

جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

سلطة الإدارة في الصفقات العمومية

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون إداري

إعداد الطالبة:

هنية بالي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ. سعيدة العايبي	جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي-	رئيسا
أ.د. بدر الدين شبل	جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي-	مشرفا ومقررا
أ.د. عبد الله كنتاوي	جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي-	مناقشا

السنة الجامعية : 2017/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿... رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا

إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا

بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى

الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾

شكر و عرفان

رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْلَلَ صَاحِبًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي
بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ

لا يسعني وأنا في هذا المقام إلا أن أحمدا الله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه

فاللهم لك الحمد حتى ترضى ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد بعد الرضى ثم أتقدم بجزيل الشكر
للذي عم يبخل علينا ولو للحظة بنصائحه القيمة الدكتور الفاضل : بدر الدين شبل راجين من الله عز وجل
ان يجعله في ميزان حسناته ، كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى كافة أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية .
كما لا أنسى الأستاذ المحترم : كمال سليمانى الذي ساعدني في الحصول على كل ما أحتاجه من معلومات
والذي كان بمثابة الرفيق في هذه المسيرة

وإلى عمال مكتبة القدس بالوادي على مساعدتهم في طباعة وكتابة المذكرة وإلى كل من قدم يد العون من
قريب أو من بعيد ولو بكلمة

الاهداء

أهدي ثمرة جهدي وخالص عملي عربون محبة ووفاء، إلى جمع الكرماء ، الأفاضل الأعزاء ،

الأوفياء

إلى ينبوع الحنان ورمز العطف والأمان أغلى ما في الوجود أمي الغالية

إلى روح أبي العزيز الذي كان رمز العطاء والتضحية في الحياة

إلى من قال فيهمم شوقي . قم للعلم وفه التبجيل كاد المعلم ان يكون رسول “

إلى النزيلات والنملاء الذين كانوا كما قيل قديما :

” الأخ المعين كالماء المعين “

إلى من لا أسعد إلا بهم أخوتي الأوفياء خاصة صغار البيت

قائمة المختصرات

ق.أ	قانون إداري
ص	صفحة
ط1	طبعة الأولى
م.ر	المرسوم الرئاسي
ص.ع	صفقات العمومية

المقدمة

تمارس السلطة الإدارية وظائفها من خلال عدة وسائل قانونية تتمثل في القرار الإداري والعقد الإداري وهما وسيلتان تعبر من خلالهما السلطة الإدارية عن إرادتها.

وبعد العقد الإداري تجسيد لأعمال السلطة الإدارية، وذلك عن طريق الاشتراك مع إدارة أخرى، أو شخص طبيعي، وتكون العقود الإدارية محددة بالقانون وتتعلق دائما بخدمة مرفق عمومي، والقانون هو الذي يحدد طابعها الإداري كعقود الصفقات العمومية، وهذا التصنيف يخضع للمعيار التشريعي.

أما من حيث المعيار القضائي، فإنه يشترط في العقد الإداري أن يكون أحد أطرافه شخصا معنويا كالدولة، أو الجماعات المحلية، أو المؤسسات العمومية، وإن يتعلق بتنظيم أو استغلال، أو تسير مرفق عمومي، وأن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في التعاقد العادي.

وبعيدا عن النظرية الفقهية الإدارية فإن العقود الإدارية تعد عنصرا من العناصر الأساسية لأي نظام اقتصادي في الدول المعاصرة، فهي إحدى أهم وسائلها من أجل تحسين وتطوير أي قطاع لها، هذه الأهمية تجلت خاصة بعد الأزمة الاقتصادية العالمية التي هزت العالم سنة 1929، والتي كانت ذات طابع دوري استلزمت تدخل الدولة من خلال الطلبات العمومية، وذلك بتوفير وسائل البنية التحتية بهدف زيادة حجم الاستثمار في جميع القطاعات للقضاء على البطالة وتوفير أكبر عدد من مناصب العمل.

وفي التشريع الجزائري نرى بأن الجزائر قد ورثت عن فرنسا قانون الطلبات العمومية المكرس للسلطة الاستعمارية، والممارسات الغير قانونية لتتحول في ما بعد إلى قانون الصفقات العمومية في شكل نصين:

الأول يتعلق بقانون الصفقات العمومية العسكرية، والثاني بقانون الصفقات العمومية للطرق والجسور الذي تحول فيما بعد قانون الصفقات العمومية للأشغال العامة.

إن الاستقلال ونظرا لوجود عدة قوانين اتجهت إدارة الدولة في توحيدها في قانون واحد سنة 1964 وهو قانون الصفقات العمومية.

إن هذا الموضوع نظرا لأهميته من الناحية النظرية، وكذا العلمية يبحث في سلطات الإدارة في الصفقات العمومية كون الإدارة بجميع توصيفاتها (الدولة، الجمعيات المحلية،

المؤسسات العمومية) هي المخولة، والساهرة على خدمة المرفق العام، لذا تطلب الأمر فقها وقانونا منحها امتيازات أثناء ممارسة سلطتها وأثناء القيام بنشاطاتها لتحقيق المنفعة العامة وتبرز هنا الصفقات العمومية كأحد أهم أنواع العقود الإدارية التي تجسد فيها الإدارة سلطتها أثناء تكون العقد أو أثناء تنفيذه.

أهمية البحث:

أ- الأهمية العلمية: تتجلى الأهمية العلمية لدراستنا في إثراء الجانب المعرفي والعلمي وذلك من خلال الدراسة القانونية التحليلية لنوع من أنواع العقود الإدارية وهو الصفقة العمومية وتميزها عن غيرها من العقود الإدارية.

كما أنه يمكننا من تسليط الضوء على ممارسة الإدارة لسلطات منحها إياها المشرع عند إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية.

ب- الأهمية العملية: إن الأهمية العملية تكمن في أن الدراسة هي فرصة تتيح لنا الاطلاع على صلاحية الإدارة وكذا الممارسة الوظيفية اليومية لها من خلال تعاملاتها مع شركائها في تسيير المرفق العام سواء أكان المتعامل المتعاقد عمومي أو خاص.

وبالتالي فإن دراسة مراحل إعداد وإبرام وتنفيذ الصفقة العمومية تسمح بالاطلاع على آليات الإدارة المستعملة لاقتناء عتاد أو لوازم أو الاستفادة من خدمات أو دراسات في عدة مجالات.

أهداف الموضوع :

أ- الأهداف العلمية: إن الهدف من دراسة هذا الموضوع يتمثل في:

* الوصول إلى دراسة خاصة الصفقة بوصفها عقد إداري يختلف عن بقية العقود الإدارية.

* تحديد مدى تأثير سلطات الإدارة في إبرام الصفقات في الإخلال بحقوق الطرف المتعلق الآخر.

ب- الأهداف العملية: تتمثل الأهداف العملية للدراسة فيما يلي:

* دراسة تصور المشرع الجزائري ونظريته إلى موضوع الصفقة العمومية من خلال التطور الاقتصادي والاجتماعي للدولة الجزائرية من الاستقلال إلى يومنا هذا.

* التوصل إلى تكوين فكرة واضحة حول أنواع الصفقات العمومية وطرق إبرامها وتنفيذها وبالتالي الإلمام بجانب كبير يحص تسير المرفق العام.

أسباب اختيار الموضوع:

أ- أسباب ذاتية: هي رغبتنا في التطرق لهذا الموضوع كونه موضوع عملي بطبعه وكونه يمس تسيير المرفق العام بشكل واسع ومن ثم تحقيق المنفعة العامة والتنمية المرجوة من طرف المواطن، بالإضافة إلى شعورنا بأهمية الموضوع، وقلت البحوث التي تناولت هذه الدراسة.

ب- أسباب موضوعية: هي التعمق في دراسة علاقة الإدارة بمحيطها وبشركائها في التنمية وتحليل مدى اختلاف الصفقة العمومية عن باقي العقود، ومحاولة لفت انتباه سلطة الإدارة لأهمية الصفقات العمومية، ومعرفة الدور الذي تلعبه لحماية المتعاقدين.

الدراسات السابقة:

وقد كانت هذه الدراسة مسبوقة بالعديد من الدراسات التي تكلمت عن هذا الموضوع ومنها: طرق إبرام و الإنهاء الصفقة العمومية وسلطة الادارة على الصفقات العمومية.

- عمار بوضياف، الجسور للنشر والتوزيع الجزائر، طبعة4، سنة2010.
- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة2004.
- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الجسور للنشر والتوزيع، الطبعة2، سنة 2009.
- بلعروسي أحمد التجاني، تنظيم الصفقات العمومية، دار هومة للطباعة الجزائر، سنة 2011.

أما بخصوص المذكرات والرسائل الجامعية:

1- مصطفى مبروكي، الرقابة الادارية على إبرام الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون العام، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2013/2014.

2- بومرزوق فائزة، الصفقات العمومية خلال مرحلتين الإبرام والتنفيذ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون العام، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة 2013/2014.

الإشكالية :

تتمثل إشكالية دراستنا بمدى ضمان وفاعلية سلطات الإدارة في تحقيق المنفعة العامة الاقتصادية والاجتماعية من خلال إبرامها للصفقات العمومية، لهذا ارتأينا أن نطرح تساؤل رئيسي حول الموضوع حيث يتمثل في:

هل واكب المشروع الجزائري من خلال التشريعات المتلاحقة الخاصة بالصفقات العمومية التغيرات الاقتصادية والعلمية والاجتماعية؟

والاجابة على هذه الاشكالية يكون من خلال الإجابة عن الأسئلة الفرعية الناجمة عنها:

- ما مفهوم الصفقات العمومية؟
- ماهي خصائص الصفقات العمومية؟ وما يميزها عن العقود الادارية الأخرى؟
- ماهي أشكال الصفقات العمومية؟
- كيف يتم إبرام الصفقات العمومية؟
- ماهية سلطة الاشراف والرقابة؟
- ما هو مفهوم سلطة التعديل؟
- ماهي أنماط وسائل سلطة توقيع الجزاء؟
- ماهي كيفية سلطة إنها العقد؟

منهج الدراسة:

اتبعنا في دراستنا هذه منهج يعتمد على تحليل المضمون بحيث يفرض نفسه فيها، وهو يقوم على التحليل والوصف الكمي والموضوعي، للظاهرة بمعنى تحليل الكل إلى الجزء قصد شرحه وتوضيحه للكشف عن حسناته وعيوبه ونقائصه، وعليه فإننا وظفنا هذا المنهج من خلال تحليلنا لنصوص مواد القانونية والقرارات المتعلقة بموضوع الدراسة.

خطة الدراسة:

وللإجابة على الاشكالية المطروحة اتبعنا خطة مقسمة إلى فصلين فكان الأول تحت عنوان الصفقات العمومية في الزائر يندرج تحته مبحثين يتضمن الأول مفهوم الصفقات العمومية وتميزها عن العقود الأخرى وخصائصها هذه الصفقات وأما المبحث الثاني فقد تم التطرق فيه لأنواع الصفقات العمومية وإبرامها و أما عن الفصل الثاني فقد اندرج ضمن عنوان "السلطات الممنوحة لإدارة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية" فقد قسم إلى مبحثين، فالأول تحت عنوان سلطة الرقابة والتعديل، والثاني فكان بعنوان سلطة التوقيع والجزاء وإنهاء العقد.

الفصل الأول

نظام الصفقات العمومية في الجزائر

لقد مر النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر منذ فجر الاستقلال إلى يومنا هذا بمراحل نوجزها كالتالي:

- بدايتها في الفترة الانتقالية (من جويلية 1962 إلى جوان 1967) وقد طبعها إبقاء العمل بالتشريعات الفرنسية إلا أنه مع ذلك لم يمنع الدولة الجزائرية الفتية من إصدار بعض التنظيمات الخاصة (المرسوم رقم 60-62 المتعلق بالتنسيقات الإنشائية للصفقات والمرسوم 64-103 المتضمن إحداث اللجنة المركزية للصفقات).

- بعدها صدر أول تشريع للصفقات العمومية متمثلا في الأمر 67-90 وأهم ما جاء به هو إعطاء الأولوية في منح الصفقات للشركات الوطنية والمؤسسات المسيرة ذاتيا وإعطاء الأولوية لليد العاملة الوطنية إلا ما تعلق بالتقنيات المعقدة التنفيذ.

- وفي سنة 1982 تم صدور المرسوم 82-145 المنظم للصفقات العمومية والذي استند بحكم طبيعة المرحلة التي صدر فيها على الميثاق الوطني وعلى الدستور وعلى نصوص تؤكد تأثره بالاتجاه الاشتراكي كذكره للأمر 78-02 المتعلقة باحتكار الدولة للتجارة الخارجية والقانون رقم 8-11 المتضمن المخطط الخماسي.

- وفي سنة 1991 صدر المرسوم التنفيذي 91-434 الذي يخصص توجه اقتصادي وسياسي جديد للدولة يختلف عن المرحلة التي سبقته من بينها فتح المجال للقطاع الخاص وعدم الاحتكار الدولة للتجارة الخارجية.

- ثم صدر المرسوم الرئاسي 02-250 الذي تضمن 154 مادة وأهم ما جاء به أنه أولى الرقابة على الصفقات العمومية الأهمية اللازمة و أحدث تغييرا نوعيا في أجهزتها وإضفاء أكثر شفافية على الصفقة.

يأتي بعدها المرسوم الرئاسي 10-236 ولعل أهم ما جاء به أنه حاول بشكل أوسع وأعمق تكريس المبادئ العامة للصفقات العمومية ومنها حرية الوصول للطلبات العمومية ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين ومبدأ شفافية الصفقة.

و للتعرف أكثر على نظام الصفقات العمومية في الجزائر قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وهما:

المبحث الأول: مفهوم الصفقات العمومية وتميزها عن العقود الأخرى.
المبحث الثاني: أنواع الصفقات العمومية وطرق إبرامها.

المبحث الأول

مفهوم الصفقات العمومية وتميزها عن العقود الأخرى

بهدف التحكم في مصطلح الصفقات العمومية يقتضي الأمر منا إعطاء تعريفا لها سواء من الناحية التشريعية أو اجتهادات القضاء أو الفقه.

مما لا شك فيه أن الصفقات العمومية تختلف على سائر العقود الأخرى المدنية والتجارية وعقد العمل اختلافا كبيرا، إذ أن ما يعد صالحا للأفراد قد لا يكون كذلك بالنسبة لجهة الإدارة.

كما أن الصفقات العمومية تكلف خزينة الدولة أموالا كبيرة لذا واجب أن تخضع لأحكام مميزة تتعلق بإجراءات وطرق إبرامها تختلف عن تلك التي يخضع لها الأفراد ومقررة في القانون المدني الخاص، سنتناول في هذا المبحث مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: خصائص الصفقات العمومية وتميزها عن العقود الإدارية الأخرى.

المطلب الأول

تعريف الصفقات العمومية

سنتناول في هذا المطلب تعريف الصفقة العمومية لغة واصطلاحاً ومن ثم نتعمق أكثر في التعريف القانوني للصفقة بدءاً من التعريف التشريعي والقضائي والفقهية. إن كلمة صفقة لغة: هي العقد أو البيعة ويقال صفقة رابحة أو خاسرة¹. أما الصفقة اصطلاحاً: هي عقد إداري باعتباره عمل قانوني صادرة عن توافق إرادتين على إحداث آثار قانونية. وحتى نتعمق أكثر في مفهوم الصفقة العمومية، فقد ارتأينا تعريف الصفقة من خلال ثلاثة تعريفات وهي:

- الفرع الأول: التعريف التشريعي.
- الفرع الثاني: التعريف القضائي.
- الفرع الثالث: التعريف الفقهي.

الفرع الأول

التعريف التشريعي

عرّف المشرع الجزائري عبر قوانين الصفقات المختلفة الصفقات العمومية. في مراحل مختلفة نعرض هذه التعريفات حسب التدرج الزمني:

أولاً: تعريف الصفقة العمومية قانون الصفقات الأول أمر 67-90:

عرّفت المادة الأولى من الأمر 67-90 الصفقات العمومية بأنها « إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون »².

ثانياً: تعريف الصفقة العمومية من خلال المرسوم المتعلق بالصفقات المتعامل العمومي 82-145:

عرفت المادة (4) من المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المتعلق بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي الصفقات العمومية على أنها « صفقات

1 - ابن منظور، لسان العرب، معجم عربي، دار الصادر، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ص2464.

2 - الأمر 67-90 المؤرخ في 17/06/1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، ص52.

المتعامل العمومية عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفي الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات.»

ثالثا: تعريف الصفقة العمومية في ظل المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لسنة 91:

لم يبتعد المرسوم التنفيذي رقم 91-343 المؤرخ في 9 نوفمبر 91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية عن سابقه كثيرا وقدمت المادة الثالثة منه تعريفا للصفقات العمومية بقولها « الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة ».

رابعا: تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية:

قدمت المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 02-250 تعريفا للصفقات العمومية بقولها « الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة ».

خامسا: تعريف الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية:

عرفت المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 10-236 الصفقة العمومية بأنها: « الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة »¹.

1- مرسوم رئاسي 236/10، مؤرخ في 2010/10/7، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

سادسا: تعريف الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية:

حيث عرفها في المادة 02 بأنها عقود مكتوبة تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات¹.

ويبدو من خلال النصوص السابقة والتي صدرت في حقبة زمنية مختلفة أن المشرع الجزائري حرص على إعطاء تعريف للصفقات العمومية و إن اختلفت صياغته بين مرحلة و أخرى، ومرد ذلك يعود إلى الأسباب التالية:

أ- إن الصفقات العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة ولإجراءات في غاية من التعقيد لذا وجب إعطاء تعريف لها لتمييزها عن باقي العقود الأخرى التي تبرمها جهة الإدارة.

ب- إن الصفقات العمومية تخضع لأطر رقابية خاصة داخلية وخارجية.

ج- إن للصفقات العمومية علاقة وثيقة بالخزينة العامة والمال العام.

الفرع الثاني

التعريف القضائي

بالرغم من أن المشرع الجزائري عرّف الصفقات العمومية في مختلف قوانين الصفقات إلا أن القضاء الإداري حال فصله في بعض المنازعات قدم تعريفا للصفقات العمومية ولا مانع أن تبادر الجهة القضائية المختصة في المادة الإدارية إلى إعطاء تعريف لمصطلح قانوني ما، خاصة إن كانت هذه الجهة تتموقع في قمة هرم القضاء الإداري وهذا هو الدور الطبيعي لجهة القضاء.

إن القضاء الإداري وهو يفصل في بعض المنازعات، و إن كان ملزما بالتعريف الوارد في التشريع والمتعلق بالصفقات العمومية و أن لا يخرج عنه، غير أن الوظيفة الطبيعية للقضاء تفرض عليه إعطاء تفسير وتحليل لهذا التعريف إن كان ينطوي على مصطلحات ومفاهيم غامضة ومحاولة ربطه بالوقائع محل الدعوى².

1- مرسوم رئاسي 247/15 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 02، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ص5.

2- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار الجسور، الطبعة الرابعة، 2014، ص35.

وحتى نربط اجتهادات القضاء الإداري الجزائري بالقضاء المقارن تعين الاستبدال بقرارات قضائية وهو ما سنفصله فيما يلي:

* تعريف القضاء الإداري الجزائري:

ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 فهرس 873 الى القول: «... وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقالة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات...».

يبدو من خلال هذا المقطع من تعريف الصفقات العمومية أن مجلس الدولة حصر مفهوم الصفقة العمومية على أنها رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص.

في حين أن العقد أو الصفقة العمومية يمكن أن تجمع طرفا آخر غير الدولة ممثلا في الولاية أو البلدية أو المؤسسة الإدارية خاصة وأن القوانين الجاري بها العمل تعترف لهذه الهيئات بحق التقاضي وعلى رأسها القانوني في نص مواد 49 و 50 وقانون البلدية لسنة 90 في نص مادته الأولى وكذلك المادة 60 منه¹.

كما أن التعريف أعلاه حصر الصفقة العمومية على أنها عقد يجمع بين الدولة وأحد الخواص في حين أن الصفقة العمومية قد تجمع بين هيئة عمومية وهيئة عمومية أخرى¹.

الفرع الثالث

التعريف الفقهي

لقد أجمع فقه القانون الإداري على أن نظرية العقد الإداري هي نظرية من منشأ قضائي أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة عبر اجتهاداته من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه.

ورغم الطابع القضائي لنظرية العقد الإداري ومع محاولة المشرعين في غالبية النظم تقنين جوانب في النشاط التعاقدي للإدارة، إلا أن دور الفقه في تحليل الأجزاء المختلفة لهذه النظرية يظل بارزا في كل الدول، وإذا كان العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني بالنظر فإن كل منهما يعبر عن توافق إرادتين بقصد إحداث الأثر القانوني المترتب على العقد إلا أن تميز

1- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 39، 40.

العقد الإداري عن العقد المدني يظل واضحا في كثير من الجوانب والأجزاء وهو ما تولى الفقه الإداري توضيحه وتحليله.

ولقد عرّف الفقه العقد الإداري على أنه: « العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمن العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص »¹.

1- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 1989، ص274.

المطلب الثاني

خصائص الصفقات العمومية وتميزها عن العقود الأخرى

في هذا المطلب سنتطرق إلى دراسة خصائص الصفقات العمومية على أساس معايير معينة، وثانيا سندرس تمييز الصفقة العمومية عن باقي العقود الإدارية الأخرى. وعليه يمكن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وهما.

الفرع الأول: خصائص الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: تمييز الصفقة العمومية عن غيرها من العقود الإدارية الأخرى.

الفرع الأول

خصائص الصفقات العمومية

سنتطرق في هذا الفرع الأول إلى خصائص الصفقات العمومية وذلك من خلال ثلاثة معايير: المعايير التشريعية، التطبيقات القضائية (المعايير القضائية)، المعايير الفقهية.

1- المعايير التشريعية للصفقات العمومية:

وهنا يمكن حصر 05 معايير نصت عليها القوانين المختلفة:¹

أ- المعيار العضوي:

تتميز الصفقة العمومية من حيث الجانب العضوي أن الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة الإدارية أو أي مؤسسة عمومية أخرى مذكورة في النص طرفا أساسيا فيها، وعليه فالعقد الذي لا تكون أحد الجهات المذكورة سابقا طرفا فيه أو الجهات التي حددها التشريع لا يمكن اعتباره صفقة عمومية.

ب- المعيار الشكلي:

ومفاده أنه الصفقات العمومية هي عبارة عن عقود مكتوبة ولعل سر اشتراط التشريع للمعيار الشكلي (الكتابة) والتأكيد عليه في مختلف قوانين الصفقات العمومية يعود لسببين:

- أن الصفقات العمومية هي أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية لذا وجب أن تكون مكتوبة.
- أن الصفقات العمومية تتحمل أعبائها المالية الخزينة العامة، فالمبالغ الضخمة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية تتحملها الخزينة العامة.

1- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص46.

ج- المعيار الموضوعي:

ويتعلق بموضوع العقد نفسه وهنا نجد أن المشرع الجزائري غير من نطاقه موضوع العقد (الصفقة العمومية) فتارة نجده يوسع النطاق وتارة يضيق إلا أن الملاحظ في المرسومين الأخيرين الخاصين بالصفقات العمومية 10-236 و 15-247 حصر هذا النطاق في 04 مجالات وهي: إنجاز الأشغال، اقتناء المواد، الخدمات، الدراسات، فخارج هذه العقود الأربعة لا نكون من الناحية الموضوعية أمام صفقة عمومية.

د- المعيار المالي:

لما كان للصفقات العمومية صلة وثيقة بالخزينة العامة وجب حينئذ ضبط حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية، وهنا نجد أن المشرع غير في كل مرة العتبة المالية للصفقة التي حددها في المرسوم 02-251 ب 4 ملايين دينار جزائري لترتفع إلى 6 ملايين في التعديل المنصوص عليه في المرسوم الرئاسي 03-303، إلى أن بلغت العتبة المالية 8 ملايين دينار للأشغال والتوريدات و 4 ملايين للخدمات والدراسات والآن في المرسوم 15-247 بلغت 12 مليون دينار جزائري للأشغال والتوريدات و 6 ملايين دينار جزائري للخدمات والدراسات. وتعود هذه التغيرات لدواعي اقتصادية ونقدية من سبب التضخم وانخفاض قيمة الدينار الجزائري.

هـ- معيار البند غير مألوف:

ومعناه أن هذا العقد الإداري يخول جهة الإدارة ممارسة مجموعة سلطات و امتيازات لا وجود لها على صعيد القانون الخاص، وقد أقرت هذه الامتيازات بالأساس لتمكين الإدارة من تحقيق الأهداف المرجوة من وراء تعاقدها وفي تلبية حاجات الأفراد وتأمين استمرارية المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة¹.

2- تطبيقات القضاء الإداري الجزائري:

إذا كان المشرع الجزائري قد خص العقود الإدارية أو الصفقات العمومية بتشريع خاص ولم يخضعها للقانون الخاص المدني (المدني والتجاري)، فقد حرص من جهة أخرى على تحديد جملة من المعايير التي تميز الصفقات العمومية عن غيرها من عقود الإدارة المختلفة

1- يوسف حوري، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية، محاضرات غير منشورة موجهة للطلبة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غليزان، ماستر تخصص قانون إداري، 2014، ص 20.

والجدير بالذكر أن المعايير السابقة الذكر ساهمت مساهمة كبيرة في مساعدة أجهزة القضاء الإداري لتطبيق أو إبعاد قواعد الصفقات العمومية بحسب توافر هذه المعايير من عدم توافرها وفيما يلي بعض هذه التطبيقات:

أ- معيار أو شرط الكتابة:

لقد شدد القضاء الإداري الجزائري ممثلا في مجلس الدولة بشأن شرط الكتابة في قرار له صدر بتاريخ 2001/05/14 بين بلدية بوزريعة ومقولة تحت رقم 001519 الغرفة الرابعة غير منشور: «... من المقرر قانونا وفقا للمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإنها تعتبر الصفقات العمومية عقود مكتوبة وأنه يلزم تحت طائلة البطلان أن تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر بما سيستفاد منه أن الكتابة شرط لانعقاد الصفقة العمومية وتتعلق بالنظام العام... ».

ويتبين لنا من خلال هذا القرار أن مجلس الدولة طبق نصوص تنظيم الصفقات العمومية تطبيقا كاملا ولم يحد عنها، فالمرشح وصف في تنظيم الصفقات؛ الصفقة على أنها عقد مكتوب وما كان على القضاء الإداري إلا أن يعترف بهذا العنصر المميز للعقود الإدارية كونها عقود مكتوبة ولما تنطوي عليه كما رأينا من أهمية وخطورة في ذات الوقت.

ب- المعيار العضوي:

في قرار له صدر بتاريخ 2002/11/05 ملف رقم 003889 ذهب مجلس الدولة إلى التقيّد حرفيا بنصوص القانون و أقر مبدأ عدم خضوع المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري لقانون الصفقات العمومية وبالتبعية أقر أيضا عدم اختصاص القاضي الإداري للبت في النزاع القائم بخصوص إبرام مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري لصفقة عمومية.

ج- معيار الحد المالي الأدنى المطلوب لإبرام صفقة عمومية:

لقد طبق القضاء الإداري الجزائري ممثلا في مجلس الدولة شرط الحد الأدنى المالي المطلوب لإبرام صفقة عمومية وهذا من خلال المنازعات المعروضة عليه، ففي قرار له صدر بتاريخ 2001-07-30 الغرفة الرابعة الفهرس 17/07 رقم 003955 ذهب مجلس الدولة إلى القول: « شرط الصفقة ليس ضروريا في الأشغال التي تقل قيمتها عن 03 ملايين دينار جزائري »¹.

1- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 75، 76.

3- المعايير الفقهية للعقد الإداري:¹

لقد عرف الفقه العقد الإداري على أنه: « عقد يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره » وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وانطلاقاً من هذا التعريف رسم الفقه معايير العقد الإداري المتمثلة في:

- المعيار العضوي.
- المعيار الموضوعي (ارتباط العقد بالمرفق).
- معيار البند غير المألوف أو وسيلة القانون العام.

نوضح ذلك فيما يلي :

أ- المعيار العضوي:

يقصد به أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، أي أن يكون أحد أطراف العلاقة العقدية شخص من أشخاص القانون العام، ويقصد بأشخاص القانون العام الأشخاص الإقليمية كالدولة والولاية والبلدية والأشخاص المرفقية وهي عبارة عن مؤسسات عامة، ويتولى التشريع المنظم للصفقات العمومية تحديد نوعها وطبيعتها وعما إذا كانت معنية بالخضوع لقانون الصفقات أم أنها غير معنية به.

ب- المعيار الموضوعي:

ويقصد أن يتعلق موضوع العقد بإدارة وتسيير مرفق عام، ويمكن تعريف المرفق العام على أنه منظمة عامة تنشئها الدولة وتكون تحت إشرافها أو أنه نشاط تتولاه الإدارة ويستهدف النفع العام و هذا العنصر كما جاء في الفقه يجعلنا نطوف مرة أخرى حول الشرط العضوي في العقد الإداري كون الإدارة طرفاً في العقد.

غير أن هذا الشرط على غاية من الأهمية اعتباراً من أن العقود التي تبرمها المرافق التجارية و الصناعية لا يمكن اعتبارها عقوداً إدارية بالرغم أنها مرافق عامة.

ج- معيار إتباع وسيلة القانون العام:

لا يكفي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد لإضفاء الطابع الإداري عليه ومن ثم إخضاعه لقانون الصفقات العمومية وبالتالي التصريح باختصاص القاضي الإداري بالفصل في المنازعة

1- أزياب نبيل، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماستر غير منشورة، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2014/2015، ص10.

الناتجة عن هذا العقد، بل ينبغي أن تكشف جهة الإدارة عن رغبتها في استخدام وسيلة القانون العام عند التعاقد.

إن الحكمة في استفادة وتمتع جهة الإدارة بامتيازات القانون العام في مجال العقود الإدارية تعود بالأساس إلى اختلاف مكانة الأطراف بين العقد الإداري والعقد المدني.

الفرع الثاني

تميز الصفقة العمومية عن غيرها من العقود الإدارية الأخرى

تختلف الصفقات العمومية عن غيرها من العقود الإدارية الأخرى وسنتطرق إلى البعض منها
أولاً: التمييز بين الصفقات العمومية و العقود المدنية:

تختلف الصفقات العمومية عن العقود المدنية من زوايا كثيرة منها:

1- من حيث مراكز أطراف العلاقة العقدية:

إن العقد المدني يحتل أطرافه مرتبة واحدة ولا امتياز لطرف على طرف ولا يمكن للمشرع و الأمر يتعلق بمصلحة خاصة أن يرجح مصلحة على أخرى مصلحة كأن يغلب مصلحة البائع على المشتري أو المؤجر على المستأجر.

بينما العقد الإداري و بالنظر لاحتوائه عضوا على إدارة عامة أو هيئة عمومية وجب الاعتراف لها بالتمتع بامتيازات السلطة العامة بما يمكنها من تحقيق الهدف من التعاقد.

2- من حيث إجراءات إبرام العقد:

تخضع الإدارة أو الهيئة العامة لطرف محدد عندما تبدي رغبتها في التعاقد و تلزم كأصل عام بإعلام الجمهور ونشر إعلان مناقصة مثلا أو مزيدة وتخضع لإجراءات طويلة وثقيلة و لرقابة معقدة. إن الإدارة العامة في غالبية النظم القانونية ليست حرة في اختيار المتعاقد معها، بل هي مجبرة على التعاقد بكيفية وإجراءات محددة وهذا بهدف ترشيد النفقات العامة مراعاة لما تكلفه الصفقات العمومية من أوجه كبيرة وضخمة للصرف، بل إن المشرع عمد إلى حماية قواعد تنظيم الصفقات العمومية بأدوات جزائية تطبق عند الإخلال بهذا التنظيم وهو ما أشارت إليه المادة 26 من القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20/02/2016 يتعلق بالرقابة من الفساد و مكافحته. بينما العقد المدني يحكمه مبدأ الحرية التامة في اختيار الطرف المتعاقد للطرف الآخر، كما يتم بسرعة كبيرة ولا يخضع لإجراءات الإشهار كأصل عام.¹

1 - مصطفى مبروكي، الرقابة الإدارية على إبرام الصفقات العمومية، مذكرة ماستر غير منشورة، تخصص قانون إداري كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013/2014، ص 15.

3- من حيث الهدف من العملية التعاقدية:

إن الهدف من إبرام العقد المدني هو تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف العقد. بينما الهدف من إبرام الصفقات العمومية هو تحقيق المصلحة العامة فعقد الأشغال العامة مثلا إذا انصب على إنجاز طريق من نقطة إلى أخرى أو إنجاز جسر أو مجموعة سكنات فإن المنتفع هو الجمهور كما أن عقد تموين إدارة الخدمات الجامعية بمادة معينة كاللحوم أو الخبز أو الخضار والفواكه، إنما تم بغرض لإطعام الطلبة وهكذا فكل صفقة عمومية إنما يرجع عائدها و أثرها على دائرة المنتفعين.

4- من حيث الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع:

يعقد الاختصاص بالنظر في الخصومات الناتجة عن تنفيذ العقود المدنية لجهة القضاء العادي بينما يعقد الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية كأصل عام للقضاء الإداري أو جهة محددة تشريعا.

ونجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية كرس الازدواجية الإجرائية معلنا عن الإجراءات التمهيدية في المادة الأولى: « تطبق أحكام هذا القانون على الدعاوى المرفوعة أمام الجهات القضائية العادية و الجهات القضائية الإدارية ».

5- من حيث سلطة القاضي الفاصل في النزاع:

إن سلطة القاضي الإداري أوسع من سلطة القاضي المدني هذا الأخير الذي يسيره الخصوم، طبقا للمبدأ القائل "الخصومة ملك الخصوم"، بينما القاضي الإداري يستطيع جبر الإدارة على تقديم قرار وهو ما أشارت إليه المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية الجديدة في فقرتها (2)¹.

ثانيا: التمييز بين الصفقات العمومية و العقود التجارية:

تتميز الصفقة العمومية من العقد التجاري من زوايا عدة منها:

1- من حيث قواعد الإثبات:

لما كانت الحياة التجارية يسودها عنصر الائتمان و يحكمها مبدأ السرعة، وجب أن تساير أحكام العقود التجارية هذين المبدأين أو الميزتين. لذا وجدنا المشرع الجزائري وهو يسن

1- مصطفى مبروكي، مرجع سابق، ص16.

قواعد إثبات العقد التجاري كان في غاية من المرونة فذكر وسائل عدة يثبت بها العقد التجاري فإلى جانب السندات الرسمية ذكر السندات العرفية و الفواتير المنقولة والرسائل و الدفاتر التجارية للطرفين والإثبات بالبيئة وهو ما قرره المادة 30 من قانون التجاري الجزائري.

بينما العقد الإداري لا يثبت إلا بالكتابة ولقد سبقت الإشارة أن القضاء الإداري الجزائري ممثلا في مجلس الدولة تشدد في تطبيقه لهذا الشرط فلم يقبل ادعاء بوجود علاقة عقد بعنوان صفقة عمومية إذا لم يكن المدعي يجوز عقدا مكتوبا بين يديه ثم إن عنصر الكتابة ورد في مختلف التعريفات التشريعية الجزائرية للصفقات العمومية وفق ما بيّنا ذلك سابقا.

2- من حيث طرق الإبرام:¹

تتميز الصفقة العمومية عند العقد التجاري فيما يخص طرق الإبرام. فإذا كان من اليسير إبرام عقد تجاري تماشيا مع السرعة و حركة المجتمع التجاري فإن الأمر لا يكون كذلك بالنسبة للصفقة العمومية التي يأخذ إبرامها مرحلة طويلة ويمر بإجراءات معقدة كما سيتضح لنا من خلال طرق الإبرام، وإن كل مخالفة لتنظيم الصفقات ينجم عنها المسؤولية الجزائية المقررة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

3- من حيث الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع:²

يتميز العقد التجاري عن الصفقة أيضا فيما تعلق بقواعد الاختصاص القضائي في حالة نشوب نزاع أو خصومة فإذا كان القضاء الإداري هو المختص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية فإذا القضاء العادي هو الجهة المختصة بالنظر في المنازعات التجارية.

ومن جهة الأحكام الجديدة فيما يخص تشكيلة المحكمة التجارية نصت المادة 533 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد أن المحكمة التجارية تتشكل من قاض رئيسا و مساعدين ممن لهم دراية بالمسائل التجارية ويكون لهما دور استشاري بينما تتشكل المحكمة الإدارية فقط من قضاة برتبة مستشار لدى مجلس قضائي.

1- يوسف حوري، السلطات الإدارية في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص27.

2- ثامر نورة، منازعات تنفيذ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، غير منشورة، تخصص قانون إداري،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2014/2015، ص14.

ثالثا: التمييز بين الصفقات العمومية وعقد العمل:¹

تختلف الصفقة العمومية عن عقد العمل من جوانب كثيرة و متنوعة منها:

1- من حيث عنصر الشكل:

من خلال تعريف عقد العمل و ربطه بتعريف الصفقات العمومية نجد أن عقد العمل لا يشترط فيه عنصر الكتابة، وهو ما أشارت إليه صراحة المادة 8 من قانون 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل و المتمم بقولها: « تنشأ علاقة العمل بعقد مكتوب أو غير مكتوب و تقوم هذه العلاقة على أية حال بمجرد العمل لحساب مستخدم ما » بينما الصفقة العمومية شرط الكتابة فيها لازم بل هو ركن من أركان العقد.

2- من حيث طرق الإبرام و قواعد الرقابة:

تختلف الصفقة العمومية أيضا عن عقد العمل سواء من موضوعها أو طرق إبرامها أو قواعد رقابتها، وهو ما سنفصل فيه لاحقا الأمر الذي يبعث بطئا في ظهور الصفقة العمومية بينما عقد العمل يبرم في مدة وجيزة و يخضع هو الآخر لأطر رقابة خاصة.

3- من حيث قواعد الاختصاص القضائي:

تعرض منازعات العمل على مستوى المحكمة الابتدائية وهذا بعد المرور وجوبا بمرحلة الصلح الذي تتولاه مكاتب المصالحة وفقا للتشريع الجاري به العمل. وطبقا للمادة 502 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتشكل القسم الاجتماعي من قاض رئيسا ومساعدين بينما تتشكل المحكمة الفاصلة في منازعات الصفقات العمومية فقط من قضاة ولا تمر المنازعة الإدارية وجوبا بمرحلة الصلح كما هو الشأن بالنسبة للمنازعة العمالية.

1- حساني مصطفى، الطبيعة القانونية لعقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماستر، غير منشورة، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غليزان، الموسم الجامعي 2014/2015، ص11.

المبحث الثاني

أنواع الصفقات العمومية وطرق إبرامها

بالنظر إلى المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نجد المشرع الجزائري قد حدد و بالنص الصريح أربعة من العقود التي تبرمها الإدارة أو الهيئة العامة، وأضفى عليها طابع الصفقة العمومية إن توافرت شروطها سابقة الذكر وهذه العقود هي:

- عقد إنجاز الأشغال العامة.
 - عقد اقتناء المواد (التوريد) Approvisionnement.
 - عقد تقديم الخدمات Prestation.
 - عقد إنجاز الدراسات.
- وهذه العقود سنتناولها بالشرح والتحليل، فإن أبرمت الإدارة أحد هذه العقود وتوافر الحد المالي المذكور خضعت لتنظيم الصفقات العمومية من حيث طرق الإبرام وإجراءاته حيث الرقابة و كفاءات التنفيذ من حيث تسوية المنازعات وغيرها، ونتطرق فيها إلى مطلبين:
- المطلب الأول: أنواع الصفقات العمومية.**
- المطلب الثاني: طرق إبرام الصفقات العمومية.**

المطلب الأول

أنواع الصفقات العمومية

من خلال التشريعات المنظمة للصفقات العمومية منذ الاستقلال وإلى يومنا هذا لخص المشرع الجزائري مجال الصفقات العمومية إلى أربعة أنواع وهم:

الفرع الأول: عقد إنجاز الأشغال العمومية.

الفرع الثاني: عقد اقتناء اللوازم "عقد التوريد".

الفرع الثالث: عقد تقديم الخدمات.

الفرع الرابع: عقد إنجاز الدراسات.

الفرع الأول

عقد إنجاز الأشغال العمومية

يعرّف بأنه: اتفاق بين الإدارة و أحد الأفراد أو الشركات أو المؤسسات للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب شخص معنوي عام نظيرة مقابل يتفق عليه في العقد بقصد تحقيق المصلحة العامة.

فحتى نكون أمام عقد أشغال عامة وجب توافر الشروط التالية:

أولاً: أن ينصب العقد على العقار:

كأن يتعلق الأمر بمشروع إنجاز طريق عام أو جسر أو مجموعة سكنات أو يتعلق بترميم أسقفها أو جدرانها، ولاشك أن لهذا العقد بالذات صلة وثيقة بفكرة التنمية المحلية والتنمية الوطنية أيضاً، فمثلاً إذا أعلنت السلطات العمومية أنها ستفك العزلة عن بعض المناطق وتمد شبكة المواصلات أو أن تنجز سكنات في مدة معينة وعليه فإن تنفيذ هذه البرامج الاستثمارية يتم عن طريق عقد الأشغال العامة.

ثانياً: أن يتم العمل لحساب شخص معنوي:

أي أنه لا يعد عقد أشغال عامة إلا إذا أنصرف لشخص معنوي ويستوي أن يتعلق الأمر بشخص إقليمي كالدولة أو الولاية أو البلدية أو شخص مرفقي كالجامعة ومركز التكوين المهني أو مؤسسة عامة استشفائية¹.

1- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 29، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ص9.

ثالثا: يجب أن يهدف العقد إلى تحقيق منفعة عامة:

لا يمكن أن يوصف العقد بكونه صفقة عمومية إلا إذا كان الهدف من وراء موضوع العقد خدمة المصلحة العامة وتلبية حاجات الأفراد¹.

رابعا: أن يتوافر في العقد الحد المالي المطلوب:

أي أن العقد الإداري المبرم لا يمكن وصفه بالصفقة العمومية (عقد الأشغال العامة) إلا إذا بلغ العتبة المالية اللازمة و المحددة في المرسوم 15-247 ب 12 مليون دينار جزائري وهو الأمر نفسه بالنسبة للتوريدات و اقتناء اللوازم.

خامسا: حيابة المؤسسات المشاركة على شهادة التخصص و التصنيف المهنيين:

حيث فرض المرسوم التنفيذي رقم 11-110 المؤرخ في 6 مارس 2011 على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية و الري والأشغال....إلخ، أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين كشرط لإبرام صفقات مع الدولة والولايات و البلديات و الإدارات والمؤسسات و الهيئات العمومية.

الفرع الثاني

عقد اقتناء اللوازم "عقد التوريد"

إن الجهات الإدارية المختلفة وهي تمارس نشاطها وتسعى إلى تلبية سائر الحاجات العامة و خدمة الجمهور لا تحتاج فقط إلى إبرام عقود الأشغال العامة بل إلى جانب ذلك تحتاج أيضا إلى إبرام أنماط أخرى من العقود لعقد التوريد أو عقد اقتناء اللوازم كما عليه رسميا.

ويعود سر الاعتراف للإدارات بإبرام عقود التوريد أن نشاطها قد يفرض توافر منتج معين لديها وأن تضع عليه اليد بهدف تحقيق المصلحة العامة وخدمة الجمهور وهذا بصفة دورية ومتواترة و مستمرة ومنتظمة.

ويمكن تعريف عقد التوريد بأنه اتفاق بين إدارة و أحد الأشخاص (المورد) بقصد تموينها وتزويدها باحتياجاتها من المنقولات وهذا لقاء مقابل تلزم بدفعه وبقصد تحقيق مصلحة عامة².

1- يوسف حوري، سلطات الإدارية في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص32.

2- قاوة ليندة، شنوف ناصر الدين، الدور الداخلي للجان الصفقات العمومية، مذكرة ماستر غير منشورة، تخصص الجماعات المحلية والإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الموسم الجامعي 2014/2015، ص25.

ومن هنا نستنتج الفرق بين عقد التوريد (الاقتناء) وبين عقد الأشغال العامة حيث أن عقد التوريد الذي ينصب دائما على منقولات محل التعاقد وعقد الأشغال العامة الذي ينصب دائما على العقار.

الفرع الثالث

عقد تقديم الخدمات

يمكن تعريف عقد الخدمات على أنه اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر (معنوي أو طبيعي) بقصد توفير خدمة معينة للإدارة المتعاقدة تتعلق بتسيير المرفق نظير مقابل مالي. ونشير إلى أن عقد الخدمات لا يتطلب اعتمادات مالية كبيرة مثلما هو الحال بالنسبة لعقد الأشغال العامة وعقد التوريد (الاقتناء)، والدليل على ذلك العتبة المالية المحددة لعقد الخدمات هي كل المراسيم المنظمة للصفقات العمومية، والتي تكون دائما أقل بكثير من العتبة المالية المحددة لعقود الأشغال العامة، أو عقود التوريدات وعليه نجد أن هناك خدمات كثيرة تستفيد منها الإدارة ولا تخضع لتنظيم الصفقات العمومية¹.

الفرع الرابع

عقد إنجاز الدراسات

إن هذا النوع من العقود الإدارية كان المشرع الجزائري متردداً في تعريفه بشكل صريح فأحيانا يتناوله بالإشارة وأحيانا أخرى يغفل عنه و أحيانا يعود ويستدرك ويعرفه بشكل واضح. ويستمد عقد الدراسات وجوده القانوني من المادة 04 والمادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236 وعلى ذلك يعد عقد الدراسات في القانون الجزائري عقدا إداريا بحسب النص وتلزم الإدارة إن أرادت إبرام هذا العقد بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية إما من حيث طرق الإبرام وإجراءاته أو من حيث الرقابة.

ويمكن تعريف عقد الدراسات بأنه اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي) يلزم بمقتضاه هذا الأخير بإنجاز دراسات محددة في العقد لقاء مقابل تلزم الإدارة بدفعه تحقيقا للمصلحة العامة.

مثال: عقد يجمع بين مديرية السكن و مكتب دراسات هندسية بغرض إنجاز تصاميم هندسية لمجموعات سكنية تريد الإدارة المعنية إقامتها.

1- مصطفى مبروكي، مرجع سابق، ص36.

إن وجه التمييز بين عقد الدراسات عن غيره من العقود الأخرى، أن العقد ينص على جانب فني وتقني وهو ذو طابع علمي بمقتضاه يتم توظيف (مساحات، أرقام، تصاميم هندسية، بحوث، إحصاءات، تحاليل في مختبر...) و وضعها تحت تصرف الإدارة وهو ما يميزه عن عقد الأشغال الذي ينصب على عقار، وعقد التوريد الذي ينصب على منقول، وعقد الخدمة الذي يتناول مسائل بسيطة قد تكون أعمال يدوية كتركيب خطوط كهربائية أو مد قنوات لصرف المياه، غير أن هذه الصفقات وإن فُصلَ بعضها عن الآخر، إلا أن التداخل قد يحدث بين عقد آخر، فعقد الأشغال العامة مثلا قد يستوجب دراسات سابقة وهو ما يعني أن الإدارة المختصة تبرم أولا عقد دراسات ليَجسّد فيما بعد في شكل عقد أشغال عامة¹.

1- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 98، 99.

المطلب الثاني

طرق إبرام الصفقات العمومية

بالنظر إلى المرسوم الرئاسي 15-247 و المراسيم السابقة له والمنظمة للصفقات العمومية نجده قد حدد طرق إبرام الصفقات العمومية ورسمها في طريقين هما: طلب العروض (المناقصة سابقا) والتراضي، وهما أسلوبين:

الفرع الأول: أسلوب طلب العروض (المناقصة سابقا).

الفرع الثاني: أسلوب التراضي.

الفرع الأول

أسلوب طلب العروض (المناقصة سابقا)

أولى المشرع أسلوب طلب العروض أهمية خاصة في مختلف المراسيم التي جاءت منظمة للصفقات العمومية، حيث خصص كمًّا كبيرا من المواد لأسلوب طلب العروض كونها القاعدة العامة في مجال التعاقد بالنسبة للإدارات العمومية و إن أسلوب التراضي ما هو إلا استثناء.

ومن هنا سيتم التطرق لتفصيل أسلوب طلب العروض ضمن ثلاث نقاط:

أولاً: تعريف طلب العروض: L'appel d'offres

وقد عرفته المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام بأنه: « هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء »¹.

1- يجسد أسلوب طلب العروض مبدأ الشفافية في التعاقد و علانية الإجراءات وهذا أمر مطلوب للحد من الفساد المالي².

2- يكرس هذا الأسلوب مبدأ المساواة بين العارضين.

1- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 2015/09/16، المادة 40، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20، ص12.

2- أحمد مصطفى أحمد صبيح، الرقابة المالية والإدارية ودورها في الحد من الفساد الإداري، دار النشر مركز الدراسات العربية، 2016، ص112.

3- يحقق هذا الأسلوب مبدأ المنافسة الشريفة بين العارضين ويكفل أمامهم سبل المشاركة في المناقصة إذا توافرت فيهم الشروط المعلن عنها.

4- يوفر هذا الأسلوب حماية الأمرين بالعرف ويحفظ حيادهم.

ثانيا: أشكال أسلوب طلب العروض:

رجوعاً للمادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247: يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال التالية:

- طلب العروض المفتوح.

- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

- طلب العروض المحدود.

- المسابقة.

وهو ما سنوضحه فيما يلي:

1- طلب العروض المفتوح: عرفته المادة 43 من مرسوم رئاسي 15-247 وهو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً.

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا عرفته المادة 44: هو إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة، تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية و المالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع¹.

3- طلب العروض المحدود: وقد عرفته المادة 45 من المرسوم الرئاسي بأنه: هو إجراء استشارة انتقائية، ويكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد.

يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستم دعوتهم لتقديم تعهد بعد الانتقاء الأولي بخمسة (5) منهم وتنفيذ المصلحة المتعاقدة

1- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المواد: 40-42-43-44، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/

العدد50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ص12.

الانتقاء الأولي لاختبار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة.

ويجرى اللجوء إلى طلب العروض المحدود، عند تسليم العروض التقنية، إما على مرحلتين طبقاً لأحكام المادة 46، وإما على مرحلة واحدة¹.

أ- على مرحلة واحدة:

عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية.

ب- على مرحلتين:

استثناء عندما يطلق الإجراء على أساس برنامج وظيفي إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها حتى بصفة دراسات.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي، بمناسبة إنجاز عمليات دراسات أو هندسة مركبة أو ذات أهمية خالصة و/أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري وفي هذه الحالة يجب تجديد الانتقاء الأولي كل ثلاث (3) سنوات.

ويجب أن يتم النص على كفاءات الانتقاء الأولي والاستشارة في إطار طلب العروض المحدود في دفتر الشروط.

تحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع طلب العروض المحدودة بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات، حسب الحالة².

توضح كفاءات تطبيق أحكام هذه المادة عند الحاجة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

1- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 46، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ص 13.

2- مصطفى مبروكي، مرجع سابق، ص 52.

المادة (46) في حالة طلب العروض المحددة على مرحلتين تتم دعوة المترشحين الذين جرى انتقاؤهم الأولي طبقاً لأحكام المادة (45)، في مرحلة أولى برسالة استشارية، إلى تقديم عرض تقني أولي دون عرض مالي.

ويمكن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، فيما يخص العروض التي تراها مطابقة لدفتر الشروط، أن تطلب كتابياً، بواسطة المصلحة المتعاقدة من المرشحين تقديم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم.

ويمكن تنظيم اجتماعات لتوضيح الجوانب التقنية لعروض المترشحين عند الضرورة من طرف المصلحة المتعاقدة بحضور أعضاء لجنة تقييم العروض الموسعة عند الاقتضاء، إلى خبراء يتم تعيينهم خصيصاً لهذا الغرض ويجب أن نحرر محاضر لهذه الاجتماعات يوقعها جميع الأعضاء الحاضرين.

يجب أن لا تؤدي طلبات تقديم التوضيحات و التفصيلات إلى تعديل العروض بصفة أساسية.

تكون الأجوبة المكتوبة للمترشحين على طلبات التوضيحات أو التفصيلات و محتوى محاضر الاجتماعات جزءاً لا يتجزأ من عروضهم و لا يجوز الكشف عن أي معلومة تتعلق بمحتوى عرض مترشح من المترشحين وتقتصر لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على إثر هذه المرحلة على المصلحة المتعاقدة إقصاء عروض المترشحين الذين لا يستوفون متطلبات البرنامج الوظيفي و/أو المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط¹.

لا يدعى إلا المترشحون الذين جرى إعلان مطابقة عروضهم التقنية الأولية، للقيام في مرحلة ثانية بتقديم عرض تقني نهائي وعرض مالي على أساس دفتر شروط معدل عند الضرورة و مؤشر عليه من قبل لجنة الصفقات المختصة على إثر تقديم التوضيحات المطلوبة أثناء المرحلة الأولى.

ويمكن أن تدفع المصلحة المتعاقدة أتعاباً للمرشحين تمثل أجر مهمة التصميم حسب نسب و كفاءات تحدد بموجب قرار مشترك بين مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني و الوزير المكلف بالمالية.

1- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، الطبعة الثانية 2006، ص122.

ويجب ألا ترد أي معلومة تتعلق بمبلغ العرض المالي في الأظرفة المعروضة التقنية تحت طائلة رفض هذه العروض.

والمسابقة قد عرفت المادة (47) هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة، وتمنح الصفقة بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية.

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة لاسيما في مجال التهيئة الإقليمية و التعمير والهندسة المعمارية و الهندسة أو معالجة المعلومات ولا تبرم صفقة الإشراف على إنجاز أشغال وجوبا عن طريق المسابقة إذا لم يتجاوز مبلغها الحد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 13 من هذا المرسوم.

يتعلق موضوعها بالتدخل في مبنى قائم أو منشأة بنية تحتية أو التي لا تحتوي على مهام تصميم ومهما يكن من أمر، يتم تعيين لجنة التحكيم كما هي معرفة في المادة (48) لتبدي رأيها في اختيار المخطط أو المشروع توضح كيفية تطبيق أحكام هذه المادة عند الحاجة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

المادة (48): تكون المسابقة المحدودة أو المفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا.

وتكون مسابقة الإشراف على الإنجاز محدودة وجوبا.

يجب أن يشتمل دفتر شروط المسابقة على برنامج و نظام للمسابقة وبالإضافة إلى ذلك يجب أن ينص دفتر الشروط على كيفية الانتقاء الأولي، عند الاقتضاء، وتنظيم المسابقة. يجب أن يحدد دفتر الشروط المتعلق بمسابقة تخص مشروع إنجاز أشغال الغلاف المالي التقديري للأشغال.

في إطار مسابقة محدودة يدعى المرشحون في مرحلة أولى إلى تقديم أظرفة ملفات الترشيحات فقط، وبعد فتح أظرفه ملفات الترشيحات وتقييمها، ولا يدعى إلى تقديم أظرفة العرض التقني و الخدمات والعرض المالي إلا المرشحون الذين جرى انتقاؤهم الأولي¹.

1- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 2015/09/16، المادة 47، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20، ص13.

يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذي ستم دعوتهم لتقديم تعهد بعد انتقاء أولي بخمسة (5) منهم.

ويتم إعلان عدم جدوى المسابقة، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة (40) من هذا المرسوم وفي هذه الحالة يمكن المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى تقييم خدمات المسابقة من طرف لجنة تحكيم تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني ومستقلين من المرشحين.

تحدد تشكيلة لجنة التحكيم بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني.

يمنح أعضاء لجان تحكيم المسابقات تعويضات حسب نسب و كفاءات تحدد بموجب مرسوم تنفيذي.

يتعين على المصلحة المتعاقدة ضمان إقفال أظرفة خدمات المسابقة قبل إرسالها إلى رئيس لجنة التحكيم ويجب ضمان إقفال هذه الأظرفة إلى غاية التوقيع على محضر لجنة التحكيم.

ويرسل رئيس لجنة التحكيم محضر الجلسة، مرفقا برأي معلل يبرز عند الاحتمال ضرورة توضيح بعض الجوانب المرتبطة بالخدمات إلى المصلحة المتعاقدة.

وفي حالة إذا أبرزت لجنة التحكيم ضرورة توضيح بعض جوانب الخدمات فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تحضر الفائز أو الفائزين المعنيين كتابيا لتقديم التوضيحات المطلوبة وتكون الأجوبة المكتوبة جزء لا يتجزأ من عروضهم.

يجب ألا ترد أي معلومة تتعلق بمبلغ العرض المالي في أظرفة الخدمات ولا في أظرفة العروض التقنية تحت طائلة رفض هذه العروض.

يمكن أن تدفع المصلحة المتعاقدة منحا للفائز أو الفائزين في المسابقة طبقا لاقتراحات لجنة التحكيم.

حسب نسب وكفاءات تحدد بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالسكن و الوزير المكلف بالمالية، بالنسبة لمشاريع إنجاز المباني.

أما بالنسبة للمشاريع الأخرى فتحدد نسب و كفاءات دفع المنح بموجب قرار مشترك بين مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية¹.

1- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 48، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ص13.

ثالثا: إجراءات طلب العروض (Procédures d'appel d'offres)

تمر الصفقة العمومية حسب القوانين في الجزائر بعدة مراحل قبل الإبرام واثناؤه وبعده وبما أن أسلوب طلب العروض أو ما كان يعرف في التنظيمات السابقة للمرسوم الرئاسي 15-247 بالمناقصة هو القاعدة العامة في إبرام الصفقة العمومية.

لذا وجب التطرق والتفصيل إلى مراحل و إجراءات إبرام الصفقة عبر التطرق لإجراءات طلب العروض، ويمكن إجمال مراحل و إجراءات طلب العروض في مرحلتين كبيرتين وهما:

1 - المرحلة الإعدادية وتحضير الغلاف المالي:

تحتاج الصفقة العمومية سواء كانت صفقة أشغال أو اقتناء لوازم أو خدمات أو دراسات إلى غلاف مالي تدفعه الإدارة للمتعاقد معها، لذا فإن أول خطوة ينبغي القيام بها هو إتباع جملة الإجراءات التحضيرية اللازمة بغرض توفير الجانب المالي للصفقة. ومن الفائدة الإشارة أن الوعاء المالي للصفقة أحيانا يرصد على حساب الاعتماد المالي للدولة، وأحيانا أخرى يقيد و يحسب في ميزانية الإدارة المعنية أو ما يسمى بميزانية القطاع نبين ذلك فيما يلي:

أ- تمويل الصفقة عن طريق ميزانية الدولة:

قد تمويل الصفقة عن طريق ميزانية الدولة اعتبارا أن المشروع ذو نفع عام كأن يتعلق الأمر بإنجاز إقامة جامعية أو فضاء بيداغوجي ب 5000 مقعد فهنا في هذه ينبغي إعداد ملف كامل بالتنسيق بين مصالح وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ومصالح وزارة المالية ومصالح أخرى ذات العلاقة من أجل الحصول على الاعتماد المالي، وإذا رصدت المصالح المختصة مبلغا ماليا للصفقة المتعلقة بإنجاز إقامة جامعية أو فضاء بيداغوجي صار للوالي المختص إقليميا صفة الأمر بالصرف فيما يخص هذه الصفقات.

ب- تمويل الصفقة عن طريق ميزانية القطاع أو ميزانية المؤسسة:¹

مما لاشك أن لكل قطاع من قطاعات الدولة سنويا ميزانية ترصد لتحقيق جملة من الأهداف المسطرة في كل قطاع، فللولاية ميزانية و للبلدية وللجامعة ولديوان الخدمات الجامعية ولكل قطاع ميزانية السنوية.

1- مزياني فريدة، الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الصفقات العمومية، منشورات قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013، ص22.

فإذا احتاجت الجامعة لإنشاء مركز حسابات إلى أجهزة حاسوب فلا شك أنها لا تعلن عن طلب العروض (Appel d'offres) إلا إذا كان تحت يدها غلاف مالي مدرج في الميزانية مخصص لاقتناء هذا التجهيز ومن الطبيعي القول أن إجراءات إعداد الميزانية و المصادقة عليها من قبل الأجهزة المختصة يأخذ هو الآخر زمنا طويلا، فوجب حينئذ على كل إدارة معينة أن تسطر احتياجاتها المختلفة وتقدرها وتأخذ بعين الاعتبار في مرحلة إعداد الميزانية.¹

2- المرحلة التنفيذية و ظهور الصفقة للعلن:²

تمر الصفقة العمومية إذا أبرمت بطريق أو أسلوب طلب العروض بمراحل طويلة تفصلها فيما يلي:

أ- اعداد دفتر الشروط:

يقصد بدفتر الشروط وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها وكيفيات اختيار المتعاقد معها: فالإدارة حين إعداد دفتر الشروط في كل صفقة عمومية تشغل خبراتها الداخلية والمؤهلة وتجند كل إداراتها المعنيين من أجل الوصول إلى إعداد دفتر شروط يحقق الأهداف المسطرة.

وحسب المراسيم المنظمة للصفقات العمومية فإن دفتر الشروط يتضمن على الخصوص ما يلي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال و اللوازم و الدراسات و الخدمات.
- دفاتر التعليمات المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الخدمات.
- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة.
- إحالة دفتر الشروط للجنة الصفقات المعنية للمصادقة عليه لما كان للصفقات العمومية وثيقة الصلة بالمال العام وحقوق الخزينة تعين على المشرع أن يفرض حال مرحلة إبرام الصفقة جملة

1- مزياني فريدة، الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 23.

2- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماستر غير منشورة، تخصص قانون إداري، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الموسم الجامعي 2013/2014، ص 30.

من الإجراءات كما يفرض إطاراً رقابياً لضمان سلامة المعاملات العقدية و إبعاد الجهات الرسمية عن كل ما يجلب الفساد المالي¹.

3- مرحلة الإعلان في الجرائد ونشر الصفقات العمومية

إذا كان طلب العروض إجراء يستهدف الحصول على عدة عروض من متعهدين متنافسين، فإن وجود التنافس يقضي إعلام الإدارة جميع المتنافسين وكذلك الجمهور عن رغبتها في التعاقد وفتح المجال أمامهم لتقديم عروضهم، ولقد نصت المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات الآتية:

- طلب العروض المفتوح.
 - طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.
 - طلب العروض المحدود.
 - المسابقة.
 - التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء.
- كما نصت المادة 52 على البيانات الإلزامية التي يحسب أن يحتويها إعلان طلب العروض وهي:
- تسمية المصلحة المتعاقدة و عنوانها ورقم تعريفها الجبائي.
 - كيفية طلب العروض.
 - شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.
 - موضوع العملية.
 - قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.

- مدة تحضير العروض و مكان إيداع العروض.
- مدة صلاحية العروض.
- إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر².

1- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص150، 151.

2- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 61، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ص16.

- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام تكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض و مراجع طلب العروض.
- ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

أما المادة 65 فإنه يكون إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين موزعتين على المستوى الوطني.

4- مرحلة إيداع العروض:

بعد نشر الإعلان و الذي يحدد آخر أجل لإيداع العروض، وهنا تختلف المدة الممنوحة لإيداع العروض حسب أهمية المشروع وتبعا لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة. ويمكن تعريف العروض أو العطاءات (كما تسمى بعض البلدان العربية) بأنها التعهدات التي من خلالها يتقدم المتعهد الوصف الفني الذي يستطيع العارض القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في دفتر الشروط وكذا السعر المحدد من طرفه والذي يلتزم به فيما لو رست عليه الصفقة.

أ- مضمون العرض:

لقد فصلت المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247 في مضمون العروض حيث نصت على أن العروض وجب اشتغالها على 03 عناصر وهي: ملف الترشيح و عرض تقني وعرض مالي.

يوضع ملف الترشيح و العرض التقني والعرض المالي في أظرفة منفصلة و مقفلة بإحكام يبين كل منها تسمية المؤسسة و مرجع طلب العروض وموضوعه وتتضمن عبارة "ملف الترشيح" أو "عرض تقني" أو "عرض مالي" حسب الحالة وتوضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام ويحمل عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" - طلب العروض رقم-موضوع طلب العروض¹

- يتضمن ملف الترشيح ما يأتي:

- تصريح بالترشيح: يشهد المتعهد أو المترشح في التصريح أنه:

* غير مقصي أو ممنوع من المشاركة في الصفقات العمومية.

1- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص96.

- * ليس في حالة تسوية قضائية وأن صحيفة السوابق القضائية الحالية تحمل عبارة لا شيء.
 - * استوفى واجباته الجبائية وشبه الجبائية.
 - * مسجل في السجل التجاري أو سجل الصناعة التقليدية والحرف فيما يخص الحرفيين الفنيين.
 - * يستوفي الإيداع القانوني لحساب شركته.
 - * حاصل على رقم التعريف الجبائي.
 - * تصريح بالنزاهة.
 - * القانون الأساسي للشركات.
 - * الوثائق التي تتعلق بالتفويضات.
 - يتضمن العرض التقني ما يأتي:
 - * تصريح بالاكنتاب.
 - * كل وثيقة تسمح بتقييم العرض التقني.
 - * كفالة تعهد.
 - * دفتر الشروط يحتوي في آخر صفحته على العبارة " قرئ و قبل " مكتوبة بخط اليد.
 - يتضمن العرض المالي ما يأتي¹:
 - * رسالة تعهد.
 - * جدول الأسعار بالوحدة.
- وقد أشار المشرع إلى أن فتح العروض يتم في آخر يوم و آخر ساعة لإيداع العروض منصوص عليها في الاعلان إلا إنه يؤجل يوم آخر أو يومين إذا صادف آخر يوم من إيداع العروض عطلة.

5- مرحلة فتح الأظرفة وتقييم العروض

اسند المشرع الجزائري مهمة فتح الأظرفة وتقييم العروض إلى لجنة واحدة عكس ما كان في المراسيم السابقة للمرسوم 15-247 حيث كانت هناك لجنتين: لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض.

1- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 67، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ص 18.

- حيث نصت المادة 71 من المرسوم على أنه يتم فتح الأظرفة من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وهنا تقوم بالمهام التالية:
- تثبيت صحة تسجيل العروض.
 - تعد قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب وصول أظرفة ملفات ترشحهم.
 - تعد قائمة الوثائق التي يتمون منها كل عرض.
 - توقع بالحروف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة.
 - تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.
 - تدعو المرشحين كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة إلى استكمال عروضهم التقنية تحت طائلة رفض عروضهم بالوثائق الناقصة أو غير الكاملة المطلوبة باستثناء المذكرة التقنية التبريرية في أجل أقصاه عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ فتح الأظرفة.
 - تقترح على المصلحة المتعاقدة - عند الاقتضاء - في المحضر اعلان عدم جدوى الاجراء خاصة في حالة عدم استلام أي عرض أو عند عدم مطابقة اي عرض لموضوع الصفقة¹.

6- مرحلة تقييم العروض

- يتم تقييم العروض من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وفي هذا الإطار نصت المادة 72 من المرسوم 15-247 على هذا المهام وهي :
- أ- اقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط و/أو لموضوع الصفقة.
 - ب- تعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين على أساس المعايير والمنهجية والمنصوص عليها في دفتر الشروط حيث تقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض مع اقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا، وتقوم في مرحلة ثانية بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم تقنيا.

وهنا تقوم بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية المتمثل في:

- العرض الأقل ثمنا إذا كان تقييم العروض (حسب دفتر الشروط) يستند إلى معيار السعر فقط.

1- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 71، المادة 72، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/

العدد 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ص 20.

- العرض الذي تحصل على أعلى نقطة حسب المعايير والنقاط المطلوبة في دفتر الشروط والتي من بينها (معيار السعر الاقل).

7- مرحلة الاعلان عن المنح المؤقت وآجال الطعون:

تعتبر هذه المرحلة مرحلة حاسمة ينجم عنها اختيار عارض كونه العرض توافرت فيه الشروط والمواصفات من بين العارضين¹.

وهنا تقوم المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن المنح المؤقت بنفس الشروط التي تضبط الإعلان عن طلب العروض ويوضح في الإعلان عن المنح المؤقت اسم المتعهد الفائز أو المبلغ وتبرير الاختيار (الأقل سعر، الأحسن عرض...) كما سيشمل هذا الاعلان إعطاء آجال للمتعهدين الآخرين للسماح لهم بتقديم طعون وقد أقر المشرع في المادة 82 بأجل 10 أيام ابتداء من تاريخ الإعلان².

8- مرحلة اعتماد الصفقة :

بعد انتهاء مدة الطعون والمحددة ب 10 أيام من تاريخ نشر الإعلان عن المنح المؤقت يصبح منح الصفقة نهائي وتقر الموافقة على ذلك السلطة المعنية بالصفقة (صاحبة المشروع) وهذا بعد تأشيرة لجنة الصفقات المختصة على مشروع الصفقة ولقد نصت المادة 82 الفقرة 08 على أن تأخذ لجنة الصفقات المختصة قرارا في أجل خمسة عشرة (15) يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل عشرة (10) أيام المذكورة أعلاه ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

وبعد تأشيرة لجنة الصفقات المختصة يتم توقيع الصفقة بين الطرفين.

1- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 80.

2- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 2015/09/16، المادة 82، الفقرة 08، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20، ص 23.

الفرع الثاني

اسلوب التراضي

عرفت المادة 41 التراضي بأنه: إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوب الملائمة.

إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم.

أولاً: متى تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط؟ وإلى التراضي بعد الاستشارة؟

ثانياً: تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات التالية فقط:

- 1- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد معامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية.
- 2- في حالة الاستعجال الملح المعلن بوجود خطر يهدد استثمار أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان.
- 3- في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية.
- 4- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية يكتسي طابعاً استعجالياً بشرط أن الظروف استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة.
- 5- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المستبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار.
- 6- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حق حصري للقيام بمهمة الخدمة العمومية¹.

ثالثاً: تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات التالية: (طبقاً للمادة 51).

- 1- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

1- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 41، المادة 49، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ص 12، 14.

2- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.

3- وفي حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.

4- في حالة الصفقات المفتوحة التي كانت محل فسخ أو كانت طبيعتها لا تتلاءم مع طلب عروض جديد.

5- في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك، وفي هذه الحالة يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

- نقاط الاختلاف والتطابق بين أسلوب التراضي بعد الاستشارة وأسلوب طلب العروض.

- لا يخضع دفتر الشروط لدراسة لجنة الصفقات العمومية في إجراء التراضي بعد الاستشارة حسب المادة 52 من المرسوم 15-247 (وهذا خلافا للمراسيم السابقة المنظمة للصفقات العمومية في إراء طلب العروض).

- يعفى الاعلان عن الاستشارة في إجراء التراضي بعد الاستشارة عن شرط الإعلان أو الإشهار خاصة لدى الصحف ويكفي إتباع اجراءات شكلية بسيطة¹.

- يخضع الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة (حسب اجراء التراضي بعد الاستشارة) لنفس شروط الإعلان والإشهار مثل الصفقة الناتجة عن طلب العروض (حسب المادة 52 الفقرة 08)².

1- أحمد مصطفى أحمد صبيح، الرقابة المالية والإدارية ودورها في الحد من الفساد الإداري، مرجع سابق، ص125.

2- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 52، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ص14.

الفصل الثاني

سلطات الممنوحة للإدارة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية

كان لزاما على السلطة التنفيذية و هي تراقب وتتابع هذه المشاريع أن تعمل على تحيين الإطار القانوني المنظم للصفقات العمومية بما يتماشى مع هذا الواقع الجديد وهو ما تم فعلا من خلال صدور المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل و المتمم الذي جعل الإدارة في مركز الامتياز بفضل السلطات الممنوحة لها في هذا الصدد بغية تحقيق المصلحة العامة و ضمان حسن سير المرافق العمومية، نجد امتدادا لها ضمن القواعد العامة التي تحكم العقود الإدارية هذه السلطات التي جاء بها المرسوم الرئاسي باعتبار الصفقة العمومية عقدا إداريا. وعلى هذا الأساس أعدت هذه الدراسة لحصر مختلف السلطات الممنوحة للإدارة سواء ما اختص به الإطار المنظم للصفقات العمومية أو تلك المبادئ العامة الواردة في القانون الإداري.

و قد قسمت هذه الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: سلطة الرقابة و التعديل.

المبحث الثاني: سلطة توقيع الجزاء و إنهاء العقد.

المبحث الأول

سلطة الرقابة و التعديل

إن أبرز المظاهر التي تتميز بها الصفقات العمومية عن غيرها من العقود الأخرى وخاصة المدني و التجاري، إن الصفة العمومية تخول جهة الإدارة ممارسة جملة من السلطات تتمثل في سلطة الإشراف والرقابة وسلطة التعديل.

وبما أن الإدارة في إبرام الصفقة العمومية تمثل الطرف المكلف من خلال إبرام العقد بتحقيق مصلحة عامة واجب هنا أن تتمتع بامتياز أتاح المتعاقد تتمثل في أحقيتها في الرقابة و كذلك في تعديل العقد.

وقسمنا هذه الدراسة إلى مطلبين:

المطلب الأول: سلطة الإشراف و الرقابة.

المطلب الثاني: سلطة التعديل.

المطلب الأول

سلطة الإشراف و الرقابة

يقصد بسلطة الإشراف تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه، أما سلطة الرقابة فتتمثل في حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال و اختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد.

وتجد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العام، لا النصوص التعاقدية فهي ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد، وهنا يبرز الفرق الواضح بين العقد الإداري والعقد المدني، إذ أن هذا الأخير لا يخول سلطة للمتعاقد إلا إذا تم النص عليها في العقد أو قررها القانون، بينما العقد الإداري يخول للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه وإن لم ينص في العقد على ذلك وهذا بهدف ضمان تلبية الحاجات العامة و حسن أداء الخدمة العامة و ضمان حسن سير المرافق العامة¹.

وتعتبر سلطة الإشراف والرقابة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة، كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها فهي ليست بالامتياز الممنوح للإدارة في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قررت سلطة الإشراف و الرقابة لحماية المال العام و ضمان حسن سير المرافق العامة وغالبا ما تشترط الإدارة ضمن بنود صفقاتها أو في دفاتر الشروط العامة و الخاصة حقها في إصدار التعليمات.

ويتجسد ذلك أكثر في عقود الأشغال العامة بالنظر لطبيعته الخاصة وكون أن تنفيذه يستغرق مدة زمنية طويلة، غير أن سلطة الإشراف والرقابة و إن كانت ثابتة بالنسبة لجهة الإدارة ومقررة في سائر العقود الإدارية إلا أن ممارستها تختلف من حيث المدى بين صفقة وأخرى فسلطة الإشراف و الرقابة تبرز أكثر، ويتسع مجالها ومداهما في عقود الأشغال وهذا بالنظر لطابعها الخاص كونها تكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة، ثم أنها تحتاج إلى متابعة مستمرة ومتواصلة تقاديا لأي خروج عن ما تم التعاقد بشأنه من جانب المقاول أو مؤسسة التنفيذ.

1- قاوة لنيدة، شنوف ناصر الدين، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص38.

وعلى ذلك فعقد الأشغال بطبيعته يفرض تدخل مندوب الإدارة للإشراف على التنفيذ فيكون بمثابة المدير الحقيقي للعمل والمشرف العام عليه، وينقلب المقاول إلى جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن مندوب الإدارة.

وبهدف إجراء التوازن بين ممارسة الإدارة لسلطتها وضمان حقوق المتعاقد معها يجوز للمقاول المعني اللجوء للقضاء الإداري بهدف إلغاء قرار يتعلق بتعليمة تخص تنفيذ عقد أشغال أو أن يرفع دعوى تعويض عن الأعباء المالية الناتجة عن تنفيذ هذه التعليمات.

وفي هذا الإطار ذهبت المحكمة العليا في مصر في قرار لها صدر بتاريخ 1978/02/16 إلى القول: " وإن كانت المادة 11-12 من عقد حفر آبار المبرم بين جهة الإدارة والمقاول تخولان الإدارة إصدار الأوامر والتعليمات، إلا أنه يشترط لذلك أن تكون هذه التعليمات لازمة لتنفيذ العمل على الوجه الصحيح فإن تبين أن هذه التعليمات تتضمن أمورا لا تتفق مع أصول الفنيات كان من حق المقاول أن يعترض على هذه التعليمات وأن يبين أنها تخالف أصول الفنيات ".¹

وهو ما يؤكد لنا أن سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة ليست مطلقة لأن إطلاقها يؤدي إلى تعسف جهة الإدارة و مبالغتها في إصدار التعليمات و الأوامر بما قد يضر بالمتعاقد معها خاصة من الناحية المالية.

أما التوريد فبطبيعته تفرض أن تتخذ سلطة الإشراف مظهرا آخر أقل شدة من الأول فالأمر يتعلق بمواد ومنقولات يلزم المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة. و من حق مندوب الإدارة رفض استلام المواد أو المعدات التي لا تنطبق عليها المواصفات المتفق عليها في العقد.

وكذلك حق الامتياز يتخذ الإشراف فيه شكلا خاصا ومميزا فالإدارة تراقب نشاط المرفق المسير بطريقة الامتياز للتأكد عما إذا كان الملتزم يعمل وفقا للشروط الواردة في العقد أم أن هناك خرق من جانبه لأحد البنود العقدية فتتخذ الإجراءات القانونية كأن يتعلق الأمر بإخلاله مثلاً بالرسوم المتفق عليها وتجاوزه للحد المتفق عليه أو يتعلق الأمر بتمييزه بين المنفعين من خدمات المرفق¹.

1- شامل هادي، نجم العزاوي، التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية دراسة مقارنة، نشر مركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص45.

المطلب الثاني

سلطة التعديل

تعد سلطة التعديل أحد أهم مظاهر تميز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص فإذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أيا منهم بسلطة انفرادية تجاه الآخر يمكنه من تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة و إلزام الطرف الآخر بهذا التعديل.

فإن العقد الإداري وخلاف القواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن جهة الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة.

ويكاد فقه القانون والقضاء المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها، وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة، فتستطيع الإدارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان وهذا الحق ثابت للإدارة، و لو لم يتم النص عليه في العقد بل هو ثابت للإدارة و إن لم ينص عليه القانون صراحة، ذلك أن عقود القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة لطرف على طرف، فإن العقد الإداري وخلاف ذلك يقوم على فكرة تفضيل مصلحة على مصلحة.

ولما كانت الإدارة تمثل جهة الطرف الذي يسعى إلى تحقيق مصلحة عامة وجب أن تتمتع بامتياز تجاه المتعاقد معها تتمثل في أحقيتها في تعديل العقد بإرادتها المفردة دون أن يكون للمتعاقد معها حق الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفة و استوجبته المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام¹.

و سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تمارس ضمن إطار محدد وضوابط دقيقة تتمثل فيما يلي:

أولاً: أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد:

لاشك أن الإدارة وهي تمارس سلطتها في التعديل تباشرها على نحو يراعي موضوع العقد الأصلي وأن يتجاوزه، فلا يجوز لجهة الإدارة أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة أو مطية لتغيير موضوع العقد وإرهاق المتعاقد معها.

1- سعيد عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر 2008، ص 149-154.

وعليه لا تستطيع الإدارة أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه. و إلا كنا أمام عقد جديد ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها، والتزم بتنفيذ مضمون العقد في آجال محددة فإنه راعى في ذلك قدراته المالية والفنية فإن أقيمت الإدارة على التغيير الموضوعي أو الهيكلي للعقد فإن ذلك قد لا يناسب المتعاقد معها ومن هنا وجب أن يكون التعديل من حيث المدى و الأثر نسبيا بحيث لا يؤثر على العقد الأصلي.

ثانيا: أن يكون للتعديل أسباب موضوعية:

لأشك أن الإدارة وهي تباشر سلطتها في تعديل العقود الإدارية لا تتحرك من فراغ بل هناك عوامل تدفعها لتعديل هذا العقد و ذلك بهدف ضمان حسن سير المرافق العامة وتلبية الخدمة العامة للجمهور في أحسن وجه.

إن الإدارة العامة تتعاقد في ظل ظروف معينة قد تتغير في مرحلة ما بعد توقيع العقد خاصة في العقود الإدارية التي تأخذ زمنا طويلا في تنفيذها كعقد الأشغال أو عقد التوريد فإن تغيرت الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتماشى والظروف الجديدة، وبما يراعي موضوع العقد الأصلي ويولي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام¹.

ثالثا: أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية:

إن الإدارة حين تقبل على تعديل صفقة ما فإن وسيلتها في ذلك هي القرار الإداري فتصدر السلطة المختصة قرار إداريا بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل صفقة عمومية ووجب حينئذ أن تتوفر في هذا القرار سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعا وهنا أيضا نسجل نقطة النقاء واقتران وتلازم أخرى بين نظرية القرار الإداري ونظرية الصفقات العمومية.

إن أعمال الإدارة و إن صنفها الفقه إلى نوعين انفرادية من جهة وتعاقدية من جهة ثانية إلا أن العلاقة بينهما قائمة، إذ قد تصدر الإدارة قراراً إدارياً له علاقة بصفقة عمومية كالقرار المتعلق بأعمال جديدة واردة في صفقة عمومية فتصدر الإدارة قرار ما ثم تبادر إلى الإعلان عن التعديل.

وكما مر بنا بالنسبة لسلطة الإشراف إن الإدارة تصدر قرارات بموجبها تعلن عن تعليمات موجهة للمقاول تتعلق بتنفيذ موضوع صفقة عمومية.

1- عمار بوضياف، مرجع نفسه، ص113.

ومن المفيد الإشارة أن فقه القانون الإداري لم يلم كله بسلطة تعديل فهناك من الفقهاء من أنكرها على الإدارة وهناك من قيدها وحصرها في نوع معين من العقود كعقد الأشغال العامة وعقد الامتياز وتبرير ذلك أن عقد الامتياز مثلاً يتضمن شروطاً لائحة تسوغ للإدارة حق التدخل لتعديل بنود العقد وكذلك الحال في عقد الأشغال أما في غير العقدين المذكورين لا يجوز مباشرة حق التعديل إلا إذا تم الاتفاق عليها في العقد.

والحقيقة أن مثل هذا الرأي من شأنه أن يجرّد الإدارة من أحد أهم مميزات ومظاهر العقد الإداري فطالما تميز العقد الإداري بموضوعه وبالعلاقته بالمرفق العام وبخدمة الجمهور وبالمصلحة العامة وجب أن يتميز بالمقابل بالسلطات الممنوحة للإدارة وعلى رأسها سلطة التعديل وإلا فإن العقد الإداري سيقترّب من العقد المدني وتختفي مظاهره المميزة وتذوب نتيجة لذلك امتيازات السلطة العامة في مجال التعاقد وهو من شأنه أن يؤدي إلى اختفاء الأحكام المميزة للعقد الإداري.

وإذا كانت بعض الدراسات قد أشارت إلى أن مجلس الدولة الفرنسي طبق لأول مرة سلطة التعديل بتاريخ 1910-02-21 بمناسبة فصله في قضية ترام مرسيليا فإن هناك دراسات أخرى أكدت أن مجلس الدولة الفرنسي طبق سلطة التعديل لأول مرة بتاريخ 10 جانفي 1902 في قضية (غازدوفيل)¹.

- الملحق كصورة من صور سلطة التعديل:

رجوعاً للمرسوم الرئاسي 15-247 وتمديد المواد من 135 إلى 139 نجدها وردت تحت عنوان القسم الخامس: الملحق (L'avenant).

فأجازت المادة 135 للإدارة المتعاقد إبرام ملاحق للصفقة ولكنها اشترطت أن تتم في ضوء أحكام المرسوم الرئاسي.

وعرفت المادة 136 الملحق كالتالي: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.

ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي"

1- يوسف حوري، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص72.

و منه نستنتج أن سلطة التعديل تجد أساسها القانوني في التشريع الجزائري في المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي أجازت للإدارة وفي جميع الصفقات العمومية أن تعدل بنداً أو بنود إما بالزيادة أو النقصان.

كما أشارت الفقرة الثانية أن الملحق قد ينصب على عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة وهذا يدل على أن الملحق ليس عقداً فريداً ومستقلاً بذاته بل لتوثيق الصلة بالصفقة الأصلية ومن خلاله نعرف مجال الزيادة أو النقصان أو البنود الجديدة أو الأعمال الجديدة. غير أن هذا التعديل مشروطاً بما يلي:

* أن يكون مكتوباً طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة فعنصر الكتابة أمر لازم في حال ممارسة الإدارة لسلطة التعديل وهذا شرط طبيعي فالتعديل فرع أو جزء من الصفقة الأصلية و يجب أن يخضع لما تخضع له شكلاً بتوافر عنصر الكتابة وقد عبر المشرع على عنصر الكتابة في المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247 بعبارة " الملحق وثيقة " و الوثيقة يجب أن تكون مكتوبة فبعنصر الكتابة يتسنى لنا معرفة الالتزامات الجديدة ومجالها.

* أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهرى بالصفقة وتوازنها وهذا ما أشارت إليه المادة 136 الفقرة 8 بقولها: " ومهما يكن من أمر فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ماعدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف ". وهذا شرط طبيعي و لازم أيضا إذ أن التعديل الجوهرى من شأنه أن يجعلنا أمام صفقة جديدة وقد يفتح مجال الفساد المالي خاصة وأن إجراءات الملحق بسيطة عمومها وليس معقدة كما الحال بالنسبة لطلب العروض¹.

* أن يتم اللجوء للملحق في حدود آجال تنفيذ الصفقة وهو شرط مكرس بموجب المادة 138 من المرسوم 15-247 وهذا شرط معقول.

وقد ذكرت المادة 136 الفقرة 09 أنه عندما يتجاوز مبلغ ملحق يتعلق بزيادة في الخدمات أو القيمة الإجمالية للعديد من الملاحق باستثناء التبعات التقنية غير المتوقعة التي سبق ذكرها، نسبة 15% من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللوازم والدراسات والخدمات و 20% في حالة صفقات الأشغال، فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر

1- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 136، الفقرة 08، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ص33.

لدى لجنة الصفقات المختصة أنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة وأنه لم يتم التراجع فيها وإن إعلان إجراء جديد بعنوان الخدمات بالزيادة لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للأجال و السعر وبخصوص خضوع الملحق الى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية. فالمادة 139 نصت على أنه لا يخضع الملحق إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة و الضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز زيادة أو نقصانا بنسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة¹.

1- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 136، الفقرة 09، المادة 139، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ص33، 34.

المبحث الثاني

سلطة توقيع الجزاء و إنهاء العقد

تملك الإدارة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة توقيع جزاءات على المتعاقد معها إذا ثبت إهماله أو تقصيره في تنفيذ أحكام العقد أو عدم مراعاته أجال التنفيذ ولم يحترم شروط التعاقد أو تنازل عن التنفيذ لشخص آخر و غيرها من صور الإخلال المختلفة.

إذا كانت القواعد العامة في القانون الخاص تقضي باستثناء القضاء دون غيره في توقيع الجزاء فإن الأمر ليس كذلك فيما يتعلق بالعقود الإدارية ذلك أن القانون الإداري أعطى الإدارة سلطة توقيع الجزاء عند إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية.

ونتطرق فيه الى مطلبين:

المطلب الأول: سلطة توقيع الجزاء.

المطلب الثاني: سلطة إنهاء العقد.

المطلب الأول

سلطة توقيع الجزاء

يعود تأسيس سلطة توقيع الجزاء إلى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد فهذه الأخيرة تفرض تزويد جهة الإدارة والاعتراف لها في مجال التعاقد بممارسة جملة من السلطات من بينها سلطة توقيع الجزاءات للضغط أكثر على المتعاقد معها وإجباره على احترام شروط العقد والتفديد بالآجال و كفاءات التنفيذ دون حاجة للجوء للقضاء بل دون حاجة للنص عليها قانونا ويمكن تصنيف هذه الجزاءات إلى:

الفرع الأول: جزاءات مالية.

الفرع الثاني: وسائل الضغط.

الفرع الأول

الجزاءات المالية

تتخذ الجزاءات المالية إما صورة الغرامات أو صورة مصادرة مبالغ الضمان.

أولاً: الغرامات

تملك الإدارة المتعاقدة طبقاً للمرسوم الرئاسي ممارسة سلطة الجزاءات المالية. و تجد هذه السلطة أساسها القانوني في المادة 147 من المرسوم 15-247 وبالتحديد في القسم الثامن المتعلقة بالعقوبات المالية حيث نصت على ما يلي:

يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكفاءات فرضها أو الإعفاء منها طبقاً لدفاتر الشروط المذكورة في المرسوم.

تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط و الكفاءات المنصوص عليها في الصفقة وعليه نجد أن المشرع الجزائري خول للإدارة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة وقيد مجال ممارستها في حالتين¹:

1- سعيد عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق ص 159-165.

1- في حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه:

لاشك أن الإدارة المتعاقدة عندما تتعاقد تضع بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ العقد حتى يتسنى لها الانتهاء من عملية تعاقدية والدخول في علاقة جديدة أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر والانتقال إلى جزء آخر وهكذا فلا يمكن من حيث الأصل إغفال عنصر الزمن أو عدم إيلائه الأهمية التي تليق به والأمر يتعلق بمرفق عام والخدمات عامة وبمصلحة عامة ومن هذا المنطق وجب تسليط جزاء مالي على كل متعاقد ثبت إخلاله بالقيود الزمني أو المادة المقررة لتنفيذ خاصة وإن هذه المادة هي من اقتراح المتعهد أو المتعاقد مع الإدارة حينما أقبل على إيداع ملف طلب العروض وتعهد باحترام المدة المتفق عليها.

إن المتعاقد مع الإدارة حينما يتعهد بتنفيذ موضوع العقد خلال مدة زمنية معينة متفق عليها في العقد فإن العقد الإداري هنا يقترب مع العقد المدني في المبدأ الذي يحكمه " إن العقد شريعة المتعاقدين " فالمتعاقد مع الإدارة التزم بالتنفيذ خلال مدة ذكرت في العقد ثم أخل بهذا الالتزام فالوضع الطبيعي أن يخضع لجزاء وهذا الأخير تسلطه الإدارة دون حاجة اللجوء للقضاء وهو أحد مظاهر ممارسة السلطة العامة ومظهر تميز للعقد الإداري عن العقد المدني¹.

2 - في حالة التنفيذ الغير مطابق:

هنا يفترض أن المتعاقد مع الإدارة أخل الشروط المتفق عليها و كفايات التنفيذ فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها الوضع الطبيعي أيضا في الحالة هو خضوعه لجزاء مالي.

وينبغي الإشارة أن الجزاء المالي وإن كان مقرر بموجب أحكام المرسوم الرئاسي الجديد إلا إن له أيضا أساس عقدي ويستمد قوته من العقد إلى جانب النصوص التنظيمية وهذا ما أكدته المادة 147 من المرسوم الرئاسي التي أوجبت ذكر نسب العقوبات المالية وكفايات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها في الصفقة ومن هنا صار المتعاقد على علم بمجرد توقيع الصفقة أن الإدارة المتعاقدة قد تمارس اتجاهه جملة من امتيازات السلطة المتعاقدة فتفرض عليه مبالغ مالية ونسب محددة في الصفقة وقبل ذلك في دفتر الشروط.

1- يوسف حوري، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 74، 73.

ثانياً: مصادرة مبلغ الضمان

لما كان للصفقة العمومية صلة بالخزينة العامة من جهة وبحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد من جهة ثانية وبالجمهور المنتفع من خدمات المرفق من جهة ثالثة وجب أخذ الاحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة والضغط أكثر على المتعاقد معها وجبره على تنفيذ التزاماته في الآجال المتفق عليها وبالشروط والمواصفات والكيفيات الواردة في عقد صفقة.

ولقد أوجب تنظيم الصفقات العمومية أن على الإدارة المتعاقدة أن تسند الصفقة لمؤسسة بتعهد أنها قادرة على تنفيذها وعلى المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية سواء من الناحية المالية أو التقنية أو التجارية كما أوجب تنظيم الصفقات أن تستعلم الإدارة المتعاقدة مع المتعامل المختار أو عن طريق المرافق العمومية المعينة أو البنوك أو حتى التمثيليات الدبلوماسية وهذا التحقيق كله في مجال سوابق المتعامل إنما أقرت بغرض الوصول إلى نتيجة وهي إبرام الصفقة مع متعامل مأمون من جميع الجوانب حتى لا يتسبب في تأخيرها أو إنجازها بغير الكيفية المتعاقد عليها.

و حتى تتمكن الإدارة من ممارسة سلطة مصادرة مبلغ ما يتعين أولاً وجوده بين يديها أو تحت إمرتها في شكل مبلغ ضمان يسمى بضمان كفالة حسن التنفيذ و به تتميز الصفقة العمومية أيضاً عن سائر العقود المدنية والتجارية.

وجود الضمان المالي كفيل بأن يجعل الإدارة في وضعية مالية حسنة بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة ولا يكون ذلك إلا بفرض مبالغ مالية بعنوان كفالة حسن التنفيذ¹.

غير أنه و حسب المرسوم 15-247 يمكن إعفاء الشريك المتعاقد من تحمل عبء إيداع كفالة حسن التنفيذ فيما خص بعض أنواع صفقات الدراسات و الخدمات.

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، طبعة خاصة 1991، ص 451-452.

الفرع الثاني

وسائل الضغط

من وسائل الضغط المكرسة قضاء والمعتمدة فقها أن تعهد الإدارة المتعاقدة تنفيذ العقد في صفقة اقتناء اللوازم مثلا لشخص آخر على حساب المتعامل المتعاقد الذي أخل بالتزامه وتأسيس ذلك إن لموضوع صفقة صلة وثيقة كما رأينا بفكرة استمرارية المرافق العامة وخدمة الجمهور فلا يمكن التسليم بتوقف نشاط المرفق وتأثر حركته ومردوده بسبب تقصير المتعاقد مع الإدارة بل ينبغي الاعتراف لها (الإدارة) ولضمان أداء الخدمة وعدم توقفها باللجوء لشخص آخر تختاره فيزودها بالمادة موضوع الصفقة ويتحمل الطرف المقصر النتائج المالية الناجمة عن هذا التنفيذ.

كما لو أخل المتعهد مع إدارة الخدمات الجامعية تزويدها بالمادة محل المتعاقد في المدة الزمنية المتفق عليها في العقد فالإدارة المعنية حق اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية المرفق وأداء الخدمة المالية.

وتملك الإدارة أيضا في عقد الأشغال توقيف الأشغال وسحب العمل من المقاول وإسناده لشخص آخر وهذا بعد استيفاء جملة من الإجراءات وتوافر جملة من الشروط.

وهكذا ملكت الإدارة عند تنفيذها الصفقة عمومية وسائل التنفيذ العيني فإن لم يقد المتعامل المتعاقد بالوفاء بما تعهد به تحركت جهة الإدارة المعنية ولجأت لأسلوب الضغط على المتعاقد معها وجبره على التقيد بالتزاماته.

غير أن هذه السلطة وبالنظر لخطورتها وآثارها فإن الإدارة لا تلجأ إليها إلا في حالات الإخلال الجسيم بالأحكام التعاقدية وبكيفية تنفيذ موضوع الصفقة وعادة ما توجه الإدارة قبل ممارستها لهذه السلطة إعدارا ينشر في الصحف لتتذر به الطرف المخل وتمارس بعد إصداره الإجراءات القانونية اللازمة في هذه الحالة¹.

1 - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 224، 225.

المطلب الثاني

سلطة إنهاء العقد

يستهدف هذا الامتياز أو السلطة المخولة للإدارة إنهاء الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بينها وبين المتعامل المتعاقد و يفترض هنا في هذه الحالة أن يقدم المتعامل المتعاقد على ارتكاب خطأ جسيم يخول للإدارة ممارسة هذه السلطة.

فإذا وضعنا بعين الاعتبار أن العقد الذي يربط الإدارة بالمتعامل معها هو عقد امتياز فإننا نتصور في هذه الحالة أن يلجأ الملتزم إلى خرق بنود العقد المتعلقة بالرسوم التي يلزم المنتفعون من خدمات المرفق بدفعها فيبادر إلى رفعها دون علم الإدارة وموافقتها أو يميز بين المنتفعين اعتمادا على أسس تتعلق بجنس المنتفع أو معتقده فهذا الفعل من جانبه يخول للإدارة فسخ الرابطة العقدية وقد أطلق مجلس الدولة الفرنسي على هذه الحالة مصطلح اسقاط الالتزام غير أن سلطة فسخ العقد (إنهاءه) وبالنظر لخطورتها وآثارها فإن الإدارة قبل ممارستها تلزم بإعذار المعني بالأمر الملتزم مثلا في عقد الامتياز وهذا ما أقره القضاء المقارن.

والرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 نجد بأن المشرع الجزائري عالج هذا الأمر (فسخ العقد) ضمن القسم العاشر وهو الفسخ وهنا قد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما نص في المادة 149 بضرورة توجيه اعدار للمتعامل المتعاقد بهدف الوفاء بالتزاماته خلال مدة معينة حيث نصت كما يلي: " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة اعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد و إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة"¹.

كما أشار المشرع في الفقرة الأخيرة من هذه المادة إلى البيانات الواجب إدراجها في الإعدار (شكل الإعدار) والتي تحدد من طرف الوزير المكلف بالمالية وكذلك آجال نشره في شكل إعلانات قانونية ومن بين البيانات الواجب أن يتضمنها الإعدار وهي:

- تعيين المصلحة المتعاقدة و عنوانها.

- تعيين المتعامل المتعاقد و عنوانه.

1- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 149، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50،

الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ص 37.

- التعيين الدقيق للصفقة و مراجعتها.
- توضيح إن كان أول أو ثاني إعدار.
- موضوع الإعدار.
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعدار.
- العقوبات المنصوص عليها في حال رفض التنفيذ.

أما عن شكل الإعدار فهو عبارة عن رسالة موصى عليها (LETTRE RECIMMANDEE) ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام ونشره وجوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي دون النشر في الجرائد إلا إنه في عقد الأشغال العامة بالذات نجد أن الإدارة كثيرا ما تستعمل وسائل الإعلام المكتوبة (الجرائد) لتنبيه المعني قبل ممارسته سلطة الفسخ وهذا ما تؤكدته الإعدارات الكثيرة المنشورة يوميا في الجرائد وإذا كان العقد المدني هو الآخر وطبقا للمادة 119 من القانون المدني يخول المتعاقد توجيه اعدار في حال عدم الوفاء بالالتزامات العقدية وبذلك يقترب العقد المدني بالصفقة العمومية إلا أن مظهر تميز الصفقة يظل واضحا فعدم الوفاء بالالتزامات بعد انتهاء مدة الاعذار يخول للطرف المدني في العقد المدني أحقية اللجوء للقضاء للمطالبة بالفسخ والتعويض فالمتعاقد في ظل القانون المدني لا يملك أحقية الفسخ المنفرد بل يلجأ للقاضي بينما الإدارة مخول لها سلطة الفسخ بإرادة منفردة ودون حاجة اللجوء للقضاء¹.

وعند تحليلنا للمادة 149 من المرسوم المذكور أعلاه كون أن الإدارة في حالة عدم وفاء المتعاقد معها بالتزاماته بعد توجيه الإعدار و انتهاء المدة الزمنية جاز لها إنهاء العقد (فسخه) من جانب واحد (إرادة الإدارة لوحدها) ودون اللجوء للقضاء ويتبين لنا هنا بأن هذا مظهراً آخر تميزت به الصفقات العمومية عن العقود المدنية هذه الأخيرة التي تأخذ طابع الفسخ القضائي ولا تعطي أي طرف بممارسة سلطة اتجاه الطرف الآخر.

ولم يكتفي المرسوم بالإعلان عن الفسخ من جانب واحد بل نص على عدم قابلية الفسخ للاعتراض إذا لجأت الإدارة إلى تطبيق البنود الواردة في الصفقة (المادة 152) والحكمة التي أراد المشرع تحقيقها هي الاستمرار في فرض الضغوط المعنوية والقانونية على المتعامل

1- المادة 119، من القانون المدني، حررت في ظل الأمر 75-58 مؤرخ في 26/09/1975، ص21.

المتعاقد حتى يتقيد أكثر بالالتزامات التعاقدية بما يضمن حقوق الإدارة ويكرّس مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ويكفل حقوق الجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام. كما أشارت المادة 150 إلى أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد عندما يكون مبرراً بسبب المصلحة العامة حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد.

وإلى جانب الفسخ الأحادي (من جانب واحد) أجازت المادة 151 من المرسوم اللجوء للفسخ التعاقدي للصفقة العمومية عندما يكون مبرراً بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض¹. ونصت المادة 152 الفقرة 02 على أنه في حالة فسخ صفقة عمومية جارية التنفيذ باتفاق مشترك يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة و الأشغال الباقي تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة².

1- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادتين 150، 151، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ص37.

2- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 152، الفقرة 02، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ص33.

الخاتمة

من خلال محاولتنا الإجابة على التساؤلات التي تضمنها إشكالية الدراسة والتي وردت كما يلي:

- هل يمكن اعتبار الصفقة العمومية عقد من نوع خاص؟
- ما مدى تأثير سلطات الإدارة في الإخلال بجانب التوازن في الحقوق و الواجبات بين المتعاقدين؟

- هل وجب تغيير التشريعات المنظمة للصفقات العمومية تماشياً مع انفتاح الدولة مع محيطها الخارجي ومن ثم التخلي عن بعض سلطات الإدارة في إبرام الصفقة العمومية أم وجب الإبقاء وكذا تعزيز سلطات الإدارة في ذلك حفاظاً وتحقيقاً للمصلحة والمنفعة العامة؟

هذه التساؤلات مكنتنا من الوصول إلى جملة من النتائج أهمها:

* أنه يمكن اعتبار الصفقة العمومية عقد من نوع خاص كونه يختلف عن العقود الأخرى بسبب تخويله أحد أطراف العقد (الإدارة) ممارسة مجموعة سلطات وامتيازات لا وجود لها على صعيد القانون الخاص.

* نرى من خلال مراحل إعداد وتنفيذ الصفقة العمومية التأثير الواضح لسلطات الإدارة وكذا الحماية القانونية لحقوق الإدارة في كل مراحل إنجاز الصفقة العمومية.

* لا يمكن لنا الاستنتاج بأن سلطات الإدارة قد تضر أو تمس بمبدأ توازن الحقوق والواجبات بين المتعاقدين وذلك لسببين:

- كون الإدارة تستمد هذه الامتيازات والسلطات من خلال تمثيلها للدولة وبالتالي فهي تحمل هذه الصفة وتكتسب هذا المركز القانوني كممثل للدولة .

- إن المتعامل المتعاقد يطلع مسبقاً على بنود العقد قبل أن يوقعه وذلك من خلال اطلاعه على دفتر الشروط السابقة لإبرام الصفقة وبالتالي فإن توقيعه للصفقة مع الإدارة نابع من إطلاع ودراية مسبقة لشروط العقد.

وكخلاصة عامة لبحثنا هذا وبعد هذه الدراسة التحليلية والنقدية للتشريعات المنظمة

ل للصفقة العمومية منذ الاستقلال وإلى يومنا هذا ،يمكن لنا الخروج بخلاصة عامة وهي:

إن تدعيم المشروع للمركز القانوني للإدارة في إبرام الصفقة العمومية منذ الاستقلال وإلى يومنا هذا لهو أمر بديهي بالنظر إلى كون الإدارة هي الممثلة للدولة ولسلطتها على كافة

المستويات مركزيا ومحليا إضافة إلى أنها المخول الوحيد لتحقيق المنفعة العامة ومن ثم حسن سيرورة المرفق العامة واستمرارية الدولة ككل .

إلا أنه يجب الإشارة إلى أن هذه التشريعات وجب عليها مواكبة التغيرات الحاصلة وطنيا ودولياً سواءً أكانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، فانفتاح الدولة على الرأسمال الأجنبي وتشجيع الاستثمار يتطلب ترسانة قانونية مهيبة وجديدة تتماشى وتشريعات الدولة المعاصرة .
إشكالية الدراسة:

يمكن لنا من خلال المقدمة طرح إشكالية، والتي تضمنها من خلال التساؤلات التالية:

- ما مدى تأثير سلطات الإدارة في الإخلال بجانب التوازن في الحقوق والواجبات بين المتعاقدين
- هل يمكن اعتبار الصفقة العمومية عقد من نوع خاص.
- هل وجب تغيير التشريعات المنظمة للصفقات العمومية تماشياً مع انفتاح الدولة مع محيطها الخارجي ومن ثم التخلي عن بعض سلطات الإدارة في ابرام الصفقة العمومية أم وجب الإبقاء وكذا تعزيز سلطات الإدارة في ذلك حفاظاً وتحقيقاً للمصلحة والمنفعة العامة؟

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: النصوص القانونية:

- المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.
- الأمر 67-90 المؤرخ في 1997/06/17، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 52.
- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 2015/09/16، المادة 29، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20.
- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 2015/09/16، المادة 40، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادر بتاريخ 2015/09/20.
- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 2015/09/16، المادة 41، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20.
- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 2015/09/16، المادة 42، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20.
- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 2015/09/16، المادة 43، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20.
- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 2015/09/16، المادة 44، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20.
- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 2015/09/16، المادة 45، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20.
- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 2015/09/16، المادة 46، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20.
- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 2015/09/16، المادة 47، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20.
- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 2015/09/16، المادة 48، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20.

- [illegible]

- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 149، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015.
- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 150، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015.
- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 151، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015.
- مرسوم رئاسي 15-247 مؤرخ في 16/09/2015، المادة 152، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015.
- المادة 119 من القانون المدني الجزائري، حرر في ظل الأمر رقم 58-75 المؤرخة في 26/09/1975.

ثانيا: كتب ومؤلفات:

- ابن منظور، لسان العرب، معجم عربي، دار الصادر، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان.
- أحمد مصطفى أحمد صبيح، الرقابة المالية والإدارية ودورها في الحد من الفساد الإداري، دار النشر مركز الدراسات العربية، 2016.
- سعيد عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر 2008.
- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، طبعة خاصة 1991.
- شامل هادي نجم العزاوي، إلزامات المتعاقد في عقود التشييد و تشغيل نقل الملكية (دراسة مقارنة) نشر، 2016.
- عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الرابعة 2010.
- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الثانية، الجسور للنشر والتوزيع 2009.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة، جسور للنشر و التوزيع الجزائر، 2010.

- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، الطبعة الثانية 2006.
- محاضرات الأستاذ يوسف حوري، للسلطات الإدارية في مجال الصفقات العمومية، جامعة غليزان 2014.
- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطات الإدارية، جامعة الإسكندرية كلية الحقوق، 1989.
- مزياي فريدة، الرقابة من الفساد ومكافحتها في مجال الصفقات العمومية.

ثالثا: رسائل ومذكرات

- 1- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة دكتوراه تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ميلود معمري تيزي وزو، الموسم الجامعي 2013/2014.
- 2- قاوة ليندة، شنوف ناصر الدين، (الدور الداخلي للجان الصفقات العمومية)، مذكرة ماستر تخصص جماعات محلية وإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الموسم الجامعي 2014/2015.
- 3- أزرايب نبيل، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2014/2015 .
- 4- حساني مصطفى، (الطبيعة القانونية لعقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في إطار تنظيم الصفقات العمومية)، مذكرة ماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غليزان، الموسم الجامعي 2014/2015.
- 5- ثامر نورة، (منازعات تنفيذ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري)، مذكرة ماستر تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2014/2015.
- 6- مصطفى مبروكي، (الرقابة الإدارية على الصفقة العمومية)، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2013/2014.

المحتويات

أ	مقدمة
6	الفصل الأول: نظام الصفقات العمومية في الجزائر
8	المبحث الأول: مفهوم الصفقات العمومية وتميزها عن العقود الأخرى
9	المطلب الأول: تعريف الصفقات العمومية
9	الفرع الأول: التعريف التشريعي
11	الفرع الثاني: التعريف القضائي
12	الفرع الثالث: التعريف الفقهي
	المطلب الثاني: خصائص الصفقات العمومية وتميزها عن العقود الإدارية
14	الأخرى
14	الفرع الأول: خصائص الصفقات العمومية
18	الفرع الثاني: تميز الصفقة العمومية عن غيرها من العقود الإدارية الأخرى
22	المبحث الثاني: أنواع الصفقات العمومية وطرق إبرامها
23	المطلب الأول: أنواع الصفقات العمومية
23	الفرع الأول: عقد إنجاز الأشغال العمومية
24	الفرع الثاني: عقد اقتناء لوازم "عقد توريد"
25	الفرع الثالث: عقد تقديم خدمات
25	الفرع الرابع: إنجاز الدراسات
27	المطلب الثاني: طرق إبرام الصفقات العمومية
27	الفرع الأول: أسلوب طلب العروض (المناقصة سابقا)
40	الفرع الثاني: أسلوب التراضي
42	الفصل الثاني: السلطات الممنوحة للإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية
43	المبحث الأول: سلطة الرقابة والتعديل
44	المطلب الأول: سلطة الإشراف والرقابة
46	المطلب الثاني: سلطة التعديل
51	المبحث الثاني: سلطة توقيع الجزاء وانتهاء العقد
52	المطلب الأول: سلطة التوقيق الجزاء

52	الفرع الأول: الجزاءات المالية
55	الفرع الثاني : وسائل الضغط
56	المطلب الثاني: سلطة إنهاء العقد
59	الخاتمة
61	قائمة المصادر والمراجع