



جامعة ألكلي محند اولحاج - البويرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم القانون العام

## إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون  
تخصص: إدارة ومالية

إشراف الاستاذة:  
بوسعيدة دليلة

إعداد الطالبتين:  
- دراجي سيهام  
- قاضي اسمهان

### لجنة المناقشة

الأستاذ: يحيى فاتيح.....رئيساً  
الأستاذة: بوسعيدة دليلة.....مشرفاً ومقرراً  
الأستاذة: ايت بن أعر صونية.....ممتحناً

تاريخ المناقشة

2016/06/05

# كلمة شكر و عرفان

" وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ "

أحمد الله حمداً يليق بمقامه العظيم، على إتمام نعمته علينا في استيفائنا لهذا البحث

وبعد:

من لم يشكر عباد الله لم يشكر الله، وعليه فإننا نتوجه بخالص عبارات الشكر والعرفان الى كل من ساعدنا على إتمام هذا العمل نخص بالذكر:

أستاذتنا وصاحبة دين علينا، نتمنى أن نوفق في ردّ جميلها من خلال مواصلة العمل الجاد،

الأستاذة بوسعيدة دليّة، فشكرا لكي استاذتنا على سعيك لدعم مسيرتنا الجامعية

كما أتقدم بفائق الشكر الى لجنة المناقشة الذين تفضلوا بقبول مناقشة هذا العمل المتواضع.

كما نتقدم بالشكر الى كل طاقم كلية الحقوق من أساتذة واداريين والشكر موصول لكل من ساهم من قريب أو بعيد في انجاز وإتمام هذه المذكرة.

# اهداء

بسم الله أبدأ كلامي ... الذي بفضلته وصلت لمقامي هذا الحمد والشكر  
على ما أتاني أهدي هذا العمل:

الى ينبوع العطاء الذي زرع في نفسي الطموح والمثابرة ... والدي  
العزیز

الى نبع الحنان الذي لا ينفد... أمي الغالية

الى من يحملون في عيونهم ذكريات طفولتي وشبابي ... أخي وأخواتي

الى من ضاقت السطور من ذكرهم فوسعهم قلبي ... أصدقائي خاصة

حسينة طوطاح ومحمد مشري

الى كل من يفكر ويبحث للارتقاء بالعلم والمعرفة في كل مكان.

## اهداء

الحمد لله الذي وفقنا لهذا ولم نكن لنصل إليه لو لا فضل الله علينا أما  
بعد، أهدي هذا العمل إلى:

الى روح أبي الزكية الطاهرة.

إلى النبيوع الذي لا يمل العطاء إلى من حاكت سعادتي بخيوط

منسوجة من قلبها والدتي العزيزة.

الى من تذوقت معهم أجمل اللحظات ومن كانوا ملاذي وملجئي اخوتي  
وأخواتي.

إلى من عملوا معي بكد بغية إتمام هذا العمل، إلى أصدقائي ورفقاء  
دربي.

اسمهان قاضي

## قائمة المختصرات:

- ج ر ..... الجريدة الرسمية.
- ص ..... صفحة.
- ص ص ..... من الصفحة الى الصفحة.
- ط ..... الطبعة.
- ق ص ع ..... قانون الصفقات العمومية.
- ق ا م ا ..... قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

مقدمة

تعتبر الصفقات العمومية من أهم الأدوات التي تحتكرها الدولة للتأثير الاقتصادي، كما أنها تعد الواجهة التي تعبر عن مصداقية الدولة متى فرضت احترامها للقواعد و القوانين المسيرة لها، وغالبا ما يلجأ اليها الأشخاص من أجل انجاز الأشغال و مختلف العمليات المعقدة، كما تعد الوسيلة الأمثل و الأداة الاستراتيجية لنمو الاقتصاد الوطني، و قد وضعها المشرع في أيدي السلطات لاستغلال الأموال العامة و استخدامها في العمليات المتعلقة بتجهيز المرافق العامة من أجل تنشيط العجلة الاقتصادية.

لا يختلف اثنان على أن مجال الصفقات العمومية يشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة ويتنافس فيه المتعهدين للظفر بصفقة ما، كما أنها تعد الشريان الذي يدعم عملية التنمية.

فنظرا لأهميتها الكبرى وارتباطها الوثيق بالواقع الاقتصادي للبلاد الذي شهد ولازال يشهد عدة تحولات جعل من المشرع الجزائري يحدث عدة تعديلات وفي فترة زمنية وجيزة وبنصوص قانونية متفاوتة في قوتها القانونية، بداية بالأمر الى المرسوم التنفيذي وصولا الى المرسوم الرئاسي، ما يثبت الأهمية البالغة لها<sup>(1)</sup>، حيث كان يحرص المشرع من خلال التعديل اثرائه وإصلاحه وجعله يواكب التحولات والتطورات على المستوى الإقليمي والعلاقات الدولية والجوار.

يمكن التطرق الى هذه التعديلات باختصار حيث كان أولها صدور الأمر رقم 90/67 المؤرخ في: 17/06/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية واستمر العمل بهذا الأمر لمدة 15 سنة<sup>(2)</sup>، ثم صدر المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10/04/1982 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي والذي قدم مفهوما واسعا للهيئات المعنية بهذا المجال<sup>(3)</sup>، ثم صدر

(1) علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون عام، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2004/2003، ص 02.

(2) الأمر رقم 90/67، المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج ر عدد 52، الصادرة في 27/06/1967.

(3) المرسوم الرئاسي 145/82، المؤرخ في 10 أبريل 1982، المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، المعدل والمتمم، ج ر عدد 15، الصادر في 13/04/1982.

المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 1991/11/09 والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، والذي عمل به لأكثر من 10 سنوات<sup>(1)</sup>.

نظرا للنقائص التي كانت تشوب هذا المرسوم من جهة و تماشيا مع تطور المرحلة الاقتصادية الجديدة للبلاد القائمة أساسا على فتح المجال أمام المتعاملين الاقتصاديين سواء الوطنيين أو الأجانب للمساهمة في بناء الاقتصاد الوطني من جهة ،و الذي تم الغاؤه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل و المتمم<sup>(2)</sup>، ثم صدر المرسوم رقم 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المعدل<sup>(3)</sup> بالمرسوم رقم 98/11 المؤرخ في 2011//03 و المرسوم رقم 23/12 المؤرخ في 2012/01/18 المعدل و المتمم بالمرسوم رقم 03/13 المؤرخ في 2013/01/13 الذي جاء لتكريس مبادئ المساواة و الشفافية والحرية في ابرام الصفقات العمومية و الذي يحوي مجمل الإجراءات الواجب اتباعها في اطار ابرام و تنفيذ الصفقات العمومية.

وقد تدعمت المنظومة القانونية مؤخرا بتنظيم جديد للصفقات العمومية، صدر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في 16 ديسمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام<sup>(4)</sup>.

وبما أن الصفقات العمومية هي أحد عقود الإدارة، هذه الأخيرة تمارس نشاطها وفق أسلوبين: الأول يكون عن طريق توجيه أوامر للمواطنين وهذا ما يسمى بالقرار الإداري. وقد عرفه الفقيه ايون دوجي انه: " كل عمل اداري بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو كما ستكون في لحظة مستقبلية معينة<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، يتضمن إعادة تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57، الصادرة في 13 نوفمبر 1991.

<sup>(2)</sup> المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل و المتمم، ج ر عدد 52، الصادرة في 27 جويلية 2002.

<sup>(3)</sup> المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 3 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل و المتمم، ج ر عدد 58، الصادرة في 7 أكتوبر 2010.

<sup>(4)</sup> المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 16 ديسمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

<sup>(5)</sup> عوادي عمار، القانون الإداري (النشاط الإداري)، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 90.



كما يعرفه الأستاذ فؤاد مهنا على أنه: "عمل قانوني انفرادي يصدر بإرادة احدى السلطات الإدارية في الدولة ويحدث آثار قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو الغاء وضع قانوني قائم (1)".

أما الأسلوب الثاني فيتمثل في الرضا والتفاهم بحيث تقوم بإبرام عقود إدارية عن طريق التفاهم أو الاتفاق مع أحد الأشخاص المعنوية أو أحد الأشخاص المعنوية الخاصة أو شخص طبيعي، إذا رأت أن أسلوب العقد الإداري هو الأسلوب الأمثل في انجاز أهدافها؛ والعقد بصفة عامة هو اتفاق ارادتين أو أكثر على احداث أثر قانوني معين (2).

وقد نصت المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 236 /10 على طرق ابرام الصفقات العمومية: " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء المناقصة التي تشكل القاعدة العامة، أو وفق اجراء التراضي". هذا قبل التعديل الأخير الذي دخل حيز التنفيذ في 20 ديسمبر 2015 الذي أعاد اجراء طلب العروض كقاعدة عامة وأبقى على اجراء التراضي كاستثناء طبقا للمادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: " تبرم الصفقات العمومية وفقا لجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق اجراء التراضي". وسنقتصر في هذه المذكرة على دراسة اجراء التراضي، كإجراء استثنائي لإبرام الصفقات العمومية.

### دوافع وأسباب اختيار الموضوع:

-البحث في مجال الصفقات العمومية بصفة عامة من المواضيع الحساسة والدقيقة لارتباطها بالمال العام، وهذا ما أعطانا الدافع والعزيمة للبحث في طريقة من طرق ابرام الصفقات العمومية ألا وهو اجراء التراضي.

(1) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 92.

(2) عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، مذكرة دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008/2009، ص 1.

-كذا تصاعد الاهتمام بهذا الموضوع في الآونة الأخيرة، نظرا لما أثير من فضائح مالية لعدد هام من صفقات الجهات الإدارية المختلفة والتي يمكن رد بعضها الى التجاوز الصادر من جانب الإدارة المتعاقدة من جراء استعمال سلطتها.

### أهداف الموضوع:

الهدف من الدراسة الذي نسعى الوصول اليه هو: محاولة التعرف على النظام القانوني الذي يحكم اجراء التراضي.

- جعل المذكرة إضافة حقيقية في مجال البحث العلمي من خلال ابراز أهم المستجدات التي نص عليها المشرع الجزائري في مجال إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي.

### صعوبات الدراسة:

من أبرز الصعوبات التي واجهتنا وان لم نقل الوحيدة هي قلة المراجع في هاذ الموضوع وخاصة المراجع المتخصصة.

وبما أن عنوان المذكرة هو إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي فإننا سنحاول الإجابة على الإشكالية التالية:

**كيف نظم المشرع الجزائري إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي في**

**القانون الجزائري؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية سنتبع منهجين الأول هو المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليلنا للنصوص القانونية الواردة في قانون الصفقات العمومية وخاصة المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي وهذا كمنهج رئيسي، مع الاستعانة بالمنهج المقارن من خلال المقارنة بين مختلف النصوص المتعلقة بهذا الموضوع بجميع التعديلات التي مر عليها قانون الصفقات العمومية.

وقد قمنا بتقسيم المذكرة الى فصلين: الفصل الأول تحت عنوان الإطار القانوني لإجراء التراضي في الصفقات العمومية، أما الفصل الثاني فبعنوان آثار الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي.

# الفصل الأول

الإطار القانوني لإجراء

التراضى في الصفقات

العمومية

تبرم الإدارة أو المؤسسات العمومية العديد من العقود الإدارية والتي من بينها عقود الامتياز والصفقات العمومية اذ تعرف على أنها " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في القانون، وذلك من أجل انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة"<sup>(1)</sup>.

ونظرا للأهمية البالغة لعقود الصفقات العمومية باعتبارها أهم طرق إنفاق الأموال العمومية وتمثل كذلك الأداة المميزة للسياسة الاقتصادية والاجتماعية للبلاد<sup>(2)</sup>. ولما كان للصفقات العمومية علاقة بالخرينة العمومية، وجب اخضاع الإدارة لطرق خاصة تتعلق بإبرام الصفقة، باعتبارها عقود تتضمن بنود غير مألوفة، تشكل قيودا في إجراءات التعاقد لكن لن تصل هذه القيود الى جوهرها وهو حماية المال العمومي<sup>(3)</sup>.

ومن خلال المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى نجده تطرق الى طرق ابرام الصفقات العمومية من خلال نص المادة 25 " تبرم الصفقات وفقا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة في الابرام، أو وفق اجراء التراضي." غير انه طبقا للقانون الجديد الذي صدر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 فقد عدل من طرق الابرام اذ أرجع اجراء طلب العروض هو القاعدة العامة واحتفظ بإجراء التراضي كاستثناء طبقا لنص المادة 39 منه<sup>(4)</sup>، وهذا الأخير هو موضوع مذكرتنا.

ولدارسته قمنا بتقسيم الفصل الأول الى مبحثين: المبحث الأول بعنوان مفهوم اجراء التراضي في ابرام الصفقات العمومية، والمبحث الثاني سنتطرق فيه الى كيفية ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي.

(1) لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، ط 4، دار المجد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص ص، 275، 278.

(2) لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 250/02 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2006/2007، ص 2.

(3) بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، مذكرة ماجستير، فرع إدارة ومالية، جامعة أمحمد بوقرة، كلية الحقوق بودواو، بومرداس، 2011/2012، ص 07.

(4) أنظر المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، السالف الذكر.

## المبحث الأول

### مفهوم اجراء التراضي في ابرام الصفقات العمومية

يعد ابرام الصفقة العمومية مرحلة حاسمة لا بد من خضوعها لآلية ابرام معينة كما كان الحال في أسلوب المناقصة التي كانت تعد القاعدة العامة في ابرام الصفقات العمومية حسب المرسوم الرئاسي رقم 236/10 الملغى.

أما بعد صدور القانون الجديد رقم 247/15 فقد أصبح طلب العروض هو القاعدة العامة وألغى المناقصة، فطبقا لنص المادة 39 من هاتين تنص على: " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق اجراء التراضي". يعرف اجراء طلب العروض على انه اجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا الى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الاجراء<sup>(1)</sup>. والتي يتضح من خلالها انها عبارة عن دعوة للتعاقد تعلنها الإدارة المتعاقدة وفق شروط وأشكال محددة ويقع الاختيار على أفضل عرض.

غير أن كلا القانونيين تركا اجراء التراضي هو الاستثناء لهما، والذي يتميز بإجراءاته البسيطة والمباشرة متحررا من القيود الإجرائية المعمول بها في القاعدة العامة<sup>(2)</sup>.

ومن هنا قسمنا المبحث الى ثلاث مطالب: المطلب الأول بعنوان تعريف اجراء التراضي وخصائصه، المطلب الثاني أشكال اجراء التراضي، المطلب الثالث الأساس القانوني لإجراء التراضي.

(1) أنظر المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، السالف الذكر.

(2) عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري، دون رقم طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 304.

## المطلب الأول

## تعريف اجراء التراضي وخصائصه

من المسلم به أن العقد سواءً أكان مدنياً أم إدارياً يتكون بتوافق إرادتين بقصد أحداث أثر قانوني معين، وتتعدد الوسائل التي تلتزم الإدارة من خلالها إبرام العقد الإداري<sup>(1)</sup>، فتكون طريق إجراء طلب العروض طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، مع وجود دائماً اجراء التراضي كاستثناء الذي تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة للخروج عن الإجراءات المعروفة وهو يعد أسلوباً أكثر مرونة فمن خلال هذا تم تقسيم المطلب إلى فرعين: الفرع الأول نخصه لتعريف اجراء التراضي، أما الفرع الثاني فنتطرق إلى خصائصه وما يميزه عن الاجراء الاخر.

## الفرع الأول: تعريف اجراء التراضي

كما تطرقنا سابقاً أن أسلوب التراضي هو اجراء استثنائي، إذ يعد أسلوباً أكثر مرونة لأنه يترك للإدارة حرية أكبر في اختيار الشخص الذي ستتعاقد معه<sup>(2)</sup>، بمعنى أن الإدارة تتحرر فيه من كل القيود المفروضة عليها في حالة إقدامها على التعاقد؛ فأسلوب التراضي يعفي الإدارة من أهم قيد من القيود ألا وهو الإعلان والاشهار، وعليهتملك المصلحة المتعاقدة حرية اختيار المتعاقد معها<sup>(3)</sup>، فنقوم بإجراءات التراضي في أجل لا يتعدى 3 أشهر كحد أقصى وتسمى صفقة تسوية طبقاً لنص المادة 23 الفقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>(4)</sup>.

(1) جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دون رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 123، 124.

(2) لباد ناصر، مرجع سابق، ص 465.

(3) رفاة عمار، أحكام التراضي في الصفقات العمومية، مذكرة ليسانس، فرع قانون عام، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013/2012، ص 25.

(4) المادة 23 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 تنص: "ومهما يكن أمر، تحرر صفقة تسوية خلال أجل ثلاثة أشهر، ابتداء من الشروع في تنفيذ الخدمات، وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية."

الأسلوب معروف في التشريعات المقارنة، ففي مصر يعرف بأنه الاتفاق المباشر، أما في فرنسا فقد ظل مصطلح gré à gré امتدأ ولا الى غاية صدور مرسوم 1976/01/21 حيث تم استبداله بمصطلح Les marchés négociés أي التعاقد بناء على مفاوضة.

أما المشرع الجزائري فقد ظهر موقفه من خلال تطرقه لهذا الأسلوب فيمختلف التشريعات المنظمة للصفقات العمومية، لأنه فيما يخص استعمال المشرع لمصطلح التراضي، وهو ليس الوحيد في ذلك ليس في محله أو بتعبير أدق هو محل نظر، لأن التراضي هو أساس كل العقود سواء أكانت تخضع للقانون الخاص أو للقانون العام كما هو الشأن في الصفقة العمومية فمهما اختلفت طريقة إبرامها فيستلزم توافره حتى في الحالات التي تبرم فيها الصفقة تبعا لأسلوب المناقصة أو المزايدة وحتى الاستشارة الانتقائية والمسابقة (1).

وبات من الضروري ايجاد مصطلح يتوافق والليات التي تتم بها هذه الطريقة وبالتالي فان أنسب مصطلح يوافق هذه الطريقة هو الاتفاق المباشر أو التفاوض.

يمكن تعريف أسلوب التراضي أو الاتفاق المباشر على انه أسلوب استثنائي تلجأ اليه الإدارة في حالة اللجوء الى الطرق الأخرى وغالبا ما يتعلق الأمر باحتياجات عاجلة تريد الإدارة ان تتعاقد عليها، وعلى ذلك فان أسلوب الاتفاق المباشر يتحرر من الإجراءات الصارمة التيحكم المناقصات، فهو يعطي للإدارة حرية واسعة في اختيار المتعاقد معها دون اتباع إجراءات معينة (2).

ولقد عرفه المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المعدل من خلال مواده 22، 37، 38 على أنه هو الاجراء الذي يسمح للمصلحة المتعاقدة للتفاوض مع المؤسسات أو الموردين الذين ترى ذلك مجديا معهم بدون دعوة للمنافسة وبالتالي يستفيد من الصفقة المترشح الذي

(1) تياب نادية، سلطة المصلحة المتعاقدة في صفقات التراضي، العدد 1، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 290، 291.

(2) جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 214.



تراه كفوًا لذلك، كما انه اجراء استثنائي ولا تلجأ اليه المصلحة المتعاقدة الا إذا كان هو الأفيد، ويتخذ التراضي شكلين التراضي البسيط، والتراضي بعد الاستشارة

وقد جاء المرسوم الرئاسي رقم 236/10 سابقا ليحافظ هو الاخر على المدلول نفسه وذلك في نص المادة 27 منه: "التراضي هو اجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية الى المنافسة."<sup>(1)</sup>

أما المرسوم الرئاسي رقم 247/15 فقد عرف اجراء التراضي في نص المادة 41 على انه: "التراضي هو اجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية الى المنافسة".

### الفرع الثاني: خصائص اجراء التراضي

يتفق العقد الإداري والعقد المدني حيث أن كلا منهما يقوم على أساس توافق ارادتين على احداث أثر قانوني معين، ويتمثل هذا الأثر في انشاء التزامات وحقوق متبادلة بين الطرفين. كما يتفقان من ناحية الأركان الأساسية الواجب توافرها أثناء التعاقد وهي الرضا والمحل والسبب، الا أن الاختلاف بينهما يكون عادة في النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما، ويعود ذلك الى أن الإدارة تبرم عقودها باعتبارها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات السلطة العامة، وبالتالي تكون في موقع مختلف ومتميز عن موقف الأفراد يخولها سلطات خاصة لا يتمتع بها الأفراد العاديين أو الأشخاص الخاصة<sup>(2)</sup>.

فإذا كان أطرافالعقد المدني يتمتعون بحرية كبيرة في التعبير عن ارادتهم في تحديد مضمون العقد ووسائل تنفيذه كقاعدة عامة فان الأمر يختلف كثيرا بالنسبة للعقد الإداري باعتبار أن الإدارة طرفا فيه<sup>(3)</sup>.

(1) تنياب نادية، مرجع نفسه، ص 290، 291.

(2) عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص 2.

(3) جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 125.

كما أن التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد، فوجود هذا الأخير لازم في كل العقود سواء كانت بين أطراف القانون الخاص أو أطراف القانون العام إذ لا يمكن تصور عقد دون ركن الرضا، فالأساس في العقود هو مبدأ الرضائية<sup>(1)</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني بمعنى تلاقي الإيجاب والقبول من الإدارة والمتعاقد معهما من خلال نصها: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"<sup>(2)</sup>، وفي هذا الشأن يطبق القضاء الإداري القواعد المعمول بها في القانون المدني<sup>(3)</sup>.

فمقارنة بالعقود الخاصة التي يسودها مبدأ سلطان الإرادة أساسا فإن حرية الإدارة تتسم بالتقييد، حيث أن الإدارة العامة ملزمة بإبرام صفقاتها وفق كفاءات وقواب وطرق رسمها لها القانون مسبقا<sup>(4)</sup>.

وما يميز إجراء التراضي عن إجراء طلب العروض وإجراء المناقصة هو عدم الزامية الاشهار، وإنما يتم جلب العروض فيها عن طريق الوسائل العادية<sup>(5)</sup>.

## المطلب الثاني

### أشكال إجراء التراضي في إبرام الصفقات العمومية

إن المظهر المميز لطريقة التراضي كأسلوب من أساليب التعاقد أنه يعفي الإدارة من الخضوع للإجراءات الطويلة وهذا لاختيار المتعاقد معها<sup>(6)</sup>، فتتجاوز مع من تراه قادرا على

(1) بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، -دراسة تشريعية وقضائية وفقهية-، ط 1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 132.

(2) القانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007، يعدل ويتمم، الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 31.

(3) شريقي نسرين، القانون الإداري، دون رقم طبعة، مكتبة بلقيس للنشر، الجزائر، دون ذكر سنة النشر، ص 167.

(4) بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 28.

(5) مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007، ص 65.

(6) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 136، 137.

القيام بالعمل الذي ترغب في إنجازه وفقا لما تمليه عليها مقتضيات الصالح العام<sup>(1)</sup> وهو ما يسمى بالتراضي البسيط.

الا أنه إذا تعلق الأمر بعمليات معقدة أو ذات أهمية بالغة وترى المصلحة المتعاقدة المعنية أن أسلوب التحاور مع متعاقد وحيد لا يؤدي الى تحقيق الغرض من العمل المطلوب، فلها ان تلجأ الى توسيع دائرة التفاوض لتشمل أكثر من مترشح وهذا ما يسمى بالتراضي بعد الاستشارة.

وقد أخذ المشرع بالأسلوبين، وان كان في بعض الحالات يرجح واحد على الآخر حسب الظروف التي تمر بها البلاد وكذا مستوى تطور المؤسسات الاقتصادية العامة والقطاع الخاص.

ولهذا قسمنا المطلب الى فرعين: الفرع الأول التراضي البسيط، الفرع الثاني التراضي بعد الاستشارة.

### الفرع الأول: التراضي البسيط

التراضي البسيط أحد أشكال أسلوب التراضي، يجعل المصلحة المتعاقدة تستبعد مبدأ التنافس الذي كان من خلاله يتم افساح المجال الى جميع الأفراد واطاحة الفرصة لهم إذا توفرت فيهم الشروط لتقديم عروضهم، ويكون من حق كل شخص استوفى الشروط ان ترسو عليه الصفقة.

فمن خلال هذا فان أسلوب التراضي البسيط تقوم من خلاله المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة العمومية مع متعامل وحيد بمجرد تطابق ارادتهما وفقا لدفتر شروط معد مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة، دون اللجوء الى أي نوع من أنواع الاشهار أو الدعوة الى المنافسة<sup>(2)</sup>.

(1) تياب نادية، مرجع سابق، ص 300.

(2) شروقي محترف، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 16، 2006/2005، ص 10.

وبصدور المرسوم الرئاسي رقم 236/10 ازيل كل الغموض الذي شاب هذا النوع من التراضي، وذلك من خلال توضيح أدق جوانبه بدءاً بجعله إجراءً استثنائياً.

وقد نصت المادة 27 المعدلة الفقرة 02 على ذلك: "ان اجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها الا في الحالات الواردة في المادة 43 من هذا المرسوم"، وهو نفس التعريف الذي أبقى عليه المرسوم الرئاسي رقم 247/15 غير ان الحالات وارده في المادة 49 من نفس المرسوم طبقا للمادة 41 منه<sup>(1)</sup>.

يلاحظ إعادة وتأكيد المشرع على الطابع الاستثنائي للتراضي البسيط رغم أنه قد سبق وجعل من التراضي قاعدة استثنائية في الابرام في نص المادة 25 من نفس المرسوم؛ فهذه الإعادة لم تكن لرغبة المشرع في التكرار وانما أراد التأكيد على التراضي في صورته البسيطة، أيضا يعد استثناء على استثنائية التراضي بصفة عامة بما يؤدي الى تقييد المصلحة المتعاقدة في اعتماده<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: التراضي بعد الاستشارة

هو شكل من أشكال التراضي المنصوص عليها في المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ".... يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة....." هو نفس الامر الذي كان عليه في المرسوم رقم 236/10 سابقا من خلال نص المادة 27<sup>(3)</sup>، ويعبر عنه باللغة الفرنسية *gré à gré après consultation*

لم يرد تعريف محدد لإجراء التراضي بعد الاستشارة، غير انه يمكن القول بأنه ذلك الاجراء الذي تبرم بموجبه المصلحة المتعاقدة الصفقة بعد استشارة مسبقة تسمح لها بدراسة وضعية السوق وإمكانيات المتعاملين الاقتصاديين المتقدمين لها<sup>(4)</sup>.

(1) المادة 41 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 تنص: " ان اجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها الا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم."

(2) تياب نادية، مرجع سابق، ص 300، 301.

(3) أنظر المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر.

(4) شروقي محترف، مرجع سابق، ص 11.

كما أنه يعد أسلوب تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإبرام إحدى صفقاتها وذلك بإقامة المنافسة بين عدة مترشحين مدعويين خصيصاً، فتقوم بعرض موضوع الصفقة المزمع إبرامها على كافة الجهات والمؤسسات المتخصصة بواسطة الوسائل المكتوبة المختلفة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعتمدة في إجراء طلب العروض.

كان المشرع الجزائري ومنذ صدور أول قانون للصفقات العمومية يؤكد على ضرورة اللجوء إلى الاستشارة المسبقة<sup>(1)</sup> حسب نص المادة 60 من الأمر رقم 90/67، وجاء المرسوم رقم 236/10 ليؤكد نفس الاتجاه في نص المادة 27 المعدلة من خلال نصها على: "... أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة"، كذلك تم التطرق إلى التراضي بعد الاستشارة في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 من خلال المادة 41، كما أن المادة 51 من نفس المرسوم فقرة 02 نصت: "يكون التراضي بعد الاستشارة عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية".

ومن هنا يمكن التوصل إلى أن التراضي بعد الاستشارة هو استثناء يرد على القاعدة أن التراضي البسيط هو الأصل<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث

#### الأساس القانوني للتراضي في إبرام الصفقات العمومية

مر النظام القانوني للصفقات العمومية بمراحل شهد من خلالها تطورات عديدة، تماشياً مع النظام الاقتصادي المنتهج في كل مرحلة، فقد لوحظ في الفترة الاستعمارية أن النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر كانت تحكمه نصوص أساسية مطبقة على الصفقات العمومية الفرنسية، وقد تم تمديد العمل بالقانون الفرنسي بعد الاستقلال بصدور القانون رقم 157/62<sup>(3)</sup> إلى حين صدور قانون جزائري، إلا ما كان متعارضاً مع السيادة الوطنية.

(1) تيايب نادية، مرجع سابق، ص 309، 310.

(2) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 136.

(3) قانون رقم 157/62، المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، يتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، ج ر عدد 02، الصادرة في 11 جانفي 1963.

نتيجة المستجدات الحاصلة ومقتضيات المصلحة العامة، صدرت عدة نصوص تنظيمية كان أولها الأمر رقم 90/67 وفي محاولة من المشرع لتلافي النقص الوارد به لجأ الى اصدار المرسوم رقم 145/82، ونتيجة التطورات الاقتصادية الحاصلة اضطر المشرع الى مسايرتها والاستجابة لها، فأصدر المرسوم التنفيذي رقم 434/91، ثم في المرحلة الرابعة تم اصدار المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المعدل والمتمم، الا انه رغم جميع هذه التعديلات التي قام بها المشرع الا انها لم تحقق الغرض مما أدى الى الغائها بإصدار المرسوم الرئاسي رقم 236/10<sup>(1)</sup>.

ولكن ما يهمنا في هذه التعديلات هي التغييرات التي طرأت على اجراء التراضي، ولهذا قسمنا المطلب الى فرعين: تطرقنا في الفرع الأول الى الأساس القانوني للتراضي قبل المرسوم الرئاسي رقم 236/10، أما الفرع الثاني في إطار المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

#### الفرع الأول: قبل المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية

فمن خلال هذا الفرع سننتقل الى أربعة تعديلات أولها في ظل الأمر رقم 90/67، والثاني طبقا للمرسوم رقم 145/82، أما ثالثا المرسوم التنفيذي رقم 434/91، وأخيرا المرسوم الرئاسي رقم 250/02.

#### أولا: التراضي كإجراء استثنائي في ظل الأمر رقم 90/67

تبنت الجزائر بعد خمس سنوات من الاستقلال ق.ص.ع في شكل أمر يحمل رقم 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967، و الذي يعد أول قانون للصفقات العمومية في عهد الدولة الجزائرية المستقلة، فقد كرس هذا القانون الثلاثية الشائعة في ابرام الصفقات العمومية و هي: المناقصة، طلب العروض، التراضي<sup>(2)</sup>، و قد تطرق اليها في الفصل الرابع تحت عنوان اجراء ابرام الصفقات، و قد تم تخصيص القسم الثالث منه لإجراء التراضي بعنوان

(1) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة دكتوراه، فرع قانون عام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 7، 8.

(2) قذوج حمامة، عملية ابرام العقود الإدارية في نطاق صفقات المتعاقد العمومي في الجزائر، تحليل ومقارنة، مذكرة ماجستير، فرع الإدارة والمالية العامة دون ذكر سنة المناقشة، جامعة الجزائر، بن عكنون، ص 39.

صفقات التراضي، وما يلاحظ عليه هو أنه خصص له مادتين هما 60 و 61 على عكس اجراء المناقصة التي خصص لها 7 مواد و اجراء طلب العروض 18 مادة<sup>(1)</sup>.

ومن هنا يتضح أنه لم يعطى لإجراء التراضي حقهم النصوص القانونية، وقد نصت المادة 60 من نفس الأمر على أنه تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم، ومنح الصفقة لمن تختاره منهم. وتنظم المنافسة إذا أمكنت بجميع الوسائل الخاصة بها<sup>(2)</sup>.

ما يعلق على هذه المادة هو أن الإدارة لا تتنافس مع المقاولين والموردين وانما التنافس يكون بين هؤلاء وعلى الإدارة أن تسهر على اقامته.

ويتضح من خلال هذا أن المشرع لم يتمكن من وضع تعريف دقيق لإجراء التراضي والذي كان له شكلين اجراء التراضي باللجوء الى المنافسة، والتراضي دون إقامة المنافسة.

ان اجراء التراضي في هذه المرحلة يعتبر قاعدة استثنائية، بالرغم من عدم ذكر صراحة الا أنه يستفاد ضمنيا<sup>(3)</sup>، ذلك من خلال تقييد الإدارة بحالات محددة يتم من خلالها اللجوء اليه نظمها الأمر رقم 90/67 في مادته 61<sup>(4)</sup>.

(1) سحنون سمية، اجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 01، 2012/2013، ص 28.

(2) أنظر المادة 60 من الامر رقم 90/67 يتضمن قانون الصفقات العمومية.

(3) سحنون سمية، مرجع سابق، ص 29، 30.

(4) المادة 61 من الامر رقم 90/67 تنص على: يجوز ابرام الصفقات بالتراضي في الحالات الآتية: -عندما لا يمكن الحصول على الخدمات الا من مقاول أو مورد فريد حائز لامتياز احتكار، أو من مالك لبراءة اختراع. - عن الأشغال أو التوريدات أو الخدمات التي عرضت على المنافسة، ولم يقدم في شأنها أي عرض، أو قدمت عروض لا يمكن قبولها.

- في حالات الاستعجال القاهرة عندما يكون هناك خطر وشيك الوقوع من شأنه أن يضر بأموال مستثمرة في مشروع قائم بعد، ولا يمكن أن يتحمل المهل الخاصة بالالتجاء الى المنافسة.

- عن خدمات النقل التي يعهد بها الى المقاولين العموميين للنقل عن استئجار السفن، والتأمينات عن أنواع الشحن التابعة لها.

- عن كل الأشغال أو التوريدات أو الخدمات عندما تستلزم الظروف تنفيذها بصورة سرية.

ثانيا: التراضي كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم

145/82

صدر القانون الثاني المنظم لصفقات العمومية المتمثل في المرسوم الرئاسي رقم 145/82 لينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي والمطبق على مجمل صفقات القطاع العام بشقيه الإداري والاقتصادي.

و قد ظهر هذا المرسوم نتيجة رفض مسيري المؤسسات العمومية للأمر رقم 90/67 الذي يعد حسب رأيهم لا يتلاءم مع طبيعة نشاطهم الذي يتطلب التمتع بالحرية في إبرام العقود و مقارنة بالأمر رقم 90/67 نلاحظ أن المصطلحات الرسمية عرفت تغييرا فقد تم استبدال "الصفقات العمومية" الموروثة من النظام القانوني الفرنسي " بصفقات المتعامل العمومي"، هذا التغيير يصحبه تعديل كبير في القواعد الموضوعية. لكن ما يهمنا في هذا التغيير هو التغيير الذي مس اجراء التراضي، اذ كان قصع لسنة 1967 يكرس الثلاثية المشهورة في كفيات ابرام الصفقات العمومية وهي: المناقصة، الدعوة للعرض، والتراضي، فان قانون الصفقات لسنة 1982 في مادته 26 يكرس كيفيتين فقط لإبرام صفقات المتعامل العمومي وهي: التراضي والدعوة للمنافسة<sup>(1)</sup>، و قد تم تعريف كيفية الدعوة للمنافسة طبقا للمادة 28 من هذا المرسوم على أنها أسلوب يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل العروض<sup>(2)</sup>.

ومن هنا يلاحظ أن اجراء التراضي وضع في نفس المستوى مع اجراء الدعوة للمنافسة، أي أن المشرع ساوى بين الإجراءين وأعاد الاعتبار لإجراء التراضي، وقد عرفته

- إذا كانت ظروف تسيير وحدات القطاع العام المرتبة في أصناف لها الأولوية من طرف الهيئة المركزية للتخطيط تتطلب توزيعها مسبقا للتوصيات العمومية."

(1) قدوج حمامة، مرجع سابق، ص 75.

(2) أنظر المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 145/82 السالف الذكر.



المادة 27 "هو اجراء يخصص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة للمنافسة ولا تستبعد فيه الاستشارة"<sup>(1)</sup>.

### ثالثا: التراضي طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 434/91

- تبنى المرسوم التنفيذي رقم 434/91 أسلوب المناقصة والتراضي، كما يعد قريب جدا من المرسوم رقم 145/82 فيما يتعلق بالتراضي فكلا القانونين متطابقين: غير أن هناك اختلاف يتمثل في:
- أن المرسوم التنفيذي رقم 434/91 في مادته 40 نص على 5 حالات للجوء لإجراء التراضي. بينما المرسوم رقم 145 /82 نص على ست حالات.
- كما تنص المادة 39 على أن لجوء الإدارة للتراضي لا يعفيها من القيام بشكليات الاستشارة. لكن لم يبين هل هذا يخص كلا من التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة؟ ام يقتصر على أحدهما دون الآخر؟<sup>(2)</sup>.
- وان اجراء التراضي قد تم تقسيمه الى شكلين في قانون رقم 434/91 وهما التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة، من خلال نص المادة 23 فقرة 02 منه والتي تقضي بما يلي: "يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أية شكليات أخرى". في حين أنه لم يعرف هذا التقسيم في قانون رقم 90/67 ولا في قانون رقم 145/82.
- كما أن ق ص ع رقم 434/91 عرف كيفيتين لإبرام الصفقات العمومية هما: التراضي والمناقصة.

(1) فدوج حمامة، عملية ابرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

2008، ص 75، 76.

(2) مانع عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 09.

وما يمكن ملاحظته هو أن المشرع قد ابتدأ بالتراضي كما فعل في قانون 145/82 فخالف بذلك قانون 90/67 حيث كانت كيفية التراضي كآخر كيفية لإبرام الصفقات العمومية<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: التراضي كقاعدة استثنائية طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 250/02

فقد جاء هذا المرسوم لسد النقائص الموجودة في المنظومة السابقة في المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المعدل والمتمم، حيث أنه لا يختلف عن المرسوم التنفيذي رقم 54/96 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 434/91 فيما يتعلق بإجراء التراضي إذ المادة 20 من المرسوم رقم 250/02 مطابقة للمادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 54/96 أي أن هناك إجراءً: المناقصة تعتبر القاعدة العامة، التراضي يعتبر القاعدة الاستثنائية.

ما يمكن التوصل إليه هو أن كيفية التراضي في قانون رقم 250/02 أصبحت أكثر وضوحاً وتحديدًا من القوانين السابقة لأن المشرع جزائري قد حدد الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة للتراضي البسيط الحالات التي تستخدم فيها التراضي بعد الاستشارة في المادة 38 وبذلك يكون قد تفادى كل العيوب التي تضمنتها القوانين السابقة له بالنسبة لهذه الكيفية<sup>(2)</sup>.

ورغم ذلك لم يسلم هذا القانون من عدة تعديلات أولها بموجب المرسوم الرئاسي 301/03 الموافق ل 11 سبتمبر 2003 إذ اقتصر التعديل على المادة 38 والخاصة بحالات التي تسمح للمصلحة المتعاقدة للجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، بحيث أضاف حالة جديدة وهي العمليات المنجزة في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص اتفاقيات التمويل هذه على ذلك وفي هذه الحالة، يمكن للمصلحة المتعاقدة حصر الاستشارة في مؤسسات البلد المقرض للأموال وحدها دون سواها.

(1) قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 114، 118.

(2) قدوج حمامة، مرجع سابق، ص 149.

أما التعديل الثاني بموجب المرسوم الرئاسي رقم 338/08 الموافق ل 26 أكتوبر 2008 هو كذلك اقتصر تعديله على التراضي بعد الاستشارة حيث أضاف حالة جديدة للحالات المنصوص عليها في المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: التراضي في إطار المرسوم الرئاسي رقم 236/10

مر أسلوب التراضي بعدة تعديلات عبر مختلف القوانين السابقة بداية من القانون رقم 145/82 الى المرسوم الرئاسي رقم 23/12 ثم اخر تعديل رقم 247/15.

حيث ان مفهوم التراضي حسب قانون رقم 145/82 حصر في " أنه المتعاقد العمومي يبرم صفقاته تبعا لإجراء التراضي أو بدون دعوى للمنافسة ولم تستبعد فيه الاستشارة. " فهذا المفهوم بسيط وغير دقيق.

ثم جاء القانون رقم 434/91 الذي عدله وأعطاه شيء من الوضوح حيث حدد وجعل لإجراء التراضي شكلين أو نوعين وهما التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة هذا الأخير الذي ينظم بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أي شكليات أخرى.

بينما مفهوم التراضي في المراسيم الرئاسية رقم 250/02 و 236/10 و 23/12 فقد رسي على تعريف واحد" هو أنه اجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة."

وعليه نخلص الى أن التراضي حسب ما نصت عليه المادة 27 {المعدلة} من ق ص ع رقم 236/10: " هو اجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الشكلية للمنافسة"<sup>(2)</sup>.

(1) لوز رياض، مرجع سابق، ص 95.

(2) العلى وهيبة، التراضي كوسيلة للتعاقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، فرع قانون اداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص 14.

## المبحث الثاني

### كيفية ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي

تلجأ المصلحة المتعاقدة الى أساليب تتسم بطابع خاص وهو ما يتم في إطار الاستشارة الانتقائية والمساابقة، الا أنه في حالات أخرى تحتاج المصلحة المتعاقدة الخروج عن الإجراءات المعروفة في تنظيم الصفقات العمومية، واتباع أسلوب التراضي.

والذي يقصد به صلاحية الإدارة في اختيار متعامل متعاقد دون الدعوة الى المنافسة، أي يعطيها مرونة كبيرة في ابرام العقود من خلال صلاحياتها التقديرية في اختيار من يتعاقد معها<sup>(1)</sup>، والتي يجب عليها أن تتصرف طبقاً لأحكام المرسوم الرئاسي المعمول به وتعليل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة.

ولأن أسلوب التراضي اجراء خطير لأنه يفتح للإدارة باباً واسعاً لتجاوز القانون، لذلك كان من الواجب حصر الحالات التي يسمح فيها للإدارة باللجوء الى التراضي وهو الأمر الذي تبناه المشرع الجزائري في المادتين 43 و44 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المنظم للصفقات العمومية<sup>(2)</sup>.

(1) الجبوري محمود خلف، العقود الإدارية، ط 02، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 7.

(2) سحنون سمية، مرجع سابق، ص 13.

ومن هنا قسمنا المبحث الى مطلبين: المطلب الأول ندرس فيه الشروط الموضوعية لإبرام الصفقة عن طريق التراضي، أما المطلب الثاني مخصص للشروط الشكلية لإبرام الصفقة عن طريق التراضي.

## المطلب الأول

### الشروط الموضوعية لإبرام الصفقة عن طريق التراضي

أصبحت كيفية التراضي أكثر وضوحا بموجب المرسوم الرئاسي رقم 236/10 وحددها أكثر وبصورة دقيقة في المرسوم الرئاسي رقم 23/12 من خلال ما تضمنه من تعديلات ومستجدات وإضافات وبذلك يكون قد تفاقى كل العيوب التي تضمنتها القوانين السابقة له بالنسبة لهذه الكيفية.

ما يمكن التذكير به كذلك في هذا الصدد هو أن اختيار كيفية إبرام الصفقات العمومية يندرج ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة، وينتج عن ذلك أن المصلحة المتعاقدة ليس لها الحق في اللجوء الى كيفية التراضي الا في الحالات المذكورة في المادة 43 والمادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم، رغم أن هذه الكيفية قد جاءت للتخفيف من حدة تقييد حرية الإدارة في التعاقد. غير أن الإدارة وجدت نفسها أكثر تقييدا بتحديد المشرع للحالات تحديدا دقيقا<sup>(1)</sup>، ونشرع في تفصيل هذه الحالات على النحو التالي: الفرع الأول: حالات التراضي البسيط، أما الفرع الثاني: حالات التراضي بعد الاستشارة.

### الفرع الأول: حالات التراضي البسيط

أفرد المشرع الجزائري للتراضي البسيط حالات حصرية تختلف عن حالات التراضي بعد الاستشارة وقد تم ذكرها ضمن احكام المادة 43 من المرسوم رقم 236/10<sup>(2)</sup>، اذ تميزت بصيغتها القطعية في تحديد الحالات فنصت الفقرة الأولى منها على: "تلجأ المصلحة المتعاقدة الى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط:

عندما تنفذ الخدمات في إطار احكام المادة 07 من هذا المرسوم<sup>(3)</sup>،"

(1) قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 150.

(2) أنظر المادة 43 و 44 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر.

(3) المادة 7: (معدلة) تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات، وفي حالة وجود خطر يهدد استثمارا، أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي، يمكن مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني، أن يرخص بموجب مقرر معلل، بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة.

بمعنى أنها ذكرت بشكل حصري الحالات التي يتم من خلالها اللجوء الى التراضي البسيط من خلال مصطلح فقط، أما في القانون الجديد أي المرسوم الرئاسي رقم 247/15 فقد ذكر هذه الحالات من خلال نص المادة 49 منه: "تلجأ المصلحة المتعاقدة الى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط:

- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات الا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية. وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية،

- في حالة الاستعجال الملح المعطل بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكيف مع أجال إجراءات ابرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها،

- في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها،

- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها. وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء الى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات الى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة

وترسل نسخة من المقرر المذكور في الفقرة السابقة إلى الوزير المكلف بالمالية وإلى مجلس المحاسبة.

عندما لا يسمح الاستعجال الملح بإعداد الصفقة، يثبت اتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل.=

= ومهما يكن من أمر، فلا بد من إعداد صفقة تسوية خلال ستة (6) أشهر، ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر المذكور أعلاه، إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة أعلاه، وعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات.

يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000)، والى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر،

- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج. وفي هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء الى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات الى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000)، والى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر،

- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تتجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

تحدد كفاءات تطبيق أحكام هذه المادة، عن الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية. "سنتطرق الى هذه الحالات كل واحدة على حدى:

#### أولاً: الوضعية الاحتكارية للمتعاقد

وهي الحالة التي لا يمكن فيها تنفيذ الخدمات الا على يد متعاقد وحيد، وقد عرفت المادة 03 فقرة ج من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المقصود بالاحتكار بأنه «الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنية من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة الى حد معتبر إزاء منافسيها او زبائنهم أو مموليها»<sup>(1)</sup>.

وقد أحسن المشرع تحرير الإدارة من الخضوع لإجراءات المناقصة، بل وحتى الاستشارة في هذه الحالة طالما ان هناك متعاقد وحيد يحتكر النشاط وتوافرت فيه

(1) الأمر رقم 03/03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، ج ر عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003.

المواصفات التقنية المطلوبة من جهة الإدارة فلماذا يشترط الإعلان أو تلزم الإدارة بالخضوع لأجراء المناقصة، وهناك متعامل وحيد يستجيب لشروط التعاقد ويلبي الخدمة<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: حالة الاستعجال المُلح

ان حالة الاستعجال في علم القانون عامة حالة معروفة ومكرسة في كثير من الميادين والمجالات:

• ففي مجال التقاضي هناك أحكام استعجالية تختلف عن تلك المعمول بها في الحالات العادية سواء في مجال إجراءات المرافعة وانعقاد الجلسات او فيما تعلق بطبيعة الأحكام وأجال الطعن وغيرها.

وكذلك الحال في مجال التعاقد قد تكون المصلحة المتعاقدة في وضعية استعجال كون أنها إذا لم تدخل في رباط عقدي في وقت سريع، فإنه سينجم عن ذلك ضياع مالها واستثمارها

• ويبقى انها هي من تكون في وضعية المدعي بتوافر هذه الحالة وعليها يقع عبئ اثباتها.

ان الاستعجال الذي يبرر اللجوء الى التراضي البسيط لم يعد في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 23/12 يقتصر على خطر يهدد ملك أو استثمار، فعندما يتحتم تنفيذ خدمات بصفة استعجالية لا تتلاءم طبيعتها مع أجال إجراءات ابرام الصفقات فبإمكان المصلحة المتعاقدة اللجوء الى التراضي البسيط بتبرير صريح من المشرع وفق شروط وهي:

• ألا يكون من الممكن توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال.

• ألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة.

• أن تتم الموافقة أثناء اجتماع الحكومة<sup>(2)</sup>.

غير أن المرسوم الرئاسي رقم 247/15 فقرة 2 من المادة 49 قد أضاف حالات أخرى لم تكن في المرسوم الرئاسي رقم 236/10 الذي كان يقتصر على أن حالة الاستعجال

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص136.

(2) أنظر المادة 43 فقرة 2، من المرسوم الرئاسي رقم 23/12.



يتم اللجوء إليها في حالة خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان وكذلك في حالة تنفيذ خدمات لا تتلاءم طبيعتها مع أجال الصفقات التي تتميز بطول الإجراءات<sup>(1)</sup>، وهذه الحالات هي:

- خطر يهدد استثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة.
- أو يمس الأمن العمومي.
- أو خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان....<sup>(2)</sup>.

### ثالثا: حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية

هذه الحالة ليست منفردة أو مستقلة عن الحالات السابقة لأنها هي الأخرى تدخل ضمن الحالة المستعجلة، غير أن وجه الجد فيها يكمن في موضوع العقد كونه يتعلق بالتموين، فكأنما نحن أمام وضعية تكون فيها مصلحة المتعاقد في حاجة ماسة وسريعة لخدمة ما يتوقف عليها نشاطها، ولو ألزمت بالخضوع لإجراءات التعاقد العادية بما تكفله من نشر وأجال وإجراءات لتوقفت على كل حركة وفي ذلك اضرار بها. لذا وجب تمكينها من التعاقد بأسلوب التراضي<sup>(3)</sup>.

ثم ان النص ذاته أضاف عبارة " أو توفير حاجات السكان الأساسية " فنحن اذن أمام حالة تكون الادارة فيها في حاجة لمادة أو منتج معين تسعى، وبحكم الظروف المستعجلة ايصاله للسكان في وقت قياسي<sup>(4)</sup>.

وفي ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15 تم ضبط هذه الحالة بشروطين وتتمثل هذه الشروط في:

- عدم توقع الظروف المسببة لهذه الحالة من قبل المصلحة المتعاقدة.

(1) أنظر المادة 43 فقرة 2 و4، من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر.

(2) أنظر المادة 49 فقرة 2، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

(3) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 138.

(4) مرجع نفسه، ص 138.

- وألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها<sup>(1)</sup>.

وتتحقق هذه الحالة في ظل الكوارث الطبيعية التي تفرض على الدولة بمختلف أجهزتها السرعة في اتخاذ القرارات من أجل تغطية حاجات المنكوبين التي تبرز دفعة واحدة وتتعلق بمطالب متعددة في آن واحد مما يحتم ويسمح في نفس الوقت للمصلحة المتعاقدة اللجوء مباشرة لممول أو مجموعة ممولين لتزويدها بالمواد والمنتجات محل التعاقد بهدف تمكينها من أداء نشاطها والتكفل بأعباء الخدمة العامة<sup>(2)</sup>.

- أن يتجسد ذلك الخطر في الميدان، والوقاية منه لا تتكيف وأجال المناقصة التي تتميز بإجراءاتها الشكلية الطويلة والمعقدة مما يؤثر سلبا أو يزيد في النتائج السلبية التي يتعرض لها الملك أو الاستثمار.

- ألا يكون من الممكن التنبؤ وتوقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال لأنه لو حدث عكس ذلك لكان لازما على المصلحة المتعاقدة أن تتخذ الاحتياطات اللازمة للتقليل من اثاره بما يحافظ على سلامة العين المهددة.

- ألا يكون نتيجة مناورات للمماطلة وهو الشرط الذي استحدثه المشرع بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236/10 ومفاده تماطل المصلحة المتعاقدة الى أن يتعرض الملك أو الاستثمار الى خطر داهم وهذا للجوء الى المتعاقد الذي ترغب فيه لتحقيق مصالح شخصية وبمفهوم المخالفة ان يكون نتيجة لقوة القاهرة وبذلك يقطع كل سبيل للاحتيال.

وبانتفاء احدى هذه الشروط تزول حالة الاستعجال الملح التي تجيز للمصلحة المتعاقدة ابرام الصفقة وفقا لإجراء التراضي البسيط، وعند كل رقابة تمارس على الصفقة فالمصلحة المتعاقدة ملزمة بتقديم التبريرات اللازمة وكل ما يثبت تحقق هذه الشروط<sup>(3)</sup>.

#### رابعا: حالة مشروع ذي أهمية وطنية

(1) المادة 49 الفقرة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 تنص: " في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، "

(2) تياب نادية، سلطة المصلحة المتعاقدة في صفقات التراضي، مرجع سابق، ص 306.

(3) مرجع نفسه، ص 304، 305.

تعد هذه الحالة من بين المستجدات التي حملها المرسوم الرئاسي رقم 250/02 وبعد الغاءه جاء المرسوم الرئاسي رقم 236/10 ليؤكد نفس الاتجاه بجعلها حالة من حالات التراضي البسيط، ونفس الحالة نجدها في اخر تعديل طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، وقد جاءت نتيجة الواقع العملي الذي عرفه مجال الصفقات العمومية، فقد كانت المشاريع ذات أهمية بالغة مما أدى الى تدهور النمو الاقتصادي للبلاد.

لا شك أن الطابع الخاص لهذا المشروع سيخلف أثرا إيجابيا عاما يمس كل إقليم الدولة، طالما وصفت الفقرة الرابعة من المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 بأن له أهمية وطنية بنصها: " عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها. وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء الى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات الى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، والى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر،".

ومن المؤكد ان الأعباء المالية الناتجة عن ابرام هذا العقد دون سواه من العقود ستكون ضخمة جدا، لذا شدد النص في فرض موافقة مسبقة لمجلس الوزراء.

أي ان مدى أهمية وأولوية المشروع على المستوى الوطني يرجع الى السلطة التقديرية للجهة المركزية التي تضم مختلف القطاعات المستفيدة من تنفيذ المشروع.

وهنا تقل مسؤولية المصلحة المتعاقدة لتتوزع بين مختلف الجهات الوزارية التي يهملها تنفيذ العملية، وبالتالي فان المسؤولية هنا تلقى على عاتق مجلس الوزراء صاحب القرار النهائي في اجازة إتمام الصفقة.

كما أن ابرام صفقة متضمنة لمشروع بهذه الأهمية وفقا لطريقة المناقصة التي تعرف بشكلياتها المعقدة أو حتى عن طريق المسابقة او الاستشارة الانتقائية قد لا يحقق ذات النتائج المتوخاة خاصة إذا لم تتمكن هذه الأساليب من رصد المتطلبات الأساسية كالسعر، أجل الإنجاز، اليد العاملة وخاصة المؤهلات التقنية العالية وضرورة مراعاة التأثيرات الجانبية

للمشروع خاصة على البيئة، كما ان إتمام هذه الصفقة يتم عادة على يد متعاملين أجنب نظرا للمؤهلات التقنية والتجارية والمالية التي يتمتعون بها<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: حالات التراضي بعد الاستشارة

جاء تحديد حالات التراضي بعد الاستشارة في نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>(2)</sup> غير أن طريق صياغتها لا توضح أن حالات اللجوء اليه مذكورة على سبيل الحصر، كذلك الأمر كان في المرسوم الرئاسي رقم 236/10 الملغى، اذ لم تذكر عبارة "فقط" التي تم ذكرها في المادة 49 المتعلقة بحالات التراضي البسيط.

ومنه يمكن القول ان حالات اللجوء لإجراء التراضي بعد الاستشارة ليست على سبيل الحصر. وهي كالآتي:

### أولاً: عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية

وهنا تكون الإدارة على دراية سلفا بالمعنيين بالخدمة أو المشروع ويفترض هنا أن عددهم قليل، حيث أنها لا تلجأ لطريقة التراضي بعد الاستشارة الا بعد أسلوب طلب

(1) تياب نادية، سلطة المصلحة المتعاقدة في صفقات التراضي، مرجع سابق، ص 306، 307.

(2) المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 تنص على: "تلجأ المصلحة المتعاقدة الى التراضي، بعد الاستشارة، في

الحالات الآتية: -عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية،

-في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء الى طلب العروض، وتحدد

خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات،

-في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة،

-في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع اجال طلب عروض جديد،

-في حالة العمليات المنجزة، في إطار استراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية

وتحويل الديون الى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك. وفي هذه الحالة، يمكن

المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات

الأخرى.

تحدد كميّيات تطبيق أحكام هذه المادة، عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية."

العروض، إذ أن أعمال هذا الأخير كان غير مثمر و منه لم يحقق النتائج المرجوة منه<sup>(1)</sup>، و هذا بسبب اما لم يتم استلام أي عرض، أو لم يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة و لمحتوى دفتر الشروط، يفهم من هذه الحالة أنه تعلن حالة عدم جدوى بعد استلام العروض وأثناء فتح و تحليل العروض و تقييمها تبين أن العروض غير مطابقة و هذا نظرا على سبيل المثال بسبب الأهلية أو غير مطابق لمحتوى و بنود دفتر الشروط.

و اما لعدم التمكن من ضمان تمويل الحاجات بمعنى أن المتعهد الذي قدم العرض مبلغه يفوق الغلاف المالي للعملية وعليه تعلن عدم جدوى ويذكر سبب عدم القدرة على التمويل<sup>(2)</sup>.

**ثانيا: حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء الى طلب العروض**

ان الطبيعة الخاصة لمثل هذه الصفقات هي التي تحتم على المصلحة المتعاقدة اعمال أسلوب التراضي بعد الاستشارة، فالمرسوم الرئاسي 236/10 سابقا لم يحدد ولم يبين طبيعة هذه الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة وما المراد بها، حيث أن مصطلح " الخاصة" أضفى عليها نوعا من الغموض<sup>(3)</sup>.

فيمكن أن يكون قصد المشرع به صفقات الدولة التي تكتسي طابعا سريا في ابرامها وتنفيذها ولها علاقة بأسرار الدولة وتمس بالسيادة الوطنية كصفقات الأسلحة ولوازم وزارة الدفاع الوطني والأمن، وهذا بحكم طبيعتها المهمة التي لا تتوافق وأسلوب طلب العروض<sup>(4)</sup>.

(1) بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009/2008، ص 23.

(2) أنظر المادة 40 فقرة 02، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

(3) بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص 23.

(4) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 113.

إلا أنه طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 247/15 فقد ذكر أن خصوصية هذه الصفقات تحدد بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات (1).

وتحدد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة (2).

### ثالثاً: حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة

قد استحدثت هذه الحالة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 338/08 (3)، وقد تم الإبقاء عليها فهي تتعلق بالأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة، يتم تحديد طبيعتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية للدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني حسب ما ورد في الفقرة 04 من المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

إن اعتبار هذه الحالة من حالات التراضي بعد الاستشارة كان مقصوداً من المشرع لتعلقها بالعمليات المتميزة بالدقة والسرية إذ تخص الأمن والدفاع الوطني، فهذا النوع من الصفقات يكتنفه الطابع السري الذي يتنافى وعملية النشر في طلب العروض (4).

### رابعاً: حالة العمليات المنجزة في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات

تم النص على هذه الحالة بموجب المادة 51 فقرة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، بحيث تلجأ المصلحة المتعاقدة لاختيار المتعامل المتعاقد معها بواسطة التراضي بعد الاستشارة عندما تنص اتفاقية التمويل الامتيازية على ذلك؛ وقد نص التنظيم القانوني

(1) أنظر المادة 51 فقرة 02، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

(2) أنظر المادة 52 فقرة 04، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

(3) المرسوم الرئاسي رقم 338/08، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 250/02، المؤرخ في

24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 62، الصادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2008، ملغى.

(4) تياب نادية، سلطة المصلحة المتعاقدة في صفقات التراضي، مرجع سابق، ص 314.

للصفقات العمومية على إمكانية حصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني في حالة الاتفاقيات الثنائية ومؤسسات البلد المقرض للأموال في الحالات الأخرى.

لم يحدد المشرع المقصود بالتمويلات الامتيازية ولم يبين الكيفية التي يتم بموجبها تحويل الديون الى مشاريع تنموية أو هبات، وهذا ما يفتح المجال للمصلحة المتعاقدة للتحويل على تطبيق ق.ص.ع، وهو ما من شأنه أن يقضي على الطابع الاستثنائي للتراضي بعد الاستشارة كأسلوب ثاني لاختيار المتعامل المتعاقد<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث

#### إجراءات ابرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي

سبب الإشارة إلى أن الإدارة تستطيع اللجوء إلى التعاقد عن طريق إجراء التراضي مباشرة في اختيارها للمتعاقد معها، شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين في اختيارهم لمن يتعاقدون معهم، وتكون لها الحرية في التفاوض المسد أو مة ونقيد أو شرط، وذلك في الأحوال المحددة قانوناً كحالة الاستعجال أو عندما يكون هناك احتكار لخدمة منشخ صمعين، أو في حالة تنمو ين مستعجل مخصصاً من سير الاقتصاد، أو توفير حاجات السكان الأساسية.... إلخ.

ففي هذا الحال تتسدى الإدارة مباشرة شركة أو شركات للتفاوض معهم من ضمن الأفراد أو الشركات المسجلين لديها فافيقوائها الخاصة وتحدد لهما ر يخمعين

للحضور للتفاوض، ويتم التفاوض معهم للتعرف على أسعارهم وشروطهم، بعد الاتفاق يتم التعاقد<sup>(2)</sup>.

ولهذا قسمنا المطلب الى ثلاث فروع تتعلق بالإجراءات: الفرع الأول بعنوان الدعوة الى التعاقد، الفرع الثاني التفاوض، الفرع الثالث مرحلة التعاقد.

#### الفرع الأول: الدعوة الى التعاقد

(1) بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص 24.

(2) عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص 128، 129.

رغم ان أسلوب التراضي بشكليته لم يضبط و لم يضع له القانون إجراءات محددة و هذا راجع الى ان هذا الأسلوب استثنائي في اختيار المتعامل المتعاقد الا أن المصلحة المتعاقدة لا يمكنها اعمال هذا الأسلوب الا بضوابط محددة، وعليه فان دعوة المتعاملين للتعاقد تعد أول مرحلة يتعين على المصلحة المتعاقدة القيام بها، فنقوم باستدعاء المتخصصين في مجال التعاقد و هو ما يقابل الاعلان في مختلف أشكال المناقصة تطبيقا لمبدأ حرية المنافسة و ذلك للحصول على عدد من العارضين حتى تتعدد فرص الانتقاء لدى المصلحة المتعاقدة (1)، الا أن لجوء المصلحة المتعاقدة لهذا الاجراء لا يكون الا بعد تأكدها من توافر شرطين و هما:

الشرط الأول: يجب أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من ان قيمة الصفقة المزمع عقدها يفوق السقف المالي الذي حدد ب 12.000.000 دج أو يقل عنه بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم و 6.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات او الخدمات، وعليه إذا كانت قيمة الصفقة تقل او تساوي هذه المبالغ فان الأمر لا يقتضي وجوبا ابرام صفقة وفق الإجراءات المنصوص عليها، استنادا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وهذا تطبيقا لنص المادة 13 من ذات المرسوم (2).

فقد رفع المرسوم الرئاسي رقم 247/15 الحد الأدنى لإبرام صفقة، اذ كانت المبالغ في المرسوم 236/10 مقدرة ب 8.000.000 دج بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم، و 4.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات (3).

الشرط الثاني: سبقت الإشارة الى أن أسلوب التراضي بشكليته البسيط وبعد الاستشارة قد حددت حالات اللجوء الى كل واحد منهما من خلال قانون الصفقات، حرصا من المشرع على عدم التوسع في اعماله وهذا حفاظا على الصفة الاستثنائية لهذا الأسلوب.

(1) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 100، 101.

(2) أنظر المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.

(3) أنظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر.



وبعد أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من توافر الشرطين معا تقوم بتوجيه دعوة للتعاقد الى المهتمين والمختصين في موضوع العقد، اذ تلزم بتوجيه خطابات تشمل العناصر الأساسية للتعاقد، قد تتم باستدعاء كتابي أو بطريق شفهي بالاتصال مباشرة بالمتعاملين الذين سبق للمصلحة المتعاقدة التعامل معهم.

### الفرع الثاني: التفاوض

يقوم اجراء التراضي على أساس التفاوض بين الإدارة والمترشحين الراغبين في الحصول على الصفقة<sup>(1)</sup>، فبعدما تقوم المصلحة المتعاقدة بتجميع العروض التي سبق لها دعوة أصحابها للتعاقد، تقوم بإجراء مفاوضات مباشرة مع أصحاب تلك العروض.

واعترافا بأهمية المفاوضات في عملية ابرام صفقات التراضي، أشار المشرع في أحكام المرسوم رقم 247/15 الى هذا الاجراء في نص المادة 52 التي جاء فيها: " فيما يخص العروض التي تكون مطابقة للمقتضيات التقنية والمالية المنصوص عليها في دفتر الشروط، فانه يمكن للجنة تقييم العروض أن تطلب، بواسطة المصلحة المتعاقدة، كتابيا، من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم، توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم...".

فالتفاوض اجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة مع الطرف الراغب في التعاقد من أجل الاعداد لإبرام العقد أو تسوية نقطة خلاف بينهما تتعلق بإحدى بنود العقد أو تنفيذه<sup>(2)</sup>، كما انه يختلف في الميدان الخاص عن مجال الصفقات العمومية من حيث أن الخواص يتمتعون بحرية مطلقة في التفاوض، بينما تواجه الإدارة بعض القيود عند التفاوض في نطاق الصفقات، وهذا راجع لأهمية العقد فالإدارة تتعامل بالأموال العامة وهذا يستلزم اتخاذ احتياطات لكي لا يتم التلاعب بها.

يمكن تعريف التفاوض في اجراء التراضي بأنه أسلوب قائم على التشاور والحوار عن طريق تبادل وجهات نظر وأفكار الطرفين أي الإدارة والمترشحين من اجل الوصول الى

(1) سحنون سمية، مرجع سابق، ص 36.

(2) تيايب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 102.

اتفاق، فالإدارة تعمل على الحصول على أحسن عرض من حيث السعر والجودة والأجل أي تخفيض السعر ورفع الجودة، أما المترشح فيعمل على الحفاظ على هامش كبير للحصول على الأرباح. ولتحقيق ذلك وجب على كل طرف اتباع سياسة معينة خاصة المصلحة المتعاقدة، فلا توجد قواعد إجرائية محددة تنظم التفاوض الأمر الذي يجعل الإدارة تتمتع بحرية في تنظيمه ولكن دون أن تكون هذه الحرية مطلقة، فعليها احترام بعض المبادئ المتعلقة بالتفاوض<sup>(1)</sup>و المتمثلة في:

- مبدأ عدم المساس بالعرض: بمعنى انه لا يجب تغيير الميزات الأساسية لدفتر الشروط وقت التفاوض.
- مبدأ المساواة في معاملة المترشحين: وذلك بوضع الشروط المتعلقة بالإعلام السابقة للتفاوض تحت علم المترشحين دون تمييز.
- مبدأ سرية العروض فلا يجب على الإدارة الادلاء للمترشحين بمعلومات من شأنها كشف عروض مترشحين اخرين مثل: الأسرار التجارية، براءة الاختراع، .... الخ.
- مبدأ شفافية الإجراءات: فعلى الإدارة بمجرد اللجوء للتفاوض اعلام المترشحين بذلك وبالشروط التي تنظمها مثل شكل التفاوض، مدة التفاوض، شروط التفاوض.
- مبدأ تتبع الإجراءات: حيث يستلزم التفاوض إمكانية تتبع مجمل المفاوضات مع المترشحين.

### الفرع الثالث: مرحلة التعاقد

بعدما تقوم المصلحة المتعاقدة بتجميع العروض عن طريق دعوة المتعاملين للتعاقد وانتقاء أفضلها وأنسبها في مرحلة المفاوضات، تقوم المصلحة المتعاقدة بإسناد الصفقة بطريق مباشر للمتعامل الذي اختارته وتفاوضت معه على جميع شروط العقد.

تجدر الإشارة في هذا المقام أن المصلحة المتعاقدة وان كان لها السلطة التقديرية الكاملة في اختيار المتعامل المتعاقد معها وفقا لأسلوب التراضي، الا أنها ملزمة بأن تضع نصب أعينها المصلحة العامة وأن تعمل من أجلها، خاصة وأن المرسوم الرئاسي رقم 247/15

(1) سحنون سمية، مرجع سابق، ص ص 36، 38.

أفاد في المادة 60 منه على أنه: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تظل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة".

ومن ثم يجب على المصلحة المتعاقدة التصرف وفق ما تمليه المصلحة العامة ضمانا لسير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وعليه فطبيعة صفقات التراضي وفق ما هو معمول به في التشريعات المقارنة وكما هو وارد في النظرية العامة للعقود الإدارية، تفرض مراعاة المراحل السابقة للوصول الى الاختيار السليم والصحيح للمتعاقد وتحصين المصالح المتعاقدة من الفساد والمفسدين (1).

(1) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص، 104.

## الفصل الثاني

آثار ابرام الصفقات العمومية

عن طريق التراضي

بعد إبرام المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد للصفقة العمومية، فإن هذه الأخيرة تدخل حيز التنفيذ منتجة لآثارها القانونية، والتي تتضمن كل ما يتولد عنها من سلطات للإدارة والتزامات وحقوق تسري حيال الطرفين.

ومن المستقر عليه فقها وقضاءً أن سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد متأصلة وثابتة ولا تحتاج للنص عليها صراحة، حيث تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء إبرامها للصفقة العمومية مع المتعاقدين معها بامتيازات تجعلها في مركز متميز عنهم خدمة للصالح العام، وقد جسد المشرع الجزائري اهتمامه بالأموال العامة ولضمان السير الحسن للصفقات العمومية من خلال جعل المصلحة المتعاقدة في مركز الامتياز في كافة مراحل الصفقة العمومية<sup>(1)</sup>.

وفي مقابل هذه السلطات الواسعة التي تتميز بها المصلحة المتعاقدة لإعتبرات سيادية ولحماية المصلحة العامة، هناك حقوق يتمتع بها المتعامل المتعاقد في مواجهة المصلحة المتعاقدة كما أن له التزامات، وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الأول من هذا الفصل.

كما أننا أدرجنا ضمن الآثار منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي، إذ قد يحدث تصادم بين مصلحة الشخص المعنوي باعتباره أحد أطراف العقد مع مصلحة المتعاقد معه أو المتعهد باعتباره الطرف الثاني في الصفقة، وذلك فيما يتصل بمدى مشروعية استخدام هذا الشخص المعنوي "المصلحة المتعاقدة" لسلطته اتجاه المتعاقد أو المتعهد أو بمدى أداء الالتزامات المتبادلة بينهما، وهذا سيؤدي لا محالة إلى رفض اعتراض الطرف المتضرر وبالتالي قيام منازعات الصفقات العمومية، حيث سيسلك صاحب الحق طريقاً لأجل المطالبة بحقه بالخضوع للقانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>(2)</sup>، كما سيخضع في ذلك لقانون المنظم للصفقات العمومية في حد ذاته الذي نظم موضوع حل النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، وهذا ما سنتطرق إليه في الشق الثاني من هذا الفصل.

(1) مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دون رقم طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 57.

(2) قانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

## المبحث الأول

### وضعية أطراف الصفقة العمومية المبرمة عن طريق التراضي

مهما كانت الإدارة في حاجة للأفراد للقيام بإنجاز مشروع ما فهي تبقى مسؤولة أمام الجمهور عن حسن سير تنفيذ الخدمات العامة، ولمواجهة هذه المسؤولية التي لا يمكن للإدارة الفكك منها، فإنها تضطر إلى استخدام سلطات استثنائية لرقابة المتعاقد الذي يتعاون معها في تنفيذ المشروع، ومن ثم كان للإدارة سلطة الرقابة والتوجيه في تنفيذ الصفقة وللإدارة أيضا سلطة تعديل شروط العقد ويتم ذلك بإرادتها المنفردة، وطبقا لهذه السلطة تستطيع جهة الإدارة أن تفرض على المتعاقد معها تغيير أحد شروط العقد، ومن سلطات الإدارة أيضا سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا هو أخل بتنفيذ التزاماته.

وتمثل هذه السلطات من جهة أخرى حقوقا للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاملين المتعاقدين، لأن المشروع المنجز سيكون لحسابها ويمثل صورتها أمام الشعب، وفي مقابل هذه السلطات يتمتع المتعامل المتعاقد بمجموعة من الحقوق والالتزامات اتجاهها وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث في مطلبين: المطلب الأول بعنوان سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد، أما المطلب الثاني سنتطرق فيه الى حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد.

## المطلب الأول

### سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد

يمكننا القول ان سلطات الإدارة هي عبارة عن وسائل قانونية في يد المصلحة المتعاقدة تمكنها للوقوف على تنفيذ الصفقة العمومية للغرض الذي أبرمت من أجله، وتتمثل هذه السلطات في سلطة الرقابة والتوجيه، سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية، وسلطة توقيع الجزاءات عند وقوع أي إخلال، والتي سنتناول كل منها في فرع مستقل على التوالي وذلك

استنادا للمبادئ العامة والواردة في القانون الإداري وما اختص به الإطار المنظم للصفقات العمومية.

### الفرع الأول: سلطة الرقابة والتوجيه

تتمتع الإدارة بسلطة الرقابة بالنسبة لجميع عقودها الإدارية بما فيها الصفقات العمومية وذلك للتأكد من قيام المتعاقد معها بالتزاماته على الوجه المتفق عليه وسنقوم بتوضيح صورها (أولا)، وأساسها القانوني (ثانيا).

#### أولا: صور الرقابة

حق الرقابة المخول للمصلحة المتعاقدة قد يأخذ معنى ضيق يتمثل في سلطة الإشراف، كما أنه قد يتجاوز هذا المعنى إلى معنى أوسع منه وأشمل وهو سلطة التوجيه وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

**1\_ سلطة الإشراف:** يقصد بها تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه<sup>(1)</sup>، إن الرقابة بهذا المعنى الضيق المتمثل في حق الإشراف تمثل الحد الأدنى لما يمكن الاعتراف به للمصلحة المتعاقدة في مجال رقابتها على تنفيذ الصفقات العمومية، إذ من واجبها أن تتولى الإشراف على المتعاقد معها حتى تتأكد من قيامه بتنفيذ العقد طبقا للبنود والشروط المتفق عليها<sup>(2)</sup>.

**2\_ سلطة التوجيه:** يقصد بها حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها<sup>(3)</sup>.

فالإدارة في هذا الصدد لا تقتصر على التأكد من تنفيذ العقد بما يتفق والشروط الواردة به كما هو الشأن في سلطة الإشراف، بل تتدخل في توجيه أعمال التنفيذ باختيار أنسب

(1) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 142.

(2) سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية العلوم والحقوق السياسية، 2013، ص 152.

(3) عمار بوضياف، مرجع نفسه، ص 142.

الطرق و أصلح الأوضاع التي تراها مناسبة<sup>(1)</sup>، وتتم سلطة التوجيه عن طريق التقارير التي يرسلها كل من المتعاقد ومكتب الدراسات إلى المصلحة المتعاقدة، أو عن طريق الخرجات الميدانية التي تقوم بها فرق إدارية متخصصة من أجل معاينة التنفيذ سواء بالعين المجردة أو بأخذ عينات، وقد توجه للمتعامل المتعاقد إغذارات على شكل أوامر مصلحيه مكتوبة ومؤرخة، مسجلة مع توقيع المتعاقد عند تسليمها في سجل خاص، لتدارك النقائص أو الأخطاء التي تمت معاينتها تحت طائلة الجزاءات التي سنذكرها لاحقاً<sup>(2)</sup>.

ولا تقتصر سلطة الرقابة على طريقة التنفيذ وأجاله فحسب وإنما تشمل أيضا الوسائل والمواد والمنتجات المستعملة لتنفيذ الصفقة، وقد تمتد في بعض الحالات إلى علاقة المتعاقد بمستخدميه، من حيث ساعات العمل أو من حيث الكفاءة والتخصص إذا كانا مطلوبين وهذا ما جاء في المادتين 35 و36 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

### ثانيا: الأساس القانوني لسلطة الرقابة على الصفقات العمومية

يكمن الأساس القانوني لسلطة الرقابة في مصدرها الذي يتمثل في عقد الصفقة، القوانين والتشريعات أو على أساس مقتضيات المرفق العام، وسنقوم بتفصيل ذلك على النحو التالي:

1\_ **الأساس التعاقدي:** قد ينص صراحة على سلطة الرقابة في الصفقة ذاتها أو في دفاتر الشروط على نحو يوضح كيفية ممارسة هذه السلطات المخولة للموظفين المندوبين للرقابة والإشراف على تنفيذ الأشغال، ويتجلى الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة في صفقات الأشغال العامة من خلال ما تضمنه دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة، الذي فصل أحكام سلطة الرقابة والتوجيه في مواد متعددة منها المادة 12 الفقرة 04 التي تنص على أنه "على المقاول أن ينفذ أوامر المصلحة التي تبلغ إليه"<sup>(3)</sup>.

(1) مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص132.

(2) أزرايب نبيل، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص67.

(3) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص70.



2\_ الأساس التشريعي: نظم المشرع الجزائري سلطة الرقابة في مختلف القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية حيث خصص المشرع الجزائري لأحكام الرقابة الباب الخامس من المرسوم التنفيذي رقم 236/10 وجاء متضمنا المادة 116 التي تنص "تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده"، إضافة إلى ما جاء في نص المادة 118 "تمارس على الصفقات مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة، دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها".

ما نلاحظ في مضمون نص المادة 116 أن المشرع قد قرر سلطة الرقابة في مختلف مراحل الصفقة قبل التنفيذ وبعده، وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن الصفقات المبرمة عن طريق التراضي تختلف باختلاف الحالة التي تحدد اللجوء إليه كما أن سلطة الرقابة فيه تختلف من حالة إلى أخرى فلا يمكننا تصور رقابة قبلية على الصفقات المبرمة في حالة الاستعجال الملح، حالة التموين المستعجل أو حالة احتكار خدمة من طرف متعامل وحيد، أي تكون المصلحة المتعاقدة مجبرة على التعاقد وبطبيعة الحال سلطتها في الرقابة تكون أخف من الحالة المتعلقة بصفقة المشروع ذي الأهمية الوطنية .

3\_ على أساس فكرة المرفق: قد لا يرد نص في الصفقات العمومية أو دفاتر الشروط أو القوانين بشأن ممارسة الرقابة على تنفيذ الصفقة، ولكن للمصلحة المتعاقدة مراقبة التنفيذ حتى وإن لم ينص على ذلك في العقد أو في القوانين واللوائح، بل حتى إذا نص على ما يخالفها وذلك لأن الرقابة لا تجد أساسها القانوني في النصوص التعاقدية أو القانونية وإنما تستمد الرقابة أساسها من فكرة المرفق العام، ذلك أن الإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرفق العام والكفيلة بحسن سيره حتى إذا لم تتولى نفسها توفير الحاجات وتقديم الخدمات التي يتطلبها المرفق، وتقتضي وظيفتها هذه أن تشرف و توجه نشاط المرفق العام<sup>(1)</sup>.

#### الفرع الثاني: سلطة التعديل

يحق للمصلحة المتعاقدة تجاوز سلطة الرقابة إلى امتلاك الحق في تعديل الصفقة و الذي يكون في إطار المشروعية، وبالتالي لا يملك المتعامل المتعاقد الحق في الاعتراض

(1) أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص72.

على قرار التعديل، فالإدارة لها الحق في تعديل ما تقوم بإبرامه مع الغير وقد يكون ذلك استنادا إلى نص في الصفحة ذاتها، أو قد تقوم المصلحة المتعاقدة بفرضه وذلك ليصبح أكثر ملاءمة وليجاري التغييرات التي طرأت ولم تكن قائمة عند إبرام الصفقة، ونظرا لخطورة هذا الإجراء فإن المشرع أولاه اهتماما من خلال التشريعات المنظمة للصفقات العمومية، ومن هذا المطلق سنبين ضوابط سلطة التعديل (أولا)، وآليات ممارستها (ثانيا).

### أولا: ضوابط سلطة التعديل

المصلحة المتعاقدة لا تمارس سلطة التعديل بصفة مطلقة بل تخضع في ذلك لعدة قيود وضوابط نوجزها في الآتي:

**1\_ أن يكون التعديل راجعا لظروف قد استجدت بعد إبرام الصفقة:** حيث تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تستعمل سلطتها في التعديل الانفرادي إذا كانت الظروف التي كانت قائمة وقت إبرام الصفقة قد تغيرت<sup>(1)</sup>، وذلك لخدمة المصلحة العامة في ضوء الظروف الجديدة، وهذا الأخير ليس شرطا للتعديل وإنما شرط يمهد للتعديل الذي إما أن يكون ضروريا أو حسب ما يستجد من تغيرات وبقدر ما تزيد الإدارة إدخاله من مواصفات جديدة على العقد وتختلف سلطة التعديل من صفقة لأخرى حسب الظروف التي تنفذ فيها<sup>(2)</sup>.

**2\_ صدور التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية الإدارية:** إطار المشروعية هو إطار يحكم جميع الأعمال الإدارية وعليه فإن قرار التعديل يجب أن يصدر في حدودها وأي خروج عن مبدأ المشروعية يعد قرار التعديل باطلا.

كما أن قرار تعديل الصفقة العمومية هو قرار إداري وبالتالي يتعين أن تتوفر له أركان ومقومات، من حيث صدوره عن سلطة مختصة ووفقا للشكل والإجراءات المقررة، وفي إطار القواعد القانونية التي تحكم موضوع التعديل، كما يتعين أن يكون الهدف من القرار هو

(1) مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دون رقم طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 61.

(2) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 48.

تحقيق المصلحة العامة وأن يستند إلى سبب قائم ببرره يتمثل في تغيير الظروف التي أبرمت في ظلها الصفقة<sup>(1)</sup>.

3\_ ألا يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة: لا يمكن أن يتناول التعديل إلا البنود اللازمة لضمان تحقيق المصلحة العامة على ألا تتعدى الحدود التي تجعل من الصفقة عقداً جديداً، لأن في ذلك إضراراً كبيراً للمتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، الذي قد لا تسمح له إمكانياته المالية والفنية والتقنية بتحمل التغييرات<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: آليات ممارسة سلطة التعديل

قانون الصفقات العمومية خول للمصلحة المتعاقدة تعديل شروط الصفقة في إطار إتفاقي عن طريق تقنية الملحق، كما للمصلحة المتعاقدة أن تمارس إجراء التعديل خارجاً عنه وذلك عن طريق تدابير متخذة من طرفها كما سنوضح ذلك.

1\_ التعديل عن طريق الملحق: يقصد بالملحق أنه اتفاق إضافي للصفقة الأولى هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة الأصلية، أو زيادة الخدمات أو تقليلها، كما يعرف أيضاً بأنه عقد مكتوب يشمل اتفاقاً لإرادة الطرفين في الصفقة ويتضمن تعديل بند أو عدة بنود هذه الأخيرة، وخاصيته التعاقدية تعد من الخصائص الأساسية للملحق<sup>(3)</sup>.

كرس المشرع الجزائري هذه الآلية في القسم الخامس في المواد 102\_106 من المرسوم الملغى رقم 236/10، كما أبقى عليها في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في نفس القسم في المواد 135\_139، إذ تنص المادة 135 على: "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم" وعرفته المادة 136 "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."

(1) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 49.

(2) حنوش فارس، النظام القانوني لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في ظل المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المعدل والمتمم، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، 2006/2003، ص 43.

(3) سبكي ربيحة، مرجع نفسه، ص 57.

كما أن تعديل الملحق يجب أن يراعى فيه مجموعة من الشروط أهمها:

\_ صدور الملحق في صيغة مكتوبة مرقم ومؤرخ ومصادق عليه من السلطة المختصة.

\_ احترام الملحق لقواعد المنافسة، لذا يتعين منع أي ملحق قد يسيء إليها.

\_ إخضاع الملحق كأصل عام إلى الرقابة<sup>(1)</sup>.

\_ ألا يؤدي الملحق إلى إخلال التوازن الاقتصادي للصفقة، فلا يمكن أن يؤثر الملحق بصفة جوهرية على محلها وقلب اقتصادها، وكل تعديل يمس بشروط الصفقة يجعل منها صفقة جديدة<sup>(2)</sup>.

**2\_ التعديل خارج الإطار التعاقدى:** تعديل الصفقة لا يقتصر على إطار تعاقدى فقط بل يمكن أن يكون خارج عن نطاق التعاقد وهذا ما يتجلى من خلال نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة وهذا ما سنتطرق إليه.

**أ\_ نظرية فعل الأمير:** يقصد بفعل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية المتعاقدة وتؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعاقد وهي من منشأ فرنسي<sup>(3)</sup>.

وهذه الإجراءات التي تدخل وضع إداري غير متوقع أي تدخل أعباء مالية إضافية، يمكن أن تكون ذات طابع عام، كزيادة الضرائب والرسوم الجمركية أو ذات طابع خاص كخلق طريق للسير مما يكبد المتعاقد كلفة إضافية لنقل سلعة<sup>(4)</sup>.

ويجد مبدأ التوازن المالي أساسه القانوني في مختلف تشريعات الصفقات العمومية، ومنها ما جاء في نص المادة 103 الفقرة 03 من المرسوم رقم 236/10 المتضمن تنظيم

(1) حيث أن هناك حالات لا يخضع فيها الملحق لرقابة هيئة الرقابة الخارجية للصفقات راجع المواد 138\_139 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(2) تياب نادية، محاضرات في قانون الصفقات العمومية، ملفاة على طلبة السنة ثانية ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة 2014/2015، ص 91، 90.

(3) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 167.

(4) لعلى وهيبية، مرجع سابق، ص 65.

الصفقات العمومية الآتي "ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة..." كما جاء النص على هذا المبدأ في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 " 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".

وقد أصاب المشرع الجزائري بحثه على إعادة النظر للجانب المالي للصفقة بما يضمن التكافل لتحمل الأعباء حيث من غير الممكن أن يتحمل المتعامل المتعاقد خسائر لم تكن متوقعة وقت إبرام الصفقة.

وحتى يتمكن المتعامل المتعاقد من الاحتجاج بهذه بنظرية فعل الأمير كان يجب توافر الشروط التالية:

\_ أن يصدر العمل الذي تسبب في الخلل المالي للمتعامل المتعاقد عن الإدارة المتعاقدة نفسها.

\_ أن يكون العمل القانوني الصادر عن الإدارة المتعاقدة مشروعاً غير مخالف للنظام العام.  
\_ أن يؤدي العمل المشروع الصادر عن الإدارة المتعاقدة إلى قلب اقتصاديات العقد بما يؤثر على المركز المالي للمتعامل المتعاقد فيسبب له ضرراً مالياً.

ب\_ **نظرية الظروف الطارئة:** يقصد بالظروف الطارئة ظهور أحداث غير متوقعة وغير ممكنة الدفع أثناء تنفيذ الصفقة، كالأزمات الاقتصادية، الحروب، الزيادة في الضرائب، ارتفاع الرسوم الجمركية، تجعل هذه الظروف الموصلة في تنفيذ الصفقة أمر مرهق للمتعامل المتعاقد<sup>(1)</sup>، وتختلف الظروف الطارئة عن القوة القاهرة في أنها لا تصل بتنفيذ الالتزام إلى درجة الاستحالة التي تعفي المتعاقد منه، وتؤدي إلى انفساخ العقد، فالتنفيذ مع الظروف الطارئة يظل ممكناً، بل واجبا، وإن أصبح شاقاً للمتعامل المتعاقد<sup>(2)</sup>.

(1) عليوة فضيل، عقد الأشغال العامة في ظل قانون الصفقات العمومية 236/10، مذكرة ماستر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015، ص30.

(2) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص71.

- يتطلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر الشروط التالية:
- \_ وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ كارتفاع أسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع.
  - \_ أن يكون الحادث الطارئ خارجاً عن إرادة الطرفين.
  - \_ ينبغي أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة حيث تلحق بالمتعامل المتعاقد خسائر كبيرة غير طبيعية وغير متوقعة.
  - \_ ينبغي أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع كحدوث أزمة اقتصادية أو صدور نصوص قانونية أو تنظيمية جديدة وغيرها<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد

إضافة إلى سلطة الرقابة وسلطة التعديل، تملك المصلحة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد، إذا أخل بأحد التزاماته التعاقدية كأن يمتنع أو يتأخر في تنفيذ أحد التزاماته أو أنه نفذها على وجه غير لائق، أو أن يحل غيره محله في التنفيذ دون موافقة جهة الإدارة، وغيرها من صور الإخلال المختلفة وخولت الإدارة للمصلحة المتعاقدة ممارسة هذه السلطة للضغط على المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته واحترام شروط الصفة وذلك تفادياً للجوء للقضاء، وتأخذ هذه الجزاءات الصور الآتية:

### أولاً: العقوبات المالية

خصص المشرع الجزائري القسم الثامن لهذه الجزاءات في المرسوم رقم 247/15<sup>(2)</sup> تحت عنوان العقوبات المالية حيث نصت المادة 147 على أن: "يمكن أن ينجر على عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به"<sup>(3)</sup>.

(1) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص71.

(2) المرسوم الرئاسي رقم 247/15، السالف الذكر.

(3) أنظر المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10، السالف الذكر.

ونقصد بها العقوبات التي تمس الذمة المالية للمتعاقد وتكون بفرض غرامات مالية بالطريقة المنصوص عليها في نفس المادة الفقرة الثانية كالاتي " تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفية فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية "، كما قد تكون بمصادرة مبلغ الضمان الموجود في يد الإدارة كوسيلة لدفع المتعامل المتعاقد لتنفيذ التزاماتها تجاهها وهذا ما جاء النص عليه في المادة 124 " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة ".

### ثانيا: وسائل الضغط

تملك جهة الإدارة إلى جانب توقيع الجزاءات المالية أن ترغم المتعاقد معها على تنفيذ الصفقة، ويكون ذلك بأن تحل الإدارة بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الالتزام أو أن تعهد إلى الغير بتنفيذه، ويعرف هذا النوع من الجزاءات بوسائل الضغط أو الإجراءات القهرية، وما يلاحظ أن لجوء الإدارة لهذه الأخيرة لا يتضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر، بل يضل هذا المتعاقد مسؤولا أمام جهة الإدارة، وإنما يتم التنفيذ لحسابه وعلى مسؤوليته لحسابه وعلى مسؤوليته، فهي إجراءات مؤقتة<sup>(1)</sup>.

### ثالثا: فسخ العقد

يعد الفسخ من أخطر الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها، ويعد أيضا الامتياز الأخير الذي تلجأ إليه عندما تتأكد أن المتعامل المتعاقد معها أصبح غير قادر على الوفاء بالتزاماته اتجاهها وفاء كاملا أو أنه أخل بها إخلالا جسيما، و أمام هذا الوضع فإن المصلحة المتعاقدة تجد نفسها مضطرة إلى توقيع أخطر جزاء تملكه إذا لم تقلح الجزاءات المالية والضاغطة في تقويم المتعامل المتعاقد معها، وقد يكون هذا الفسخ من جانب المصلحة المتعاقدة لعدم قيام المتعامل المتعاقد بالتزاماته في الصفقة، وقد يكون الفسخ بسبب خارج عن إرادة المتعامل المتعاقد وهذا ما سنبينه في التالي:

(1) درويش حسين، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، ط 01، مكتبة الأنجلو المصرية، 1961، ص 160.

**1\_ الفسخ نتيجة إخلال المتعاقد بالتزامه:** يجد الفسخ أساسه القانوني في القانون رقم 58/75 يتضمن القانون المدني من خلال نص المادة 119: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك." وهذا ما جاء النص عليه كذلك في المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار 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 أيضا القيام بفسخ جزئي للصفقة".

**2\_ الفسخ رغم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته:** ويكون ذلك بإرادة الإدارة المنفردة وهذا ما جاء في نص المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 " يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد " كما أضافت المادة 151 منه "يمكن القيام بالفسخ التعاقدية للصفقة العمومية عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد"، وهذا ما يفسر لنا أنه من المسلم به أن حق الإدارة عندما ترى وقف تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها، أن تفسخ العقد ولو لم يكن هناك خطأ من جانب المتعاقد معها بشرط أن تعوضه، وهذا الفسخ مستقل عن فسخ العقد كجزاء على عدم التنفيذ<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد

بمقابل السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في عقد الصفقات فإن المشرع الجزائري يمنح المتعامل المتعاقد مجموعة من الحقوق ويرتب عليه مجموعة من الالتزامات ويستمد هذه الحقوق من الصفقة التي وقع عليها وذلك ما سنوضحه من خلال الفرع الأول بعنوان حقوق المتعامل المتعاقد، أما الفرع الثاني فخصصناه للالتزامات المتعامل المتعاقد.

(1) فياض عبد المجيد، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط 01، دار الفكر العربي، سنة 1975، ص 271.



### الفرع الأول: حقوق المتعامل المتعاقد

أهم حق قد يتمتع به المتعامل المتعاقد هو المقابل المالي الذي يسعى إليه منذ البداية كما أن له حق التعويض في حال الخسارة غير المتوقعة إضافة إلى التوازن المالي، وقد تطرقنا في هذا الفرع إلى: الحق في المقابل المالي (أولاً)، الحق في التعويض (ثانياً)، الحق في التوازن المالي (ثالثاً).

#### أولاً: الحق في المقابل المالي

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة يلتزم فيه المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعاً للمواصفات والشروط المتفق عليها، وتلتزم الإدارة المعنية بدفع المقابل المالي بالأشكال والكيفيات التي حددها القانون، فقبض المقابل المالي أهم حقوق المتعامل المتعاقد وهو الغاية من التعاقد، يتمثل في العائد المادي مقابل تنفيذ العقد، والمسلم به، الشروط المتعلقة بتحديد المقابل المالي هي شروط تعاقدية لا يمكن تعديلها دون موافقة المتعاقد معها، وقد حدد المشرع كيفية دفع الثمن في المادة 108 في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 والتمثلة في التسبيق، الدفع على الحساب والتسوية على رصيد الحساب وهي كالاتي:

**1\_ التسبيق:** طبقاً لأحكام المادة 109 من نفس المرسوم والتي جاءت فيها معنى التسبيق كالاتي "التسبيق هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة"، يعني قيام المصلحة المتعاقدة بأدائها للمتعامل المتعاقد مبلغ مالي للبدء في الأشغال والانطلاق فيها<sup>(1)</sup>، وقد يكون جزافي أو على التمرين كما جاء في مضمون المادة 111 بنصها "وتسمى تسبيقات حسب الحالة جزافية أو على التمرين".

**2\_ الدفع على الحساب:** نصت عليه المادة 109 "هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة".

**3\_ التسوية على رصيد الحساب:** وهو التسديد المؤقت أو النهائي لسعر الصفقة، ويأخذ شكل التسوية على رصيد الحساب المؤقت والتسوية على رصيد الحساب النهائي فأما الأول

(1) عليوة فضيل، مرجع سابق، ص 28.

تحتفظ المصلحة المتعاقدة، فيه بمبلغ الكفالة حسب التنفيذ ومبلغ الغرامات التأخيرية أما الثاني تقوم المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة يدفع المبلغ النهائي والكامل للصفقة مع رد اقتطاعات الضمان وشطب الكفالات" (1).

### ثانيا: الحق في التعويض

يقع لزاما على الإدارة تعويض المتعاقد معها في حالة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية أو عند استعمالها للسلطات المخولة لها استعمالا يخالف القانون، كما تكون الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها عما لحق به من ضرر رغم عدم نسبة الخطأ لها ويكون أساس إلزامها بالتعويض في تلك الأخيرة إما استنادا لنظرية الإثراء بلا سبب وإما لاعتبارات العدالة وموجبات الحفاظ على التوازن المالي للعقد وعليه فإن مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها قد تتعد على أساس الخطأ أو دونه (2).

### ثالثا: الحق في التوازن المالي

قد تحدث أثناء تنفيذ الصفقة أو عقد الأشغال العامة وقائع و أحداث تجعل من مواصلة إنجاز الأشغال و إتمامها عملية مرهقة للمتعاقد، كارتفاع أسعار مواد البناء بشكل مفاجئ وغير متوقع يضع المقاول في صعوبة مادية أو حالة القوة القاهرة أو فعل مشروع صادر من الإدارة المتعاقدة نفسها يؤدي إلى إرهاب المقاول، من شأن كل هذه الظروف أن تؤدي إلى إخلال التوازن المالي للعقد، ومن ثم ينشأ للمقاول الحق في المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد ويمكن حصر هذه الحالات في نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة والتي قد تطرقنا سابقا.

### الفرع الثاني: التزامات المتعامل المتعاقد

في مقابل الحقوق التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد في مواجهة المصلحة المتعاقدة، فهو يتحمل جملة من الالتزامات نلخصها في الآتي: الالتزام الأداء الشخصي للخدمة موضوع الصفقة (أولا)، الالتزام بضمان الأشغال المنجزة (ثانيا).

(1) عليوة فضيل، مرجع سابق، ص 28.

(2) مرجع نفسه، ص 29.

## أولاً: الالتزام بالأداء الشخصي للخدمة موضوع الصفقة

تلتقي العقود الإدارية في هذا الالتزام بباقي عقود القانون الخاص، وبهذا فلا يجوز للمتعامل المتعاقد المتعهد بأداء الخدمة في العقد الإداري أن يلقي بموضوع العقد على الغير إلا إذا وافقت الإدارة المعنية<sup>(1)</sup>، فالمبدأ العام في الصفقات العمومية أن صاحب الصفقة وهو المقاول ملزم بتنفيذ الطلبات المحددة في الصفقة شخصياً بنفسه وعلى مسؤوليته الخاصة، وينتج عن التزام المقاول بالتنفيذ الشخصي التزامات فرعية كضرورة حضور المقاول في موقع العمل، أو تعيين ممثل له لرقابة الأشغال المنجزة من طرف المصلحة المتعاقدة وكضرورة الالتزام بالسر المهني ويظهر هذا الالتزام في الحالات التي يكون فيها مشروع البناء يتعلق بإقامة منشآت التي تخص الأمن والدفاع الوطني<sup>(2)</sup>.

## ثانياً: الالتزام بأداء الخدمة حسب الأجل المتفق عليه

ان تنفيذ أي عقد اداري مرتبط كأصل عام بزمان محدد وجب على المتعامل المتعاقد احترامه وعدم الاخلال به، فبالنسبة لعقد الاشغال العامة وجب على المتعاقد احترام آجال الإنجاز وعدم تجاوزها كأصل عام، فعدم احترام الآجال قد يمنح الإدارة حق الفسخ<sup>(3)</sup>.

## ثالثاً: الالتزام بدفع الكفالات ومبالغ الضمان

يلتزم المتعامل المتعاقد وقبل مطالبته بحقه في التسبيقات أن يدفع مبلغ الضمان المتفق عليه كاحتياط مالي يوضع تحت تصرف الإدارة، والتي بإمكانها مصادرته في الأوضاع المحددة قانوناً<sup>(4)</sup>، وقد نصت المادة 131 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على كفالة الضمان<sup>(5)</sup>.

(1) العلى وهيبة، مرجع سابق، ص 26.

(2) بختي سهام، التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، رسالة ماجستير، فرع العقاري، جامعة الجزائر 01، 2013/2014، ص 40.

(3) العلى وهيبة، مرجع نفسه، ص 41.

(4) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط 03، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 238.

(5) أنظر المواد 130، 131، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، السالف الذكر.

## المبحث الثاني

### منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي

يعد موضوع منازعات الصفقات العمومية من المواضيع الهامة، خاصة مع زيادة عددها نتيجة الكم الهائل من الصفقات التي تبرمها الدولة وجماعاتها في ظل الحركة التنموية التي عرفتها البلاد، وعلى هذا الأساس حرص المشرع على وضع نظام قانوني للصفقات العمومية وفق مبادئ وطرق وإجراءات شكلية بما يضمن الحفاظ على المال العام واحترام مبدأ الشفافية، حيث أنه قد تطرأ عند إبرام الصفقات أو عند تنفيذها نزاعات بين أطرافها تحول دون إبرامها أو تنفيذها.

وهذا ما أدى بالمشرع إلى وضع آليات لتسوية النزاعات ونص عليها بشكل عام في المرسوم الرئاسي رقم 236/10 الملغى دون أن يحدد بشكل مفصل الجهات المختصة بالفصل في منازعات الصفقات العمومية، إلا أنه قد نظم هذا الجانب بشيء من التفصيل في المرسوم الرئاسي الجديد رقم 247/15، أين حددت الجهات التي تختص في تسوية منازعات الصفقات، كما أنه قد لا يؤدي اللجوء إلى التسوية إلى أي حل فعال ومنه يمكن للمتعاقد المتعاقد ولوج الطريق القضائي كآخر حل لاستنفاء حقه وهذا ما سنوضحه من خلال هذا المبحث في المطالبين التاليين: المطالب الأول بعنوان التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، أما المطالب الثاني سنتطرق إلى التسوية القضائية.

### المطلب الأول

#### التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي

اهتم المشرع الجزائري بالمحافظة على استمرارية الصفقة وذلك يظهر من خلال دعمه لهذا النوع من العقود بتكريس نصوص قانونية تهتم بتسوية النزاعات القائمة بخصوصها من خلال الفرص التي منحها للأطراف للوصول إلى حل قبل اللجوء إلى القضاء.

تتميز الصفقات العمومية بنوعين من أنواع النزاع حسب مراحل الصفقة فقد تنشأ نزاعات في مرحلة إبرام الصفقة وأخرى في مرحلة تنفيذها، وقد نظم التشريع كل منها على حدى فالنزاعات التي قد تنشأ بمناسبة إبرام الصفقة خصص لها المشرع الجزائري طريقة للنظر فيها عن طريق الطعن لدى لجنة الصفقات المختصة، أما المنازعات التي تنشأ أثناء تنفيذ الصفقة فتكون محل نظر لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، ولكل نزاع إجراءاته الخاصة وهذا سنقوم بتفصيله على النحو الآتي الفرع الأول: التسوية الودية بمناسبة إبرام الصفقة العمومية، أما الفرع الثاني: التسوية الودية بمناسبة تنفيذ الصفقة العمومية.

### الفرع الأول: التسوية الودية بمناسبة إبرام الصفقات العمومية

تتجسد التسوية الودية بمناسبة إبرام الصفقات العمومية في الطعن الإداري المسبق أو التظلم الإداري<sup>(1)</sup>، والذي يعرف على أنه طلب أو شكوى مرفوعة من طرف متظلم إلى السلطة الإدارية المختصة لفض خلاف أو نزاع عن عمل قانوني أو مادي للإدارة، وعليه فإن الطعن أو التظلم هو وسيلة من وسائل حل المنازعات الإدارية بين الأفراد والسلطات الإدارية في الدولة خاصة في حالة استجابة الإدارة للطعن بدلا من اللجوء إلى القضاء<sup>(2)</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه أن هذا الطعن يكون في إطار الصفقات المبرمة عن طريق التراضي بعد الاستشارة دون التراضي البسيط ففي هذا الأخير لا يمكن أن نتصور مثل هذا الطعن لتمييزه بخصوصية التعاقد المباشر، ومن خلال هذا الفرع سنقوم بتبيان موضوع الطعن ولجان الصفقات المختصة بالنظر فيه وكذا دور المصلحة المتعاقدة في التسوية الودية بمناسبة إبرام الصفقات العمومية.

(1) في إطار المرسوم الرئاسي رقم 236/10 جاء تنظيم الطعن أمام اللجنة المختصة وذلك في نص المادة 114 في القسم الفرعي الثالث تحت عنوان تسوية النزاعات أما في إطار المرسوم الرئاسي رقم 247/15 فقد خصص المشرع الجزائري القسم السادس تحت عنوان الطعون يتضمن مادة واحدة (المادة 82).

(2) خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، فرعانون عام، جامعة قسنطينة، 2013، ص9.

## أولاً: موضوع الطعن الإداري المسبق

تضمنت المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 موضوع الطعن حيث تنص " زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة "

يعرف الطعن الإداري المسبق أو التظلم الإداري بأنه طلب أو شكوى مرفوعة من طرف المتظلم إلى السلطة الإدارية المختصة لفض نزاع أو خلاف عن عمل قانوني أو مادي للإدارة<sup>(1)</sup>، وعليه فإن الطعن أو التظلم هو وسيلة من وسائل حل المنازعات الإدارية بين الأفراد والسلطات الإدارية في الدولة خاصة في حالة استجابة الإدارة للطعن بدلا من اللجوء إلى القضاء.

## ثانياً: الطعن إلى لجنة الصفقات العمومية

خول المشرع الجزائري بموجب ق ص ع إلى لجان الصفقات العمومية المختصة دور تسوية النزاعات الناشئة في مرحلة الإبرام ولهذه التسوية أهمية كبيرة لأنها تضع حدا للنزاع في مراحله الأولى من نشأته، حيث يتحرك اختصاص هذه اللجان بعد الطعون التي يقدمها الطرف المتضرر من الصفقة إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة في ذلك.

جاء النص على اختصاص هذه اللجان في المادة 82 السالفة الذكر والتي أحالت إلى المواد 171، 173، 174، 184 و 185 وتتمثل في اللجنة الجهوية، اللجنة البلدية، اللجنة الولائية واللجنة القطاعية وهذه المواد تتجدد تشكيلة هذه اللجان واختصاصها والتي سنوجزها في الاتي إضافة إلى إجراءات رفع الطعن أمامها ونتائج قراراتها:

أ\_ تشكيلة لجان الصفقات العمومية المختصة: نظم المشرع الجزائري تشكيلة لجان الصفقات العمومية المختصة وجملة اختصاصاتها في النظر للطعون المقدمة من المتعهد المحتج على

(1) خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون عام، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005/2004، ص 66.

المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء في إطار إجراء التراضي بعد الاستشارة كآلاتي:

1\_ اللجنة الجهوية للصفقات: استحدثت هذه اللجنة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 وأحالت إليها المادة 82 فقرة 9 كونها من اللجان التي منح لها المشرع الجزائري صلاحية دراسة الطعن لمقدم من طرف المتعهد

حددت تشكيل هذه اللجنة ومجال اختصاصها المادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 حيث تتشكل من:

\_ الوزير المعني أو ممثله رئيسا

\_ ممثل المصلحة المتعاقدة

\_ ممثل عن الوزير المعني

\_ ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة (بناء أشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء

\_ ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة

\_ تحدد قائمة الهياكل التي يسمح لها بإنشاء هذه اللجنة بموجب قرار من الوزير المعني.

2\_ اللجنة الولائية: جاء النص على تشكيل هذه اللجنة وتنظيم اختصاصها في المادة 173 من المرسوم الرئاسي 247/15 كآلاتي:

\_ الوالي أو ممثله، رئيسا،

\_ ممثل المصلحة المتعاقدة،

\_ ثلاثة (3) ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي،

\_ ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)

\_ مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)، عند الاقتضاء،

\_ مدير التجارة بالولاية.

3\_ **اللجنة البلدية:** جاء النص على تشكيلة هذه اللجنة بموجب المادة 174 من المرسوم الرئاسي 247/15 وهي كآآتي:

\_ رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، رئيسا،  
 \_ ممثل عن المصلحة المتعاقدة  
 \_ منتخبين اثنين (2) يمثلان المجلس الشعبي البلدي،  
 \_ ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)،  
 \_ ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)، عند الاقتضاء.

4\_ **اللجنة القطاعية:** تعتبر اللجنة القطاعية حديثة النشأة، وقد احدثت بموجب المرسوم الرئاسي رقم 23/12 المعدل للمرسوم الرئاسي رقم 236/10 حيث يمكن لكل دائرة وزارية انشاء لجنة قطاعية للصفقات<sup>(1)</sup> جاء النص على تشكيلة هذه اللجنة في المادة 185 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 كآآتي:

\_ الوزير المعني أو ممثله، رئيسا،  
 \_ ممثل الوزير المعني، نائب الرئيس،  
 \_ ممثل المصلحة المتعاقدة،  
 \_ ممثلان اثنان (2) عن القطاع المعني،  
 \_ ممثلان اثنان (2) عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)  
 \_ ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

في إطار المرسوم رقم 236/10 حدد المشرع صلاحيات اللجان القطاعية واللجان الوطنية بصفقة مشتركة في نص المواد 143، 144، و145 مع مراعاة حدود اختصاص كل منها، أما المرسوم رقم 247/15 فقد خصص قسم فرعي لاختصاص اللجنة القطاعية للصفقات العمومية وتشكيلتها.

(1) طيبون حكيم، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2013/20012، ص66.



ب\_ إجراءات الطعن أمام لجان الصفقات المختصة: نظم المشرع الجزائري إجراءات وكيفية الطعن في المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء كالاتي:

- حدد المشرع الجزائري أجل الطعن واشترط أن يكون هذا الطعن في حدود مبالغ قصوى وذلك في الفقرة 3 مادة 82 "يرفع الطعن في أجل 10 أيام، ابتداءً من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي او في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية، في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و 184 أدناه وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي".

- استحدث المرسوم الرئاسي رقم 247/15 إجراء جديد وذلك تسهيلاً لسير الطعن وربحاً للوقت ويتمثل في حالة خطأ المتعهد الطاعن في توجيه الطعن إلى لجنة الصفقات العمومية غير مختصة هنا نص في هذه الحالة نص المشرع على وجوب أن يعيد رئيس هذه اللجنة إعادة توجيه الطعن إلى لجنة الصفقات المختصة وهذا ما نصت عليه الفقرة 6 من المادة 82 "إذا تم إرسال طعن إلى لجنة صفقات، عن طريق الخطأ، يجب على رئيس هذه اللجنة أن يعيد توجيهه إلى لجنة الصفقات المختصة، ويخبر المتعهد المعني بذلك، ويأخذ بعين الاعتبار، عند دراسة الطعن، تاريخ استلامه الأول".

- بعد انقضاء مدة 10 أيام المخصصة لرفع الطعون أمام لجنة الصفقات المختصة، تنتظر هذه الأخيرة في الطعون المرفوعة أمامها وتصدر قراراً بشأنها في أجل 15 يوماً، تحسب من تاريخ انقضاء أجل 10 أيام، هذا ما نصت عليه الفقرة 8 من المادة 82 "تأخذ لجنة الصفقات المختصة قراراً في أجل خمسة عشر يوماً (15)، يوماً من تاريخ انقضاء أجل العشرة أيام المذكورة أعلاه، ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن".

- وما تجدر الإشارة إليه أن لجنة الصفقات المختصة لا تنتظر في مشروع المتعهد الذي وقع الاختيار عليه إلا بعد انقضاء أجل 30 يوماً ابتداءً من تاريخ نشر المنح المؤقت للصفقة وهذا ما نصت عليه الفقرة 9 من المادة 82 " وفي حالة الطعن في المنح المؤقت للصفقة، لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات

المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء أجل (30) يوماً، ابتداءً من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للأجال المحددة لتقديم الطعن ولدراسة الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة"

**ج- نتائج قرارات لجان الصفقات المختصة:** رغم عدم إلزامية الطعن المخول للمتعهد المتعاقد المنصوص عليه في المادة 82 فقرة 1 والذي استنتجناه من صياغة هذه الفقرة التي جاء فيها الطعن على سبيل الاختيار بعبارة "يمكن للمتعهد الذي يحتج .... أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة" إلا أنه في حالة القيام بالطعن تكون قرارات اللجان المختصة بالنظر فيه ملزمة ونهائية، وهذا ما استخلصناه من صياغة الفقرة 8 من المادة 82 "تأخذ لجنة الصفقات المختصة قراراً في أجل خمسة عشر يوماً (15)، ابتداءً من تاريخ انقضاء أجل عشرة أيام المذكورة أعلاه، ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن" وفي المقابل لم يذكر المشرع على إمكانية الطعن في هذا القرار.

### ثالثاً: دور المصلحة المتعاقدة في الطعن

خص المشرع في المرسوم الرئاسي 247/15 المصلحة المتعاقدة بمجموعة من الإجراءات تقوم بها على سبيل الوجوب وذلك حسب رأينا تكريساً لمبدأ شفافية الصفقات العمومية من جهة وتسهيلاً لإجراء الطعن من جهة أخرى نبينها في الآتي:

يجب على المصلحة المتعاقدة، للسماح للمتعهدين بممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة، أن تبلغ، في إعلان المنح المؤقت للصفقة عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتاً ورقم تعريفه الجبائي عند الاقتضاء، وتشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة:

• يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في إعلان المنح المؤقت للصفقة، المرشحين والمتعهدين الراغبين في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم

التقنية والمالية، الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة أيام، ابتداءً من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هذه النتائج كتابياً<sup>(1)</sup>.

• في حالات إعلان عدم جدوى وإلغاء إجراء إبرام الصفقة أو إلغاء منحها المؤقت، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلم برسالة موصى عليها مع وصل استلام، المرشحين أو المتعهدين بقراراتها، ودعوة أولئك الراغبين منهم في الاطلاع على مبررات قراراتها، الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة أيام، ابتداءً من تاريخ استلام الرسالة المذكورة أعلاه، لتبليغهم هذه النتائج كتابياً، وعندما تطلق المصلحة المتعاقدة الإجراء من جديد، توضح في إعلان المنافسة أو في رسالة الاستشارة، حسب الحالة، إذا كان الأمر يتعلق بإطلاق للإجراء، بعد إلغاء الإجراء أو بعد إعلان عدم جدواه، ويرفع الطعن في أجل عشرة أيام ابتداءً من تاريخ استلام رسالة إعلام المرشحين أو المتعهدين<sup>(2)</sup>.

#### الفرع الثاني: التسوية الودية بمناسبة تنفيذ الصفقة العمومية

أخذ المشرع الجزائري بالتسوية الودية في مرحلة تنفيذ الصفقات، ووضع مرحلتين لهذه التسوية، ففي المرحلة الأولى تكون التسوية بمبادرة من المصلحة المتعاقدة (أولاً)، أما في المرحلة الثانية فتتمثل في عرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية (ثانياً).

#### أولاً: التسوية الاتفاقية: (التسوية الودية باتفاق أطراف الصفقة)

مضمون هذه التسوية هو لجوء المصلحة المتعاقدة وجوباً إلى إيجاد حل ودي للنزاعات التي تنشأ في مرحلة تنفيذ الصفقات التي تبرمها حيث ألزمها المشرع بالسعي لحل النزاع قبل اللجوء لأي طرف خارجي (لجنة التسوية الودية أو مقاضاة أمام العدالة)، وقد تضمنت هذا المعنى المادة 153 ف2 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 وهو نفس المعنى الذي تضمنته المادة 115 من المرسوم رقم 236/10 الملغى حيث نصت على أنه "يجب على المصلحة

(1) أنظر المادة 82 ف 4 من المرسوم الرئاسي 247/15، السالف الذكر.

(2) أنظر المادة 82 ف 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، السالف الذكر.

المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث على حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يلي:

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

### ثانيا: عرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية

بعد فشل التسوية الاتفاقية لطرفي الصفقة في إيجاد حل للنزاع نص المشرع الجزائري في المادة 153 ف3 على إجراء جديد يمكن الطرفين للوصول إلى حل ودي قبل اللجوء للقضاء، حيث استحدث المشرع بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 لجانا تختص بنظر هذا النزاع بنصها على الآتي "في حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته .."، وما تجدر الإشارة إليه أن اللجوء إلى هذه اللجان ليس ملزما وهذا ما يفهم من نص المادة 155 "يمكن المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة عرض النزاع على اللجنة" وكلمة "يمكن" تدل على اختيارية اللجوء إلى اللجنة وعدم إلزامية الإجراء.

وقد ضمن المشرع إنشاء هذه اللجان في مختلف المستويات الإدارية الوزارية والولائية حيث نصت المادة 154 من نفس المرسوم على "تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل وال لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين" وحدد اختصاص كل منها على حدى.

وفيما يلي سنعرض تشكيلة لجان التسوية الودية مع مجال اختصاصها، إجراءات اللجوء إليها ونتائج قراراتها:

### 1\_ تشكيلة لجان التسوية الودية: تتضمن هذه اللجان التشكيلة التالية:

أ\_ لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية: جاء النص على تشكيلة هذه اللجنة واختصاصها في المادة 154 ف2 كالتالي:

- ممثل عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية رئيساً
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة
- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع
- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة

حدد اختصاصها بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها.

ب\_ لجنة التسوية الودية للنزاعات على المستوى الولائي: جاء النص على تشكيلة هذه اللجنة واختصاصها في المادة 154 ف4 كالتالي:

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة،
- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع،
- ممثل عن المحاسب العمومي المكلف.

حدد اختصاص هذه اللجنة بدراسة نزاعات الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة.

ولقد راعى المشرع في اختيار أعضاء لجان التسوية الودية السالفي الذكر معيار الكفاءة فيهم كأساس لعضوية اللجنة أو كجهة استشارة ذات دراية بنشاط اللجنة من شأنها أن تقدم توضيحاً أو إفادة يستعين بها رئيس اللجنة هذا ما استنتجناه من نص المادة 154 ف6،7 بنصها " يعين أعضاء اللجنة المختارون نظراً لكفاءتهم في الميدان المعني، بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني.

ويمكن رئيس اللجنة أن يستعين، على سبيل الاستشارة بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللجنة."

2\_ الإجراءات المتبعة أمام لجنة التسوية الودية: تضمنت المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 مجموعة الإجراءات والشروط المتبعة أثناء رفع النزاع أمام لجنة التسوية الودية بشكل مفصل، ومنحت حق عرض النزاع على اللجنة للمصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد على حد سواء وذلك في طابع اختياري حيث يمكن لهما تجاوز هذا الإجراء وعرض النزاع مباشرة على القضاء بنصها في الفقرة الأولى "يمكن للمتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة عرض النزاع على اللجنة"، وتتمثل الإجراءات المتبعة أمامها في:

- يوجه الشاكي إلى أمانة اللجنة تقريراً مفصلاً مرفقاً بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل استلام، كما يمكنه إيداعه مقابل وصل استلام.
- تدعى الجهة الشاكية من طرف رئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام، لإعطاء رأيها في النزاع ويجب عليها أن تبلغ رأيها لرئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام، في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ مراسلتها.
- تقوم لجنة التسوية الودية بدراسة النزاع في أجل أقصاه ثلاثون (30) يوماً، ابتداءً من تاريخ جواب الطرف الخصم، لرأي مبرر.
- يمكن اللجنة أن تستمع إلى طرفي النزاع و/أو تطلب منهما إبلاغها بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها وتؤخذ آراء اللجنة بأغلبية أصوات أعضائها وعند تعادل الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحاً.
- يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موصى عليه مع وصل استلام وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب أحكام المادة 213 من هذا المرسوم.

3\_ نتائج قرارات لجنة التسوية الودية: من خلال قراءتنا للفقرة الأخيرة من نص المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 التالية "وتبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه (8) أيام، ابتداءً من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل استلام وتعلم اللجنة بذلك" يفهم من اجتماع لجنة التسوية الودية أن الرأي الذي توصلت إليه غير ملزم بالنسبة للمصلحة المتعاقدة حيث أن نص المادة 155 منح

للمصلحة المتعاقدة صلاحية اصدار قرارها فيما يخص رأيا للجنة، ومنه نستنتج أن ما تصدره اللجنة هو مجرد رأي استشاري لا يرقى إلى منزلة القرار الإداري الملزم.

وهذا ما يعني إمكانية عدم التزامها به، وظهورها بمظهر الخصم والحكم في النزاع، وهو ما يخالف مبدأ من مبادئ الصفقات المتمثل في مبدأ المساوات.

## المطلب الثاني

### التسوية القضائية

بعد فشل جميع محاولات حل النزاع القائم بين أطراف الصفقة وجهود اللجان القائمة على حل هذا النزاع، أعطى المشرع أحقية الخصوم في اللجوء للقضاء المختص ألا وهو القضاء الإداري، باعتبار أن أحد أطراف الصفقة من أشخاص القانون العام، وبالرجوع للمواد 81 و 153 من ق ص ع نجد أن المشرع قد أحال الاختصاص للتشريع والتنظيم المعمول لتسوية منازعات الصفقات وهو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، اذ قمنا بتقسيم هذا المطلب الى فرعين الفرع الأول خصصناه لأساس اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الصفقات العمومية، أما الفرع الثاني فبعنوان جهة الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي.

#### الفرع الأول: أساس اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الصفقات العمومية

يظهر أساس اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الصفقات العمومية في المعيار العضوي (أولا)، والمعيار المادي (ثانيا).

#### أولا: المعيار العضوي

• بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية يظهر أن المشرع الجزائري بالأخذ بالمعيار العضوي والذي يتحدد بموجب المادة 800 منه بنصها "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية التي تختص بالفصل في أول درجة، بحكم

قابلا لاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو البلدية أو أحد المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها"

• بالنسبة لق ص ع: بالرجوع لنص المادة 6 ما عدا المطء الأخيرة منها نجد تجسيد المعيار العضوي في أنه "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

\_الدولة،

\_الجماعات الإقليمية

\_المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري".

من خلال هذه النصوص يتحدد المعيار العضوي للصفقات العمومية على النحو التالي:

**1\_ الدولة:** جاء في نص المادة 02 من المرسوم 236/10 مصطلح الإدارات العمومية أما في المرسوم 247/15 جاءت بمصطلح الدولة، فاذا اخذناها بالمعنى الواسع هي: أول الأشخاص الاعتبارية على الاطلاق لأنها تشكل الشخص المعنوي الأم، الذي تنفرع عنه أشخاص معنوية أخرى، وكونها شخص اعتباري عام فهي التي تمنح الشخصية المعنوية الخاصة للأفراد والهيئات الخاصة وتمارس سلطة الاشراف والرقابة عليها (1).

وتأخذ الإدارات المركزية عموما مفهوم الدولة بمعناها الضيق في الصفقات العمومية، وهو يتمثل في الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة، فهذه الأخيرة تعد نوع جديد من المؤسسات العمومية، أما الإدارات العمومية فتشمل مصالح رئاسة الجمهورية ومصالح رئاسة الحكومة (2).

**2\_ الجماعات الإقليمية:** تتجسد وحدات الإدارة المحلية التي حولها تنظيم الصفقات العمومية إمكانية تنظيم الصفقات العمومية هي البلدية والولاية:

**أ\_ البلدية:** عرفها قانون 10/11 المتضمن قانون البلدية (3) في مادته الأولى كالتالي "البلدية هي الجماعات الإقليمية القاعدية للدولة.

تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة

(1) شريقي نسرين، مرجع سابق، ص 51.

(2) خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص 128.

(3) قانون 10/11، المؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر 37، الصادر بتاريخ 3 يوليو 2011.



وتحدث بموجب قانون".

من بين هيئات البلدية نجد الهيئة التنفيذية التي يرأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي هذا الأخير الذي يقوم بتمثيل البلدية أمام العدالة بصفتها مدعى أو مدعى عليها، وهذا من بين جملة الاختصاصات الموكلة إليه حيث تنص المادة 82 من نفس القانون على أنه: "يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت رقابة المجلس الشعبي البلدي باسم البلدية بجميع التصرفات الخاصة بالمحافظة على الأملاك والحقوق المكونة لممتلكات البلدية وإدارتها.

ويجب عليه على وجه الخصوص، القيام بما يأتي:

\_ التقاضي باسم البلدية ولحسابها، ...."

ب\_ **الولاية**: عرفها قانون 07/12 المتعلق بالولاية<sup>(1)</sup> كالتالي:

"الولاية هي الجماعة الإقليمية للدولة.

وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.

وهي أيضا الدائرة الإدارية غير المركزية للدولة وتشكل بهذه الصفة فضاء لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية والتشاورية بين الجماعات المحلية ...."

للولاية هيئتان حسب نص المادة 2 من نفس القانون تتمثل في المجلس الشعبي الولائي والوالي هذا الأخير الذي يقوم بتمثيل الولاية أمام القضاء بصفتها مدعى أو مدعى عليها وهذا ما تضمنته المادة 106 من نفس القانون بنصها "يمثل الوالي الولاية أمام القضاء"

3\_ **المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري**: هي مؤسسة تنشؤها الدولة أو الجماعات المحلية (الولاية، البلدية) بهدف إدارة مرافقها العمومية الإدارية وعلى سبيل ذلك تمنح هذه المؤسسات الشخصية المعنوية، تمارس نشاطا إداريا بحتا، ولقد أشارت المادة 800 من ق إ م إلى اختصاص جميع القضايا التي تكون طرفا فيها المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري مثل المستشفيات، الجامعات، المجالس الوطنية ...<sup>(2)</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه أن المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 الملغى، أدرجت عدة مؤسسات عمومية ضمن نطاق اختصاص ق ص ع، فإلى جانب المؤسسات

(1) قانون رقم 07/12، المؤرخ في 21 فيفري، يتعلق بالولاية، ج ر عدد 12، الصادر بتاريخ 29 فيفري 2012.

(2) خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص 134.

الإدارية ذكر النص مجموعة من المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، وأيضاً المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، وذكر النص مراكز البحث وشملت أيضاً المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وألّزمت المؤسسات العمومية الاقتصادية أن تعتمد الأحكام المقررة في تنظيم الصفقات العمومية.

وهذا ما كان يشكل عدم توافق نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 الملغى مع نص المادة 800 من ق إ م إ إلا أن المشرع الجزائري قد تدارك الأمر، حيث أعاد صياغة نص المادة المتعلقة بالهيئات والمؤسسات التي يطبق عليها أحكام ق ص ع على نحو يتوافق مع نص المادة 800 من ق إ م إ وهي الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري السالفي الذكر.

لكن رغم أن المشرع قد أخرج المؤسسات العمومية الاقتصادية من دائرة اختصاص أحكام ق ص ع، إلا أنه ألزمها على إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصياتها ومبادئها المنصوص عليها فيه وهذا ما تضمنته المادة 9 من ق ص ع " لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام هذا الباب، ومع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصياتها، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية".

### ثانياً: المعيار المادي (الموضوعي)

يظهر تبني المشرع للمعيار المادي في المطبة الأخيرة من المادة 6 المتعلقة بالمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري كالاتي "المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية".

وهي المؤسسة العمومية الوحيدة التي أدرجها المشرع ضمن المؤسسات الخاضعة لأحكام ق ص ع رغم خضوعها للقانون الخاص المتمثل في القانون التجاري، إلا أنه قيدها بمبدأ وهو في حالة قيامها بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً من الدولة أو الجماعات المحلية.

### الفرع الثاني: جهة الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي

يؤول اختصاص النظر في منازعات الصفقات العمومية باعتبارها عقود إدارية، إلى أجهزة النظام القضائي الإداري، والمتمثلة في المحاكم الإدارية صاحبة الولاية العامة بالفصل في المنازعات الإدارية ومجلس الدولة.

#### أولاً: المحاكم الإدارية

انشأت بموجب القانون العضوي 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية<sup>(1)</sup> لتحل محل الغرف الإدارية التابعة للمجالس القضائية، حيث تنص المادة الأولى منه على أن "تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية".

وتختص بالفصل ابتداءً بحكم قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة في جميع القضايا أياً كانت طبيعتها، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها (المادة 800 ق إ م إ).

#### ثانياً: مجلس الدولة

أنشأ بموجب القانون العضوي 01/98 المتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وسيره<sup>(2)</sup> وهو جهة استئناف للأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية حيث تنص المادة 10 منه "يفصل مجلس الدولة في استئناف القرارات الصادرة ابتدائياً من قبل المحاكم الإدارية في جميع الحالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(1) القانون العضوي رقم 02/98، المؤرخ في 14/11/1998، المتعلق بالمحاكم الإدارية.

(2) القانون العضوي رقم 01/98، المؤرخ في 30/05/1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة.

كما يختص حسب نص المادة 9 من نفس القانون بالآتي: " يفصل مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في:

\_ الطعون بالإلغاء المدفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

\_ الطعون الخاصة بتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة".

الفرع الثالث: دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي

تأخذ منازعات الصفقات العمومية أحد الشكلين، إما عنوان قضاء الإلغاء أو القضاء الكامل وهو ما سنبينه فيما يلي:

أولاً: قضاء الإلغاء

يلجأ المتعامل المتعاقد إلى قضاء الإلغاء في حالة صدور قرار إداري من المصلحة المتعاقدة مس مركزه القانوني على نحو غير مشروع، ذلك بعيداً عن إلغاء الصفقة العمومية.

فالصفقة العمومية باعتبارها عقد، لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء لأن دعوى الإلغاء هي جزء مخالفة الشرعية، وبالتالي لا يمكن الاستناد إلى إخلال الإدارة بالتزاماتها لأن الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية<sup>(1)</sup>.

(1) خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص199.

إنما الطعن بالإلغاء يشمل القرارات الإدارية المنفصلة والتي تساهم في تكوين الصفقة<sup>(1)</sup>، وهذا ما سنوضحه في الآتي مع تبيان المواضيع التي يمكن أن يشملها الطعن بالإلغاء في الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي وبيان آثاره.

### 1\_ القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية: يعرف على أنه:

تلك الأعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة، تساهم في تكوين عقد من العقود الإدارية ومن ثم يمكن فصلها عن ذات العقد المرتبطة به، وبالتالي يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالا عن العملية العقدية<sup>(2)</sup>.

وما يسعنا توضيحه من خلال هذا التعريف، أن الطعن بالإلغاء ضد أعمال الإدارة أثناء إبرام الصفقة وأثناء تنفيذها لا يستويان، فالمتعاقد مع الإدارة إذا كان يستطيع أن يطعن بالإلغاء في الأعمال القابلة للفصل في مرحلة انعقاد العقد، وبينه على مخالفة القرار المنفصل لقواعد المشروعية فإن الوضع هنا يختلف تماما، لأن كل أعمال التنفيذ التي يكون له مصلحة في الطعن فيها، إنما تخالف الشروط العقدية لأن أعمال التنفيذ تكون في غالبيتها متصلة بالعقد وغير قابلة للفصل، ومخالفة العقد لا يمكن أن يبنى عليها الطعن بالإلغاء<sup>(3)</sup>.

### 2\_ مواضيع القرارات القابلة للطعن فيها بالإلغاء في الصفقات العمومية المبرمة عن طريق

التراضي: تتعدد مواضيع القرارات المنفصلة القابلة للطعن فيها بالإلغاء من قرار المنح المؤقت، قرار الاستبعاد المتمثل في إقصاء العرض غير المطابق لموضوع الصفقة، قرار الحرمان من دخول الصفقة....، إلا أن الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي لا تستوعب جميع هذه القرارات بحكم طبيعتها، حيث أن الإدارة تلجأ إلى التعاقد مباشرة دون اللجوء إلى الإعلان عن الصفقة، إلا أن الصفقات المبرمة عن طريق التراضي بعد

(1) عموما القرار الإداري الذي يصلح لأن يكون محل طعن بالإلغاء، يجب أن يتميز إضافة إلى صدوره عن إحدى الجهات الإدارية المشكلة للمعيار العضوي، أن يكون بقصد أحداث أثر قانوني عن طريق إنشاء مراكز قانونية، أو تعديل أو إلغاء هذه المراكز.

(2) تياح نادية، محاضرات في قانون الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 54.

(3) بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص 139.

الاستشارة نجد أنها تحوي بعض القرارات المنفصلة كقرار المنح المؤقت للصفقة وقرار الحرمان من دخول الصفقة نيينهما في التالي:

أ\_ **قرار المنح المؤقت:** وهو الإعلان الذي تلتزم به الإدارة المعنية بنشره في الجرائد اليومية بمقتضاه تتولى إخبار الجمهور من المعنيين وغير المعنيين بنتيجة الانتقاء، ويخضع لمبدأ أساسي وهو المنح المؤقت لصاحب أفضل عطاء<sup>(1)</sup>.

لم يرد نص صريح يحدد طبيعة قرار المنح المؤقت، غير أن القضاء الإداري يعتبره قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة العمومية لتوافره على جميع خصائص القرار الإداري<sup>(2)</sup>.  
ب\_ **قرار الحرمان من دخول الصفقة:** لقد خول تنظيم الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة سلطة إصدار قرار الحرمان من دخول الصفقة ولو توفرت في عطائه كافة الشروط المتطلبية إذا كان الحرمان مستند إلى نص قانوني، ويعني ذلك الإقصاء من المشاركة في شكل عقوبة ثانوية<sup>(3)</sup>.

3\_ **آثار الغاء القرار الإداري المنفصل:** بعدما يصدر القاضي مقرر الغاء القرار الإداري المنفصل المتعلق بالصفقة العمومية، أعتبر هذا الأخير كأنه لم يكن، غير أن سلطة قاضي الإلغاء تقتصر في الغاء القرار الإداري المنفصل فقط دون أن يلغي الصفقة العمومية، إلا أنه من الناحية العملية فإنه بمجرد أن يصدر حكم الغاء القرار الإداري، يمكن لأحد أطراف العقد استنادا إلى حكم الإلغاء اللجوء إلى قاضي العقد طالبا فسخه<sup>(4)</sup>.

### ثانيا: القضاء الكامل

تتعدد سلطات القاضي في مجال القضاء الكامل مقارنة بسلطته المحدودة في دعاوى الإلغاء وفحص مشروعية القرارات الإدارية، ومن ثمة فهو يشمل مجموعة من الدعاوى الإدارية يرفعها المتعامل المتعاقد ضد المصلحة المتعاقدة كونها مست حقوقه بصفة غير مشروعة ومن أهم هذه الدعاوى نذكر

(1) [www.Alkanounia.com](http://www.Alkanounia.com)، 2016/05/15، 09:30 سا.

(2) خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص 180.

(3) مرجع نفسه، ص 183.

(4) طيبون حكيم، مرجع سابق، ص 114.

**1\_ دعوى المطالبة بالحصول على مبالغ مالية:** تهدف هذه الدعوى الى الحصول على مقابل مادي والذي قد يكون في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد، أو لأي سبب من الأسباب الأخرى التي تؤدي الى الحكم بالتعويض (1).

**2\_ دعوى المطالبة بإبطال تصرفات المصلحة المتعاقدة المخالفة لقواعد إبرام الصفقات العمومية:** عندما يصدر من المصلحة المتعاقدة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية، فإنه يحق للمتعاقد الحصول على حكم بإبطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل، وعليه فإنه يخضع لاختصاص القضاء الكامل كل دعوى يقيمها المتعاقد مع الإدارة يطلب إبطال تصرف صدر عنها، خالفت فيه قواعد إبرام الصفقة، كما أن هذا المتعاقد يكون بوسعه الرجوع على الإدارة وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية إذا ما أصابه ضرر (2).

**3\_ دعوى فسخ الصفقة العمومية:** دعوى الفسخ التي يرفعها المتعاقد ضد الإدارة في حالة قيامها بتعديل أحد بنود الصفقة بشكل يؤدي الى زيادة معتبرة في التزاماته، ذلك أن المتعاقد له أن يطالب بفسخ الصفقة مع الإدارة في حدود معينة، أو منازعة المتعاقد المتعاقد مع الإدارة في حالة قيامها بالفسخ بإرادتها المنفردة، حيث أن ق ص ع سمح بذلك للمصلحة المتعاقدة دون المتعاقد (3)، وهذا ما نصت عليه المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(1) خضري حسين، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة المفكر، العدد 13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، دون ذكر سنة النشر، ص 202.

(2) بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 119.

(3) خضري حسين، مرجع نفسه، ص 203.

خاتمة



لقد جاء قانون الصفقات العمومية بهدف حماية الأموال العمومية، كون أغلب النفقات العمومية تذهب في شكل صفقات بشتى أشكالها وأنواعها لا سيما الموجهة لتنفيذ مشاريع ذات منفعة وطنية، كما جاء أيضا لتحقيق الفعالية والنجاعة من جراء التعاقد مع أحسن المتعاملين فنيا وماليا، لذلك فقد حرص المشرع على مسايرة قانون الصفقات العمومية للتطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وكل ما تتطلبه المصلحة العامة.

وقد ألزم المشرع الجزائري الإدارة ببعض القيود و الضوابط التي تحد من حريتها في التعاقد و اختيار المتعاقد معها، و من بين أهم هذه القيود الزامها باتباع الإجراءات التي رسمها لها القانون لاختيار المتعاقد وتحديد هطرق ابرامها للصفقات العمومية و التي تتمثل في طريقتين: القاعدة العامة في التعاقد هي اتباع أسلوب طلب العروض والذي يعتبر طريقة تلجأ اليها المصلحة المتعاقدة لإبرام صفقاتها العمومية وهو يعتمد على عدة معايير تقنية ومالية، فمن بين هذه المعايير يوجد معيار أجل التنفيذ وخبرة الشركة المتعقده في انجاز مشاريع شبيهة بموضوع الصفقة المزمع ابرامها، إضافة الى حداثة معداتها وكذا معيار المبلغ المالي وغيرها من المعايير.

ويتم الاعتماد على هذا الأسلوب في انجاز المشاريع المعقدة والتي تحمل في طياتها التكنولوجيا المتطورة.

إضافة الى ذلك اعتمد قانون الصفقات العمومية أسلوب التراضي والذي وضعناه تحت مجهر الدراسة والتحليل من مختلف جوانبه، وهذا لمعرفة مختلف التعديلات التي طرأت عليه، وقد كانت محاولة منا القيام بمقارنة بين المرسوم الرئاسي 236/10 والمرسوم الرئاسي 247/15.

اذ يعد أسلوب التراضي أسلوب استثنائي لا يجوز اللجوء اليه الا في حالات محددة لا يمكن اللجوء فيها لأسلوب طلب العروض نظرا لخصوصيته المتمثلة في صفة المتعامل، طبيعة الصفقة، الاستعجال، الخ.

كما أنه تم التوصل الى أن المصلحة المتعاقدة تلجأ الى أسلوب التراضي لأنه يتيح لها انجاز المشاريع في وقت قصير لما تتطلبه المصلحة العامة مقارنة بأسلوب طلب العروض، وهذا لما يمتاز به من السرعة والبساطة في كيفية الابرام وكذا تقادي تكرار إجراءات طلب العروض.

ولأسلوب التراضي شكلين التراضي البسيط والذي يتم اللجوء اليه في حالات محددة طبقا لقانون الصفقات العمومية كذلك الشأن فيما يتعلق بالتراضي بعد الاستشارة.

قد كفل المشرع الجزائري مجموعة من السلطات الثابتة للمصلحة المتعاقدة كونها تتمتع بامتيازات السلطة العامة، بدءا من انتقاء المتعامل المتعاقد الكفؤ إلى الرقابة على جملة أعماله المتعلقة بالصفقة والصفقة في حد ذاتها، ناهيك عن سلطة توقيع الجزاء وهي أخطر سلطة في يد الإدارة حيث يمكن أن تصل باستعمالها إلى وضع حد للصفقة وفسخها.

أما في حالة تنازع طرفي الصفقة فنستنتج أن المشرع قد أخذ بفكرة الحل الودي للنزاع، حيث أجبر الإدارة على المضي قدما والبحث في كل حل يمكن أن يفض النزاع في أقرب الآجال، وقد تبنى هذا المبدأ في مختلف مراحل الصفقة من الإبرام إلى التنفيذ، وذلك كله تقاديا للجوء للنزاع القضائي المعروف بطول الإجراءات.

وكتدعيم للحل الودي جعل المشرع مجموعة من اللجان ذات تشكيلة متنوعة معروفة بكفاءتها، وخول لها صلاحية النظر في النزاع وذلك بالاحتكام إليها من طرف المتعامل المتعاقد اختيارا وليس وجوبا، وهذا كذلك في جميع مراحل الصفقة، ففي مرحلة الإبرام يكون بالطعن أمام لجنة الصفقات المختصة، أما في مرحلة التنفيذ فيكون رفع النزاع أمام لجنة التسوية الودية والتي أنشأها بموجب المرسوم 247/15، وهذا كله لعدم تعطيل المشاريع العمومية ويؤدي ذلك لاستلام المشروع في آجاله، وإن لم تصل اللجان إلى حل يرضي الأطراف فإن النزاع يدخل مرحلة جديدة وهي مرحلة التقاضي أمام العدالة، فقد منح المشرع لأطراف الصفقة أحقية اللجوء الى القضاء واتباع اجراءات التقاضي المنصوص عليها في ق إ م إ وهذه كآخر مرحلة في عمر النزاع.

لكن ما يؤخذ على أعمال هذا الأسلوب في التعاقد هو ما يلي:

\_ الحد كثيرا من المنافسة لاسيما في التراضي البسيط وهو ما يحرم الإدارة من المقارنة بين العروض وبالتالي اختيار أفضلها.

\_ غياب ضوابط تحد طريقة الإبرام وفقا لهذا الأسلوب مما يؤدي إلى اختيار المتعامل المتعاقد بناء على أسس ذاتية واعتبارات شخصية، وهو ما يفتح باب التحايل والتلاعب في عملية التعاقد.

\_ تضيق مساحة الرقابة القبلية على صفقات المصلحة المتعاقدة بالاعتماد على أسلوب التراضي.

\_ ورغم تقييد حرية الإدارة من خلال إحاطة المشرع هذا الإجراء بمجموعة من القيود الملزم إتباعها إلا أنه لا يمكن لهذه النقائص أن تقلل من أهمية التراضي، كما أنه كثيرا ما يعتبر هو الأسلوب الملائم والأنجع لإتمام عملية التعاقد لا سيما في الحالات التي تتسم بطابع الاستعجال ولعل هذا هو سبب اعتبار المشرع هذا الأسلوب طريقا استثنائيا لإبرام الصفقات العمومية.

ومن خلال النتائج المتوصل إليها، فقد خلصنا من هذا العرض ببعض التوصيات أو الاقتراحات والتي سنوردها في نقاط:

\_ على المشرع إعادة النظر في الطريقة التي نظم بها التراضي فأربع مواد قانونية لا تكفي لضبط إطار قانوني واضح يؤمن التطبيق المشروع لصفقات التراضي خاصة إذا كانت هذه المواد على قلتها جاهزة للاستغلال في ارتكاب ممارسات غير مشروعة يكون ضحيتها المال العام.

\_ تفعيل القانوني للنص القانوني المتعلق بمكافحة الرشوة من خلال إجراءات ملموسة.

\_ تكثيف الرقابة على الصفقات العمومية وتوقيع عقوبات صارمة على كل مساس  
بالمال العام.

فضلا عن هذا لابد أن يكون تنظيم الصفقات العمومية بمجمله منطلقا من الواقع  
ويستفيد من الممارسات الميدانية في وضع ضمانات لحماية المال العام على نحو يجعل من  
أسسها القانونية قوية مستقلة.

# قائمة المراجع

## قائمة المراجع:

### أولاً: الكتب:

1. الجبوري محمود خلف، العقود الإدارية، الطبعة 02، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
2. بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
3. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، الطبعة 01، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
4. \_\_\_\_\_، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط 03، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
5. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة.
6. عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2012.
7. عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة 05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
8. قدوج حمامة، عملية ابرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
9. لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة 04، دار المجد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
10. شرقي نسرين، القانون الإداري، دون طبعة، مكتبة بلقيس للنشر، الجزائر، دون ذكر سنة النشر.
11. مفتاح خليفة عبد المجيد، العقود الإدارية وأحكام ابرامها، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.

12. درويش حسين، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، الطبعة 01، مكتبة الانجلو المصرية، 1961.
13. فياض عبد المجيد، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة 01، دار الفكر العربي، 1975.

### ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية:

1. عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، مذكرة دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009/2008.
2. تياب نادية، اليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة دكتوراه، فرع قانون عام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
3. علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون عام، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 3004/2003.
4. لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007/2006.
5. مانع عبد الحفيظ، طرق ابرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون عام، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007.
6. بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 01، 2009/2008.

7. بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان العمومية على المستوى المحلي، مذكرة ماجستير، فرع إدارة ومالية عامة، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2012/2011.
8. خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون عام، جامعة قسنطينة 01، 2013/2012.
9. سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، فرع قانون الإجراءات الإدارية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013/2012.
10. سحنون سمية، اجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة ماجستير، فرع قانون أعمال، جامعة الجزائر 01، 2013/2012.
11. طيبون حكيم، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، فرع قانون عام، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 01، 2013/2012.
12. بختي سهام، التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، مذكرة ماجستير، فرع العقاري، جامعة الجزائر 01، 2014/2013.
13. أزرايب نبيل، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014.
14. قدوج حمامة، عملية ابرام العقود الإدارية في نطاق صفقات المتعاقد العمومي في الجزائر، تحليل ومقارنة، مذكرة ماجستير، فرع إدارة ومالية عامة، جامعة بن عكنون، دون ذكر سنة المناقشة.
15. عليوة فضيل، عقد الأشغال العامة في ظل قانون الصفقات العمومية 236/10، مذكرة ماستر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015/2014.



16. لعلى وهيبية، التراضي كوسيلة للتعاقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، فرع قانون اداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014.
17. رقايدة عمار، أحكام التراضي في الصفقات العمومية، مذكرة ليسانس، فرع قانون عام، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013/2012.
18. شروقي محترف، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 16، 2006/2005.
19. حنوش فارس، النظام القانوني لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في ظل المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 14، 2006/2003.

### ثالثا: المجلات والمحاضرات:

1. تياب نادية، سلطة المصلحة المتعاقدة في صفقات التراضي، العدد 01، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
2. حضري حسين، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، العدد 13، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، دون ذكر سنة النشر.
3. تياب نادية، محاضرات في قانون الصفقات العمومية، ملقاة على سنة ثانية ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2015/2014.

## رابعاً: النصوص القانونية:

### 1\_القوانين:

1. قانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، يتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية الا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، ج ر عدد 02، الصادرة في 11 جانفي 1963.
2. الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج ر عدد 52، الصادرة في 27 جوان 1967.
3. القانون العضوي رقم 01/98، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة.
4. القانون العضوي رقم 02/89، المؤرخ في 14 نوفمبر 1998، المتعلق بالمحاكم الإدارية.
5. الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، ج ر عدد 43، الصادرة في 20 جويلية 2003.
6. القانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 31.
7. القانون رقم 09/08، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.
8. القانون رقم 10/11، مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37، الصادرة بتاريخ 03 يونيو 2011.
9. القانون رقم 07/12، مؤرخ في 21 فيفري، يتعلق بالولاية، ج ر عدد 12، الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012.

## 2\_ المراسيم:

### أ\_ المراسيم الرئاسية:

1. المرسوم الرئاسي رقم 145/82 المؤرخ في 1 أبريل 1982، يتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، المعدل والمتمم، ج ر عدد 15 الصادرة في 13 أبريل 1982.

2. المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج ر عدد 52، الصادرة في 27 جويلية 2002.

3. المرسوم الرئاسي رقم 338/08، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 62، الصادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2008، ملغى.

4. المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 03 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج ر عدد 58، الصادرة في 07 أكتوبر 2010.

5. المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 31 ديسمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

### ب\_ المراسيم التنفيذية:

1. المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، يتضمن إعادة تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57 الصادرة في 13 نوفمبر 1991.

### خامسا: المواقع الالكترونية:

[www.Alkanounia.com](http://www.Alkanounia.com)

# الفهرس

1.....	مقدمة
6.....	الفصل الأول: مفهوم اجراء التراضي وكيفية ابرام الصفقة عن طريقه
7.....	المبحث الأول: الإطار القانوني اجراء التراضي في ابرام الصفقات العمومية
8.....	المطلب الأول: تعريف اجراء التراضي وخصائصه
8.....	الفرع الأول: تعريف اجراء التراضي
10.....	الفرع الثاني: خصائص اجراء التراضي
11.....	المطلب الثاني: صور اجراء التراضي في ابرام الصفقات العمومية
12.....	الفرع الأول: التراضي البسيط
13.....	الفرع الثاني: التراضي بعد الاستشارة
14.....	المطلب الثالث: الأساس القانوني للتراضي في ابرام الصفقات العمومية
15.....	الفرع الأول: قبل المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية
19.....	الفرع الثاني: التراضي في إطار المرسوم الرئاسي 236/10
21.....	المبحث الثاني: كيفية ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي
21.....	المطلب الأول: الشروط الموضوعية لإبرام الصفقة عن طريق التراضي
22.....	الفرع الأول: حالات التراضي البسيط
29.....	الفرع الثاني: حالات التراضي بعد الاستشارة
32.....	المطلب الثاني: إجراءات ابرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي
32.....	الفرع الأول: الدعوى الى التعاقد
33.....	الفرع الثاني: التفاوض
35.....	الفرع الثالث: مرحلة التعاقد
36.....	الفصل الثاني: اثار ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي
37.....	المبحث الأول: وضعية أطراف الصفقة العمومية المبرمة عن طريق التراضي
37.....	المطلب الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد

38.....	الفرع الأول: سلطة الرقابة والتوجيه.....
40.....	الفرع الثاني: سلطة التعديل.....
45.....	الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد.....
47.....	<b>المطلب الثاني:</b> حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد.....
47.....	الفرع الأول: حقوق المتعامل المتعاقد.....
49.....	الفرع الثاني: التزامات المتعامل المتعاقد.....
51.....	<b>المبحث الثاني: منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي.....</b>
	<b>المطلب الأول:</b> التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية المبرمة عن طريق
51 .....	التراضي.....
52.....	الفرع الأول: التسوية الودية بمناسبة إبرام الصفقات العمومية.....
58.....	الفرع الثاني: التسوية الودية بمناسبة تنفيذ الصفقة العمومية .....
62.....	<b>المطلب الثاني:</b> التسوية القضائية.....
62.....	الفرع الأول: أساس اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الصفقات العمومية.....
	الفرع الثاني: جهة الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن
66.....	طريق التراضي.....
	الفرع الثالث: دور القضاء الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية المبرمة عن
67.....	طريق التراضي.....
71.....	خاتمة.....
75.....	قائمة المراجع.....
81.....	الفهرس.....