

ملخص المذكرة

تعد الصفقات العمومية في الجزائر الأداة الإستراتيجية التي وضعها المشرع بيد الإدارة العمومية لتنفيذ العمليات المالية المتعلقة بإنجاز الأشغال العمومية أو إقتناء اللوازم والتوريدات، أو تقديم خدمات وكذا إنجاز دراسات .

وموضوع الصفقات العمومية يكتسي الأهمية القصوى تظهر من خلال تعدد أدوارها ووظائفها و إتساع مجالات تدخلها ، باعتبارها أداة بواسطتها يتم إنجاز الأشغال العمومية ، وتسليم التوريدات والقيام بالخدمات التي تقتضيها خدمة المصلحة العامة .

إن أصالة الصفقات العمومية مستمدة من فكرة حماية المصلحة العامة والحفاظ على المال العام . كما أن الصفقات العمومية تعتبر وسيلة من وسائل تجسيد فكرة إستمرار المرفق العام وإشباع الحاجات العامة، وكذا باعتبارها وسيلة تضمن الحفاظ على المال العام في الدولة ، فقد حرص المشرع الجزائري على النص على جميع الأحكام والإجراءات والمبادئ الخاصة بإبرام الصفقات العمومية وألزم جهة الإدارة على ضرورة الحرص على تنفيذ الصفقات العمومية في أحسن الظروف ، و حسن إختيار المتعامل المتعاقد من أجل الحفاظ على المال العام والمصلحة العامة، وحرص على تنظيم العلاقة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد ونفس الشيء بالنسبة لكل من المشرع المصري والمغربي والفرنسيمن خلال إصدارها لقوانين خاصة بالصفقات العمومية .

إذن من واجب المصلحة المتعاقدة الإحتياط من أجل ضمان السير الحسن للصفقة العمومية والحفاظ على المال العام ، كما أن المصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطة الإشراف والمراقبة والتوجيه وتوقيع الجزاءات وهذا من أجل دفع المتعامل المتعاقد إلى تنفيذ الصفقة العمومية .

إن المشرع إعترف في مختلف قوانين الصفقات العمومية (الجزائر ، المغرب ...) أن للمصلحة المتعاقدة جملة من السلطات منها الرقابة على تنفيذها لأن ذلك أمر ضروري

يهدف إلى تحقق الإدارة من أن تنفيذ الصفقة يسير وفق الشروط والقواعد المنظمة لها ، كما للإدارة أيضا سلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد في حالة تقصيره أو إخلاله. لأن عدم تنفيذ المتعاقد لتعهداته يعتبر خطأ يستوجب المسؤولية إلا إذا حال دون تحقيق إلتزاماته سبب أجنبي لا يد له فيه.

إن مرافقة المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد تعني ضمان حسن تنفيذ الصفقة وإتمامها على النحو المتفق عليه ، وفي حال حدوث أي تقصير أو إهمال من المتعاقد يؤدي حتما إلى ضرورة توقيع الجزاء عليه من طرف المصلحة المتعاقدة. فمن واجب المصلحة المتعاقدة الإحتياط من أجل ضمان السير الحسن للصفقة العمومية والحفاظ على المال العام ، كما أن المصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطة الإشراف والمراقبة والتوجيه وتوقيع الجزاءات وهذا من أجل دفع المتعامل المتعاقد إلى تنفيذ الصفقة العمومية .

الإحتياط في الصفقات العمومية أمر واجب على المصلحة المتعاقدة وألوا على المتعاقد أيضا أثناء تنفيذه لإلتزاماته التعاقدية .

ونظرا للأهمية البالغة لواجب الإحتياط نجد أنه بمثابة صمام الأمان للحفاظ على المال العام ، خصوصا أن المبالغ المالية الهائلة المخصصة لإبرام الصفقات العمومية تتطلب الكثير من الحيطة والحذر والحرص على وضع الضمانات الكافية للمحافظة على تنفيذ الصفقات وعدم إهدار المال العام ، وهذا ما يجعل الإحتياط في الصفقات العمومية أمر لا بد منه.

ولعل من بين الأسباب والدوافع التي شجعتني على إنجاز هذا البحث هو إثراء المكتبة القانونية المتخصصة في مجال الصفقات العمومية خاصة منها تلك المتعلقة بالإحتياط .

ومن بين الدوافع أيضا الفضاخ المالية وإهدار المال العام وكثرة النزاعات بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد وهذا ما يعرقل تنفيذ الصفقات العمومية وتحقيق المصلحة العامة. وبطبيعة الحال فالبحث لم يكن ليتم إنجازه من دون معوقات ولعل أبرزها قلة الدراسات المتخصصة في مجال الصفقات

العمومية ، إلى جانب صعوبة الحصول على نماذج للصفقات العمومية والوثائق الخاصة بها زد على ذلك تكتم الإدارة والمسؤولين على تقديم بعض المعلومات والوثائق الخاصة بالصفقات العمومية. ومن هذا المنطلق نطرح الإشكالية التالية :

ما هي السبل والوسائل الضرورية من أجل قمع الإخلال بواجب الإحتياط في الصفقات العمومية؟ وهل يمكن إعتبار الإحتياط مبدأ من مبادئ الصفقات العمومية إلى جانب مبدأ المساواة والشفافية والإشهار؟

ومن أجل الإحاطة بجميع جوانب هذه الإشكالية ، ولما تتطلبه جميع الدراسات القانونية من إتباع مناهج معينة فقد إتبعنا المنهج المقارن ليتضح التشابه والإختلاف كما إعتمدت على المنهج الوصفي التحليلي لتحليل مختلف النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية.

من أجل الإلمام بكل ما يمكن أن يفيد في تفصيل وتوضيح أهمية الإحتياط في مجال الصفقات العمومية إرتأينا تقسيم البحث لأى فصلين مهدنا لهما بفصل تمهيدي حاولنا من خلاله التعريف بالصفقات العمومية وبخصائصها وبمبادئها وطرق وإجراءات إبرامها والرقابة عليها وهذا في القانون المقارن . وتناولنا في الفصل الأول من هذا البحث واجب الإحتياط في الصفقات العمومية وذلك بالتطرق إلى التعريف بواجب الإحتياط والإخلال به والتعريف بالخطأ الغير العمدي والجريمة الغير عمدية وكذلك واجب الإحتياط الواقع على عاتق المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد.

في حين خصصنا الفصل الثاني لدراسة الضمانات والجزاءات في الصفقات العمومية فقمنا بتعريف الضمان و بيان مميزاته وتحديثنا عن الضمانات المالية والتقنية في الصفقات العمومية وأخيرا كان لنا الحديث عن الجزاءات المالية والجزاءاتالضاغطة والفاسخة التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد المقصر والمخل بإلتزاماته التعاقدية وهذا حرصا منها على تحقيق التنفيذ الجيد للصفقات

العمومية من غير عراقيل أو تجاوزات تحول دون تحقيقها و أيضا من أجل الحفاظ على المصلحة العامة لأنها الهدف الأساسي .
جاء إبرام الصفقات العمومية .

الصفقات العمومية هي عقود إدارية مكتوبة تحتل الصدارة في مجال المعاملات الاقتصادية لذلك أولها المشرع الجزائري أهمية خاصة من خلال إستقلالها بتشريع خاص وطرق وإجراءات صارمة، ومعقدة وطويلة أيضا هذا لا لشيء إلا لاختيار المتعاقد المناسب قصد المحافظة على المال العام وتحقيق المصلحة العامة، ونفس الشيء بالنسبة لنظيره المشرع المصري والمغربي وأيضا الفرنسي.

الصفقات العمومية لها خصائص تميزها عن باقي العقود الأخرى إضافة إلى إرتكازها على مبادئ ثلاثة أساسية متمثلة في مبدأ المنافسة، الإشهار والمساواة التي تهدف إلى تحقيق نجاعة الصفقات العمومية. وإلى جانب الإجراءات الصارمة والمبادئ الهامة نص المشرع على عامل هام جدا وهو الرقابة على الصفقات العمومية، فهناك الرقابة الداخلية والرقابة الخارجية وأيضا رقابة الوصاية، كما أنه لا يمكن للصفقة ان تقوم من دون رقابة فنجد أن كل من المشرع الجزائري، والمغربي، والمصري وحتى المشرع الفرنسي ينصون صراحة على أهمية الرقابة وضرورتها في جميع مراحل الصفقة العمومية مع بعض الاختلافات في التقنيات وحت في التسميات في بعض الأحيان. لكن تبقى الرقابة في الصفقات العمومية المحرك الأساسي في تحقيق نجاح الصفقة وحماية المال العام من كل تبديد ونهب وضياع .

المبحث الأول: ماهية الصفقات العمومية.

الصفقات العمومية هي ذلك التصرف القانوني الذي تصدره الإدارة في إطار أداء الوظيفة الإدارية وهذا قصد تحقيق الخدمة العمومية وتسيير المرافق العمومية، وهي عبارة عن عقد إداري يتخذ طبيعة وشكل خاص يجعله مختلف في العديد من جوانبه عن العقود الخاصة، ما يجعلها بذلك تنفرد بالعديد من الأحكام سواءا كانت تشريعية أو تنظيمية.

المطلب الأول: تعريف الصفقات العمومية. **الفرع الأول: التعريف التشريعي.**

في اللغة كلمة صفقة تعني العقد أو البيعة ويقال صفقة رائجة أو خاسرة
أما في الاصطلاح فكلمة صفقة دلالة على نقل السلع أو الخدمات من شخص لآخر، كما يتضمن المفهوم أنها صيغة تجارية بحتة احتكرتها اللغة الاقتصادية وتداولته كمصطلح خاص بعالم المال والأعمال

إن المصلحة المتعاقدة يحق لها أن توقع عدة جزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية ، فلها ان تفرض جزاءات ذات طابع مالي وهذا في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية كما يمكن لها أن تلجأ إلى إجراءات أكثر صرامة بهدف إرغام المتعاقد على تنفيذ الصفقة من خلال وسائل الضغط إلا أنه في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته إخلالا جسيما ، هنا لتستطيع المصلحة المتعاقدة تسليط جزاءات فاسخة تنهي الرابطة التعاقدية .

المبحث الاول : ماهية الضمان في الصفقات العمومية:

يشترط في الصفقات العمومية عدة انواع من الضمانات ونظرا لأهميته كان لا بد من تعريفه وبيان أصله.

المطلب الأول: الضمان في اللغة

يطلق الضمان في اللغة ويراد به الكفيل نقول ضمن الشيء ضمنا وضمانا أي كفل به، والضمين: الكفيل ويراد الغرم نقول ضمن الشيء تضمينا فتضمنه عنه إذا غرّمه، ويراد به الإلزام، أقول ضمنته المال أي ألزمته إياه.

المطلب الثاني: الضمان في الاصطلاح

إن لفظ الضمان له أكثر من تسمية فهو كفالة وحمالة وضمانة وزعامة، وقد جرى العرف على أن الكفالة تستعمل في النفوس والزعامة تستعمل في الأموال العظام، والحمالة في الديّات والضمانة في الأموال كما أن الفقهاء أطلقوه على عدة معان منها:

أطلق على كفالة النفس وعلى كفالة المال، وأطلق على غرامة المتلفات و المغصوبات، المعيبات، وأطلق أيضا على ضمان المال بعقد أو بغير عقد.

وهناك من العلماء من عرّف الضمان في الإصلاح هو شغل الذمة بحق، أو بتعويض عن ضرر وشغل الذمة بحق المقصود به الإلزام والالتزام فيتناول الالتزام من قبل المشرع جزاء الاعتداء، ويتناول الالتزام الشخصي بالعقد أو بغيره.

أو (بتعويض عن ضرر): وبهذا القيد يشمل الضمان ما يمكن أن يوقعه الإنسان من أضرار النفس البشرية فيضمنها بالدية إذا كانت مقدرة، أو بالأخص إن لم تكن كذلك.

ويشمل الأضرار التي تندرج ضمن المسؤولية العقدية وهي عادة ما تكون أضرار مالية عينية أو غير عينية.

ويشمل أيضا الأضرار المالية الناتجة عن المسؤولية التقصيرية وهي عادة ما تكون في غير العقود كالإتلاف وغيرها.

ويشار هنا إلى أن الضمان الذي نحن بصدد التطرق إليه هو ما يندرج ضمن العقود الإدارية (الصفقات العمومية).

المبحث الثاني: الضمانات في الصفقات العمومية .

إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد أساسها هو المال العام وهدفها هو إنجاز أعمال قصد تحقيق المصلحة العامة وحرص على ضياع المال العام كان على المصلحة العامة الحرص على اتخاذ كل الإجراءات اللازمة التي تحقق إنجاز الأعمال بالكيفية المتفق عليها وفي الآجال المحددة فكان عليها تقييد المتعاقد من أجل دفعه لتحقيق ما تم الاتفاق عليه دون أي إخلال بالالتزامات التعاقدية إذا فكانت الضمانات هي الطريق الأسهل لتفادي المتاعب التي يمكن أن تصدر من التعامل المتعاقد.

يتضح لنا من خلال هذه الدراسة أن الإدارة تتمتع في مجال الصفقات العمومية بسلطات واسعة نابعة من مركزها التعاقدية الممتاز في مواجهة المتعاقد معها، ونظرا لأهمية الصفقات العمومية وتعلقها بالمال العام والمصلحة العامة كان على المصلحة المتعاقدة أخذ كل التدابير والإجراءات اللازمة لإختيار المتعاقد المناسب، من أجل تحقيق تنفيذ جيد للصفقة وضمن التوافق والتفاهم مع المتعاقد مما يؤدي إلى تحقيق سرعة تنفيذ الإلتزامات التعاقدية .

الهدف من إبرام الصفقات العمومية هو تنفيذها بأحسن الطرق والكفاءات والوقت القياسي، لأنها لا تحتمل التأجيل لأن ذلك يعود عليها بالخسارة .

مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية هي الأكثر أهمية من مرحلة إبرامها حيث أنها تبرز بوضوح طبيعتها الذاتية والإمميزات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في ظلها وهو الأمر الذي نعتقد أنه يتطلب تغطيتها تشريعا بصورة كاملة لا سيما في تشريعات الصفقات العمومية .

حماية المصلحة العامة والحفاظ على المال العام هي الميزة الأساسية في الصفقات العمومية.

الصفقات العمومية تركز على مبادئ أساسية لا يمكن أبدا الإستغناء عنها أو حتى تجاهلها . ولها مميزات خاصة بها تميزها

عن باقي العقود الأخرى نظرا لتمتعها بسلطات في مواجهة المتعاقد معها .

بالرغم من المكانة الغير متكافئة بين المتعاقد والإدارة إلا أن هناك حقوق يتمتع بها وعلى الإدارة إحترامها والإلتزام بتحقيقها وهذا تجسيدا لمبدأ المشروعية .

إن الضمانات في الصفقات العمومية لها الأهمية البالغة لكنها تبقى غير كافية في تحقيق الأفضل لذلك لا بد من البحث على سبل ووسائل أخرى في عمليات إبرامها وتنفيذها والحرص على تحقيق التوازن بينها وبين التطورات الحادثة على جميع المستويات .

إن إخلال المتعاقد الجسيم لأوامر المصلحة الصادرة عنها أثناء ممارسة سلطة الرقابة يعد أحد الأفعال التي تبرر للإدارة توقيع الجزاء عليه.

الهدف من توقيع الجزاء على المتعاقد لا تهدف فقط لإعادة التوازن بين أطراف العقد بل هدفها الأساسي هو الوصول إلى تنفيذ الصفقة في المواعيد والآجال المقررة ووفق للشروط المتفق عليها .

تصدر الجزاءات (المالية ، الضاغطة ، الفاسخة) بالإرادة المنفردة بسبب الاخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء التنفيذ لكنها تبقى دائما خاضعة للرقابة، والهدف من سلطات الإدارة هو تنفيذ الصفقة بشكل صحيح حفاظا على المصلحة العامة .

إن الأهمية البالغة التي إكتسبتها الصفقات العمومية من حيث الإعتمادات المالية المخصصة لها جعل المشرع يحدث عدة هيئات لرقابة الصفقات العمومية تكون تدخلاتها أثناء إعداد العقد و قبل تنفيذ الصفقة و بعدها و الهدف من كل هذه الرقابة هو حماية الأموال العمومية .

فهنالك واجب احتياطي الواقع على المصلحة المتعاقدة من إتباع لكل الإجراءات الضرورية وإحترام المبادئ المتعلقة بالصفقات العمومية والرقابة عليها وإختيار المتعامل المتعاقد المناسب ووضع الضمانات اللازمة من أجل دفع المتعاقد لتنفيذ الصفقة في أحسن الظروف وإحترامه للآجال المحددة في العقد وكل هذا من أجل الحفاظ على المال العام.

كما يجب على المتعاقد أخذ كل الحيطة والحذر وعدم الإهمال و تنفيذ إلتزاماته التعاقدية دون أي إخلال أو تقصير أو تأخير. والمشرع الجزائري قد نص في قانون الصفقات العمومية على الضمانات في من أجل حماية المال العام وكذلك الجزاءات الردعية التي توقعها الإدارة على المتعاقد المخل بإلتزاماته التعاقدية، وذلك من أجل القضاء او علي الأقل التقليل من عمليات إهدار المال العام . وكذلك نجد أن كل من المشرع المصري والمغربي والفرنسي قد إتخذوا نفس التدابير مع وجود بعض الإختلافات البسيطة وهذا كله من أجل ضمان السير الحسن لعمليات تنفيذ الصفقات العمومية، وبالتالي الحفاظ على المال العام.

يمكن القول أن واجب الإحتياط في الصفقات العمومية أمر هام لأنه يهدف إلى ضمان تنفيذ الصفقات بعيدا عن الإخلالات و المنازعات بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد وكذلك المحافظة على المال العام والمصلحة العامة.

فواجب الإحتياط في الصفقات العمومية يمكن إعتبره مبدأ من مبادئ الصفقات العمومية نظرا لأهميته البالغة، وإحترامه أمر واجب .