

نطاق تطبيق أحكام المقاولة من الباطن في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 Scope of Application of Subcontract Provisions under the Presidential Decree 15/247



طالبة الدكتوراه / فضيلة شعبان*
جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر
narimaneshra2015@gmail.com
الدكتور / نور الدين زرقون
جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر
zergoune.noureddine@gmail.com



تاريخ القبول للنشر: 2018/12/30

تاريخ الاستلام: 2018/09/24

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى الوقوف على موضوع نطاق تطبيق عقد المقاولة من الباطن في التشريع الجزائري، وعلى وجه الخصوص في قانون الصفقات العمومية، الذي نظم من خلاله المشرع نطاق إبرام عقد المقاولة من الباطن تحت تسمية المناولة، إذ نجده فرض عدة ضوابط وشروط يتعين على كل من المصلحة المتعاقدة والمقاول المتعاقد معها احترامها، والتي سنعرضها في هذه الورقة البحثية من خلال تحليل النصوص القانونية الناظمة لها، لمعرفة توجه المشرع الجزائري وموقفه بخصوص المقاولة من الباطن، للوصول إلى معرفة نطاق المقاولة من الباطن في الصفقات العمومية، لكي لا تتجاوز الأطراف المشاركة في إبرامها للحدود المقررة لهم، ومعرفة الشروط الواجب اتباعها، نظرا للأهمية البالغة التي تكتسبها المقاولة من الباطن بوصفها أداة تساعد على التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتعمل على توفير شروطها وتسهيل تحقيق أهدافها من جهة، وارتباطها بالمرفق العام من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: المقاول المتعاقد مع الإدارة، الصفقة العمومية، المقاول من الباطن، المصلحة المتعاقدة.

Abstract:

The purpose of this study is to examine the scope of application of subcontracts in Algerian legislation, particularly in the law of public contracts, through which the legislator has regulated the scope of the conclusion of subcontracts under the name of "Subcontract." The legislator has imposed regulations and conditions that must be respected by both the contracting authority and the contractor, which we shall discuss in this paper through the

analysis of the legal texts governing them. Through this analysis we seek to shed light on the Algerian legislator's orientation and position regarding subcontracting, in order to determine the scope of subcontracting in public contracts to ensure that the participating parties remain within approved limits and acknowledge the conditions to be followed. Subcontracting is an instrument of crucial importance to economic and social development, as it helps provide the conditions that facilitate the achievement of the objectives of this development and is characterized with strong linkage to the public utility.

Keywords: contractor, public contracts, subcontractor, contracting authority.

* المؤلف المراسل: (عضوة مخبر التحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الجزائر، جامعة ورقلة).

مقدمة:

لقد غدت معظم الدول تولي أهمية كبيرة لمقاولاتها سواء من حيث حمايتها أو النهوض بها، كونها نواة التنمية الاقتصادية والاجتماعية من خلال الحصول على الأعمال والخدمات، وخاطرة التقدم، حتى أصبحت الرهان الذي تلعب عليه الدول، وجزءاً من سياستها الوطنية، ونهجاً عاماً لاقتصادها. لهذا نجد أن المشرع الجزائري أولى اهتماماً بعقد المقاولة شأنه في ذلك شأن أغلب دول العالم، واعتبرها من أهم العقود المسماة نظراً لكثرة واختلاف أنواعه، وخصّها بنظام قانوني مستقل ضمن أحكام القانون المدني في الباب التاسع، الخاص بالعقود الواردة على العمل، وعمل على تعريفه بموجب نص المادة 549⁽¹⁾ والتي نصت على أنه: "ذلك العقد الذي يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أين يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

ومن خلال هذا التعريف يتضح أن لعقد المقاولة طرفين يترتب على عاتق كل منهما التزامات متقابلة: رب العمل وهو صاحب المشروع الذي يقع على عاتقه دفع الأجر، والطرف الثاني وهو المقاول الأصلي الذي يلتزم بإنجاز العمل وفقاً لشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد.

غير أنه ونظراً للتطورات الحديثة في مجال المقاولات بوجه عام والمقاولات الكبيرة بوجه خاص، حيث تعددت أعمالها وتشعبت فروعها، مثل مقاولات الإنشاء والتعمير والمقاولات الصناعية، صعب على المقاول تنفيذ التزاماته، بل جعلها في بعض الأحيان مستحيلة التحقيق، لهذا اضطرّ المقاول إلى الاستعانة بشخص آخر يساعده على تنفيذ التزاماته في الأجل المحدد، مع توفير الإمكانيات المادية والكفاءات التي كان يفتقرها في عقد المقاولة، وبهذا يكون المقاول قد أبرم عقداً جديداً يستطيع بموجبه أن يتغلب على صعوبات ومخاطر الأعمال التي كان يواجهها في تنفيذ التزاماته، فتصبح فرص نجاحه مؤكدة.

وهذا العقد الجديد هو تصرف قانوني سمح به المشرع للمقاول بأن يلجأ إلى مقاول آخر يساعده على تنفيذ جزء من محل العقد أو كله، وسمي هذا التصرف بعقد المقاولة من الباطن، أو المقاولة الفرعية، المناولة، وهذه التسمية كانت نتاج تفرع هذا العقد عن عقد المقاولة الأصلي.

وعليه فإن المقاولة من الباطن تعتبر من الناحية القانونية عقداً، غير أن هذا العقد يتفرع عن عقد أصلي، ألا وهو عقد المقاولة.

وعليه فإن عقد المقاولة من الباطن هو ذلك العقد الذي يبرم بين المقاول الأصلي ومقاول آخر يدعى المقاول من الباطن، يمنح فيه المقاول الأصلي تنفيذ كل الأعمال محل عقد المقاولة الأصلي أو جزء منها للمقاول من الباطن.

غير أن المشرع الجزائري لم يخصص لهذا العقد نصاً تشريعياً مستقلاً، بل تناول أحكامه ضمن أحكام القانون المدني وهذا بالنسبة للعقود الخاصة، أما بالنسبة للمشاريع العامة فقد نظمها تشريع الصفقات العمومية التي خصص لها قسماً خاصاً تحت تسمية المناولة⁽²⁾، وهو ما كرسه أيضاً المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الجريدة الرسمية رقم 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

وعليه أصبحت المقاولة من الباطن أسلوباً طبيعياً لتنفيذ الصفقة العمومية، وذلك وفقاً لضرورات الاقتصاد والفنية والعملية، إذ أصبحت المجرى العادي للأمر السماح لمقاولي الإدارة الاتفاق مع مقاولين من الباطن لتنفيذ عقودهم الأصلية في موعدها⁽³⁾ ووفقاً لشروط ومواصفات المتفق عليها مع الإدارة.

وهنا يثور التساؤل على الرغم من الأهمية التي يكتنفها عقد المقاولة من الباطن في مجال تنفيذ الصفقات العمومية هل أن المقاول الأصلي يملك الحرية المطلقة في اللجوء إلى المقاولة من الباطن؟ أم أن هناك شروطاً وضوابط ينبغي عليه مراعاتها عند اللجوء إلى المقاولة من الباطن؟ أو بمعنى آخر ما مدى حرية المقاول المتعاقد مع الإدارة في اللجوء إلى المقاولة من الباطن في ظل قانون الصفقات العمومية؟ وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا الموضوع إلى بحثين، تناولنا في المبحث الأول المبدأ العام المتضمن التنفيذ الشخصي للمقاول المتعاقد مع الإدارة للعمل محل العقد، وخصصنا المبحث الثاني، للاستثناء الوارد عن القاعدة العامة ألا وهو إمكانية التعاقد من الباطن مع بعض القيود والشروط.

المبحث الأول

القاعدة العامة: الاعتبار الشخصي للمقاول المتعاقد مع الإدارة للعمل محل العقد

العقود الإدارية تعد أسلوباً مميزاً ومهماً تمارس الإدارة من خلاله نشاطاً إدارياً مغلقاً بمرفق عام هادفاً إلى ضمان استمرارية سير المرفق العام المذكور بانتظام واضطراد حيث تسلك في ظل هذا الأسلوب منهج الرضا والتفاهم من خلال إبرامها للعقد الإداري عن طريق التعاقد مع أحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين⁽⁴⁾. والذي من شأنه أن يرتب التزامات ملقاة على عاتق طرفيه الإدارة والمتعاقد معها الذي يجب عليه أن ينفذ العقد بنفسه وليس عن طريق شخص آخر.

وعليه فإن العقود الإدارية بطبيعتها تخضع إلى مبدأ عام مفاده تنفيذ العقد من طرف المتعاقد مع الإدارة شخصياً وبفسه، وذلك يعد من المسلمات الواجب إعمالها في مثل هذه العقود حتى وإن لم ينص عليها العقد الإداري.

وهذا المبدأ يرجع إلى فكرة الاعتبار الشخصي، إذ أن لهذه الفكرة أثرها في مجال العقود الإدارية، إذ تكون شخصية المتعاقد مع الإدارة أو صفة جوهرية من صفاته محل اعتبار من جانب الإدارة، نظراً لصلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام؛ فإن فكرة الاعتبار الشخصي تعد من الأفكار الأساسية سواء فيما يتعلق لاختيار المتعاقد أو في تنفيذ العقد، أو في انقضائه⁽⁵⁾.

عرفَ العديد من فقهاء القانون الاعتبار الشخصي، فقد عرفه البعض على أنه: "كل صفات المتعاقد الشخصية التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل المتعاقد عليه، وعليه لكي يكون المتعاقد مؤهلاً من قبل الإدارة لإحالة العمل بعهدته لا بد أن يكون حائزاً على سمعة وقابلية وخبرة وكادر ومؤهل ووفرة في المعدات، رأس مال عمل كاف ومناسب في رأي الإدارة لتنفيذ العقد الإداري والوفاء بالتزاماته بنجاح فيما لو أحييت إليه.

وذهب البعض الآخر إلى أنه يقصد بالاعتبار الشخصي في التعاقد هو أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما عنصراً جوهرياً في العقد.

وقد أشار الفقيه الفرنسي جيز (Jeze) إلى الاعتبار الشخصي بقوله: "أن الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد يجب أن ينفذها بنفسه وليس عن طريق شخص آخر، فالإدارة تختار شريكها في التعاقد بسبب صفاته الشخصية لأنه يتعاون معها في إدارة المرفق العام، وهذا التعاون له طابع شخصي"، في حين ذهب البعض الآخر من الفقهاء الإداريين إلى أن الاعتبار الشخصي يقصد به: "أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما عنصراً جوهرياً في العقد"⁽⁶⁾.

من التعريفات أعلاه يتضح بأن المقصود من الاعتبار الشخصي هو أن المتعاقد مباشرة مع الإدارة يتوجب عليه تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بنفسه تحت طائلة فسخ العقد، ذلك لأن الإدارة تعاقدت معه بعد أن اطلعت على خبراته الشخصية وعلى فريق عمله⁽⁷⁾. وذلك من خلال اتباع اجراءات وقواعد دقيقة أثناء مرحلة اختيار المتعاقد معها، لأنها تضع اعتباراته الشخصية محل اعتبار، فهيا تتأكد من كونه يتمتع بصفات تمكنه من تنفيذ العقد على وجه يحقق الصالح العام أو لا⁽⁸⁾.

وعليه فإنه من المبادئ الأساسية عند تنفيذ العقد الإداري أن يقوم المتعاقد معها بالتنفيذ بنفسه، لأن شخصيته أو صفاته تعد في مقدمة العوامل التي تقدرها الإدارة قبل إبرام العقد معه، كونه معاوناً لها في تسيير مرافقها العامة بصورة منتظمة ومستمرة، فهذا يعني ببساطة ضرورة التدقيق في من سيقوم بدور معاون للإدارة، ويكون من حق الإدارة عدم التعاقد مع من تطمئن إلى مقدرته المالية والفنية وحسن السمعة⁽⁹⁾... إلخ

ومن ثم فإن المتعاقد الذي تم اختياره من قبل الإدارة عليه أن يؤدي العمل المنوط له بنفسه بما لديه من كفاءات كانت محل اعتبار عند اختياره للتعاقد مع الإدارة، والتزاماته مع الإدارة هي التزامات شخصية لا يجوز أن يحل غيره فيها، وهذا الالتزام من القواعد العامة في العقود الإدارية بصفة عامة.

وبما أن الصفة العمومية عرفها المشرع الجزائري في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15، الذي يتضمن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة

في مفهوم التشريع المعمول به، ترم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات⁽¹⁰⁾.

ومن خلال هذا التعريف يتضح بأن الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية التي ترمها الدولة نظرا لأهميتها البالغة، التي تكمن في اعتبارها الأداة الاستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة من أجل إنجاز العمليات المالية المتعلقة بإنجاز وتسيير وتجهيز المرافق العامة، والوسيلة الأمثل لاستغلال وتسيير الأموال العامة وتحقيق التنمية الوطنية والمحلية.

ولما كانت الصفقة العمومية بهذه الأهمية، باعتبارها الأداة الفعالة لتنفيذ مخططات التنمية في مختلف صورها، وكونها وسيلة من وسائل تجسيد فكرة استمرار المرفق العام، وإشباع الحاجات العامة. وكذا باعتبارها وسيلة تضمن الاحتفاظ على المال العام في الدولة، فهيا شريان التنمية الوطنية بكل جوانبها⁽¹¹⁾، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى إخضاعها لنظام قانوني متميز يتضمن جملة من القواعد الخاصة وغير المألوفة لا سيما في ما يتعلق بانعقادها وتنفيذها.

ومن بين القواعد والمبادئ ذات الطابع المميز في إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية نجد مبدأ الاعتبار الشخصي الذي يؤثر تأثيرا لا يستهان به في مرحلة إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية، إذ يتعين على المصلحة صاحبة المشروع أن تراعي في إقدامها على إبرام الصفقة توافر اعتبارات معينة فيما يتعلق باختيار شخصية المتعاقد معها، وكذلك فيما يتعلق بتنفيذ الصفقة حيث أن التزامات المتعاقد صاحب المشروع هي التزامات شخصية، أي يجب أن ينفذها شخصيا وبنفسه، لأن شخصية المتعاقد مع الإدارة تكون محلا للاعتبار من جانب صاحب المشروع عند تنفيذ الصفقة⁽¹²⁾، ويظهر ذلك جليا من خلال حرص الإدارة بصفتها صاحبة المشروع في اختيارها للمقاول المتعاقد معها بناءً على مؤهلاته سواء الفنية أو المالية، وصفاته الشخصية، حتى تتمكن من تنفيذ مشروع يحقق النفع العام.

حيث حرص المشرع الجزائري على تأكيد فكرة الاعتبار الشخصي في مجال الصفقات العمومية، ويتضح ذلك من خلال صياغة أحكام قانونية تتضمن تنظيم الالتزام بالتنفيذ الشخصي في مسألة الصفقات العمومية، ويتجلى ذلك بوضوح من خلال النصوص القانونية الصادرة منذ 1967، منها فالأمر 90/67 المؤرخ في 17/06/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10/04/1982، والرسوم التنفيذية 91-434، المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24/07/2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، بالرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07/10/2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وصولا للمرسوم الرئاسي 247/15 الذي يعتبر آخر نص ينظم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والذي أكدها من خلال نص المادة 54 منه على مبدأ الشخصي بنصها صراحة على أنه: "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين، التقنية والمهنية والمالية، قبل القيام بتقييم العروض التقنية....."، كما نصت المادة 56 من نفس المرسوم على أن: "تستعلم المصلحة المتعاقدة، أثناء تقييم الترشيحات عند الاقتضاء، عن قدرات المتعهدين، حتى يكون اختيارها لهم اختيارا سديدا مستعملة في ذلك كل وسيلة قانونية.....".

وعليه نخلص إلى أن المشرع وعلى مر النصوص القانونية الصادرة النازمة للصفقات العمومية لم يدع مجالاً للاجتهاد في تأكيده لفكرة الاعتبار الشخصي في مجال الصفقات العمومية، والذي يتضح جلياً في نص المادتين المذكورتين أعلاه، إذ ألزم فيها المشرع الجزائري الإدارة المتعاقدة على حسن اختيار المتعاقد معها عن طريق التأكد من القدرات التقنية والفنية التي يعني بها المؤهلات الفنية للمتعاقد وخبراته والكفاءة التقنية العالية، والكفاية المالية والتي هي خير ضمان لتنفيذ الصفقة العمومية، وتحقيق النفع العام، بالأخص في الصفقات التي تتطلب في تنفيذها إلى إمكانات مالية ضخمة، والاستعلام على المترشحين للتعاقد مع مختلف المؤسسات الداخلية والخارجية منها في إطار تنظيم قانوني.

وفي إطار هذا السياق، يتجلى في أن الغاية من فرض هذه الأحكام هو التعريف الدقيق بهوية المتعاقد مع الإدارة من أجل معرفة صفاته المهنية والشخصية وكفاءته المالية والفنية وتمكين المصلحة المتعاقدة من اختيار المتعاقد الذي يستطيع تنفيذ الصفقة بدقة وأمانة على نحو يحقق ما يهدف إليه المرفق العام⁽¹³⁾.

الإدارة حتى تتمكن من الوصول إلى التعريف الدقيق بهوية المتعاقد معها تتبع إجراءات وقواعد دقيقة ومعقدة الغرض منها الوصول إلى الشخص الكفء، وبذلك تراعي في اختيارها كما قلنا سابقاً مجموعة من الاعتبارات المرتبطة بشخصية المقاول، وبحالته، وإمكاناته المالية، والتقنية، والفنية، التي بررت رسو المناقصة عليه، ومنحها إياه، لذا فهو محل اعتبار شخصي⁽¹⁴⁾،

وعليه نخلص إلى أن فكرة الاعتبار الشخصي تلعب دوراً كبيراً وذات أهمية بالغة في مجال الصفقات العمومية وذلك في مراحل عديدة مما تمر بها، بدءاً من مرحلة اختيار المتعامل الذي ستعاقد معه- المقاول-، إذ نرى أن المصلحة المتعاقدة- الإدارة- تسعى دائماً إلى أفضل المقاولين ممن يتميزون بصفات معينة تجعلهم مؤهلين أكثر من غيرهم لأداء التزاماتهم التعاقدية، كسمعة المقاول من ناحية الكفاية المالية، والفنية والأمانة والثقة وحسن المعاملة، وتخصه في نوع العمل محل الصفقة، وما حصل عليه من شهادات، وما قام به من قبل ذلك من أعمال تكسب تجربة علمية فيه وغيرها، كذلك الحال في ما يتعلق بتنفيذ الصفقة، حيث يترتب على عاتق المتعامل المتعاقد مع الإدارة- المقاول- أن يلتزم بتنفيذ الطلبات والالتزامات المحددة في الصفقة شخصياً من غير أن يكون له أن يتعاقد بشأنها من الباطن لمقاول ثان، لأن شخصيته تكون محل اعتبار من جانب المصلحة المتعاقدة، وأن يتحمل كافة المسؤولية التي تنجم عن الصفقة العمومية المبرمة بينه وبين المصلحة المتعاقدة، ولا يجوز له أن يتعذر بعدم مسؤوليته تجاه الأخطاء التي تنجم عن عمله⁽¹⁵⁾.

فالقاعدة العامة المسلم بها إذن عند تنفيذ الصفقة العمومية هي: عدم إمكانية حلول الغير محل المقاول المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية في الصفقة أو تنفيذ جزء منها، إذ يبقى المقاول الأصلي (المتعامل المتعاقد) مسؤولاً في مواجهة الإدارة⁽¹⁶⁾ (المصلحة المتعاقدة) مسؤولية شخصية.

أي أنه ملزم ومجبر على احترام مبدأ الاعتبار الشخصي، حتى ولو لم ينص عليه صراحة في الصفقة، وكل إخلال به يشكل خطأ جسيماً في نظر كل من الفقه والقضاء وكذا التشريع والذي من شأنه أن يؤدي إلى توقيح جزاءات⁽¹⁷⁾.

وينتج عن الالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة عدة نتائج، ومن بينها عدم تعاقد من الباطن بشأن تنفيذ جزء من الصفقة محل الاتفاق أو كلها، أي أنه لا يمكنه أن يتنازل عن جزء من الصفقة أو كلها للغير من أجل تنفيذها، مخالفة المقاول الأصلي لهذا الالتزام يعد خطأ جسيماً يترتب عليه جزاءات تأخذ صوراً عدة كسحب العمل من المقاول الأصلي أو فسخ العقد... إلخ.

لكن على الرغم من أن المشرع الجزائري شدد على فكرة التنفيذ الشخصي في الصفقة العمومية، إلا أنه أورد استثناء على هذه القاعدة في ظل قانون الصفقات العمومية 247/15 في القسم السادس المتضمن المناولة المواد من 140 إلى 144 منه، بحيث سمح المشرع للمقاول الأصلي المتعاقد معها بالتعاقد مع مقاول آخر يدعى المتعامل الثانوي أو المناول (المقاول من الباطن) لقيام هذا الأخير بتنفيذ جزء من العقد بمقتضى التعاقد من الباطن (عقد المناولة)، لكن وفق شروط حددها المرسوم 247/15.

أي أن المشرع الجزائري جعل الأصل أن يكون تنفيذ الصفقة العمومية شخصياً من قبل المقاول الأصلي المتعاقد مع الإدارة، وجعل لهذا الأصل استثناء، ألا وهو للمقاول الأصلي المتعاقد مع الإدارة الحق في الاستعانة بالغير من أجل تنفيذ جزء من الأعمال التي عهد بها إليه في إطار ما يسمى بالمقاولة من الباطن، والمرسوم الرئاسي 247/15 سمّاه بالمناولة، وذلك وفقاً لشروط حددها هذا المرسوم، وهو ما أكدته المادة 140⁽¹⁸⁾ منه بنصها صراحة على أنه: يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم....".

وعليه بالرغم من أن مبدأ التنفيذ الشخصي يترتب عنه نتيجة، مفادها عدم جواز منح المقاول المتعاقد مع الإدارة جزءاً من محل الصفقة أو كلها للغير من أجل تنفيذها، لكن لا يمكن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها، إذ يجوز للمقاول المتعاقد مع الإدارة الاستعانة بمقاول آخر من أجل تنفيذ الصفقة محل العقد بموجب عقد المقاولة من الباطن استثناءً، بعد توفر شروط خاصة فرضها المشرع الجزائري، وهو ما سنحاول توضيحه من خلال المبحث الثاني.

المبحث الثاني

الاستثناء: إمكانية اللجوء إلى المقاولة من الباطن وفقاً لضوابط وشروط

إذا كان تنفيذ الصفقات العمومية قائماً على مبدأ الاعتبار الشخصي كما رأينا سابقاً، فإنه أورد المشرع استثناء على هذا المبدأ حددته المواد من 140 إلى 144 من المرسوم الرئاسي 247/15. ومن نصوص المواد أعلاه يتبين أن المشرع جعل الأصل أن تنفذ الصفقات العمومية شخصياً من طرف المقاول المتعاقد مع الإدارة، والاستثناء هو إمكانية هذا الأخير من اللجوء إلى المقاولة من الباطن وأن يحل غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية أو تنفيذ جزء منها للغير.

غير أن المشرّع على الرغم من إجازته للمقاول المتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى المقاولة من الباطن، إلا أنه علق الأمر بجملة من الضوابط والآليات التي ينبغي على الأطراف اتباعها، وذلك حفاظاً على السير الحسن للمرفق العام، من جهة وحفاظاً على المال العام من جهة أخرى.

وجواز اللجوء إلى المقاولة من الباطن لعله راجع لكون مبدأ التنفيذ الشخصي للعقد في مفهوم المشرع الجزائري لا يعني التنفيذ المادي من جانب المتعاقد، بقدر ما يعني به مسؤوليته الشخصية عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه، لذا نجد أنه أجاز استثناءً للمقاول المتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى المقاولة من الباطن⁽¹⁹⁾.

وعليه فإن مبدأ حضر التعاقد من الباطن بشأن تنفيذ الصفقة كلها أو جزءها ليست على إطلاقه بل أدرج عليها استثناء مفاده، إمكانية لجوء المقاول المتعاقد مع الإدارة إلى المقاولة من الباطن، لكن وفقاً لقيود وضوابط أدرجها المشرع الجزائري في المرسوم رقم 247/15. الشروط والضوابط تتمثل فيما يلي:

أولاً- موافقة صاحب المشروع:

تنص المادة 143 من المرسوم الرئاسي 247/15⁽²⁰⁾ على ما يلي: "يمكن اللجوء إلى المناولة ضمن الشروط الآتية:

- ينبغي أن يحظى اختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد، وجوباً، وبموافقة المصلحة المتعاقدة مقدماً كتابياً، مع مراعاة أحكام المادة 75 من هذا المرسوم، وذلك بعد التأكد من قدراته المهنية والتقنية والمالية مسبقاً. ويقبض المناول المعتمد وفقاً لشروط المذكورة مسبقاً، مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة، بعنوان الخدمات المنصوص عليها في الصفقة التي تقم بتنفيذها، حسب كفاءات تحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

- تسلم وجوباً نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعامل المتعاقد،

- يجب أن يحدد عرض المتعهد المعني مبلغ الحصة القابلة للتحويل الموافق للخدمات التي تقدمها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري في إطار المناولة".

من خلال نص المادة أعلاه يظهر لنا بأن تشريع الصفقات العمومية يشترط على المقاول المتعاقد مع الإدارة الذي يرغب في تنفيذ الصفقة الموكّل تنفيذها إليه، أن يستحصل على موافقة صاحب المصلحة المتعاقدة على المقاول من الباطن، ولا تمنح هذه الموافقة إلا بعد تأكد المصلحة المتعاقدة من مؤهلات ومواصفات المقاول من الباطن المهنية ووسائله المادية والبشرية ومدى مطابقتها للأعمال محل التعاقد من الباطن، كما يشترط كذلك في المقاول من الباطن عدم وجوده في حالة من الحالات المقصية من المشاركة في الصفقات العمومية، فقبل موافقة المصلحة المتعاقدة عليه، يتعيّن عليها التأكد من عدم إقصائه من الصفقات العمومية⁽²¹⁾، وهي الحالات المنصوص عليها في المادة 75⁽²²⁾ من المرسوم 247/15.

بناءً على ما تقدّم ذكره نجد بأن المشرع الجزائري كرس مبدأ قبول المقاولة من الباطن من قبل المصلحة المتعاقدة، ولم يكتف بذلك بل ألزم اعتماد موافقة المصلحة المتعاقدة لشروط دفع الأجرة الخاصة بالمقاول من الباطن، وهو ما كرسته المادة 143 من المرسوم 247/15 السالف الذكر.

وعليه فإن شرط الموافقة يتمحور حول قبول فكرة المقاولة من الباطن وعلى شخص المقاول من الباطن من جهة، وعلى شروط الدفع الخاصة بكل مقاول من جهة أخرى. والغاية من هذه الموافقة المزدوجة، حماية المقاول من الباطن من جهة وذلك من خلال تسهيل سير إجراءات المحاسبة المالية له، وحماية الإدارة من جهة أخرى، ويظهر ذلك من خلال معرفة الإدارة بالعمل الذي أوكل للمقاول من الباطن تنفيذه، وأيضا تمكينها من مراقبة سير العمل والاطلاع على وضعية المقاول من الباطن المهنية والمالية⁽²³⁾.

أما فيما يتعلق بتقديم طلب الموافقة على المقاول من الباطن، واعتماد شروط الدفع، فهما التزام فرضه المشرع الجزائري على عاتق المقاول المتعاقد مع الإدارة⁽²⁴⁾، ويظهر ذلك جليا في المادة 143 على أنه "....ينبغي أن يحظى اختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد، وجوبا، وبموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما كتابيا.....".

وعليه فإن الذي يملك قرار اللجوء إلى المقاولة من الباطن وتقديم طلب القبول هو المقاول المتعاقد مع الإدارة، ولا يملك المقاول من الباطن سوى التأكد من أن طلب قبوله تم تقديمه للمصلحة المتعاقدة في الوقت المناسب⁽²⁵⁾.

وعليه فإنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة قبول المقاول من الباطن والموافقة على شروط الدفع الخاصة به، في حال لم يقدم المقاول المتعاقد معها الطلب المذكور بصورة رسمية⁽²⁶⁾. لذلك يتوجب على المقاول المتعاقد مع الإدارة أن يعتمد إلى تقديم طلب الموافقة وجوبا للمصلحة المتعاقدة، مكتوبا وبشكل رسمي، ويتبين من المادة 143 من المرسوم 247/15 أنّ الطلب يمكن تقديمه إما:

- بالتزامن مع تقديم العرض.

- بعد تقديم العرض وقبل الإعلان عن الصفقة.

- عند الشروع في تنفيذ الصفقة.

بالإضافة إلى الالتزامات التي فرضها المشرع الجزائري على المقاول المتعاقد مع الإدارة الذي يريد اللجوء إلى المقاولة من الباطن، نجده أيضا رتب بموجب قانون الصفقات العمومية ومن خلال نص المادة 142 منه⁽²⁷⁾، التزامات على عاتق كل من المقاول من الباطن والمصلحة المتعاقدة، إذ ألزم المقاول من الباطن غير المصرح به، أن يعلن تواجده للمصلحة المتعاقدة وذلك بعد تأكده من عدم علم المصلحة المتعاقدة بوجوده أو أنها أعربت عن موافقتها عليه وعلى شروط دفع الأجر الخاصة به، وكل ذلك من أجل حمايته وضمان حقوقه. كما أوجب المشرع الجزائري على المصلحة المتعاقدة في حال علمها بتواجد مقاول من الباطن غير مصرح به في مكان تنفيذ الصفقة العمومية، ولم يعرض عليها للقبول، بإعذار المقاول المتعاقد معها باتخاذ التدابير اللازمة المتعلقة بطلب القبول، وذلك في أجل ثمانية 8 أيام، وإلا تعرض لعقوبات قسرية من قبل المصلحة المتعاقدة.

من مجمل ما تم عرضه سابقا فقد خلصنا إلى نتيجة مفادها عدم جواز اللجوء إلى المقاولة من الباطن دون موافقة المصلحة المتعاقدة، وهو الأمر الذي يؤدي بنا إلى طرح تساؤل حول مدى حرية المصلحة المتعاقدة في قبول أو رفض طلب المقاولة من الباطن المقدم لها من قبل المقاول المتعاقد معها؟ بالرجوع إلى القواعد العامة في المجال الإداري نجد بأن الإدارة تتمتع بالسلطة التقديرية ما لم يوجد نص قانوني يقيدتها⁽²⁸⁾، إذن فإن المصلحة المتعاقدة لها كامل الحرية في اتخاذ قراراتها المتعلقة برفض أو قبول المقاولة من الباطن، لكن هذه الحرية قيدها المشرع الجزائري بموجب نص قانوني ألا وهو نص المادة 143 من تنظيم الصفقات العمومية رقم 247/15 التي نصت على أن المصلحة المتعاقدة عليها أن تتأكد من عدم وجود المقاول من الباطن في حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم السابق ذكره و تتأكد أيضا من قدراته المهنية والتقنية والمالية مسبقا، وعليه فإن المصلحة المتعاقدة توافق على المقاول من الباطن استنادا إلى صفات معينة تتمثل في الكفاية المالية والفنية وحسن السمعة وغيرها من الصفات، وبمفهوم المخالفة فإن المصلحة المتعاقدة ترفض طلب اللجوء إلى المقاولة من الباطن نتيجة لضعف وغياب الكفاءات والقدرات المالية والفنية والشخصية والمهنية لدى المقاول من الباطن بشكل من شأنه أن يؤدي إلى تنفيذ ناقص أو معيب للصفقة العمومية، أو كان في حالة من حالات الإقصاء والمنع من المشاركة والدخول في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 75 من قانون تنظيم الصفقات العمومية 247/15، كوجوده في حالة إفلاس أو تسوية قضائية أو تصفية أو توقف عن النشاط، وبالتالي فإن المصلحة المتعاقدة لا تستطيع الرفض لمجرد الرفض بل يجب أن ستند في رفضها إلى أسباب معقولة تتصل بالصالح العام. وعليه فإنه خارج هذه الحالات، يكون طلب اللجوء إلى المقاولة من الباطن وموافقة الإدارة مستوجبا القبول من قبل المصلحة المتعاقدة⁽²⁹⁾، أي أنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تحترم مبدأ المشروعية وإلا عدّ قرار الرفض معيبا يسوغ الطعن فيه أمام الجهات القضائية المختصة.

وهو ما أكدته التشريع والقضاء الفرنسي اللذين أضافا إلى جانب ذلك أحكاما أخرى تتعلق بتقييد السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في مسألة القبول والرفض، لم يتطرق لها المشرع الجزائري أصلا والتي تتمثل في ما يلي:

- الإدارة عندما يقدم لها المقاول المتعاقد معها طلب اللجوء إلى المقاولة من الباطن ينبغي عليها أن ترد عليه في آجال معقولة، لأنه لا يجديها نفعًا أن تلتزم بالصمت، وإذا فعلت ذلك عرضت نفسها للمساءلة⁽³⁰⁾. كما يجب أن تكون موافقة المصلحة المتعاقدة أو رفضها صريحا وفي شكل رسمي مكتوب وذلك حسب الفقرة الثانية من 114 من قانون الصفقات العمومية، أما في حال سكوت المصلحة المتعاقدة مدة 21 وعشرين يوما من تاريخ تقديم طلب الموافقة على اللجوء إلى المقاولة من الباطن، يعتبر بمثابة القبول الضمني بالمقاول من الباطن وشروط دفع الأجر الخاصة به، وعليه فإن الموافقة حتى تكون ضمنية ينبغي على المقاول المتعاقد مع الإدارة احترام الاجراءات المفروضة عليه والمتمثلة في تقديم طلب الموافقة، وذلك تحت طائلة عدم سريان مهلة 21 يوما⁽³¹⁾.

- إذا تذرعت المصلحة المتعاقدة بأسباب غير وجيهة، فإن المفاوض المتعاقد معها يستطيع أن يحصل من قاضي العقد على حكم بإلغاء القرار الصادر بالرفض، كما له أن يطلب فسخ العقد لخطأ المصلحة المتعاقدة أو الحكم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء ذلك الرفض⁽³²⁾.

إذن فإن التشريع الفرنسي لم يترك السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة القائمة في مواجهة المفاوض المتعاقد معها والذي قدم لها طلب اللجوء إلى المقاولة من الباطن، على إطلاقها لحد قد يضر بمصالح وحقوق المفاوض المتعاقد معها، بل قيدها بجملة من الضوابط والشروط التي سبق التعرض لها، على خلاف التشريع الفرنسي لم ينص المشرع الجزائري على أي شكل خاص أو إجراء محدد للإعراب عن الموافقة أو الرفض، غير أنه من المفترض أن يكون صريحاً، كما أنه لم ينص على سكوت المصلحة المتعاقدة، على الرغم من التعديلات المتوالية لقانون الصفقات العمومية التي تناولت المقاولة من الباطن ابتداءً من الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17/06/1967 وما شاهده من تعديلات وصولاً إلى المرسوم الرئاسي رقم 247/15، لذا ينبغي على المشرع الجزائري تدارك هذا الأمر خلال التعديلات المستقبلية.

ومن مجمل ما خلصنا إليه، أنّ القاعدة العامة في مجال الصفقات العمومية أنّه يمنع على المفاوض المتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله في تنفيذ التزاماته التعاقدية إلا بموافقة المصلحة المتعاقدة، إذن فإن السلطة التي تملك إبرام عقد المقاولة الأصلي، هي نفسها التي تملك الموافقة أو الرفض على طلب اللجوء إلى المقاولة من الباطن المقدم لها من قبل المفاوض المتعاقد معها، وفي كلتا الحالتين سواء الموافقة أو الرفض الصادر عنها من شأنه أن تترتب عليهما نتائج هامة تختلف بحسب طبيعة الإجراء.

1- النتائج المترتبة على المقاولة من الباطن بموافقة المصلحة المتعاقدة:

يترتب على المقاولة من الباطن بموافقة المصلحة المتعاقدة نتيجة مزدوجة من ناحية المفاوض المتعاقد مع الإدارة من جهة، والمفاوض من الباطن من جهة أخرى:

أ- نتائج المقاولة من الباطن بالنسبة لعلاقة المصلحة المتعاقدة من جانب المفاوض المتعاقد معها:

- منح المصلحة المتعاقدة الموافقة على المقاولة من الباطن لا يعفي المفاوض الأصلي المتعاقد معها من التزاماته التعاقدية، بل يبقى مسؤولاً عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية أمام المصلحة المتعاقدة حتى بالنسبة للجزء المنفذ من قبل المفاوض من الباطن، وبالتالي فالمفاوض المتعاقد مع الإدارة يبقى المسؤول الوحيد عن تنفيذ كامل الصفقة⁽³³⁾. وهو ما أكدته المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 141 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 بنصها على أنّ: "المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمنوالة".

ب- نتائج المقاولة من الباطن بالنسبة لعلاقة المصلحة المتعاقدة من جانب المفاوض من الباطن:

- لا تنشأ أي علاقة تعاقدية بين المفاوض من الباطن والمصلحة المتعاقدة، ويترتب على انعدام العلاقة التعاقدية، عدم جواز مطالبة المصلحة المتعاقدة باسمها ومباشرة المفاوض من الباطن بتنفيذ

الالتزامات التي كانت له في مواجهة المقاول المتعاقد معها، وذلك لأنها لم تكن طرفاً في عقد المقاولة من الباطن، غير أنه بالرجوع إلى المادة 143 السابق ذكرها نلاحظ بأن هناك علاقة قانونية جديدة ومباشرة بين المصلحة المتعاقدة والمقاول من الباطن والتي تقتصر على تسوية المستحقات المالية، أما خارج هذه النقاط فتسري القاعدة المستقر عليها التي تقضي بانتفاء أي علاقة تعاقدية مباشرة بينهما⁽³⁴⁾.

- الموافقة على المقاولة من الباطن من قبل المصلحة المتعاقدة من شأنها أن تجعلها مشروعة وتدخلها في دائرة المشروعية ومن ثم لا تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تتنكر له بعد ذلك، وإلا ارتكبت خطأ عقدي يحقق مسئوليتها بالتعويض أمام المقاول الأصلي المتعاقد معها⁽³⁵⁾.

2- النتائج المترتبة على المقاولة من الباطن دون موافقة المصلحة المتعاقدة:

خلصنا في ما سبق إلى عدم جواز اللجوء إلى المقاولة من الباطن دون موافقة المصلحة المتعاقدة التي تملك سلطة قبول أو رفض طلب اللجوء إلى المقاولة من الباطن في إطار تحقيق المصلحة العامة، فإذا رفضت الإدارة الموافقة على المقاولة من الباطن، وبالرغم من ذلك تعاقد المقاول المتعاقد مع الإدارة مع مقاول من الباطن لتنفيذ الصفقة العمومية دون موافقتها وعلمها، فما هي النتائج المترتبة على ذلك؟ وهل هذا الفعل الصادر من المقاول المتعاقد مع الإدارة من شأنه أن يشكل خطأ يستوجب المساءلة وتوقيع أقسى الجزاءات عليه؟

أ- بالنسبة لعلاقة المصلحة المتعاقدة من جانب المقاول المتعاقد معها:

- المقاول المتعاقد مع الإدارة على الرغم من إبرامه لعقد المقاولة من الباطن، إلا أنه يبقى المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة، ولا يحزره تصرفه الانفرادي الذي رفضته المصلحة المتعاقدة من تلك المسؤولية⁽³⁶⁾.

إن إبرام المقاول المتعاقد مع الإدارة لعقد المقاولة من الباطن دون موافقة المصلحة المتعاقدة، يعتبر خطأ في تنفيذ العقد صادراً من المقاول المتعاقد مع الإدارة، وهذا الخطأ يبرر- في نظر المشرع الجزائري- توقيع أقسى الجزاءات عليه سواء نص العقد على هذه الجزاءات أو لم ينص، وهو ما أكده المشرع في نص المادة 142 "وإلا اتخذت ضده تدابير قسرية"، غير أنه ما يلاحظ على نص المادة، عدم تبيانها لماهية هاته العقوبات والتدابير القسرية التي تسلطها الإدارة على المقاول المتعاقد معها في حال إبرامه لمقاولة من الباطن دون أخذ موافقتها، على خلاف ما جاء في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة الصادر في سنة 1965 في المادة 11 منه بنصها على أنه: ".....3- إذا قام المقاول دون إذن بالتعاقد مع مقاول فرعي أو قام بالمشاركة في الصفقة مع أو جماعة يحزر عند ذلك ودون انذار سابق تطبيق الاجراءات المنصوص عليها في المادة 35 الواردة فيما بعد....."⁽³⁷⁾. ومن بين الجزاءات التي نصت عليها المادة 35 من دفتر الشروط⁽³⁸⁾ هي فسخ العقد أو سحب العمل من المقاول المتعاقد مع الإدارة من قبل المصلحة المتعاقدة دون اللجوء إلى القضاء وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حساب المقاول المتعاقد معها.

باستقراء نصوص دفتر الشروط الإدارية العامة المذكورة أعلاه نلاحظ أن غياب الموافقة من قبل المصلحة المتعاقدة ينعكس على المقاول المتعاقد معها، إذ اعتبر فعله والمتمثل في إبرام عقد مقاوله من الباطن دون موافقة المصلحة المتعاقدة في حد ذاته خطأ عقديا جسيما يقيم مسؤوليته، ويبرر فسخ أو سحب الصفقة منه بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة ودون اللجوء للقضاء سواء تم النص عليها في العقد أو لم ينص.

ب- بالنسبة لعلاقة المصلحة المتعاقدة من جانب المقاول من الباطن:

- المقاوله من الباطن دون موافقة الإدارة لا تنشأ أي علاقة بين المقاول من الباطن والمصلحة المتعاقدة وعلى وجه الخصوص العلاقة القانونية التي تقتصر على تسوية مستحقته المالية، إذ فإن المقاول من الباطن لا يستطيع أن يحتج بعقد المقاوله من الباطن في مواجهة المصلحة المتعاقدة، وبذلك لا يمكنه المطالبة بالدفع المباشر لمستحقته المالية.

- على الرغم من أن المقاول من الباطن لا تربطه أي علاقة تعاقدية مع المصلحة المتعاقدة، ولا يمكنه الرجوع عليها ليطلبها بتسديد أجره مباشرة. إلا أنه بإمكانه الرجوع عليها بما بذله من نفقات، وذلك على أساس فكرة الإثراء بلا سبب، أو أنه يرجع عليها بصفته دائنا للمقاول المتعاقد معها ويطلبها بحقوقه المدنية عن طريق الدعوى المباشرة وفقا للقواعد المقررة في القانون المدني⁽³⁹⁾.

- المصلحة المتعاقدة بصفقتها صاحبة المشروع يمكنها أن تمنع المقاول من الباطن من المساهمة في تنفيذ عقد المقاوله الأصلي⁽⁴⁰⁾.

ثانياً- تحديد مجال المقاوله من الباطن في الصفقة ذاتها ودفتر الشروط:

وإلى جانب شرط موافقة المصلحة المتعاقدة على المقاوله من الباطن أدرج المشرع شروطا أخرى تظهر جليا في المادة 143 بنصها صراحة على أنه: "يجب أن يحدد صراحة المجال الرئيسي لتدخل المناولة، بالرجوع إلى بعض المهام الأساسية التي يجب أن تنفذ من طرف المتعامل المتعاقد، في دفتر الشروط إن أمكن ذلك وفي الصفقة...".

عليه فإن المشرع الجزائري ألزم الأطراف المتعاقدة بتحديد وتعيين محل المقاوله من الباطن بذكر طبيعته وأوصافه ومقاديره تعيينا دقيقا نافيا للجهالة، كما اشترط أن يكون هذا التعيين والتحديد وجوبا في الصفقة، ويظهر ذلك من خلال عبارة "يجب" واختياريا في دفتر الشروط الذي يتضح من خلال عبارة "إن أمكن".

كما نلاحظ من خلال نص المادة أعلاه أن المشرع ألزم الأطراف بتحديد المهام الأساسية التي يجب أن يلتزم بها المقاول المتعاقد معها على الرغم من إبرامه لعقد المقاوله من الباطن، مما يؤكد على أن المشرع الجزائري على الرغم من إجازته للجوء إلى المقاوله من الباطن، إلا أن شخصية المقاول المتعاقد مع الإدارة تبقى دائما محل اعتبار.

ثالثاً- عدم شمولية المقاولة من الباطن على كامل أعمال الصفقة:

المقاول المتعاقد مع الإدارة عليه أن ينفذ التزاماته وفق ما ورد في النصوص التعاقدية والقانونية، ومن بين تلك الالتزامات القانونية، أنه لا يجوز له أن يبرم عقد مقاولة من الباطن على كامل أعمال الصفقة، بل يجب أن يكون على جزء من الصفقة فقط، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 140 " يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة،.....".

وعليه فإن المشرع منع المقاولة من الباطن التي تشمل كامل الأعمال المعهودة إلى المقاول المتعاقد مع الإدارة وأجاز فقط المقاولة من الباطن الجزئية.

بالإضافة إلى ذلك فقد وضع المشرع الجزائي حداً مالياً للمقاولة من الباطن في الفقرة الثانية من المادة 140 السالفة الذكر " ومهما يكن من أمر، لا يمكن أن تتجاوز المناولة أربعين بالمائة 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة...."، وعليه فإن المجال المسموح به للمقاول المتعاقد مع الإدارة عند لجوئه للمقاولة من الباطن هو نسبة (40%) من مجمل القيمة المالية للصفقة، كما أن هذا الالتزام جاء على وجه الأمر، ومخالفته تجعل من المقاولة من الباطن باطلة بطلاناً مطلقاً.

كما يلاحظ أن المشرع لم يخصص نوع معين من أنواع الصفقات بحد ذاتها، بل حدد عتبة مالية لا يمكن تجاوزها مقدرة بـ 40% من المبلغ الإجمالي في جميع الصفقات العمومية على حد السواء.

رابعاً- محل المقاولة من الباطن:

حتى نكون أمام عقد مقاولة من الباطن، يشترط وجود عقد مقاولة سابق له، وإذا تخلف هذا الشرط يعتبر العقد اللاحق عقداً أصلياً، وليس بعقد مقاولة من الباطن، كما أن وجود عقدي مقاولة متتابعين لا يكفي وحده حتى نكون أمام مقاولة من الباطن، بل يشترط أيضاً أن يتبع عقد المقاولة من الباطن عقد المقاولة الأصلي، وهذه التبعية تتحقق بفضل عدة عوامل مختلفة تتمثل بداية في وحدة المحل.

والمحل في عقد المقاولة يتمثل في العمل الذي يلتزم المقاول الأصلي بتقديمه لصاحب المشروع، والمقاول الأصلي عند إبرامه لعقد مقاولة من الباطن فإنه يكل تنفيذ ذلك العمل للمقاول من الباطن، ومن هنا تتحقق وحدة العمل بين العقدتين، حتى لو كانت المقاولة من الباطن تتعلق بجزء من الأعمال الواردة في عقد المقاولة الأصلي، وهو ما ينطبق على عقد المقاولة في مجال الصفقات العمومية الذي اشترط فيه المشرع أن يكون على جزء من الصفقة فقط، وبما أن محل الصفقة العمومية وفقاً للمادة الثانية من المرسوم 247/15⁽⁴¹⁾ يتمثل في الأشغال العمومية، وصفقة اقتناء اللوازم، وصفقة تقديم الخدمات، وأخيراً صفقة انجاز الدراسات، وبناءً على ما تم ذكره سابقاً، فإن عقد المقاولة من الباطن يتبع الصفقة العمومية في محلها، وعليه فإنه إذا كان موضوع الصفقة العمومية هو انجاز الأشغال العمومية فإن محل المقاولة من الباطن يكون أيضاً في مجال إنجاز الأشغال العمومية، لكن ذلك يكون وفقاً لنسبة

المسموحة للمقاولة من الباطن والتي لا يمكن أن تتجاوز نسبة 40%، والأمر نفسه بالنسبة لباقي أنواع الصفقات العمومية.

وعليه يمكن القول بأن مجالات المقاول المتعاقد مع الإدارة في جميع الصفقات العمومية السابق ذكرها هي نفسها المجالات التي تنطبق على المقاول من الباطن، وذلك نتيجة لتبعية المقاولة من الباطن لصفقة العمومية، لكن بنسبة لا يمكن أن تتجاوز نسبة 40% من المبالغ الإجمالي للصفقة.

غير أنه بالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة 140 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 نجد أن المشرع قد أخرج من نطاق المقاولة من الباطن الصفقات العمومية المتعلقة باللوازم العادية، والتي شرح مضمونها ونص على أنها تلك اللوازم الموجودة في السوق والتي هي غير مصنعة استنادا إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة.

إذن فإن المقاولة من الباطن تستعير محلها من الصفقة العمومية استعارة جزئية مقدرة بنسبة لا يمكن أن تتجاوز نسبة 40% في جميع أنواع الصفقات العمومية، باستثناء صفقة اللوازم العادية التي منع فيها المشرع الجزائري المقاول المتعاقد مع الإدارة من أن يجعلها محلا لعقد المقاولة من الباطن، بل ينبغي عليه تنفيذها تنفيذا شخصيا.

الخاتمة:

من خلال ما سبق وبناءً على مضمون المواد من المادة 140 إلى غاية المادة 144 من المرسوم الرئاسي 247/15 المنظم لصفقات العمومية، يمكن استخلاص أن المشرع الجزائري اعتمد في تنفيذ الصفقات العمومية وكمبدأ عام على الاعتبار الشخصي للمقاول المتعاقد مع الإدارة، لكنه على الرغم من اعتماده لهذا المبدأ، فقد أجاز له في حال احتياجه إلى جوانب فنية أو إلى خبرات عديدة أو جهود كبير لتنفيذ العمل محل الصفقة وفقا للمواصفات المتفق عليها مع المصلحة المتعاقدة وفي الزمن والفترة المطلوبة للإنجاز، الاستعانة بمقاول من الباطن لتنفيذ تلك الأعمال محل الصفقة العمومية بموجب عقد يدعى المقاولة من الباطن، وهذه الإجازة جاءت كاستثناء على المبدأ العام.

كما أن المشرع على الرغم من إجازته للمقاول المتعاقد مع الإدارة من اللجوء إلى المقاولة من الباطن في مجال تنفيذ الصفقات العمومية، إلا أنه قيدها بجملة من الشروط والضوابط التي ينبغي احترامها واتباعها من قبل الأطراف، والا تعرضهم للمسؤولية.

من خلال ما تم تبيانه في هذا البحث توصلنا إلى جملة من النتائج وقدمنا بعض الاقتراحات:

أولاً- النتائج:

1- المبدأ العام هو قيام المقاول المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ بنفسه لصفقة العمومية، والاستثناء، جواز اللجوء إلى المقاولة من الباطن.

2- كرس التشريع الجزائري مبدأ قبول المقاولة من الباطن من قبل المصلحة المتعاقدة، أي أن اللجوء إلى المقاولة من الباطن في المقام الأول متوقف على موافقة المصلحة المتعاقدة، ولم يكتف المشرع الجزائري بإلزامية قبول المقاول من الباطن من طرف المصلحة المتعاقدة، بل ألزم اعتماد هذا الأخير

شروط دفع الأجر بالنسبة لكل عقد مقاولة من الباطن، والهدف منها إذا هو تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على استعمال المال العام.

حسن ما فعل المشرع الجزائري عندما جعل عملية اللجوء إلى المقاولة من الباطن في مجال تنفيذ الصفقات العمومية، عندما أدرج ضوابط وشروطا لا سيما موافقة المصلحة المتعاقدة، وذلك للحفاظ على الصالح العام من جهة والمال العام من جهة أخرى، لأن ترك المقاول المتعاقد مع الإدارة دون ضوابط وتمكنه من التعاقد متى يشاء وفي أي وقت شاء دون موافقة الإدارة من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالمرفق العام.

3- يتم تقديم طلب اللجوء إلى المقاولة من الباطن من قبل المقاول المتعاقد مع الإدارة مكتوبا ووجوبا، وبالرغم من اشتراط المشرع لتقديم طلب الموافقة غير أنه لم يشترط شكل خاص معين يتضمنه ذلك الطلب، لذا ينبغي على المشرع الجزائري تدارك هذا الأمر والنص على شكل الطلب الواجب تقديمه من قبل المقاول المتعاقد مع الإدارة.

4- إن منح الموافقة من جهة المصلحة المتعاقدة يخضع لتقديراتها غير أن ذلك التقدير يخضع لمعقولية السبب المانع فيما لو امتنعت الإدارة عن منح تلك الموافقة⁽⁴²⁾، وإلا تعرضت للمسؤولية

5- إن المقاول المتعاقد مع الإدارة على الرغم من حصوله على موافقة المصلحة المتعاقدة لإبرام المقاولة من الباطن، إلا أنه يبقى مسؤولا عن تنفيذ التزاماته التعاقدية بصورة شخصية في مواجهة المصلحة المتعاقدة، بالإضافة إلى أنه يصبح مسؤولا عن أعمال المقاول من الباطن الذي تعاقد معه، لأن المقاول من الباطن لا يحل محل المقاول المتعاقد مع الإدارة، بل تبقى الرابطة العقدية بين هذا الأخير والإدارة المتعاقد معها قائمة⁽⁴³⁾.

6- كرس المشرع الجزائري مبدأ آخر مفاده عدم شمولية المقاولة من الباطن على كامل أعمال الصفقة، إنما حصره في جزء منها فقط لا يتجاوز نسبة 40%، بمعنى أنه لا يجوز أن تكون المقاولة من الباطن على كامل الأعمال المعهودة إلى المقاول المتعاقد مع الإدارة، وإنما على جزء منها فقط.

7- ألزم المشرع الجزائري الأطراف المتعاقدة بتحديد وتعيين محل المقاولة من الباطن بذكر طبيعته وأوصافه ومقاديره تعيينا دقيقا نافيا للجهالة.

8- المقاولة من الباطن دون موافقة المصلحة المتعاقدة أعتبر خطأ من جانب المقاول المتعاقد مع الإدارة يترتب عليه توقيع الجزاء، إلا أن المشرع الجزائري اقتصر على ذكر أنها جزاءات قسرية ولم يحدد طبيعة تلك الجزاءات، لكن بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة في مجال صفقات الأشغال العمومية نجده قد نص على تلك الجزاءات والمتمثلة في فسخ العقد أو سحبه من المقاول المتعاقد مع الإدارة وذلك باعتبار أن ذلك الخطأ هو خطأ جسيم يستوجب العقاب.

ثانياً- الاقتراحات:

على الرغم من تعرض قانون الصفقات العمومية لبعض الأحكام التي تطبق على المقاولة من الباطن، والمتمثلة في مدى جوازها والشروط الواجب التقيد بها، إلا أن ذلك لم يكن كافيا للإمام بجميع

الأحكام المتعلقة بالمقاولة من الباطن، أمام الأهمية الكبيرة التي تتمتع بها هاته الأخيرة، إذ نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى العديد من الأحكام التي كان من الأجدر عليه التطرق لها، على الرغم من التعديلات المتوالية لقانون الصفقات العمومية، إذ نجده لم يتعرض للشكل الواجب مراعاته في طلب اللجوء إلى المقاولة من الباطن المقدم من قبل المقاول المتعاقد مع الإدارة، بالإضافة إلى عدم تعرضه لشكل وإجراءات الموافقة أو الرفض الصادرة عن المصلحة المتعاقدة، لا سيما شكل الموافقة أو الرفض، وأجال الرد على الطلب، على خلاف المشرع الفرنسي الذي حددها بـ : واحد وعشرين 21 يوما من تاريخ استلام الطلب، كما أن المشرع لم يتطرق لمسألة إبرام المقاولة من الباطن دون موافقة المصلحة المتعاقدة بشيء من التفصيل، اقتصر على ذكر تعرض المقاول المتعاقد إلى جزاءات قسرية ولم يحدد ماهي هذه الجزاءات القسرية، لذا ينبغي على المشرع الجزائري تدارك هذا القصور ومعالجته، لا سيما أننا في ظل تطور ميادين الأعمال التكنولوجية، وتخصيص الأعمال.

الهوامش:

- (1) القانون رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، الجريدة . الرسمية عدد 78 لسنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.
- (2) حنان مازن، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون الأعمال المقارن، 2015، 2016، ص 10.
- (3) سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية لنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2016، ص 238.
- (4) رفاه كريم رزوقي كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة المحقق العربي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الثالث، السنة الثامنة، 2016، ص 581.
- (5) فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2017، ص 167، 168.
- (6) رفاه كريم رزوقي كربل، المرجع السابق، ص 587.
- (7) الي مسعود خطار، التعاقد من الباطن في التنازع الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2015، ص 138.
- (8) علي بن شعبان، عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مجلة العلوم الانسانية، جامعة قسنطينة 01، العدد 41، جوان 2014، مجلد ب، ص 447.
- (9) طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية ضوابطها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 342.
- (10) المرسوم الرئاسي، رقم 247/15، الذي يتضمن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الجريدة الرسمية رقم 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.
- (11) الكاهنة زاوي، إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون 247/15، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد الثاني عشر، ربيع الثاني، ديسمبر 2017، ص 26.
- (12) رفاه كريم رزوقي كربل، المرجع السابق، ص 582.
- (13) فوزية سكران، مرجع سابق، ص 173.
- (14) فتيحة حابي، النظام القانوني لصفة إنجاز الأشغال العامة في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013/07/03، ص 247، 248.
- (15) بومدين كعبيش، مسؤولية المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء: (السكن نموذجاً)، مقال في مجلة الفقه والقانون، العدد الخامس والاربعون، يوليو 2016، ص 48. أنظر رفاه كريم رزوقي كربل، المرجع السابق، ص 581.

- (16) نفس المرجع، ص 49.
- (17) علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 447.
- (18) المادة 140 من المرسوم 247/15، يتضمن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الجريدة الرسمية رقم 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.
- (19) علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 446.
- (20) المرسوم الرئاسي 247/15، يتضمن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الجريدة الرسمية رقم 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.
- (21) حنان مازن، مرجع سابق، ص 77.
- (22) أنظر المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15، يتضمن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الجريدة الرسمية رقم 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.
- (23) الي مسعود خطار، التعاقد من الباطن في التنافس الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2015، ص 148، ص 158، ص 159.
- (24) حنان مازن، مرجع سابق، ص 79.
- (25) المرجع نفسه، ص 80.
- (26) الي مسعود خطار، التعاقد من الباطن في التنافس الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2015، ص 159.
- (27) المادة 142 من المرسوم 247/15، نصت على أنه "يجب على المناول الذي يتدخل في تنفيذ صفقة عمومية أن يعلن تواجده للمصلحة المتعاقدة.
- تلتزم المصلحة المتعاقدة التي تعلم بتواجد مناوول غير مصرح به في مكان تنفيذ الصفقة العمومية، بإعداد المتعامل المتعاقد بتدارك هذا الوضع، في أجل ثمانية 08 أيام، وإلا اتخذت ضده تدابير قسرية".
- (28) السلطة التقديرية: هي آلية قانونية تملك بمقتضاها الإدارة حرية صلاحية اتخاذ قراراتها بحرية من بين عدة قرارات متاحة، بحيث لا يفرض عليها القانون مسلكا معين يقيد بها. الخير بوضياف: حدود رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الخامس عشر، سبتمبر 2017.
- (29) الي مسعود خطار، مرجع سابق، ص 156.
- (30) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة السادسة، 2012، ص 366.
- (31) الي مسعود خطار، مرجع سابق، ص 152.
- (32) نفس المرجع، نفس الصفحة.
- (33) سامح عبد الله عبد الرحمن محمد: مرجع سابق، ص 235.
- (34) سامح عبد الله عبد الرحمن محمد: مرجع سابق، ص 237.
- (35) سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 367 368.
- (36) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 451.
- (37) القرار الوزاري المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية، المؤرخ في 1964/11/21، في الجريدة الرسمية العدد 6، المؤرخة في 1965/01/19.
- (38) أنظر المادة 35 من القرار الوزاري المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية، المؤرخ في 1964/11/21، في الجريدة الرسمية العدد 6، المؤرخة في 1965/01/19.
- (39) سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 364.
- (40) نفس المرجع، ص 364.
- (41) أنظر المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتضمن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الجريدة الرسمية رقم 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.
- (42) محمود خلف الجبوري: العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010، ص 184.
- (43) المرجع نفسه، ص 184.