حماية أطراف عقد الصفقة العمومية في ظل جائحة فيروس كورونا

Protection of public deal parties under the Corona virus pandemic

خالدي عمر *
مخبر حقوق الإنسان والحريات الأساسية
جامعة أبو بكر بلقايد –تلمسان-
khaldi.omar@univ-tlemcen.dz

تاريخ الإيداع:2022/11/21	تاريخ المراجعة:2023/01/30	تاريخ القبول:2023/01/31

ملخص:

أقرّ المشرّع الجزائري مجموعة من التدابير لضمان تنفيذ الصفقات العمومية في إطار الوقاية من فيروس كورونا ومكافحته ، قد اعترف للمصلحة المتعاقدة بمجموعة من الصلاحيات في مرحلة الإبرام وأثناء التنفيذ ، لم تكن تتوفر لها في الظروف العادية ، في مقابل ذلك أعطى المشرع مجموعة من الضمانات والحقوق للمتعامل المتعاقد لحمايته وتشجيعه على إبرام الصفقات في هذه الظروف الاستثنائية من خلال المرسوم 20-237 والمرسوم 21-72 يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا كوفيد 19 ومكافحته.

الكلمات المفتاحية: المتعامل المتعاقد ؛ فسخ الصفقة ؛ التعويض الجزئي ؛ الالتزامات التعاقدية ؛ المقابل المالي .

Abstract:

The Algerian legislator has adopted a series of measures to ensure that public transactions are carried out in the context of the prevention and control of the corona virus. The contracting interest has been recognized with a range of powers at the conclusion stage and during implementation, which were not available in normal circumstances. In contrast, the legislator has granted a set of guarantees and rights to the contractor to protect him and encourage him to enter into transactions in these exceptional circumstances through Decree No. 20-237 and Decree. 21-72 establishing the special measures for the procedure for public transactions. In the context of preventing and combating the spread of the Corona Covid19 virus epidemic.

Keywords : the Contractor ; Termination of contract ; compensation in part ; Contractual obligations ; Financial consideration

* المُؤلف المُراسِل.

مقدمة:

لقد عرف العالم مطلع 2020 جائحة فيروس كورونا covid19 الذي ظهر أول الأمر في مدينة وهان الصينية ، لكن سرعان ما انتشر في بقية دول العالم بصورة مذهلة ، حتى سارعت منظمة التجارة العالمية في 11 مارس2020 بإعلان فيروس كورونا وباءا عالميا ، وقد ألقى هذا الفيروس المستجد بظلاله وتداعياته على الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، وقد بادرت الدول والحكومات باتخاذ إجراءات وقائية لمكافحة هذا الفيروس وكانت الجزائر من بينها بفرض إجراءات وتدابير وقائية منها المرسومين 20 /69 و 70/20 المتعلقين باتخاذ التدابير الوقائية من تفشي فيروس كورونا ، وقد أثرت هذه الجائحة على تنفيذ الالتزامات التعاقدية بكل أنواعها، ولعل أهمها العقود الإدارية ، وخاصة الصفقات العمومية التي تأثرت أيما تأثر بهذه الجائحة من خلال توقف الأشغال نهائيا في بعض المواقع وصعوبة تنفيذها في مواقع أخرى ، مما انجر عنه أضرارا للأطراف المتعاقدة .

ومع تفشي فيروس كورونا جعل إبرام الصفقات العمومية بالطرق العادية لا يخدم هذه الوضعية الوبائية ،ولا يحقق الأهداف المرجوة من إبرام الصفقة في هذا الصعب الذي يتطلب السرعة في التنفيذ واتخاذ القرارات ، ولهذا فقد تدخل المشرع بإصدار مراسيم تحدد إجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من تفشي فيروس كورونا مع منح ضمانات للأطراف المتعاقدة ، وقد اعترف المشرع للمصلحة المتعاقدة حق ابرام الصفقات باسلوب التراضي و اختيار نفس المتعامل المتعاقد ، بالإضافة الى الأمر بتنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة ، في المقابل يتمتع المتعامل المتعاقد بمجموعة من الحقوق المستمة من العقد ، والتي أملتها الظروف المستجدة لفيروس كورونا ، كالحق في المقابل المالي و الحق في التسوية المالية للخدمات المنفذة قبل إبرام صفقة التسوية والحق في التسبيق ، أما إذا كان التنفيذ مرهقا أوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة أن تعمل على تحقيق التوازن المالي للعقد ، إضافة الى التعويض ، أما في حالة استحالة التنفيذ فيستفيد من الاعفاء من غرامة التأخير ، كما له الحق في فسخ الصفقة وكذلك المطالبة بالتعويض ، ومن هذا المنطلق تثار الإشكالية التالية :

هل وفّر المشرع ضمانات حقيقية لحماية حقوق أطراف عقد الصفقة العمومية في ظل جائحة فيروس كورونا ؟ و إلى أي مدى وفق المشرع في إقامة توازن بين مصالح الطرفين المتعاقدين ؟

وتهدف هذه الدراسة إلى الكشف عن تداعيات فيروس كورونا وتأثيره على تنفيذ الصفقات العمومية ، و الإجراءات المكيفة التي أقرها المشرع لإبرام الصفقات ، بالإضافة إلى معرفة دور قانون الصفقات العمومية في توضيح حقوق أطراف العقد ، وكذلك تبيان أنجع السبل المتوفرة للمصلحة المتعاقدة للوفاء بالتزاماتها تجاه المتعاقد معها.

وقد اتبعنا **المنهج الوصفي والتحليلي** من خلال تحليل نصوص المرسومين 237/20 والمرسوم72/21 اللذان يحددان التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا كوفيد 19 ومكافحته وللإجابة على هذه التساؤلات نتبع الخطة التالية:

المبحث الأول : حقوق المصلحة المتعاقدة لضمان تنفيذ الصفقة في ظروف جائحة كورونا .

المبحث الثاني : حقوق المتعامل المتعاقد لضمان تنفيذ الصفقة في ظروف جائحة كورونا.

1- المبحث الأول : حقوق المصلحة المتعاقدة في عقد الصفقة العمومية في ظل جائحة كورونا .

لقد أحكم المشرع الجزائري في تعاطيه مع حالة تفشي وباء كورونا بتنظيمه لمختلف التعاملات المبرمة بين أشخاص القانون الخاص أو العام ، ومن هذه التعاملات عقود الصفقات العمومية لما لها من أهمية من تلبية حاجيات المواطنين ، من خلال إصداره لمرسومين 237/20 و المرسوم 21/ 72 اللذين عالجا أحكام إبرام الصفقات العمومية في ظروف جائحة كورونا ، فمن خلال هذه المراسيم قد اعترف للمصلحة المتعاقدة بمجموعة من الحقوق لم تكن تتوفر لها في الظروف العادية أثناء إبرام الصفقة ، وأثناء تنفيذها . ترى ما هي هذه الحقوق التي أُقرها المشرع ؟

1.1- المطلب الأول: حقوق المصلحة المتعاقدة أثناء إبرام الصفقة حسب المرسوم 237/20

نظرا للأهمية التي تكتسيها الصفقات العمومية ، نظرا لارتباطها المباشر بالمال العام ، وتوفير احتياجات الأفراد ، فقد أخضعها لضوابط وأحكام معقدة ، حماية للمال العام وضمان تنفيذ موضوع الصفقة على الوجه المتفق عليه ، ولكن بعد ظهور جائحة كورونا أصبح إبرام بعض الصفقات بالإجراءات المعروفة أمرا عسيرا ولا يحقق الأهداف المرجوة في هذه المرحلة الصعبة ، لذلك وضع المشرع أحكاما تخص هذه الوضعية من خلال المرسوم 15/ 247 الخاص بتنظيم الصفقات العمومية من خلال حالة الاستعجال الملح ، و ليكون تجسيد ذلك على الوجه الصحيح فقد صدر مرسوم يحدد طرق إبرام الصفقات في ظل الوقاية من تفشي فيروس كورونا ، من خلاله تم إعطاء مزايا للمصلحة المتعاقدة في مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد ، و الطرق التي يمكن أن تلجا إليها في هذا الظرف دون أن تضر بمبدأ المنافسة .

1.1.1- الفرع الأول : الحق في إبرام الصفقة عن طريق التراضي

بالرجوع للأحكام الواردة في المرسوم 15/ 247 نجد المشرع قد ميز بين إجراءات إبرام الصفقة عن طريق طلب العروض و بين إبرام الصفقة بطريق التراضي ، فطلب العروض يشكل القاعدة العامة في إبرام الصفقات ، فهو يقوم على مبدأ المنافسة والإشهار وانتقاء الأفضل بينما التراضي يشكل الاستثناء [1] و التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة. ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة. وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة .

ونظرا لخطورة هذا الإجراء على مبدأ المنافسة فقد حصرها المشرع في ست حالات ، منها الاستعجال الملح معلل بوجودي خطر وفي حالة تموين مستعجل ونجد أن المادة 7 من المرسوم الرئاسي 20 /237 [2]قد أعطت للمصلحة المتعاقدة سلطة اللجوء إلى التراضي البسيط لإبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا كوفيد19 ، فمن خلال هذه المادة هناك اعتراف صريح من المشرع بأن ظروف جائحة كورونا تعتبر ظرفا مستعجلا ، واشترط المشرع أن يكون موضوع الصفقة مرتبطا بالوقاية من انتشار فيروس كورونا مثل اقتناء اللوازم الطبية وأجهزة

---

(1) بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، القسم الأول ، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،الطبعة الخامسة ، 2017 ص 238.

(2) انظر المرسوم الرئاسي رقم 20 /237 مؤرخ في 12 محرم عام 1442 موافق ل 31 غشت سنة 2020 يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا كوفيد 19 ومكافحته ج.ر.ج.العدد 51 الصادرة في 12 محرم 1942 موافق ل 21 أوت 2020.

التعقيم التي تستعملها المستشفيات .... وقد أعفى المشرع المصلحة المتعاقدة من وجوب تحديد الحاجيات الواجب تلبيتها مسبقا قبل الشروع في أي إجراء[1].

ولكن في مقابل ذلك فقد اشترط المشرع على المصلحة المتعاقدة أن تتفاوض مع المتعامل على أساس الأسعار المتداولة في السوق وذلك لتقييدها فيما يخص سعر الصفقة فلا يمكن التحجج بحالة الاستعجال التي سببها الوباء لتضخيم المقابل المالي للصفقة العمومية ، بما يلحق أضرار بالخزينة العمومية ، ولكن كلمة (**يمكن**) تفيد إمكانية عقد صفقة بالتراضي البسيط وتكون الأسعار فيها أكبر من الأسعار المتداولة في السوق ، ويمكن تبرير ذلك بأن حالة الاستعجال التي تفرضها الحالة الوبائية قد يصاحبه ارتفاع في أسعار الحاجيات المتعلقة بالوقاية من انتشار الفيروس ومكافحته[2] ، هو الذي حدث فعلا في بعض المواد [3] خاصة في الفترة التي ظهر فيها الوباء أول الأمر.

كما أعطى المشرع للمصلحة المتعاقدة حق القيام بعدة طلبات من نفس الطبيعة مع نفس المتعامل المتعاقد ، ولكنه اشترط أن يكون بموجب مقرر معلل ، على أن ترسل نسخة منه إلى مجلس المحاسبة ، و إلى الوزير المكلف بالمالية [4].

ويمكن القول أن هذا الإجراء من شأنه أن يفتح باب الفساد ، وأن يقيد مبدأ المنافسة التي تقوم عليه الصفقات العمومية ، من خلال الاعتماد على متعامل متعاقد في أكثر من صفقة ، وهو ما لم يكن متاحا في المرسوم 15 / 247 [5] ، ولكن في مقابل ذلك نجد أن المشرع لجأ الى هذا الإجراء كون الإجراءات العادية قد لا تتلاءم مع طبيعة الصفقة الخاصة في هذه الظروف التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرارات والتنفيذ .

2.1.1- الفرع الثاني :سندات الطلب

يمكن تعريف صفقة الطلبية بأنها: " الصفقات التي تهدف إلى تلبية حاجات ذات طابع عادي ومتكرر."[6] وتكون محل سندات الطلب كل العمليات التي تقل مجموع مبالغها بجميع الرسوم خلال نفس السنة المالية عن مليون دينار بالنسبة للأشغال واللوازم و500.000 دج بالنسبة للدراسات والخدمات ، وفي هذه الحالة لا تكون الطلبات محل استشارة وجوبا ولا سيما في حالة الاستعجال كما لا يكون الاتفاق بشأنها مفرغا وجوبا في شكل عقد ، بل يكفي أن تمر العملية بشكل طلبية أو أمر بخدمة مرفق بكشف كمي إلا في حالة الدراسات ، وتجدر الإشارة إلى أن تنظيم الصفقات

---

[1] انظر الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15 .247 ، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، ج ر، عدد 50 الصادرة في 16 سبتمبر 2015.

[2] برباوي رقية ، آثار جائحة كورونا على إجراءات إبرام الصفقات العمومية ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية جامعة احمد بن يحيى الونشريسي ، تسمسيلت ، الجزائر، المجلد 5 العدد 3 سنة 2020 ، ص 215.

[3] لعل أهم هذه المواد : منتجات التعقيم ،ومواد التنظيف والأقنعة الواقية ، والقفازات الطبية ، وأنواع مختلفة من الأدوية التي تدخل في علاج المرض ، بالإضافة إلى المكملات الغذائية.

[4] انظر المواد 3و 4 من المرسوم الرئاسي رقم 20 /237

[5] تنص الفقرة2 من المادة 21 من المرسوم 247/15 : ويبقى اختيار المتعاملين الاقتصاديين خاضعا للمتطلبات التي ترتبط باختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية .وبالإضافة إلى ذلك يجب على المصلحة المتعاقدة أن لا تلجأ لنفس المتعامل الاقتصادي، عندما يمكن تلبية تلك الخدمات من طرف متعاملين اقتصاديين آخرين، إلا في الحالات الاستثنائية المبررة كما ينبغي.

[6] النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018 ،ص 80.

العمومية الملغى أي المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم كانت تشتمل فيه صفقة الطلبيات على اقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر [1].

وتمتلك المصلحة المتعاقدة سلطات واسعة عند اللجوء للتعاقد بأسلوب صفقة الطلبات خاصة في اختيار المتعامل المتعاقد معها، كما تمتاز هذا النوع من الصفقات بعدة مزايا تنعكس بالإيجاب على المصلحة المتعاقدة ، وذلك لأن هذا النوع من التعاقد يسمح بجدولة الاقتناءات بما يسمح بتفادي اقتناء سلع فوق الحاجة الآنية خاصة بعد ظهور الوباء في الجزائر بصورة قليلة ولم يكن يسع المصلحة المتعاقدة أن تتوقع تطور الحالة البائية بشكل سريع ومفاجئ ، فتكون المصلحة المتعاقدة غير قادرة على تحديد الكميات من احتياجاتها بدقة .

وقد شدد المشرع على هذا النوع من التعاقد فمنع اللجوء الى نفس المتعاقد عندما يمكن تلبية الحاجات من قبل متعاملين آخرين ، إلا أنه سمح به في الظروف الاستثنائية هو ما نصت علية المادة 3 من المرسوم 237/20 حيث أجاز للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بعدة طلبات مع نفس المتعامل[2] ، وحسن فعل المشرع فالوضعية التي أحدثها فيروس كورونا جعلت تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة بالطرق العادة أمرا صعبا ولا يفي بأهداف التعاقد

2.1- المطلب الثاني : حقوق المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة حسب المرسوم 237/20

تعتبر مرحلة التنفيذ أهم مرحلة تمر بها الصفقة العمومية ، فهي تبرم لتنفذ ، ففي هذه المرحلة أقر المشرع حقوقا للمصلحة المتعاقدة للضمان تنفيذ موضوع الصفقة في أحسن الظروف وعلى الوجه الذي نص عليه في دفتر الشروط ، ولكن في الظروف الاستثنائية أقر المشرع للمصلحة المتعاقدة بعض الصلاحيات لكي يمكنها من تسيير وتنفيذ الصفقة وفق الظروف المستعجلة ، منها الأمر بتنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة (الفرع الأول) ثم إبرام صفقه التسوية والرقابة عليها (الفرع الثاني)

1.2.1 الفرع الأول : الأمر بتنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة

القاعدة العامة في إجراءات الصفقات العمومية أنها تبرم قبل الشروع في تنفيذ الخدمات ، وهو ما أكدته المادة الثالثة من المرسوم 247/15 الخاص بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام [3]، رغم أن المشرع الجزائري شدد على عنصر الكتابة في مختلف قوانين الصفقات العمومية ، إلا انه أورد استثناءا على هذه القاعدة والذي نصت عليه المادة 12 من القسم الثاني المتضمن الإجراءات الخاصة في حالة الاستعجال الملح [4].

---

[1] المادة 20 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ،المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ،والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد رقم 58 المؤرخة في 07 أكتوبر سنة 2010

[2] تنص المادة 3 من المرسوم 237/20 :<< بغض النظر عن أحكام المادتين 21 و27 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 والمذكور أعلاه، يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بعدة طلبات من نفس الطبيعة، بموجب مقرر معلل أو مقررات معللة، مع نفس المتعامل المتعاقد.

[3] تنص المادة 3 من المرسوم 247/15 :<< تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات. >>

[4] تنص المادة 12 من المرسوم 247/15 :<<في حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، يمكن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أن يرخص بموجب مقرر معلل، بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية. ويجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف المذكورة أعلاه.....

والهدف من هذا الإجراء هو التمكين في الإسراع من اتخاذ ما يجب من أجل تفادي تطور الخطر الذي ينتج ضررا يصبح علاجه مستحيلا أو أكثر تكلفة كما أشار المرسوم 20/ 237 على حالة الاستعجال الملّح في المادة الثانية ، وأقر للمصلحة المتعاقدة أن تأمر بتنفيذ الخدمات قبل أن تبرم العقد ، ولا يكون هذا إلا بموجب مقرر معلل صادر عن مسؤول الهيئة العمومية ، أو الوزير أو الوالي ، ولكنه شدد إضافة إلى ذلك على أن تقتصر الخدمات المنفذة على ما هو ضروري فقط للتمكين من مواجهة الظروف التي أحدثها فيروس كورونا ، والملاحظ أن المادة الثانية من المرسوم 20/ 237[1] قد استثنت رئيس المجلس الشعبي البلدي من سلطة الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات خلافا لما نصت عليه المادة 12 من المرسوم 15 / 247، كما أنه يثبت الاتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد عن طريق تبادل الرسائل في حالة الاستعجال الملح .

وقد نصت الفقرة رقم 3 من المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 247/15 على أنه تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى حالة التموين المستعجل والمخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، ومعنى ذلك أن المصلحة المتعاقدة من حيث الموضوع أمام وضعية تخص مجال في غاية من الأهمية هو مجال التموين ، ويتعلق بمواد أو منتجات يطلبها الأفراد ، فكأنما المصلحة المتعاقدة أمام حالة ميدانية تكون فيها في حاجة ماسة وسريعة للتحرك بغرض ضمان حسن تموين وتوفير جيد ومستمر ومنتظم لحاجة ما أو مادة معينة للسكان [2]، كمواد التعقيم ومكثفات الأكسجين ولواحقها التي شهدت طلبا متزايدا عليها مع تأزم الوضعية الوبائية خاصة بعد ظهور طفرات في الفيروس جعلت منه أكثر حدة وفتكا ، فلو تم إلزام المصلحة المتعاقدة بالخضوع لإجراءات التعاقد العادية بما تكفله من نشر وآجال وإجراءات لأثر ذلك سلبا على السوق فشهد أزمة من حيث توفير الحاجات العامة وفي ذلك إضرارا بالسكان لذا وجب تمكينها من التعاقد.

و المشرع الجزائري إذا اعتبر ظروف جائحة كورونا ظرفا استثنائيا لا يمكن معه إتباع الإجراءات الإدارية المقررة في الظروف العادية لأنها ستصبح عائقا ومعطلا للوقاية من الوباء ومكافحته ، لذلك أعطى المشرع المصلحة المتعاقدة صلاحيات واسعة بإجراءات مكيفة تمكنها من مواجهة الظروف التي أحدثها الوباء وذلك لتمكينها من الإسراع في اتخاذ الإجراءات من أجل احتواء الوباء الذي يسببه فيروس كورونا[3] .

إذن نستنتج مما سبق أن المشرع قد وفق إلى حد ما بإعطاء المصلحة المتعاقدة صلاحيات من شأنها توفير الجهد وضمان تنفيذ موضوع الصفقة دون تأزم الوضعية الوبائية .

2.2.1 - الفرع الثاني : إبرام صفقة التسوية والرقابة عليها

---

[1] تنص المادة 2 من المرسوم 237/20 :<< بغض النظر عن أحكام المادة 3 من المرسوم الرئاسي247/15 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 والمذكور أعلاه، وفي إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد - 19 ومكافحته، يمكن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي، بموجب مقرر معلل، أن يرخص بالشروع في بدء تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية. ويجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط للتمكين من مواجهة الظروف المذكورة أعلاه .يثبت الاتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد عن طريق تبادل الرسائل في حالة الاستعجال الملح المنصوص عليه في هذه المادة

[2] عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 226

[3] برباوي رقية ، المرجع السابق ، ص 219

أفادت الفقرة الأخيرة من المادة 23 من المرسوم 247/15على أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بإبرام صفقة تسوية خلال أجل ثلاث أشهر وذلك ابتداء من تاريخ الشروع في تنفيذ الخدمات، ،في قسم الإجراءات الخاصة بالصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار ، في حين أشارت الفقرة الأخير من المادة 12 [1]على إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية، خلال ستة (6)أشهر، ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر ، وذلك في الصفقات التي تبرم ضمن وضعية الاستعجال الملح .

بينما أشارت المادة 6 من المرسوم 237/20 [2]الخاصة بإبرام الصفقات في إطار الوقاية من فيروس كورونا بإبرام صفقة التسوية في أجل 10 أشهر من تاريخ المقرر ، والملاحظ أن المشرع من خلال هذا المرسوم الأخير قد مدد آجال إبرام صفقة التسوية ، فهو بذلك لم يضيق على المصلحة المتعاقدة كون الوضعية الوبائية غير معلومة الأجل ولا يمكن التكهن متى ستزول .

أما فيما يخص الرقابة نصت الفقرة الأخيرة من المادة 12 من التنظيم الساري المفعول أن المصلحة المتعاقدة عند تحريرها لصفقة التسوية يجب أن تعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية، والتي تتعدد أجهزتها من لجان موجودة على جميع المستويات و في كل الإدارات المعنية بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية تأكيدا لمبدأ التسيير الجماعي لملف الصفقة، وكذلك مجلس المحاسبة و المتفشية العامة للمالية [3] بالنظر للمادة 163 من المرسوم الرئاسي 247/15 نجد أن غاية الرقابة الخارجية تتمثل في التحقق من مطابقة الصفقات العمومية المبرمة من طرف المصالح المتعاقدة للتشريع والتنظيم المعمول به، و مطابقة التزامها بالعمل المبرمج بكيفية نظامية، و أوجب المشرع الجزائري في المادة 165 من نفس المرسوم إحداث لجان تكلف بالرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية وذلك بالنظر للحدود المالية المذكورة في المادتين 173 و 184.

أما الخدمات المنفّذة في إطار الوقاية من انتشار فيروس كورونا ومواجهته فتعرض صفقة التسوية على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية لدراستها وذلك إذا تعدت حاجات المصلحة المتعاقدة فيها 12 مليون دينار لصفقات الأشغال أو اللوازم و 6 ملايين دينار لصفقات الدراسات والخدمات .

---

[1] انظر المواد 12و23 من المرسوم 247/15

[2] انظر المادة 6 من المرسوم 237/20

[3] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، الطبعة الخامسة، دار جسور لنشر والتوزيع، الجزائر،2017 ، ص81

والجدير بالذكر أن الرقابة على الصفقة العمومية لا تقتصر على صفقة التسوية بل أيضا حتى مقررات المصلحة المتعاقدة التي تم بموجبها تنفيذ الخدمات ، وقد اشترط المرسوم 20 /237 على مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أن يرخص بالشروع في بدء تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة بموجب قرار معلل ، والملاحظ أن المشرع قد أعطى السلطة التقديرية لهؤلاء الأشخاص لتقدير ما هو ضروري لمواجهة الوباء مشترطا إرسال نسخة من المقرر لرقابة مجلس المحاسبة[1].

وما يمكن ملاحظته أن سلطة تحديد طبيعة الخدمات المتعلقة بمجابهة وباء كورونا تركت لتقدير مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي ، وقد استثنى رئيس المجلس الشعبي الوطني من هذه السلطة فهذا الاخير يكون على دراية تامة ، واطلاع حول الوضعية الوبائية محليا أكثر من تقدير الوالي أو الوزير ، وكذلك كان يمكن أن يدرج المشرع سلطة تقدير حالة الاستعجال للجنة مختصة تتكون من خبراء وأطباء في الصحة ، مهمتها وضع استراتيجية للوقاية من انتشار الوباء وتقدير الخدمات الواجب توفرها لمكافحته .

2- المبحث الثاني : حقوق وضمانات المتعامل المتعاقد في عقد الصفقة العمومية في ظل جائحة كورونا

يحرص المتعامل المتعاقد على أداء الصفقة التي أبرمها على أحسن وجه،إلا أنه قد تحدث،أو تستجد بعض الظروف التي تجعل من تنفيذ الالتزامات أمرا صعبا ومرهقا ، وفي بعض الأحيان مستحيلا ، وفي ظل ظروف انتشار فيروس كورونا المستجد وتبعاته الاقتصادية صعبت على المتعامل المتعاقد الوفاء بالتزاماته فأرهقته ماليا في بعض العقود أو جعلت تنفيذه لبعض الالتزامات مستحيلا ، الأمر الذي يدفع المصلحة المتعاقدة إلى أن تبذل ما في وسعها لتمكن المتعاقد معها من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، حرصا منها على ضرورة استمرار المرافق العامة بتأدية وظائفها بصورة مستمرة، ولكن في بعض الأحيان، يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة، هنا تدخل المشرع وأعطى ضمانات وحقوق لمتعامل المتعاقد لحمايته من تبعات جائحة فيروس كورنا باعتباره قوة قاهرة.

1.2- المطلب الأول : الحق في المقابل المالي

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة، يلتزم فيه المتعامل المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة، تبعا لمواصفات و الشروط المتفق عليها من قبل، في حين تلتزم الإدارة المعنية بالوفاء بالتزاماتها تجاه المتعاقد معها .[2]وقد أقر المرسومين 237/20 والمرسوم 72/21 المعدل والمتمم مجموعة من الإجراءات للوفاء بالمقابل المالي منها الحق في التسوية المالية للخدمات المنفذة قبل إبرام صفقة التسوية وكذلك التسوية على رصيد الحساب بالإضافة إلى منح تسبيقات للمتعامل المتعاقد دون تقديم كفالة بإرجاع التسبيقات .

---

[1] مجلس المحاسبة هو الهيئة العليا للرقابة البعدية على الأموال العمومية حيث منحها الدستور والقانون جميع الصلاحيات للقيام بمهامه في مجال التحريات والمعاينات وذلك طبقا للمادة 7 من القانون 95 – 20 ويملك مجلس المحاسبة ثلاثة طرق أو آليات لممارسة عمله الرقابي طبقا للمادة 55 من الأمر 95- 20 وتمثل في حق الاطلاع وسلطة التحري ، ورقابة نوعية التسيير وأيضا رقابة الانضباط في مجال تسيير الميزانية أو المالية ومراجعه حسابات المحاسبين العموميين والآمرين بالصرف . للمزيد من التفاصيل يمكن الاطلاع على : بن احمد حورية ، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم ، تخصص قانون عام ، كليه الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان - الجزائر ، السنة الجامعية : 2017 - 2018 ، ص 183

[2] عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص36

1.1.2- الفرع الأول: الحق في التسوية المالية للخدمات المنفذة قبل إبرام صفقة التسوية

المتعامل المتعاقد عندما يخوض غمار عمليات إبرام الصفقات العمومية يتعهد أمام المصلحة المتعاقدة بالوفاء بالتزاماته من إنجاز أشغال، أو تقديم خدمة أو دراسة أو توريد مواد، فبالتالي فهو يهدف و يسعى من وراء تعاقده إلى تحقيق عائد أو الربح المادي، من خلال المكاسب المالية التي يحصل عليها من تنفيذه للعقد، نظرا لما يتكبده من نفقات و مصاريف و تكاليف .[1]

ولاشك أن تنفيذ التزامات محل العقد يخول للمتعاقد مع الإدارة الحصول على مقابل مالي، تفرضه القوة الملزمة للعقد، كما يشكل الجانب الأكثر تطبيقا لسير العمليات المالية لمصفقات العمومية ، خاصة فيما يتعلق بكيفية الدفع والتسديد[2] التي تهيمن عليها قاعدة الدفع بعد الخدمة .

وبما أنّ الثمن يشكل أهم حقوق المتعاقد وأحد الالتزامات الجوهرية للمصلحة المتعاقدة ، فإنّ الوفاء به من طرفها، خلال مدة معينة أمر بالغ الأهمية بالنسبة للمتعامل المتعاقد لما له من انعكاسات مؤثّرة على استمرار تنفيذ الصفقة، فقد لجأ المشرع في إطار الصفقات العمومية إلى التخفيف من حدة وصرامة، سلبيات هذه القاعدة في الدفع وذلك بتضمين قانون الصفقات العمومية بآليات أكثر مرونة تخدم الجانب الاقتصادي[3].

وبالعودة إلى المرسوم الرئاسي 20 / 237 نجد أن المشرع قد أشار إلى إمكانية التسوية المالية للخدمات المنفذة في إطار هذا المرسوم بصفة استثنائية وذلك قبل إبرام صفقة التسوية وبعد أداء الخدمة المصادق عليها من قبل الآمر بالصرف المختص ، وذلك بموجب المادة 5 منه والتي تنص : << يمكن أن تكون الخدمات المنفذة في إطار هذا المرسوم، بصفة استثنائية، محل تسوية مالية، قبل إبرام صفقة التسوية وبعد أداء الخدمة المصادق عليها من قبل الآمر بالصرف المختص >> .

ويعتبر هذا الإجراء استثنائيا انفرد به المرسوم 20 / 237 فلم تتم الإشارة إليه سابقا في قوانين الصفقات العمومية والسبب في ذلك يعود إلى الظرف الاستثنائي الذي فرضته جائحة فيروس كورونا الذي أجاز بموجبه التشريع التسوية المالية للخدمات حتى قبل إبرام صفقة التسوية وذلك للتسريع في تلبية احتياجات المصلحة المتعاقدة من جهة ، والتخفيف من آثار الجائحة اقتصاديا على أطراف الصفقة العمومية[4] .

وقد صدر مرسوم رئاسي يحدّد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته. وجاء في نص المرسوم الرئاسي 21-72 المؤرخ في 16 فبراير 2021 المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 20-237 بتاريخ 31 أوت 2020 و بالتحديد المادة 7 منه<< أنه يمكن للمصلحة استثنائيا، وبعد

---

(1) محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة لمنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 2010.ص203

(2) فيصل نسيغة، النظام القانوني لمصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة ،ع. الخامس،2009 ، ص 121.

(3) هاشمي فوزية ، أثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين ، دراسة مقارنة ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص علوم قانونية ، فرع التجريم في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس ، السنة الجامعية 2017-2018 ، ص 219

(4) برباوب رقية ، المرجع السابق ، ص 220

الموافقة الصريحة من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، أن تقوم بتسوية، على رصيد الحساب، السعر المنصوص عليه في الصفقة قبل التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها>>[1] .

وبناءا على ما تقدم يمكن القول أن المشرع قد راع الظرف الاقتصادي الذي أحدثته جائحة فيروس كورونا وتأثر القدرة المالية للكثير من المتعاملين الاقتصاديين جراء الركود الاقتصادي بفعل التدابير الوقائية[2] التي اتخذتها الجزائر على غرار دول العالم للوقاية من تفشي وباء فيروس كورونا ، وبالتالي يحصل المعقد على مقابل مالي بمجرد الانتهاء من تنفيذ الخدمات المتفق عليها دون انتظار إبرام صفقة تسوية ، إضافة لهذا الحق فقد اقر المشرع آلية أخرى لضمان تنفيذ الصفقة في هذه الظروف الاستثنائية وهي التسبيق المالي (الفرع الثاني) .

2.1.2- الفرع الثاني :الحق في التسبيق المالي

تعتبر التسبيقات [3]من أهمّ الوسائل التي تعتمد عليها المصلحة المتعاقدة، لمساعدة المتعاقد وتمكينه من الوقوف في وجه العقبات التي ترهقه ، قبل تنفيذ مراحل الصفقة، نظرا لضخامة تكاليف بعض المشاريع وتيسيرا له للتخفيف من الأعباء المالية بغية التنفيذ الحسن لموضوع الصفقة المبرمة بينهما ، وضمان استمراره، و من أجل هذا كله خولت النصوص المنظمة للصفقات العمومية استفادة المتعاقد من التسبيقات التي نصت عليها المادة 108 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

يتضح من هذا أن المشرع الجزائري أدرج نظام التسبيق كاستثناء، عن القاعدة العامة و المتمثلة في الدفع بعد أداء الخدمة، وذلك لمساعدة المتعامل المتعاقد على الأعباء المالية للصفقة ، و إيجاد نوع من السيولة المالية لديه لضمان البدء الفعلي في تنفيذ موضوعها [4].

وقد وضع المشرع شروطا للاستفادة من التسبيق فلا تدفع التسبيقات إلّا في حالة الصفقات العمومية التي يفوق مبلغها الحدود المنصوص عليها في المادة 13 من المرسوم 247/15 وكذلك أن يلتزم المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، بالنسبة للمتعهدين الجزائريين.

ولكن مع تطور الوضعية الوبائية وتأثيرها على الجانب الاقتصادي ولا سيما القدرات المالية للمتعاقدين ، وحرصا من المشرع لضمان تنفيذ الخدمات بأسرع طريقة ، فقد أقر المرسوم 72/21 المؤرخ في 16 فبراير 2021 المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 20-237 المتعلق بالتدابير الخاصة المكيّفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار

---

[1] مقال نشر في موقع https://masdar-news.com/ar/article/649030/مرسوم-رئاسي-يحدد-التدابير-الخاصة-لابرام-الصفقات-العمومية-اطار-الوقاية-كورونا تم الاطلاع عليه يوم 15 اوت2021 على الساعة 20:00

[2] من هذه التدابير ما جاء في المرسوم التنفيذي 69/20 المؤرخ في 21 مارس 2020 المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته ج.ر.ج العدد 15

[3] عرفت المادة 109 من المرسوم الرئاسي 247/15 التسبيق بأنه : " كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة."

[4] عبد الرحمن عزاوي، النظام القانوني لدفع المقابل المالي في العقد الإداري طبقا لقانون الصفقات العمومية الجزائري لسنة 1991 ، مجلة الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث عشر، فيفري 2000.

وباء فيروس كورونا كوفيد 19 ومكافحته بمنح تسبيقات دون تقديم المتعامل المتعاقد كفالة بقيمة معادلة بإرجاع التسبيقات.[1]

2.2- المطلب الثاني : ضمانات المتعامل المتعاقد في ظروف جائحة كورونا

بناءا على المرسوم 20-69 المتعلّق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته[2] ، فتم شل كل أنواع المواصلات وغلقت كل المرافق العمومية التي تستقبل الجماهير ، ومع غلق كل المطارات الدولية وتعليق الرحلات أصبح المتعامل المتعاقد أمام هذه الظروف مجبرا على التوقف أمام استحالة تنفيذ الصفقة ، وبالتالي تصبح هذه الظروف كقوة قاهرة ، وجعلت حقوق المتعامل المتعاقد على المحك ، الامر الذي يؤدي بنا الى البحث عن الحقوق التي أقرها المشرع للمتعاقد في حال استحالة تنفيذ العقد .

1.2.2- الفرع الأول : ضمانات المتعامل المتعاقد في حال استحالة التنفيذ

يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ، ويغدو أمر التزام المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته أمرا لا طائل من ورائه ، وهذا في حالة قوة قاهرة غالبا، والمشرع تدخل لوضع ضمانات من شأنها توفير حماية للمتعامل المتعاقد من آثار هذه القوة القاهرة ، من خلال امتيازات لم تكن لتتوفر له في ظروف أخرى ويمكن إجمالها في الضمانات التالية :

أولا : الإعفاء من غرامة التأخير

غرامة التأخير هي عبارة عن مبلغ من المال ينص عليه في العقد ويتحدد بمبلغ محدد أو بنسبة مئوية من قيمة العقد يتعين على المتعاقد أداءه كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي فترة زمنية يحددها العقد عند تأخره في الوفاء بالتزاماته العقدية [3]. والامتياز الذي تحوزه الإدارة من حيث قدرتها على تنفيذ عقوبات دون لجوء مسبق إلى القضاء ، هو أهم ما يميز الصفقة العمومية عن عقود أخرى.

غير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة إعفاء المتعامل المتعاقد من تطبيق عقوبات التأخير ، وهذا ما أشار إليه المرسوم الرئاسي 247/15 للصفقات العمومية في المادة 147 فقرة (5 [4])إذن نرى أن المشرع من خلال هذه المادة قد اعتمد على قواعد العدالة إذ من غير المعقول أن نحاسب شخصا ونفرض عليه جزاءا على خطأ لم يرتكبه ولم يكن له علاقة به ، فباعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة يصعب توقعها أو دفعها ، ضف إلى ذلك الإجراءات التي اتخذتها السلطة العامة للحد من انتشار الفيروس وما صاحبه من تداعيات على سوق العمل والقوة العاملة ، جعلت مواصلة المتعامل المتعاقد لالتزاماته مستحيلا ، فتدخل المشرع لحماية المتعامل المتعاقد وفرض على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بالإجراءات التالية :

---

[1] انظر المرسوم 72/21 المؤرخ في 16 فبراير 2021 المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 20-237 المتعلق بالتدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا كوفيد 19 ومكافحته

[2] المرسوم التنفيذي 69/20 السابق والمرسوم 70/20 المؤرخ في 24 مارس2020 يحدد تدابير تكميلية للوقاية من انتشار فيروس كرونا ج.ر.ج العدد 16.

[3] حسن عبد الله حسن ، عقود مقاولات الأعمال ، دكتوراه في القانون العام ، جامعة الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر ، 2015 ، ص328

[4] تنص المادة 147 فقرة 5 من المرسوم 247/15 {وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة .وفي كلتا الحالتين، يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية، بسبب التأخر، تحرير شهادة إدارية.

1. تسليم أوامر بتوقيف الأشغال واستئناف حسب الحالة .
2. تحرير شهادة إدارية، وتحفظ في ملف الصفقة وهو استثناء يتماشى مع المبادئ العامة للقانون.

و في هذا الإطار فقد وجه الوزير الأول، اليوم الأربعاء15 ابريل 2020 تعليمة لأعضاء الحكومة والولاة، مفادها أنه تقرر تعليق فرض العقوبات المالية على المؤسسات بسبب التأخير في الإنجاز وهذا للتخفيف من آثار إجراءات الوقاية من وباء كورونا ومكافحته على الأداة الوطنية للإنجاز[1].

ثانيا : الحق في التعويض

إذا كانت القوّة القاهرة تمثّل إحدى أسباب إعفاء المتعامل المتعاقد من مسؤوليته حسب الشروط المقررة لهذه الحالة وكذا بنود الصفقة، فإنّها تعتبر مصدرا هامّا في التعويض عن الأضرار والخسائر التي تلحق بالمتعاقد نتيجة لوقوعها، وغالبا ما يتم النص على كيفية تقدير هذا التعويض بدفاتر شروط الصفقة المتعاقد عليها[2].

حيث أنّ ما يميز القوة القاهرة في العقد الإداري عنها في العقود المدنية، هو أن بعض الشروط العقدية تحتفظ للمتعاقد بالحق في التعويض في حالة القوة القاهرة، وهذا التعويض إما أن ينص عليه في العقد أو يجد أساسا له في دفاتر الشروط ، ومن ذلك ما نصّت عليه م3/22 من دفتر الشّروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال الفرنسي ، و م2/70 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري والتي سمحت للمتعاقد باقتضاء تعويض عن حالة القوة القاهرة، ولكن بشرط إعلام الإدارة كتابيا في أجل 25 أيام من يوم حصول القوة القاهرة، واستثنت الفقرة 6 من ذات المادة التعويض عن حالة القوة القاهرة الخاصة بالأجهزة العائمة كونه مشمول ضمنيا في أسعار الصفقة[3].

ثالثا : فسخ الصفقة:

يمكن أن ينتهي العقد الإداري باتفاق الطرفين على فسخه قبل تحقيق أهدافه ، وفي هذا الشّكل لا يختلف العقد الإداري عن العقد المدني . فتطبّق أحكام الأخير في هذا الصدد وهذا الفسخ يجب أن تظهر فيه الإدارة إرادتها في بوضوح دون اشتراط شكل المعين لذلك وقد يكون الفسق الاتفاقي متضمنا تعويضا يدفعه أحد الطرفين من الأخر أو يكون الفسخ الاتّفاقي دون تعويض ، وقد شهد الاجتهاد الإداري العديد من صور الفسخ سواء بتعويض أو بدون تعويض وقد يحتاج الاتفاق على فسخ العقد في بعض الحالات إلى تفسير من القضاء ويختص بهذا التفسير القضاء الإداري .

والقوة القاهرة تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام والى فسخ العقد من تلقاء نفسه ويرى الفقه أن المتعامل المتعاقد إذا لجا إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ لاستحالة التنفيذ فان هذا الحكم يعلن الفسخ ولا ينشئه[4]ومنه إذا أصبح تنفيذ الصفقة مستحيلا استحالة مطلقة جاز للمتعامل المتعاقد فسخ الصفقة على أساس القوة القاهرة عن طريق الفسخ التعاقدي وهذا ما أقرته المادة 151من المرسوم247/15 وفي حالة اللجوء للفسخ الاتفاقي لصفقة جارية

---

[1] انظر التعليمة التي أصدرها الوزير الأول عبد العزيز جراد في 15 افريل 2020 تعليق غرامات التأخر على المقاولات المكلفة بالمشاريع العمومية وقد نقلتها وكالة الأنباء الجزائرية

[2] بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر ، 2009/2008 ، ص 84

[3] محفوظ عبد القادر ، اثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري ، أطروحة دكتوراه في القانون العام 2019/2018 ، جامعة تلمسان ، ص 247

[4] علي عبد الأمير قبلان، اثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، مكتبه زين الحقوقية و الأدبية بيروت لبنان ، الطبعة الأولى 2011ص 464

التنفيذ وطبقا للفقرة 2 من المادة 152 يتعين على الطرفين توقيع وثيقة الفسخ التي تنطوي على كشف الحسابات المعدة تبعا لما تم انجازه من أعمال وما بقي منها[1] فيصبح الفسخ الاتفاقي بسبب القوة القاهرة أداة حمائية للمتعامل المتعاقد تعفيه من أي مسؤولية ، وتجنبه الخسارة التي كانت ستلحقه إن لم يقم بهذا الإجراء.

2.2.2- الفرع الثاني : ضمانات المتعامل المتعاقد في حال التنفيذ المرهق

قد تبنّى الفكر القانوني والاجتهاد القضائي عبر العالم آلية تعتبر من الوسائل الحمائية للمدينين الذين يصبحون مهددين بالإفلاس ، أو على الأقل أصبحت ذمتهم المالية مصابة بتصدع خطير، هذه الآلية هي نظرية الظروف الطارئة التي ترمي إلى علاج الحالات التي يصير فيها الالتزام التعاقدي صعب التنفيذ [2] وباعتبار جائحة كورونا ظروفا طارئة وجب علينا البحث عن الضمانات التي يكفلها القانون للمتعامل المتعاقد في هذه الظروف.

أولا : الحق في التوازن المالي

إذا كانت مراكز الأطراف في عقود القانون الخاص متساوية متكافئة فإنّه بخلاف ذلك في الصفقة العمومية، إذ قد يتحمّل المتعامل المتعاقد عبءا ماليا لم يكن بالحسبان ساعة التعاقد بما يفرض مراعاة هذا الطارئ الجديد والاعتراف له بحقوقه المالية تشجيعا له على تنفيذ التزاماته. ولأنّه ليس من العدالة أن يتحمّل المتعامل المتعاقد لوحده عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد، ورغم ذلك فقد أشار المرسوم الرئاسي رقم 247/15 إلى هذا الحق في نص المادة 2/152 و التي جاء فيها:(يجب على المصلحة المتعاقدة ، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه ،أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي :

إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.....)[3]

و يتّضح من نص المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية أن المشرع الجزائري يبيح صراحة للإدارة المعنية حق إعادة النظر في أسعار الصفقات وفقا للظروف الجديدة تحت عنوان إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة في ذمة أطراف الرابطة العقدية ، وكذلك المادة 138 من المرسوم ذاته التي ورد فيها بصريح العبارة إمكانية إعادة التوازن المالي في إطار الملحق و دون الحاجة للخضوع لهيئات الرقابة الخارجية، بما يعني أن تنظيم الصفقات العمومية راعى الظروف الطارئة الوضع الجديد و الأعباء المالية للمتعامل المتعاقد، فأجاز إعادة الاعتبار المالي له في إطار حل ودي يتجسد في ملحق للصفقة الأصلية.

و منه فإنّ المشرع جعل هذا الحق- التوازن المالي للصفقة العمومية- التزاما يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة و هذا من خلال الاعتراف حق إعادة النظر في أسعار الصفقات وفقا للظروف الجديدة أو عن طريق الملحق .

ثانيا : الحق في الحصول على تعويض جزئي

---

[1] بوضياف عمار ، المرجع السابق ، ص 35

[2] علاء رضوان، هل الآثار القانونية لفيروس كورونا تمتد إلى الالتزامات التعاقدية؟ مقال نشر في موقع https://www.youm7.com يوم 06 أبريل 2020 الساعة 17.30

[3] انظر المادة 152 الفقة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف ذكره.

يستحق المتعاقد مع الإدارة نتيجة الظروف الطارئة تعويضا جزئيا يقتصر على جزء من الخسارة الحاصلة ، فهذه النظرية تهدف إلى مشاركة الإدارة للمتعاقدين في تحمل الخسارة الناشئة عن هذه الظروف ، وتوزيعها بينهما بهدف تمكين المتعاقد من الوفاء بالالتزامات التعاقدية ، حتى لا يضار المستفيدين من جراء العقد الإداري[1].

أما عن وقت المطالبة بالتعويض فيستوي أن يطالب المتعاقد المتضرر بالتعويض خلال تنفيذ العقد أو بعد وفائه بالتزامه التعاقدي، وهو ما قضت به محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في القضية رقم 82 بتاريخ 14 ابريل 1960 بأنه : (يستوي إن يطالب المتضرر بالتعويض خلال تنفيذ العقد أو بعد وفائه بالتزامه التعاقدي)[2].

أما في حالة تحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة ، وتبين استحالة عودة التوازن المالي للعقد مرة أخرى بسبب استمرار الظرف الطارئ ، وثبت عدم إمكان قيام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد إلا بمعاونة الإدارة، ففي هذه الحالة يكون للطرفين الحق في طلب فسخ العقد ، وقد لا يتم فسخ العقد إذا نجح الطرفين في إعادة النظر في شروط العقد مما يتحقق معه التوازن المالي للعقد[3].

ويقوم القاضي بتوزيع عبء الخسارة بين طرفي العقد لاعتبارات عدة منها : اعتبار موقف المتعاقد في مواجهه الظرف الطارئ ، ومدى ما بذله من جهد في التغلب عليه ، وتوقي أثاره الضارة إضافة إلى الحالة الاقتصادية للمشروع ، ومدى تعاون الإدارة معه وبالتالي فأن تقدير التعويض من قبل القاضي لا يخضع لأسس ثابتة ، وقد يستعين القاضي بخبراء مختصين ، ولكن يمكن حصر عملية تقدير التعويض في أمرين :

1. تحديد بداية الظروف الطارئة وذلك من اللحظة التي يبدأ فيها الظرف الطارئ.
2. تحديد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد مع الإدارة ثم توزيع عبء الخسارة بين الطرفين.

الخاتمة :

من خلال ما سبق توصلنا إلى النتائج التالية :

أنّ المشرّع الجزائري قد راع الظّرف الاقتصادي الذي أحدثه فيروس كورونا ، وسعيا منه لضمان تنفيذ موضوع الصفقات التي تتطلب السرعة في اتحاد القرار من خلال مجموعة من الأحكام صدرت بموجب المرسومين 237/20 و 72/21 الذين اعترفا بمجموعة من الحقوق لأطراف العقد لم تكن لتتوفر في الظروف العادية ، كالتراضي البسيط والأمر بتنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة ، ثم ألحق في التسوية المالية للخدمات المنفّذة قبل إبرام صفقة التسوية ، والحقّ في التسبيق المالي دون تقديم المتعامل المتعاقد كفالة بقيمة معادلة بإرجاع التسبيقات .

الاعتراف بحقوق المتعامل المتعاقد بموجب القانون ، و نصوص العقد كالحصول على المقابل المالي نظير ما قام به من الالتزامات ، والحق في إعادة التوازن المالي للعقد يضع حد لتعسّف الإدارة المتعاقدة في تجاوز السلطات باسم المصلحة العامة ، وتبثّ الطمأنينة في نفوس الأفراد الراغبين في التعاقد مع الإدارة.

---

[1] دويب حسين صابر، الوجيز في العقود الإدارية التقليدية والحديثة دار النهضة العربية، القاهرة ، ب ط 2010 ص 219

[2] علي بن عبد الكريم السويلم فكره التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، رسالة الدكتوراه مقدمة إلى كليه الحقوق جامعه عين شمس2007 ص 196

[3] دويب حسين صابر ، المرجع السابق ، ص 220.

يملك المتعاقد ضمانات لمواجهة امتيازات الإدارة الخطيرة عن طريق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد إذا كان إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية يلحق أضرارا بمصالحه ، بالإضافة إلى حقه في المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسائر ، وما فاته من كسب .

ظهر لنا جليا من خلال هذه الدراسة أن المشرّع الجزائري من خلال المرسوم قد خطى خطوات سريعة في توفير ضمانات للمتعاملين المتعاقدين لإبرام صفقات في ظل ظروف جائحة كورونا تجعلهم في مأمن عن تداعياتها ، وبالتّالي يمكن أن نقدّم التوصيات التالية :

- ضرورة تدخّل المشرّع بتعديل فيما يخص المسؤول عن تحديد حالة الاستعجال الملح ، فلا يكون التقدير لشخص واحد ، وإنما ضرورة تشكيل لجنة من خبراء في الأوبئة ، تكون لها سلطة تحديد الضروري من الخدمات لمواجهة جائحة كورونا .
- إيجاد حلول مرضية لأطراف العقد في حال استمرار القوة القاهرة لمدّة طويلة بإعادة التوازن المالي بما يكفل حقوق المتعاقد وذلك بتوسيع صلاحيات القاضي الإداري .
- لا بدّ من وضع نظام قانوني من شأنه تكييف الأمراض والأوبئة في أوضاع قانونية معينة يتسنى من خلالها معرفة الحقوق والالتزامات ، وبالتّالي يسهل على الجهات القضائية الفصل في الدعاوى التي أثيرت بفعل هذه الأوبئة.

قائمة المصادروالمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

ب - القوانين:

1. المرسوم الرئاسي رقم 15 -247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015 ،ج، ر، ج، ج عدد 50 الصادرة بتاريخ 6 دو الحجة 1436 الوافق ل20 سبتمبر 2015

2. المرسوم 69/20 السابق والمرسوم 70/20 المؤرخ في 24 مارس2020 يحدد تدابير تكميلية للوقاية من انتشار فيروس كرونا ، ج.ر.ج العدد 16

3. المرسوم الرئاسي رقم 20 /237 مؤرخ في 12 محرم عام 1442 موافق ل 31 غشت سنة 2020 يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا كوفيد 19 ومكافحته ج.ر.ج.العدد 51 الصادرة في 12 محرم 1942 موافق ل 21 أوت 2020

4. المرسوم 72/21 المؤرخ في 16 فبراير 2021 المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 20-237 المتعلق بالتدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا كوفيد 19 ومكافحته

ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الكتب:

1. دويب حسين صابر، الوجيز في العقود الإدارية التقليدية والحديثة دار النهضة العربية، القاهرة ، ب ط 2010

2. علي عبد الأمير قبلان، اثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، مكتبه زين الحقوقية و الأدبية بيروت لبنان ، الطبعة الأولى 2011ص 464

3. عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، القسم الأول ، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،الطبعة الخامسة 2017

4. عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، طبقا المرسوم الرئاسي 15 /247 ، القسم الثاني ، الطبعة الخامسة جسور للنشر والتوزيع ، المحمدية الجزائر 2017

5. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة لمنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 2010.

6. النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018

ب- الرسائل الجامعية:

1. بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر 2009/2008

2. بن احمد حورية ، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم ، تخصص قانون عام ، كليه الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان - الجزائر ، السنة الجامعية : 2018 / 2017

3. حسن عبد الله حسن ، عقود مقاولات الأعمال ، دكتوراه في القانون العام ، جامعة الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2015.

4. علي بن عبد الكريم السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، رسالة الدكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس ، مصر ، 2007

5. محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون عام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم القانون العام ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2019.

6. هاشمي فوزية ، أثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين ، دراسة مقارنة ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص علوم قانونية ، فرع التجريم في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس ، السنة الجامعية 2018/2017

ج- المقالات في المجلات:

1- برباوي رقية ، آثار جائحة كورونا على إجراءات إبرام الصفقات العمومية ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية جامعه احمد بن يحيى الونشريسي ، تسمسيلت ، الجزائر، المجلد 5 ، العدد 3 ، سنة 2020

2- فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة ،ع. الخامس،2009

3- عبد الرحمن عزاوي، النظام القانوني لدفع المقابل المالي في العقد الإداري طبقا لقانون الصفقات العمومية الجزائري لسنة 1991 ، مجلة الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث عشر، فيفري 2000.

هـ- المقالات على مو اقع الانترنت:

1- علاء رضوان، 2020 ، هل الآثار القانونية لفيروس كورونا تمتد إلى الالتزامات التعاقدية؟ مقال نشر في موقع https://www.youm7.com/ اطلع عليه يوم 06 أبريل 2020 الساعة 17.30.

2- مقال نشر في موقع https://masdar-news.com/ar/article/649030/مرسوم-رئاسي-يحدد-التدابير-الخاصة-لابرام-الصفقات-العمومية-اطار-الوقاية-كورونا تم الاطلاع عليه يوم 15 اوت2021 على الساعة 20:00.