون الأعباء المحتملة بالزيادة أو النقصان لا تتجاوز 10% من مبلغ العقد الأصلي لصفحة اللوازم أو الخدمات⁽¹⁾، أو عقود الامتياز⁽²⁾ و15% بالنسبة لعقود الأشغال العامة⁽³⁾، إضافة إلى ذلك يجب ألا تتجاوز التعديلات المتوخاة حدود الإجراءات الشكلية لإبرام العقود⁽⁴⁾.

- ألا يؤدي الملحق إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد أو تغيير محلّه: في الواقع لا يمكن اعتبار إبرام الملحق كطريقة طبيعية لإدارة العقود، بالإضافة إلى ذلك لا ينبغي أن تؤدي آثار الملاحق لتغيير موضوع العقد، وهكذا ففي عقود الأشغال العامة مثلا، لا يجب أن يتضمن الملحق إلاّ الأشغال المتصلة بالأشغال الأصلية في العقد الأصلي⁽⁵⁾، ومتعلقة بنفس الموضوع، و ببساطة فهي تسمح بمتابعة تنفيذ الخدمات المنصوص عليها أصلا⁽⁶⁾.

وفي هذا الصدد اعترف المشرع الجزائري بموجب المادة 1/136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا، بحق الإدارة المتعاقدة في إبرام ملحق بهدف تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة، إذا كان لا يؤدي إلى تغيير محلّها أو موضوعها، ولا يؤثر بصورة أساسية على توازن الصفقة⁽⁷⁾، كما يتعين ألاّ يؤدي الملحق إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ولا يجب أن يكون للتعديلات أثر على البنود الأساسية للعقد، لاسيما المتعلقة منها بالسعر وشروط التنفيذ.

¹: المادة 2/139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

²: Article 139-6, du décret des contrats de concession.

³: Article 139-6, du décret 2016-360, précité

⁴: Article 139-6, du décret sur les marchés publics et article 36-6, du décret relatif aux contrats de concession.

⁵: C.E, 28 juillet 1995, Préfet de la région d'Île-de-France, préfet de Paris c/ Sté de gérance Jeanne d'Arc, req. n° 143438, Lebon, P. 321. citer par: Muhannad AJJOUR.op.citp.453.

⁶: Ibid. p 453.

⁷: المادة 8/136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

3- أنواع الملحق: تصنف الملحق إلى الأنواع التالية:

أ- ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة: يقصد بملحق الأشغال المضافة رفع التزامات الإدارة المتعاقدة مع المتعاقد غير تلك المنصوص عليها في دفتر الشروط أو في العقد في حدود نسبة معينة قانونا، أما الأشغال المنقصة فهي تقليل لالتزامات المتعاقد المنصوص عليها في دفتر الشروط أو في العقد، وتخفيضها إلى مستوى حدود معينة.

ويجوز أن يكون موضوع ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة، إما تعديلات في كمية وطبيعة الأشغال، وإما تعديلات في مدد التنفيذ، وإما تعديلات تتعلق بسعر الصفقة، إذا لم تكن هذه الأخيرة مبرمة بناء على سعر ثابت غير قابل للمراجعة، وتكون هذه التعديلات التي يشملها الملحق بالزيادة أو النقصان.

وفي الجزائر نص المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا، على حق الجهة الإدارية المتعاقدة في إجراء تعديل على عقودها من خلال الملحق وفقا لأحكام القسم الخامس من الفصل الرابع، إلا أنه أحيانا يقوم المتعاقد مع الإدارة بتعديلات على الأشغال دون أخذ ترخيص من المصلحة المتعاقدة، ففي هذه الحالة يتعين أن تغطي الخدمات موضوع الملحق خدمات تكميلية تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى د.ش.إ.ع الجزائري المطبقة على عقود الأشغال العامة نجد أنه في حالة الاعتراف من قبل المهندسون أن التغييرات المحدثة من قبل المقاول ليست مخالفة لقواعد الفن والذوق السليم فيجوز في هذه الحالة الأخذ بالمقتضيات الجديدة، دون أن يحق للمقاول المطالبة بأية زيادة في السعر...⁽²⁾، ولهذا فإنه أسلم لتنفيذ الصفقة تضمينها بندا لا يسمح للمتعاقد بالقيام بتعديلات في الأشغال واللوازم من تلقاء نفسه، إلا إذا اتضح أنها ضرورية ولا يمكن الاستغناء عنها.

¹: المادة 4/136 من المرسوم الرئاسي رقم 15 247، السابق الذكر.

²: المادة 22 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المذكور سابقا.

غير أنه في العديد من الحالات تثار المنازعات حول تسديد ثمن الأشغال الإضافية من طرف الإدارة المتعاقدة، والتي يراها المتعاقد ضرورية للمشروع بحجة أنها لم تأمره بإنجازها حيث أقرّ مجلس الدولة الجزائري في قرار له أنّ الأشغال الإضافية عندما تكون ضرورية للمشروع ومنجزة وفق القواعد المقررة، فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها حتى وإن لم يتلقى المقابل أي أمر بإنجازها من طرف صاحب المشروع ولا صاحب المبنى⁽¹⁾.

كما تناول المشرّع الفرنسي في د.ش.إ.ع، المؤرخ في 01 أكتوبر 2009، المعدل والمتمم، المشار إليه سابقاً⁽²⁾، في المادة 15 منه، إلى رفع مبلغ الأشغال (Augmentation du montant des travaux)، حيث نصت المادة 3.15 على أنه "إذا كان زيادة مبلغ الأشغال بالنظر إلى مبلغ العقد يزيد عن الحدود المقررة في الفقرة التالية فإن للمتعاقد الحق في التعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء هذه الزيادة"، كما تطرقت المادة 16 إلى تخفيض مبلغ الأشغال (Diminution du montant des travaux)، ونصت المادة 1.16 على أنه "إذا كان تخفيض مبلغ الأشغال بالنظر إلى مبلغ العقد يزيد عن الحد الأدنى للنقص المبين في الفقرة التالية، فللمتعاقد الحق في التعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء هذا التخفيض".

أمّا المشرّع المصري فقد نص في المادة 78 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، على حق الجهة الإدارية تعديل عقودها بالزيادة أو النقصان دون حق المتعاقد المطالبة بالتعويض.

ب- ملحق التغيير: إن تغيير المتعاقد في العقد بمتعامل اقتصادي آخر أو تغيير المصلحة المتعاقدة أحياناً، أو بسبب تغيير التزامات التسيير يدفع إلى إبرام ملحق التغيير

¹: قرار مجلس الدولة رقم 22350، مؤرخ في 12-07-2005، قضية (ق.ع.ب) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، مجلة مجلس الدولة العدد 7، الجزائر، 2005، ص 93، مذكور في: سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 62.

²: Arrêté du 3 mars 2014 modifiant l'arrêté du 8 septembre 2009, portant approbation du CCAG – Travaux. Précité.

ويكون تغيير المتعاقد في حالة وفاة المتعاقد الأصلي أو عدم أهليته، فإذا قبلت الإدارة العروض التي قد يتقدم بها إليها ورثته لتكميل الأشغال، فيجب عليها أن تبرم ملحق تغيير⁽¹⁾ ونفس الحكم ينطبق إذا أفسس المتعاقد، وقبلت الإدارة العروض التي تقدم بها وكيل دائني التقلية لمتابعة المقاول، أمّا في حالة التسوية القضائية، فيفسخ العقد، ولا يسمح بإبرام ملحق التغيير⁽²⁾، أمّا إذا لحق التغيير الإدارة المتعاقدة، كحالة التقسيم الذي يحدث للمقاطعات الإدارية مثل إنشاء عدة ولايات، فإن هذا الأمر يتطلب نقل الصفقة من مصلحة إلى أخرى عن طريق إبرام ملحق يشمل هذا التغيير الذي وقع على مستوى الإدارة المتعاقدة⁽³⁾.

ويشترط في إبرام ملحق التغيير الشروط التالية⁽⁴⁾:

- مراعاة المسائل المتعلقة بالرهن الحيازي والكفالة.
 - إعداد محضر قفل الحسابات ومحاضر التسليم مع المتعاقد الأصلي.
 - توفر المتعاقد الجديد على المؤهلات المهنية اللازمة لإبرام العقد، لاسيما شهادة التأهيل والتصنيف المهني، واستيفاء واجباته الجبائية.
 - تحمل المسؤوليات فيما يتعلق بالأشغال المنجزة.
- ج- ملحق الإقفال النهائي للصفقة: يسمح إبرام هذا الملحق بإيقاف الخدمات المنفذة فعلا في الصفقة بصفة نهائية، ويتم اللجوء إلى هذا الملحق في حالات استثنائية ومبررة، كالتخلي عن المشروع بقرار من الإدارة، وحالة التسوية الودية للنزاع وكذا حالة القوة القاهرة⁽⁵⁾.

¹: المادة 1/37 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المشار إليه سابقا.

²: المادة 2/37 أ، من دفتر الشروط الإدارية العامة.

³: سبكي ربيحة، المرجع السابق ص 62.

⁴: شقظمي سهام، المرجع السابق، ص 31.

⁵: سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 63. انظر أيضا: شقظمي سهام، المرجع السابق، ص 32.

ثانيا: التعديل الانفرادي غير الاتفاقي.

إذا كان التعديل عن طريق آلية الملحق هو عمل تعاقدية فإن سلطة التعديل الانفرادي هي عبارة عن عمل انفرادي، تظهر فيه الجهة الإدارية بمظهر السلطة العامة، أين تتمتع فيه بالامتيازات المخولة لها وفقا لمعيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة المميزة للعقود الإدارية. وقد عرفنا أنه من المبادئ العامة التي تحكم تنظيم وسير المرافق العامة، مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل لغرض تحقيق المنفعة التي أنشئ من أجلها على أفضل وجه ومواجهة الظروف المتغيرة التي تحيط بنشاط المرفق⁽¹⁾، فإذا ما تغيرت الظروف المحيطة بتنفيذ العقد الإداري، يكون للإدارة أن تتدخل وتفرض تعديلا بإرادتها المنفردة، ودون أن تنتظر موافقة المتعاقد معها، فتقوم بزيادة التزاماته أو تنقصها.

ويظهر التعديل الانفرادي في ثلاث صور، تتجسد الصورة الأولى في اتخاذ الإدارة المتعاقدة تدابير معينة من شأنها أن تؤثر على تنفيذ العقد، وتجعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أمرا صعبا ومكلفا له، وهذا ما يسمى بنظرية المخاطر الإدارية أو فعل الأمير، بينما تتجسد الصورة الثانية في حالة وقوع ظروف اقتصادية طارئة غير متوقعة، فتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، مما يدفع الإدارة إلى التدخل وإجراء تعديلات على شروط العقد، وتتمثل الصورة الأخيرة في حالة مصادفة المتعاقد صعوبات مادية غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد وهو ما يسمى بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وسنتولى شرح التعديلات التي تتخذها الإدارة في كل صورة.

I- التعديلات المتعلقة بالمخاطر الإدارية (نظرية فعل الأمير le fait du prince).

1- مضمون النظرية: المقصود بالمخاطر الإدارية أو ما يطلق عليه تسمية فعل الأمير التصرفات أو الإجراءات التي تصدر عن جهة الإدارة المتعاقدة، أو عن أية جهة إدارية

¹: مهند نوح، القانون الإداري 1، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، رخص المشاع المبدع، سوريا 2018 ص

أخرى أو عن السلطة التشريعية أو أي سلطة من سلطات الدولة، ويترتب عليها أن يصبح العقد أكثر صعوبة أو أكثر تكلفة للمتعاقد، أو تؤدي إلى تضخم أعبائه وزيادة التزاماته المترتبة عليه بموجب العقد، وقد تكون في شكل لائحة أو تشريع أو قرار فردي أو عمل مادي، وقد يكون تأثيرها في العقد مباشر أو غير مباشر⁽¹⁾.

كما عرّف الفقه الفرنسي فعل الأمير بأنه "الأعمال المشروعة التي تصدر بصورة مفاجئة وغير متوقعة عن سلطة عامة أثناء تنفيذ عقد إداري دون خطأ من جانبها، ويترتب عليها الإساءة إلى المركز المالي للمتعاقد مع الإدارة، وينشئ فعل الأمير التزاما على عاتق الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها، عن كافة الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الأعمال بما يعيد التوازن المالي وفقا للأسس التي قام عليها العقد عند إبرامه"⁽²⁾.

أما القضاء فقد عرّف نظرية فعل الأمير بأنها " كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية"⁽³⁾.

ويتضح من خلال مفهوم نظرية فعل الأمير اتساع مجال استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية بهدف تنفيذ عقودها، وذلك نظرا للمرونة التي تتميز بها التزامات المتعاقد مع الإدارة وتحركها بالزيادة أو النقصان، ومن ثم ينشأ حق لهذا المتعاقد بالتعويض من جراء هذه الإجراءات التي اتخذتها الإدارة بصفتها سلطة عامة، وتجدّ التعديلات المتعلقة بالمخاطر الإدارية أساسها في التشريع الجزائري، في المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15 247 التي نصت على "إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل من الطرفين..."، ومن الناحية العملية فإن هذه الإجراءات والتدابير التي تتخذها الإدارة المتعاقدة تظهر في صور مختلفة.

¹: محمد الشافعي أوبراس، المرجع السابق، ص 105.

²: René CHAPUS, Droit administratif général, Montchrestien, T.2, 15^e éd, Paris 2001, p 1384.

³: حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 30-06-1957، سنة 9، المجموعة ص، 609، مذكور في: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 698.

2- صَوْر فعل الأمير: تختلف حالات تطبيق نظرية فعل الأمير بحسب الصورة

التي يتخذها الفعل المشروع الصادر من جهة الإدارة المتعاقدة، والذي يتخذ طابعا عاما أو خاصا، وقد يؤثر تأثيرا مباشرا على شروط العقد، أو قد يؤثر على ظروف تنفيذه.

الصورة الأولى: الإجراءات الخاصة الصادرة عن الإدارة: إن الإجراءات الخاصة

الصادرة عن الإدارة المتعاقدة، قد تؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد ذاته، وقد تكون بشكل غير مباشر فتؤثر فقط على ظروف تنفيذه، بما يمكن أن يترتب عليها تحميل المتعاقد تكاليف وأعباء جديدة، لم تكن في الحسبان لحظة إبرام العقد⁽¹⁾.

أ- التعديل المباشر في شروط العقد ذاته: وهي الإجراءات التي تصدرها جهة الإدارة

المتعاقدة لتعدّل من التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو بالنقصان، دون أن تحترم شروط التعديل وقيوده⁽²⁾ ومثال ذلك الأمر الصادر من الإدارة إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر بداعي المحافظة على سلامة المواطنين⁽³⁾.

ب- التعديل غير المباشر الذي يؤثر على ظروف تنفيذ العقد: في هذه الحالة يصعب

تحديد تدخل الإدارة في نطاق معين، لأنه متعلق بإجراءات خاصة ليست من طبيعة واحدة⁽⁴⁾ فقد يأخذ هذا التدخل شكل إجراءات أو قرارات إدارية تصدرها الإدارة إلى المتعاقد في إطار تنفيذ العقد، تتعلق بتعديل سير العمل أو وسائل جديدة في تنفيذه⁽⁵⁾، كما قد تأخذ شكل أعمال مادية، مثل قيام الإدارة بأشغال عامة تسبب للمتعاقد معها أضرارا في تنفيذ العقد⁽⁶⁾،

¹: مال الله جعفر عبد المالك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق، ص 665.

²: إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2011، ص 207.

³: مذكور في: محمد العموري، المرجع السابق، ص 123.

⁴: إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 208.

⁵: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 632.

⁶: محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 292.

وفي هذه الحالات يتعين على الإدارة تعويض المتعاقد على أساس نظرية فعل الأمير تعويضا كاملا.

ومن أمثلة اجتهاد القضاء الإداري في الجزائر في هذا الصدد، نجد قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 1994، في قضية عقد بين الإدارة ومقاول الأشغال العمومية، الذي يتمثل موضوعه في توصيل الأعمدة والخطوط الكهربائية، ومما نص عليه العقد من شروط هو شرط إمكانية تحويل وجهة الأعمدة لمقتضيات الأمن العام أو مصلحة الطرق، إلا أن بلدية فوكة وهي ليست طرفا في العقد أرادت بناء مدرسة مما حتم على المقاول تغيير وجهة الأعمدة الكهربائية، فقضت الغرفة الإدارية أن ذلك لم ينص عليه في العقد ولم يكن متوقعا، واعتبرت هذا الفعل يندرج في فعل الأمير، لأن بناء المدرسة لم يكن متوقعا لحظة إبرام العقد، وترتب على ذلك زيادة أعباء تخل بالتوازن المالي للعقد، حتى ولو كانت لا تؤثر جذريا على اقتصادياته، فإن الإدارة ملزمة بدفع تعويضا كاملا للمتعاقد⁽¹⁾.

الصورة الثانية: الإجراءات التنظيمية العامة: يقصد بالإجراء العام صدور قوانين

أو لوائح من جهة الإدارة المتعاقدة، يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد معها، بما يؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد أو بتأثيرها على ظروف التنفيذ الخارجية .

أ- الإجراء العام يؤدي إلى تعديل شروط العقد: إذا ترتب عن الإجراء العام الصادر

من قبل السلطة العامة تعديل شروط العقد أو إنهائه، فيمكن للمتعاقد المتضرر الحصول على التعويض استنادا إلى نظرية فعل الأمير، بشرط أن يكون التدبير العام الذي سبب الضرر هو إجراء إداري أمر، وأن المشرع لم يستبعد صراحة التعويض بصدد⁽²⁾.

¹: قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة، بتاريخ 11 ديسمبر 1964.

²: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 705.

ب- الإجراء العام الذي يعدّل ظروف التنفيذ الخارجية: في هذه الحالة لا يمسّ الإجراء العام شرطاً من شروط العقد، وإنما يؤثر على ظروف التنفيذ الخارجية للعقد فيجعلها مرهقة للمتعاقد، بسبب ما تكبده مع الإدارة من تكاليف إضافية، ومن أمثلة ذلك التشريعات الضريبية التي تصدر بفرض ضرائب جديدة ذات طابع عام أو زيادتها، والتشريعات الاجتماعية أو العمالية التي تفرض التزامات جديدة كزيادة الأجور، أو منح إجازات مدفوعة الأجر للعمال، ولوائح الضبط الإداري، والرسوم التي تفرضها الهيئات المحلية وغيره⁽¹⁾.

وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على استبعاد التعويض عن الضرر الذي لحق بالمتعاقد بسبب الإجراء العام المتضمن صدور قانون أو لائحة، إلا إذا نجم عنها قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب⁽²⁾.

3- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير: لقد استقر الفقه والقضاء الإداريين على ضرورة

توافر عدة شروط لإعمال هذه النظرية ومن ثم استحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض ومنها:
أ- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية: لتطبيق نظرية فعل الأمير لا بد أن تكون بصدد عقد إداري، فإذا لم تكن ثمة رابطة تعاقدية بين المضرور من الإجراء والدولة، أو كان العقد من عقود القانون الخاص، فلا محل لإعمال هذه النظرية⁽³⁾.

ب- أن يكون فعل الأمير مشروعاً: فأعمال الإدارة العامة غير المشروعة أو الخاطئة لا تعتبر من أفعال الأمير، لأنّ هذه الأخيرة تقرر التعويض بسببها طبقاً لقواعد وأسس المسؤولية الإدارية العقدية، أو المسؤولية الإدارية التقصيرية⁽⁴⁾.

¹: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 707.

²: C.E 29 mai 2003, req. 14577. Sur le sujet concret des impôts, on peut citer la solution identique donnée par le Conseil d'État français, qui affirme que la création ou l'augmentation d'impôts généraux ne pouvaient être invoquées par le cocontractant à l'appui d'une demande d'indemnisation que lorsque le bouleversement du contrat est présent. Voir: C.E, 26 janvier 1940, S.A. Motobloc, p. 35. Citer par: Carlos Alfonso, Guecha Lopez, op.cit. p 280.

³: محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 297.

⁴: عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 276.

ج- أن يكون الإجراء الضار نتيجة فعل الإدارة: لا بد أن يصدر العمل الضار عن الجهة الإدارية المتعاقدة، أو هيئة من الهيئات العامة التي تتمتع بالشخصية المعنوية⁽¹⁾.

وقد استقر مجلس الدولة منذ حكمه الصادر في قضية "ville de toulon" بتاريخ 1949/03/4، على قصر تطبيق نظرية فعل الأمير على الأعمال الصادرة من جهة الإدارة المتعاقدة ذاتها⁽²⁾، وكان قد وسع من قبل مجال تطبيق هذه النظرية ليشمل الموقف السلبي للإدارة عند امتناعها عن تطبيق القوانين واللوائح، إذا ترتب على ذلك فرض أعباء جديدة على المتعاقد، وهذا ما قضى به في قضية "ville de Dièppe" بتاريخ 1924/12/12⁽³⁾.

د- أن يكون الإجراء الضار غير متوقع: يشترط الفقه والقضاء لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يكون الإجراء الضار غير متوقع من طرف المتعاقد مع الإدارة وقت التعاقد، ومن ثم إذا توقع المتعاقد مع الإدارة هذا الإجراء الضار أو كان من المفروض منطقياً أن يتوقعه فلا يجوز له المطالبة بالتعويض وذلك لانقضاء أحد شروط تطبيقها⁽⁴⁾.

وشرط عدم التوقع لا ينحصر في أصل الحق بالتعديل، لأن الحق مقرر للإدارة ويجب توقعه دائماً، وإنما ينصرف إلى حدود التعديل ومداه، فإذا نظم العقد كيفية إجراء التعديل وحدده؛ فلا يمكن تطبيق نظرية فعل الأمير لتخلف شرط عدم التوقع، أما إذا لم ينظم العقد كيفية ممارسة هذا الحق ولم تكن حدود التعديل ومداه متوقعة، وألحق التعديل ضراراً بالمتعاقد مع الإدارة، عندها يمكن إقرار التعويض استناداً لنظرية عمل الأمير⁽⁵⁾.

هـ- أن يترتب على فعل الأمير ضرر فعلي للمتعاقد: وهذا الشرط بديهي لأن الضرر هو أحد أركان المسؤولية بصفة عامة، إذ ينبغي أن يترتب على الإجراء الذي أصدرته

¹: عبد اللطيف قطيس، المرجع السابق، ص 168.

²: C.E 4 mars 1949, Ville de Toulon, Recueil Lebon, p 197.

³: مذكور في: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمائمات المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق، ص 656.

⁴: إبراهيم الشارف الطاهر تقوقه، المرجع السابق، ص 199.

⁵: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 629 .

السلطة الإدارية تقاوم الأعباء والالتزامات على المتعاقد، مما يؤدي إلى إلحاق ضرر فعلي به ولا يشترط هنا درجة معينة من الجسامة في الضرر، فيستوي أن يكون الضرر جسيما أو يسيرا، وقد يكون ضرر فعلي يصيب المتعاقد، كما قد يكون مجرد إنقاص في الربح وكل ما يتطلبه مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد هو حدوث اختلال في التوازن المالي للعقد بالمعنى الذي أشارنا إليه سابقا⁽¹⁾.

4- آثار تطبيق نظرية فعل الأمير: يترتب على توفر شروط نظرية فعل الأمير أثر

أساسي يتمثل في إعادة التوازن المالي للعقد، عن طريق منح المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا عما أصابه من خسارة وما فاته من كسب، وقد يترتب عليها آثار أخرى، كإعفاء المتعاقد من التنفيذ إذا أصبح مستحيلا نتيجة لعمل السلطة، وعدم توقيع غرامة التأخير إذا كان سبب تأخير هو عمل الإدارة، وإذا كانت الأعباء كبيرة على المتعاقد نتيجة فعل الإدارة، بحيث يصبح كأنه أمام عقد جديد يفوق قدراته المالية والفنية، عندها يكون له الحق في التعويض مع طلب فسخ العقد⁽²⁾، هذا ولا يستحق المتعاقد تعويضا كاملا، إذا كان قد ساهم بخطئه في إحداث الضرر، إذ يجب أن يتحمل جزء من الضرر مقابل خطئه⁽³⁾.

ويشمل التعويض الكامل سواء في القانون الفرنسي أو في القانون المصري أو الجزائري عنصرين أساسيين وهما: ما أصاب المتعاقد من خسارة الذي يتضمن الخسائر الناجمة عن زيادة النفقات بسبب ارتفاع الأسعار والرسوم وغيرها من الأجور والتي تترجم إلى تكاليف فعلية متكبدة⁽⁴⁾.

وما فاته من كسب، الذي يتضمن المبالغ التي كان يتوقع الطرف المتعاقد أن يحققها لولا الإخلال بالتوازن المالي للعقد من جراء فعل الأمير، بحيث يجب أن يغطي التعويض

¹: عبد اللطيف قطيس، المرجع السابق، ص 168.

²: محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص 611.

³: محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 300.

⁴: Debbasch Charles, Droit administratif, 6^{ème} éd, Economica, Paris, 2002, p 544..

كافة المبلغ الذي يتوقع المتعاقد العادي أن يحققه من التنفيذ الكامل للعقد، و حساب التعويض عن الربح الذي ضاع عليه (1).

II- التعديلات المتعلقة بالمخاطر الاقتصادية (نظرية الظروف الطارئة) *théorie de l'imprévision*

1- مضمون نظرية الظروف الطارئة: لقد أسس قواعد هذه النظرية حكم مجلس الدولة الفرنسي الشهير الصادر في قضية (غاز بور دو Gaz de Bordeaux) عام 1916 (2).

ويقصد بالظروف الطارئة، المخاطر الاستثنائية الخارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة والتي تقع أثناء تنفيذ العقد الإداري، ولم يكن من الممكن توقعها عند التعاقد، ويترتب عليها أن تجعل تنفيذ العقد وإن لم يكن مستحيلا إلا أنه يصبح مرهقا للمتعاقد بدرجة كبيرة مما يحتم على الإدارة تعويضه بما يسمح له بالاستمرار في تنفيذ العقد (3).

ويعتبر من الظروف الطارئة وقوع الحرب، حدوث أزمة اقتصادية خطيرة تخفيض العملة أو انخفاض قيمتها، حدوث زلزال عنيف، فيضان مفاجئ أو وباء أو إضراب مفاجئ وكثيرا ما تحدث تطبيقات هذه النظرية في العقود طويلة الأمد أو متراخية التنفيذ كعقود التوريد وعقود امتياز المرافق العامة وعقود الأشغال العامة (4).

¹: بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 223.

²: C.E 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage, Recueil Lebon, p. 125. Voir sur site: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007629465>

تاريخ الاطلاع: (13 أكتوبر 2016).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة العامة للإنارة بالغاز أبرمت عقد إمتياز مع بلدية بور دو لمدة 30 عاما، وتم تحديد سعر الفحم الذي يستخرج منه الغاز في ذلك الوقت بـ 23 فرنك، وتوقع الطرفان المتعاقدان بأن ترتفع أسعاره إلى 28 فرنك كأقصى تقدير، وعلى إثر اندلاع الحرب العالمية الأولى (1914-1918)، ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعا فاحشا بلغ 117 فرنك للطن، وأصبح تنفيذ العقد مرهقا للشركة لدرجة لم تكن تتوقعها، فقضى مجلس الدولة الفرنسي بالزام الإدارة بدفع تعويض مناسب للشركة لتمكينها من الاستمرار في تسيير المرفق العام.

³: محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص 612.

⁴: محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 221.

ولقد تواترت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في كافة العقود الإدارية، كما قضى بإمكانية منح التعويض عن الظروف الطارئة بالرغم من انقضاء العقد، سواء كان ذلك بسبب الفسخ أو وصول العقد لنهايته الطبيعية، وبذلك لم يقف مجلس الدولة في تبريره لنظرية الظروف الطارئة عند حدّ استمرارية المرفق العام⁽¹⁾.

كما تبني المشرع الجزائري هذه النظرية في المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وهكذا فنّ المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة لأنها تتماشى ومبادئ العدالة فليس من العدل في شيء أن يترك المتعامل المتعاقد يتحمل ولوحده الأعباء المالية، بحجة أن الإدارة ليست هي المتسببة في هذه الظروف الجديدة⁽²⁾

وتجد نظرية الظروف الطارئة أساسها في المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المشار إليه سابقا، والتي ورد فيها إمكانية إعادة التوازن المالي في حالة وقوع هذه الظروف، كما نصت المادة 138 مطه 2، من نفس المرسوم على إمكانية إجراء تعديل على شروط العقد عن طريق ملحق وحتى خارج آجال التنفيذ، إذا ترتب على أسباب استثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبرا و/أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدى الأصلي.

¹: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 734.

²: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 56.

كما أخذ المشرع المصري بنظرية الظروف الطارئة، وذلك بموجب المادة 147 من القانون المدني، كما نظمت هذه المسألة لائحة المناقصات والمزايدات في المادة 60 منها والمادتين 5 و6 من القانون رقم 129 لسنة 1947، المتعلق بالتزامات المرفق العام المذكور سابقا، وطبقها القضاء الإداري منذ انعقد له الاختصاص بمنازعات العقود الإدارية⁽¹⁾.

2- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة: أرسى القضاء الإداري الشروط التي يتعين

تحققها، حتى يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة ومن هذه الشروط:

أ- أن يقع ظرف استثنائي عام غير متوقع: الحوادث الاستثنائية هي الحوادث غير المعتادة التي لم يألفها الناس بما يجعلها نادرة الوقوع، أو هي الحوادث الطارئة مما ينذر وقوعها ولا يمكن توقعها من الشخص العادي، والظروف الطارئة قد تكون طبيعية مثل الزلزال والفيضانات والأوبئة والجفاف، أو سياسية، كالحروب، وقد تكون اقتصادية كارتفاع الأسعار ارتفاعا غير عاديا، أو زيادة اشتراكات التأمينات⁽²⁾.

ويجب أن يكون الظرف الطارئ غير متوقعا عند التعاقد، وعدم التوقع هو مفهوم نسبي بالنسبة للفعل أو الظروف أو الحادث الذي اعترض تنفيذ العقد، ومن ثم فإن فكرة عدم التوقع لا تقدر بذاتها، وإنما بعلاقتها بالظروف الأخرى المعاصرة للعقد، فكل عقد ينطوي على بعض المخاطر، وكل متعاقد حريص على أن يقدر هذه المخاطر ويزن عواقبها، فإذا قصر في واجب العناية هذا عليه أن يتحمل العواقب⁽³⁾، ولقد أكد القضاء الجزائري هذا الموقف في قرار للمحكمة العليا حيث اعتبرت "... من المقرر أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد

¹: أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين، دراسة مقارنة،

مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، 2017، ص 73 وما بعدها.

²: مال الله جعفر، حقوق وضمائم المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق ص 719 وما بعدها.

³: أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، المرجع السابق، ص 130.

مراعاة مصلحة الطرفين، أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولما ثبت أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حدثا استثنائيا غير متوقع يجب الأخذ به⁽¹⁾.

ب- أن يكون الظرف الطارئ خارجا عن إرادة المتعاقدين: يجب أن يكون الظرف الطارئ أجنبيا عن المتعاقدين، ومستقلا عن إرادتهما ولا دخل لهما في وقوعه للمطالبة بالتعويض، فإذا كان الظرف الذي خلق صعوبة في التنفيذ كان نتيجة إهمال أو خطأ من جانب المتعاقد أدى إلى قلب التوازن المالي للعقد⁽²⁾، أو كان في استطاعته أن يتلافى وقوعه أو إحداث آثاره وقصر في ذلك، فعليه أن يتحمل وحده نتيجة تقصيره، فالمدين الذي يماطل في تنفيذ التزاماته حتى تستجدّ ظروف طارئة، يعتبر مسؤولا عن حدوثها إذ لولا مماطلته في التنفيذ، لما كان هناك ثمة مجال للحديث عن ظروف طارئة⁽³⁾.

ج- أن يقع الظرف الطارئ بعد توقيع العقد وأثناء التنفيذ: الأصل أن الظروف التي تطرأ قبل توقيع العقد أو بعد آخر موعد لتنفيذه لا تسري عليها شروط نظرية الظروف الطارئة ولا يعوض عنها المتعاقد، وبمعنى آخر يجب أن يقع الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وقبل الانتهاء من تنفيذه، وهذا ما يفترض أن يكون العقد عادة من العقود طويلة الأجل كعقود التوريد وعقود الالتزام والأشغال العامة، ومع ذلك إذا كان العقد من العقود الفورية أي غير متراخ في تنفيذه، وطرأت ظروف استثنائية عقب إبرام العقد، فلا يوجد ما يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإن كان ذلك نادر الوقوع من الناحية العملية⁽⁴⁾.

¹: قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، رقم 99694، المؤرخ في 10-10-1993، قضية (د.ج) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1994، ص 151، 152.

²: محمد العموري، المرجع السابق، ص 139.

³: إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 150.

⁴: Aiad SHAWEKAT .op.cit. P 228.

د- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد: يشترط الفقه والقضاء لكي يتم أعمال نظرية الظروف الطارئة أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إصابة المتعاقد بخسائر فادحة تجاوز الخسائر العادية المألوفة في التعامل، بحيث يترتب عليها قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، لدرجة أن يصبح تنفيذ المتعاقد لالتزامه التعاقدية في ظلّه، وإن لم يكن مستحيلاً صار مرهقاً للغاية⁽¹⁾.

والإرهاق هو وصف يلحق بالتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه لالتزامه مهدداً إياه بخسارة فادحة، نتيجة تأثر هذا الالتزام بظروف طرأت بعد إبرام العقد⁽²⁾.

أما إذا كان ما ترتب عن هذا الظرف الطارئ مجرد ارتفاع طفيف في الأسعار والمواد الأولية، أو نقص في الأرباح مهما كانت درجته، فإن ذلك يعتبر من الخسائر العادية المتوقعة لا يتولد عنها تطبيق هذه النظرية.

3- الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة: يترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة الآثار التالية:

أ- وجوب استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية: إن المتعاقد ملزم بمتابعة تنفيذ العقد في ظل الظروف التي طرأت وجعلت هذا العقد مرهقاً له تحت طائلة المسؤولية التعاقدية، فإذا ما توقف أو امتنع عن تنفيذ التزاماته يكون قد ارتكب خطأ جسيماً يستوجب توقيع الجزاء المناسب عليه، وتملك الإدارة فسخ العقد أو توقيع غرامات التأخير عن الفترة التي توقف فيها المتعاقد عن تنفيذ التزاماته، لأن نظرية الظروف الطارئة إنما وجدت لتأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد، بالرغم من الصعوبات التي تعترض استمراريتها⁽³⁾.

¹: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 728.

²: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 729.

³: علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت 2011، ص 106.

ب- حق المتعاقد في مساعدة الإدارة: والمساعدة هنا تعني دفع تعويض جزئي إذ يتعين على المتعاقد أن يتحمل دوما جزءا من الخسارة التي لحقت به، ويحدد القضاء الفرنسي عادة الجزء الذي يجب أن يتحمله المتعاقد بنسبة 5 % إلى 20 % من قيمة الخسارة بينما تتحمل السلطة المتعاقدة الباقي، أي ما تتراوح نسبته بين 80% و 90 %، والنسبة الأخيرة هي الأكثر فائدة لمصلحة المدين على حساب الإدارة⁽¹⁾.

III- التعديلات المتعلقة بالصعوبات المادية غير المتوقعة (*théorie des sujétions imprévues*): ظهرت فكرة تأثير الصعوبات المادية غير المتوقعة على تنفيذ العقود الإدارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ منتصف القرن 19، حيث قضى في حكمه الصادر بتاريخ 24 جوان 1864 في قضية Duché، بتعويض المتعاقد مع الإدارة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهته أثناء تنفيذ العقد لتمكينه من الاستمرار في التنفيذ⁽²⁾.

1- مضمون فكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة: تتلخص نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في أنه إذا ما صادف الطرف المتعاقد مع الإدارة خلال تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية وغير مألوفة ولا يمكن توقعها وقت إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا، جاز للمتعاقد مطالبة الإدارة المتعاقدة معه بتعويض كامل عما سببته له هذه الصعوبات من أضرار⁽³⁾.

وقد عرّف مجلس الدولة الفرنسي الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها "الصعوبات المادية التي تواجه تنفيذ العقد وهي صعوبات استثنائية غير متوقعة تظهر أثناء تنفيذ المتعاقد لالتزامه التعاقدية، وبسبب خارج عن إرادة الأطراف"⁽⁴⁾، وتؤدي هذه الصعوبات إلى زيادة النفقات المحددة في العقد لأن تنفيذ العقد يصبح أكثر صعوبة⁽¹⁾.

¹: نفس المرجع، ص 106.

²: إبراهيم الشارف تقوقه، المرجع السابق، ص 170.

³: عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 279.

⁴: CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens, req. n° 223445, Lebon, P. 462. Voir sur site:

ولم يتطرق المشرع الفرنسي في المرسوم التنفيذي رقم 2016-360، السابق الذكر إلى مفهوم الصعوبات المادية غير المتوقعة، إلا أنه أجاز تعديل العقد "في حالة الظروف التي لا يمكن توقعها من طرف المتعاقد الحريص" (2).

والمجال الخصب لتطبيق هذه النظرية نجده في عقود الأشغال العامة، لما يكتنف تنفيذ تلك العقود من صعوبات مادية (3)، وهدف هذه النظرية هو تحقيق العدالة بين طرفي العقد الإداري، والتوافق مع إرادتهما المشتركة، وذلك باعتبار أن الأسعار المتفق عليها إنما تسري على الأعمال العادية المتوقعة فقط وفقا لإرادة المتعاقدين المشتركة، أما الأعمال غير العادية التي يواجه بها المتعاقد الصعوبات المادية الاستثنائية غير المتوقعة، فينبغي أن يعرض عنها وعن جميع الأضرار التي ترتبت عليها تعويضا كاملا (4).

2- شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية: يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية

غير المتوقعة توافر الشروط الآتية:

أ- يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية استثنائية: يتطلب أن يعترض تنفيذ العقد صعوبة ذات طابع مادي بحت، ومن ثم فإنه إذا كانت الصعوبة التي تواجه تنفيذ العقد ذات طبيعة إدارية أو اقتصادية أو سياسية، فلا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، حيث تنطبق نظرية الظروف الطارئة أو فعل الأمير على حسب الحالة (5).

وغالبا ما تكون الصعوبات المادية ناتجة عن ظواهر طبيعية مردها طبيعة الأرض التي تنفذ فيها الأشغال، كمصادفة طبقات صخرية عند حفر الآبار الارتوازية تحتاج

<http://www.acheteurspublics.com/marches-publics-encyclopedie/sujets-techniques-imprevues>

تاريخ الاطلاع: (26 أكتوبر 2016)

¹: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 610.

²: Article 139 : "Le marché public peut être modifié dans les cas suivants : (...)

3° - Lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 40, la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir."

³: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 237.

⁴: ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 136.

⁵: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 238، 239.

إلى آلات خاصة لقطعها ورفعها⁽¹⁾، أو وجود طبقات غزيرة من المياه أثناء تنفيذ عقد بناء معين، تحتاج إلى نفقات إضافية لسحبها وتجفيفها، وقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا في مصر من قبيل الصعوبات المادية غير المتوقعة وجود أساسات خرسانية تحت أرض موقع الأشغال، وذلك أثناء قيام المقاول بتنفيذ عقد يتضمن ردم خنادق وبناء حجرات⁽²⁾.

ب- أن تكون الصعوبات خارجة ومستقلة عن إرادة المتعاقدين: فإذا كانت بفعل أو بسبب تدخل الإدارة، وجب تعويض المتعاقد إن كانت قد أخطأت، وعلى أساس فعل الأمير إذا لم يكن ثمة خطأ من جانبها، ويشترط كذلك ألا يكون للمتعاقد مع الإدارة دور في وجود هذه الصعوبات سواء بخطئه أو عدم تبصره، أو إحداثها بإرادته أو زاد في آثارها، بل يجب أن يكون ليس في وسعه توقي تلك الصعوبات لما بين يديه من وسائل، و أنه لم يخرج على شروط العقد أو أوامر الإدارة الخاصة بتنفيذ العقد أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية⁽³⁾.

ج- أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة عند إبرام العقد: حتى يمكن للمتعاقد طلب التعويض الكامل، يشترط أن تكون الصعوبات المادية والاستثنائية غير متوقعة عند إبرام العقد، ويتطلب القضاء من المتعاقد أن يبذل الحرص والعناية ما يبذله الرجل العادي لتوخي الصعوبات قبل التعاقد، أما إذا كانت هذه الصعوبات من النوع المتوقع حدوثه، فإن الفقه والقضاء يرفض إعمال النظرية في هذه الحالة⁽⁴⁾.

حيث لو أن المتعاقد كان قد توقعها ورغم ذلك أقدم على التعاقد، ودون أن يبدي للإدارة تحفظاته الفنية بشأنها، فعليه أن يتحمل وحده نتيجة خطئه، أما إذا كان بوسعه أن يتوقع احتمال قيام تلك الصعوبة وقت التعاقد، إلا أنه لم يبذل لذلك جهداً، فإنه يعد مقصراً

¹: إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 173، 174.

²: حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، جلسة 14-06-1969، مجموعة أحكام السنة 14، ص 778.

³: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 723.

⁴: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق و ضمانات المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق، ص 690.

ويتحمل مغبة عدم اكترائه، ولا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حتى ولو اعترض تنفيذ العقد صعوبات جسام⁽¹⁾.

وللقاضي سلطة تقدير ما إذا كانت الصعوبة التي واجهت تنفيذ العقد غير متوقعة أو كان بالإمكان توقعها ليطبق نظرية الصعوبات المادية من عدمه، وذلك وفق معيار موضوعي ينظر فيه إلى الرجل المعتاد الذي يوجد في نفس ظروف المتعاقد وقت التعاقد.

د- أن تؤدي هذه الصعوبات إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا: يشترط أن يترتب على ظهور الصعوبات المادية غير المتوقعة زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة، أو جعل تنفيذ العقد مرهقا ماليا له، فإن أصبح مستحيلا فلا تطبق هذه النظرية، ولا محل لتطبيقها أيضا إلا إذا تحقق وقوع الضرر فعلا، ويستوي أن يكون الضرر طفيفا أو جسيما، أما الضرر المحتمل فلا يعتد ولا يعرض عنه⁽²⁾، ويكفي لتطبيق هذه النظرية أن تجعل تنفيذ العقد مرهقا بما يؤثر على توازنه المالي، دون أن يكون من شأنها قلب اقتصادياته ويترتب على تنفيذه نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد عن الأعباء المترتبة على المتعاقد⁽³⁾.

3- الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: يترتب على

توافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أثاران هاما وهما:

أ- استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية: يجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، بالرغم من مصادفته الصعوبات المادية غير المتوقعة وذلك لضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، أما إذا توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته

¹: حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، جلسة 14-06-1969، مجموعة أحكام السنة 4، ص778. مذكور

في: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص243.

²: محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 118.

³: بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 79.

التعاقدية بسبب الصعوبات المادية التي طرأت، فيتحمل نتيجة هذا التوقف، ويجوز للإدارة توقيع مختلف أنواع الجزاءات مع احتمال فقدانه الحق في التعويض⁽¹⁾.

ب- الحق في الحصول على تعويضاً كاملاً: تلتزم الإدارة المتعاقدة طبقاً لهذه لنظرية بتعويض المتعاقد عن كافة الخسائر التي تكبدها بسبب تلك الصعوبات المادية، كما يعفى من غرامة التأخير في حال تأخره في تنفيذه الالتزام موضوع العقد بسبب هذه الصعوبات المادية، ويأخذ القاضي في اعتباره عند تقدير التعويض كافة ظروف العقد وملايساته⁽²⁾.

الفرع الثاني: نطاق ممارسة الإدارة حق التعديل.

تعتبر سلطة التعديل الانفرادي لجهة الإدارة قاعدة عامة في نظرية العقد الإداري، وهي تمثل خروجاً على المبدأ الأساسي في القانون الخاص الذي يقضي بعدم المساس بالقوة الملزمة للعقد، ولهذا وإن كان للإدارة حق تعديل العقد بما يتفق ومصلحة المرفق العام إلا أنه ينبغي أن تقتيد في هذا الشأن، بمبدأ حسن النية كقاعدة عامة في كافة تصرفاتها المتعلقة بالعقود الإدارية⁽³⁾.

وتنصب سلطة التعديل على مقدار التزامات المتعاقد أو طرق ووسائل التنفيذ أو مدة التنفيذ، حيث تملك الإدارة المتعاقدة أن تزيد من أعباء الطرف الآخر أو تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق العام والمصلحة العامة ذلك (أولاً)، ويختلف مجال أعمال سلطة التعديل باختلاف العقود الإدارية على أساس درجة اتصالها بالمرفق العام، ومدى مساهمة الإدارة في تسييره؛ فتبرز هذه السلطة بصفة خاصة في عقود الامتياز، وعقود الأشغال العامة في حين تكون في أضيق الحدود في عقود التوريد (ثانياً).

¹: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 699.

²: إبراهيم شارف الطاهر تقوقه، المرجع السابق، ص 188.

³: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 458.

أولاً: صوّر التعديل.

لقد اعترف كل من الفقه والقضاء بحق الإدارة في تعديل بنود العقد، بما يجعلها ملائمة للظروف المستجدة، وحينما تلجأ الإدارة إلى التعديل فإنها لا تخرج عن عناصر ثلاثة وهي: إمّا تعديل في حجم العقد، أو تعديل في طرق ووسائل التنفيذ، أو تعديل في مدة التنفيذ.

1- التعديل في حجم الأداءات المتفق عليها: تستطيع الإدارة بما لديها من سلطة تقديرية

أن تتناول بالتعديل مقدار الكميات المتعاقد عليها، وذلك بزيادتها أو إنقاصها، والتعديل هنا يرد على مقدار الالتزامات وليس نوعها، حيث تكون الزيادة أو الانقاص المطلوب من نفس طبيعة الأداءات المشترطة في العقد، وهذا الحق ثابت للإدارة في جميع العقود الإدارية ولها أن تتوسع بتعديلها ليشمل عقود امتياز المرفق العام، من أجل زيادة أو إنقاص حجم الأشغال المتفق عليها في العقد، أو كمية التوريدات المتفق على تسليمها⁽¹⁾.

وتمارس الإدارة المتعاقدة هذا الحق حتى في حالة عدم النص عليه في العقد، فتفرض ما تراه محققاً لمصلحة المرفق العام، وما على المتعاقد إلاّ تنفيذ تلك التعديلات بوصفه مسانداً ومعاوناً للإدارة، طالما أنها تمت في الحدود الطبيعية المعقولة التي يتطلبها القانون، وليس له أن يتراخى أو يمتنع عن التنفيذ، طالما أنه سيحصل على تعويض جزاء هذا التعديل⁽²⁾.

والتعديل في كميات العمل أثناء تنفيذ العقد يبدو ضرورة لا بدّ منها، نظراً لكون العمل يختلف أثناء التنفيذ عمّا هو مقرّر مسبقاً في الخرائط والتصاميم، كونها في كثير من الأحيان لا تكون تفاصيلها دقيقة بالنسبة للإدارة، وهو الأمر الذي يظهر عند التنفيذ، حيث تطرأ تعديلات وتغييرات على كميات العقد⁽³⁾.

¹: De LAUBADERE André. Traité des contrats administratifs, Op.cit. p 329.

²: هاني عبد الرحمن اسماعيل، المرجع السابق، ص 853.

³: سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 164.

لذلك يلاحظ أن الإدارة المتعاقدة كثيرا ما تلجأ إلى الاحتفاظ بحقها في تعديل مقدار الالتزامات، عن طريق النص في دفاتر الشروط على اعتبار الكميات المدونة في الجداول هي كميات تقديرية يمكن تعديلها بزيادتها أو إنقاصها، ومن ثم فإن التعديلات الطارئة على كميات العمل تجد تبريرها في عدة عوامل، كأن يكون عدم التغيير أو الإضافة من شأنه أن يلحق ضررا كبيرا بالعمل من الناحية الاقتصادية والفنية، أو يؤدي إلى عدم إمكانية الاستفادة أعمال المقاوله على الوجه المطلوب عند إنجازها⁽¹⁾، كما تعتبر حالة الضرورة أيضا من العوامل التي تدفع الإدارة إلى إجراء التعديل، مثل إلغاء المرفق العام وإعادة تنظيمه بشكل جديد⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن حق الإدارة في إجراء التعديل على مقدار وحجم الأداءات المتفق عليها نص عليه المشرع سواء في الجزائر أو فرنسا أو مصر، ولم يرد الاختلاف في هذا الصدد، سوى من حيث مقدار وحدود النسب المسموح بها للإدارة في أعمالها بالزيادة أو النقصان، ولقد وضع المشرع هذه الحدود كي لا تتعسف الإدارة في اتخاذ قرارات قد تؤدي في بعض الأحيان إلى إفسار المتعاقد بالزيادة المفرطة في أعبائه، أو المساس بهامش الربح الذي كان سيجنيه بسبب التقليل المبالغ فيه، وفي كلتا الحالتين فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر.

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن تنفيذ الأشغال العامة، لا يسمح تقريبا من المعرفة المسبقة للكميات والأعمال الحقيقية التي ينبغي على المتعاقد تنفيذها، فكميات العمل ومبلغ العقد ما هو إلا مجرد تقدير من الطرفين المتعاقدين، ولهذا السبب تقوم الإدارة بزيادة أو إنقاص الكميات التي تظهر أثناء تنفيذ العقد⁽³⁾، بالإضافة إلى ذلك فإن عقود الأشغال

¹: نفس المرجع، ص 165.

²: شقظمي سهام، المرجع السابق، ص 56.

³: Carlos Alfonso, Guecha Lopez, la modification du contrat administratif en droit colombien, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas, 2015, p 217.

العامة هي الوحيدة تقريبا التي تثير منازعات عند تنفيذها بسبب كثرة التعديلات التي تدخل عليها.

2- تعديل في طرق ووسائل التنفيذ: تملك الإدارة الحق في تعديل طرق ووسائل

التنفيذ المنصوص عليها في العقد كلما تبين لها أن ذلك ضروريا لتلبية حاجات المصلحة العامة بشكل أفضل أو لإصلاح وتصويب الأمور في المشروعات الأصلية، أو للتكيف مع الاكتشافات العلمية الحديثة⁽¹⁾، بحيث إذا رأت الإدارة أن هنالك وسائل وأساليب تكنولوجية وتقنية تفوق الوسائل التي يستخدمها المتعاقد، فلها أن تطلب منه إحلال تلك الوسائل الحديثة محل الوسائل التقليدية، كإحلال الكهرباء محل الغاز، أو استخدام معدات أكثر تطورا أو أكثر أمانا للبيئة، كونها تقلل من نسبة التلوث⁽²⁾.

وتمكين الإدارة من تعديل طرق و وسائل التنفيذ يجد مبرره في الحفاظ على المصلحة العامة من خلال تدارك النفاثات والأخطاء التي تحدث عند إنجاز المشروع وإخراجه إلى حيز الوجود وهو دون المستوى المطلوب، أو يحقق أشغال عديمة الجودة أو فاسدة وهو ما يتنافى ومبدأ المحافظة على المال العام، لذلك ومن أجل الوصول إلى الدقة والعناية المطلوبة حوّلت الإدارة سلطة الرقابة والتوجيه، للتأكيد مع المتعاقد منذ البداية بضرورة استخدام الآليات والتكنولوجيات المتطورة التي تسمح ببلوغ نتائج في مستوى تطلعات الإدارة⁽³⁾، غير أن التعديلات التي تفرضها الإدارة في هذا الإطار ينبغي أن تكون في حدود إمكانيات المتعاقد المالية والاقتصادية أو الفنية، دون أن تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب⁽⁴⁾.

¹: تامر خلف عبد ربه الدروع، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، 2017، ص 51.

²: حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (P.P.P)، المرجع السابق، ص 162.

³: سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 76.

⁴: حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (P.P.P)، المرجع السابق، ص 162.

وغالبا ما تنص دفاتر الشروط على طرق ووسائل التنفيذ، إلا أنها لا يمكنها أن تتضمن تصورات نهائية غير قابلة للتغيير، لذلك تحتفظ الإدارة بحقها في التعديل حين تراه ضروريا وفي جميع الحالات يستحق المتعاقد تعويضا عما لحقه من أضرار جراء هذه التعديلات.

3- التعديل في مدة تنفيذ العقد: تعتبر مدة تنفيذ العقد أحد العناصر الأساسية

التي تمارس الإدارة المتعاقدة بشأنها سلطة تقديرية واسعة، وهي في الواقع من أكثر صور التعديل ممارسة؛ إذ يجوز للإدارة أن تأمر المتعاقد معها بتعديل الجدول الزمني لتنفيذ الأشغال عن طريق تسريعه أو ابطائه، أو أيضا من خلال وضع ترتيب الأولويات بتسبيق بعض الأعمال مقارنة بأعمال أخرى، وباعتبار الإدارة هي المسؤولة عن إدارة وتسيير المرافق العامة، فبإمكانها تقدير بأن احتياجاتها تتطلب الانتهاء من الأشغال في ظرف قصير وعلى العكس من ذلك يمكنها أن تقرر تمديد فترة التنفيذ بسبب ظروف خاصة، وبالتالي فهي تملك الحق في تعديل المدة المقررة مبدئيا في العقد في اتجاه أو في اتجاه آخر وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة، ودون أن يكون للطرف المتعاقد معها التمسك بالقوة الملزمة للعقد أو الاحتجاج بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁾، ومن أمثلة تقصير المدة المتفق عليها في العقد أن تطلب الإدارة المتعاقدة من المورد الاستعجال في توريد المواد التموينية والغذائية للقوات العسكرية لدواعي الأمن القومي⁽²⁾، أو تطيل أجل التنفيذ بسبب نقص الاعتمادات المالية مثلا أو تأمر بتوقيف الأشغال أو تأجيل تنفيذها أو وقف تنفيذ العقد بشكل نهائي عندما لا تجد فائدة من إكمال تنفيذ العقد إن اقتضت المصلحة العامة ذلك⁽³⁾.

ولقد كرس المشرع الجزائري التعديل في مدة العقد في المرسوم الرئاسي رقم

15-247، السابق الذكر، حيث أجاز للمصلحة المتعاقدة عندما تبرر الظروف ذلك تمديد

¹: De LAUBADERE André. Traité des contrats administratifs. Op.cit. p 329.

²: هاني عبد الرحمن اسماعيل، المرجع السابق، ص 859.

³: محمد العموري، المرجع السابق، ص 88. انظر أيضا: Aiad SHWEKAT, op.cit. p 177.

أجل صفقة تم تنفيذ موضوعها لأداء خدمات أو اقتناء لوازم، للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشئ من قبل، عن طريق إبرام ملحق، وذلك بناء على قرار الهيئة المختصة، ولكن قيّد مدة التمديد بشروط وهي⁽¹⁾:

- أن لا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف التي استدعت هذا التمديد.
- أن لا تكون نتيجة ممارسات مماثلة من طرفها.
- أن لا تتجاوز مدة التمديد ثلاثة أشهر، والكميات بالزيادة نسبة 10% .

وفي الأخير فإن ممارسة الإدارة لسلطة التعديل هو حق معترف لها به، سواء تعلق الأمر بحجم ومقدار الالتزامات، أو بوسائل وأوضاع التنفيذ، أو آجال ومدة التنفيذ، غير أنه ينبغي أن يتم ذلك في نطاق محدد، يفرض عدم تغيير طبيعة العقد، وألا يؤدي إلى إرهاب المتعاقد فيؤدي إلى عجزه عن الاستمرار في متابعة التنفيذ، بسبب تجاوز التعديل لقدراته وامكانياته الفنية والاقتصادية التي وافق على أساسها عند إبرام العقد مع الإدارة، فانقلبت المعطيات الاقتصادية للعقد بسبب التعديل، ولهذا يجب أن يفسر التعديل في نطاق ضيق وذلك باستبعاد التعديلات الجوهرية، التي قد تمس موضوع العقد⁽²⁾.

أما إذا لم ينطوي قرار الإدارة بتعديل العقد على نية تحقيق المصلحة العامة، وكان الهدف من تعديل حجم الأعمال بالزيادة أو النقصان، أو تعديل وسائل وأسلوب تنفيذ العقد أو مدة تنفيذ العقد، لا علاقة لها بمصلحة المرفق، ولم يكن للإدارة سوى هدف الإضرار بالمتعاقد، فإنها تكون قد تجاوزت حدود استعمال حقها في التعديل ويكون قرارها مجانباً

¹: المادة 6/136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المشار إليه سابقاً.

²: بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 94. انظر أيضاً: Aiad SHWEKAT, op.cit. p 119.

للمصلحة العامة ومشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة، وهو ما يرتب حق للمتعاقد بطلب بطلان التعديل والمطالبة بالتعويض⁽¹⁾.

ثانيا: مجال أعمال سلطة التعديل.

تختلف سلطة التعديل باختلاف العقود على أساس درجة اتصالها بالمرفق العام ومدى مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تسييره، وإذا كانت هذه السلطة تبرز بصفة خاصة في عقد الأشغال العامة وعقود الامتياز، باعتبار أن جهة الإدارة هي صاحبة الاختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بتسيير المرافق العامة، أو الاشراف على الأشغال، فإنها تكون في أضيق الحدود عندما يكون موضوع العقد مساهمة من جانب المتعاقد في تسيير المرفق العام بطريقة غير مباشرة، كما هو الشأن في عقود التوريد⁽²⁾.

وعليه سنعالج مجال سلطة الإدارة في تعديل بعض أهم العقود وهي عقد الأشغال العامة، وعقد الامتياز وعقد التوريد، في كل من فرنسا ومصر والجزائر.

1- سلطة التعديل في عقود الأشغال العامة: تملك الإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية

واسعة في عقد الأشغال العامة لتعديل مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، ولها كذلك أن تعدّل في طرق و وسائل التنفيذ المنصوص عليها في العقد، كما يمكن أن يرد التعديل على مدة تنفيذ العقد، وهذا نظرا للعمليات المعقّدة التي تتضمنها عقود الأشغال العامة والطبيعة الخاصة التي تتميز بها كونها تستغرق مدة زمنية طويلة لتنفيذها⁽³⁾.

¹: ثامر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 55 وما بعدها.

²: محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 225.

³: سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 79.

وتبدو سلطة التعديل في أبرز مظاهرها في عقود الأشغال العامة، باعتبار جهة الإدارة هي صاحبة المشروع، وعادة ما تقوم بتعيين مندوبين عنها بصفتهم مهندسين يتولون الاشراف على تنفيذ الأشغال، ويصدرون أوامر مصلحية إلى المقاول ملزم بتنفيذها.

ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى مسألة تعديل حجم التزامات المتعاقد في عقود الأشغال العامة، في المادتين 30 و31 من د.ش.إ.ع. المطبقة على الأشغال العامة، وقرّر بأن لا يتجاوز التعديل المفروض، من طرف الإدارة المتعاقدة في حالة الزيادة أو النقصان نسبة 20% من قيمة الصفقة الإجمالية بالأسعار الأولية، بحيث في حالة زيادة حجم الأشغال ينبغي أن تتجاوز 50% بالنسبة لأشغال الصيانة والتصليح، وفي حالة نقص الأشغال ينبغي ألا تتجاوز 35% .

وفي حدود هذه النسبة التي نص عليها المشرع يجوز للإدارة المتعاقدة إدخال التعديلات التي تراها مناسبة، ويجب على المقاول الاستجابة لها وتنفيذها، ولا يملك إلا الحق في المطالبة بالتعويض، أمّا إذا تجاوزت الإدارة هذه النسبة، فتكون قد خرقت نطاق التعديل ومن ثم يجوز للمقاول الدفاع عن مصلحته وذلك بطلب الفسخ الفوري للعقد، ودون أن يكون مطالباً بأي تعويض، مادام أنه قد التزم باتباع الإجراءات التي حددها المشرع⁽¹⁾.

كما نص المشرع الفرنسي في المرسوم التنفيذي رقم 2016-360 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل، في المادة 139-6° على أنه "يمكن تعديل الصفقة العمومية عندما يكون مبلغ التعديل أقل من العتبات الأوروبية المنشورة في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية ... و 15% من مبلغ الصفقة الأصلية بالنسبة للصفقات العمومية للأشغال دون مراعاة الشروط المنصوص عليها في الفقرة 5°".

¹: بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 81 وما بعدها.

وبالرجوع إلى القرار المؤرخ في 8 سبتمبر 2009 المعدل والمتمم⁽¹⁾، نجد أن المشرع الفرنسي قد أقرّ نظام زيادة حجم الأعمال، وهو يميز بين نوعين من الزيادة: الأول هي الزيادة الناتجة عن التبعات التقنية أو عدم كفاية الكميات المنصوص عليها في العقد، والنوع الثاني هي الزيادة الناتجة عن تغيير طبيعة الاحتياجات، أو شروط الاستخدام التي يجب تلبيتها عن طريق الأشغال، ففي الحالة الأولى يجب على المتعاقد تنفيذ الأشغال مهما كانت أهمية الزيادة، تبعا للمادة (1.2.15) من د.ش.إ.ع المطبقة على الأشغال العامة، التي نصت على أنه "مع مراعاة أحكام المادة 4.15 يتعين على المقاول استكمال انجاز الأشغال موضوع العقد، بغض النظر عن أهمية الزيادة في مبلغ الأشغال مقارنة بالمبلغ التعاقدى، وهذه الزيادة يمكن أن تنتج عن تبعات تقنية أو عدم كفاية الكميات المنصوص عليها في العقد، أو من أيّ سبب للتجاوز غير تلك المنصوص عليها في المادة 2.2.15"⁽²⁾.

ولقد حددت المادة 3.15، من نفس القرار الزيادة في مبلغ الأشغال بنسبة 5% من المبلغ التعاقدى بالنسبة للصفقة بالسعر الجزافي، ونسبة 25% من المبلغ التعاقدى بالنسبة للصفقة بسعر الوحدة⁽³⁾، كما حددت المادة 1.16، من القرار نفس النسبة في حالة تخفيض مبلغ الأشغال⁽⁴⁾، ومن ثم فإنه يجوز للمقاول الحصول على تعويض جزاء الزيادة أو التخفيض في حجم الأشغال خارج النسب التي حددها المشرع.

¹: Arrêté du 8 septembre 2009, du CCAG –Travaux. précité.

²: Article 15.2.1. du l'Arrêté du 8 septembre 2009, " Sous réserve de l'application des stipulations de l'article 15.4, le titulaire est tenu de mener à son terme la réalisation des ouvrages faisant l'objet du marché, quelle que soit l'importance de l'augmentation du montant des travaux, par rapport au montant contractuel. Cette augmentation peut résulter de sujétions techniques ou d'insuffisance des quantités prévues dans le marché ou encore de toute cause de dépassement autre que celles qui sont énoncées à l'article 15.2.2."

³: Article 15.3 " ... L'augmentation limite est fixée :

- pour un marché à prix forfaitaires, à 5 % du montant contractuel ;
- pour un marché sur prix unitaires, à 25 % du montant contractuel ;.."

⁴: Article 16.1 " ... La diminution limite est fixée : - pour un marché à prix forfaitaires, à 5 % du montant contractuel ; - pour un marché sur prix unitaires, à 20 % du montant contractuel ;

وقد وضع مجلس الدولة الفرنسي معيار يهتدى به في تحديد مدى حق الإدارة المتعاقدة في تعديل شروط عقود الأشغال العامة، حيث قرر أنه "يتعين على قاضي العقد تقييم ما إذا كانت أهمية التعديلات التي أجرتها الإدارة المتعاقدة على الأشغال تتجاوز أو لا تتجاوز ما يمكن توقعه عند إبرام العقد فيما يتعلق بطبيعة العمل المراد تنفيذه"⁽¹⁾، ومن أجل إجراء هذا التقييم تم إنشاء مفاهيم جديدة في عقود الأشغال العامة ومنها: الأشغال الجديدة والأشغال غير المتوقعة، والأشغال الإضافية والتكميلية، فلا يجوز أن يرتبط تعديل العقد إلا بهذه الأنواع من الأشغال، وذلك لتوفرها على الأسباب المعقولة التي يتطلبها القضاء لصحتها بينما تحظر التعديلات التي تؤدي إلى تنفيذ أشغال جديدة.

ويقصد بالأشغال الجديدة في مفهوم مجلس الدولة الفرنسي "تلك الأعمال التي يعتبر موضوعها غريبا عن موضوع العقد الأصلي، بحيث لا ترتبط به إطلاقا، أو التي يحتاج تنفيذها شروط جديدة تختلف كليا عن تلك المنصوص عليها في العقد الأصلي"⁽²⁾، وقد استخدم مصطلحات لوصفها مثل "العمل الأجنبي عن موضوع العقد"⁽³⁾، "لا يمكن اعتباره بأنه يتعلق بتنفيذ عقد سابق ... حيث ما تم طرحه يتعلق بأشغال المساکة في حين أن العقد يتعلق بوضع أنابيب"⁽⁴⁾، "لا يشبه في أي شيء لما كان متوقعا"⁽⁵⁾، كما تطرق مجلس الدولة الفرنسي أيضا إلى "العمل خارج العقد" الذي لا يمكنه أن يرتبط بالعقد الأصلي"⁽⁶⁾.

¹: CE, 17 mars 1932, Mourier, Rec. 340, citer par: Carlos Alfonso, Guecha Lopez, op.cit. p 336.

²: De LAUBADERE André. Traité des contrats administratifs. Op.cit. p. 304.

³: CE, 25 juin 1971, Sté des Ets Marius Séries, Rec. 482.

⁴: CE, 12 juillet 1950, Viturat, Rec. 433.

⁵: CE, 30 décembre 1887, Jauffret, Rec. 873 .

⁶: CE, 6 juillet 1938, Ville de Reims, Rec. 637 : cas d'une société chargée par une ville de travaux d'entretien

des voies publiques qui n'entraient dans aucune des catégories visées par le cahier des charges.

كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن الأعمال غير المتوقعة هي "أعمال غير مدرجة في العقد الأصلي، ولكن يمكن أن تأمر بها الإدارة المقاول لإنجازها، شريطة تعويضه عليها، وهذا العمل لا يمكن أن يكون غريبا تماما عن العقد لأنه يعدّ عملا جديدا"⁽¹⁾.

أما الأعمال الإضافية فيقصد بها "الأشغال التي لم ينص عليها العقد، ولكنها مسجلة في البيان التقديري وتم تحديد أسعارها"، ومثال ذلك تكليف المقاول بمدّ السدّ المتفق عليه لمسافة إضافية، لأن النهر غير مجراه على غير المتوقع⁽²⁾، وبعبارة أخرى فإن الأعمال التكميلية تعني "إتمام الأعمال المذكورة في البيان التقديري"⁽³⁾.

ويلاحظ أن المشرّع الجزائري سلك موقف مجلس الدولة الفرنسي، فيما يتعلق بالأعمال الإضافية التي تأمر بها الإدارة، حيث يتم ذلك عن طريق ابرام ملحق طبقا للمادة 30 من د.ش.إ.ع. المطبقة على الأشغال العامة، ويشترط أن يحصل المقاول على أمر كتابي صادر من الإدارة المتعاقدة للقيام بالأعمال الإضافية، إلا أن مجلس الدولة الجزائري قضى بحق المقاول في الحصول على ثمن الأعمال الإضافية الضرورية غير تلك المنصوص عليها في العقد، إذا كانت ضرورية لحسن سير وسلامة الأعمال الأصلية، وذلك بالرغم من عدم تلقيه أي أمر كتابي من الإدارة، في قرار له بتاريخ 12 جويلية 2005 قضية (ق.ع.ب) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، حيث جاء فيه "... أن هذه الأشغال الإضافية كانت ضرورية لإنهاء مشروع دار الشباب اسياخم بالبويرة، وأن الأشغال الإضافية بما أنها كانت ضرورية حسب قواعد الأشغال المطالب بإنجازها، فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها، حتى وإن لم يتلق أي أمر بذلك من طرفه ولا من صاحب المبنى"⁽⁴⁾.

¹: Carlos Alfonso, Guecha Lopez, op.cit. p 337.

²: بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 86.

³: CE, 8 décembre 1920, *Rossey*, Rec. 1043.

⁴: قرار مجلس الدولة الجزائري، مؤرخ في 12-07-2005، قضية (ق.ع.ب) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، الغرفة الأولى، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، سنة 2005، ص 92، 93.

ويشير فقهاء القانون الإداري بأنه يجب الاعتراف بأن الاختلافات بين هذه المفاهيم المتنوعة تكون أحيانا غامضة، على الرغم من أن التمييز بين هذه المصطلحات، يساعد من جهة في تحديد مدى مشروعية سلطة الإدارة المتعاقدة في اللجوء إلى التعديل، ومن جهة ثانية معرفة مدى حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض، فالأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي الإداري لتقرير ما إذا كانت الأشغال التي أمرت بها الإدارة تدخل في هذا التصنيف أو ذاك.

أما المشرع المصري فقد حدد سلطة الإدارة في تعديل حجم عقودها من خلال المادة 78 من اللائحة التنفيذية، التي نصت على أنه "يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود 25 % بالنسبة إلى كل بند بذات الشروط والأسعار، دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك".

وقد انتهى القضاء الإداري إلى أن ما يؤدي إليه النص المذكور، هو إلزام المقاول بأداء تلك الأعمال بنفس الأسعار التي تم الاتفاق عليها في العقد، دون أن يكون له حق التمسك بالمحاسبة عن تلك الأعمال بأسعار تزيد عنها، أو المطالبة عن أي تعويض لما قد يلحق به من ضرر، بسبب ممارسة جهة الإدارة حقها في تعديل الكميات المتعاقد عليها بالزيادة⁽¹⁾.

ولا يجوز للإدارة أن تتجاوز الحد الأقصى الذي قرره اللائحة، ولا أن تفرض على المقاول تنفيذ أعمال جديدة مغايرا للأعمال الأصلية المنصوص عليها في العقد، إلا أن النص أورد استثناء، فإذا اقتضت هذه الضرورة الطارئة تجاوز النسبة المذكورة، فيتم التعاقد مع المقاول على تنفيذها شريطة إبداء موافقته على تنفيذ هذه البنود المستجدة⁽²⁾.

¹: محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 230.

²: نفس المرجع، ص 230.

2- سلطة التعديل في عقود الامتياز: يستند حق الإدارة في تعديل عقود الامتياز

على ضرورة تسيير المرفق العام بانتظام واطراد، وتطويره لمقتضيات الظروف المتغيرة والمتطورة بما يكفل أداء خدماته على أكمل وجه، وهذه القاعدة مستمدة من مبادئ القانون العام وليس من نصوص عقد الامتياز، فلا ينشئها التشريع، بل يقرها فقط ومن ثم لا يجوز للإدارة مانحة الالتزام أن تتنازل عن حقها في تعديل نظام المرفق العام تنازلا كلياً أو جزئياً بل تبقى ضامنة ومسؤولة عن إدارة المرفق بهدف تكييفه مع مقتضيات المصلحة العامة وتقتصر سلطة الإدارة في التعديل على الشروط اللائحية بالزيادة أو النقصان باعتبارها المسؤولة عن تنظيم المرفق العام مهما كانت طريقة تسييره، كلما رأت ضرورة لذلك ودون موافقة الملتزم، أما الشروط التعاقدية التي تتعلق أساساً بحقوق الملتزم المتفق عليها في العقد والتوازن الاقتصادي للعقد، وموضوع الامتياز ومدته وحجم ونوعية الخدمات، فلا يجوز للإدارة أن تعدلها بإرادتها المنفردة إلا بعد موافقة صاحب الامتياز⁽¹⁾.

على أن حق الإدارة في تعديل الشروط اللائحية تحد منه أيضاً ضرورة أن يكون المرفق مسائراً للمقتضيات المستخدمة لحاجات المنتفعين، فلا يجوز للإدارة أن تستغله لحاجات أخرى مثل تعديل الغرض من الالتزام أو توسيع نطاقه، غير أنه ونتيجة للطبيعة المركبة لعقد الالتزام، فإنه يجب على الملتزم مراعاة التعديلات التي أدخلتها السلطة مانحة الالتزام، فإذا كانت هذه التعديلات تزيد من الأعباء الملقاة على عاتقه أو تلحق به عبئاً لدرجة إرهاقه، أو أخلت بالتوازن المالي للعقد، فيحق له المطالبة بالتعويض أو فسخ العقد⁽²⁾.

و في الجزائر فإن عقود الامتياز تتم بموجب الاتفاقات التي يتم إبرامها بين الإدارة

المتعاقدة صاحبة الامتياز والملتزم، وذلك وفقاً لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتقويض المرفق العام المشار إليه سابقاً، وغالباً ما تحتفظ الإدارة بحقها في إجراء

¹: محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 492. انظر أيضاً: أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 108.

²: حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد الامتياز، المرجع السابق، ص 568.

التعديل على شروط الاتفاقية إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولا يستطيع صاحب الامتياز رفض هذا التعديل، وإنما يمكنه فقط المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء هذا التعديل، وإذا ما قدمت الإدارة على إجراء تعديل على شروط العقد، فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يمس هذا التعديل موضوع الاتفاقية أو مدتها (1)، إلا أنه استثناء على هذه القاعدة يمكن بطلب من السلطة المفوضة، تمديد مدة عقد الامتياز مرة واحدة، إذا تعلق الأمر بإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية، شريطة ألا تتعدى مدة التمديد أربع سنوات كحد أقصى (2).

وقد نص المشرع صراحة على سلطة الإدارة في التعديل في بعض النصوص القانونية والتنظيمية لعقود الامتياز، ومنها على سبيل المثال المادة 2/8 من دفتر الأعباء النموذجي لامتياز الطرق السريعة التي نصت على أنه "يتعين عليه حسب نفس الشروط انجاز أو استعمال التعديلات والمنشآت الكبرى الإضافية التي قد يأمر بها منح الامتياز... (3)" كما نصت المادة 65 من دفتر الشروط المتعلق بمنح امتياز الأملاك الوطنية، وإعداده لاستغلال بحيرة ملاح (ولاية الطارف) على "مراجعة دفتر الشروط" يمكن تعديل أحكام دفتر الشروط هذا وتتميمها طبقاً للتنظيم الجاري به العمل (4)، كذلك نصت التعليمات الوزارية رقم 842/3.94، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها (5)، صراحة على حق الإدارة في تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقد دون التوقف على إرادة الملتزم وهو حق مستمد من طبيعة المرفق العام الذي يجب أن يتكيف مع الظروف دائماً.

¹: المادة 59 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، المشار إليه سابقاً.

²: المادة 53 فقرة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

³: المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، المرجع السابق، ص 12.

⁴: المرسوم التنفيذي رقم 03-280، المؤرخ في: 2003/08/23، الذي يحدد كيفية منح امتياز بحيرتي أوبيرة وملاح (ولاية الطارف)، ج.ر، العدد 51، الصادرة بتاريخ: 2003/08/24، ص 32.

⁵: التعليمات رقم 842/3.94، الصادرة بتاريخ 07 ديسمبر 1994، عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري، موجهة إلى السادة الولاة، بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر، رؤساء المجالس الشعبية البلدية ورؤساء المندوبية التنفيذية.

وأخيرا فإنه يمكن للإدارة المتعاقدة إعفاء الملتزم من مهمته لتحلّ محله في تسيير المرفق العام، بطريقة التسيير المباشر، حيث يمكن وضع نهاية لعقد الامتياز عن طريق الاسترداد، قبل نهاية مدته، الذي يفرض من السلطة مانحة الالتزام بشكل انفرادي⁽¹⁾.

أمّا المشرع الفرنسي فقد نص في الأمر رقم 65-2016 المؤرخ في 29 جانفي 2016 والمرسوم التنفيذي رقم 86-2016 المؤرخ في 1 فيفري 2016، المتعلقين بعقود الامتياز على حق الإدارة المتعاقدة في تعديل عقود الامتياز أثناء تنفيذ العقد، التي لا يترتب عليها تغيير الطبيعة الاجمالية للعقد دون اللجوء إلى إجراء جديد للدعوة إلى المنافسة⁽²⁾، كما بينت الفقرة 6° من المادة 36 من المرسوم التنفيذي المشار إليه أعلاه، حالات اللجوء إلى التعديل والنسب المحددة حيث أجازت تعديل عقد الامتياز عندما يكون مقداره لا يتجاوز عتبة الإجراءات الشكلية، ولا ينبغي أن تتجاوز نسبة التعديل 10% من مبلغ العقد الأصلي وفي الأعمال والخدمات الإضافية عندما تصبح ضرورية، ولم ينص عليها عقد الامتياز الأصلي أو عندما يصبح التعديل ضروريا بسبب ظروف خاصة لم تكن متوقعة، فلا يمكن أن يتجاوز حجم التعديلات 50% من مبلغ عقد الامتياز الأصلي⁽³⁾.

أمّا المشرع المصري فقد نص على سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل عقد الامتياز بموجب المادة 5 من القانون رقم 129 لسنة 1947، المتعلق بإجراءات منح التزام المرافق العامة بقولها " لمانح الالتزام دائما، متى اقتضت المنفعة العامة ذلك أن يعدّل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محلّ".

¹: محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013، 2014، ص 87.

²: Article 55 du l'Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession " Les conditions dans lesquelles un contrat de concession peut être modifié en cours d'exécution sans nouvelle procédure de mise en concurrence sont fixés par voie réglementaire. Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession "

³: Article 37 du Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession.

3- سلطة التعديل في عقود التوريد: تستطيع الإدارة المتعاقدة أن تتناول بالتعديل مقدار الكميات المتعاقدة عليها سواء بالزيادة أو النقصان في عقود التوريد، وفقا لما تراه محققا للمصلحة العامة والمحافظة على سير المرفق العام بانتظام واطراد، ولقد سار المشرع الجزائري في هذا الاتجاه، حيث نص في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر على حق الجهة الإدارية في تعديل حجم التوريدات بالزيادة أو النقصان، على ألا تتجاوز القيمة الإجمالية نسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة⁽¹⁾، أما إذا تضمنت خدمات تكميلية تتجاوز نسبتها 15% من المبلغ الأصلي للصفقة، فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تبرر لدى لجنة الصفقات المختصة بأنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة، وأنه لم يتم التراجع فيها، وأن إعلان إجراء جديد بعنوان الخدمات بالزيادة لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للأجال والسعر⁽²⁾.

كما نص المشرع الفرنسي من خلال المرسوم التنفيذي رقم 2016-360، المتعلق بالصفقات العمومية، في المادة 6/139 منه على أنه لا يجب أن تتجاوز نسبة التعديل لعقود التوريدات أو الخدمات 10% من مبلغ العقد الإجمالي، وهي نفس النسبة المخصصة أيضا لعقود الامتياز مثلما أشرنا إليه سابقا، كما أوجب أيضا بأن لا تتجاوز التعديلات عتبات الإجراءات الشكلية لإبرام العقود الإدارية، ويجوز للسلطة المتعاقدة في عقود التوريد أو الخدمات الإضافية أن تدرج في العقد القائم خدمات أو توريدات إضافية إذا كانت ضرورية شريطة ألا يترتب عنها زيادة في العقد تتجاوز 50% من مبلغ العقد الأولى.

وبالرجوع إلى القرار المؤرخ في 19 جانفي 2009، المتضمن المصادقة على د.ش.إ.ع. المطبقة على عقود التوريدات والخدمات، نجد أن السلطة المتعاقدة تملك حق تعديل مدة التنفيذ، وهذا ما نصت عليه المادة (1.3.13) منه بقولها "عندما يوجد

¹: المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر.

²: المادة 136 فقرة أخيرة، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر.

المتعاقد في استحالة لاحترام آجال التنفيذ بسبب فعل السلطة المتعاقدة، أو بسبب حادث له طابع القوة القاهرة، فيجوز للسلطة المتعاقدة تمديد مدة التنفيذ"، ولكي يستفيد المتعاقد من هذا التمديد يجب عليه إخطار السلطة المتعاقدة بالأسباب التي حالت دون تمكنه من التنفيذ في الآجال المحددة، وذلك في ظرف 15 يوما ابتداء من تاريخ وقوع الحادث⁽¹⁾.

كما خوّل المشرع المصري الجهة الإدارية طبقا للمادة 78 من اللائحة التنفيذية السالفة الذكر، بالنسبة لشراء المنقولات، الحق في تعديل الكميات بالزيادة أو النقصان في حدود 25 % لكل بند بذات الشروط والأسعار، دون حق المورّد في المطالبة بالتعويض، كما أجاز المشرع تجاوز النسبة السابقة في حالة الضرورة القصوى بموافقة السلطة المختصة، شريطة وجود الاعتماد المالي اللازم لقيمة الزيادة، وأن يصدر التعديل خلال مدة سريان العقد⁽²⁾.

أمّا التعديل في طرق و وسائل التنفيذ فليس له أهمية تذكر في عقود التوريد العادية⁽³⁾ بينما في عقود التوريد الصناعية، فقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي للإدارة المتعاقدة الحق في تعديل وسائل التنفيذ الواردة في العقد، مثل عقود صناعة الأسلحة أو بناء السفن⁽⁴⁾ حيث يقوم المتعاقد مع الإدارة في عقود التوريد الصناعية بتوريد مواد وأصناف بعد تصنيعها بناء على طلب الإدارة، وهي عقود تشبه إلى حد كبير مقاوله الأشغال العامة، لذلك تملك الإدارة سلطة تعديل طرق ووسائل أوضاع التنفيذ بشأن العمليات المركبة، التي تتضمن إلى جانب عقد التوريد عقد إصلاح المعدات وتوريد وتركيب ما يلزمها من قطع الغيار⁽⁵⁾.

¹: Article 13.3.2 " Pour bénéficier de cette prolongation, le titulaire signale au pouvoir adjudicateur les causes faisant obstacle à l'exécution du marché dans le délai contractuel. Il dispose, à cet effet, d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle ces causes sont apparues ou d'un délai courant jusqu'à la fin du marché, dans le cas où le marché arrive à échéance dans un délai inférieur à quinze jours. Il indique, par la même demande, au pouvoir adjudicateur la durée de la prolongation demandée".

²: محمد أحمد درويش، المرجع السابق، ص 197.

³: محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 230.

⁴:C.E 28 décembre 1927, Société Augustin Normand, Recueil Lebon, p. 1284. Citer par: Aiad SHAWEKAT . op.cit. P 117.

⁵: محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 231.

المبحث الثاني: حدود السلطة التقديرية للإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة.

إذا كانت القاعدة العامة في العقود الإدارية تقضي بانتهائها خلال المدة المحددة لها إلا أن هناك استثناء يرد على هذه القاعدة يتمثل في إنهاء الإدارة المتعاقدة للعقد بإرادتها المنفردة قبل حلول أجله، وفقاً لسلطتها في استعمال امتياز التنفيذ المباشر، متى ثبت لها أن المتعاقد قد أخلّ إخلالاً جسيماً بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وأن الاستمرار في تنفيذ العقد قد يلحق ضرراً بالمرفق العام، ومن ثم تقوم بفسخ العقد بسبب خطأ المتعاقد (المطلب الأول) كما تملك الإدارة بصفة عامة، باعتبارها مسؤولة عن حسن سير المرفق العام الذي أبرم العقد من أجله، وحتى في ظلّ عدم وجود نص صريح فيه، إمكانية إنهاء العقد بقرار انفرادي من جانبها في أيّ وقت تشاء، قبل استكمال تنفيذ الالتزامات التي تشكل موضوعه، ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ يستوجب إنهائه، متى ارتأت أن تنفيذ العقد أصبح غير ملائم أو غير متكيف مع احتياجات المرفق العام وأن المصلحة العامة تقتضي ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إنهاء العقد الإداري انفرادياً بسبب خطأ المتعاقد.

إذا قدرّت الإدارة أن المتعامل المتعاقد أخلّ بتنفيذ التزاماته التعاقدية بسبب تقصيره عن إهمال أو عمد، وأصبح التعامل معه في ظل سلوكه من شأنه عرقلة حسن سير المرفق العام، والإضرار بالمصلحة العامة، فإنّ أقصى ما يمكن أن تلجأ إليه هو حلّ الرابطة العقدية عن طريق إصدار قرار بإنهاء العقد كجزاء لإخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أن قرار إنهاء العقد الإداري هو مظهر من مظاهر سلطة الإدارة في العقد الإداري، إلا أنه ينبغي أن يبقى دائماً قراراً استثنائياً، نظراً للنتائج التي تترتب عليه

¹: علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 466.

في مواجهة الطرف المتعاقد معها⁽¹⁾، فلا تلجأ الإدارة إلى هذا الإنهاء عادة إلا في حالة الخطأ الجسيم أو المتكرر الذي يفقدها الأمل في حسن تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية في المستقبل⁽²⁾، ولبحث إنهاء العقد الإداري بسبب خطأ المتعاقد، فإنه ينبغي علينا التطرق إلى مضمون الإنهاء الجزائي للعقد الإداري بسبب خطأ المتعاقد (الفرع الأول)، ثم بيان شروط اللجوء إلى إصدار قرار الإنهاء وآثاره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون الإنهاء الجزائي للعقد الإداري.

يتطلب تحديد مضمون الإنهاء الجزائي للعقد الإداري، توضيح مفهومه وطبيعته القانونية (أولاً)، ثم بيان أنواع الإنهاء الجزائي (ثانياً).

أولاً: مفهوم الإنهاء الجزائي للعقد الإداري: سنتطرق في هذا العنصر إلى تعريف الإنهاء الجزائي للعقد الإداري ثم بيان طبيعته القانونية وأساسه القانوني.

1- تعريف إنهاء العقد الإداري: يقصد بإنهاء العقد الإداري الجزاء الشديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة المتعاقدة أن توقعه على المتعاقد معها، الذي قصر في تنفيذ التزاماته العقدية حيث يترتب على ذلك استبعاد المتعاقد معها نهائياً عن تنفيذ العمل موضوع العقد⁽³⁾.

كما عرّف إنهاء العقد الإداري بأنه "جزاء توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها الذي لم يعد قادراً على الوفاء بالتزامه التعاقدية على نحو ما ينبغي، حيث تنهي الإدارة بهذا الجزاء التعاقد معه بصورة مبتسرة، تفرضه موجبات تحقيق المصلحة العامة في دوام سير المرافق العامة بانتظام⁽⁴⁾".

ويتبين من خلال هذين التعريفين بأن إنهاء العقد الإداري يتميز بالخصائص التالية:

¹: Jacques Eygasier Charles parevdt, Exécution des marchés publics de travaux, édition Lamy, France, 2010, p 263.

²: ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 124.

³: حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 207.

⁴: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 307.

- أن الإدارة تتخذ قرار إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة بناء على سلطتها التقديرية ودون حاجة للجوء إلى القضاء، ولقد استقر الفقه والقضاء في أغلب الدول على أن سلطات الإدارة في العقد الإداري متأصلة في طبيعة العقد الإداري ذاته، وهي من المبادئ الراسخة في القانون الإداري، ولا تحتاج في ممارستها إلى النص عليها صراحة في العقد بحكم أن هذه الصلاحيات تعتبر من النظام العام ولا تستطيع التنازل عنها، أو تقيدها في ممارستها وأي اتفاق يخالف هذا المبدأ لا يعتد به ويعد باطلاً⁽¹⁾.

- يترتب على توقيع جزاء الفسخ إنهاء الرابطة التعاقدية وإيقاف المتعاقد مع الإدارة تنفيذ الأعمال محل العقد⁽²⁾، مما يعني فسخ العقد قبل نهايته الطبيعية، على عكس إجراءات الضغط المؤقتة التي لا تنهي العقد، وغالبا ما يتم الفسخ الجزائي بعد توقيع الجزاءات الضاغطة وتقدير الإدارة عدم جدواها لإرغام المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية.

- خضوع قرار الفسخ الجزائي للرقابة القضائية للتأكد من مدى ملاءمة الجزاء الموقع على المتعاقد مع جسامة الخطأ المنسوب إليه، ولا بد من الإشارة في هذا المقام إلى أن قرارات الفسخ الجزائي لا تقبل الطعن بالإلغاء؛ لأنها ليست من القرارات الإدارية المنفصلة بل هو إجراء متصل بالعقد تتخذه الإدارة لتنفيذ العقد، ومن ثم فلا يملك المتعاقد سوى اللجوء إلى القضاء الكامل لرفع ادعاءاته بشأن الأضرار اللاحقة به للحصول على التعويض⁽³⁾.

2- الطبيعة القانونية لإنهاء العقد بخطأ من المتعاقد: يسمح للإدارة المتعاقد إنهاء العقد

الإداري بإرادتها المنفردة عندما يكون من المؤكد أن الطرف المتعاقد معها لم يعد قادرا على الوفاء بالتزاماته بشكل مرضي، أو أنه لم يعد بإمكانه ضمان تنفيذ العقد، مما يهدد المرفق العام والمصلحة العامة، وقد أثارت مسألة إنهاء العقد الإداري، جدلا كبيرا حول

¹: خالد سليمان أسود العنزي، المرجع السابق، ص 130، 131.

²: حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 207.

³: انظر المواد 800، 801 من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات

المدنية والإدارية، ج. ر، العدد 21، الصادرة بتاريخ: 2008/04/23.

طبيعته القانونية، فهل هو تطبيق للقواعد العامة المتعلقة بفسخ العقد، أم أنّه جزء ذو طبيعة خاصة في القانون الإداري؟

لقد انقسم الفقه حول مسألة الطبيعة القانونية لإنهاء العقد الإداري إلى موقفين حيث اعتبر جانب منه بأن إنهاء العقد ما هو إلا إجراء تعاقديا بحتا لا يتواجد إلا إذا نص عليه العقد، وذلك تطبيقا لقاعدة الفسخ الجزائي المنصوص في القانون المدني الفرنسي ومن ثم عندما يمتنع أحد الطرفين المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته يجوز للطرف الآخر حلّ الرابطة التعاقدية لتحلّ من التزاماته، وينكر هذا الجانب من الفقه ارتباط الفسخ الجزائي المطبق على العقد الإداري بفكرة النظام العام، ورفض الاعتراف للإدارة بسلطة الفسخ الجزائي، إذا لم ينص عليه العقد أو دفتر الشروط، وبعبارة أخرى فإنه في حالة عدم النص على إمكانية الفسخ الجزائي من طرف الإدارة بإرادتها المنفردة، يتعين عليها اللجوء إلى قاضي العقد للحكم بالفسخ طبقا لأحكام المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأن "الشرط الفاسخ يكون دائما مقرا ضمنا في العقود الملزمة للجانبين بين الطرفين المتعاقدين، في حالة إخلال أحدهما بالتزاماته"⁽¹⁾.

وفي المقابل يذهب أغلبية الفقه إلى رفض الأخذ بهذا الإسناد، واعتبر بأن إنهاء العقد من النظام العام، وأنّه يهدف في كل الأحوال إلى خدمة المصلحة العامة، حتى وإن لم يكن موضوعا لنص صريح في العقد أو دفتر الشروط، ولا يصحّ الربط بين نصوص الفسخ في القانون المدني وبين الفسخ في دائرة العقود الإدارية، وأن الفسخ في القانون المدني هو موضوع آخر غير الفسخ في العقود الإدارية، لأن هذه الأخيرة ليست مبرمة بين الأفراد وإنما تبرمها الإدارة مع لأفراد باعتبارها تستهدف المصلحة العامة، وهي التي تقرّر فسخ العقد وليس القاضي هو الذي يقرره كما هو الحال في القانون المدني⁽²⁾.

¹: Aiad SHWEKAT, op.cit. p.171.

²: Ibid. p. 172 et s.

3- الأساس القانوني للفسخ الجزائي للعقد الإداري: اختلف الفقه في كل من فرنسا

ومصر حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري نتيجة خطأ المتعاقد.

أ- موقف الفقه: ذهب بعض الفقهاء في فرنسا ومصر إلى اعتبار السلطة العامة هي الأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة في إنهاء العقد باستعمال امتيازها في التنفيذ المباشر وذلك لوجود ارتباط وثيق بين فكرة السلطة العامة والعقد الإداري، حيث أن فكرة السلطة العامة تلعب دورا ليس فقط في تضمين العقد شروطا استثنائية، بل في إخضاع العقد أيضا لقواعد استثنائية حتى ولو لم يتم ذكرها صراحة في العقد⁽¹⁾، فكما منحت الإدارة الحق في ابرام العقد، فلها الحق أيضا في إنهائه متى أخل المتعاقد معها بالتزاماته⁽²⁾.

وعلى الرغم من بساطة ووضوح فكرة السلطة العامة، والأساس السليم الذي تقوم عليه إلا أن الأخذ بها يؤدي إلى صعوبة التمييز بين أعمال الإدارة العادية وأعمال السلطة العامة كما قد تؤدي إلى تعسف الإدارة في استعمال حقها في إنهاء العقد.

وفي ظلّ هذه الانتقادات الموجهة إلى فكرة السلطة العامة، ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن إنهاء العقد الإداري يجد أساسه في فكرة المرفق العام، فإذا أخلّ المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وكان من شأنه أن يؤثر على حسن سير المرفق العام جاز للإدارة المتعاقدة مواجهته باستخدام أهم امتيازاتها بأن تقرر إنهاء العقد بإرادتها المنفردة حتى لا يتعطل سير المرفق العام، حيث أن وجود الإدارة كطرف في العقد الإداري وسعيها إلى تحقيق أهداف تتعلق بالمصلحة العامة، يبرر تجاوز المضمون الحرفي للعقد، وبذلك يمكنها استعمال سلطات حتى ولو لم ينص عليها العقد صراحة وذلك لضمان سير المرفق العام محلّ العقد بانتظام واطراد⁽³⁾.

¹: حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 173.

²: حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، ص 37.

³: مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 20 وما بعدها.

ورغم الانتقادات الموجهة من طرف الفقه إلى فكرة المرفق العام كونها تجرد القانون العام من فكرة السلطة العامة، إلا أنها تبقى حجر الزاوية في القانون الإداري، لأن ضرورة حماية المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، هي التي تبرر الاعتراف للإدارة بسلطات وامتيازات في عقودها الإدارية، ومنها حقها في إنهاء العقد كجزاء على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته.

ب- موقف القضاء الإداري: استقر القضاء الإداري لمجلس الدولة الفرنسي على الاعتراف بحق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، إذا تبين لها بشكل قاطع أن المتعاقد معها لم يعد قادراً على المشاركة في تنفيذ العقد بشكل كاف⁽¹⁾، وغالباً ما تنص دفاتر الشروط الإدارية العامة أو الخاصة على حق الإدارة في توقيع جزاء فسخ العقد على المتعاقد العاجز استناداً إلى امتيازها في التنفيذ المباشر ودون اللجوء إلى القضاء لإصدار الحكم بالفسخ⁽²⁾ بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات التعاقدية المقررة في حال توفر شروط توقيعها، حتى ولو لم ينص العقد ولا دفاتر الشروط عليها لأن هذه السلطة موجودة ومستقلة عن النصوص العقدية، وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 31 ماي 1907 في قضية (déplanque)⁽³⁾.

¹: C.E, 4 janvier 1927, Ville de Paris, Recueil Lebon, p. 11.citer par Aiad SHWEKAT , op.cit. p 172 .

²: De LAUBADERE André. Traité des contrats administratifs,op.cit. 171.

³: CE, 31 mai 1907, Déplanque, Lebon, P 513, concl. Romieu ; S., 1907, 3, P. 113, note Hauriou ; D. 1907 3, 82, concl. Romieu.

ومفاد هذا القرار أن السيد (déplanque) أبرم عقد التزام مع إحدى القرى لإضاءتها، وقد نص في العقد على الفسخ كجزاء لتقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وقد نسب بعد ذلك إلى السيد (déplanque) التقصير في أداء بعض التزاماته المقررة في العقد، فعرض الأمر على القضاء الإداري للفصل فيه، وكان على القاضي إما أن يتقيد بنصوص العقد فيحكم بالإسقاط أو يوقع جزاء آخر، وقد اقترح مفوض الحكومة (Romieu) في تقريره المقدم في هذه الدعوى المبادئ الجديدة التالية:

1- إذا أغفل العقد عن تحديد جزاءات في العقد لالتزامات الطرفين، فلا يعني ذلك عدم وجود جزاءات.

وقد استخلص الفقهاء أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إنما توجد بذاتها مستقلة عن النصوص التعاقدية، أي أنها توجد ولو لم ينص العقد على أيّ منها فإذا نص على بعضها وأغفل البعض الآخر، فإن الإدارة من حقها توقيع جزاءات عن المخالفات التي لم ينص عليها العقد⁽¹⁾.

كما اعترف القضاء الإداري المصري بسلطة جهة الإدارة في إنهاء العقد لإداري بإرادتها المنفردة، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ 28 ديسمبر 1963 الذي جاء فيه أن " للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقدتها، وهي لا تستند إلى العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة، وعملا بالقواعد الأصلية التي تقتضيها طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة حسن استمرار المرافق العامة⁽²⁾، وفي حكم آخر حديث لها بتاريخ 2000/11/21، قررت المحكمة الإدارية العليا أن " لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي إذا أخطأ المتعاقد، وذلك بإرادتها المنفردة دون الالتجاء إلى القضاء، باعتباره امتياز لجهة الإدارة لتعلق العقد بالمرفق العام، مع حقها بالرجوع على المتعاقد بالتعويض وينتج عن هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية"⁽³⁾.

2- إذا حدد العقد صراحة جزاءات لبعض المخالفات الجسيمة، ولم يحدد جزاءات مقابلة لباقي المخالفات فلا يترتب على ذلك بقاء هذه الأخيرة بدون جزاء.

3- إن كل التزام تعاقدي يقابله جزاء، وعلى القاضي أن يطبق القواعد العامة إذا لم يتضمن العقد نصوصا صريحة على خلاف ذلك، أي أنه يجب على القاضي في الحالة المعروضة وإعمالا للقواعد العامة أن يقرر إما فسخ العقد أو الحكم بالتعويضات، وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بما تضمنه تقرير مفوض الحكومة، وقضى بتعويض الإدارة عن المخالفات التي ارتكبتها الملتزم، مذكور في: مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص 47.

¹: مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية في القانون المقارن، دراسة مقارنة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2013، ص 162. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 152.

²: حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1963/12/28، س 9، ص 324.

³: حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم 6431 لسنة 42 جلسة 2000/11/21، مذكور في: محمد ماهر أبو العينين الفتاوى والأحكام بخصوص العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات الصادرة عن مجلس الدولة حتى عام 2004، الجزء الرابع، القاهرة، 2004، ص 449.

ثانياً: أنواع الفسخ الجزائي:

تحدد دفاتر الشروط الإدارية العامة عادة الحالات التي يمكن فيها للإدارة أن تقرّر فسخ العقد، والإجراءات الواجب اتباعها، فأيّ خطأ جسيم هو بمثابة تبرير لفسخ العقد، ويفرق الفقه والقضاء في فرنسا بين نوعين من الفسخ الجزائي، وذلك تبعاً لمدى جسامة وخطورة آثار كل منهما على مركز المتعامل المتعاقد وللإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية في تقرير نوع الفسخ الذي توقّعه، الفسخ المجرّد البسيط، أو الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد.

1- الفسخ الجزائي المجرّد والبسيط: يقصد بالفسخ المجرّد استبعاد المتعاقد المقصّر

وانتهاء الرابطة التعاقدية بصفة نهائية، بحيث يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ويكون للإدارة المتعاقدة الحق في اقتضاء غرامات التأخير أو المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي لحقتها نتيجة الفسخ بخطأ من المتعاقد، ولكن لا تستطيع أن تطالبه بتحمّل التبعات المالية المترتبة على تنفيذ العقد الجديد الذي تبرمه، ويتم توقيع هذا الجزاء غالباً على الحالات التي لا يصل فيها خطأ المتعاقد إلى قدر كبير من الجسامة⁽¹⁾.

وفي الجزائر نصت المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على حق المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة من جانب واحد أو القيام بالفسخ الجزائي، في حالة عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته، أو عدم تداركه لتقصيره في الأجل الذي حدده له الإعذار.

كما نصت المادة 62 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام على حق السلطة المفوضة في فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام من جانب واحد، ودون تعويض المفوض له، في حالة ما إذا استمر هذا الأخير في الإخلال بالتزاماته بعد إعذاره.

¹: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 136.

وما يلاحظ على هذين النصين هو أن المشرع أعطى للإدارة سلطة تقديرية واسعة لتقدير مدى خطورة المخالفة التي ارتكبتها المتعاقد، وتقرير ما إذا كان إخلاله بالتزاماته يدخل في دائرة التقصير المبرر للفسخ أم لا، كما يجوز للإدارة أيضا القيام بفسخ جزئي للصفحة منع المشرع الجزائي الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بالفسخ عند تطبيقها البنود التعاقدية الواردة في الصفحة، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الأضرار التي لحقت بها بسبب خطأ المتعامل المتعاقد⁽¹⁾، لأن جهة الإدارة عندما تقرر فسخ العقد تكون متيقنة أن المتعاقد لم يعد أهلا لتنفيذ التزاماته التعاقدية، وتسيير المرفق العام الذي أبرم العقد من أجله.

وفي فرنسا بموجب هذا الفسخ تنهي الإدارة المتعاقدة الرابطة التعاقدية مع المتعاقد الذي أخلّ بالتزاماته بلا قيد ولا شرط، وتتحمل الإدارة نتائج هذا الفسخ⁽²⁾، ويتعين عليها إبرام عقد جديد وفقا لأحكام المرسوم رقم 2016-360، المتعلق بالصفقات العمومية، ويتحلل المتعامل المتعاقد من التزاماته التعاقدية ولا يمكنه الحصول على التعويض⁽³⁾.

ويرى البعض أن هذا الفسخ البسيط الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها، دون أن تحمله أي تعويضات، أقل منها صرامة عند ممارسة سلطتها في حالة فسخ العقد بسبب أخطاء المتعاقد الجسيمة، ولا بد أن يكون قرار جهة الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد الإداري صريحا ومكتوبا، أي أنه لا يمكن أن يستنتج ضمنا من قرار الإدارة بالتصرفات الجانبية لها كما يجوز للإدارة أن تجمع بين الفسخ الجزائي وتوقيع غرامات التأخير من أجل إجبار الضرر الذي لحق بها⁽⁴⁾.

¹: انظر المادة 152 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المشار إليه سابقا.

²: نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 363.

³: C.E, 20 janvier 1988, société d'étude et de réalisation des applications du froid, n° 56503, publier au recueil Lebon disponible sur site: www.legifrance.gouv.fr (Consulté le 30 janvier 2018).

⁴: مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 195، 196.

أمّا عن موقف المشرع المصري فقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، على بعض الأخطاء التي تبرر توقيع جزاء الفسخ ومنها ما نصت عليه المادتين 75 و 84 المشار إليهما سابقا.

2- **الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد:** ويطلق عليه أيضا الفسخ الجزائي الجسيم، الذي يعني إنهاء المصلحة المتعاقدة للعقد القائم بينها وبين المتعاقد المخلّ بالتزاماته مع تحميله كافة النفقات والمصروفات الإضافية الناجمة عن إبرام صفقة جديدة مع الغير⁽¹⁾.
و في الجزائر بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا، نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظام فسخ الصفقة على حساب ومسؤولية المتعاقد في المادة 69 فقرة 03 منه في حالتين: الحالة الأولى هي حالة اكتشاف المصلحة المتعاقدة بعد إمضاء الصفقة بأن المعلومات التي قدمها صاحب الصفقة العمومية زائفة، ففي هذه الحالة تأمر بفسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد دون سواه.

والحالة الثانية نصت عليها المادة 84 من المرسوم نفسه، وتتعلق بخطأ المتعامل المتعاقد الأجنبي، بعدم تجسيد الاستثمار في الآجال المحددة في دفتر الشروط ، فإن للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية إذا رأت ضرورة ذلك، فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي دون سواه، وذلك بعد موافقة سلطة الهيئة العمومية، أو الوزير حسب الحالة.

كما أشار د.ش.إ.ع. المطبقة على صفقات الأشغال العامة إلى هذا النوع من الفسخ حيث نصت المادة 5/35 منه على أنه "... يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف...".

¹: نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 156.

فمن خلال هذه المادة يظهر أن استعمال المشرع لعبارة "إعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف" هو تأكيد على إعطاء المصلحة المتعاقدة صلاحية توقيع جزاء الفسخ انفراديا على حساب ومسؤولية المتعامل المتعاقد المقصر ودون اللجوء إلى القضاء. ويتم إبرام عقد جديد مع الغير في فرنسا، طبقا لأحكام الأمر رقم 2015-899 ومرسومه التنفيذي رقم 2016-360، المتعلقين بالصفقات العمومية المشار إليهما سابقا، وذلك لاستكمال ما تبقى من خدمات في ظل العقد الأصلي بتوافر شرطين وهما:

- أن يتعلق العقد الجديد باستكمال الخدمات المتبقية المحددة في العقد الأصلي ولا ينبغي أن يتضمن ملف الاستشارة للعقد الجديد أية تعديلات بالنسبة للعقد الأصلي.

- إخطار المتعاقد المقصر بقرار إبرام عقد جديد، حتى يتمكن من مراقبة إبرامه ومتابعة التنفيذ الذي يقوم به المتعاقد الجديد، من أجل المحافظة على مصالحه⁽¹⁾.

ونظرا لخطورة الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد فإنّ الفقه والقضاء في فرنسا يشترطان وجود نص صريح في العقد أو دفتر الشروط يسمح بتوقيع هذا الفسخ⁽²⁾ ويجب عليها أن تجري طلب عروض جديد فورا، وأن يتم طبقا للشروط الشكلية والموضوعية لطلب العروض الأصلي، وإلاّ جاز للمتعاقد الطعن في قرار الفسخ غير المشروع، ويجنبه ذلك المبالغ المالية التي تترتب على إبرام العقد الجديد على حسابه⁽³⁾.

أمّا المشرع المصري وبالرجوع إلى قانون المناقصات والمزايدات لسنة 1998 ولائحته التنفيذية، فلا نجد أيّ مادة من مواده تشير إلى الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد كما سار القضاء الإداري المصري في هذا الاتجاه، حيث لم يعترف هو الآخر بنظام الفسخ على مسؤولية المتعاقد، لكنه اعترف بالفسخ الجزائي المجرد والبسيط، وهذا ما ذهبت إليه

¹: D.A.J. La résiliation unilatérale par l'administration des marchés publics et des contrats de concession, (fiches techniques), 13-06-2016, p 4. disponible sur site: <https://www.economie.gouv.fr/daj/resiliation-2016> (Consulté le 15 aout 2016).

²: نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص 363.

³: حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 228.

المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ 01 فيفري 1964، بأنه "من المسلمات أن إحلال الإدارة شخصا آخر محل المتعاقد الذي قَصّر في تنفيذ التزاماته تقصيرا جسيما لا ينهي العقد بالنسبة له، وبذلك لا يقبل قانونا أن تلجأ الإدارة إلى توقيع الجزاءين معا على المتعاقد المقصّر في تنفيذ التزاماته التعاقدية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: شروط إنهاء العقد الإداري وآثاره.

تتمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة تقدير مبررات إنهاء العقد بإرادتها المنفردة بسبب خطأ المتعاقد، وذلك لتجنبها أخطار تنفيذ العقد، إذا ما تبين لها عدم قدرة المتعاقد معها على الوفاء بالتزاماته بصورة تحقق مصلحة المرفق العام، إلا أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد لا تؤخذ على إطلاقها، وإنما هي مقيدة بمجموعة من الضوابط التي يتعين عليها مراعاتها والتي تعدّ بمثابة الضمانات التي تكفل عدم تعسف الإدارة في استخدام هذه السلطة (أولاً)، كما يترتب على إنهاء العقد عند توافر هذه الشروط عدة آثار قانونية على الرابطة العقدية (ثانياً).

أولاً: شروط الإنهاء الجزائي للعقد الإداري: يمكن حصر أهم شروط إنهاء العقد في صدور خطأ جسيم من المتعاقد، وإعذاره من طرف الإدارة المتعاقدة، وضرورة تسبب قرار الفسخ.

1- وقوع خطأ جسيم من المتعاقد: يقصد بالخطأ الجسيم "إخلال المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني، وللإدارة سلطة تقدير مدى جسامته هذا الخطأ أو الإخلال بتلك الالتزامات، بحيث يمكن توقيع الفسخ كجزاء وذلك تحت رقابة القاضي الإداري"⁽²⁾، ويرى جانبا من الفقه الفرنسي أن الأفعال الصادرة من المتعاقد، والتي تبرر جزاء وضع الأعمال محل العقد تحت

¹: حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1-2-1964، المجموعة 9، رقم 48، ص 571. مذكور في: حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 228.

²: رجال عبد القادر، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة تيزي وزو 1990، ص 209.

الإدارة المباشرة، تكون قابلة لتبرير توقيع جزاء الفسخ⁽¹⁾، فليس كل خطأ موجب للفسخ ولكن يجب أن يكون هناك إخلال من جانب المتعاقد على قدر من الجسامة الكافية بالالتزامات الناشئة عن العقد حتى يكون مبررا تسند إليه الإدارة لتوقيع جزاء الفسخ، وتملك الإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة لتقدير مدى جسامة الخطأ وكفايته لتقرير جزاء الفسخ وهي بدورها تخضع في هذا الشأن لرقابة قاضي العقد، الذي يراقب مدى ملاءمة الجزاء الموقع مع جسامة الخطأ، فإذا تبين له أن خطأ المتعاقد مع الإدارة لم يكن جسيما بدرجة تكفي لتبرير توقيع جزاء الإنهاء، فإنه لا يستطيع إلغاء قرار الإدارة القاضي بفسخ العقد ولكنه يستطيع أن يقضي بتعويض مناسب للمتعاقد مع الإدارة⁽²⁾، وإذا كان يمكن نسبة بعض الأعمال إلى المتعاقد ولكنه لا يشكل خطأ جسيما، فإنه لا يجوز للإدارة إنهاء العقد.

ومن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي لحالات إنهاء العقد على سبيل المثال في عقد التوريد، ويعتبرها إخلالا جسيما يستوجب إنهاء العقد، عدم تسليم المورد أو تأخره لفترات طويلة في تسليم الأصناف المتفق عليها في المواعيد المحددة لذلك في العقد أو في دفتر الشروط، أو عدم مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات المتفق عليها وفي حالات التعاقد من الباطن أو التنازل الكلي عن العقد دون موافقة الجهة الإدارية وفي حالات توقف المورد عن تسليم باقي التوريدات وفي حالات ترك المورد تنفيذ العقد بدون مبرر، وفي حالة عدم قيام المورد بدفع التأمين النهائي في الموعد المحدد لذلك⁽³⁾.

ومن التطبيقات التي تبرر توقيع جزاء الفسخ في عقود الأشغال العامة، ترك المقاول مواقع العمل، وإيقاف تنفيذ الأشغال موضوع العقد، وكذلك رفض المقاول تنفيذ الأوامر المصلحية الصادرة إليه من الإدارة المتعاقدة، وتنازل المقاول عن العقد للغير بدون موافقة

¹: مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 170.

²: Jèze Guaston, op.cit, 1037. C.E, 8 janvier 1958, Crouzat, Lebon, p 14.

³: مذكور في: هاني عبد الرحمان اسماعيل، المرجع السابق، ص 1263.

الإدارة المسبقة، وعدم قيام المقاول بتنفيذ الأشغال موضوع العقد في المواعيد المقررة لذلك أو القيام بأعمال الغش والاحتيال أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية⁽¹⁾.

ولقد حوّل المشرّع الجزائري، في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر المصلحة المتعاقدة حق وضع حدّ للعلاقة التعاقدية التي تربطها بالمتعامل المتعاقد بإرادتها المنفردة، ودون حاجة للجوء إلى القضاء، حيث نصت المادة 149 منه على أنه "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

وما يلاحظ على هذه المادة أنها ذكرت عبارات عامة، ولم توضّح حالات الفسخ بالتفصيل كما فعل المشرعين الفرنسي والمصري، كما أنها لم تشترط درجة معينة من الجسامة للخطأ المرتكب من المتعامل المتعاقد ليكون مبررا لإنهاء العقد، وهذا ما يفسح المجال واسعا للسلطة التقديرية للإدارة لتقدير مدى إضرار إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته بشروط العقد وهو ما قد يؤدي إلى تعسفها في اللجوء إلى حالات الفسخ الجزائري.

كما تضمن د.ش.إ.ع. المطبقة على صفقات الأشغال العامة السالف الذكر، في المواد 11 و 12 و 18 منه، بعض حالات لجوء المصلحة المتعاقدة إلى الفسخ وهي: وفاة المتعامل المتعاقد، حلّ الشركة أو تصفيتها قضائيا أو إفلاسها، عدم مباشرة المقاول للأشغال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري⁽²⁾، عدم الالتزام الدقيق بتنفيذ أوامر المصلحة⁽³⁾، رفض المقاول للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل⁽⁴⁾

¹: BRACONNIER Stéphane, op.cit, p 441.

²: المادة 12 فقرة 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

³: المادة 4/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

⁴: المادة 5/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

وكذلك وقوع أعمال التدليس والمخالفات المتكررة لشروط الشغل، أو التقصير الخطير في الالتزامات المتعاقد عليها⁽¹⁾، والتعامل الثانوي من دون موافقة المصلحة المتعاقدة⁽²⁾.

ومن التطبيقات التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي في مجال عقود الامتياز، توقف الملتزم عن استغلال المرفق، أو إفلاسه أو امتناعه عن أداء التأمين في الموعد المحدد والتعاقد من الباطن، أو التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة، وعدم احترام الملتزم للتعريفات والرسوم التي حددتها الإدارة ورفضه إمداد مانح الامتياز بالحسابات التفصيلية لعمليته⁽³⁾.

أما **المشرع المصري** فقد ميّز في قانون المناقصات والمزايدات بين نوعين من الفسخ:

- **الفسخ الوجوبي**: يكون الفسخ جزاء وجوبيا طبقا للحالتين التي نصت عليهما المادة 24 من القانون المناقصات والمزايدات وهما: حالة استعمال الغش أو التلاعب من طرف المتعاقد بنفسه أو بواسطة غيره في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد وحالة إفلاس المتعاقد أو إعساره، بحيث يصبح غير قادر بالاضطلاع بأعباء العقد المالية⁽⁴⁾.

- **الفسخ الجوازي**: وذلك طبقا لما أشارت إليه المادة 25 من قانون المناقصات والمزايدات، عند إخلال المتعاقد بأي شرط من شروط العقد، حيث ترك المشرع المصري في هذه الحالة سلطة تقديرية واسعة للإدارة في تقدير مدى أهمية الشرط الذي أخلّ به بالنسبة للعقد في مجمله، وعلى ضوء تلك الأهمية تقرر الإدارة فسخ العقد أو الإبقاء عليه⁽⁵⁾.

كما أجازت اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998 والخاصة بتنفيذ القانون رقم 89 لسنة 1998 ، فسخ العقد في الحالات الآتية: إذا أخل

¹: المادة 11/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

²: المادة 3/11 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

³: منكور في: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 281 وما بعدها.

⁴: محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 354.

⁵: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 309 وما بعدها.

المتعاقد بأي شرط من شروط العقد (المادة 75 من اللائحة)، أو إذا توفى (المادة 77 من اللائحة) أو أخلّ المقاول بأي شرط من شروط العقد، أو أهمل، أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال 15 يوما من تاريخ تبليغه.

كما اعتبر القضاء الإداري في مصر بأن عملية تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده للغير، أو قيامه بالتعاقد بشأن العمل محلّ التعاقد مع الغير من الباطن ودون الحصول على موافقة الإدارة، يعدّ خطأ جسيما يبرر للإدارة توقيع جزاء الفسخ بالإدارة المنفردة⁽¹⁾.

2- ضرورة إعدار المتعاقد: يجب على الإدارة المتعاقدة إعدار المتعاقد معها وإعطائه مهلة معقولة لتنفيذ التزاماته، وتمكينه من إصلاح الخطأ الواقع منه وتقديمه أوجه دفاعه قبل توقيع جزاء الفسخ عليه، وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي⁽²⁾، مع مراعاة أن تكون المدة تكفي لهذا الإصلاح وعلى نحو لا يؤدي إلى تعطل العمل بمصلحة المرفق العام فلا يجوز للإدارة فسخ العقد خلال مدة أقل من المدة المحددة في الإعدار، وإلاّ غدا الفسخ غير مشروع، ويشكل خطأ في جانبها يثير مسؤوليتها قبل المتعاقد معها⁽³⁾.

وقد سلك المشرّع الجزائري مسلك نظيره الفرنسي، حيث ألزم المصلحة المتعاقدة بتوجيه إعدار إلى المتعامل المتعاقد وإعطائه أجل معقول لتنفيذ التزاماته وتدارك أخطائه والقيام بإصلاحها، وفقا للمادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليها سابقا ونصت الفقرة 3 منها على أن "البيانات الواجب إدراجها في الإعلان وكذا آجال نشره في شكل إعلانات قانونية، يتم تحديدها بموجب قرار صادر عن وزير المالية".

¹: حكم محكمة القضاء الإداري المصري، بتاريخ 27/01/1957 قضية رقم 198، س 11، ص 174، مذكور في: مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 177.

²: هاني عبد الرحمان اسماعيل، المرجع السابق، ص 1270.

³: C.E.12.mai.1982 rec. p 267.

مذكور في: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمائمات المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق، ص 609.

وتطبيقاً لنص هذه المادة صدر القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011، الذي يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره⁽¹⁾، حيث نصت المادة 2 منه على "إن الفسخ من جانب واحد لصفقة من طرف مصلحة متعاقدة، لا يتم إلا بعد إعدارين قانونيين للمتعامل المتعاقد العاجز"، كما بيّنت المادة 3 منه، البيانات التي يجب أن يتضمنها الإعذار وهي: تعيين المصلحة المتعاقدة، تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه، التعيين الدقيق للصفقة ومراجعتها، توضيح إن كان أول أو ثاني إعدار عند الاقتضاء، موضوع الإعذار، الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار، العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.

ويبلغ الإعذار إلى المتعامل المتعاقد برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام⁽²⁾ ويجب أن ينشر هذا الإعذار في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وفي جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، ويصدر باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، ويسري مفعول الإعذار ابتداء من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة⁽³⁾.

كما أوجبت المادة 35 من د.ش.إ.ع. المطبقة على الأشغال العامة السالف الذكر ضرورة توجيه المهندس ممثل الإدارة إعدار إلى المتعامل المقصّر، يحدد له فيه أجل استدراك الخطأ الذي يجب ألا يقل عن عشرة أيام ابتداء من تاريخ التبليغ كحد أدنى، أما الحد الأقصى فهو متروك للسلطة التقديرية للإدارة التي تراعي العمل المطلوب من المقاول⁽⁴⁾.

¹: قرار مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره ج.ر، عدد 24 بتاريخ 20 أبريل 2011.

²: المادة 4 من القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، السالف الذكر.

³: المادة 5 من نفس القرار.

⁴: بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 122.

وإذا كان مضمون الاعذار، يجب أن يكون على هذا النحو، فلا شك أن ذلك يعبر عن حرص الإدارة المتعاقدة، على ضرورة إعلام المتعاقد المقصر بالجزاء الذي ينتظره في حال عدم قيامه بالتنفيذ خلال المهلة التي أعطيت له، ويعدّ هذا الإعذار بمثابة إثبات لحسن نية الإدارة المتعاقدة في تنفيذ العقد، وتسهيلاً لرقابة القضاء اللاحقة على هذا التنفيذ.

كما ألزم المشرع الفرنسي الإدارة المتعاقدة بموجب المادة 3/46 من دفتر .ش.إ.ع. المطبقة على عقود الأشغال العامة، ضرورة إعداد المقاول قبل تطبيق جزاء الفسخ عليه.

كما نص د.ش.إ.ع. المطبقة على عقود التوريد والخدمات في فرنسا، على ضرورة توجيه إعداد للمتعاقد وإعطائه مهلة محددة لتنفيذ التزاماته قبل اتخاذ الإدارة قرار الفسخ وإعلامه بالعقوبة التي ستطبق عليه في حالة عدم جدوى الاعذار، مع تمكينه من تقديم ملاحظاته، إلا أنه استثناء من هذه القاعدة، تعفى الإدارة من الإعداد في حالات: ارتكاب المورد أعمال الغش خلال تنفيذ العقد، أو عقب توقيع العقد تم منعه من مواصلة أي نشاط صناعي أو تجاري، أو تبين أن المعلومات أو المستندات التي قدمها غير صحيحة⁽¹⁾.

وفي اجتهاد حديث للمحكمة الإدارية بفرنسا، بتاريخ 12 أبريل 2010، فإن إعلان الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد يفرض توجه إعداد مسبق⁽²⁾، ويجب على الإدارة تبليغه إلى المتعاقد بكل الوسائل، وأن تتضمن البيانات التالية: أسباب الإعداد، وأجل معقول يسمح للمتعاقد بعلاج وإصلاح وضعيته⁽³⁾.

أمّا في ظل النظام القانوني القائم في مصر، فقد تطلب المشرع قبل إقدام الإدارة على الفسخ إنذار المتعاقد بالمخالفة التي وقعت منه، وتمهله مدة زمنية لإصلاحها؛ إذ تخوّل المادة 84 من اللائحة التنفيذية، الإدارة المتعاقدة حق فسخ العقد، إذا أخلّ المتعاقد بأي شرط

¹: Article 32-2 du CCAG-FCS, perécité.

²: CCA.lyon.22 avril 2010. indit au recueil Lebon.

³: C.E.9 novembre 1988 commune de freistroff, recueil Lebon.

من شروطه، أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة، ولم يصلح ذلك خلال 15 يوما من تاريخ إخطاره بكتاب موسى عليه بعلم الوصول للقيام بإجراء هذا الإصلاح⁽¹⁾.

كما أعطت المادة (94/ب) من اللائحة للإدارة حق إنهاء عقد التوريد بعد إخطار المورد بكتاب موسى عليه، إذا لم يتم بالتوريد في الميعاد المحدد أو خلال المهلة الإضافية وقد اكتفى المشرع المصري بالإخطار اللاحق على صدور قرار الفسخ، والذي يهدف إلى إبلاغ المتعاقد بإنهاء الرابطة التعاقدية، حتى لا يبادر إلى تنفيذ العقد، في ظل استغناء الإدارة عن تقديم خدماته، طبقا للمادة 2/25 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، والتي نصت على أنه " ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة و يعلن للمتعاقد بكتاب موسى عليه بعلم الوصول على العنوان المبين في العقد"⁽²⁾.

3- ضرورة تسبب قرار الفسخ الجزائي: يقصد بتسبب القرار الإداري القاضي بإنهاء العقد الإداري إفصاح الجهة الإدارية المختصة عن الأسباب الواقعية والقانونية التي دعتها لاتخاذ الجزاء⁽³⁾، والقاعدة العامة أن الإدارة ليست ملزمة بتسبب قراراتها مالم يوجد نص يلزمها بذلك، لافتراض قيام جميع قرارات الإدارة على سبب صحيح ومشروع، ويجب التنويه في هذا المقام إلى أن هناك اختلاف بين السبب والتسبب، فالسبب هو عنصر خارجي موضوعي في القرار الإداري وركن من أركانه لا يصح القرار بدونه، في حين ينصب التسبب على مبررات إصدار القرار، ولا يؤثر تخلفه على صحته⁽⁴⁾، فإذا صدر القرار الإداري دون أن يستند إلى سبب صحيح، فإنه يكون قرار معيبا يعيب عدم المشروعية⁽⁵⁾.

¹: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 160.

²: هاني عبد الرحمان اسماعيل، المرجع السابق، ص 1271.

³: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 216.

⁴: نسيخة فيصل، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في

القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2010-2011، ص 137 .

⁵: ناصر لباد، المرجع السابق، ص 189، 190.

وعليه فإذا لم يمتثل المتعاقد مع الإدارة للإعذار الموجه إليه، فإنه يمكن للإدارة فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة⁽¹⁾، كما يجب أن يذكر القرار صراحة نوع الفسخ وفقاً لما تم الإعلان عنه في الإعذار وتاريخ سريانه، وأن يكون سببه خطأ عقدي، وأن تذكر البند المحدد في العقد أو في دفتر الشروط والذي يفرض عليها التزاماً محدداً، وأن تقيم الدليل على أن المتعاقد لم ينفذ التزاماته، وأن هذه المخالفة من جانبه تستوجب جزاء الفسخ⁽²⁾.

والمبدأ العام المستقر عليه في الجزائر ومصر أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها ما لم يوجد نص قانوني صريح يلزمها بذلك، خلافاً لما جرى به العمل في فرنسا، وهذا يشكل تجاهل لضمانة مهمة من ضمانات المتعاقد، ضدّ تعسف الإدارة في استعمال سلطتها في إنهاء العقد، وآية ذلك أن من شأن تسبب قرار إنهاء العقد، وقوف المتعاقد على معرفة أسباب الفسخ، وما إذا كان هذا الجزاء يتناسب مع إخلاله بالتزاماته من جهة، ويساعد قاضي العقد في رقابته على صحة القرار من جهة ثانية⁽³⁾، لذلك نهيب بالمشرع الجزائري أن يسير على نهج نظيره الفرنسي، وأن يوجب على الإدارة تسبب قراراتها بتوضيح أسباب إنهاء العقد الإداري، نظراً لأهميتها سواء لجهة الإدارة، حيث أن بيانها لمبررات قرار الفسخ مؤداه إلزامها بالتروي في اتخاذ القرار، والبحث في جدية أسبابه، مما يؤدي إلى الحد من فرص أن يكون قرار إنهاء الرابطة العقدية تحكيمياً، أو بالنسبة لجهة المتعاقد، حيث أن إبراز أسباب قرار الفسخ، هو وسيلة لإقناعه بالفسخ الذي وقع مما يقلل من فرص المنازعة فيه.

ولقد أوجب المشجع الفرنسي أن يكون قرار الفسخ على أساس الخطأ جزاء خاضع لقواعد الشكل والإجراءات، فمن الناحية الشكلية يتعين تسبب القرار من طرف الإدارة

¹: Article L 211-2 de l'Ordonnance n° 2015-1341, du 23 octobre 2015, relative aux dispositions législatives du code des relation entre le public et l'administration, JORF n°0248 du 25 octobre 2015 page 19872 texte n° 2. Disponible sur site:

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2015/10/23/PRMX1516009R/jo/texte>

(consulté le 4 janvier 2017).

²: Jéze Guaston.op. cit. p 1118.

³: مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 194.

المتعاقدة بخطأ المتعاقد⁽¹⁾، وضرورة أن يكون التسبب مكتوباً وأن يتضمن تفصيل وبيان الأسباب القانونية والفعلية التي تمثل أساس القرار، ومن ثم يكون الفسخ غير مشروع من الناحية الشكلية، إذا كان قد تم لسبب مختلف عن ذلك الوارد في الإعدار⁽²⁾، أمّا على مستوى الإجراءات فنجد أن مبدأ حقوق الدفاع يعتبر قابلاً للتطبيق في المجال العقدي، إذ يجب أن يسمح للمتعاقد بإبداء ملاحظاته، بمنحه مهلة بين الإعدار وتوقيع جزاء إنهاء العقد⁽³⁾.

ومن الناحية الموضوعية، إذا كان قرار الفسخ لا يجوز توقيعه إلا في الأخطاء الجسيمة الصادرة من المتعاقد، فإن قاضي العقد يقدر هذه الأخطاء بالنسبة لأهمية الجزاء، ويقدر ما إذا كانت أخطاء المتعاقد جسيمة تبرّر إنهاء العقد، ومن ثم فإن عدم وجود خطأ تعاقدي من جانب المتعاقد أو توافر مجرد خطأ بسيط لا يبرّر الفسخ ويثير مسؤولية الإدارة التعاقدية لذلك يجب أن يكون مبرر الفسخ أو سببه خطأ جسيماً من جانب المتعاقد، وبذلك يتحقق التناسب بين الجزاء والمخالفة⁽⁴⁾.

وإذا كان المتعاقد قد خالف التزاماته على نحو جسيم، ولكن حاول بعد إعداره تنفيذ التزاماته، فلا يجوز للإدارة فسخ العقد، أمّا إذا لم يكن لدى المتعاقد أي نية لتنفيذ التزاماته فإن للإدارة الحق في إنهاء الرابطة العقدية بصفة نهائية، إذ أن الاستمرار في رفض تنفيذ النشاط يشكل خطأ جسيماً يبرر تدخل الإدارة للفسخ⁽⁵⁾.

وعموماً فإن سلطة الإدارة في توقيع جزاء إنهاء العقد الإداري ليست بمنأى عن الرقابة القضائية، وتعتبر هذه المسألة من المسلمات في نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، وذلك

¹: Article 211.2, de l'Ordonnance N 2015-1341, précité.

²: C.E.18 fevrier 1983 rec.p.tab. p 781.

³: هاني عبد الرحمان اسماعيل، المرجع السابق، ص 1223.

⁴: حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص 390.

⁵: C.E.26 novembre 1971. 391. مذكور في: نفس المرجع، ص 391.

لتحقيق التوازن بين سلطة الإدارة في توقيع الجزاء وحقوق المتعامل المتعاقد⁽¹⁾، والمبدأ العام في قضاء مجلس الدولة الفرنسي هو عدم قدرة قاضي العقد إلغاء قرار الإدارة بالفسخ في كافة أنواع العقود مهما شابها من عيوب باستثناء عقد امتياز المرافق العامة، حيث تتسع سلطة القضاء في مواجهة قرارات إسقاط الامتياز لتشمل التعويض والإلغاء⁽²⁾.

وإخضاع قرار إنهاء العقد لرقابة القضاء يعدّ ضماناً هامة لحماية المتعاقد من خلال مراقبة احترام الإدارة لمشروعية الإجراءات الشكلية المطلوبة لتوقيع الجزاء، كأعدار المتعاقد وإعطائه المهلة اللازمة لتدارك تقصيره، وإعلامه بالمخالفات المنسوبة إليه، والاعتراف له بحق التعويض، في حالة ما إذا كانت هذه الإجراءات معيبة وغير مشروعة.

وبالرغم من أن إنهاء العقد الإداري يعتبر حقا مقررًا للإدارة، وهو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، حيث تملك حق توقيعه دون اللجوء للقضاء، ولو لم يرد نص يخولها ذلك، إلا أن إساءة استعمالها لهذا الحق يؤدي إلى ترتيب مسؤوليتها التعاقدية.

ثانياً: الآثار القانونية لإنهاء العقد الإداري:

يترتب على قيام جهة الإدارة المتعاقدة بفسخ العقد بنوعيه (المجرد البسيط، وعلى مسؤولية المتعاقد) آثار قانونية هامة، تختلف باختلاف نوع العقد الإداري، وهذا ما يقتضي بحث هذه الآثار في أهم الأنواع الرئيسية للعقود الإدارية.

1- الآثار القانونية لإسقاط عقد الامتياز: يترتب على قيام الجهة الإدارية بفرض جزاء

الإسقاط آثار قانونية خطيرة أهمها مايلي⁽³⁾:

- انقضاء العلاقة العقدية تماماً بين جهة الإدارة وصاحب الامتياز، ابتداء من تاريخ

إعلان قرار الفسخ⁽¹⁾، واستبعاد الملتزم بصفة نهائية من استغلال المرفق العام ومن الانتفاع

¹: سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 152.

²: سعيد عبد الرزاق باخبيبره، المرجع السابق، ص 352.

³: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 292. حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 889.

بالتزامه قبل نهايته العادية المنصوص عليه في العقد، مع استمرار المرفق في العمل على الرغم من استبعاد صاحب الامتياز.

- يتحمل الملتزم الأصلي كافة الأعباء المالية الناتجة عن استمرار تشغيل المرفق العام.
- تنص دفاتر الشروط عادة على أنه في حالة إسقاط صاحب الامتياز، يصبح التأمين أو الجزء الباقي منه ملكا خالصا للإدارة مانحة الامتياز، وبالتالي يفقد الملتزم التأمين الذي سبق وأن دفعه عند التعاقد.

- إقامة مزيدة جديدة على مسؤولية الملتزم المستبعد، وذلك لاختيار ملتزم جديد يحل محله ، على أن يخضع هذا الأخير لنفس دفتر الشروط الخاص بالعقد الأول.

- ويقيم مجلس الدولة الفرنسي الإدارة في حقها بإصدار القرار المتعلق بإسقاط الامتياز بوجود نص في العقد أو دفتر الشروط يمنح هذا الحق للإدارة، على عكس ما ذهب إليه القضاء الإداري المصري حيث يعترف بحق الإدارة في إسقاط الالتزام دون حاجة للنص عليه في العقد أو دفتر الشروط، ودون حاجة للجوء إلى القضاء.

2- الآثار القانونية المترتبة على الفسخ الجزائي في عقد الأشغال العامة: إذا ما صدر قرار الفسخ من طرف الإدارة المتعاقدة، فإنه يترتب على ذلك جملة من الآثار، ويجب التمييز في هذا المقام بين الآثار المترتبة عن الفسخ الجزائي البسيط، وبين الآثار المترتبة عن صدور قرار بالفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد.

أ- الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي البسيط: يترتب على قرار الفسخ الجزائي البسيط:
- انقضاء الرابطة العقدية بين طرفي العقد نهائيا، اعتبارا من التاريخ الذي يحدده قرار الفسخ، ويكون الفسخ شاملا للعقد كله، إلا أن المشرع الجزائري أجاز أن يكون الفسخ جزئيا⁽²⁾، أي يقتصر الفسخ فقط على جزء الالتزامات التي بقيت دون تنفيذ.

¹: عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 167.

²: المادة 1/149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر.

- يقوم المتعاقدان برد ما تحصل كل واحد منهما من الآخر، بحيث تقوم الإدارة المتعاقد بتسليم المقاول قيمة ما نفذه من أشغال، ويقوم المتعاقد برد المبالغ التي يكون قد حصل عليها من الإدارة تنفيذاً للعقد⁽¹⁾.

- استبعاد المقاول نهائياً، وبالتالي يتعين عليه إخلاء أماكن العمل وفي المواعيد المحددة، فإذا رفض أو تأخر عن ذلك، قامت الإدارة المتعاقدة بإخلاء هذه الأماكن على نفقته ومسؤوليته، وخصم المبالغ المستحقة له من مبلغ الضمان أو بيع أدواته عن طريق المزاد⁽²⁾ كما تتولى الإدارة المتعاقدة بتسوية الحسابات النهائية لعقد الأشغال العامة⁽³⁾.

- يجوز للمصلحة المتعاقدة فرض الجزاءات المالية إذا توافرت أسبابها القانونية فبالنسبة لغرامة التأخير فإنها تفرض على المتعاقد المفسوخ عقده في الفترة السابقة على صدور جزاء الفسخ نظراً لاختلاف السبب في توقيع كلا منهما، كما يمكنها الحصول على تعويض نتيجة الضرر الذي أصابها قبل صدور قرار الفسخ⁽⁴⁾.

ب- الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد: من الآثار التي تترتب على الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد مايلي:

- إبرام عقد جديد مع متعاقد آخر لإنجاز الالتزامات التي تخلف عنها المتعاقد الأصلي وللمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في اختيار كيفية الإبرام التي تراها ملائمة⁽⁵⁾، ويدخل هذا الاختيار ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة التي تتصرف طبقاً لأحكام هذا المرسوم فلها أن تلجأ إلى إجراء طلب العروض، كما لها أن تلجأ إلى إجراء التراضي⁽⁶⁾، ولكن

¹: بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 125.

²: انظر المواد 2/23 و 3 و 4 من د.ش.إ.ع المطبقة على الأشغال العامة، المذكور سابقاً.

³: المادة 43 من د.ش.إ.ع المذكور أعلاه.

⁴: سعيد عبد الرزاق باخبيبره، المرجع السابق، ص 360.

⁵: تنص المادة 59 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه " يحدد البحث عن الشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق

الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها، اختيار كيفية إبرام الصفقات.

⁶: المادتين 49 و 4/51 من المرسوم رقم 15-247.

شريطة أن يتم إبرام العقد الجديد على أساس نفس دفتر الشروط الذي أبرم في ظلّه العقد الأصلي، ودون تعديل مواصفات الأعمال المنصوص عليها.

- يتحمل المتعاقد الأصلي كافة النفقات الناتجة عن إبرام عقد جديد، مشمولاً بأية زيادات ناتجة عن ارتفاع الثمن الناجم عن إطالة مدة تنفيذ الأشغال مع إمكانية خصم تلك الزيادات من المبالغ المستحقة له في حالة عدم كفايتها⁽¹⁾.

- إذا تمت عملية التعاقد في إطار العقد الجديد بثمن أقل من الثمن المقرر في العقد الأصلي الذي تم فسخه، فإن الفارق يعود للإدارة المتعاقدة وحدها، ولا يحق للمتعاقد المستبعد بقرار الفسخ أن يطالب بقسط منه⁽²⁾.

- يقصى المتعامل المتعاقد الذي تم الفسخ على حسابه ومسؤوليته من المشاركة مستقبلاً في الصفقات العمومية⁽³⁾، وقد يكون هذا الإقصاء بشكل مؤقت أو نهائي⁽⁴⁾.

3- الآثار القانونية المترتبة على الفسخ الجزائي في عقد التوريد: يترتب على توقيع الإدارة جزاء الفسخ على الموردّ وضع نهاية فورية لعقد التوريد وذلك باستبعاد المورد عن تنفيذ عقده كلياً، كما يحق للإدارة رفض استلام التوريدات اللاحقة لصدور قرار الفسخ⁽⁵⁾.

- اقتضاء غرامة التأخير ومصادرة التأمين النهائي إذ يصبح من حق الجهة الإدارية⁽⁶⁾.

- حق الجهة الإدارية في اقتضاء غرامات التأخير والتعويض عما أصابها من ضرر نتيجة إخلال المورد بالتزاماته العقدية⁽¹⁾.

¹: سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 362.

²: سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 162. انظر أيضاً: بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 126.

³: انظر المادة 75 مطة 8، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁴: انظر المادة 4 مطة 3، والمادة 6، من القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، الذي يحدد كفاءات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 17، بتاريخ 16 مارس 2016.

⁵: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 298.

⁶: المادة 26 من قانون المناقصات والمزايدات المصري.

- المطالبة بالفوائد القانونية للمبالغ المستحقة على المورد، والتي لا تستطيع اقتضائها مباشرة من مستحقاته أو بالطرق الإدارية المنصوص عليها⁽²⁾.

- يجوز للإدارة المتعاقدة الجمع بين جزاء الفسخ وغرامة التأخير، كما تستطيع توقيع جزاء الفسخ مع مصادرة التأمين النهائي، ولكن لا يجوز الجمع بين الفسخ الجزائي والتنفيذ على الحساب، لأن الفسخ هو إنهاء للرابطة التعاقدية بينما التنفيذ على الحساب هو من قبيل التنفيذ العيني للالتزامات المتولدة عن العقد، فالعقد قائم ومنتجا لآثاره، واتخاذ أحد الإجراءات يحول دون اتخاذ الإجراء الآخر⁽³⁾.

المطلب الثاني: إنهاء العقد انفراديا بدون خطأ من المتعاقد.

تتمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة تقديرية في إنهاء العقد الإداري انفراديا، حتى دون وجود نص قانوني أو عقدي يبيح لها استخدامها، متى استدعى الصالح العام ومقتضيات تسيير المرفق العام ذلك، وليس كجزاء على خطأ جسيم للمتعاقد، كما هو الحال بالنسبة للفسخ وهذا الإنهاء يمثل سلطة استثنائية لا نظير لها في العقود المدنية⁽⁴⁾.

ويسري حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون خطأ من المتعاقد معها على كافة أنواع العقود الإدارية، عندما يتبين لها في ضوء متطلبات المصلحة العامة أن تنفيذها لهذه العقود أصبح غير ضروريا، ولا يستطيع المتعاقد رفض قرار الإدارة بإنهاء العقد والتمسك بحقه في استمرار العقد حتى نهايته، أو إجبار الإدارة على تمديد آجاله غير أنه

¹: هاني عبد الرحمان اسماعيل، المرجع السابق، ص 1278.

²: نفس المرجع ، ص 1280

³: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1156 لسنة 5 ق ، جلسة 25-02-1961، مذكور في:

هاني عبد الرحمان اسماعيل ، المرجع السابق ص 1283

⁴: علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 470.

يمكنه المطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار، يراعى فيه ما لحق به من خسارة وما فاتته من كسب⁽¹⁾، رغم أن الإنهاء في هذه الحالة يكون مكلفا بالنسبة للإدارة⁽²⁾.

ولقد استقرّ موقف الفقه والقضاء على الاعتراف بحق الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة وإن تعددت وجهات النظر حول الأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا الحق كما أكدّ المشرع من جهته على سلطة الإدارة المتعاقدة في إنهاء العقد الإداري بسبب المصلحة العامة، غير أن هذه السلطة لا يؤخذ على إطلاقها، بل هناك ضوابط وشروط تحكمها وتقف عند حدودها (الفرع الأول)، و تظهر تطبيق سلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة في أهم العقود الإدارية كعقود الامتياز وعقود الأشغال العامة وعقود التوريد، ويترتب على قرارها بهذا الشأن آثار مهمة بين الطرفين المتعاقدين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إقرار سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.

بالرغم من وجود شبه إجماع في الفقه الإداري على ثبوت سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، إلا أن هناك اختلاف بين الفقهاء في الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة، كما أقرّ القضاء الإداري من جهته بهذا الحق للإدارة الذي أصبح مبدأ عاما يطبق دون حاجة للنص عليه، وهو ما دفع بالمشرع إلى الاعتراف به وتكريسه في النصوص القانونية (أولا)، غير أن الاعتراف بسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة ودون خطأ من المتعاقد معها، لا يعني الأخذ على إطلاقها تستعملها الإدارة دون قيد أو شرط، بل أنها تخضع لضوابط وشروط معينة يتعين عليها ألا تتجاوزها وإلا كان نشاطها معيبا ويترتب عليه قيام المسؤولية التعاقدية للإدارة (ثانيا).

أولا: ثبوت سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري للمصلحة العامة: تعتبر سلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة من أخطر سلطات الإدارة

¹: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 277، 278.

²: Laurent Richer, op.cit. p 218.

لمواجهة متطلبات المرافق العامة، ولهذا ينبغي الإشارة إلى مدى وجود هذه السلطة وموقف كل من الفقه والقضاء والتشريع منها.

01- موقف الفقه من سلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة: لقد تعددت الآراء الفقهية التي تناولت البحث في أساس سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة وبدون خطأ من المتعاقد، فمن الفقه من ربط حق الإدارة في إنهاء العقد بفكرة الصالح العام، ومنهم من أسس حق الإدارة في الإنهاء على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام، وذهب اتجاه ثالث إلى أن أساس هذه السلطة مزدوج يجمع بين الاتجاهين السابقين، أي يركز على فكرة المصلحة العامة واحتياجات المرفق العام إلى جانب فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام، وهذا ما سنوضحه كالتالي:

أ- الصالح العام ومقتضيات سير المرفق العام كأساس لسلطة إنهاء العقد انفراديا: يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري انفراديا، تقوم أساسا على ضرورات الصالح العام، ومقتضيات حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، فقد يصبح العقد بعد إبرامه غير مفيد للمرفق العام أو غير ملائم لاحتياجاته، أو يمثل عقبة في تحقيق أهداف الإدارة وغايتها، لأن العقد الإداري يرتبط بالمرفق العام الذي يتميز بقابليته للتعديل والتغيير لمسايرة ومواكبة التطورات والتغيرات التي تطرأ على حاجات ومتطلبات الصالح العام، ومن ثم فإن الاعتراف للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري ناتجة عن احتياجات المرفق العام، كما تجد تبريرها أيضا في ضرورة توافق العمل الإداري مع تلك التطورات والظروف المستجدة، وبإمكان الإدارة إنهاء العقود التي أبرمتها عندما لا تؤدي إلى قيام المرفق العام بتقديم أفضل الخدمات للمواطنين، أو أنه يترتب عليها عرقلة سير المرفق العام بانتظام

وإطراد، والذي يبرر هذا الانهاء هو مبدأ أولوية المرافق العامة وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ولا يجب إلزام الإدارة بالاستمرار في عقد اتضح لها عدم فائدته⁽¹⁾.

كما ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بأن "للإدارة دائماً أن تنتهي عقودها إذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام، وأصبحت لا تحقق المصلحة العامة المنشودة"⁽²⁾.

وقد أيد الفقه في الجزائر هذا الاتجاه الذي يرى بأن أساس إنهاء الإدارة بإرادتها المنفردة للعقد الإداري قائم على فكرة المصلحة العامة، فيرى الأستاذ محمد الصغير بعلي بأنه "يمكن للإدارة المتعاقدة بما لها من امتيازات السلطة العامة، أن تضع حداً نهائياً للعقد الإداري وتفك الرابطة التعاقدية لضرورات المصلحة العامة وذلك إعمالاً لمبدأ التكيف الذي يسري على المرافق العامة، مع مراعاة حق المتعاقد معها في التعويض عند الاقتضاء"⁽³⁾.

ويذهب الأستاذ عمار بوضياف إلى أن "فسخ العقد بالإرادة المنفردة يعطي للإدارة سلطة تقديرية واسعة في وضع حدّ للرابطة العقدية بعد ظهور ظروف جديدة توجب فسخ العقد لمقتضيات المصلحة العامة، وتلزم الإدارة المعنية بتبرير موقفها عند ممارسة الرقابة من قبل الجهات المخولة قانوناً"⁽⁴⁾.

وهو نفس الرأي الذي استقرّ عليه الأستاذ لباد ناصر حيث يرى بأنه يجوز للإدارة إذا أخلّ المتعاقد بالتزاماته بصورة جسيمة أن تفسخ العقد، أو حتى في حالة عدم ارتكابه لخطأ إذا كان الفسخ مبنياً على مقتضيات المصلحة العامة و متطلباتها⁽⁵⁾.

ونحن من جانبنا نميل إلى هذا الموقف المنطقي الذي يؤسس حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري على فكرة المصلحة العامة، لأنّ هذه الأخيرة هي الشرط الإيجابي لشرعية كافة

¹: هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 1286 وما بعدها.

²: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 711.

³: محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 79.

⁴: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 356، 357.

⁵: ناصر لباد، المرجع السابق، ص 213.

الأعمال الإدارية وهي غاية الإدارة في التعاقد، ومن غير المعقول أن تستمر الإدارة في تنفيذ عقد يتعارض مع المصلحة العامة، ويقوّض دور المرفق العام الذي أبرم العقد من أجله.

ب- الصالح العام وامتيازات السلطة العامة كأساس لسلطة إنهاء العقد انفراديا: يرى أنصار هذا الاتجاه أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري يجد أساسه في امتيازات السلطة العامة التي تحتفظ بها الإدارة في العقد إلى جانب فكرة الاحتياجات الخاصة بالمرفق العام⁽¹⁾.

ومن أنصار هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي نجد الفقيه (P.Delvolvé) الذي يرى أن الإدارة المتعاقدة تملك دائما حصانات وامتيازات واختصاصات سيادية عامة، لا يمكنها أن تنتازل عنها أو تتصرف فيها تعاقديا، إلا بمقتضى نص اتفاقي في العقد الإداري؛ إذ هي عندما تبرم عقدا بقصد استغلال مرفق عام، فإنها تحتفظ دائما بكل المسؤولية والسلطة الأساسية المقابلة لها في تنظيم وتسيير هذا المرفق العام، وعلى ذلك فإن العقد لا يمكن أن يفقدها السيطرة والسيادة على المرفق العام⁽²⁾.

كما يذهب العميد (VEDEL) إلى أن سلطة الفسخ دون خطأ من المتعاقد هي نظام من أنظمة السلطة العامة، تستطيع الإدارة تقريره بالإرادة المنفردة، وأن الفسخ لا يجوز أن يصدر إلا لأسباب تتعلق بالصالح العام.

ويؤيد جانب من الفقه المصري (الأستاذ أحمد عثمان عياد، والأستاذ ثروت بدوي) هذا الاتجاه حيث يرى أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية تقوم على فكرة السلطة العامة أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة، فالإدارة تمارسها في مجال العقود الإدارية عن طريق استعمال امتيازاتها في إصدار القرار التنفيذي وفي

¹: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 241.

²: مذكور في: حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، ص 28.

التنفيذ المباشر، أما فكرة الصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة فهي تصلح شرطا لممارسة هذه السلطة أكثر منها أساسا قانونيا لها⁽¹⁾.

ج- الأساس التوفيقى بين الاتجاهين: يجمع أنصار هذا الاتجاه بين الاتجاهين السابقين فيرى بأن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري إنما تستند على فكرة امتيازات السلطة العامة التي تحتفظ بها الإدارة في العقد إلى جانب فكرة الاحتياجات الخاصة بالمرفق العام ومن الفقهاء الفرنسيين المقررين لذلك الأستاذ (De Laubadere) والفقهاء (Ternere) الذين ذهبوا إلى أن الشخص العام المتعاقد بحكم هدفه الذي يبتغي المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة، وبمقتضى السلطة العامة التي يتمتع بها له أن ينهي بإرادته المنفردة العقود التي هو طرف فيها، ولو لم يجز له ذلك أي شرط تعاقدى⁽²⁾، ويضيف الفقيه (De Laubadere) أن " للإدارة أن تنهي عقودها التي أصبحت غير صالحة أو غير ملائمة لحاجيات المجموعة مع تعويض المتعاقد معها، فعلى الرغم من الشروط الاتفاقية، إلا أنها ليست مجبرة على مواصلة قبول خدمات أو أعمال غير صالحة أو غير مفيدة"⁽³⁾.

2- موقف القضاء الإداري من سلطة الإدارة في إنهاء العقد للمصلحة العامة: لقد أقرّ القضاء الإداري سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة وبدون خطأ من المتعاقد، حيث قرّر مجلس الدولة الفرنسي بسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري القائم على المصلحة ومقتضيات سير المرافق العامة، عندما قضى بأنه "من حق الإدارة عندما تقرر أن العقد لم يعد يتفق مع حاجات المرفق العام أن تقوم بإنهائه بإرادتها المنفردة قبل نهاية مدة العقد، وهي في ذلك سلطة ثابتة لها في جميع الأحوال بمقتضى القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية" مع احتفاظ المتعاقد بحقه في التعويض⁽⁴⁾.

¹: مذکور فی: محمد جمال مطلق الذنیبات، المرجع السابق، ص 241.

²: نفس المرجع، ص، 242.

³: حذیفة عادل عبد الکریم منصور، المرجع السابق، ص 31.

⁴: C.E. ASS 2mai 1958 .distilleri de magnac .l'aval .rec. 246 citer par: Stéphane braconnier, op.cit. p 440.

كما اعترف أيضا للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل انتهاء مدة العقد، باعتباره حقا عاما ثابتا لها في جميع العقود الإدارية، سواء وجد نص في العقد يجيز لها ذلك أم لم يوجد، مع احتفاظ المتعاقد بحقه في التعويض⁽¹⁾، وقضى بأن "أي شرط يحرم الشخص العام من حق الإنهاء يعتبر باطلا"⁽²⁾، وقد تكون أسباب الإنهاء لدواعي المصلحة العامة، على سبيل المثال التخلي عن المشروع⁽³⁾، خاصة الصعوبات التقنية التي تواجه المتعاقد أثناء التنفيذ⁽⁴⁾.

وقد سار القضاء الإداري في مصر على نفس موقف مجلس الدولة الفرنسي، حيث قضى بأنه "للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان حتى ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ، إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات، إذا كان لها وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية"⁽⁵⁾.

كما قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن " للإدارة دائما وفقا لمقتضيات الصالح العام سلطة إنهاء العقد ... بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو إلى موافقة الطرف الآخر عليه ... فللإدارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن ظروف استجدت تستدعي هذا الانتهاء كما إذا أصبح العقد غير ذي فائدة للمرفق، أو أضحي لا يحقق المصلحة العامة المقصودة في ظل تغير ظروف الحال عنها وقت التعاقد ... وليس

¹: C.E. ASS, 2 MAI 1958, précité

C.E. 4 mai 2011, CCI de Nîmes, req. n° 334280, Lebon, P. 205 ; RDI, 2011, P. 396, note Braconnier.

²: C.E. 6 mai 1985, Association Eurolat c/ Crédit foncier de France, n°s 41589 et 41699.

³: C.E 23 avril 2001, SARL Bureau d'études techniques d'équipement rural et urbain N° 186424.

⁴: C.E. 22 janvier 1965, Société des établissements Michel Aubrun, Rec. p. 50. Citer par : D.A.J, La résiliation unilatérale des marchés publics par l'administration, (fiche technique), 27-01-2015, p 2.

⁵: حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 9562 ، س 44 ق جلسة 15-5-2001 ، مذكور في : محمد ماهر

أبو العينين، قوانين المزايدات و المناقصات والعقود الإدارية في قضاء و إفتاء مجلس الدولة حتى سنة 2004 الطبعة الثانية، دار أبو المجد للطباعة، الهرم 2004 ، ص260.

للطرف الآخر في العقد إلا الحق في التعويضات، إن كان له وجه وتوافرت الشروط الموجبة لاستحقاق التعويض⁽¹⁾.

3- موقف التشريع من سلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة: سنوضح مدى اعتراف المشرع في كل من الجزائر وفرنسا ومصر بسلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة بالإرادة المنفردة.

أ- موقف المشرع الجزائري: نصت المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقاً، صراحة على سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية من جانبها، عندما يكون مبرراً بسبب المصلحة العامة وحتى بدون خطأ من المتعاقد.

ويلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري منح الإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في إنهاء العقد الإداري انفرادياً لدواعي المصلحة العامة، متى تبين لها أن الاستمرار في تنفيذ العقد لا يتفق ومقتضيات المصلحة العامة، أو أنّ العقد الذي أبرم من أجل المرفق العام أصبح لا يحقق أهدافه ولا يلبي جميع متطلباته، مما يدفع بالإدارة إلى التدخل بما لديها من سلطة تقديرية لإنهاء هذا العقد في ظلّ هذه الظروف والمتغيرات التي طرأت على تسيير المرفق العام، إلا أن استخدام هذه السلطة التقديرية يتم تحت رقابة القضاء، ولكن رقابة القاضي الإداري هنا لا تنصب إلا على نواحي الاختصاص والاجراءات والشكل، وأن يكون قرار الإنهاء قائماً على أسبابه وصدور في سبيل تحقيق غايات المصلحة العامة، وبالتالي يكون قرار الإدارة بالإنهاء غير مشروع ويؤدي إلى ترتيب مسؤوليتها التعاقدية، إذا خرج عن أطر المشروعية، أو تخلفت غايته عن تحقيق المصلحة العامة.

¹: حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر طعن 3986 لسنة 35 ق، 15-11-1992، مجموعة الأربعين عاما ص 404-405، مذكور في محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 379-380.

ولكن ما يلاحظ أيضا هو أن المشرع الجزائري لم ينص على حق المتعاقد في التعويض جراء إنهاء العقد، كما فعل نظيره الفرنسي الذي أكد على حق المتعاقد في التعويض تعويضا كاملا عن الضرر الذي لحق به.

ب- موقف المشرع الفرنسي: بالرجوع إلى الأمر رقم 2015-899، المتعلق بالصفقات العمومية، والأمر رقم 2016-65، المتعلق بعقود الامتياز، المشار إليهما سابقا، نجد أن المشرع الفرنسي نص على ثلاث حالات لإنهاء العقد الإداري انفراديا وهي: حالة التعديلات غير القانونية للعقد الأصلي، حالة الإدانة من طرف محكمة العدل الأوروبية بسبب الإخلال الجسيم للالتزامات المنصوص عليها في القانون الأوروبي، والحالة التي يكون فيها المتعاقد محل تنفيذ إحدى حالات الحظر من المشاركة في الصفقات العمومية⁽¹⁾، كما نص د.ش.إ.ع المطبقة على الأشغال العامة⁽²⁾، على حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، حيث نصت المادة 45 منه على أنه "يمكن للسلطة المتعاقدة أيضا إنهاء، تنفيذ الخدمات في أي وقت لسبب المصلحة العامة وفي هذا الحالة يحق للمتعاقد الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق به جراء هذا القرار".

وأضافت المادة (4.46) منه على أنه "عندما يقوم ممثل السلطة المتعاقدة بإنهاء العقد لسبب يتعلق بالمصلحة العامة، فإنه يحق للمتعاقد الحصول على تعويض عن هذا الإنهاء ويتم ذلك عن طريق تطبيق المبلغ الأصلي للعقد خارج الرسوم، مخصوما منه المبلغ المعفى من الرسوم للخدمات التي تم تأديتها ... إضافة إلى ذلك يحق للمتعاقد الحصول على تعويض من حصة التكاليف والاستثمارات التي تعهد بها عند الاقتضاء، والضرورية جدا لتنفيذها والتي لم تؤخذ بعين الاعتبار في مقدار الخدمات المدفوعة، ويتعين تقديم كل التبريرات اللازمة لتحديد هذا الجزء من التعويض، ولهذا الغرض يتعين على المتعاقد تقديم

¹: D.A.J. La résiliation unilatéral par l'administration des marchés publics et des contrats de concession, op.cit, p 1.

²: Arrêté du 8 septembre 2009, portant approbation du CCAG de travaux, précité.

طلب كتابي، مبرر على النحو الواجب في غضون شهرين ابتداء من تاريخ تبليغه بقرار الإنهاء".

كما نص د.ش.إ.ع. المطبقة على عقود التوريد والخدمات في فرنسا⁽¹⁾، في المادة 29 فقرة 2 منه على أنه "يمكن للسلطة المتعاقدة إنهاء تنفيذ الخدمات في أي وقت لسبب المصلحة العامة، وفي هذه الحالة يحق للمتعاقد الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق به جزاء هذا القرار"، وتضيف المادة 33 منه على أنه "عندما تقوم السلطة المتعاقدة بإنهاء العقد لسبب يتعلق بالمصلحة العامة، فإنه يحق للمتعاقد الحصول على تعويض عن هذا الإنهاء...".

ويلاحظ من هذه النصوص التي أقرّ فيها المشرع للإدارة بسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة، أنه اعترف بالمقابل للمتعاقد بالحق في الحصول على تعويض كامل يراعى فيه ما لحق به من خسارة وما فاتته من كسب .

وعلاوة على ذلك فقد اعترف المشرع الفرنسي بحق الإدارة المتعاقدة من إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، حتى ولو كان المتعاقد معها شخص آخر من أشخاص القانون العام حيث قرر " إذا كان العقد مبرم بين شخصين عامين، فلا يوجد ما يعيق سلطة أحدهما في إنهاء العقد انفراديا بسبب المصلحة العامة"⁽²⁾.

ج- موقف المشرع المصري: لم تنص القوانين في مصر سواء الملغاة أو السارية المفعول على أية مواد تشير إلى سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، بل اكتفى القانون رقم 89 لسنة 1998 المتعلق بتنظيم المناقصات والمزايدات العامة بالنص على الفسخ التلقائي للعقد بسبب خطأ المتعاقد طبقا للمادة 24 منه، المشار إليها سابقا.

¹: Arrêté du 19 janvier 2009, portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services, précité.

²: CE, 4 juin 2014, Commune d'Aubigny-les-Pothées, req. n° 368895. Citer par: Muhannad Ajjoub, op. cit. p 487.

وإذا كان المشرع المصري لم يورد في النصوص القانونية ما يفيد ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة، فإن ذلك لا يعني أنه منع هذا النوع من الفسخ، بل إنه في الواقع موجود ومكرس من قبل القضاء المصري.

ثانياً: شروط الإنهاء الانفرادي للعقد دون خطأ المتعاقد: تخضع سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون خطأ من المتعاقد إلى شرطين جوهريين: أولهما أن يكون قرار إنهاء العقد قائماً على المصلحة العامة أو متطلبات المرفق العام، وثانيهما أن يكون قرار إنهاء العقد خاضعاً لقواعد المشروعية.

1- أن يكون قرار إنهاء العقد الإداري صادراً من أجل المصلحة العامة: يشترط أن يقوم دافع الإدارة المتعاقدة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل حلول آجال انتهائه على سب من الأسباب التي تتعلق بالصالح العام وضرورات سير المرفق العام بانتظام وإطراد، فإذا رأت الإدارة أن العقد أصبح غير ذي فائدة للمرفق العام أو لا يحقق المصلحة العامة المنشودة منه، جاز لها إنهائه لهذا السبب⁽¹⁾، فالمصلحة العامة في العمل الإداري تتمثل في الباعث والغاية، واستهداف المصلحة العامة هو شرط موضوعي لمشروعية العمل الإداري، على عكس نشاط الأفراد الذين يستطيعون العمل في حدود الشرعية والأخلاق من أجل غايات مختلفة تشمل المصالح الشخصية، غير أن الإدارة لا تعمل إلا على ضوء المصلحة العامة وحدها، وإلا شاب قرارها عيب الانحراف بالسلطة⁽²⁾.

وبديهي القول بأن المصلحة العامة ليست هي المصلحة الخاصة، لأن الأولى تعني التأسيس والتنظيم، بينما الثانية تعني الربح والبحث عن مكاسب شخصية، لذلك فإن المصلحة العامة هي من اختصاص الإدارة وحدها، وهي المحرك الأساسي لنشاطها وسبب وجودها وسر امتيازاتها، إذ أن الإدارة لا يعترف لها المشرع بامتيازات السلطة العامة، إلا من

¹: محمد جمال مطلق الذنبيات، المرجع السابق، ص 245.

²: حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، ص 47.

أجل تلبية الحاجيات العامة للمواطنين⁽¹⁾، و لقد استقرت أحكام مجلسي الدولة الفرنسي والمصري كي يكون إنهاء العقد الإداري مشروعاً دون خطأ من المتعاقد، أن تستند الإدارة في قرارها على باعث المصلحة العامة، أو باعث من الصالح العام، و إلا كان إنهاء العقد تعسفياً أو ليس له ما يبرره⁽²⁾.

وإذا كان تحقق شرط المصلحة العامة من الشروط الأساسية التي يبنى عليها قرار الإدارة بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون خطأ من المتعاقد، فإن هذا الشرط يخضع لتقدير الإدارة تحت رقابة القضاء الإداري، هذا الأخير الذي يتحرى في الأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة إلى إنهاء العقد، فإذا تبين أن القرار الصادر عن الإدارة بإنهاء العقد قام على أساس غير سليم، أو استهدف مصلحة غير المصلحة العامة، فإن إنهاء العقد يعتبر غير مشروع⁽³⁾.

ولقد أورد القضاء الإداري بعض الحالات التي يتحقق فيها شرط المصلحة العامة وتبرر الإنهاء الانفرادي للعقد، كما أورد حالات أخرى رفض فيها الاعتراف للإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد، نظراً لتخلف شرط المصلحة العامة فيه.

الصورة الأولى: الحالات التي اعترف فيها مجلس الدولة الفرنسي بتوافر شرط المصلحة: من بين الحالات التي برّر بها مجلس الدولة الفرنسي إنهاء العقد لثبوت المصلحة العامة نذكر:

أ- إعادة تنظيم المرفق العام: تختص السلطة العامة بتنظيم المرافق العامة، وليس للإدارة الحق في التخلي عن ذلك، ولا يمكن أن يكون تنظيم المرفق العام موضوعاً لعقد إداري، لعدم وجود انسجام قانوني بين مفهوم تنظيم المرفق العام ومبدأ العقد، ولكن هذا لا يحرم الإدارة من إبرام عقود تسند فيها إلى متعاقد معها وظيفة تسيير هذه المرافق، كعقود

¹: علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 338، 339.

²: هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص 1292.

³: محمد جمال مطلق الذنبيات، المرجع السابق، ص 246.

الامتياز، إلا أن تعديل الشروط التنظيمية، أو إعادة تنظيم المرفق العام هو من اختصاص الإدارة المتعاقدة وحدها⁽¹⁾.

ب- انقضاء احتياجات المرفق العام التي أبرم العقد من أجلها: وتعتبر هذه الحالة من أكثر الحالات شيوعاً من الناحية العملية، فإذا تبين أن العقد الذي أبرمته الإدارة أصبح غير ذي فائدة للصالح العام، أو لم يعد صالحاً للإدارة بسبب تغير الظروف اللاحقة لإبرام العقد عن تلك التي أبرم في ظلها، كان للإدارة الحق في إنهاء هذه الحالة⁽²⁾، ومن بين الحالات التي تندرج تحت هذا الشرط على سبيل المثال:

- توقف القتال الذي يعطي الإدارة الحق في إنهاء عقود التوريد، وهو ما التزم به مجلس الدولة الفرنسي في أعقاب الحربين العالميتين الأولى والثانية، حيث أقرّ للإدارة الحق في إنهاء عقود التوريد المتعلقة بالمجهود الحربي، بسبب توافر شرط المصلحة العامة المتمثل في عدم فائدة استمرار هذه العقود نتيجة توقف القتال في أعقاب الحرب وزوال الحاجة إلى هذه العقود نتيجة لذلك⁽³⁾.

- انعدام الفائدة من العقود المبرمة، نظراً لعدم احتياج المرفق العام إليها، ويتحقق ذلك في حالة إنهاء عقد أشغال عامة مخصص لإصلاح وتحسين منشأة توصيل المياه في إحدى المدن نتيجة انضمام هذه المدينة لمشروع عام لتوصيل المياه، حيث تصبح بالتالي الأشغال المنصوص عليها في العقد غير ذي فائدة⁽⁴⁾.

ج- التعديلات في احتياجات المرفق العام وصدور قوانين جديدة تتعلق به: أقرّ القضاء الإداري الفرنسي حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، بسبب التعديلات في احتياجات

¹: علي عبد الأمير قبلاز، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 149-150.

²: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمائم المتعاقدين مع الإدارة، المرجع السابق، ص 481.

³: محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 247.

⁴: C.E 6 Mai 1955, Ste Chabal, Rec, p 244.

مذكور في: مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 108.

المرفق العام، فقد قامت الإدارة بإلغاء نظام عقود الامتياز في استغلال مرفق التلفزيون واشترطت ضرورة صدور ترخيص من جهة إدارية مستقلة لاستغلال المرفق، فبتاريخ 02-02-1987 أصدرت الحكومة الفرنسية مرسوم ينهي عقد امتياز الشركة صاحبة امتياز استغلال القناة السادسة بالتلفزيون الفرنسي، وقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي مشروعية تصرف الحكومة في إنهاء عقد الامتياز لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة⁽¹⁾.

د- تغيير الظروف بما يتلاءم مع التطورات العلمية الحديثة والظروف الاقتصادية: يدخل في هذا الإطار تغيير الوسائل المستخدمة في تسيير المرفق العام بما يتناسب والتطورات العلمية الحديثة، حيث قرّر مجلس الدولة الفرنسي إنهاء عقد توريد وقود بسبب إحلال الأفران الاقتصادية محل المواقد ذات المداخل بالتكنات الحربية⁽²⁾، كما أجاز مجلس الدولة للإدارة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، إن كان من شأنه أن يثقل كاهل الميزانية العامة للدولة إذا كانت الأصناف من السلع والتجهيزات المتعاقد عليها زائدة عن حاجة المرفق العام⁽³⁾.

الصورة الثانية: الحالات التي رفض فيها مجلس الدولة الفرنسي الاعتراف بتوافر شرط المصلحة الذي يبرّر إنهاء العقد: أقرّ مجلس الدولة الفرنسي حالات على سبيل المثال بعدم الاعتراف بتوافر شرط المصلحة الذي يبرّر إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد نذكر منها:

أ- إنهاء العقد لأسباب شخصية وعقائدية: رفض مجلس الدولة الفرنسي إنهاء العقد من طرف الإدارة دون خطأ من المتعاقد معها، من أجل أسباب شخصية بحتة لا علاقة

¹: C.E 22 Avril 1988, France 5, R.D.P, 1988, p 1436.

مذكور في: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 389.

²: C.E 1 Décembre 1829, Moreau, Rec, p 28.

مذكور في: هاني عبد الرحمن اسماعيل، المرجع السابق، ص 1295.

³: نفس المرجع، ص 1295.

لها بالمصلحة العامة⁽¹⁾، أو لأسباب ذات طابع عقائدي أو ديني، وإلا كان قرارها بعيداً عن حسن سير المرفق العام، ومشوباً بتجاوز السلطة، وبالتالي قيام مسؤوليتها التعاقدية⁽²⁾.

ب- الإنهاء لأسباب ذات طابع سياسي أو للنشاط النقابي للمتعاقد: قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرارات الإدارة بتسريح عمال متعاقدين، لتأسيسها على أسباب سياسية، وعلى النشاط النقابي للعامل واعتبرها أسباباً أجنبية عن المصلحة العامة ومصلحة المرفق العام⁽³⁾.

ج- إنهاء العقد لأسباب مالية: استقر مجلس الدولة الفرنسي على عدم مشروعية استناد سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري على اعتبارات المصلحة المالية للإدارة⁽⁴⁾.

وهو نفس الموقف الذي تبنته محكمة القضاء الإداري في مصر، حيث قررت بأن حق الإدارة في الإنهاء لا يجوز أن يؤخذ على إطلاقه، أو تفسيره تفسيراً واسعاً على وجه يسمح لجهة الإدارة أن تهدد العقود المبرمة معها والساري تنفيذها كلما حانت لها الفرصة أو لاح لها أمل في سبيل الحصول على زيادة في مورد مالي تتقاضاه من هذه العقود، دون أن يكون هنالك مصلحة عامة أخرى تقتضي إنهاء هذه العقود⁽⁵⁾.

2- يجب أن يكون قرار الإنهاء صادراً وفقاً لقواعد المشروعية: يتعين أن يصدر قرار

الإدارة بإنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد، متفقاً مع القواعد العامة لمشروعية أعمال الإدارة عموماً، بأن يستوفي هذا القرار كافة أركانه الشكلية والموضوعية، وبالتالي فإن صحة إجراء

¹: C.E 24 Novembre 1983, commune de Boux Willer, R, marches publics, N° 201, 1984, p 48.

مذكور في: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 389.

²: مذكور في: رفاه كريم رزوقي كربل، خضير عبد الحسين عبد زيد، المرجع السابق، ص 512.

³: C.E 26 Octobre 1960, Sieur Rioux, Rec, p 558.

مذكور في: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 392.

⁴: C.E 26 Février 1975, Sté du port de peche de Lorient , Rec, p 155. 393. مذكور في: نفس المرجع، ص 393.

⁵: حكم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ: 1970/12/6، المجموعة س 25، رقم 26، ص 172. مذكور في: مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 113.

قرار الإنهاء تتعلق أساسا بصحة القرار وشرعيته من الناحية الخارجية (الاختصاص، الشكل والإجراءات)، ومن الناحية الداخلية (السبب، المحل، وركن الغاية)⁽¹⁾.

وبصفة عامة فإن قرار إنهاء العقد يجب أن يصدر من السلطة المختصة، وهي السلطة التي أبرمت العقد، ما لم يعهد به القانون إلى جهة إدارية أخرى تختص بهذا الإنهاء، ولذلك فإن صدور مثل هذه القرارات من شخص إداري آخر غير الذي خوله القانون أو العقد ذاته يعني انتهاكا لعنصر الاختصاص، ويشوب القرار عيب عدم الاختصاص⁽²⁾.

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي، في حكمه الصادر في 22 أبريل 1988، للحكومة سلطة إنهاء عقد امتياز المرفق العام لدواعي المصلحة العامة، حيث قرّر في هذا الحكم أنه " ... استنادا على هذه الأسباب فإن الحكومة قد قامت في هذه الحالة باستخدام قانوني لسلطتها في إنهاء عقد الامتياز من أجل المصلحة العامة"⁽³⁾.

كما قرّرت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه " للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، إذا قدّرت أن الصالح العام يقتضي ذلك، وليس للمتعاقد معها إلاّ الحق في التعويض إذا كان له وجه، والحق المخول للجهة الإدارية ليس مطلقا بل إنه مشروط بشرطين: الأول أن يقتضي الصالح العام أو مصلحة المرفق إنهاء العقد والثاني أن تتوافر في قرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية، أي ألا يكون القرار مشوبا بالانحراف بالسلطة ..."⁽⁴⁾.

ونتيجة لانعدام حرية التقدير بصدد عنصر الاختصاص، فإنّ هذا العنصر يعد من النظام العام، يعني أنه لا يجوز الاتفاق على مخالفته بين الجهة الإدارية المتعاقدة والمتعاقد

¹: حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، ص 51.

²: محمود سامي جمال الدين، القرار الإداري والسلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة بين دولة الامارات وفرنسا ومصر، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد الثالث، جويلية 1989، ص ص 309 - 370.

³: C.E 22 Avril 1988, Sté France 5 , R.D.P 1988, p 1436.

مذكور في: مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 115.

⁴: حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، طعن رقم 2289، سنة 30 ق، جلسة 1990/02/20، المشار إليه سابقا.

معها، وأخيرا يملك القاضي أن يتصدى من تلقاء نفسه بإثارة هذا العيب وفحصه دون اشتراط طلب المتعاقد لذلك، كما أن حالة الاستعجال لا تبرّر للإدارة مخالفة قواعد الاختصاص⁽¹⁾.

أمّا من حيث القواعد الإجرائية والشكلية فالأصل أن قرار إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة لا يخضع في إصداره لشكليات أو إجراءات معينة، مالم يستلزم القانون اتباع شكل معين أو إجراءات خاصة لإصداره، وعلى ذلك فإذا لم يقيد المشرع الإدارة بالتزام شكل معين أو إجراءات محددة، فإنها تتمتع بحرية تقدير واسعة في اتباع الشكل أو الإجراء الذي تراه مناسباً لاتخاذ القرار، أمّا إذا تجاهلت الإدارة لشكلية أو إجراء معين، فإنه من المستقر عليه أن يترتب البطلان على إغفالها الإجراءات الجوهرية دون الإجراءات الثانوية⁽²⁾.

أمّا من حيث تسبب قرارها بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة، فالأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبب هذا القرار؛ إذ يفترض دائماً أنه قد بُني على سبب صحيح، فإذا تحقق القضاء عدم جدية السبب الذي استندت إليه الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة فإنه يقضي بإلغاء القرار ودون أن تتعدى سلطته إلى فحص مدى ملاءمة قرار الإنهاء للسبب الذي قام عليه الإنهاء⁽³⁾.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق سلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة.

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد تشمل جميع العقود الإدارية بمختلف أنواعها، ولكن أكثرها تطبيقاً في الواقع يظهر في العقود الإدارية الأكثر اتصالاً بالمرفق العام، خصوصاً في عقود الامتياز وعقود الأشغال العامة وعقود التوريد (أولاً)، ويترتب على قيام جهة الإدارة بإنهاء العقد نتائج خطيرة على العلاقة التعاقدية بين الطرفين المتعاقدين (ثانياً).

¹: محمود سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 339.

²: مهند نوح، القانون الإداري 2، المرجع السابق، ص 98 وما بعدها.

³: محمود سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 342، 343.

أولاً: تطبيقات سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية: سنبين بعض تطبيقات سلطة الإدارة في إنهاء عقودها لدواعي المصلحة العامة في عقود الامتياز، الأشغال العامة وعقود التوريد.

أ- في عقود الامتياز: أعطى المشرع الجزائري للإدارة المتعاقدة حق فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام لدواعي الصالح العام، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، المشار إليه سابقاً، حيث نصت المادة 64 منه على أنه " يمكن أن تلجأ السلطة المفوضة إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام عند الاقتضاء من جانب واحد، قصد ضمان استمرارية المرفق العام والحفاظ على الصالح العام، مع تحديد مبلغ التعويض لصالح المفوض له، طبقاً لبنود اتفاقية التفويض...".

ويتضح من خلال هذه المادة أن اتخاذ قرار الفسخ أمر يخضع للسلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة باعتبارها المسؤولة عن حسن سير المرفق العام موضوع العقد وترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وليس للطرف المتعاقد في مثل هذه الحالة سوى المطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار، وعليه أن يثبت حصول الضرر من جراء إنهاء العقد وإلا فلا مجال للتعويض، ويتعين تحديد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد طبقاً لشروط اتفاقية التفويض، أما إذا لم ينظم العقد ذلك فإن القاضي هو الذي يقرر التعويض.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي حق الإدارة في إنهاء عقد الامتياز بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، حيث قرّر أنه "إذا كانت السلطة مانحة الامتياز بموجب القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية ومع مراعاة حقوق التعويض للملتزم، تملك حق إنهاء عقد الامتياز قبل نهاية مدته، إلا أنه لا يمكنها إنهاء التزاماته بإرادتها المنفردة إلا لأسباب مبررة تتعلق بالمصلحة العامة في التاريخ الذي تتخذ فيه قرارها بأنه يجب التخلي عن المرفق الممنوح أو وضعه على أسس جديدة⁽¹⁾.

¹: C.E, ass., 2 février 1987, Sté TV6, Rec. P. 28. Citer par: Muhannad Ajjoub, op.cit. p 487.

كما ذهبت محكمة التنازع الفرنسية إلى أن الإدارة تستطيع أن تمارس سلطة إنهاء عقد الامتياز حتى في حالة عدم وجود الشروط التعاقدية التي تسمح بممارستها لها (1).

ويظهر من خلال هذه الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع إقرار القضاء الإداري الفرنسي لسلطة الإدارة المتعاقدة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، حتى ولو لم ينص عليها صراحة في العقد باعتبارها قاعدة من القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية، مع الإشارة إلى أن هذا الإنهاء يقابله دائماً حق التعويض الكامل للمتعاقد المتضرر من هذا الإنهاء.

أما في مصر فقد اعترفت محكمة القضاء الإداري بسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، حيث جاء في هذا الحكم " للإدارة الحق في إنهاء عقد الالتزام متى اقتضت ذلك المصلحة العامة، استناداً إلى حقها المطلق في تعديل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله و إدارته" (2).

ب- في عقود الأشغال العامة: كانت الأحكام الأولى التي صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي بشأن حالات الإنهاء الانفرادي في عقود الأشغال العامة، تؤسس على قواعد القانون المدني من خلال تطبيق نص المادة (1794) التي تعطي الحق لرب العمل أن يفسخ بإرادته عقد المقاولة، مع تعويض المقاول عن نفقاته (3)، ثم بعدها غير مجلس الدولة الفرنسي من موقفه، منذ حكمه الصادر في 06-02-1925 الذي تخلى فيه عن الاستناد إلى المادة (1794)، واعترف للإدارة صراحة بسلطة إنهاء عقد الأشغال العامة بموجب المادة 33 من دفتر الشروط حيث قرر "تستطيع الإدارة أن تستند إلى المادة 33 من دفتر الشروط من

¹: T.C. 2 MARS 1987 .Ste D'aménagement .R.D.P. p.1437.

²: حكم محكمة القضاء الإداري المصري، الصادر في 24-03-1957، مجموعة س 11، ص، 300، مذكور في: مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 86.

³: C.E. 6 juillet 1863 .charier .rec. p 571.

مذكور في: مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 81.

أجل تقرير إنهاء العقد، كما أن المادة 1794 غير قابلة للتطبيق على عقود الأشغال العامة
...".

ثم تواترت بعد ذلك أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي تعترف للإدارة بسلطة الإنهاء
الانفرادي لعقد الأشغال العامة في أي وقت لدواعي المصلحة العامة حتى ولو لم ينص عليها
صراحة في عقد الأشغال العامة⁽¹⁾.

وقد نص المشرع الفرنسي في د.ش.إ.ع. المطبقة على الأشغال العامة على حق ممثل
الإدارة المتعاقدة في فسخ العقد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، وفي مقابل هذا الحق
الخطير أعطى للمتعاقد الحق في التعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، شريطة
تقديمه طلب كتابي بهذا الخصوص في غضون شهرين من تاريخ تبليغه بقرار الإنهاء⁽²⁾.

كما أقرّ القضاء الإداري المصري حق الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة للمصلحة
العامة، حيث اعترفت محكمة القضاء الإداري بسلطة إنهاء عقد الأشغال العامة، لا استناداً
إلى سلطتها العامة في إنهاء العقود الإدارية، ولكن لاعتبارات المصلحة العامة وكون تنفيذ
العقد أصبح غير ضروري⁽³⁾.

كما قرّرت المحكمة الإدارية العليا في مصر أيضاً بأن "فسخ العقد الإداري كأصل عام
تترخص به جهة الإدارة ضمناً لحسن سير المرفق العام، وليس للمتعاقد معها إلاّ الحق
في التعويض إذا كان له مقتضى"⁽⁴⁾.

¹: C.E.23 janvier 1952 .secrétaire d'état aux forces armées .rec. 50

منكور في: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 379.

²: Article 46.4. du CCAG –Travaux, précité.

³: حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 30-06-1957، المجموعة س 11، ص 607 منكور في:

نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 379.

⁴: حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم 1125 س 15 ق، جلسة 28-01-1978، منكور في: حمدي ياسين

عكاشة، المرجع السابق، ص 257.

ويتعين على الإدارة المتعاقدة قبل القيام بإنهاء عقد الأشغال العامة بإرادتها المنفردة ودون وجود خطأ من المقاول، أن تصدر قرارها بالإنتهاء قبل تنفيذ الأشغال، فإذا تم العمل فليس هناك فائدة من إنتهاء العقد.

ج- في عقود التوريد: على غرار عقود الامتياز وعقود الأشغال العامة أقرّ مجلس الدولة الفرنسي، للإدارة بسلطة الإنتهاء الانفرادي لعقود التوريد قبل إتمام تنفيذ الموردين لعقودهم مع الإدارة لدواعي المصلحة العامة، بعدما تخلى عن تطبيق المادة 1794 من القانون المدني الفرنسي في حالة عدم وجود نص صريح في العقد الذي كان سائداً في السابق، وقد تأكد تطبيق مجلس الدولة الفرنسي تأسيس سلطة الإدارة في الإنتهاء الانفرادي في عقد التوريد على السلطة العامة الممنوحة للإدارة لإنهاء العقود التي أبرمتها من أجل المرافق العامة، وقد قرّر في اجتهادات كثيرة هذا الحق وأهمها ما جاء في أحد الأحكام من أنه "يحق للحكومة بمقتضى القواعد المطبقة على العقود الإدارية ومع مراعاة حقوق المتعاقد في التعويض، أن تنهي في أيّ وقت عقود التوريد التي أبرمتها"⁽¹⁾.

كما نص المشرع الفرنسي في د.ش.إ.ع. المطبقة على عقود التوريد والخدمات على حق الإدارة المتعاقدة في فسخ العقد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، مع إعطاء حق للمورد في التعويض⁽²⁾.

وفي مصر تم الاعتراف للإدارة بسلطة الإنتهاء الانفرادي للعقد في عقود التوريد استناداً إلى المصلحة العامة في كثير من الأحكام، ومنها ما قررته المحكمة الإدارية العليا في هذا الاتجاه من أنه "لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ، بل يتعين عليه أن يلجأ للقضاء للحصول على حكم منه بذلك

¹: CE Ass. 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec. p. 246.

مذكور في: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 381.

²: Article 33 du l'Arrêté du 19 janvier 2009, CCAG -FCS, précité

وأساس ذلك أن فسخ العقد كأصل عام أمر تترخص فيه الإدارة ضمانا لحسن سير المرافق العامة ، وليس للمتعاقد معها إلا الحق في المطالبة بالتعويض إذا كان له مقتضى⁽¹⁾.

ثانيا: الآثار المترتبة على إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة.

يترتب على إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد، وبالإرادة المنفردة للإدارة لدواعي المصلحة العامة نتيجتين في غاية الأهمية، الأولى هي انقضاء العلاقة التعاقدية بين المتعاقد وجهة الإدارة، أما النتيجة الثانية فتتمثل في حق المتعاقد في التعويض الكامل عن إنهاء عقده.

1- انقضاء العلاقة التعاقدية: يختلف وضع إنهاء العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد

معها تبعا لنوع العقد، لذلك يتعين بحث إنهاء العقد من قبل الإدارة في أهم العقود الإدارية الرئيسية وهي عقود الامتياز وعقود الأشغال العامة وعقود التوريد.

أ- بالنسبة لعقد الامتياز: إذا ما تم إنهاء عقد الامتياز من طرف الإدارة المتعاقدة

بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، فلها أن تقوم باسترداد المرفق العام من الملتزم وليس لهذا الأخير أن يحتج بفكرة الحق المكتسب ولا بقاعدة القوة الملزمة للعقد، ولكن تلتزم الإدارة بتعويضه عما لحقه من أضرار وما فاتته من كسب نتيجة الاسترداد⁽²⁾.

وقد تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداد المرفق قبل انتهاء مدته، ويسمى هذا

الاسترداد بالاسترداد التعاقدي، وقد تمارس الإدارة سلطتها في استرداد المرفق خارج الحدود المتفق عليها، أو تمارسها في حالة إغفال العقد تنظيم الاسترداد، حينئذ يعرف الاسترداد بأنه استرداد غير تعاقدي، وهذا الاسترداد تقرره السلطة مانحة الامتياز بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ الالتزام وقبل نهاية مدته، دون أن يكون حقها في ممارسة الاسترداد طبقا لنصوص

¹: حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 28-01-1978، طعن رقم 1128، س 15 ق منكور في: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 257.

²: حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، المرجع السابق، ص 811.

العقد ولكن تطبيقا لحقها في الاسترداد لدواعي المصلحة العامة، إذا قُدرت الجهة مانحة الامتياز بأن الظروف التي أنشئ فيها المرفق قد تغيّرت، وأنه لم يعد متفقا مع المصلحة العامة، أو أن المصلحة العامة تقتضي تسييره بأسلوب آخر غير أسلوب الالتزام⁽¹⁾.

ويترتب على الاسترداد انقضاء عقد الامتياز واستعادة المرفق العام قبل انقضاء المدة المحددة له، ويتحرر الملتزم عن إدارة المرفق من التاريخ الذي يصبح فيه قرار الاسترداد نافذا قانونا، فإن استمر في استغلال المرفق بعد ذلك فإن قاضي الأمور المستعجلة، يملك أن يأمر بإيقاف استغلال المرفق وأن يلزمه برد الأرباح التي حققها بعد تاريخ الاسترداد⁽²⁾.

والأصل أن يتناول الاسترداد المرفق العام بأكمله، بحيث لا تستطيع الإدارة أن تسترد جانبا منه فقط، إلا إذا تضمن العقد أو دفتر الشروط نصا صريحا بهذا المعنى، ويجب أن يتناول الاسترداد المنشآت التابعة للامتياز، أما المنشآت الأخرى التابعة للملتزم وغير التابعة للامتياز فلا يشملها الاسترداد، إلا إذا تم التنازل عنها وديا من الملتزم للإدارة⁽³⁾.

أمّا بشأن الالتزامات التي ارتبط بها الملتزم مع الغير أثناء استغلال المرفق وقبل استرداده، فإن الإدارة مانحة الامتياز تحلّ محله في هذه الالتزامات تجاه الغير، إذا ورد نص في العقد أو دفتر الشروط يقرّر صراحة حلّ الإدارة مانحة الامتياز محلّ الملتزم، أمّا إذا لم يرد نص فإن الملتزم يتحمل كافة الالتزامات التي تقتضيها إدارة المرفق؛ والتي تعهد بها في مواجهة الغير⁽⁴⁾.

ب- بالنسبة لعقد الأشغال العامة: يترتب على إنهاء عقد الأشغال العامة انقضاء الالتزامات التعاقدية بين طرفي العقد، ويتم تصفية هذا العقد وتسوية المبالغ الناشئة عن انتهائه بالاستناد إلى المبالغ المستحقة للمقاول، أو على العكس للإدارة صاحبة الأشغال.

¹: محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 498.

²: حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، المرجع السابق، ص 818.

³: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 410، 411.

⁴: سليمان الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 729.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة (1/43) من د.ش.إ.ع. المطبقة على الأشغال العامة على أنه "... وتملك الإدارة صاحبة الأشغال حق الخيار في الشراء الكلي أو الجزئي للأشغال المؤقتة المنجزة والمفيدة لتنفيذ العقد، وكذلك الوسائل والمواد المستعملة في البناء والتجهيزات والبرامج، والأدوات التموينية الخاصة باحتياجات العقد⁽¹⁾.

كما نص المشرع الفرنسي في المادة (4.46) من دفتر ش.إ.ع المطبقة على الأشغال العامة على حق المتعاقد في الحصول على التعويض جزاء قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة، كما يحق له علاوة على ذلك الحصول على تعويض من حصة التكاليف والاستثمارات التي تعهد بها عند الاقتضاء والضرورة جدا لتنفيذها، والتي لم تؤخذ بعين الاعتبار في مقدار الخدمات المدفوعة، ويتعين تقديم كل التبريرات اللازمة لتحديد هذا الجزء من التعويض، ولهذا الغرض يتعين على المتعاقد تقديم طلب كتابي، مبرر على النحو الواجب في غضون شهرين ابتداء من تاريخ تبليغه بقرار الإنهاء"⁽²⁾، كما نصت المادة (1.1.47) منه على أنه " في حال إنهاء العقد يستدعي المتعاقد أو ذوي حقوقه أو وصيه وفقا للشروط المنصوص عليها في الوثائق الخاصة للعقد، لمشاهدة الأشغال أو جزء من الأشغال المنجزة وجرد الأدوات المستعملة، وجرد وصفي لمنشآت الورشة، ويتم إرسال محضر عن هذه العمليات، مشفوعا برأي الإدارة صاحبة المشروع حول مطابقة الأشغال أو الأجزاء المنفذة منها لأحكام العقد.

ويتم توقيع هذا المحضر من طرف الإدارة المتعاقدة، يتضمن استلام الأشغال المنجزة أو الأجزاء المنفذة منها مع تاريخ الإنهاء، لبداية حساب مدة الضمان التعاقدية".

¹: المادة (3.1.47) من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال العامة في فرنسا، وتقابلها المادة

(43/ب1 و 2) من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في الجزائر.

²: Article 64.4 du CCAG.travaux « ...Le titulaire a droit, en outre, à être indemnisé de la part des frais et investissements, éventuellement engagés pour le marché et strictement nécessaires à son exécution, qui n'aurait pas été prise en compte dans le montant des prestations payées. Il lui incombe d'apporter toutes les justifications nécessaires à la fixation de cette partie de l'indemnité.

Le titulaire doit, à cet effet, présenter une demande écrite, dûment justifiée, dans le délai de deux mois compté à partir de la notification de la décision de résiliation.

ويتعين على المقاول أن يخلي مستلزماته وأدواته من أماكن الأشغال في الأجل الذي تحدده له الإدارة المتعاقدة⁽¹⁾.

ج- بالنسبة لعقود التوريد: يترتب على إنهاء عقد التوريد من جانب الإدارة قبل حلول أجله انقضاء الالتزامات التعاقدية المتبادلة بين طرفي العقد⁽²⁾، كما تنقضي جميع الالتزامات الباقية دون تنفيذ، وبالتالي لا يترتب الإنهاء في هذه الحالة أثره في المستقبل، فيجب على المورد أن يتوقف عن توريد الأصناف المتفق عليها ابتداء من تاريخ نفاذ قرار الإنهاء كما يكون للإدارة الحق في أن ترفض تسليم التوريدات أو المواد المصنعة في عقود التوريد الصناعية، بعد تاريخ نفاذ هذا القرار⁽³⁾.

وفي عقود التوريد الصناعية وعلى وجه الخصوص في عقود التحويل، يجب على المورد أن يقوم بتسليم المواد الأولية واللوازم والمؤن المخصصة لتنفيذ العقد، والتي تسلمها من الإدارة، فإن تعذر عليه ذلك بسبب البدء في عملية التصنيع، فإنه يكون ملزم بدفع قيمتها ويكون من حق الهيئة الإدارية خصم هذه القيمة من مستحقاته لديها، فإذا لم تكف تلك المستحقات فمن التأمين النهائي للعقد⁽⁴⁾.

2- حق المتعاقد في التعويض عن إنهاء عقده: إن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الامكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة، وبين المزايا التي ينتفع بها اعتبارا بأن نصوص العقد تؤول في مجموعها كلا مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين ونتيجة لكون ممارسة الإدارة لسلطة إنهاء العقد انفراديا دون خطأ من المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة، فإن ذلك لا يعني حرمان المتعاقد معها من المزايا المالية أو

¹: Article 47.1.4, du l'Arrêté du 8 septembre 2009, modifié par Arrêté du 3 mars 2014, portant approbation du CCAG-Travaux, précité.

المادة 43/ج من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في الجزائر.

²: محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 276.

³: هاني عبد الرحمن اسماعيل، المرجع السابق، ص 1308.

⁴: نفس المرجع، ص 1309.

التضحية بمصالحه التي كان من المتوقع أن يتحصل عليها في حالة استمراره في تنفيذ العقد، حيث أن هذه المصالح مشروعة وجديرة بالحماية⁽¹⁾، ومن مقتضيات العدالة التوفيق بين حق الإدارة في إنهاء العقد والحفاظ على المصالح المالية للمتعاقد، عن طريق تمكينه من التعويض نتيجة إنهاء هذا العقد تعويضا كاملا عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب⁽²⁾.

ويتم تحديد التعويض وفقا لما نص عليه القانون أو العقد ، وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على التعويض عن الانهاء الانفرادي للعقد دون خطأ من المتعاقد، إلا أنه يمكن استشفاف ذلك من خلال نص المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المشار إليه سابقا، والتي نصت على "إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين"، وفي هذا إرساء لقاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عن التنفيذ ومن ثم فإنّ لجوء المصلحة المتعاقدة إلى الإنهاء الانفرادي للعقد دون خطأ من المتعاقد يستوجب التعويض مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف المتعاقد، وتحاول أن تتصفه وتحسم الأمر وديا دون أن ترهقه باللجوء إلى القضاء⁽³⁾.

وفي حالة فشل هذه التسوية الودية للنزاع من طرف الإدارة المتعاقدة، يمكن للمتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض، على أساس نظرية المخاطر الإدارية، ويكفي لتعويضه أن يثبت علاقة السببية بين نشاط الإدارة والضرر الذي أصابه⁽⁴⁾، فيعوض المتعاقد على كافة النفقات التي تحملها، بالإضافة إلى المبالغ التي كان سيجنيها لو لم يخلل توازن العقد، ويحسب مقدار التعويض وفقا للقواعد العامة لتقدير التعويض المطبقة في مجال المسؤولية الإدارية لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية.

¹: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق، ص 569، وما بعدها.

²: محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 239.

³: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 315.

⁴: محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2009، ص 227.

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 118 من المرسوم الرئاسي رقم 2016-360 المؤرخ في 25 مارس 2016 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل، على أنه "في حالة الإنهاء الكلي أو الجزئي للعقد فإنه يجوز للطرفين الاتفاق على تحديد المبالغ والمطالبات المستحقة للمتعاقد، دون انتظار التصفية النهائية للحساب، باستثناء التعويض المحتمل المقبول من طرفهما بصفة مؤقتة"⁽¹⁾.

أما إذا لم ينظم القانون أو العقد مقدار التعويض المستحق أو عناصره، أو استحقاقه من عدمه، وأخفق الطرفان المتعاقدان من التوصل إلى اتفاق لتحديد المبالغ المستحقة ففي هذه الحالة تقوم الإدارة بدفع المبلغ المقترح من جانبها إلى المتعاقد، وهذا طبقاً للمادة 121 من المرسوم المشار إليه أعلاه، والتي نصت على أنه " في حالة إنهاء العقد والذي يترتب عليه تعويض، إذا لم يتوصل الطرفان إلى اتفاق بينهما في غضون ستة (6) أشهر من تاريخ الإنهاء، فإن المتعاقد يتلقى بناء على طلبه، المبلغ الذي تقترحه الإدارة"⁽²⁾، فإذا لم يقتنع المتعاقد بهذا المبلغ فإن القاضي هو الذي يحدد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد⁽³⁾. ويتضمن التعويض الذي يحكم به القاضي، تعويضاً كاملاً، يشمل على ما لحق المتعاقد من خسارة (la perte subie) وما فاته من كسب (la gain manqué).

ولقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على مبدأ التعويض الكامل في مختلف أحكامه المتضمنة لإنهاء بالإرادة المنفردة دون خطأ المتعاقد ولدواعي المصلحة العامة⁽⁴⁾، وفي قرار حديث له صادر في 03 مارس 2017، أوضح شروط تعويض المتعاقد في حالة إنهاء العقد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة حيث قرر أنه " في الحالات التي يثبت فيها أن شروط

¹: Article 118 « En cas de résiliation totale ou partielle du marché public, les parties peuvent s'accorder, sans attendre la liquidation définitive du solde, sur un montant de dettes et de créances,

hors indemnisation éventuelle, acceptées par elles, à titre provisionnel »

²: Article 121 « En cas de résiliation du marché public ouvrant droit à indemnisation, si les parties ne parviennent pas, dans un délai de six mois à compter de la date de la résiliation, à un accord sur le montant de l'indemnité, le titulaire perçoit, à sa demande, le montant que l'acheteur a proposé ».

³: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، 714.

⁴: C.E 20 janvier 1978, centre hospitalier de Lisieux, Rec, p 872.

التعويض المنصوص عليها في العقد غير قانونية لأنها تتضمن تعويض غير مناسب من طرف الإدارة المتعاقدة، فللمتعاقدين الحق في الحصول على التعويض طبقاً للقواعد العامة المطبقة في حالة عدم النص عليها في العقد" (1).

كما سار القضاء الإداري المصري على ذات النهج حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " للإدارة أن تتحلل من تعاقدتها وتعمل سلطتها العامة في إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر ... والتعويض بوجه عام مقياس الضرر المباشر وهو يشتمل عنصرين جوهريين هما: الخسارة التي لحقت المضرور والمكسب الذي فاتته" (2).

¹: Laurent Seurot, Précisions sur les modalités d'indemnisation du cocontractant en cas de résiliation anticipée du contrat pour motif d'intérêt général, Note sous CE, 3 mars 2017, Société Leasecom, n° 382446, à publier aux tables du Recueil Lebon, Revue générale du droit on line, 2017, numéro 26514, www.revuegeneraledudroit.eu/?p=26514 (consulté le 11 septembre 2017).

²: حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 1520 سنة 2 ق، جلسة 1957/04/20. متكور في: هاني عبد الرحمن اسماعيل، المرجع السابق، ص 1312.

خاتمة

خاتمة:

بعد استعراضنا للجوانب المختلفة لموضوع حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية ومقارنة مضمونه في كل من فرنسا ومصر، يمكننا استخلاص أهم النتائج والاقترحات التي توصلنا إليها والتي نستهلها كالتالي:

أولا/ النتائج:

- إن تمتع الإدارة المتعاقدة بهامش من السلطة التقديرية في معرض إبرامها وتنفيذها لعقودها الإدارية، أصبح ضرورة لا غنى عنها بسبب التحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقتضيها حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، وملاءمة نشاطها لهذه التطورات الحاصلة بما يمكّنها من القيام بخدماتها للجمهور على الوجه الأكمل وبأفضل الطرق وأقل تكلفة، مع ضرورة إخضاعها لرقابة القضاء، وذلك للحد من السلطة المطلقة للإدارة، وإضفاء طابع المشروعية على قراراتها المتعلقة بإبرامها للعقود الإدارية.

- إن السلطة التقديرية للإدارة توجد بشكل أو بآخر عبر مختلف مراحل تكوين العقد الإداري، فتكون أحيانا مقيدة، وتنطوي أحيانا أخرى على بعض عناصر التقدير، لأن الأعمال التي تقوم بها الإدارة المتعلقة بإبرام وتنفيذ العقود الإدارية يستحيل على المشرع تنظيم جزئياتها وتفصيلاتها أو التنبؤ بظروفها وملابساتها، كما أن تقييدها بشكل كامل يثقل كاهل الإدارة ويجعل أداء عملها غير ملائم مع الظروف المستجدة، التي يقتضيها حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد تحقيقا للمصلحة العامة.

- حتى لا تتحول سلطة الإدارة التقديرية عند التعاقد إلى سلطة تعسفية، فإنه يجب عليها مراعاة الضوابط الموضوعية والقيود الإجرائية التي رسمها لها المشرع وهي تكريس مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية عن طريق المنافسة الحرة والشفافية والنزاهة في التعامل مع

المرشحين في جميع إجراءات التعاقد، عن طريق الإعلان عن الدعوة إلى المنافسة وإعداد دفاتر الشروط بتضمينه جميع المعلومات المتعلقة بعملية التعاقد.

- يقتضي مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، إتاحة الفرصة لأكبر عدد ممكن من المتنافسين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، وذلك بهدف الحصول على أفضل العروض وأحسن المتعاقدين، ولا يخلّ بهذا المبدأ عملية استبعاد بعض المرشحين بموجب ما تملكه الإدارة من سلطة تقديرية بشكل نهائي أو مؤقت من المشاركة في المنافسة لأسباب وقائية كعدم كفاءاتهم المالية أو التقنية، أو نقص أهليتهم أو لأسباب جزائية مثل سوابق الغش والتلاعب في تنفيذ العقد.

- لقد إلّزم المشرع الجزائري بتكريس الشفافية في إجراءات التعاقد على غرار المشرعين الفرنسي والمصري، والذي يضمن حياد الإدارة سواء فيما يتعلق بإتباع أسلوب التعاقد، أو بيان القواعد الأساسية التي تضمن إجراء عملية تأهيل المرشحين بكل موضوعية ونزاهة من خلال آلية الإعلان الذي ينهي إلى علم الجميع بما آلت إليه نتائج المنافسة وتمكين جميع المرشحين من الحصول على المعلومات والوثائق الخاصة بالصفحة.

- لقد أكد المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي والمصري على مبدأ المساواة في معاملة المرشحين وإعطاء الفرص المتكافئة لهم في جميع مراحل المنافسة، غير أن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه فقد يعطي القانون في بعض الحالات للإدارة سلطة قصر المشاركة في المنافسة على بعض المتعاقدين المحليين، كما قد يعطي هامش أفضلية لتشجيع المنتجات الوطنية على حساب الأجنبية.

- يعدّ الإعلان شرطا جوهريا في الدعوة إلى المنافسة، وأيّ خرق لقواعده أو إخلال في أوصافه أو مخالفة شروطه يترتب عليه بطلان العقد، وتملك الإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية في إضافتها وسائل أخرى لنشر الإعلان لاسيّما النشر على شبكة الأنترنت حتى يتحقق بواسطتها إيصال العلم إلى كافة الراغبين في الدخول إلى المنافسة.

- إذا كان الأصل هو الرضائية الكاملة للعقد الإداري، وتحرره من كافة قيود الصيغة والشكل، إلا أن التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة استقرت على إلزام الإدارة باستخدام الصيغة المكتوبة عند إبرامها لعقودها، إلا ما استثناءه القانون بنص صريح.

- التزام الإدارة المتعاقدة بالتخطيط وحصر الموارد والحاجيات الفعلية من حيث طبيعتها وكميتها بدقة استنادا إلى مواصفات تقنية، والتي تراها ضرورية لضمان إستمرارية المرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة، وذلك بهدف ضبط الإنفاق الحكومي ومن ثم ترشيد استخدام المال العام.

- أكد كل من المشرع الجزائري والمشرعين الفرنسي المصري على ضرورة حصول الإدارة على الاعتماد المالي وهو من الخطوات الأولى لمباشرة عملية التعاقد، غير أن لجوء الجهة الإدارية إلى إبرام العقد دون توفر الإعتماد المالي أو عدم كفايته، لا ينال من صحة وسلامة العقد الإداري، ويبقى صحيحا ومرتبيا لكافة آثاره في مواجهة الأفراد المتعاقدين معهم وذلك نظرا لاستقلال قواعد القانون المالي عن قواعد القانون الإداري.

- تتطلب عملية إبرام بعض العقود الإدارية الحصول على الموافقات المسبقة من الجهات المختصة، كاستشارة جهات معينة وذلك مراعاة لاعتبارات فنية أو مالية أو قانونية، من أجل الحصول على رأيها في موضوع التعاقد حتى تصل إلى أفضل العقود وأكثرها فائدة للمنفعة العامة، كما قد يتطلب إبرام بعض العقود الهامة الحصول على إذن مسبق بالتعاقد من الجهات الوصية، إذا كانت عملية التعاقد تستلزم مبالغ ضخمة، لأن الأحكام الخاصة بالإذن بالتعاقد تعد من النظام العام ويترتب على تخلفها بطلان العقد كون الإذن في هذه الحالة يصبح شرط لازم لقيام الرابطة العقدية.

- تتعدد الأساليب التي تتبعها الإدارة في إبرام العقد الإداري، وهذه الأساليب تختلف فيها سلطة الإدارة سعة وضيقا حسب أسلوب الإبرام المتبع في التعاقد، فتكون مقيدة عند اتباعها أساليب التعاقد الشكلية مثل أسلوب طلب العروض والمناقصة العامة والممارسة

العامة، وتتمتع بهامش من السلطة التقديرية عند اتباعها أساليب التعاقد الاستثنائية مثل الإجراء التفاوضي والمناقصة المحدودة والمناقصة المحلية والممارسة المحدودة والاتفاق المباشر والتراضي، ويلاحظ في هذا الصدد أنّ المشرع الفرنسي أضاف تقنيات أخرى للتعاقد مثل العقود بالأشطر الاشتراطية، والاتفاقات الإطارية، ونظام الاقتناء الديناميكي، والمزايدة الإلكترونية والفهارس الإلكترونية والمسابقة.

- تتشابه المبررات التي تسمح للإدارة المتعاقدة باللجوء إلى أسلوب التعاقد عن طريق التراضي والاتفاق المباشر والإجراء التفاوضي بدون إشهار ولا منافسة في كل من التشريع الجزائري والفرنسي والمصري.

- يعتبر أسلوب طلب العروض هو القاعدة العامة في إبرام العقود الإدارية في كل من الجزائر وفرنسا والذي يقوم على معيار السعر وحده، أو على تعدد معايير الإرساء، بينما المشرع المصري لا يزال يعتبر أسلوب المناقصة والممارسة العامة هما القاعدة العامة في إبرام العقود الإدارية والتي تقوم على السعر الأقل، بينما تم الإستغناء عن هذا الأسلوب في كل من الجزائر وفرنسا.

- إن إعداد وتقديم العروض من طرف المرشحين للتعاقد مع الإدارة يجب أن يتم وفق المواصفات والشروط التي تضعها الإدارة، وضمن المواعيد المحددة، وتتألف العروض في التشريع الجزائري من ثلاثة أظرفة وهي ملف الترشيح وعرض تقني وآخر مالي، وهو الحال نفسه في مصر، بينما تتضمن العروض في التشريع الفرنسي ملف الترشيح وملف العروض وإذا كانت هذه العروض لا زالت تقدم بالطريقة اليدوية في كل من الجزائر ومصر رغم إرساء بوابة إلكترونية بهذا الخصوص، فإن المشرع الفرنسي أكثر تطورا في هذا المجال بحيث أوجب على المرشحين تقديم عروضهم بالطريقة الإلكترونية.

- أوجب المشرع في الدول الثلاثة ضرورة منح فترة كافية بين الإعلان عن المناقصة وموعد إيداع العروض، ويلتزم المتعهدون المرشحون بالبقاء على عروضهم المقدمة طيلة المدة المحددة لذلك، فلا يجوز لهم سحبها أو تعديلها.

- لا تملك جهة الإدارة حرية واسعة كما هو الشأن في القانون المدني في إختيار المتعاقد أو التفاوض معه، فيمنع عليها التفاوض في الإجراءات الشكلية (طلب العروض) بينما يسمح لها بالتفاوض في الإجراءات الاستثنائية للتعاقد (أسلوب التراضي) .

- يتم اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية من طرف لجان يتم تشكيلها واختيار عدد أعضائها من طرف الإدارة المتعاقدة، حيث اعتمد المشرع الجزائري على لجنة واحدة أو أكثر تتولى فتح الأظرفة وتقييم العروض في التنظيم الجديد لقانون الصفقات العمومية بعدما تخلى على نظام اللجنتين في ظل التنظيم الملغى، أما المشرع الفرنسي فقد نص على لجنة واحدة تتولى دراسة العروض، بينما المشرع المصري نص على تشكيل لجنتين أحدهما تتخصص بفتح الأظرفة والثانية تقوم بالبت في المناقصة .

- إن اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، يركز إمّا على مجموعة من المعايير الموضوعية الدقيقة والتي لها صلة بالعقد أو شروط تنفيذه، عندما ينص عليها ضمن دفتر الشروط شريطة ألا تكون تمييزية، وإمّا على معيار السعر وحده إذا سمح موضوع الصفقة بذلك، كما سار المشرع الفرنسي على نفس النهج عند تعدد المعايير وأضاف إليها عناصر أخرى تتمثل في الحماية البيئية والتنوع البيئي والرفق بالحيوان، كما أخذ بالسعر الأقل لوحده عندما يتعلق موضوع طلب العروض باقتناء اللوازم ذات الطابع التكراري في إطار تلبية الاحتياجات العادية، بينما المشرع المصري أوجب إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا، كما أكد على معايير أخرى وهي أفضلية المنتج المحلي والعطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية، والعطاءات المقدمة من أصحاب المنشآت الصغيرة .

- لا يكتمل قرار إرساء الصفقة على المتعامل المتعاقد الفائز بها بالضرورة، إلا بعد تصديق السلطة المختصة على قرار إبرام العقد بصفة نهائية، والتي لها سلطة تقديرية في قبول أو رفض نتائج الإرساء وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري، وهو المعمول به أيضا في فرنسا و مصر.

- بعد اختيار العرض الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية، فإنّ صاحب هذا العرض يصبح متعاقدًا مؤقتًا، ويجب أن يبقى على عرضه إلى غاية إصدار قرار إبرام العقد من السلطة المختصة، وبمجرد إصداره تقوم الرابطة العقدية بين الطرفين، ويتحول مركز العارض الذي تم الإرساء عليه من مركز المتعاقد المؤقت إلى مركز المتعاقد مع الإدارة.

- تملك السلطة المختصة سلطة تقديرية في إلغاء إجراء إبرام العقد والعدول عنه إذا تبين لها ملائمة ذلك لمقتضيات المصلحة العامة، مع إلزامها بإعلان قرار الإلغاء حتى يتمكن الجميع من معرفة هذا القرار.

- تملك الإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري وذلك نظرا لتمتعها بامتيازات السلطة العامة؛ فلها حق بسط رقابتها على مدى تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية، وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته، للتحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، وذلك بهدف ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد، مع وجوب أن تكون القرارات الخاصة بالرقابة صادرة في إطار حدود مبدأ المشروعية وألا تؤدي إلى تعديل شروط العقد أو مواصفات تنفيذه الأصلية.

- تتسع سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في عقود الأشغال العامة من خلال الأوامر المصلحية التي تصدرها، والتي تأخذ طريقها للتنفيذ مباشرة، وما على المقاول إلا الإستجابة لها وتنفيذها، أمّا في عقود الإمتياز فإنّ الرقابة على الملتزم تأخذ معنى الإشراف التي تقف عند حدّ الاستغلال ولا تتعدى إلى التوجيه بالتدخل في إدارة المرفق وتغيير أوضاعه أمّا في عقود التوريد العادية فتتخصص الرقابة في مجرد الإشراف دون التوجيه والتدخل

في أوضاع التنفيذ، بينما في عقود التوريد الصناعية تتسع رقابة الإدارة أكثر لكنها لا تشمل التوجيه والتدخل في أوضاع التنفيذ، بل تشمل الرقابة الفنية والرقابة الإدارية.

- يجب على الإدارة المتعاقدة عند طرح عقودها مهما كان أسلوب التعاقد أن تحدد بدقة مدة تنفيذ العقد ومراحله، وأن تلتزم بتمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ في الوقت المحدد كتسليم مواقع العمل والرسومات والتصاميم الهندسية في عقود الأشغال العامة.

- تملك الإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في توقيع الجزاءات التعاقدية على المتعاقد معها، الذي يقصر في تنفيذ التزاماته العقدية بإرادتها المنفردة ودون حاجة للجوء إلى القضاء ومبرر هذه السلطة هو ضمان تلبية الاحتياجات الخاصة بالمرافق العامة والمحافظة على سيرها بانتظام وإطراد تحقيقا للمصلحة العامة.

- تملك الإدارة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاءات التعاقدية المباشرة أو غير المباشرة على المتعاقد معها تبعا لدرجة الخطأ وجسامة الضرر الذي لحق بها، وتتسم هذه الجزاءات بالصفة المؤقتة بمعنى أنها لا تضع نهاية للرابطة العقدية، كما أن توقيعها يخضع لرقابة القضاء الإداري.

- تتمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة تقديرية في توقيع غرامات التأخير أو الإعفاء منها ولا تستطيع الإدارة توقيعها إذا لم تنص بنود العقد أو دفتر الشروط على تضمين استحقاقها لمواجهة إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وفي الجزائر ومصر لا تلتزم الإدارة بتوجيه أي إعدار قبل فرض الغرامات التأخيرية، بينما ألزم المشرع الفرنسي الإدارة المتعاقدة أن تقوم بإعدار المتعاقد المقصر قبل فرض جزاء الغرامة عليه.

- سمح المشرع الفرنسي للإدارة المتعاقدة اللجوء إلى تقدير التعويض وتحصيله بإرادتها المنفردة عن طريق التنفيذ المباشر، كجزاء أصيل لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، على أن ينازع المتعاقد هذا التقدير أمام القضاء، بينما في الجزائر ومصر يلاحظ

أنه لا توجد حالياً أية نصوص تبيح استعمال هذا الأسلوب، بل إن الجاري به العمل هو مراجعة القضاء الإداري للحصول على التعويض، إذا ما تضررت الإدارة من تصرفات المتعاقد معها.

- يحق للإدارة المتعاقدة فرض جزاء مصادرة التأمين المؤقت إذا تنازل أو رفض المتعهد المرشح الذي رست عليه المنافسة توقيع العقد خلال المدة المحددة في دفتر الشروط بعد تبليغه كتابياً، كما يحق لها مصادرة التأمين النهائي في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، لا سيما رفضه البدء في تنفيذ العقد.

- يحق للإدارة المتعاقدة التنفيذ على حساب ومسؤولية المتعاقد المقصر وذلك بوضع المرفق تحت الحراسة في عقود الامتياز، وسحب الأعمال في عقد الأشغال العامة، والشراء على حساب المورد في عقود التوريد، كوسيلة ضغط من أجل حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية بهدف ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، شريطة ارتكاب المتعاقد خطأ جسيم، مع ضرورة إعداره قبل توقيع الجزاء، وفي هذا الصدد لم يشر المشرع الجزائري صراحة إلى الجزاءات الضاغطة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

- تملك الإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية لتعديل عقودها وإيراداتها المنفردة كلما تطلب ذلك مقتضيات الصالح العام وحسن سير المرافق العامة، حتى ولو لم ينص العقد على ذلك غير أن هذه السلطة محاطة بمجموعة من الضوابط والحدود التي تضمن عقلنة استخدامه بحيث يجب حدوث تغير في الظروف المحيطة بالعقد أثناء التنفيذ، وأن يقتصر التعديل على الجوانب التنظيمية دون الجوانب المالية للعقد، كما لا يجب أن يصل التعديل إلى حدّ تغيير موضوع العقد.

- لقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي النظريات التي تحقق التوازن المالي للعقد وأخذ بها المشرع المصري وتبعه في ذلك المشرع الجزائري، وذلك لاعتبارات العدالة التي تحقق

المصلحة العامة، ومن هذه النظريات نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

- إن لجوء الإدارة المتعاقدة إلى تعديل شروط العقد، يترتب عليه حق المتعامل المتعاقد في تعويض عادل وشاملا عمّا لحق به من أضرار، كما استقر الفقه والاجتهاد الإداريين على حق المتعاقد في التعويض عن الأعمال الإضافية التي يقوم بها خارج نطاق العقد الأصلي.

- للإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل حلول أجله متى ثبت لها أن المتعاقد قد أخلّ إخلالا جسيما في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وأن الاستمرار في تنفيذ العقد قد يلحق ضررا بالمرفق العام، إلا أن إنهاء العقد مقيد بضرورة وقوع خطأ جسيم من المتعاقد أدى إلى الإضرار بالمصلحة المتعاقدة، وضرورة إعدار المتعاقد، وتسبب قرار الإنهاء حتى يضمن عدم تعسف الإدارة في استخدام هذه السلطة.

- تملك الإدارة المتعاقدة بصفة عامة باعتبارها مسؤولة عن حسن سير المرفق العام سلطة إنهاء العقد بقرار انفرادي من جانبها في أيّ وقت تشاء، قبل استكمال تنفيذ الالتزامات التي تشكل موضوعه لدواعي المصلحة العامة، إذا أصبح العقد غير ملائم أو غير متكيف مع احتياجات المرفق العام، شريطة أن يكون قرار إنهاء العقد قائما على المصلحة العامة أو متطلبات المرفق العام، وأن يكون قرار إنهاء العقد خاضعا لقواعد المشروعة.

- يترتب استخدام الإدارة المتعاقدة لسلطتها في إنهاء العقد لأسباب المصلحة العامة حقا للمتعاقد في الحصول على تعويضا كاملا يشمل ما لحق به من خسارة وما فاتته من كسب إلا أن التعويض في هذه الحالة موقوف على شرط حصول الضرر، فإذا لم يترتب الإنهاء أيّ ضرر فلا يستحق المتعاقد أيّ تعويض.

ثانيا/ التوصيات:

- نقترح على المشرع الجزائري بأن ينتهج طريقة المشرع الفرنسي بخصوص نشر إشعار مسبق بالمعلومات، عن خطط مشاريع العقود التي ترغب الإدارة في إبرامها في كل سنة مالية، وضمن الحدود المالية المخصصة لها، وذلك بنشر قوائم احتياجاتها السنوية وتحديد الفترة التي تنوي فيها إبرام تلك العقود بهدف تعزيز مبدأ المنافسة وزيادة فرص التعاقد مع المرشحين الأكفاء والحصول على العرض الأفضل.

- إن المشرع الجزائري لم يواكب التشريعات الحديثة المتعلقة بالعقود الإدارية خصوصا في فرنسا، التي أصدرت العديد من القواعد الحديثة التي تنظم قواعد إبرام وتنفيذ العقود الإدارية، حيث أن السلطة المختصة في الجزائر لم تقم بتعديل أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بالأشغال العمومية منذ سنة 1964، والذي تتم الإحالة إليه من مختلف العقود الإدارية ولا تزال نصوصه القانونية سارية المفعول إلى يومنا هذا، لذلك يتعين عليها وضع دفتر شروط جديد يستجيب لمعطيات النشاط الإداري في الوقت الحاضر.

- نقترح على السلطة المختصة إعداد دفاتر شروط إدارية عامة وتقنية نموذجية خاصة بعقود التوريدات كما هو الشأن في فرنسا، للاستعانة به من طرف الهيئات العامة في تعاقداتها مع مختلف الموردين.

- ضرورة وضع قائمة للمتعاملين المتعاقدين الأكفاء وتصنيفهم في جداول بناء على مؤهلاتهم الفنية والاقتصادية قصد دعوتهم إلى التعاقد في حالة طلب العروض المحدود.

- ضرورة الاهتمام وتشجيع التعاقد مع المتعاملين الاقتصاديين الناشطين على المستوى المحلي الذين لديهم تقنيات ومهارات في التنفيذ لكونهم أدرى على فهم وتقدير الحاجات المحلية، وذلك بغرض تشجيع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وكذا توفير الوقت واقتصاد المصاريف وتجنب التعقيدات الناجمة عن عملية التعاقد خارج المستوى المحلي.

- ضرورة ضبط وحصر حالات اللجوء إلى طلب العروض المحدود والمسابقة وأسلوب التراضي بنوعيه البسيط وبعد الاستشارة بصفة دقيقة، وذلك للحد من لجوء الإدارة إلى هذه الأساليب التعاقدية إلا في الحالات المبررة قانونا.
- نقترح على المشرع الجزائري أن يقوم بالفصل بين سلطتي الارساء والابرام حتي يوفر ضمانات أكبر للمتنافسين، ويحقق مبدأ حياد الإدارة المتعاقدة، بالحد من التعسف الذي يمكن أن يصدر من الشخص المسؤول على إبرام العقد.
- ضرورة تحديد وعقلنة تشكيلة لجنة فتح وتقييم العروض والزامها بالنصاب القانوني لصحة اجتماعاتها، مع إعطاء أهمية لعملها وقوة ملزمة لتوصياتها مثلما فعله المشرع الفرنسي، وعدم اقتصار دورها على مجرد تقديم اقتراحات غير ملزمة للإدارة.
- نقترح على المشرع الجزائري الأخذ بأسلوب الحوار التنافسي للإحاطة أكثر بمزايا العروض المقدمة ودراسة كفاءة العارضين ومؤهلاتهم التقنية والفنية قبل اتخاذ قرار التعاقد.
- نوصي الإدارات المتعاقدة بضرورة إعطاء الأهمية اللازمة للمعايير المتعلقة بحماية البيئة في تعاقداتها وأخذها في الحسبان عند المفاضلة بين العروض، قصد تحقيق التوازن بين التنمية الاقتصادية والاجتماعية والمحافظة على البيئة.
- نهيب بالمشرع الجزائري أن يحذو حذو نظيره الفرنسي والمصري ببيان حالات اللجوء إلى إلغاء إبرام العقد لدواعي المصلحة العامة واجراءاته والآثار المترتبة عليه.
- ضرورة تفعيل البوابة الالكترونية في عملية إبرام العقود الإدارية في كل من مصر والجزائر كما هو الشأن في فرنسا، وذلك نظرا لما تحققه هذه الطريقة من تكريس الشفافية والمساواة بين المرشحين، و تبسيط إجراءات التعاقد وما يترتب عنها من تخفيض التكاليف وسهولة الوصول إلى اختيار المتعاقد الأحسن.

- على المتعاقدين أن يتعاونوا في تنفيذ التزاماتهما التعاقدية وفقا لمبدأ حسن النية حتى لا تتوقف الأعمال موضوع التنفيذ وتؤدي إلى تأخر تنفيذ العقود الإدارية عن المواعيد المحددة، وبالتالي الإضرار بسير المرافق العامة .

- ضرورة اتخاذ الإدارة المتعاقدة قرار توقيع الجزاءات التعاقدية بنوع من المرونة وعدم اصدارها، إلا في حالة حصول ضرر فعلي، مع ضرورة تسبيب قراراتها بتوقيع الجزاء، حتى يطمئن المتعاقد لعدالة الجزاء وتسهيل الرقابة القضائية عليه.

- ضرورة مراعاة الجهات الإدارية المتعاقدة بما لها من سلطة تقديرية إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير، إذا كان سبب التأخير ظروف استثنائية غير متوقعة حالت دون تمكينه من الوفاء بالتزاماته التعاقدية في المواعيد المحددة .

- نقترح على المشرع الجزائري تبني نظاما قانونيا واضحا في مجال التعديل الاتفاقي عن طريق الملحق، بحيث لا يتم اللجوء إليه إلا في حالات الصعوبات التقنية غير المتوقعة والتي لا يد لأطراف العقد فيها.

- ضرورة التزام الإدارة المتعاقدة بتسبيب قرار إنهاء العقد بإرادتها المنفردة و لدواعي المصلحة العامة، وذلك تدعيما لمبدأ الشفافية، حتى يتمكن المتعاقد من معرفة أسباب إنهاء عقده، وتسهيل الرقابة القضائية على هذا الجزاء.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللّغة العربية

I- الدساتير:

- 01- دستور الجمهورية الجزائرية الصادر في 28 نوفمبر 1996 المعدل، ج. ر، عدد 76 بتاريخ 08 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم.
- 02- دستور جمهورية مصر العربية المعدل، ج.ر، عدد 3 مكرر (أ)، بتاريخ 18 جانفي 2014.
- 03- دستور الجمهورية الفرنسية المؤرخ في 04 أكتوبر 1958، ج.ر، العدد 0238، بتاريخ 05 أكتوبر 1958.

II- النصوص التشريعية الوطنية:

أ- القوانين:

- 01- قانون رقم 90-21، مؤرخ في 15 أوت 1990، يتعلق بالمحاسبة العمومية، ج. ر، عدد 35 بتاريخ 15 أوت 1990.
- 02- قانون رقم 90-30، مؤرخ في 1 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية ج.ر، عدد 52، بتاريخ 2 ديسمبر 1990، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-14، المؤرخ في 20 جويلية 2008، ج. ر، عدد 44، بتاريخ 3 أوت 2008.
- 03- قانون رقم 05-12، مؤرخ في 04 أوت 2005، متعلق بالمياه، ج. ر، عدد 60، بتاريخ 04 سبتمبر 2005، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-03، المؤرخ في 23 جانفي 2008 ج.ر، عدد 04، بتاريخ 27 جانفي 2008، والقانون 09-02، المؤرخ في 22 جويلية 2009 ج.ر، عدد 26، بتاريخ 26 جويلية 2009.
- 04- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ج. ر، عدد 14، بتاريخ: 08 مارس 2006، متمم بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010 ج. ر، عدد 50، بتاريخ 01 سبتمبر 2010، معدل ومتمم بالقانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011، ج. ر، عدد 44، بتاريخ 10 أوت 2011.
- 05- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، عدد 21، بتاريخ: 23 أبريل 2008.

06- قانون رقم 10-11، مؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج. ر، عدد 37، بتاريخ 03 جويلية 2011.

07- قانون رقم 07-12، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج. ر، عدد 12، بتاريخ 29 فيفري 2012.

ب- الأوامر:

01- الأمر رقم 67-90، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية الجزائري، ج. ر، عدد 52، بتاريخ 27 جوان 1967.

02- الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج. ر، عدد 44، بتاريخ 26 جوان 2005، والقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007، ج. ر، عدد 31، بتاريخ 13 ماي 2007.

03- الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17 جويلية 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، ج. ر، عدد 39، بتاريخ 23 جويلية 1995، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26 أوت 2010، ج. ر، عدد 50، بتاريخ 01 سبتمبر 2010.

04- الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج. ر، عدد 43 بتاريخ 20 جويلية 2003، المعدل بالقانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 جوان 2008 ج. ر، عدد 36، بتاريخ 2 جويلية 2008، والقانون رقم 10-05، المؤرخ في 15 أوت 2010 ج. ر، عدد 46، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010.

ج- المراسيم الرئاسية:

01- المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، ج. ر، عدد 58، الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010.

02- المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج. ر، عدد 50، بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

د- المراسيم التنفيذية:

- 01- المرسوم رقم 84-116، المؤرخ في 12 ماي 1984، يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج. ر، عدد 20، بتاريخ: 15 ماي 1984.
- 02- المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج. ر، عدد 82، بتاريخ 15 نوفمبر 1992. معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374، المؤرخ في 16 نوفمبر 2009، ج. ر، عدد 67، بتاريخ 19 نوفمبر 2009.
- 03- المرسوم التنفيذي رقم 96-308، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، ج. ر، عدد 55، بتاريخ: 25 سبتمبر 1996.
- 04- المرسوم التنفيذي رقم 98-227، المؤرخ في 13 جويلية 1998، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، ج. ر، عدد 51، بتاريخ 15 جويلية 1998.
- 05- المرسوم التنفيذي رقم 03-280، المؤرخ في 23 أوت 2003، الذي يحدد كيفية منح امتياز بحيرتي أوبيرة وملاح (ولاية الطارف)، ج. ر، عدد 51، بتاريخ 24 أوت 2003.
- 06- المرسوم التنفيذي رقم 07-145، المؤرخ في 19 ماي 2007، يحدد مجال تطبيق محتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، ج. ر، عدد 34، بتاريخ 22 ماي 2007.
- 07- المرسوم التنفيذي رقم 08-54، المؤرخ في 09 فيفري 2008، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، ج. ر، عدد 08، بتاريخ في 13 فيفري 2018.
- 08- المرسوم التنفيذي رقم 14-363، المؤرخ في 15 ديسمبر 2014، المتعلق بإلغاء الأحكام التنظيمية المتعلقة بالتصديق طبق الأصل على نسخ الوثائق المسلمة من طرف الإدارات العمومية، ج. ر، عدد 72، بتاريخ: 16 ديسمبر 2014.
- 09- المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 02 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام ج. ر، عدد 48، بتاريخ 05 أوت 2018.

هـ - القرارات الوزارية:

- 01- قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل ج. ر، عدد 6، بتاريخ 19 جانفي 1965.
- 02- قرار مؤرخ في 18 مارس 2011، يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ج. ر، عدد 24 بتاريخ 20 أبريل 2011.
- 03- قرار مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره ج. ر، عدد 24، بتاريخ 20 أبريل 2011.
- 04- قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 22 مارس 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ، ج.ر، عدد 19، بتاريخ 01 أبريل 2012.
- 05- قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 31 مارس 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ، ج.ر، عدد 28، بتاريخ 09 ماي 2012.
- 06- قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 25 جويلية 2011، يحدد قائمة صفقات الخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ، ج.ر، عدد 68، بتاريخ 14 ديسمبر 2011.
- 07- قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 2 أوت 2011، يحدد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال والتي لا تتطلب اللجوء إلى المناقصة، ج. ر، عدد 06، بتاريخ: 12 فيفري 2012.
- 08- قرار مؤرخ في 17 نوفمبر 2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج. ر، عدد 21، بتاريخ 9 أبريل 2014.
- 09- قرار مؤرخ في 29 أبريل 2014، يحدد كيفيات تطبيق المنح التفضيلي للطلب العمومي للمؤسسات المصغرة، ج. ر، عدد 30، بتاريخ 21 ماي 2014.

10- قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 30 يونيو 2014، يحدد الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية و/ أو الفنية التي يمكن أن تكون موضوع الصفقات بالتراضي البسيط، ح. ر، عدد 57، بتاريخ: 28 سبتمبر 2014.

11- قرار مؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد نماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشح والتصريح بالاكتتاب ورسالة التعهد والتصريح بالمناول، ج.ر، عدد 17، بتاريخ 16 مارس 2016.

12- قرار مؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يتعلق بكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 17، بتاريخ 16 مارس 2016.

و- المناشير والتعليمات الوزارية:

01- المنشور الوزاري رقم 003، المؤرخ في 22 نوفمبر 2015، الصادر عن وزير المالية المتعلق بتنفيذ أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

02- التعليمات الوزارية رقم 394-842، بتاريخ 07 ديسمبر 1994، صادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري، المتضمنة امتياز المرافق العامة المحلية وتأجيرها، موجهة إلى السادة الولاة للاتصال مع رؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية البلدية ورؤساء المندوبية التنفيذية.

03- التعليمات الوزارية رقم 543، بتاريخ 12 ديسمبر 2017، صادرة عن الوزير الأول المتضمنة الالتزام بنفقات الدولة، موجهة إلى السادة أعضاء الحكومة والولاة.

III - نصوص التشريعات المقارنة:

01- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، المعدل بالقانون رقم 05 لسنة 2005، وبالقانون رقم 191 لسنة 2008، ج.ر، عدد 19 مكرر، بتاريخ 08 ماي 1998.

02- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، الصادرة بقرار وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998، الوقائع المصرية، العدد 201، بتاريخ في 06 سبتمبر 1998، المعدلة بالقرار الوزاري رقم 497 لسنة 2006، المؤرخ في 31 أوت 2006 منشور في الوقائع المصرية، العدد 200 المؤرخة في 03 سبتمبر 2006.

03- قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 5 لسنة 2015، في شأن تفضيل المنتجات المصرية في العقود الحكومية، ج. ر، عدد 3 مكرر، بتاريخ 18 جانفي 2015.

IV- الكتب:

أ- الكتب العامة:

- 01- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الدستورية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، الطبعة الثانية، د.م.ج، الجزائر.
- 02- جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 03- حازم صلاح الدين عبد الله، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الأنترنت، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- 04- حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2012.
- 05- —، عقود الشراكة (P.P.P)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
- 06- حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الثاني (القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة، الوظيفة العامة)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 07- رشيد خلوفي، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات كلبيك، 2013.
- 08- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 1991.
- 09- عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري، الطبعة الثانية، د.م.ج، الجزائر، 1987.
- 10- عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، د.م.ج، 1989.
- 11- —، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 12- —، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، د.م.ج، الجزائر، 2002.
- 13- عاطف محمد حسين أبو هرييد، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى دار النفائس، الأردن، 2006.
- 14- عبد المجيد ابراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2010.

- 15- عبد اللطيف قطيس، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- 16- عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، (دراسة تشريعية، فقهية وقضائية)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.
- 17- محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2003.
- 18- محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، طبعة مزيدة ومنقحة، عنابة 2005.
- 19- ، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2009.
- 20- محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون سنة.
- 21- محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، رخص المشاع المبدع، سوريا. 2018.
- 22- مهند نوح، القانون الإداري 1، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، رخص المشاع المبدع، سوريا. 2018.
- 23- مهند نوح، القانون الإداري 2، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، رخص المشاع المبدع، سوريا 2018.
- 24- نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2002.
- 25- ناصر لباد، الأساس في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار المجدد، سطيح 2011.

ب- الكتب المتخصصة:

- 01- إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2011.
- 02- جابر جاد نصار، المناقصات العامة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة "اليونيسترال" دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

- 03- **حسين درويش عبد العال**، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1958.
- 04- **حمد عمر حمد**، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الأولى، الرياض 2003.
- 05- **حمد محمد حمد الشلماني**، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 06- **حمدي حسن الحلفاوي**، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الكتب، القاهرة، 2002.
- 07- **حمدي ياسين عكاشة**، موسوعة العقود الإدارية، منشأة المعارف الاسكندرية، 1998.
- 08- **رمضان بطيخ**، الجديد في إبرام العقد الإداري، فقها وإفتاء وقضاء، دار النهضة العربية القاهرة، 2008.
- 09- **ريم علي إحسان محمد العزاوي**، وسائل إبرام العقود الإدارية وصورها، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2011.
- 10- **سامي جمال الدين**، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، مصر 1992.
- 11- **سعاد الشرقاوي**، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 12- **سليمان محمد الطماوي**، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي مصر، 1991.
- 13- **—**، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، راجعه ونقحه محمود عاطف البناء، دار الفكر العربي، مصر، 2008.
- 14- **عبد الفتاح صبري أبو الليل**، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة دون دار النشر، 1994.
- 15- **عبد الحميد الشواربي**، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، منشأة المعارف الاسكندرية، 2003.
- 16- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام، التنفيذ، المنازعات في ضوء أحدث أحكام القضاء الإداري ووفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات وأحدث تعديلاته، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2008.

- 17- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2010.
- 18- عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.
- 19- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، والنصوص التطبيقية له، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 20- ، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الثاني، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2017.
- 21- فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014.
- 22- محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 23- محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 24- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2004.
- 25- محمد ماهر أبو العينين، الفتاوى والأحكام بخصوص العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات الصادرة عن مجلس الدولة حتى عام 2004، الجزء الرابع، القاهرة، 2004.
- 26- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، كلية الحقوق، جامعة دمشق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
- 27- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المقومات، الإجراءات، الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 28- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.
- 29- محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.
- 30- محمد أحمد درويش، المشتريات الحكومية (الوسيط في شرح وتحليل قانون المناقصات والمزايدات)، الطبعة الأولى، عالم الكتب القاهرة، 2009.
- 31- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010.

- 32- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، الاجراءات السابقة على ابرام العقد الاداري، المناقصة العامة (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة بين كل من القانون البحريني والقانون المصري وقانون ايونسترال)، طبعة ثانية، دار الجامعة الجديدة، لبنان، 2010.
- 33- —، حقوق و ضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.
- 34- محمد الشافعي أبوراس، العقود الإدارية، دون دار نشر، بدون سنة، منشور عبر النت.
- 35- محمد جمال مطلق الذنبيات، العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012.
- 36- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية في القانون المقارن دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2013.
- 37- محمد حسن مرعى الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
- 38- مدحت أحمد يوسف غنايم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة 2014.
- 39- نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري و أثرها في تسيير المرفق العام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 40- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
- 41- هيبه سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية الاسكندرية، 2009.
- 42- هاتف كاظم جاسم الموسوي، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 43- هاني عبد الرحمان اسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2012.

أ- رسائل الدكتوراه:

- 01- **بن شعبان علي**، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة 2011-2012.
- 02- **تياب نادية**، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013.
- 03- **خضري حمزة**، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015.
- 04- **خلفي محمد**، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016.
- 05- **رياض عبد عيسى الزهيري**، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1979.
- 06- **سعيد عبد الرزاق باخبيرة**، سلطة الإدارة الجزائرية أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2007-2008.
- 07- **شريف الشريف**، النظام المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014.
- 08- **صالح عبد اللطيف أحمد الغزوي**، تقييم عملية إدارة العطاءات الحكومية (دراسة مقارنة مع قواعد القوانين الدولية)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه كلية الإدارة والاقتصاد، الأكاديمية العربية في الدنمارك، 2010.
- 09- **ضريفي نادية**، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية (حالة عقود الامتياز)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012.
- 10- **عاطف سعدي محمد**، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2005.
- 11- **عائشة خلدون**، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة) رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016.

12- **عليوات ياقوتة**، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية في الجزائر رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 2008-2009.

13- **نسيغة فيصل**، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة 2010-2011.

ب- مذكرات الماجستير:

01- **أكلي نعيمة**، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013.

02- **أحمد يوسف عبد الرحمن بحر**، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، 2017.

03- **بحري اسماعيل**، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009.

04- **بصديق محمد**، النفقات العامة في الجزائر في ظل الإصلاحات الاقتصادية، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2009.

05- **بن سديرة جلول**، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014-2015.

06- **ثامر مبارك عوض المطيري**، تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

07- **حذيفة عادل عبد الكريم منصور**، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والعراقي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2015.

08- **خالد سليمان أسود العنزي**، عقد التوريد الإداري، (دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويتي)، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012.

- 09- رحال عبد القادر، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة تيزي وزو، 1990.
- 10- زيات نوال، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2012-2013.
- 11- سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013.
- 12- شقطني سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2010-2011.
- 13- عتيق حبيبة، الشكالية في العقد الإداري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016.
- 14- علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة شهادة الماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2003-2004.
- 15- فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013.
- 16- فارس مخلف خلف الدليمي، الجزاءات المالية في العقد الإداري (دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني) مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2016.
- 17- لظفاوي محمد عبد الباسط، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة ومدى خضوعها للرقابة القضائية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2016.
- 18- مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008.

- 19- **محفوظ عبد القادر**، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان 2013-2014.
- 20- **مخاشف مصطفى**، السلطة التقديرية في إصدار القرارات الإدارية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008.
- 21- **مريم محمد أحمد**، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والعراقي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2015.

VI- المقالات العلمية المتخصصة:

- 01- **بديع مستو**، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة جامعة البعث، كلية الحقوق جامعة الشام الخاصة، المجلد 38، العدد 19، 2016، ص ص 71- 95.
- 02- **بن عبد المالك بوفلجة**، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، (قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247)، مجلة دفاتر السياسة والقانون كلية الحقوق، جامعة ورقلة، العدد 17 جوان 2017، ص ص 119 - 128.
- 03- **تافرونت عبد الكريم**، القواعد المنظمة لمبادئ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد 05، 2016، ص ص 111- 121.
- 04- **حسن عبد الرحيم السيد**، الشفافية في قواعد وإجراءات التعاقد الحكومي في دولة قطر دراسة مقارنة مع قانون اليونسسترال النموذجي للمشتريات الحكومية، مجلة الشريعة والقانون العدد 39، يوليو 2009، ص ص 49 - 104
- 05- **رفاه كريم رزوقي كريل**، **خضير عبد الحسين عبد زيد**، المسؤولية التعاقدية للإدارة على أساس الخطأ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل المجلد 7، العدد 3، 2015، ص ص 479-532.
- 06- **سحر جبار يعقوب**، سلطة الإدارة في حرمان المتعاقد واستبعاده، مجلة مركز دراسات الكوفة كلية القانون، جامعة الكوفة، المجلد 1، العدد 16، 2010، ص ص 117 - 129.
- 07- **شريف الشريف**، مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، العدد 03، 2013 ص ص 89 - 110.

- 08- **ضرار الفزاز**، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية والضاغطة في العقود الإدارية دراسة مقارنة (فرنسا، مصر، سورية)، مجلة جامعة البعث، كلية الحقوق، جامعة بلاد الشام المجلد 39، العدد 51، 2017، ص ص 147 - 183.
- 09- **عادل قرانة**، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، قسم الحقوق، جامعة سكيكدة، العدد 35، سبتمبر 2013 ص ص 177 - 188.
- 10- **علي أحمد حسن اللهيبي**، نكول من أحيات عليه المناقصة عن إتمام إجراءات التعاقد، مجلة الحقوق، كلية القانون، جامعة المستنصرية، المجلد 4، العدد 23، ص ص 81-106.
- 11- **عبد الرحمن عباس أدعين**، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، كلية المستقبل، قسم القانون، مجلة جامعة بابل، المجلد 22، العدد 3، 2014، ص ص 553 - 565.
- 12- **علي يوسف الشكري**، محمد سالم عبد الكاظم، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، المجلد 8، العدد 25، 2015، ص ص 07 - 31.
- 13- **عمار رزيق**، بشير الشريف شمس، قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، العدد 11، جوان 2017 ص ص 626 - 639.
- 14- **فريدة أبركان**، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة العدد 01، الجزائر، 2002.
- 15- **فيصل نسيغة**، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، العدد 05 سبتمبر 2009، ص ص 110 - 131.
- 16- **مهند نوح**، القاضي الإداري والأمر القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق، جامعة دمشق، المجلد 20، العدد الثاني، 2004 ص ص 183 - 245.
- 17- **محمود سامي جمال الدين**، القرار الإداري والسلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة بين دولة الامارات وفرنسا ومصر، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد الثالث، جويلية 1989، ص ص 309 - 370.

- 18- **مصلح الصرايرة**، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25 العدد الأول، 2009، ص ص 163- 198.
- 19- **مزياني فريدة**، الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الصفقات العمومية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، العدد الثاني، 2014 ص ص 6-19.
- 19- **منصور ابراهيم العتوم**، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 53، جانفي 2015 ص ص 343- 395.
- 20- **هنادي فوزي حسين**، سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون، جامعة ذي قار، العدد 11، 2015، ص ص 01- 43.

VII- المحاضرات والمدخلات:

أ- المحاضرات:

- **خلاف فاتح**، محاضرات في قانون الصفقات العمومية، طبقاً لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، أقيمت على طلبة كلية الحقوق بجامعة جيجل، 2015-2016.

ب- المدخلات:

- 01- **شيخ عبد الصديق**، رقابة الأجهزة والهيئات المالية على الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول " دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام "، كلية الحقوق، جامعة المدية، 20 ماي 2013.
- 02- **الواشني مريم**، " مراحل إبرام المناقصة في الصفقات العمومية "، الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة المدية 20 ماي 2013.

A-Textes législatifs et réglementaires

- 01- Règlement D'exécution (UE) 2015/1986, du **11 novembre 2015**, établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE)no 842/2011, JOUN, du 12-11-2015.
- 02- Directive 2014/23/UE du **26 février 2014** sur l'attribution de contrats de concession.
- 03- Directive 2014/24/UE, du **26 février 2014**, sur la passation des marchés publics, (dite directive « secteurs classiques »).
- 04- Directive 2014/25/UE du **26 février 2014**, relative à la passation de marchés passés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (dite directive « secteurs spéciaux »).
- 05- Loi n° 96-142, du **21 février 1996**, relative à la partie Législative du code général des collectivités territoriales, JORF n°47 du 24 février 1996.
- 06- Loi n° 2017-55, du **20 janvier 2017**, portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, JORF n°0018 du 21 janvier 2017, texte n° 2.
- 07- Ordonnance n° 2015-899, du **23 juillet 2015**, relative aux marchés publics, JORF n°0169, du 24 juillet 2015, p 12602 texte n° 38.
- 08- Ordonnance n° 2016-65, du 29 janvier 2016, relative aux contrats de concession, JORF n°0025, du 30 janvier 2016, texte n° 66.
- 09- Décret n° 2005-850 du **27 juillet 2005** relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement, JORF n°174 du 28 juillet 2005, page 0.
- 10- Décret n° 2006-975, du **1^{er} août 2006**, portant code des marchés publics, JORF n°179, du 4 août 2006, page 11627, texte n° 20.
- 11- Décret n° 2007-482 du **29 mars 2007** autorisant la ministre de la défense à déléguer ses pouvoirs en matière de marchés publics et d'accords-cadres, JORF n°77 du 31 mars 2007 page 6002.

- 12- Décret n° 2016-360, **du 25 mars 2016**, relatif aux marchés publics, JORF n°0074, du 27 mars 2016, texte n° 28.
- 13- Décret n° 2017-516, **du 10 avril 2017**, portant diverses dispositions en matière de commande publique, JORF n°0087, du 12 avril 2017, texte n° 9.
- 14- Arrêté **du 28 août 2006**, modifié par l'Arrêté du 3 octobre 2011, relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres, JORF n°0234 du 8 octobre 2011 page 17007, texte n° 15.
- 15- Arrêté **du 19 janvier 2009**, portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services, JORF n°0066, du 19 mars 2009, page 4953, texte n° 6.
- 16- Arrêté **du 16 septembre 2009**, portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics industriels, JORF n°0240, du 16 octobre 2009, page 16946, texte n° 12.
- 17- Arrêté **du 16 septembre 2009**, portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication, JORF n°0240, du 16 octobre 2009, page 16972, texte n° 14.
- 18- Arrêté **du 16 septembre 2009**, portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles, JORF n°0240, du 16 octobre 2009, page 16958 texte n° 13.
- 19- Arrêté **du 8 septembre 2009**, portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, JORF n°0227, du 1 octobre 2009, page 15907 texte n° 16.
- 20- Arrêté **du 3 mars 2014** modifiant l'arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, JORF n°0059 du 11 mars 2014.
- 21- Arrêté **du 29 mars 2016** fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics, JORF n°0076, du 31 mars 2016, texte, n° 103.
- 22- Circulaire **du 14 février 2012** relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, JORF n°0039, du 15 février 2012, page 2600, texte n° 16.

- 23-** Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique JORF n° 0305, du **31 décembre 2017**, texte n° 171.

B- Ouvrages Généraux

- 01-** **AUBY Jean-Marie** et **BON Pierre**, Droit administratif des biens du domaine, Expropriation pour cause d'utilité publique, 3^{ème} éd, Dalloz Paris, 1995.
- 02-** **AUBY Jean-Marie** et **DUCOS-Ader Robert**, Droit administratif, La fonction publique, Les biens publics, Les travaux publics, 4^{ème} éd Dalloz, Paris, 1979.
- 03-** **CHAPUS René**, Droit administratif général, Montchrestien, T.2, 15^{ème} éd, Paris, 2001.
- 04-** **CHARLES Debbasch**, Droit administratif, 6^{ème} éd, Economica, Paris 2002.
- Traité élémentaire de droit administratif **05- DE LAUBADERE André**, 1953.
- 06-** **HAURIOU Maurice**, Précis de droit administratif, et de droit public, .12^{ème} éd, Paris, 2002
- 07-** **PEISER Gustave**, Droit Administratif (contentieux administratif), éd, mémentos, Dalloz, Paris, 1989. 14^{ème}
- 08-** **TRUCHET Didier**, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Paris, 1977.

C- Ouvrages Spécialisés

- 01-** **AUBY Jean-Bernard**, le régime juridique de l'avis dans la procédure administrative, L.J.D.A, 1956.
- 02-** **BOUNNARD Roger**, la passation des marchés publics, R.D.P, 1943.
- 03-** **BRACONNIER Stéphane**, précis du droit des marchés publics, 3^{ème} éd le Moniteur, Paris, 2009.
- 04-** **DE BAECKE Pierre**, Comprendre simplement les marchés publics Edition Le Moniteur, Paris, 2013.
- 05-** **DELAUBADERE André**, Traité des contrats administratifs, T 2, LGDJ Paris, 1984.
- 06-** **DELAUBADERE A, P. Delvolvé, F. Moderne**, traité des contrats administratifs, T 1, L.G.D.J, Paris, 1983.
- 07-** **EYGASIER Jacques, CARLES parevdt**, Exécution des marchés publics de travaux, Edition Lamy, France, 2010.
- 08-** **FAOUZI Ben Khalifa**, le droit des marchés publics, Edition C.L.E Tunis, 2005.
- 09-** **GUIBAL Michel, CHARREL Nicolas**, code commenté des marchés publics, 6^{ème} éd, le Moniteur, Paris, 2013.

- 10- JEZE Gaston**, Les contrats administratifs, 1^{ère} partie, Paris, 19
- 11- LAJOYE Christophe**, Droit des marchés publics, Edition BERTI Alger, 2007.
- 12- PEUIQUIGNOT Georges**, Théorie générale des contrats administratifs Jurisclasseur administratif, 1962.
, 5^{ème} éd, Paris "Droit des contrats administratifs"
- 13- RICHER Laurent**,
2006.
, Droit des contrats administratifs, 12^{ème} éd, LGDJ Paris 2012. —
- 14-**
- 15- ROGER Bounnard**, le pouvoir discrétionnaire des autorités administrative et le recours pour excès de pouvoir, D.A, 1923.

D- Articles

- , in Droit "transparence et concurrence"
- 01- CARANTA Roberto**, comparé des contrats publics, (sous la direction de Rozen Noguellou, Ulrich Stelkens et autres, Bruylant, Bruxelles, 2010.
- 02- Diane Deom et Pierre Nihoul**, « les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », revue générale de droit, vol 36, n° 4, 2006.
- Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi "**02- L'HUILLIER Jean**,
, Dalloz, 1953."à l'administration?
- Précisions sur les modalités d'indemnisation du "**03- Laurent Seurot**, cocontractant en cas de résiliation anticipée du contrat pour motif d'intérêt général, Revue générale du droit on line, 2017, numéro 26514.
- Le régime de la modification des contrats de "**04- MATHIAS Amlihat**, concession et des marchés publics: La mutabilité des contrats et la
, JDA, Université Lille 2"logique concurrentielle

E- Thèses et Mémoires

- 01- CARLOS Alfonso Guecha Lopez**, la modification du contrat administratif en droit colombien, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas, 2015.
- 02- MARIE Charlotte**, Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique, Thèse de Doctorat en droit public Université de Montpellier, 2015.
- 03- MUHANNAD Ajjoub**, la notion de liberté contractuelle en droit administratif français, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon , Assas, Paris II, 2016.
- 04- SHWEKAT Aiad**, les droits et les obligations des Parties au contrat Comparative, administratif dans les droits français et Libyen, étude thèse de doctorat, Université de Toulouse 1 CAPITOLE, 2016.

F- Rapports, Documents officiels :

- 01-** Direction des affaires juridiques, - DAJ - Ministère de l'économie, les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, (fiches technique), **21-02-2017**.
- 02-** Direction des affaires juridiques - DAJ - Ministère de l'économie, (fiche technique), Les accords-cadres, **09-08-2017**, p 12.
- 03-** Direction des affaires juridiques - DAJ - Ministère de l'économie, (fiche technique), les marchés publics négociés sans publicité ni mis en concurrence préalable, **30-03-2016**, p 4.
- 04-** D.A.J. La résiliation unilatérale par l'administration des marchés publics et des contrats de concession, (fiches techniques), **13-06-2016**.
- 05-** DAJ, Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, du **26-09-2014**.
- 06-** Réponse ministérielle n° 5532, JO Sénat du **25 décembre 2008**, p 2607.

ثالثا: المواقع الالكترونية:

- 1- <http://www.legifrance.gouv.fr>
- 2- <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2015/7/23/2015-899/jo/texte>
- 3- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2016/3/25/2016-360/jo/texte>
- 4- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/4/10/2017-516/jo/texte>
- 5- <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/1/29/2016-65/jo/texte>
- 6- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2016/2/1/2016-86/jo/texte>
- 7- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2016/3/29/EINM1600215A/jo/texte>
- 8- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/1/20/PRMX1604064L/jo/texte>
- 9- http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html
- 10- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2009/1/19/ECEM0816423A/jo/texte>
- 11- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2009/9/16/ECEM0912503A/jo/texte>
- 12- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2009/9/8/ECEM0916617A/jo/texte>
- 13- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2014/3/3/EFIM1331736A/jo/texte>
- 14- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2009/9/16/ECEM0908897A/jo/texte>
- 15- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2009/9/16/ECEM0912514A/jo/texte>
- 16- <https://etenders.gov.eg/ArabicStaticDocs/Low89.pdf>
- 17- <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000036342905>
- 18- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R1986&from=FR>
- 19- http://www.bibliotdroit.com/2016/11/pdf_12.html

- 20- <https://www.joradp.dz/TRV/AMPublic.pdf>
- 21- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32014L002>
- 22- http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html
- 23- <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Directives/200418CE/Annexes/Directive-2004-18-CE-Annexe03.htm>
- 24- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2007/3/29/2007-482/jo/texte>
- 25- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2005/7/27/2005-850/jo/texte>
- 26- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/circulaire/2012/2/14/EFIM1201512C/jo/texte>
- 27- <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006054312&dateTexte=20170113>
- 28- http://www.ao-academy.org/wesima_articles/letters-20100417-2196.html
- 29- <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/negotiation>
- 30- https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-bonnes-pratiques-mp.pdf
- 31- <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000028754784>
- 32- <https://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics-negociés-sans-publicité-ni-mise-en-concurrence-2016>
- 33- <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Marches-subsequents-accords-cadres.htm>
- 34- <https://www.senat.fr/questions/base/2008/qSEQ080905532.html>
- 35- <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007515956>
- 36- <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/enchres-lectroniques-inverses>
- 37- <http://www.boamp.fr/Espace-entreprises/Comment-repondre-a-un-marche-candidature>
- 38- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/4/10/ECFM1636881D/jo/texte>
- 39- <http://www.marche-public.fr/Dematerialisation.htm>
- 40- <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Dematerialisation/profil-acheteur.htm>
- 41- <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007671656>
- 42- <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/commission-d-appel-d-offres-cao>
- 43- https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070633
- 44- <https://www.economie.gouv.fr/daj/intervention-CAO-attribution-marches-publics-2016>
- 45- <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000021880362>
- 46- <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007690538>
- 47- <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/infructuosite-du-marche>

- 48- <https://www.economie.gouv.fr/daj/declaration-sans-suit>
- 49- <https://www.iasj.net/iasj?func=issueTOC&isId=6813&uiLanguage=ar>
- 50- <https://www.iasj.net/iasj?func=issueTOC&isId=8056&uiLanguage=ar>
- 51- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/4/28/PRMX1702105D/jo>
- 52- <https://www.economie.gouv.fr/daj/modalites-modif-contrats-en-cours-2017>
- 53- <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=2095>
- 54- www.Marches_publicspme.com
- 55- <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/avenant>
- 56- <https://www.economie.gouv.fr/daj/modalites-modif-contrats-en-cours-2017>
- 57- <https://www.economie.gouv.fr/daj/resiliation-2016>
- 58- https://www.cjoint.com/doc/18_01/HApnzcoIqcE_codecivil2018.pdf
- 59- <https://pedia.svuonline.org/course/view.php?id=276>
- 60- <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2015/10/23/PRMX1516009R/jo/texte>

الفهرس

الفهرس

01.....مقدمة

الباب الأول

15.....حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة السعي للتعاقد

16.....الفصل الأول: العقد الإداري بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية

17.....المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية للإدارة في العقد الإداري

17.....المطلب الأول: مضمون السلطة التقديرية للإدارة

17.....الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للإدارة

17.....أولاً: التعريف العام

18.....ثانياً: التعريف الفقهي

23.....ثالثاً: تمييز السلطة التقديرية للإدارة عن السلطة المقيدة

25.....رابعاً: مبررات السلطة التقديرية للإدارة

27.....الفرع الثاني: أساس السلطة التقديرية للإدارة

28.....أولاً: فكرة الحقوق الشخصية

30.....ثانياً: فكرة المشروع

32.....ثالثاً: نظرية تدرج القواعد القانونية

34.....رابعاً: مبادئ المرفق العام

35.....المطلب الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للإدارة في العقد الإداري

36.....الفرع الأول: تقييد الإدارة بالمبادئ الأساسية للطلبات العمومية

36.....أولاً: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

46.....ثانياً: تكريس شفافية الإجراءات

54.....ثالثاً: المساواة في معاملة المرشحين للتعاقد

61.....الفرع الثاني: تقييد الإدارة بالضوابط القانونية الإجرائية

- 61.....أولاً: إعداد دفاتر الشروط.....
- 68.....ثانياً: إعلان الدعوة إلى المنافسة.....
- 81.....ثالثاً: شرط الكتابة في العقد الإداري.....
- المبحث الثاني: نطاق السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة الإجراءات التمهيدية**
- 87.....**السابقة على التعاقد.....**
- 87.....**المطلب الأول: الإعداد الاقتصادي والمالي للعقد الإداري.....**
- 88.....**الفرع الأول: تقدير الحاجات الفعلية اللازمة للمصلحة المتعاقدة.....**
- 88.....أولاً: مفهوم الحاجات والمواصفات التقنية.....
- 89.....ثانياً: الجهة المختصة بتحديد الحاجات.....
- 91.....ثالثاً: معايير تحديد الحاجات.....
- 102.....رابعاً: أثر مخالفة الإدارة للقواعد المتعلقة بتقدير الاحتياجات ودراسة الجدوى.....
- 103.....**الفرع الثاني: توافر الاعتماد المالي.....**
- 104.....أولاً: الاعتماد المالي لإبرام العقد في التشريع الجزائري والمقارن.....
- 109.....ثانياً: أثر مخالفة المصلحة المتعاقدة للقواعد المتعلقة بالاعتماد المالي.....
- 112.....**المطلب الثاني: حصول الإدارة على الموافقات السابقة على التعاقد.....**
- 112.....**الفرع الأول: الاستشارة السابقة على إبرام العقد.....**
- 113.....أولاً: مفهوم الإستشارة.....
- 114.....ثانياً: أنواع الاستشارة.....
- 115.....ثالثاً: تطبيقات الاستشارة في نطاق العقود الإدارية.....
- 120.....رابعاً: أثر مخالفة الإدارة للاستشارة السابقة.....
- 121.....**الفرع الثاني: الحصول على إذن بالتعاقد.....**
- 122.....أولاً: تطبيقات الإذن بالتعاقد في التشريع الجزائري والمقارن.....
- 129.....ثانياً: أثر مخالفة الإدارة لقواعد الإذن بالتعاقد.....

131.....	الفصل الثاني: حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة إبرام العقد.....
131.....	المبحث الأول: حدود سلطة الإدارة في اختيار أسلوب التعاقد.....
132.....	المطلب الأول: تقييد سلطة الإدارة في التعاقد وفقا للإجراءات الشكلية.....
133.....	الفرع الأول: التعاقد وفقا للإجراءات الشكلية في التشريع الجزائري والمصري.....
133.....	أولا: طرق التعاقد الشكلية في التشريع الجزائري.....
141.....	ثانيا: طرق التعاقد الشكلية في التشريع المصري.....
145.....	الفرع الثاني: التعاقد وفقا للإجراءات الشكلية في التشريع الفرنسي.....
145.....	أولا: طلب العروض.....
149.....	ثانيا: الإجراء التنافسي مع التفاوض.....
157.....	المطلب الثاني: مجال السلطة التقديرية للإدارة في التعاقد وفقا للإجراءات الاستثنائية.....
157.....	الفرع الأول: طرق التعاقد الاستثنائية في التشريع الجزائري والمصري.....
157.....	أولا: في التشريع الجزائري.....
168	ثانيا: في التشريع المصري.....
176.....	الفرع الثاني: طرق التعاقد الاستثنائية في التشريع الفرنسي.....
178.....	أولا: الاجراء التفاوضي دون إشهار ودون منافسة مسبقة.....
183.....	ثانيا: تقنيات أخرى خاصة للتعاقد في التشريع الفرنسي
195..	المبحث الثاني: حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة الإرساء و إبرام العقد..
195.....	المطلب الأول: ايداع وفحص العروض.....
196.....	الفرع الأول: تقديم العروض.....
196	أولا: مضمون العروض.....
204.....	ثانيا: أساليب تقديم العروض وآجالها.....
212.....	ثالثا: النتائج المترتبة على تقديم العروض.....
215.....	الفرع الثاني: فحص العروض.....
215.....	أولا: الجهة المختصة بعملية الارساء.....

- 225.....ثانيا: معايير تقييم اختيار المتعاقد مع الإدارة.
- 234.....المطلب الثاني: السلطة التقديرية للإدارة في تقرير إبرام العقد.
- 234.....الفرع الأول: إعلان المنح المؤقت واعتماد الصفقة.
- 234.....أولا: إعلان المنح المؤقت.
- 237.....ثانيا: اعتماد الصفقة.
- 246.....الفرع الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في إلغاء إبرام العقد ونكول المتعاقد.
- 248.....أولا: إلغاء إبرام العقد.
- 255.....ثانيا: نكول المتعهد الفائز بالعقد.

الباب الثاني

- 258.....حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري.
- الفصل الأول: حدود السلطة التقديرية للإدارة في مواجهة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية.
- 259.....المبحث الأول: سلطة الإدارة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه.
- 260.....المطلب الأول: مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه.
- 260.....الفرع الأول: تعريف سلطة الرقابة والتوجيه.
- 261.....أولا: المعنى الضيق للرقابة في العقود الإدارية.
- 262.....ثانيا: المعنى الواسع للرقابة.
- 264.....ثالثا: التمييز بين سلطة الإدارة في الرقابة و إجراءات الضبط الإداري.
- 267.....الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.
- 267.....أولا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة بموجب نص قانوني.
- 271.....ثانيا : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة بدون نص قانوني.
- 275.....المطلب الثاني: نطاق السلطة التقديرية للإدارة في الرقابة والتوجيه.
- 275.....الفرع الأول: قيود سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.

278.....	الفرع الثاني: حدود سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.
278.....	أولاً: حدود سلطة الإدارة في الرقابة في عقود الأشغال العامة.
284.....	ثانياً: حدود سلطة الإدارة في الرقابة في عقود امتياز المرفق العام.
290.....	ثالثاً: حدود سلطة الإدارة في الرقابة في عقود التوريد.
292.....	المبحث الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها.
293.....	المطلب الأول: الجزاءات المالية المباشرة.
293.....	الفرع الأول: غرامة التأخير.
294.....	أولاً: مفهوم غرامة التأخير.
295.....	ثانياً: خصائص غرامة التأخير.
299.....	ثالثاً: تقدير غرامة التأخير والإعفاء منها.
305.....	الفرع الثاني: التعويض.
306.....	أولاً: مفهوم التعويض وشروطه.
307.....	ثانياً: كيفية تقدير التعويض.
311.....	المطلب الثاني: الجزاءات المالية غير المباشرة.
311.....	الفرع الأول: مصادرة التأمين.
312.....	أولاً: ماهية مصادرة التأمين.
314.....	ثانياً: الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين.
315.....	ثالثاً: استحقاق مصادرة التأمين والإعفاء منه.
322.....	رابعاً: نطاق سلطة الإدارة في مصادرة التأمين.
325.....	الفرع الثاني: التنفيذ على حساب المتعاقد.
325.....	أولاً: مفهوم التنفيذ على حساب المتعاقد.
327.....	ثانياً: صور التنفيذ على حساب المتعاقد.
338.....	ثالثاً: شروط التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر.

الفصل الثاني: حدود السلطة التقديرية للإدارة في مواجهة متطلبات المرفق

- 345..... العام
- 346.....المبحث الأول: سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بالإرادة المنفردة.
- 346.....المطلب الأول: ماهية حق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري.
- 347.....الفرع الأول: مضمون فكرة التعديل الانفرادي للعقد الإداري.
- 348.....أولاً: موقف الفقه من سلطة الإدارة في تعديل العقد.
- 355.....ثانياً: موقف التشريع والقضاء من سلطة التعديل الانفرادي.
- 361.....ثالثاً: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.
- 364.....الفرع الثاني: حدود ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل الانفرادي.
- 364.....أولاً: القيود العامة المتعلقة بظروف إجراء التعديل.
- 369.....ثانياً: القيود الخاصة المتعلقة بمضمون التعديل.
- 378.....المطلب الثاني: آليات ممارسة سلطة التعديل وتطبيقاته.
- 378.....الفرع الأول: آليات ممارسة سلطة التعديل.
- 378.....أولاً: التعديل الاتفاقي عن طريق الملحق.
- 388.....ثانياً: التعديل الانفرادي غير الاتفاقي.
- 405.....الفرع الثاني: نطاق ممارسة الإدارة حق التعديل.
- 405.....أولاً: صور التعديل.
- 410.....ثانياً: مجال أعمال سلطة التعديل.
- المبحث الثاني: حدود السلطة التقديرية للإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها
- 421.....المنفردة.
- 421.....المطلب الأول: إنهاء العقد الإداري انفرادياً بسبب خطأ المتعاقد.
- 422.....الفرع الأول: مضمون الإنهاء الجزائي للعقد الإداري.
- 422.....أولاً: مفهوم الإنهاء الجزائي للعقد الإداري.
- 428.....ثانياً: أنواع الفسخ الجزائي.

432.....	الفرع الثاني: شروط إنهاء العقد الإداري وآثاره.
432.....	أولاً: شروط الإنهاء الجزائي للعقد الإداري.
442.....	ثانياً: الآثار القانونية للفسخ الجزائي.
446.....	المطلب الثاني: إنهاء العقد انفرادياً بدون خطأ من المتعاقد.
447.....	الفرع الأول: إقرار سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.
447.....	أولاً: ثبوت سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري للمصلحة العامة.
455.....	ثانياً: شروط الإنهاء الانفرادي للعقد دون خطأ المتعاقد.
462.....	الفرع الثاني: نطاق تطبيق سلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة.
462.....	أولاً: تطبيقات سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية.
466.....	ثانياً: الآثار المترتبة على إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة.
473	خاتمة.
485.....	قائمة المراجع.
508.....	الفهرس.

ملخص:

من المعلوم أن العقد الإداري يمر بمرحلتين أساسيتين هما مرحلة إبرام العقد ومرحلة تنفيذه، وتختلف ممارسة السلطة التقديرية للإدارة ضيقا واتساعا تبعا لهاتين المرحلتين.

ففي مرحلة إبرام العقد الإداري تتمتع الإدارة بهامش ضيق من السلطة التقديرية وتمارس اختصاصاتها بصورة محددة وبطريقة مرسومة سلفا في ظل الأطر الإجرائية المنصوص عليها قانونا، وذلك بهدف حماية المال العام وصونه وتحقيق المصلحة العامة، ويشترط القانون عادة على الإدارة المتعاقدة القيام بالإعداد الاقتصادي والمالي للعقد، والحصول على الموافقات المسبقة من الجهات المختصة، ومراعاة مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والالتزام بتكريس الشفافية في الإجراءات والمساواة في معاملة المرشحين للتعاقد.

وتتسع ممارسة السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة تنفيذ العقد، نظرا لما تملكه من امتيازات السلطة العامة والتنفيذ المباشر، باعتبارها توجد في مركز يسمو على مركز المتعاقد معها، وتتجلى هذه السلطة خاصة من خلال الرقابة على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، وتوقيع الجزاءات التعاقدية المختلفة ضده في حالة إخلاله بالتزاماته، وتعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة كلما اقتضت ظروف المرفق العام ذلك، كما تملك أيضا إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، في حالة الخطأ الجسيم من طرف المتعاقد الذي ألحق أضرار بها، كما تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إنهاء العقد حتى دون خطأ من المتعاقد وإنما لدواعي المصلحة العامة، متى ارتأت أن تنفيذه أصبح غير مفيد أو غير متوافق مع احتياجات المرفق العام، غير أن ممارسة الإدارة لهذه الامتيازات مقيد بالمحافظة على سير المرفق العام بانتظام وإطراد وفقا لما يحقق المصلحة العامة، مع حفظ حقوق المتعاقد وإلا كان تصرفها مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة.

Résumé:

Il est connu que le contrat administratif passe par deux phases fondamentales: phase de conclusion du contrat et phase de son exécution, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration se diffère de manière étroite et extensive en fonction de ces étapes.

Au stade de la conclusion du contrat administratif, l'administration dispose d'une marge du pouvoir discrétionnaire étroite et exerce ses pouvoirs de manière spécifique et prédéterminée dans le cadre de procédures prévues par la loi, en vue de la bonne utilisation des fonds publics et afin de réaliser l'intérêt public. La loi impose à l'administration contractante la préparation économique et financière du contrat, l'obtention d'autorisations préalables des autorités compétentes, assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, ainsi que la transparence des procédures et l'égalité de traitement des candidats à la passation de marché.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration est étendu au stade d'exécution du contrat, en raison de ce qu'il possède comme privilèges d'autorité publique et d'exécution directe, car il est dans une position supérieure à l'autre partie contractante, cette autorité se manifeste à travers le contrôle de la mise en œuvre par le partenaire cocontractant de ses obligations contractuelles, et l'imposition de diverses sanctions contractuelles contre lui en cas de manquement de ses obligations contractuelles, et la modification unilatéralement du contrat lorsque les conditions du service public l'exige. Elle a aussi la faculté de résilier le contrat unilatéralement, en cas de faute grave commise par le contractant. Elle est jouit également d'un large pouvoir discrétionnaire d'annuler le contrat pour des raisons d'intérêt public. mais l'exercice de ces prérogatives vise à assurer le bon fonctionnement du service public régulièrement et de façon constante, dans le cadre de réalisation de l'intérêt public, tout en préservant les droits du contractant, sinon sa conduite serait entachée d'abus de pouvoir.