

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية

الفرع: حقوق

التخصص: قانون إداري

رقم :

إعداد الطالب(ة) : غمري سلمى

يوم : 2022/00/00

عنوان المذكرة

مبادئ الصفقات العمومية و الاستثناءات
الواردة عليه من التشريع الجزائري

لجنة المناقشة:

رئيسا	أ. مح أ	جامعة بسكرة	نصر الدين عاشور
مشرفا ومقررا	أ . مح أ	جامعة بسكرة	نسيغة فيصل
مناقشا	أ. مح أ	جامعة بسكرة	نستيري عادل

السنة الجامعية : 2021 - 2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



شكر و عرفان

الحمد لله رب العالمين الحمد لله الذي رزقنا من العلم ما لم نكن نعلم ووفقنا
في هذا و لم نكن لنصل إليه لولا فضل الله علينا والصلاة والسلام على
رسولنا الكريم

أتقدم بجزيل الشكر وفائق الاحترام و التقدير للدكتور نسيغة فيصل
للاشراف علي في هذه المذكرة و حرصه على تصويبها و تقويمها
و اثرأي بالنصائح طيلة فترة الانجاز .



الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع الى كل افراد اسرتي و اقاربي و الى
كل أساتذتي الاجلاء و من دون ان انسى من ساعدني في هذا
البحث الى كل طاقم كلية الحقوق بجامعة بسكرة ، الى كل طالب
علم

و التمس العذر من كل قارئ ان وجد تقصيرا ، او ثغرة في جانب
من الجوانب ، لأن الكمال من صفات الله ، لا يتوافر لانسان مهما
بذل من جهد ، او ارتقى الى اعلى الدرجات و أرجو من الله القبول

مقدمة

مقدمة

يكتسي مجال الصفقات العمومية أهمية كبرى خاصة بالنسبة لاقتصاد الدولة، وتعود هذه الأهمية إلى كون الصفقة العمومية الطريق القانوني الذي تستخدمه الإدارة العامة، وكذلك مختلف المتعاملين من أجل إنجاز مشاريع ذات جودة عالية وبأقل تكاليف وفي أقصر الأجل.

وبالتالي يتم تحديد الإطار القانوني في مجال الصفقات العمومية الذي له دور هام، بحيث يتضمن القوانين التي توضح كيفية إجراء الصفقة العمومية من جهة، ومن جهة أخرى تحديد المبادئ الهامة التي يستند إليها في إبرام الصفقة والواجبة الاحترام من قبل المصالح المتعاقدة طيلة مرحلة الصفقة وهذه المبادئ تم النص على ما يلي: "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية، مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."

● اشكالية الدراسة :

لقد تشعبت عن ابرام العقود الإدارية ظهور الصفقات العمومية كنموذج يحتذى به والمبادئ المؤطرة لها ثم طرق ابرامها ومن هذا المنطلق سأقوم بطرح الإشكالية التالية:

● ماهي مبادئ الصفقات العمومية و مدى فعاليتها في ضمان شفافية إبرامها ؟

كما سأحاول تعزيز ذلك بالتطبيقات القضائية الإدارية، وتأصيلها من الناحية الفقهية، ومن أجل بيان ذلك قسمت هذه المذكرة إلى الفصول التالية:

الفصل الأول: مفهوم الصفقات العمومية. الفصل الثاني: المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية الفصل الثالث: دور القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في حماية مبدأ العلانية و المساواة

● أهمية الدراسة :

و تكمن أهمية الموضوع في كونه يتطرق إلى الصفقات العمومية من جانب مختلف ، والمتمثل في دراسة خضوع الصفقات العمومية لعدة مبادئ أثناء عملية إبرامها، وإظهار الأساليب التي اتبعها المشرع لتحقيق ذلك ، وكيف أنه حاول تجسيد المبادئ من الجانب العملي عن طريق جملة من القواعد والأحكام المقررة لهذا الغرض .

● أهداف الدراسة :

تتضمن هذه الدراسة معالجة قانونية للأسباب التي أدت إلى اعتماد المبادئ العامة التي تحكم عملية إبرام الصفقات العمومية، سواء على المستوى الدولي، أو الوطني كترسيخ الشفافية، والحفاظ على المصلحة العامة، وتحقيق الشراكة الدائمة في عملية التبادل التجاري، وتوخي



انجاز أعمال بجودة عالية، وبكلفة مثالية. ثم نقوم بدراسة الأهداف المرجو تحقيقها من خلال التطبيق الصارم لهذه المبادئ في مجال تنظيم الصفقات العمومية. كما تتضمن هذه الدراسة أيضا عرضا مفصلا للمبادئ العامة لتنظيم الصفقات العمومية، بدءا بمبدأ حرية الوصول إلى الطلبية العمومية، فمبدأ الشفافية في الإجراءات، وأخيرا مبدأ المساواة بين المترشحين.

• أسباب اختيار الموضوع :

الاسباب الموضوعية :

- أهمية الصفقة وذلك بالنظر للدور الذي تلعبه في تحقيق وأهداف التنمية على جميع الأصعدة وفي حماية الخزينة العمومية.
- أهمية قطاع الصفقات العمومية في تطوير الاقتصاد الوطني وإحداث التنمية الشاملة يتطلب ضرورة إضفاء الشفافية على عملية إبرام الصفقة العمومية التي تتميز بإجراءات ومراحل طويلة من شأن الغموض والسرية قد يعرقل بل يعدم هذا الدور الفعال لقطاع الصفقات العمومية.
- قطاع الصفقات العمومية من أكثر المجالات التي تضخ فيها الأموال العامة مما يجعله أكثر المجالات انتشارا للفساد خاصة في الإدارة الجزائرية التي تغيب فيها المسائلة والرقابة الفعالة مما يجعل إثبات الفساد فيها يكاد يكون مهمة مستحيلة بسبب التكم والغموض السائد في الإدارة العامة.
- حق أي مواطن في الإطلاع على أوجه إنفاق أموال الخزينة العمومية وواجب القائمين على إدارة الشؤون العامة في توضيح العمليات الإدارية المتعلقة باستغلال هذه الأموال في إطار المشاريع القائمة.

الأسباب الذاتية :

من أجل الفهم والتعمق أكثر فأكثر لموضوع الصفقات العمومية، وكذلك إعطاء صورة واضحة في السياسة الاقتصادية للبلاد.

• الدراسات السابقة :

- وقد تناولت العديد من الدراسات السابقة موضوع الصفقات العمومية وتمت دراسته من جوانب عديدة من بينها ، ويمكن ذكر بعض بعض الدراسات على سبيل المثال لا الحصر :
- علاق عبد الوهاب ، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، المركز الجامعي تبسة ، 2006
 - ريم عبيد طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، المركز الجامعي تبسة ، 2006.
 - كمال خريف ، تجربة سونطراك في مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 1999.
 - وفاء صدراتي ، الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير ، المركز الجامعي خنشلة ، 2011.

وقد كان لهذه الدراسات وغيرها الكثير من الفضل والمساهمة في اثراء المذكرة ، وبنائها من الناحية الموضوعية وأيضا من الناحية الشكلية.

• منهج الدراسة

وفي سبيل الوصول إلى الأهداف المرجوة ، تم الاعتماد على المنهج التحليلي باعتباره المنهج المناسب لمعالجة العناصر الأساسية للبحث ، المعتمدة على تحليل النصوص القانونية و التنظيمية المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية و محاولة إسقاطها على الواقع العملي قصد استنباط الحلول الكفيلة بضمان الممارسة الفعلية له ، هذا و قد تتخلل هذه الدراسة استعانة بأسلوب المقارنة في بعض جوانب الموضوع سواء بين مختلف النصوص المنظمة للمبادئ أو بغرض الاستئناس بالاجتهاد القضائي الأجنبي متى اقتضى الأمر ذلك.

• تقسيم خطة البحث :

و من خلال ما سبق اعتمدنا في اطار دراسة و تحليل الاشكالية المقترحة تقسيم الدراسة في شكل ثلاثة فصول ، حيث تطرقنا الى مفهوم الصفقات العمومية (الفصل الاول) تناولنا فيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: تعريف الصفقات العمومية.

المبحث الثاني: المعايير التشريعية للصفقات العمومية وموقف القضاء والفقهاء منها.

المبحث الثالث: تمييز الصفقات العمومية عن بعض العقود الأخرى.

و تطرقنا الى المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية(الفصل الثاني) تناولنا فيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

المبحث الثاني: مبدأ المساواة بين المترشحين

المبحث الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات

كما تطرقنا الى دور القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في حماية مبدأ العلانية و المساواة (الفصل الثالث) ، تناولنا فيه مبحثين

المبحث الأول: اختصاص القاضي الاستعجالي قبل التعاقد.

المبحث الثاني : سلطات القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية

الفصل الأول

مفهوم الصفقات العمومية

تمهيد:

باعتبارها من الأعمال القانونية للإدارة بصفة عامة، ومن التصرفات الإرادية بصفة خاصة، فهي تخضع إلى نظام قانوني متنوع من حيث الأحكام والمبادئ، سواء تعلق الأمر بكيفية إبرام الصفقات العمومية أو تنفيذها أو الظروف المحاطة بإنجازها، هذا النظام القانوني الذي يحتوي على نوعين من القواعد، قواعد قانونية تشير إلى اعتبار الصفقات العمومية نظاما تعاقديا يتجسد فيه مبدأ سلطان الإرادة استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومن جهة أخرى هناك قواعد قانونية تعبر عن إطار قانوني تنسجم فيه الأهداف التي يسعى من خلالها المشرع إلى تحقيق مجموعة من الأهداف العامة المحققة للنفع العام من وراء إبرام الصفقات العمومية، واختيار المتعامل المتعاقد الذي يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط الفنية والمعطيات القانونية

وحتى نستطيع معرفة الصفقات العمومية وتحكم في مضمونها، يجب علينا تعريفها بناء على تعريف المشرع لها، على أساس أن التعريف التشريعي يقدم على باقي التعريفات سواء القضائية أو الفقهية، ثم نعرفها بعد ذلك من وجهة نظر القضاء، الذي يعتبر مترجما للتشريع عند الإبهام وعدم الوضوح، لنصل للتعريف الفقهي القائم على التدقيق وتحليل الأجزاء وتأصيلها. كما يستتبع ذلك التطرق للمعايير التشريعية للصفقات العمومية.

والمستنبطة من مختلف القوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية، ومدى مساهمة هذه المعايير في تقديم المساعدة لأجهزة القضاء الإداري لمعرفة الصفة العمومية، وتطبيق قواعدها الخاصة، لنصل إلى معرفة رأي الفقه في هذه المعايير

ومما لا شك فيه أن العلاقة بين العقد الإداري والصفقات العمومية علاقة واضحة وجليّة، فهي من حيث التأصيل القانوني عبارة عن عقد إداري إلا أن هذا الأخير يتخذ طبيعة وشكل محدد يجعله مختلف في العديد من جوانبه عن العقود الخاصة التي تقتضي توافق الإرادتين على إحداث آثار قانونية فضلا عن ذلك احتواء الصفقات العمومية على بعض الجوانب الفنية وتعلق إنجاز مشاريعها على تقنيات وخبرات معينة، جعلها بذلك تنفرد بالعديد من الأحكام التشريعية والتنظيمية مقارنة بالعقد بمفهومه العام الذي يكفي فيه تطابق الإرادتين على إحداث الآثار القانونية، ولذلك يجب علينا التمييز بين الصفة العمومية عن بعض العقود الأخرى المدنية والتجارية وعقود العمل.

وانطلاقا مما سبق سنعالج هذا الموضوعات كالتالي:

المبحث الأول: تعريف الصفقات العمومية.

المبحث الثاني: المعايير التشريعية للصفقات العمومية وموقف القضاء والفقه منها.

المبحث الثالث: تمييز الصفقات العمومية عن بعض العقود الأخرى.

المبحث الأول: تعريف الصفقات العمومية.

إن كلمة "صفقة" لغة هي العقد أو البيعة، ويقال: صفقة رابحة أو خاسرة، وكلمة صفقة بفتح فسكون مأخوذة من "صفق" بمعنى ضرب اليد على اليد في البيع وهي علامة إتمامه¹، أما في الاصطلاح فكلمة صفقة دلالة على نقل السلع أو الخدمات من شخص لآخر، كما يتضمن المفهوم أيضا صيغة تجارية بحتة احتكرتها اللغة الاقتصادية وتداولته مصطلحا خاصا بعالم المال والأعمال².

إن التعريف التشريعي له حق الصدارة على بقية التعريفات الأخرى، لذلك كان التعريف التشريعي للصفقة العمومية هو المبدأ به، متبوعا بالتعريف القضائي لما للقضاء الإداري من فضل ودور كبير في إيجاد قواعد القانون الإداري وتنظيمها، ثم نختم هذه التعريفات ونتوجها بالتعريف الفقهي وبيان جهود الفقهاء في تعريف الصفقة العمومية.

ولذلك قسمت هذا المبحث إلى ثلاث مطالب كالتالي:

المطلب الأول: التعريف التشريعي.

المطلب الثاني: التعريف القضائي.

المطلب الثالث: التعريف الفقهي

¹ القاموس المحيط، الفيروز آبادي، باب القاف، فصل الصاد، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1993، ص 1163.

² د / فاروق حجي مصطفى، مفهوم الصفقة في لغة الشرع والسياسة، موقع الأوان، www. Alawma. Org.2006 الساعة 13:56 ، بتاريخ 15/04/2011

المطلب الأول: التعريف التشريعي

عرف المشرع الجزائري الصفقات العمومية في كل القوانين والتنظيمات الصادرة بخصوصها في مراحل مختلفة، فعرفها في تنظيم الصفقات العمومية الأول بموجب الأمر رقم 67-90³، في مادته الأولى بقوله: " 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"، والمقصود بالعمالات الولايات.

وعرفها في المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁴، في مادته الرابعة بقوله: " 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".

ثم عرفها في آخر تنظيم للصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي 15-247⁵، في مادته الثانية بقوله " :عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات".

فبالمقارنة بين التعريفات نجد أن المرسوم الجديد قد حمل بعض الإضافات نجملها في - الصفقات العمومية تتم بمقابل، فهي من عقود المعاوضة والملزمة لجانبين.

- ذكر التعريف المتعاملين الاقتصاديين، وهو ما لم تشر له التعريفات السابقة، فهي إضافة بخصوص الجانب العضوي.

كما ثبت عناصر قديمة وردت في التعريفات الواردة في تنظيمات الصفقات العمومية السابقة تتمثل في:

- عقود مكتوبة: والكتابة هنا ليست التوثيقية التي تتم عند الموثقين، بل الكتابة الإدارية المثبتة بوثائق ومحركات إدارية موقعة ومختومة من طرف الجهة الإدارية المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي.

- أن موضوع الصفقة محدد في أنواع أربعة: فهو لا يخرج عن صفقة الأشغال العمومية واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات.

- للصفقة شروط وإجراءات محددة تتم بها، وذلك في المرسوم الرئاسي، وسنشرها لاحقا بالتفصيل.

ولكن يعاتب المشرع في هذا المرسوم على إغفاله للطرف الأول في الصفقة وهي المصلحة المتعاقدة فلم يشر لها، مع العلم أن المادة السادسة من نفس المرسوم الرئاسي (15-247)،

³ الأمر رقم 67-90، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق. 4 - المرسوم الرئاسي رقم 10-236، بتاريخ 07

أكتوبر 2010، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر العدد رقم 58، العام 2010

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 10-236، بتاريخ 07 أكتوبر 2010، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر العدد رقم 58، لعام

2010

⁵ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

أشارت للمتعامل العمومي ولم تذكر المؤسسات العمومية الخصوصية إن صح التعبير، كالمؤسسات العامة ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات ذات الطابع المهني، مما يعني أن هناك عدم توافق وتذبذب بين القانون بمعناه العام وهذا المرسوم.

كما أن إصرار المشرع من خلال النصوص التي صدرت في فترات زمنية مختلفة على تعريف عقد الصفقة العامة، يرجع ربما للأسباب التالية:

- بالنظر للطرق الخاصة في إبرام الصفقات العمومية وإجراءاتها المعقدة، ذهب المشرع لتعريفها من أجل تمييزها عن باقي العقود الأخرى التي يبرمها الأشخاص العامون..

- الطرق الرقابية الخاصة من الناحية الداخلية والخارجية.

- سلطات الشخص العام الاستثنائية عندما يبرم الصفقة العمومية، والتي لا نجدها في عقود أخرى.

- علاقة الصفقة العمومية بالمال العام والخزينة العمومية⁶.

المطلب الثاني: التعريف القضائي.

إن الاجتهاد القضائي الإداري يعد مصدرا قانونيا مهما ضمن قائمة المصادر القانونية، حيث يأتي بعد المصدر التشريعي، فالقاضي الإداري يلعب دورا بارزا في سد ثغرات التشريع بما يصدره من قرارات قضائية تكون حلولا للنزاعات المعروضة عليه.

وبناء على ذلك نجد أن نظرية العقد الإداري تعتبر نظرية حديثة النشأة نسبيا، ويرجع الفضل في ذلك إلى الدور الرئيسي الذي لعبه القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة الفرنسي واجتهاداته الكبرى.

وكما ذكرنا سابقا أن المشرع الجزائري قد عرف الصفقات العمومية في مختلف القوانين المتعلقة بها، نجد القضاء الإداري الجزائري وهو ينظر في المنازعات المعروضة عليه تطرق أيضا لتعريف الصفقات العمومية، وإن كان في الحقيقة ملزما بالتعريف الوارد في التشريع، إلا أن الوظيفة القضائية وخاصة في القضاء الإداري تفرض عليه إعطاء تفسير وتوضيح عند الغموض لبعض المصطلحات وربطها بالواقع محل المنازعة.

وقد ذهب مجلس الدولة الجزائري في قرار له سنة 2002⁷، إلى القول: " وحيث أن تعريف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمة ..."، حيث يبدو من خلال هذا التعريف المقدم من مجلس الدولة الجزائري، أن الصفقة العمومية علاقة عقدية تربط بين الدولة وأحد الخواص، في حين أن الصفقة العمومية لا يكون أحد أطرافها الدولة فقط، بل قد يكون شخص من أشخاص القانون العام وهذا من جهة، ومن

⁶ أنظر: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 76-77.

⁷ قرار مجلس الدولة رقم 6215، في قضية ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة بيسكرة ضد (ق.)، فهرس 873، غير منشور، أنظر: د. عمار بوضياف، المصدر نفسه، ص 94.

جهة ثانية نجد أن الصفة العمومية قد تجمع بين أشخاص القانون العام أو بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص.

وتعود الحكمة في تمتع الإدارة بامتيازات وأساليب القانون العام بالأساس إلى اختلاف مكانة الأطراف مقارنة بعقود القانون الخاص أين يتم التعاقد بين طرفين متساويين يهدف كل منهما تحقيق مصلحة شخصية.

ويؤخذ على هذا التعريف القضائي أنه لم يشر لعنصر الشكل، مع أن الصفة العمومية تتم وفق أشكال وإجراءات خاصة ومحددة قانوناً، بالإضافة لاستعماله مصطلح مقاوله والذي يعتبر مصطلح ذو مدلول مدني، في حين أن المشرع عبر عنه بمصطلح الأشغال، وهو يقصد الأشغال العمومية وهي عقد إداري.

المطلب الثالث: التعريف الفقهي

بالرغم من الطابع القضائي لنظرية العقد الإداري، وتقنين المشرع لغالب قواعده، يبقى للفقهاء دور واضح في تفكيك أجزاء هذه النظرية، ودراسة جوانبها دراسة المتفحص الكاشف للمزايا والعيوب المتعلقة بها.

كما لا يمكننا أن ننكر العلاقة بين العقد الإداري والعقد المدني من حيث التقائهما في أن كلاهما يعبر عن توافق إرادتين تهدفان إلى إحداث أثر قانوني، وهنا كان للفقهاء دور بارز في التفريق بينهما في كثير من الجوانب والاجزاء بالتحليل والبيان.

ولقد ذكرت تعريفات فقهية عديدة للعقد الإداري، كان مجملها يعرفه 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 بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون

الخاص"⁸، وتأسيساً على ذلك اعتمد الفقهاء في وضع معايير للعقد الإداري تمثلت في:

المعيار العضوي : أن يكون أحد أطراف العلاقة العقدية شخص من أشخاص القانون العام⁹.

- المعيار الموضوعي بأن يكون موضوع العقد متعلق بإدارة وتسيير مرفق عام¹⁰.

⁸ د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1991، ص 32، أنظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، 1989، ص 218، وأنظر: د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 5، وأنظر: د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2002، ص 402، وأنظر: د. فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1973، ص 640.

⁹ د. محمود حلمي : العقد الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 208.

¹⁰ يقصد بالمرفق العام نشاط تتولاه الإدارة ويستهدف النفع العام، أنظر: د. ثروت بدوي : المعيار المميز للعقد الإداري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، القسم الثاني، العددان الثالث والرابع، القاهرة، 1957، ص 120.

معيار اتباع أساليب القانون العام: لا يكفي وجود أحد أشخاص القانون العام طرفا في العقد، بل ينبغي أيضا أن يكشف هذا الشخص العام عن رغبته في استخدام وسائل وأساليب القانون العام عند تعاقدته¹¹، كأن ينص في العقد على حقه في التعديل المنفرد لبنوده، أو في الفسخ بالإرادة المنفردة أو غيرها من البنود الغير مألوفة في قواعد القانون الخاص.

و بتوافر هذه المعايير ينبغي اعتبار الرابطة العقدية عقدا إداريا، وهي المعايير ذاتها أيضا لاعتبار العقد صفقة عمومية، مع فارق يتمثل في أن الصفقات العمومية محددة من حيث أنواعها في قانون الصفقات العمومية على سبيل الحصر، وما خرج عن ذلك يعد عقدا إداريا، وبالتالي فكل صفقة هي عقد إداري وليس كل عقد إداري هو صفقة عمومية.

المبحث الثاني: المعايير التشريعية للصفقات العمومية وموقف القضاء والفقهاء منها.

إذا اعتبرنا الصفقة العمومية عقدا إداريا محددًا بالقانون، وأن المشرع قد عرف الصفقات العمومية في مختلف التنظيمات الصادرة بشأنها، فلا شك أنه قد بين معالمها وحدد عناصرها لهذه الصفقة، مما يجعلها معايير تدلنا على الصفقة العمومية.

إلا أن وضع المشرع لها، لم يمنع القضاء والفقهاء من شرحها وبيانها، بل سنجد أن بعضها من صنع القضاء وتحليل وتفسير الفقهاء.

¹¹ د بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري الجزائري، دار ربحانة، الجزائر، 2002، ص 156

ولذلك جعلت هذا المبحث ثلاث مطالب، وكان تقسيمه كالتالي:

المطلب الأول: المعايير التشريعية للصفقة العمومية.

المطلب الثاني: التطبيقات القضائية للمعايير التشريعية.

المطلب الثالث: المعايير الفقهية للعقود الإدارية.

المطلب الأول: المعايير التشريعية للصفقة العمومية.

من خلال المرسوم الرئاسي 15-247، وما سبقه من تنظيمات للصفقة العمومية يمكننا القول بأن المعايير التي على أساسها يمكن تكييف العقد الإداري على أنه صفقة عمومية، يمكن حصرها في المعايير التالية¹²:

أولاً: المعيار شكلي.

بالرجوع لتعريف الصفقة العمومية الوارد بالتشريعات المتعلقة بها منذ الأمر الأول رقم 67-90 في مادته الأولى، وصولاً للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 في مادته الرابعة، وانتهاء بالمرسوم الرئاسي 15-247 في مادته الثانية، نجد المشرع يثبت أن عقود الصفقات العمومية عقود مكتوبة.

ولربما كان سبب إصرار المشرع وتأكيدده على الكتابة في عقود الصفقات العمومية يرجع إلى أمرين:

- أن الصفقة العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية، أداة لتنفيذ البرامج الاستثمارية، وهي مرتبطة بالمال العام والخزينة العمومية، لذلك أكد المشرع على كتابتها.

- على اعتبار أن الصفقة العمومية من عقود المعاوضة، وجب أن تكون مكتوبة لبيان المركز التعاقدى لكل طرف في العقد (حقوقه والتزاماته).

والمقصود بالكتابة هنا هي الكتابة الإدارية لا التوثيقية عند الموثق به أي الكتابة المتبعة في الإدارات العمومية وتكون على ورقة بيضاء تحمل كل البيانات التي ذكرها المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية.

وبناء عليه فإنه لا يمكن إذن الشروع في تنفيذ الصفقة العمومية قبل إبرامها وكتابتها¹³، وتوقيعها من السلطة المختصة¹⁴.

ثانياً: المعيار العضوي.

مما يميز العقد الإداري والصفقة العمومية أن يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام، مما يعني أن الصفقة التي لا تكون إحدى الجهات المذكورة في المادة السادسة من

¹² أنظر: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 123 وما بعدها.

¹³ أنظر: المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

¹⁴ نظر: المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

المرسوم الرئاسي 15-247، أو جهات حددها التشريع طرفا فيها، لا يمكن اعتبارها صفقة عمومية، وهذه الجهات هي:

1- الدولة: ويشمل هذا المصطلح

كل أجهزة الإدارة المركزية، بسبب استخدامها الشخصية الاعتبارية للدولة؛ كالوزارات ورئاسة الجمهورية.

2- الجماعات الإقليمية: وتتمثل في الإدارة اللامركزية، والتي تتشكل من:

الولاية: وهي مجموعة إقليمية ووحدة إدارية منفصلة عن الدولة انفصالا عضويا وقانونيا، تتمتع بالشخصية المعنوية وخصها المشرع بالذكر في كل دساتير الجمهورية منذ الاستقلال، وكذا قوانين الصفقات العمومية المختلفة، وأخرها المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته السادسة.

كما أكد المشرع على خضوعها لتنظيم الصفقات العمومية في قانون الولاية¹⁵، في مادته 135.

البلدية: وهي البنية القاعدية وأصغر وحدة إدارية في التنظيم الإداري الجزائري، منفصلة انفصالا عضويا وقانونيا عن الولاية والدولة، تم ذكرها في كل دساتير الجمهورية، وكذا تشريعات الصفقات العمومية المختلفة، وأخرها المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته السادسة ضمن مصطلح الجماعات الإقليمية.

كما أفرد المشرع في قانون البلدية¹⁶، أحكاما خاصة بصفقات البلدية في مادته 117، وهذا الأمر طبيعي طالما أنها شخص عام تمول سائر نشاطاته عن طريق الخزينة العامة.

- المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري: إن المؤسسات العامة الإدارية تخضع تاريخيا لتنظيم الصفقات العمومية، بسبب طبيعة نشاطها الذي لا يقوم على الهدف الربحي، واتصالها بالخزينة العمومية من حيث التمويل (ميزانية التسيير والتجهيز).

4- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري بالشروط المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية:

إن المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247، أدمج المؤسسات العامة الاقتصادية بشروط إذا توافرت خضعت هذه المؤسسات لتنظيم الصفقات العمومية، بالرغم من اختلافها عن المؤسسات العامة الإدارية من حيث طبيعة النشاط، ومن حيث المهام والقانون الواجب التطبيق عليها، فهي مؤسسات ذات نشاط يقوم على الربح، أي شخص من أشخاص القانون الخاص، مخالفا بذلك القاعدة العامة.

جاءت المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 15-247، مقدمة شرطا مفاده أن المؤسسات العامة الاقتصادية تخضع استثناء لتنظيم الصفقة العمومية إذا تحققت الشروط التالية:

¹⁵ القانون رقم 07-12، المؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 الموافق 21 فبراير 2012، والمتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية رقم 12، لعام 2012.

¹⁶ القانون رقم 10-11، المؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق 22 يونيو 2011، والمتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية العدد رقم 37، لعام 2011.

أن يتم تكليفها من طرف السلطات العمومية بإنجاز الصفقة.

وأن يتم تمويل المشروع محل التكليف كلياً أو جزئياً وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من طرف الخزينة العمومية.

ولعل الهدف من ذلك هو المحافظة على المال العام وترشيد النفقات العمومية، وليجعل المشرع تنظيم الصفقة العمومية مرجعاً لتنفيذ المبادئ العامة لعقود هذه المؤسسات الاقتصادية، وذلك لمحاربة الفساد بمختلف أشكاله وصوره دون أن ينكر طبيعتها كمؤسسة عامة اقتصادية مراعيها في ذلك خصوصية كل عقد.

ومما يعاب على المشرع في هذا المجال، غياب ذكر المؤسسات العامة المتخصصة الجامعات والمراكز البحثية وغيرها، فلم يذكرها بالنص الصريح كما فعل في المرسوم الرئاسي 02-250/17 في مادته الثانية، بل أشار إليها بعبارة " إدارات عمومية".

وأيضاً يعاب عليه عدم ذكره للهيئات الوطنية المستقلة المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة والمجلس الدستوري...، وكان قد ذكرها بالتفصيل في المرسوم الرئاسي 10-236 في مادته الثانية.

ثالثاً: المعيار الموضوعي.

إن الإدارة تبرم عقوداً كثيرة، ولا يمكن أن نجعلها كلها تخضع لتنظيم الصفقات العمومية، لذا جب استبعاد جملة من العقود من دائرة الصفقات العمومية؛ كعقود الامتياز والنقل والتأمين....

وبالرجوع لتنظيمات الصفقات العمومية السابقة، نجد أنها في مجملها تعتمد التقسيم الرباعي للصفقات وأخرها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في مادته التاسعة والعشرون، بأن جعل الصفقات العمومية تشمل العمليات التالية: إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات، تقديم خدمات.

ومما يذكر من محاسن هذا المرسوم هو معالجته لموضوع الاقتران بين الصفقات العمومية في علاقة عقدية واحدة، كأن يقترن عقد الأشغال بعقد اقتناء اللوازم، فالمرسوم قدم تكييفاً واضحاً لهذا الاقتران. رابعاً: المعيار المالي.

إن إلزام الإدارة بالتعاقد في كل الوضعيات والحالات بحسب الكيفية المبينة في تنظيم الصفقات العمومية، سبباً بطناً كبيراً في أداء العمل الإداري، ولئن كان إخضاعها لأحكام تنظيم الصفقات العمومية عندما تكون مبالغ الصفقة عالية مرتفعة أمر ضروري ومنطقي، فإن الأمر لا يكون كذلك عندما تكون المبالغ بسيطة، وتحديد ذلك من حيث الأصل يعود للمشرع بتحديد عتبة مالية دنيا لإعداد الصفقات العمومية، مع مراعاة الظروف الاقتصادية للبلاد، وطبيعة كل صفقة.

ويكون الهدف من ذلك ترشيد الصفقات العمومية، وحوكمة الصفقات العمومية والوقاية من الفساد، فكلما كان المبلغ كبيراً وجب إخضاع الصفقة الأصول وأحكام إجرائية خاصة، واعتماد

¹⁷ المرسوم الرئاسي 02-250، المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1423 الموافق 24 يوليو 2002، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 52، لعام 2002.

أطر رقابية أكثر شدة وتدقيقا، وذلك من أجل القضاء على أي شبهة للفساد¹⁸، وإذا كان هذا المبلغ بسيطا فلا داع لإرهاق الإدارة كأن يتعلق الأمر بشراء مستلزمات و تجهيزات إدارية بسيطة.

ولقد تطورت هذه العتبة المالية في تنظيمات الصفقات العمومية المختلفة، واختلفت من مرحلة الأخرى تبعا لنسبة التضخم المختلفة من فترة لأخرى، وعليه ستختلف هذه العتبة وتكون عاملا متحركا غير ثابت. فقد كانت قبل 2010 و بالضبط في المرسوم التنفيذي 91-434¹⁹ في مادته السادسة تنص على أن: " كل عقد أو طلب يقل مبلغه أو يساوي مليون دينار جزائري 2.000.000 دج، لا يتطلب حتما إبرام صفقة بمفهوم هذا المرسوم."

ثم تدخل المشرع بعد ذلك لأسباب اقتصادية، فعدل العتبة المالية في المرسوم التنفيذي 94-178²⁰ في المادتين السابعة والثامنة ويجعلها ثلاثة ملايين بدل مليوني دينار.

ولنفس الأسباب الاقتصادية تدخل المشرع من جديد وعدل العتبة المالية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 87-2198 في مادته السادسة ليجعلها أربعة ملايين دينار جزائري، واستقر على هذه العتبة في المرسوم الرئاسي 02-250 في مادته الخامسة.

ولم يدم هذا الحال طويلا حتى صدر المرسوم الرئاسي 03-303²² المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02250، ليميز بين أنواع الصفقات العمومية من حيث العتبة المالية، واعطاء وزير المالية حق تحيين هذه العتبات المالية.

فقسم الصفقات العمومية إلى قسمين قسم شمل صفقتي الأشغال والتوريد، جعل حدهما الأدنى يساوي ستة ملايين دينار 6.000.000

دج، وذلك في المادة الخامسة من المرسوم سالف الذكر، وقسم ثاني شمل صفقتي الخدمات والدراسات جعل حدهما الأدنى يساوي أربعة ملايين دينار جزائري 4.000.000 د.ج في نفس المادة الخامسة.

كما نصت المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي رقم 03-301، على أنه: " يمكن تحيين المبالغ المذكورة أعلاه بصفة دورية بموجب قرار من وزير المالية وفق معدل التضخم المسجل رسميا"، فنلاحظ أن المشرع حاول مراعاة حركية وتيرة الاقتصاد الوطني ونسب التضخم في البلد. وظل الحال كذلك حتى جاء المرسوم الرئاسي 08-338 (3)، ليعدل العتبة المالية عند حد

18 د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 129-130.

19 المرسوم التنفيذي رقم 91-434، المؤرخ في 2 جمادى الأولى 1412 الموافق 9 نوفمبر 1991، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 57، لعام 1991.

20 المرسوم التنفيذي رقم 94-178، المؤرخ في 16 محرم 1415 الموافق 26 يونيو 1994، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 91-434، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 42، لعام 1994.

21 المرسوم التنفيذي رقم 98-87، المؤرخ في 8 ذي القعدة 1418 الموافق 7 مارس 1998، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 91-434، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 13، لعام 1998

22 المرسوم الرئاسي رقم 03-301، المؤرخ في 14 رجب 1424 الموافق 11 سبتمبر 2003، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي

رقم 02-250، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 55، لعام 2003. 3 - المرسوم الرئاسي رقم 03-338، المؤرخ في 26 شوال 1429 الموافق 26 أكتوبر 2008، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 02-250، والمتعلق بتنظيم

الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 62، لعام 2008

أدني تمثل في ثمانية ملايين 8.000.000 د.ج بالنسبة لصفقة الأشغال والتوريد، وأبقى على نفس الحد بالنسبة لصفقة الخدمات والدراسات عند حد أربعة ملايين 4.000.000 د.ج في مادته الخامسة. ونصت المادة السادسة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، على أن: " كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار 8.000.000 أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دينار 4.000.000 لخدمات الدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم"، ليتضح لنا أننا لن نكون أمام صفقة عمومية إذا كان مبلغ عقد الأشغال أو التوريد يساوي أو أقل من 8.000.000 د.ج أو يقل عنه للأشغال أو د.ج. ونصت المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على: " كل

صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار 12.000.000

اللوازم وستة ملايين دينار 6.000.000 د.ج للدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفقا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب".

كما استمر هذا المرسوم الرئاسي في الاعتراف بحق وزير المالية في تحيين مبالغ الصفقات، وذلك أمر مفهوم و منطقي طالما كانت الصفقات العمومية مرتبطة بالمال العام والخزينة العمومية.

خامسا: البند الغير مألوف (الشروط الاستثنائية والغير معروفة في قواعد القانون الخاص).

لكي نعتبر العقد الذي تبرمه الإدارة عقدا إداريا عموما، أو صفقة عمومية خصوصا، لا بد من تضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ويرجع سببها إلى تمكين الإدارة من تحقيق الأهداف المرجوة من وراء تعاقدها تلبية لحاجيات عامة للأفراد وتحقيقا لمصلحة عامة.

والمتمعن في تنظيمات الصفقات العمومية المختلفة، يجد أن المشرع قد ضمنها بعض هذه البنود الغير مألوفة، والتي تعتبر امتيازات وسلطات تمنح للإدارة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها.

ومن هذه الامتيازات والسلطات ب سلطة الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة، فنجد المرسوم الرئاسي 15247 في مادته 149 قد نص على: " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد وإذا 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".

ونصت المادة 150 من نفس المرسوم على أنه " يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة من جانب واحد عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة حتى بدون خطأ المتعامل المتعاقد"

فلاحظ أن المصلحة المتعاقدة يمكنها فسخ العقد بإرادتها المنفردة ودون تقصير من المتعامل معها إذا دعت المصلحة العامة ذلك²³.

²³ أنظر: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 138.

المطلب الثاني: التطبيقات القضائية للمعايير التشريعية.

بلا بناء على ما سبق يتضح أن المشرع الجزائري قد حدد جملة من المعايير التي تميز الصفقات العمومية عن غيرها من عقود الإدارة المختلفة، فكانت شك عاملا مساعدا للأجهزة القضائية الإدارية في تطبيق أو إبعاد قواعد الصفقات العمومية بحسب وجود هذه المعايير من عدم وجودها، وسأذكر بعض التطبيقات القضائية المتعلقة بذلك وفق مايلي:

الفرع الأول: المعيار العضوي.

صدر قرار المجلس الدولة الجزائري سنة 2002، ذهب فيه المجلس إلى عدم خضوع المؤسسات العامة ذات الطابع صناعي والتجاري القانون الصفقات العمومية، وأقر أيضا عدم اختصاص القاضي الإداري بالنظر في النزاع الذي يكون بصدد إبرام مؤسسة عامة اقتصادية لصفقة عمومية²⁴، وأسس مجلس الدولة قراره على المادة 59 من الأمر 67-90، والتي أقرت عدم خضوع المؤسسات ذات الطابع التجاري والصناعي لمقتضيات هذا الأمر المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

وأيضا القرار الصادر عن مجلس الدولة سنة 2003، والذي اعتبر فيه المجلس أن الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري هي مؤسسات ذات طابع اقتصادي، مما يجعلها غير خاضعة في نزاعاتها للجهات القضائية الإدارية²⁵.

ويرى أستاذنا الدكتور عمار بوضياف أن الجهات القضائية الإدارية ستواجه إشكالات كبيرة في مجال الاختصاص

وخاصة بالاعتماد على المعيار العضوي وما يتعلق بالمادة 800 من القانون رقم 08-09 والمتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية والتي اكتفت بذكر المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ولم تنشر لباقي المؤسسات الأخرى؛ كالمؤسسات ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والثقافي والمهني (الجامعات والمراكز الجامعية بالرغم من أنها معنية بالالتزام بقواعد تنظيم الصفقات العمومية²⁶).

الفرع الثاني: معيار الحد المالي الأدنى المطلوب في الصفقة العمومية.

وقد طبق القضاء الإداري الجزائري، وعلى قمته مجلس الدولة شرط الحد الأدنى المطلوب في إبرام الصفقة العمومية وهو بصدد النظر في المنازعات المعروضة عليه.

فقد جاء في قرار المجلس الدولة سنة 2001، أن المقرر قانونا أن الاتفاق على الأشغال والذي تبرمه الإدارة ولا تفوق قيمته 3.000.000 دج ثلاثة ملايين دينار لا يكون صفقة عمومية ولا

²⁴ قرار مجلس الدولة، بتاريخ 05-11-2002، ملف رقم 003889، قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق، قسنطينة، مجلة مجلس الدولة، الصادرة عن مجلس الدولة الجزائري، العدد الثالث، 2003، ص 109.

²⁵ قرار مجلس الدولة، بتاريخ 15-04-2003، الغرفة الأولى، مجلة مجلس الدولة، الصادرة عن مجلس الدولة الجزائري، العدد الرابع، 2003، ص 77.

²⁶ أنظر: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 142.

يخضع في إجراءاته في حالة النزاع إلى المادتين 99 و 100 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية²⁷.

وأيضاً قرار مجلس الدولة لسنة 2001، حيث ذهب مجلس الدولة إلى أن: " شرط الصفقة ليس ضرورياً في الأشغال التي تقل قيمتها عن ثلاثة ملايين دينار 3.000.000 د.ج- اتفاق على تقديم أشغال ب 1.214.800 دينار فشرط الصفقة ليس ضرورياً في الأشغال التي تقل قيمتها عن 3.000.000 د.ج"²⁸.

وفي قرار ثالث عن مجلس الدولة في سنة 2001، أكد المجلس

على العتبة المالية بقوله: " من المقرر قانوناً أن الأشغال التي تقل قيمتها على ثلاثة ملايين دينار جزائري ليس من الضروري فيها شرط عقد الصفقة والثابت في قضية الحال أن الدين ثابت باعتراف المستأنف عليها ولا نزاع فيه وأن قيمته تقل عما استوجبه القانون في عقد الصفقة وبالتالي فلا مجال للحديث عن شرط الصفقة "²⁹.

ونجده طبق ذلك حرفياً في قرار صادر عنه سنة 2003، حيث نص المجلس بقوله: " إن المبلغ المجدد للحد الأدنى من أجل إبرام صفقة عمومية قد طرأ عليها عدة تعديلات بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-178³⁰ والمرسوم التنفيذي 96-54³¹، والمرسوم التنفيذي رقم 98-87 (5)، وأن هذا المرسوم الأخير قد حدد الحد الأدنى للمبلغ 4.000.000 د.ج أربعة ملايين دينار ومتى ثبت في قضية الحال أن إبرام اتفاقية إنجاز الأشغال بين طرفي النزاع كان بتاريخ 16-05-1998 وبقيمة 3.847.165.98 د.ج أي أقل من 4.000.000 د.ج المجدد في المرسوم التنفيذي رقم 98-87 المؤرخ في 07-03-1998 وهو الواجب التطبيق في هذه الحالة فإن طرفي النزاع لم يكونا ملزمين بإبرام عقد الصفقة العمومية³².

الفرع الثالث: المعيار الشكلي.

إن القضاء الإداري الجزائري كان حازماً فيما يتعلق بشرط الشكل أو الكتابة، فقد ذهب مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2001، إلى القول: " من المقرر قانوناً ووفقاً للمادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 91434 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإنها تعتبر الصفقات العمومية عقوداً مكتوبة وإنه يلزم تحت طائلة البطلان أن تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر بما يستفاد منه أن الكتابة شرط لانعقاد الصفقة العمومية وتتعلق بالنظام العام"³³

²⁷ قرار مجلس الدولة، بتاريخ 08-10-2001، ملف رقم 004966، الغرفة الرابعة، مجلة مجلس الدولة، العدد، ص 27.

²⁸ قرار مجلس الدولة، بتاريخ 30-10-2001، ملف رقم 003965، الغرفة الرابعة، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، 2001، ص 45

²⁹ المرسوم التنفيذي رقم 94-178، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق

³⁰ المرسوم التنفيذي رقم 96-54، المؤرخ في 2 رمضان 1416 الموافق 22 يناير 1996، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 91-434

، والمتضمن الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 06، لعام 1996

³¹ المرسوم التنفيذي رقم 98-87، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

³² قرار مجلس الدولة، بتاريخ 16-12-2003، ملف رقم 011306، قضية بلدية المحمدية بولاية الجزائر وشركة

(SCOAL)، الغرفة الأولى، مجلة مجلس الدولة، العدد رقم الرابع، ص 93.

³³ قرار مجلس الدولة، بتاريخ 14-05-2001، ملف رقم 001519، قضية بين بلدية بوزريعة ومقاول، الغرفة الرابعة، نقلا عن: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 139.

وبناء على القرار السابق نلاحظ أن مجلس الدولة الجزائري طبق القانون حرفيا ولم يخرج عن النص، على أساس أن المشرع اعتبر عقود الصفقات العمومية عقودا مكتوبة، فالكتابة الإدارية عنصر جوهري في الصفقة العمومية، لما تنطوي عليه هذه العقود من أهمية وخطورة في نفس الوقت، كما أن المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 10-236، والمادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 تنصان على نفس الشيء، مما يعني أن القضاء الإداري الجزائري لن يحدد عن ذلك.

المطلب الثالث: المعايير الفقهية للعقود الإدارية.

أشرنا سابقا إلى أن الفقه قد عرف العقد الإداري بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص".

ومن خلال هذا التعريف نستخلص أن للفقه الإداري ثلاث معايير؛ معيار عضوي، وآخر موضوعي، وثالثا معيار البند الغير مألوف في قواعد القانون الخاص.

أولا: المعيار العضوي.

والمقصود به أن تكون الإدارة العامة طرفا في عقد الصفقة، أي أن أحد أطراف العلاقة العقدية شخص من أشخاص القانون العام (الدولة، الولاية، البلدية، والمؤسسات العامة)، ويضبطها وينظمها ويجدد نوعها وطبيعتها تشريع الصفقات العمومية، فهو المحدد لنا متى يكون هؤلاء الأشخاص العامون خاضعون للصفقات العمومية ومتى تكون غير معنية بذلك.

ولقد أثير موضوع المؤسسات والشركات المؤممة و بطبيعتها اقتصادية سواء تجارية أو صناعية إشكالات في التطبيق من طرف القضاء الإداري المصري، ولكن الراجح أن تبقى مؤسسات عامة اقتصادية تخضع للقانون الخاص كقاعدة عامة، وللقانون العام استثناء³⁴.

ثانيا: المعيار الموضوعي.

والمقصود بالمعيار العضوي؛ أن يتعلق موضوع العقد بإدارة أو تسيير مرفق عام، ويمكن تعريفه بأنه نشاط عام، ينشئه شخص علم ويشرف عليه، لتحقيق مصلحة عامة، مما يعني أن الصفقة العامة تتعلق بنشاط عام يشرف عليه شخص عام لتحقيق مصلحة عامة، وتلبية حاجيات الجمهور.

وهو معيار مميز للصفقة العامة، حيث أن العقود التي تبرمها المرافق التجارية والصناعية لا يمكن اعتبارها عقودا إدارية، إلا ما استثناه المشرع بأن جعل بعض المرافق العامة الاقتصادية إذا كانت ممولة كليا أو جزئيا من طرف الدولة فإنها تخضع لشرط الصفقة العمومية.

ثالثا: معيار استخدام امتيازات السلطة العامة (البند الغير مألوف في قواعد القانون الخاص).

³⁴ أنظر: د. حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة - المؤسسة العامة - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، 2003، ص21.

إن وجود الإدارة كطرف في العقد، وكون موضوعه يتعلق بالمرفق العام، لا يكفي لأن نحكم بأنه ذو طابع إداري وتخضعه لشروط الصفقة العامة، ويكون القاضي الإداري مختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بها، بل يجب أن تظهر إرادة الإدارة في استخدام امتيازات السلطة العامة، أي تستخدم البنود الغير مألوفة في قواعد القانون الخاص³⁵.

إن الأشخاص العامة وهي تقوم بنشاطها لا تخضع دائما لقواعد القانون العام، بل تخضع في بعض الأحيان القواعد القانون الخاص متى نزلت إلى مرتبة الأفراد، أما إذا استخدمت أساليب القانون العام، وضمنت عقدها بنودا استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، كأن نصت في العقد على إمكانية فسخها للعقد بإرادتها المنفردة³⁶، أو تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة، فهذا الأسلوب المتبع من طرف الإدارة في مباشرة نشاطها يدلنا على أنها تستخدم وسائل القانون العام، مما يعني أن عقدها عقد إداري يخضع للصفقة العامة إذا توافرت شروطها الخاصة بها.

بل نص المشرع الجزائري على أكثر من ذلك، بأن أعطى للإدارة حق استخدام وسائل القانون العام ولو لم ينص على ذلك في العقد، فتنظيم الصفقات العامة قد اعترف لها بذلك حينما تتبع إجراءات إبرام الصفقات العمومية حسب التنظيم المعمول به.

ولعل الغاية من منح الإدارة امتيازات القانون العام في مجال العقود الإدارية تعود إلى الاختلاف بين العقد الإداري والعقد المدني من حيث مكانة أطراف العلاقة العقدية، فالأصل أن يتم التعاقد بين طرفين متساويين غايته تحقيق مصلحة شخصية للطرفين في العقد المدني، بينما يتم التعاقد بين طرفين غير متساويين من حيث المصلحة المرجوة في العقود الإدارية، فالإدارة بوصفها صاحبة امتيازات السلطة العامة تهدف من خلال تعاقداتها إلى تحقيق منفعة عامة، في حين أن الطرف الثاني يهدف إلى تحقيق منفعة خاصة³⁷.

المبحث الثالث: تمييز الصفقات العمومية عن بعض العقود الأخرى.

إن الصفقة العمومية عقد إداري تبع الإدارة فيه قواعد وإجراءات خاصة، مما يعني أنه عقد فيه خصوصية بالنسبة لعقود القانون العام (العقد الإداري) هذا من جهة، ومن باب أولى فهو يختلف عن سائر العقود الأخرى في القانون الخاص كالعقود المدنية والتجارية وعقد العمل، فما يكون صالحا للأفراد وهم يبتغون مصلحتهم الشخصية قد لا يكون صالحا للإدارة وهي تبتغي تقديم خدمة عامة وتحقيق منفع عام.

³⁵ د. محمد أنس جعفر قاسم، الوسيط في القانون العام، مطبعة أخوان مورافنتلي، القاهرة، 1984، ص 167.

³⁶ أنظر: المادة 149 و150 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مصدر سابق، وفي المادة 112، من المرسوم الرئاسي 10236 المعدل، مصدر سابق.

³⁷ أنظر: د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 467.

كما لا ننسى أن الصفقة العامة تكلف الدولة وخزینتها العامة أموالا كبيرة، الأمر الذي يجعلها تضع قواعد وإجراءات تتناسب وأهمية المسألة، مما يجعلها تختلف عن تلك التي توضع في القانون الخاص لتحكم أشخاص القانون الخاص.

ومن أجل ذلك سأطرق للتمييز بين الصفقات العمومية والعقود المدنية في مطلب أول، ثم بين الصفقة العمومية والعقود التجارية في مطلب ثاني، ومطلب ثالث يكون التمييز بين الصفقة العمومية وعقد العمل.

المطلب الأول: التمييز بين الصفقة العمومية والعقود المدنية.

تتشابه العقود الإدارية عموما والصفقة العمومية خصوصا مع العقود المدنية في أن انعقادهم يتم بتوافق إرادتين، ولكن الصفقات العمومية تختلف عن العقود المدنية من عدة نواحي نجملها في :

الفرع الأول من حيث مركز أطراف العلاقة العقدية.

إن العقد المدني تحكمه قاعدة مهمة بنيت عليها نظرية العقد مفادها؛ " العقد شريعة المتعاقدين"³⁸، فلا يجوز تعديله ولا إلغاؤه إلا بإرادة الطرفين، فمراكزهم في هذا العقد متساوية، ويحتلون مرتبة واحدة، ولا امتياز لطرف على آخر، حيث لا يمكن تغليب مصلحة البائع على المشتري أو المؤجر على المستأجر أو الراهن على المرتهن.

ولكن الصفقة العمومية كونها عقد إداري يحتوي على شخص عام إدارة عامة أو هيئة عمومية)، وجب الاعتراف لها بامتيازات السلطة العامة، من أجل تحقيق هدفها من التعاقد، وتحقيق خدمة والنفع العام، الأمر الذي يجعل مركز هذا الشخص العام يختلف عن مركز الطرف المتعاقد معه.

الفرع الثاني : من حيث إجراءات إبرام العقد.

إذا أرادت الإدارة أو الجهات التي ألزمها المشرع بتقيد بشرط الصفقة العمومية أن تبدي رغبتها في التعاقد، فإنها تكون ملزمة كأصل عام بإعلام الجمهور بفتح باب المنافسة وطلب العروض بأشكاله المختلفة في جريدتين وطنيتين؛ وباللغة العربية ولغة أجنبية، وفي نشرة صفقات المتعامل العمومي BOMOP ، كما تخضع في عقد الصفقة العمومية إلى إجراءات طويلة وخاصة من جهة، ولأوجه رقابية معقدة وصارمة جاء تنظيمها والنص عليها في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، رغبة من المشرع في الحفاظ على المال العام وترشيد النفقات العمومية، ولم يكن ذلك فقط، ذهب إلى حماية الصفقة العمومية جزائيا³⁹.

³⁸ أنظر: المادة 106 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-58، بتاريخ 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد رقم 78، لعام 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-07، المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية العدد رقم 31، لعام 2007.

³⁹ أنظر في ذلك؛ ما أشارت إليه المادة 26 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد رقم 14، لعام 2006، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 1005، المؤرخ في 16 رمضان 1431 الموافق 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية العدد رقم 50، لعام 2010.

في حين أن العقد المدني يحكمه مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، فالمتعاقدين الحرية في اختيار بنود العقد واختيار الطرف المتعاقد، ولا يخضع العقد لإجراءات النشر والإشهار أصل عام، لتعلقه بالمصالح الشخصية للأفراد.

الفرع الثالث : من حيث الهدف من العملية التعاقدية.

إن الغاية الذي تبغيها الإدارة وهي تبرم الصفقة العمومية هي تحقيق المصلحة العامة، فعقد تموين إدارة الخدمات الجامعية بمادة معينة للحوم أو البيض أو الخبز أو الفواكه إنما يتم بغرض إطعام الطلبة، كما أن عقد الاشغال العامة إذا كان محله إنجاز أحياء سكنية أو طريق سيار، فالمنتفع به هم جمهور المواطنين، وهكذا حال كل الصفقات العمومية باختلاف أنواعها، نجدها ترجع في نفعها وأثرها على عامة الناس تحقيقا للمصلحة العامة.

في حين أن الهدف من إبرام العقد المدني هو تحقيق المصلحة الخاصة الأطراف العقد، فعقد الإيجار مثلا يحقق مصلحة المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة، ومصلحة المؤجر بالانتفاع بثمن الأجار، كما أن عقد البيع أيضا يحقق مصلحة للبائع والمشتري، فالبائع ينتفع بالثمن، والمشتري ينتفع بالمبيع.

الفرع الرابع : من حيث الجهة القضائية المختصة.

إن اختصاص النظر في الخصومات المتعلقة بالعقود المدنية ينعقد للقضاء العادي (محكمة، مجلس قضائي، محكمة عليا)، في حين أن اختصاص النظر في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ينعقد للقضاء الإداري كقاعدة عامة، أو لجهة أخرى يكون التشريع قد حددها.

فالمشرع الجزائري قد تبنى ازدواجية القانون والقضاء في ظل دستور 1996⁴⁰، وتجسد تطبيق ذلك فعليا بصدور القانون العضوي رقم 01-98⁴¹، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، والقانون رقم 02-98⁴²، والمتعلق بالمحاكم الإدارية، ثم القانون العضوي رقم 03-98⁴³، والمتعلق باختصاصات محكمة النزاع وتنظيمها وعملها، وهي جهات عهد إليها النظر في المنازعات الإدارية.

الي ختم المشرع هذه الإصلاحات القضائية بصدور القانون رقم 09-08⁴⁴، كإجراء تكميلي معلنا فيه إجراءات خاصة تحكم سير الدعوى المدنية تختلف عن إجراءات الدعوى الإدارية في

⁴⁰ المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق 7 ديسمبر 1996، والمتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية العدد رقم 76، لعام 1996.

⁴¹ لقانون العضوي رقم 01-98 المؤرخ في 30 مايو 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله الجريدة الرسمية العدد رقم 39 لعام 1998، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 26 يوليو 2011، الجريدة الرسمية العدد رقم 39، لعام 2011.

⁴² القانون رقم 02-98 المؤرخ في 30 مايو 1998، والمتعلق باختصاصات المحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية العدد رقم 43، لعام 1998.

⁴³ القانون العضوي 03-98، المؤرخ في 3 يونيو 1998، والمتعلق باختصاصات محكمة النزاع وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية العدد رقم 37، لعام 1998.

⁴⁴ القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد رقم 21، لعام 2008.

جوانب عدة، مما يعكس تبني المشرع للازدواجية القضائية. الفرع الخامس: من حيث سلطة القاضي الفاصل في النزاع.

إن القضاء الإداري كان له دور كبير في إيجاد العديد من نظريات القانون الإداري، فهو قاضي مجتهد منشئ لكثير من قواعد القانون الإداري، الأمر الذي جعل جناح من الفقه يقول: أن القاضي الإداري قاضي منشئ والقاضي المدني قاضي مطبق⁴⁵

وبناء على ما سبق فإن سلطات القاضي الإداري أوسع من سلطات القاضي المدني الذي يسيره الخصوم طبقاً للمبدأ القائل: "الخصومة ملك للخصوم"، في حين أن القاضي الإداري يستطيع أن يسير المنازعة المعروضة بين يديه وما يحقق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وأن يطلب من الإدارة ويأمرها بالرغم مما تملكه من امتيازات المصلحة العامة، أن تقدم وثائق تتعلق بقرارات تهم المنازعة⁴⁶، وتوجيه أوامر لها تصل إلى درجة غرامات تهديدية.

المطلب الثاني : التمييز بين الصفقات العمومية عن العقود التجارية.

لقد حاول المشرع الجزائري إعطاء تعريف عام للعقود من خلال النص على أحكام العقد في القانون المدني، ولكنه لم يخص العقد التجاري بتعريف خاص به، مع أنه من أهم التصرفات القانونية التجارية التي تجمع بين المتعاملين التجاريين، فأخذ هذا العقد مفهومه وأحكامه من النظرية العامة للالتزام المنصوص عليها في القانون المدني وذلك في مادة الالتزامات التعاقدية، إلى جانب بعض الأحكام الخاصة المتعلقة بالعقد التجاري والمنصوص عليها في القانون التجاري الخاص بتنظيم الحياة التجارية.

وبناء على ذلك سأحاول التمييز بين الصفقة العمومية العقد التجاري من عدة نواح أهمها:

الفرع الأول : من حيث قواعد الإثبات.

إن عقد الصفقة العمومية يتم إثباته بالكتابة الإدارية، وقد طبق مجلس الدولة الجزائري هذا الشرط حرفياً وبصرامة، حيث لم يقبل القول بوجود عقد صفقة عمومية إذا لم يكن عند المدعي عقداً مكتوباً. كما مر معنا سابقاً، وأكد المشرع على ذلك في مختلف قوانين الصفقات العمومية الجزائرية.

بينما تقوم الحياة التجارية على عنصري الائتمان والسرعة، لذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالعقود التجارية مساهمة لهاذين المبدأين، حيث نجد أن وسائل الإثبات في العقود

⁴⁵ أنظر: خالد المهدى، الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2018، ص

62.

⁴⁶ أنظر: المادة 819 الفقرة الثانية، القانون رقم 08-09، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر نفسه.

التجارية عديدة، فيثبت العقد التجاري بالسندات الرسمية إضافة للسندات العرفية والفواتير المقبولة والرسائل والدفاتر التجارية وكل وسيلة عرفية مقبولة في الحياة التجارية⁴⁷.

الفرع الثاني: من حيث طرق الإبرام. إن طبيعة الصفقة العمومية تفرض عليها طرق إبرام طويلة واجراءات معقدة، وكل مخالفة لهذه الطرق الخاصة والإجراءات المحددة يترتب عليها المسؤولية الجزائية المقررة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

أما بالنسبة للعقد التجاري وطبيعته القائمة على السرعة والائتمان والأعراف التجارية، فإن سبل إبرامه وانعقاده يسيرة وتتم بسهولة لكيلا تضيع حقوق التجار وتعاملاتهم.

الفرع الثالث: من حيث الجهة القضائية المختصة.

ذكرنا سابقا أن القضاء الإداري هو المختص في منازعات العقود الإدارية ومنها عقد الصفقات العمومية، كما أن القضاء العادي هو الجهة القضائية المختصة في منازعات العقود المدنية و منها العقود التجارية.

ولقد نصت المادة 533 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على مايلي: " يتشكل القسم التجاري من قاض رئيسا ومساعدين ممن لهم دراية بالمسائل التجارية، ويكون لهم رأي استشاري، يتم اختيار المساعدين وفقا للنصوص السارية المفعول"⁴⁸.

بينما نجد أن المحكمة الإدارية النازرة في عقد الصفقة تتشكل من قضاة فقط برتبة مستشار لدى المجلس القضائي⁴⁹.

المطلب الثالث: التمييز بين الصفقة العمومية وعقد العمل.

إن عقد العمل هو تلك الاتفاقية بين صاحب العمل والعامل، تبين الحقوق والواجبات المطلوبة من العامل، والحقوق والواجبات المطلوبة من صاحب العمل، لمدة محددة أو غير محددة، مقابل أجر معين ومحدد سلفا.

ولقد خص المشرع الجزائري المجتمع العمالي بقواعد خاصة تمثلت في التشريع العمالي، حيث نتطرق إليه في القانون رقم 90-11، في المادة التاسعة بقوله: " يتم عقد العمل حسب الأشكال التي تتفق عليها الأطراف المتعاقدة"⁵⁰، كما يرجع فيه للقواعد العامة للتعاقد المنصوص عليها في القانون المدني⁵¹.

⁴⁷ أنظر: المادة الثلاثون من الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، والمتعلق بالقانون التجاري، الجريدة الرسمية العدد رقم 78، لعام 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 15-20، المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 الموافق 30 ديسمبر 2015، الجريدة الرسمية العدد رقم 71، لعام 2015

⁴⁸ القانون رقم 08-09، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

⁴⁹ أنظر: المادة الثالثة من القانون رقم 98-02، والمتعلق بالمحاكم الإدارية، مصدر سابق.

⁵⁰ القانون رقم 90-11، المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق 21 أبريل 1990، والمتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد رقم 17، لعام 1990

⁵¹ أنظر: المادة 54 وما بعدها من القانون 75-58، والمتعلق بالقانون المدني، مصدر سابق.

ثم عرفه الفقه بقوله: " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص بوضع نشاطه في خدمة شخص آخر وتحت إشرافه مقابل أجر"⁵².

واعتمادا على التوضيحات السابقة يمكننا القول إن الصفقة العمومية قد يكون موضوعها خدمة، كما هو الحال في عقد العمل فإنه ينصب على خدمة مقدمة من العامل لصاحب العمل، إلا أن الصفقة العمومية تبقى مختلفة عن عقد العمل من زوايا عديدة أهمها:

الفرع الأول: من حيث عنصر الشكل.

من خلال القانون رقم 90-11 السالف الذكر، في مادته الثامنة التي نصت على: " تنشأ علاقة العمل بعقد مكتوب أو غير مكتوب وتقوم هذه العلاقة على أية حال بمجرد العمل لحساب مستخدم ما و تنشأ عنها حقوق المعنيين وواجباتهم وفق ما يحدده التشريع والتنظيم والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية وعقد العمل"، فنجد أن عقد العمل لا تشترط فيه الكتابة على سبيل الإلزام، بل حتى في حالة انعدام عقد عمل مكتوب يفترض أن تكون علاقة العمل قائمة⁵³ لمدة غير محدودة، في حين أنها لازمة في الصفقة العمومية.

الفرع الثاني: من حيث طرق الإبرام وقواعد الرقابة.

إن عقد العمل يختلف أيضا عن الصفقة العمومية في طرق إبرامه، فنجد أن عقد يقوم على توافق الإرادتين بين العامل وصاحب العمل، وبعد ذلك تكون طرق إبرامه في وقت وجيز، وفق إجراءات بسيطة وغير معقدة، حيث تنص المادة التاسعة من القانون 90-11، والمتعلق بعلاقات العمل على أنه: " يتم عقد العمل حسب الأشكال التي تنتفق عليها الأطراف المتعاقدة"، على خلاف طرق إبرام الصفقة العمومية فهي محددة من طرف التشريع ومعقدة وإجراءاتها طويلة.

وأیضا من حيث قواعد الرقابة في عقد العمل نجد أنها تتم عن طريق أطر رقابية خاصة، وبأجهزة عادية أجهزة المشاركة⁵⁴، أو مفتشيات العمل، أو باللجوء للقضاء العادي عند اللزوم، على خلاف الرقابة المطبقة على الصفقات العمومية فهي بلجان عديدة، وتكون قبلية وبعديّة بإجراءات صارمة، سوف نتطرق لها عند الحديث عن أساليب الرقابة على الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: من حيث قواعد الاختصاص القضائي.

تخضع نزاعات العمل للأجهزة القضائية العادية، بينما تخضع المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية للأجهزة القضائية الإدارية.

وكما ذكرنا سابقا فإن المحكمة الإدارية تتشكل من القضاة فقط، ولا تحتاج لإجراءات سابقة على اللجوء للقضاء، في حين أن منازعات العمل تمر وجوبا على مكاتب المصالحة من أجل الصلح قبل الذهاب للقضاء هذا من جهة، ومن جهة ثانية تنص المادة 502 من القانون رقم 08-09

⁵² أنظر " د. بشير هدي، الوجيز في شرح قانون العمل وعلاقات العمل الفردية والجماعية، دار ربحانة، الجزائر، 2002، ص 50.

⁵³ أنظر: المادة 11 من القانون رقم 90-11، والمتعلق بعلاقات العمل، مصدر سابق..

⁵⁴ أنظر: المادة 91 وما بعدها من القانون 90-11، والمتعلق بعلاقات العمل، مصدر سابق.

والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن منازعات العمل تعرض على مستوى المحكمة الابتدائية في القسم الاجتماعي، وتتشكل هذه المحكمة من قاض رئيسا ومساعدين.

خلاصة :

من خلال عرضنا لهذا الفصل و المتمثل في مفهوم الصفقات العمومية فقد تطرقنا الى تعريف الصفقات العمومية و تمييز الصفقات العمومية عن بعض العقود الأخرى كذلك المعايير التشريعية للصفقات العمومية وموقف القضاء والفقهاء منها.

الفصل الثاني

المبادئ التي تقوم عليها إجراءات
إبرام الصفقات العمومية.

تمهيد :

إن للصفقات العمومية مبادئ عامة تحكمها على اختلاف أنواعها، جاء تكريسها في تشريعات الصفقات العمومية بصفة ضمنية، فنجدها في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250، ثم تم التكريس الفعلي لها بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 08-338⁵⁵، والتأكيد عليها في أحكام المرسوم الرئاسي 10-236، وأخيرا المرسوم الرئاسي رقم 15-247، في مادته الخامسة بالنص علي: "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

وانطلاقا من جعل المشرع هذه المبادئ عامة لكل الصفقات، فإن عدم احترام الإدارة لها يعرضها للمساءلة من جانب الجهة الوصائية، أو أجهزة الرقابة الداخلية أو الخارجية للصفقات العمومية.

وعليه سنتناول شرح هذه المبادئ شرحا نظريا موجزا، ونترك بيانها العملي لما تبقى من فصول هذه المطبوعة، لأن المشرع قد كرس هذه المبادئ في مجموع أحكام تنظيم الصفقات العمومية.

وتفصيل هذه المبادئ الثلاث يكون ببيان مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في مبحث أول، ثم مبدأ المساواة بين المترشحين في مبحث ثاني، ليكون المبدأ الثالث والمتمثل في مبدأ شفافية الإجراءات في مبحث ثالث.

المبحث الأول : مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.

إن اللجوء للمنافسة ركن من الأركان التي يقوم عليها نظام اقتصاد السوق القائم على تعدد العروض التعدد الطلبات مما يعني حرية اقتصادية، ولا يمكن تصور وجوده في نظام ينكر الحرية الفردية.

والمقصود بحرية الوصول للطلب العمومي؛ هو فتح المنافسة للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتوافر فيهم الشروط المطلوبة للمشاركة بأن يتقدموا بعروضهم أمام المصلحة المتعاقدة

⁵⁵ المرسوم الرئاسي 08-338، المؤرخ في 26 شوال 1429 الموافق 26 أكتوبر 2008، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 62، لعام 2008.

المعنية بإبرام الصفقة العمومية محل الإعلان المنشور، وفق الشروط والكيفيات المحددة في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة⁵⁶.

فالمصلحة المتعاقدة إذن، يجب عليها أن تقف موقف المحايد تجاه المتنافسين، لتحقق الحرية المنشودة في الصناعة والتجارة وكل مجالات الاقتصاد

ولكن هذا المبدأ أيضا لا يعني أن المصلحة المتعاقدة تكفل حق المشاركة للجميع، بل يمكنها أن تضع ما تراه مناسبا من قيود تتعلق بالصفقة لتحقيق المصلحة العامة، طالما أن هذه القيود مرتبطة ومذكورة إجمالا في الشروط المعلن عنها في إعلان الصفقة، وتفصيلا في دفتر الشروط الخاص بها.

ونظرا لأهمية هذا المبدأ فقد وضع المشرع من الضمانات ما يضمن تجسيده وتطبيقه على أرض الواقع، مبينا أيضا الاستثناءات التي تجعل المصلحة المتعاقدة قادرة على مخالفة مقتضيات هذا المبدأ، والاستثناء كما هو معلوم تأكيد للقاعدة لا نفي لها⁵⁷.

المطلب الأول: ضمانات وجوب الإشهار والإعلان تحقيقا لمبدأ حرية الوصول للطلب العمومي.

ومن بين هذه الضمانات المتعلقة بحرية الوصول للطلب العمومي، أن نتبع المصلحة المتعاقدة إجراءات الإشهار وألا تكون الصفقة سرية، بأن يكون الإعلان عن طريق الإشهار الصحفي الذي ورد بصيغة الإلزام ضمن أحكام المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي نصت على: " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات التالية: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء "، وذلك حتى يتمكن العارض من تقديم عرضه تحقيقا لمبدأ الوصول لحرية الطلب العمومي والمنافسة النزيهة، ثم تتولى المصلحة المتعاقدة تقييم العروض.

فالإعلان إذن إجراء شكلي جوهري تلزم المصالح المتعاقدة بمراعاته في كل أشكال الصفقات العمومية الوطنية أو الدولية، ويتم نشر الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي "BOMOP"، ويتم الأمر عمليا عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار ANEP المكلفة

⁵⁶ أنظر في ذلك:

- GIBAL Michel, "Le nouveau code des marches publics, une réforme composite", la semaine juridique, Juris classeur périodique, édition général, No16-17, Paris, 2004, P722

⁵⁷ وهو مبدأ من المبادئ الدستورية المهمة، والمعلن عنها في دستور 2016 في مادته الثالثة والأربعون، بقولها: "حرية

الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون.... يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة"، بموجب القانون رقم 01-16، المؤرخ في 26 جمادى الثانية 1437 الموافق 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد رقم 14، لعام 2016.

بعملية النشر في الصحف الوطنية، وذلك بصفة وجوبية⁵⁸، وهو ما أكدته المادة 66 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

كما نصت المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على ضرورة نشر الإعلان المتعلق بطلب العروض ضمن جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، وأن يتم تحرير الإعلان باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل.

وبناء على ما سبق فإن الأمر يستلزم الإقرار بمسؤولية المصلحة المتعاقدة جزائيا وإداريا عند مخالفتها لقواعد الإشهار والمنافسة؛ حيث نصت المادة التاسعة من القانون رقم 06-01 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته بقولها: " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية. ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص: - علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية. - الأعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء. - معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية. - ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية".

وتأسيسا على ذلك، فكل من له مصلحة في إبرام الصفقة، وكان متضرر من إخلال المصلحة المتعاقدة بأحد هذه الإجراءات، أن يخطر المحكمة الإدارية⁵⁹ قبل إبرام الصفقة، إذا كانت الصفقة ستبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي.

إن حرية الوصول للطلب العمومي والمنافسة الشريفة وإن كان مبدأ مهما كرسه المشرع، إلا أن تطبيقه لا يكون على إطلاقه وبصورة عامة ودائمة، حيث نجد في بعض الحالات أن المصلحة المتعاقدة تكون مضطرة لعدم تطبيقه واحترامه، ولا يعد ذلك إخلالا بالمبدأ يوجب المساءلة.

وتكون المصلحة المتعاقدة معتمدة في ذلك إما على نص قانوني، أو على أسباب عملية بأن تحدد المصلحة المتعاقدة بعض الشروط التي تجعل المنافسة محصورة في فئات محددة.

فقد يكون الامتناع القيود يفرضها المشرع، مما ينتج عن أعمالها منع المعنيين بها من المشاركة في الصفقات العمومية، ومن ذلك ما جاءت به المادة 62 من الأمر رقم 96-31⁶⁰، والتي تقضي بأن: "يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية لمدة عشر سنوات (10 سنوات)، كل شخص حكم عليه بمقرر قضائي نهائي يثبت تورطه في الغش الجبائي".

⁵⁸ د. تياب نادية، مادة قانون الصفقات العمومية، مطبوعة جامعية، ماستر 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد ميرة، بجاية، 2014، ص8.

⁵⁹ أنظر: المادة 946 من القانون رقم 08-09، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.
⁶⁰ الأمر رقم 96-31، المؤرخ في 19 شعبان 1417 الموافق 30 ديسمبر 1996، المتضمن قانون المالية لسنة 1997، الجريدة الرسمية العدد رقم 85، لعام 1996.

كما أنه يحق للمصلحة المتعاقدة أن تفرض بعض الشروط الخاصة بالصفقة، خاصة عندما يتعلق الأمر بالقدرة المالية والفنية، فلها الحق في استبعاد الأفراد الذين يثبت عدم مقدرتهم على أداء الأعمال المطروحة في طلب العروض، وهذا ما يفسر وجوب تقديم شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين من قبل المؤسسات التي ترغب في إنجاز صفقات عمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أحيانا، وذلك تطبيقا لأحكام المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 93 - 289⁶¹.

كما تشترط المصلحة المتعاقدة أحيانا ضرورة الحصول على ترخيص مسبق، إذا تعلق الأمر بالمهندسين أو الخبراء من أجل إبرام صفقات الدراسات مع إحدى المصالح التابعة للوزارات المكلفة بالسكن والعمران والأشغال العمومية والموارد المائية، وذلك تطبيقا لنص المادة الأولى والسابعة من المرسوم التنفيذي رقم 68-652⁶².

المبحث الثاني : مبدأ المساواة بين العرضيين.

إن المصلحة المتعاقدة يجب عليها أن تقف موقف المحايد تجاه العرضيين، فالمتعامل العمومي ينظر للطلبات والعروض المقدمة كأصل عام على قدم المساواة بلا تفضيل ولا تمييز، إلا في الحدود التي رسمها المشرع وقيده بها، وهذا تحقيقا وتكريسا لمبدأ عام يتعلق بالصفقات العمومية ويتمثل في مبدأ " المساواة بين المترشحين أو العرضيين".

⁶¹ مرسوم تنفيذي رقم 93-289، مؤرخ في 14 جمادى الثانية 1414 الموافق 28 نوفمبر 1993 ، والمتعلق بالوجوب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن يكون لها شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين، الجريدة الرسمية العدد رقم 79، لعام 1993، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-114، الجريدة الرسمية العدد رقم 26، لعام 2005.

⁶² المرسوم التنفيذي رقم 68-652، المؤرخ في 26 7 شوال 1388 الموافق 26 ديسمبر سنة 1968 ، يتضمن تحديد الشروط التي يمكن للأفراد أن يبرموا ضمنها مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء عقودا أو صفقات تتعلق بالدراسات، الجريدة الرسمية العدد رقم 2، لعام 1969، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 02-176، مؤرخ في 7 ربيع الأول 1423 الموافق 20 ماي 2002 ، الجريدة الرسمية العدد رقم 37 لعام 2002

وكما ذكرنا سابقا أن مبدأ المنافسة النزيهة، من المبادئ التي كرسها تنظيم الصفقات العمومية، فإنه لن يجد صدها وفاعليته قانونا وواقعا، إلا إذا تم دعمه بمبدأ المساواة بين العارضين، والذي يعني بأن كل من يحق له المشاركة في الصفقات المعلن عنها، أن يتقدم على قدم المساواة مع باقي العارضين دون تفضيل أو تمييز العارض على آخر⁶³.

ولقد نصت جميع الدساتير الجزائرية على مبدأ المساواة بمعناه العام المنافي للتمييز والتفريق بين المواطنين في جميع النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية⁶⁴، كما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته السابعة⁶⁵، ولذلك جعلته تشريعات الصفقات العمومية الجزائرية مبدأ عاما للصفقة العمومية، ومكرسا في المساواة للمنتفعين من خدمات المرفق العام، والمساواة في الالتحاق بالوظيفة العامة، وفي تحمل الأعباء العامة من ضرائب ورسوم.

وعليه فعلى المصلحة المتعاقدة أن لا تعتمد إلى وسائل التمييز بين العارضين، كما لا يحق لها أن تعط امتيازات أو تضع عقبات أمام المترشحين، سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية⁶⁶، كأن تضع دفتر شروط يناسب عارضا بعينه بهدف توجيه الصفقة إليه، أو تقبل عرضا وتستبعد آخر خارج القواعد المعلن عنها في إعلان الصفقة ودفتر شروطها⁶⁷، كما يحق أيضا لكل مترشح أن يستخدم طرق الطعن المكفولة قانونا، إذا تم الإخلال بمبدأ المساواة.

إليه، أو تقبل عرضا وتستبعد آخر خارج القواعد المعلن عنها في إعلان الصفقة ودفتر شروطها⁶⁸، كما يحق أيضا لكل مترشح أن يستخدم طرق الطعن المكفولة قانونا، إذا تم الإخلال بمبدأ المساواة.

كما أن هذا المبدأ العام الذي يحكم الصفقة العمومية لا يعمل على إطلاقه وعمومه، بل له هو أيضا استثناءات ذكرها المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ويمكن ذكر بعضها في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تخصيص أفضلية للمنتوج الوطني والمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.

إن المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية الأخير، وهو يسعى لإحداث التوازن بين مبدأ حرية المنافسة النزيهة وترقية وحماية المنتوج الوطني، منح هذا الأخير ميزة إضافية في التقييم سماها: هامش الأفضلية، ذكرها في الفصل الثالث في القسم السابع بعنوان: " ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج".

⁶³ أنظر: د. تياب نادية، مادة قانون الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 11 .

⁶⁴ آخرها الدستور الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 16-01، في مادته الثانية والثلاثون وما بعدها، مصدر سابق.

⁶⁵ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: هو وثيقة حقوق دولية تمثل الإعلان الذي تبنته الأمم المتحدة 10 ديسمبر 1948 في قصر شايبو في باريس . الإعلان يتحدث عن رأي الأمم المتحدة عن حقوق الإنسان المحمية لدى كل الناس.

⁶⁶ NICINSKI Sophie, BINCZAK Pascal, , Droit administratif des biens, Guilin éditeur, Paris,

2004, P114.

⁶⁷ أنظر: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 81-82..

⁶⁸ أنظر: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 81-82.

وقد أحسن المشرع صنعا في ذلك، خاصة وأن المتعامل الأجنبي عموما أقوى من المتعامل الوطني فهذه الفرصة أو المنحة تجعله في مرتبة متكافئة إلى حد ما مع المتعامل الأجنبي هذا من جهة، ومن جهة ثانية فيها تشجيع الاستثمار والمستثمر الوطني بمساعدته في إثبات وجوده في الحياة الاقتصادية، وهو إجراء وتوجه قديم ومعمول به في كثير من الأنظمة القانونية⁶⁹.

فقد نصت المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على مايلي: " يمنح هامش للأفضلية بنسبة (25 %) للمنتجات ذات المنشأة الجزائري و / أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية راس مالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 أعلاه..."

فلاحظ أن المشرع قد منح نسبة أفضلية للمنتجات ذات المنشأة الجزائري، أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، وذلك في جميع أنواع الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: تخصيص أحكام خاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

ونجد أيضا المشرع الجزائري قد سلك نفس المسلك ومنح تخصيص جديد، لفئة من فئات المؤسسات، دعما لها من أجل إثبات نفسها ووجودها في الحياة الاقتصادية مع قلة إمكاناتها وقدراتها، فجاءت المادة 85 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حاملة تحفيزات لهذه المؤسسات بقولها: "... عندما تصدر المصلحة المتعاقدة دعوة للمنافسة وطنية أو دولية مع مراعاة حالات الاستثناء المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم، فإنه يجب عليها حسب الحالة أن:

- تأخذ بعين الاعتبار عند إعداد شروط التأهيل ونظام تقييم العروض إمكانيات المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري،

ولاسيما منها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، للسماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وأجال الانجازه

- تعطي الأفضلية للاندماج في الاقتصاد الوطني وأهمية الحصص أو المنتجات التي تكون محل مناولة أو اقتناء في السوق الجزائرية..."

فلاحظ أن المشرع قد نص على مراعاة إمكاناتها عند وضع شروط التأهيل، وأيضا السماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، كما أعفاها من تقديم الحويلة السنوية إذا كانت منشئة حديثا، وكفي وثيقة البنك التي تبين وضعها المالي، كما تعفي من تقديم المؤهلات المهنية اللازمة للصفقة المعنية⁷⁰.

وعليه فلا تستطيع المصلحة المتعاقدة انطلاقا من أحكام هذا المرسوم أن ترفع سقف المنافسة لتضع شروطا استثنائية، لأن مثل هذه الشروط ستؤثر على هذا النوع من المؤسسات، مما قد

⁶⁹ أنظر في ذلك: جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015،

ص 155

⁷⁰ أنظر: المادة 87 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

يكون سببا في اندثارها واختفائها من الواقع الأقتصادي الجزائري، فكان موقف المشرع حكيما وداعما للاقتصاد الوطني.

المبحث الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات.

إن مفهوم الشفافية من المفاهيم المتطورة والحديثة في المجال الإداري، وقد أخذت بها المنظمات الإدارية في العالم لما لها من دور في معالجة المشاكل الإدارية المتعددة من جهة، ولديناميكتها في إحداث تنمية إدارية شاملة تهدف لقيام إدارة ناجحة ومتطورة من جهة ثانية.

إن الشفافية عكس السرية والغموض، وهي وسيلة فعالة لمكافحة الفساد وتحقيق التنمية والتطور والحكم الراشد.

الشفافية لغة: هي من الفعل "شف" كقولهم: شف الثوب إذا رق حتى يصف جلد لابسه، والشف والشق: الثوب الرقيق ما يرى وراءه⁷¹.

وإذا أردنا تعريفها اصطلاحاً نظراً للمجال المراد تعريف الشفافية فيه، وقد كانت لها تعريفات عديدة في مجالنا ومنها: " هي عملية وضوح ما تقوم به المؤسسات العامة، ووضوح علاقاتها مع المواطنين، بأن تكون إجراءاتها تتميز بالعلانية المؤدية لتحقيق الغايات والأهداف المرجوة، سواء كان ذلك في المؤسسات الحكومية أو غير الحكومية"⁷²، فمن حق المواطنين أن يعرفوا كل المسائل المتعلقة بمراكزهم القانونية، وعلى الإدارة أن تكون معهم صريحة في المعلومات التي تخصهم، ولا تتذرع بحجة السر المهني إلا في الحدود التي رسمها القانون.

إن أهمية مبدأ الشفافية في التنظيم الصفقات العمومية لا يمكن حصره في جانب أو مظهر واحد متعلق بالشفقة العمومية، ذلك أنه أحد آليات مكافحة الفساد، وهو أهم الدعائم التي تقوم عليها التنمية الشاملة والمستدامة⁷³، لذلك حرص المشرع على تثبيت مبدأ الشفافية ضمن المبادئ العامة لتنظيم الصفقات العمومية في المرسوم رئاسي رقم 15-247⁷⁴، وليبين لنا أن مبدأ الشفافية يدعم المبادئ العامة الأخرى لتنظيم الصفقات العمومية، سواء من حيث مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (حرية المنافسة)، أو مبدأ المساواة في معاملة المترشحين العارضين.

ولذلك قسمت هذا المبحث لمطلبين تمثلاً في مبدأ الشفافية ودعمه لمبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة في مطلب أول، ثم إحداث البوابة الإلكترونية للشفقة العمومية تكريساً لمبدأ الشفافية في مطلب ثاني.

المطلب الأول: مبدأ الشفافية ومبدأ حرية المنافسة.

عرف الدكتور عمار عوابدي مبدأ المنافسة العامة بأنه: " إفساح المجال إلى جميع الأفراد والأشخاص الذين يهمهم أمر المناقصات والمزايدات العامة والذين تحقق فيهم الشروط"⁷⁵، مما يعني إعطاء الحق لكل من تتوفر فيهم الشروط أن يتقدموا بعروضهم والتنافس من أجل التعاقد مع أحدهم.

والشفافية آلية من آليات التحقق من عملية إبرام الصفقة العمومية وأنها قد تمت وفقاً للمعايير والقواعد المنصوص عليها قانوناً والمعلن عنها في الصفقة العمومية، وبإخطار المصلحة المتعاقدة لأصحاب الشأن برغبتها

⁷¹ ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف القاهرة، 1982، ص 101.

⁷² د. سعيد على الراشدي، الإدارة بالشفافية، الطبعة الأولى، دار كنوز للمعرفة، عمان، 2008، ص 15، وانظر: فايزة

عمادية، مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة أم البواقي، 2013، ص 13.

⁷³ أنظر: خالف وليد. دور المؤسسات الدولية في ترشيح الحكم المحلي، رسالة ماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2009. ص 27.

⁷⁴ أنظر: المادة الخامسة من الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

⁷⁵ د. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 202.

في التعاقد وفق شرط الصفقة العمومية، وأنها تفتح مجال التنافس للعارضين في جو من المصداقية والنزاهة، يوقع عليها التزام الإعلان عن طلبات عروضها تكريسا للشفافية والمنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين، ويعتبر الإعلان إجراء شكل جوهرى، تلزم الإدارة بمراعاته⁷⁶

والمقصود بالإعلان إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة، ومكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال طلبات العروض، فالعلانية من شأنها إضفاء الشفافية على العمل الإداري.

كما ألزم المرسوم الرئاسي السالف الذكر وبالتحديد المادة 65 منه الإدارة بالإعلان ع طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة، وفي جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، مع جواز الإشهار المحلي بالنسبة لطلبات العروض المتعلقة بالولاية والبلدية، كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي⁷⁷.

كما ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بإخطار العارضين بتاريخ وساعة فتح الأظرفة، والتي تكون في جلسة علنية بحضور كافة المترشحين أو ممثليهم، ويتم إخبارهم بذلك مسبقا⁷⁸.

كما أضاف المشرع الجزائري وسيلة أخرى تسمح بالتقدم إلى الأمام في تكريس مبدأ الشفافية في إبرام الصفقة العمومية، وهي وسيلة الإعلان بالطريقة الإلكترونية بالنص عليه في المرسوم رئاسي رقم 15247، في الفصل السادس بعنوان "الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية"، حيث نجد أن المادة 203 منه تنص على: "تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، تسير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، كل فيما يخصه، ويحدد في هذا المجال قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بتكنولوجيات الإعلام والاتصال صلاحيات كل دائرة وزارية، يحدد محتوى البوابة وكيفيات تسييرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"⁷⁹.

كما أن الشفافية من جهة أخرى، تعتبر آلية مهمة في مكافحة الفساد المالي والإداري، فالمحاربة أو الرشوة مثلا مظهران من مظاهر الفساد المتفشية في قطاع الصفقات العمومية، حيث تتم في سرية وبعيدا عن أعين الناس حين تغيب الشفافية.

المطلب الثاني: دور البوابة الإلكترونية للصفقة العمومية في تكريس مبدأ الشفافية.

⁷⁶ أنظر: المادة 61 و65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

⁷⁷ أنظر: المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

⁷⁸ أنظر: المواد 64، 66، 70، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق.

⁷⁹ وفعل صدر قرار عن وزارة المالية، المؤرخ في 23 محرم 1435 الموافق 17 نوفمبر 2014، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية - بعدما نص عليها المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 10-236-، الجريدة الرسمية العدد رقم 21، لعام 2014.

إن المشرع الجزائري حرص على ضمان تنظيم فعال للصفقة العمومية من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15247 والمتضمن تنظيم الصفقة العمومية وتفويضات المرفق العام، وتكريسا لمبدأ الشفافية ومواكبة التطور التكنولوجي الذي يعيشه العالم، عمل على جعل الاتصالات وتبادل المعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية إلكترونيا، وهذا من خلال استحداثه للبوابة الإلكترونية للصفقات العمومية⁸⁰.

ثم صدر قرار من وزارة المالية يحدد محتوى هذه البوابة، وكيفية تسييرها، وكذا كفاءات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين⁸¹.

وفي الحقيقة كان من المفترض أن تكون هذه البوابة قد دخلت حيز التنفيذ من وقت طويل ولكن للأسف الشديد لا زالت قيد التأسيس حتى الآن، وذلك استنادا للموقع الرسمي لوزارة المالية⁸². وقد بين لنا المشرع الهدف الذي يريه من هذه البوابة، وهو السماح بنشر ومبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية، وكذلك إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية⁸³، كما بين لنا أيضا محتواها فيما نصت عليه المادة الثالثة من القرار الوزاري بقولها: "تضمن البوابة نشر المعلومات والوثائق التالية:

- النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية.
- الاستشارات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية.
- قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.
- قائمة المتعاملين الاقتصاديين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية.
- البرامج التقديرية لمشاريع المصالح المتعاقدة وقوائم الصفقات العمومية أثناء السنة المالية السابقة
- وكذا أسماء المؤسسات أو تجمعات المؤسسات المستفيدة منها.
- تقارير المصالح المتعاقدة المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية.
- قائمة لمؤسسات التي سحبت منها شهادة التصنيف والكفاءة.
- الأرقام الاستدلالية للأسعار.

. كل وثيقة أو معلومة لها علاقة بموضوع البوابة"، فأراد المشرع حقيقة أن يحقق الثقافة القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الوطنيين أو الأجانب، إضافة لكل مهتم بهذا المجال من رجال القانون كالقضاة والمحامين والباحثين وغيرهم.

⁸⁰ المرسوم الرئاسي 10-236، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصدر سابق، الملغي بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مصدر سابق.

⁸¹ قرار من وزارة المالية، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكفاءات تسييرها وكفاءات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية - بعد ما نص

عليها المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مصدر سابق.

⁸² موقع وزارة المالية، 02-12-2019، الساعة: 13:25 - Site web des marchés publics En construction

⁸³ أنظر: المادة الثانية من قرار وزارة المالية، المصدر نفسه.

وأناط المشرع تسيير هذه البوابة لوزارة المالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، وهذا أمر منطقي عند تعلقه ببوابة إلكترونية، حيث ينبغي الاستعانة بخدمات الوزارة المسؤولة عن خدمات تكنولوجيات الإعلام والاتصال، ولكن المادة 203 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، قد جعلت تحديد محتوى البوابة بقرار من وزير المالية، وأحالت المادة 204 من نفس المرسوم إلى قرار وزاري سيصدر مبينا كيفية التعامل الإلكتروني.

وبناء على ما سبق فإن تجسيد هذا المشروع الإلكتروني على أرض الواقع وجعله فعالا، سيدعم مبدأ الشفافية ويزيده تكريسا في مجال الصفقات العمومية، خاصة وأنه سيكون ملما بكل صغيرة وكبيرة تتعلق بالصفقات العمومية من حيث المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين الوطنيين والأجانب، خاصة وأن البوابة ستضمن ممارسة الوظائف التالية:

- **تسجيل المصالح المتعاقدة:** والهدف من ذلك هو إحصاء جميع المصالح المتعاقدة التي ستبرم الصفقات العمومية، ومضمون هذه الصفقات وايداع دفاتر الشروط الخاصة بها.

- **تسجيل المتعاملين الاقتصاديين:** والهدف من ذلك هو إحصائهم، وليسهل التعرف على عليهم وبالتالي معرفة العدد الأكبر من المتعاملين الاقتصاديين المتنوعين و المقصيين من المنافسة.

- **بحث متعدد المعايير:** لبيان المعايير الأساسية المطبقة في إبرام الصفقات العمومية، وهي غالبا إما المعيار المالي أو التقني أو غيرها من المعايير المحددة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

- **التنبه عن المستجدات:** إن الإدارة العامة وهي تسعى لتلبية حاجيات الجمهور وتحقيق المصلحة العامة، وذلك أمر متطور باستمرار، جعلت للمصلحة المتعاقدة وهي تسعى لتحقيق ذلك، هذه البوابة من أجل إبراز آخر المستجدات والتطورات، ليعلم بها الجميع ويتم العمل على تحقيقها⁸⁴.

- **تحميل الوثائق:** وهي وظيفة عهدت للبوابة الإلكترونية بغرض تحميل وإدخال جميع الوثائق المرتبطة بمجال الصفقات العمومية.

- **التعهد عن طريق البوابة:** وهو ضمان قانونية أوجدها المشرع الجزائري وضمنها إما في دفتر الشروط أو في البنود التعاقدية للصفقات العمومية، وذلك لتسهيل الحصول والاطلاع عليه من قبل المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين.

- **تيسير تبادل المعلومات بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين:** وذلك من أجل اختصار الوقت وتسهيل الإجراءات وسرعة الاطلاع عليها في مجال الصفقات العمومية.

- **ترميز الوثائق:** بوضع رموز أو علامات غير معروفة، تجعل المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير، محافظة على سرية بعض الوثائق الخاصة.

⁸⁴ أنظر: د. حازم صلاح الدين عبد الله، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص

- تاريخ وتوقيت الوثائق: فمن وظائف البوابة أنها ستحدد تاريخ ووقت وصول الوثائق المقدمة في مجال الصفقات العمومية، الأمر الذي سيسهل عملية الاطلاع على الوثائق وتوثيقها.
- التمرن على التعهد الإلكتروني: وهو من الإجراءات البسيطة التي يقوم بها المتعاقد مع الإدارة.
- الإمضاء الإلكتروني للوثائق: وهو إجراء جديد ومهم في هذه البوابة، لما فيه من تسهيل الإجراءات وإبرام الصفقات العمومية.
- وكل وظيفة أخرى ضرورية للسير الحسن للبوابة⁸⁵.

خلاصة :

من خلال عرضنا لهذا الفصل و المتمثل في المبادئ التي تقوم عليها اجراءات ابرام الصفقات العمومية و قد تطرقنا من خلاله الى مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية و مبدأ شفافية الإجراءات وكذلك مبدأ المساواة بين المترشحين

⁸⁵ أنظر: المادة الرابعة من قرار وزير المالية المحدد المحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسيرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، مصدر سابق.

الفصل الثالث : دور القاضي
الاستعجالي ما قبل التعاقد في
حماية مبدأ العلانية و المساواة

تمهيد

يعد القضاء الاستعجالي الإداري أكثر المواضيع التي نالت حظوة قانونية فائقة تجلت في عدد المواد المنظمة له (مقارنة بقانون الإجراءات المدنية 90-23)، وتسلسل أحكامه بدء بقاضي الاستعجال، و سلطاته، ومرورا بالإجراءات المتبعة أمامه وصولا إلى طرق الطعن في الأوامر الاستعجالية.

ولم يتوقف المشرع عند هذا الحد بل أورد تفصيلا دقيقا لمجالات اللجوء لقضاء الاستعجال كمادة إثبات الحالة، و التسبيق المالي وتدبير التحقيق.

ويعد الاستعجالي قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية و العقود الإدارية من المسائل التي قننها المشرع الجزائري لأول مرة في قانون 08-09 الصادر في 25-02-2008. و رغم أن هذه الخطوة جاءت متأخرة مقارنة بنظيره الفرنسي الذي كرس استعجالي ما قبل التعاقد منذ سنة 1992، بمقتضى القانونين 92-10 الصادر في 04-01-1992 والقانون 93-1416 المؤرخ في 29-12-1993. إلا أنه يعد إتجاها محمودا يؤكد إرادة المشرع الجزائري في تطوير المنظومة القانونية، ومواكبة التطورات الحاصلة في مجال الصفقات العمومية. إذ تعد هذه الأخيرة الأداة القانونية و الاقتصادية الأكثر فعالية لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية و المحلية على حد سواء ذلك أن سياسة الاستثمار التي تنتهجها الحكومة تقوم أساسا على آلية الصفقة العمومية التي تضطلع بدور أساسي في هذا المجال، نظرا لصلتها الوثيقة بالخرينة العامة

المبحث الأول: اختصاص القاضي الاستعجالي قبل التعاقد.

كأصل عام فإن كل القرارات المنفصلة عن الصفقة العمومية والصادرة في إطار إبرام هذه الأخيرة هي محل لدعوى الإلغاء، غير أنه يمكن رفع دعوى استعجالية بشأن هذه القرارات، إذ سمح القانون الفرنسي بإخطار القاضي الإداري⁸⁶ وفي هذا الشأن أصدر مجلس الدولة الفرنسي قرار بتاريخ 22 جوان 2001 يوقف تنفيذ قرار إستبعاد شركة "bourbonnaise" للأشغال والبناء من إبرام الصفقة، وعلى غرار القانون الفرنسي فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري كرس هذه الإمكانية من خلال الفصل الخامس تحت عنوان "الاستعجال في مادة

⁸⁶ Bergeal(Catherine), Lenica(Frédéric): contentieux de marchés public, imprimerie nationale, édition paris, 2004, p42.

الفصل الثالث : دور القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في حماية مبدأ العلانية و المساواة

إبرام العقود والصفقات العمومية⁸⁷، حيث نصّت المادة 946 من ذات القانون على ذلك واضعة المبدأ في فقرتها الأولى بقولها، "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود والصفقات"

المطلب الأول: ماهية الاستعجال قبل التعاقد في الصفة العمومية

قبل الخوض بالدراسة في مجال تعريف الدعوى الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية لابد من الوقوف على تعريف القضاء الاستعجالي بصفة عامة.

حيث جرت عادة المشرع الجزائري ألا يقحم نفسه في جدل وضع تعريفات دقيقة جامعة مانعة لكثير من المواضيع القانونية، بل يترك هذه المهمة لكل من الفقه والقضاء، ومنها موضوع الحال القضاء الإداري المستعجل، فهو لم يعطي أي تعريف للقضاء الاستعجالي الإداري في قانون الإجراءات المدنية الإدارية⁸⁸، لأنّ التعارف تبقى من المفروض من إختصاص الفقه والقضاء، وخاصة أنّ تعريف المشرع للأمور يفيد القاضي ويجعله حبيس النصّ الأمر الذي يعرقل سلطته التقديرية في تحديد الاستعجال وحالاته التي لا يمكن وضعها تحت الحصر مهما اتسع التعريف فهذا السبب وغيره من الأسباب جعلت كل من الفقه والقضاء يبحثان عن وضع تعريفات جامعة مانعة للاستعجال الإداري، ومن نافلة هذه الأسباب يمكن تعريف القضاء الاستعجالي "أنّه إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة وفي الحالة التي تثير فيها السندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها، لكن فقط بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق"⁸⁹.

تعريف الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية

إنّ المتمعن لهذا المصطلح القانوني ذو الطابع المركّب، يجد أنّه جامع لمصطلحين هما القضاء الإستعجالي من جهة، والصفة العمومية من جهة أخرى، فبدمج المصطلحين يمكن تعريف القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية بأنّه: "إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص ذو أصل أوروبي، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام الصفة العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة وغير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة."⁹⁰

فمن خلال هذا التعريف قد تتضح لنا مجموعة من الخصائص يميّز بها الاستعجال قبل التعاقد التالية:

تقنية قضائية قبل تعاقدية: يتمّ تحريك هذه الدعوى في مرحلة الإبرام، لأنها تهدف إلى الحدّ من المخالفات التي تمسّ قواعد العلانية والمنافسة، بحيث لها دور وقائي من جهة، وتحول دون ارتكاب المخالفات للقواعد والإجراءات القانونية الواجب إتباعها من قبل المتعاملين وتساعد على إكتشافها وإستجلائها من جهة أخرى.

⁸⁷ راجع في هذا الشأن المواد من 917 إلى 948 من ق.إ.م. 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، ج.ر، العدد 21 سنة 2008

⁸⁸ Mérignhac, ordonnances sur requête et des référés, 2ème partie, les référés, Toulouse, soubiron éditeur, 1924, p7

⁸⁹ مختار مهند نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2005، ص 846

الفصل الثالث : دور القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في حماية مبدأ العلانية و المساواة

دعوى استعجالية تخول للقاضي الإداري سلطات هامة: يتمتع القاضي الإداري وهو بصدد الفصل في الدعوى الاستعجالية بسلطات واسعة غير معروفة في النظام القانوني العام للقضاء الإداري، تتمثل هذه السلطات في الأمر Injonction والوقف Suspension والإلغاء L'annulation ولكنه لا يمكن له منح التعويض.

دعوى قضاء مستعجل: يوكل النظر في هذه الدعوى إلى التشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع.

يبت القاضي الاستعجالي في الموضوع: القاعدة العامة أن القاضي الاستعجالي لا يمس بأصل الحق وإنما يتخذ التدابير الاستعجالية الفورية والضرورية فقط، إلا أنه في هذه الدعوى يفصل فيها بصفة استعجالية موضوعية أي ينظر في جوهر الموضوع.⁹⁰

المطلب الثاني: النظام القانوني الاستعجالي قبل التعاقد

نتطرق في هذا الفرع لمجالات تطبيق هذه الدعوى، وكذا الضمانات القانونية التي تتحصن بها الدعوى الاستعجالية وأسباب تدخل القاضي الإداري بناءً على الدعوى.

أولاً: مجالات تطبيق الدعوى الاستعجالية

إن الأحكام الخاصة بهذه الدعوى يمكن أن تثار في مادة إبرام العقود أو الصفقات العمومية وهذا ما جاء به الفصل الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الصفقات العمومية: إن القانون الفرنسي السالف ذكره 92-10 المؤرخ في 04/01/1992 قد منح إمكانية إثارة الدعوى الاستعجالية الموضوعية قبل التعاقد على عقود التوريد والأشغال العامة فقط، وذلك إذا تجاوزت القيمة المحددة لتطبيق أحكام العلانية والمنافسة ذات الفصل الأوروبي، لكن بعد ذلك نصت المادة ل 5 من القانون المؤرخ في 25/01/1993 على إمكانية إثارة هذه الدعوى الاستعجالية يشمل مخالفات العلانية والشفافية المرتكبة عند إبرام كل الصفقات العمومية وبغض النظر عن قيمتها.

أما بالنسبة للقانون الجزائري وفي إطار الجهود الرامية لإضفاء الشفافية على إبرام الصفقات العمومية، فقد تم وضع نصوص تسد الفراغ وتعمل على تدعيم الشفافية، إذ تسمح للقاضي الاستعجالي التدخل قصد تأجيل إبرام الصفقات في الحالات التي لم تحترم فيها الإجراءات المسبقة المتعلقة بإجراءات الإشهار والمنافسة، وفي ذلك قد رعيت المصلحة العامة وعدم عرقلة الإدارة في نشاطها وذلك بأن لا يتجاوز هذا التأجيل أكثر من 20 يوم.

العقود الإدارية: سبقت الإشارة إلى تعريف العقد الإداري، ومع ذلك يقصد بإبرام العقود الإدارية عقود إمتياز المرافق العامة، إذ يجب أن تكون مستوفية لجميع شروط عقود القانون العام والتي قد تكون محل دعوى استعجالية، وهذا ما نصت عليه المادة 946 من ق.إ.م. بقولها "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية"

⁹⁰ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 847.

الفصل الثالث : دور القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في حماية مبدأ العلانية و المساواة

لكن ما تجدر الإشارة إليه أنّ المشرع لم يحدّد طائفة العقود الخاضعة لنطاق تطبيق الدعوى الاستعجالية قبل التّعاقد.

ثانياً: الأسباب الأساسية والمؤدية لرفع الدعوى

لمّا كان الهدف الأساسي من هذه الدعوى هو حماية مبادئ العلانية والشفافية والمساواة بين المتعهّدين، وكل خرق لقواعد المنافسة عند إبرام العقود والصفقات العمومية، إلا أنّنا نجد القضاء الفرنسي قد توسّع في مجالات الخرق بغض النّظر عن الإشهار والمنافسة إلى حالات أخرى نذكر منها⁹¹:

القواعد المتعلّقة بالعلانية والمدد: إنّ القواعد المتعلّقة بالعلانية في الشّكليات الجوهرية والإلزامية والتي يترتّب على الإخلال بها إمكانية إثارة الدعوى الاستعجالية، وبالتالي تعتبر خرقاً لقواعد العلانية حالة عدم تضمين الإعلان لمختلف البيانات الجوهرية والتي يفرضها القانون إضافة لذلك عدم مراعاة نشر الإعلانات لمختلف البيانات الجوهرية والتي يفرضها القانون، إضافة لذلك عدم مراعاة نشر الإعلانات لدى الجهات الرسمية والمحدّدة بموجب القانون وهي الجرائد اليومية وكذلك إذا تعلّق الأمر بتجاوز المدّة المحدّدة بموجب القانون وهي الجرائد اليومية، وكذلك إذا تعلّق الأمر بتجاوز المدّة المحدّدة بموجب القانون من أجل إستلام العروض.

اختيار إجراء وطريقة إبرام الصفقات العمومية: القاعدة العامّة أنّ الصفقات العمومية تبرم وفق أسلوب المناقصة (طلب العروض)، وبأسلوب التّراضي كطريق إستثنائي وفقاً لما يحدّده القانون

يؤدي استخدام إحدى هاتين الطّريقتين في غير موضعها إلى خرق إلتزامات المنافسة، كأن تستخدم الإدارة طريقة التّراضي في غير الحالات المحدّدة على سبيل الحصر وهذا ما نصّت عليه المادّة 49 و50 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

المواصفات والخاصيات التقنية: يجب ألا تكون إحدى المواصفات أو الخصوصيات التقنية تنطوي على عنصر تفضيلي لأحد المرشّحين على حساب آخرين، وإستناداً لذلك قرّر مجلس الدّولة الفرنسي أنّ وضع مواصفات (معايير إختيار المتعامل المتعاقد) أكثر تعقيداً من المواصفات المنصوص عليها في القانون من شأنه أن يؤدي إلى خرق مبدأ المساواة بين المتعهّدين وحصر المنافسة بين أشخاص دون الآخرين.

عدم احترام الإدارة للبنود المنصوص عليها في دفتر الشروط: إذ هذا القبيل يشكّل خرقاً وتجاوزاً واضحاً بإلتزامات المنافسة بين المتعاملين.

التّماطل في سريان العروض: بحيث يؤدي إلى تشويه المعطيات الاقتصادية لهذه العروض ممّا يبيّن أنّه خرق لقواعد المنافسة.

قبول الإدارة العروض رغم عدم إحترامها لبعض الأوضاع القانونية: إذا كان تّغاضي الإدارة عن هذه الأوضاع لا يمسّ بإلتزامات المنافسة، فهي لا تشكّل خرقاً يؤدي لتحريك الدعوى

⁹¹ مهند مختار نوح: مرجع سابق، ص 869.

الفصل الثالث : دور القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في حماية مبدأ العلانية و المساواة

الاستعجالية، أي لا يمكن الطعن فيها عن طريق هذه الدعوى، بل على المدعي أن يتّجه نحو الطرق الأخرى للقضاء.

المبحث الثاني : سلطات القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية

إنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد منح للقاضي الإداري الاستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية سلطات واسعة ومتعدّدة تمكّنه من رقابة الإدارة العامّة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، بحيث تتجسّد هذه السلطات في حالة ثبوت المخالفة في حق الإدارة.

الفرع الأول: السّطات التّحفظية للقاضي الاستعجالي Les mesures provisoires

يتمتع القاضي الإداري بمجموعة من السّطات التّحفظية الهامّة التي تؤهله للفصل في الدعوى الاستعجالية، تنطرق لها فيما يلي:

يملك القاضي الإداري طبقاً للمادة 946 من ق.إ.م.إج ، سلطة الأمر وفرض الغرامة التهديدية، ووقف كل القرارات والإجراءات المتّصلة بعملية الإبرام، ونحاول شرح كل سلطة على حدة.

المطلب الأول : سلطة الأمر: L'injonction

هي سلطة تمنح للقاضي الإداري قصد إلزام الإدارة للقيام بعمل معين أو الامتناع عنه، ومن المستقر عليه في فرنسا والجزائر منذ زمن طويل أنّ القاضي الإداري لا يستطيع إلزام الإدارة بأن تقوم أو تمتنع عن أراءها وأن يحل محلها من أجل القيام بعمل يكون من صميم إختصاص الإدارة، إضافة إلى عدم إمكانية توجيه تهديدات مالية، وهذا ما أكّد عليه م.د.ب.ف في حكمة الصادر في 29-01-1970 والذي جاء فيه: "...حيث أنّه ليس لمجلس الدّولة أن يوجه أوامر للإدارة"، لكن المشرع الفرنسي تدارك هذا الوضع بعد ذلك ليتدخّل في 08-02-1995 حيث أصدر قانون 04-01-1995 الذي أجاز للقاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة ولكن ضمن

الفصل الثالث : دور القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في حماية مبدأ العلانية و المساواة

حدود، فلا يوجه القاضي الأمر للإدارة إلا إذا إقترن حكمه بإجراء يجب إتخاذه من جانبها، كأن يأمر الإدارة بإعادة نشر الإعلان إذا كان غير مشروع⁹².

أمّا بالنسبة للقاضي الإداري الجزائري لا يستطيع توجيه أوامر للإدارة لحملها على تنفيذ أحكامه، رغم عدم وجود أي نص قانوني يمنعه من ذلك، وهذا ما أكده م.د.ج في قراره الصادر في 08-03-1999 والذي جاء فيه: "... حيث أنه لا يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة⁹³ ..."

ولكن بصور ق.إ.م.إ.ج الذي جاء بأحكام تؤكد على إمكانية توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة من خلال المادة 946 منه: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لإلتزاماته، وتحدّد الأجل الذي يجب أن يتمثل فيه". وبالتالي لا يوجد أي مبرر قانوني للقاضي الإداري بعدم توجيه أوامر للإدارة من أجل الامتثال لإلتزاماتها فيما يخص المنافسة والشفافية في إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، كأن يأمرها بنشر الإعلان عن الصفقة في الصحف اليومية أو إعادة نشره مستوفيا لبياناته الإلزامية أو يوجه لها أمر بقبول مرشح محروم أو مستبعد من دخول المناقصة دون وجه حق، ممّا يجعل القاضي الاستعجالي يسلط الضوء على جوهر الحق ليستنبط منه ما مدى مخالفة الإدارة لإلتزامات الإشهار والمنافسة، بحيث يعد خروجاً عن طبيعة القضاء الاستعجالي والمتمثلة في عدم المساس بأصل الحق.

وبالتالي يعدّ تدعيماً لدور القاضي الإداري، فقد جعل له ق.إ.م.إ. سلطة توجيه تدابير تنفيذ ضدّ الأشخاص المعنوية العامة إستناداً للمواد من 978 إلى 988 من هذا القانون.

المطلب الثاني : سلطة الوقف: Suspension

يتمتع القاضي الإداري في هذه الدعوى بسلطة وقف إبرام الصفقات العمومية ووقف تنفيذ أي قرار يتصل بها، وهي سلطة مهمة وخطيرة في نفس الوقت لأنها تعمل على شلّ العملية العقدية، أما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها لتقرير هذا الوقف هو وجود أسباب جدية تبيح له إتخاذ هذا القرار أمّا فيما يخص صعوبة إصلاح القرار الذي ينتج عن تنفيذ القرار المتصل به، إذ م.د.ب.ف قرّر صراحة عدم اشتراطه ضمن الشروط الضرورية لذلك، لأنّه بتقرير هذا الشرط يؤدي إلى الحدّ من فعالية سلطات القاضي الإداري ويضع عليه قيوداً تتعلّق بضرورة وجود الضّرر، وهذا ما نصت عليه المادة 946/ف الأخيرة من ق.إ.م.إ.: "ويمكن لها كذلك بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوماً"، يعني القاضي يقف كل الإجراءات المتعلقة بالصفقة، ويخضع هذا الإجراء للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الاستعجالي الذي يستطيع أن يرفض هذا الوقف لعدم وجود أسباب جدية لدى المدعى. وسبق التّعريض لهذه السلطة كنظام إجرائي هو وقف تنفيذ القرارات خاصة إذا صدر في حق المتعهد قرار يخل بقواعد المنافسة والإشهار، أمّا في الحالة التي لم يصدر أي قرار في حقّه وتبيّن له أن إجراءات الصفقة مخالفة لمبادئ الحرية والإشهار، فالقاضي إذا قبل

⁹² مهند مختار نوح: مرجع سابق، ص 874.

⁹³ قرار م. د. ج الصادر بتاريخ 1999/03/08 في قضية بورطل رشيد والي ولاية ميله ومن معه، نقلا عن الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، مرجع سابق، ص 268.

الفصل الثالث : دور القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في حماية مبدأ العلانية و المساواة

الطلب يأمر بالوقف وذلك لتفادي إبرام العقد مع من إختارته الإدارة لأنه إذا أبرمت الصفقة وشرع في تنفيذها فإنه قد يصعب فيما بعد تفادي الآثار المترتبة عن ذلك.

المطلب الثالث : سلطة القاضي الإداري في الحكم بالغرامة التهديدية للإجبار الإدارة على تنفيذ أوامرها:

أولاً: تعريف الغرامة التهديدية Astreint :

هي إجراء الهدف منه ضمان تنفيذ الأحكام القضائية، حيث أن القاضي يستطيع بناءً على هذا الإجراء أن يأمر المدين بتنفيذ التزامه عينياً خلال مدة معينة، فإذا تأخر كان ملزماً بدفع غرامة تقدر على أساس مبلغ معين عن كل فترة زمنية من الإخلال بالالتزام.

كان م.د.ب يرفض الحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة في حالة إمتناعها عن تنفيذ أحكامه، وهذا ما جاء في قراره المؤرخ في 27-01-1933 "...حيث أنه إذا كان للقاضي الحق في بيان الحقوق والالتزامات المتقابلة للأطراف وكذا التعويض المستحق، فإنه لا يمكن أن يتعدى ذلك ويتدخل في تسيير المصالح العامة، ويوجه تحت التهديد بعقوبات مالية 94"....

أما بالنسبة للقاضي الإداري الجزائري فقد أكد في العديد من أحكامه عدم جواز الحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية وفقاً لإجتهااد الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقاً ومجلس الدولة حالياً⁹⁵. وهذا ما أكد عليه قرار م.د.ج بتاريخ 10-04-2000 والذي جاء فيه: "...حيث أنه في الوضع الحالي للتشريع والإجتهااد القضائي لا يمكن النطق ضدّ الولاية أو البلدية بغرامة تهديدية".⁹⁶ حيث يستند مجلس الدولة والغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في تبرير رفضها للنطق بالغرامة التهديدية على ما يلي:

ثانياً: الغرامة التهديدية غير مبررة ضدّ الإدارة.

يجب على العارض رفع دعوى التعويض في حالة رفض الإدارة تنفيذ الإلتزام القضائي لصالحه.

عدم إستناد الغرامة التهديدية إلى أي نصّ قانوني ولا يمكن التصريح بها ضدّ الإدارة.

في الوضع الحالي للتشريع والإجتهااد القضائي، لا يمكن الحكم بالغرامة التهديدية.

إلاّ أنّه بمجرد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية خول للقاضي الإداري سلطة فرض الغرامة التهديدية في حالة إمتناع الإدارة عن تنفيذ الإلتزام بعمل أو الإمتناع عنه دون مبرر شرعي.

ومن ذلك الغرامة التهديدية وسيلة قانونية أقرّها المشرع الجزائري صراحة في نص المواد 980 إلى 986 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد إستقرّ الفقه والقضاء في الجزائر

⁹⁴ سعيد سليمان: دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مجلة كلية الحقوق، العدد الرابع، جامعة تلمسان الجزائر، سنة 2007، ص 228.

⁹⁵ لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية - وسائل المشروعية-، ط2، دار هومة، الجزائر 2006، ص 222.

⁹⁶ سعيد سليمان: المرجع السابق، ص 229.

الفصل الثالث : دور القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في حماية مبدأ العلانية و المساواة

على أنها: “مبلغ مالي يوقعه القاضي الإداري على المدين الممتنع عن تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه بمقتضى سند تنفيذي، بناءً على طلب الدائن”، فالغرامة التهديدية بهذا المعنى تهديد مالي هدفه الضَّغَط على الإدارة الممتنعة عن تنفيذ التزامها بأداء مبلغ من المال عن كل فترة زمنية عن كل تأخير وهو ما يمكن أن يحمّلها على الإلتزام بمبادئ الإشتهار والعلانية.

وهو ما تؤكد المادة 980 من ق.إ.م.إ على أنه “يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها إتخاذ أمر بالتنفيذ... أن تأمر بغرامة تهديديه مع تحديد تاريخ سريان مفعولها”

وفي هذا الشأن نصت المادة 946 / 4 و 5 على “أنه يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لإلتزاماته وتحدّد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه.

ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديديه تسري من تاريخ إنقضاء الأجل المحدد”....

وما يستنتج من هذه الفقرة أنّ المشرع قد منح القاضي الاستعجالي السلطة التقديرية في فرض الغرامة من عدمه في حال إنقضاء الأجل المحدد دون تنفيذ الإدارة لإلتزامها.

• السلطات القطعية للقاضي الاستعجالي⁹⁷ (Les mesures définitives)

تتضمن السلطات القطعية سلطة تأجيل إمضاء الصفقة، وسلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية، وستعرض لكل سلطة على حدا.

أولاً: سلطة تأجيل إمضاء الصفقة:

بمجرّد إخطار المحكمة الإدارية بالدعوى في حالة الإخلال بالالتزامات الإشتهار والمنافسة فإنه يمكنها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد، ويقصد بإمضاء العقد في هذا المجال توقيع الإتفاقية، بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الذي تمّ إختياره دون إحترام إجراءات المنافسة والإشتهار، وبالتالي فقد حولت المادة 946 للقاضي سلطة تأجيل أو تعليق إمضاء الصفقة إلى غاية إتمام الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوم⁹⁸، ويعدّ هذا التأجيل وسيلة ضغط على الإدارة لتنفيذ التزاماتها.

ثانياً: سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية⁹⁹

هذه السلطة من صنع القضاء الإداري الفرنسي، حيث تمكن القاضي الإداري الاستعجالي أن يبطل بعض الشروط التي تسري على العقد الذي سوف يتمّ إبرامه، إذا كانت هذه الشروط تنطوي على عنصر تفضلي، إذ السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري الاستعجالي في إتخاذ الإجراءات القطعية من شأنها أن تعطيه سلطة للبت في الموضوع وهذا يختلف عن سلطات القاضي في نطاق الدعوى الاستعجالية العادية، وأهمّ شروطها أنّ القاضي عندما ينظر في طلبات الأفراد يقوم بإجراء تحقيق أو إنتداب خبرة أو إثبات حالة، يجب عليه أن لا يعيق القرار

⁹⁷ Patricia Grelier Bessmann: le mémento des marchés publics des travaux, éditions eurolles, parais, 2002, p133

⁹⁸ Article L 551-4: “le contrat ne peut être signé à compter de la saisie du tribunal administratif et jusqu’ à la notification au pouvoir adjudicateur de la discision juridictionnelle”

⁹⁹ Patricia Grelier Bessmann: le mémento des marchés publics des travaux, op. cit, p133

الفصل الثالث : دور القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في حماية مبدأ العلانية و المساواة

الإداري، كما يجب أن لا يتطرق إلى موضوع الدعوى الرئيسية التي تظلّ سلمية حتى تفصل فيها محكمة الموضوع، والهدف منها إيجاد دعوى فعالة يتم بواسطتها فصل في موضوع النزاع محاط بحالة من الاستعجال مما ينتج عنه أنّ هذا القضاء ليس قضاء استعجالي بالمعنى القانوني للمصطلح، وإنما هو أسلوب خاص من القضاء أعدّه المشرع في سبيل معالجة بعض المشاكل التي يمكن أن تطرأ عند تبادل الإيجاب والقبول في معرض إبرام الصفقات العمومية.

إلاّ أنّه أمام كل هذه الإمتيازات المتعدّدة والمتنوّعة الممنوحة للقاضي الإداري بموجب هذه الدعوى فقد ثار نقاش في فرنسا حول تكييف هذه الدعوى، هل تنتمي إلى القضاء الكامل أم قضاء الإلغاء؟

استقرّ الرّأي على اعتبارها من قبيل دعاوى القضاء الكامل، لأنّها تجمع بين يدي القاضي الإداري سلطات كاملة، علما أنّه في هذه الدعوى لا يحق له أن يبت في طلبات التعويض، لأن ذلك يبقى تماما من إختصاص قضاء القانون العام، حسب تعبير المحكمة الإدارية المدنية، "ليل".

في الحقيقة إنّ هذا الإتّساع في سلطات القاضي الإداري قد دفع بالبعض إلى طرح إشكالية جوهرية، تتمثل فيما إذا كان بمستطاع قاضي الدعوى المستعجلة أن يبت بما لم يطلبه الخصوم، إذا كان يشكل هذا الطلب نتيجة منطقية لما طلبوه؟

نعم يمكنه ذلك، كأن يطلب مثلا وقف إبرام العقد فيقوم القاضي الإداري بوقف كل القرارات المتصلة بإبرام هذا الأخير، بإعتباره يشكل نتيجة منطقية لعملية الوقف.

أمّا فيما يخص إجبار السلطة المختصة بإبرام الصفقات العمومية، أن تلتزم بالإجراءات التي أمر بها القاضي في مجالي العلانية والمنافسة، فيجب أن تكون مقترنة بإحتمال فرض غرامة تهديديه على الإدارة، وإلاّ فإن إجراء الأمر لن يكون له أي فعالية.

خلاصة :

من خلال عرضنا لهذا الفصل و الذي جاء بعنوان دور القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في حماية مبدأ العلانية و المساواة فقد تطرقنا الى جانبين و المتمثلين في :إختصاص القاضي الاستعجالي قبل التعاقد و سلطات القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية

خاتمة

من خلال دراستنا للصفقات العمومية نلاحظ أن هذه الأخيرة تتمتع بأهمية كبيرة في تسيير الأموال العمومية للدولة و الإستعمال الأمثل لها ومن خلال دراستنا لمختلف قوانين الصفقات العمومية في الجزائر منذ الإستقلال لاحظنا أنها في البداية كانت متأثرة تأثرا كبيرا بقانون الصفقات العمومية الفرنسي سنة 1964 و هذا بفعل العامل التاريخي و الزمني ، و رغم هذا نلاحظ أن هذه القوانين نظمت عدة ثغرات منها :

-ان المشرع الجزائري قد حرم على الإدارة العامة معاقبة المتعاقد معها في حالة تزوير الوثائق المطلوبة منه ، و لو فعل ذلك لكان للقانون فعالية أكثر.

-انه عند استلام العروض لم يتطرق قانون صفقات العمومية الى الظروف التي تلف ضم بريدها ، وكان بإمكان القانون أن يجبر على عدم ارسال العروض في ظروف ملصقة بالغراء العادي لأنها سهلة الفتح بدون ترك الدليل على ذلك مما يعرض اصحابها لرفض عروضهم.

-ان المشرع الجزائري لم يحدد اتجاهاته فيما يخص حق المشرع الذي رفض طلبه في تسبب رفضه و كان من المفروض ان يرسل اليه سبب الرفض كتابيا.

بالإضافة الى ثغرات اخرى كثيرة لا يمكن حصرها في هذا البحث ، وعموما فإن قانون الصفقات العمومية يجب أن يواكب التحولات السياسية و لا بأس به في التحول من الإقتصاد المخطط الى اقتصاد السوق كذلك أن المفاوضات جارية مع المنظمة العالمية للتجارة مع العلم أن هذه الأخيرة تفرض شروط من أهمها اصلاح المنظومة القانونية و هذا ما تسعى اليه الجزائر دوما من أجل تطوير قانون الصفقات العمومية .

ولتدعيم ذلك يجب اعطاء للرقابة اهمية كبرى و خاصة السابقة منها ، حتى نستطيع تجنب الأخطاء و تصحيحها في حال وقوعها مع وضع السبل الكفيلة لمنع تكرارها في المستقبل و بالتالي تستطيع الإدارة العمومية أن تخوض ميدان المنافسة.

كما انه تم تكريس من قبل المشرع الجزائري تقنية القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، إلا حفاظا على الحقوق من الإندثار فنظمه بمقتضى المادتين 946 و 947 وكان للأولى بالغ الأثر في تنفيذ أحكام المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وخاصة المادة الثالثة منه.

وهكذا إتضح لنا مجال تطبيق الدعوى الاستعجالية في الصفقة العمومية، والذي جاء من أجل تحقيقا لشفافية ومساواة أكثر عند إبرامها، والذي أكدنا أنه يكون في الحالات التي لم يُحترم فيها الإجراءات المسبقة المتعلقة بإجراءات الإشهار والمنافسة مراعاة لتكافؤ الفرص وحصول الإدارة على أكبر عدد ممكن من المتعهدين حماية للمصلحة العامة وحفاظ على الخزينة العمومية.

و في الأخير نخلص الى القول بأن الصفقات العمومية تعتبر الأداة الفعالة في تسيير و استعمال الأموال العمومية.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع :

أولا : العربية

(1) النصوص الرسمية

• الدساتير

القوانين العضوية

- القانون العضوي 03-98، المؤرخ في 3 يونيو 1998، والمتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية العدد رقم 37، لعام 1998.
- لقانون العضوي رقم 01-98 المؤرخ في 30 مايو 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله الجريدة الرسمية العدد رقم 39 لعام 1998، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 26 يوليو 2011، الجريدة الرسمية العدد رقم 39، لعام 2011.

القوانين

- القانون رقم 07-12، المؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 الموافق 21 فبراير 2012، والمتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية رقم 12، لعام 2012.
- القانون رقم 10-11، المؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق 22 يونيو 2011، والمتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية العدد رقم 37، لعام 2011.
- القانون رقم 02-98 المؤرخ في 30 مايو 1998، والمتعلق باختصاصات المحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية العدد رقم 43، لعام 1998.
- القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد رقم 21، لعام 2008.
- القانون رقم 11-90، المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق 21 أبريل 1990، والمتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد رقم 17، لعام 1990

الأوامر

- الأمر رقم 31-96، المؤرخ في 19 شعبان 1417 الموافق 30 ديسمبر 1996، المتضمن قانون المالية لسنة 1997، الجريدة الرسمية العدد رقم 85، لعام 1996.
- الأمر رقم 90-67، المؤرخ في 17 جوان 1967، والمتعلق بنظام الصفقات العمومية، ج.ر العدد 52، لعام 1967.
- المادة الثلاثون من الأمر رقم 59-75، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، والمتعلق بالقانون التجاري، الجريدة الرسمية العدد رقم 78، لعام 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 15-20، المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 الموافق 30 ديسمبر 2015، الجريدة الرسمية العدد رقم 71، لعام 2015

المراسيم الرئاسية

- المرسوم الرئاسي رقم 10-236، بتاريخ 07 أكتوبر 2010، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر العدد رقم 58، العام 2010
- المرسوم الرئاسي رقم 10-236، بتاريخ 07 أكتوبر 2010، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر العدد رقم 58، لعام 2010
- المرسوم الرئاسي 08-338، المؤرخ في 26 شوال 1429 الموافق 26 أكتوبر 2008، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 62، لعام 2008.
- المرسوم الرئاسي 02-250، المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1423 الموافق 24 يوليو 2002، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 52، لعام 2002.
- المرسوم الرئاسي رقم 03-301، المؤرخ في 14 رجب 1424 الموافق 11 سبتمبر 2003، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 02-250، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 55، لعام 2003.
- المرسوم الرئاسي رقم 03-338، المؤرخ في 26 شوال 1429 الموافق 26 أكتوبر 2008، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 02-250، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 62، لعام 2008
- المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق 7 ديسمبر 1996، والمتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية العدد رقم 76، لعام 1996.
- المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر العدد 50، لعام 2015

المراسيم التنفيذية

- المرسوم التنفيذي رقم 91-434، المؤرخ في 2 جمادى الأولى 1412 الموافق 9 نوفمبر 1991، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 57، لعام 1991.
- المرسوم التنفيذي رقم 94-178، المؤرخ في 16 محرم 1415 الموافق 26 يونيو 1994، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 91-434، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 42، العام 1994.
- المرسوم التنفيذي رقم 98-87، المؤرخ في 8 ذي القعدة 1418 الموافق 7 مارس 1998، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 91-434، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 13، لعام 1998
- المرسوم التنفيذي رقم 96-54، المؤرخ في 2 رمضان 1416 الموافق 22 يناير 1996، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 91-434
- مرسوم تنفيذي رقم 93-289، مؤرخ في 14 جمادى الثانية 1414 الموافق 28 نوفمبر 1993، والمتعلق بالوجوب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن يكون لها شهادة التخصص

- والتصنيف المهنيين، الجريدة الرسمية العدد رقم 79، لعام 1993، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-114، الجريدة الرسمية العدد رقم 26، لعام 2005.
- المرسوم التنفيذي رقم 68-652، المؤرخ في 26 7 شوال 1388 الموافق 26 ديسمبر سنة 1968 ، يتضمن تحديد الشروط التي يمكن للأفراد أن يبرموا ضمنها مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء عقودا أو صفقات تتعلق بالدراسات، الجريدة الرسمية العدد رقم 2، لعام 1969، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 02-176، مؤرخ في 7 ربيع الأول 1423 الموافق 20 ماي 2002 ، الجريدة الرسمية العدد رقم 37 لعام 2002

الجريدة الرسمية

- المادة 106 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-58، بتاريخ 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد رقم 78، لعام 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05، المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية العدد رقم 31، لعام 2007.
- ما أشارت إليه المادة 26 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكائنه، الجريدة الرسمية العدد رقم 14، لعام 2006، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 1005، المؤرخ في 16 رمضان 1431 الموافق 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية العدد رقم 50، لعام 2010.
- وفعلا صدر قرار عن وزارة المالية، المؤرخ في 23 محرم 1435 الموافق 17 نوفمبر 2014، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسيرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية - بعدما نص عليها المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 10-236-، الجريدة الرسمية العدد رقم 21، لعام 2014.

القرارات الوزارية :

- قرار مجلس الدولة، بتاريخ 05-11-2002، ملف رقم 003889، قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق، قسنطينة، مجلة مجلس الدولة، الصادرة عن مجلس الدولة الجزائري، العدد الثالث، 2003.
- قرار مجلس الدولة، بتاريخ 15-04-2003، الغرفة الأولى، مجلة مجلس الدولة، الصادرة عن مجلس الدولة الجزائري، العدد الرابع، 2003.
- قرار مجلس الدولة، بتاريخ 08-10-2001، ملف رقم 004966، الغرفة الرابعة، مجلة مجلس الدولة، العدد.
- قرار مجلس الدولة، بتاريخ 30-10-2001، ملف رقم 003965، الغرفة الرابعة، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، 2001.

- قرار مجلس الدولة، بتاريخ 16-12-2003، ملف رقم 011306، قضية بلدية المحمدية بولاية الجزائر وشركة (SCOAL)، الغرفة الأولى، مجلة مجلس الدولة، العدد رقم الرابع.
- قرار عن وزارة المالية، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسيرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية - بعد ما نص
- (2) الرسائل و المذكرات الجامعية :**
- أ- أطروحات الدكتوراه
- خالدي المهدي، الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2018.
- جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015
- ب- أطروحات الماجستير
- سعد محمد على المري، مبدأ حرية المنافسة في المناقصة العامة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الكويتي، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 2004.
- خالف وليد. دور المؤسسات الدولية في ترشيد الحكم المحلي، رسالة ماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2009.
- (3) المؤلفات باللغة العربية**
- د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الخامسة، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، 2017، القاموس المحيط، الفيروز آبادي، باب القاف، فصل الصاد، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1993
- د. محمود حلمي : العقد الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977
- يقصد بالمرفق العام نشاط تتولاه الإدارة ويستهدف النفع العام، أنظر: د. ثروت بدوي : المعيار المميز للعقد الإداري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، القسم الثاني، العددان الثالث والرابع، القاهرة، 1957
- د بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري الجزائري، دار ربحانة، الجزائر، 2002
- د. محمد أنس جعفر قاسم، الوسيط في القانون العام، مطبعة أخوان مورافنتلي، القاهرة، 1984
- د. حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة - المؤسسة العامة - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، 2003
- د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- د. بشير هدفي، الوجيز في شرح قانون العمل وعلاقات العمل الفردية والجماعية، دار ربحانة، الجزائر، 2002
- د. تياب نادية، مادة قانون الصفقات العمومية، مطبوعة جامعية، ماستر 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد ميرة، بجاية، 2014
- د. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005

- د. حازم صلاح الدين عبد الله، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013
- مختار مهند نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2005
- لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية - وسائل المشروعية، ط2، دار هومة، الجزائر 2006
- سعيد سليمان: دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مجلة كلية الحقوق، العدد الرابع، جامعة تلمسان الجزائر، سنة 2007
- د. سعيد على الراشدي، الإدارة بالشفافية، الطبعة الأولى، دار كنوز للمعرفة، عمان 2008، وانظر: فايزة عمايدية، مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة أم البواقي، 2013

المطبوعات باللغة الفرنسية :

- GIBAL Michel, "Le nouveau code des marches publics, une réforme composite", la semaine juridique, Juris classeur périodique, édition général, No16-17, Paris, 2004, P722
- NICINSKI Sophie, BINCZAK Pascal, , Droit administratif des biens, Guilin éditeur, Paris, 2004
- Bergeal(Catherine), Lenica(Frédéric): contentieux de marchés public, imprimerie nationale, édition paris, 2004.
- Mérignhac, ordonnances sur requête et des référés, 2ème partie, les référés, Toulouse, soubiron éditeur, 1924.
- Patricia Grelier Bessmann: le mémento des marchés publics des travaux, éditions eurolles, parais, 2002.
- Article L 551-4: "le contrat ne peut être signé à compter de la saisie du tribunal administratif et jusqu'a la notification au pouvoir adjudicateur de la discision juridictionnelle"
- Patricia Grelier Bessmann: le mémento des marchés publics des travaux, op. cit,p133

المواقع الالكترونية :

- د / فاروق حجي مصطفى، مفهوم الصفقة في لغة الشرع والسياسة، موقع الأوان، www. Alawma. Org.2006
- موقع وزارة المالية،: - Site web des marchés publics En construction

قائمة المحتويات

الصفحة	المحتويات
	البسملة
	الشكر و العرفان
	الاهداء
أد	مقدمة
الفصل الأول: مفهوم الصفقات العمومية	
7	تمهيد
9	المبحث الأول: تعريف الصفقات العمومية.
9	المطلب الأول: التعريف التشريعي
11	المطلب الثاني: التعريف القضائي.
13	المطلب الثالث: التعريف الفقهي
15	المبحث الثاني: المعايير التشريعية للصفقات العمومية وموقف القضاء والفقهاء منها.
15	المطلب الأول: المعايير التشريعية للصفقة العمومية.
22	المطلب الثاني: التطبيقات القضائية للمعايير التشريعية.
25	المطلب الثالث: المعايير الفقهية للعقود الإدارية.
28	المبحث الثالث: تمييز الصفقات العمومية عن بعض العقود الأخرى.
28	المطلب الأول: التمييز بين الصفقة العمومية والعقود المدنية.
31	المطلب الثاني : التمييز بين الصفقات العمومية عن العقود التجارية.
33	المطلب الثالث: التمييز بين الصفقة العمومية وعقد العمل.
36	خلاصة
الفصل الثاني: المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية.	
38	تمهيد
39	المبحث الأول : مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.
40	المطلب الأول: ضمانات وجوب الإشهار والإعلان تحقيقاً لمبدأ حرية الوصول للطلب العمومي.
41	المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي.
43	المبحث الثاني : مبدأ المساواة بين العرضيين.

44	المطلب الأول: تخصيص أفضلية للمنتوج الوطني والمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.
45	المطلب الثاني: تخصيص أحكام خاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.
47	المبحث الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات.
48	المطلب الأول: مبدأ الشفافية ومبدأ حرية المنافسة.
50	المطلب الثاني: دور البوابة الإلكترونية للصفقة العمومية في تكريس مبدأ الشفافية.
54	خلاصة
الفصل الثالث : دور القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في حماية مبدأ العلانية و المساواة	
56	تمهيد
57	المبحث الأول: اختصاص القاضي الاستعجالي قبل التعاقد.
57	المطلب الأول: ماهية الاستعجال قبل التعاقد في الصفقة العمومية
59	المطلب الثاني: النظام القانوني الاستعجالي قبل التعاقد
62	المبحث الثاني : سلطات القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية
62	المطلب الأول : سلطة الأمر: L'injonction
63	المطلب الثاني : سلطة الوقف: Suspension
64	المطلب الثالث : سلطة القاضي الإداري في الحكم بالغرامة التهديدية للإجبار الإدارية على تنفيذ أوامرها:
68	خلاصة
70	خاتمة
73	قائمة المصادر و المراجع
81	قائمة المحتويات
	ملخص

ملخص

تعد الصفقات العمومية الأداة الاستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة للقيام بالعمليات المالية المتعلقة بإنجاز، تسيير و تجهيز المرافق العامة، إذ أن الاقتصاد الجزائري بصفة أساسية يضح الأموال العامة لتطوير النشاط الاقتصادي.

ومن أجل حماية المال العام تم إخضاع الصفقات العمومية لمجموعة من الإجراءات والمبادئ التي تساهم في إضفاء الشفافية. بالرغم من ذلك إلا أن مجال الصفقات العمومية لا يخلو من التلاعبات والنقائص التي تعيق السير الحسن في كل المراحل التي تمر بها الصفقات العمومية.

Résumé :

Le marché public est le moyen stratégique que le législateur a mis entre les mains des autorités publiques afin d'accomplir les affaires financières liées à la réalisation, le fonctionnement et l'équipement des services publics. L'économie algérienne utilise l'argent public pour le développement de son activité. Dans le but de protéger cet argent, des principes et des procédures sévères ont été imposés sur le marché public, et ce pour préserver la transparence.