

التعامل الثانوي في مجال الصفقات العمومية

الأستاذة: ليازيد مختارية

جامعة سعيدة

مقدمة:

قانون الصفقات العمومية عرف تطورات كثيرة إذ خضعت الصفقات العمومية في الجزائر لنظام خاص بها أثناء الفترة الاستعمارية بما جاء في المرسوم رقم 24/57 المؤرخ في 1957/01/08 و المتعلق بالصفقات المبرمة في الجزائر. أما عند الاستقلال فقد اضطرت الجزائر للاحتفاظ بالتشريع و التنظيم الفرنسي المتعلق بالصفقات العمومية مادام مضمونه لا يتنافى والسيادة الوطنية وبالرجوع إلى موضوع التعامل الثانوي فيمكننا القول أن هذا الموضوع لم يحظى في الفترة الممتدة بين 1963-1988 باهتمام السلطات العمومية نظرا لطبيعة النظام السياسي والاقتصادي الذي كان سائدا في تلك الفترة الذي لم يسمح ببروز المؤسسات الصغيرة و المتوسطة غير تلك التي كانت تابعة للقطاع العام وبصورة جد محدودة و بقي الأمر كذلك إلى أن صدر أول تشريع خاص بالصفقات العمومية في مرحلة الاستقلال بموجب الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 بحيث تناول موضوع التعامل الثانوي في الصفقات العمومية ، وهذا على غرار ما جاء به القانون المدني الجزائري الذي صدر فيما بعد، حيث نظم بدوره المقاول الفرعية بشكل عام بمناسبة تطرقه للعقود الواردة على العمل .

لكن مع بداية الثمانينات شرعت الجزائر في إعادة هيكلة المؤسسات الوطنية و القيام بإصلاحات اقتصادية بإعطائها الضوء الأخضر للاستثمارات الخاصة من خلال تقليص تدخل الدولة في النشاطات الاقتصادية للأفراد هذا ما أعطى دفعا قويا لبداية التفكير في تأسيس وإنشاء المؤسسات الصغيرة و المتوسطة ، و التي انبثقت عنها المؤسسات التي كانت تهتم بكل أنواع التعاقد من الباطن في إطار العقود الأصلية ،ومنه السباح لهذه المؤسسات بالاستثمار في مجالات متعددة من بينها مجال الصفقات العمومية .

واستمرار في سياسة الإصلاحات الاقتصادية التي انتهجتها الجزائر و تحديدا مع بداية التسعينات تم صدور المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بحيث أشار بدوره إلى موضوع التعامل الثانوي ضمن القسم السادس منه .ثم المرسوم رقم 02-250 المنظم للصفقات العمومية الذي نظم بدوره التعامل الثانوي من خلال مجموعة من المواد و قد عدل بموجب المرسومين 301-03 المؤرخ في 2003/09/11 ورقم 338-08 دون أن يمس هذا التعديل بالأحكام المتعلقة بالتعامل الثانوي .ثم صدر المرسوم الرئاسي 236-10 المتضمن

تنظيم

الصفات العمومية حيث تناول هذا المرسوم التعامل الثانوي في مواده من 107 إلى 109 و التي جاءت في صياغة جديدة نوعا ما مع توسيع في بعض الشروط الواجب توافرها في التعامل الثانوي ، المعدل من خلال المرسومين رقم 11-98 المؤرخ في 01/03/2011 الجريدة الرسمية العدد 14 السنة الثامنة و الأربعون والثاني رقم 12-23 المؤرخ في 18/01/2012 الجريدة الرسمية العدد 04 السنة التاسعة و الأربعون ، وهذين التعديلين لم يأتيا بأية أحكام جديدة تنظم التعامل الثانوي ، كما لم يدرج فيها مواد جديدة تتناول هذا الموضوع و نفس الشيء بالنسبة لمرسوم 2013 لم يأتي بأي جديد.

و ما دام المشرع الجزائري استند إلى القانون المدني عند وضعه لقانون الصفقات العمومية يمكننا الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني الجزائري و المتعلقة بالمقابلة الفرعية المصطلح عليها بـ « la sous traitance » وهو نفس المصطلح المستعمل في قانون الصفقات العمومية للدلالة على التعامل الثانوي.

من هنا تتجلى أهمية البحث في هذا الموضوع نظرا لطبيعته القانونية وللدور الكبير الذي تلعبه التعاملات الثانوية لدى المؤسسات الصغيرة و المتوسطة التي تمكها من المنافسة وتحقيق الاستقرار على الصعيد الاقتصادي .

و من هنا يثار الإشكال حول النظام القانوني للتعامل الثانوي في مجال الصفقات العمومية ؟ والذي تتفرع عنه عدة إشكالات أهمها :

(1) : ما هو مفهوم التعامل الثانوي ؟

(2) : ما هي شروط و إجراءات التعامل الثانوي ؟

(3) : ما مدى إمكانية التعامل في مجمل الصفقة ؟

(4) : على من يقع دفع مستحقات التعامل الثانوي ؟

(5) : ما هي الآثار الناتجة عن التعامل الثانوي ؟

(6) : من هو المسؤول اتجاه المصلحة المتعاقدة ؟

للإجابة عن الاشكال نعالج الموضوع في مبحثين :

- نتطرق في المبحث الأول الى الأحكام العامة للتعامل الثانوي.

- وفي المبحث الثاني للآثار القانونية للتعامل الثانوي.

المبحث الأول: الأحكام العامة للتعامل الثانوي

ينتمي موضوع التعامل الثانوي أو التعاقد من الباطن إجمالاً إلى العقود الثانوية (Sous Contrats) أو إلى تجمع العقود (Groupe De Contrats) وهذه النظرية عرفها القانون الخاص، ولم يعرف القانون العام تقنية التعاقد من الباطن إلا صدفة. لأن التعاقد من الباطن أو الثانوي في أغلب الأحيان هو دخیل على العقد الإداري و بالتالي يبقى عقداً من القانون الخاص مزروعاً في العقد الإداري.⁽¹⁾

المطلب الأول: مفهوم التعامل الثانوي.

يعتبر التعامل الثانوي شكلاً من أشكال التعاون في تنفيذ المشاريع الكبرى للإدارة فرضته مقتضيات التطور الاقتصادي والتخصص الفني بحيث أنه لا يمكن لمتعاقداً واحداً بمفرده أن ينفذ مشروعاً كبيراً دون اللجوء أو الاستعانة إلى من يتعاون معه من خلال إبرام عقود ثانوية.

و يمكن استخلاص مفهوم التعامل الثانوي من خلال التعريفات الفقهية له، وكذا خصائصه وما يميزه عن غيره من العقود

الفرع الأول: تعريف التعامل الثانوي والتمييز بينه وبين الأفكار المشابهة له.

أولاً: تعريف التعامل الثانوي.

يمكننا تعريفه على أنه تصرف قانوني يعهد بموجبه المتعاقد مع الإدارة إلى شخص آخر (المتعاقداً من الباطن) بتنفيذ جزء من محل العقد الأصلي على أن يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً عن تنفيذ العقد برمته و ضامناً للمتعاقد من الباطن.⁽²⁾

أما المشرع الجزائري فلم ينص على تعريفه في قانون الصفقات العمومية بل أشار على أن التعامل الثانوي يشمل جزءاً من موضوع الصفقة في إطار التزام تعاقد يربط المتعامل الثانوي مباشرة بالمتعامل المتعاقد التابع للمصلحة المتعاقدة مما يفرض بالضرورة الرجوع للقواعد العامة حيث عرفت المادة 549 من القانون المدني المقولة بأنها « عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً في مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .

وقد عرفه المشرع الفرنسي في المادة الأولى من القانون رقم 1334-75 لـ 31 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم على أن « التعاقد من الباطن هو عملية بموجبها مقاول يتعاقد من الباطن وعلى مسؤوليته لشخص آخر يسمى المتعاقد من الباطن بتنفيذ كل أو جزء من الصفقة المبرمة مع السلطة المتعاقدة.⁽¹⁾

¹: د/علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2011 ص 208.

²: د/ نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2010 ص 79-80.

ثانياً: التمييز بينه وبين الأفكار المشابهة له .

(1) - تميز التعامل الثانوي عن التنازل عن العقد.

- التنازل عن العقد لا يترتب عليه سوى تغيير في أطراف العلاقة القانونية القائمة دون حدوث تغيير في الالتزامات الناشئة عن العقد، أما التعاقد الثانوي فهو بمثابة عقد جديد يضاف إلى العقد الأصلي.
- في التنازل عن العقد يحل المتنازل إليه محل المتنازل في كافة حقوقه و التزاماته في مواجهة الإدارة. على خلاف التعامل الثانوي توجد استمرارية في العلاقة بين الإدارة و المتعاقد الأصلي الذي أبرم إتفاق التعاقد من الباطن.

(2) - التمييز بين التعامل الثانوي و مستخدمي المتعاقد:

العقد الذي يربط المتعاقد الأصلي بمستخدميه من عمال ومهندسين و فنيين هو عقد عمل أما في حالة التعاقد الثانوي فان العقد الأصلي هو الذي يحدد طبيعة التعاقد من الباطن.

(3) - التمييز بين التعامل الثانوي و اتفاقات تسهيل العقد.

التعاقد الثانوي غير جائز كأصل عام إلا بموافقة الإدارة، إما بالنسبة لاتفاقات تسهيل تنفيذ العقد الأصلي فإنها جائزة كأصل عام دون اشتراط الحصول على موافقة الإدارة، ما لم يرد نص في العقد يحظرها أو يتطلب ضرورة موافقة الإدارة عليها مقدماً.

الفرع الثاني: صور التعامل الثانوي و أهم الخصائص المميزة له

للتعامل الثانوي صور و أشكال مختلفة نظراً لطبيعة هذا العقد وخصائص مميزة له عن غيره من العقود .

أولاً: صور التعامل الثانوي: للتعامل الثانوي أشكال و نماذج متعددة منها :

(1) : التعامل الثانوي المفروض و التعامل الثانوي الاختياري: في الأول لا يكون للمتعاقد الأصلي الحرية في التعاقد من الباطن طواعية و

اختياراً و إنما تفرض عليه الإدارة مؤسسة أو شركة معينة للتعاقد معها من الباطن.

أما النوع الثاني (الاختياري) ففيه يلعب المتعاقد الأصلي دوراً جوهرياً في اختيار المتعاقد الثانوي.

(2) : التعامل الثانوي على درجة واحدة و التعامل الثانوي على درجات:

ففي الأول يكون لدينا متعاقد ثانوي وحيد. إما في الثاني يكون لدينا أكثر من متعاقد ثانوي و يطلق عليه التعاقد الثانوي بالتسلسل

¹: د/ محمود محمد علي صبره، ترجمة العقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2004، ص 419.

(3): التعامل الثانوي ذو الطبيعة الشفافة و ذو الطبيعة غير الشفافة (المهمة): ففي الأول لا يكون التعامل الثانوي مستقلا عن العقد الأصلي و إنما يكون مرتبطا به.

و في الصورة الثانية غير الشفافة أو المهمة لا يشير المتعاقدان إلى العقد الأصلي المبرم بين الجهة الإدارية والمتعاقد الأصلي أي أنها لا يريدان الارتباط بالعقد الإداري و إنما التحرر منه .

(4): التعامل الثانوي ذو الطبيعة التكاملية و التعامل الثانوي ذو الطبيعة الظرفية : و مناط التفرقة بين هاتين الصورتين هو طبيعة العمل و نوعيته وما إذا كان من جنس عمل المتعاقد الأصلي أو انه يخرج من تخصصه.

ثانيا: خصائص التعامل الثانوي: يتميز التعامل الثانوي ببعض الخصائص تميزه عن غيره من العقود تتمثل .

1- الرضي: يعتبر التعامل الثانوي من العقود القائمة على التراضي والتي لم يشترط فيها المشرع شكلا معينا، وإنما يكفي التراضي لانعقاده، وعلى ذلك فان الكتابة تكون لإثبات العقد فقط متى كانت ضرورية لهذا الإثبات .

2- التبعية و الاستقلال: فالمقصود بالتبعية أنه لا يمكن تصور وجود التعاقد الثانوي إلا إذا كان هناك عقد أصلي حيث أن التعاقد الثانوي من العقود الثانوية و هو عمل يسند لتنفيذ جزء من العقد الأصلي.

أما عن خاصية الاستقلال فان التعاقد الثانوي يفترض وجود عقدين متميزين يستقل كل منهما عن الآخر وهما العقد الأصلي و العقد الثانوي وبالرغم من هذا الاستقلال بين العقدين إلا أنها يشتركان معا من حيث المحل و الموضوع و هو القيام بعمل معين لصالح صاحب العمل.

3- التبادلية : التعاقد الثانوي من العقود التبادلية الملزمة لجانين و التي ترتب التزامات متبادلة على عاتق الطرفين ، يتمثل التزام المتعاقد الأصلي في تقديم مقابل مادي معلوم ، في مقابل قيام المتعاقد الثانوي بتقديم عمل أو صنع شيء⁽¹⁾.

4- العوض: عقد التعامل الثانوي من عقود المعاوضة و ليس من عقود التبرع ، فالمتعاقد الثانوي يؤدي عمله نظيرا مقابل مادي يدفعه المتعاقد الأصلي .

المطلب الثاني: شروط و إجراءات التعامل الثانوي :

¹ د/ محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المعاوضة، منشأة المعارف للنشر، مصر، الطبعة الثانية 2004، ص 16.

الفرع الأول: شروط التعامل الثانوي .

أولاً: الشروط العامة للتعامل الثانوي لم يتناول المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية لسنة 2010 وفي القوانين التي تلتها و التي سبقته من قبل سوى الشروط الخاصة الواجب توافرها للتعاقد الثانوي ، والتي تعد شروطاً موحدة في كل أنواع الصفقات .

ونفس الشيء بالنسبة لنظيره المشرع الفرنسي و الذي بدوره لم يتناول سوى الشروط الخاصة و للبحث في مجال الشروط العامة لابد من الرجوع إلى القواعد العامة لإبرام العقود ، وذلك بتوافر الأركان الثلاث التي تتطلبها العقود و هي .

1- التراضي في عقد التعامل الثانوي.

أ): التراضي على ماهية العقد.

❖ أهلية المتعامل المتعاقد : يعتبر عقد التعامل الثانوي من عقود التصرف ، إذ يشترط في المتعامل المتعاقد أهلية التصرف باعتباره يلتزم بدفع الأجر و على هذا الأساس يجب أن يكون بالغاً سن الرشد غير محكوم عليه بولاية أو وصاية و لا محجور عليه .

❖ أهلية المتعامل الثانوي: بالنظر لأثار عقد التعامل الثانوي و ما يقتضيه من حقوق والتزامات فان الأهلية المطلوبة هي أهلية التصرف والتي تمكنه من القيام بكافة التصرفات و الأعمال القانونية.

ب): التراضي على العمل: لكي ينعقد التعامل الثانوي يجب أن يتراضي الطرفان على العمل المطلوب تأديته، و التراضي على العمل يجب أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين و أن يكون هذا العمل ممكن و مشروع.

ج): التراضي على الأجر: يشترط لانعقاد عقد التعامل الثانوي أن تتجه إرادة المتعامل الثانوي إلى تقاضي أجر في مقابل العمل الذي يقوم به، مع اتجاه إرادة المتعامل المتعاقد إلى دفع الأجر فإذا اتجهت إرادة الطرفين إلى أن يتم العمل مجاناً بلا مقابل فلا ينعقد العقد .

(2)- السبب و المحل في عقد التعامل الثانوي: وفقاً للقواعد العامة السبب في التعاقد يختلف باختلاف العقود و يختلف باختلاف نوع

العمل المراد انجازه بمقتضى العقد ، وقد أقر القانون المدني الجزائري بطلان العقد إذا كان سبب الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة أما إذا تخلف السبب فان الالتزام لا ينشأ من الأساس و لا ينعقد العقد.

ثانيا : الشروط الخاصة للتعامل الثانوي.

(1)- ضرورة تحديد الصفة صراحة للمجال الرئيسي لتدخل المتعامل الثانوي وفي دفتر الشروط إذا أمكن ذلك :المقصود من ذلك هو تحديد المجال أو الأجزاء من الصفة التي سيوكل من خلالها للمتعامل الأصلي تنفيذها للمتعامل الثانوي و هذا بتحديد و تعيينه تعيينا مطلقا يكون نافيا للجهالة...

و هذا ما تنص عليه الفقرة الأولى من نص المادة 109 من المرسوم 236-10 « يجب أن يحدد في الصفة صراحة المجال الرئيسي للجوء إلى التعامل الثانوي و في دفتر الشروط إذا أمكن ذلك »

و قد نصت المادة 114 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 2006 المعدل بالمرسوم 1104-2011 المؤرخ في 2011/09/14 على أن قبول التعامل الثانوي و اعتماد شروط الدفع يجب أن يكون محددا في الصفة أو في عقد خاص يوقعه الطرفان.

(2)- إلزامية موافقة المصلحة المتعاقدة مسبقا على التعامل الثانوي: التزامات المتعاقدة مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن إلا بموافقة الإدارة فإذا حصل التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة فان ذلك يعتبر باطلا و لا يحتاج به في مواجهة الإدارة و لا تنشأ بين المتعاقدة من الباطن و بين الإدارة أية علاقة.⁽¹⁾

و انطلاقا من المادة 109 من المرسوم 236-10 يجب أن يحظى كل متعامل ثانوي على موافقة المصلحة المتعاقدة مسبقا كشرط للجوء للتعامل الثانوي.

أما في فرنسا : فقد نصت المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية 1975/12/31 بأنه يمكن للمتعامل المتعاقد اللجوء للتعامل الثانوي لجزء من الصفة بشرط موافقة السلطة المتعاقدة⁽²⁾ لهذا و لا يحق لأي متعامل متعاقد منح تنفيذ جزء من الصفة دون الموافقة المسبقة للإدارة ،وفي كل الحالات يبقى المسؤول الوحيد أمام الإدارة.⁽³⁾

الفرع الثاني : إجراءات التعامل الثانوي .

أولا : الإجراءات القانونية للحصول على موافقة الإدارة: يقدم طلب الموافقة المسبقة على التعامل الثانوي للمصلحة المتعاقدة من قبل المتعامل المتعاقد و يكون كالآتي :

¹ د/ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية و التحكم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، طبعة 2004، ص 109.

² Frank Moderne ,La Sous Traitance Des Marché Publics, Edition Daloz Paris 1995 ; P 45

3 : Michel Villard, Yves Bachelot, Jean Michel Roméro, Droit Et Pratique Des Marchés Publics De Travaux, Edition De Moniteur, Paris 1981.p 128.

(1)- **الطلب المقدم قبل إبرام الصفقة:** و هنا يرفق طلب الموافقة على التعامل الثانوي مرفقا مع العرض المقدم من قبل المتعامل المتعاقد

على أن يتضمن هذا الطلب ما يلي :

- طبيعة الأعمال الموكلة للمتعامل الثانوي.
- اسم المتعامل الثانوي و عنوانه و مقره الرئيسي.
- القيم المالية المقدرة بها العمل و المبلغ الذي سيدفع للمتعامل الثانوي.
- شروط الدفع وكذلك الاتفاق على إمكانية و عدم إمكانية تغيير المبلغ.
- الإمكانية المادية و المالية و المهنية للمتعامل الثانوي متى طلبتها المصلحة المتعاقدة .

(2)- **الطلب المقدم أثناء تنفيذ الصفقة:**في بعض الأحيان و أثناء تنفيذ الصفقة قد تحدث مستجدات أو عوائق تفرض على المتعامل المتعاقد أن يعهد بجزء من موضوع الصفقة لمتعامل ثانوي لتنفيذها، و في هذه الحالة يجب على المتعامل المتعاقد تقديم طلب الموافقة على التعامل الثانوي للمصلحة المتعاقدة على أن يكون في شكل مكتوب و مؤرخ ومرفقا بالوثائق المطلوبة و متضمنا نفس البيانات المطلوبة في الطلب المقدم قبل إبرام الصفقة.⁽¹⁾

(3)- **الطلب المقدم بعد إبرام الصفقة :** في هذه الحالة يجب أن يعلم المتعامل المتعاقد المصلحة المتعاقدة برسالة موصى عليها مع علم الوصول بجميع البيانات و المعلومات المتعلقة بالتعامل الثانوي ،و الموافقة في هذه الحالة يجب أن تكون موضوع ملحق (Avenant) بحيث يتضمن هذا الملحق طبيعة الأعمال الموكلة للمتعامل الثانوي واسمه و مقره الرئيسي أو عنوانه و كذا المبلغ الواجب دفعه للمتعامل الثانوي. و يرجعنا دائما إلى القانون الفرنسي فقد سبق و أن نظمت المادة الثانية من مدونة العقود الإدارية هذه الإجراءات بالنسبة لمختلف العقود الإدارية و طبقا لهذه المادة يتقدم المتعاقد الأصلي بطلب كتابي إلى الجهة الإدارية المتعاقدة يبدي فيها رغبته في الحصول على الموافقة على التعاقد من الباطن و يجب أن يبين هذا الطلب:

- اسم المتعاقد من الباطن و كفاءته الفنية اللازمة لتنفيذ الالتزامات المنوطة به و يتعين على الإدارة أن تبدي رأيها في هذا الطلب سواء بالقبول أو بالرفض خلال مدة 21 يوم تحسب من تاريخ وصول طلب المتعاقد الأصلي إليها .

¹ : Ben Khalifa Fouzi , Le Droit Des Marchés Publics, édition CLE ,Tunis 2005.p 145

ثانيا :إجراءات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي.

نظمها المشرع الجزائري بما جاء في قرار وزير المالية بتاريخ 2011/03/28 المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي ،
الجريدة الرسمية عدد 24 تطبيقا لأحكام المادة 109 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 .و قد حدد هذا شروط
الدفع المباشر حتى يتسنى للمتعاملين الثانويين إتباع إجراءات محددة .

1: شروط الدفع المباشر .

- يجب أن ينص في دفتر شروط المناقصة على الدفع المباشر للمتعامل الثانوي.
- يجب أن يكون التعامل الثانوي محل عقد بين المتعامل الثانوي و صاحب الصفقة.
- يجب ألا يكون المبلغ المخصص للدفع المباشر للمتعامل الثانوي مشمولاً برهن حيازي للصفقة.
- يجب أن يخصم مبلغ التسبيق المخصص لصاحب الصفقة من مبلغ الخدمات الواجب تنفيذها من قبل المتعامل الثانوي و المعني بالدفع المباشر
- يجب أن تخصص الحصة القابلة للتحويل من مبلغ الصفقة من المبلغ المخصص للتعامل الثانوي المحلي .

2: كفاءات الدفع المباشر : و هذا ما جاءت به المادة 03 من القرار وفقا لما يلي:

- يجب أن يوجه المتعامل الثانوي طلبا إلى صاحب الصفقة للموافقة على الدفع المباشر مقابل وصل استلام.
- إلى المصلحة المتعاقدة طلبا للدفع المباشر و أن يكون هذا الطلب مرفقا بالفواتير أوالوضيعات و وصل الاستلام السابق لصاحب الصفقة.
- تكون لصاحب الصفقة مهلة 20 يوما ابتداء من تاريخ وصل الاستلام لإعطاء موافقته الكلية أو الجزئية أوالرذ برفض الدفع المباشر للمتعامل الثانوي وعليه إخبار المصلحة المتعاقدة كذلك .

- ترسل المصلحة المتعاقدة في اقرب الآجال نسخة من الفواتير أو الكشفوف لصاحب الصفقة.

- تقوم المصلحة المتعاقدة بصرف الفواتير أو الكشفوف مع مراعاة اجل 30 يوما المحدد في المادة 89 من المرسوم الرئاسي 10-236 يبدأ سريان هذا الأجل ابتداء من تاريخ قبول أورفض صاحب الصفقة أو عند انتهاء اجل 20 يوما المذكور أعلاه إذا لم يعطي صاحب الصفقة أي رد .

- يجب أن تعلم المصلحة المتعاقدة التعامل المتعاقد بكل دفع لصالح المتعامل الثانوي.

- إذا رفض صاحب الصفقة الدفع المباشر للمتعاقد الثانوي يجب أن يبرر ذلك و في هذه الحالة لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تدفع إلا الجزء غير المتنازع عليه.

- يجب على صاحب الصفقة أن تظهر في فواتيره أو كشوفه مبلغ الأداءات التي كانت محل دفع مباشر للمتعاقد الثانوي.

أما عن المشرع الفرنسي فقد نظم كفيات الدفع المباشر للمتعاقد الثانوي بموجب المادة 115 من قانون الصفقات العمومية المعدلة بالمادة 29 من المرسوم رقم 1000-2011 المؤرخ في 2011/08/25 و كذا المادة 116 ، إذ تنص المادة 115 على أن أحكام المواد 86 إلى 100 تنطبق على المقاولين من الباطن المذكورة في المادة 114 مع مراعاة الأحكام المحددة التالية :

- يتم دفع مبلغ عقد التعاقد من الباطن عندما يكون المبلغ يساوي أو أكثر من 600 أورو في حالة موافقة السلطة المتعاقدة على التعاقد من الباطن وعلى شروط الدفع المباشر في جزء من الصفقة الذي يتم تنفيذه.

- و مع ذلك و فيما يتعلق بوزارة الدفاع بما في ذلك النماذج صفقات التصنيع والتجميع والاختيار والإصلاح أو الصيانة والخدمات الفكرية هنا يدفع مباشرة للمتعاقد الثانوي إذا كان مبلغ العقد من الباطن يساوي أو يتجاوز 10 % من المبلغ الإجمالي للعقد.

- وحددت المادة 116 على أن المقاول من الباطن يوجه طلبه المتعلق بالدفع إلى المصلحة المتعاقدة أو إلى صاحب الصفقة برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام ا وان يطرح الطلب إلى صاحب الصفقة مع وصل الاستلام

- و لصاحب الصفقة مدة 15 يوم ابتداء من وصل الاستلام أو التسلم لإعطاء موافقته أو رفضه إلى التعاقد من الباطن (الثانوي).

- أن يطرح طلب الدفع إلى الجهة المتعاقدة أو الشخص الذي تحدده الجهة المتعاقدة مرفقا بفاتورات و وصل الاستلام أو شهادة استلام الطلب من طرف صاحب الصفقة أو بتأشيرة البريد على أن الرسالة تم رفضها

- السلطة المتعاقدة أو الشخص الذي تحدده يسلمون لصاحب الصفقة نسخة من الفاتورات المقدمة من التعاقد من الباطن

- يجب على السلطة المتعاقدة الدفع ضمن الوقت المحدد بالمادة 98 و يبدأ الأجل من تاريخ استلام السلطة المتعاقدة من القبول (الاتفاق) كليا أو جزئيا لصاحب الصفقة على الدفع المطلوب.

- و في هذا الأجل إذا لم يبدي صاحب الصفقة أي قبول و لا رفض ، يجب على السلطة المتعاقدة إبلاغ صاحب الصفقة بالدفعات للمقاول (من الباطن).

المبحث الثاني: الآثار القانونية للتعامل الثانوي.

سبق الإشارة إلى أن موضوع التعامل الثانوي أو التعاقد من الباطن ينتمي إلى العقود الثانوية لأنه في اغلب الأحيان هو دخيل على العقد الإداري، و يبقى في ذاته عقدا من القانون الخاص مزروعا في العقد الإداري و الأصل في نطاق العقود الخاصة هو إباحة التعاقد من الباطن طالما أن العقد الأصلي لا يتضمن نصا صريحا أو ضمنا يحظر التعامل الثانوي.

المطلب الأول: الآثار القانونية للتعامل الثانوي بموافقة الإدارة.

الفرع الأول: الأثر بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمتعاقدين الأصليين .

إن التعامل الثانوي المرخص به، أي المقترن بموافقة الإدارة لا يؤدي إلى حلول المتعاقد الثانوي محل المتعاقد الأصلي و لا تنشأ عنه أي علاقة عقدية جديدة بين المتعامل الثانوي و الجهة الإدارية المتعاقدة، بل تبقى الرابطة العقدية بين المتعاقد الأصلي و الجهة الإدارية المتعاقدة قائمة وكاملة دون المساس بها، و بذلك يظل المتعاقد الأصلي مسؤولا عن تنفيذ العقد بأكمله حتى بالنسبة للجزء الذي تم تنفيذه من قبل المتعامل الثانوي والمتعاقد الأصلي، يمكن أن توقع عليه الجزاءات بسبب عدم التنفيذ أو التأخير فيه حتى و لو كان هذا الفعل راجعا إلى تقصير المتعامل الثانوي.

الفرع الثاني: الأثر بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمتعامل الثانوي .

أما بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمتعامل الثانوي فان موافقة الإدارة على التعامل الثانوي لا تنشأ عنها أية علاقة عقدية بين الإدارة والمتعامل الثانوي، و من ثم لا يكون هذا الأخير طرفا في العقد الأصلي و كل ما يترتب على موافقة الإدارة على التعاقد الثانوي من أمر هو أن هذا التعاقد يكون مشروعا و من ثم لا تستطيع الإدارة أن تنتكر له بعد ذلك و إلا ارتكبت خطأ تعاقديا يوجب مسؤوليتها بالتعويض أمام المتعاقد الأصلي.⁽¹⁾

- و العلاقة طبقا للقوانين الفرنسية الحديثة بين الإدارة و المتعامل الثانوي و طبقا للاجتهاد الحديث في فرنسا وطبقا لما اخذ به الفقه الحديث هي علاقة مالية تتمثل بالدفع المباشر من الإدارة إلى المتعامل الثانوي و هذا حماية للمتعامل الثانوي.

كما تدخل المشرع بالمادة 565 من القانون المدني الجزائري بتقرير جملة من الحقوق للمقاول الفرعي تتمثل أساسا في منح المقاول الفرعي حق مطالبة رب العمل مباشرة بماله من حقوق لدى المقاول الأصلي كما منحه حق الامتياز في حالة توقيع الحجز على أموال المقاول.

¹ : د / سليمان محمد الطاوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مطبعة جامعة عين الشمس، الطبعة الخامسة 1991، ص 447.

الفرع الثالث : الأثر بالنسبة لعلاقة المتعاقد الأصلي بالمتعامل الثانوي :

من المسلم به فقها أن العلاقة بين المتعاقد الأصلي و المتعامل الثانوي إنما هي علاقة عقدية مباشرة و ذلك نظرا لوجود اتفاق التعاقد الثانوي المبرم بينهما، و نلاحظ أن العلاقة العقدية بين المتعاقد الأصلي و المتعامل الثانوي تعتبر رابطة من روابط القانون الخاص حتى في الحالات التي توافق فيها الإدارة على اتفاق التعاقد من الباطن (التعامل الثانوي) ويكون الاختصاص بالفصل في المنازعات الناشئة عنها للقضاء العادي .

و تترتب للمتعامل الثانوي حقوق و التزامات اتجاه المتعامل المتعاقد :

أولاً: حقوق المتعامل الثانوي: هذه الحقوق تتمثل أساسا في التزامات المتعاقد الأصلي و تتمثل في :

(1)- تمكين المتعامل الثانوي من انجاز العمل.

(2)- سداد الأعمال محل العقد بعد الانجاز.

(3)- سداد اجر المتعامل الثانوي.

ثانياً: التزامات المتعامل الثانوي: لضمان تنفيذ عقد التعامل الثانوي يقع على عاتق المتعامل الثانوي عدة التزامات تتمثل في :

(1)- انجاز العمل محل العقد .

(2)- الالتزام بتسليم العمل بعد الانجاز:

فإذا لم يتم المتعامل الثانوي بتسليم العمل كاملاً في المكان و الزمان الواجب تسليمه فيها، فانه يكون قد أخل بالتزامه بالتسليم فيكون للمتعامل المتعاقد و بموجب القواعد العامة إما طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى يشرط قيام المتعامل المتعاقد باعذار المتعامل الثانوي بالتسليم.

و للقاضي البث في طلب التنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً، مع جواز الالتجاء إلى التهديد المالي لإجبار المتعامل الثانوي على التنفيذ.

(3)- الالتزام بضمان العمل وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام : ينحصر المتعامل المتعاقد في رجوعه على المتعامل الثانوي بالمطالبة بالتنفيذ

العيني، أي بإصلاح الضرر متى كان ذلك ممكناً أو يطلب بتخفيض الأجر مما يتناسب مع الضرر الذي لحق به .

المطلب الثاني: الآثار القانونية للتعامل الثانوي دون الموافقة الإدارية.

الفرع الأول: أثر عدم الموافقة على علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي.

يري الفقه أن المتعامل الثانوي غير المقترن بموافقة الإدارة لا يسري في مواجهة هذه الأخيرة ولا يحتج بع عليها.

ولا ينشأ عنه أية علاقة عقدية بين المتعامل الثانوي و الإدارة، ويبقى المتعامل الأصلي المسؤول الوحيد عن تنفيذ العقد .

وإن قيام المتعاقد الأصلي بالتعامل الثانوي دون ترخيص سابق من الإدارة يعتبر خطأ عقديا يترتب مسؤولية عن الأضرار الناجمة عنه، ويبرر توقيع جزاء فسخ العقد على مسؤوليته وذلك استنادا إلى فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري، وهذا ما ذهب إليه كل من المشرع الجزائري والفرنسي إلى أن لجوء المتعامل المتعاقد إلى التعامل الثانوي دون موافقة الإدارة يعتبر إخلالا بالتزامه بتنفيذ العقد شخصيا مما يمنح المصلحة المتعاقدة الحق في طلب فسخ العقد إعمالا للقواعد العامة.

الفرع الثاني: اثر عدم الموافقة على علاقة الإدارة بالمتعامل الثانوي .

إن التعامل الثانوي غير مقترن بموافقة الإدارة لا تنشأ عنه أية علاقة عقدية مباشرة بين الإدارة و المتعامل الثانوي، بل تظل العلاقة العقدية المباشرة قائمة بين الإدارة و المتعاقد الأصلي، و يبقى هو المسؤول الوحيد عن تنفيذ كامل العقد.

الفرع الثالث : اثر عدم الموافقة على علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعامل الثانوي:

إن آثار التعامل الثانوي غير المرخص به على علاقة المتعاقد الأصلي بالتعامل الثانوي ، لا تختلف عن تلك المترتبة على التعاقد المرخص به ، وهذه العلاقة تعتبر رابطة من روابط القانون الخاص ، ويترتب على ذلك خضوعها لأحكام القانون الخاص و اختصاص القضاء العادي بالفصل في المنازعات الناشئة عنها.

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع التعامل الثانوي نلاحظ أن جميع التغييرات التي طرأت على قوانين الصفقات العمومية منذ صدور أول قانون للصفقات العمومية في الجزائر سنة 1967 إلى غاية صدور آخر قانون سنة 2010 لا يوجد ما هو جديد فيما يخص التعامل الثانوي كما لم تستحدث مواد أخرى جديدة بحيث بقيت نفسها سواء من حيث الكم (3 مواد) أو من حيث الموضوع ما عدا بعض النقاط ، مع عدم وجود اجتهادات قضائية كفيلة بوضع تفسيرات لبعض النقائص و الغموض في قانون الصفقات العمومية أما من الناحية العملية فإن العديد من المصالح المتعاقدة لا تلجأ للتعامل الثانوي في تنفيذ المشاريع و لعل الأشكال مراده أن المصالح المتعاقدة في الجزائر ينقصها العنصر البشري الكفاء الذي يمكنه من متابعة مشاريع يشارك في إنجازها عدة متدخلين إضافة إلى المقاولات الجزائرية بصفة عامة و التي لا تعتمد على طرق حديثة في تسيير شؤونها ولا تعتمد على مسيرين أكفاء ، وليست مهيكله بالقدر الكافي مما يؤدي إلى صعوبة مشاركة مثيلاتها من المقاولات في إنجاز مختلف المشاريع ، وهناك من يرى أن تدخل المتعاملين الثانويين يسبب فوضى كبيرة في ميدان العمل في كثير من الأحيان لانعدام

التنسيق العالي كلما زاد عدد المتدخلين الثانويين و هذا ما سبب عزوف اغلب المصالح عن إدراج بند في دفاتر الشروط يتيح تدخل المتعاملين الثانويين ،ولهذا فاعل المشاريع تستند إلى مؤسسة واحدة فقط و أن كان في مقابل ذلك أن بعض المؤسسات الوطنية الصغيرة والمتوسطة استطاعت رفع التحدي بالمساهمة في انجاز عدة مشاريع .

ومنه يمكن أن يتم مايلي :

- (1) : من حيث النقص في النصوص لابد من استحداث نصوص قانونية و تنظيمية تتماشى والتطورات الحاصلة في الساحة الاقتصادية الجزائرية لتنظيم العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد الثانوي في الصفقات العمومية .
- ضرورة تحديد الشروط الواجب توافرها في المتعامل الثانوي خاصة ما يتعلق بوسائله التقنية والمالية و المادية لضمان التنفيذ الأحسن للأعمال تبيان بصفة صريحة الجهة المختصة بالفصل في المنازعات الخاصة بالتعامل الثانوي
- (2) : و من الناحية العملية يجب تكثيف الجهود من اجل فتح التكوين أمام اليد العاملة وإبرام صفقات مع وزارة التكوين المهني لتأهيل اليد العاملة بدلا من جلب اليد العاملة الأجنبية .
- (3) :وضع برامج خاصة بتأهيل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة الوطنية لتمكينها من المساهمة في تنفيذ المشاريع الاقتصادية الضخمة.
- (4) : العمل على تشجيع المقاولات الجامعية مما يسمح بإدماج فئة الطلبة في سوق العمل مع خلق مجال تعامل بين الجامعات والمؤسسات الصغيرة المتوسطة خاصة في قطاع الأشغال العمومية لتكوين المقاولين و تأهيلهم إلى جانب فتح مخبر بحث لخلق تعاون و علاقات مع الجامعات و أرباب العمل و ذلك للتكفل بانجاز المشاريع الاقتصادية الكبرى لدفع عجلة التنمية و بالتالي فان الاستخدام المتزايد لأسلوب التعامل الثانوي و تعميمه على جميع القطاعات سيساهم في زيادة فرص العمل و التشغيل و الإقناص من البطالة و ترقية الاقتصاد و نشر الرخاء الاقتصادي.

قائمة المراجع

أولا : قائمة النصوص القانونية

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية العدد 52 .
- 2- المرسوم الرئاسي رقم 236-10 المؤرخ في 10/10/2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،جريدة رسمية عدد 58
- 3- المرسوم الرئاسي رقم 98-11 المؤرخ في 01/03/2011 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 236-10 ،جريدة رسمية عدد 14

- 4- المرسوم الرئاسي رقم 23-12 المؤرخ في 2012/01/18 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236، جريدة رسمية عدد 04.
- 5- المرسوم الرئاسي رقم 03-13 المؤرخ في 2013/01/13 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 و المتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 02 السنة الخمسين .
- 6- قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس 2011 متعلق بكيفيات الدفع المباشر للتعامل الثانوي جريدة رسمية عدد 24

ثانيا : قائمة الكتب :

أ: قائمة الكتب باللغة العربية.

- 1- د /سليمان محمد الطاوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مطبعة جامعة عين الشمس، الطبعة الخامسة 1
- 2- د /عبد الرزاق احمد السنبوري الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاول و الوكالة و الوديعة و الحراسة، الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، طبعة 1964 .
- 3- د /علي عبد الأمير قبلان، اثر القانون الخاص على تطور العقد الإداري، الجزء الثاني، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2011 .
- 4- د /عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل و المتمم و النصوص التطبيقية له، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، أكتوبر 2011 .
- 5- د/ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية و التحكيم، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية. طبعة 2004 ص109
- 6- د/محمد ليب شنب، شرح أحكام عقد المقاول، منشأة المعارف للنشر، مصر، الطبعة الثانية 2004.
- 7- د/محمود محمد علي صبره، ترجمة العقود الإدارية. دارالكتب القانونية، مصر، طبعة 2004 .
- 8- د/نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة ومقارنة منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2010

ب : الكتب باللغة الفرنسية

- 1- Ben Khalifa Fouzi , Le Droit Des Marchés Publique, édition CLE ,Tunis 2005.
- 2- Frank Moderne, La Sous – Traitance , Des Marchés Public ,éditons Dalloz Paris 1995.

3- Lojoye Christoph .Droit Des Marchés Publics ,2^{em} éditons Gualince édition, Paris 2

4- Michel Villard, Yves Bachelot, Jean Michel Roméro, Droit et Pratique Des Marchés Publics de Travaux, édition De Moniteur, Paris 198

ثالثا : قائمة الأطروحات و الرسائل

أ: الأطروحات:

- بلخير سعيد عبد الرزاق ،سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة ،أطروحة لنيل دكتوراه، فرع القانون العام،كلية الحقوق،جامعة الجزائر 2007

ب: الرسائل :

1- رياض لوز ،دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية ،المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،رسالة ماجستير في القانون فرع الدولة و المؤسسات العمومية، السنة الجامعية 2006-2007 .