جـــامعـــــة محمـــد خيضـــر- بسكـــــرة –

كليـــة الحقــوق و العلــوم السيـــاسيـــة

قسم الحقـوق LMD

الطبيعة القانونية لعقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في إطار تنظيم الصفقات العمومية

مذكـرة مكملـة من متطلبـات نيل شهـادة المـاستـر في الحقـوق
تخصص قـانـون إداري

إعداد الطـالـب :

- حساين مصطفى

إشـراف الدكتور :

- مفتاح عبد الجليل

الموسـم الجـامعـي : 2015/2014

إهـداء

إلى من كان لهما حق علي طاعتهما

إلى من ربياني صغيرا وشملاني بعطيم عطفهما

إلى أبي محمد الله ثراه ، و أمي أمد الله في عمرها

إلى أختاي العزيزتان ، وإخوتي الأعزاء

إلى من تحملت معي جميع الصعاب

وكانت لي خير سند

إلى زوجتي

إلى ابنتي العزيزة مارية ، و ولداي العزيزين محمد البشير و أحمد سراج الدين

إلى أصهاري

إلى من كان لهم الفضل في تشجيعي و تحفيزي على الدراسة ، الأصدقاء الأعزاء : دهان حسين ، دباش جابر ، كرميش الصالح ، بوعافية عبد الرحمان ، مخلوف عامر ، وغيرهم

شاكرا ومقدرا لهم تشجيعهم ومساندتهم

إلى كل أصدقائي وزملائي في العمل

إلى كل من يعرفني أهدي هذا العمل

حساين مصطفى

شكر وعرفان

الحمد لله الذي أعانني على إتمام هذا العمل

وشكري لله يكون من شكري للناس، وامتثالا لذلك

فإني أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير العميق للأستاذ المشرف: مفتاح عبد الجليل

التي منحتني كل الثقة ولم يبخل علي بنصائحه وتوجيهاتها القيمة

والشكر موصول كذلك لأعضاء لجنة المناقشة لتحملهم عبئ مراجعة هذا العمل المتواضع

كما لا أنسى شكري الخاص للدكتور خلف الله مولود على مساندته بالإضافة إلى الأستاذ شريط السبتي ، و الأستاذ العقوني محمد على ما قدماه لي في مشواري الدراسي

وأشكر كذلك الأصدقاء والإخوة :

على إعانتهم وجهودهم المبذولة في سبيل إنجاح هذا العمل

كما أتقدم بشكري وعرفاني لجميع أساتذتي في جميع الأطوار، وجميع موظفي جامعة محمد خيضر – بسكرة – عموما وبالخصوص أساتذة وموظفي كلية الحقوق والعلوم السياسية، كما لا أنسى موظفي مكتبة الكلية.

ويبقى الشكر موصول لكل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز وإنجاح هذا العمل ولو بكلمة تشجيع

حساين مصطفى

خطة المذكـــــرة

الفصل التمهيدي : ماهية الصفقة العمومية

المبحث الأول : مفهوم الصفقة العمومية

المطلب الأول : تعريف الصفقة العمومية

المطلب الثاني : أنواع الصفقات العمومية

المبحث الثاني: تطور نظام الصفقة العمومية في الجزائر للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري

المطلب الأول : نظام الصفقة العمومية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري قبل صدور القانون 01.88 المؤرخ في 12جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية

المطلب الثاني : نظام الصفقة العمومية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري بعد صدور القانون 01.88 المؤرخ في 12جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية

الفصل الأول: مراحل إبرام الصفقة العمومية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري

المبحث الأول : كيفيات إبرام الصفقة العمومية و الرقابة عليها

المطلب الأول : طرق إبرام الصفقـــة العمومية

المطلب الثاني : الرقابة على الصفقات العمومية

المبحث الثاني: الموافقة على الصفقة العمومية

المطلب الأول: تحديد المقصود بالموافقة على الصفقة العمومية

المطلب الثاني: الآثار القانونية لعدم الموافقة على الصفقة العمومية

المبحث الثالث: طرق فض المنازعات الناتجة عن إبرام الصفقة

المطلب الأول: حقوق الطعن المقررة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

الفرع الأول : قرار المنح المؤقت و قابلية الطعن فيه بدعوى الإلغاء

المطلب الثاني: الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة

الفصل الثاني : مرحلـــة تنفيـــذ الصفقـــة العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

المبحث الأول: الواجبات الناشئة عند إبرام الصفقة العمومية

المطلب الأول: واجبات المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة

المطلب الثاني: واجبات المصلحة المتعاقدة وجزاء مخالفتها

المبحث الثاني: السلطات والحقوق المتولدة عن الصفقة العمومية

المطلب الأول: السلطات المقررة للمصلحة المتعاقدة جراء الصفقة العمومية

المطلب الثاني: الحقوق المقررة للمتعاقد جراء الصفقة العمومية

المبحث الثالث: طرق فض المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة

المطلب الأول: طرق فض النزاع خارج ساحة القضاء

المطلب الثاني : التسوية القضائية

مقـــــدمـــــة

إن موضوع الصفقات العمومية مادة حيوية ، كونها الوسيلة الأساسية التي تضبط مشاريع التنمية و الحياة الإقتصادية للبلاد ؛ وهو بذلك العلم الذي يتناول كيفية إعداد و مراقبة و تنفيذ المشاريع المختلفة .

تعد هذه الدراسة باكورة عمل ، و عصارة جهـد اقتضتـه الضـرورة الملحـة لسـد النقص الملحوظ في ميدان التعليم لمثل هذه المواضيع ، و سأحاول في هذا العرض تسليط الضوء على موضوع الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، في إطار تنظيم الصفقات العمومية 236/10 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقـات العموميـة ، المعدل و المتمم بموجب المرسوم الرئاسي 23.12 المؤرخ في 18 جانفي 2012 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 03.13 المؤرخ في 13جانفي 2013 و الذي إتسع تطبيقه لكي يطال المؤسسات المذكورة أعلاه ،و ذلك بموجب نص المادة 02 منه .

قد يلاحظ أن هذه الدراسة قد اقتصرت على توضيح ماهية الصفقات العمومية ، و ما هي مراحل إبرامها وتنفيذها ، على الرغم من صعوبة التكييف القانوني لهذا النوع من الصفقات ، خاصة بعـد صدور القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و الذي هو الشريعة العامة في المنازعات الإدارية ، حيث تم تبنى المعيار العضوي صراحتا في تحديد جهة التقاضي الإدارية ، و الذي يصطدم اصطداما مباشرا بالنص الخاص المذكور في المادة 02 من المرسوم 236/10 المذكور أعلاه ، لاسيما فيما يتعلق بالصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، التطبيق العملي له في مرحلتي الإبرام و التنفيذ، و ما يتخللهما من عمليات ، و لاشك أنه من أجل التوفيق في ذلك يجب الإلمام و الدقة حول المفاهيم العامة و الخاصة قدر الاستطاعة ، لا سيما و أن هذا الموضوع يكتسي أهمية بالغة في جميع الأوساط ، و خاصة المهتمة بالبحث و التنقيب في مجال الصفقات العمومية ، التي يبرمها أشخاص القانون الخاص و الذين من بينهم المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري .

فمن الشائع أن موضوع الصفقات العمومية يرتكز غالباً على حشو النصوص القانونية و المتعددة والمتفرعة (القانون المدني، القانون التجاري، و مختلف النصوص والتشريعات المنظمة للصفقات العمومية).

إذن سأركز من خلال هذا البحث ، على بلورة ما تم التوصل إليه لأمكن القارئ أو الممارس لميدان الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري من الاستعانة به أثناء التحضير أو التنفيذ و ذلك قدر الاستطاعة.

و الجدير بالذكر أنه خلال المراحل التي عرفها تطور التشريع المتعلق بالصفقات العمومية ، ولضمان التنمية المستمرة قامة الدولة بإنشاء مؤسسات عمومية إقتصادية ، تشرف على تسييرها ، بحيث تكلف هذه المؤسسات بإنتاج المواد و الخدمات ، وتمثل المساهم الأفضل في تراكم رأس المال ، تعمل هذه المؤسسات في خدمة الأمـــة و التنمية وفق الدور و المهام المنوطة بها ، و هي بذلك تتمتع بالشخصية المعنوية التي تسري عليها قواعد القانون التجاري ، إلا إذا نص القانـــون على خلاف ذلك .

و نظرا للأهمية البالغة والدور الفعال لهذا النوع من المؤسسات ، فقد خصها المشرع الجزائري بتشريع خاص تمثل في القانون : 01.88 المؤرخ في 1988/01/12 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية .

نفس الدور لعبته المؤسســـات ذات الطابع الصناعي و التجاري فـــي الاقتصاد الوطني ، و ذلك من خـــلال دفـــع عجلة التنمية و ترقية الاستثمار، اللذان يقترنان بموضوع الصفقات العمومية ، باعتبارها الأداة الإستراتيجية التي وضعها المشرع الجزائري في يد المصلحة المتعاقدة ، لإنجاز العمليات المالية المختلفة ، التي تتعلق بسير حركة مختلف المرافق الخاضعة للقانون العام أو المرافق الخاضعة للقانون الخاص ، خاصة عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز عمليات تكون ممولة بشكل كلي أو جزئي من طرف الدولة .

وباعتبار الصفقات العمومية عقد من عقود الإذعان ، التي تفرض المصلحة المتعاقدة من خلاله شروطها على المتعامل المتعاقد ، وفقا للتشريع والتنظيم المعمول به ــ رغم إمكانية التفاوض بين الطرفين أثناء تنفيذ مضمونها ــ فإن خضوع الصفقات التي تبرمها

المؤسسات ذات الطابع الصناعي و التجاري ، لتنظيم الصفقات العمومية ، أثار عدة إشكالات نتج عنها عدة نزاعات، تطرح في غالب الأحيان على جهات قضائية مختلفة .

و لذلك وجب علينا التعرف على مدى خضوع صفقة المؤسسة ذات الطابع الصناعي و التجاري إلى القوانين و التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية ، قبل و بعد صدور القانون 01.88 المؤرخ في 1988/01/12 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية .

و إن دراسة مضمون الطبيعة القانونية لعقود المؤسسات ذات الطابع الصناعي و التجاري في إطار تنظيم الصفقات العمومية يشكل أهمية بالغة ، وذلك بالنظر إلى الخصوصية التي تمتاز بها ، من جهة توزيع الاختصاص القضائي للنظر في هذه المنازعات بين جهات القضاء الإداري التي فرضها تطبيق النظام القانوني للصفقة العمومية ، عندما تكون ممولة بشكل كلي أو جزئي من ميزانية الدولة ، وجهات القضاء العادي التي تفرضها طبيعة القانون الخاص الذي تخضع لأحكامه من جهة أخرى ، إضافة إلى الإجراءات التي فرضها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08ـــ09 المؤرخ في : 2008/02/25 لاسيما المادة في 801 التي كرست الخيار العضوي في تحديد جهات التقاضي ، لذلك فانه من الواجب الإلمام بمختلف الإجراءات التي تبرم و تنفذ وفقها الصفقة العمومية.

لذلك فإن هذا الموضوع يثير عدة إشكالات قانونية تتمثل أساسا في المفهوم الصحيح للصفقة العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، و الإجراءات التي يجب مراعاتها أثناء تحضير الصفقة وتنفيذها ، بالإضافة إلى بيان أهم المنازعات الناشئة عنها سواء أثناء مرحلة التكوين أو مرحلة التنفيذ.

أسباب إختيار الموضوع :

تعود أسباب اختيارنا لهذا الموضوع في رغبتنا وميولنا لدراسة وبحث مجال الصفقات العمومية ، و ذلك لارتباطها الوثيق بالمال العام والخزينة العمومية ، والتي يجب أن يكون هدفها تحقيق المنفعة العامة ، وترجع أيضا لحداثة الموضوع وقلة الأبحاث القانونية والدراسات الأكاديمية التي تعالجه مقارنة بغيرها من الموضوعات ، وبالتالي الرغبة في أن

تكون هذه الدراسة ولو مرجع بسيط ، يمكن الاعتماد عليه في فهم هذه النوع من الصفقات العمومية التي تبرمه المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري .

أهمية الموضوع :

تبرز أهمية الموضوع فيما يطرحه موضوع الصفقات العمومية ، التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، من إشكالات كثيرة وتساؤلات قانونية باعتبارها شخصا معنويا خاصا ، أخضعه تنظيم الصفقات العمومية ، للقانون المتعلق بالأشخاص المعنوية العامة .

فدراسة موضوع الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية المذكورة أعلاه ، ومعرفة أحكامها و خصوصيتها سيتيح لنا تقدير مدى انسجام التشريع و التنظيم المطبق .

أهداف الدراسة:

يتمثل الهدف الرئيسي لهذه الدراسة ، في تسليط الضوء على مختلف المراحل التي مرت بها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري بمناسبة إصدار التشريعات المتعلقة بالصفقة العمومية ، أثناء إبرامها و تنفيذها ، و ذلك قصد التعرف أكثر على الصفقات التي يبرمها هذا النوع من المؤسسات، و معاينة نسبة التطور الحاصل في هذا المجال خصوصا في ظل التعديلات الأخيرة التي عرفها تنظيم الصفقات .

ونظرا لكون موضوع الصفقات العمومية ، متشعب خاصة عندما يتعلق بإخضاع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري له ، فانه لا يمكن الإحاطة بكل جزئياته فقد فضلنا حصر الدراسة حول طبيعة الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، ومن ثمة فإن إشكالية الدراسة هي :

" **ما هو النظام القانوني للصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ؟** "

ويندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية هي :

– ما هية الصفقة العمومية ؟ وما هي أهم المراحل التي أخضعت أو لم تخضع هذا النوع من المؤسسات لقوانين الصفقات العمومية المتعاقبة ؟

– ما هي مراحل إبرام الصفقة العمومية لهذا النوع من المؤسسات ؟ و ما هي الكيفيات التي تبرم وفقها ؟ و ما هي طرق فض المنازعات التي قد تثار بمناسبتها ؟

– ما هي مراحل تنفيذ الصفقات العمومية لهذا النوع من المؤسسات ؟ و ما هي الوجبات الناشئة عن إبرام الصفقة العمومية ؟ و ما هي السلطات و الحقوق المتولدة عن الصفقة العمومية ؟ وما هي طرق فض النزاعات الناتجة عنها ؟

منهج الدراسة :

ونظرا لما تقتضيه هذه الدراسة من وجوب تحليل القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية ووصفها ، فإن المنهج التحليلي الوصفي سوف يأخذ الشق الكبير من هذه الدراسة ، حفاظا على التسلسل المنطقي للأفكار وتحليلها ، ومن هنا يمكن توظيف المنهج في تحليل النصوص القانونية والأحكام المتعلقة بالصفقات العمومية ، للوصول إلى نتائج تتماشى مع المنطق والعقل.

و سنحاول الإجابة على إشكالية الدراسة من خلال الخطة التالية:

الفصل التمهيدي مخصص لدراسة ماهية الصفقة العمومية ، والذي سنقسمه إلى مبحثين ، الأول نتناول خلاله مفهوم الصفقة العمومية ، أما المبحث الثاني فنتناول فيه تطور نظام الصفقة العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، قبل و بعد صدور القانون 01/88 المذكور أعلاه .

أما الفصل الأول فسنتطرق فيه إلى مراحل إبرام الصفقة العمومية للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري من خلال ثلاث مباحث ، الأول خصصناه للحديث عن كيفيات الإبرام و الرقابة ، أما المبحث الثاني فقد خصصناه للحديث عن المقصود بالموافقة على الصفقة العمومية ، أما المبحث الثالث فسيتم التطرق فيه إلى طرق فض المنازعات الناتجة عن إبرام الصفقة العمومية لهذا النوع من المؤسسات .

وبالنسبة للفصل الثاني فقد خصصناه لبيان مراحل تنفيذ الصفقة العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، و الذي قسمناه إلى ثلاث مباحث ، الأول سيتم التطرق فيه للواجبات الناشئة عند إبرام الصفقة العمومية للمؤسسة المذكورة أعلاه ، أما المبحث الثاني فسيتم التطرق من خلاله للسلطات و الحقوق المتولدة عن الصفقة العمومية ، أما المبحث الثالث فسيتم التعرض من خلاله إلى طرق فض المنازعات التاتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية .

الفصل التمهيدي

ماهية الصفقة العمومية

الفصل التمهيدي : ماهية الصفقة العمومية

تحتل الصفقات العمومية أهميـــة كبرى في الاقتصاد الوطني إذ تعتبر من المواضيع المهمة بالنسبة للإدارات و المؤسسات العمومية المختلفـــة ، والتي تحكمها العديد من الشروط المحددة في القوانين والتنظيمات المختلفة ، و ذلك من أجل إعطائها الشفافية الكاملة والإطار القانوني المناسب، ويعتبر الجانب القانوني مهم جدا لما يتضمنه من قوانين تتعلق بالصفقات العمومية .

ونظـــرا لدورها الهام أولاهـــا المشـــرع الجزائري أهميـــة خاصة لذلك وجب علينا معرفـــة ماذا يقصـــد بالصفقات العموميـــة و كيف تناولها المشرع و بين الأطـــر التي تحكمها .

المبحث الأول : مفهوم الصفقة العمومية

نظرا للأهمية البالغة والدور الفعال الذي تلعبه الصفقات العمومية، باعتبارها الأداة الإستراتيجية التي وضعها المشرع الجزائري في يد المصلحة المتعاقدة لإنجاز العمليات المالية المختلفة التي تتعلق بسير حركة المرافق العامة ، وذلك بهدف تنشيط العجلة الاقتصادية التي يلعب فيها الاقتصاد دور القلب النابض ، لضخ الأموال العامة وزيادة حجم النفقات العمومية ، على النحو الذي يتلاءم ونظام الصفقات العمومية الذي يعتبر المنفذ الأمثل لهاته العمليات، والذي سنتطرق إليها بالتعريف ، وذكر أنواعها وإجراءات وطرق إبرامها وصولا إلى مرحلة التنفيذ .

المطلب الأول : تعريف الصفقة العمومية

لقد مر قانون الصفقات العمومية في الجزائر بعدة تغييرات ، وعرف هذا الأخير الكثير من التطورات سايرة التغيرات التي شهدتها البلاد ، وصولا إلى المرسوم الرئاسي رقم 10 ــ 236 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، وبهدف التحكم في مصطلح الصفقات العموميـــة نجد أنفسنا أمام عدة اعتبارات وعدة تعاريف تشريعية تندرج ضمنها معايير شكلية ، موضوعية ، ومالية ، و تعاريف أخرى قضائيا وفقهية

الفرع الأول: التعريف التشريعي

اعتبار أن التعريف التشريعي للصفقات العمومية يسمو على بقية التعريفات الأخرى ، فلقد عرف المشرع الجزائري الصفقة العمومية في المادة 4 من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم على أن «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، قصد إنجاز الأشغال و إقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات ، لحساب المصلحة المتعاقدة » ومن هذا المنطلق نجد أن المشرع في تعريفه اعتمد عدة معايير.

1 ــ المعيار الشكلي :

بالرجوع إلى تعريف الصفقات العمومية الوارد في المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، نجد أن المشرع الجزائري اعتمد في التعريف التشريعي للصفقة العمومية على المعيار الشكلي[1] ، وهو أن الصفقات العمومية عبارة عن عقود مكتوبة ، ولعل السر الذي يكمن في اشتراط الكتابة في تنظيم الصفقات العمومية ، بنص المادة أعلاه يعود إلى عدة اعتبارات وهي :

أ) الصفقات العمومية هي أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية ، وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية لذا وجب وبالنظر لهذه الزاوية أن تكون في شكل عقود مكتوبة .

ب) الصفقات العمومية تتحمل أعباءها المالية الخزينة العامة ، والمبالغ الضخمة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية ، لجهاز مركزي أو محلي أو مرفقي أو هيئة عمومية وطنية مستقلة ، تتحملها الخزينة العامة ، لذا وجب أن تكون الصفقات العمومية في شكل عقود مكتوبة ، إلى جانب أنها تتضمن شروط استثنائية ، وغير مألوفة في العقود المدنية والتجارية [2].

---

1 ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

2 ــ أ د عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية (جسور للنشر و التوزيع) ص54 .

إلا أن الاستثناء الوارد على بعض أحكام هذا المرسوم ، قد حدده المشرع في المرسوم الرئاسي رقم : 236/10 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتم ، على أنه و بمناسبة كل عملية إستيراد قصد إنجاز الأشغال و إقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات ، التي تحـــدد بموجب قــرار مشتــرك من وزيــر المالية و الوزير المكلف بالتجارة و الوزير المعني ، لحساب المصلحة المتعاقدة تتشكل لجنة وزارية مشتركة خاصة ، مشكلة من أعضاء مؤهلين في الميدان ، برئاسة ممثل المصلحة المتعاقدة ، تكلف بإجراء المفاوضات لاختيار الشريك الملائم ، على ان تحرر صفقة تسوية خلال اجل 03 اشهر ، ابتداء من الشروع في التنفيذ ، على ان تعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية ، و بالتالي تعفى من تطبيق بعض أحكام هذا المرسوم ، و ذلك راجع في نظــرنا لما يتطلبه هذا النوع من العمليات ، من سرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلب السريع في أسعارها ومدى توفرها وكذا المراسلات التجارية المطبقة عليها[1].

وللإشارة أنه ومن خلال نفس المادة الفقرة الأخيرة ، تحرر صفقة تسوية خلال أجل 3 أشهر ابتداء من الشروع في التنفيذ ، وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للموافقة عليها .

2 ــ المعيار الموضوعي :

بالرجوع إلى قوانين الصفقات العمومية ، الصادرة في مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة نلاحظ أن ، المشرع الجزائري لم يثبت على طريقة واحدة ، في وصف متى نكون من حيث موضوع العقد ، أمام صفقة عمومية ، فتارة نجد النص القانوني يوسع من نطاق الصفقة العمومية ، وأحيانا أخرى يضيق من هذا النطاق[2] ، و عليه فإن الإارة تبرم عقودا كثيرة ، و لا يمكن بأي حال من الأحوال ، اعتبار جميع ما تبرمه من عقود مختلفة بمثابة عقود إدارية ، إذ الشرط الأساسي لاعتبار العقد إداريا ، أن تسلك الإدارة فيه طريق القانون العام[3].

---

[1] ــ لمزيد من التفصيل ، أنظر المادة 5 ، الفقرة الثالثة و الفقرة الأخيرة ، من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، بالمرسوم الرئاسي 23.12 ، المؤرخ في :26جويلية 2011 , ج ر 34 و المرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 13جانفي 2013 ج ر رقم : 5 .

[2] ــ أ د عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص56 .

[3] ــ أ د عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 57 .

3 ــ المعيار المالي :

ترتبط الصفقة العمومية ارتباطا وثيقا بالمال العـــام ، وبالتالي فان صلتها وثيقة بالخزينة العامة ، لذلك وجب حينئذ ضبط حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية ، ذلك أنه من غير المعقول إلزام جهة الإدارة العمومية ، على إخضاع جميع عقودها لأحكام قانون الصفقات العمومية ، و ذلك في كل الحالات وأيا كانت قيمة العقد، مما ينطوي عليه التطرق إلى جميع مراحل الصفقة الطويلة .

ولقد حدد المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المعدل و المتمم من خلال المادة 6 المبلغ الذي لا يتطلب إبرام صفقة ، وذلك بقوله :"كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار (8.000.000 دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال، واللوازم وأربعة ملايين دينار (4.000.000 دج) لخدمات الدراسات أو الخدمات ، لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم ، و بالتفسير بمفهوم المخالفة يقتضي وجوبا ، إبرام صفة كل عقد تجاوز مبلغه العتبتين المذكورتين أعـــلاه .

الفرع الثاني : التعريف القضائي

على الرغم من أن المشرع الجزائري عرف الصفقات العمومية ، في مختلف قوانين الصفقات إلا أن القضاء الإداري الجزائري ، حال فصله في بعض المنازعات قدم تعريف للصفقات العمومية ، و بهذا الصدد لا مانع من أن تبادر الجهة الإدارية المختصة بالمادة الإدارية إلى إعطاء تعريف لمصطلح قانوني ما ، خاصة إن كانت هذه الجهة تتموقع في قمة هرم القضاء الإداري ، و هو بذاته الدور الطبيعي لجهة القضاء .

إن القضاء الإداري و هو يفصل في بعض المنازعات ، و إن كان ملزم بالتعريف الوارد في التشريع المتعلق بالصفقات العمومية وألا يخرج عنـــه ، غير أن الوظيفة الطبيعية للقضاء تفرض عليه إعطاء تفسير و تحليل ، لهذا التعريف إن كان ينطوي على مصطلحات و مفاهيم غامضة ، ومحاولة ربطه بالواقع محل الدعوي ، و من هنا وجب علينا تتبع اجتهادات القضاء و إضافاته [1].

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق ، ص 36 .

وحتى نربط اجتهادات القضاء الإداري الجزائري بالقضاء المقارن ، تعين علينا أن نسوق بعض اجتهادات هذا الأخير ؛ و من هذا المنطلق فقد ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية ، في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 فهرس 873 إلى القول"...وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية ، بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز مشروع أو آداء خدمات..." و من خلال هذا التعريف نجد أن مجلس الدولة قد حصر الصفقات العمومية ، على أنها رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص[1].

و يتضح من هذا الجزء من تعريف الصفقات العمومية ، أن مجلس الدولة الجزائري حصر تعريفها على أنها عقد يجمع الدولة ، بأحد أشخاص القانون الخاص ، على الرغم من أن العقد الإداري ، يمكن أن يجمع طرفا آخـــر غير الدولة ، ممثلا في الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، خاصة و أن القوانين تعترف لهذه الهيئات بحق التقاضي ، و على رأسها القانون المدني في نص المواد 49 و 50 و قانون البلدية 10.11 المؤرخ في : 2011/06/22 لاسيما المادة الأولى و قانون الولاية 07.12 المؤرخ في : 2012/02/21 لاسيما المادة الأولى منه و القانون 01.88 المؤرخ في : 1988/01/12 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية

و الجدير بالذكر أن فقه القانون الإداري قد أجمع ، أن نظرية العقد الإداري هي نظرية من منشأ قضائي ، أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة ، من خلال اجتهاداته في القضايا والمنازعات المعروضة عليه[2].

و لقد عرف قضاء مجلس الدولة المصري العقد الإداري بأنه " العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام من أشخاص القانون العام ، بقصد إدارة مرفق عام ، أو بمناسبة تسييره و أن تظهر شبهة في الأخذ بأسلوب القانون العام [3]

الفرع الثالث : التعريف الفقهي

[1] د عمار بوضياف، نفس المرجع ، ص 36 .

[2] الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية ، جامعة الإسكندرية،كلية الحقوق، 1989، ص 274 .

[3] الدكتور احمد محمود جمعة ، العقود الإدارية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، دون سنة نشر ، ص 50 .

لعب الفقه دورا بارزا في تحليل الأجزاء المختلفة لموضوع الصفقة العمومية ، وذلك على اعتبار أن العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني ، بالنظر إلى أن كل منهما يعبر عن توافق إرادتين ، بقصد إحداث أثر قانوني مترتب على العقد ، إلا أن تمييز العقد الإداري عن العقد المدني ، يظل واضحا في كثير من الجوانب والأجزاء المتعلقة به ، وهو ما تولى الفقه الإداري مسؤولية توضيحه وتحليله.

ولقد عرف الفقه الإداري العقد الإداري على أنه :" العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام ، بقصد إدارة مرفق عام ، و مباشرة تسييره ، وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام ، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص "[1] .

إضافة إلى نفس الرأي ، فقد عرف اتجاه آخـــر من الفقه الإداري العقد الإداري على أنه " العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام ، بقصد إدارة مرفق عام و مباشرة تسييره ، وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام ، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة ، في عقود القانون الخاص[2] ، كما تم تعريفه أيضا بـــ : "العقد الإداري هو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام ، قصد تسيير مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام ، بتضمينه شروط استثنائية و غير مألوفة في القانون الخاص " [3]

نفس التعريف ذهب إليه أستاذنا سليمان الطماوي في تعريفه للعقد الإداري " بأنه ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام ، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه ، و تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام ، و آية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية و غير مألوفة في القانون الخاص ، و أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام " [4] و من هذا المنطلق نجد أن تعريف العقد الإداري لطالما ارتبط ارتباطا وثيقا بفكرة المرفق العام ، نظرا لتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة ، حيث عرف هذا الأخير بأنه " البند الذي يخول موضوعه للأطراف المعنية حقوقا غير مألوفة ، أو يضع على عاتقهم

---

[1] الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط ، ص 218 .

[2] الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط ، ص 218 .

[3] أ د محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية ، دار العلوم الجزائرية ، دون سنة نشر ، ص 10 .

[4] د مفتاح خليفة عبد الحميد ، حمدي محمد الشلماني ، العقود الإدارية و أحكام إبرامها ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر سنة 2008 ، ص 15 .

التزامات غريبة بطبيعتها ، عن تلك التي يمكن أن تقبل بحرية من أي منهم ، و ذلك ضمن إطار القوانين المدنية و التجارية " [1]

ومن خلال هذا التعريف يمكننا أن نعطي مثالا للاستدلال على ما ذكر أعــلاه ، و يتمثل ذلك في حق الإدارة في فسخ العقد من جانب واحد ، بعد إعذار المتعامل المتعاقد ، كما لها أن تعدل العقد إذا رأت ذلك ضروريا .

المطلب الثاني : أنواع الصفقات العمومية

بالنظر إلى مضمون المادة 4 من المرسوم الرئاسي 10 . 236 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتم ، نجد أن المشرع الجزائري قد حدد بالنص الصريح أربعة أنواع من العقود التي يمكن أن تبرمها المصلحة المتعاقدة ، وأضفى عليها طابع الصفقة العمومية و التي تشمل العقود التاليــة :

01 ــ عقد إنجاز الأشغال .

02 ــ عقد اقتناء اللوازم .

03 ــ عقد الخدمات والدراسات .

الفرع الأول : صفقة إنجاز الأشغال

تناولت المادة 13 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 10.236 المعدل و المتم المذكور أعلاه " تهدف صفقة الأشغال إلى قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم ، منشأة أو جزء منها ، بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لإستغلالها ، في ظل إحترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة ، صاحبة المشروع " و عليه فإن العقد الذي تبرمه المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد ، لتنفيذ الأشغال ذات المنفعة العامة ، المتعلقة بالبنايات والعقارات ، بحيث يجب أن لا يقل ثمن الصفقة موضوع العقد عــن ثمانيــة ملايين دينار جــزائــري(8000000 دج) [2]، و الجدير بالذكر ، يعتبر عقد الأشغال العامة من أهم العقود الإدارية و أقدمها من حيث النشأة ، و يرجع الفضل في النظرية العامة

---

[1] الأستاذ الدكتور أحمد محيو محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ترجمة عرب صاصيلا ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، سنة 1996 ، ص 349 و ص 350

[2] ــ أنظر المادة 06 من المرسوم الئاسي 236.10 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، ج ر ، عدد58

للعقود الإدارية إلى مجلس الدولة الفرنسي [1] ، و بهذا الصدد يتضح لنا لكي يكون العقد عقد أشغال عامة ، يجب أن يتوفر على ثلاث شرو ط هي :

01 ــ أن ينصب العقد على عقار كانجاز طريق ، جسر ، أو سكنات ...الخ .

02 ــ أن يتم العمل لحساب شخص إقليمي كالدولة أو الولاية ، أو البلدية ، أو شخص خاص تخضع عقوده لتنظيم الصفقات العمومية كالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة [2].

الفرع الثاني : صفقة اقتناء اللوازم

نصت المادة 13 الفقرة الثالثة من المرسوم الرئاسي 10. 236 المعدل و المتمم المذكور أعلاه على " تهدف صفقة اللوازم إلى إقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد " وعليه فان صفقة اللوازم هي الصفقة التي يمكن للمصلحة المتعاقدة من خلالها أن تحصل على السلع والتجهيزات الضرورية وشراء ما هو أساسي لتسيير عملها اليومي ، مثل : شراء تجهيزات المرافق، أشياء منقولة لتسيير مرفق عام مقابل ثمن متفق عليه , بحيث يجب أن لا يقل ثمن الصفقة موضوع العقد عن ثمانية ملايين دينار جزائري(8000000 دج) [3].

الفرع الثالث : صفقة الدراسات

نصت المادة 13 الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي 10. 236 المعدل و المتمم المذكور أعلاه على " تهدف صفقة الدراسات على القيام بدراسات نضج ، و احتمال تنفيذ مشاريع أو برامج تجهيزات عمومية ، لضمان أحســن شروط إنجازها و/أو استغلالها " وعليه فان العقود التي تبرمها المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد معها ، بهدف إجراء دراسات أو أبحاث حول موضوع معين , قبل بداية الأشغال المراد تنفيذها والذي تحدده المصلحة المتعاقدة ، على أن يفوق مبلغ صفقة الدراسات مبلغ أربعة ملايين دينار جزائري

[1] ــ مفتاح خليفة عبد الحميد ــ حمد حميد الشلماني ، نفس المرجع ، ص 29 .

[2] ــ أنظر المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10. 236 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، ج ر ، عدد58

[3] ــ أنظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي 236.10 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

(4000000 دج) [1] ، و عليه فان عقد إنجاز الدراسات في التشريع الجزائري يعد عقدا إداريا بحسب النص ، بحيث تلزم المصلحة المتعاقدة ، ان أرادت إبرام هذا النوع من العقود ، أن تخضع إجراءاته لتنظيم الصفقات العمومية المعمول به ، و الجدير الذكر فان الفقه الإداري عرف عقد إنجاز الأشغال بأنه " اتفاق بين الإدارة المتعاقدة و شخص آخـــر طبيعي أو معنوي ، يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بانجاز دراسات محددة في العقد لقاء مقابل ، تلزم الإدارة بدفعه تحقيقا للمصلحة العامة [2] .

الفرع الرابع : صفقة تقديم الخدمات

نصت المادة 13 الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي 10. 236 المذكور أعلاه على " صفقة تقديم الخدمات تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات " و عليه فان عقد الخدمات

يعد الإطار القانوني و التعاقدي الذي يمكن جهة المصلحة المتعاقدة من الإستفادة من خدمة معينة ، يقدمها الغير بمقابل تلتزم المصلحة المتعاقدة مع شخص آخر معنوي أو طبيعي ، بقصد توفير خدمة معينة للمصلحة المتعاقدة ، تتعلق بتسيير المرفق العام نظير مقابل مالي[3] ، على أن يفوق مبلغ صفقة الخدمات مبلغ أربعة ملايين دينار جزائري (4000000 دج) [4] ، وبذلك فان عقد تقديم الخدمات في التشريع الجزائري يعد عقدا إداريا بحسب النص ، بحيث تلزم المصلحة المتعاقدة ، إن أرادت إبرام هذا النوع من العقود ، أن تخضع إجراءاته لتنظيم الصفقات العمومية المعمول بـــه .

و عليه فان أي نوع من الخدمات تقوم به المصلحة المتعاقدة يجب ألا يكون مصنفا في الأنواع الثلاثة المذكورة آنفا ، و يمكن ذكر على سبيل المثال العقود التي يمكن أن تنضوي تحت عقد الخدمات ،عقود النقل – التأمينات – الفندقة – الإطعام – خدمات الانترنت .

---

[1] ــ أنظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي 236.10 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[2] ــ أ د عمار بوضياف المرجع السابق ، ص 81 .

[3] ــ أ د عمار بوضياف المرجع السابق ، ص 84 .

[4] ــ أنظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي 236.10 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، ج ر ، عدد58

– إضافة إلى أنواع الصفقات المتداولة ، يمكن للمصلحة المتعاقدة إبرام العقود التالية :

أ. عقود برامج :

يمكن للمصلحة المتعاقدة إبرام عقود برامج ، إذا ارتأت بأن هذه الطريقة تضمن على المدى المتوسط استقرارا وعدم المغامرة في التغيير المحتمل للمتعامل المتعاقد كل سنة .

تكتسي عقود البرامج شكل إتفاقيات سنوية أو متعددة السنوات ، تكون مرجعاً و يتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية ، يمكن ألا تتوافق مع السنة المالية ؛ غير أنه لا يمكن أن تتجاوز مدة عقد البرنامج 05 سنوات ، تحدد هذه الإتفاقيات طبيعة الخدمات الواجب تنفيذها و أهميتها و مبلغ عقد البرنامج و رزنامة إنجازه ، يخضع عقد البرنامج عند إبرامه إلى نفس إجراءات إبرام الصفقات ، غير أنه عند الالتزام المحاسبي يتطلب توفر الاعتماد المالي لذلك [1].

ب. صفقات الطلبات : تشمل صفقات الطلبات إنجاز أشغال، إقتناء للوازم أو تقديم خدمات ذات النمط العادي أو الطابع المتكرر، صفقات الطلبات تبرم لمدة سنة قابلة للتجديد دون أن تتعدى 5 سنوات ، تحدد هذه الصفقات الكمية أو القيمة الدنيا و القصوى للوازم و الخدمات المقدمة ، صفقات الطلبات توضح إما السعر أو الآليات المعتمدة لتحديد السعر المطبق على التسليمات المتكررة [2].

و بهذا الصدد يتم الالتزام القانوني بصفقة الطلبات في حدود الالتزام المحاسبي بها مع مراعاة سنوية الميزانية , تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذا النوع من الصفقات نظراً لتقلب أسعار هذه الخدمات ، و للاحتياجات الملحة في كل وقت .

المبحث الثاني : تطور نظام الصفقة العمومية في الجزائر للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري

لضمان التنمية المستمرة قامة الدولة بإنشاء مؤسسات عمومية إقتصادية ، تشرف على تسييرها ، بحيث تكلف هذه المؤسسات بإنتاج المواد و الخدمات ، وتمثل المساهم الأفضل في تراكم رأس

[1] ــ أنظر المادة 17 من المرسوم الرئاسي 236.10 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، ج ر ، عدد58

[2] ــ أنظر المادة 20 من المرسوم الرئاسي 236.10 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، ج ر ، عدد58

المال ، تعمل هذه المؤسسات في خدمة الأمـــة و التنمية وفق الدور و المهام المنوطة بها ، و هي بذلك تتمتع بالشخصيـــة المعنوية التي تسري عليها قواعد القانون التجاري، إلا إذا نص القانـــون على خلاف ذلك .

و نظرا للأهمية البالغة والدور الفعال لهذا النوع من المؤسسات ، فقد خصها المشرع الجزائري بتشريع خاص [1] ، نفس الدور تلعبه المؤسســـات ذات الطابع الصناعي و التجاري فـــي الاقتصاد الوطني و ذلك من خلال دفع عجلة التنمية و ترقية الاستثمار، اللذان يقترنان بموضوع الصفقات العمومية ، باعتبارها الأداة الإستراتيجية التي وضعها المشرع الجزائري في يد المصلحة المتعاقدة ، لإنجاز العمليات المالية المختلفة التي تتعلق بسير حركة مختلف المرافق الخاضعة للقانون العام أو المرافق الخاضعة للقانون الخاص ، خاصة عندما تكلف بإنجاز عمليات تكون ممولة بشكل كلي أو جزئي من طرف الدولة ، و بهذا الصدد وجب علينا التعرف على مدى خضوع صفقة المؤسسة ذات الطابع الصناعي و التجاري إلى القوانين و التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية ، قبل و بعد صدور القانون 01.88 المؤرخ في 1988/01/12 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية .

المطلب الأول : نظام الصفقة العمومية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري قبل صدور القانون 01.88 المؤرخ في 12جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية .

نتاول من خلال هذا المطلب أهم التشريعات المتعلقة بالصفقة العمومية ، لاسيما في شقها المتعلق بالصفقة العمومية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي .

الفرع الأول : مرحلة الأمـــر 90.67 المؤرخ في 18جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية .

عرف الأمر 90.67 المؤرخ في 18جوان 1967 الصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات (الولايات) أو البلديات أو المؤسسات و المكاتب العمومية ، قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في

[1] ــ أنظر القانون 88.01 المؤرخ في 1988/01/12 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية ، ج ر، عدد02 .

هذا القانون ، مع إستثناء المؤسسات ذات الطابع الصناعي و التجاري من تطبيق أحكامه ، غيـــر أنـــه وعد بإصدار مرسوم يبين كيفيات تطبيق هذا القانون عليها [1]

الفرع الثاني : مرحلة المرسوم 145.82 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي .

أعطت المادة 05 من المرسوم المشار إليه أعلاه ، مفهوما واسعا للهيئات المعنية بمجال تطبيقه فجاء فيها عبارة :

ـــ جميع الإدارات العمومية .

ـــ جميع المؤسسات و الهيئات العمومية .

ـــ جميع المؤسسات الإشتراكية .

ـــ أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات .

و لم يكتفي المرسوم المذكور أعـــلاه بشمول أحكامه لأشخاص القانون الإداري كالدولة و البلدية و الولاية و البلدية و المؤسسة الإدارية ، بل مدها أيضا لجميع المؤسسات الاشتراكية سواء كان نشاطها تجاريا أو صناعيا ، و حقق بذلك ما لم يحققه الأمر 90.67 حيث و سع المرسوم من نطاق الهيئات المعنية بأحكامه ، حتى شملت و بمنطوق المادة 20 الإستغلالات الفلاحية و المسيرة في إطار التسيير الذاتي و التعاوني ، وبالتالي أراد المشرع لقانون الصفقات العمومية الثاني الشمولية أكثر ، و مجالا أكثر اتساعا فخص به جميع القطاعات الإدارية و التجارية و الصناعية و الفلاحية ، و هذا ما يؤكد الطابع الإيديولوجي لهذا المرسوم و مدى تأثره بالفكر الاشتراكي و هو أمر كان يتماشى و هذه المرحلة [2]

المطلب الثاني : نظام الصفقة العمومية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري بعد صدور القانون 01.88 المؤرخ في 12جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية .

نتاول من خلال هذا المطلب أهم التشريعات المتعلقة بالصفقة العمومية ، لاسيما في شقها المتعلق بالصفقة العمومية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري.

---

[1] ـــ أنظر المادة الأولى من الأمر 67.90 المؤرخ في : 1967/06/18 المتضمن قانون الصفقات العمومية ، ج ر، عدد 52 ، لسنة 1967 .

[2] ـــ أ د عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 44 و ص 45 .

الفرع الأول : مرحلة المرسوم التنفيذي 434.91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

تأثر المرسوم التنفيذي 434.91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في هذه المرحلة بما جاء بـــه القانون 01.88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية المذكور أعلاه ، حيث ضيق المشرع في هذه المرحلة من مجال تطبيق التشريع المتعلق بالصفقات العمومية على المؤسسات ذات الطابع الصناعي و التجاري ، حيث نصت المادة الثانية منه على"لا تطبـــق أحكـــام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارات العمومية و الهيئات الوطنية المستقلة ، و الولايات ، و البلديات ،والمؤسسات العموميـــــة ذات الطابع الإداري ..." [1]

الفرع الثاني : مرحلة المرسوم الرئاسي250.02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

في هذه المرحلة سرعان ما عاد المشرع الجزائري إلى موقفه القديم ، بمناسبة صدور المرسوم 250.02 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 301.03 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 حيث نص في المادة 02 منه ، على أنه " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف الإدارات و الهيئات العمومية المستقلة ذات الطابع الإداري ، بالإضافة إلى مراكزالبحث والتنمية و المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي و الثقافي و التكنولوجي و المهني ، و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، عندما تكلف هاته الأخيرة ، بانجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية من ميزانية الدولـــة و تدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة "و هنا و لأول مرة تم إدراج المؤسسات العمومية المختلفة ضمن مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية بشرط التمويل المالي ، وذلك بان تكلف بانجاز مشاريع استثمارية عمومية نهائية من ميزانية الدولة ، دون إدراج المؤسسات العمومية الاقتصادية ، و الجدير بالذكر أنه قد تم تعديل المرسوم 250.02

[1] ــ أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي 434.91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد 57 .

مرة ثانية بالمرسوم الرئاسي 338.08 و الذي في مادته الثانية و سع من الأشخاص و الشروط ، وذلك بإضافة المؤسسات العمومية الاقتصادية ، و جعل شرط التمويل المالي يكون بالتمويل الكلي أو الجزئي للمشاريع المنجزة من ميزانية الدولة كشرط لخضوعها لتنظيم الصفقات العمومية[1]

الفرع الثالث : مرحلة المرسوم الرئاسي 236.10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

إستمـــر المشرع الجزائري في هذه المرحلة على نفس النهج ، بمناسبة صدور المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 23.12 المؤرخ في 18 جانفي 2012 و كذا المرسوم الرئاسي 03.13 المؤرخ في 13جانفي 2013 حيث نص في المادة 02 منه ، على أنه " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات :

ـــ الإدارات العمومية

ـــ الهيئات الوطنية المستقلة

ـــ الولايات

ـــ البلديـــات

ـــ المؤسسات ذات الطـــابـــع الإداري

ـــ مراكز البحث و التنميـــة و المؤسسات العموميـــــة الخصوصية ذات الطابع العلمي

و التكنولوجي و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التقني و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من

[1] ـــ أ كلوفي عز الدين ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، دار النشر جيطلي دون سنة نشر ، ص 60 .

الدولة ..."[1] و هنا يتضح للمرة الثانية إصرار المشـــرع الجزائري على إدراج المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، ضمن مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية بشرط التمويل المالي من طرف الدولة سواء كليا أو جزئيا ، و على اعتبار ان دراسة النظام القانوني للصفقة العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري يجعلنا بالضرورة التطرق للإجراءات المرتبطة بها و كذا المنازعات الناجمة عنها لاسيما فيما يتعلق بمرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ الأمر الذي سنتطرق اليه في الفصلين التاليين .

[1] ــ أنظر المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236.10 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

الفصل الاول

مراحل إبرام الصفقة العمومية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري

الفصل الأول: مراحل إبرام الصفقة العمومية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري

تناول المرسوم الرئاسي 236.10 المؤرخ في: 07 أكتوبر 2010 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 23.12 المؤرخ في :18 جانفي 2012 و كذا المرسوم الرئاسي 03.13 المؤرخ في 13جانفي 2013 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، مراحل ابرام الصفقة العمومية وآليات الرقابة عليها ، وذلك من اجل بسط رقابة أنجع على استعمال المال العام ؛ و أثناء تطرقنا لهذه المراحل لاشك أننا سنتوقف جليا عند كل نقطة يمكن أن يثور النزاع بشأنها ، وسنحاول تقديم الحلول لها و تكييف طبيعة النزاع من خلال تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر فيه ، وفقا للقواعد القانونية المقررة قانونا ، وتحديد إجراءات الطعن التي كفلها تنظيم الصفقات العمومية .

المبحث الأول : كيفيات إبرام الصفقة العمومية و الرقابة عليها

إن عملية إبرام العقود الإدارية أو الصفقات العمومية ، لاتخضع لحرية التعاقد كما هو عليه الأمر في عقود القانون الخاص ، ذلك أن إبرام الصفقات العمومية باعتبارها عقود إدارية عامة و مرتبطة بالمال العام تخضع لعدة قيود[1] ، و تتنوع إجراءات إبرام الصفقة حسب الحالة أو الظروف وهي بذلك تخضع في كل الأحوال إلى أطر رقابية داخلية و خارجية ؛ ونظرا لأهمية الصفقة العمومية فقد حدد المشرع مسبقا الكيفيات التي تبرم من خلالها بحسب ما جاء به تنظيم الصفقات العمومية 236.10 المعدل و المتمم ؛ حيث تناولت المواد من المادة 25 الى المادة 34 ذلك ، جاعلا المناقصة القاعدة العامة بينما التراضي إجراء استثنائيا[2] و جعلها تقوم على ثلاث قواعد هامة و هي المنافسة ؛ من خلال حرية الوصول

[1] ــ الطالب حمزة نجار ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تحصص قانون إداري ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق و العلوم ، ص 37
السياسية ، السنة الجامعية 2011/2010

[2] ــ أنظر المادة 25 من المرسوم الرئاسي 236.10 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، ج ر ، عدد58

للطلبات العمومية و المساواة ؛ في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات [1] غير أن هذا المبدأ ليس عاما و لا مطلقا ، إذ يعرف عدة قيود و استثناءات ترجع لاعتبارات عدة ، ترتكز أساسا في نوع الصفقة ذاتها [2]، فإذا كانت على سبيل المثال محدودة فهذا يعني أنها تستثني من لا تتوفر فيه شروط المشاركة فيها ، أو المنع من المشاركة في المناقصة كعقوبة جزائية ، وذلك في كل الأحوال المقررة في قانون العقوبات و قانون مكافحة الفساد ، كما لا يمكن للمؤسسات التي لا تملك شهادة التأهيل و التصنيف المهني أن تشارك في صفقات البنـــاء والأشغال العمومية تطبيقا لنص المادة 01 من المرسوم التنفيذي 289.93 المؤرخ في 28 نوفمبر 1993 (جريدة رسمية رقم 79 المؤرخة في 01 ديسمبر 1993 ص 10) .

المطلب الأول : طرق إبرام الصفقـــة العمومية

إن تقييد المشرع للمصلحة المتعاقدة بجملة من الإجراءات ، ليس الهـــــــــدف منـــــه تعطيـــــل مصالحها ؛ ولكن القصد منه هو الحفاظ على المال العام ، و الحرص على عدم إرهاق الخزينة العمومية ، بغية الحصول على أفضل الخدمات و بأفضل السبل و الطرق [3] ، و لقد حدد المشرع طرق إبرام الصفقات العمومية فجعل المناقصة الطريق الأصلي في ذلك ، بينما التراضي طريقا إستثنائيا ، لذا ســـوف نتطرق إليهما وفق الأولوية التي منحها المشرع لكل طريقة

الفرع الأول : إبرام الصفقة العمومية عن طريق المناقصة

يأخذ موضوع إبرام الصفقة العمومية شقين نتناوله من خلال مايلي :

أولا : المناقصة : l’appel de D’offres

[1] ــ أنظر المادة 03 من المرسوم الرئاسي 236.10 المؤرخ في : 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، ج ر ، عدد58

[2] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، النظام القانوني لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة الرابعة عشر ، الفترة التكوينية 2006/2003 ، ص 10 .

[3] ــ الطالب حمزة نجار ، المرجع السابق ، ص 38

عرفت المادة 26 من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المعدل و المتمم ،على أنها إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين ، مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض.

وتعد بذلك المناقصة الوسيلة الأساسية والقاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية ، كما تعد بمثابة دعوة للمنافسة[1] ، وقد تخصص لمتعهدين وطنيين فتكون بذلك مناقصة وطنية ، كما قد تخصص لمتعهدين دوليين إلى جانب الوطنيين فتكون مناقصة دولية.

والميزة الأساسية للمناقصة هي اعتمادها على الإشهار الذي يعد إجراء إلزاميا، كما أنه بموجبها يتم تخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقدم أفضل عرض ، وتأخذ المناقصة وفقا لنص المادة 28 من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المعدل و المتمم أحد الأشكال التالية :

1 ــ المناقصة المفتوحة l'appel D'offres ouvert :

وهي المناقصة التي يمكن من خلالها لأي متعهد أن يقدم عرضا ، وفقا للمادة 29 من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المعدل و المتمم بمعنى أنه لا يشترط للمشاركة فيها توفر مؤهلات معينة ؛ وبذلك فان جميع المتعاملين متساويين في الترشح للفوز بالصفقة ، ويخص هذا الإجراء عادة المشاريع التي لا تتطلب إمكانيات مادية وبشرية أو مالية كبيرة ، كما أن هذا الإجراء يسمح بالحصول على عدد كبير من المتنافسين ، ما يكرس مبدأ المنافسة، وبإمكان من توفرت فيهم شروط المناقصة العامة المعلن عنها المشاركة فيها وتقديم العرض[2] وبذلك يسمح من خـــلالها الإشتراك لمن يشاء ، وذلك بعد إشهارها عن طريق الإعلان ، وتلتزم المصلحة المتعاقدة باختيار أفضل من يتقدم من المتنافسين من حيث الشروط الدنيا المؤهلة ، كما تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذا النوع بغية إنجاز المشاريع أو الأعمال التي لا تتطلب خبرة فنية أو دقيقة أو معمقة ، كأشغال التنظيف و الصبغ و التجهييز، و تتم الإحالة في مثل هذا النوع من المناقصات على نحو آلي من حيث المبدأ على صاحب أقل عرض

[1] محاضرات في مادة الصفقات العمومية ألقيت على طلبة المدرسة العليا للقضاء من تقديم الأستاذ:بوزيان منصورة.

[2] ــ أ د عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 98 و ص 90 .

لأنه من المفترض أن جميع المتعهدين قادرين على تنفيذ العمل محل الصفقة ، مادام لا يتطلب جوانب فنية معقدة [1] .

2 ــ المناقصة المحدودة :

تعد المناقصة المحدودة صورة من صور المناقصة ، وهي إجراء لا يسمح فيه لتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا[2].

و هي بذلك تعد شكلا خاصا من أشكال المناقصات ، تفرضها بعض التعاقدات التي تتطلب كفاءات فنية خاصة ، حيث يختصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معنيين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذاتهم ، سواء كانوا في الداخل أو في الخارج ، وتختارهم المصلحة المتعاقدة مسبقا لثبوت كفاءاتهم الفنية والمالية .

وعليه يمكن القول أنه بالرغم من أن أسلوب المناقصة المحدودة ، يقتصر على متنافسين معينين ، وأن المصلحة المتعاقدة لها سلطة الاختيار لمن يحق لهم دخول المناقصة ، إلا أن إرساء مبدأ التنافس يظهر من خلال الدعوة للمناقصة.

كما تجدر الإشارة إلى أن المناقصة المحدودة ، تخضع لذات القواعد المقررة بالنسبة للمناقصات المفتوحة ، وذلك فيما يتعلق بكيفية الإعلان عنها ، حيث أخضعها المشرع لإجراء الإشهار الصحفي كما هو الحال في المناقصة المفتوحة[3] .

3 ــ الاستشارة الانتقائية :

هي إجراء يكون فيه المرشحون المسموح لهم بتقديم عرض ، هم المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي واستيفاء الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة[4] .

وتلجأ المصلحة المتعاقدة لهذا الأسلوب ، عندما يتعلق الأمر بعمليات معقدة و/أو ذات أهمية خاصة[5]، وتتم دعوتهم للمنافسة بموجب رسائل استشارة توجه إليهم، وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع قد حدد عددا معينا من المرشحين ، الذين يجب دعوتهم للمنافسة يتمثل في ثلاث

---

[1] ــ الطالب خضري حمزة ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام) جامعة محمد خيضر ، السنة الجامعية 2005/2004 ، ص 14 .

[2] ــ أنظر المادة 30 من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المعدل و المتمم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

[3] ــ أنظر المادة 45 من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

[4] ــ انظرالمادة31 الفقرة الاولى من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

[5] ــ أنظر المادة 31 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

مرشحين على الأقل ، على أن يكونو مسجلين في قائمة مفتوحة بعد انتقاء أولي ، يجدد كل ثلاث سنوات [1]، و في حالة ما إذا كان عدد المرشحين الذين جرى انتقاؤهم أقل من ثلاثة مرشحين، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تباشر الدعوة إلى انتقاء الأولي من جديد[2]، و في حالة ما إذ تمت إعادة إجراء الانتقاء الأولي حسب الطريقة السابقة ، و تم انتقاء أقل من ثلاثة مرشحين ، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة مواصلة الإجراء في حالة العرض الوحيد على أن يتم تقييم هذا العرض ، على أن يستجيب لمتطلبات النوعية و الآجال و السعر.[3] وذلك خلافا لما كان معمولا به في ظل المرسوم الرئاسي 02 ــ 250 ، حيث لم يحدد فيه المشرع عددا معينا من المرشحين.

4 ــ المزايدة :

استقرت الأنظمة القانونية العالمية على أن المناقصة والمزايدة ، هما طريقتان أساسيتان لإبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية ، وفي كلتا الطريقتين فإن المصلحة المتعاقدة تلتزم باختيار أفضل المتقدمين للتعاقد معها ، سواء من الناحية المالية أو الخدمة المطلوبة ،غير أن التقنين الجزائري يعتبر المزايدة شكلا من أشكال المناقصة ، فأسلوب المزايدة تلجأ إليه المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، عندما تريد أن تؤجر أو تبيع شيئا من أملاكها، وتستعملها كذلك عندما تريد أن تحصل على توريدات ، فتلتزم بمقتضاها في الحالة الأولى باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أعلى ثمن ممكن مثل : قيام المؤسسة العمومسة ذات الطابع الصناعي و التجاري بمزايدة لكراء أحد عقاراتها .

أما في الحالة الثانية فإن المصلحة المتعاقدة تلتزم باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا ، ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري[4] ومثال ذلك ما قامت به الدولة إبان الزلزال الذي ضرب منطقة الأصنام (الشلف) ، حيث طلبت توريد بناءات جاهزة لفائدة منكوبي المنطقة ، فاستعملت المزايدة للحصول على الطلبات بأقل ثمن،

---

[1] أنظــر المادة 31 الفقرة الثالثة من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

[2] ــ أنظــر المادة 31 الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

[3] أنظــر المادة 31 الفقرة الخامسة والسادسة من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

[4] المادة 33 من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

و الجدير بالملاحظـــة أن هناك من يعتبر أن المشرع قد أخطـــأ في نص المادة أثناء تعرضه لإختيار المصلحة المتعاقدة ، فعوض قوله أكبر ثمن ، قال أقل ثمن ، و بذلك حسب الإتجاه المذكور أعـــلاه قد وقع في خطـــأ كبير لم يصححه بمناسبة تعديل تنظيم الصفقات العمومية ؛ و هنا نرى أنـــه من المهم أن ننوه إلى ما جاء في نص المادة 02 من المرسوم 236.10 المعدل و المتم و الذي ينص على " لاتطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات ..." و بالتالي يتأكد لنا أن المشرع لم يقع في خطأ ؛ لأنه تناول المزايدة على أنها شكل من أشكال المناقصة ، الهدف منها منح الصفقة للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا ، لأننا في موضع من يريد إنفاق نفقات لا الحصول على إيرادات ، وتبعا لذلك فإن ما يميز المزايدة عن المناقصة ، أن المزاد في الأسلوب الأول (المزايدة) يرسو على من يقدم أفضل العطاء من الناحية المالية ، كون هذا المال سيدخل خزينة الدولة .

أما المناقصة فيرسو المزاد فيها على من يقدم أقل الأثمان ، إذا ما أقيمت فقط على الاعتبار المالي وهذا أيضا أمر طبيعي ، طالما تعلق الأمر بمال عام سيدفع للمتعامل المتعاقد جراء تنفيذ صفقة عمومية .

ويختلف موضوع الصفقة في المزايدة عنه في المناقصة ، فموضوع المناقصة قد يكون إنجاز أشغال أو خدمات أو دراسات أو توريد، بينما موضوع المزايدة يتمثل في أعمال عادية كالبيع والإيجار ، ورغم أن نشاط المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري في أسلوب المزايدة ، إقترب من نشاط الأفراد فصارت هي الأخرى تبيع أو تؤجر، إلا أنه رغم ذلك فقد وصف المشرع هذا العقد بالصفقة العمومية ، وأخضعها لتنظيم الصفقات وأضفى على العملية التعاقدية الطابع الإداري ، وعقد الاختصاص عند نشوب النزاع للقاضي الإداري ، استنادا للمعيار المادي لا العضوي ، المكرس في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

5 ــ المسابقة :

تعد المسابقة شكلا من أشكال المناقصة ، وتعرف على أنها إجراء يضع رجال الفن في منافسة ، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة[1] ما يفيد أن المصلحة المتعاقدة تلجأ للمسابقة ، عندما تريد الحصول على أفضل العروض من قبل "رجال الفن " لفتح المجال أمامهم لتقديم عروضهم ،وفق دفتر شروط يوضح برنامج و نظام المسابقة .

الفرع الثاني: إبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي

التراضي هو استثناء عن أسلوب المناقصة ، التي تعتبر القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية ، و عليه فان التراضي هو إجراء يتم من خلاله تخصيص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة[2] ، وهي طريقة تتمتع من خلالها المصلحة المتعاقدة بقدر كبير من الحرية ، في إختيار طرفها الثاني في العقد ؛ و هي بذلك طريقة أكثر مراوغة لأنها تترك للمصلحة المتعاقدة حرية أكبر لاختيار الشخص الذي ستتعاقد معه ؛ غير انه على المصلحة المتعاقدة أن تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة [3] .

و بهذا الصدد يمكن أن يأخذ أسلوب التراضي شكلين أساسيين ، هما التراضي البسيط و التراضي بعد الاستشارة ، و الجدير بالذكر أن تنظيم هذه الاستشارة ، يكون بكل الوسائل المكتوبة الملائمة ، غير أن إجراء التراضي البسيط يعد قاعدة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية ، لا يمكن اعتمادها إلا في حالات محددة في المادة 43 من المرسوم 10 ــ 236 المعدل و المتمم [4] ، و من خلال ما سبق يمكننا أن نستنتج أنه إذا كان إجراء المناقصة يقوم على الإشهار ، و يعد كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية ، فان إجراء التراضي يقوم على أساس المفاوضات و التراضي بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد [5]، و بالرجوع إلى المادة 27 من المرسوم 236.10 المعدل و المتمم يأخذ التراضي شكلين نوضحهما فيما يلي :

01 ــ التراضي البسيط :

---

[1] انظر المادة 34 من المرسوم الرئاسي 10– 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[2] أنظر المادة 27 من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[3] المادة 42 من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ل و المتمم.

[4] المادة 27 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[5] ــ الطالب حمزة نجار ، المرجع السابق ، ص 53 .

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات التي أشارة إليها المادة 43 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم وتتمثل في :

ـــ عندما تنفذ الخدمات في اطار المادة 07 من المرسوم الرئاسي المذكور اعلاه .

ـــ عندما يتحتم تنفيذ خدمات بصفة استعجاليه ، و لا تتلاءم طبيعتها مع آجال إبرام الصفقات ، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة ، توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال هذه ، ألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها ، و في هذه الحالة يجب أن تتم الموافقة المسبقة ، على اللجوء إلى هذه الطريقة ، في إبرام الصفقات الاستثنائية أثناء اجتماع الحكومة .

ـــ عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية ، أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة ، أو لاعتبارات ثقافية أو فنية ، و توضح الخدمات المعنية باعتبارات ثقافية أو فنية ، بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة و الوزير المكلف بالمالية .

ـــ في حالات الإستعجال الملح المعلل بخطر داهم ، يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان و لا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية ، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال ، و أن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها .

ـــ في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الإقتصاد ، او توفير حاجات السكان الأساسية

ـــ عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية و ذي أهمية وطنية .

ـــ عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية .

ـــ عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج .

02 ـــ التراضي بعد الاستشارة :

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات التالية:

ـــ عندما يتضح أن الدعوة للمنافسة غير مجدية وذلك عند استلام عرض واحد فقط أو لم يتم استلام أي عرض أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط ، أو لم يتم تأهيل أي

عرض ، بعد تقييم العروض المستلمة [1] ، و الجدير بالذكر أن المشرع ترك الخيارللمصلحة المتعاقدة في هذه الحالة إما إعادة إجراء المناقصة أو اللجوء لإجراء التراضي بعد الاستشارة كما لا يفوتنا في هذا الصدد أن نذكر أن المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري يمكنها أنتقوم بابرام عقد إداري دون اللجوء إلى أسلوب المناقصة و ذلك من خلال مايلي :

الإستشارة :

نصت المادة 06 و 06 مكرر من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم على أنه " كل عقد أو طلب بساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار (8.000.000 دج)أو يقل عنه لخدمات الأشغال و اللوازم و أربعة ملايين دينا (400.000 دج) لخدمات الدراسات أو الخدمات ، لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية ، على أن تكون هذه الإستشارة بين ثلاثة (03) متعهدين مؤهلين على الأقل [2]

المطلب الثاني : الرقابة على الصفقات العمومية

إن الأعمال الإدارية كمبدأ عام خاضعة للرقابة الداخلية و الخارجية ، التي تسمح للمصلحة المتعاقدة بمراجعة العمل الإداري من حيث مشروعيته ، سواء الشكلية أو الموضوعية تفاديا للرقابة القضائية و صونا منها لمصداقيتها ، و تمارس الرقابة سواء بطريقة آلية روتينية ، أو بناء على التظلمات أو الطعون التي يرفعها الأفراد ، وتخضع العقود الإدارية أو الصفقات العمومية كغيرها من الأعمال الإدارية ، إلى عدة أشكال من الرقابة ، الداخلية و الخارجية و الوصاية 3 و قد أخضع المشرع الجزائري بمناسبة تعديل تنظيم الصفقات العمومية ، الصفقة العمومية إلى رقابة محكمة ؛ بهدف الحصول على أكبر فاعلية ممكنة

الفرع الاول : الرقابة الداخلية على ابرام الصفقة

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 44 من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المعدل و المتمم والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

[3] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 117 من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المعدل و المتمم والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

تصت المادة 120 من المرسوم 236.10 المؤرخ في 07 اكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم على " تمارس الرقابة الداخلية في مفهوم هذا المرسوم وفق النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة و قوانينها الأساسية ، دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية . " و عليه و من خلال هذا النص تتضح الأهمية التي أولاها المشرع الجزائري لهذا النوع من الرقابة من خلال تبيينه للكيفيات العملية لممارستها ، و محتوى مهمة كل هيئة رقابة و الإجراءات اللازمة لتناسق عمليات الرقابة و فعاليتها [1]

و بهذا الصدد فقد تناول المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم نوعين من الرقابة الداخلية من خلال المواد من المادة 121 إلى المادة 125 منه .

***اولا : لجنة فتح الاظرفة**

نصت المادة 121 من المرسوم المذكور أعلاه على ضرورة أن تحدث في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة متعاقدة ، و جعلت لرئيس المصلحة المتعاقدة صلاحية تعيين أعضائها في إطار الإجراءات القانونية و التنظيمية المعمول بها ، و تتمثل مهمة لجنة فتح الأظرفة فيما يلي :

ــ تثبت صحة تسجيل العروض على سجل خاص .

ــ تعد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة عروضهم ، مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات و التخفيضات المحتملة .

ــ إعداد وصف مختصر للوثائق التي يتكون منها التعهد .

ــ توقع بالحروف الأولى على كل وثائق الاظرفة المفتوحة .

ــ تحرير محضر أثناء انعقاد الجلسة ، يوقعه جميع الاعضاء الحاضرين ، و الذي يجب أن يتضمن جميع التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة .

ــ دعوة المتعهدين ، عند الاقتضاء كتابيا إلى إستكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة باستثناء التصريح بالاكتتاب و كفالة التعهد عندما يكون منصوصا عليها ، و ذلك في أجل عشرة (10) ايام ، تحت طائلة رفض عروضهم ، من قبل لجنة تقييم العروض .

[1] ــ لمزيد من التفصيل المادة 120 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المعدل و المتمم والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

ــ تحرر لجنة فتح الاظرفة عند الاقتضاء ، محضر عدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون .

والجدير بالذكر أن المادة 123 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم المذكور أعلاه ، قد نصت على انه يتم فتح الاظرفة التقنية و المالية في جلسة علنية ، بحضور كافة المتعهدين .

و أما فيما يخص النصاب الواجب توفره لصحة إجتماعات اللجنة ، فيستدعي التساؤل عن جدوى إنشاء لجنة تصح اجتماعاتها بحضور فرد و حيد فيها ، لايشترط فيه حتى أن يكون رئيسها .

و إجمالا فان مهمة هذه اللجنة ينحصر في فتح الأظرفة المقدمة ، تمهيدا لفحص المعطاءات التي تحتويها و التأكد من مطابقتها للشروط المعلن عنها ، بناء على طبيعة المناقصة أو الشروط المطلوبة في المتقدمين للمناقصات العامة [1]

* **ثانيا : لجنة تقييم العروض**

نصت المادة 125 من المرسوم الرئاسي 236.10 المؤرخ في 07 اكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم على إنشائها ، على أن يتولى مسؤول المصلحة المتعاقدة تعيين أعضاؤها بمقرر ، على ان يراعى في اختيار أعضاء اللجنة كفاءتهم في تحليل العروض و بدائل العروض ، شريطة ألا يكونو أعضاء في لجنة فتح الأظرفة ، لتفادي حالات التنافي .

يؤخذ على موقف المشرع بهذا الصدد أنه لم يحدد عدد أعضاء اللجنة و لا معايير الكفاءة ، و لم يبين الجزاء المترتب عن عدم إحترام حالة التنافي ، رغم أن المنطق القانوني يقضي أن يترتب عن ذلك بطلان التشكيلة و بالتالي بطلان أعمالها [2] .

و أضافت نفس المادة أنه بإمكان المصلحة المتعاقدة ان تستعين ، تحت مسؤوليتها ، بكل كفاءة تكلف باعداد تقرير تحليل العروض ، لحاجات لجنة تقييم العروض .

يمر عمل اللجنة بمرحلتين حاسمتين حددهما المشرع و هما :

* المرحلة الأولى :

---

[1] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 15 .

[2] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 15

تقوم اللجنة بالترتيب التقني للعروض ؛ مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة و المنصوص عليها في دفتر الشروط .

*المرحلة الثانية :

تعتبر هذه المرحلة حاسمة و نهائية ؛ حيث يتم في هذه المرحلة دراسة العروض المالية التي قبلت من الناحية التقنية ، بالإضافة إلى أنه يتم من خلال هذه المرحلة مراجعة حسابية تفصيلية للعروض المالية ، و يتم أيضا تصحيح الأخطاء الحسابية الوحدوية و الإجمالية إن وجدت ، نظرا لأهمية النواحي المالية في الصفقة ، وذلك لكون الثمن يمثل محل الوفاء من جانب المصلحة المتعاقدة فيما بعد ، كل ذلك مع مراعاة التخفيضات المحتملة في العروض ، تختار اللجنة إما العرض الأقل ثمنا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية ، و إما أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية ، إذا كان الإختيار قائما على أساس الجانب التقني للخدمات و هنا نجد أن المشرع الجزائري قد فسر المقصود بمصطلح أفضل عرض المنصوص عليه في المناقصة [1]

بالإضافة إلى حق اللجنة في إقصاء العروض التي تتحصل على العلامة الدنيا ، ويمكنها إقتراح رفض عرض مقبول إذا ارتأت أنه سينتج عنه هيمنة المتعامل المقبول على السوق ، أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت لمنع الاحتكار مع ضرورة تعليل قرارها ؛ كما يمكنها أيضا رفض عرض مقبول إذا كان العرض المالي منخفضا بشكل غير عادي لأنه ثبت عن ذلك سوء أداء الخدمة أو غش ، و هذه الصلاحية إستحدثة بموجب المرسو م الرئاسي 338/08 بموجب المادة 21 منه ، و يمكن للمصلحة المتعاقدة على إثر ذلك طلب التوضيحات التي تراها ضرورية .

المستحدث أيضا بالنسبة لهذه اللجنة أن الإستشارة الإنتقائية أصبحت أيضا تمر بمرحلتين ليتم في المرحلة الثانية دراسة المزايا الإقتصادية المالية للعارضين الذين تم إنتقائهم أوليا و تم قبول عرضهم التقني .

و حرصا من المشرع الجزائري على شفافية عملية تقييم العروض ، فانه يمكن للعارضين الذين تم رفض عروضهم الإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم العروض التقنية و المالية ،

[1] ــ الطالب حمزة نجار ، المرجع السابق ، ص 57

في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام ، إبتداء من اليوم الأول من نشر إعــلان المنح المؤقت للصفقة [1]

و الجدير بالذكر و انه و بمناسبة تعديل تنظيم الصفقات العمومية 236.10 بموجب المرسوم الرئاسي 23.12 المؤرخ في 18 جانفي 2012 قد تم تناول مسالة تنازل المتعامل الاقتصادي عن صفقة منحت له قبل تبليغه الصفقة او رفض استلام الاشعار بتبليغ الصفقة في الآجال المذكورة في المرسوم المشار إليه أعلاه ، فانه يمكن للمصلحة المتعاقدة مواصلة تقييم العروض الباقية مع مراعاة مبدأ حرية المنافسة و متطلبات السعر و الجودة و الآجال ، و يمكن في هذه الحالة منع هذا المتعامل الاقتصادي من التعهد في صفقاتها لمدة لا تتجاوز سنة واحدة ، كما يمكنها حجز كفالة التعهد ، إذا اقتضى الأمر ذلك .

الفرع الثاني : الرقابة الخارجية على ابرام الصفقة

تمثل الرقابة الخارجية النوع الثاني من الرقابة على إبرام الصفقات العمومية ، غايتها التحقق من مطابقة الصفقات المراد إبرامها للتشريع و التنظيم المعمول به ، كما لها ايضا صلاحية الرقابة البعدية على إبرام الصفقات العمومية في إطار اختصاصها ؛ وهي بذلك لاتعتبر أجهزة إدارية تنفيذيا، إذ ليس لها أي دور تنفيذي وإنما تدخل في إطار الوحدات المساعدة الاستشارية [2] ، و قد نص المشرع الجزائري على أربع أنواع من لجان للصفقات العمومية ، و سيتم التطرق في هذه المرحلة من الدراسة إلى اختصاص كل لجنة ، و إلى نتيجة عملها الرقابي قبل و بعد إبرام الصفقة العمومية .

أولا : إختصاصات لجان الصفقات العمومية

تناول المشرع الجزائري إختصاص لجان الصفقات العمومية القبلية و البعدية بالمواد من المادة 142 إلى المادة 156 .

أ ــ اللجان الوطنية و اللجان القطاعية للصفقات العمومية :

[1] ــ أنظر المادة 125 الفقرة ماقبل الأخيرة من المرسوم الرئاسي 10 ــ 236 المعدل و المتمم والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

[2] حمزة نجار ، المرجع السابق ، ص 59

أولا المشرع الجزائري اللجان الوطنية و اللجان القطاعية للصفقات العمومية أهمية كبيرة وفصل في تشكيلتها و مهامها في المواد من المادة 142 و 142 مكرر الى المادة 156 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم ، و قد تم تحديد ثلاث لجان وطنية هي :

*اللجنة الوطنية لصفقات الاشغال .

* اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم .

* اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات .

و تجدر الإشارة الى انه و في إطار تعديل المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ؛ انه أصبح بإمكان كل دائرة وزارية أن تنشأ لجنة قطاعية للصفقات العمومية ، تكون مختصة في حدود المستويات المالية المحددة في المادة 148 مكرر و المادة 148 مكرر1 .

وتجدر الإشارة الى أن اللجان الوطنية و اللجان القطاعية تختص بحسب ما نصت عليه المادة 143 بمايلي :

ـــ تساعد المصلحة المتعاقدة في مجال تحضير الصفقات العمومية و إتمام تراتيبها .

ـــ تساهم في إعداد تنظيم الصفقات العمومية .

– رقابة مدى قانونية إبرام كل صفقة عمومية ، في حدود المبالغ .

***<u>اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال</u> :**

تفصل في مجال الرقابة في كل مشروع قد ينجز لفائدة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، إذا كان مبلغ الصفقة يفوق مليار دينار (1.000.000.000 دج) و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة [1] في حدود المستوى المبين في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم .

*** اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم :**

تفصل في مجال الرقابة في كل مشروع ، قد يتم من خلاله توريد لوازم لفائدة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، إذا كان مبلغ الصفقة يفوق مبلغها عن ثلاثمائة

[1] ـــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 146 من المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

مليون دينار (300.000.000 دج) و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة [1] في حدود المستوى المبين في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم .

***اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات و الخدمات :**

تفصل في مجال الرقابة في كل مشروع قد تنجز من خلاله أي دراسة أو يتم من خلاله تقديم خدمات لفائدة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، إذا كان مبلغ الصفقة يفوق مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة [2] في حدود المستوى المبين في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم .

- ❖ كما تختص اللجنة القطاعية ، المنشأة لدى كل دائرة وزارية و المشار إليها في المادة 142 مكرر و المستحدثة بمناسبة تعديل المرسوم الرئاسي 236.10 بدراسة كل مشروع صفقة من الصفقات التالية [3]:

***اللجنة القطاعية لصفقات الأشغال :**

تفصل في مجال الرقابة في كل مشروع ، قد ينجز لفائدة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، إذا كان مبلغ الصفقة يفوق مليار دينار (1.000.000.000 دج) و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة[4] في حدود المستوى المبين في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم .

* **اللجنة القطاعية لصفقات اللوازم :**

تفصل في مجال الرقابة في كل مشروع ، قد يتم من خلاله توريد لوازم لفائدة المؤسسة ذات الطابع الصناعي و التجاري ، إذا كان مبلغ الصفقة يفوق مبلغها عن ثلاثمائة مليون دينار

---

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 147 من المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 148 من المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[3] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 148 مكرر من المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ..

[4] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 148 مكرر الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ..

(300.000.000 دج) و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة [1] ، في حدود المستوى المبين في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم .

***اللجنة القطاعية لصفقات الخدمات :**

تفصل في مجال الرقابة في كل مشروع ، قد يتم من خلاله تقديم خدمات لفائدة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، إذا كان مبلغ الصفقة يفوق مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة [2] ، في حدود المستوى المبين في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم .

***اللجنة القطاعية لصفقات الدراسات :**

تفصل في مجال الرقابة في كل مشروع ، قد تنجز من خلاله أي دراسة لفائدة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، إذا كان مبلغ الصفقة يفوق ستين مليون دينار (60.000.000 دج) و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة [3] ، في حدود المستوى المبين في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم .

ب ــ اللجنة الوزارية للصفقات العمومية

أولا المشرع الجزائري اللجنة الوزارية للصفقات العمومية أهمية كبيرة وفصل في تشكيلتها في المادة 133 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم المذكور اعلاه ، و حدد مهامها ضمن الحدود المرسومة في المواد 146 و 147 و148 و 148 مكرر ، وتختص برقابة كل صفقة عمومية ، تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري الوطنية في حدود المبالغ التالية :

ــ صفقات الأشغال التي مبلغها يساوي أو يقل عن مليار دينار (1.000.000.000 دج) .

---

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 148 مكرر الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ..

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 148 مكرر الفقرة الثالثة من المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[3] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 148 مكرر الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

ــ صفقات اقتناء اللوازم التي مبلغها يساوي أو يقل عن ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000دج).

صفقات خدمات التي مبلغها يساوي أو يقل عن مائتي مليون دينار (200.000.000دج).

ــ صفقات دراسات التي مبلغها يساوي أو يقل عن ستين مليون دينار (60.000.000دج).

و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم .

ج ــ اللجنة الولائية للصفقات العمومية:

أولا المشرع الجزائري اللجنة الولائية للصفقات العمومية ، أهمية كبيرة وفصل في تشكيلتها في المادة 135 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم المذكور اعلاه ، و حدد مهامها ضمن الحدود المالية التي تساوي أو تقل الحدود المرسومة في المواد 146 و 147 و148 و 148 مكرر ، وتختص برقابة كل صفقة عمومية ، تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري المحلية في حدود المبالغ التالية :

ــ صفقات إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم التي مبلغها يساوي أو يفوق مائتي مليون دينار (200.000.000دج) .

ــ صفقات الخدمات التي مبلغها يساوي أو يفوق مبلغ خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) .

ــ صفقات الدراسات التي مبلغها يساوي أو يفوق مبلغ عشرين مليون دينار (20.000.000 دج) .

و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم .

د ــ اللجنة البلدية للصفقات العمومية:

أولا المشرع الجزائري اللجنة الولائية للصفقات العمومية ، أهمية كبيرة وفصل في تشكيلتها في المادة 137 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم المذكور اعلاه ، و حدد مهامها ضمن الحدود المنصوص عليها في المادة 136 من المرسوم المذكور أعلاه ، وتختص برقابة كل صفقة عمومية ، تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري البلدية في حدود المبالغ التالية :

ــ صفقات إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم التي مبلغها يقل عن مبلغ مائتي مليون دينار (200.000.000دج) .

ــ صفقات الخدمات التي مبلغها يقل عن مبلغ خمسيــن مليون دينار (50.000.000 دج)

ــ صفقات الدراسات التي مبلغها يقل عن مبلغ عشريــن مليون دينار (20.000.000 دج)

و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم .

ثانيا: النتائج المترتبة عن الرقابة الخارجية على الصفقة العمومية

إذا كانت غاية الرقابة الخارجية تنبني على التأكد من إجراءات الصفقة عموما و هي بذلك ترتكز على التأكد من الجوانب المتعلقة من تمكين المنافسة الواسعة ، وذلك لا يتأتى إلا من خلال إضفاء شفافية على الإجراءات التى تحقق العدالة وفق المبادئ المعلن عنها و هي بذلك ماضية لا محالة من أجل التأكد من مدى تحقق العدالة بين المتنافسين ، و لا يتأتى ذلك

إلا من خلال تمكين المنافسة الواسعة ، و حرية المشاركة في الصفقة العمومية .

وعند ممارسة لجان الصفقات للرقابة المنوطة بها ، فإنها تصدر أعمالا ذات طبيعة إدارية تتمثل في منح آراء أو تأشيرات أوقرارات، بحسب الحالة وبحسب موضوع الرقابة [1].

* تصدر مقرر (تأشيرة) عند دراسة مشاريع دفاتر الشروط قبل إعلان المناقصة أو عند الإقتضاء التراضي بعد الإستشارة [1]، إن هذه الصيغة المستعملة "مقرر (تأشيرة) " يطرح إشكالا قانونيا في تحديد طبيعة هذا العمل القانوني ، ومــدى إمكانية المنازعة فيه .

[1] ــ الطالب حمزة نجار ، المرجع السابق ، ص 18

* فبالنسبة لتقديم المساعدة في تحضير الصفقات العمومية وإتمام ترتيبها، فان لجنة الصفقات العمومية المختصة(في حدود المبالغ المنصوص عليها في المواد136 و 146 و 147 و 148 و 148 مكرر من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم) تقدم أراء، حول كل طعن يقدمه أي متعهد يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أو إجراء التراضي بعد الإستشارة خلال أجل عشر (10) أيام إبتداء من تاريخ أول نشـــر لإعـــلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة حيث تصدر لجنة الصفقات المختصة رأيا في اجل خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ أجل العشرة أيام [2] .

* إصدار " تأشيرة " من أجل تنفيذ الصفقة التي تم الفصل في منازعات قرار المنح المؤقت المتعلقة بها (في حالة وجود طعن في قرار المنح المؤقت)، حسب نص المادة 143 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم، و الجدير بالذكر أن إصدا التأشيرة المذكور أعـــلاه يعتبر إجراء موقفا لتنفيذ الصفقة، ذلك أنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تأمر بالشروع في التنفيذ ما لم تتحصل عليها، ولا يحق لها تجاوزها في حالة رفض اللجنة منحها التأشيرة ، ولا يجوز إلغاء إجـــراء صفقة أو منحها المؤقت إلا عن طريق الموافقة المسبقة من مسؤول المؤسسة ذات الطابع الصناعي و التجاري أو الوالي أو الوزير المعني حسب الحالة[3].

وحسب المادة 170 من المرسوم الرئاسي 236.10 فإنه يترتب في حالة رفض لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة (للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري) منح تأشيرة مايلي:

---

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 132 من المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظـــر المادة 114 الفقرة الأولى و الثانية من المرسوم الرئاسي 10.236 المعدل و المتمم.

[3] ــ لمزيد من التفصيل أنظـــر المادة 114 من المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

ــ يمكن للوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة المعني ، بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل و يعلم الوزير المكلف بالمالية بذلك .

ــ كما يمكن للوالي في حدود صلاحياته و بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل و يعلم وزير الداخلية و الجماعات المحلية ووزير المالية بذلك .

ــ كما يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي في حدود صلاحياته ، و بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة ، أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل و يعلم الوالي المختص بذلك .

ــ وفي جميع الحالات ، تسلم نسخة من مقرر التجاوز الى الوزير المكلف بالمالية و لجنة الصفقات المعنية و مجلس المحاسبة .

كما تناولت المادة 171 من المرسوم الرئاسي 236.10 المذكور أعــلاه فانه إذا رفضت اللجان الوطنية أو اللجان القطاعية للصفقات منح التأشيرة ، يمكن مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني ، بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل .

وترسل نسخة من مقرر التجاوز إلى الوزير المكلف بالمالية و إلى اللجنة الوطنية أو اللجنة القطاعية للصفقات المعنية و إلى مجلس المحاسبة .

والجدير بالذكر أنه مهما يكن من أمر لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز في حالة رفض التأشيرة المعلل لعدم مطابقة الأحكام التشريعية ،و يمكن اتخاذ مقرر التجاوز في حال رفض التأشيرة المعلل لعدم مطابقة الأحكام التنظيمية

ومهما يكن من أمر ، فإنه لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز بعد أجل تسعين (90) يوما إبتداء من تاريخ تبليغ رفض التأشيرة [1].

ومهما يكن من أمر فإن هذه التأشيرة ليست شرطا لانعقاد الصفقة وإنما شرط لنفاذها، إذ بدونها لا يمكن للمصلحة المتعاقدة إصدار أمر الشروع في الخدمة للمتعاقد معها [1]

[1] ــ أنظر المادة 172 من المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

ــ إصدار " تأشيرة " من أجل تنفيذ الصفقة التي تم الفصل في منازعات قرار المنح المؤقت المتعلقة بها، حسب نص المادة 143 من المرسوم الرئاسي 02-250، والذي تعتبر إجراء موقفا لتنفيذ الصفقة، ذلك أنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تأمر بالشروع في التنفيذ ما لم تتحصل عليها، ولا يحق لها تجاوزها في حالة رفض اللجنة منحها التأشيرة إلا عن طريق رفع تقرير للوزير أو الوالي حسب الحالة.

الفرع الثالث: رقابة الوصاية.

تناول المشرع في المادة 127 من المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم موضوع الرقابة الوصائية التي تمارسها السلطة الوصاية على أنها تهدف إلى التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية و الإقتصاد ، و التأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلا في إطار البرامج و الأسبقيات المرسومة للقطاع ، كما أسهبت المادة المذكورة أعلاه أنه عند التسليم النهائي للمشروع ، تعد المصلحة المتعاقدة تقريرا تقييميا عن ظروف إنجازه و كلفته الإجمالية مقارنة بالهدف المسطر أصلا ، على أن يرسل هذا التقرير ، حسب طبيعة النفقة الملتزم بها ، إلى الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني ، و كذلك إلى هيئة الرقابة الخارجية المختصة ، و الجدير بالذكر أن تنظيم الصفقات العمومية قد خص هذا النوع من الرقابة بمادة وحيدة ، وجعلها رقابة ملائمة.

إن المشكل الذي يطرحه هذا النوع من الرقابة على صفقات المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، هو تحديد الجهة الوصية المخولة بهذا النوع من الرقابة.

فإذا علمنا أن المؤسسة العمومية هي شخص معنوي عام يتمتع بالإستقلال المالي، وأن القانون 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية نص في المادة 45

[1] ــ ذلك أن الصفقة تنعقد بمجرد الموافقة عليها، مثلما سوف نبينه أدناه، إن المنهجية العلمية تقتضي منا ذكر شروط الإنعقاد قبل التطرق إلى شروط نفاذ الصفقة غير أن أهمية دراسة الموافقة كعنصر في الصفقة وتبيان آثارها هي التي حتمت علينا اتباع منهجيتنا هاته، بالإضافة إلى أن المشرع ذاته لم يتبع منهجية علمية دقيقة بمناسبة إصدار المرسوم الرئاسي 02-250، أين عالج موضوع الموافقة في المادة 7 منه، قبل التطرق حتى إلى طرق إبرام الصفقة.

منه على أن علاقاتها ذات صفة مزدوجة، فهي تاجرة في مواجهة الغير، وتخضع للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقتها مع الدولة، من دون تحديد للمقصود بهذه القواعد 1.

وعند الرجوع إلى القواعد العامة للقانون الإداري نجد أنه لا وصاية إلا بنص قانوني صريح وفي الحدود التي يسمح بها، لأن "الإستقلال هو الأصل والوصاية هي الاستثناء "2، على الرغم من أنها لا تتعارض مع الاستقلالية العضوية للمؤسسة العمومية 3 التي تعتبر شكلا من أشكال اللامركزية المرفقية .

لذا لا بد من الرجوع إلى المادة 46 من ذات القانون 4 فيما يتعلق بالمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الوطنية، وللمادة 154 من قانون البلدية 5، والمادة 147 من قانون الولاية 6، فيما يتعلق بالمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري المحلية، التي توجهانا إلى النصوص التنظيمية لاعتمادها كمعيار قانوني لمعرفة مشروعية الرقابة الوصائية وتحديد أساسها القانوني ومداها والجهة المخولة بممارستها، فبالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الوطنية، يعود الإختصاص للوزارة الوصية على قطاع نشاطها، أما بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الولائية أو البلدية فيعود الإختصاص للولاية أو البلدية التي أنشأتها.

ومهما يكن من أمر، فإن هذه الرقابة تستمر حتى بعد تنفيذ الصفقة، ذلك أن المادة 127 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم تنص في الفقرتين 2 و3 منها على أنه عند التسليم النهائي للمشروع تعد المصلحة المتعاقدة تقريرا تقييميا عن ظروف إنجاز المشروع وكلفته الإجمالية مقارنة بالهدف المسطر أصلا، ويرسل هذا التقرير حسب طبيعة النفقة

[1] حسب المادة 45 من القانون 88-01 .

[2] الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 19 .

[3] الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 19 .

[4] أنظرالمادة 46 من القانون 88-01 .

[5] حسب المادة 154 من القانون 11-10 المؤرخ في 2011/06/22 المتضمن قانون البلدية.

[6] حسب المادة 147 من القانون 12-07 المؤرخ في 2012/02/21 المتضمن قانون الولاية.

الملتزم بها إلى الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، وكذا إلى هيئة الرقابة الخارجية المختصة.

ويمكن للجهة الوصية متابعة مدى تقدم إنجاز الصفقات المبرمة وطلب المعلومات التي تراها ضرورية في كل وقت، كما لها القيام بتفتيشات مفاجئة كلما رأت داعيا لذلك[1].

و عليه تمكن الرقابة الوصائية البعدية من تقييم الجدوى الفعلية للمشروع مقرنة بالدراسات المتعلقة بالجدوى و التي تمكن السلطة الوصية من الإطلاع على ظروف إنجاز المشروع و احترام الآجال ، و الإطلاع على العقبات التي اعترضت الإنجاز و مدى تطابق الإنجاز مع الأهداف المتوخاة ، و احترام الإعتمادات المفتوحة [2]

المبحث الثاني: الموافقة على الصفقة العمومية.

من خلال دراستنا للضمانات المقررة في عملية ابرام الصفقات العمومية في مرحلة تكوينها ، يتجلى لنا بوضوح اتساع نطاق الأحكام والضوابط القانونية لتشمل جميع مراحل الصفقة بدء بإعدادها وتحديد الاحتياجات مرورا بإعلان واطلاق عملية الدعوة للتعاقد إلى غاية الرقابة المفروضة على عملية الإبرام ، بحيث جاءت جل الضمانات لتأكد حرص المشرع على تحقيق الأهداف المتوخاة من الصفقة العمومية ألا وهي إشباع الحاجات العمومية وتحقيق المصلحة العامة [3].

و عليه فان قرار المنح المؤقت بإرساء المناقصة على أحد المتعهدين، ليس آخر خطوة في التعاقد، " بل ليس إلا إجراء تمهيديا "، أما التعاقد بالمفهوم القانوني الصحيح الوارد في المادة 54 من القانون المدني، والمقصود به توافق إرادتين أو أكثر من أجل ترتيب أثر قانوني معين [4]، فإنه لا يترتب إلا بناء على خطوة أخرى تختص بها هيئة أخرى .

---

[1] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 19

[2] ــ الأستاذ خرشي النوي ، تسيير المشاريع ، دار الخلدونية ، ص 410 .

[3] ــ الطالب بحري اسماعيل ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، جامعة الجزائر ، بن يوسف بن خدة ، السنة الجامعية ، 2009/2008 ص 38 .

[4] حسب المادة 54 من القانون المدني.

قبل الشروع في دراسة هذه المرحلة لا بد من الإشارة إلـــى أن مصـــطلح الموافقـــة لا يتلاءم مع نظام الصفقات العمومية بالطريقة التي قررها المشرع الجزائـــري فيمـــا يتعلـــق بصفقات المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، لأن الموافقة تتعلق بذلك العمل القانوني الصادر عن الجهة المخولة قانونا بممارسة الرقابـــة الوصـــائية علـــى المصـــلحة المتعاقدة 1، لذا ففي حقيقة الأمر أن الأمر يتعلق بإمضاء الصفقة العمومية لصـــدوره مـــن ممثل المصلحة المتعاقـــدة، غيـــر أنه سيستعمل نفس المصطلح الذي جاء في نص المرسوم الرئاسي 2.

بعد إبداء هذه الملاحظة الأولية، سيتم التطرق إلى تحديد المعنى القانوني للموافقة علـــى الصفقة، والآثار القانونية المترتبة عليها، فيما يلي:

المطلب الأول: تحديد المقصود بالموافقة على الصفقة العمومية.

إذا كانت العقود الإدارية بشكل عام يتم تكوينها و انعقادها مثل العقود المدنية و التجارية عند تلاقي رضا كل من الطرفين المتعاقدين في جميع عناصر و شروط العقد العقد و ذلـــك في صورة إيجاب و قبول فان الصفقات العمومية التي تعد إحدى أهم عقود الإدارة و التـــي تختلف عن عقود القانون الخاص من حيث عملية الإبرام في طريقـــة الإفصـــاح عـــن إرادة السلطة الإدارية ، حيث تتم عملية التعبير عن إرادة الإدارة المتعاقدة في شكل عقـــد مركـــب و لا يتأتى ذلك إلا بعد قطع مراحـــل متعـــددة و مختلفـــة و بإتباع مجموعـــة من المراحل و الإجراءات الضرورية 3 .

و الجدير بالذكـــر فان موضـــوع الموافقة في مجال الصفقات العمومية، يعتبـــر مـــن المواضيع الدقيقة جدا ، والتي شهدت خلافات كبيرة بين رجال القانون الإداري الفرنســـيين،

---

[1] وهو الشيء الذي لا يتوفر في موضوع هذه المذكرة، ذلك انه سبق وأن بينا حدود الرقابة الوصـــائية الممارســـة علـــى المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وأكدنا أنها رقابة ملاءمة بعدية.

[2] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 19

[3] ــ الطالب بحري اسماعيل ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، جامعة الجزائر ، بن يوسف بن خدة ، السنة الجامعية ، 2009/2008 ص 22

نظرا لموقف القانون الفرنسي، وقضاء مجلس الدولة هناك ، وذلك لتعلق الأمـــر بصـــفقات المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والتي تتمتع بصفة التاجر تجـــاه الغيـــر المتعامل معها، وعلاقاتها خاضعة للقانون الخاص كما أشرنا سابقا ، إضافة إلى أن المشرع لم يخصص لهذه المرحلة سوى مادة وحيدة، غير أنه يمكن الاعتماد على مختلف النقاشـــات التي دارت في فرنسا، لارتباطها بالصفقة العمومية باعتبارها عقد تـــم تنظـــيم الإجـــراءات القانونية المتعلقة بها بنص قانوني استمد أصوله ومبادئه من القانون الفرنسي.

الفرع الأول: المدلول القانوني للموافقة.

بعد البحث العميق حول المدلول القانوني للموافقة على الصفقة لم نجد من أشار إليـــــه سوى ما كتب في إحدى مذكرات التخرج بالمدرسة الوطنية للقضـــاء حيث تم الإشـــارة إلى ذلك و تم الإستشهاج برأي كل من ديلوبادير، مودارن وديلفولفي عنـــد دراســـة المدلـــــول الـــقانـــوني للموافقة ""Approbation " والآثار المترتبة عنها، حيث تم إعتبارها جـــزء من عملية معقدة متعلقة بتكوين الصفقة في حد ذاتها ، ففي حين يرى اتجاه واسع من الفقهاء الفرنسيين أنه قبل الموافقة، أوفي حالة غيابها فإنه لا وجود للصفقة ، متخذين بذلك " موقفـــا متطرفا " ، مرتكزين لتأسيسه على ما جاء في القضاء الفرنسي الذي قضى أنه في هذه الحالة " لا يوجد سوى مشروع اتفاق" .

وكان القضاء الإداري الفرنسي في قضايا عدة قد قضى بـــ " أننا في فترة انتظـــار، لا يكون فيها العقد كاملا بسبب عدم الموافقة، ويمكن أن لا يصبح كاملا أبدا لهذا السبب " .

كما قضى بأن الأمر يتعلق بمجرد " مشروع اتفاق لم تتولد عنه أية رابطة قانونية بعد" .

هذا وقد صرح أن " أي عقد غير موافق عليه لا يعتبر نهائيا " [1]، وقد تناولت المـــادة 8 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم نفـــس

[1] ـــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 21

المصطلح إذ نصت على " لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة" 1.

و عليه فانه لا وجود للرابطة التعاقدية ، لذا فأية رابطة قد توجد فليس لها طبيعة تعاقدية ، وهو الرأي يبدو صائبا لدينا عندما يتعلق الأمر بموافقة يكون اختصاص إصدارها الشخص المعنوي المتعاقد ذاته، ويخالفونه الرأي إذا كانت السلطة الوصية هي المختصة بإصدارها، ذلك أن الموقف الذي اتخذه غاستون جيز يجعل الموافقة في هذه الحالة عنصرا داخلا في تكوين الصفقة ذاتها.

وفي نفس الموضوع يرى جورج فودال George Vedel أنه " عندما ينبغي أن تصدر الموافقة عن سلطة تعمل باسم الشخص العام الذي جرى إبرام العقد لحسابها يكون للموافقة مدى مختلف، إنها شرط الإلتزام التعاقدي للشخص العام المعني " 2، فهي شرط انعقاد إذن وليست شرطا لنفاذ العقد.

إن اسقاط هذا النقاش الفقهي على ما جاء في المادة 8 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم يدفع اتخاذ نفس الموقف على اعتبار أن الموافقة ــ مثلما هي منظمة بهذا النص ــ هي التي تجعل الصفقة صحيحة ونهائية، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية لأنها صادرة عن الممثل القانوني للشخص المعنوي المتعاقد، على اعتبار أن المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري هو السلطة المختصة بالموافقة على الصفقة، أي أن عملية التعبير عن إرادة المؤسسة في التعاقد من اختصاص هذه الهيئة 3.

---

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 08 من المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[2] د/ جورج فودال، بيار ديلفولفي، القانون الإداري، الجزء 1،ص 337، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2001.

[3] هذا هو الرأي الذي يقول به د/ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 303.

فالموافقة إذن هي شرط انعقاد إذ تجعل الصفقة تنعقد صحيحة ونهائية مرتبة لكل آثارها، ذلك أن "التزامات المتعاقدين لا تبدأ إلا من هذه اللحظة، أما قبل ذلك نكون في دور التكوين " ، ولذا لا يمكن اعتماد رأي كل من ديلوبادير، مودارن وديلفولفي اللذين يعتبرون أن الموافقة تعتبر شرطا موقفا لنفاذ العقد فقط، مستندين في ذلك إلى ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي ، لتعلق الأمر هنا بإجراء صادر عن الهيئة المكلفة بالرقابة الوصائية، وهو ما لا يتوفر في حالتنا هاته كما سبق بيانه 1.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الموافقة على الصفقة العمومية.

يترتب على الموافقة على الصفقة العمومية إنعقادها و ذلك لايتحقق إلا من خلال التأكد من إحترام القواعد المتعلقة بها ، وتلك المتعلقة بالصلاحيات المقررة قانونا للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، و الحقوق المقررة للمرشح للتعاقد معها، و بعد التمعن الدقيق في تنظيم الصفقات العمومية لاسيما المادة 08 منه يمكننا أن نتوصل إلى النتائج التالية :

– الموافقة حسب نص المادة 8 من المرسوم الرئاسي 10–236 تجعل الصفقة نهائية، فبدونها لا تكون كذلك ، وعليه لا يكون الأطراف ملزمين بتنفيذ ما جاء فيها، فإذا شرع المرشح الذي صدر قرار المنح المؤقت لصالحه في تنفيذ الصفقة من تلقاء نفسه، فإنه يتحمل تبعة ذلك، ولو وصل إلى علم المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري نباء قيامه بذلك ولم تعترض عليه ، إذ في هذه الوضعية لا يمكنه التمسك بأحكام الصفقة ولا بالأحكام المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 10–236 للمطالبة بالحقوق المقررة فيهما، وإنما بأحكام القانون المدني المتعلقة بالإثراء بلا سبب 2، أما إذا شرع المرشح للتعاقد في تنفيذ الصفقة بناء على طلب المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، أو صدرت عنها موافقة لاحقة ، فإن الأمر يختلف ، إذ يمكنه التمسك بأحكام الصفقة والنظام القانوني المقرر في المرسوم الرئاسي 10–236 .

[1] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 22

[2] ــ أنظر المواد 141 و 142 من القانون المدني .

– القول بأن الصفقة لا تكون نهائية إلا بعد الموافقة عليها يترتب عليه أن الحقوق الناتجة عن الصفقة لا تكون مكتسبة إلا بناء على الموافقة ، وأنه يحق للمترشح الذي صدر قرار المنح المؤقت لصالحه أن يتراجع عن المناقصة بعد الآجال المقررة لبقائه ملتزما ، متى تمت الموافقة عليها .

– المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري حرة في الموافقة أو عدم الموافقة، ولذا إذا رفضت التعاقد لا يمكن للطرف الآخر إلزامها بذلك، شريطة أن تصدر عدم الموافقة من الجهة المختصة قانونا بالتعبير عن إرادتها، وهي مديرها العام أو مديرها، ذلك أن الموافقة هي تعبير عن القبول بالنسبة للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

إذن فعدم الموافقة يجعل الصفقة غير منعقدة، غير أن المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، باتخاذها هذا الموقف لا يعني أنه لا وجود لآثار قانونية ترتبت عن ذلك .[1]

المطلب الثاني: الآثار القانونية لعدم الموافقة على الصفقة العمومية.

يبدو للوهلة الأولى ألا نتيجة أو أثر يترتب عن عدم الموافقة على الصفقة العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري مع المرشح للتعاقد الذي كان من المفترض أن يتم التعاقد معه و الذي صدر قرار المنح المؤقت لصالحه وبالتالي ليس له أن يطالب بالتعويض جراء عدم الموافقة على الصفقة هذا من وجهة نظر القاضي الإداري ، غير أنه و من و جهة نظر القاضي المدني فيمكنه أن يطلب تعويضا إذا ما إبتدء الأشغال بعد صدور قرار المنح المؤقت لصالحه و لم يكن قد تلقى بعد أمرا بابتداء تنفيذ الصفقة وذلك ما يعني تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب، والتي ينظمها القانون المدني في المادتين 141 و142 منه[2] و التي تم الإشارة إليهما سابقا، وهو ما سنتناوله فيمايلي .

الفرع الأول: مصير الصفقة التي لم يتم الموافقة عليها.

[1] ـ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 23

[2] حسب المادتين 141 و 142 من القانون المدني .

بعد إستيفاء المراحل القانونية التي نص عليها المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم إلى حد الوصول إلى مرحلة منح الصفقة غير أنه و في حالة عدم إمضاء الصفقة من طرف الممثل القانوني للمؤسسة فان المآل القانوني المقرر لهذه الصفقة هو عدم الإنعقاد ، و بذلك لن يترتب أي أثر قانوني، والسبب في ذلك هو أن الأثر القانوني لا يترتب إلا من اليوم الذي تصبح فيه الصفقة نهائية، وهو ما لا يتحقق إلا من تاريخ الموافقة عليها كما تم الإشارة إليه أعلاه ، و الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري في المادة 8 من المرسوم الرئاسي 10-236 قد تناول صراحة هذا الموضوع فقد نصت على أنه: " لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا من يوم الموافقة عليها من السلطة المختصة " و التي قد تكون ممثلة في الوزير ، المسؤول ، الوالي ، رئيس المجلس الشعبي البلدي ، المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ....

ونفس النتيجة نتوصل إليها إذا ما اعتمدنا على نص المادة 62 من المرسوم الرئاسي 10-236 التي تنص على أنه: " يجب أن تشير كل صفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم، ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات التالية:

* التعريف الدقيق بالاطراف المتعاقدة.

* هوية الاشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة و صفتهم .

*موضوع الصفقة محددا و موصوفا وصفا دقيقا .

*المبلغ المفصل و الموزع بالعملة الصعبة و الدينار الجزائري حسب الحالة .

* شروط التسديد .

* أجل تنفيذ الصفقة .

* بنك محل الوفاء .

* شروط فسخ الصفقة .

* تاريخ توقيع الصفقة ومكانه...."، فهذه المادة تجعل من الإمضاء شكلا جوهريا في كل صفقة عمومية، وعلى الرغم من أنها لا تنص صراحة على الأثر المترتب عن عدم إمضاء الصفقة، والذي هو التعبير الشكلي عن موافقة الجهة المختصة بإصداره، إلا أن القواعد العامة للتعاقد تجعلنا نؤكد أن عدم الإمضاء معناه عدم وجود ما يثبت تعبير المتعاقد عن قبوله، وبالتالي عدم انعقاد الصفقة أصلا، فلا ترتب أي أثر قانوني.

ولذلك فإنه لا يحق للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ولا للمرشح للتعاقد معها، الإدعاء بأي حق ناتج عن الصفقة أو الإدعاء في مواجهة الآخر بأي التزام مترتب عنها .

وفي مقابل ذلك يمكن لكل من الطرفين التمسك بعدم ترتيب الصفقة التي لم تتم الموافقة عليها لآثارها القانونية، والسبب في ذلك أننا أمام تصرف قانوني لا يتوفر فيه الشرط الضروري لانعقاده صحيحا، لأن الصفقة في هذه الحالة تكون غير نهائية، ودور القاضي الإداري في مثل هذه الحالة ينحصر في تقرير أن الصفقة لا ترتب أي أثر قانوني 1، غير أنه يمكن للمرشح لتعاقد مع المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري مقاضاة الإدارة أمام القاضي المدني (بأحكام القانون المدني المتعلقة بالإثراء بلا سبب 2) و مطالبتها بالتعويض، وذلك في الحالة التي يكون قد شرع في تنفيذ الأشغال أو الخدمات أو التوريدات أو الدراسات محل الصفقة غير الموافق عليها ، إذا ترتب عن هذا الشروع في التنفيذ حصول المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على منفعة .

الفرع الثاني: الحقوق المحتملة في تعويض المرشح للتعاقد.

في خلال تحضيرنا لهذه المذكرة لم نتمكن من تعميق البحث حول هذه النقطة بالذات بسبب عدم توفر المراجع و قلتها، لاسيما و إن تعلق الأمر بالصفقة العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري وهو ما حرمنا من اخذ العدد الكافي من الآراء والمواقف، لذا سنستعين في هذا الجزء من المذكرة بالمذكرة الوحيدة التي أمكننا أن

[1] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 23

[2] ــ أنظر المواد 141 و 142 من القانون المدني .

نحصل عليها و التي تعود إلى أحد الطلبة القضاة ، مضافا إليها إستنتاجاتنا التي رأينا أن نضيفها ، و بعد التمعن الدقيق ذهبنا إلى ما ذهب إليه الطالب القاضي فارس خنوش في مذكرته المشار إليها أعلاه ، حيث وجدنا أن المسألة لا تخلو من حلين، لذلك سنقوم بتقديمهما من خلال هذا الجزء.

قد تختلف المواقف والآراء حول هاته الحقوق، وتنقسم إلى مجموعتين، بالنظر إلى الحجج القانونية والقضائية التي يمكن الإعتماد عليها [1].

الرأي الأول:

إن عدم إمضاء الصفقة من طرف الممثل القانوني للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري فانه من الأكيد سيكون مآلها القانوني هو عدم الإنعقاد أو عدم الإبرام ، و بذلك لن يترتب أي أثر قانوني تجاه الطرفين ، والسبب في ذلك هو أن الأثر القانوني لا يترتب إلا من اليوم الذي تصبح فيه الصفقة نهائية ، وهو ما لا يتحقق إلا من تاريخ الموافقة عليها ، حسبما نص على ذلك المشرع الجزائري صارحتا في المادة 8 من المرسوم الرئاسي 10-236 و بما أنه يمكن للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، أن ترفض الموافقة لأسباب المشروعية أو لأسباب الملائمة، من دون أن يترتب عن ذلك أية مسؤولية عليها، متى كان هذا الرفض مبررا.

و أمام هذا الوضع يتضح الإختلال في مركز المتعهد ذلك ان الصفقة العمومية هي عقد إداري يتضمن شروطا إستثنائية غي مألوفة في عقود القانون الخاص [2] ، حيث سيبقى المتعهد مجبرا على التعاقد إذا ما وافقت المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري على الصفقة ، و يستمر هذا الإلتزام طوال المدة المحددة في دفتر الشروط [3]، ويتحمل مسؤولية التراجع عن العرض الذي يقدمه، وتصل درجة الإختلال في المراكز إلى درجة أنه

[1] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 24

[2] ــ الأستاذ الدكتور ، عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 38 .

[3] هذه المدة قد تصل في بعض الأحيان إلى 210 يوما، مثلما هو الحال عليه بالنسبة للمناقصة التي أعلنت عنها الوكالة الوطنية للسدود والتحويلات من أجل إنجاز سد كاف، والذي تم الإعلان عنها في جريدة الشروق اليومي، العدد 1493، الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 2005، الصفحة 16.

لا يمكنه الرجوع عليها حتى بما أنفقه من مصاريف لإنجاز ملف ترشحه 1، بما في ذلك المبلغ الذي يدفعه للمصلحة المتعاقدة مقابل الحصول على دفتر الشروط، والذي يذهب لخزينتها.

والسبب في هذا الإختلال في المراكز يمكن تفسيره من الناحية التاريخية، كون الصفقة العمومية ارتبطت دائما بمفهوم المخاطر، التي يشكل رفض المصلحة المتعاقدة لإتمام إجراءاتها أحد أشكالها.

ومن الناحية القانونية، كون العرض الذي يقدمه المتعهد يعتبر الإيجاب في العقد، والموافقة الصادرة عن المصلحة المتعاقدة هي القبول، ولا يوجد أي نص قانوني يمكن الاعتماد عليه من أجل إجبار من وجه له العرض على قبوله، بينما العكس صحيح، ذلك أن الموجب ملزم بالبقاء على إيجابه طوال المدة المتفق عليها، والمقررة في دفتر الشروط 2.

والسبب الأخير أنه لا يمكن تكييف الأعمال السابقة لهذه المرحلة على أنها وعد بالتعاقد رغم اشتمالها على كل الشروط الجوهرية للصفقة، لأن في ذلك تغيير لمراكز الأطراف، أين يتحول الموجب قابلا، والقابل موجبا، ولتناقض هذا الوصف مع الغاية من تنظيم الصفقات العمومية، وهو حماية المال العام، الشيء الذي يبرر المبدأ القاضي بعدم إجبار المصلحة المتعاقدة على إتمام الصفقة، كما يبرر تمتعها بسلطة الملائمة [3].

أما الرأي الثاني :

على الرغم من إمكانية قيام المصلحة المتعاقدة من التنصل من أي مسؤولية قد يرتبها إصدار قرار المنح المؤقت الذي لايعتبر قيدا يقيد المصلحة المتعاقدة ، التي تبقى دائما حرة في إتمام الإجراءات القانونية لإتمام العقد غير أنها قد تجد نفسها مسؤولة عن الضرر الذي يلحق المتعهد الذي صدر قرار المنح المؤقت لمصلحته ، و ذلك إلتزاما منها بمبدأ المشروعية ، و يعتبر تعسفا في إستعمال الحق إذا ما لم تقم بإبرام الصفقة و الموافقة عليها ،

---

[1] أنظر دفتر الشروط الإدارية العامة المادة 5 فقرة 7 د منه:

[2] أحكام المادة 63 فقرة 1 من القانون المدني.

[3] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 24

كأن ترتكب خطأ في تقدير الوقائع أو تفسير القانون، أو تتعذر بأي خطأ مادي مهما كان نوعه فتسيء استعمال سلطتها .

ذلك أنه في حالة عدم موافقة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على الصفقة، فليس على المرشح للتعاقد تنفيذ أحكامها، فإن فعل فعليه تبعات ذلك، والمبدأ المقرر في القضاء الإداري الفرنسي أنه لا يحق له المطالبة بأية تعويضات، وأن عدم الموافقة لا يمكن استدراكه بتنفيذ العقد ، وأن الصفقة التي لا تتم الموافقة عليها لا يمكن أن ترتب المسؤولية العقدية ، غير أن الخدمات المنجزة يمكن أن تكون مصدر تعويض إذا تمت برضا المصلحة المتعاقدة، ولو لم تعبر عنه صراحة، كأن علمت بالشروع في التنفيذ ولم تعترض عنه .

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن أي استبعاد لتعهد من دون عرضه على اللجان المخولة قانونا وتقييمه يرتب الحق في التعويض، وأن أي تخصيص لصفقة لفئة معينة من المؤسسات (الصغيرة، المتوسطة أو كبيرة) فيه مساس بمبدأ المساواة بين المتنافسين، ذلك أن هذه السياسة غير مبررة ولا تتلاءم مع الهدف المتوخى من قانون الصفقات العمومية ، وأن استبعاد أحد الساعين لتقديم عروض بدون وجه حق يرتب له الحق في التعويض لاسيما إذا أثبت أن حظوظه كانت قائمة في الحصول على الصفقة لو شارك في المنافسة [1].

كما قد يترتب له الحق في التعويض، وذلك في الحالة التي يكون قد شرع في تنفيذ الأشغال أو الخدمات أو التوريدات أو الدراسات محل الصفقة غير الموافق عليها، إذا ترتب عن هذا الشروع في التنفيذ حصول المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على منفعة ، والتعويض المستحق في هذه الحالة يقدر وقت قيام المرشح للتعاقد بإنفاق المال الذي قام به من أجل القيام بتلك الخدمات، وبنسبة المنفعة التي تحصلت عليها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري جراء ذلك، وذلك ما يعني تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب، والتي ينظمها القانون المدني في المادتين 141 و142 منه [2].

[1] الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 25

[2] حسب المادة 141 من القانون المدني .

المبحث الثالث: طرق فض المنازعات الناتجة عن إبرام الصفقة.

إن الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري لتسيير مرافقها العمومية تثير في الواقع العملي عدة منازعات لاسيما في حالة تعسف هذه الأخيرة في استعمال امتيازاتها أو تخلفها في تنفيذ التزاماتها ، ملحقة بذلك أضرارا للمتعاقد معها.مما يستوجب تدخل الجهة القضائية المختصة بناء على طلب هذا الأخير لإنصافه سواء بطلب إلغاء تصرف المؤسسة العمومية ، غير المشروع أو المطالبة بالتعويض نتيجة الضرر اللاحق به ؛ ومن أجل بيان مختلف النزاعات التي تنشأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، وإبراز دور القاضي في حماية المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة [1]

فنجد أن المشرع الجزائري قد خص موضوع المنازعات المتعلقة بمراحل إبرام الصفقة العمومية بمادة وحيدة هي المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 التي بينت الإجراءات والآجال الواجب احترامها كما حثت المصلحة المتعاقدة على البحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة دون المساس بتطبيق الأحكام المنصوص عليها ، كما أنه يستشف من خلال التمعن الدقيق في نص المادة المذكورة أعلاه ، أنها نصت على طريقين للطعن في قرار المنح المؤقت، فإما اللجوء إلى طرق الطعن المقررة في التشريع المعمول به (قانون الإجراءات المدنية و الإدارية)، وإما رفع طعن أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة ، التي أعطت تأشيرتها على دفتر شروط الصفقة موضوع المنح المؤقت

و بعد التمعن في المعنى المقصود من اللجوء إلى طرق الطعن المقررة في التشريع المعمول به نجد أنفسنا أمام الإجراءات و الأحكام التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و هو النص الوحيد الذي يمكن الاعتماد عليه .

و لإعتماد منهجية واضحة تخدم الموضوع وجب التطرق إلى طرق الطعن المقررة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المطلب الأول ، ثم الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة .

[1] ــ الطلبة القضاة إسكندر لحماري ، هشام قندوزي ، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ،الدفعة السادسة عشر ، ص29

المطلب الأول: حقوق الطعن المقررة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

لا تثير العقود التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري أي إشكال بالنسبة للدول التي تنتهج نظام القضاء الموحد، إذ لا تميز بين تصرفات المؤسسة و تصرفات الأفراد ، بل تخضعها لنفس القضاء ولنفس القانون بغض النظر عن مصدر التمويل ، و لعل السبب في ذلك يعود إلى تفسير مبدأ سيادة القانون و المساواة أمامه الذي يفترض فيه حسب المفهوم الإنجليزي، عدم تخصيص قاضي و قانون متميز للإدارة و آخر للأفراد ، بل تكون هذه الأخيرة و الأفراد في مركز مماثل و متساوي .

بينما تتعقد المسألة أكثر في الدول التي تنتهج نظام القضاء المزدوج كالجزائر إذ تفسر مبدأ سيادة القانون تفسيرا مغايرا تماما مفاده اختصاص القاضي العادي بمنازعات الأفراد، و اختصاص القاضي الإداري بالمنازعات التي تكون عقود المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ممولة بشكل كلى أو جزئي بمساهمة مؤقتة أو نهائية من طرف الدولة ، نظرا لكون هذه الأخيرة تهدف دائما من خلال نشاطها و أعمالها تحقيق المصلحة العامة، مما يستلزم إخضاعها لقانون متميز و قاض يراعي مصالحها [1].

و نفس النهج انتهجه المشرع الجزائري، حيث نصت المادتين 04 و 13 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل و المتم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أربعة عقود و أضفى عليها الطابع الإداري و هي: عقود إنجاز الأشغال، عقود اقتناء اللوازم والخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة .

إن تفسير ذلك يرجعه البعض إلى تبني المشرع الجزائري للمعيار العضوي الذي مفاده اختصاص القضاء الإداري في كل المنازعات التي تكون الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية طرفا فيها بغض النظر عن طبيعة النزاع .

[1] ــ الطلبة القضاة إسكندر لحماري ، هشام قندوزي ، المرجع السابق، ص 39 .

و تجدر الإشارة إلى أن المشروع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد أدرج العقود الإدارية ضمن بنوده و أحال الاختصاص فيما تثيره من منازعات للمحاكم الإدارية التي تعتبر جهة الولاية العامة في المنازعات الإدارية [1] .

و قد تناولت المادة 801 إختصاص المحاكم الإدارية طريق الطعن بالإلغاء (الإبطال)، فيجوز لكل متضرر من قرار إداري أن يرفع طعنا أمام القضاء الإداري من أجل إلغائه لتجاوز السلطة ، ولذلك لا بد أن ينصب النزاع على عمل يتصف بصفة القرار الإداري ــ بالمعنى القانوني للمصطلح ــ لكي يكون قابلا للطعن فيه بالإلغاء و المعروف أن سلطة قاضي الإلغاء تقف عند الحكم بإلغاء قرار معيب دون أن يوجه القاضي إلى الإدارة أوامر محددة بعمل أو امتناع عن القيام بعمل كما تناولت ذات المادة دعاوى القضاء الكامل فيخول للقاضي تصفية النزاع كلية فيلغي القرارات المخالفة للقانون إن وجدت، ثم يرتب على ذلك نتائجه كاملة من الناحية الإيجابية أو السلبية، و المسلم به أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساسا إلى القضاء الكامل، و لكنه يثير بعض النواحي التي تتعلق بقضاء الإلغاء.

و من أجل إستعمال هذا الطريق وجب علينا أولا أن نحدد الطبيعة القانونية لقرار المنح المؤقت ، ثم تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر في الطعن به و الإجراءات الواجب إحترامها في ذلك .

و عليه تأسيسا على ما تقدم سنحاول أن نستعرض في نقطتين أساسيتين لسلطات و حدود القاضي الإداري في منازعات الصفقات العمومية .

الفرع الأول: قرار المنح المؤقت و قابلية الطعن فيه بدعوى الإلغاء.

من أجل القول أن قرار المنح هو قرار قابل للطعن فيه بدعوى الإلغاء، لا بد أن ينطبق عليه أولا مفهوم القرار الإداري، الذي يجب أن يكون ضار بذاته أي تنفيذيا و ليس عملا تحضيريا ، بحيث يمثل الضرر المكون الأساسي و الرئيسي لركن المصلحة في المتعهد المتضرر من قرار المنح المؤقت .

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 800 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

*** أولا: قرار المنح المؤقت هو قرار إداري.**

للقول إن كان قرار المنح المؤقت قرار إداري ، لا بد من تحديد مفهوم هذا الأخير، ومطابقته مع قرار المنح المؤقت، ومن أجل ذلك، سوف نطابق مختلف المعايير التي استعملها الفقه والقضاء والتشريع في ذلك ، و يرجع اعتمادنا على هذا الترتيب ، أي التطرق إلى ما استقر عليه الفقه ثم القضاء ثم القانون، لمساهمة كل واحد منهم في هذا المجال .

01- تعريف القرار الإداري حسب المعيار العضوي:

باستعمال هذا المعيار عرف العميد ليون دوجي القرار الإداري بأنه: " كل عمل إداري يقصد تعديل الأوضاع القانونية القائمة وقت صدوره أو كما ستكون في لحظة مستقبلة معينة "[1].غير أن هذا التعريف أغفل عنصرا هاما هو أن القرار الإداري صادر بإرادة منفردة وأنه ملزم.

أما الأستاذ أحمد محيو فيعتمد على المادة 274 من قانون الإجراءات المدنية السابق و الملغى حاليا، لاقتراح تعريف يتماشى والمبدأ الوارد فيها، فيرى أن القرارات الإدارية هي: " القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة من السلطة الإدارية"[2].

بينما الأستاذ عمار عوابدي فيأخذ بنفس التعريف الذي قال به الدكتور فؤاد مهنا الذي يرى أن القرار الإداري هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث فيه ابتغاء مصلحة عامة" [3].

---

[1] الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 26

[2] د/ أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 5، ص 160.

[3] د/ عمار عوابدي، القانون الاداري ، الجزء الثاني ، النشاط الاداري ، ص 92، طبعة 2002 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر .

ويرى الأستاذ الدكتور محمد الصغير بعلي أن القرار الإداري هــو العمــل القــانوني الانفرادي الصادر عن مرفق عام و الذي من شانه إحداث أثر قانوني تحقيقا للمصلحة العامة .1

وبالرجوع إلى أحكام المادتين800 و 801 من قانون الإجراءات المدنيــة و الإداريــة نلاحظ أنها استعملت "المعيار العضوي حيث أن القرار الصادر عن الهيئة الإدارية فقط هــو الذي يمكن أن يكون محلا للطعن " ، وهو نفس المعيار الذي تشترطه التعريفات السابقة.

والمقصود بالمعيار العضوي حسب ما هو مقرر في المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، وكذا المادة 09 من القانون العضوي 98-01 2، هو أن يكــون هــذا القرار صادر عن الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطــابع الإداري، أي أنه يتعين علينا مبدئيا استبعاد كل شخص عام آخر.

فإذا طبقنا هذا المعيار على قرار المنح المؤقت نستنتج أنه ليس قــرارا إداريــا قــابلا للإلغاء أمام القاضي الإداري على اعتبار أنه صادر عن مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري أي أنها جهة غير إدارية.

غير أن الأستاذ أحمد محيو يشكك في هذا الرأي، معللا موقفه بما ذهب إليــه المشــرع ذاته الذي استعمل المعيار المادي من أجل إخضاع بعض القرارات لدعوى الإلغاء 3.

02- تعريف القرار الإداري حسب المعيار المادي:

يرى الأستاذ أحمد محيو أن للمعيار المادي مكانته في تعريــف القــرار الإداري فــي النظام القانوني الجزائري، ولا يمكن القول بأن المعيار العضوي هو الوحيد المستعمل " ذلك أن الأمور ليست بهذه البساطة وذلك لسببين أولهما أن المشرع الجزائري قد اضــفى صــفة

[1] الأستاذ الدكتور محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع ، ص 139.

[2] القانون العضوي 98-01 [2]المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.عــدد 37 لسنة 98

[3] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 27

القرار الإداري على قرار هيئة مهنية وليست هيئة إدارية، قاصدا المنظمة الوطنية للمحامين، آخذا بعين الإعتبار المعيار المادي1.

وثانيهما، هو وجود شركات وطنية تتمتع بنظام الشركات التجارية الخاضعة للقانون الخاص ومنازعاتها تدخل في اختصاص القاضي العادي، ولكن هذا النظام البسيط في البداية قد عرف ميلا إلى التعقيد ليصبح مختلطا وذلك بتطبيق قواعد القانون الإداري" 2.

و تجدر الإشارة إلى أنه إضافة إلى ما جاء به العميد أحمد محيو، فقد أخضع المشرع الجزائري القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة إلى دعوى الإلغاء3، كما أنه استعمل المعيار المادي صراحة في المادتين 55 و56 من القانون 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية.

وقبل صدور هذا القانون، كان القضاء قد قبل استعمال المعيار المادي لعقد اختصاصه في دعوى الإلغاء، بمناسبة صدور قرار المحكمة بتاريخ 8 مارس 1980، في قضية شركة « SEMPAC » ضد « OAIC » 4، وهي قضية وحيدة من نوعها، فيها كل التعبير عن مكانة وإمكانية استعمال المعيار المادي لتحديد الطبيعة الإدارية لقرارات صادرة عن شخص قانون.

إضافة إلى ما سبق، فقد استعمل المشرع المعيار المادي من أجل تعريف الإدارة العامة في المادة 05 من المرسوم رقم 84-325 المؤرخ في 1984/11/03 المتضمن شروط بسط العلم الوطني، التي نصت على أنه: " تعتبر كإدارة أو مصلحة غير مركزية أو لا مركزية وطنية ولائية أو بلدية كل مصلحة ذات السلطة العامة" [5].

---

[1] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 27

[2] د/ أحمد محيو، المرجع السابق، ص 163.

[3] راجع في ذلك القانون العضوي 98-01 .

[4] لمزيد من المعلومات راجع تعليق الأستاذ أحمد محيو على القرار المذكور، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، العدد 1، سنة 1981، ص135.

[5] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 28

زيادة على ما سبق بيانه فإن مناهج التفسير في العلوم القانونية، تحث على التفكير فيما أراده المشرع في المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم و التي تنص على أنه " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها " ، وعليه نجد أن المشرع قد وضع نص يمكن من خلاله الطعن في قرار المنح المؤقت حسب طرق الطعن المقررة في التشريع الساري المفعول، يوصل إلى القول أن القانون المقصود هو قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لأنه الوحيد الذي يقرر طريقة الطعن الوحيد على القرارات الإدارية .

*** ثانيا: قرار المنح المؤقت هو قرار إداري قابل للطعن فيه بدعوى الإلغاء.**

لا يكفي أن يكون القرار إداريا كي يمكن الطعن فيه بدعوى الإلغاء، وإنما لا بد أن يكون ملحقا الأذى بنفسه، وهو الشرط الذي يعبر عن المصلحة في الدعوى.

وإلحاق الأذى يتمثل في عنصر مهم، يستشف من خلال الرجوع إلى الإلتزامات الملقاة على المصلحة المتعاقدة عند اختيارها المتعهد الذي سوف تتعاقد معه 1.

و من خلال الإطلاع على المادة 03 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم و التي تضمنة المبادئ التي تحكم المناقصة ، لاسيما مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات ، وعليه فان كل مخالفة لهذه المبادئ يمكن الإعتماد عليها للقول بتوافر شرط إلحاق الأذى المحقق لركن المصلحة في الدعوى الإدارية .

كما سبق بيان أن على المصلحة المتعاقدة أن تختار أحسن عرض من العروض التي يتبين من فحص لجنة تقويم العروض أنها جديرة بالفوز بالصفقة.

ذلك أنه في ميدان المناقصات يتم اختيار أحسن العروض، وهو الحاصل على أكبر مجموع من النقاط، تمثل كل منها أحد معايير الإختيار، فقد يتحصل متنافسان أو أكثر على نفس مجموع النقاط من دون أن يكون تفصيلها متشابها، فيتم اختيار عرض ورفض آخر، فيتحقق شرط إلحاق الأذى ، وعلى كل حال فإن مجرد استبعاد عرض وقبول آخر يعتبر إلحاقا

[1] ـ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 29

للأذى بصاحب العرض المستبعد، والذي يحق له تقديم طعن أمام القضاء الإداري بـــدعوى الإلغاء1 .

وبعد التطرق لسلطات القاضي الإداري في مجال قضاء الإلغاء يظهر لنا جليـــا أن قضـــاء العقود الإدارية ومسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية هو المجـــال الأصـــيل للقضـــاء الكامل، ذلك أن قضاء الإلغاء في نطاق منازعات العقود الإدارية يأتي محدودا2.

و قد أرجع قضاء مجلس الدولة الفرنسي محدودية قضاء الإلغاء فـــي مجـــال العقـــود الإدارية إلى مبدئين أساسيين :

* **<u>المبدأ الأول</u>:** أن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه للعقود، ذلك أن من شروط قبول دعوى الإلغاء أن توجه الدعوى إلى قرار إداري، لأن العقد هو توافق إرادتين، بينما القـــرار فهـــو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها .

* **<u>المبدأ الثاني</u>:** أن في مجال قضاء الإلغاء لا يمكن الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتهـــا التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري، فدعوى الإلغاء هي جزاء لمبدأ المشروعية و الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية.

و تأسيا على ذلك فقد أورد مجلس الدولة الفرنسي استثناء محدودا في حالة القـــرارات الإدارية المنفصلة عن عملية التعاقد، فالقاعدة العامة أن الطعن بالإلغاء لا يكـــون إلا ضـــد القرارات الإدارية [3].

الفرع الثاني : سلطات القاضي الإداري في مجال دعوى القضاء الكامل:

ومن خلال ما تقدم يمكننا أن نستنتج أن سلطات القاضي الإداري لا يمكن أن تقتصر علـــى دعوى الإلغاء فقط ، فدعوى القضاء الكامل تعد المجال الخصب الذي من خلاله يمكـــن أن ينظر في منازعات الصفقات العمومية ، التي تبرمهـــا المؤسســـة العموميـــة ذات الطـــابع الصناعي و التجاري باعتبارها عقود عقود إدارية ، و عليه فانه يمكن تحديد دعوى القضاء الكامل على النحو التالي:

---

[1] ـــــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 29

[2] ، الطلبة القضاة إسكندر لحماري ، هشام قندوزي ، المرجع السابق، ص 43.

[3] ـــ الطلبة القضاة إسكندر لحماري ، هشام قندوزي ، المرجع السابق، ص 43.

1- سلطة الحكم ببطلان العقد:

إن عقود الصفقات العمومية لا تختلف عن عقود القانون الخاص من حيث وجوب توافر أركان العقد و المتمثلة أساسا في ركن الرضا، الأهلية، المحل، السبب، و تأسيسا على ما تقدم فإنه في حالة تخلف أركان العقد أو وجود عيب يؤثر على سلامته جاز للمتعامل لمتعاقد أن يلجأ للقاضي الإداري للحكم ببطلانه [1].

2- سلطة إبطال التصرفات المنافية لبنود العقد:

إذا صدر من الإدارة تصرفات مخالفة لالتزاماتها التعاقدية فإن المتعامل المتعاقد أن يطلب من القاضي الحكم بإبطال تلك التصرفات [2] .

3- سلطة الحكم بفسخ العقد:

إذا كان للإدارة حق فسخ العقد بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى إذن من القضاء، و ذلك طبقا لمقتضيات المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل و المتمم فإن هذا الحق غير مخول للمتعامل المتعاقد حتى و لو أخلت المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها، إذ يجب عليه أن يلجأ إلى قاضي العقد –القضاء الكامل– للمطالبة بالفسخ سواء بسبب إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها أو بسبب استحالة مواصلة التنفيذ استحالة مطلقة لأسباب خارجية كالظروف الطبيعية مثلا [3] .

4- سلطة إلزام الإدارة بالتعويض:

إذا لحق بالمتعامل المتعاقد ضرر، جاز له المطالبة بالتعويض شريطة ألا يكون هو المتسبب فيه، و لعل الأسباب التي من شأنها أن تلحق أضرارا بالمتعاقد، و تخوله حق اللجوء إلى القاضي الإداري متعددة نذكر منها:

* حالة قيام المتعاقد بأعمال غير مطلوبة أصلا في العقد، و لكنها لازمة و مفيدة للمصلحة المتعاقدة.

---

[1] ــ الطلبة القضاة إسكندر لحماري ، هشام قندوزي ، المرجع السابق، ص 41.

[2] ــ الطلبة القضاة إسكندر لحماري ، هشام قندوزي ، المرجع السابق، ص 42 .

[3] ــ الطلبة القضاة إسكندر لحماري ، هشام قندوزي ، المرجع السابق، ص 42 .

* حالة تعرض المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة لصعوبات مادية استثنائية و غير متوقعة.
*حالة اختلال توازنه المالي سواء بفعل الإدارة أو لأسباب خارجية عن إرادة المصلحة المتعاقدة كالكوارث الطبيعية.

ففي كل هذه الحالات يمكن للقاضي الإداري متى تأكد من وجود الضرر و لو كان لأسباب خارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة أن يحكم بالتعويض لمصلحة المتعامل المتعاقد، و له السلطة التقديرية الكاملة لتقديره [1].

5- سلطة اتخاذ تدابير استعجالية:

إذا كان اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الصفقات العمومية شامل لكل ما يتعلق بتكوينها و تنفيذها، فإنه يمتد أيضا ليشمل الطلبات المستعجلة، و لا بد أن نشير هنا إلى أن الطلبات الاستعجالية لا نقصد بها وقف التنفيذ المرتبط أصلا بدعوى الإلغاء و إنما هي طلبات متصلة بالعقد، إذ يمكن للقاضي الإداري في حالة توافر عنصر الاستعجال و عدم المساس بأصل الحق أن يقضي باتخاذ كل التدابير التحفيظية [2].

الفرع الثالث: الجهة المختصة بالنظر في النزاع والإجراءات الواجب احترامها.

نص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، في المادة 800 منه على أن المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الادارية تختص بالفصل في اول درجة ، بحكم قابل للإستأناف في جميع القضايا ، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها ، كما تناولت المادة 9 من القانون العضوي 01/98 التي جعلت من مجلس الدولة درجة التقاضي الأولى والأخيرة فيما يتعلق بدعاوى الإلغاء الصادرة عن الدولة أي عن السلطات الإدارية المركزية التي تعمل باسم ولحساب الدولة و مثالها رئاسة الجمهورية ، الوزارة الأولى، والوزراء، وبعض المصالح الخارجية التابعة لهم مباشرة المجلس الدستوري ....

[1] ــ الطلبة القضاة ، إسكندر لحماري ، هشام قندوزي ، المرجع السابق، ص 42 .

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 299 و ما بعدها من القانون رقم 09/08المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

و قد تناولت المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أجل الطعن أمام المحـــاكم الإدارية بأربعة (04) أشهر يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القــرار الإداري الفردي ، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي ، كما تناولت المادة 830 من القانون السالف الذكر ، إمكانية تقديم المتضرر طعنا أمام الجهة مصدرة القــرار الــذي أضر بأحد المتضررين من قرار المنح المؤقت[1] ، غير أن اتجاها من الفقه يــرى أن العلــم بقرار المنح المؤقت يكون بنفس الطريقة التي تم بها العلم بالصفقة [2] ، و الجدير بالــذكر أن مسألة العلم بالقرار لها مكانتها في النظام القضائي الجزائري حيث أنها شرط مــن النظــام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، لتعلقه بالنظام العام .

المطلب الثاني: الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة.

لقد ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بإعلان المنح المؤقت للصفقة في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة ، عندما يكون ذلك ممكننا ، مع تحديد كــل العوامــل التــي ســمحت باختيار صاحب الصفقة 3

كما تناول المشرع في المادة 114 من المرســوم الرئاســي 236/10 المعــدل و المــتمم موضوع تسوية النزعات و ذلك بقوله " زيادة على حقوق الطعن المنصــوص عليهــا فــي التشريع المعمول به ، يمكن للمتعهد الذي يحتج على الإختيار الذي قامــت بــه المصــلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أو إجراء التراضي بعد الإستشارة ، أن يرفع طعنا ، و يرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشــر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 136 و 146 و 147 و 148 و 148 مكرر ... " ، و بذلك فقد خولت للمتعهدين الذين لم يسعفهم الحظ في الحصول علــى الصــفقة أن

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 830 /832/831 من القانون رقم 09/08المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[2] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 30 .

[3] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم .

يقدمو طعنا أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة ، كما تناولت ذات المادة الآثار المترتبة عند تقديم الطعن

و نظرا للأهمية التي يتطلبها الأمر، ارتأينا أن نتطرق إلى الشكل والإجراءات الواجب إتباعها لممارسة هذا الطعن ، كما أننا سنحاول دراسة النتائج المترتبة عن ذلك .

الفرع الأول: الشروط الشكلية الواجب احترامها عند ممارسة الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة .

بالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية 236/10 المعدل و المتمم يتضح جليا أن الطعن يقدم أمام لجنة الصفقات المختصة بحسب الحدود المنصوص عليها في المواد 136 و 146 و 147 و 148 و 148 مكرر المشار إليها أعلاه [1].

و عليه ينعقد الاختصاص في مجال الرقابة الخارجية للصفقات العمومية إما للجنة الوطنية (أو القطاعية في حالة تنصيبها) أو اللجنة الوزارية أو اللجنة الولائية أو اللجنة البلدية للصفقات العمومية ، في حدود المبالغ المحددة في المواد أعلاه .

و بعد التمعن في نص المادة 114 نجدها قد أعطت الخيار للمتعهد الذي يحتج على الإختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أو إجراء التراضي بعد الإستشارة أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة ضمن الآجال المقررة ، لذا يستنتج أن هذا الإجراء يجب أن يتوفر على ركنين أساسيين نتناولهما فيما يلي :

<u>أولا ركن الصفة</u> :

الصفة ركن جوهري في الطعن إذ لا يحق لغير المتعهد أن يقدم طعنا ، والمقصود بالمتعهد هو من قدم اقتراحا للمصلحة المتعاقدة بخصوص موضوع الصفقة .

أما بالنسبة للمتنافسين الذين لم يقدموا عروضا فليس لهم استعمال هذه الطريق في الطعن، ولو كان سبب تخلفهم راجع للمصلحة المتعاقدة، كأن يرفض أعوانها استلام العرض أو يرفض تمكين المتنافس من الوثائق اللازمة لدخول المنافسة، أو حتى إذا لم تحترم

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 114 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم

المصلحة المتعاقدة الآجال التي حددتها من أجل تقديم العروض ، ففي هذه الحـــالات يكـــون للمتنافسين اللجوء إلى القضاء ، من أجل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم طبقـــا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية[1] ، على أن يكون هذا الطعن فرديا ، و يكون محصـــورا في حالتين – أن صيغة المفرد التي استعملها المشرع عندما نص " يجوز للمتعهد " معناها أن الطعون ترفع فردية ، ولا مجال لقبول الطعون الجماعية و أن يكون في حالتين همـــا حالـــة المناقصة بأنواعها أو إجراء التراضي بعد الاستشارة .

ثانيا ركن الآجال :

تناولت المادة 114 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم الآجال المقررة لرفع الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة ، و الذي حددته بعشرة (10) أيام تسري من تاريخ أول نشر لقرار المنح المؤقـــت فـــي النشـــرة الرســـمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة ، وبمجرد الطعن تجتمع اللجنة المختصة حسب التشكيلة المقررة قانونا ، وتصدر رأيا في أجل أقصاه 15 يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام الخاصة بتقديم الطعون المذكورة أعلاه ، على أن يبلغ هذا الرأي للمصلحة المتعاقدة و لصاحب الطعن [2] .

كما لايفوتنا أن نذكر أنه الطعن في حالة المسابقة و الاستشارة الانتقائية يقدم عند نهاية الإجراء [3].

و الجدير بالذكر أنه و في حالة الطعن، لايمكن أن يعرض مشـــروع الصـــفقة علـــى لجنـــة الصفقات المختصة(مع مراعاة الطبيعة الجغرافية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري) لدراسته إلا بعد إنقضاء أجل ثلاثين (30) يوما إبتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة ، الموافق للآجال المحددة ،لتقديم الطعن و لدراسة الطعن من طـــرف لجنـــة

[1] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 30

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 114 الفقرة الأولى و الثالثة من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم .

[3] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 114 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم

الصفقات المختصة و لتبليغه ، بحيث تجتمع في هذه الحالة لجنة الصفقات المختصة بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري [1] .

و بعد التطرق للشروط الشكلية والإجرائية للطعن المقرر في المادة 114 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، يتعين علينا دراسة طبيعة القرار الناتج عن .

الفرع الثاني: نتيجة الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة .

بالرجوع إلى النص التشريعي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم و من خلال التمعن الدقيق في فحوى المادة 114 منه يمكننا أن نحدد طبيعة العمل القانوني الناتج عن الطعن الذي يقدمه المتضرر من قرار المنح المؤقت ، و عليه نستخلص النتائج التالية :

تناولت المادة 114 الفقرة الثالثة من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم المذكور أعلاه الآجال المقررة لرفع الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة ، و الذي حددته بعشرة (10) أيام تسري من تاريخ أول نشر لقرار المنح المؤقت في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة ، وبمجرد الطعن تجتمع اللجنة المختصة حسب التشكيلة المقررة قانونا ، وتصدر رأيا في أجل أقصاه 15 يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام الخاصة بتقديم الطعون المذكورة أعلاه ،

وعليه فان الإشكالية التي يطرحها هذا الرأي هي ، ما المدى التنفيذي لهذا الرأي ، و ما مدى إلزاميته القانونية ، ومن أجل الإجابة على هذه الإشكالية و استخلاص النتائج القانونية المترتبة عنها ، لا بد لنا أن نأخذ بما ذهب إليه الفقه الإداري باعتباره مصدرا تفسيريا في مجال القانون الإداري و لذلك و جب التفرقة بين:

* <u>الرأي الإستشاري</u>: أو الرأي غير الإلزامي، وهو الرأي الذي لا تكون الهيئة التي طلبته ملزمة بالتقيد به، غير أنه إذا تم الأخذ به يجب أن يتم ذلك بدقة، بدون أن تكون الهيئة التي طلبته ملزمة بألا تأخذ إلا بالنص الأساسي أو التعديلات التي يقترحها الرأي 1.

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 114 الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم

* الرأي الإلزامي: هو رأي تكون الهيئة ملزمة بطلبه مع إمكانية عدم الأخذ بـــه، غيـــر أنها ملزمة بتبني نص يستعيد إما النص الأولي أو النص الذي تقترحه الهيئة أو نص يوافـــق بين الاثنين، وليس بإمكانها تبني نص لم يخضع للاستشارة [2].

* الرأي المطابق: أو الرأي الموافق، هو رأي يلزم الهيئة التي طلبته، فليس لها الأخذ به فحسب بل بالمعنى الذي جاء به، لذا فإن هذا الإجراء في الحقيقة " هو تقريـــري مشـــترك" ، ولذا يكيف على أنه "إذن " [3].

بعد التطرق للمقاصد التي يمكن أن تتبلور عن فكرة الرأي ، وجب علينا أن نكيف الرأي الذي تصدره لجنة الصفقات المختصة ومدى إلزاميته ولا يتأتى ذلك إلا من خـــلال معرفـــة مايلي :

– تناولت المادة 126 من المرسوم الرئاسي 236/10 المذكور اعلاه علـــى أن غايـــة الرقابة الخارجية للصفقات العمومية هي التحقق من مطابقة الصـــفقات المعروضـــة علـــى الهيئات الخارجية للتشريع والتنظيم المعمول بهما [4]، و عليه يستشف من خلال ذلـــك أنـــه متى لاحظت لجنة الصفقات المختصة عند فحصها للطعن المرفوع أمامها ، و تبين لهـــا أن المصلحة المتعاقدة لم تحترم التشريع و التنظيم المعمول به في مجال الصفقات العموميـــة ، فإنها ستصدر لا محالة رأيا حول الطعن المرفوع أمامها بعد التحقق من تأسيسه ، بعدها يقع على المصلحة المتعاقدة إجراء التصحيحات اللازمة ، غير أن التنظـــيم لـــم يتطـــرق لهـــذا الموضوع ، و لم يبين مدى ضرورة إعادة نشر الإعلان المصحح غير انه يعتقـــد ، و فـــي إطار توازي الأشكال ، أن يتم الإعـــلان عن المنح المؤقت المراجع بنفس طـــرق الإعـــلان الأول عن المنح ، أو على الأقل إعـــلام المؤسسة التي أسندت إليها الصفقة خطأ و المؤسسة

---

[1] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 32

[2] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 32

[3]. ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 32

[4] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 112 من المرسوم الرئاسي 236/10 .

الطاعنة ، إذا أن إعلانا جديدا من شأنه أن يطيل إجراءات الصفقة و يؤخر إنجاز المشروع ، في حين أن المسألة لاتهم في واقع الأمر هاتين المؤسستين 1.

– في حالة الطعن فانه لايمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات العمومية المختصة لدراسته إلا بعد إنقضاء أجل ثلاثين (30) يوما إبتداء من نشر الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة الموافق للأجال المحددة 2

و عليه فان المصلحة المتعاقدة تجد نفسها مجبرة على أن تتبع رأي لجنة الصفقات المختصة ، و الذي يجب أن يكون مطابقا ، ولو لم ينص القانون على هذا التكييف صراحة ، مما قد يترتب على هذا الرأي (سواء بالاستجابة لموضوع الطعن أو رفضه) مايلي :

*في حالة رفض الطعن : فإنه يلحق الأذى برافع الطعن الذي سبق تبيان مصلحته ، و بذلك بإمكانه اللجوء إلى القضاء الإداري بأن يرفع دعوى الإلغاء (الإبطال) و التي ليس من شروطها أصلا انتظار الرأي المسبق للجنة الصفقات العمومية المختصة بل الاستفادة من تمديد أجل رفع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري المختص .

* في حالة الاستجابة للطعن : فإن الرأي سيلحق ضررا لا محالة بمن صدر قرار المنح المؤقت لصالحه، لأنه يغير من مركزه القانوني كمتعاقد محتمل، وبالتالي يحرمه فرصة الفوز بالصفقة، وفي هذا المجال بالذات استشهد أستاذنا أحمد محيو بقرار صادر عن المجلس الأعلى[3] للتأكيد على أنه " إذا كان الرأي يحدد القرار، فإنه يلحق ضررا، ويمكن مخاصمته"[4] .

لذا يمكن اعتباره قابلا للخضوع لدعوى الإلغاء ، التي ترفع للجهة القضائية المختصة، وهي إما المحكمة الإدارية ، إذا صدر القرار عن اللجنة البلدية أو الولائية للصفقات العمومية، باعتباره صادرا عن رئيس المجلس الشعبي أو الوالي على التوالي ، وذلك حسبما

[1] ــ أ خرشي النوي المرجع السابق ص 216 و ص 217 .

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 114 الفقرة الرابعة و الخامسة .

[3] قرار المجلس الأعلى الصادر في 06 أفريل 1977، المنشور من طرف ح.بوشهدة و ر.خلوفي: مجموعة الأحكام، معهد الحقوق بالجزائر، سنة 1980، ص81.

[4] د/ أحمد محيو، المرجع السابق، ص 172.

تقتضيه المادة 801 من القانون 09/08المـــؤرخ فـــي 2008/02/25 المتضـــمن قـــانون الإجراءات المدنية و الإدارية.، و ذلك خلال أجل 4 أشهر تسري من تبليغ القرار للطـــاعن من طرف لجنة الصفقات المختصة ،

أو أمام مجلس الدولة، كأول وآخر درجة، إذا ما تعلق الأمر بالرأي الصادر عن اللجنـــة الوطنية أو القطاعية للصفقات العمومية ، دون الحاجة إلى تقديم الطعن الإداري المسبق أمام نفس اللجنة والذي إذا إختاره الطاعن فعليه أن يراعي أجل شهرين[1] تسري من تبليغ القـــرار للطاعن من طرف اللجنة ، حسب ماهو منصوص عليه في المادة 114 الفقرة الثالثـــة مـــن المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم ، أومن تاريخ نشر قرار التراجع عـــن قـــرار المنح الصادر لمصلحته، أو نشر قرار المنح المؤقت المعدل والصادر بناء على رأي اللجنة، مع مراعاة أن الطعن المقدم أمام لجنة الصفقات المختصة لا يتنافى مع ما يمكن أن يقدمـــه الطاعن من طعون في أطر قانونية [2] .

[1] حسب ما هو منصوص عليه في المادة 956 من القانون 09/08المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجـــراءات المدنية و الإدارية .

[2] ــ أ خرشي النوي المرجع السابق ص 216 .

الفصل الثاني

مرحلـــة تنفيـــذ الصفقـــة العموميـــة التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

الفصل الثاني : مرحلـــة تنفيـــذ الصفقـــة العموميـــة التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

إن عقد الصفقة العمومية باعتباره عملا قانونيا اتفاقيا فإنه يرتب حقوقا و التزامات على كلا الطرفين، غير أن مركز المصلحة المتعاقدة أسمى من مركز المتعامل المتعاقد معها،

و ذلك راجع للشروط الاستثنائية التي يتضمنها العقد[1] ، و عليه فان طرفي العقد لا يستمدون حقوقهم من العقد في حد ذاته، بل من التشريعات و التنظيمات المعمول بها[2] ، على الرغم من أن الأصل في المعاملات أن العقد شريعة المتعاقدين ، و التي يجب أن لا تخرج بأي حال من الأحوال من الإطار القانوني للصفقات العمومية ، وبما أن الصفقة العمومية عقد على اعتبارها "العمل القانوني الذي بمقتضاه حدد الفريقان علاقتهما ، فإن أحكامها ملزمة لطرفيها فإذا أبرما العقد فلكي يلتزم كل منهما بتنفيذه تجاه الآخر" ، وبحسن نية [3].

و للوقوف على ما ذكر أعلاه ، ،سنتطرق في هذا الفصل إلى تحديد الحقوق والواجبات المترتبة على عاتق كل طرف من طرفي الصفقة العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ، وذلك في مبحثين مستقلين، بينما يخصص المبحث الثالث لدراسة مختلف النزاعات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ هذا النوع من الصفقات.

المبحث الأول: الواجبات الناشئة عند إبرام الصفقة العمومية.

عند إبرام الصفقة العمومية فانه من الأكيد تولد واجبات يتحملها الطرفان المتعاقدان ، و ذلك لتنفيذ الصفقة حسب ما تم الإتفاق عليه عند الموافقة عليها من طرف المصلحة المتعاقدة .

وللتعرف على ذلك لابد لنا ، أن نتناول الإلتزامات أو الواجبات التي تقع على عاتق الطرفان المتعاقدان ، و ذلك سيتأتى من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتطرق في كل واحد منهما إلى الواجبات المترتبة على كل طرف من طرفي الصفقة العمومية .

---

[1] ــ الطلبة القضاة إسكندر لحماري ، هشام قندوزي ، المرجع السابق ، ص 41 .

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي 236.10 المعدل و المتمم

[3] ــ الطالب القاضي فارس خنوش ن ص 35

المطلب الأول: واجبات المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة.

يبدو أنه من البديهي أن يفي المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بالتزاماته التعاقدية، وفقا للشروط المنصوص عليها في عقد الصفقة العمومية ، وحسب القواعد المقررة في التشريع و التنظيم المعمول به في مجال الصفقات العمومية ، أو من المبادئ المستوحاة من النظرية العامة للعقد ، وإلا ترتب عن ذلك مسؤولية تقع على عاتقه ، ما لم تمنعه من ذلك حالة القوة القاهرة ، أو أي فعل تكون المصلحة المتعاقدة مسؤولة عنه ، مسؤولية مباشرة أو غير مباشرة ، يصبح من خلالها المتعامل المتعاقد معها في حالة استحالة تنفيذ البنود المنصوص عليها في عقد الصفقة العمومية .

الفرع الأول: الواجبات المترتبة عن النظرية العامة للعقد.

باعتبار أن عقد الصفقة العمومية عقد إداري ، يتم من خلاله توافق إرادتين من أجل تنفيذ بنود منصوص عليها في العقد المتضمن الموافقة على إبرامها ، و عليه فإنـــه يستشف من هذا العقد مجموعـــة من الأحكام ، التي يجب الإلتزام و التقيد التام بها ، و التي تتناول آليات و طرق و آجال التنفيذ وفقا لما أشتمل عليه و الضمانات المعطاة لحسن تنفيذ عقد الصفقة العمومية ، و هو ما يصطلح فقهاء القانون الإداري على تسميته النظرية العامة للعقد ، و التي سنتناول أحكامها المقررة ضمنيا في عقد الصفقة العمومية ، و ذلك من خلال مايلي .

أولا: الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد

لايقصد بالأداء الشخصي للعمل أو الخدمة موضوع الصفقة العمومية ، أن يلتزم المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة وحده دون الإعتماد على الغير ، أو الإستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل العقد إذ لايمكن تصور ذلك خاصة في عقد الأشغال ، بل المقصود به أن المتعامل المتعاقد لا يمكنه أن يلقي بمسؤوليته التي تعهد بالوفاء بها إلى الغير ، فيتحلل من إلتزاماته ، فهو المسؤول بعد توقيع الصفقة ، عن التنفيذ الكامل و التام و النهائي للمشروع ، حتى ولو عهد للغير القيام بجزء من العمل أو الخدمة في إطار التعامل الثانوي [1]، و ذلك

[1] ــ أ د/عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 175 .

راجع لمجموعة من الإعتبارات ، و التي تم إعتمادها في إختيار المتعامل المتعاقد ، و كانت سببا في منحه الصفقة دون غيره ، فهي إذا ترتبط بالأساس بشخص و حالة المتعامل المتعاقد ، والتي بررت منحه الصفقة ، ولذا فإن الإعتبار الشخصي ، يوضع في المقام الأول أثناء اختيار المتعامل المتعاقد لتنفيذ العقد ، وفي هذا الإطار جاءت المواد 53، 54، 55، 55 مكرر، 55 مكرر 1 ، 56، 57 ، 58 ،59 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم ، و التي تناولت موضوع اختيار المتعامل المتعاقد .

و عليه فإن ذلك يرتب الإلتزامات التالية:

* لا يمكن قيام المتعامل المتعاقد بتكليف غيره ، للقيام بما هو مقرر في عقد الصفقة العمومية ، لا جزئيا ولا كليا ، إلا بعد أخذ موافقة صريحة ومسبقة من المصلحة المتعاقدة، وأن يتم التعاقد الثانوي في الحدود المقررة صراحة في الصفقة[1] ، مع مراعاة الأحكام المقررة في المواد 107 ، 108 ، 109 من المرســـوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم.

* في حال قبول المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى المتعامل الثانوي ، فإن هذا اللجوء لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون كليا[2] ، كما أنه يجب أن يكون ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 109 من المرسوم الرئاسي236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

* بقاء المتعامل المتعاقد ملتزما بالتزاماته التعاقدية ، التي تم الإتفاق عليها مع المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في عقد الصفقة العمومية ، و بالتالي لايمكنه أن يتحلل منها ، حيث أنه يبقى دائما مسؤولا تجاهها عن الأعمال التي ينجزها المتعامل الثانوي[3].

ثانيا: التنفيذ ضمن الآجال المتفق عليها في عقد الصفقة العمومية

[1] ــ الطالب القاضي ،فار خنوش ، المرجع السابق ، ص36 .

[2] ــ أنظر المادة 107 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[3] ــ أنظر المادة 108 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

يحتل موضوع الآجال أهمية كبرى ، ذلك لأرتباط الصفقة العمومية بالخدمة العامة و بحسن سير المرفق العام ، لذلك وجب أن ينفذ موضوع الصفقة في الآجال المتفق عليها، و لايجوز كأصل عام للمتعامل المتعاقد تجاوز هذا الأجل[1] ، و بالتالي أي تأخير في عقد تنفيذ الصفقة ، قد يؤدي إلى تسليط عقوبات عليه ، و ذلك إذا ثبت أن سبب التأخير راجع للمتعامل المتعاقد وليس المصلحة المتعاقدة ، أو حالة القوة القاهرة دون تنفيذ البنود التعاقدية ، ضمن الآجال المنصوص عليها [2].

ثالثا: الإلتزام بتقديم الضمانات

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة العمومية ، و لا يتحقق ذلك إلا من خلال تضمين دفتر الشروط الذي تم بموجبه عقد الصفقة العمومية ، أحسن الشروط التي يتم من خلالها إختيار المتعامل المتعاقد ، والتي تضمن التنفيذ الجيد للعقد[3] ، و بذلك يلتزم المتعاقد قبل مطالبته بحقه في التسبيقات ، أن يدفع مبلغ الضمان المتفق عليه كاحتياط مالي يوضع تحت تصرف المصلحة المتعاقدة و التي بامكانها مصادرته في الأوضاع المحددة قانونا [4].

الفرع الثاني: الواجبات المترتبة عن طبيعة العقد.

نصت المادة 04 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أن " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، قصد إنجاز الأشغال و إقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة " وبما أن المحل في صفقات الخدمات وصفقات إنجاز الدراسات لا يمكن تحديده إلا من خلال الإطلاع على الصفقة ذاتها، في حين أن صفقة التوريدات وإنجاز الأشغال تعتبر من العقود المسماة في القانون المدني، ذلك أن

[1] ــ أ د/عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 175 .

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 90 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[3] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المواد من المادة 92 إلى المادة 101 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[4] ــ أ د/عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 176 .

عقود التوريد هي في حقيقة الأمر عقود بيع ، بينما عقود الأشغال العامة هي مقاولة بحسب المفهوم الوارد في القانون المدني [1]، وعليه نشير إلى أهم الإلتزامات التي تترتب على هذين العقدين فقط ، لعدم المعرفة المسبقة للمحل في باقي أنواع الصفقات و ذلك بالاعتماد على ما ذهب إليه الطالب القاضي فارس خنوش في مذكرته المشار إليها أعلاه في الصفحة 37 و 38 ، وذلك فيما يلي:

أولا : الواجبات المترتبة على صفقة التوريد

صفقات اقتناء اللوازم هي عقود تمس أصل الملكية، وهي في الحقيقة عقد بيع أو شراء،

ولذا فإن الواجبات التي تترتب عليها هي تلك المترتبة على عقد بيع المنقول، ذلك أن المحل في صفقات إقتناء اللوازم هي المنقولات وليس العقارات، وأنه بمناسبة هذا العقد تقوم المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بشراء المنقولات وليس ببيعها ، وفئة التوريدات تجمع التوريدات الجارية العادية ، المنتجات الموجودة أصلا التي لم يتم تصنيعها وفق معايير تقنية خاصة، وأيضا المنتجات الصناعية التي ترمي إلى شراء مواد غير موجودة في السوق والتي تتطلب من المقاول إنجازها بناء على طلب المشتري[2] .

و الجدير بالذكر أن هذه الواجبات ، هي تلك الإلتزامات المترتبة التي توجبها طبيعة العقد و التي تضمنتها في الأساس أحكام القانون المدني ، و التي نتناولها فيمايلي :

01 ــ نقل ملكية المنقول محل الصفقة للمصلحة المتعاقدة حسب ما تقتضيه المادة 351 من القانون المدني [3] .

02 ــ نقل المبيع إلى المصلحة المتعاقدة والامتناع عن كل عمل من شأنه جعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا [4].

03 ــ الالتزام بضمان عدم التعرض الشخصي وعدم التعرض الصادر من الغير[1].

---

[1] ــ الطالب القاضي ،فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 37 .

[2] ــ الطالب القاضي ،فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 37 .

[3] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 351 من القانون المدني.

[4] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 361 من القانون المدني.

- الالتزام بضمان عدم الاستحقاق [2] .

- الالتزام بضمان العيوب الخفية [3] .

ثانيا :الواجبات المترتبة على صفقة الأشغال

المقصود بالأشغال " كل الأعمال الواقعة على المباني وكل أعمال الهندسة المدنية " [4] ، وبهذا المفهوم فإنها تنطبق تماما على مفهوم عقد المقاولة كما هو منظم في المواد 549 وما يليها من القانون المدني ، والذي يرتب مجموعة من الواجبات على عاتق المقاول أهمها :

* الالتزام بتقديم العمل بتشييد عقار أو ترميمه أو تهديمه أو إصلاحه، ويستوي أن يتم تنفيذ الشغل بمواد تقدمها المصلحة المتعاقدة أو يتعهد المقاول بتقديمها [5]

* الالتزام بالضمان العشري، المقصود به التزام المقاول بالتضامن مع المهندس المعماري [6] بالضمان لمدة 10 سنوات، تسري من وقت التسليم النهائي للعمل، ،عن أي تهدم كلي أو جزئي عما شيده من بناء ، أو أقامه من منشآت ثابتة ، ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض [7] ، وهذا الموقف قد عمل به وكرسه اجتهاد القضاء الفرنسي فيما يتعلق بصفقات الأشغال [8].

و للإشارة أن هذا الالتزام من الالتزامات التي رتبها القانون ، والتي لا يمكن للمقاول التملص منها ، أو الاتفاق مع المصلحة المتعاقدة على إعفائه منها أو الحد منها [9] . ولذا فلا

---

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 371 من القانون المدني.

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 372 من القانون المدني.

[3] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 379 من القانون المدني.

[4] ــ الطالب القاضي فارس خنوش ، ص 38

[5] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 550 من القانون المدني.

[6] ــ راجع في ذلك قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1991/01/23، ملف رقم 64.748، المجلة القضائية رقم 4 لسنة 1992، الصفحة 31 ، و الذي أشار إليه الطالب القاضي فارس خنوش في المرجع السابق ، ص 38

[7] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 554 من القانون المدني.

[8] ــ الطالب القاضي فارس خنوش ، ص 38

[9] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 556 من القانون المدني.

يمكن التملص منه إلا بسبب القوة القاهرة أو إثبات خطأ المصلحة المتعاقدة في إلحاق الضرر بالبناية أو المنشأة [1].

ومن خصائص العيوب التي يجب على المقاول ضمانها[2]:

ــ أن تكون خفية عند التسليم النهائي للعمل، أو على الأقل أن يكون أسبابها غير ظاهرة .

ــ أن تصل حدا من الخطورة تمس بصلابة البناء أو المنشأة ، أو تجعلها غير صالحة للإستعمال المخصصة له .

المطلب الثاني: واجبات المصلحة المتعاقدة وجزاء مخالفتها.

يبدو للوهلة الأولى أن المصلحة المتعاقدة و الممثلة في المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، تتمتع بمجموعة من السلطات و الحقوق مقارنة بالواجبات الملقات على عاتقها ، و ذلك نظيرا لإبرامها للصفقة مع المتعامل المتعاقد ، الذي يبقى دائما في حالة التزام لما تم الاتفاق عليه غي عقد الصفقة ، و ليس للمصلحة المتعاقدة من الإلتزامات الواجبة التنفيذ على عاتقها ، ذلك أنها تتمتع بامتيازات السلطة العامة مما يخولها ممارسة سلطات و حقوق متعددة تهدف إلى حسن تنفيذ الصفقة [3]

ولذا فمن جهتها تلتزم المصلحة المتعاقدة على غرار المتعاقد معها على التنفيذ الكلي وبحسن نية للعقد الذي يربطهما، غير أن لها في بعض الأحيان أن تتملص من أحكام الصفقة، ولذا سوف يتم تبيان مدى التزام المصلحة المتعاقدة بالصفقة، وجزاء مخالفتها لالتزاماتها.

الفرع الأول: الالتزامات المترتبة عن إبرام الصفقة العمومية.

إن الغرض الأساسي من إبرام الصفقات العمومية هو تنفيذها ، و ينجم أثناء التنفيذ آثار و التزامات ، تترتب على عاتق المصلحة المتعاقدة ، على الرغم من إقرار المشرع للمصلحة المتعاقدة بعض السلطات لم يقررها للمتعاقد معها، بسبب ارتباطها الدائم بمفهوم المرفق

[1] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، ص 38

[2] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، ص 38

[3] ــ أ د / بعلي محمد الصغير ، المرجع السابق ، ص 72 .

العام، باعتباره نشاطا يضمن المصلحة العامة، لذا لا يمكن للمصلحة المتعاقدة في هذا الإطار التملص من الإلتزامات التي يفرضها عليها العقد إلا عند ممارستها لبعض الإمتيازات التي قررها لها القانون ، وضمن الشروط التي رسمها لها في ذلك، والقول بالحرية المطلقة للمصلحة المتعاقدة في التملص من التزاماتها التعاقدية فيه إنكار لفكرة العقد ذاته، صحيح أن في الصفقة العمومية لا تكون مراكز الطرفين متساوية غير أنها تبقى ملزمة لطرفيها [1] ، و تتمثل هذه الواجبات أو الإلتزامات فيما يلي :

ــ العمل على تنفيذ الصفقة بمجرد إبرامها من السلطة المختصة [2]، مع مراعاة الإجراءات الواجب احترامها في هذا المجال ، لاسيما إخضاع الصفقة لمختلف أنواع الرقابة (الداخلية ، الخارجية ، الوصاية) [3]

كما أن على المصلحة المتعاقدة تنفيذ الشروط الأصلية المتفق عليها وبطريقة سليمة، والسعي إلى عدم القيام بأعمال من شأنها إعاقة المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته، بل عليها مده بيد العون في تنفيذها، ومن أمثلة ذلك:

* تمكينه من المستندات الضرورية لحسن التنفيذ، كالمخططات مثلا إذا كان العقد عقد أشغال عامة .

* حمايته من أي تصرف قد يعيقه عند قيامة بتنفيذ موضوع العقد، و ذلك بمنحه ما تستطيع من تسهيلات.

* تسديد كل التزاماتها المالية، لاسيما دفع الثمن حسب الشكل المتفق عليه في دفتر الشروط

الفرع الثاني: جزاء مخالفة المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها.

من المقرر قانونا أن الدعوى القضائية هي الوسيلة القانونية لحماية الحق أو إثباته [1] ذلك أنه كأصل عام أن أية مخالفة لالتزامات عقدية يرتب المسؤولية ، ولذا تترتب مسؤولية

[1] ــ الطالب القاضي فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 39

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 08 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم

[3] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المواد من المادة 120 إلى غاية المادة 127 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

المصلحة المتعاقدة عند كل إخلال بالتزاماتها التعاقدية ، و بذلك يكون للمتعاقد معها الحق في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه .

وخلافا لما هو مقرر بالنسبة للصفقات العمومية التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيها، أين لا يحق للمتعاقد معها التمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ المقررة في القواعد العامة للقانون المدني، ولذا فليس له الإمتناع عن التنفيذ بحجة أن المصلحة المتعاقدة قد قصرت من جانبها في تنفيذ التزاماتها ما لم يترتب عن هذا التقصير استحالة التنفيذ [2].

إلا أن المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لها صفة التاجر في علاقاتها مع الغير، ولذا من الممكن التمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ.

ولذلك، فإنه يحق للقاضي أن يمارس مجموعة من السلطات في مواجهتها، نوجزها فيما يلي:

*له أن يصدر لها أوامر للقيام بالتزام تعاقدي معين ، تحت طائلة تعرضها للغرامات التهديدية.

*الحكم عليها بدفع التعويضات التي يراها مناسبة ، و ذلك جبرا للضرر الذي لحق المتعاقد معها ، على أساس القواعد العامة المقررة في المواد من 176 إلى 187 من القانون المدني.

*الحكم بفسخ الصفقة بناء على طلب المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ، مع وجوب مراعاة الإعذار المسبق، وكل الشروط المقررة في المادة 119 من القانون المدني تنظيم الصفقات العمومية [3] وكل شرط تعاقدي آخر إن وجد .

---

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 03 من القانون 09/08المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

[2] ــ الطالب القاضي فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 40

[3] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 113 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

*استحقاق المتعاقد تعويضا كاملا يغطي ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، يقدر يوم النطق بالحكم.

* استحقاق المتعاقد الفوائد التأخيرية ، على أساس خطأ المصلحة المتعاقدة في الوفاء بالتزاماتها التعاقدية التي " محلها مبلغا من النقود معلوم المقدار يوم المطالبة به " 1.

المبحث الثاني: السلطات والحقوق المتولدة عن الصفقة العمومية.

من الضروري بداية أن ننوه إلى ، أن مسألة اختيارنا للتطرق في المبحث الأول للواجبات التي يجب على طرفي الصفقة تنفيذها ، يعود في الأساس إلى أن الواجب مقدم على الحق في مادة الصفقات العمومية ، معنى ذلك أنه في المقام الأول يطلب أداء الخدمة للحصول على الحق ، الذي يتولد على إسيفاء الطرفين لواجباتهم ، المنصوص عليها في عقد الصفقة العمومية و التشريع و التنظيم المعمول به .

و نظرا لأن طرفي العقد ليسا في مرتبة واحدة ، وجب علينا التطرق إلى السلطات المقررة للمصلحة المتعاقدة والحقوق المقررة للمتعاقد معها ، وإن استعمال مصطلحين مختلفين وغير متقابلين راجع إلى اختلاف تلك الحقوق ، فقد درج الفقه على الحديث عن السلطات المقررة للإدارة جراء إبرامها للصفقات العمومية ، والسبب في ذلك هو أن الصفقة تعتبر عقدا إداريا بامتياز في النظامين القانونيين الفرنسي والمصري ، نظرا لتكريس المشرع هناك لمعيار المرفق العام لتحديد مضمون القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري ، بينما الوضع ليس بالضرورة نفسه في النظام القانوني الجزائري ، أين تم تكريس المعيار العضوي أساسا لتحديد هذا المجال وهذا الاختصاص ، إضافة إلى أننا أمام صفقة عمومية تبرمها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري [2] ، الأمر الذي سنوضحه من خلال المطلبين التاليين .

المطلب الأول: السلطات المقررة للمصلحة المتعاقدة جراء الصفقة العمومية.

إن أبرز مظهر تتميز به الصفقة العمومية ، عن غيرها من العقود ، وخاصة المدنية و التجارية ، أن الصفقة العمومية ، تخول جهة المصلحة المتعاقدة ممارسة جملة من السلطات

[1] د/ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص579.

[2] ــ الطالب القاضي فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 41

الفرع الأول: سلطة الإشراف و الرقابة .

يقصد بسلطة الإشراف و الرقابة ، تحقق المصلحة المتعاقدة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه ، أما سلطة الرقابة فتتمثل في حق المصلحة المتعاقدة ، في التدخل لتنفيذ العقد و توجيه الأعمال و إختيار طريقة التنفيذ ، في حدود الشروط ضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد [1]، و بهذا الصدد يذهب الفقه و القضاء إلى أن سلطة الرقابة و الإشراف ، التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة ، لدى تنفيذ العقد ذو الطبيعة الإدارية تأخذ الصورتين التاليتين :

الصورة الأولى : سلطة الإشراف و المراقبة على تنفيذ المتعامل المتعاقد لموضوع العقد ، و ذلك من خلال تنفيذه لالتزاماته كما هي واردة و منصوص عليها في العقد ، عليه فان هذه السلطة مقررة في جميع العقود ذات الطبيعة الإدارية كمبدأ عام ، سواء تم النص عليها في صلب العقد أو لم يتم النص عليها .

الصورة الثانية : سلطة المصلحة المتعاقدة في توجيه عملية تنفيذ العقد ، خاصة في عقود الأشغال العامة ، بالصورة المناسبة ، من خلال إصدار أوامر العمل ، لتلزم بها خاصة المقاول على تنفيذ العقد ، و ذلك حسب الطريقة التي تراها المصلحة المتعاقدة ، مع احتفاظ المتعاقد معها بحقه في الطعن بتلك الأوامر ، باعتبارها قرارات إدارية منفصلة ، سواء عن طريق دعوى الإلغاء أو دعوى التعويض ، متى أعتقد تعسف الإدارة و تجاوز سلطتها .

و القاعدة العامة أن سلطة الإدارة في الإشراف و المراقبة من النظام العام ، لا يمكن الاتفاق على مخالفتها ، كما لا يمكن للمصلحة المتعاقدة التنازل عنها ، ذلك أنها تشكل أهم مظهر لتطبيق الشرط الاستثنائي غير المألوف ، الذي يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية[2] .

إن الإقرار بتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة الرقابة بمعناها الضيق لا جدال فيه ، ذلك أنه مقرر بالقواعد العامة للقانون المدني ، كما لا جدال إذا ما تقرر المعنى الواسع لها باتفاق

[1] ــ أ د / عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 142

[2] ــ أ د/ بعلي محمد الصغير ، المرجع السابق ، ص 73

المتعاقدين أو بنص قانوني ، وهي الحالة السائدة عامة في صفقات الأشغال التي تنص دائما على أن دفتر الشروط الإدارية العامة ، والذي يحتوي على هذه السلطات، يطبق عليها [1].

أما في عقود التوريد وبسبب ضعف الصلة بين الالتزام وسير المرفق العام، فالأصل أن المتعاقد يستقل باختيار طريقة التنفيذ ، غير أنه يجب اتخاذ المفهوم الضيق فيما يتعلق بصفقات إنجاز الدراسات، كون أن المصلحة المتعاقدة لا تكون مؤهلة بما يكفي من أجل توجيه المتعاقد في طريقة تنفيذ الصفقة، ولو كانت لها الكفاءة الكافية لأنجزت الدراسة بنفسها.

واتخاذ المفهوم الواسع في ما يتعلق بصفقات الخدمات كلما كانت للمصلحة المتعاقدة المؤهلات الكافية ، هذا ولا بد من التأكيد على أنه مهما كانت سلطة المصلحة المتعاقدة في رقابة المتعاقد عند تنفيذ الصفقة ، فإنها محدودة بواجب عدم تغيير طبيعة العقد [2].

الفرع الثاني: سلطة التعديل.

لا شك أن المصلحة المتعاقدة و هي تباشر سلطتها في تعديل العقود الإدارية لا تتحرك من فراغ بل هناك هناك عوامل تدفعها لتعديل هذا العقد بهدف ضمان حسن سير المرفق العام و تلبية الخدمة العامة للجمهور في أحسن وجه .

إن المصلحة المتعاقدة تتعاقد في ضل ظروف معينة قد تتغير مع بعد توقيع العقد خاصة في العقود الإدارية التي تأخذ زمنا طويلا ، في تنفيذها كعقد الأشغالأو عقد التوريد ، فان تغيرت الظروف وجب الإعتراف للمصلحة المتعاقدة بحق تعديل العقد بما يتماشى و الظروف الجديدة و بما يراعي موضوع العقد الأصلي ، يلبي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام ، و الجدير بالذكر أن سلطة المصلحة المتعاقدة ليست مطلقة بل تمارس ضمن إطار محدد و ضوابط دقيقة تتمثل فيما يلي :

أولا: ألا يتعدى التعديل موضوع العقد

[1] ــ الطالب القاضي فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 41

[2] ــ الطالب القاضي فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 41

و ذلك بمباشرة هذا الحق على نحو يراعي موضوع العقد الأصلي و أن لا يتجاوزه ، فلا يجوز لجهة المصلحة المتعاقدة أن تتخذ من سلطة التعديل مطية لتغيير موضوع العقد [1].

ثانيا : أن يكون للتعديل أسباب موضوعية

إن المصلحة المتعاقدة تتعاقد في ظل ظروف معينة ، قد تتغير مع بعد توقيع العقد خاصة و أن العقود الإدارية التي تأخذ زمنا طويلا في تنفيذها ، كعقد الأشغال العامة أو عقد التوريدات فان تغيرت الظروف وجب الاعتراف للمصلحة المتعاقدة بحق تعديل العقد ، بما يتماشى و الظروف الجديدة ، و بما يراعي موضوع العقد الأصلي ، بما يلبي خدمات المنتفعين من المرفق العام [2].

ثالثا : أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية

إن المصلحة المتعاقدة حين تقبل على تعديل صفقة ما ، فإن وسيلتها في ذلك هي القرار الإداري ، فتصدر السلطة المختصة قرارا إداريا بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل الصفقة العمومية ، ووجب حينئذ ، أن تتوفر في هذا القرار سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعا ، و هنا نسجل نقطة التقاء و اقتران و تلازم بين نظرية القرار الإداري و نظرية الصفقات العمومية [3].

و الجدير بالذكر أن سلطة تعديل العقد ، تعتبر أخطر من سلطة الرقابة بمفهومها الواسع ، لأنها تسمح بتغيير الالتزامات التعاقدية بالزيادة أو بالنقصان، أي تسمح بتغيير المحل في العقد ، فهذه السلطة تمس جوهر العقد، ولذا فإن العقود ودفاتر الشروط عادة ما تنص عليها، بسبب أنها من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون العام [4] ، ولذلك تؤثر على مايلي :

[1] ــ أ د / عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 146

[2] ــ أ د / عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 147

[3] ــ أ د / عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 148

[4] ــ الطالب القاضي فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 42

* كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد ، وفي هذه الحالة يتم إبرام ملحق للصفقة ، حسب ما تقتضيه المادة 68 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم و كذا والمادتين 31 و32 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

* شروط التنفيذ المتفق عليها.

* مدة تنفيذ العقد، حسب المادتين 32 و34 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

* أسعار الصفقة، حسب ما ورد صراحة في المادة 65 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، والمادة 33 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

ومهما يكن من أمر فإنه يجب أن لا تؤدي هذه السلطة إلى فقد التوازن الاقتصادي للعقد، أو إلى فرض أشغال أو التزامات يكون موضوعها غريبا عن محل الصفقة الأصلي كأن تكلف المقاول الذي أبرم صفقة صيانة بأن ينشئ مبنى جديدا، وهنا يكمن الفرق بين الأعمال الجديدة والتي هي أعمال لا تظهر في العقد وغريبة عنه، والأعمال الإضافية التي هي أعمال لا تظهر في العقد غير أنها متوقعة، والأعمال غير المتوقعة والتي هي أعمال لا تظهر في العقد لكنها ليست غريبة عنه [1].

الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاء .

تأخذ الجزاءات ، المحتمل توقيعها على المتعاقد مع الإدارة، عدة صور و أشكال ، منهاالجزاءات المالية ، ووسائل الضغط المختلفة ، و الفسخ الجزائي و يرجع هذا الحق لأن

نظام الصفقات العمومية يسمح للمصلحة المتعاقدة بأن تفرض على المتعاقد معها عقوبات كلما أخل بالتزاماته التعاقدية ، لإهمال أو تقصير في تنفيذها أو لعدم احترام للآجال .

[1] ــ الطالب القاضي فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 43

و تستأثر المصلحة المتعاقدة بهذه السلطة أن للمصلحة المتعاقدة إنزالها بالمتعاقد من دون اللجوء إلى القضاء، ومن دون أن يتضمنها بند صريح في الصفقة، ذلك ان عدم نص العقد عليها لا يعني عدم إمكانية استعمالها [1].

ويمكن شرح ما تعنيه هذه الجزاءات فيما يلي:

أولا الجزاءات المالية :

أ ــ الغرامات

تنص المادة 09 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، على إمكانية فرض عقوبات مالية في حالة عدم تنفيذ الصفقة ضمن الآجال التعاقدية أو تنفيذها غير المطابق [2] ، و بذلك خول المشرع الجزائري بموجب المادة المذكورة أعلاه ، للمصلحة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة و قيد مجال ممارستها في حالتين بمنطوق النص و ذلك دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به .

من خلال إلزام المتعاقد بدفع مبالغ مالية كلما ارتكب إخلالا بالتزاماته التعاقدية، ومثالها:

01 ــ حالة عدم تنفيذ الإلتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه :

و يتمثل ذلك في عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ العقد ، حتى يتسنى للمصلحة المتعاقدة الانتهاء من من عملية تعاقدية و الدخول في علاقة جديدة ، أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر، و الانتقال إلى جزء آخر ، وهكذا فلا يمكن من حيث الأصل إغفال عنصر الزمن أو عدم إبلائه الأهمية التي تليق به ، و الأمر يتعلق بمرفق عام و بخدمات عامة و بمصلحة عامة [3].

[1] ــ الطالب القاضي فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 43

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 09 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم

[3] ــ أ د / عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 152

02 ــ في حالة التنفيذ غير المطابق :

تتمثل هذه الحالة في إخلال المتعامل المتعاقد بالشروط المتفق عليها ، لا سيما فيما يتعلق بكيفيات التنفيذ ، فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها ، فالوضع الطبيعي هو خضوعه لجزاء مالي [1] .

وينبغي الإشارة إلى أن الجزاء المالي و إن كان مقررا بموجب أحكام المرسوم الرئاسي 236/10 في المدة 09 منه إلا أن له أساس عقدي ، ذلك أن ذات المادة نصت على أن نسبة الجزاء المالي تحدد في الصفقة ، و هذا ما أكدته المادة 62 من ذات المرسوم و التي أوجبت ذكر نسبة الجزاءات المالية ، و كيفية حسابها و شروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها في الصفقة

ب ــ مصادرة مبلغ الضمان

أوجب تنظيم الصفقات العمومية في المادة 92 من المرسوم الرئاسي 236/10 المذكور أعلاه ، على المصلحة المتعاقدة أن تحرص في كل الحالات ، على إيجاد الضمانات الضرورية التي تضمن وجودها في وضعية مالية جيدة ، بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة العمومية و لا يكون ذلك إلا بفرض ضمانات مالية بعنوان كفالة حسن التنفيذ [2]

* دفع تعويضات: تقدر بناء على الضرر الذي لحق المصلحة المتعاقدة وبالتناسب معه، الملاحظ أن المرسوم الرئاسي 236/10 لم ينص صراحة على هذه التعويضات، لكن يمكن أن نستشفها من قراءة المادة 99 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي 02-250 التي تنص: " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والملاحقات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها".

ثانيا وسائل الضغط :

[1] ــ أ د / عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 153

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المواد من المادة 92 إلى المادة 101 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

استعمال وسائل الضغط والإكراه هي الجزاءات التي تهدف إلى إجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية أو احترام أوامر التنفيذ[1] ، تتم عن طريق حلول المصلحة المتعاقدة محل المتعاقد المقصر أو بإحلال الغير محله في تنفيذ الصفقة.

وهي في الأصل جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد وإنما تكفل تنفيذه لغير المتعاقد ، كحلول المصلحة المتعاقدة محل المتعاقد في صفقات الأشغال، أو تكليف مقاول آخر بتنفيذ الأشغال المطلوبة وعلى نفقة المقاول الأصلي [2]، أو الشراء على حسابه في عقود التوريد.

عادة ما يتم النص على هذا العقوبات في الصفقة ذاتها، فإن لم تفعل يمكن الرجوع إلى المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة [3] .

الفرع الرابع: إنهاء العقد .

يستهدف هذا الإمتياز أو السلطة المخولة للمصلحة المتعاقدة ، إنهاء الرابطة التعاقدية ، و قطع العلاقة بينها و بين المتعامل المتعاقد ، و يفترض هنا في هذه الحالة أن يقدم المتعامل المتعاقد على ارتكاب خطأ جسيم ، يخول للمصلحة المتعاقدة ممارسة هذه السلطة [4] .

و لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما نص في المادة 112 من المرسوم 236/10 المذكور أعلاه على حق المصلحة المتعاقدة في الفسخ بعد توجيه إعذار للمتعامل المتعاقد بهدف الوفاء بالتزاماته خلال مدة معينة [5] ، يمكننا الحالة التي يتم من خلالها إنهاء العقد و ذلك من خلال التعرض لها بالشرح كما يلي :

---

[1] ــ حسب المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة .

[2] ــ إن هذه القاعدة مقررة حتى في القانون المدني بنص المادة 553 فقرة 1 المعدلة، لكن لا يمكن أن يتم ذلك إلا بحكم قضائي.

[3] ــ الطالب القاضي فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 44

[4] ــ أ د / عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 157

[5] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المواد من المادة 112 إلى المادة 101 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم

الفسخ:

يقصد به إنهاء الرابطة التعاقدية، مما يفترض معه ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم، فلا يتم اللجوء إليه إلا إذا اضطرت المصلحة المتعاقدة لاستعماله لأنه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد ، فتقوم المصلحة المتعاقدة بإصدار قرار يتضمن فسخ الصفقة من دون اللجوء إلى القضاء، و ذلك بعد اعذرا المتعامل المتعاقد لكي يفي بالتزاماته التعاقدية ، و الجدير بالذكر ان الفسخ نوعان فسخ من جانب واحد و فسخ تعاقدي يمكن تناولهما فيما يلي :

أولا : الفسخ من جانب واحد

نصت عليه المادة 112 من المرسوم الرئاسي 236/10 المذكور أعلاه ، و الذي هو حق للمصلحة المتعاقدة في حالة عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية ، تقوم من خلاله بفسخ الصفقة ، بعد إعذار المتعامل المتعاقد من أجل الوفاء بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد ، بعدها لا تصدر المصلحة المتعاقدة قرار الفسخ من جانب واحد الذي لا يمكن الاعتراض عليه عند تطبيق البنود التعاقدية في الضمان ، و المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعامل المتعاقد معها ، يتم إستعمال هذا النوع من الجزاءات في جميع أنواع الصفقات دون استثناء .

ثانيا الفسخ التعاقدي :

نصت عليه المادة 113 من المرسوم الرئاسي 236/10 المذكور أعلاه ، و الذي هو حق للمصلحة المتعاقدة كما أنه حق للمتعامل المتعاقد ، و يكون بمناسبة صفقة جارية التنفيذ و باتفاق مشترك يوقعه الطرفان يتضمن وثيقة الفسخ و التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة و الأشغال الباقي تنفيذها ، و كذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة .

و الجدير بالذكر أن هذا الجزاء ، تناوله المشرع في موضوع محدد ، وصفقة محددة و هي صفقة الأشغال [1].

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 113 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و

المطلب الثاني: الحقوق المقررة للمتعاقد جراء الصفقة العمومية.

القاعدة العامة أنه يجب على المتعامل المتعاقد ، أن ينفـذ و ينجـز الصـفقة بنفسـه و بإمكانياته ، لأن منح الصفقة له إنما كان قد أستند أساسا ، على اعتبارات تقوم على عوامـل ترتبط ، بالإمكانيات و المؤهلات و القدرات المالية و الخبرة ، التي يتسم و يتمتع بها .

و مع ذلك ، يمكن المتعامل المتعاقد أن يلجأ ــ إستثناء ــ إلى التعامل الثانوي أو التعاقد من الباطن ، مع ضرورة التقيد بالشروط التالية :

01 ــ يجب أن يحدد في الصفقة صرحتا ، المجال الرئيسي إلى اللجوء إلى التعامل الثانوي

02 ــ يجب أن يحضى كل متعامل ثانوي بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما .

03 ــ عندما تكون الخدمات الواجب تنفيذها من المتعامل الثانوي ، منصوصا عليهـا فـي الصفقة ، فانه يمكن لهذا الأخير، قبض مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة .

04 ــ يبقى المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد ، تجاه المصلحة المتعاقدة عند تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بصفة ثانوية .

أما الحقوق التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد ، فتتعلق بالجانب المالي المتمثل أساسـا فيمـا يلي : اقتضاء المقابل المالي ، التعويض ، الحفاظ على التوازن المالي للعقد .

الفرع الأول: الحق في اقتضاء المقابل المالي .

يأخذ المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعامل المتعاقد ، نظير تنفيذه لموضوع الصفقة ، العديـد من الصور (السعر ، الثمن ، الرسم) حسب طبيعة و نوع الصفقة ، و يجب أن يشار إليه إلى جانب بيانات أخرى ، في صلب الصفقة ، سواء من حيث مبلغه ، أو شـروط تسـديده ، أو مراجعته[1] ، ذلك راجع أن عقد الصفقة العمومية ، هو عقد معاوضة ، يلزم فيه المتعامـل

المتمم

[1] ــ أ د /بعلي محمد الصغير ، المرجع السابق ، ص 80

المتعاقد ، بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات و الشروط المتفق عليها ، و تلزم الإدارة المعنية بدفع المقابل المالي بالأشكال و الكيفيات التي حددها القانون [1]

ونظرا لارتباط الصفقة العمومية ، بفكرة المال العام و بحقوق الخزينة العامة ، فقد أولى المشرع هذا الموضوع أهمية كبرى ، خاصة في المادتين 73 و 74 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم و التي بينت طريقة التسوية المالية للصفقة و التي تتم بدفع قسط للمتعامل .

01 ــ التسبيق :

عرفته المادة 74 من المرسوم الرئاسي 236/10 بأنه :هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد ، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة ؛ ما يعني أن المتعامل المتعاقد لم يباشر بعد الخدمة موضوع الصفقة ، ورغم ذلك تبادر المصلحة المتعاقدة بدفع تسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل المتعاقد ، وهذا بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال والوفاء بالأعباء المالية ، و تمكينه من توفير المواد التي يتطلبها تنفيذ الصفقة .

ويتخذ التسبيق حسب المادة 76 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية أحد الشكلين :

أــ <u>التسبيق الجزافي:</u>

حددت المادة 77 من المرسوم الرئاسي 236/10 المذكور أعلاه ، نسبة التسبيق الجزافي ، بنسبة خمسة عشر في المائة (15%) من السعر الأولي للصفقة ، كما تناولت المادة 79 من ذات المرسوم ، على إمكانية دفع التسبيق الجزافي مرة واحدة ، كما يمكن أن يدفع في عدة أقساط تنص الصفقة على تعاقبها الزمني [2]، و عليه يستشف أن التسبيق الجزافي هو عبارة عن مبلغ من المال ، يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد ، قبل بدئ تنفيذ الصفقة على ألا تتجاوز قيمته كحد أقصى 15% من السعر الأولي للصفقة .

---

[1] ــ أ د / عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 160

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المواد : 76، 77 ،79 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم

ب ــ التسبيق على التموين:

نصت المادة 80 من المرسوم الرئاسي 236/10 المذكور أعلاه ، على انه يمكن لأصحاب صفقات الأشغال و التوريد باللوازم ، أن يقبضو تسبيقا على التموين ، إذا أثبتو حيازتهم لعقود ، أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتوجات الضرورية لتنفيذ الصفقة ، كما مكن المشرع المصلحة المتعاقدة ، أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها التزاما صريحا بإيداع المواد و المنتوجات المعنية في الورشة ، أو في مكان التسليم خلال أجل يلائم الرزنامة التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسبيق ، كما قيدت المادة 81 من المرسوم المذكور أعلاه ، التصرف في التموينات التي حظيت بتسبيقات و/أو دفع على الحساب ، حيث يحضر التصرف كذلك في اللوازم المودعة في الورشة ، أو في مكان التسليم المتفق عليه ، و ذلك إذا لم تستعمل في موضوع الصفقة ، في نهاية تقديم الخدمات رغم أن المصلحة المتعاقدة قد دفعت ثمنها [1] .

مما ذكر يمكننا أن نقول ، أن التسبيق على التموين وهو عبارة عن مبلغ من المال ، يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد، قبل التنفيذ إذا أثبت لجهة المصلحة المتعاقدة ، بموجب وثائق وعقود ، تؤكد ارتباطه القانوني مع الغير ، بهدف توفير المواد أو السلع المراد إستعمالها في موضوع الصفقة ؛ كأن يتعلق الأمر بعقد أشغال ، ويقدم المقاول المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ، سند إثبات يخص مادة الحديد أو الخشب أو الإسمنت ، ويطالب بناء عليها بحقه في التسبيق على التموين.

و في هذه الحالة أجازت المادة 80 من ذات المرسوم والمذكورة أعلاه ، للمصلحة المتعاقدة ، حق اشتراط التزام صريح من جانب المتعامل المتعاقد ، و ذلك بإيداع المواد أو المنتجات في مكان معين تحت طائلة إرجاع التسبيق ، وهذا شرط معقول ، إذ لولاه لأصبح بإمكان المتعامل المتعاقد ، الاستفادة من تسبيق على التموين ، ثم يقوم بتحويل هذه المواد لخدمة مشروع آخر لجهة تعاقدية ثانية .

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المواد : 76 ، 80 ، 81 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم

ويتضح من منطوق المادة 80 من المرسوم أن التسبيق على التموين لا يخص إلا عقد الأشغال العامة وعقد التزويد باللوازم ، بحكم القيمة المالية لهذين العقدين .

و بعد التدقيق في النصوص القانونية ، التي تناولت الحق في التسبيق الجزافي و التسبيق على التموين ، يمكننا أن نلاحظ أن هناك نقاط التقاء ، بين نوعي التسبيق ، و التي نذكرها فيما يلي :

أجازت المادة 82 من المرسوم الرئاسي 236/10 المذكور أعلاه ، للمتعامل المتعاقد ، حق الجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين ، على ألا يتجاوز بأي حال من الأحوال نسبة (50%) من المبلغ الإجمالي للصفقة ، من باب افتراض حسن النية من جانب المصلحة المتعاقدة ، في المتعامل المتعاقد ، فإن ثبت لها خلاف ذلك جاز لها اتخاذ الإجراءات المالية اللازمة [1].

كما أن المادة 83 من ذات المرسوم نصت على ان ، التسبيقات الجزافية و التسبيقات على التموين ، تستعاد عن طريق إقتطاعات من المبالغ المدفوعة في شكل دفع على الحساب أو تسوية على رصيد الحساب ، وذلك على وتيرة تحدد تعاقديا ، على أن تخصم إبتداء من تقديم أول كشف أو فاتورة ، ومهما يكن من أمر يجب أن تسدد التسبيقات إذا يلغ مجموع المبالغ المدفوعة (80%) من مبلغ الصفقة [2].

02 ــ الدفع على الحساب:

عرفة المادة 74 من المرسوم 236/10 الدفع على الحساب ، على أنه كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة ، مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة.

وهو بذلك عبارة عن قسط من المال ، يدفع بعد البدء في تنفيذ موضوع الصفقة .

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 82 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 83 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم

و عليه فإن الدفع على الحساب ، وبحسب المادة 84 يتعلق بالتنفيذ الجزئي للصفقة ، كأن نتصور أن المتعامل المتعاقد نفذ 30% من موضوع الصفقة ، ويطالب بالدفع على الحساب لهذه القيمة .

ويتعلق الدفع على الحساب فقط بعقد الأشغال العامة ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 84 من المرسوم 236/10 ، ويكون الدفع على الحساب شهريا ، ما لم ينص أحد بنود الصفقة ، على مدة أطول حسب طبيعة الخدمة .

ونظرا لتعلق الدفع على الحساب بنسبة تقدم الأشغال ، فقد علق المشرع منحة على تقديم الوثائق التالية [1]:

ـ محاضر أو كشوف حضورية (ميدانية)خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها.

ـ جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة.

ـ جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به وجدول تكاليف الضمان الاجتماعي المختص.

03 ـ التسوية على رصيد الحساب:

عرفة المادة 73 من المرسوم 236/10 التسوية على رصيد الحساب ، على أنها الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة ، بعد التنفيذ الكامل و المرضي لموضوعها

وبينت أحكام المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه ، كيفية التسوية المؤقتة للرصيد كونها تتم بعد تسليم المشروع أو أداء الخدمة ، على أن تبادر المصلحة المتعاقدة ، إلى اقتطاع الضمان والغرامات المالية عند الاقتضاء ، والدفاعات بعنوان التسبيقات .

أما التسوية النهائية للرصيد ، فتكون برد الاقتطاعات بعنوان الضمان للمتعامل المتعاقد، وشطب الكفالات التي قدمها ، ولا يتم ذلك إلا بعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع ، وبعد تقديم الوثائق القانونية المثبتة لذلك .

[1] ـ أنظر المادة 85 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

غير أن المشرّع قيّد منح التسبيقات بمختلف أنواعها ، بالتزام المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة مالية ، من شأنها أن تضمن حقوق المصلحة المتعاقدة ، فتمثل هذه المبالغ المدفوعة والموضوعة تحت تصرفها ، بمثابة احتياط مالي يلجأ إليه كوسيلة ضغط مالي على المتعامل المتعاقد ، لجبره على الوفاء بالتزاماته التعاقدية [1] .

و يجدر بنا أن نشير ، أن بعض الصفقات العمومية يستوجب تنفيذها زمنا طويلا ، بما يمكن أن ينتج عنه ارتفاع أسعار بعض المواد ، لذلك نصت المادة 64 من المرسوم الرئاسي 236/10 على أن سعر الصفقة يمكن أن يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة .

* **السعر الثابت :** ويتم تحديده في بنود الصفقة ، ويذكر بالأرقام والأحرف ، فلا يشار في الصفقة لإمكانية مراجعته.

* **السعر القابل للمراجعة:** قد تتضمّن الصفقة ، بندا يخول أطرافها مراجعة الأحكام المالية فيها ، و ذلك من خلال تغيير السعر أو تحيينه ، مع العوامل والظروف الجديدة وهذا حسب الأحكام المقررة في المواد من المادة 65 إلى غاية المادة 71 [2] .

الفرع الثاني: الحق في التعويض

طبقا للمبادئ العامة المقررة في القانون المدني ، فإن المصلحة المتعاقدة إذا تسببت في إحداث ضرر للمتعامل المتعاقد، جاز لهذا الأخير مطالبتها بالتعويض ، وكذلك الحال بالنسبة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية ، فالتجاوز أو الخرق قد يحدث من جانب المصلحة المتعاقدة ، فتلزم عندئذ بالتعويض ، وفي كل الحالات وجب اللجوء للقضاء المختص و أن يثبت المتعامل المتعاقد ، إما خطأ المصلحة المتعاقدة أو تجاوزها لأحد بنود العقد للمطالبة بالتعويض ، أو حتى عند القيام بأعمال ثانوية ، أو تحمل أعباء إضافية ، وغيره من حالات التعويض[3] .

---

[1] ــ أ د/ عمار بوضياف المرجع السابق ، ص 165 .

[2] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المواد من المادة 65 إلى المادة 71 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم

[3] ــ أ د/ عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 165 .

الفرع الثالث : الحق في التوازن المالي

فكرة إعادة التوازن المالي قائمة على أساس التعويض بدون خطأ ، ذلك " أن هذه السلطات والأعمال والإمتيازات مشروعة لارتباطها وتعلقها بالمرفق العام والصالح العام "[1]، ولهذه الفكرة حالات يتم اللجوء إليها، حددتها النظريات التي تم تكريسها من طرف الفقه والقضاء بثلاثة حالات، في فرنسا ومصر، فبجانب الحالتين حمل هذه الدراسة، توجد حالة فعل الأمير، والتي لا مكان لها في هذه الحالة ذلك أن المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، ليس لها إصدار أوامر توصف بفعل الأمير في معاملاتها مع الغير لتمتعها بصفة التاجر تجاهه، في حين أن الصفقة في كل من مصر وفرنسا تعتبر عقودا إدارية بدون جدال، بينما الوضع يختلف في مجال هذه المذكرة ، وتبيان مكانة نظرية فعل الأمير بينهما فيما يخص صفقات المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري [2].

و تعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية ، يعود للقضاء الفرنسي الفضل في إظهارها إلى حيز الوجود ، من خلال القضايا المعروضة عليه ، وكان أولها قضية العربات الكهربائية بتاريخ 1910/03/11 ، ويعود سر إقرار هذه النظرية ، إلى أن المتعامل المتعاقد ، مع المصلحة المتعاقدة يلزم في كل الحالات ، بالوفاء بالتزاماته وذلك بتنفيذ ما تعهد به ، ولا يحق له التوقف عن أداء الخدمة ، بحجة غلاء أسعار بعض المواد مثلا.

كما أنه ومن جهة لا يمكن تركه لوحده يعاني من هذه الضائقة المالية ، وقد يؤدي به الأمر إلى الإفلاس وغلق المشروع والتوقف عن كل نشاط ، وهو ما سيؤثر على سير المرفق العام وخدمة الجمهور ، ومدة انجاز المشروع ،بما يفرض في النهاية الاعتراف للمتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي[3] .

أولا : نظرية الظروف الطارئة

[1] د/ عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 223.

[2] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 47

[3] ــ أ د/ عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 167 .

يقصد بالظروف الطارئة (المخاطر الاقتصادية) قيام وظهور أحداث مفاجئة لدى تنفيذ الصفقة ، في شكل أزمات اقتصادية ، حروب ، زلزال ، قرار تخفيض قيمة العملة .. الخ .

مثال ــ قد تؤدي زيادة الضرائب ، أو ارتفاع الرسوم الجمركية ، أو رفع أجور العمال بصورة مفاجئة وغير متوقعة ، إلى جعل مواصلة تنفيذ الصفقة ، مكلفا ومرهقا بالنسبة للمتعامل المتعاقد ، مما يقتضي تحمل المصلحة المتعاقدة لبعض الأعباء المالية من استمرارية تقديم الخدمات العامة ، و الجدير بالذكر أن أساس نظرية الظروف الطارئة يوجد في القانون والتنظيم :

أ ــ القانون : تنص المادة 107 منم القانون المدني على ما يأتي :

" يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحس نية . ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون ، والعرف ، والعدالة ، بحسب طبيعة الإلتزام .

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .[1]

ب ــ التنظيم : تنص المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 على ما يأتي :

" تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة ، في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل ؛ غير أنه على المصلحة المتعاقدة ، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي ، للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها ، كلما سمح هذا الحل بما يأتي :

ــ إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين .

[1] ــ أ د / بعلي محمد الصغير، المرجع السابق ، ص 80

ــ التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة .

ــ الحصول على تسوية نهائية أسرع ، و بأقل تكلفة . [1]

ج ــ الشروط :

يشترط لقيام حالة الظروف الطارئة ما يلي :

1ــ يجب أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين (المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، والمتعامل المتعاقد معها) .

2 ــ يجب أن يكون الحادث غير متوقع ، أي غير منظور لدى إبرام العقد ، وغير عادي (حرب ، أزمة اقتصادية ، ...)

3 ــ يجب أن يحصل الحادث الطارئ لدى مرحلة تنفيذ الصفقة (بعد الإبرام وقبل الانتهاء)

ــ قبل الإبرام: لا يعتد به

ــ بعد الانقضاء: لا يعتد به أيضا إذا كان التأخير ناجما عن المتعاقد ، أما إذا كان التمديد بفعل الإدارة يعتد بنظرية حالة الطوارئ .

4 ــ قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، أي تجاوز ما يسمى بالسعر الحد

و معناه أن الإلحاق بالخسارة في الاستثمار ، أو قلة الأرباح أو زوالها ، لا يؤديان إلى إعمال النظرية وتطبيقها [2].

د ــ الآثـــار : يجب على المتعامل المتعاقد ما يلي:

أ) مواصلة تنفيذ الصفقة تحت طائلة التعرض للمسؤولية التعاقدية ، لأن نظريـــة الظـــروف الطارئة إنما أقامها مجلس الدولة الفرنسي ــ أصلا ــ ضمان استمرارية المرافـــق العامـــة لتلبية الاحتياجات العامة للجمهور .

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 115 المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[2] ــ أ د / بعلي محمد الصغير ، المرجع السابق ، ص 80

ب)كما يترتب على إعمال نظرية الظروف الطارئة ، إستحقاق المتعامل المتعاقد لتعويض جزئي ، وفي حالة عدم الإتفاق المؤدي إلى تقاسم الأعباء المالية المنجزة على الحالة الطارئة إعمالا وتطبيقا للفقرة الثالثة من المادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10 التي تنص على ضرورة : إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين [1].

ثانيا: **نظرية الصعوبات المادية.**

وضع هذه النظرية قضاء مجلس الدولة الفرنسي، والخلاف مازال ثائرا حول وجودها كنظرية مستقلة عن نظرية الظروف الطارئة[2]، وحول قبول إعمالها في مجال صفقات الأشغال .

مفاد هذه النظرية أنه إذا ما صادف المقاول خلال تنفيذ التزاماته التعاقدية صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة وغير مألوفة، من غير الممكن توقعها في مرحلة إبرام الصفقة، وتجعل تنفيذها مرهقا، فإنه يحق له أن يطلب الحصول على تعويض كامل عما سببته له هذه الصعوبات المادية من أضرار.

ومن الأمثلة التي تضرب عادة يمكن ذكر حالة حدوث زلزال شديد [3]، وهي حالة يرفض مجلس الدولة الفرنسي رفض اعتبارها حالة صعوبات المادية بل ظرفا طارئا ، وعبر عن هذا الموقف في قراره الصادر في 21 أفريل 1944 في قضية المؤسسة الفرنسية للكوابل الهاتفية[4].

وحول أساس هذه النظرية، يرى الرأي الراجح أنها تقوم على اعتبارات العدالة، وهو ما قال به كل من الأستاذ عمار عوابدي ، سليمان محمد الطماوي فالين وديلوبادير [5].

أما الشروط الواجب توافرها من أجل تطبيقها و التي ذكرت في مذكرة الطالب القاضي فارس خنوش والتي تم الإشارة إليها سابقا ، فتتمثل في الآتي بيانه :

---

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 115 المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[2] د/ عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 228.

[3] د/ عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 228.

[4] ــ الطالب القاضي فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 48

[5] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 48

– أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية محضة ، مثل طبيعة الأرض .

– أن تكون هذه الصعوبات غير راجعة لعمل أحد الطرفين المتعاقدين.

– أن تكون غير متوقعة عند إبرام الصفقة.

– أن تكون هذه الصعوبات ذات طابع استثنائي بحت.

أما عن النتائج المترتبة عن قيام هذه الشروط هي أن:

– بقاء المقاول ملتزما بالصفقة رغم الصعوبات غير المتوقعة، وساهرا على تنفيذ بنودها، ما لم يكن التنفيذ مستحيلا، لأنه يكون أمام حالة القوة القاهرة في هذه الحالة.

– يصبح للمقاول الحق في الحصول على مقابل مالي يعوض به كل ما أنفقه من أجل مواجهة تلك الصعوبات المادية، أي أن التعويض يكون كاملا، وعادة ما يحسب بناء على النفقات الحقيقية التي صرفت، ما لم تكن منسوبة للمتعاقد بخطئه.

وقد كرس المشرع الجزائري في المادة 103 من المرسوم الرئاسي 236/10 المذكور أعلاه ، حق المتعاقد الذي تعرض إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، اختلالا معتبرا جراء أسباب استثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين ، وذلك عند تعداد الحالات التي يمكن فيها إبرام ملحق للصفقة ، وفي حقيقة الأمر لا يمكن الجزم في هذه المرحلة من البحث، هل أن المشرع سعى إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة أم الصعوبات المادية، ذلك أن الإجابة على مثل هذا التساؤل تستدعي الرجوع إلى مصادر قانونية أخرى لاسيما الأعمال التحضيرية للمرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، غير أن القراءة الأولية تدفع إلى الاعتقاد أنه ، أخذ بنظرية الظروف الطارئة التي تعترض المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة، ذلك أن هذا الحق مقرر لكل المتعاقدين مهما كان موضوع الصفقة.

ذلك أن سكوت المشرع ، في تحديد النصيب من الأضرار الذي تتحمله المصلحة المتعاقدة لا يكفي للقول أنه يسعى إلى تطبيق نظرية الصعوبات المادية، بل معناه أن صعوبة تحديد الحد الأدنى الذي تتحمله المصلحة المتعاقدة من الأمور التي يتم تحديدها حالة بحالة بالنظر إلى

أهمية الضرر وقدرة المتعاقد على تحملها، مما يعني عدم إمكانية التحديد المسبق للجزء الذي تتحمله المصلحة المتعاقدة [1].

المبحث الثالث: طرق فض المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة.

نصت المادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07 أكتـــوبر 2010 المعدل و المتمم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أن المنازعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية تسوى في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها ، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة ،دون المساس بالأحكام ، أن تبحث عن حل ودي للنزاعـــات التـــي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها 2.

يتضح من خلال استقراء نص المادة المذكورة أعلاه ، بأن تسوية النزاعات الناشئة عند تنفيذ الصفقات العمومية، يتم من خلال طريقتين أساسيتين هما :

ـــ الطريقة الودية المخولة للمصلحة المتعاقدة دون المساس بالأحكام المعمول بها .

ـــ طريق القضاء.

و من أجل مناقشة هذا الموضوع ستتبع الخطوات التالية ، على اعتبار أن الحـــل الأول لا يحرم المتعاقد من اللجوء إلى القضاء، أما العكس فليس صحيحا.

المطلب الأول: طرق فض النزاع خارج ساحة القضاء.

نظرا لارتباط الصفقة العمومية بالمرفق العام و حسن صيرورته ، فقد حرص المشرع على الحفظ على المال العام والسرعة في إنجاز المشاريع ، فحاول إيجاد طرق من أجل فض النزاع من دون اللجوء إلى القضاء ؛ اقتصادا للوقت و الجهد .

---

[1] ـــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، ص 49

[2] ـــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 115 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

و يتمثل ذلك في اللجوء للتفاوض المباشر ، أو اللجوء إلى اللجنة الوطنية للصفقات العمومية، كحل اختياري ، حيث أعتبر ذلك تراجع عن الموقف المعبر عنه في القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية السابقة، أين كان الطعن أما م هذه اللجنة شرط ضروري سابق لأية منازعة أمام القضاء، يترتب عن عدم احترامه عدم قبول الدعوى شكلا.

الفرع الأول: التسوية الودية.

لقد كرس المشرع هذا الطريق كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عند تنفيذ الصفقة العمومية من خلال أحكام المادة 115 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، والتي نصت على ما يلي: "... غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

الحصول على تسوية نهائية أسرع و بأقل تكلفة.

يظهر جليا مما سبق ذكره أن الحالات التي يمكن المصالحة من أجلها، هي تلك المتعلقة بفقدان التوازن المالي للعقد ، لأحد الأسباب التي تم ذكرها أعلاه، أو من أجل التوصل إلى تدارك التأخر في إنجاز المشاريع، و بالتالي فلا مجال للمصالحة في المسائل التالية:

سوء إنجاز المتعامل المتعاقد لموضوع الصفقة العمومية .

عدم احترام طرق الإنجاز.

عدم استعمال المواد المطلوبة أو الطريقة التقنية المتفق عليها.

إن الهدف من المصالحة هو المحافظة على المال و الوقت و تسوية النزاع في أسرع وقت ممكن و بأقل تكلفة [1].

[1] ــ الطلبة القضاة إسكندر لحماري ، هشام قندوزي ، المرجع السابق ، ص 35 .

و لقد نصت المادة 115 الفقرة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم على أنه: "...في حالة اتفاق الطرفين يكون هذا الاتفاق موضوع مقرر يصدره مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في الصفقة...".

يتضح جليا من خلال أحكام المادة المذكورة أعلاه ، أن محتوى الاتفاق الضابط لبنود التسوية الودية يكون في شكل مقرر صادر عن الجهة المختصة و يكون نافذا رغم غياب تأشيرة لجنة الصفقات المختصة بالرقابة الخارجية.

إذن فلتحديد الجهة المختصة في إصدار هذا المقرر ، لا بد من الرجوع إلى المادة 2 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه ، التي تقرر أنه يتعين على المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لإبرام صفقة عمومية كلما تعلق الأمر بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا ، بمساهمة مؤقته أو نهائية من ميزانية الدولة [1].

فيستنتج أنه في حالة الإتفاق أن يصدر الوزير الذي تتم الصفقة في قطاعه، بإصدار مقرر بالتسوية، تكون له القوة التنفيذية، وينفذ بغض النظر عن منح لجنة الصفقات المختصة بالرقابة الخارجية لتأشيرتها [2].

و تجدر الإشارة إلى أن المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم لم يحدد مهلة معينة لصدور هذا المقرر رغم التعديلات التي طالت التنظيم المعمول به في مجال الصفقات العمومية المذكور أعلاه .

الفرع الثاني: تسوية النزاع بالطعن أمام اللجنة الوطنية أو القطاعية للصفقات.

---

[1] ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

[2] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، ص 49

لقد كرس المشرع هذه الوسيلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية من خلال أحكام المادة 115 الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، و التي نصت على أنه: "يمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا ، قبل كل مقاضاة أمام العدالة ، أمام اللجنة الوطنية أو اللجنة القطاعية للصفقات المختصة التي تصدر مقررا في هذا الشأن خلال الثلاثين(30) يوما إبتداء من تاريخ إيداع الطعن .

و يسري هذا المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية...".

إن تخصيص سريان مقرر لجنة الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة وحدها، وليس على المتعاقد معها، تنتج عنه آثار قانونية هامة منها:

- أن هذا القرار غير ملزم للمتعاقد الأخر.

- أن هذا القرار لا يكتسي طابع القرار الإداري الملزم في مواجهة المتعاقد.

- أن هذا القرار غير قابل للطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري، لانعدام شرط إلحاق الأذى.

يتضح جليا من خلال استقراء نص المادة 115 الفقرة الرابعة المذكورة أعلاه ، أن اللجوء إلى لجنة الصفقات الوطنية أو القطاعية اختياري و ليس إلزاميا .

و تجدر الإشارة إلى أن لجوء المتعامل المتعاقد مباشرة إلى القضاء ، يسقط حقه في رفع تظلم إداري أمام لجنة الصفقات الوطنية أو القطاعية .

الفرع الثالث: التحكيم في مجال الصفقات العمومية

لم تحتكر الدولة وحدها سلطة الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد ، وإنما سمحت باللجوء إلى التحكم كحل ودي لتسوية المنازعات .

يمكن تعريف التحكيم بأنه عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف على عرض نزاع معين أمام محكم يختارونه ويحددون سلطاته للفصل بينهم ، مع تعهدهم بقبول التحكيم الذي يصدره المحكم ويعتبرونه ملزما ، فالتحكيم وسيلة قانونية ذات طبيعة اتفاقية ملزمة لأطرافها، و كأصل عام أنه لايجوز للجهات الإدارية اللجوء إلى التحكيم باستثناء الاتفاقيات الدولية والصفقات العمومية ، ولقد أجاز المشرع الجزائري التحكيم في الصفقات العمومية بصريح العبارة في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وقد كان محل جدل بين الفقهاء بين من يرى جوازه من عدمه ، يتم اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الصفقات العمومية بمبادرة من الوزير من مسؤول المصلحة المتعاقدة أو ممثلها القانوني [1].

يمكن أن يكون التحكيم مسبقا (شرط تحكيم)أي يدرج ضمن بنود العقد ، ويتم اللجوء إليه إذا نشأ خلاف أثناء التنفيذ ، ويمكن أن يكون لاحقا(اتفاق تحكيم)أي أثناء التنفيذ أو بعد الانتهاء بأن يتفق الطرفين على اللجوء إلى التحكم.

يمكن لأي شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ، باستثناء المسائل المتعلقة بالنظام العام ، ويشترط في التحكيم سواء كان اتفاقا أو شرطا الكتابة تحت طائلة البطلان، ويدرج أثناء الكتابة المحكم أو المحكمين ، بالإضافة إلى موضوع النزاع، ويجوز اللجوء إليه حتى أثناء سير الخصومة القضائية، كما يجب أن يكون المحكومون متمتعون بالمؤهلات التي يطلبها الأفراد ويتمتعون بالاستقلالية عن الأطراف [2] .

تكون مداولات التحكيم سرية وتصدر أحكامها بالأغلبية ، ويحوز حكم التحكيم حجية الشئ المقضي فيه بمجرد صدوره .

المطلب الثاني: التسوية القضائية

بعد تبني الجزائر صارحتا للنظام القضائي المزدوج ، خاصة بعد صدور دستور 1996 ، فإنه من المفيد جدا للحديث في هذا الموضوع ، تحديد طبيعة صفقة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، و ذلك من أجل تحديد الجهة القضائية المختصة في فض النزاع الذي قد يثور بمناسبة تنفيذها، من خلال النقاشات الثائرة على مستوى الفقه والقضاء، حول

[1] ـ لمزيد من التفصيل أنظر المواد من المادة 1006 الى المادة 1018 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
[2] ـ الطالب حمزة نجار ، المرجع السابق ، ص 94 .

هذا الموضوع، المنقسم إلى اتجاهين ، يرى الأول أن الصفقة العمومية هي عقد إداري ، بغض النظر عن أطرافها، معتمدا على المعيار المادي لتأسيس رأيه، بينما يخالفه الاتجاه الثاني الذي يرى أن صفقات المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ليست عقدا إداريا .

الفرع الأول: المعيار المادي لتحديد طبيعة صفقة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

يرى جانب من الفقهاء الجزائريون أن كل صفقة عمومية هي عقد إداري ، لاحتوائها على بنود غير مألوفة في القانون العام ، ولذا جاء في رد الأستاذ سعيد بوشعير على الذين شككوا في الطبيعة الإدارية لصفقات المتعامل العمومي ، الذي أخضع لأحكامه أشخاصا من القانون الخاص أن "هذه الإفتراضات لا أساس لها طالما أن النظام الجديد أبقى على تلك الشروط غير المألوفة" ، ثم يضيف" مما يؤكد الإبقاء على الطبيعة الإدارية للعقد " [1].

ويرى الأستاذ محمد الصغير بعلي أنه يمكن تعريف العقد الإداري (الصفقة العامة) بأنه: " العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام، وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص" 2، وفي ذلك تأثر بما ذهب إليه غاستون جيز، الذي عرف العقد الإداري باستعمال نفس المعيار .

هذا الرأي أخذ به كل من الأستاذة ليلى زروقي و الأستاذ حمدي باشا عمر، اللذان يريان بدورهما: " أنه بموجب التعديل الأخير لقانون الصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ــ الملغى حاليا ــ)، فإن الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لإنجاز سكنات تمول من طرف الخزينة العامة ، تخضع لقانون الصفقات العمومية والتي تسري عليها أحكام المادتين 55 و56 من القانون 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الإقتصادية العمومية ، لتحديد القانون المطبق والقاضي المختص (القانون الإداري والقاضي الإداري) " [3] .

---

[1] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، ص 51

[2] ــ د/ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص117.

[3] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، ص 52

و الجدير بالذكر أنه وأثناء قيامنا بالبحث في موضوع هذه المذكرة ، لفت انتباهنا ما ذهب إليه الطلبة القضاة إسكندر لحماري ، هشام قندوزي في مذكرتهم المذكورة أعلاه ، لاسيما فيما يتعلق بمبررات الأخذ بالمعيار المادي لتحديد طبيعة صفقة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، حيث تم الأخذ بما ذهب إليه القاضي نصر الدين الشريف عبد الحميد ،الذي اتجه إلى نفس الموقف كونه يرى أن: "العقد الإداري، عقد يكون أحد طرفيه إدارة عامة ، وموضوعه متعلق بمرفق عام، يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص تعبر عن امتيازات السلطة العامة التي تستهدف بها الإدارة تحقيق المصلحة العامة" ، على الرغم من الملاحظات التي يمكن إبداؤها حول هذا الرأي الذي جمع عددا هاما من المعايير، يعتبر كل واحد منها تعبير عن مدرسة فقهية مستقلة، إلا أنه أشار إلى البند غير المألوف في القانون الخاص.

فحسبهم، كلما تعلق الأمر بعقد يكون موضوعه تسيير مرفق عام، ويحتوي على بنود غير مألوفة في القانون الخاص، فإنه عقد إداري، يكون الاختصاص في الفصل في المنازعات التي قد تثور بشأنه من اختصاص القاضي الإداري.

هذا وقد ساير القضاء فترة طويلة من الزمن هذا الرأي، فأصدر مجموعة هامة من الأحكام والقرارات نذكر منها أول قرار لمحكمة التنازع الذي جاء فيه: " حيث أنه من الثابت أن النزاع القائم بين الطرفين يرجع الفصل فيه للإختصاص المانع للجهة القضائية الإدارية على أساس:

1- أن أحد الطرفين المتخاصمين هو بلدية رايس حميدو تطبيقا لمقتضيات المادة 07 من ق إ م (الملغى حاليا).

2- وأن موضوع النزاع وبالإضافة إلى ما ذكر أعلاه يخص تنفيذ صفقة عمومية وفقا لمقتضيات المرسوم رقم 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 " [1] (الملغى حاليا).

إن هذا الموقف الذي عبرت فيه محكمة التنازع في أول قرار لها جدير بالمناقشة، ذلك أنه يؤسس لمعيار جديد في تحديد الإختصاص القضائي لم يعرفه القانون الجزائري من قبل،

[1] محكمة التنازع، قرار رقم 01 مؤرخ في 08ماي 200، مجلة مجلس الدولة، عدد 01 سنة 2002، ص 156.

على اعتبار أن القاضي الإداري يصبح مختصا لوحده كلما تعلق الأمر بالنظر في منازعة تتعلق بتنفيذ صفقة عمومية وبغض النظر عن أطرافها.

وكرس مجلس الدولة نفس الإتجاه في تاريخ سابق، في قرار جاء فيه: "حيث أن المسألة تتعلق بنزاع حول صفقة عمومية، وبهذا فإنه وطبقا للمرسوم 82-145 المؤرخ في 1982/04/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم 84-51 المؤرخ في 1984/02/25 (الملغى حاليا) فإن القضاء الإداري هو وحده المختص" 1.

الملاحظ أن مجلس الدولة بقي على نفس موقفه السابق بمناسبة نظره في القضية المستأنفة أمامه، بين ديوان الترقية والتسيير العقاري بوهران ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت التي صدر بشأنها القرار الذي جاء في الصفحة 4 منه: " ولكن حيث بعد الإطلاع على الملف وعلى رد المستأنف عليه يتضح أن الصفقة محل النزاع.....وعليه فإن القانون المرجعي هو قانون الصفقات العمومية وبالتالي ذلك يفتح الإختصاص للقضاء الإداري" 2.

وخلافا لما ذكر فقد تمسكت الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، بحرفية المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية السابق لنقض القرار الصادر عن مجلس قضاء قالمة في 06 ديسمبر 1997، المتعلق بصفقة عمومية 3.

فحسب كل الآراء المقدمة أعلاه تعتبر الصفقة العمومية عقدا إداريا بغض النظر عن الأطراف المتعاقدة، وكل نزاع يتعلق بتنفيذها من اختصاص القاضي الإداري، وهذا الرأي يتناقض صارحتا مع المادة 801 من القانون 09/08المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن

---

[1] قرار صادر عن الغرفة الثانية لمجلس الدولة بتاريخ 23 نوفمبر 1998، تحت رقم 122.893، غير منشور.
أورده القاضي حمدي باشا عمر، مبادئ الإجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 22.

[2] قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري بوهران ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت، قرار في 14 ماي 2001، قضية رقم 000332، غير منشور، موزع من طرف الأستاذ بن ناجي شريف بمناسبة امتحان مادة الصفقات العمومية على طلبة الدفعة 14، المدرسة العليا للقضاء جويلية 2005.

[3] قرار المحكمة العليا الصادر في 12 أكتوبر1999، ملف رقم 200.572، قضية مديرية الحماية المدنية ضد مصمودي السعيد، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد 1، ص205 ، الذي نقض القرار الصادر عن الغرفة التجارية بمجلس قضاء قالمة تحت رقم فهرس 97/83، في 06 ديسمبر 1997.

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .، وما ذهب إليه جانب آخر من الفقه والقضاء الجزائري الذي يبدو أنه يتراجع عن مواقفه المكرسة أعلاه.

الفرع الثاني: المعيار العضوي لتحديد طبيعة صفقة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

المقصود بالعقد الإداري حسب هذا المعيار، هو ذلك العقد الذي تبرمه الأشخاص المعنوية العامة الخاضعة للقانون العام، مع أشخاص قانونية أخرى، بغض النظر عن موضوع العقد ذاته، فقد يكون صفقة عمومية حسب التعريف الوارد في المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، أو أي عقد آخر، تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري طرفا فيه، فالعبرة إذن بأطراف العقد وليس بموضوعه أو مبلغ الالتزامات التي يحتويها.

و بالرجوع إلى أحكام المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نلاحظ أن المشرع كرس هذا المعيار، كمعيار أساسي ووحيد، وفي ذلك تفسير للحالة السائدة في الجزائر ، خاصة ما يتعلق بالاختصاص القضائي، حيث تعتبر المحكمة الإدارية جهة الولاية العامة في المنازعات الإدارية[1] ، بمجرد كون أحد أطراف النزاع شخصا عاما، دون أخذ الصفة العامة أو الخاصة للعقد بعين الاعتبار؛ وهذه نتيجة منطقية للمادة 801 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، المؤيدة من جهة أخرى بتنظيم الصفقات العمومية ، الذي يعتمد بدوره المعيار العضوي في وصف الصفقات العامة" 2.

1 ــ لمزيد من التفصيل أنظر المادة 800 من القانون 09/08المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

2 د/أحمد محيو، المرجع السابق، ص 107.

وعليه بمفهوم المخالفة، لما جاء به الأستاذ أحمد محيو، فإذا طرح على القضاء الإداري نزاع يتعلق بعقد لا يكون أحد أطرافه شخصا عاما، فعليه أن يصرح بعدم اختصاصه في النظر في مثل هذا النزاع [1].

وهو نفس ما يراه الأستاذ بن ناجي شريف، الذي يعتبر أن القضاء العادي هو المختص في نظر هذا النوع من النزاعات، على اعتبار أن طرف النزاع هو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وأنه منذ 1982 فقد مالت الصفقات العمومية في الجزائر نحو عقود القانون الخاص 2.

و قد كان للمجلس الأعلى فرصة ليؤكد هذا المبدأ وذلك في قراره الصادر بتاريخ 1969/02/14: حيث أنه من الثابت أن الديوان الوطني للإصلاح الزراعي هي مؤسسة عامة ذات صبغة صناعية و تجارية ، وأنه تطبيقا لأحكام المادة السابعة 07 من قانون الإجراءات المدنية (الملغى حاليا) لا يحق للمجلس القضائي الفاصل في المواد الإدارية أن ينظر بصورة صحيحة في دعوى موجهة ضده هذه المؤسسة [3].

هذا الاتجاه قد كرسه قضاء مجلس الدولة عندما قضى أن: "القاضي الإداري غير مختص للبت في النزاع القائم بخصوص إبرام صفقة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري " 4.

كما اتخذ نفس الموقف عندما صرح في قضية أخرى أن: "الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري ، هي مؤسسات ذات طابع صناعي وتجاري وبالتالي لا تكون نزاعاتها القائمة مع متقاضين خاضعين للقانون الخاص من اختصاص الجهة القضائية الإدارية " 5.

---

1 ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص 54

2 د/ بن ناجي شريف، محاضرات في الصفقات العمومية ألقيت على طلبة الدفعة 14 بالمدرسة العليا للقضاء، السنة الأكاديمية 2004-2005.

3 ــ الطلبة القضاة إسكندر لحماري ، هشام قندوزي ، المرجع السابق ، ص 50 .

4 ــ مجلس الدولة قضية ز.ش ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق ــ قسنطينة، ملف رقم 003889 الصادر في 05 نوفمبر 2002، مجلة مجلس الدولة رقم 3، لسنة 2003.

5 ــ مجلس الدولة قضية الوكالة المحلية للتنظيم والتسيير العقاري الحضري ضد أ ح، ملف رقم 004841 الصادر في 15أفريل 2003، مجلة مجلس الدولة رقم 4، لسنة 2003.

الملاحظ أن قضاة الغرفة المدنية بمجلس قضاء قالمة متمسكون باختصاصهم بنظر النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، كما هو الحال في القضية بين ديوان الترقية والتسيير العقاري بقالمة ضد مقاولة أشغال البناء، الذين يعتبرون أن الإختصاص ينعقد للقضاء العادي ولو تعلق الموضوع بصفقة عمومية 1.

وهو ما كرسه قضاة الغرفة الإدارية بذات المجلس الذين قضوا بعدم الاختصاص النوعي في قضية تتعلق بصفقة عمومية رفعت من طرف مقاول ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري وولاية قالمة، فبعدما ثبت لقضاة الغرفة الإدارية أن الولاية غير معنية بالنزاع، قضوا بإخراجها من الخصومة وصرحوا بعدم الاختصاص النوعي متمسكين بصراحة المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية (الملغى حاليا)2.

وهو ما كرسه قضاة القسم التجاري لمحكمة قالمة ، بفصلهم في القضايا المتعلقة بالصفقات العمومية التي يكون أحد أطرافها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، مثل القضايا التي تخص ديوان الترقية والتسيير العقاري بقالمة ضد المقاولين المتعاقدين معه 3 .

لذا وبناء على ما سبق يعتبر هذا الاتجاه هو الأصح والذي ينبغي التمسك به، لأسباب قانونية هامة تتمثل فيما يلي:

* أن نظرية المرفق العام، التي تعبر عن المعيار المادي، ليست لها في الجزائر نفس المكانة التي عرفتها في النظام القانوني الفرنسي 4.

* أن نظرية المرفق العام قد عرفت أزمة حادة أدت بالقضاء الفرنسي إلى التراجع عنها.

---

[1] مجلس قضاء قالمة، الغرفة المدنية، قضية بين ديوان الترقية والتسيير العقاري بقالمة و مقاولة أشغال البناء، قرار في 21 ماي 2002 ، رقم 2002/484،

[2] مجلس قضاء قالمة، الغرفة الإدارية، قضية بين قروي عبد المالك ضد ولاية قالمة و ديوان الترقية والتسيير العقاري بقالمة ، قرار في 07 أكتوبر 2002، رقم 2002/400.

[3] مجلس قضاء قالمة، محكمة قالمة، القسم التجاري ، قضية بين شنينة محسن ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري بقالمة ، حكم في 23 جانفي 2001، رقم 2001/33.

[4] ــ راجع في ذلك محاضرات الأستاذ بوسماح محمد الأمين، التي ألقيت على طلبة الماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الدراسية 2002-2003.

* أنه لا يجب القياس في تحديد طبيعة الصفقة العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على تعريف القرار الإداري بناء على المعيار المادي، ذلك أن دعوى الإلغاء دعوى موضوعية تنازع القرار في حد ذاته وليس مصدر القرار، ولذا على القاضي الإداري التمسك باختصاصه كلما لاحظ وجود عمل قانوني تتوفر فيه خصائص القرار الإداري، بينما المنازعات المتعلقة بالعقود لا تتوفر فيها هذه الخاصية، ذلك أن المنازعة تقوم بين المتعاقدين، وليس بين المتعاقد ضد العقد .

*أن المشرع الجزائري متمسك بما لا يدعو للشك ، بالمعيار العضوي بنص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

* أن المعيار العضوي بسيط يسهل على المتقاضين تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع.

وفي هذا الإطار يرى الأستاذ بوسماح أن "انهيار المفهوم القانوني للمرفق العام في ميدان المنازعات ليس إلحادا علميا، وهو ليس سيء في حد ذاته من الناحية التقنية، لكونه يتفادى وجود نظام منازعات جد متطور، وبالتالي معقد مبني على المعيار المادي .

وبفضل وضوحه وسهولة استعماله ، يبسط المعيار العضوي إجراءات المنازعات الإدارية، وهو يرضي المتقاضي الممارس والقاضي ، وبإشارته إلى فكرة السلطة العامة وإثارتها بقوة فإن المعيار العضوي يحدد هكذا مجال القانون الإداري".

ويضيف الأستاذ بوسماح أنه لا ينبغي للقاضي الجزائري أن يحذو حذو القاضي الفرنسي في المسعى الذي ذهب إليه عندما طور نظرية المرفق العام، مؤسسا موقفه على حجتين قانونيتين قويتين، يستمد الأولى من الدستور، ذلك أن القاضي لا يخضع إلا للقانون، حسب الحكم المقرر بالمادة 147 منه، وأن هذا القانون يأمره بالخضوع إلى المعيار العضوي.

أما الحجة الثانية فيستمدها من المادة 116 من قانون العقوبات التي تجرم تدخل السلطة القضائية في صلاحيات السلطة التشريعية .

هذا ولابد من التأكيد من أن انعقاد الاختصاص للقاضي العادي لا يعني تمسكه بتطبيق البنود الواردة في الصفقة باعتبارها شريعة المتعاقدين، وأحكام القانون الخاص أي القانون المدني والقانون التجاري فقط، وإنما عليه تطبيق كل القواعد المتعلقة بنظام الصفقات العمومية ولو كانت قواعد القانون العام، فعليه الإلمام بالأحكام الواردة في قانون الصفقات العمومية، ومختلف دفاتر الشروط، لاسيما دفتر الشروط العامة للبنود الإدارية العامة، لأن الصفقات ذاتها عادة ما تنص عليها كقواعد قانونية تطبق على الصفقة ذاتها.

وفي ذلك يعبر الأستاذ قطان صراحة قائلا أنه: "حسب رأينا الخاص الأمر يتعلق بالعقود الإدارية الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية بينما النزاع الناتج عنها يخرج من اختصاص القاضي الإداري لكي يبقى من ضمن اختصاص القاضي العادي. هناك تناقض خطير بالفعل فهذا الأخير خلاف القاضي الإداري لم يتعود على القضايا الإدارية" [1] .

وهنا تكمن المفارقة التي يعبر عنها الأستاذ بن ناجي شريف بقوله بأننا أمام فئة جديدة من العقود التي يسميها العقود ذات الشكل الإداري [2].

[1] ــ الطالب القاضي ، فارس خنوش ، ص 56 .

[2] ــ فارس خنوش ، المرجع السابق ، ص ، 56

الـــخاتمـــــة

بعد دراسة الطبيعة القانونية للصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، يمكننا أن نخلص إلى ما يلي :

أولا : تبنى المشرع للموقف المعبر عنه في المرســوم الرئاســي 236/10 المــؤرخ فــي 2010/10/07 المعدل والمتمم في مادته الثانية ، و القاضي بإخضاع الصــفقات العموميــة التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة بمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة ، لم يتوقع الآثار القانونية التــي ســوف تنجر عن ذلك على النظام القانوني العام القائم ، لاسيما وأنه أخضع كل الصفقات العموميــة مهما كانت طبيعة المصلحة المتعاقدة، لنفس إجراءات الإبــرام والرقابــة القبليــة الداخليــة والخارجية، وقصر في وضع نظام قانوني واضح لحل النزاعات السابق بيانه لا ســيما و أن القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد تبنى صراحتا المعيار العضوي المعبر عنه في المادة 801 منه لتحديد جهــة التقاضــي ؛ الأمر الذي يناقض مباشرة نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم المشار إليه أعلاه ، و التي نصت على تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصــفقة فــي إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها ، و هنا إشارة مباشرة لقانون الإجــراءات المدنية و الإدارية ؛ مما سيشكل عبأ قانونيا كبير حول تحديد الطبيعــة القانونيــة لمختلــف الأعمال الصادرة أثناء مراحل إبرام الصفقة وتنفيذها، واستخلاص النتائج القانونية المترتبــة عنها، لاسيما تحديد الجهات القضائية المختصة في فض النزاعات التي قد تثور بمناســبتها، ذلك ، خاصة فيما يتعلق بقرار المنح المؤقت ناهيك عن الصفقة في حد ذاتها ، كما قد تثيــر إشكالات أخرى حول إمكانية الطعن في قرار المنح المؤقت أمام لجان الصــفقات العموميــة المختلفة، وذلك بالنظر إلى الطبيعة القانونية للعمل الناتج عن هذا الطعن ، والذي يكون قابلا للطعن فيه أمام القضاء الإداري بدعوى الإلغاء، وبذلك فتحت المــادة 115 مــن المرســوم

الرئاسي 236/10 المذكور أعلاه المجال لمنازعات غير منتظرة وغير مرغوب فيها تناقض التشريع و التنظيم المعمول به الذي يعترف بالمعيار العضوي صراحتا ، غير أنه لم ينكر المعيار المادي على الرغم من عدم النص عليه صراحتا .

ثانيا : اعتماد المشرع فيما يتعلق بالمناقصة أفضل عرض كأساس لإرساء الصفقة في المناقصة ، رغم ما يكتنف المصطلح من غموض ؛ فانه رغم ذلك قد خالف أنظمة الصفقات العالمية التي تعتمد أقل سعر كأساس لإرساء الصفقة .

ثالثا : نعتقد أننا قد توصلنا إلى النية الحقيقية التي أرادها المشرع ، عندما نص على تخصيص المزايدة لمن يقدم أقل سعر، ذلك أن المادة الثانية من المرسوم 236/10 المشار إليه أعلاه ، قد نصت على مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية ، و الذي يشمل موضوعه النفقات لا الإيرادات ، حيث تشكل هذه الأخيرة الغاية من إجراء المزايدة .

رابعا : إستحداث المشرع للجان القطاعية للصفقات العمومية على الرغم من عدم إكتمال تنصيبها من شأنه أن يخفف العبء على اللجان الوطنية للصفقات العمومية ، و يمكن المصلحة المتعاقدة من تخفيف وطأة الانتظار للحصول على التأشيرات المتعلقة بدفاتر الشروط و الآراء (القرارات) التي تقدمها بمناسبة تقديم أي طعن من طرف أي معترض على قرار المنح المؤقت على الرغم من عدم إلزامية الطعن المسبق .

خامسا : نرى أنه من الضروري إعادة النظر في المادة 09 من القانون العضوي 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة ، و التي تنص على اختصاص هذا الأخير بدعوى الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة عن السلطة المركزية ، لأن الدعوى المتعلقة بالصفقات العمومية ترفع وجوبا أمام المحكمة الإدارية حتى و إن كانت القرارات صادرة عن سلطة مركزية ، و ذلك تطبيقا للمادة 804 في (المطة الثالثة) من القانون 09/08 المؤرخ في : 2008/02/25 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

أرجو أن أكون قد وفقت لحد ما في الإلمام بجانب من موضوع الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري

و أستسمح القارئ من النقائص و الأخطاء التي من الممكن أن تظهر على هذا التحليل

و على الرغم مما تعرضت له تبقى جوانب كثيرة تتعلق بهذا الموضوع تحتاج إلى دراسة و تعمق

أنصح القارئ بالتطرق إليها.

ولا تنسونا بدعائكم

و الله ولي التوفيق

حساين مصطفى

المراجـــع المستعملـــة:

أولا:الكتب

01 ــ د / عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر ، دراسة تشريعية و قضائية و فقهية ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر .

02 – د/ أحمد محيو المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيـــوض خالـــد، ديـــوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 5.

03 – د/ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ريحانة، الجزائر.

04 – د/ عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، طبعة 2002، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

05 – د/ محمد الصغير بعلي، المحاكم الإدارية، الغرف الإدارية، دار العلـــوم والنشـــر، الحجار، عنابة .

06 – د/ محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية ، ، دار العلوم والنشـــر، الحجار، عنابة .

07 ــ أ / كلوفي عز الدين ، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضـــوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار جيلطي للنشر ، برج بوعريريج .

08 - الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية ، جامعة الإسكندرية،كلية الحقوق، 1989 .

09 - الدكتور احمد محمود جمعة ، العقود الإدارية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، دون سنة نشر.

ثانيا :المـــذكـــرات

01 ــ الطالب القاضي فارس خنوش ، مذكرة التخرج لنيـــل إجـــازة المعهـــد الـــوطني للقضاء، النظام القانوني لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجـــاري في ظل المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل و المتمم الدفعـــة الرابعـــة عشـــر ، الفتـــرة التكوينية 2006/2003 .

02 ــ الطالب حمزة نجار، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقــوق (تخصــص قانون إداري) ، النظام القانوني للصفقات العمومية و طرق تسوية المنازعات المتعلقــة بها ، السنة الجامعية 2010 / 2011 الدفعة الأولى .

03 ــ الطالب بحري إسماعيل ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجســتر فــي الحقوق ، فرع / قانون الدولة و المؤسسات العمومية ، الضمانات في مجــال الصــفقات العمومية في الجزائر ، السنة الجامعية 2009/2008 .

04 ــ الطالب خضري حمزة ، مذكرة لنيل شهادة الماجســتير، منازعــات الصــفقات العمومية في التشريع الجزائري ، السنة الجامعية 2005/2004 .

05 ــ الطلبة القضاة إسكندر لحماري ، هشام قندوزي ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ،الدفعة السادسة عشر ، منازعات الصفقات العمومية .

ثالثا :النصوص القانونية

01 ــ القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الإجراءات المدنية و الإدارية ، المعدل والمتمم.

02 – أمر 67–90 المؤرخ في17 يونيو 1996، جريدة رقم 52 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

03 – أمر 74–9 المؤرخ في30 يناير 1974، جريدة رقم 13 ، يتضمن مراجعة قانون الصفقات العمومية.

04 – أمر 75–58 المؤرخ في26 سبتمبر 1975، جريدة رقم 78 ، الصفحة 990، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

05– القانون العضوي 98–01 المؤرخ في 30 مايو 1998، جريدة رقم 37 مؤرخة في01 يونيو 1998، الصفحة 3، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله

06– قانون 88–01 المؤرخ في12 يناير 1988، جريدة رقم 2 مؤرخة في 13 يناير 1988، الصفحة 30، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية.

07- قانون 11-10 المتعلق بالبلدية، جريدة رقم 15 مؤرخة في 22 جوان 2011 .

08- قانون 12-07 المتعلق بالولاية، جريدة رقم 12 مؤرخة في 21 فيفري 2012،

09- قانون 90-32 المؤرخ في04 ديسمبر 1990، جريدة رقم 53 المتعلق بمجلس المحاسبة وسيره.

10- أمر 03-03 المؤرخ في19 يوليو 2003، جريدة رقم 43 المتعلق بالمنافسة.

11 ــ المرسوم الرئاسي 236.10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 23.12 المؤرخ في 18 جانفي 2012 و المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 03.13 المؤرخ في 13جانفي 2013 .

12- مرسوم رئاسي 02-250 المؤرخ في24 يوليو 2002، جريدة رقم 52 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

13- مرسوم رئاسي 03-301 المؤرخ في11 سبتمبر 2003، جريدة رقم 55 ، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في: 24 يوليو سنة 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

14- مرسوم تنفيذي 91-434 المؤرخ في09 نوفمبر 1991، جريدة رقم 57 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

15- مرسوم تنفيذي 93-289 المؤرخ في28 نوفمبر 1993،جريدة رقم 79 ، يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية للبناء والأشغال العمومية والري إمتلاك شهادة التخصص والتصنيف المهنيين.

16 - قرار المؤرخ في21 نوفمبر 1964، جريدة رقم 6 مؤرخة في 19 يناير1965، الصفحة 46، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

الفهـــــرس

مقدمـــة

الفصل التمهيدي : ماهية الصفقة العمومية 01

المبحث الأول : مفهوم الصفقة العمومية 01

المطلب الأول : تعريف الصفقة العمومية 01

الفرع الأول: التعريف التشريعي 01

الفرع الثاني : التعريف القضائي 04

الفرع الثالث : التعريف الفقهي 05

المطلب الثاني : أنواع الصفقات العمومية 07

الفرع الأول : صفقة إنجاز الأشغال 07

الفرع الثاني : صفقة اقتناء اللوازم 08

الفرع الثالث : صفقة الدراسات 08

الفرع الرابع : صفقة تقديم الخدمات 09

المبحث الثاني: تطور نظام الصفقة العمومية في الجزائر للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري 10

المطلب الأول : نظام الصفقة العمومية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري قبل صدور القانون 01.88 المؤرخ في 12جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية 11

الفرع الأول : مرحلة الأمـــر 90.67 المؤرخ في 18جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية 11

الفرع الثاني : مرحلة المرسوم 145.82 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي 12

المطلب الثاني : نظام الصفقة العمومية للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري بعد صدور القانون 01.88 المؤرخ في 12جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية 12

الفرع الأول : مرحلة المرسوم التنفيذي 434.91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991
المتضمن تنظيم الصفقات العمومية 13
الفرع الثاني : مرحلة المرسوم الرئاسي250.02 المؤرخ في 24 جويلية 2002
المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم 13
الفرع الثالث : مرحلة المرسوم الرئاسي 236.10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010
المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم 14
الفصل الأول: مراحل إبرام الصفقة العمومية للمؤسسة العمومية ذات
الطابع الصناعي و التجاري 16
المبحث الأول : كيفيات إبرام الصفقة العمومية و الرقابة عليها 16
المطلب الأول : طرق إبرام الصفقـــة العمومية 17
الفرع الأول : إبرام الصفقة العمومية عن طريق المناقصة 17
الفرع الثاني: إبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي 22
المطلب الثاني : الرقابة على الصفقات العمومية 24
الفرع الاول : الرقابة الداخلية على ابرام الصفقة 24
الفرع الثاني : الرقابة الخارجية على ابرام الصفقة 28
الفرع الثالث: رقابة الوصاية 36
المبحث الثاني: الموافقة على الصفقة العمومية.....38
المطلب الأول: تحديد المقصود بالموافقة على الصفقة العمومية.....39
الفرع الأول: المدلول القانوني للموافقة.....40
الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الموافقة على الصفقة العمومية.....42
المطلب الثاني: الآثار القانونية لعدم الموافقة على الصفقة العمومية.....43
الفرع الأول: مصير الصفقة التي لم يتم الموافقة عليها.....43
الفرع الثاني: الحقوق المحتملة في تعويض المرشح للتعاقد.....45
المبحث الثالث: طرق فض المنازعات الناتجة عن إبرام الصفقة.....49
المطلب الأول: حقوق الطعن المقررة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.....50
الفرع الأول : قرار المنح المؤقت و قابلية الطعن فيه بدعوى الإلغاء 51
الفرع الثاني : سلطات القاضي الإداري في مجال دعوى القضاء الكامل.....56

الفرع الثالث: الجهة المختصة بالنظر في النزاع والإجراءات الواجب احترامها.....58
المطلب الثاني: الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة.....59
الفرع الأول: الشروط الشكلية الواجب احترامها عند ممارسة الطعن
أمام لجنة الصفقات المختصة 60
الفرع الثاني: نتيجة الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة 62
الفصل الثاني : مرحلـــة تنفيـــذ الصفقـــة العمومية التي تبرمها
المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري 66
المبحث الأول: الواجبات الناشئة عند إبرام الصفقة العمومية 66
المطلب الأول: واجبات المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة.....67
الفرع الأول: الواجبات المترتبة عن النظرية العامة للعقد.....67
الفرع الثاني: الواجبات المترتبة عن طبيعة العقد.....69
المطلب الثاني: واجبات المصلحة المتعاقدة وجزاء مخالفتها.....72
الفرع الأول: الإلتزامات المترتبة عن إبرام الصفقة العمومية.....72
الفرع الثاني: جزاء مخالفة المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها.....73
المبحث الثاني: السلطات والحقوق المتولدة عن الصفقة العمومية.....75
المطلب الأول: السلطات المقررة للمصلحة المتعاقدة جراء الصفقة العمومية.....75
الفرع الأول: سلطة الإشراف و الرقابة 76
الفرع الثاني: سلطة التعديل.....77
الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاء 79
الفرع الرابع: إنهاء العقد 82
المطلب الثاني: الحقوق المقررة للمتعاقد جراء الصفقة العمومية.....84
الفرع الأول: الحق في اقتضاء المقابل المالي 84
الفرع الثاني: الحق في التعويض 89
الفرع الثالث : الحق في التوازن المالي 90
المبحث الثالث: طرق فض المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة 95
المطلب الأول: طرق فض النزاع خارج ساحة القضاء 95
الفرع الأول: التسوية الودية 96

الفرع الثاني: تسوية النزاع بالطعن أمام اللجنة الوطنية أو القطاعية للصفقات.....97
الفرع الثالث : التحكيم في مجال الصفقات العمومية 98
المطلب الثاني : التسوية القضائية 99
الفرع الأول: المعيار المادي لتحديد طبيعة صفقة المؤسسة العمومية ذات
الطابع الصناعي والتجاري 100
الفرع الثاني: المعيار العضوي لتحديد طبيعة صفقة المؤسسة العمومية
ذات الطابع الصناعي والتجاري.....103
الخاتمـــــة

مـــــلـــــخـــــص الـــــــــــــــــــــــــــــدراســـة

الملاحظ عن هذا المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المعدل و المتمم الذي تم بموجب مادته الثانية إخضاع الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لأحكامه ، هو محاولة من المشرع لسد الفراغات و النقائص التي كانت تميز النصوص القانونية الخاصة ، والتي من المفترض أن تخضع لها المؤسسات العمومية المشار إليها أعلاه ، وذلك بإخضاع صفقاتها لتنظيم الصفقات العمومية ، الذي لاشك أنه يوفر ضمانة أكيدة لحسن التسيير و التدبير للمال العام ، وذلك بمسايرة التطورات الجديدة .

التي تعيشها بلادنا من انفتاح اقتصادي وتكريس لمبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن إحترام مبادئ المنافسة ، وذلك على الرغم من الصعوبات التي ظهرت أثناء تطبيقه على هذا النوع من المؤسسات العمومية ، لذلك وجب إدخال بعض التعديلات على أحكامه ، وجعله أكثر واقعية ، لكي لا يساهم المرسوم الرئاسي 236/10 المذكور أعلاه ، في تناقض الموقف الذي اتخذه القضاء ، و المدعو اليوم إلى اتخاذ قرار مبدئي يعبر فيه صراحة عن تكييفه للطبيعة القانونية لهذا النوع من الصفقات ، وعن المكانة التي يتميز بها المعيار المادي في النظام القانوني .

و لهذه الأسباب يكون من الواجب أن يتوحد موقف القضاء حول الموضوع ، و يتخذ موقفا لا رجعة فيه ، يؤكد من خلاله توجهه و النظرية التي يتبناها ، بما يسمح بتوضيح الرؤية التي يتبناها .