الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية دراسة مقارنة

د. فوزية هاشمي
جامعة تيارت (sileene_f@hotmail.fr)

ملخص:
تكتسي الصفقات العمومية أهمية بالغة ومحورا أساسيا في تنفيذ مخططات التنمية، و دفع العجلة الاقتصادية، فهي بذلك تكلف الدولة مبالغ باهظة، كون أغلب النفقات تصرف في شكل صفقات بشتى أشكالها و أنواعها، لاسيما الموجهة لتنفيذ مشاريع ذات منفعة وطنية.
و باعتبار الصفقات العمومية ذات صلة وثيقة بالخزينة العمومية، كان لزاما على التشريع الجزائري وضع منظومة قانونية متكاملة تفرض على المتعاقدين تقديم ضمانات مالية، تكفل بها توفير قدر من الحماية للمال العام من جهة و تحقق حسن تنفيذ الصفقة العمومية من جهة ثانية.
الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، الضمانات المالية، الحماية، المال العام.

Abstract:
Financial Guarantees in the Field of Public Transactions Comparative Study

Public transactions are very important and a key focus in the implementation of development plans, and the drive of the economic cycle. So, it costs the state large amounts, since most of the expenses are spent in the form of transactions in all its forms and types, especially those directed to implement projects of national benefit.
And as the public transactions are closely related to the public treasury, it was necessary for the Algerian legislation to put an integrated legal systemthat requires contractors to provide financial guarantees, ensuring the provision of some protection for public money on one hand, and to achieve good implementation of the public transaction on the other hand.
Key words: Public Transaction, Financial Guarantees, Protection, Public Money.

مقدمة

تلجأ السلطات الإدارية عند ممارستها لأنشطتها و تلبية حاجاتها لأساليب متعددة المادية منها و القانونية، و أحيانا أخرى تلجأ إلى إبرام عقود إدارية.

و لبلوغ الإدارة أهدافها الأساسية تختار الأسلوب الأمثل و الأنجع للتعاقد، و الذي يقوم على أسس و قواعد يحددها و ينظم إجراءاتها قانون الصفقات العمومية.

فالصفقات العمومية تتسع مجالاتها و تتعدد تدخلاتها و تختلف وظائفها، باعتبارها أهم قناة تتحرك فيها الأموال العامة، و الأداة الوحيدة التي وضعها التشريع الجزائري في يد الإدارة بغية تجسيد الميداني للمشاريع المرسومة

في السياسة العامة للأمة، و بالتالي فهي تعد من أهم الوسائل التي تلعب دور فعال في النهوض بالاقتصاد الوطني و إنجاز المشاريع بجودة عالية و بأقل تكاليف ممكنة و في أقصر الآجال.

إن استعانة الإدارة بجهود و إمكانيات المتعامل المتعاقد، لتحقيق أهدافها المتمثلة في الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام و تحقيق الصالح العام، يلزمها دائما بالتريث في حسن اختيار المتعاقد من الناحية الاقتصادية وفقا لمجموعة من المعايير محددة و معروفة، خاصة ما يتعلق في البحث عن الضمانات الملائمة و الضرورية.

لذا يعتبر حسن اختيار المتعاملين، و اختيار أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة من الضمانات الضرورية التي تتيح التنفيذ الحسن للصفقة العمومية.

غير أنه فضلا عن أن اختيار المتعامل المتعاقد يعتبر في حد ذاته ضمانا، إلا أن تنظيم الصفقات العمومية ألزم كل متعاقد بتقديم ضمانات مالية، تعتبر كحماية للمصلحة المتعاقدة من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها انجاز مشروع ما.

لذا و بهدف تكريس مبدأ المنافسة الشريفة بين العرضين و إضفاء الشفافية أكثر على إبرام الصفقات العمومية و على اختيار المتعامل المتعاقد، ألزم المشرع الجزائري الإدارة المتعاقدة التقيد بمجموعة من الإجراءات أهمها اختيار المتعامل المتعاقد الأقدر من الناحية المالية، الذي يتجسد في الكثير من النواحي، إذ يعتبر من أهم المسائل التي يبنى عليها الكيان التنظيمي لقانون الصفقات العمومية، فهو حتمية لابد منها لإضفاء الشفافية بين العارضين و حماية الأموال العامة، خاصة أن هذه الأخيرة ذات صلة وثيقة بالصفقات العمومية.

لهذا يتلخص المبتغى و الفائدة من الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، في الوقوف على الأحكام القانونية التي تضمنها تنظيم الصفقات العمومية، من خلال إقراره لمجموعة من المعايير يستند عليها لاختيار المتعامل المتعاقد و منحه الصفقة.

و يمكن تحقيق هذا الهدف الرئيسي من خلال الأهداف الآتية:

- إن دراسة و تحليل مفردات موضوع الضمانات المالية تساعد على معرفة و تبيان دور قانون الصفقات العمومية في توضيح معايير الاختيار و إسناد الصفقة للمتعامل المتعاقد، إضافة إلى تبيان أنجع السبل المتوفرة للمصلحة المتعاقدة لحماية مصالحها من مخاطر التنفيذ.
- كما تفيدنا أيضا هذه الدراسة إلى معرفة أن الضمانات المفروضة في إطار الصفقات العمومية لها مفهوم واسع، فأي إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة في إطار أحكام قانون الصفقات العمومية، يمكن اعتباره ضمانا لحسن تنفيذ هذه الصفقة,

كما أن هذه الضمانات لا تقف عند مرحلة معينة، بل تستغرق جميع مراحل حياة الصفقة بدء بمرحلة التحضير، مرورا بالإبرام و التنفيذ وصولا إلى مرحلة ما بعد التسليم و ذلك في حالة الضمان العشري.

و من هذا المنطلق تثار إشكالية جوهرية حول مدى فعالية و نجاعة الضمانات المالية في حماية المال العام و حقوق المصلحة المتعاقدة ؟

ومن أجل الإجابة على هذه الإشكالية والإحاطة بجميع جوانبها، تم إتباع مناهج معينة تتطلبها جميع الدراسات القانونية، تتمثل في المنهج التحليلي و المنهج الوصفي و المقارن.

فالمنهج التحليلي يكون لتحليل مفردات هذا الموضوع ومضمون النصوص القانونية التي تحكم الصفقات العمومية، أما المنهج الوصفي فيكون لوصف الدقيق لجميع المعلومات المتعلقة بالموضوع والربط بين الأسباب والنتائج و ذلك لمحاولة تفسيرها قصدالوصول إلى حل للإشكالية المطروحة، أما المنهج المقارن فيكون لمقارنة أهم المسائل القانونية المثارة بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة.

وعلى ضوء هذا وبهدف الإلمام بكل ما يمكن أن يفيد في تفصيل و توضيحالضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية تم تقسيم البحث إلى مبحثين، حيث خصص المبحث الأول لدراسة الضمانات المالية الإلزامية، من خلال التطرق إلى كفالة التعهد و كفالة حسن التنفيذ كمطلب أول، و تبيان كفالة الضمان و كفالة رد التسبيقات كمطلب ثاني.

أما المبحث الثاني فعالج الضمانات المالية الأخرى، حيث تناولت الدراسة الضمانات المالية الخاصة و الضمانات ذات الطبيعة الحكومية في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فخصص لدراسة اقتطاع حسن التنفيذ و اقتطاع الضمان.

المبحث الثاني: أصناف الضمانات المالية

لما كانت الصفقات العمومية صلة بالخزينة العامة من جهة، و بحسن سير المرفق العام بانتظام من جهة ثانية، و بالجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام من جانب آخر، وجب أخذ الاحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة على مصالحها، و الضغط أكثر على المتعاقد معها و جبره على تنفيذ التزاماته في الآجال المتفق عليها و وفقا للشروط و المواصفات و الكيفيات الواردة في عقد الصفقة[1].

فالمصلحة المتعاقدة منذ بداية مرحلة الإبرام، تحرص و في المقاوم الأول على منح الصفقة العمومية للمتعامل المتعاقد القادر من الناحية المالية، وفق لما ألزم عليه تنظيم الصفقات العمومية بموجب المادة 53 من المرسوم الرئاسي[2]247/15، إذ تخصص الجهة المتعاقدة الصفقة للمؤسسة التي تعتقد أنها قادرة على تنفيذها، بعد تأكدها من قدرات المرشحين و المتعهدين المالية.

لهذا تحرص الجهة الإدارية في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية خاصة من الناحية المالية، إذ تقوم بالاستعلام بكل الوسائل القانونية عن المتعامل المتعاقد، سواء لدى مصالح متعاقدة أخرى سبق لها التعاقد مع المتعامل المتعاقد المختار، أو عن طريق الهيئات المكلفة بمهمة المرافق العمومية، أو لدى البنوك و التمثيليات الدبلوماسية في الخارج وفق لما نص عليه التشريع الجزائري في المادة 56 من نفس المرسوم أعلاه.

مما سبق، و حتى تتمكن الإدارة من حماية نفسها و مصالحها من المخاطر المالية التي يمكن أن تتعرض لها بصدد تنفيذ صفقاتها العمومية[3]، أوجب التشريع الجزائري بموجب المادة 124 من المرسوم الرئاسي 247/15، على تقديم المتعامل المتعاقد ضمانات مالية تتيح التنفيذ الجيد للصفقة.

لذا فان كل مرحلة من المراحل الصفقة تشمل التزامات تعاقدية خاصة بها، يتم ضمانها بكفالات يقدمها المتعامل المتعاقد، يتم استصدارها من البنك.

لهذا و لتفصيل أكثر في أصناف الضمانات المالية، تم تخصيص المطلب الأول لدراسة كفالة التعهد و كفالة حسن التنفيذ، أما المطلب الثانيكفالة الضمان و كفالة رد التسبيقات.

المطلب الأول: كفالة التعهد و كفالة حسن التنفيذ

بالرجوع إلى القواعد العامة، فقد عرفت المادة 644 من القانون المدني الجزائري[4] الكفالة على أنها: " عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذ لم يف به المدين نفسه".

من خلال استقراء نص المادة أعلاه تبين لنا بأن للكفالة عنصران، أحدهما مادي يتمثل في ضمان الدين من خلال مبلغ مالي أو أية قيمة أخرى، أما العنصر الثاني فتتمثل في الشخص الكفيل الذي يمثل بحد ذاته الضمان لتنفيذ الالتزام من شخص آخر و هو ما يعرف بالكفالة الشخصية و التضامنية[5].

إذا فالكفالة عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل و دائن شخص آخر، يلتزم بموجبه الكفيل أن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين[6].

و عليه فان الكفالة تعد من الضمانات الشخصية التي تعطي الحق للدائن بالرجوع على شخص آخر و هو الكفيل، حيث تعتبر تقنية بسيطة و سهلة في تكوينها، لا تتطلب شكلية رسمية ما عدا شرط الكتابة للإثبات طبقا للمادة 645 من القانون المدني الجزائري.

أما في مجال الصفقات العمومية فقد نص المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على عدة أصناف من الكفالة، يلتزم المتعامل المتعاقد أداءها تجاه المصلحة المتعاقدة و تتمثل في كفالة التعهد كفرع أول و كفالة حسن التنفيذ كفرع ثاني.

الفرع الأول: كفالة التعهد

باعتبار أن الصفقات العمومية تمر بمراحل معقدة بداية من استدراج العروض إلى غاية إنهاء إجراءات إبرامها، مما يؤدي إلى رسو طلب العروض على المتعامل المتعاقد، هذا الأخير الذي قد يتهرب عن عرضه أو يرفض إمضاء

الصفقة بعد إرساء الاختيار عليه، أو يرفض الشروع في الانجاز، الأمر الذي يفرض على الجهة الإدارية المتعاقدة إما المرور إلى طلب العروض الأقل ترتيبا، أو إعادة الإجراءات من جديد، مكلفا إياها زمنا إضافيا طويلا و مصاريف أخرى.

لهذا و كضمان و حماية مصالح الإدارة المتعاقدة، و إجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، نص التشريع الجزائري على وجوب دفع كفالة التعهد.

و قد استحدثت كفالة التعهد لأول مرة في المرسوم الرئاسي[7] رقم 250/02 الملغى، و ذلك بغية تمكين المصلحة المتعاقدة من وضع يدها على الضمان البنكي، الذي يستصدره المتعاقد و يقدمه ضمن ملفه التقني كعربون وفاء بالعرض الذي قدمه بصدد الصفقة.

إذا فكفالة التعهد يقدمها المتعامل المتعاقد للجهة الإدارية كدليل يثبت بها جديته في حال رسو طلب العروض عليه، حيث يقدم هذا الدليل على شكل كفالة بنسبة مئوية من قيمة الصفقة، و في حال تخلف أو تقصير المتعاقد عن تنفيذ طلب العرض إذا رسا عليه، فان قيمة الكفالة تصادر لصالح المصلحة المتعاقدة[8].

بالرجوع للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، فقد نص المشرع الجزائري على كفالة التعهد بموجب المادة 67 و المادة 125 التي ربطت وجوب هذه الكفالة من عدمها باختصاص اللجنة القطاعية.

فصفقات الأشغال العمومية و اللوازم المعروضة على اللجنة القطاعية تلزم إدراج كفالة التعهد دون إلزام صفقات الخدمات و الدراسات بهذه الكفالة، الأمر الذي يبدو غريبا نوعا ما في موقف المشرع الجزائري، خاصة أن هذا النوع من الصفقات – الخدمات و الدراسات- قد تمر هي الأخرى أحيانا بنفس العماليات المتتالية و المعقدة التي تمر بها صفقات الأشغال و اللوازم.

هذا و يظهر جليا أن التمييز الذي أورده تنظيم الصفقات العمومية، اهتم فقط بالمبالغ لا بما تتطلبه إجراءات الإبرام، فهو معيار غير كاف فصفقات الأشغال و اللوازم المعروضة على اللجان الأخرى، و التي رغم أن مبالغها تساوي 200 مليون دينار جزائري تستدعي نفس الإجراءات و بالتالي نفس المدة التي تستدعيها الصفقات المعروضة على اللجنة القطاعية، و بذلك فان هذا التمييز بين الصفقات المعروضة على اللجنة القطاعية و اللجان الأخرى في مسألة وجوب اشتراط كفالة التعهد غير مفهوم[9].

و على هذا الأساس كان الأجدر بالمشرع الجزائري الاعتماد على أساس الشكل و الإجراءات الإبرام للتمييز بين الصفقات، خاصة و أن قيمة مبلغ طلب العروض لا يعبر بالضرورة على مقدار أهمية المرفق العام، فهناك مشاريع ذات المبالغ الصغيرة تفوق أهميتها للمرفق العام من مشاريع ذات المبالغ الكبيرة، هذا إلى جانب أن بعض المتعاملين المتعاقدين قد يحصلوا على أكثر من مشروع لا يستوجب تقديم كفالة التعهد عوضا من البحث عن مشروع كبير يستوجب تقديم الكفالة.

أما بالنسبة إلى مبلغ كفالة التعهد الذي اشترط تنظيم الصفقات العمومية إدراجه في العرض، يقدر بنسبة تفوق 1% مبلغ العرض حسب ما نصت عليه المادة 125 من المرسوم الرئاسي 247/15.

هذا و قد ألزم تنظيم الصفقات العمومية بموجب المادة 67 من المرسوم الرئاسي أعلاه، على تقديم كفالة التعهد في ملف التقني، حيث تدرج هذه الأخيرة – كفالة التعهد- في ظرف ثالث غير تقني و المالي، مقفل يحمل عبارة كفالة تعهد لا يفتح إلا عند فتح الأظرفة المالية[10].

مما سبق، يمكن القول أن المشرع الجزائري باشتراطه وضع عبارة لا يفتح إلا عند فتح الأظرفة المالية على ظرف المتعلق بكفالة التعهد، يكون قد سلب لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض في الإجراءات المحدودة إمكانية التأكد من الوجود الفعلي لكفالة التعهد في الملف التقني للمتعهد، أي اللجنة لا تقوم بالإطلاع على محتوياته و إنما يترك لها الحكم الافتراضي على وجود هذه الكفالة من خلال وجود الظرف فقط.

و تجدر الإشارة أن كفالة التعهد تغطي الفترة الفاصلة بين إيداع العرض و انتهاء صفة العارض عن المتنافسين، و يتم رفع المصلحة المتعاقدة يدها عن هذه الكفالة، بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن للمتعهدين الذين لم يتم قبول عروضهم و لم يقدموا أصحابها طعونا، أما بالنسبة للمتعهدين الذين قدموا طعون، فلا ترفع اليد عن كفالاتهم إلا بعد تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة، و هذا ما نصت عليه المادة 125 في الفقرة 4 و 5 من المرسوم الرئاسي 247/15.

أما بالنسبة للمتعامل المتعاقد الذي تم اختياره من قبل الجهة المتعاقدة، فان كفالته لا ترد إلا بعد وضع كفالة حسن التنفيذ طبقا للفقرة 6 من المادة 125 أعلاه، حيث تقدم كفالة حسن التنفيذ مع أول كشف مستحق التسديد.

من خلال ما سبق، يمكن الإشارة إلى أن رفع اليد عن كفالة التعهد في ظل المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى، بالنسبة للعروض المرفوضة يكون بعد 35 يوم من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة طبقا للمادة 3/45 من المرسوم الرئاسي 250/02، أما بالنسبة للمتعهد الذي رسا عليه الاختيار فترد كفالته من تاريخ إمضائه للصفقة طبقا للفقرة 4 من المادة 45 أعلاه.

و على هذا الأساس يمكن القول أن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى، قد سلب الجهة الإدارية كل إمكانية المطالبة بالتعويض، في حالة إخلال أو تقصير المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته عندما نص على رد الكفالة إلى المتعاقد بمجرد الإمضاء على الصفقة.

أما بالنسبة للقوانين المقارنة، فنجد التشريع المصري قد نص هو الآخر على كفالة التعهد لكن تحت تسمية التأمين المؤقت، حيث وحد قانون المناقصات و المزايدات[11] رقم 1998/89 قيمة التأمين المؤقت بالنسبة لجميع أنواع العقود الإدارية بما لا يتجاوز نسبة 2% من القيمة التقديرية[12]، حيث نصت المادة 17 منه على أنه:

"يجب أن يؤدي مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغه ضمن شروط الإعلان بما لا يجاوز 2% من القيمة التقديرية، و يستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل المبلغ".

أما التشريع التونسي، فقد ألزم بموجب الفصل 57 من الأمر 1039/2014 الإدارة على ضبط الضمان المؤقت في دفاتر شروطها بعنوان الضمان الوقتي، حيث يحدد المشتري العمومي قيمة هذا الضمان بمبلغ يتراوح بين نسبة 0.5% و 1.5% من القيمة التقديرية للطلبات موضوع الصفقة، و في بعض الحالات الاستثنائية يمكن للمشتري العمومي أن يحدد مبلغ الضمان بصورة جزافية حسب درجة و أهمية الصفقة[13].

و في حالة تخلف العارض عن تقديم الضمان الوقتي ترفض العروض، و في سبيل ذلك تقوم لجنة فتح الظروف العارضين الذين قدموا ضمانات وقتية غير مطابقة كليا لمقتضيات كراسات الشروط من حيث مبلغ الضمان، إلى تسوية وضعيتهم خلال أجل معين يتم بانقضائه إقصاء العروض[14].

هذا و يقوم المشتري العمومي طبقا للفصل 76 من نفس الأمر بإرجاع الضمان الوقتي للمشاركين الذين أقصيت عروضهم، و المشاركين الذين لم يتم اختيار عروضهم بعد اختيار صاحب الصفقة.

أما بالنسبة للمتعاقد الذي رست عليه الصفقة، فلا يتم إرجاع الضمان الوقتي إلا بعد تقديمه للضمان النهائي، و ذلك في أجل 20 يوم ابتداء من تاريخ تبليغ الصفقة.

الفرع الثاني: كفالة حسن التنفيذ

تعتبر كفالة حسن التنفيذ ثاني الضمانات الخاصة بالصفقة العمومية، فهي كفالة بنكية موضوعها تأمين[15]، أي تعد التزاما صادرا عن بنك يتعهد بموجبه تحمل تبعات عدم تنفيذ زبونه، لمضمون التزاماته التعاقدية كعدم التسليم أو عدم مطابقة ما نفذه أو سلمه لما تم الاتفاق عليه أو للمعايير المعمول بها[16].

و تعد كفالة حسن التنفيذ من أبرز الضمانات التي شدد المشرع الجزائري على ضرورة تقديمها من طرف المتعاملين المتعاقدين الوطنين و الأجانب على السواء، حيث نصت المادة 130 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: " زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110، يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط، كفالة حسن تنفيذ الصفقة".

هذا و قد ألزم المشرع الجزائري بموجب المادة 07 من دفتر الشروط الإدارية[17] لسنة1964، على تقديم كفالة حسن التنفيذ إذا تم النص عليها في دفتر الشروط.

من خلال هذه المادة يبدو أن الهدف من إلزام دفع هذه الكفالة هو ضمان و حماية مصالح الجهة الإدارية و حماية المال العام من جهة، و من جهة ثانية جبر المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماته حسب الشروط و في الآجال المنصوص عليها في العقد.

و تجدر الإشارة أن تنظيم الصفقات العمومية قد ربط وجوب كفالة حسن التنفيذ من عدمه بأجل معين، إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ، إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة 03 أشهر حسب ما نصت عليه الفقرة 03 من المادة 130 من المرسوم الرئاسي 247/15.

و عليه يمكن طرح تساؤلين مهمين، يتعلق الأول بغاية المشرع من إبقاء على كفالة التعهد إلى غاية تقديم أول كشف مستحق التسديد، طبقا لما أوجبه تنظيم الصفقات العمومية في حالة صفقة آجالها يقل عن 03 أشهر من جهة، و من جهة ثانية إن تقديم كفالة حسن التنفيذ لا يعد لازما في نفس هذه الآجال أي أقل من 03 أشهر؟

أما السؤال الثاني فيتعلق بمدى وجوب اشتراط كفالة حسن التنفيذ في حالة تمديد لاحق لآجال التنفيذ لصفقة انطلقت بأجل مقداره يقل عن 03 أشهر؟

و على العموم، كان على المشرع الجزائري إبقاء على تقديم كفالة حسن التنفيذ حسب ما ألزمت به المادة 1/130 من المرسوم الرئاسي 247/15، دون تقييد الزاميتها بآجال معينة، و هذا ضمانا لوفاء المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية من جهة، و حماية المال العام و تحقيق الصالح العام من جهة ثانية.

هذا و تجدر الإشارة أيضا، أنه يمكن إعفاء المتعامل المتعاقد من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة بالنسبة لبعض صفقات الدراسات و الخدمات، التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات[18].

مما سبق، و من خلال القراءة المتزامنة للإعفاء الوارد في الفقرة 02 من المادة 130 من المرسوم أعلاه، مع ما جاءت به المادة 132 من نفس المرسوم، يمكن القول أن المشرع الجزائري قد وقع في تناقض، فإذا كانت المادة 2/130 قد أوكلت إعفاء بعض أنواع صفقات الدراسات و الخدمات من كفالة حسن التنفيذ إلى السلطة التقديرية للجهة المتعاقدة، فان المادة 132 جاءت صريحة بخصوص نفس أنواع الصفقات، حيث بينت إمكانية تعويض هذه الكفالة باقتطاعات حسن التنفيذ عندما ينص دفتر الشروط على ذلك.

و على هذا الأساس فان المادتين تناولتا نفس الموضوع وهو إعفاء بعض الصفقات الدراسات و الخدمات من كفالة حسن التنفيذ، غير أن الفقرة الثانية من المادة 130 اشترطت أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من حسن تنفيذ الخدمات، في حين المادة 132 نصت على إمكانية تعويض كفالة حسن التنفيذ بالنسبة لبعض من هذه الصفقات باقتطاع حسن التنفيذ، علما أن المشرع الجزائري قد ألزم على تقديم كفالة حسن التنفيذ لهذا الصنف من الصفقات.

و عليه فإما أن تكون هذه الصفقات معفية فلا حاجة لتعويض الكفالة باقتطاع أو لا تكون معفية، أو أن تنظيم الصفقات العمومية قد منح صلاحيات واسعة للجهة الإدارية حتى تتأكد من حسن التنفيذ.

كما تجدر الإشارة أيضا، أن المشرع الجزائري قد أعفى بموجب الفقرة 04 من المادة 130 من المرسوم الرئاسي أعلاه المتعامل المتعاقد من تقديم كفالة حسن التنفيذ في حالة الصفقات المبرمة بالتراضي البسيط و الصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية.

إضافة إلى ذلك فقد تم إعفاء الحرفيون الفنيون و المؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري، من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية.

أما بالنسبة لما تغطيه كفالة حسن التنفيذ، فهي تغطي المرحلة الممتدة من تاريخ صدور الأمر ببدء الأشغال إلى غاية نهاية الآجال المحددة لتنفيذ الصفقة العمومية، حيث تشترك في تغطيتها مع كفالة التعهد التي ينتهي دورها عند تقديم كفالة حسن التنفيذ مصحوبة بأول كشف.

و قد تستمر تغطية كفالة حسن التنفيذ كل مرحلة انجاز الصفقة، إذ يتم رفع اليد عنها عند الاستلام المؤقت، ما لم تتحول إلى كفالة ضمان حسب ما نصت عليه المادة 131 من المرسوم الرئاسي 247/15.

و يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ كأصل عام بنسبة لا تقل عن 5% و لا تقل عن 10% من مبلغ الصفقة العمومية، و ذلك حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها، و يخفض مبلغها إلى نسب تتراوح بين 1% و 5% من مبلغ الصفقة إذا تعلق الأمر بالصفقات العمومية التي لا تبلغ الحدود المنصوص عليها لمادة 184[19] من المرسوم الرئاسي أعلاه.

أما التشريع التونسي فقد نص بموجب الفصل 105 من الأمر 1039/2014 على النسب المالية التي تضبطها كراسات الشروط، إذ لا يمكن أن تفوق نسبة 03% من المبلغ الأصلي للصفقة مضاف إليه عند الاقتضاء مبلغ الملاحق إذا لم تنص الصفقة على أجل الضمان، و نسبة 10% إذا اشتملت الصفقة على أجل ضمان دون أن تتضمن حجزا بعنوان الضمان.

أما بالنسبة لتاريخ رفع اليد عن هذا الضمان، فقد نص الفصل 108 من نفس الأمر أعلاه، على أنه يرجع الضمان النهائي أو ما تبقى منه لصاحب الصفقة في الآجال التالية:

- 04 أشهر ابتداء من تاريخ قبول الطلبات عندما لا تنص الصفقة على أجل الضمان؛
- 04 أشهر ابتداء من تاريخ القبول النهائي للطلبات أو انتهاء مدة الضمان، عندما تنص الصفقة على مدة ضمان دون الحجز؛
- شهر واحد بعد القبول الوقتي أو النهائي للطلبات، عندما تنص الصفقة على حجز بعنوان الضمان.

المطلب الثاني: كفالة الضمان وكفالة رد التسبيقات

لما كانت للصفقات العمومية أهمية كبيرة في تنفيذ المشاريع العمومية و انجاز برامج التنمية، فقد ألزم التشريع الجزائري بموجب أحكام تنظيم الصفقات العمومية على تقديم المتعامل المتعاقد لضمانات مالية في شكل وثيقة مكتوبة تصدر عن مؤسسة مالية معينة، تضمن التزام المتعاقد ببذل العناية لتنفيذ التزاماته بالكيفية المتفق عليها، و من جهة ثانية تمكن الجهة الإدارية من استرداد التسبيقات التي منحتها للمتعامل المتعاقد لإنعاش ذمته المالية و مساعدته على البدء في تنفيذ موضوع الصفقة.

و على هذا الأساس، و لتفصيل أكثر في هذا المطلب تم التطرق لكفالة الضمان كفرع أول، أما الفرع الثاني فخصص لكفالة رد التسبيقات.

الفرع الأول: كفالة الضمان

لضمان العيوب التي قد تترتب عن سوء التنفيذ لموضوع الصفقة، يلتزم المتعامل المتعاقد بضمان الأشغال التي ينفذها خلال مدة معينة بعد الانتهاء من الانجاز، فيقدم للجهة الإدارية كفالة ضمان بمبلغ مالي معين من قيمة المشروع.

و الواقع أن هذه الكفالة تتعلق بالصفقات التي تنص على أجل ضمان، حيث تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان.

هذا و تغطي كفالة الضمان المرحلة التي تبدأ من الاستلام المؤقت إلى نهاية أجل الضمان، الذي يؤسس كضمان بنكي، كما يمكن أن يؤسس كاقتطاع من المستحقات الواجب تسديدها إلى المتعامل المتعاقد، و في هذه الحالة تسمى اقتطاع الكفالة[20].

و يسترجع المتعامل المتعاقد هذه الكفالة خلال شهر واحد يحسب ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة العمومية، حسب ما نصت عليه المادة 134 من المرسوم الرئاسي 247/15، و هذا عكس ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 47 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964، حيث حدد آجال الضمان كالآتي:

- بالنسبة لأشغال الصيانة و حفر الأسس و الطرق الحجرية، يحدد آجال 6أشهر ابتداء من تاريخ الاستلام المؤقت؛
- بالنسبة للأشغال الأخرى يحدد بنسبة واحدة تبدأ من الاستلام المؤقت.

الفرع الثاني: كفالة رد التسبيقات

لقد سبقت الإشارة إلى أن دفع التسبيقات هو استثناء عن الأصل العام المتمثل في الدفع بعد أداء الخدمة، إذ تبادر الجهة الإدارية بدفع التسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل المتعاقد، بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال و تخفيف عنه الأعباء المالية[21] في حدود ما تم الاتفاق و النص عليه في دفاتر الشروط، على أن يلتزم

المتعاقد برد هذا التسبيق بعد استحقاقه، بمعنى صاحب الصفقة يبقى مدينا بهذا التسبيق حتى أجل التسديد النهائي لثمن الصفقة بأكمله.

ولا يمكن أن يتصور قيام الإدارة بمنح أي تسبيق مهما كان نوعه، حسب الشروط التي نص عليها التشريع الجزائري دون أن يقوم المتعاقد مع الإدارة بتقديم ضمانات كافية، تمكن الجهة الإدارية من استرداد التسبيقات التي منحتها، معتمدة في ذلك على تقنية المقاصة بين الدين الواقع على عاتق المتعاقد جراء حصوله على المساعدات المالية، وما يبقى له من مستحقات مالية في ذمة الإدارة. الأمر الذي تضمنه الكفالة التي يقدمها المتعاقد قبل حصوله على التسبيقات، كما تقضي بذلك المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، التي تنص على أن المتعاقد يقدم كفالة أو ضمانا بنكيا مسبقا بقيمة معادلة لمبلغ التسبيقات التي تحصل عليها.

بمعنى أن المتعاقد لا يمكنه الحصول على تسبيق جزافي، أو التسبيق على التموين، إلا في حالة الصفقات العمومية التي يفوق مبلغها الحدود المنصوص عليها في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15، و بعد تقديم كفالة بنكية، تسمى كفالة رد التسبيقات وهي مساوية لمبلغ التسبيق، حيث يصبح البنك الذي أصدرها كفيلا للمصلحة المتعاقدة باسترجاع التسبيقات التي منحتها[22].

وعليه فإن هذه الكفالة تصدر حسب النموذج المحدد بقرار من قبل الوزير المكلف بالمالية و من طرف:

1- بنك خاضع للقانون الجزائري؛ 2- بنك خاضع

للقانون الجزائري يشملها ضمان صادر عن البنك أجنبي من الدرجة الأولى بالنسبة لكفالة المتعهدين الأجانب؛

3- صندوق ضمان الصفقات العمومية.

و على هذا الأساس و نظرا لاهتمام المشرع بضرورة تقديم الكفالة، من قبل المتعاقد مع الإدارة قبل حصوله على التسبيقات، ضمانا وحماية للمال العام و عقلنة تكاليف التسيير العمومي، فقد نص على إلزامية دفعها في معظم القوانين المنظمة للصفقات العمومية مع تبيان البنك الكفيل بإصدارها، غير أن المرسوم الرئاسي رقم 250/02 أضاف هيئة جديدة إلى جانب البنوك، خول لها المشرع إصدار كفالة رد التسبيقات وتتمثل هذه الهيئة في صندوق ضمان الصفقات[23].

وفضلا على صلاحية البنك بإصدار كفالة رد التسبيقات، يبقى الضمان ساريا إلى غاية قيام المصلحة المتعاقدة، باسترداد كل مبلغ التسبيقات التي منحتها للمتعاقد معها، وعندها تقوم هذه المصلحة بإشعار البنك الذي صدر عنه الضمان برفع اليد عنه[24].

ولما كانت التسبيقات لا تعد تسديدا نهائيا لثمن الصفقة، فقد خول تنظيم الصفقات العمومية للجهة المتعاقدة، باسترجاعها عن طريق اقتطاعات من المبالغ التي تدفع في شكل دفعات على الحساب أو التسوية على رصيد الحساب.

إن دفع هذه التسبيقات لا يترتب عنها أي تخفيف من مسؤولية المتعامل المتعاقد، في التنفيذ الحسن والمطابق للشروط التي تم قبولها والاتفاق عليها مع المصلحة المتعاقدة، لهذا نص المشرع الجزائري على إلزامية استرداد الجهة المتعاقدة للتسبيقات[25]، من خلال إدراج ضمن البنود التعاقدية ودفاتر الشروط عن الكيفية التي يتم بها استرداد هذه المبالغ المدفوعة، حيث تخصم من المبالغ التي يستحقها حائز الصفقة على أبعد تقدير عندما يبلغ مجموع المبالغ المدفوعة نسبة 35% من المبلغ الأصلي للصفقة، و يجب أن تنتهي عملية استرداد التسبيقات ببلوغ مجموع المبالغ المدفوعة نسبة 80 %من مبلغ الأصلي للصفقة.

مما سبق يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعتمد في عملية استرداد التسبيقات على الكشف أو الفاتورة المتعلقة بوضعيات الأشغال المنجزة، المقدمة من قبل المتعامل المتعاقد وفق وتيرة زمنية تحدد تعاقديا لخصم قيمة التسبيقات، حسب ما نصت عليه في المادة 83 من المرسوم الرئاسي[26] رقم 236/10، و إنما اعتمد على نسبة معينة من المبلغ المدفوع للمتعامل المتعاقد و المتمثل في 35% من المبلغ الأصلي للصفقة حسب المادة 116 من المرسوم الرئاسي 247/15.

و على هذا الأساس، فإن الغرض الأساسي من هذا إجراء هو مساعدة المتعامل المتعاقد في تحمل الأعباء المالية للمشروع و تنفيذه في الآجال المتفق عليها، إضافة إلى حماية المال العام حتى لا يكون ما للمتعامل المتعاقد من دين تجاه الإدارة أكثر مما له من حقوق تجاهها[27].

و في جميع الأحوال تحرر الكفالات السابق ذكرها حسب نموذج يحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية، و تتخذ صورة مبالغ مالية يضعها المتعاقد تحت يد الإدارة المتعاقدة بواسطة بنك مختص، حتى تمارس عن طريقها الجزاء المالي عليه، و ذلك ضمن الشروط و المحددة التي أقرها القانون.

المبحث الثاني: الضمانات المالية الأخرى

تعد الصفقات العمومية من أهم الوسائل التي وضعها التشريع في يد الإدارة لسير مرافقها و تلبية حاجاتها، لذا فقد حرص التشريع الجزائري من خلال مواد كثيرة أفردها بموجب المرسوم الرئاسي 247/15، لدفع الإدارة المتعاقدة على تجسيد نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام.

و لتجسيد هذه الأهداف على أرض الواقع، يقتضي التريث في مرحلة الإبرام و حسن اختيار المتعاقد، و هو ما يستوجب المرور إلى مرحلة الإنجاز فالاستلام المؤقت ثم النهائي.

و على العموم، فالضمانات في الصفقات العمومية تهدف في مجملها إلى حماية المصلحة المتعاقدة من مخاطر سوء تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أو من خطر عدم استرجاع الأموال المدفوعة كتسبيقات زيادة من المبالغ

مستحقة الدفع، أو في حالة عدم تسديد دفعات القرض الذي يأخذه المتعامل المتعاقد مقابل رهن الصفقة بغية التمويل لتنفيذها.

بهذا فان الضمانات التي يلتزم المتعاقد بتقديمها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية قد تختلف و تتنوع، من ضمانات مالية إلزامية و ضمانات مالية غير إلزامية، هذه الأخيرة قد لا تتضمنها كل دفاتر الشروط، بل تعتبر مزايا إضافية منحها التشريع الجزائري للمصلحة المتعاقدة حتى تتمكن من حماية نفسها و مصالحها من المخاطر المالية التي يمكن أن تتعرض لها بصدد تنفيذ صفقاتها العمومية، و إجبار المتعامل المتعاقد على القيام بتنفيذ جميع التزاماته تنفيذا جيدا، أي أن هدفها يبقى واحد و هو حماية المصلحة المتعاقدة من مخاطر التنفيذ.

و تأسيسا على ما سبق و لتفصيل أكثر في هذه الضمانات خصص المطلب الأول لدراسة **الضمانات الخاصة و الضمانات ذات الطبيعة الحكومية**، أما المطلب الثاني فعالج اقتطاع حسن التنفيذ و اقتطاع الضمان.

المطلب الأول: الضمانات الخاصة و الضمانات ذات الطبيعة الحكومية

نظرا لأهمية الصفقات العمومية و دورها الرئيسي في عملية التنمية، فقد ألزم التشريع الجزائري إلى جانب الكفالات ضمانات مالية أخرى غير إلزامية، يقدمها المتعامل المتعاقد كتأمين حقوق المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، و تتمثل هذه الضمانات في الضمانات الخاصة كفرع أول و **الضمانات ذات الطبيعة الحكومية كفرع ثاني.**

الفرع الأول: الضمانات الخاصة

زيادة على الكفالات يمكن للمصلحة المتعاقدة اشتراط ضمانات خاصة في حالات معينة، كأن تشترط الجهة الإدارية على المتعاقد معها تقديم كفالة باللجوء إلى كفيل شخصي أو هيئة تأمين، لضمان العتاد و السلع التي تضعها تحت يد المتعامل المتعاقد.

كما يمكن للمصلحة أيضا أن تنص في دفتر الشروط على جزاءات ترتبها في حالة تأخر المتعاقد في رد العتاد الذي قدم إليه، كما تنص الإدارة في دفتر الشروط على ضمانات أخرى استثنائية حتى يتمكن من تنفيذ العمل الذي أوكل له[28].

الفرع الثاني: الضمانات ذات الطبيعة الحكومية

يعتمد إنجاح التنمية في الدولة إلى حد كبير على توفر البنية التحتية و على مدى تطورها، حيث تمثل البنية التحتية أحد العناصر الرئيسية لجذب الاستثمار، الذي يعتمد بالدرجة الأولى على مساهمة المؤسسات الأجنبية في السياسة الاقتصادية، من خلال إبرام اتفاقيات مع الدولة بصفتها موردا للمواد و الخدمات أكثر من كونها مشتريا[29].

و على هذا الأساس، و من أجل تشجيع الاستثمارات الأجنبية نص التشريع الجزائري في القسم الرابع من الفصل الرابع من القانون[30] رقم 09/16، على مجموعة من الضمانات التي تعد في نفس الوقت مبادئ أساسية ترتكز عليها الدولة لجلب الاستثمارات الأجنبية التي تساهم في مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي، حيث تبدأ بمبدأ العدالة و المساواة، مرورا بمبدأ تجميد التشريع و مبدأ حرية تحويل رؤوس الأموال و العائدات الناتجة عنه، وصولا إلى مبدأ المصالحة و التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات.

و عليه و حتى يتم توفير الحماية اللازمة لأي طارئ قد يؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من جانب المتعامل الأجنبي، قد نص تنظيم الصفقات العمومية على الضمانات الحكومية، التي استحدثها لأول مرة ضمن أحكام المرسوم[31] رقم 145/82 و تخص المؤسسات الأجنبية، أما المرسوم الرئاسي 247/15 فقد تناول هذه الضمانات بموجب المادة 127، التي تنص على أنه: " الضمانات ذات الصيغة الحكومية التي تهم المؤسسات الأجنبية هي:

- استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة؛
- الضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمينات ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية".

هذا و يحظى بالأسبقية في اختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب من يقدم الضمانات المذكورة في المادة 1/127 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

المطلب الثاني: اقتطاع حسن التنفيذ و اقتطاع الضمان

من المسلم به أن الجهة الإدارية عند اختيارها للمتعاقد معها، تبذل قصارى جهدها للحصول على متعاقد مقبول من النواحي المالية قصد ضمان التنفيذ السليم للعقد، حيث يقع على عاتق المتعامل المتعاقد في إطار تنفيذ الصفقة احترام التزاماته التعاقدية المقررة في العقد، طبقا لما اشتملت عليه نصوصه و تضمنته أحكامه.

لهذا يتوجب على المتعاقد الوفاء بالالتزامات خاصة المالية منها و المتمثلة في تقديم ضمانات تحمي الإدارة من مخاطر التي يمكن أن تتعرض لها بصدد إنجاز مشروع ما، حيث يتم اقتطاعها مباشرة من حقوق المتعامل المتعاقد عند تسوية حساب الرصيد النهائي بعد تقديم وضعيات الأشغال.

و من أهم اقتطاعات التي تقوم بها الإدارة هي اقتطاع حسن التنفيذ كفرع أول و اقتطاع كفالة الضمان كفرع ثاني.

الفرع الأول: اقتطاع حسن التنفيذ

المشرع الجزائري لم يحدد في تنظيمات الصفقات العمومية و لا في دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المقصود باقتطاع حسن التنفيذ، لكن يمكن تعريفه على أنه كل مبلغ تقوم المصلحة المتعاقدة باقتطاعه من كل دفع على الحساب يتم دفعه إلى المتعامل المتعاقد من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة[32].

و تجدر الإشارة أنه يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ باقتطاعات حسن التنفيذ، إذا تعلق الأمر بصفقات الدراسات و الخدمات حسب ما نصت عليه المادة 132 من المرسوم الرئاسي 247/15.

هذا و تقوم المصلحة المتعاقدة بإجراء عملية اقتطاع حسن التنفيذ في الحالات التالية[33]:

- النص على مدة الضمان؛
- إذا تعلق الأمر بصفقات الدراسات و الخدمات التي يعفى حائزوها من تقديم كفالة حسن التنفيذ؛
- نص دفتر الشروط الصفقة على وجوب اقتطاع مبلغ حسن التنفيذ عوضا عن تقديم كفالة حسن التنفيذ.

أما بالنسبة إلى مبلغ اقتطاع حسن التنفيذ بالرجوع إلى الصفقات العمومية، نجد المشرع الجزائري لم يفرد نص خاص و صريح يبين مبلغ الاقتطاع أو نسبته، لكن و باعتبار أن اقتطاع حسن التنفيذ يعوض كفالة حسن التنفيذ، فإننا نتصور أن مبلغ اقتطاع حسن التنفيذ يتراوح بين 5% و 10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة أو أهمية الخدمات الواجب تنفيذها.

الفرع الثاني: اقتطاع الضمان

وهي مبالغ مالية تودع لدى الإدارة لتحميها من المخاطر التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة، ويضمن لها ملائمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره، كعدم جدية المتعامل في بذل جهد المطلوب لتنفيذ التزاماته، أو تخليه عن تنفيذ الصفقة في أي مرحلة كانت عليها، أو عدم تقديم السلع في عقد التوريد حسب المواصفات والكميات المتفق عليها.

و على هذا الأساس يعتبر اقتطاع الضمان بمثابة كفالة تقتطعها الجهة الإدارية مباشرة من حقوق المتعامل المتعاقد دون طلب تأسيسها، حسب ما نصت عليه المادة 119 من المرسوم الرئاسي 247/15، و التي أعطت الحق للمصلحة المتعاقدة عند التسوية على رصيد الحساب في اقتطاع الضمان المحتمل، و يتم رد هذا الأخير – اقتطاع الضمان- عند تسوية حساب الرصيد النهائي حسب ما نصت علية المادة 120 من نفس المرسوم.

أما بالنسبة لاسترجاع الكفالة أو اقتطاعات الضمان، فإن نص المادة 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 فقد نصت على أنه: " يرد مبلغ الضمان أو تحرر الضمانة الحالة محله على إثر قيام الإدارة برفع اليد عن الأشغال الذي يلي تاريخ الاستلام النهائي للأشغال إذا كان متعهد الصفقة قد أكمل تعهداته تجاه الإدارة...".

من خلال استقراء نص المادة أعلاه يفهم أن عملية اقتطاع الضمان تتم في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة، الذي تتسلم من خلاله الجهة الإدارية موضوع الصفقة بصورة نهائية، بعدما تتأكد من أن المتعامل المتعاقد قد أوفى بالتزاماته جميعا ووفقا لما تم الاتفاق عليه.

إذا فصلاحية كفالة الضمان تسري ابتداء من عملية التسليم المؤقت، التي تقتضي وضع المصلحة المتعاقدة يدها على الخدمة موضوع الصفقة وإخضاعها لكل أدوات الاستلام، و التزام المتعامل المتعاقد بتوفير الشروط اللازمةلإتمام عملية الاستلام في أحسن الظروف، والعمل على إزالة كل العوائق التي من شأنها أن تصعب هذه العملية أو تجعلها عسيرة وغير ممكنة.

و عليه فإن عملية التسليم النهائي للصفقة من قبل المتعامل المتعاقد لا توقف سريان مفعول الضمان، و لا يمكن استرداده إلا بتقديم شهادة رفع اليد التي تحررها المصلحة المتعاقدة.

لكن في الكثير من الأحيان قد ترفض المصلحة المتعاقدة تحرير شهادة رفع اليد، و ذلك لأسباب متعددة و متنوعة كعدم تصحيح المتعامل المتعاقد الضرر الذي لحق الإدارة جراء انجاز المشروع مثلا، أو عدم كفاية مبلغ الكفالة الخاصة بصفقة أخرى التي يستعملها المتعاقد لتغطية الأضرار التي لحقت بالجهة المتعاقدة.

ففي هذه الحالة الجهة المتعاقدة تعاقديا لا تستطيع عدم استلام أشغال الصفقة نهائيا بعد انقضاء آجال الضمان إذا كانت عملية التنفيذ حسنة، فإذا رفضت الجهة المتعاقدة استلام النهائي لموضوع الصفقة بعد إنذارها من طرف المتعاقد معها، هذا الأخير يمكنه اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي بالتسلم النهائي متى رأى القاضي توافر شروط معينة للتسليم.

و عليه تتسلم الإدارة المتعاقدة الصفقة في المقابل تستطيع التصرف بمبلغ الضمان لتصحيح أي ضرر مالي قد يكون لحق بها من طرف المتعامل المتعاقد، و هذه هي الغاية الأساسية من تأسيس كفالة الضمان.

لكن بالرجوع إلى الفقرة 02 من المادة 48 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964، لا يمكن للإدارة التصرف في مبلغ الضمان إلا بعد قيام المصلحة المتعاقدة بإشعار المسبق للبنك الضامن قبل انقضاء الشهر الذي يلي الاستلام النهائي، برسالة مضمونة تعلمه بإبقاء كفالة الضمان سارية المفعول، لأن المتعامل المتعاقد لم يف بجميع التزاماته تجاهها.

و عليه يبقى الضمان ساري المفعول و يبقى مبلغه تحت تصرف الجهة المتعاقدة ما لم تقدم تنازلا كتابيا للمتعامل المتعاقد تشهد بواسطته بأنها رفعت اليد عن حجز مبلغ الضمان المعني، و هذا ما أكده مجلس الدولة

في قراره الصادر بتاريخ 2002/07/15، في قضية (ع.ب) و (ز.س) ضد كتابة الدولة للتكوين المهني، و الذي أكد فيه على أن مبلغ الضمان لا يسترد إلا بعد تحرير المحضر النهائي للاستلام و رفع جميع التحفظات المدونة في محضر الاستلام المؤقت[34].

مما سبق تجدر الإشارة أن سريان مفعول الضمان المنصوص عليه بموجب المادة 48 أعلاه، لا يرتب على المتعامل المتعاقد مواصلة تسديد عمولات كفالة الضمان بعد انقضاء شهر من تاريخ الاستلام النهائي لموضوع الصفقة.

بمعنى أن المتعامل المتعاقد يتوقف عن تسديد للبنك العمولة الشهرية المتفق عليها جراء تأسيس الكفالة ابتداء من الشهر الموالي لتاريخ الاستلام النهائي، إلا إذا قامت الجهة الإدارية بإبلاغ البنك الضامن عكس ذلك بموجب رسالة موصى عليها، ففي هذه الحالة يستمر البنك في حساب عمولاته إلى غاية تلقيه شهادة رفع اليد من قبل الإدارة.

كما أن المصلحة المتعاقدة حسب المادة 134 من المرسوم الرئاسي 247/15، مجبرة على التسديد الكلي للمتعامل المتعاقد اقتطاعات الضمان المنصوص عليها في المادة 132 و 133 من نفس المرسوم، كما أن الجهة المتعاقدة مجبرة أيضا على تحرير كفالة الضمان المذكورة في المادة 131 من المرسوم الرئاسي 247/15.

أما في حالة تخلف الإدارة المتعاقدة القيام بذلك، فانه سيكون للمتعامل المتعاقد الحق الكامل في الاستفادة من فوائد التأخير حسب ما نص عليه التشريع الجزائري في المواد 120 و 122 من المرسوم الرئاسي 247/15، و من تم فمن مصلحة الإدارة المتعاقدة إن لم تكن لديها مستحقات أخرى لدى المتعامل المتعاقد، فبعد إعلانها عن الاستلام النهائي للصفقة، و حتى لا يترتب عليها فوائد التأخير الإسراع في تحرير كفالة الضمان الخاصة بهذه الصفقة،و كذا تسديد مبالغ الضمان المقتطعة و ذلك قبل انقضاء الشهر الموالي لتاريخ الاستلام النهائي و هذا ما تم تأكيده في قرار مجلس الدولة رقم 4546 الصادر بتاريخ 2002/04/22، في قضية (م.خ) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية (ب.ك)، الذي أكد على ضرورة إرجاع كفالات أو اقتطاعات الضمان بأكملها في أجل شهر إلى المقاول، ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للأشغال أو التوريدات أو الخدمات[35].

خاتمة:

تتبوأ الصفقات العمومية مكانة هامة و بارزة في المنظومة الاقتصادية، التي بذلت فيها الدولة و مازالت تبذل جهودا جبارة من أجل دعمها، من خلال تنشيط حركة انجاز المشاريع بأعلى جودة ممكنة و بأقل التكاليف و في أقصر الآجال.

و تبدو أن فعالية أداء الدولة في دفع التنمية الاقتصادية مرهون بفعالية تنظيم الصفقات العمومية، خاصة فيما يتعلق بمسألة رفض ضمانات مالية على المتعهدين.

بهذا يعد التزام المتعاقد بتقديم ضمانات مالية للمصلحة المتعاقدة من أهم الآليات التي جاء بها التشريع الجزائري لتكريس مبدأ الشفافية في التعاقد بين العارضين، و توفير قدرا واسعا من الحماية للمال العام، و ذلك من خلال اعتماد على معايير منصوص عليها ضمن تنظيم الصفقات العمومية لاختيار المتعامل المتعاقد، و الذي يكون أكثر قدرة من الناحية المالية و التقنية.

إذا فالمصلحة المتعاقدة تحرص المصلحة المتعاقدة منذ البداية وفي المقام الأول علىمنح الصفقة للمتعامل المقتدر ماليا أي صاحب الكفاية المالية، ومن هنا فإن المتعاقدين مع الإدارة ملزمون بتقديم ضماناتمالية تحمي الإدارة المتعاقدة من الأخطار المالية التي قدتواجهها في حالة إخلالهم بالتزاماتهم.

و على هذا الأساس، يمكن استخلاص أهم النتائج التي تم التوصل اليها من خلال إطار هذا البحث، تتمثل في:

- تعد القدرة المالية للمتعامل المتعاقد من أهم المعايير الاختيار؛
- تعتبر الضمانات المالية المفروضة على المتعامل المتعاقد من أهم ا لآليات التي تحمي الإدارة من المخاطر التي تلحقها نتيجة سوء التنفيذ؛
- يتم تحديد مبلغ الضمان من قبل المصلحة المتعاقدة و يدرج في دفتر الشروط؛
- لا يتم منح الصفقة للمتعامل المتعاقد إلا بعد التأكد من تقديم الضمان.

أما فيما يخص التوصيات تتمثل في:

- ضرورة معالجة الثغرات القانونية المتعلقة بالتمييز بين الصفقات المعروضة على اللجنة القطاعية و اللجان الأخرى في مسألة وجوب كفالة التعهد؛
- من المستحسن أن يعيد المشرع الجزائري النظر في أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة، و مراجعته بأحكام تجعله أكثر فعالية و مسايرة للتطورات الاقتصادية خاصة فيما يتعلق بكيفية استرجاع الضمان؛
- نوصي المشرع الجزائري على ضرورة إفراد مواد قانونية تبين و تحدد نسبة اقتطاع حسن التنفيذ بدلا من اعتماده على تعويضه بكفالة حسن التنفيذ التي قد لا تغطي أحيانا حجم الأخطار التي تصيب المصلحة المتعاقدة أو تكون أقل من مبلغ الكفالة.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1 - الكتب

1 - أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، الناشر منشأة المعارف، بدون طبعة،الإسكندرية 2002.

2 - النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، بدون طبعة، الجزائر، 2011.

3 - جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء 03، منشورات كليك، الطبعة الأولى 2013.
4 - عبد الرؤوف جبار، ضمانات المشاريع الإنشائية العامة دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2003.
5 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 236/10، دار الجسور للنشر و التوزيع، الطبعة الثالثة الجزائر، 2011.
6 - محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية و العينية (عقد الكفالة)، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، بدون طبعة، الجزائر، 2011.

2– رسائل الماجستير

1 - إسماعيل بحري، إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة و المؤسسات العمومية، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، 2009/2008.
2 - براهيم سماحي، الضمانات في الصفقات العمومية دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص التجريم في الصفقات العمومية، جامعة الجيلالي ليابس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2014/2013.

3– الملتقيات

1 -فريد خلاطو، الصفقات العمومية، ملتقى حول تسيير الجماعات المحلية، يومي 9-10 جانفي 2008.

4– المصادر القانونية:

1– القوانين:

1 - قانون رقم 89/98، المؤرخ في 08 ماي 1998، المتعلق بتنظيم المناقصات و المزايدات، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر، الصادرة في 08 ماي 1998، العدد 19 مكرر.
2 - قانون رقم 09/16، المؤرخ في 2016/08/03، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.، الصادرة في 2016/08/03، ع. 46.

2– الأوامر:

1 - - الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 20 رمضان 1395، المرافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، العدد 78، المعدل و المتمم.
2 - الأمر رقم 1039/2014. المؤرخ في13 مارس 2014، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسي، الجريدة الرسمية للجمهورية التونسية، الصادرة في 18 مارس 2014، العدد 22.

3– المراسيم :

1 - المرسوم رقم 145/82، المؤرخ في 16 جمادى الثانية 1402، الموافق 10أفريل1982، المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية، الصادرة في 13أفريل1982، العدد 15، ملغى.

1– المراسيم الرئاسية:

1 - *المرسوم الرئاسي رقم 250/02، مؤرخ في* 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق *24* جويلية*2002*، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية، الصادرة في 28 جويلية 2002، العدد 52، ملغى.
2 - المرسوم الرئاسي رقم 236/10،مؤرخ في 10 شوال 1431، الموافق 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 7 أكتوبر 2010، العدد 58، ملغى.

3 - المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436، الموافق 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، الصادرة في 20 سبتمبر 2015، العدد 50.

2– المراسيم التنفيذية:

1 -المرسوم التنفيذي رقم 67/98، المؤرخ في 1998/02/21، المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية، ج.ر.، الصادرة في 1998/03/01، ع.11، المعدل و المتمم.

4– القرارات:

1 - قرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل، الجريدة الرسمية، الصادرة في 19 يناير 1965، العدد 06.

5– التعليمات:

1 - تعليمة وزير المالية رقم 11، المؤرخة في 24 أفريل 2001، تتعلق بكفالة استرجاع التسبيقات.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية:

1- -Brahim Boulifa, Marchés publics, - dictionnaire thématique, . 2ème volume , Berti éditions, Alger, 2013.

الهوامش:

1–عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 236/10، دار الجسور للنشر و التوزيع، ط. الثالثة، الجزائر، 2011، ص 213.

2 - المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436، الموافق 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، الصادرة في 20 سبتمبر 2015، العدد 50.

3– إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة و المؤسسات العمومية، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، 2009/2008 ص 96.

4- الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 20 رمضان 1395، المرافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، العدد 78، المعدل و المتمم.

5- إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 97.

6- محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية و العينية (عقد الكفالة)، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، بدون طبعة، الجزائر، 2011، ص 13.

7- *المرسوم الرئاسي رقم 250/02، مؤرخ في* 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق *24* جويلية*2002*، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية، الصادرة في 28 جويلية 2002، العدد 52، ملغى.

8- عبد الرؤوف جبار، ضمانات المشاريع الإنشائية العامة دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. الأولى، لبنان، 2003، ص 341.

9- النوي خرشي،تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، بدون طبعة، الجزائر، 2011 ، ص 319.

10- المادة 3/125 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

11 - قانون رقم 89/98، المؤرخ في 08 ماي 1998، المتعلق بتنظيم المناقصات و المزايدات، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر، الصادرة في 08 ماي 1998، العدد 19 مكرر.

12- أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، الناشر منشأة المعارف، بدون طبعة، الإسكندرية، 2002. ص 188.

13- الفصل 3/57 من الأمر رقم 1039/2014. المؤرخ في13 مارس 2014، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسي، الجريدة الرسمية للجمهورية التونسية، الصادرة في 18 مارس 2014، العدد 22.

14- براهيم سماحي، الضمانات في الصفقات العمومية دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص التجريم في الصفقات العمومية، جامعة الجيلالي ليابس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2014/2013، ص 163.

15-Brahim Boulifa, Marchés publics, - dictionnaire thématique, . 2ème volume , Berti éditions, Alger, 2013, p 113.

16- النوي خرشي، المرجع السابق، ص 324.

17- قرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل، الجريدة الرسمية، الصادرة في 19 يناير 1965، العدد 06.

18- المادة 2/130 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

19- تفصل اللجنة القطاعية للصفقات في مجال الرقابة في كل مشروع :

- دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مليار دينار (1.000.000.000 دج)، و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج)، و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار (200.000.000 دج)، و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائة مليون دينار (100.000.000 دج)، و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

20- النوي خرشي، المرجع السابق، ص 328.

21 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 221.

22 - النوي خرشي، المرجع السابق، ص 281.

23 - نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 67/98، المؤرخ في 1998/02/21، المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية، ج.ر.، الصادرة في 1998/03/01، ع.11، المعدل و المتمم.

24 - النوي خرشي، المرجع السابق، ص 282.

25 - تعليمة وزير المالية رقم 11، المؤرخة في 24 أفريل 2001، تتعلق بكفالة استرجاع التسبيقات.

26 - المرسوم الرئاسي رقم 236/10،مؤرخ في 10 شوال 1431، الموافق 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 7 أكتوبر 2010، العدد 58، ملغى.

27 - فريد خلاطو، الصفقات العمومية، ملتقى حول تسيير الجماعات المحلية، يومي 9-10 جانفي 2008، ص 95.

28- إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 108.

29- براهيم سماحي، المرجع السابق، ص 177.

30-قانون رقم 09/16، المؤرخ في 2016/08/03، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.، الصادرة في 2016/08/03، ع. 46.

31- المرسوم رقم 145/82، المؤرخ في 16 جمادى الثانية 1402، الموافق 10أفريل1982، المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية، الصادرة في 13أفريل1982، العدد 15، ملغى.

32-براهيم سماحي، المرجع السابق، ص 179.

33-براهيم سماحي، المرجع نفسه، ص 180.

34- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء 03، منشورات كليك، الطبعة الأولى 2013، ص 1473.

35 – جمال سايس، المرجع نفسه، 1481.