الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط في القانون الجزائري

The legal nature of conditions books in Algerian law

* ط - د عماري بلال
جامعة محمد بوضياف المسيلة - الجزائر
bilal.amari@univ-msila.dz

أ.د ضريفي نادية أستاذة التعليم العالي
جامعة محمد بوضياف المسيلة - الجزائر
nadia.drifi@univ-msila.dz

عضو بمخبر الدراسات والبحوث في القانون

تاريخ الارسال: 2024/04/06	تاريخ القبول: 2024/06/21	تاريخ النشر: 2024/07/18

ملخص:

تتضمن هذه الدراسة تحديد الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط الذي أثار جدلا فقهيا وذلك بالوقوف على نوعية التصرفات القانونية والفئات التي ينتمي إليها، إذ اختلف على رأيين، يتعلق أولهما إلى اعتبار دفتر الشروط ذو طبيعة تنظيمية، أما الاتجاه الثاني فقد رأى أنه ذات طبيعة تعاقدية.

وانطلاقا لاعتبار دفتر الشروط تصرفا إداريا وقانونيا مركبا لاحتوائه على بنود تنظيمية تخضع للإرادة الانفرادية للإدارة التي تتولى إعدادها سلفا، وأخرى تعاقدية لكونها التقاء إرادتين وملزمة لطرفي العقد، فانه في حقيقته يكتسي أهمية علمية وعملية تترتب عنه آثار قانونية تجاه طرفي العقد، وكذا دوره كوسيلة إثبات أمام للقضاء.

الكلمات المفتاحية: دفتر الشروط، الصفقة العمومية، البنود التعاقدية والتنظيمية.

Abstract:

This study includes identifying the legal nature of the conditions books that caused jurisprudential controversy by identifying the quality of legal acts and the categories to which they belong, since they differ on two opinions, the first considers conditions books to be of an organizational nature. While the second opinion sees it as an administrative and legal conduct

based on the fact that conditions book is an administrative act and complex law that contains either regulatory clauses that are subject to the unilateral will of the Administration prepared in advance, or contractual clauses that are the

meeting point of two wills and mandatory on the two parties of the contract, it is a reality that its scientific and practical importance has legal effects on both parties of the contract as well as its means of evidence in courts.

Keywords: conditions book , public transaction, contractual and organizational clauses.

***المؤلف المرسل: عماري بلال**

مقدمة:

نظرا للأهمية التي تتميز بها عقود الصفقات العمومية لكونها الوسيلة المثلى لتنفيذ المخططات الاستراتيجية للدولة ولسياستها الاقتصادية قصد تحقيق التنمية في كافة المجالات، إضافة لتحقيق المصلحة العامة، خص المنظم الجزائري أحكاما خاصة لعقود الصفقات العمومية في القوانين والتنظيمات المتعلقة بها، كما ألزم المصالح المتعاقدة حين إبرام وتنفيذ صفقاتها على الاعتماد على دفاتر الشروط.

تتولى المصلحة المتعاقدة بمقتضى سلطتها وقبل الدعوة إلى المنافسة إعداد دفتر الشروط الخاص بالصفقة، بحيث تحدد بموجبه سائر شروط التعاقد ويمكن المتعاملين الاقتصاديين من تقديم طلباتهم للظفر بالصفقة، وبذلك تكتسي دفاتر الشروط أهمية بالغة باعتبارها عاملا أساسيا في تكوين العقد وأحد مظاهر تطبيق المنافسة وتكريس الشفافية، وتمثل أيضا آلية في يد الإدارة التي تجعلها في مركز تعاقدي ممتاز من خلال صياغة ووضع البنود مسبقا بإرادتها المنفردة، كما يبرز من خلاله فكرة الشروط الاستثنائية الغير مألوفة في نطاق قواعد القانون الخاص، وهي الخصائص التي تتسم بها العقود الإدارية، وبذلك فإن دفاتر الشروط هي ذات طبيعة قانونية مزدوجة تحتوي على بنود تنظيمية وأخرى تعاقدية، وهنا أثير التساؤل الواسع من الجانب الفقهي حول الطبيعة القانونية للشروط الواردة فيه.

لقد أثارت إشكالية الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط جدلا فقهيا بين كونه ذات طابع تنظيمي (لائحي)، خاضع للإرادة الانفرادية للإدارة على اعتبار صياغتها ووضعها للبنود مسبقا، وإما بكونه ذات طابع تعاقدي يجسد التقاء واتفاق إرادتين تكونان العقد الذي ينظم ويحدد حقوق والتزامات المتعاقدين.

فالهدف الأساسي لهده الدراسة هو تحديد القيمة القانونية لدفاتر الشروط واهم الآثار التي تترب عنه لكونه تصرفا قانونيا مركبا بالنسبة لطرفي العقد، سواء في مجالي الصفقات العمومية أو في مجال امتياز المرافق العامة الذي يتميز بخصوصية وطبيعة خاصة.

وعلى ضوء ما تقدم ذكره، يمكن طرح الإشكالية التالية:

هل تعتبر دفاتر الشروط عمل تنظيمي انفرادي داخلي للإدارة أم تعاقدي يخضع لاتفاق إرادتين؟

ومن هنا نطرح الإشكاليات الفرعية:

- ماهي القيمة القانونية لدفتر الشروط؟ وما هي الآثار التي يرتبها لطرفي العقد؟
- هل دفتر الشروط مجرد أحكام تنظيمية داخلية للإدارة؟
- هل تشكل البنود التعاقدية الواردة في دفاتر الشروط قيدا على الإدارة؟

ولمعالجة هذه التساؤلات ومحاولة الإجابة عليها، تم اعتماد المحاور التالية:

- المحور الأول: مفهوم دفاتر الشروط في النظام القانوني الجزائري.
- المحور الثاني: الآثار الملزمة لدفاتر الشروط.

المحور الأول: مفهوم دفاتر الشروط في النظام القانوني الجزائري.

قبل الدعوة إلى إبرام الصفقة العمومية، تقوم المصلحة المتعاقدة بإعداد دفاتر الشروط مسبقاً بإرادتها المنفردة بوصفها صاحبة سلطة عامة، بحيث تعتمد على إطاراتها وخبراتها الداخلية المختصة والمؤهلة بهدف الوصول إلى إعداد دفتر شروط يحقق الأهداف المرجوة.[1]

تحدد دفاتر الشروط المعدة مسبقا سائر شروط المشاركة في المنافسة بمختلف جوانبها وقواعد اختيار المتعامل المتعاقد، إضافة لكيفية التنقيط بالنسبة للعرضين التقني والمالي،[2] وبناءا على ذلك، تعتبر هذه الدفاتر من أهم الوثائق الإدارية التي تأسس عليها الصفقة، وعموماً، فإنها توضح جميع الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة العمومية،

وعليه، يمكن دراسة هذا المحور من خلال تعريف دفاتر الشروط (أولاً) ثم تحديد خصائصه (ثانياً) ثم التعرض لكيفيات إعداده (ثالثاً) كما يجب تحديد طبيعته القانونية (رابعاً).

أولاً: تعريف دفاتر الشروط

باستقراء النصوص القانونية والتنظيمية ومختلف الدراسات والأبحاث الخاصة بدفاتر الشروط في إطار الصفقات العمومية، سنحاول البحث والتعرض للتعاريف القانونية والفقهية والقضائية.

1- التعريف القانوني لدفاتر الشروط.

من خلال الاطلاع على التشريعات المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية، نجد أن المنظم الجزائري لم يعرف دفاتر الشروط تعريفاً جامعاً ومباشراً وواضحاً، غير أنه أكد على الطابع الانفرادي لإعدادها،[3] وكذا الإشارة إلى محتوى دفاتر الشروط من خلال نصه غلى أنواعه.

وباستقراء الأحكام والنصوص المتعلقة بدفاتر الشروط، يلاحظ أن محتواها يحين دوريا بما يتلاءم مع التطورات الاقتصادية الحاصلة، بالإضافة إلى كونها تبين الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، وهذا ما نصت عليه المادة 26 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247.[4]

كما نصت المادة 17 من قانون رقم 23 – 12،[5] المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية التي وردت في الفصل الرابع بعنوان "دفاتر الشروط"، من الباب الأول تحت عنوان أحكام عامة على ما يلي " تعد دفاتر الشروط قبل الشروع في إجراء للدعوة إلى المنافسة،" كما يجب أن تحتوي هذه الدفاتر جميع الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة العمومية، وتتضمن هذه الدفاتر على وجه الخصوص دفاتر البنود الإدارية العامة، ودفاتر التعليمات التقنية المشتركة، وكذا دفاتر التعليمات الخاصة.

ومن خلال ما تقدم، نلاحظ من خلال النصوص القانونية سابقة الذكر، بأن المنظم الجزائري لم يتعرض لتقديم تعريف لدفاتر الشروط بصفة مباشرة بل اكتفى بتوضيح وذكر الأحكام القانونية الخاصة لهذه الدفاتر.

2- التعريف الفقهي لدفاتر الشروط.

إن المطلع على الفقه الإداري الجزائري يجد عدة محاولات لتعريف دفاتر الشروط نذكر منها :

حسب تعريف الأستاذ شريف بن ناجي لدفاتر الشروط على كونها "عاملا أساسيا ومنشئ للصفقة العمومية، كما تعد معيار لتعريف الصفقات العمومية وللعقد في القانون الإداري".[6]

وفي ذات السياق، لم يتناول العميد أحمد محيو تعريفا واضحا لدفاتر الشروط، بل تطرق لطرح استنتاج قانوني مهم حول الطبيعة القانونية لها، بين كونها ذات طابع تعاقدي أو تنظيمي .

من خلال تحليل أحكام دفاتر الشروط النموذجية، اعتمد العميد "أحمد محيو" على تقديمه حججاً لكل من وجهتي النظر، فدعماً للطابع التنظيمي لدفاتر الشروط يمكن القول بأن المصلحة المتعاقدة هي التي تقوم بصفة انفرادية بإعداد هذه الدفاتر ولا تتناقش بشأنها في محتواها وأحكامها مع المتعهد أو المتعامل المتعاقد معها، كما تملك المصلحة المتعاقدة سلطة التعديل الانفرادي حتى بعد التوقيع على العقد، هذا من جهة.[7]

ومن جهة أخرى، ودعماً للطابع التعاقدي، فإن الإعداد الانفرادي المسبق لا يتعارض مع الطابع التعاقدي لدفاتر الشروط النموذجية، والتي تأخذ صيغة عقد الموافقة، وبذلك تصبح هذه العقود مستندة لقاعدة عقد شريعة المتعاقدين بمجرد إبرام الصفقة وذلك ما يشبه قواعد القانون الخاص، بحيث أن التعديلات الانفرادية المحفوظة للإدارة لا تتعارض مع الطابع التعاقدي للوثيقة.[8]

وحسب التعريف الذي خصه الأستاذ " عمار بوضياف" لدفاتر الشروط بأنها، " الوثيقة التي تحررها المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة والخاصة بالصفقة أو المشروع، بحيث تحدد بموجبها ومن خلالها جميع الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وكذا شروط المشاركة فيها، بالإضافة لطرق اختيار المتعاقد معها ".[9]

3- التعريف القضائي لدفاتر الشروط.

من أهم الأحكام القضائية التي صدرت عن مجلس الدولة بمناسبة النظر والفصل في دفاتر الشروط والتي أسند للفصل فيها على نص المادة 41 من دفتر البنود الإدارية العامة،

لسنة 1964،[10] نجد القرار الصادر في ملف القضية رقم 008072 التي تتضمن شكوى قدمت من طرف المدعو (ل،م)، ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية تنس.

ومن هنا، أشار مجلس الدولة في هذا القرار لرفض إلزام البلدية المستأنف عليها بدفع مبالغ الفاتورة رقم 03 الخاصة بالضمان والتعويض عن الضرر نتيجة للتأخر في هذا الدفع، ويرجع ذلك باعتبار الحساب العام والنهائي هو مستند إداري مصادق عليه من طرف مكتب الدراسات المعني بمتابعة الأشغال، وكما أكدت بإمكانية دفع مبلغ الفاتورة رقم 03 بغض النظر على ما اتفقت عليه في كل من الحساب النهائي والعام ،إذ أن هذا الأخير هو الحساب النهائي لتحديد مبلغ الدفع الإجمالي للصفقة العمومية، لكون الحساب العام والنهائي غير قابل للمساس به مادامت الشكوى اللاحقة غير مقبولة، وبذلك لا يملك المقاول حرية تقديم الشكاوي المتعلقة بالحساب الذي وقع عليه بمقتضى نص المادة 41 من دفتر البنود الإدارية العامة لسنة 1964.[11]

ثانياً: الخصائص المميزة لدفاتر الشروط.

تمتاز دفاتر الشروط بمجموعة من الخصائص والمميزات والتي نذكر منها ما يلي:

1- الصفة الانفرادية السابقة لصياغة دفاتر الشروط.

يتم إعداد دفاتر الشروط من طرف المصلحة المتعاقدة المختصة قبل إبرام الصفقة العمومية وذلك بصورة انفرادية، ويتم تبليغه لجميع المترشحين مطلعاً إياهم لكل شروط التعاقد دون الحاجة لاستشارة المتعاقد معها الراغب في التعاقد، بحيث يقتصر دور هذا الأخير على تحديد موقفه وإرادته مكتفياً بالقبول أو رفض العرض،[12] وذلك يدل أن للمصلحة المتعاقد مطلق الحرية في صياغة دفاتر الشروط.

ومن خلال ما سبق، فإن إعداد دفاتر الشروط تجسد مظهراً من مظاهر ممارسة امتيازات السلطة، وعند وضع المصلحة المتعاقدة لشروط ما في دفتر شروط معين لا يجوز للمتعامل المتعاقد التفاوض أو المناقشة بشأنها أو طلب تعديلها.[13]

2- الطابع الإلزامي لدفاتر الشروط للمصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد.

بالرغم من أن المصلحة المتعاقدة تملك سلطة الإعداد الانفرادي للدفاتر، إذ تحدد وتضع الشروط والأحكام التعاقدية بإرادتها المنفردة، إلا أنها لا تملك العدول عنه بعد موافقة

المتعامل المتعاقد على بنوده، وبذلك تلتزم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ تلك الشروط الواردة في دفاتر الشروط باعتبار ها لوائح تنظيمية، كما يتعين على المتعامل المتعاقد احترام وتنفيذ التزاماته المقررة في دفاتر الشروط وذلك بمجرد التوقيع على العقد.[14]

ومن خلال ما تقدم، فإن دفتر الشروط يشكل الإطار والمصدر القانوني والوثيقة التي تحكم الرابطة التعاقدية بحيث تحدد بموجبه حقوق والتزامات المتعاقد المالية والإدارية والتقنية بشكل دقيق ومفصل، وذلك على اعتبار أن دفاتر الشروط تشكل جزء لا يتجزأ من الصفقة العمومية.[15]

3- الأثر الفوري لدفاتر الشروط.

تلتزم المصلحة المتعاقدة بمضمون دفاتر الشروط وذلك بمجرد التأشير والمصادقة على بنوده، إذ لا يجوز لها المساس بالعلاقة التعاقدية بحيث تصبح خاضعة لقاعدة عقد شريعة المتعاقدين، فإن عدلت المصلحة المتعاقدة من مضمون دفتر الشروط بعد التعاقد، فإن الشروط والأحكام القديمة هي التي تحكم العلاقة التعاقدية دون الشروط والأحكام الجديدة التي لم يوافق عليها المتعامل المتعاقد.[16]

ثالثاً: إعداد دفاتر الشروط وإجراءات التأشير عليه.

تكتسي مرحلة إعداد دفتر الشروط أهمية بالغة باعتبارها المرحلة الأساسية للتعاقد، وهو الضابط والموجه لعملية إبرام الصفقة وعلى أساسه يقدم المتعهدين المترشحين طلباتهم العمومية للمنافسة والظفر بالصفقة، ولذلك فإن المصلحة المتعاقدة تختار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استناداً على معايير اختيار موضوعية، وعليه، سنتطرق إلى عملية إعداد دفتر الشروط ثم نقف على إجراءات التأشير عليه.

1- إعداد دفاتر الشروط.

تأخذ عملية إعداد دفاتر الشروط ثلاث مراحل رئيسية، تتعلق العملية الأولى بوضع المواصفات المطلوبة، بالإضافة لوضع الشروط العامة والخاصة المرتبطة بالصفقة، أما العملية الثالثة فتتمثل في وضع شروط ومعايير الانتقاء.

أ- وضع المواصفات المطلوبة.

تقوم المصلحة المتعاقدة بتحديد المواصفات في أول مرحلة من عملية الإعداد بحيث تختلف هذه العملية باختلاف الصفقة المراد إبرامها، فالصفقة الخاصة بالأشغال وجب تحديد ووصف طبيعة الأشغال المراد إنجازها وصفاً دقيقاً، فإن تعلق الأمر بالصفقة الخاصة بالتوريد فيتوجب تحديد مواصفات المنقولات المراد توريدها ،وينطبق الأمر نفسه على صفقات الدراسات، فيتوجب توضيح طبيعة الدراسات وشكلها ومواصفاتها وكذا الحال نفسه بالنسبة للخدمات، وبذلك تدرج المصلحة المتعاقدة تلك المواصفات في دفتر الشروط محل الصفقة، وبالتالي تعتبر وتشكل أساس تقييم عروض المتعهدين اللذين من واجبهم احترام كل المواصفات المعلن عنها تحت طائلة الإقصاء.[17]

وتستند صلاحية إقصاء العروض غير المطابقة لمضمون دفتر الشروط للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهذا ما أشارت إليه المادة 72 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15 – 247.[18]

كما ترتبط عملية تحديد المواصفات بعملية أخرى سابقة تتولى المصلحة المتعاقدة القيام بها، والتي تتعلق بعملية تحديد الحاجات العامة، والتي نص عليها المنظم الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة 16 من قانون رقم12/23،[19] الجديد والساري المفعول، والذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، على انه يستوجب على المصلحة المتعاقدة إعداد حاجاتها قبل عملية التعاقد من حيث طبيعتها ومداها بدقة، وذلك من خلال الاستناد إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد أساسا على نجاعة أو مقاييس يتعين بلوغها.

ب – وضع الشروط العامة والخاصة للصفقة.

في المرحلة الثانية، تعمل المصلحة المتعاقدة عند إعداد دفاتر الشروط على وضع الشروط العامة والخاصة للصفقة العمومية، وتقوم هذه العملية على أعمال إدارية وفنية وأخرى تقنية ويمكن تقسيمها كالآتي:

ب1- وضع الشروط الخاصة.

يتعين على المصلحة المتعاقد عند إعداد دفاتر الشروط في المرحلة الثانية، تجهيز النماذج والوثائق التي يتوجب على الراغب في المشاركة ملأها والتوقيع عليها، والتي تشمل التصريح بالاكتتاب والنزاهة وكذا رسالة التعهد، إذ يقوم الوزير المكلف بالمالية بعملية تحديد هذه النماذج بموجب قرار، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.[20]

وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 219/21،[21] المتضمن دفتر البنود الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال الجديد، والذي جاء بأحكام متميزة ومختلفة عن سابقه القرار الوزاري المؤرخ في 1964/11/21،[22] بحيث يتضمن هذا الدفتر أحكاماً مختلفة مرتبطة بآليات الإبرام ومجال تطبيقه، وكذا المتدخلون في الصفقة، كما حدد شروط المشاركة والوثائق المطلوبة مع الأحكام المتعلقة بالرقابة وتنفيذ الصفقة.

كما حدد المرسوم التنفيذي لسنة 2021، الشروط المتعلقة بالأحكام التعاقدية للصفقة العمومية، والتي تتعلق بوضع وصف للأشغال وبيان لكيفية المشاركة في عملية موضوع دفتر الشروط محل الإعداد.

وزيادة عن ذلك، فقد ألزم المنظم الجزائري المصلحة المتعاقدة، أثناء مباشرة إعداد دفاتر الشروط، تحضير الوثائق الخاصة بالاستشارة والتي تكون تحت تصرف المتعهدين، كما يجب أن تتضمن سائر المعلومات الضرورية والأساسية التي تمكنهم من تقديم تعهدات مقبولة، وذلك وفقا لنص المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.[23]

ب2- وضع الشروط العامة.

تعتمد المصلحة المتعاقدة في تحديدها للشروط العامة للصفقة موضوع دفتر الشروط على أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15،[24] المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، وكذا قانون رقم 12/23،[25] المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية الجديد، كما تستند على المرسوم التنفيذي رقم 219/21،[26] المتضمن دفتر البنود الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال.

وبالاطلاع على مختلف النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية، نجد أن المنظم حدد الأحكام والشروط العامة للصفقة التي تندرج في دفتر الشروط، منها البنود

المرتبطة بكيفية دفع المقابل المالي وشروطه،[27] وكذا البنود المتعلقة بالتسبيق على التمويل وكيفياته،[28] بالإضافة لطرق استعادة واسترداد هذه التسبيقات وكيفية خصمها،[29] والبنود المتعلقة بتحديد مبالغ كفالة حسن التنفيذ ونسب حسابها،[30] والعقوبات المالية التي تفرض على المتعاقد نتيجة عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية سواء على التأخير أو التنفيذ غير المطابق لهذه الالتزامات، وذلك بتحديد كيفيات حسابها وشروط تطبيقها.[31]

كما تقوم المصلحة المتعاقدة بوضع الشروط التي تتعلق بالفسخ والتي نصت عليها المواد من 90 إلى 93 من قانون رقم 12/23،[32] التي بينت كيفية وحالات الفسخ، وذلك إذا ثبت أن المتعامل المتعاقد لم ينفذ التزاماته التعاقدية، يوجه له اعذرا كتابي من طرف المصلحة المتعاقدة للوفاء بالتزاماته، وفي حال لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الآجال المحددة في الإعذار، يمكن أن تقوم المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد.

ومن الأحكام العامة التي تضعها المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط عند إعداده هي حالات وشروط خاصة بالقوة القاهرة، والتي خصها المنظم بأهمية بالغة في المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المتضمن دفتر البنود الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال، وذلك وفقا لنص المادة 110.

ج- وضع الشروط المتعلقة بمعايير الانتقاء.

نصت المادة رقم 53 من قانون رقم 12/23، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية على " يجب أن تسند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية إلى عدة معايير أو معيار أحسن علاقة جودة/سعر...يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية ومذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة... ".[33]

ويفهم من هذا النص أنه يتعين على المصلحة المتعاقدة ،عند إعداد دفتر الشروط موضوع الصفقة، أن تعمل على إدراج المعايير والأسس الفنية والمالية، التي من خلالها يتم اختيار المتعاقد، ويجب أن تكون هذه المعايير موضوعية غير تمييزية ولا تفضيلية بين المتنافسين، كما يجب أن تدرج هذه المعايير إجبارياً في دفتر الشروط وتقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بانتقاء العروض المطروحة أمامها، بحيث تكلف بفتح الأظرفة وتحليل العروض وبدائل الأسعار الاختيارية،[34] كما توكل لها مهمة إقصاء الترشيحات والعروض غير

المطابقة لمضمون دفتر الشروط المعد مسبقا من المصلحة المتعاقدة أو لمضمون الصفقة، كما تقوم بتحليل العروض المتبقية في مرحلتين بعد القيام بعملية الإقصاء استنادا على المعايير المدرجة في دفتر الشروط، بحيث تتعلق المرحلة الأولى بترتيب العروض من الناحية التقنية، مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا المحددة في دفتر الشروط الخاص بالصفقة، أما في المرحلة الثانية فتقوم هذه اللجنة بدراسة العروض من الناحية المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنياً.[35]

وزيادة عن ذلك، فقد حدد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مجموعة من الشروط والمعايير والزم المصلحة المتعاقدة بمراعاتها عند اختيار المتعامل المتعاقد الراغب في التعاقد، وذلك طبقاً لنص المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15،[36] حيث تستند المصلحة المتعاقدة في اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية لعدة معايير، أو بالاستناد لمعيار السعر فقط.

1- إجراءات التأشير على دفاتر الشروط.

بعد إعداد المصلحة المتعاقدة لدفتر الشروط موضوع الصفقة في مرحلة أولية، يتم إيداع مشروع دفتر الشروط المرفق بتقرير تقديمي ومقرر تسجيل العملية، مع نسخة من الإعلان المحرر باللغة العربية والأجنبية لدى لجنة الصفقات المختصة لمراقبة والتأشير على دفتر الشروط، وبعد المصادقة عليه والحصول على مقرر منح التأشيرة من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة، يتم إرسال الإعلان للإشهار عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار، بحيث هذه الأخيرة تصدر الإعلان في الصحف والجرائد الوطنية والمحلية المكتوبة منها والالكترونية المعتمدة والنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي،[37] طبقاً لنص المادة 46 من قانون رقم 12/23، المحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

وبعد نشر الإعلان وصدوره حسب الكيفيات المذكورة أعلاه، تتولى المصلحة المتعاقدة منح دفتر الشروط حسب مدة تحضير العروض الواردة في دفتر الشروط والإعلان، وبذلك يقوم المترشح أو المتعهد بسحب نسخة من دفتر الشروط موضوع الصفقة ثم تليها مرحلة إيداع العروض وفق موضوع دفتر الشروط المؤشر عليه، وبعدها تأتي مرحلة فتح الأظرفة وتقييم العروض للمترشحين الراغبين في التعاقد وتتولى ذلك لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تكريساً للرقابة الداخلية، إذ يتم انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.[38]

رابعاً: الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط.

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط فيما إذا كانت الشروط والبنود التي تحتويها ذات الطابع التعاقدي أو ذات الطابع التنظيمي لائحي لها نفس الآثار التي ترتبها القوانين.

1- دفاتر الشروط ذات طبيعة تنظيمية (لائحية).

ترد الشروط العامة التي تتضمنها دفاتر الشروط والمتعلقة بإبرام العقد في الأصل في القوانين واللوائح المنظمة للمناقصات والمزايدات، والتي تبين كيفية التعاقد وإجراءاته، وتمثل بذلك بنوداً تنظيمية (لائحية) باعتبارها قراراً صادرا من الوزير، بحيث توضح لرجال الإدارة كيفية إبرام العقد، وعليه، فإن معظم ما يرد في دفاتر الشروط العامة بهذا الخصوص هو من قبيل الأوامر والإجراءات الداخلية للإدارة.[39]

وبناءا على ما تقدم، فإن دفاتر الشروط أخذت الطابع النموذجي في مجال الصفقات العمومية باعتبارها عمل قانوني تصدره المصلحة المتعاقدة ومنشئ لأهم أنواع العقود الإدارية، إذ يأخذ شكل نموذج يتضمن مجموعة من البنود ويتولى المتعامل المتعاقد الإطلاع عليه والقيام بتدوين البيانات وكذا المعلومات اللازمة،[40] وبذلك لا يكون لدفتر الشروط أي قيمة قانونية سابقة على العقد وبالتالي يعتبر نموذج تقني غير ملزم ولا تلزم المتعامل المتعاقد إلا بعد توقيعه على العقد، أما بالنسبة للإدارة، فإن تلك الشروط ملزمة بمعنى أنه يتعين عليها احترامها عند التعاقد باعتبارها ذات طبيعة تنظيمية لائحية.[41]

ويرى العميد " أحمد محيو " من خلال تحليله لأحكام دفاتر الشروط النموذجية استنتاجاً ما إذا كانت الإدارة تستطيع تعديل بنود دفاتر الشروط أم لا، بحيث قدم حججاً دعماً للطابع التنظيمي لدفاتر الشروط التي تمكن من القول بأن المصلحة المتعاقدة هي التي تقوم بصفة انفرادية بإعداد هذه الدفاتر ولا تتناقش بشأن محتواها وأحكامها مع المتعامل المتعاقد الراغب في التعاقد، إذ أن بعض البنود يمكن تعديلها بصفة انفرادية حتى بعد التوقيع على العقد، ودعماً للطابع التعاقدي، فإن الإعداد الانفرادي لا يسيء للطابع التعاقدي لدفتر الشروط النموذجي وبذلك يأخذ صيغة عقد الموافقة، وإن التعديلات الانفرادية للإدارة لا تتعارض مع الطابق التعاقدي للصك.[42]

وفي هذا السياق، قضى مجلس الدولة الفرنسي سنة 1982 في أحد الشكاوي بتجاوز السلطة الموجهة ضد دفتر الشروط الإداري المطبق على صفقات الخدمات الفكرية، حيث اقر بأن هذه الوثائق هي أعمال قابلة للطعن، واعتبرها بمثابة قرارات يمكن التحقيق فيها و ليست مجرد تدابير داخلية ليس لها أية قوة قانونية تجاه الغير.[43]

2- دفاتر الشروط ذات الطبيعة التعاقدية.

يرى جانب من الفقه أن دفاتر الشروط ذات طبيعة تعاقدية، وحجتهم في ذلك أن جميع الشروط والمواصفات التي تتضمنها هذه الدفاتر هي شروط تعاقدية تخضع لمبدأ شريعة المتعاقدين، وبذلك تصبح هذه الشروط والمواصفات جزء لا يتجزأ من العقد، تعبيراً عن توافق إرادة مصلحة المتعاقد والمتعاقد معها، وتكون ملزمة للمتعامل المتعاقد بمجرد توقيعه على العقد.[44]

وهذا ما ذهب إليه الأستاذ عمار عوابدي في طرحه، حيث اعتبر أن دفاتر الشروط ذو طابع تعاقدي وليس تنظيمي لأنه سيصبح عقد شريعة المتعاقدين بمجرد إبرام العقد،[45] وعليه فإنه وبالرغم من صياغة ووضع الشروط والأحكام والمواصفات للعقد بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة، إلا أنه لا يجوز لها تعديل هذه الشروط إذا وافق عليها المتعامل المتعاقد إلا في حدود الصلاحيات المقررة وقبل طرح العملية للمناقصة.[46]

ومن خلال استقراء أحكام ونصوص تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن المنظم الجزائري حدد البنود والأحكام ذات الصيغة التعاقدية والتي يتم وفقها تنفيذ الصفقة في الفصل الرابع بعنوان "أحكام تطبق على الصفقات العمومية"، ومن ضمن هذه الأحكام بيانات إلزامية وأخرى تكميلية توجب أن تشير لها كل صفقة عمومية وكذا بنود متعلقة بالأسعار وطرق وكيفيات الدفع،[47] وذلك ما أشارت إليه المواد من المادة 95 إلى المادة 123 من المرسوم.

وعلى خلاف ما سبق، فإنه لا يؤخذ هذا التكييف على إطلاقه لكافة العقود المبرمة من طرف الإدارة، لأن هناك بعض العقود الإدارية ومن بينها عقد الامتياز الذي يتسم بالطابع المركب، إذ يتم التكييف على أساس التمييز بين الشروط اللائحية والشروط التعاقدية.[48]

تمثل أحكام دفاتر الشروط الخاصة بامتياز المرافق العامة إطارا قانونيا منظما ومنبعا أساسيا لشروط الامتياز، وهو جزء لا يتجزأ من عقد الامتياز، ويكون الالتزام بموجب هذه الدفاتر الذي تحدد فيه الإدارة مانحة الامتياز سائر الشروط والأحكام المتعلقة بتسيير المرفق وضمان أداء الخدمة، إذ يتوجب على صاحب الامتياز التقيد بها، ومنه فإن دفاتر الشروط الخاصة بامتياز المرافق العامة تتضمن نوعين من البنود:

1- البنود التنظيمية

هي تلك الشروط التي تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة، والمتعلقة بسير المرفق العام، وهي أحكام غير خاضعة لمبدأ التعاقد والتفاوض بل تخضع لإرادة الإدارة وحدها، كما تمتلك الإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة في أي وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، فالشروط التنظيمية تدخل في صميم سلطة الإدارة في تنظيم المرافق العامة، وتبقى مسؤولة عن المرفق العام اتجاه المنتفعين، وتشمل هذه الأحكام شروط استغلال وتسيير المرفق العام، والتسعيرة أو وضعية العمال والمستخدمين.[49]

2- البنود التعاقدية.

وهي الأحكام التي لها طابع تعاقدي، والتي تعبر عن توافق إرادة الإدارة المانحة للامتياز مع صاحب الامتياز، خاصة تلك المتعلقة بالحقوق المالية،[50] وتحكمها قاعدة شريعة المتعاقدين، ولا يمكن تعديلها إلا بموافقة الطرفين،[51] وبذلك فإن الأحكام التعاقدية قابلة للتفاوض والتغيير حسب طبيعة الامتياز وأهميته، ومن أهم الأحكام التي تكتسي الطابع التعاقدي، حق تحصيل الإتاوات، ومدة الامتياز وكيفية استرداده وتصفيته عند نهاية المدة، وكذا شروط التحكيم وشرط التوازن المالي للعقد.[52]

المحور الثاني: الآثار الملزمة لدفاتر الشروط.

بعد ما تطرقنا في المحور الأول من هذه الدراسة إلى مفهوم دفاتر الشروط وكيفيات إعداده وتحديد طبيعته القانونية، نحاول في المحور الثاني الوقوف على أهم الآثار القانونية التي يرتبها دفتر الشروط باعتباره عمل قانوني مركب، سواء بالنسبة للإدارة (أولا) أو بالنسبة للمتعامل المتعاقد (ثانيا)، وكذا دوره كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري (ثالثا).

أولا: أثر الطابع الملزم لدفاتر الشروط على الإدارة.

يشكل دفتر الشروط الإدارية العامة الإطار العام للشروط الإدارية والمالية الخاصة بالتعاقد، إذ تنطبق هذه الشروط على جميع العقود التي تبرمها الإدارة في مجال الصفقات العمومية، وهي بذلك بمثابة عقد نموذجي يصدر عن طريق قرار إداري،[53] وفق السلطات والامتيازات المقررة للسلطة العامة.

وباعتبار أن المصلحة المتعاقدة المعنية هي من تملك سلطة إعداد دفتر الشروط بإرادتها المنفردة، فإن هذه الوثيقة المنشأة لأهم العقود الإدارية تبدأ في الظهور تنظيميا بعد الحصول على رخصة البرنامج، ويجسد دفتر الشروط فكرة علوية الإدارة وجعلها في مركز متفوق مع المتعاقد معها وممارستها لامتيازات السلطة العامة، كما يبرز من خلاله فكرة البنود والشروط الاستثنائية الغير مألوفة في عقود القانون الخاص التي تتميز بها العقود الإدارية.[54]

إن الدراسة التحليلية للشروط العامة التي تتضمنها دفاتر الشروط والمتعلقة بإبرام وتنفيذ الصفقة حسب الفقه الإداري تأخذ جانبين، هذا التكييف يتم على وجه الخصوص على أساس التمييز التالي:

1-الشروط التي تتعلق بإبرام العقد.

وهي الشروط التي توضح لرجال الإدارة كيفية إبرام العقد، وتعد هذه الشروط ذات طبيعة لائحية (تنظيمية)، باعتبارها قرار صادراً من الوزير، وتستند في الأصل إلى القرارات واللوائح المنظمة للمناقصات والمزايدات العامة، وعليه فإن ما يرد بهذا الخصوص في دفاتر الشروط هو من قبيل الأوامر والإجراءات الداخلية التي لا يترتب على مخالفتها بطلان التعاقد،[55] وبذلك فان هذه النماذج لا تكتسب أي قوة إلزامية أو قانونية تجاه المتعامل المتعاقد.

2-الشروط التي تتعلق بتنفيذ العقد.

وهي مجرد نماذج لا تلزم المتعامل المتعاقد، وليست لها أية قيمة قانونية إلا بعد موافقة المتعامل المتعاقد على الشروط وتوقيعه على العقد، يشار فيه إلى دفتر الشروط العامة، وبذلك تندمج البنود المتعلقة بتنفيذ الصفقة وتصبح جزء لا يتجزأ من العقد، ومنها

تكون هذه البنود ذات طبيعة تعاقدية، أما بالنسبة إلى الإدارة، فإن تلك الشروط ملزمة لها، إذ يتعين عليها احترامها عند التعاقد باعتبارها ذات طبيعة لائحية ولا تملك حق تعديل تلك الشروط إلا في الحدود المسموح بها، وعليه فإن تلك الشروط وبالرغم أنها ملزمة للإدارة باحترامها، إلا أنها لا تلزم المتعاقد إلا إذا أشير لدفتر الشروط العامة الذي يتضمنها في العقد صراحة، فإن أهملت الإدارة ذلك، فإنها لا تملك التمسك بتلك الشروط في مواجهة المتعاقد بعد ذلك.[56]

أما بالنسبة لدفتر الشروط في مجال عقود امتياز المرافق العامة، فنجد انه يحتوي على بنود تنظيمية وأخرى تعاقدية، وهذا ما أكده نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، بحيث جاء فيها، "يتضمن دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام البنود التنظيمية والبنود التعاقدية...،"[57] ومن خلال الاطلاع على النصوص القانونية لهذا المرسوم، يلاحظ تغليب الطابع التنظيمي على أحكامه، مثل نصه على الرقابة، الفسخ ...الخ.

صفوة القول أن دفتر الشروط الخاص بامتياز المرافق العامة له طابع مركب، ويظهر ذلك من خلال احتوائه على بنود تنظيمية وأخرى تعاقدية مع طغيان البنود التنظيمية، وهذا يشكل نوع من الأفضلية للطابع التنظيمي على حساب الطابع التعاقدي للامتياز، فدفتر الشروط هو الوثيقة الأهم بالنسبة لعقد الامتياز بالإضافة للاتفاقية، بحيث تعطي من خلالها صلاحيات واسعة للإدارة وتقلص إلى حد كبير صلاحيات وسلطات صاحب الامتياز.[58]

ومن خلال ما سبق، يتضح لنا أن دفتر الشروط واتفاقية الامتياز تعطي من الناحية القانونية صلاحيات وسلطات واسعة للإدارة، وتقلص بذلك صلاحيات صاحب الامتياز إلى حد كبير، ويرجع ذلك أساسا لخصوصية المرفق العام ولسبيل تحقيق الغاية المتوخاة وهي المصلحة العامة،[59] مستعملة بذلك امتيازات السلطة العامة، فالإدارة بوصفها سلطة عامة تضمن عقودها باستمرار شروط استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، وبذلك تحتفظ لنفسها بممارسة الحقوق والامتيازات، ومن مظاهر تلك السلطات، الحق في تعديل الشروط التنظيمية وسلطة التدخل والإشراف، وكذا سلطة توقيع الجزاءات، بالإضافة إلى سلطة الفسخ، وبذلك فإن سلطات الإدارة الغير مألوفة في قواعد القانون الخاص تظهر

وتأخذ شكل البنود التنظيمية المرتبطة بتسيير المرفق،[60] و كما سبقت الإشارة إليه، فإن الإدارة تتمتع بسلطات واسعة من خلال عقد الامتياز، بحيث تتولى دفاتر الشروط ونصوص العقد تفصيل سلطات الإدارة، ولكن من المسلم به أن تلك الشروط والنصوص كاشفة ومنظمة وليست منشئة، ونشير بخصوص هذه السلطات والحقوق أن الإدارة تتمتع بها حتى ولو لم ينص عليها العقد أو دفاتر الشروط لتعلقها بالنظام العام، مما يجعل تلك المظاهر حقا أصيلا وثابتا للإدارة، وتستمد ذلك من طبيعة العقد ذاته واتصاله بالمرفق العام،[61] ومن جانب آخر، تجدر الإشارة أن الإدارة تتمتع بسلطات واسعة في عقد الأشغال العامة في مجال الصفقات العمومية.

وما يمكن أن نضيفه بخصوص حقوق السلطة المانحة للامتياز، وذلك بالتطرق إلى ما جاء في نص التعليمة رقم.842/3.94،[62] المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها والتي تعرضت إلى محتوى علاقة دفتر الشروط بسلطات الإدارة والتي تعتبر غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، يتأكد ذلك بصورة واضحة وصريحة عند مراجعة ما نصت عليه التعليمة في صفحتها السادسة، وتحت عنوان آثار الامتياز، حيث تشمل حق الرقابة على إنشاء وإعداد المرفق العام وسيره، وتمارس الإدارة هذا الحق سواء بنفسها تطبيقا لمبدأ التنفيذ المباشر أو عن طريق استصدار حكم قضائي،[63] بالإضافة لحقها في تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقد دون إرادة صاحب الامتياز، وذلك بقصد ضمان أداء وتقديم المرفق العام خدماته على أحسن وجه الذي وجب أن يتكيف مع الظروف دائما،[64] وكذا الحق في استرداد المرفق قبل نهاية المدة، إذا تبين للإدارة أن طريقة الامتياز لم تعد مناسبة لتسيير المرفق العام،[65] كما تستمد هذه الحقوق مع طبيعة المرفق العام ولا يجوز للإدارة التنازل عليها كليا أو جزئيا، ويتولى دفتر الشروط تنظيمها وتحديد مجال إعمالها، ونشير إلى أن الإدارة تتمتع بهذه الحقوق حتى ولو لم ينص عليها العقد أو دفتر الشروط.[66]

ثانيا: أثر الطابع الملزم لدفاتر الشروط على المتعامل المتعاقد.

انطلاقا من الشروط التعاقدية الواردة في دفتر الشروط التي تمثل الجانب التعاقدي الحقيقي للعقد وتخضع لقاعدة شريعة المتعاقدين باعتبارها عمل قانوني ناجم عن توافق والتقاء إرادتين، بحيث أن الإدارة والمتعاقد معها يقبلان الالتزام بما يفرضه العقد من التزامات وهذا هو جوهر الرابطة التعاقدية،[67] ولذلك فإن العقد ينشئ في أهم شقيه مركزا

تعاقديا للمتعامل المتعاقد الذي يتضمن تخويله ضمانات قانونية تكفل له حقوقه لا سيما المالية منها بهدف تمكينه من الاستمرار في الوفاء بالتزاماته ولضمان حسن تنفيذ الصفقة،[68] وتعتبر هذه الحقوق بمثابة آلية في مواجهة السلطات والامتيازات المعترف بها للإدارة حتى لا تؤدي إلى عزوف الأشخاص عن التعاقد معها، وعليه فإن دفتر الشروط يعتبر بالنسبة للمتعاقد بمثابة عقد.

فالمتعامل المتعاقد هو الطرف الذي يلتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وفقا للأحكام المنصوص عليها في دفتر الشروط ونصوص العقد مقابل ضمان حقوقه التي تأخذ في مجملها طبيعة واحدة وهي الحقوق المالية، وبذلك يتمكن من حقه في اقتضاء المقابل المالي وكذا الحق في ضمان التوازن المالي للعقد، وحقه في اقتضاء بعض التعويضات.

1- حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء المقابل المالي.

من حق المتعامل المتعاقد أن يتقاضى مقابلا ماليا، باعتباره يسعى من خلال تعاقده لتحقيق الربح، ويأخذ المقابل المالي صورا عديدة حسب طبيعة كل عقد، ففي عقود الأشغال العمومية يكون ثمن الأشغال التي تم إنجازها، وثمن للبضائع والسلع التي تم توريدها في عقود التوريد، أو رسوم يتقاضاها المتعاقد من المنتفعين كما هو الحال في عقود الامتياز.[69]

ويتم دفع المقابل المالي في عقود الصفقات العمومية، إما بدفع التسبيقات، أو نظام الدفع على الحساب، وكذا نظام التسوية على رصيد الحساب، وذلك طبقا للمواد 67، 68، 69 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219،[70] المتضمن دفتر البنود الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال.

ويعد المقابل المالي في مجال الصفقات العمومية من قبيل الشروط التعاقدية، والتي لا يجوز ان تتناولها سلطة الإدارة بالتعديل، على خلاف الشروط المتعلقة بتحديد الرسم في مجال عقود الامتياز التي تعتبر من قبيل الشروط التنظيمية (اللائحية)، وعليه، فإن هذا المقابل يسمى "رسما" تمييزاً له عن الثمن، وبالتالي يجوز للإدارة أن تعدل هذه الشروط بإرادتها المنفردة دون الحاجة لموافقة صاحب الامتياز .[71]

ومن خلال ما تقدم، فإن دفتر الشروط يعتبر الوثيقة التعاقدية والوسيلة القانونية التي تحدد من خلالها وبموجبها كيفية اقتضاء المتعاقد حقه في المقابل المالي الذي يعرف بالسعر، وذلك بتحديد شروطه وكيفياته، وإلى جانب ذلك، تنص القوانين والتنظيمات الخاصة بالصفقات العمومية على الإطار القانوني العام الذي يحكم السعر.

2-حق المتعامل المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد.

للمتعامل المتعاقد الحق في ضمان التوازن المالي للعقد، وذلك عندما يترتب أثناء تنفيذ العقد أحداث وظروف من شأنها إرهاق المتعامل المتعاقد والتأثير على مركزه المالي، سواء بفعل الإدارة، خاصة عندما تمارس حقها في التعديل الانفرادي للعقد، أو لسبب خارج عن إرادة الطرفين المتعاقدين والذي لم يكن متوقع عند إبرام العقد ويؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد بدرجة مرهقة، كما تعمل الإدارة في هذه الحالة على التدخل ومساعدة المتعاقد في تحمل أعبائه الجديدة،[72] وذلك بضمان التوازن المالي للعقد بتعويضه عن الخسائر الناجمة عن هذه الظروف والأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدي، وتتجسد تطبيقات حالات التعويض التي جرى القضاء الإداري على التسليم بها دون خطأ من جانب الإدارة في نظريات عمل الأسير، والظروف الطارئة، والصعوبات المادية غير المتوقعة التي يواجهها المتعاقد في التنفيذ.[73]

وبالاطلاع على المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المتضمن دفتر البنود الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال، نجد أن المنظم الجزائري قد نص على حق المتعامل المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد من خلال نص المادة 116 من هذا المرسوم، بحيث جاء في نص المادة، "...إيجاد توازن للأعباء الواقعة على عاتق كل طرف..."[74].

كما سعى المنظم للحفاظ على هذا الحق، من خلال نصه على مراجعة وتحيين الأسعار قصد مراعاة التقلبات الاقتصادية الحاصلة وتغطية زيادة تكاليف التنفيذ، وذلك طبقا لنص المواد، 18، 19، 20،[75] من المرسوم التنفيذي لسنة 2021، التي أوضح فيها الحالات وأضاف الأخطار التي تواجه إنجاز وتنفيذ الصفقة العمومية للأشغال الموصوفة بالحالات الطارئة والاستثنائية غير المتوقعة الخارجة عن إرادة الطرفين، مما يضفي على العمل التعاقدي المشترك الطابع الاحتمالي، ومنها أيضا التبعات التقنية غير المتوقعة، وحالة عدم التوقع، إضافة إلى حالة القوة القاهرة، وذلك طبقا للمواد 106 ،107، 108، 109،

110،[76] من المرسوم التنفيذي، وبذلك يعتبر دفتر البنود الإدارية العامة وسيلة قانونية اعتمدها المنظم الجزائري لتطبيق فكرة التوازن المالي للعقد.

ثالثا: دفتر الشروط كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري.

يمثل دفتر الشروط الجانب الشكلي المهم والوثيقة الأساسية والجوهرية، إذ يمكن من خلاله ممارسة رقابة حقيقية وموضوعية على جميع مراحل إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية، ويتجلى ذلك عند الاطلاع ومراجعة محتوى دفتر الشروط من طرف القاضي الإداري، الذي يستند إليه للفصل في النزاع القائم، باعتبار أن دفتر الشروط هو المرجع والإطار العام للصفقة العمومية، ولما كانت هذه الأخيرة عقود مكتوبة تبرمها المصلحة المتعاقدة حسب المادة 02 من قانون رقم 12/23،[77] المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري، وبذلك يعد دفتر الشروط بمثابة وسيلة ودليل إثبات أمام القضاء الإداري ويعتبر من أهم إجراءات وآليات الوقاية من الفساد بقصد الحفاظ على المال العام وإضفاء قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة.

أولى المنظم الجزائري بمناسبة إصداره لقانون رقم 01/06، المؤرخ في 20 فبراير 2006 المعدل والمتمم، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته أهمية بالغة وخاصة لعملية الإعداد المسبق لدفاتر الشروط، إذ يعد من التدابير الوقائية من جرائم الفساد، وذلك طبقا لنص المادة 09 فقرة 02، بحيث نصت المادة "...يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية، ويجب أن تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء..." .[78]

من خلال هذه المادة، يتضح أن المشرع العقابي شدد في التذكير بأهم المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية،[79] بوجوب مراعاة وتطبيق قواعد المنافسة والشفافية عند إعداد دفتر الشروط، وذلك في إطار سعيه لدعم التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد وتعزيز النزاهة والشفافية بهدف تحقيق المصلحة العامة والمحافظة على المال العام، كما جرم المشرع مخالفة القواعد المتعلقة بالمنافسة والشفافية لاسيما الإعداد المسبق لدفتر الشروط من طرف الموظف المشرف على إبرام الصفقات، وحدد العقوبات المقررة لها و المنصوص عليها في المادة 34،[80] من قانون الفساد ومكافحته.

كما تخضع المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية لرقابة القضاء الإداري عن طريق ثلاث وسائل أتاحها المنظم لبسط هذه الرقابة على عملية إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية، منها قضاء الاستعجال وقضاء الإلغاء والقضاء الكامل، فقاضي الإلغاء يبسط رقابته على القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد والتي تساهم في تكوين العملية التعاقدية، وهي القرارات التي تصدرها الإدارة أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد قصد السماح بإبرامه أو رفض عملية الإبرام ، والتي يجوز الطعن فيها بالإلغاء بصفة مستقلة عن الصفقة، ويستهدف بذلك المحافظة على قواعد المشروعية،[81] أما القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة تنفيذا للعقد واستنادا لنصوصه أو لدفتر الشروط هي في حقيقتها ليست قرارات إدارية وإنما هي إجراءات تتخذها الإدارة في نطاق العقد أثناء سريانه، إذ تندمج في العملية التعاقدية ولا يمكن فصلها، فهي منازعة عقدية تخضع لاختصاص قاضي العقد، وبالتالي ليست من القرارات المنفصلة عن العقد وغير قابلة للطعن بطريق الإبطال لتجاوز حد السلطة.[82]

لقد وضع قضاء مجلس الدولة الفرنسي بخصوص هذا التمييز في حكمه الشهير في قضية Grandes Compagnies الصادرة في 1907/12/16 ،حيث فرق المفوض Tardieu بين حالتين، تتعلق الحالة الأولى بصدور قرارات إدارية اعتمادا على الشروط الواردة في دفاتر الشروط، ومن هنا يتعين على الشركات المتعاقدة والطرف الآخر في الدعوة أن يطرق باب القضاء الكامل أمام قاضي العقد المختص، أما إذا صدرت القرارات المطعون فيها استنادا إلى القوانين واللوائح، فإن على تلك الشركات أن تلجأ لقضاء الإلغاء للحكم على مشروعية قرارات الإدارة في ذاتها وبغض النظر عن العقد وأحكامه.[83]

كما يختص القضاء الكامل بكونه صاحب الاختصاص الأصيل في النظر للنزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، وتشمل هذه المنازعات كل ما يثار بصدد العقد، من حيث انعقاده أو صحته،وكذا تنفيذه أو انقضائه، إذ أنها تخضع لنطاق القضاء الكامل أمام قاضي العقد وللقاضي الإداري الحكم ببطلان العقد أو بالتعويض أو بفسخ العقد أو إبطال تصرفات الإدارة المخالفة للالتزامات التعاقدية الواردة في دفاتر الشروط ونصوص العقد أو مخالفة شروط الانعقاد وصحة العقد،[84] كما أن من المنازعات الناشئة مخالفة أحد البنود المتعلقة بالصفقة أو تفسير هذه البنود على نحو مخالف.

الخاتمة:

من خلال ما تقدم، يمكن القول أن دفتر الشروط هو الوثيقة الأهم بالنسبة للعقد سواء في مجال عقود امتياز المرافق العامة، أو في مجال الصفقات العمومية، وذلك باعتباره عمل قانوني مركب لاحتوائه على بنود تنظيمية وأخرى تعاقدية مع طغيان الطابع التنظيمي على محتواه، فالبنود التنظيمية تدخل في صميم سلطة الإدارة، وهي الشروط التي تنفرد الإدارة بوضعها وصياغتها والتي تمنح بمقتضاها جملة من السلطات والحقوق غير المألوفة في عقود القانون الخاص، أما البنود التعاقدية هي التي تهم طرفي العقد تعبيرا عن توافق إرادتين وهذا هو جوهر الرابطة التعاقدية.

كما يعد دفتر الشروط الوثيقة التعاقدية والقانونية الذي يحدد من خلاله شروط وكيفيات اقتضاء المتعامل المتعاقد حقوقه، وذلك بتمكينه الحق في اقتضاء المقابل المالي وضمان التوازن المالي للعقد، بالإضافة في حقه في اقتضاء بعض التعويضات.

كما يعتبر دفتر الشروط أحد أهم مظاهر تكريس الشفافية والمنافسة واحد ابرز إجراءات واليات الوقاية من الفساد قصد الحفاظ على المال العام وترشيد إنفاقه، كما يعتبر دفتر الشروط وسيلة ودليل إثبات أمام القضاء الإداري، إذ يستند إليه للفصل في النزاع القائم.

وبناء على ما تقدم، ومن خلال هذه الدراسة، توصلنا إلى جملة من النتائج التي سنعرضها على النحو التالي:

1- يعتبر دفتر الشروط عملا قانونيا منشئا لأهم العقود الإدارية، ويشكل جزء لا يتجزأ منها بحيث يتدخل لتحديد شروط إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية.
2- باعتبار أن دفتر الشروط تصرف قانوني مركب فانه يحتوي على بنود تنظيمية وأخرى تعاقدية.
3- تختلف الطبيعة القانونية لدفتر الشروط من عقد لآخر حسب التنوع في مواضيع البنود المكونة له، ومن وضعية قانونية لأخرى، بحيث أن كل بند ينظم ويحكم علاقة قانونية معينة.

4- يأخذ دفتر الشروط باعتباره عمل قانوني أشكالا مختلفة ومتنوعة، قد تكون نموذجية أو تنظيمية، وإما تعاقدية حسب الأحوال.
5- تختلف الآثار القانونية لدفتر الشروط من عقد لآخر، وذلك حسب الفئات القانونية التي ينتمي إليها، كما تختلف القيمة القانونية والقوة الملزمة له لاحتوائه على أجزاء تنظيمية وأخرى تعاقدية.
6- يمكن للقاضي الإداري أن يستند لمضمون دفتر الشروط للفصل في النزاع القائم.

ومن أهم التوصيات والاقتراحات التي نختم بها هذا الدراسة:

1- العمل على إثراء وتدعيم الإطار القانوني والتنظيمي الخاص بدفاتر الشروط، وذلك بتعديل وتحيين النصوص القانونية المنظمة له.

2- تحيين محتوى وبنود دفتر الشروط بما يتلاءم مع التطورات الاقتصادية الحاصلة.
3-العمل على تطوير نماذج دفاتر التعليمات الخاصة وتحيينها وفق القانون الجديد المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقة.
4-ضرورة إصدار دفاتر التعليمات المشتركة التي تهدف لتحديد إجراءات تقنية مطبقة على كل صفقة.

الهوامش:

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ق1، جسور للنشر والتوزيع، ط5، الجزائر، 2017، ص242.

[2] بلعيد بلجيلالي، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، 2019، ص16.

[3] أنظر المادة رقم17 من القانون رقم 23-12، المؤرخ في 18 محرم عام 1445 هـ الموافق ل 5 غشت سنة 2023، المجدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية لسنة 2023، ج.ر.ج.ج. عدد 51 المؤرخة في 19 محرم عام 1445 هـ الموافق لـ 6 غشت سنة 2023.

[4] المادة 26 من المرسوم الرئاسي، رقم 15 – 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50، المؤرخة في 06 ذو الحجة عام 1436 هـ الموافق لـ 20 سبتمبر سنة 2015.

[5] أنظر المادة 17 من قانون رقم 12/23، مرجع سابق.

[6] Cherif Bennadji, -L'évolution De la Réglementation des Marchés Publics en Algérie -Thèse en vue De l' obtention du Doctorat d' Etat en droit –soutenue a l'université D' Alger - Algérie.année . 1991. p 517.

[7] أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4 ، الجزائر، 2006، ص371.

[8] أحمد محيو ، سالف الذكر . ص371.

[9] عمار بوضياف، مرجع سابق . ص242.

[10] المادة 41 من القرار المؤرخ في 16 رجب عام 1374 هـ الموافق لـ 21 نوفمبر سنة 1964م، المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية، عدد 48 . الصادر في 11 ديسمبر 1964.

[11] قرار مجلس الدولة، الملف رقم 008072، فهرس رقم 272 المؤرخ في 15 أبريل 2003، مجلة مجلس الدولة العدد 07 سنة 2003.

[12] عمار عوابدي، القانون الإداري ج2، النشاط الإداري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص214.

[13] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص245.

[14] عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 216.

[15] نبيل جوادي، دفاتر الشروط في القانون الإداري الجزائري (دراسة متعلقة بعقود الإدارة)، رسالة ماجستير في الإدارة والمالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان ، الجزائر، 2006/2005، ص60.

[16] حبيبة عتيق ، الشكلية في العقد الإداري، رسالة ماجستير في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان . الجزائر، 2016/2015، ص38.

[17] محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة 2007، ص158.

[18] المادة 72، من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

[19] الفقرة الخامسة من المادة 16 من قانون رقم 12/23، مرجع سابق.

[20] المادة 67، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، مرجع سابق.

[21] المرسوم التنفيذي رقم 219/21 المؤرخ في 08 شوال عام 1442 هـ الموافق لـ 20 مايو ، المتضمن دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال لسنة 2021، الجريدة الرسمية، عدد 50 المؤرخة في 13 ذو القعدة عام 1442 هـ الموافق لـ 24 يونيو سنة 2021.

[22] القرار الوزاري الصادر . في 11/21/ 1964 . مرجع سابق.

[23] المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 . مرجع سابق.

[24] المرسوم الرئاسي رقم 247/15، سالف الذكر.

[25] قانون رقم 12/23، مرجع سابق.

[26] مرسوم تنفيذي رقم 21/ 219 . مرجع سابق.

[27] الفقرة الأولى من المادة 80 من قانون رقم 23/ 12 . مرجع سابق.

[28] أنظر المواد من 113 و 114 و115 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 . مرجع سابق.

[29] أنظر المواد 116 و 117 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 . سالف الذكر.

[30] المادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 . سالف الذكر.

[31] أنظر المادة 121 من المرسوم التنفيذي رقم 21/ 219 . مرجع سابق.

[32] المادة 90 من قانون رقم 23/ 12. مرجع سابق.

[33] المادة 53 من قانون رقم 23/ 12 . سالف الذكر.

[34] المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 . مرجع سابق.

[35] المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 . سالف الذكر.

[36] المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 . سالف الذكر.

[37] عبد الوهاب دراج ، تطبيق مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف، المسيلة . الجزائر، 2020-2021 . ص68.

[38] النوي خرشي، الصفقات العمومية ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر . 2019، ص214.

[39] سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، مطبعة جامعة عين شمس . ص381.

[40] عبد الوهاب دراج . مرجع سابق، ص71.

[41] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص379.

[42] أحمد محيو ، مرجع سابق، ص371.

[43] بلملياني يوسف، دفتر الشروط كوسيلة لتكريس البعد البيئي في مجال الصفقات العمومية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2، المجلد12، العدد02، 2019، ص441.

[44] أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، ص371.

[45] عمار عوابدي ، القانون الإداري ، مرجع سابق، ص216.

[46] محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص160.

[47] أنظر المواد من 95 إلى 123، من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 . مرجع سابق.

[48] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق . ص378.

[49] نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق (فرع :الدولة والمؤسسات العهمومية) كلية الحقوق بن خدة، الجزائر، 2007- 2008 . ص123.

[50] محمد الصغير بعلي ، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004 . ص250.

[51] سليمان محمد الطماوي . مرجع سابق . ص109.

[52] نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، حالة عقود الامتياز، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر . 2011-2012، ص189.

[53] حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 . 2014-2015 . ص66.

[54] عمار بوضياف . مرجع سابق، ص245.

[55] سليمان محمد الطماوي . مرجع سابق، ص380.

[56] سليمان محمد الطماوي، سالف الذكر . ص379.

[57] المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية، عدد 48 الصادر بتاريخ 5 غشت 2018.

[58] نادية ضريفي . مرجع سابق . ص ص310،311.

[59] نادية ضريفي، سالف الذكر، ص311.

[60] مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري ، ط1 ، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان . ص 364.

[61] محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998 . ص107.

[62] التعليمة رقم 842/3.94، المؤرخة بتاريخ 1994/09/07 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها والمرسلة من طرف وزارة الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري، إلى السادة الولاة.

[63] التعليمة رقم 842/3.94، سالف الذكر . ص6.

[64] نادية ضريفي . مرجع سابق . ص132.

[65] التعليمة رقم 842/3.94، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها . مرجع سابق ص07.

[66] محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، مرجع سابق . ص222.

[67] محمود عاطف البنا، سالف الذكر، ص، 213.

[68] سليمان محمد الطماوي . مرجع سابق . ص471.

[69] محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق . ص181.

[70] أنظر للمواد 67، 68، 69، من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 . مرجع سابق.

[71] محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية،مرجع سابق . ص ص181، 189.

[72] - مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، ص،390.

[73] مازن ليلو راضي، سالف الذكر، ص392.

[74] أنظر المادة 116، من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، مرجع سابق.

[75] أنظر المواد 18، 19، 20، من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، مرجع سابق.

[76] أنظر المواد 106، 107، 108، 109، 110 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، مرجع سابق.

[77] أنظر المادة 02 من قانون رقم 12/23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، مرجع سابق.

[78] القانون رقم 06-01 ، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية، العدد 14 . الصادر بتاريخ 09 مارس 2006.

[79] عمار بوضياف . مرجع سابق . ص186.

[80] المادة 34 من قانون رقم 06-01، مرجع سابق.

[81] حبيبة عتيق، القرارات الإدارية المنفصلة بين النظرية والتطبيق، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية . عدد 03. تلمسان، 2018 . ص251.

[82] أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الاسكندرية – مصر . 2002 . ص436.

[83] سليمان محمد الطماوي . مرجع سابق . ص219.

[84] محمود عاطف البنا . مرجع سابق ص ص. 328-329.