

## ملخص المذكرة

يستمد موضوع الضمانات في الصفقات العمومية أهميته من المكانة التي تحتلها الصفقات العمومية نفسها، إذ تكلف خزينة الدولة مبالغ باهظة نظرا لحجم وضخامة الأموال التي يتم صرفها بعنوان الصفقات العمومية لجهاز مركزي أو محلي أو مرفقي أو هيئة وطنية مستقلة، باعتبارها أداة إستراتيجية وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة من أجل تحقيق التنمية المحلية والوطنية على حد سواء ،لذا تبحث مختلف التشريعات عن إيجاد منظومة قانونية متكاملة توفر حماية كافية للمال العام ولحقوق الأطراف المتعاقدة، وفي سبيل ذلك يشهد النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر وبعض الدول كفرنسا وتونس عدة تطورات تماشيا مع النظام الاقتصادي والسياسي في كل حقبة زمنية.

من هنا جاء اختيارنا لموضوع الضمانات في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة - للوقوف على مدى صلابة وفاعلية نظام الضمانات باعتباره صمام أمان يستهدف تحقيق حماية للمال العام وحقوق الأطراف المتعاقدة و كل من له مصلحة في عملية الشراء العمومي.

بناء على ما سبق ذكره فإن أهم الإشكالات التي تطرح نفسها في هذا الموضوع و التي ارتأينا التصدي لها بالدراسة تتمثل أساسا في:

ما هي إشكال الضمانات في الصفقات العمومية ؟ وما هي الطبيعة القانونية لها؟ وما مدى نجاعتها في الحفاظ على المال العام وحماية حقوق الأطراف؟

للإجابة على هذه الإشكاليات المطروحة والإحاطة الكاملة بمختلف جوانب هذا الموضوع اعتمدنا في هذه الدراسة المنهج المقارن بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات الأخرى كالتشريع الفرنسي والتونسي، ولعل اختيارنا للنظام القانوني التونسي في هذه الدراسة المقارنة يرجع لاعتبارات عديدة، منها كون تونس دولة مغاربية ومجاورة للجزائر ، إضافة لما يتسم به التشريع التونسي من تطور و دقة في المصطلحات القانونية، حيث أثبتت هذه الدراسة ذلك.

عموما فكرة الضمانات في الصفقات العمومية لها مفهوم واسع فأى موقف للمشرع أو أي إجراء تتخذه الإدارة في إطار الصفقات العمومية يمكن اعتباره كضمان، كما أنها تستغرق جميع مراحل حياة الصفقة بدءا بالتحضير للصفقة مرورا إلى إبرامها ثم تنفيذها وقد يمتد ذلك إلى ما بعد التنفيذ في بعض الأحيان(حالة الضمان العشري فيما يتعلق بصفقات الأشغال)، وفضلنا تقسمها إلى مرحلتين مرحلة تكوين الصفقة العمومية وفيها يتم إعداد وإبرام الصفقة العمومية و مرحلة ثانية بعد التعاقد(مرحلة تنفيذ الصفقة وإنهاءها).

## **الفصل الأول :الضمانات في مرحلة تكوين الصفقة العمومية:**

هذه المرحلة تشتمل على مجموعة من الضمانات التي تتخلل إعداد الصفقة وإبرامها، وفي هذا الصدد أدخلت التنظيمات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية مجموعة من الضمانات ذات طبيعة إجرائية على عدة مستويات خاصة على مستوى التحضير للصفقة (مبحث أول) و على مستوى الإبرام (مبحث ثاني)

### **❖ الضمانات على مستوى التحضير**

تتمثل هذه الضمانات في مجموعة من القواعد و الإجراءات المسبقة و التي يمكن وصفها بالضمانات ما قبل التعاقدية و التي لا يمكن إن تتجسد إلا بـ:

**أولاً:** التطبيق الصارم لتقنيات تحضير الصفقة العمومية و التي تجد أساسا لها في احترام القواعد المتعلقة بتحديد الحاجات و الإعداد المسبق لدفتر الشروط

**ثانياً :** الإلتباع الدقيق لإجراءات الصفقة العمومية حيث تحدد الاجتهادات القضائية و التشريعات المختلفة الجزائي ،التونسي و الفرنسي معالم العقود الإدارية عموما وشروط الصفقات العمومية على وجه الخصوص و تتجلى في:

- شروط إبرام الصفقة العمومية: كشرط الكتابة والشروط المالي والشروط المتعلق بأطراف الصفقة العمومية

- شروط الوصول إلى الصفقة العمومية : قد تكون هذه الشروط إدارية تتعلق بالوضعية الإدارية للمترشح التي من خلالها يثبت انه في وضعية إدارية قانونية مطابقة للتنظيم المعمول به كما قد تكون تقنية ومالية تتعلق بحالة وقدرات المتعامل التقنية و المالية .

### ❖ الضمانات على مستوى إبرام الصفقة العمومية وتتجسد في: **أولا :القواعد المتبعة في اختيار المتعامل المتعاقد**

إن عملية اختيار المتعامل المتعاقد من اختصاص المصلحة المتعاقدة طبقا لحرية التعاقد غير انه وحرصا من المشرع على تحقيق المصلحة العامة وحماية المال العام الزم الإدارة ببعض القيود والضوابط التي تحد من حريتها اختيار المتعامل المتعاقد معها ،باتباع إجراءات محددة حصرها في المناقصات كقاعدة عامة و أسلوب التراضي في حالات محددة على سبيل الحصر .

### **ثانيا: الرقابة القبلية كضمان أساسي**

تمارس الرقابة القبلية من طرف لجان الرقابة الداخلية (لجنة فتح الاظرفة و لجنة تقييم العروض ) ولجان الرقابة

الخارجية التي يمارسها جهاز خارجي عن الهيئة الخاضعة للمراقبة ، وكذا الرقابة الوصائية التي تمارسها السلطة الوصية والتي تتمثل غايتها أساسا في التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية و الاقتصاد.

## **الفصل الثاني: الضمانات في مرحلة تنفيذ الصفقة**

يترتب على تنفيذ الصفقة العمومية آثارا تتمثل في الحقوق والالتزامات التي يربتها العقد في ذمة الإدارة من جهة وما يقابلها من حقوق والتزامات في ذمة الطرف المتعاقد معها من جهة أخرى.

### **❖ الضمانات الواردة على عاتق المصلحة المتعاقدة**

الضمانات الواردة على عاتق المصلحة المتعاقدة تأخذ في مجملها طبيعة واحدة هي الطبيعة المالية و إن كانت تختلف في صورها و إجراءاتها بين حق و آخر، فالمتعامل المتعاقد عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة صار من حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية التي حددها القانون، لذا عمد المشرع إلى وضع آليات تحديد السعر في الصفقة

العمومية وضبط أيضا آليات دفع الثمن، ثم إذا واجهت المتعاقد مع الإدارة أثناء التنفيذ وقائع و عوامل مرهقة لا يمكن معها الاستمرار في تنفيذ الصفقة بات من حقه المطالبة بما يسمى بالحق في التوازن المالي، في هذا السياق هناك نظريات من إبداع القضاء والفقهاء الإداري الفرنسي (نظرية فعل الأمير، نظرية الظروف الطارئة، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة)

### ❖ الضمانات المفروضة على المتعامل المتقاعد

الضمانات المفروضة على المتعامل المتقاعد في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية التي تقابلها عمليا حقوق المصلحة المتعاقدة و التي تتمحور حول :

#### - ضمانات التنفيذ المالي:

تحرص المصلحة المتعاقدة منذ البداية وفي المقام الأول على منح الصفقة للمتعامل المقتدر ماليا أي صاحب الكفاية المالية ومن هنا فإن المتعاقدين مع الإدارة ملزمون بتقديم ضمانات مالية تحمي الإدارة المتعاقدة من الأخطار المالية التي قد تواجهها في حالة إخلالهم بالتزاماتهم.

#### - ضمانات التنفيذ التقني:

تتجلى هذه الضمانات في حرص المتعامل المتعاقد على أداءه الشخصي للخدمة موضوع العقد حسب الكيفيات المتعاقد عليها بطريقة سليمة وعناية تامة و في الأجل المتفق عليه كما يمكن للمصلحة المتعاقدة في إطار ممارسة السلطات المخولة لها في العقد، تطبيق جزاءات وتوقيع عقوبات مختلفة على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته ،حيث تعتبر هذه العقوبات سواء كانت مالية،ضاغطة ام فاسخة، بمثابة ضمانات إضافية تفرض على المتعامل المتعاقد بهدف حمله على تنفيذ التزاماته التعاقدية.

### **أخيرا ضمانات تسوية نزاعات الصفقات العمومية**

إضافة إلى كل الضمانات المذكورة سابقا عمد المشرع إلى وضع آليات لتسوية النزاعات الناشئة بشأن الصفقات العمومية أثناء جميع مراحلها كضمانة لحماية الطرف المتعاقد من جهة وفرض صرامة في احترام المبادئ التي تقوم عليها الصفقة من جهة أخرى، تتجسد هذه الآليات في نوعين ، منازعات ترفع أمام لجنة الصفقات المعنية (التسوية الودية للنزاع )، ومنازعات تعرض على القضاء الإداري (التسوية عن طريق القضاء).