

إبرام العقود الإدارية

العقود الإدارية لا تخضع للقاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين"، إذ تتميز بكونها تهدف إلى تحسين سير عمل المرافق العامة ما يمنح الإدارة صلاحيات غير عادية في مواجهة متعاقديها، فتختلف العقود الإدارية عن تلك المدنية من حيث الشكل والموضوع واختيار الفريق الآخر المتعاقد مع الإدارة والذي يكون بطرق عدة أبرزها:

المناقصة:

تعتمد على فكرة إتاحة الفرصة لقيام المنافسة بين الراغبين في التعاقد حتى تستطيع الإدارة معرفة واختيار صاحب أفضل عرض من الناحية المالية والفنية. تختلف المناقصة عن المزايدة إذ تلجأ الإدارة إلى أسلوب المناقصة عندما تريد الحصول على خدمات أو سلع معينة أي في العقود التي ترتب التزامات مالية على الخزنة العامة فتعمل الإدارة على إتمام التعاقد بأقل تكلفة مالية ممكنة مع ضمان توافر الشروط الفنية المطلوبة للعملية في حين تستخدم المزايدة في حالة قيامها ببيع أو تأجير بعض أموالها بغرض الحصول على أعلى سعر ممكن.

- أنواع المناقصة:

المناقصة العامة: هي مناقصة مفتوحة لعدد غير محدود من المناقصين بحيث يمكن أن يشترك فيها كل من تتوافر فيه شروط المناقصة و يعتقد أنه قادر على تنفيذ العقد، فيقدم عرضه الذي يتضمن السعر الذي يقترحه، وقد تكون إما داخلية أو خارجية.

المناقصة المحدودة: تكون في الحالات التي تتطلب قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معينين (في الداخل أو الخارج) ممن تثبت كفاءاتهم وتتوافر فيهم شروط حسن السمعة. تختارهم الإدارة مسبقاً أو بمناسبة عقد معين لاقتناعها بهم، تلجأ الإدارة لهذا النوع في المشاريع الضخمة كإنشاء ميناء أو مصنع أجهزة إلكترونية...

المناقصة المحلية: يقتصر الاشتراك فيها على المقاولين والموردين المحليين المقعدين في قائمة تعدها الإدارة سلفاً.

- المبادئ العامة:

الإعلان عن المناقصة: يكون بالأسلوب الذي يحدده المشرع، فيعد النشر وسيلة الإعلان في المناقصة العامة أما بالنسبة للمناقصات المحدودة والمحلية فيتم الاعتماد على الإعلان الشخصي. يمثل الإعلان ضماناً أساسية من أجل تحقيق إذاعة كافية لكل من يهمهم الأمر من أجل الاشتراك فيها.

حرية المنافسة: يعني إتاحة الفرصة لكل من تتوافر فيه الشروط للتقدم للمناقصة. تعد المناقصة العامة الميدان الحقيقي لتطبيق هذا المبدأ غير أن للإدارة الحق في استبعاد بعض المتقدمين إذا ثبت لها عدم قدرتهم المالية والفنية من أجل توفير وقت وجهد اللجان المختصة لفحص العروض من أجل البت فيها وإرساء المناقصة على أفضلها.

المساواة بين المتناقصين: أي معاملة الجميع على قدم المساواة بالنسبة للشروط المطلوبة والمواعيد والإجراءات المقررة.

سرية العروض(العطاءات): تتحقق عن طريق تقديم العروض في أظرفة مغلقة يظل محتواها مجهولاً للإدارة ويقيه المتناقصين حتى ميعاد فتحها عن طريق لجنة مختصة وذلك لمنع أي تحايل أو اتفاق أجنبي لرفع الأسعار، أو استبعاد أحدهم من المنافسة.

- الإجراءات العامة:

بداية يتم تقديم العطاءات بعد الإعلان الخاص بالمناقصة وفق الشروط الواجب توفرها ثم فتح الأظرفة والبت فيها ثم إبرام العقد من الجهة الإدارية المختصة عن طريق التصديق على قرار البت أو تعديل التعاقد وإلغاء المناقصة.

الممارسة:

تلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب عندما تريد التفاوض مع عدد من الأفراد أو الشركات للتعرف على أسعارهم من أجل الوصول إلى اختيار مع متعاقد معه.

تختلف الممارسة عن المناقصة من ناحيتين:

أن الأسعار في الممارسة لا تتسم بالسرية التي هي المبدأ في عروض المناقصة، فكل مشترك في الممارسة يعرف السعر الذي يتقدم به المشتركون الآخرون ويمكنه النزول عنه، حيث تدعو الإدارة المشتركين في جلسة واحدة يتقدم خلالها الكل بتقديم أسعارهم في حضور الآخرين ومن لا يرغب في الاستمرار عليه أن يكف عن خفض سعره بحيث يستمر التنافس بين الآخرين.

أنواع الممارسة:

الممارسة العامة: تقوم الإدارة بالإعلان عنها بترخيص من السلطة المختصة بالاعتماد لكي تتمكن من المفاوضة مع أكبر عدد من المتنافسين في جلسة علنية مفتوحة تتولاها لجنة الممارسة مع المشتركين أو مندوبيهم.

الممارسة المحدودة: تقتصر الإدارة فيها على المفاوضة مع عدد محدود من المشتركين اللذين تقوم باختيارهم.

مواضيع الممارسة:

يشمل التعاقد عن طريق الممارسة كلا من المواضيع التالية: الأشياء المحترق صنعها أو استيرادها، الأشياء التي لا توجد إلا لدى شخص بذاته، الأشياء التي لا يمكن تحديدها بمواصفات دقيقة، الأعمال الاستشارية أو الفنية التي تتطلب بحسب طبيعة أجوائها معرفة فنيين أو أخصائيين أو خبراء معينين، الحيوانات والطيور والدواجن على اختلاف أنواعها المطلوبة لأغراض غير التغذية، التوريدات ومقاولات الأعمال و النقل وتقديم الخدمات التي تتصف بالاستعجال أو التي تقتضي طبيعتها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها أو التي قدمت عنها عطاءات تزيد عن أسعار السوق ولا يسمح الوقت بإعادة طرحها في المناقصة.

الأمر المباشر:

تتمتع الإدارة فيه بحرية كاملة في اختيار من تتعاقد معه بطريقة مباشرة دون أية إجراءات سابقة تلجأ في حالات معينة أهمها حالات الاستعجال التي لا يحتمل معها الالتجاء إلى أسلوب المناقصة أو الممارسة، وعندما يكون هناك احتكار قانوني أو فعلي من شركة معينة في موضوع العقد، وكذلك إذا كانت تتمتع العملية التي تريد إنجازها الإدارة بطابع السرية مما يحول دون الإعلان عنها بطريق المناقصة أو الممارسة، وأخيرا في العقود التي تنسم بالاعتبار الشخصي وبالإمكانات الكبيرة كعقد التزام المرافق العامة.

إبرام العقود الإدارية في الجزائر:

بالنسبة للجزائر، فإن المناقصة والمساومة بإجراء طلب العروض تعد القاعدة العامة فيما يخص إجراء الصفقات العمومية، لكن كونها تمر بإجراءات طويلة ومعقدة، فإن الإدارة لا تستطيع اللجوء إليها في بعض الأحيان لذا تم الترخيص للإدارة بإمكانية التعاقد بكيفية التراضي.

التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة وذلك طبقا للمادة 22 من المرسوم الرئاسي 250/02 والمادة 27 من المرسوم الرئاسي 236/10 والمادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15.

التراضي له شكلان حسب نفس المادة:

تراضي بسيط: هو عبارة عن إجراء لمنح العقد لمتعاقد دون الوضع رهن أي منافسة وميزته أنه سريع ويسمح باقتصاد التكاليف. تتمتع الإدارة فيه بحرية التعاقد وفق حالات محصورة في المادة 49 من مرسوم 247/15.

تراضي بعد الاستشارة: يسمح بإبرام العقد الإداري بعد استشارة محدودة بسيطة بالوسائل المكتوبة الكافية والملائمة دون أي شكلية أخرى، ولا تستشار إلا المؤسسات المؤهلة و المعتمدة والتي تستجيب لشروط تحقيق هذه الصفة. تلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب في الحالات المحدد في المادة 51 من المرسوم 247/15.

آثار العقود الإدارية

بما أن العقد الإداري يختلف عن العقد المدني كون أن أطرافه غير متكافئة باعتبار أن الإدارة طرف قوي بالقانون يمتلك امتيازات السلطة العامة والمتعاقد طرف خاص يفتقر إلى أي سلطة تمكنه من مواجهة الإدارة، كيف يؤثر ذلك على تنفيذ العقد وما هي الآثار الناجمة عن عدم التساوي هذا؟

بالنسبة للإدارة:

- امتيازات الإدارة:

- باعتبار الإدارة تستهدف المصلحة العامة في إطار تسييرها وتنظيمها للمرافق العامة منحت جملة من السلطات الاستثنائية في مواجهة المتعاقد معها.
- سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد: إذ لا تكتفي بالإشراف على التنفيذ أو تطابق التنفيذ مع الشروط والمواصفات، وإنما تستطيع التدخل في أوضاع التنفيذ وطرق التنفيذ التي يعتمدها المتعاقد، كما لها حق توجيهه في هذا المجال ضمانا لسلامة تنفيذ العقد.
 - الرقابة مفهوم، مفهوم ضيق يفيد التأكد من التنفيذ ويكون من خلال أعمال مادية كدخول مندوب الإدارة لأماكن العمل أو أعمال قانونية كأن تصدر الإدارة أوامر تنفيذية. ومفهوم واسع يكون أعمق لا يقتصر على التأكد بل يتعداه إلى التوجيه ويشمل ذلك أعمال قانونية فقط. - لا يعد سلطة لجهة الإدارة فقط وإنما هو واجب عليها القيام به-، كما لا يكون هذا الدور متساويا بالنسبة لجميع العقود فيكون قويا في بعضها وبسيطا في أخرى (تلك التي يقوم المتعاقد فيها بتنفيذ التزامه دفعة واحدة).
 - سلطة التعديل: انطلاقا من مبدأ المصلحة العامة ووفقا لمقتضيات سير المرفق يجوز تعديل شروط العقد وفقا لضوابط معينة، باعتبار أنها ليست سلطة مطلقة ولا يمكن لها أن تمس موضوع العقد أو الجانب المالي للمتعاقد، أهم ضوابطها:
 - أن يكون التعديل وفقا للمصلحة العامة ومقتضيات سير المرفق العام.
 - أن يتوفر مبرر للتعديل (أن يكون هناك ظروف استجدت بعد العقد تستدعي ذلك)
 - أن يتصل بموضوع العقد (الكمية، النوع، الزمن...بالزيادة أو النقصان وليس محل آخر)
 - أن يكون خلال المدة الزمنية للعقد.
 - أن يكون جزئيا.
 - أن يصدر عن الجهة المختصة بإصداره (صاحب صلاحية التوقيع)
 - أن لا يخل بالتوازن المالي للعقد (لا يؤدي إلى عدم مقدرة المتعاقد)
 - سلطة توقيع الجزاء: ذلك دون اللجوء إلى القضاء تستطيع الإدارة معاقبة المتعاقد الذي يستطيع بدوره اللجوء إلى القضاء من أجل إلغائها أو تخفيفها حسب الحالة، كما يشترط وجود نص يقرر لها فهي تملك حق توقيعها باعتبارها سلطة عامة بشكل تلقائي بمجرد ثبوت المخالفة، وقرارها في هذا الشأن خاضع لرقابة القضاء للتأكد من قيامه على سبب مبرر وإلا عدّ إساءة لاستعمال السلطة، كما يجب ضرورة إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء.

تتنوع صور هذه السلطة بين وبين الجزاءات الضاغطة، فيما يتعلق بالجزاءات المالية فتكون إما عبارة عن غرامات تأخير توقع على المتعاقد المتأخر في تنفيذ التزاماته أو تتمثل في مصادرة التأمين النهائي في حالة عدم وفاء المتعاقد بالتزاماته التعاقدية. أما فيما يتعلق بالجزاءات الضاغطة فهي ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة حق توقيعها إعمالاً لامتيازاتها في التنفيذ المباشر لإجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته، كوضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز، الشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد، وضع اليد على الأدوات والآلات المستخدمة، سحب العمل من المتعاقد وتنفيذه على حسابه بشرط ارتكابه لخطأ جسيم كوقف العمل دون سبب كما يشترط بنذر المتعاقد بتوقيع هذا الجزاء بخطاب مسجل وإمهاله مدة زمنية من أجل تصحيح الأوضاع بعد الإنذار.

فسخ العقد: يكون في حالة ما إذا كان المتعاقد غير قادر على الوفاء بالتزاماته أو في حالة الإخلال الجسيم لما يتعذر الإصلاح، ويشترط أن تقوم الإدارة بإبلاغ الجهات المختصة في بلاغات الغش والتحايل. كآثار الفسخ يتم إنهاء التعاقد ويجوز للإدارة تنفيذه حسب الشروط، كما يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به.

● سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادة مفردة: إما وفقاً للمصلحة العامة أو وفقاً للسلطة العامة، لا تمتد سلطة المحكمة للبحث في ملاءمة القرار وإلغائه وإنما من حيث مشروعيته، فإذا لم يكن كذلك حكم بالتعويض.

- التزامات الإدارة:

● تنفيذ العقد بمجرد إبرامه عن السلطة المختصة: لا يجوز لها التحلل من العقد بعد إبرامه، ولا التأخر في التنفيذ فيتعين عليها تسليم موقع العمل في الموعد اللازم كما يجب أن يكون خالياً من الموانع القانونية والمادية التي تحول دون بدء التنفيذ، بالإضافة إلى التنسيق مع مختلف الأجهزة الإدارية ومع الملتزمين بتأمين الظروف الأمنية والمتطلبات اللازمة باعتبارها سلطة عامة.

● تنفيذ العقد بأكمله واحترام المدة المقررة: لا تستطيع زيادة أو إنقاص الأعمال بغير النسب المحددة، كما يجب احترام المدة الكلية والمدد الجزئية لتنفيذ بعض الأعمال.

● تسليم المقابل المالي: وذلك متى أوفى بالتزاماته التعاقدية بشرط مطابقة الأعمال للشروط المتفق عليها أو دفاتر الشروط. لا تملك الإدارة كأصل عام حق المساس بالمزايا المالية للمتعاقد سوى بالاتفاق والتراضي، إلا أنه في حالة تدخل المشرع في الظروف الاستثنائية والحروب مثلاً (إصدار قوانين تأجيل الدفع أو تغيير سعر الفائدة) وعند وجود نص قانوني يجيز للإدارة تعديل المقابل المالي للمتعاقد فإنه يعود للإدارة إعمال هذا النص وإجراء التعديل تطبيقاً له.

● الالتزام بمبدأ حسن النية: في سبيل معاونة المتعاقد على التنفيذ قد لا تتمسك الإدارة بحرفية نصوص العقد أو تستند لسلطات لتحقيق مصالحها دون مصلحة المتعاقد يظهر ذلك مثلاً في التدخل لتسهيل الحصول على التصاريح اللازمة أو استعمال أجهزة معينة أو دخول أماكن معينة.

بالنسبة للمتعاقد:

- حقوق المتعاقد:

• التزام الإدارة بتنفيذ شروط العقد: تحترم الشروط، تنفذ الالتزامات الأصلية والتبعية، يتم التنفيذ بطريقة سليمة، تنفيذ العقد كاملاً، احترام المدة المحددة في تسليم الموقع، المقابل المالي، عدم القيام بأي عرقلات.

• حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي: يجب أن يكون محددًا في العقد ولا يجوز تعديله إلا في عقود امتياز المرافق العامة لمصلحة المتعاملين (الكهرباء، الماء...). تختلف طرق الدفع فتكون إما كل فترة زمنية أو مع تسليم كل جزء من موضوع العقد أو دفع مقدم العقد...، في حالة العمل الإضافي يحق المطالبة بقيمة المقابل المالي لما زاد عن التعاقد، وذلك في حالة ما إذا طلبت الإدارة تنفيذ هذه الإضافة، أو في حالة ما إذا كانت تلك الإضافة وفقا للشروط والتصميمات.

• حفظ التوازن المالي للعقد دون خطأ من جهة الإدارة:
حفظ التوازن بسبب نظرية عمل الأمير (عمل جهة الإدارة):
بحيث أن التصرف الصادر ليس خطأ لكنه ناتج عن متطلبات معينة وينتج عنه زيادة الالتزامات، فيجب على الإدارة تعويض المتعاقد بما يعيد التوازن المالي للعقد، وذلك لدى تعديل الإدارة لطريقة التنفيذ مثلا أو زيادة في العقد بـ10% من الموضوع.
شروطه: رابطة عقدية بين الإدارة والمتضرر، ضرر مادي يلحق بالمتعاقد، يصدر من الجهة المتعاقدة نفسها، أن لا يكون هناك خطأ، أن يكون غير متوقع.
في حالة عدم قدرة المتعاقد على التنفيذ له حق الفسخ ويكون التعويض كاملا عما لحق بالمتعاقد من خسارة.

حفظ التوازن المالي بسبب نظرية الظروف الطارئة (قضية إنارة بوردو):
حيث يبقى التنفيذ ممكنا لكنه مرهق بالنسبة للمتعاقد الذي أثرت عليه هذه الظروف الطارئة ومن ثم لا يعفى المتعاقد من التنفيذ إلا أنه يمنح الحق في طلب الإدارة أن تساهم في تحمل بعض الخسائر ضمانا لحماية المرفق العام واستمراره في أداء خدماته دون انقطاع.
شروطه: أن يكون الطرف الطارئ وقع بعد إبرام العقد وخلالها، أن يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه، أن يكون خارجا عن إرادة المتعاقد، أن يترتب عليه خسارة فادحة، أن لا يترتب عليه استحالة التنفيذ، أن يكون مؤقتا، أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد.
حفظ التوازن المالي بسبب نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (أعمال الحفر والإنشاء):

حيث تواجه المتعاقد صعوبات خلال تنفيذ العقد تجعله أشد وطأة وأكثر كلفة.
شروطه: أن تكون هذه الصعوبات مادية (متعلقة بطبيعة الأرض محل الموضوع)، أن لا تكون هذه الصعوبات من صنع أحد الطرفين، أن تكون غير متوقعة لدى الإبرام، أن تكون غير مألوفة وغير عادية، أن تقلب اقتصاديات العقد، أن يستمر المتعاقد في التنفيذ.
آثارها: طلب تمديد مدة العقد والإعفاء من غرامة التأخير، الحصول على تفويض يغطي النفقات الإضافية المتعلقة بالصعوبات.

• الحق في الفسخ: في حالات محددة هي: إذا لم تمكنه من البدء في التنفيذ، إذا لم تلتزم بشروط التعاقد، إذا لم تنفذ التزاماتها بصورة صحيحة، إذا قامت بالزيادة أكثر من القيمة المحددة قانونا، إذا أوقفت التنفيذ لغير المصلحة العامة.

شرطه: أن يقوم بإنذار الإدارة مسبقاً ومهلة 15 يوم للتصحيح ثم توجه للقضاء من أجل طلب الفسخ والتحلل من الالتزامات ولا يحكم بذلك إلا إذا كان للإدارة خطأ جسيم. أثره: يعد منتهياً من تاريخ نشره وانعقاده أما العقود الزمنية فيخص ما تبقى من التنفيذ، يستحق المتعاقد تعويضاً عما لحقه من أضرار وما فاتته من كسب.

- التزامات المتعاقد:

● الالتزامات: أن يقوم بالتنفيذ على مسؤوليته الخاصة، تمتد مسؤوليته الشخصية حتى بعد التسليم الابتدائي بسنة فيضمن العيوب والنتائج الضارة بسبب أعمال ووسائل التنفيذ، أن يكون وفق الشروط المحددة، بطريقة سليمة، بنفسه، وفق مبدأ حسن النية، أن يحترم المدة المحددة، ألا يمتنع عن الوفاء بالتزاماته بحجة تقصير الإدارة مادام الوفاء ممكناً.

● التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد: يعد المتعاقد محل اعتبار من حيث شخصه زمن وجب عليه التنفيذ بنفسه فلا يحق له توكيل غيره أو إعطاء المناقصة بالتنازل عنها لجهة أخرى دون الرجوع إلى الإدارة. في هذه الحالة يظل المتعاقد الأصلي مسؤولاً عن أي تقصير أو خطأ من المتعاقد الباطن، يجوز للإدارة سحب العمل من المتعاقد الأصلي، ليس لمتعاقد الباطن أي حقوق اتجاه الإدارة ولا يحق له رفع دعوى. في حالة الموافقة على التنازل الجزئي تظل العلاقة مستمرة مع المتعاقد الأصلي وهو المسؤول الوحيد أمام الإدارة، أما التنازل إليه ليس طرف في العقد.

● وفاة المتعاقد أو إفلاسه:

في حالة الوفاة يجوز للإدارة إنهاء العقد ورد الضمان النهائي إذا لم يكن لديها متطلبات اتجاه المتعاقد وتقوم اختيار متعاقد آخر. يجوز للإدارة السماح للورثة بإكمال التعاقد بشرط تعيين وكيل لهم. في حالة الإنهاء، الإدارة ملزمة بتدوين محضر فيه ما تم إنجازه وقيمه والمتبقي على أن يوقع الورثة كذلك.

في حالة حل الشركة: إنهاء العقد.

في حالة الإفلاس: للإدارة الحق في فسخ العقد ووضع اليد على الموقع.