مجلة الاجتهاد القضائي: المجلد 12 - العدد 02 (العدد التسلسلي 24) أكتوبر 2020 - (ص ص: 915 – 926)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

دور المصادقة على مشاريع الصفقات العمومية في تعزيز الرقابة على المال العام

The role of the approval of public procurement projects in strengthening the control of public goods

ط.د عبد اللطيف بركات [1]

باحث دكتوراه- مخبر القانون والعقار

جامعة لونيسي علي – البليدة 2 (الجزائر)

abdelatifbarkat@gmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
03 ديسمبر 2019	17 سبتمبر 2020	20 ديسمبر 2020

الملخص:

يعالج المقال موضوع المصادقة على الصفقات العمومية، بحيث تعتبر المرحلة الأخيرة في عملية ابرام الصفقة، وتعد بمثابة الشرط الواقف، لكي يصبح العقد قابلا للتنفيذ ومنتجا لآثاره القانونية، حسب منطوق المادة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي اعتبرت أنّ الصفقات العمومية لا تصح ولا تكون نهائية إلاّ إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة في نفس المادة، وفي حال غياب المصادقة لا يمكن تنفيذ مضمون الصفقة، ذلك أنّ نفي الصحة عن العقد تجعله باطلا أو قابلا للابطال، فإذا بطل العقد افترقا طرفاه كأن لم يجتمعا، لذلك نجد أنّ اجراء المصادقة يعطي ضمانة أساسية لبسط أكبر قدر من الرقابة على انفاق المال العام سواء من ناحية الجهة المخولة بالتصديق أو من ناحية الأثر المترتب على التصديق.

الكلمات المفتاحية: الصفقة العمومية - الرقابة – المال العام - المصادقة – المصلحة المتعاقدة.

Abstract:

The article deals with the issue of the approval of public contracts, which represents the last step in the process of concluding the contract and which is considered a permanent condition, so that the contract becomes enforceable and produces its legal effects, according to the mechanism of Article 4 of Presidential Decree 15-247, which considers that public contracts are only valid and final if they are approved by the competent authority mentioned in the same article. In the absence of approval, the content of the agreement cannot be executed, because the non-approval of the contract renders it null or void, and if the contract is canceled the parties are separated as if they had never been linked. As a result, it can be seen that the approval procedure gives the greatest control over the expenditure of public funds, both on the side of the competent approval authority and on the side of the expected impact of the contract.

key words: *Public Contract - Control - Public Goods - approval - Contracting Department.*

[1] المؤلف المرسل: ط.د عبد اللطيف بركات ـــــــــ *Email: abdelatifbarkat@gmail.com*

مقدمة:

تعتبر مرحلة المصادقة على الصفقة العمومية المرحلة الأخيرة والأهم ضمن عدة مراحل تمر عليها من أجل الوصول إلى المتعامل الاقتصادي المؤهل لإتمام العملية التعاقدية معه، فرغم صدور قرار المنح المؤقت للصفقة لا يمكن أن يباشر حائز الصفقة التزاماته التعاقدية إلّا بعد اعتماد الصفقة والتصديق عليها من الجهة المخولة بذلك وفقا للإجراءات المقررة قانونا.

تبرز من خلال هذه الدراسة إشكالية رئيسة مضمونها: ماالدور الذي تلعبه المصادقة على الصفقات العمومية كأداة رقابية مسبقة في حسن تسيير الأموال العمومية؟

من أجل الإجابة على إشكالية البحث نتبع منهج تحليل المضمون المناسب لطبيعة الموضوع من خلال تحليل النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بمجال الدراسة.

التقسيم العام للدراسة:

المبحث الأول: مضمون المصادقة على مشاريع الصفقات العمومية.

المبحث الثاني: مظاهر الحماية المقررة بموجب المصادقة على مشاريع الصفقات العمومية.

المبحث الأول: مضمون المصادقة على مشاريع الصفقات العمومية:

يجب إبرام الصفقة العمومية بواسطة الجهات الإدارية المختصة بذلك، محددة تحديدا صريحا بموجب تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وإلّا وقع التصرف تحت طائلة الابطال على أساس أنّ القواعد المتعلقة بالاختصاص متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

نحاول خلال هذا المبحث تحديد مضمون المصادقة على مشاريع الصفقات العمومية من خلال ابراز تعريف المصادقة والجهة المسؤولة عن التصديق على مشاريع الصفقات العمومية وإشكالية المصادقة على صفقات الجماعات الإقليمية.

المطلب الأول: مفهوم المصادقة على مشاريع الصفقات العمومية

لتحديد مفهوم المصادقة على مشاريع الصفقات العمومية يجب إبراز التعريف وتحديد الجهة المسؤولة عن التصديق

الفرع الأول: تعريف المصادقة على مشاريع الصفقات العمومية

في ظل غياب التعريف التشريعي للمصطلح ومع صعوبة الاعتماد على تعريف فقهي جامع مانع، نجد أنّ هناك عدة محاولات أبرزها:

أولا: يقصد بالمصادقة على الصفقة ضرورة موافقة السلطة المختصة على البدء في إنجاز الأشغال أو الخدمات أو التموين من طرف المقاول أو الممون الفائز بالصفقة.[1]

ثانيا: يقصد بإبرام العقد إقرار شروطه والتوقيع عليه، أي إعلان الموافقة على التعاقد.[2]

إذن لا أهمية، من ناحية إبرام العقد، للمراحل التمهيدية التي تسبق إبرام الإدارة المختصة للعقد الإداري، والمسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أنّ هذه المقدمات والتي قد تصل إلى حد القبول التمهيدي، كما في قرار المنح المؤقت، لا يمكن أن يترتب عيها التزامات تعاقدية.[3]

فالمصادقة هي إذْنٌ من اختصاص هيئة عليا تنصب فوق اللجنة برئيسها وأعضائها والتي قامت باختيار المرشح الذي ترى فيه أنّه تقدم بأحسن عرض ويمكنه أن يقوم بالأشغال أو الخدمات أو تسليم التوريدات على أحسن وجه وذلك على إثر طلب عروض أو تراضي. ولا يعتبر العقد غير المصادق عليه سوى مشروع للتعاقد ليست له أي آثار قانونية تجاه الإدارة رغم أنّه يفرض على المتعهد الالتزام بعرضه مدة من الزمن حتى تقرر الإدارة المعنية بالصفقة ما إذا كانت ترغب في الاستمرار أو العدول عن التعاقد.[4]

مجمل القول: التصديق شرط أساسي لاكتمال العقد، وبدونه لا يكون العقد تاماً.

الفرع الثاني: الجهة المخولة بالموافقة على الصفقة

حددت المادة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 الجهات المسؤولة عن الموافقة على الصفقات العمومية بنصها على: "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلّا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة:

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

ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين، بأي حال، بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها."[5]

المطلب الثاني: اشكالية المصادقة على صفقات الجماعات الإقليمية

إنّ استعمال مصطلح "الموافقة" بدل "المصادقة" يثير اشكالا قانونيا كون مدلول كلمة "الموافقة" هل نفهمه على أنّه التوقيع على الصفقة؟ فإذا قلنا بذلك نجد أنّ رئيس المجلس الشعبي البلدي يوافق على الصفقة بعد مصادقة المجلس عليها بموجب مداولة أي الإذن لرئيس

المجلس بالتوقيع، فكيف تكون الموافقة بمفهوم الإمضاء والتوقيع هي التي تعطي للصفقة صحتها ولو لم تخضع للمصادقة المشروطة ضمن قانون البلدية؟

الفرع الأول: عرض الاشكال المتعلق بالمصادقة على صفقات الجماعات الإقليمية

نجد أنّ قانون البلدية في المادة 194 منه ينص: " يصادق على محضر المناقصة والصفقة العمومية عن طريق مداولة المجلس الشعبي البلدي.

يرسل محضر المناقصة والصفقة العمومية إلى الوالي مرفقان بالمداولة المتعلقة بهما."[6]

الغاية من إرسال المداولة إلى الوالي هو التصديق عليها، ولا يمكن تنفيذ المداولات إلّا بعد مصادقة الوالي عليها ضمن آجال محددة قانونا حسب الحالة (21 يوما كأصل عام و30 يوما في الحالات المذكورة في المواد 57 و59 و60) فإذا لم يعلن الوالي قراره خلال هذه المدة صارت المداولة مصادق عليها وقابلة للتنفيذ بقوة القانون بعد انقضاء الأجل.

تضيف المادة 61 من قانون البلدية: " يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي وفقا للشروط والأشكال المنصوص عليها قانوناً، أن يرفع إمّا تظلماً إدارياً، أو دعوى قضائية أمام الجهات المختصة ضد قرار الوالي الذي يثبت بطلان أو رفض المصادقة على مداولة."

فمتى تكون الصفقة العمومية صحيحة ونهائية؟ هل بعد موافقة رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب تنظيم الصفقات العمومية أو بعد الموافقة عليها بموجب مداولة المجلس الشعبي البلدي وتصديق الوالي حسب قانون البلدية؟

تضارب واضح بين النصين، هل نأخذ بمذهب تنظيم الصفقات العمومية باعتباره التشريع العام الذي يحكم إعداد وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، أو بمذهب قانون البلدية باعتباره نصا خاصا بالبلدية والخاص يقيد العام؟ رغم أنّ قانون البلدية قد أحال بموجب المادة 189 منه إلى تنظيم الصفقات العمومية بنصه على: "يتم إبرام صفقات اللوازم والأشغال أو تقديم الخدمات التي تقوم بها البلدية والمؤسسات العمومية البلدية ذات الطابع الإداري طبقا للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفقات العمومية."

لكن من حيث التطبيق كيف ستتم المداولة على الصفقة العمومية، فإمّا أن نخالف تنظيم الصفقات وإمّا نخالف قانون البلدية.

الاجابة على هذه الإشكالية نحيلها إلى الفرع التالي.

الفرع الثاني: التوفيق بين قانون البلدية وتنظيم الصفقات العمومية

مع صعوبة التوفيق بين قانون البلدية وتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في مسألة المصادقة على مشاريع صفقات الجماعات الاقليمية، نجد أنّ الفقه الإداري الفرنسي حاول الخروج من الإشكال من خلال مذهبين هما:[7]

أولا: المذهب الأول: هو مذهب الأستاذ "جيز" « *Gaston. Jeze* » _تسانده في ذلك بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي_ إلى أنّ العقد في تلك الحالة يبدو منعدماً فلا يتمخض عنه أية رابطة عقدية تربط المرشح للتعاقد بالإدارة. ولقد عبر مجلس الدولة الفرنسي عن ذلك فقرر أنّ العقد الذي لم يصادق عليه، لا تكون له صفة نهائية، ولا يعدو أن يكون مشروع تعاقد فلا يولد أية رابطة عقدية. يعني ذلك أنّ العقد في تلك الحالة يكون بصدد فترة انتظار يظل العقد خلالها بلا مضمون قانوني مشوبا بمخاطر عدم التمام حتى تتم المصادقة عليه.

ثانيا: المذهب الثاني: مذهب الأستاذ "دي لوبادير"« *André de Laubadére* » الذي انتقد فيه مذهب الأستاذ « *Gaston. Jeze* » مستندا إلى أنّ ذلك سيؤدي إلى اعتبار المصادقة ركنا في العقد، ومقررا في نفس الوقت بأنّ الموقف المذكور يمكن قبوله في حالة واحدة فقط، وهي الحالة التي تكون فيها السلطة المختصة بالمصادقة على العقد ترتبط بالسلطة المختصة بإبرام العقد. وتظهر تجليات هذه الحالة في إبرام صفقات الدولة حيث تتطابق أعمال المصادقة مع أعمال توقيع الصفقة.

غير أنّ الموقف المذكور أعلاه لا يمكن في نظر الأستاذ« *A. Laubadére* » قبوله في الحالة التي تكون فيها المصادقة صادرة عن سلطة وصاية خارجة عن السلطة الإدارية التي أبرمت العقد. وتظهر هذه الحالة الثانية في مصادقة سلطة الوصاية على الأعمال الصادرة عن الجماعات المحلية. لأجل ذلك يفضل الأستاذ « *André de Laubadére* » اعتبار المصادقة شرطاً واقفاً، فلا يصبح العقد نافذا إلّا بالمصادقة عليه، ولكنه يوجد قانونا متى أبرمه ووقع عليه طرفاه.

يؤيد الاجتهاد القضائي هذا الموقف الجديد من خلال قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 17 جانفي 1951 جاء في أحد حيثياته: " فمن أجل معرفة التاريخ الذي تم فيه تحديد الأثمان، فإنّه يتعين البحث عن اللحظة التي أصبحت فيها الصفقة مبرمة على إثر قبول الإدارة للأثمان"..." وأنّه إذا كانت مصادقة سلطة الوصاية تعطي للعقد طابعا نهائيا، فإنّها لا يمكنها بأي حال من الأحوال أن تنقل تاريخ اتفاق الأطراف حول أثمان الصفقة إلى تاريخ حصول المصادقة".

نؤيد من جانبنا المسلك الذي اتخذه الأستاذ « *André de Laubadére* » والعمل القضائي الذي المؤيد له، الذي أبعد العقد عن دائرة الانعدام أو البطلان ليكون العقد قائما من الناحية القانونية، لكنه غير نافذ، أو بعبارة أخرى "معلقا على شرط واقف". في نفس المنحى أرى تفسير عبارة "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلّا إذا وافقت عليها السلطة المختصة،" المذكورة في المادة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247.

بالتالي نرى بضرورة اعادة صياغة المادة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 لاسيما المطة الرابعة وتصبح: "لاتصح الصفقات ولا تكون نهاية الا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة:.....

_ رئيس المجلس الشعبي البلدي، حسب الإجراءات المنصوص عليها في قانون البلدية."

المبحث الثاني: مظاهر الحماية المقررة بموجب المصادقة على مشاريع الصفقات العمومية

يمكن النظر إلى مظاهر الحماية التي توفرها المصادقة على مشاريع الصفقات العمومية من خلال مجموع الصلاحيات التي تحوزها الجهات المسؤولة عن المصادقة، فضلا عن الأثر المترتب على عملية التصديق بحد ذاتها.

المطلب الأول: الصلاحيات التي تحوزها الجهات المسؤولة عن المصادقة

تبرز أهمية توضيح صلاحيات الجهات المسؤولة عن المصادقة في تحديد مدى مسؤولية المُوقّع والموافق على الصفقة، علماً أنّ هذا الأخير يقع عليه ضمن أهداف الموافقة القيام بواجبات الرقابة على العمل بالحرص والعناية اللازمتين وإلّا أصبح شريكاً في تحمل تبعات الخطأ ما لم يثبت أنّ الضرر الناتج عن الخطأ كان لابد أن يقع حتى لو أدى واجب الرقابة بحرص وعناية.[8]

يقصد بإبرام العقد إقرار شروطه والتوقيع عليه، ويعني ذلك الموافقة على التعاقد، وأنّ لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تنتهي برفع توصياتها إلى الجهة الإدارية المخولة قانونا لإتمام إجراءات التعاقد، وتحدد من هو المتعهد الذي يجب التعاقد معه، وهنا يظهر دور الجهة الإدارية في إبرام العقد، ويتحدد هذا الدور في اختيارين:

الفرع الأول: التعاقد مع المتعهد الذي اختارته لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض:

يعتبر رأي لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ملزماً للإدارة إذا قررت إبرام الصفقة. فإذا رأت الجهة الإدارية المختصة بإبرام الصفقة أن تبرمها فإنّها تلتزم بإبرامها مع المتنافس الذي اقترحته اللجنة واختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيد. إلّا أنّه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية هي حق الإدارة في عدم إتمام الصفقة، والعدول عنها إذا ثبت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، أي أنّه رغم التزام الإدارة في حال تعاقدها باختيار من أفرزت نتائج التقييم نجاح عرضه فإنهّا من جهة أخرى ليست ملزمة بإبرام الصفقة. ولها أن تمتنع عن إتمام الصفقة إذا وجد لديها من الأسباب ما يبرر ذلك. ولا يمكن أن يطالب أي متعهد بتعويض إذا لم يقبل عرضه أو إذا لم يتم اعتماد طلب العروض نهائيا.[9]

الفرع الثاني: العدول عن التعاقد

يقابل مبدأ الاختصاص المقيد في اعتماد الإرساء، سلطة الإدارة التقديرية في عدم إتمام التعاقد والتراجع عنه،[10] وبهذا الصدد تنص المادة 73 من المرسوم الرئاسي 15-247: "عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، يمكن المصلحة المتعاقدة، أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية، إعلان إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية. ولا يمكن المتعهدين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيار عروضهم أو في حال إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية."

إلّا أنّ مصطلح الصالح العام له معنى واسع، وكان الأولى تحديد حالات الإلغاء الماسة بالصالح العام، ذلك أنّه يمكن أن يُتخذ كذريعة لإلغاء إجراءات طلب العروض دون وجه حق، ما يمس بالمبادئ العامة التي قام عليها تنظيم الصفقات العمومية برمته.

عليه يقترح أن يضبط هذا المفهوم بإدخال تفاصيل الحالات التي تستدعي إلغاء الإجراء، ويكون تحرير المادة على النحو التالي:[11]

"عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، يمكن المصلحة المتعاقدة، أثناء كل مراحل إبرام الصفقات العمومية. إعلان إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية، ولا يمكن المتعهدين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيار عروضهم أو في حال إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية.

يكون الإلغاء ممكناً، لاسيما إذا تغيرت الظروف الاقتصادية أو التقنية المتعلقة بالخدمات موضوع طلب العروض تغيرا جوهريا يجعل مواصلة الإجراء خسارة بينة للمصلحة المتعاقدة؛ أو إذا تسببت ظروف استثنائية في منع تنفيذ الصفقة تنفيذا عادياً، أو إذا تبين بصورة أكيدة أنّ الإجراء يشوبه عيب جسيم يجعله إجراء غير مطابق للنصوص التشريعية أو للمبادئ العامة المنصوص عليها في هذا المرسوم.

يجب أن ينشر مقرر الإلغاء المضي من قبل المصلحة المتعاقدة بنفس الشروط التي تم بها نشر الإعلان عن طلب العروض، ولا يجب أن يعتبر إلغاء طلب العروض مبررا للمرور إلى التراضي."

ومن جهتنا نرى أهمية حماية المركز القانوني للمتعهد حائز الصفقة بنفس درجة حماية السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في حق العدول عن الصفقة باعتبار المصلحة العامة، من باب حق التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب من جراء استعمال الإدارة لحقها في العدول عن التعاقد.

المطلب الثاني: الأثر المترتب على عملية التصديق

لا شك أنّ للموافقة على الصفقة العمومية أثاراً هامة على أطراف التعاقد هي: تبليغ حائز الصفقة، كتابة العقد، تقديم الضمانات.

الفرع الأول: تبليغ حائز الصفقة

بالنظر إلى ما يترتب على إبلاغ الموافقة على الصفقة، للمتعهد الحائز عليها، من نتائج قانونية في مقدمتها: بدء سريان مهلة التنفيذ، فقد نص تنظيم الصفقات ع.ت.م.ع على أنّه: "يجب على المصلحة المتعاقدة تبليغ الصفقة للمتعهد المقبول قبل انقضاء آجال صلاحية العروض."[12] وفي حال تنازل حائز صفقة عمومية قبل تبليغه الصفقة أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الصفقة، فإنّه يمكن للمصلحة المتعاقدة مواصلة تقييم العروض الباقية، بعد إلغاء المنح المؤقت للصفقة، مع مراعاة مبدأ حرية المنافسة ومتطلبات اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وأحكام المادة 99 من المرسوم الرئاسي 15-247.[13]

رغم أهمية إجراء التبليغ، لم يحظى هذا الإجراء بالتوضيح الكافي ضمن أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، لأنّه من المفيد تبيان أحكامه خاصة ما يتعلق ب: مكان التبليغ، الشخص الذي يمكن تبليغه، تبليغ الأشخاص المعنوية، تبليغ الأشخاص المقيمين بالخارج، آجال التبليغ،...الخ.

الفرع الثاني: كتابة عقد الصفقة

الأصل أنّه لا يشترط في العقد أن يكون مكتوباً إلّا إذا نص القانون على خلاف ذلك. غير أنّه غالباً ما تتضمن خطوات التعاقد وثائق مكتوبة، حتى ولو لم يفرغ العقد في النهاية في وثيقة مكتوبة. ويستند القضاء أحياناً إلى هذه الوثائق المتبادلة بين الإدارة والأفراد للقول بقيام الروابط التعاقدية.[14]

إلّا أنّ تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أكّد على مبدأ الكتابة في الصفقات العمومية، من خلال تعريفه لها بأنّها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات."[15]

بنفس النسق تؤكد المادة 03 من المرسوم الرئاسي 15-247 على: "تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع تنفيذ الخدمات." هذا كقاعدة عامة قد تطرأ عليها استثناءات.

نرى أنّ سر اشتراط الكتابة والتأكيد عليها في تنظيم الصفقات العمومية يعود لسببين اثنين هما:[16]

أولا: إنّ الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية لذا وجب وبالنظر لهذه الزاوية أن تكون مكتوبة.

ثانيا: إنّ الصفقات العمومية تتحمل أعباءها المالية الخزينة العمومية، فالمبالغ الضخمة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية لجهاز مركزي أو محلي أو مرفقي أو هيئة وطنية مستقلة، تتحملها جميعا الخزينة العمومية.

لذا وجب أن تكون الصفقات العمومية مكتوبة إلى جانب أنّها تتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة في العقود المدنية والتجارية.

الفرع الثالث: تقديم الضمانات

يجب على المصلحة المتعاقدة الحرص على إيجاد ضمانات تتيح لها أحسن الشروط لاختيار المعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة. وتحدد هذه الضمانات وكذا كيفيات استرجاعها، حسب الحالة، في دفاتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة، استنادا إلى الأحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها.[17] فإذا ألزم التنظيم المتعهدين بتقديم كفالة التعهد في مرحلة إيداع العروض، فقد ألزم حائز الصفقة بكفالة حسن التنفيذ، "وترد كفالة التعهد للحاصل على الصفقة العمومية بعد وضع كفالة حسن التنفيذ."[18]

تعد كفالة حسن التنفيذ ضمانا لجهة الإدارة يقيها الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها حين مباشرة التنفيذ، ولايكون هذا الضمان حقيقيا مالم يكن للمصلحة المتعاقدة حق مصادرته، أي اقتضاؤه مباشرة دون الحاجة لتدخل القضاء، سواء نص أو لم ينص دفتر الشروط على ذلك.[19]

بالنسبة لبعض صفقات الدراسات والخدمات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات، قبل دفع مستحقاتها، يعفى المتعامل المتعاقد من كفالة حسن تنفيذ الصفقة. وتكون صفقات الإشراف على انجاز الأشغال غير معنية بهذا الإعفاء.[20]

كذلك، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ، إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة (3) أشهر.[21]

يجب تأسيس كفالة حسن التنفيذ في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد. كما أنّه يجب أن تتم هذه الكفالة بنفس الشروط في حالة وجود ملحق.[22] أمّا إذا نصت الصفقة على أجل ضمان، تتحول كفالة حسن التنفيذ، عند التسليم المؤقت، إلى كفالة ضمان.[23]

هذه الكفالة تمكن من تحرير الاقتطاعات التي تمت من قبل الآمر بالصرف في إطار الضمان في انتظار التسليم النهائي لموضوع الصفقة، وتغطي عادة الفترة بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائي لموضوع الصفقة (ضمان العيوب الخفية).[24]

يعفى الحرفيون الفنيون والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية.

تحرر كفالة حسن التنفيذ حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية. وتسترجع كفالة الضمان، أو اقتطاعات الضمان المذكورة أعلاه، كليا، في مدة شهر واحد، ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة.[25]

كذلك نجد من بين الكفالات المنصوص عليها في تنظيم ص.ع.ت.م.ع كفالة رد التسبيقات، فقد نصت المادة 110 على: "لا تدفع التسبيقات إلّا في حالة الصفقات العمومية التي يفوق مبلغها الحدود المنصوص عليها في المادة 13 من هذا المرسوم، وإذا قدم المتعامل المتعاقد مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، بالنسبة للمتعهدين الجزائريين. ويجب أن تصدر كفالة المتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

وتحرر كفالة إرجاع التسبيقات حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية."

مجمل القول حول الضمانات، أنّها تشمل كل مرحلة من مراحل الصفقات العمومية التزامات تعاقدية خاصة بها، يتم ضمانها بكفالات يقدمها الطرف الثاني من العقد (سواء كان متعهدا أو متعاملا متعاقدا) تستصدر من الجهة المحددة بموجب التشريع والتنظيم ساري المفعول (بنك، صندوق ضمان الصفقات العمومية)،كما يمكن أن تتشكّل من اقتطاعات تقوم بها المصلحة المتعاقدة على حساب مستحقات المتعامل المتعاقد، وذلك في الحالات التي سمح بها التنظيم كتعويض عن الضمانات البنكية.[26]

خاتمة:

يجب استيفاء شرط المصادقة على مشاريع الصفقات العمومية لتصبح الصفقة قابلة للتنفيذ، رغم أنّ هناك من الفقه الإداري يرى أنّ العقد إذ لم يصادق عليه يأخذ حكم العدم فلا يولد رابطة عقدية، بينما يرى جانب آخر من الفقه بأنّ العقد في حال عدم التصديق عليه يكون في فترة انتظار يظل خلالها بلا مضمون قانوني مشوب بعدم إتمامه أو معلقا على شرط واقف وهو المصادقة عليه، فتكون الصفقة موجودة مع وقف التنفيذ. فالتصديق من الجهات التي

خولها التنظيم سلطة الموافقة على الصفقات العمومية يعزز بشكل فعال دور الرقابة الإدارية على مشروعية أو ملاءمة الأعمال القانونية التي تجريها المصالح المتعاقدة، فمن ناحية حماية المشروعية يمكن إلغاء أي منح مؤقت جاء نتيجة لاجراءات مشوبة بعدم المشروعية أثناء مرحلة تقييم العروض، أمّا من ناحية الملاءمة فيجوز وقف إجراءات منح الصفقة في أي وقت تبين فيه أنّ المصلحة العامة تقتضي ذلك.

بناء على ما سبق نقترح ما يلي:

- توضيح مدلول مصطلح "الموافقة" الوارد في المادة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 فيما يتعلق بصفقات البلدية، من خلال الاحالة إلى قانون البلدية، بحيث تكون موافقة رئيس المجلس الشعبي البلدي على الصفقة العمومية حسب الإجراءات المتبعة في مداولات المجالس المحلية المنتخبة.

- تحديد مسؤولية أعضاء لجنة فتح وتقييم العروض ومسؤول المصلحة المتعاقدة، لاسيما إذا علمنا أنّ أعضاءها ليست لهم سلطة القرار إنّما تقتصر مهمتهم برفع اقتراحات لمسؤول المصلحة المتعاقدة.

- ضبط حالات إلغاء إجراء المنح المؤقت من خلال تفسير معنى "الصالح العام"، نظرا لكون هذا المصطلح ذو معنى واسع قد يفتح باب التأويل في تفسير النصوص لأغراض غير مشروعة.

الهوامش:

[1] - دنيدني يحي، المالية العمومية، الطبعة الثانية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص.125.

[2] - سامال إسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2017، ص.98.

[3] - عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص.80.

[4] - عبد العالي سمير، الصفقات العمومية والتنمية، دار الأفاق المغربية، المغرب، 2010، ص.36.

[5] - المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50 لسنة 2015.

[6] - القانون 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 37 لسنة 2011.

[7] - محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2015، ص.ص.157.158.

[8] - خرشي النوي، الصفقات العمومية (دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص.22.

[9] – محمد باهي، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص.146.

[10] – سامال اسكندر محمد الباجلان، مرجع سابق، ص.98.

[11] – خرشي النوي، الصفقات العمومية (دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية)، مرجع سابق، ص.237.

[12] – المادة 99 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[13] – المادة 1/74 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[14] – ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016، ص.98.

[15] – المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[16] – محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب،2015، ص.112.

[17] – المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[18] – المادة 6/125 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[19] – ماجد راغب الحلو، مرجع سابق. ص.128.

[20] – المادة 2/130 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[21] – المادة 3/130 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[22] – المادة 5،6/130 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[23] – المادة 131 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[24] – بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص.86.

[25] – المادة 134 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[26] – خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.318.