

جامعة محمد خيضر - بسكرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الصفة العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيد التشريعي

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون إداري

إشراف الأستاذ:

الدكتور: عباس زواوي

إعداد الطالب:

محمد العيد عماري

الموسم الجامعي: 2014 / 2015

دعاء

يارب: إذا أعطيتني مالا لا تأخذ سعادتني وإذا أعطيتني
قوة لا تأخذ عقلي وإذا أعطيتني نجاحا لا تأخذ تواضعي
وإذا أعطيتني تواضعا لا تأخذ إعتزازي بكرامتي.

يارب: لا تدعني أصاب بالغرور إذا نجحت ولا أصاب
باليأس إذا فشلت بل ذكرني دائما بأن الفشل هو
التجارب التي تسبق النجاح.

يارب: علمني أن التسامح هو أكبر مراتب القوة وأن
حب الإنتقام هو أول مظاهر الضعف.

يارب: إذا جردتني من المال اترك لي الأمل وإذا
جردتني من النجاح اترك لي قوة العناد حتى أتغلب
على الفشل.

الإهداء

نهدي هذه المذكرة المتواضعة إلى الأستاذ المشرف:

الدكتور عباس زاوي

وإلى أساتذتنا الأعزاء

وإلى الوالدين الكريمين والزوجة الكريمة وإلى الأبناء الأعزاء وإلى

كل الإخوة والأشقاء والأصدقاء

وكل أساتذة " كلية الحقوق والعلوم السياسية ببسكرة "

وطاقتها الإداري

وإلى كل أساتذة " جامعة محمد خيضر إداريين وطلبة "

وإلى السيد رئيس الجامعة ببسكرة

وإلى كل الجزائريين والجزائريات.

شكر وعرافان

نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الفاضل

الدكتور عباس زواوي

على إشرافه على الموضوع مذكرتنا رغم إلتزاماته

وكذا إلى كل الأساتذة المناقشين

وإلى كل من ساعدنا في إنجاز هذه المذكرة

مقدمة

الإدارة العامة من خلال قيامها بوظائفها تحقيقاً لأهدافها المتمثلة في تلبية حاجات الجمهور المتنوعة و المتزايدة تلجأ إلى نوعين من الأعمال، النوع الأول يتمثل في أعمال مادية و النوع الثاني يتمثل في أعمال قانونية، الأعمال المادية هي عبارة عن تنفيذ لقانون معين أو لقرار إداري مثل تهديم مسكن بني بدون رخصة بناء أو تهديم جدار يشكل خطراً وغيرها من الأعمال المادية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

أما أعمال القانون فإنها تهدف إلى إحداث اثر قانوني وهي تنقسم إلى نوعين : القرار الإداري الذي تقوم به الإدارة بإرادة منفردة مستغلة امتياز السلطة العام، والأعمال القانونية الثانية تتمثل في العقود الإدارية، وهي عبارة عن أعمال اتفاقية رضائية بين طرفين إحداهما شخص من الأشخاص القانون العام .

وعقود الإدارة تنقسم إلى مجموعتين : الأولى: عقود القانون الخاص التي يخول التشريع للإدارة العامة أن تبرمها مع الأفراد وفقاً لقواعد القانون الخاص (القانون المدني قانون العمل)، وذلك عندما تتصرف الإدارة كالأفراد الطبيعيين أي في حالة عدم استعمالها لامتيازات السلطة العامة، والثانية: العقود الإدارية وهي صنف من الارتباطات والعلاقات القانونية بين الإدارة العامة وأحد أطراف القانون الخاص ، حول موضوع يتعلق بمرفق عام مع لجو الإدارة إلى استعمال امتيازات السلطة العامة .

والصفة العمومية باعتبارها عقداً، تعد أكثر وسيلة قانونية استخدمها من أجل تحقيق أهداف الإدارة وذلك من خلال نشاطاتها المتمثلة في الإشغال العامة كإنجاز المساكن والطرق والجسور وغيرها أو توريد مقتنيات لتسيير المرافق العامة أو تقديم خدمات أو إنجاز دراسات من أجل إنجاز مشاريع على أحسن وجه .

ونظراً لدور الذي تلعبه الصفة العمومية في تنفيذ المخططات التنموية الوطنية و المحلية وكذلك المخططات الاستثمارية، فإن المشرع أخصها بقانون خاص بها ، وقوانين أخرى تدعمه.

وهذا القانون الخاص بالصفقات العمومية اتمم بالتطور و التعديل ذلك منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، حيث كان أول قانون صدر هو الأمر 67-90 سنة 1967 و تلتها قوانين أخرى:

ففي سنة 1982 المرسوم 82-145 وفي سنة 1991 المرسوم التنفيذي 91-434 وفي سنة 2002 المرسوم الرئاسي 02-250 وفي سنة 2010 المرسوم الحالي ، وعقب كل قانون تتخلله تعديلات ، وهذا التطور لتنظيم الصفقات العمومية يتمشى و الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية و السياسية للمجتمع وكذلك يتمشى مع خصائص القانون الإداري الذي يتميز بالتطور والمرونة .

و الأسباب التي أدت بنا إلى اختيار موضوع البحث ترجع إلى أسباب موضوعية تتمثل في أهمية الصفقة و ذلك بالنظر للدور الذي تلعبه في تحقيق أهداف التنمية على جميع الأصعدة ، و في حماية المال العام، وأسباب ذاتية من أجل التعمق و فهم أكثر لموضوع الصفقات العمومية.

والهدف من هذه الدراسة هو تحليل وشرح الطبيعة التعاقدية للصفقة العمومية والقيود الواردة عليها وذلك بالتطرق إلى مختلف التشريعات الخاصة بالصفقات العمومية بالجزائر و مقارنتها مع بعض التشريعات الأخرى. واقتراح بعض الإجراءات من أجل جعل الصفقات العمومية أكثر نجاعة ، ولقد اعتمدت المنهج الوصفي التحليلي لتحليل النصوص القانونية الخاصة بالصفقات العمومية في الجزائر .

إن مما لا شك فيه أن الصفقة العمومية هي عقد وذلك بصريح المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10 /236. والأشكال المطروح ليس في كون الصفقة عقدا و إنما الاشكال يتمحور حول الطبيعة القانونية للصفقة العمومية والقيود الواردة عليها. ومنه نطرح والاشكالية التالية:

ما مدى أهمية القيود التشريعية الواردة على الصفقات العمومية بنظر إلى طبيعتها التعاقدية ؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية سوف نتبع الخطة التالية :

الخطة

الفصل الأول : الطبيعة القانونية للصفقة العمومية

المبحث الأول : ماهية العقود الإداري

المطلب الأول : مفهوم العقود الإدارية

المطلب الثاني : أنواع العقود الإدارية

المبحث الثاني : ماهية الصفقات العمومية

المطلب الأول : مفهوم الصفقات العمومية

المطلب الثاني : أنواع الصفقات العمومية

الفصل الثاني : الضوابط التي تحكم الصفقات العمومية

المبحث الأول : والضوابط الشكلية والموضوعية

المطلب الأول : الضوابط الشكلية .

المطلب الثاني : الضوابط الموضوعية

المبحث الثاني : الضوابط الإجرائية

المطلب الأول : المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية

المطلب الثاني : الرقابة على الصفقات العمومية

الخاتمة

الفصل الأول

الفصل الأول:

الطبيعة القانونية للصفقة العمومية

لمعرفة الطبيعة القانونية للصفقة العمومية فإنه يتعين علينا تصنيفها و بيان ما إذا كانت تعتبر عقدا من العقود الإدارية، بمفهوم القانون الإداري أم أنها عقدا ذا طبيعة خاصة و متميزة وهذا التحديد للطبيعة القانونية له أهمية من حيث معرفة القانون الواجب التطبيق و كذلك الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع.⁽¹⁾

وسوف نتطرق في هذا الفصل إلى بيان ماهية العقد الإداري (المبحث الأول) و من خلاله يتم التعريف بالعقد الإداري و معايير وبيان أنواعه، وفي (المبحث الثاني) سوف نتطرق إلى ماهية الصفقة و تميزها عن بقية العقود الأخرى و كذلك أنواع الصفقات العمومية.

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري:

يعتبر العقد الإداري إحدى الوسائل القانونية لقيام الإدارة العامة بنشاطاتها المختلفة. والعقد الذي تبرمه الإدارة مع الأفراد الطبيعة و المعنوية لا يختلف عن العقد المدني الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم حيث كلا من العقدين يقوم على أساس توافق إرادتين من أجل انجاز التزام متبادل، لكن الإختلاف بينهما يكمن في النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما، و يعود هذا الإختلاف إلى أن الإدارة تبرم العقد باعتبارها سلطة عامة تتمتع بامتيازات لا تتوفر للمتعاقد معها و ذلك بهدف تحقيق أهداف المرفق العام الذي من أجله تم إبرام العقد.

و من جهة أخرى ليس كل عقد تبرمه الإدارة يكون عقدا إداريا يخضع للقضاء الإداري ، فهناك عقود تبرمها الإدارة تخضع للقضاء العادي ، و هناك معايير إعتمدت في تميز العقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى.

ولتوضيح ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين (المطلب الأول): مفهوم العقد الإداري (المطلب الثاني): أنواع العقود الإدارية.

المطلب لأول: مفهوم العقد الإداري

¹ كلوفي عز الدين ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيطلي برج بوعريبيج -الجزائر 2012

العقد الإداري هو أحد العقود الذي تبرمه الإدارة مع أشخاص طبيعه ومعنوية يختلف عن العقد المدني من عدة جوانب، وهذا ما سوف نوضحه في الفرعين التاليين: تعريف العقد (الفرع الأول)، معايير العقد الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف العقد.

لقد عرف العقد على انه اتفاق يبرمه شخص معنوي عام قصد تسيير مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.⁽¹⁾ فالعقد الإداري يقوم على أساس وجود طرفين احدهما على الأقل شخص من أشخاص القانون العام و أن يرتبط بتسيير مرفق عام وأن يتضمن امتيازات السلطة العامة . لقد عرف القضاء الإداري في مصر العقد الإداري على انه (العقد الذي يبرمه شخص معنوي من اشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام او بمناسبة تسييره و أن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، و ذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص).

إنه لا اعتبار أي عقد من العقود الإدارية فان ذلك يتم بإحدى التصنيفين: إما أن يتم التحديد بنص قانوني، و إما أن يتم بتوافر معايير معينة خاصة بالعقد الإداري.⁽²⁾ أولا: التصنيف القانوني للعقد الإداري.

يتم تحديد هذا التصنيف من المشرع، فعندما يحدد المشرع طبيعة العقد المبرم فلا يملك طرفا العقد تعديل هذه الطبيعة، و يتحقق التحديد التشريعي للعقود الإدارية بطريقتين إما بصورة صريحة أو بصورة ضمنية، فقد يحدد القانون بعض العقود و يعتبرها عقود إدارية و بهذا يضى عليها الطابع الإداري مباشرة، كما يمكن تحديد طبيعة العقد بصورة ضمنية و غير مباشرة و ذلك إذا نص القانون على إختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقد من عقود التي تبرمها الإدارة العامة.

ثانيا: التصنيف وفق معايير خاصة:

¹ محمد الصغير بعلي ،العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع عناية - الجزائر 2005 ص 10

² أكلوفي عز الدين ، المرجع السابق ص 14

بالإضافة إلى التصنيف القانوني للعقود الإدارية هناك عقود إدارية بطبيعتها وما تتضمنه من عناصر تميزها عن بقية العقود الأخرى الخاصة بالقانون الخاص ، و مصدر هذا التصنيف الاجتهادات القضائية و الفقه ، لقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها بتاريخ 12.02.1952 إلى: "إن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تكون بين شخص أو شركاء أو جماعة وفي أنها تستهدف مصلحة عامة لسير العمل في مرفق عام وأن كفتي المتعاقدين فيها غير متكافئة إذ يجب أن يراعى فيها دائما وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد....".

كما ذهبت المحكمة الإدارية في تونس في قرارها الصادر بتاريخ 30 جانفي 1989 في القضية ع 573 (غير منشور) بالقول: "...وحيث أن العقد المبرم بين شخص معنوي عمومي وأحد الأفراد لا يكفي بذاته لاعتباره من صنف العقود الإدارية بل لابد أن يستهدف تشريك المتعاقد في تسيير مرفق عام بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته وأن تتضمن بنوده شرطا من الشروط الاستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص والتي تنبئ عن نية الإدارة في انتهاج أسلوب القانون العام".

والرأي الأغلب في الفقه قد أجمع على إعتبار العقد عقدا إداريا يختص به القضاء الإداري إذا توفرت فيه ثلاث شروط و معايير أساسية⁽¹⁾: وهي أن تكون الإدارة طرفا فيه و أن يكون العقد المتعلق بمرفق عام و أن يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. و انطلاقا من هذا الرأي الغالب للفقه و القضاء نستخلص معايير العقد الإداري و التي تتمثل في :

- _ المعيار العضوي: الذي يقتضي أن تكون الإدارة طرفا في العقد.
- _ المعيار الموضوعي: الذي يشترط صلة العقد الإداري بمرفق عام وأن يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة⁽²⁾

وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني معايير العقد الإداري :

¹ عمار عوابدي القانون الاداري الجزء الثاني النشاط الاداري - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر 2002 ص 192

² ماجد راغب الحلو ، العقود الأدارية دار الجامعة الجديدة مصر 2009، ص 15 و ما بعدها.

من خلال تعريفنا للعقد الإداري الذي هو الإتفاق الذي يكون أحد طرفيه شخص من أشخاص القانون العام و ذلك قصد تسيير مرفق عام وفقا لأسايب القانون العام بتضمينه امتيازات السلطة العامة لاستعماله البند الغير مألوف في القانون الخاص . نستخلص أنه لتحديد العقد الإداري يتم من خلال المعيار العضوي و المعيار الموضوعي المعيار العضوي يتمثل في وجود الإدارة كطرف في التعاقد و المعيار الموضوعي يتمثل في صلة العقد بمرفق عام و احتوائية شروط استثنائية غير مألوفة.

أولاً: المعيار العضوي:

إن من المسلم به أن العقد الذي لا تكون الإدارة طرفاً فيه لا يعد عقداً إدارياً و هذا وفقاً لمبادئ القانون الإداري الذي وجد ليحكم نشاطات الإدارة العامة أما العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص فأنها تعد عقود مدنية وفقاً لمبادئ القانون الخاص حتى وأن كانت هذه العقود تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.⁽¹⁾

وأشخاص القانون العام تتمثل في الدولة، الوزارات و المؤسسات الإدارية التابعة لها و الولاية و البلدية، و لقد اختلف رجال القانون حول إعتبار بعض العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص عقوداً إدارية.

الرأي الأول: يرى أصحابه ان المؤسسات التابعة للقانون الخاص يمكن أن تبرم عقود إدارية بالرغم من صفتها الخاصة وذلك كاستثناء عن القاعدة العامة و هذا في حالة قيام هذه المؤسسات بالتصرف باسم و لحساب الدولة.

و لقد ذهب القضاء الإداري في فرنسا و مصر إلى إن العقود التي تبرمها الإدارة مع أشخاص القانون الخاص تعد إدارية إذا ما ظهر أن أحد المتعاقدين قد تعاقد باسم الإدارة و لحسابها متى توفرت الشروط الأخرى ، من اتصال العقد بالمرفق العام و تضمينه شروطاً استثنائية .

و قد طبقت محكمة التنازع هذا الاتجاه في حكم لها بشأن عقد أبرمته إحدى شركات الاقتصاد المختلط مع منشأة خاصة، و تتخلص وقائع هذه القضية في أن شركة الاقتصاد المشترك التي كانت ملتزمة بتسوية و تمهيد لقريتي (ماسي و انتوني) بالتعاقد مع منشأة

¹ أ كلوفي عز الدين المرجع السابق ص من 15 إلى 23.

خاصة لمعاونتها في القيام بهذه الأشغال و أعتبرت المحكمة في قرارها العقد إداريا على أساس أن شركة الاقتصاد المختلط لم تتصرف إلا باسم قرينتي (ماسي واننوني) و لحسابهما. **الرأي الثاني:** يرى أصحاب هذا المذهب إن مؤسسات القانون الخاص تخضع أساسا لأحكام هذا القانون و من تم فإن عقودها لا تعتبر عقود إدارية بل تعتبر من قبل عقود القانون الخاص و هذا بصفة مطلقة و ترسيخا للمعيار العضوي.

ومن هنا نستخلص ان المعيار العضوي المحدد للعقد الإداري المتمثل في وجود شخص من أشخاص القانون العام شرطا ضروريا كقاعدة عامة و لكن استثناءا عن هذه القاعدة يمكن اعتبار العقود التي يبرمها شخص من أشخاص القانون الخاص عقودا إدارية إذا تمت باسم و لحساب الإدارة .

ثانيا المعيار الموضوعي:

إن المعيار العضوي وحده لا يكفي لاعتبار العقد إداريا ، لان الإدارة قد تبرم عقود خاصة تتخلى فيها عن امتيازات السلطة العامة وفي هذه الحالة لا يكون العقد إداريا بالرغم من وجود المعيار العضوي، هذا ما أكده القضاء الفرنسي إذ اعتبر إن توفر المعيار العضوي في العقد مجرد قرينة بسيطة على طبيعته الإدارية مما يستوجب المعيار الموضوعي في تحديد طبيعة العقد الإداري. (1)

أن المعيار الموضوعي يتعلق بموضوع العقد وهو يتمثل في اتصال العقد بالمرفق العام ووجود شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

1-اتصال العقد بالمرفق العام :

يأخذ المرفق العام مفهومين.

أ-المفهوم العضوي الشكلي:

ويتمثل في الأجهزة و الهيئات و التنظيمات الإدارية المختلفة مثل الجامعة، المستشفى مقر الشرطة..... الخ .

ب-المفهوم الموضوعي (المادي):

¹ د- محمد الصغير بعلي. المرجع السابق ص 18.

و يمثل النشاط الذي تقوم به الإدارة فالعقد يعتبر إداريا إذا ما تم الاتفاق مع شخص طبيعي أو معنوي على تسيير أو إنجاز مرفق عام كما هو الحال في التزام المرافق العامة أو إذا اشترك الأفراد في إدارة وتسيير المرفق العام.⁽¹⁾

2-الشروط الاستثنائية الغير مألوفة:

يذهب القضاء الإداري الفرنسي و المصري إلى أن العقد لا يعتبر إداريا رغم إبرامه من طرف شخص معنوي عام و اتصاله بمرفق عام إلا إذا تضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، إن وجه تمييز العقد الإداري عن العقد المدني يكمن في أن العقد الإداري يخول جهة الإدارة ، ممارسة مجموعة من السلطات و الامتيازات لا و جود لها في القانون الخاص.⁽²⁾ و هذه السلطات أقرت أساسا من اجل تمكين الإدارة من تحقيق الأهداف المرجوة من إبرامها للعقد و التي تتمثل في حاجات الجمهور و تحقيقا للمصلحة العامة .

إن السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الطرف المتعاقد، والتي تضي على تعاقدتها طبيعة العقد الإداري تتمثل في:

- سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بالإرادة المنفردة .

- سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على الطرف المتعاقد معها .

- سلطة الإدارة في فسخ العقد بالإرادة المنفردة.

نستخلص مما سبق انه لتحديد العقد الإداري لا بد من وجود المعيار العضوي المتمثل في وجود الإدارة كطرف في العقد مع ضرورة وجود المعيار الموضوعي الذي يتمثل: في اتصال العقد بمرفق عام وذلك من خلال انجازه أو تسييره مع وجود شروط إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية:⁽³⁾

إن العقود الإدارية تنقسم إلى عدة أنواع و من أهم هذه التقسيمات فإننا نشير إلى العقود الإدارية الرئيسية التالية: عقد الأشغال العامة (الفرع الأول) ، عقد التوريد(الفرع الثاني) عقد

¹ ناصرالباد - الأساسي في القانون الإداري 2011 ص 149.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية -جسور للنشر و التوزيع الجزائر ، 2012، ص 110.

³ عمار عوابدي المرجع السابق ص 198.

تقديم الخدمات (الفرع الثالث)، عقد للدراسات (الفرع الرابع) ، عقد التزام المرافق العامة (امتياز) (الفرع الخامس) ، عقد القرض العام (الفرع السادس) عقد التوظيف (الفرع السابع).

الفرع الاول : عقد الأشغال العامة :

ويقصد بعقد الأشغال العامة هو ذلك الاتفاق الذي تبرمه الإدارة مع الأفراد الطبيعية أو المعنوية قصد القيام ببناء مرافق عامة (مساكن، سد شق الطرق.... الخ) أو ترميم و صيانة الجسور و المنشآت القديمة و غيرها من المنشآت العقارية و لتحديد ماهية هذا العقد فقد ذهب الفقه والقضاء إلى تحديد أركانه على النحو التالي:

هذا العقد لا بد أن ينصب على عقار (بناء - طريق - سد) و هذا يعني أن المنقول لا يصلح أن يكون محل لعقد الأشغال العامة.

يجب أن يكون الشغل العام لحساب الإدارة المتعاقدة حتى وأن كان العقار ملكية خاصة مثل دهن و تحسين الواجهات مساكن محاذية لطريق العمومي وذلك لإعطاء نظرة جمالية للمدينة يجب أن يهدف الشغل العام إلى تحقيق المنفعة العامة.(1)

الفرع الثاني: عقد التوريد.

إن هذا العقد عكس عقد الأشغال العامة الذي ينصب على عقار، فإنه ينصب على منقول فهو إتفاق تبرمه الإدارة العامة مع شخص يسمى مورد وذلك قصد تموينها و تزويدها باحتياجاتها من المنقولات مثل الأثاث المكتبية للإدارة و الأدوات الطبية للمستشفى و الخبز للمطاعم.... الخ.(2)

الفرع الثالث: عقد تقديم الخدمات:

هو إتفاق تبرمه الإدارة العامة مع أشخاص معنوية أو طبيعية قصد تقديم خدمات يحتاجها المرفق العام في إدارته و تسيير شؤونه ، مثل لجوء البلدية إلى التعاقد مع مؤسسة نظافة من أجل السهر على تنظيف شوارع المدينة أو تتعاقد مع مؤسسة متخصصة في الإعلام الآلي من أجل إعداد برامج لتسيير الشؤون الإدارية و الحسابية.

¹ ماجد راغب الطلو المرجع السابق ص 211.

² محمد الصغير بعلي المرجع السابق ص 23.

الفرع الرابع: عقد للدراسات:

وهو اتفاق بين الإدارة العامة وشخص آخر سواء كان طبيعي أو معنوي من ذوي الخبرة و الاختصاص في الأعمال الفنية و التقنية حيث يقوم بمقتضاه القيام بدراسات و إستشارات في ميدان معين كالبناء و الهندسة المعمارية و غيرها و بهذا الصدد فإن المادة 3 من القرار الوزاري المشترك في 15 ماي 1988 الذي يبين كيفية ممارسة تنفيذ الأشغال في مجال البناء تنص على أن:

« المستشار الفني شخص طبيعي أو معنوي تتوفر فيه الشروط و المؤهلات المهنية و الكفاءات التقنية و الوسائل اللازمة الفنية في مجال البناء لصالح رب العمل و ذلك بالتزامه إزاء هذا الأخير على أساس الغرض المطلوب و أجل محدد و مقاييس نوعية، يمكن أن يكون المستشار الفني مهندسا معماريا أو مكتب دراسات مختص أو متعدد الاختصاصات معتمدا طبقا للتشريع الجاري »

الفرع الخامس: عقد التزام المرافق العامة (الامتياز)⁽¹⁾

عقد التزام المرافق العامة ويسمى كذلك عقد الامتياز و هو عقد من العقود الإدارية يتمثل في إتفاق الإدارة المتعاقدة مع شخص يسمى الملتمزم بإدارة و تسيير مرفق عام لمدة معينة مثل مرفق النقل العمومي، الإطعام الجامعي....الخ مقابل رسوم يتقاضاه من المنتفعين و المستعملين لهذا المرفق مع تحمل مخاطر ذلك ربعا أو خسارة.

بالرجوع إلى بعض القوانين نجدها قد عرفت عقد الامتياز من ذلك المادة 64 مكرر من قانون 14/08 مؤرخ في 20 يوليو 2008 يعدل ويتم القانون 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية والتي جاء فيها " يشكل منح امتياز الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليها في هذا القانون و الأحكام التشريعية المعمول بها العقد الذي يقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة حق الامتياز بمنح شخص معنوي أو طبيعي يسمى صاحب الامتياز حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل بناء أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز".

¹ علاء الدين عشي - مدخل القانون الإداري - دار الهدى عين مليلة الجزائر سنة 2012 ص298.

كما نصت المادة 4 من الأمر 13/96 المؤرخ في 15 يونيو 1996 المتضمن قانون المياه يقصد بالامتياز بمفهوم قانون عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبة شخصا اعتباريا عاما أو خاصا قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية.

أما بالنسبة للتعريف التنظيمي عرف الامتياز في تعليمة صادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية تحت رقم: 3. 842/94 تتعلق بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها حيث نصت على " ان اسلوب الامتياز يعتبر الطريقة الأكثر شيوعا في استغلال المرافق العامة وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الادارية المختصة فردا او شركة خاصة بإدارة مرفق عام و استغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال و اموال يقدمها صاحب حق الامتياز و هو الملتمزم على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته و ذلك في اطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق"، و لقد تضمنت هذه التعليمة احكاما تفصيلية بخصوص امتياز المرفق العمومي.

أما بالنسبة للتعريف القضائي فإن مجلس الدولة الجزائري جاء في قراره الصادر في 09 مارس 2004 قضية رقم 11950 فهرس رقم 11952 ما يلي إن عقد الامتياز التابع لأمالك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل ، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأمالك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل دفع إتاوة يمكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه.⁽¹⁾

أما من ناحية الفقه يمكن تعريف عقد الامتياز على انه اتفاق يجمع بين الإدارة المعنية و الملتمزم يتعهد بمقتضاه هذا الأخير، فردا كان أو شركة بإدارة مرفق إقتصادي و استغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، و اعتبر الدكتور سليمان الطماري عقد الامتياز من أشهر العقود الإدارية و أهمها في الدول غير الاشتراكية و عرفه بأنه عقد إداري يتولى الملتمزم فردا كان أو شركة بمقتضاه و على مسؤوليته، إدارة مرفق عام إقتصادي و إستغلاله مقابل رسوم

¹ عمار بوضياف المرجع السابق ص 118.

يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها عقد الامتياز.

أما بالنسبة للفقهاء في الجزائر فقد عرف الدكتور احمد محيو عقد الامتياز على: (أنه إتفاق تكلف الإدارة بمقتضاه شخصا طبيعيا او اعتباريا بتأمين تشغيل مرفق عام باعتباره أسلوب للتسيير يكون الإمتياز بتولي شخص و هو صاحب الامتياز أعباء مرفق خلال فترة من الزمن فيتحمل النفقات و يستلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق)، وعقد الامتياز يحتوي على نوعين من الأحكام :

أولاً: أحكاما وبنودا لائحية:

وتتضمن دفاتر شروط تضعها الإدارة بمفردها بإرادتها المنفردة، تختص بوضعها الإدارة المعنية بالتعاقد بإرادة منفردة دون أي مشاركة من المتعاقد معها، وهذا الأخير ما عليه إلا الخضوع لها إذا رغب في التعاقد، وهذا الشرط ينصب على كيفية أداء الخدمة للمنتفعين بعقد الامتياز. ويجوز للإدارة المتعاقدة تعديل هذه الشروط حسب ما تقتضيه المصلحة العامة وهذا إنطلاقا من سلطة الامتياز التي تتمتع بها الإدارة، يدخل ضمن اللوائح التنظيمية في عقد الامتياز، الاسعار المطبقة، وما تعلق بالمستخدمين التابعين للمرفق وهي من شروط منح الامتياز.⁽¹⁾

ثانياً: أحكاما تعاقدية

تعبّر عن توافق إرادة الإدارة والمتعاقد معها، و يتم صياغة ووضع الشروط والأحكام العقد به بإرادة الطرفين الإدارة من جهة و الملتزم من جهة أخرى وفي هذه الحالة تعطي فرصة للملتزم المتعاقد لوضع أحكام عقدية تخدم مصلحته، لا يمكن للإدارة أن تعدل هذه الشروط العقدية بإدارتها المنفردة كما في الشروط التنظيمية التي تتمتع بها الإدارة بسلطة التعديل ، ويدخل ضمن هذه الاحكام التعاقدية مدة العقد، والامتيازات الممنوحة للملتزم وشرط التوازن المالي وشروط التفرد بالامتياز، مدة الامتياز قد تصل إلى 99عاما.

¹ خرشي النوي المرجع السابق ص 144

الفرع السادس: عقد القرض العام:

وهو استئانة احد أشخاص القانون العام (الدولة. الولاية. البلدية... الخ) أموالا من الغير (شخص طبيعي أو معنوي) مع التعهد بردها إليه بفوائدها، إن عقد القرض العام يجد أساسه القانوني في التشريع الجزائري قبل سنة 2011 في المادة 146 من قانون البلدية لسنة 1990 و التي وردت تحت عنوان مالية البلدية، وجاء في قانون البلدية 11- 10 وفي نص مادته 174 بما يجيز بوضوح للبلدية اللجوء للقرض العام حيث جاء فيه : يمكن للبلدية اللجوء إلى القرض لا نجاز مشاريع منتجة للمداخيل. كما نصت المادة 156 من القانون 12- 07 المتعلق بالولاية صراحة أنه يمكن للمجلس الشعبي الولائي اللجوء إلى القرض لإنجاز المشاريع وتعود الحكمة في اعتبار عقد القرض من العقود الإدارية في أنه يحتوي على عناصر العقد الإداري، من حيث الجانب العضوي كون الإدارة طرفا فيه (الولاية ،البلدية).وكونه يتعلق بتسيير مرفق عام ،وأن الغرض منه تحقيق المصلحة العامة.

الفرع السابع: عقد التوظيف (1)

عقد التوظيف هو اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد، يتولى بمقتضاه هذا الأخير. تحت إشرافها. أمر وظيفة عامة معنية، فيحصل منها على عدد من الحقوق أهمها المرتب مقابل التزامه بأعباء هذه الوظيفة ومقتضياتها وهذا العقد يتصف - في العادة - بالصفة الإدارية فنتمتع الإدارة بموجبه بعدد من الحقوق لا مقابل لها في عقود القانون الخاص تتمكن عن طريقها من الإطلاع بمهامها في تشغيل المرافق العامة، تحقيقا للصالح العام، وقد تبرم عقود التوظيف مع المواطنين، ولكنها غالبا ما تبرم مع الأجانب، ويعتبر عقد التوظيف أهم العقود الإدارية في بعض الدول كدول الخليج العربي، و ذلك نظر لكثرة عدد الموظفين الأجانب العاملين بمرافقتها بناء على عقود.

وفي فرنسا تعتبر عقود التوظيف أو العمل التي تبرمها الإدارة مع الأفراد للاستعانة بهم في تشغيل المرافق العامة عقودا إدارية في حالة احتواء العقد على شروط استثنائية، وفي حالة

¹ ماجد راغب الحلو - القانون الإداري - دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1996 ص575.

اتصاف الصلة بين الخدمة المتعاقد عليها والمرفق الذي تؤدي فيه بنود من الدوام أو الاستمرار.

وفي مصر يعتبر عقد التوظيف من العقود الإدارية، وقد نصت المادة 14 من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978 على أن "يوضع نظام لتوظيف الخبراء المواطنين والأجانب ولمن يقومون بأعمال مؤقتة، عارضة أو موسمية وللعاملين المتدرجين وذلك بقرار من الوزير المختص بالتمتية الإدارية، يصدر بناء على عرض لجنة شؤون الخدمة المدنية، وقد وضع القرار الجمهوري رقم 114 لسنة 1968 القواعد والنظم الخاصة باستخدام الأجانب في مصر، وبعد عقد التوظيف في بعض البلاد - كالكويت - من العقود الإدارية بنص القانون.

المبحث الثاني: ماهية الصفقات العمومية

الصفقة العمومية تعد أكثر وسيلة قانونية باعتبارها عقدا، تستخدمها الإدارة في تسيير أعمالها إلى جانب الوسائل القانونية والمادية الأخرى، ونظرا لأهمية الصفقة أخصها المشرع بتقنين خاص بها يبين الأحكام المتعلقة بها.

وسوف نبين في هذا المبحث مفهوم الصفقات العمومية (المطلب الأول) وأنواع الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الصفقات العمومية.(1)

إن مفهوم الصفقات العمومية يقتضي منا إعطاء تعريفا لها وذلك من الناحية التشريعية والقضائية والفقهية، وكذلك يقتضي منا تحديد معايير الصفقات العمومية ثم تمييزها عن بعض العقود الأخرى المدنية والتجارية وعقود العمل، وهذا ما سوف نعالجه في ثلاث فروع: تعريف الصفقات العمومية (الفرع الأول)، معايير الصفقة العمومية و مدى تطابقها مع العقد الإداري (الفرع الثاني)، تمييز الصفقة عن بعض العقود الأخرى (الفرع الثالث).

¹ عمار بوضياف - الصفقات العمومية في الجزائر - جسور للنشر و التوزيع الجزائر 2007 ص31

الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية.

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى التعريف التشريعي ثم التعريف القضائي وأخيرا التعريف الفقهي.⁽¹⁾

أولا: التعريف التشريعي

لقد عرف المشرع الجزائري الصفقة العمومية و ذلك عبر قوانين و تنظيمات صادرة في مراحل مختلفة بعد الاستقلال على أنها عقد مكتوب يبرم وفق شروط واردة في مختلف المراسيم:

1-تعريف الصفقة العمومية حسب قانون الصفقات الأول أمر 67- 90:

لقد عرفت المادة الأولى من الأمر 90/67 : الصفقات العمومية بما يلي: « إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العملات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد انجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ».⁽²⁾

2- تعريف الصفقة في ظل المرسوم (82-145) المتعلق بصفقات المتعامل العمومي:

عرفت المادة الرابعة منه على أنها : « صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود ، و مبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال . أو اقتناء المواد و الخدمات ».⁽³⁾

3- تعريف الصفقة في ظل المرسوم التنفيذي 91/ 434:

لقد عرف المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بأنها « الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال و اقتناء المواد و الخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة ».⁽⁴⁾

¹ عمار بوضياف -المرجع السابق ص35

² المادة(4) من الأمر 90/67 المؤرخ في 17/06/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية ج ر عدد 52.

³ المادة 4 من المرسوم 145/82 المؤرخ في 10/04/1982 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي ج ر عدد 15

⁴ المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج ر عدد 57.

4- تعريف الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 250/02:

لقد عرفت المادة الثالثة من المرسوم 250/02 بقولها « الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال و اقتناء المواد و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة »⁽¹⁾

5- تعريف الصفقة في ظل المرسوم الرئاسي 236/10:

لقد عرفت المادة الرابعة من المرسوم 236/10 الصفقة العمومية بقولها «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشرط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال و إقتناء اللوازم و الخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة »⁽²⁾

من خلال النصوص السابقة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أصر على تعريف الصفقة العمومية على انها عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو البلدية أو الولاية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و كذلك بعض المؤسسات العمومية و ذلك حسب المادة 02 من المرسوم 236/10 المعدل و المتمم .

وليس المشرع الجزائري وحده من عرف الصفقات العمومية بل المشرع التونسي عرف الصفقة العمومية من خلال الفصل الأول من الأمر عدد 3158 المؤرخ في 2002/12/17 بقولها « عقود مكتوبة تبرم لإنجاز أشغال أو تزويد بمواد أو لتقديم خدمات أو لإنجاز دراسات تحتاجها الإدارة »

ثانيا التعريف القضائي:

فرغم أن المشرع الجزائري عرف الصفقات العمومية في مختلف قوانين الصفقات فإن القضاء الجزائري قد عرف الصفقة العمومية و ذلك من خلال مجلس الدولة و هذا عبر قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 في قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية لولاية ببسكرة ضد (ق أ) تحت رقم 6215 فهرس 873 إلى القول: «... وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقالة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات.....»

¹ - المادة : 4 من المرسوم الرئاسي 250 /02 المؤرخ في 24 /07/ 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج ر عدد 57

² - المادة 4 من المرسوم الرئاسي 236/10 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج ر عدد 58

ولقد وجهت ملاحظة من طرف الأستاذ عمار بوضياف حول استعمال مصطلح "مقولة" الذي له مفهوم مدني وذلك حسب المادة 549 من القانون المدني التي عرفت عقد المقولة على أنه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". وقد أقتراح استعمال مصطلح الأشغال العامة تماشياً مع تنظيم الصفقات العمومية.

ثالثاً: التعريف الفقهي:

الفقه لم يعرف الصفقة العمومية بصفة مباشرة لكن أقر معايير خاصة بالعقود التي تبرمها الإدارة، فالإدارة حسب الفقه تبرم عقود عادية تخضع للقانون الخاص وعقود إدارية تخضع للقانون العام وهذه العقود الإدارية لا بد أن تحتوي على معايير. إذن فالصفقة حسب الفقه فهي عقود إدارية إذا كانت تتوفر على المعايير المشترطة في العقد الإداري.

وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الثاني معايير الصفقة ومدى تطابقها مع العقد الإداري.

الفرع الثاني: معايير الصفقة العمومية و مدى تطابقها مع العقد الإداري:

من خلال تعريف الصفقات العمومية و ذلك حسب المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 التي تنص على أن الصفقات العمومية « عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، قصد انجاز الأشغال و اقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة »⁽¹⁾

و من خلال كذلك المادة 02 من نفس المرسوم التي تحدد الأطراف التي تخضع لأحكام الصفقات العمومية و من خلال بعض المواد الأخرى لا سيما المواد 116-117 و 102- و 09 ... سوف نحدد معايير الصفقة العمومية و سوف تقارنها مع معايير العقد الإداري لمعرفة مدى تطابقها معه.

أولاً- المعيار العضوي:

¹ - مرسوم رئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم المرجع السابق.

كما تم التطرق إليه في المبحث الأول فإنه لا اعتبار العقد إداريا يجب أن يكون احد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام.

و منه نسأل هل هذا الشرط متوفر في الصفقات العمومية أو لا ؟

انطلاقا من تعريف الصفقة العمومية حسب المادة 4 التي تشير إلى المصلحة المتعاقدة و بربطها مع المادة 02 من نفس المرسوم سوف نحدد هل الأطراف المذكورة في المادة 02 تنتمي إلى أشخاص القانون العام؟

تنص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10 على « لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

. الإدارات العمومية.

. الهيئات الوطنية المستقلة.

. الولايات.

. البلديات.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

مركز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي

والمؤسسات و المؤسسات العمومية ذات طابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية

ذات الطابع العلمي والتقني و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ،عندما

تكلف بإنجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة»⁽¹⁾

و من خلال هذا النص يتبين لنا أن المشرع ادمج أشخاص قانونية تختلف من حيث

طبيعتها ومن حيث مهامها و من حيث القانون الذي تخضع له ⁽²⁾ و يمكن تصنيفها إلى

صنفين:

1) الصنف الأول: المتمثل في الهيئات التي ذكرت أولا و المتمثلة في الإدارة العمومية

الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فان

¹- مرسوم رئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم المرجع السابق .

²- كلوفي عز الدين -المرجع السابق ص 15 و ما بعدها .

هذه الأشخاص لا خلاف فيها في كونها تنتمي إلى أشخاص القانون العام. و هي بذلك تعبر عن المعيار العضوي المشترك في العقد الإداري.

(2) الصنف الثاني: إن المؤسسات العمومية التي تم ذكرها لاحقاً هي محل خلاف مما يستوجب تحديد طبيعتها القانونية لتصنيفها وبيان خصائصها و ذلك كما يلي:

أ- مراكز البحث والتنمية:

لقد تمت الإشارة إلى مراكز البحث والتنمية بموجب القانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.⁽¹⁾

و مراكز البحث و التنمية تخضع في تنظيمها و تسييرها إلى قواعد القانون الخاص وذلك حسب المادة 53 من القانون 01/88 بالرغم من تمويلها الجزئي أو الكلي من الأموال العامة وفقاً لما نصت عليه المادة 52 من نفس القانون.

ب- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي:

لقد تم تنظيم هذه المؤسسات بموجب المرسوم التنفيذي 256/99 المحدد لكيفيات إنشاء هذه المؤسسات بالرجوع إلى نص المادة 02 منه نجدها تنص على كيفية إنشاء هذه المؤسسات و الذي يتم بموجب مرسوم تنفيذي و ضمن المرسوم الإنشاء يتم تحديد المؤسسة العمومية و طبعها والسلطة الوصية التي تخضع لها و مقرها و من تم فكل مؤسسة من هذه المؤسسات و جب الرجوع إلى مرسوم إنشائها لمعرفة طبيعتها القانونية و ما كان تصنفها ضمن أشخاص القانون العام أو الخاص.

ج- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري:

¹ - قانون رقم 88 / 01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية و الاقتصادية ج ر عدد 02 بتاريخ 13 / 01 / 1988 الملغي جزئياً بالأمر رقم 95 / 25 المؤرخ في 25 / 09 / 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة لدولة . ج ر عدد 55 بتاريخ 27 / 09 / 1995 و هذا الأمر كذلك تم بإلغاء بموجب الأمر 04 / 01 المؤرخ في 20 / 08 / 2001 المتضمن تنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصوصتها. ج ر عدد 47 صادرة في 22 / 08 / 2001.

هذه المؤسسات تم إنشاؤها بموجب القانون 01/88 ابتداء من المادة 44 وما بعدها. هذه المؤسسات تسند لها مهمة تسيير المرافق العامة التجارية و الصناعية و قد تم تصنيفها ضمن أشخاص القانون الخاص و إخضاعها في معاملاتها و تنظيمها و تسييرها لقواعد القانون الخاص باستثناء في علاقاتها مع الدولة فإنها تخضع للقانون العام حسب المادة 45 من القانون رقم 01 / 88 .⁽¹⁾

إذن فمشكلة المعيار العضوي للصفقات العمومية تصبح قائمة بالنسبة لهذه المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون الخاص و التساؤل هنا حول طبيعة العقود التي تبرمها هذه المؤسسات هل عقود إدارية أم عقود خاصة.

كما ذكرنا في المبحث الأول حول هذه النقطة فإنه ظهرت عدة آراء للفقهاء حول هذه المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون الخاصة هل هي تمثل المعيار العضوي أم لا ولقد تم استخلاص أن هذه المؤسسات تمثل المعيار العضوي وذلك لكونها مموله من طرف الدولة فهي تتصرف كوكيل عنها . ومن خلال ما سبق نستنتج أن الأشخاص المذكورة في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم فهي تعبر عن أشخاص القانون العام سواء كان ذلك مباشرة أو عن طريق الوكالة و بالتالي فإن المعيار العضوي المشترط في العقد الإداري مكرس في الصفقات العمومية.

ثانيا- المعيار الموضوعي :

إن المعيار الموضوعي المشترط في العقود الإدارية يتمثل في الاتصال بالمرفق العام و احتواء العقد لبند غير مؤلفة في القانون الخاص.

1 () الاتصال بالمرفق العام :

إن إبرام عقود الصفقات العمومية يهدف أساسا خدمة النفع العام و ذلك من خلال نفقات الإدارة العامة لأموالها العمومية و هذا من أجل إنجاز أشغال واقتناء اللوازم و إنجاز الدراسات و تقديم الخدمات، وكل ذلك لصالح الهيئات الإدارية العامة تحققا للنفع العام.

¹ - تنص المادة 45 من القانون 01/88 «تخضع الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري للقواعد على الإدارة في علاقتها مع الدولة و تعد تاجرة في علاقاتها مع الغير و تخضع لقواعد القانون التجاري ، و يكون لها في حياتها ذمة متميزة و موازنة خاصة طبقا للحكام القانونية و التنظيمية مطبقة في هذا الشأن».

إن الهدف من الصفقات العمومية هو الحفاظ على المال العام من خلال الاستعمال الحسن و كذلك نجاعة الطلبات.

إذن فإن المعيار الموضوعي المتعلق بالاتصال بالمرفق العام فهو متوفر في الصفقات العمومية.

2) احتواء الصفقة لبنود غير مألوفة:

إن المعيار الموضوعي المتمثل في احتواء الصفقة لبنود غير مألوفة في القانون الخاص يكمن في ممارسة الإدارة لمجموعة من السلطات والامتيازات لا وجود لها في القانون الخاص وهذا من أجل تمكين الإدارة من تحقيق أهدافها التي من أجلها تم التعاقد و هذا تلبية لحاجات الجمهور و تحقيق المصلحة العامة.⁽¹⁾

وهذه السلطات تتمثل في سلطة الإشراف و التعديل و فسخ العقد بالإدارة المنفردة و سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المختلفة على الطرف المتعاقد معها. و لمعرفة مدى توفر هذه السلطات في الصفقات علينا البحث عنها في قانون الصفقات العمومية:

أ- سلطة الرقابة و التوجيه:

بالرجوع الى المادتين 116-117 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 تنص على التوالي: « تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ و قبل تنفيذها و بعده».

« تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات في شكل رقابة داخلية و رقابة خارجية و رقابة وصاية.»

ب- سلطة تعديل شروط العقد:⁽²⁾

إن المصلحة المتعاقدة تتمتع بهذه السلطة وذلك من خلال إمكانياتها لإبرام الملاحق و هذا ما نصت عليه المادة 102 و 103 من تنظيم الصفقات العمومية و هذا من أجل زيادة الخدمات أو تقليصها أو تعديل البنود التعاقدية.⁽¹⁾

¹ - عمار بوضياف - شرح تنظيم الصفقات العمومية المرجع السابق ص 44 و ما بعدها.

² الملحق رقم 1

ج- سلطة توقيع الجزاءات المختلفة :

تنص المادة 09 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم على «يمكن أن ينجز عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفية فرضها أو الإعفاء منها طبقاً لدفاتر الشروط المذكورة أدناه باعتبارها عناصر مكونة للصفات العمومية » وفقاً لهذه المادة فإن السلطة المتعاقدة تتمتع بتلك السلطة.

د- سلطة فسخ العقد: (2)

إن سلطة فسخ العقد بإرادة منفردة إما أن يكون كأجزاء على الطرف المتعاقد لعدم التزامه ببند الصفقة و إما أن يكون الفسخ كأنها العلاقة التعاقدية و هذا بناءً لما تقتضيه المصلحة العامة و ما على الطرف الآخر في هذه الحالة إلا طلب التعويض على ما فاتته من ربح أو ما لحقه من خسارة جراء هذا الفسخ ، و هذه السلطة نجدها مكرسة في المادة 112 وما بعدها من المرسوم الرئاسي 236/10⁽³⁾

و مما سبق يتبين لنا إن الصفقات العمومية تندرج ضمن العقود الإدارية و ذلك لتوفر المعايير الخاصة بالعقد الإداري. إذن إذا كانت الصفقات العمومية تتضمن معايير العقد الإداري فإن كل صفقة عمومية تعتبر عقد إداري و العكس غير صحيح أي أن ليس كل عقد إداري صفقة عمومية إذن فبماذا تتميز الصفقة العمومية عن العقد الإداري هذا ما سوف نتطرق إليه لاحقاً في الفصل الثاني: الضوابط التي تحكم الصفقات العمومية.

¹ - تنص المادة 102 عن المرسوم الرئاسي 236 /10 على « يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أكمال هذا المرسوم . تنص 103 من الرسوم الرئاسي 236/10 على ((يشكل الملحق وثيقة تعاقد تابعة للصفقة و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليها و / أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة »

² الملحق رقم 2

³- تنص المادة 112 من الرسوم الرئاسي 236/10 على « إذا لم ينفذ المتعاقد لالتزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعداراً ليفي بالالتزامات التعاقدية في أجل محدد. فإن لم يتدارك المتعاقد نقصيره في الأجل الذي حدده الأعدار المنصوص عليها أعلاه يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد »

الفرع الثالث: تمييز الصفقات العمومية عن بعض العقود الأخرى:

إن الصفقات العمومية تختلف عن سائر العقود الأخرى المدنية والتجارية وعقود العمل اختلافاً من عدة نواحي وهذا نظراً لدور الكبير الذي تلعبه الصفقة العمومية في التنمية وسوف نتناول التمييز بين الصفقات العمومية و العقود المدنية من جهة و الصفقات العمومية و العقود التجارية من جهة ثانية و الصفقات العمومية وعقد العمل من جهة ثالثة. (1)

أولاً: التمييز بين الصفقات العمومية والعقود المدنية:

تختلف الصفقات العمومية عن العقود المدنية من عدة نواحي أبرزها:

1- من حيث مراكز أطراف العلاقة العقدية:

أطراف العقد المدني يحتلون مرتبة واحدة ولا يوجد امتياز طرف عن طرف آخر ولا يمكن ترجيح مصلحة طرف على مصلحة آخر كأن يرجح مصلحة البائع على مشتري، أو المؤجر على المستأجر، بينما العقد الإداري المتمثل في الصفقة العمومية فإن الإدارة العامة تتمتع بامتيازات السلطة العامة وذلك من أجل تحقيق الهدف من التعاقد المتمثل في المصلحة العامة. (2)

2 - من حيث إجراءات إبرام العقد:

الإدارة العامة تخضع لطرق وأساليب محددة عند ما ترغب في التعاقد، حيث تلزم كأصل عام بإعلام الجمهور وينشر إعلان المناقصة والإجراءات تكون طويلة وتخضع لرقابة معقدة. فالإدارة ليست حرة في اختيار المتعاقد معها بل هي مجبرة على التعاقد بكيفية وإجراءات. بينما العقد المدني بحكمه مبدأ الحرية التامة في اختيار المتعاقد للطرف الآخر ويتم بسرعة كبيرة و لا يخضع لإجراءات الإشهار كأصل عام .

3- من حيث الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع:

يؤول الاختصاص القضائي بالنسبة للعقود المدنية إلى القضاء العادي، بينما يعقد الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية إلى القضاء الإداري.

¹ - عمار بوضياف - الصفقات العمومية في الجزائر المرجع السابق - ص 70 و ما بعدها.

² جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المدنية - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان 2014 ص 435

ثانيا: التمييز بين الصفقات العمومية و العقود التجارية:

تتميز الصفقة العمومية عن العقد التجاري من عدة نواحي أبرزها:

1_ من حيث قواعد الإثبات:

الحياة التجارية يحكمها عنصر الائتمان ومبدأ السرعة في المعاملة ، لذلك فالمشرع الجزائري وهو يسن قواعد إثبات العقد التجاري ذكر وسائل عدة يثبت بها العقد التجاري فإلى جانب السندات الرسمية ذكرت السندات العرفية والفواتير و الرسائل و الدفاتر التجارية للطرفين والإثبات بالبينة وهو ما ذهبت إليه المادة 30 من القانون التجاري الجزائري .
بينما الصفقة العمومية لا تثبت إلا بكتابة، فمجلس الدولة تشدد في تطبيق هذا الشرط فلم يقبل إدعاء بوجود علاقة عقد بعنوان صفقة إذا لم يكن المدعي يحوز عقدا مكتوبا كما أن عنصر الكتابة ورد في مختلف التشريعات لقانون الصفقات العمومية كما ذكر سابقا.

2 - من حيث طرق الإبرام :

يبرم إبرام الصفقات العمومية بعدة مراحل وإجراءات معقدة و طويلة بحيث مخالفة هذه الإجراءات يؤدي إلى المسؤولية الجزئية المقررة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بينما العقد التجاري يتسم باليسر و السرعة تماشيا مع حركة المجتمع التجاري.

3_ من حيث الجهة القضائية المختصة بالنظر بالنزاع:

يتميز العقد التجاري عن الصفقة فيما يخص قواعد الاختصاص القضائي في حالة نشوب نزاع حيث أن القضاء العادي هو المختص بالنظر في منازعات العقد التجاري أما الصفقات فالقضاء الإداري هو المختص.⁽¹⁾

ثالثا : التمييز بين الصفقات العمومية وعقد العمل:

لقد عرف الفقه عقد العمل على أنه " إتفاق بمقتضاه يلتزم شخص يسمى الأجير أو العامل بالقيام ببعض النشاط لفائدة شخص آخر يكون تابع له يسمى رب العمل أو المعلم مقابل عوض نقدي يسمى الأجر، من تعريفنا لعقد العمل يتبين لنا أنه يقترب من الصفقة. العمومية

¹ المعيار العضوي المادة 800 من القانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25-04-2008 الجريدة

الرسمية العدد 21 سنة 2088.

وهذا لكون هذا الأخير يقدم خدمة من عامل لصاحب عمل مثل الصفقة العمومية،⁽¹⁾ ولكن تظل الصفقة تتميز عن العقد العمل من عدة زوايا أبرزها:

1- من حيث عنصر الشكل:

إذ عقد العمل لا يشترط فيه عنصر الكتابة وهو ما أشارت إليه المادة 8 في القانون 11/90 المؤرخ في 1994/04/21 المتعلق بالعلاقات العمل المعدل و المتمم بقولها: "تتشأ علاقة العمل بعقد مكتوب أو غير مكتوب وتقوم هذه العلاقة على أية حال بمجرد العمل لحساب مستخدم ما" بينما الصفقة العمومية شرط الكتابة فيها إجباري بل هو ركن من أركان العقود.

2_ من حيث طرق الإجراء وقواعد الرقابة :

تختلف الصفقة العمومية عن عقد عمل من ناحية الموضوع وطرق الإبرام و الرقابة، بالنسبة للصفقة الإجراءات تكون بطيئة بينما عقد العمل تكون في مدة وجيزة وتخضع لطرق رقابية خاصة.

3_ من حيث قواعد الاختصاص القضائي:

تعرض منازعات العمل على مستوي المحكمة الابتدائية وهذا بعد أن تمر وجوبا بمرحلة الصلح الذي تتولاه مكاتب المصالحة، وطبقا للمادة 502 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : يتشكل القسم الاجتماعي من قاضي رئيسا ومساعدين بينما تتشكل المحكمة الإدارية الفاصلة في منازعات الصفقات العمومية من قضاة ولا تمر بمرحلة الصلح كما وهو الشأن بالنسبة للمنازعة العمالية.

المطلب الثاني: أنواع الصفقات العمومية:

يورد التنظيم عدة أنواع من الصفقات وذلك من حيث موضوعها أو من حيث أساليب التعاقد وهذا ما سوف نفضله في الفرعين التاليين: أنواع الصفقات من حيث الموضوع(فرع أول) وأنواع الصفقات من حيث أساليب التعاقد (فرع ثاني).

¹ بجادي المدني . التفرقة بين عقد العمل و عقد المقاوله دار هومة للطباعة و النشر الجزائر، 2008 ص 27.

الفرع الأول: أنواع الصفقات من حيث الموضوع:

رجوعا للمادة 4 و المادة 13 من المرسوم الرئاسي 236/10 تجد المشرع الجزائري قد حدد بالنص الصريح أربعة أنواع من الصفقات العمومية وهي : صفقة انجاز الأشغال العامة، صفقة اقتناء اللوازم صفقة ، تقديم الخدمات ، عقد انجاز الدراسات.

اولا : صفقة انجاز الأشغال العامة

تستمد صفقة الأشغال العامة أساسها من المادة 4 و المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236 و عقد الأشغال العامة يعرف بأنه اتفاق بين الإدارة و أحد الأفراد أو الشركات أو المؤسسات للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب شخص معنوي عام تحقيق مصلحة عامة و يجب توفر ثلاثة شروط هي :

1 - أن ينصب العقد على العقار:

كأن يتعلق الأمر بمشروع انجاز طرق أو جسور أو مجموعة سكنات أو يتعلق الأمر بترميم أسقف بناية أو ترميم جدران و غيرها ...

2- أن يتم لحساب شخص معنوي عام:

حتى تكون أمام عقد الأشغال عامة و يجب أن يتم العمل الوارد على العقار لحساب شخص معنوي عام سواء كان إقليمي كالدولة أو الولاية أو البلدية أو مرفقي كالجامعة والمستشفى أو غيرها من المرافق العامة.

3- يجب أن يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة:

إن مما لا شك فيه أن الصفقة العمومية تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة و خاصة إذا كان موضوع الصفقة ينصب على عقار سواء تمثل في إقامة طريق أو إنشاء مجموعة سكنية أو إقامة سدود فهي تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة بصورة جلية وواضحة.

ثانيا : صفقة اقتناء اللوازم

إن الإدارة و هي تمارس نشاطها تسعى إلى تلبية سائر الحاجات العامة وخدمة الجمهور لا تحتاج إلى إبرام صفقات الأشغال العامة فقط ولكن تحتاج إلى إبرام أنواع أخرى من العقود كعقد التوريد أو عقد اقتناء اللوازم، و يجد عقد اقتناء اللوازم أساسه القانوني في التشريع الجزائري في

المادة 04 من المرسوم الرئاسي 236/10 و كذلك أشارت إليه نصوص أخرى سابقة كالمادة 01 من الأمر 90/67 والمادة 04 من المرسوم 145 /82 و المادة 03 من المرسوم التنفيذي 434/91 و المادة 03 من المرسوم 250/02 و يعرف عقد التوريد بأنه اتفاق بين الإدارة و احد الأشخاص (المورد) بقصد تموينها و تزويدها باحتياجاتها من المنقولات ، و هذا لقاء مقابل تلزم بدفعه و بقصد تحقيق مصلحة عامة و من هذا التعريف يتضح الفرق بين عقد التوريد الذي ينصب دائما على منقول و عقد الأشغال العامة الذي ينصب على عقار.⁽¹⁾

ثالثا : صفقة تقديم الخدمات

الإدارة في نشاطها تحتاج إلى نوع آخر من العقود و هو عقد تقديم الخدمات. و يعرف عقد الخدمات على انه اتفاق بين الإدارة و شخص آخر (طبيعي أو معنوي) بقصد توفير خدمة معينة للإدارة المتعاقدة تتعلق بتسيير مرفق نظير مقابل مالي. وقد جاء ذكره في كل قوانين الصفقات العمومية من الأمر 90/67 و 145/ 82 و 434/91 و 250/02 و القانون الحالي 236/10 في المادة 4 منه. ويتميز عقد الخدمة بكونه لا يتطلب مبالغ ضخمة مثل عقد الأشغال القامة و عقد توريد، بل هناك خدمات تستفيد منها الإدارة لا تخضع لتنظيم الصفقات العمومية اذا كان موضوع الخدمة بسيط ولا يكلف اعتمادات مالية كبيرة.

ربعا : صفقة انجاز الدراسات

إن هذا العقد و خلافا للعقود الإدارية الثلاث الأخرى (عقد التوريد و عقد الأشغال العامة و عقد الخدمات) فانه لم يذكر في جميع القوانين التي نظمت الصفقات العمومية. ولم يذكر بالنص الصريح إلا في المرسوم الرئاسي 250/02 وهذا حسب المادة 03 منه و تؤكد ذلك في المادة 11 من نفس المرسوم.

وفي المرسوم الرئاسي الحالي 236/10 يستمد عقد الدراسات وجوده القانوني من المادة 4 و المادة 13، و على ذلك فان عقد الدراسات يعد عقدا إداريا تلتزم الإدارة إن أرادت إبرامه بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية إن من حيث الرقابة، و يعرف عقد الدراسات بأنه اتفاق

¹ عمار بوضياف-الصفقات العمومية في الجزائر - المرجع السابق ص75.

بين الإدارة المتعاقدة و شخص آخر (طبيعي أو معنوي) يلزم بمقتضاه هذا الأخير بانجاز دراسات محددة في العقد. كقيام مديرية السكن بإبرام عقد مع احد مكاتب الدراسات في الهندسة المعمارية بغرض انجاز تصاميم هندسية من اجل انجاز سكنات.

أن وجه تمييز عقد الدراسات و غيره من العقود الأخرى، إن هذا العقد ينصب على جانب فني وتقني و هو ذو طابع علمي.

مما سبق فإننا نلاحظ أن الأربعة أنواع من الصفقات منفصلة عن بعضها كل صفقة مختصة في مجال معين (الأشغال العامة ، التوريد ، الخدمات و الدراسات) مع ذلك فإن التداخل و العلاقة بين عقد و آخر قد تحدث ، فعقد الأشغال العامة مثلا يستوجب دراسات سابقة و هو ما يعني أن الإدارة المختصة تبرم عقد الدراسة ليجسد فيما بعد شكل عقد.

الفرع الثاني: أنواع الصفقات من حيث أساليب التعاقد

الصفقة العمومية من حيث اسلوب التعاقد تنقسم إلى صفقة تنفيذية ، صفقة الطلبية ، و صفقة البرنامج ، و صفقة التسوية.⁽¹⁾

أولاً: الصفقة التنفيذية

الصفقة التنفيذية هي صفقة عادية تجتمع في صلبها كل البنود اللازمة لتنفيذها فهي قائمة بذاتها لا تحتاج إلى صفقة أخرى لتنفيذها، فهي لها آجال محددة حسب حجم المشروع ولها سعر محدد وكافة الشروط التعاقدية الأخرى.

ثانياً: صفقة الطلبية

تعتبر صفقة الطلبية أسلوب من أساليب التعاقد، وحسب التنظيم نوع من أنواع الصفقات التي يتم تنفيذها بواسطة طلبيات جزئية وخص هذا الأسلوب ، اقتناء اللوازم او تقديم الخدمات ذات النمط العادي والطابع التكراري ، كما نصت عليه المادة 20 من المرسوم الرئاسي 10_236 ، ويستنتج من ذلك أن صفقة الأشغال تخرج عن دائرة هذه الأسلوب أو النوع من أنواع الصفقات، وذلك لانعدام توفر شرطي النمط العادي والطابع التكراري فبناء مدرسة أو مستشفى أو غيره من عمليات البناء ، أو شق الطرق ، وغير ذلك من الأشغال ليس لها طابع تكراري ، على العكس من ذلك فإن اقتناء رزم أوراق بالنسبة لمطبعة أو مواد صيدلانية

¹ خرشي النوي - تفسير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية- المرجع السابق ص 153.

بالنسبة لمستشفى، أو مواد غذائية بالنسبة لداخلية، يمكن لها أن تستفيد من تطبيق هذا الأسلوب ، إذ توفر شرط التكرارية فيها.

يضمن هذا الأسلوب للمصلحة المتعاقدة أن تمد العمل بصفقة لسنوات عدة متتالية بمعنى ان صلاحية صفقة طلبية تمتد إلى أكثر من سنة، وقد تصل كحد أقصى إلى خمس سنوات، ويتم مد العمل لصفقة الطلبية لكل سنة موائية بالتعبير الصريح من قبل المصلحة المتعاقدة المرسوم.

ثالثا : عقد البرنامج

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ أيضا إلى أسلوب عقد البرنامج، وهو عقد يأخذ شكل اتفاقية سنويا أو متعددة السنوات، تحدد طبيعة الخدمات الواجب تأديتها ، واهميتها والموقع ومبلغ عقد البرنامج ، وبرنامجها وتكون مرجعا لصفقات تنفيذية تبرم وفق للالتزامات المتبادلة ضمن عقد البرنامج.

حصر التنظيم اللجوء لهذه النوع من الصفقات ، مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري ، المؤهلة والمصنفة بصفة قانونية ، ورخص باللجوء لهذا النوع أيضا في حال التعاقد مع المتعاملين الأجانب، الذين تتوفر لديهم ضمانات تقنية ومالية .
يشترك عقد البرنامج مع عقد الطلبية في إمكانية تعدد سنوات العقد ، غير أسلوب الطلبية يخص كما سبق ذكره صفقات الوازم والخدمات دون غيرها ، أما عقد البرنامج فقد جاء على إطلاقه، بمعنى أنه يمكن اللجوء اليه في جميع مجالات الصفقات.

رابعا: صفقة التسوية:

يفترض أن لا يشرع في تنفيذ الصفقات ، إلا بعد اتمام كافة الإجراءات المتعلقة بالمصادقة عليها ، تبرم الصفقات العمومية قبل إي شروع في تنفيذ الخدمات غير ان لهذه القاعدة حالات نص عليه المرسوم الرئاسي 10_236 تمثل استثناءات ، وخص بها التنظيم تسوية عمليات استيراد بعض أنواع المنتوجات والخدمات أو ما عممه التنظيم لكل المجالات.

1_ صفقة التسوية للمنتوجات والخدمات

جاءت المادة 05 من المرسوم الرئاسي 10_236 لتعفي المصلحة المتعاقدة من اللجوء لأحكام تنظيم الصفقات ، شريطة أن تستدعي اقتناء هذه المنتوجات والخدمات ، السرعة في اتخاذ القرار بالنظر لطبيعتها والتقلب السريع في أسعارها ومدى توفرها ، مثل البن والسكر والقمح والمعادن والخشب وغيره ، غير أن النص الجديد حصر المنتوجات والخدمات المعنية في قائمة يتم تحديدها بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتجارة والوزير المعني.

في كل الحالات يقع على المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة أن تقوم بتحرير صفقة التسوية وعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية في أجل ثلاثة اشهر ابتداء من الشروع في التنفيذ الذي يتم بمجرد أمر بالأشغال.

أما الأمر بالأشغال ، فيتم بإجراء المفاوضات واختيار الشريك المتعاقد من طرف لجنة وزارية مشتركة يؤسسها الوزير المعني ، بمناسبة كل عملية إستيراد وتتكون هذه اللجنة من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني ، يرأسها ممثل المصلحة المتعاقدة.

2 صفقة التسوية لكل مجالات الصفقات:

المرسوم 02_250 أطلق على هذه الصفقة مصطلح "التصحيحية" ثم المرسوم 08 فعدل مصطلح التصحيحية واستبدله بمصطلح التسوية الذي كرسه المرسوم الحالي.

وتضمنت المادة السابعة من التنظيم البدء في تنفيذ الأشغال قبل إتمام إجراءات إبرام الصفقة ، وذلك في حالة وجود خطر يهدد إستثمارا أو ملكا قائما للمصلحة المتعاقدة أو لأسباب المحافظة على الأمن العمومي، وهذا عن طريق ترخيص في شكل مقرر يصدر عن الوزير أو مسؤول الهيئة المستقلة أو الوالي المعني.

إن اللجوء إلى هذا الأسلوب يقتضي أن يكون خطر يهدد الاستثمار أو الملك أو الأمن العمومي بصيغة عامة وفي هذه الحالة التسوية تخص جميع مجالات الصفقات العمومية صفقة التسوية تكون في خلال 3 أشهر ابتداء من إمضاء المقرر المرخص وعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات.

3 صفقة تسوية لسوء تقدير الاحتياجات:

في هذه الوضعية تجد المصلحة المتعاقدة نفسها، نتيجة لسوء تقدير الاحتياجات، قد قامت بعدة طلبات ذات خدمات مماثلة لدى نفس المتعامل المتعاقد ، وظهر أن مجموع مبالغ الطلبات بعنوان سنة ميزانية واحدة يفوق السقف المالي للصفقة، ففي هذه الحالة المصلحة المتعاقدة تبرم صفقة تسوية تدرج فيها الطلبات المنفذة سابقا وتقوم بعرضها على هيئة الرقابة الخارجية. (1)

1 المادة 6 الفقرة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم المرجع السابق.

الفصل الثاني

الفصل الثاني:

الضوابط التي تحكم الصفقات العمومية

لقد عرفنا في الفصل الأول أن الصفقات العمومية هي عبارة عن عقود إدارية وهذا لتوفر معايير العقد الإداري لكن الصفقة العمومية بالرغم من ذلك تتميز عن العقد الإداري بوجود ضوابط وقيود خاصة بها.

إن المشرع فرض هذه القيود والضوابط التي تحكم الصفقات العمومية لكون أن الصفقة تلعب دور هام في التنمية وهذا باعتبارها أداة تستعملها الإدارة من أجل تجسيد مختلف البرامج التنموية التي يحتاجها الجمهور وكذلك لارتباط الصفقة العمومية بالخرينة العامة.

ومن أجل الحفاظ على المال العام و نجاعة تحقيق الطلبات المتعلقة بالمشاريع، وضع المشرع ضوابط موضوعية وشكلية وضوابط إجرائية وشدد في ذلك بحيث جعل لمن يخالف هذه الضوابط متابعة جزائية وأصدر قانون خاص يسمى الوقاية من الفساد ومكافحته تحت رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006.⁽¹⁾

وهذه الضوابط أقرها المشرع كذلك من أجل حماية حقوق المصلحة المتعاقدة من جهة وحماية المتعامل المتعاقد من جهة أخرى.

وهذا ما سوف نبينه في هذا الفصل من خلال مبحثين أثنتين: المبحث الأول: الضوابط الشكلية و الموضوعية التي تحكم الصفقات العمومية ، والمبحث الثاني: الضوابط الإجرائية التي تحكم الصفقات العمومية.

المبحث الأول: الضوابط الشكلية والموضوعية التي تحكم الصفقات العمومية

لكي يكون العقد الإداري صفقة يخضع لأحكام قانون الصفقات العمومية لابد من توفر مجموعة من الشروط والضوابط الشكلية و الموضوعية وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال مطلبين: المطلب الأول: الضوابط الشكلية، المطلب الثاني: الضوابط الموضوعية.

¹ القانون رقم : 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد 14

المطلب الأول: الضوابط الشكلية.

لقد تدخل المشرع وأضفى ضوابط شكلية على الصفقات العمومية لتمييزها عن العقد الإداري، وهذه الضوابط إلزامية فمن دونها لا يمكن اعتبار العقد صفقة تخضع لإحكام قانون الصفقات العمومية، وهي تتمثل في الكتابة(الفرع الاول) والمعيار العضوي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الكتابة

لا يشترط أن تكون العقود الإدارية مكتوبة هذا بصفة عامة، لكن شرط الكتابة شرطا إلزامي بالنسبة للصفقات العمومية. وهذا بالرجوع لتعريف الصفقات العمومية في المادة الأولى من الأمر 90/67 والمادة 4 من المرسوم 145/82. والمادة 03 من المرسوم 434/91 والمادة الثالثة من مرسوم 02-250 والمادة 4 من المرسوم 236/10 المالي، نجد أن المشرع الجزائري دائما ثابت على مبدأ واحد وهو أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة. ويعود سبب هذا التشديد على الكتابة لكون الصفقة العمومية تلعب دورا كبيرا و بارز في تنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وكذلك تعتبر أداة لتنفيذ البرامج الاستثمارية وكذلك نظرا للأعباء المالية التي تتحملها الخزينة العمومية جراء المبالغ الكبيرة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية . لذا يجب أن تكون الصفقات العمومية مكتوبة .

أن اشتراط عن عنصر الكتابة في الصفقة، يعني أن الكتابة وسيلة إثبات للصفقة وهذا عكس بعض العقود الأخرى التي يتم إثبات جودها بالإقرار أو باليمين حتى ولو غاب عنصر الكتابة عنها، فالصفقة الغير مكتوبة تعتبر غير موجودة ولا يكفي الإقرار أو اليمين لثبات وجودها.

ولقد تشدد القضاء الإداري الجزائري ممثلا في مجلس الدولة في ما يخص الكتابة في قرار له صدر بتاريخ 2001/05/14 بين بلدية بوزريعة ومقاوله تحت رقم 001519 الغرفة الرابعة غير منشور من المقرر قانونا وفقا المادة 03 من المرسوم التنفيذي 434/91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإنها تعتبر الصفقات العمومية عقود مكتوبة وإنه يلزم تحت طائلة البطالات

أن تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر بما يستعان منه أن الكتابة شرطا لإنعقاد الصفقة العمومية وتتعلق بالنظام العام.⁽¹⁾

يتبين من خلال هذا القرار أن مجلس الدولة طبق نصوص الصفقات العمومية تطبيقا كاملا وأعتبر أن الكتابة شرطا ضروري ولازم ومن النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفته. إذا كان المشروع الجزائري قد شدد على عنصر الكتابة وذلك عبر مختلف قوانين الصفقات العمومية فإنه أورد استثناء على هذه القاعدة، وهذا ما حد دقة المادة 07 من المرسوم الرئاسي 236/10 بقوله "تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات وفي حالة وجود خطر يهدد استثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، يمكن مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني، أن يرخص بموجب مقرر معطل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة، وترسل نسخة من المقرر المذكور في الفقرة السابقة إلى الوزير المكلف بالمالية وإلى مجلس المحاسبة.

وعندما لا يسمح الاستعجال الملح بإعداد الصفقة، يثبت اتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل ومهما يكن من الأمر فلا بد من إعداد صفقة تسوية خلال ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر المذكور أعلاه إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى للمادة 6 أعلاه و عرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات⁽²⁾

من خلال النص يتبين أن المشرع جعل في الأصل أن التنفيذ يكون عملية لاحقة لعملية الإبرام وهذا الأخير مرهون بالكتابة فلا يمكن أن يتم الشروع في تنفيذ الصفقة إلا بعد توقيعها من طرف الجبهة المخولة قانونا بذلك.

غير أن المشرع منح ترخيصا للمصلحة المتعاقدة فمكنها من إجراء تنفيذ الصفقة قبل عملية الإبرام. وهذا الترخيص يمنح من الوزير الوصي على القطاع المعني بالصفقة أو الولي المختص إقليميا وهذا بموجب مقرر معطل يحتوي على جملة من الأسباب تبرر اللجوء إلى تنفيذ قبل مباشرة عملية الإبرام.

¹ عمار بوضياف - شرح تنظيم الصفقات العمومية - المرجع السابق ص 74

² المادة 7 من المرسوم الرئاسي 10-236 المرجع السابق

والأسباب التي من أجلها يتم اللجوء إلى هذه الوسيلة نصت عليها المادة المذكورة أعلاها بعبارة ".... في حالة وجود خطر يهدد الاستثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة". و المصلحة المتعاقدة هي التي أول من يتحرك ويطلب الترخيص لدى الجهات المخولة بذلك قانونا وهي حسب حالة الوزير المعني أو الولي المختص إقليميا، والمصلحة المتعاقدة هي التي يقع على عاتقها عبئ إثبات وتبرير الخطر الذي يهدد الاستثمار أو الملك.

ونظرا لأثر الصفقة العمومية على الخزينة العمومية ترسل نسخة إلى الوزير المكلف بالمالية وكذلك إلى مجلس المحاسبة المكلف بالرقابة البعدية للصفقات العمومية.

ونظرا لأهمية الكتابة فإن الاستثناء المذكور أعلاه يبقى استثناء مؤقتا، لأن نفس المادة 7 من المرسوم الرئاسي 236/10 فرضت إعداد صفقة تسوية خلال ستة أشهر من بدء التنفيذ إذا كان مبلغ الصفقة يفوق ثمانية ملايين دينار جزائري.⁽¹⁾

أما بالنسبة للكتابة الإلكترونية هل تعتبر وسيلة إثبات لجود الصفقة أم لا؟ ففي غياب نصوص توّطر هذا النوع من الكتابة وفي غياب ما ينظم التوقيع الإلكتروني على الوثائق فإن الكتابة الإلكترونية ما زلت لم تعد بعد وسيلة إثبات لوجود الصفقة وتبقي الوسيلة الوحيدة لذلك الكتابة و التوقيع .

وحتى في التنظيم الجديد الذي يعد أول تنظيم ذكر الطريقة الإلكترونية في الكتابة إلا لأنه حصرها في تبادل المعلومات إلكترونيا عن طريق تبادل وثائق الدعوة إلى المنافسة ورد المتعهدين على هذه الدعوة وليس كتابة وتحرير الصفقة.⁽²⁾

الفرع الثاني: المعيار العضوي

بالرجوع إلى مختلف المراحل التي مر بها تنظيم الصفقات العمومية نسجل مدى التذبذب الكبير الذي وقع فيه المشرع بين مرحلة تشريعية وأخرى فيما يخص الأطراف والهيئات المعنية بمجال تطبيق قانون الصفقات العمومية، فأحيانا يضيق من مجال التطبيق فيخص هيئات

¹ خرشي النوي- تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية المرجع السابق ص158

² قرار مؤرخ في 17 نوفمبر سنة 2013 يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية و كيفية تسييرها كيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية .

ويعقد أخرى، وأحياناً يوسع في مجال التطبيق ثم يعود فيضيق ثم يوسع من جديد، وهذا يرجع لطبيعة كل مرحلة مر بها قانون الصفقات العمومية، هذا ما سوف نبينه حسب كل مرحلة:
أولاً: المرحلة السابقة لصدور تنظيم الصفقات العمومية سنة 2002.

فهي تبدأ من سنة 1967 إلى سنة 2002. فالأمر 67-90 نص صراحة على الهيئات المعنية بالصفقة هي الدولة والولاية (العمالة) البلدية المؤسسة والمكاتب العمومية مستبعدا المؤسسات الصناعية والتجارية⁽¹⁾ واعدة بإصدار مرسوم بين كليات تطبيق هذا القانون على الشركة الوطنية و المؤسسات المكاتب العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أما المرسوم 82-145 المتعلق بالتعامل العمومي فالمادة 5 منه قدمت مفهوم أوسع للهيئات المعنية بمجال التطبيق فذكرت:

- جميع الإدارات العمومية
- جميع الهيئات والمؤسسات العمومية
- أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفوضاً لعقد الصفقات فبالإضافة إلى جميع الإدارات العمومية (الدولة، الولاية، البلدية و المؤسسات الإدارية) هذا المرسوم شمل بأحكامه جميع المؤسسات الاشتراكية سواء كان نشاطها تجارياً أو صناعياً.
- ووسع المرسوم من نطاق الهيئات المعنية بأحكامه حتى شملت حسب المادة 20 منه الإستغلالات الفلاحية المنظمة المسيرة في إطار التسيير الذاتي والتعاوني.
- والملاحظ لهذه الهيئات المعنية بتطبيق أحكام قانون الصفقات في هذه المرحلة يرى الطابع الإيديولوجي لمرسوم 82 المتأثر بالفكر الاشتراكي .

لكن لهذه المرحلة لم تدم طويلاً إذ صدر القانون 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية⁽²⁾ و تكريساً له صدر المرسوم 88-72 المؤرخ في 29-03-1988 والذي نصت مادته الأولى على أن تطبيق أحكام هذا

1 المادة الأولى من الأمر 67-90 يتضمن الصفقات العمومية المؤرخ في 18-06-1967 جريدة الرسمية العدد 52
2 قانون رقم 88 / 01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية و الاقتصادية ج ر عدد 02 بتاريخ 13 / 01 / 1988 الملغى جزئياً بالأمر رقم 95 / 25 المؤرخ في 25 / 09 / 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال.

المرسوم على الصفقات العمومية التي تبرمها الإدارات العمومية والمؤسسات ذات الطابع الإداري فقط والمساواة أدناه المتعامل العمومي.

وبالتالي أخرج المشرع عقود المؤسسات الاقتصادية بعدما كان قد ضيق المشرع من المجال تطبيقه فقد ذكر على سبيل الحصر الهيئات المعنية وعددها كما يلي:

الإدارات العمومية

الهيئات الوطنية المستقلة

الولايات البلديات

والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري مستبعدا ذلك المؤسسات فلم يشملها النص، وهذا تماشيا مع هذه المرحلة الجديدة التي تقوم فيها إقرار دستور جديد للبلاد سنة 1989.

ثانيا: مرحلة تنظيم الصفقات لسنة 2002 .

لقد نصت المادة الثانية من المرسوم الرئسي 02-250 على ما يلي:

لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف للإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية و المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري عند تكلف هذه الأخرى بانجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة وتدعى في طلب النص المصلحة المتعاقدة

الملاحظ لنص المادة 02 أن المشرع وسع وأضاف هيئات جديدة و قيد المؤسسات العمومية الاقتصادية والتجارية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة.

ثالثا: مرحلة تنظيم الصفقات العمومية الحالي (المرسوم الرئاسي 10-236)

لقد تم تحديد المعيار العضوي في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 10-236، وقد خضعت هذه المادة لتعديلين بعد ظهور النص الأصلي سنة 2010 ويتعلق الأمر:

المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012⁽¹⁾

والمرسوم 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013⁽¹⁾

¹ المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012 الجريدة الرسمية العدد 04

لقد حملت هذه المادة الثانية المذكورة حكما صريحا وباتا أي المؤسسات العمومية الاقتصادية لا تخضع لأحكام المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مع ذلك لقد ألزمها المرسوم بإحترام مبادئ الصفقات العمومية كمبدأ المساواة ومبدأ الشفافية وحرية إلى الطلب وجاء في المادة 2 في صياغتها الجديدة أنه يتعين على المؤسسات العمومية غير الإدارية عند ما تنجز عملية غير ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أن تكيف إجراءاتها الخاصة مع التنظيم الصفقات والعمل على اعتمادها من هيئاتها المؤهلة.

لقد فصل مرسوم 10-236 في الشأن تطبيق تنظيم الصفقات العمومية والجهات والهيئات

المعنية به وهي كما يلي:

- الإدارات العمومية.
- الهيئات الوطنية المستقلة.
- الولاية .
- البلدية .
- مركز البحث والتنمية وبعض المؤسسات العمومية.

المطلب الثاني: الضوابط الموضوعية

بالإضافة إلى الضوابط الشكلية فإن المشرع خص الصفقة العمومية بضوابط موضوعية من خلالها يتم من البداية معرفة ما إذا كان العقد الذي يبرم يخضع لتنظيم الصفقات العمومية أم لا، وهذه الضوابط تتمثل في : المعيار المالي (الفرع الاول)، المعيار المادي (الفرع الثاني).

الفرع الاول: المعيار المالي

الإدارة كما تتعاقد بمبالغ ضخمة تتعاقد كذلك بمبالغ بسيطة ونظرا لما ترفضه الإجراءات⁽²⁾ المتعلقة بالصفقة من إعداد لدفاتر الشروط و عملية الإشهار وكذلك عملية الرقابة المختلفة الداخلية والخارجية مما يؤدي إلى بطنًا كبيرا في أداء العمل المطلوب، فإن المشرع فرق بين المبالغ الضخمة والمبالغ البسيطة، فخضع الأولى لأحكام قانون الصفقات العمومية ، وأعفى

¹ والمرسوم 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013 الجريدة الرسمية العدد 02

² عمار بوضياف - شرح تنظيم الصفقات العمومية - المرجع السابق ص 68

الثانية من ذلك حتى لا تكون تلك المبالغ البسيطة سبب في تعطيل الإنجازات البسيطة التي لا تؤثر تأثيرا كبيرا على الخزينة العمومية.⁽¹⁾

لذلك فإن المشرع حدد سقف مالي أدنى من خلاله يتم تحديد ما إذا كان العقد الإداري يعتبر صفقة أم مجرد عقد إداري أو اتفاقية لا تخضع لأحكام قانون الصفقات العمومية. والهدف من وراء فرض حد مالي أدنى هو ترشيد النفقات، فكلما كانت المبالغ كبيرة تتحمل الخزينة أعباءها وجب إخضاع العقد لأصول واحكام إجرائية تعلن للجمهور وتخضع للرقابة المختلفة، أما إذا كان المبلغ الناتج عن التعاقد بسيطا فلا داعي لإرهاق الإدارة وإجبارها على التعاقد وفق قانون الصفقات العمومية.

والحد المالي لإبرام صفقة عمومية يتحدد ويتغير بصفة دورية وهذا خاضع للأوضاع الاقتصادية والمالية التي تمر بها الدولة ومنها ارتفاع أسعار مواد البناء وتدهور قيمة الدينار وتغير نسبة التضخم.

ولقد تغير هذا الحد المالي الأدنى للصفقة العمومية بين مرحلة وأخرى وهذا تبعا لنسبة التضخم الذي يختلف بين فترة وفترة ، لذلك كان الحد المالي الأدنى متحركا غير ثابت. لقد أكدت جميع القوانين المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية هذا التغيير المتعلق بالحد المالي الأدنى، فمن عشرين ألف دينار جزائري (20.000 دج)⁽²⁾ بموجب الامر 67_90 إلى خمسمائة ألف دينار جزائري (500.000 دج)⁽³⁾ في ظل المرسوم 82_145 أما المرسوم التنفيذي 91-434 نص في مادته 6 على " كل عقد أو طلب يقل مبلغه أو يساوي مليونان دينار جزائري (2.000.000 دج)⁽⁴⁾ لا يتطلب حتما إبرام صفقة بمفهوم هذا المرسوم فهذا المرسوم حدد الحد المالي الأدنى لإجرام صفقة بـ 2.000.000 دينار جزائري.

¹ عمار بوضياف - شرح تنظيم الصفقات العمومية - المرجع السابق ص76

² المادة 62 من الامر 67-90 المؤرخ في 18-06-67 يتضمن قانون الصفقات العمومية الجريدة الرسمية العدد 52 لسنة 1967

³ المادة 9 من المرسوم 82-145 المؤرخ في 10-04-1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 1982

⁴ المادة 6 من المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 9-11-1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية العدد 57 لسنة 1991

ثم تدخل المشرع لأسباب اقتصادية ومالية وعبر المرسوم التنفيذي رقم 94-178 المؤرخ في جوان 1994 فعدل المادة 6 و7 من المرسوم التنفيذي 91-434 ليرفع الحد الأدنى المطلوب إلى ثلاثة ملايين (3.000.000 دج) ولذات الأسباب السابقة ارتفاع الحد الأدنى إلى أربعة ملايين (4.000.000 دج)⁽¹⁾ وهذا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 87_98 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 وهو نفس الحد الذي تبناه المرسوم الرئاسي 02-250 في المادة 5 منه . ولم يبق هذا الحد مستقر لمدة طويلة إذ تم تعديله بموجب المرسوم الرئاسي 03-303 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وكذلك أقر أحكام مالية جديدة فميز في الحد الأدنى بين أنواع الصفقات العمومية من جهة ومنح وزير المالية أحقية تحيين المبالغ من جهة أخرى.

الجزائري بين عقود الأشغال وعقود التوريد من جهة وعقود الخدمات و الدراسات من جهة أخرى .

فالحد الأدنى المطلوب لعقود الأشغال والتوريد طبقا للمادو5 من مرسوم 2003 المذكور يساوي ستة ملايين دينار جزائري (6.000.000 دج). أما عقود الخدمات والدارسات فقد ضبطها النص بحد واحد قدره بأكثر من أربعة ملايين دينار جزائري 4.000.000 دج أما التعبئة المالية المطلوبة حسب المرسوم الرئاسي المالي 10-236 المعدل المتمم الحالي نصت عليه المادة6 كما يلي " كل أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين (8.000.000 دج)⁽²⁾

أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين 4.000.000 لخدمات الدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم".

ونظرا للتغير الذي يتعرض له الحد المالي الأدنى وهذا مواكبة لوتيرة الاقتصاد الوطني ونسبة التضخم منح المشرع لوزير المالية سلطة تحيين الحد الأدنى الواجب مراعاته لإبرام الصفقات

¹ المادة 5 من المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24-07-2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية العدد 52 لسنة 2002

² المادة 6 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية العدد58

العمومية. وهذا لكون وزارة المالية هي الوزارة الوصية على الشأن المالي لمختلف قطاعات الدولة، وهي أول من تعلم قبل غيرها بسبب التضخم المسجلة رسمياً .

ولقد تم منح هذه السلطة لوزير المالية بموجب المرسوم الرئاسي 02-250 بمناسبة تعديل سنة 2003 وتم تكريسه في المادة 6 من مرسوم الرئاسي 10/236 المالي، ولقد منح هذه الرخصة لوزير المالية حتى لا تأخذ مدة التعديل مدة أطول مقارنة لو أنا التعديل يتم عن طريق المرسوم الرئاسي.

ونخلص مما سبق أنه إذا كانت قيمة الصفقة أقل أو تساوي قيمة المبلغ المحدد قانوناً فإن المصلحة المتعاقدة المتمثلة في الإدارة غير تنظيم الصفقات العمومية وهنا تكون أمام عقد إداري إذا توفرت شروطه الأخرى. ولا تكون أمام صفقة عمومية وهذا لانعدام الشرط المالي، وهذا ما جعل هذا الشرط جوهرياً لتعدد نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية.

ولقد طبق القضاء الإداري الجزائري ممثلاً في مجلس الدولة شرط الحد الأدنى وهذا من خلال المنازعات المعروض عليه.

ففي قرار له غير منشور بتاريخ 08-10-2001 ذهب مجلس الدولة إلى أن "المقرر قانوناً أن الاتفاق على الأشغال والتي تبرمه الإدارة ولا يفوق قيمة 3.000.000 دج ثلاثة ملايين دينار جزائري لا يكون صفقة عمومية ولا يخضع في إجراءاته في الحالة النزاع إلى المادتين 99-100 من المرسوم التنفيذي 91-434 المتعلق بالصفقات العمومية"

وفي قرار لنفس المجلس مؤرخ في 16-12-2003 ذهب مجلس الدولة إلى القول "إن المبلغ المحدد للحد الأدنى من أجل إبرام صفقة عمومية قد طرأ عليها عدة تعديلات بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-178 الموسوم التنفيذي 96-84 المرسوم التنفيذي رقم 98/87 المؤرخ في 7 مارس 1998 وأن هذا المرسوم الأخير قد حدد الحد الأدنى للمبلغ بـ 4.000.000 دج (أربعة ملايين دينار جزائري) و متى ثبت في قضية الحال أن إبرام اتفاقية إنجاز شغال بين الطرفين النزاع كان بتاريخ 16-05-1998 و بقيمة 3.847.165.98 دج أو من 4.000.000.00 دج المحدد في المرسوم التنفيذي رقم 98-87 المؤرخ في 07/03/1998 وهو الواجب التطبيق في هذه الحالة فإن طرفي النزاع لم يكونا ملزمين بإبرام

عقد الصفقة العمومية وبذلك يكون القضاء الإداري الجزائري قد طبق للحد الأدنى المطلوب لإبرام صفقة عمومية.

الفرع الثاني: المعيار المادي

يتعلق هذا المعيار المادي بموضوع الصفقة وقد حدد المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمعدل و المتمم، مواضع الصفقة وحصرها في مجالات أربع على النحو التالي: الأشغال العامة، اقتناء اللزوم، إنجاز الدارسات، تقدم الخدمات. (1)

فإذا أبرمت الإدارة إحدى هذه العقود وتوافر الحد المالي المطلوب خضعت لقانون الصفقات العمومية من حيث الإبرام و إجراءاته ومن حيث الرقابة و كفاءات التنفيذ ومن حيث تسوية المنازعات، أما إذا أبرمت الإدارة وعقد موضوعه ليس أحد تلك العقود الأربعة فإنه يخرج عن نطاق تنظيم الصفقات العمومية ويأخذ تسمية أخرى في نطاق العقود الإدارية إذا توفرت شروط العقد الإداري .

أولا: الأشغال العامة

تعرف صفقة الأشغال العامة على أن موضوعها يتعلق ببناء أو إعادة بناء أو ترميم أو تهيئة أو تهديم منشأة أو جزء من المنشأة ويدخل ضمن الأشغال كل الأعمال التمهيدية كالحفر والتسوية كما تدخل الأشغال الثانوية التكميلية كالطلاء والترصيص الصحي والتطهير و أشغال الكهرباء و الشبكات المختلفة و اقتناء وتصيب اللوازم والتجهيزات المشتركة الضرورية لأشغال المنشأة.

ثانيا: اقتناء اللوازم

تعرف صفقة اقتناء اللوازم بأنها صفقة يكون موضوعها اقتناء مواد و سلع أو تجهيزات وعتاد أو منشآت إنتاجية جديدة أو مستعملة كما يمكن أن تشمل إيجار العتاد لتلبية حاجات مرتبطة بنشاط المصلحة.

¹ المادة 4 من المرسوم 10-236 المعدل والمتمم المرجع السابق.

ويلاحظ هنا أن صفقة التمويل تنصب على منقول وهذا عكس الأشغال العامة التي تنصب على عقار.

يذكر أن التنظيمات السابقة المختلفة لقوانين الصفقات العمومية، تطرق إلى هذا النوع من الصفقات لكن الشيء الجديد الذي جاء به التنظيم الجديد الحالي هو إدخال لعمليات إنجاز العتاد ضمن صفقات التمويل لدى تعريفه لها في المادة 13 منه وقد أخذ هذا من القانون الفرنسي، إذا أن التنظيمات السابقة سكتت عن ذكر إنجاز العتاد فجرت العادة على إدراج ذلك ضمن مجال الخدمات.

ثالثا: تقديم الخدمات

تعرف صفقة الخدمات بأنها صفقة تتناول أساسا أداء خدمات عادية مادية أو فكرية. وعادة ما يكون موضوع الخدمة محل العقد الإداري بسيط ولا يتطلب إتمادات مالية كثيرة مثلما هو الحال بالنسبة لعقد الأشغال العامة وعقد التوريد.

رابعا: إنجاز دراسات

أنه مع تطور منظومة الصفقات العمومية خرج مجال الدراسات عن مجال الخدمات وأصبح مجال مستقل بذاته، وقد أفرز المرسوم 02-250 السابق للدراسات مجلا خاصا⁽¹⁾ بها ونصت المادة (13) المرسوم الرئاسي الحالي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية على أنه يشمل صفقة الدراسات عند إبرام صفقة أشغال مهمات الرقابة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على الأشغال والمساعدة التقنية لفائدة صاحب المشروع .

المبحث الثاني: الضوابط الإجرائية التي تحكم الصفقات العمومية

بعد ما تطرقنا في المبحث السابق الضوابط الموضوعية والشكلية المتعلقة بالصفقة ذاتها فإننا سوف نتطرق في هذا المبحث إلى ضوابط لا تقل أهمية على سابقها وفي الضوابط التي تتمثل في الإجراءات التي لا بد من إتباعها حتى نتمكن في النهاية للوصول إلى إبرام صفقة عمومية تخضع لأحكام قانون الصفقات.

1 المادة 03 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية - المرجع السابق

المصلحة المتعاقدة ليست حرة في اختيار المتعامل المتعاقد معها بل هي مجبرة على إتباع إجراءات معينة ومن خلالها يتم تعيين هذا المتعامل الذي يستجيب للشروط التي وضعتها المصلحة المتعاقدة .

هذه الإجراءات الغرض منها حماية المال العام من جهة و نجاعة الطلبات من جهة أخرى وكذلك حماية مصلحة المتعامل المتعاقد من جهة ثالثة، وهي تجد أساسها في المادة 03 من المرسوم الرئاسي 10-236 حيث نصت على " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم . و لنفس الغرض أي من أجل حماية المال العام وترشيد النفقات خص المشرع الباب الخامس من المرسوم الرئاسي 10/236 لرقابة الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده، وهذا ما سوف نتطرق إليه في هذا المبحث من خلال مطلبين ،المطلب الاول :المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية ،والمطلب الثاني: الرقابة على الصفقات العمومية.

المطلب الاول :المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية

من بين الاهداف التي عبر عنها تنظيم الصفقات العمومية هي يجب أن تراعي الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية ، والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات وجعل من هذه المبادئ وسائل لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام وهذه المبادئ مستوحاة من المبادئ العالمية والدستورية التي تتعلق بحقوق الانسان والمساواة في الفرص، هذا ما سوف نفضله في الفروع التالية:(الفرع الأول) : مبدأ حرية الوصول للطلبات ،(الفرع الثاني) : مبدأ المساواة في معاملة المترشحين ،(الفرع الثالث):مبدأ شفافية الإجراءات.

الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات

تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من المبادئ الهامة التي حرص المشروع الجزائري على تكريسها بحيث هذا المبدأ أن يجعل المشاركة في المنافسة مفتوحة لأي متنافس تتوفر فيه الشروط القانونية.⁽¹⁾

فحرية الوصول إلى طلبات هي فتح المجال للأشخاص الطبيعية و المعنوية الذي تحقق فيهم الشروط المطلوبة لتقديم عروضهم للهيئات المؤهلة قانون لإبرام الصفقات العمومية ووجد هذا المبدأ ركيزته في أحكام القضاء الإداري الفرنسي الذي يشكل المصدر الأساسي للقانون الإداري، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 23 ماي 1998 فبينت مغزى هذا المبدأ بما يلي "إن المقصود بحرية المنافسة حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا "

ولتكريس حد المبدأ فعلى الإدارة فتح المجال أمام جميع المتنافسين للمشاركة المتناقصات المتعلقة بالصفقات العمومية وذلك من خلال إعلامهم عن طريق الإعلان الصحفي ووضع دفاتر شروط تتناسب و المشاريع المراد إنجازها بحيث لا تكون هذه الشروط تعزيزه لبعض المشاركين.

وهذه الدفاتر تتكون حسب المادة 10 من المرسوم 236/10

- من دفاتر البنود الإدارية العامة، الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.
- ودفاتر التعليمات المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على صفقات المتعلقة بنوع واحد بين الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.
- دفاتر التعليمات الخاصة والتي تعدد الشروط الخاصة لكل صفقة.

إذا كان تنظيم الصفقات العمومية الجزائري قد كفل لجميع المترشحين المشاركة في المناقصة وتقديم عروضهم فإن ذلك لا يمنع من فرض شروط معنية وقرها فقط على من تتوفر فيهم شروطا محددة تعلن عنها الإدارة سلفا، كأن يتعلق الأمر بمناقصة محددة فلا يجوز المشاركة فيها إلا للأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المعلن عنها.

¹ خرشي النوي -تسيير المشاريع في إطار الصفقات العمومية -المرجع السابق ص491

ولقد جاء في المادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236 لتعلن عن إقصاء مؤقت أو النهائي للمتعاملين الذين هم في وضعية ورد وضعها وتحديدها في نفس المادة 52 ومن هؤلاء المتعاملين الذين هم في حالة إفلاس، أو تصفية أو الذين هم محل إجراء إفلاس أو الذين كانوا محل حكم قضائي نهائي بسبب مخالفة متعلقة بالنزاهة أو الذين ثبت مخالفتهم للتشريع الجبائي وكذلك الذين لا يستوفون إجراءات إيداع الحسابات أو كانوا عرضة لقرارات فسخ من جانب الإدارة على عاتق المتعاقد ويشمل كذلك القضاء الذين تم تسجيلهم في قائمة المتعاملين ممنوعين من المشاركة في المناقصات وكذلك المسجلين في القائمة الوطنية لمرتكبي المخالفات الخطيرة إتجاه التشريع الجبائي أو الجمركي أو التجاري أو تشريع العمل و يشمل كذلك الأجانب الذين أخلوا بالتزاماتهم أثناء تنفيذ الصفقات العمومية.

ولقد صدر قرار وزاري بتاريخ 28/03/2010 عن وزير المالية يبين كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية (1)

وبالرجوع إلى مقتضيات القرار الوزاري المذكور نجده صنف حالات الإقصاء مؤقت و نهائي.

أولا :حالات الإقصاء المؤقت.

ينقسم الإقصاء المؤقت إلى قسمين، إقصاء يتم بصفة تلقائية ولا يحتاج لصدور مقرر وإقصاء يثبت بمقرر صادر عن الجهة المختصة.

1 حالات الإقصاء المؤقت التلقائي:

لا يحتاج الإقصاء المؤقت التلقائي إلى مقرر يثبت أنه لأن اسمه يدل عليه "تلقائي" فيكون المتعامل تلقائيا في وضعية إبعاد وإقصاء متى توفرت أحد الحالات المبينة أدناه .

وبينت المادة 3 من القرار الوزاري المذكور حالات الإقصاء المؤقت التلقائي وحصرها في:
أ- المتعاملون الذين هم في وضعية تسوية قضائية أو صلح، غير أن ذات المادة أوردت استثناءا يتعلق بترخيص بموصلة النشاط يمنح لهؤلاء من قبل القضاء المختص، وتبدو حالة

¹ قرار مؤرخ في 28 مارس سنة 2011 يحدد كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية الجريدة الرسمية العدد 24

الإقصاء منطقية فكيف يعقل إسناد صفقة عمومية بما لها من أبعاد تتعلق بالمصلحة العامة لمتعامل هو في وضعية تسوية قضائية.

ب- المتعاملون الذين لم يستوفوا واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية، وهنا أيضا يبدو الإقصاء منطقيا فكيف يفتح باب المشاركة في مناقصة لأشخاص ثبت عدم وفائهم بالتزاماتهم الجبائية، وهم في وضعية مخالفة إتجاه حقوق المجتمع وحقوق الخزينة العامة.

ج - المتعاملون الذين لم يستوفوا إجراء الإيداع القانوني لحسابات شركتهم وهؤلاء أيضا في وضعية مخالفة للتشريع المحاسبي ، فكيف يعقل أن يفتح لهم باب المشاركة في المناقصة.

د- المتعاملون الذين تمت إدانتهم بصفة نهائية من قبل العدالة بسبب غش جبائي، وقد حددت المادة 5 من قرار الوزاري⁽¹⁾ مدة الإقصاء بـ 10 سنوات بما يعكس خطورة الفعل المنسوب للمتعامل ، فطالما كانت الإدانة بقرار نهائي نتيجة ارتكاب فعل الغش الجبائي، فجزاء لهم يحرم هؤلاء من المشاركة في المناقصة.

هـ- المتعاملون الذين ثبتت إدانتهم بصفة نهائية من قبل القضاء.

- حالة التصريح الكاذب والمخالفة التي تمس بالنزاهة: تكون مدة الإقصاء خمس سنوات.

2 حالات الإقصاء المؤقت بموجب مقرر:

بينت المادة 4 القرار الوزاري المذكور حالات الإقصاء لمؤقت بموجب مقرر. ومن هنا فهذه الوضعيات الإقصاء لا يكون فيها تلقائيا كما هو الحال في الصنف الأول، بل يحتاج لمقرر يثبت الوضعية صادر عن الوزير المعني أو الوالي أو سؤال الهيئة المستقلة أما عن حالاته فقد بينها القرار كما يلي:

أ - المتعاملون الذين قاموا بتصريح كاذب، وهذا طبعا من باب تكريس مبدأ التعامل النزيه في مجال الصفقات العمومية.

ب - المتعاملون الذين صدر ضدهم قرار فسخ الصفقة للمرة الثانية تحت مسؤوليتهم، وهذا بعد استئناف طرق الطعن المقررة قانون، وهذه الحالة تبدو طبيعة جدا خاصة وأن فسخ الصفقة

¹ المادة 05 من القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس سنة 2011 يحدد كيفيات الاقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية المرجع السابق .

يدل على خطأ جسيم من جانب المتعامل ولا يعكس جديته والتزامه، فلما المجازفة في ابرام الصفقات العمومية مع هذا النوع من المتعاملين.

ج - المتعاملون الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.

ثانيا حالات الإقصاء النهائي:

ينقسم الإقصاء النهائي بدوره إلى نوعين، إقصاء نهائي تلقائي وإقصاء نهائي بموجب مقرر.

1- الإقصاء النهائي التلقائي:

إن الإقصاء التلقائي اسمه يدل عليه لا يحتاج إلى مقرر يثبتته فهو متوافر بمجرد ثبوت الحالة أو الوضعية، وحالات الإقصاء النهائي التلقائي بينها المادة 7 من القرار المذكور كما يلي:

أ - المتعاملون الذين هم في وضعية إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط. وهذا أمر طبيعي فمن كان في وضعية إفلاس فلا يحتاج إلى مقرر يقصيه من المشاركة في منافسة تخص جهة ما فهو مقصى تلقائيا. ثم أنه لا يتصور إسناد صفقة لمعامل يعاني من هذه الوضعية.

ب - المتعاملون الذين هم محل إجراء الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط. ج - المرتكبون لجريمة الغش ومرتكبو المخالفات الخطيرة في مجال الجبائية و الجمارك والتجارة والمسجلون في البطاقة الوطنية، وهنا يصير المشرع مرة أخرى على مجال المنافسة يقتصر على متعاملين الذين هم في وضعية سليمة من جميع الجوانب الجبائية والتجارية والجمركية، وحسنا فعل ذلك لجبر المتعاملين على السير في الإطار السليم النظامي.

د - المتعاملون المسجلون في قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية⁽¹⁾ وهذا أيضا خطوة إيجابية ونوعية جاء بها المرسوم الجديد لمكافحة الفساد وقصر مجال المنافسة في كل المناقصات على المتعاملين خارج هذه القائمة السوداء أو قائمة المنع.

¹ المادة 61 من المرسوم الرئاسي 10-236 - المرجع السابق

2_ حالات الإقصاء النهائي بمقرر:

يحتاج الإقصاء النهائي بمقرر إلى تعبير الوزير أو الوالي أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة عن إرادته في إزاحة متعامل ما بعد توافر أحد حالات الإقصاء النهائي المحددة في المادة 8 من القرار المذكور، وبالرجوع لهذه المادة نجدها قد تضمنت حالتين :

أ - الأجانب الذين استفادوا من الصفقة وأخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 24 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 بما يعني أن خرجوا عن مجال الاستثمار المبين في الصفقة فجزاء لهم عما اقترفوه من مخالفة خطيرة ابعدوا من مجال المنافسة بموجب مقرر صادر عن الجهات المخولة قانونا.

ب - المتعاملون الذين ثبت ارتكابهم لمخالفات خلال فترة محددة بالمعاودة أو العود، وحددت المادة 8 فترة 3 سنوات، وهذا يعني أن المتعامل ارتكب مخالفة أولى فتم إقصاءه من الدخول لمنافسة وقبل أن تمر مدة 3 سنوات ارتكب حالة عود لمخالفة التشريع. فهذا يقضى نهائيا جزاء له عن مخالفاته المتكررة، ويثبت الإقصاء بمقرر صادر عن الوزير المختص أو الوالي أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة.

وهكذا جاء المرسوم الجديد ليكرس مبدأ مكافحة الفساد بكل أشكاله ويلزم كل متعامل وطنيا كان أم أجنبيا على تطبيق التشريع الجاري به العمل في كل المجالات الجبائية والجمركية وتشريع العمل بمختلف فروعه وأجزائه وبصفة عامة احترام وتطبيق كل قوانين الدولة. وعلى العموم نؤكد أن حق المشاركة مكفول لكل عارض توفرت فيه الشروط المعلن عنها ما لم يحرم ويبعد بموجب نص خاص قانونا كان أو تنظيميا.

الملاحظ من خلال حالات الإقصاء سواء المؤقتة أو النهائية أن المشرع أراد أن يقصر المشاركة في المنافسة فقط على المتعاملين الذين هم في وضعية سليمة و نظامية إتجاه تطبيق قوانين الجمهورية المتعلقة بوضعيتهم سواء في مجال تشغيل العمال، أو في مجال الضمان الإجتماعي أو قانون الوقاية الصحية والأمن وطلب العمل فهؤلاء المخالفين القانون يخرجهم من دائرة المنافسة .

والملاحظ كذلك إن اغلب سبب الإقصاء يعود لعدم التزام المتعامل المتعاقد بواجباته المالية وذلك في حالة التهرب الضريبي أو عدم التزامه بتأمين العمال الذي يعملون لديه و غيرها من الإلتزامات الجبائية و الشبه جبائية.

إن الإقصاء هو إجراء ردي ضد المخالفين لتنظيم الصفقات العمومية، و هذا جانب إيجابي لكن الإقصاء له جانب سلبي كذلك بالنسبة للمتعامل و للإدارة على حد سواء. بالنسبة للمتعامل فان وضعيته المالية لا تسمح له دائما بالوفاء بالالتزامات المترتبة عليه، و هو كذلك مجبر لأداء مستحقاته الجبائية و الشبه جبائية حتى و لو كان في حالة سكون أي لا يقوم باي نشاط و هذه تعتبر أعباء بدون مقابل ترهق المتعامل ، فيتقاعس على أداء واجباته وبالتالي يقصى من المنافسة، أما بالنسبة للإدارة فإن حالات الإقصاء تؤدي في بعض الأحيان إلى عدم جدوى المناقصة مما يستدعي إعادة الإجراء من جديد و هذا يؤدي إلى تعطيل انجاز المشروع الذي سيتم التعاقد من اجله .

و حتى نقلل من حالات الإقصاء و نحافظ على المال العام و نقوم بانجاز المشاريع في أجال محددة و بكيفية حسنة ، فإننا نقترح على المشرع أن يفصل عند إجراء المناقصة بين الضمانات المالية و المادية و التقنية و البشرية التي تساهم في انجاز المشروع مباشرة من جهة و بين الواجبات الجبائية و الشبه جبائية من جهة أخرى . فنركز في بداية المناقصة على الضمانات التي تؤثر مباشرة في إنجاز المشروع ، فهذا الجانب السلبي يؤثر على إنجاز المشاريع بحيث يؤدي تعطيل انطلاق الإنجاز بسبب عدم الجدوى وإعادة الإجراءات من جديد بل هناك بعض المشاريع تتعطل لعدة سنوات بسبب عدم الجدوى وهذا لعدم توفير شرط من شروط دفاتر الشروط وهذا الشرط لا يؤثر في عملية الإنجاز مباشرة مثلا الجدول الضريبي غير مصفى أي به ديون .

فمشروع إنجاز مدرسة مثلا ،المقولة قد تقصى بسبب الجدول الضريبي الذي ليس له علاقة مباشرة لانجاز المدرسة التي نحن في حاجة إليها في وقت معين، فعند عزمنا لبناء مدرسة فإننا نحتاج إلى متعاملين تتوفر فيهم ضمانات مالية بدرجة الأولى وتقنية بشرية بدرجة ثانية وبدرجة أقل الوسائل المادية.

أن أي مشروع بعد الغاية من وجوده لا بد أن ينجز في أجال مقبولة وبكيفية حسنة وسعر تنافسي مقبول، فهذه الغايات تحققها الضمانات المالية والتقنية و البشرية والوسائل المادية للمتعامل وليس الالتزامات الجبائية والشبه الجبائية التي ليست لها علاقة مباشرة مع إنجاز المشاريع . ونظرا الأهمية الجبائية فإننا نقترح أن تكون بعديّة وعن طريق الاقتطاع المباشرة من الوضعيات أثناء التسديد، وهذا على غرار الاقتطاعات الخاصة بالموظفين التي تكون تلقائية ومباشرة ، وحتى المبالغ المالية الخاصة بالضمان الاجتماعي الخاصة بالعمال فإننا نستطيع تحصيلها عن طريق الاقتطاع المباشر ومن الذمة المالية للمتعاقد الخاصة بالصفقة العمومية، وهذا بفرضها في دفتر الشروط بعد أن يتم تحديد عدد وصفة العمال الواجب على المتعامل أن يوفرها وهذا حسب أهمية كل مشروع .

إن تحديد عدد العمال وصفتهم يكون تابع لدراسة شاملة للمشروع المراد إنجازها. فمثلا عندما نريد إنجاز عدد معين من السكنات فإننا نقوم بالدراسة المعمارية ودراسة الهندسة المدنية ونحدد من خلالها نوع وكميات الإشغال وكذلك السعر الوحدوي والسعر الإجمالي و بالإضافة إلى ذلك نحدد مدة الإنجاز، فمن خلال تحديد كمية الأشغال و الآجال نستطيع أن نستخلص عدد العمال وصفتهم الذين يحققوا إنجاز المشروع. فكل مشروع من خلال الدراسة نستطيع أن نحدد عدد العمال وصفتهم (عمال مهنيين - تقنيين، مهندسين).

والغرض من تحديد عدد العمال وصفاتهم هو تحديد مبلغ الضمان الاجتماعي للعمال من أجل اقتطاعه من عائدات الصفقة أثناء التسديد.

إن عملية الاقتطاع المباشر من ذمة المتعامل الخاصة بالصفقة سواء المبالغ الخاصة بالضريبة أو المبالغ الخاصة بالضمان الاجتماعي لها عدة فوائد وهي :

- إجبار المتعامل على دفع ما عليه من حقوق و بالتالي نحافظ على المال العام من خلال حماية مصدر من مصادر تمويل الخزينة .

- إجبار كذلك المتعامل على تشغيل وتأمين كل العمال الذين يشتغلون لديه لأنه مجبر على دفع مستحقاته من التأمين، أما الفائدة التي يحصل عليها المتعامل من عملية الاقتطاع المباشر توفير الجهد والوقت الذي كان يتطلبه دفع المبالغ المستحقة عليه بنفسه لدى المؤسسات المعنية.

وكذلك تخفيف ملف المناقصة بحيث يصبح التركيز فقط على الضمانات التي تحقق الهدف من التعاقد بصفة مباشرة كما تم التطرق إليه سابقا.

- تخفيف الأعباء المالية لأن الأموال التي كان يدفعها المتعامل الخاصة الضمان الاجتماعي و العطل المدفوعة الأجر وهذا سواء كان في حالة النشاط أو السكون سوف لا تكون إلا بعديا أي في حالة النشاط فقط .

- وهناك فائدة أخرى لها أهمية تتمثل في التخفيف على لجان الصفقات العمومية الخاصة بمراقبة إنجاز الصفقات العمومية، خاصة لجنة تقييم العروض التي لها دور مهم في اختيار المتعامل الجدير بالصفقة، فمن خلال هذه العملية لجنة التقييم تركز جهودها على العوامل التي تؤثر مباشرة على إنجاز المشروع .

فكلما كان التركيز على هذه العوامل فإن الاختيار يكون مصيب وبالتالي تتحقق الأهداف المرجوة من التعاقد.

الفرع الثاني: مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

يعنى مبدأ المساواة في معاملة المرشحين وجوب إخضاع جميع المرشحين لنفس معايير الاختيار و لنفس القواعد و لنفس الشروط ، وهذا المبدأ مقتبس من المبادئ الدستورية⁽¹⁾ و هو يعني مساواة الأشخاص أمام القانون و هو كذلك يعتبر مبدأ عالم مرسخ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و الذي يدعو إلى معاملة أي شخص بطريقة مماثلة أشخاص الآخرين إذا تماثلت الوضعية القانونية لهؤلاء الأشخاص وذلك بموجب المادة السابعة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي نص على أن : " كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة عنه دون أية تفرقة، كما أن لهم الحق جميعا في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان و ضد أي تحريض على تمييز كهذا

و من أمثلة الأعمال إلي تمس بالعدالة بين المتنافسين ما أورده القانون 08-12 المؤرخ في 2008/06/25 المعدل و المتمم للقانون 03.03 المتعلق بالمنافسة .

¹ المادة 29 من الدستور الجزائري لسنة 1996 "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي "

- تطبيق شروط غير متكافئة لتمس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة .

- الممارسات و الاتفاقات التي من شأنها أن تحد من المنافسة.

- و قد نص القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته على انه يجب تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات على قواعد الشفافية أن تكرر هذه القواعد على الخصوص :

-علانية المعلومات المتعلقة بالإجراءات إبرام الصفقات العمومية .

-الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء.

الفرع الثالث: مبدأ الشفافية

الشفافية من أهم المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية و المصلحة المتعاقدة يتعين عليها الالتزام بهذا المبدأ في جميع مراحل إبرام الصفقة، و أول إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة لتكريس و تجسيد هذا المبدأ هو علانية المعلومات المتعلقة بمشروع الصفقة و هذا عن طريق الإشهار الصحفي كما ورد بصيغة الإلزام في المادة 45 من المرسوم الرئاسي 10-236 و جاء فيها « يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات التالية :

- المناقصة المفتوحة .

- المناقصة المحدودة

- الدعوة إلى الانتقاء الأولي المسابقة

- المزايدة «

و يتم تحرير إعلان المناقصة باللغتين العربية وأجنبية واحدة على الأقل.

وأن ينشر الإعلان على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني وكذلك ينشر الإعلان أيضا على سبيل الوجوب في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي. والشيء الإيجابي الذي جاء به التنظيم الجديد لسنة 2010 انه أشار لأول مرة للنشر الالكتروني⁽¹⁾ رغم اعتماد المشرع منذ سنة 2005 أسلوب التعاقد الالكتروني في المنظومة المدنية.

¹ المادة 173 من الرسوم الرئاسي 10-236 المرجع السابق.

إذ جاء في المادة: 174 من المرسوم الرئاسي الجديد بأنه يمكن للمصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة للمنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات بالطريقة الالكترونية و المرشحون يردون بدورهم بالطريقة الالكترونية.

أن النشر الالكتروني للمناقصات يعد أمر جيد وهذا نظرا لمحاسنه الكثيرة التي تجسد مبدأ الشفافية عن طريق إعلام اكبر عدد ممكن من المتنافسين وكذلك سهولة الوصول إلى الطلبات، لكن الرد بالطريقة الالكترونية يثير إشكالية تتمثل في تسرب المعلومات وتعرضها للقرصنة الالكترونية، وهذا بالرغم من التطور في مجال أنظمة الحماية فان أساليب القرصنة الالكترونية من الصعب التخلص منها .

والطريقة المثلة لاستعمال هذه الوسيلة الالكترونية هو استخدام الجانب الايجابي منها و المتمثل في الإعلان عن طريق النشر الالكتروني .أما رد المتعهدين يكون بالأسلوب العادي. أي وضع الملف المادي على مستوى المصلحة المتعاقدة في اليوم الأخير لانتهاؤ أجال المناقصة، وبذلك نكون قد حققنا الأهم من استعمال النشر الالكتروني وهو الإعلان الذي بواسطته تصل المعلومة الخاصة بالمناقصة إلى أكبر عدد من المتعاملين بطريقة سريعة وسهلة توفر الجهد والوقت وحتى المال وتحفز على المشاركة في المناقصة.أما الرد فهو يعني من يهمله الأمر فيتحمل عبء التنقل إلى المصلحة المتعاقدة ويضع الملف المادي لدى المكتب المعني بالصفقات العمومية، دون تعرض ملفه لأي نوع من أنواع القرصنة الالكترونية.

المطلب الثاني: الرقابة على الصفقات العمومية

لما كان للصفقات العمومية بمختلف أنواعها صلة بالخزينة العمومية فاته أصبح من الضروري إخضاعها للرقابة و هذا عبر مختلف مراحلها إي قبل الإبرام و عند دخولها حيز التنفيذ و بعد التنفيذ .

وهذا ما نصت عليه المادة 116 من المرسوم الرئاسي 10-236 « تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ و قبل التنفيذ و بعده .» و الغرض الأساسي من تسليط الرقابة على الصفقات العمومية و هو التأكد من تطبيق الأهداف المرجوة من وراء التعاقد و إلزام المصالح المتعاقدة بالتقيد بأحكام تنظم الصفقات العمومية بما يعزز خاصة المبادئ الأساسية للتعاقد كمبدأ الشفافية و حرية المنافسة

و المساواة بين العارضين .

و نظرا لأهمية الرقابة و لقد خصص المشرع الجزائري في المرسوم الجديد بابا بأكمله للرقابة (الباب الخامس) و خصص لها 57 مادة من المادة 116 إلى المادة 172 .
و المادة 117 من هذا المرسوم صنفت الرقابة إلى أنواع : الرقابة الداخلية والخارجية و رقابة الوصاية، بالإضافة إلى الرقابة الإدارية هناك رقابة مالية و رقابة قضائية للصفقات العمومية و هذا ما سوف نفضله في الفروع التالية:

الرقابة الإدارية (الفرع الأول) الرقابة المالية (الفرع الثاني) والرقابة القضائية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الرقابة الإدارية

الرقابة الإدارية تمارس بطريقتين: عن طريق رقابة داخلية، و رقابة وصاية و رقابة خارجية.
أولا: الرقابة الداخلية⁽¹⁾

لقد نص المشرع على الرقابة الداخلية في المواد من 120 إلى 125 حيث جاء في المادة 120 أنه: "تمارس الرقابة الداخلية في مفهوم هذا المرسوم وفق النصوص التي تتضمن مختلف المصالح المتعاقدة، وقوانينها الأساسية دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية، ويجب أن تبين الكيفيات العملية لهذه الممارسة على الخصوص محتوى مهمة كل هيئة رقابة والإجراءات الأمانة لتتسق عمليات الرقابة وفعاليتها".

عندما تكون المصلحة المتعاقدة خاضعة لسلطة وصية فان هذه الأخيرة تضبط تصميمياً نموذجياً يتضمن تنظيم رقابة الصفقات ومهمتها".

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع ترك الحرية للمصلحة المتعاقدة في تنظيم الرقابة بإنشاء هيئات لممارستها حسبما تسمح به القوانين الأساسية بشرط تتاسقها مع تشريع الصفقات، وهذا بغرض إعطاء أكبر قدر من الاستقلالية للمصالح المتعاقدة، وفي نفس الوقت أكد على إنشاء هيئتين نتناولهما كالاتي:

1- لجنة فتح الأظرفة.

2- لجنة تقييم العروض.

1 عمار بوضياف - شرح تنظيم الصفقات العمومية - المرجع السابق ص 251

1- لجنة فتح الأظرفة:

أنشأت لجنة فتح الأظرفة بموجب المادة 121 التي تنص على أنه: "تحدث في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة المتعاقدة، يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بمقرر تشكيلة اللجنة المذكورة في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها"

الإضافة الجديدة التي قدمها المرسوم الجديد هو إضفاء صفة الديمومة على هذه اللجنة عندما أطلق عليها لجنة دائمة فهي لجنة دائمة متواجدة دائما على مستوى كل مصلحة متعاقدة. وهذا الاجراء يجعل هذه اللجنة تكسب خبرة بمرور الوقت مما يسمح لها بأداء مهامها بفعالية

(أ) تشكيلة اللجنة:

باستقراء نص المادة 121 نجد أن لجنة فتح الأظرفة واجبة الإنشاء قانونا، ولكن لرئيس المصلحة المتعاقدة صلاحية تعيين أعضائها.

(ب) مهام لجنة الفتح :

بالنسبة لطريقة عمل اللجنة فانه يتم استقبال العروض على مستوى مكتب التنظيم للمصلحة المتعاقدة ويسجل كل ظرف مهما كانت طريقة إرساله، ويعطى رقما وتاريخا من أجل تحديد العروض الواردة في الآجال، وتجتمع اللجنة بعد أن تجمع جميع الأظرفة ويعطى لكل عضو مجموعة من الأظرفة لتفحصها، ويكتب على كل ظرف أنه مطابق أو غير مطابق، ثم يسلم رئيس اللجنة محتوى الأظرفة ويقوم بترتيبها، وتسجل من طرف كاتب اللجنة في السجل المخصص لذلك ويحرر محضر اجتماع لجنة فتح الأظرفة التقنية ومحضر اجتماع لجنة فتح الأظرفة المالية، وعلى ذلك فمهام اللجنة⁽¹⁾ هي:

- تثبت صحة تسجيل العروض على سجل خاص.
- تعد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحة والتخفيضات المحتملة.
- وصفا مفصلا للوثائق التي يتكون منها كل عرض.

¹ المادة 122 من المرسوم 236/10 المرجع السابق

كما أضافت المادة ذاتها إجراء جديد، ويتمثل في دعوة المتعهدين عند الاقتضاء، كتابيا. إلى استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة، باستثناء التصريح بالاكتتاب وكفالة التعهد، عندما يكون منصوصا عليها، والعرض التقني بحصر المعنى في أجل أقصاه عشرة (10) أيام، تحت طائلة رفض عروضهم من قبل لجنة تقييم العروض.

وتحرر اللجنة عند الاقتضاء محضرا بعدم جدوى العملية، يوقعه الأعضاء الحاضرون عندما يتم استلام عرض واحد أو في حالة عدم استلام أي عرض. وهو ما يجعلنا في الأخير نستخلص أن دور هذه اللجنة إداري فقط يتخلص في ممارسة رقابة على محتوى الأظرفة لاستبعاد تلك غير المتطابقة، وبعد تحرير محضر اجتماع لجنة فتح الأظرفة المالية، تسلم هذه المحاضر إلى لجنة تقييم العروض لمواصلة عملية الرقابة الداخلية، وهو ما سنتناوله لاحقا.

2- لجنة تقييم العروض:

لقد فرض المرسوم 10-236 على كل المصالح المتعاقدة التي تخضع لأحكام قانون الصفقات إنشاء لجنة دائمة لتقييم العروض.⁽¹⁾

(أ) تشكيلة اللجنة:

لقد نصت المادة 125 على أنه:

"تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض تتولى هذه اللجنة، التي يعين أعضاؤها بمقرر من مسؤول المصلحة المتعاقدة....."

ويستشف من هذا النص أن هذه اللجنة مثل لجنة فتح الأظرفة وجوبية بقوة القانون، كما أن تشكيلها يكون من طرف رئيس المصلحة المتعاقدة.

وتتكون اللجنة من أعضاء مؤهلين يختارون نظرا لكفاءتهم شريطة أن لا يكونوا أعضاء في لجنة فتح الأظرفة لتقاضي المنصوص عليه في المادة 02/125 وواضح أن المشروع اعتمد هذا الإجراء خشية أن يكون هناك تحايل أو محاباة لصالح أهم المناقصين وكذلك لتكون هذه اللجنة درجة رقابة ثانية من أجل ضمان الشفافية.

والمشروع لم يحدد عدد أعضاء هذه اللجنة ولا معايير الكفاءة وبالتالي، أغفل المشروع تحديد النصاب الواجب توفره لصحة أعمال هذه اللجنة.

¹ المادة 125 من المرسوم الرئاسي 10-236 المرجع السابق

(ب) مهام لجنة تقييم العروض:

حسب المادة 125 من الرسوم الرئاسي 10-236 فإن المهمة الأساسية للجنة تقييم العروض هي تحليل العروض وبدائل العروض عند الاقتضاء بمعنى أن لجنة تقييم العروض تقوم أساسا بمراجعة فنية لكل عرض للتحقق من مدى مطابقته للشروط المعلنة في دفتر الشروط. كما تقوم هذه اللجنة بإبراز الاقتراح أو الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية، وبعد إقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط تبدأ مهمة التقييم الحقيقية من خلال تحليل العروض على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط، ويتم ذلك عبر مرحلتين:

- المرحلة الأولى: يتم في هذه المرحلة الترتيب التقني للعروض الباقية وذلك وفق العلامات الاستدلالية المنصوص عليها في دفتر الشروط، ويتم إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة.

- المرحلة الثانية: يتم دراسة العروض المالية للمتعهدين المقبلين تقنيا والمؤهلين مؤقتا، وهذه هي المرحلة الحماسية التي يتم فيها القيام بمراجعة حسابية تفصيلية للعروض المالية: وهذه لأهمية العروض المالية على أساس أن الثمن يمثل محل الوفاء من جانب المصلحة المتعاقدة، وتظهر كذلك في هذه المرحلة كفاءة أعضاء اللجنة في مراجعة الأسعار الواردة في العطاء ومقارنتها بالتقديرات المالية التي سبق اعدادها بشأن المشروع، وقد أوجب المشرع التعهد، جدول أسعار الوحدات، التفصيلية التقديري والكمي، مما يسهل عمل اللجنة، ثم تقوم بعد ذلك باختيار العرض الأقل ثمنا، إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات، بالإضافة إلى عرض تقني.

يجوز للجنة أن تقترح على المصلحة المتعاقدة بعد تحليل العروض، رفض العرض الذي يفوز بالصفقة إذا ما ترتب عن ذلك احتكار المتعامل المقبول للسوق أو تسبب في خلال المنافسة، متى كان دفتر الشروط قد وضع هذا الشرط .

وعليه فيعتبر دور لجنة تقييم العروض تنويجا للرقابة القبلية، فعند إتمام عملها تقدم اقتراحاتها للمصلحة المتعاقدة التي تلتزم قانونا باختيار من يقدم أفضل الشروط المالية والفنية لتتعاقد معه من خلال إصدار قرار المنح المؤقت للصفقة.

هذا كل ما يتعلق بالرقابة الداخلية التي تمارسها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وهي رقابة إدارية محضة، تعبر أكثر عن رقابة المطابقة لدفتر شروط الصفقة العمومية وإجراءاتها.

ثانياً: رقابة الوصاية

لم تخصص تنظيمات الصفقات العمومية المنتالية حيزاً كبيراً لرقابة الوصاية القبلية، وتتناولها التنظيم الحالي في مادة وحيدة بشيء من الاقتضاب، تاركاً إياها للنصوص الأخرى التي تناولتها، مثل قانون البلدية وقانون الولاية ونصوص أخرى. تختلف الرقابة الوصائية⁽¹⁾ عن الرقابة الرئيسية من حيث أن هذه الأخيرة تتم داخل نفس الإدارة وفق التسلسل الهرمي في حين أن الرقابة الوصائية تتم من قبل السلطة المركزية على أعمال السلطات اللامركزية الإقليمية أو المرفقية، وتسد هذه الرقابة ضمن تنظيم الصفقات العمومية إلى المادة 127، الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 والتي أدرجت ضمن أهدافها:

- التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد.

- التأكد من كون العملية موضوع الصفقة، تدخل فعلاً في إطار البرنامج والاولويات المسطرة للقطاع.

إن إدخال التنظيم لهاتين المهمتين، ضمن رقابة الوصاية القبلية، يعود لكونهما تخرجان عن صلاحيات لجان رقابة الصفقات، التي لا يدخل ضمن صلاحياتها إبداء الرأي في المسائل المتعلقة بملائمة المشروع من عدم ملاءمته.

تمارس الرقابة الوصائية القبلية على أعمال السلطات اللامركزية بهدف تأمين احترام النصوص ومبدأ شرعية لأعمال، تعتمد هذه الرقابة على صلاحيات الموكلة للوصاية بموجب قانون البلدية، الذي كلف والي الولاية بصلاحيات ممارسة رقابة الشرعية والمشروعية على مداورات المجالس الشعبية البلدية.

¹ خرشي النوي - تسيير المشاريع في إطار الصفقات العمومية - المرجع السابق ص 382

يمكن أن يدفع بعدم الشرعية بالنظر في إجراءات إبرام الصفقة، كما يمكن أن يدفع أيضا بعدم شرعية المداولة بوسائل خارجية عن المداولة، مثل عيب عدم اختصاص المتداولين، أو عيب الطابع التشريعي للإجراء الذي أدى إلى اتخاذ المداولة، كما يمكن أن يدفع بوسائل داخلية للمداولة مثل عيب الانحراف بالسلطة أو خطأ القانون. أو عيب ومن العيوب التي يمكن أن تكتنف مداولة خاصة بصفقة عمومية .

ثالثا: الرقابة الخارجية

جاء في المادة 126 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم: "تتمثل غاية الرقابة الخارجية في مفهوم هذا المرسوم وفي إطار العمل الحكومي في التحقيق من مطابقة الصفقات المعروضة على الهيئات الخارجية المذكورة في القسم الثاني من هذا الباب للتشريع والتنظيم المعمول بهما وترمي الرقابة الخارجية أيضا لتحقيق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية".

وعلى هذا الأساس فإن المشرع أنشأ هيئات الرقابة الخارجية لتتولى رقابة المشروعية ، ذلك أن غاية الرقابة الخارجية هي التحقيق عن طريق لجان متدرجة من المستوى المحلي الى المستوى المركزي للتدقيق في مطابقة الصفقات للقانون، وكذا البرنامج المحددة في كل سنة مالية بطريقة نظامية، حيث تجعل من البرنامج المرجع الأساسي لها وعلى ذلك فهي رقابة ذات طابع علاجي تهدف إلى تحقيق غاية البرنامج الحكومي بكفاءة وفعالية، وسنتناول هذا كالتالي:

1: تحديد لجان الصفقات وحدود اختصاصها:

جاء في المادة 128 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم أنه: " تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة للصفقات تكلف بالرقابة القبلية للصفقات العمومية في حدود مستويات الاختصاص المحددة في المواد 148/147/146/136 تنصب هذه اللجنة رئيسها بمجرد تعيين أعضائها."

وبالتالي تؤسس لجنة للصفقات على مستوى كل مصلحة متعاقدة على اختلاف مستوياتها إلا أن هذه اللجان ليست مثل لجان الرقابة الداخلية، بل أن تعيينها و أعضائها واختصاصاتها وأحكامها محددة في مرسوم الصفقات العمومية، وسنحاول تحديدها على اختلاف مستوياتها.

أ) لجان المصالح المتعاقدة:

هذه اللجان هي:

- **اللجنة الوزارية للصفقات:** نصت المادة 133 من المرسوم 236/10 المعدلة والمتمم على أحداث لجنة وزارية للصفقات على مستوى كل الوزارات تختص بدراسة مشاريع الصفقات التي تيرمها الإدارة المركزية في حدود المبالغ المقررة بالمواد 148/147/146، من المرسوم الرئاسي الحالي.

- **لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية الوطنية ومركز البحث والتنمية الوطني والمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي الصفقات** وذلك من أجل دراسة الصفقات التي تيرمها الهيئات المذكورة في تسميتها في حدود المبالغ المقررة بالمواد 146/147/148 من المرسوم.

- **اللجنة الولائية للصفقات:** تختص اللجنة الولائية للصفقات بدراسة مشاريع الصفقات التي تيرمها الولاية والمصالح الغير ممرضة للدولة التي يساوي مبلغها أو يقل عن المستويات المحددة في المواد 148/147/146.

- **اللجنة البلدية للصفقات:** المادة 137 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم تنص على اختصاص هذه اللجنة بدراسة الصفقات التي تيرمها البلدية ضمن الحدود المنصوص عليها في المادة، 136.

- **لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكلية غير الممرضة للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري:**

نصت عليها المادة 138 حيث تتكون لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكلية غير الممرضة للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكور في القائمة المنصوص عليها في المادة 134 المختصة بدراسة مشاريع الصفقات ضمن حدود المستويات المنصوص عليها في المادة 136 اعلاه .

ب (اللجان الوطنية للصفقات :

عرف تعداد اللجان الوطنية للصفقات تطورا عبر التنظيمات، الملاحقة، إذ في ظل تنظيم 2002 كانت هناك لجنة واحدة تتكفل بمراقبة الصفقات مهما كان مجالها.

(أشغال عامة، اقتناء لوازم، اتخاذ دراسات، تقديم خدمات) وفي سنة 2008 إنبثقت عن هذه اللجنة الوطنية لجنتان وطنيتان، الأولى للرقابة على صفقات الأشغال والثانية للرقابة على صفقات بقية المجالات الأخرى، أما التنظيم الحالي أصبحت اللجان الوطنية تتكون من ثلاثة لجان⁽¹⁾ هي:

-الوطنية لصفقات الأشغال: تكون مختصة في الرقابة على صفقات الأشغال الحدود التي رسمتها المادة 146 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم.

-اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم: تكون مختصة في الرقابة على صفقات اللوازم في الحدود التي رسمتها المادة 147 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم.

-اللجنة الوطنية للدراسات والخدمات: تكون مختصة في الرقابة على صفقات الدراسات والخدمات في الحدود التي رسمتها المادة 148 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم
وبعدما تناولنا لجان الصفقات وحدود اختصاصها ونتناول مهامها في مايلي:

2 مهام لجان الصفقات:

نظم المشرع إختصاصات جميع لجان الصفقات في مجال الرقابة الخارجية القبلية بالمواد 132/130/126/114 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم، وحدد دورها في:

*تقديم المساعدة في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام ترتيبها ودراسة مشاريع دفتر الشروط قبل إعلان المناقصة، تتوج بإصدار تأشيرة في أجل أقصاه 45 يوما، فان مر هذا الأجل فيعتبر مشروع دفتر الشروط كأنه مصادق عليه، وتغفى من الدراسة والتأشيرة العمليات ذات طابع المتكرر و/أو من نفس الطبيعة حسب من المرسوم 236/10 التي شرع فيها على

¹ المادة 142 من المرسوم 236-10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم المرجع السابق .

أساس دفتر الشروط نموذجي سبقت المصادقة عليه، في حدود مستويات الاختصاص المنصوص عليها بالمواد 148/147/146/136

*النظر في الطعون المرفوعة من المتعهدين ضد الاختبار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة وهذا في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في حدود مبالغ مالية حسب الطبيعة اختصاص كل لجنة، تصدر قرارها خلال 15 يوما من تاريخ انقضاء أجل 10 أيام.

إن لجنة الصفقات هي مركز اتخاذ القرار فيما يخص رقابة الصفقات الخارجية، و منح تأشيرة⁽¹⁾ يعد جوهر اختصاصها و عملها، تجتمع لجنة الصفقات بمبادرة من رئيسها، وتدعو لذلك للاستشارة أي شخص ذو خبرة من شأنه أن يساعدها ولا تصبح اجتماعاتها إلا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضاء، وإذا لم يكتمل النصاب تجتمع في غضون 8 أيام، وتصح مداواتها حينئذ مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين الذي عليهم واجب الالتزام بالسر المهني، وفي حالة تعادل الأصوات يكون الصوت الرئيس مرجحا، وعمل اللجنة يتوج إما بمنح التأشيرة، أو أن ترفض ذلك شرط أن يكون هذا الرفض معللا، كما يجوز أن تمنح التأشيرة مع إبداء تحفظات موقفة أو غير موقفة.

الفرع الثاني: الرقابة المالية و المحاسبية

فضلا عن أنواع الرقابة الأخرى التي تم ذكرها أعلاه، تأتي الرقابة المالية و المحاسبية التي لها دور هام ، لأنها متعلقة بالمال العام .

اولا :الرقابة الممارسة من قبل المراقب المالي

تخضع الصفقة للتأشيرة المسبقة للمراقب المالي، وذلك بعد رفع التحفظات المعبر عنها من قبل لجنة الصفقات المختصة، وقبل موافقة السلطة المختصة عليها والبدء في تنفيذها .

يكلف المراقب المالي في إطار ممارسة لمهام الرقابة القبلية بالتأكد من :

. صفة الأمر بالصرف .

¹ المادة 165 من المرسوم الرئاسي 10-236 المرجع السابق

. مطابقة الالتزام للقوانين والتنظيمات السارية.

. توفر الإعتمادات المالية.

. صحة التقيد المالي ، مما يعني احترام الفصول و البنود بالنسبة لميزانية التسيير واحترام

هيكله العلمية بالنسبة لميزانية التجهيز.

. توفر التأشيرات والآراء المشترطة، مثل تأشيرة لجنة الصفقات المختصة أو رأي المصالح

أمالك الدولة في عملية شراء الأراضي.

. تطابق المبالغ الملتزم بها ،مع الوثائق التبريرية المرفقة والتأكد من صحة العمليات الحسابية.

ينتج عن ممارسة المراقب المالي لمهام الرقابة هذه، إما إصباغ التأشيرة على الالتزام، وحينها

يوضع ختم التأشيرة في بطاقة الالتزام⁽¹⁾، وكذا فوق سند الطلب أو الصفقة أو الملحق حسب

الحالة ،كما يمكن للمراقب المالي أن يرفض⁽²⁾ التأشيرة في حالة الإخلال بأحد الإحترازمات

السابقة الذكر.

ويمكن أن يكون هذا الرفض مؤقتا في شكل مذكرة تفتيش تتين الخلل الملاحظ، وكيفية

تصحيحه عند الضرورة ،هي حالات تتعلق باشتراط تكملة الملف بوثائق يراها المراقب المالي

ضرورية لأداء الالتزام دون أن يخرج عن تلك الوثائق التي حددها التنظيم، أو وجوب تصحيح

أخطاء حسابية ،كما يمكن أن يكون هذا الرفض نهائي إذا يتعلق الأمر بإخلال بمبادئ أساسية

للمراقبة المسبقة.

1 الملحق رقم:3

2 الملحق رقم:4

ثانيا: الرقابة الممارسة من قبل المحاسب العمومي.

يمارس المحاسب العمومي الرقابة لتأكد من مدى احترام قواعد المحاسبة العمومية، وهي رقابة تهتم في الغالب بشرعية الإنفاق التي تقتضي مطابقة النفقة للإعتماد المالي المخصص، وفقا لما نصت عليه قواعد المحاسبة العمومية المحتواة في القانون 90. 21 المؤرخ في 14/08/1990.⁽¹⁾

ينتج عن ممارسة المحاسب عمومي للرقابة على النفقة إما تمريرها وأدائها أو رفضها مع تبرير الرفض والذي غالبا ما يركز على أسباب مثل .
 . عدم توفر الإعتمادات وفق السقف اللازم .
 . غياب إسهاد أداء الخدمة .
 . غياب التأشير اللازمة .

ثالثا: الرقابة الممارسة من قبل مجلس المحاسبة

يمارس مجلس المحاسبة مهامه في شكل غرف متخصصة كما يوجد جغرافيا في بعض المناطق تحت شكل غرف جهوية، تمارس مهامها عبر المناطق المحددة لها.
 يعتبر مجلس المحاسبة هيئة تستمد وجودها القانوني من دستور 1996⁽²⁾، وقد تم ذكره سابقا في كل الدساتير انطلاقا من سنة 1976، وأوكلت له مهام أوردها الأمر رقم 20.95 المؤرخ في 17/07/1995 المتعلق بمجلس المحاسبة والذي سبقته نصوص أخرى.³
 وكما يمارس المجلس مهامه في شكل غرف ذات اختصاص وطني وأخري ذات اختصاص جهوي، ويمكن له أن يقسم الغرف إلى فروع.

¹ القانون 90- 21 المؤرخ في: 15-08-1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية الجريدة الرسمية العدد: 35 سنة 1990

² المادة 170 من الدستور الجزائري لسنة 1996

³ الامر 95-20 المؤرخ في 17-07-1995 يتعلق بمجلس المحاسبة ، الجريدة الرسمية العدد 39 سنة 1995

- تقع الغرف التابعة للمجلس في ولايات: عنابة، قسنطينة، تيزي وزو، البليدة، الجزائر، وهران، تلمسان، ورقلة، و بشار.
- يقتضي تسهيل مهام مجلس المحاسبة تكثيف تواجده عبر كل الولايات، الشيء الذي يسمح له بممارسة المهام الموكلة له بكل سهولة ودقة.
- بالإضافة لاختصاصات مجلس المحاسبة في مجال رقابة النفقات العمومية فإنه في مجال الصفقات العمومية، مجلس المحاسبة.
- يقوم بتتبع الممارسات الغير شرعية التي تكتنفها، وتحرير ملاحظات حول تسييرها وتدور هذه الملاحظات عموما، حول احترام تنظيمات الصفقات العمومية لاسيما:
- سوء اختيار صيغة الإبرام الملائمة، أو عدم تبرير الصيغة المختارة.
- . التخصيص الغير مبرر.
- . عدم القيام كما يجب، بما تستدعيه قواعد المنافسة والإشهار.
- . استبعاد بعض العروض بدون وجه حق، أو سوء ترتيبها.
- . اللجوء التعسفي للملحقات، أو تضخيم الأسعار.
- . عدم نظامية التدوين في السجلات الخاصة بالصفقات ومسكها.
- . عدم تحرير محاضر الفتح و التقييم بتاتا، أو عدم تحريرها في أوانها.
- . التعسف في عدم جدوى العروض.
- . عدم تطبيق عقوبات التأخير أو الإعفاء منها بمبررات غير مقنعة.
- . عدم تحرير الحساب النهائي الإجمالي للصفقات عند اختتامها.
- . غياب الإشهاد بأداء الخدمة جزئيا أو كليا.

ربعا: الرقابة الممارسة من قبل المفتشية العامة للمالية.

المفتشية العامة للمالية هيئة دائمة للرقابة، موضوعية تحت السلطة المباشرة لوزير المالية، تم إنشائها في مارس 1980. ويمتد صلاحيتها إلى الإدارات المركزية والمحلية الهيئات و المؤسسات العمومية.

تمارس المفتشية العامة مهام الرقابة والتفتيش، في مجال التسيير المالي والمحاسبي⁽¹⁾ وتهتم خصوصا، بالرقابة على:

. شروط تطبيق التشريعات والتنظيمات المتعلقة بمجال المالية المحاسبية.

. صحة ونزاهة ومشروعية المحاسبة.

. مطابقة العمليات للميزانيات و البرامج.

. شروط استعمال وتسيير الوسائل

الفرع الثالث: الرقابة القضائية على الصفقات العمومية .

رأينا في السابق عمليات الرقابة التي تمارسها السلطات الإدارية والمالية على الصفقة العمومية، وهذا قبل تنفيذها و أثنائه وبعده لكن هذه الرقابة تبقى ناقصة، إذ من الضروري أن تخضع لرقابة السلطة القضائية باعتبارها الضمان الفعال لكافة الحقوق و ضمان دولة الحق و القانون، بما منحها الدستور من سلطات و ضمانات، وباعتبارها مجال نظرها أوسع وأشمل، وتأسيسا على ما تقدم فإن الرقابة القضائية تحتل مكانة متميزة ضمن أشكال و صور الرقابة، فالفرد هو من يدافع عن مصلحته ويسارع إلى عرض دعوته جهة القضاء بعد استفتاء جملة الشروط المنصوص عنها قانونا .

إن الرقابة القضائية تبحث في صحة الإجراءات و الخلافات بين أطراف الصفقة العمومية وهذا ما يختص به القضاء الإداري كما يتحقق القضاء وفي إطار حماية المال العام و محاربة

¹ المادة 06 من المرسوم التنفيذي 272-08 المؤرخ في: 06-09-2008 يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية الجريدة

الرسمية العدد: 50 سنة 2008

الفساد المتعلق بجرائم الصفقات العمومية، وهذا ما يختص به القضاء الجزائي و هو ما سنتناوله في مايلي:

اولا: رقابة القضاء الإداري على الصفقات العمومية.

لقد اتبعت الجزائر منذ دستور 1996 ازدواجية القضاء بشكل صريح⁽¹⁾، و على هذا الأساس فإن أعمال الإدارة تخضع تارة لاختصاص القضاء العادي إذا اتبعت أساليب القانون الخاص لكنها في الغالب تخضع لاختصاص القضاء الإداري، و الصفقة العمومية باعتبار أنها عقد يتم فيه إتباع أساليب القانون العام تخضع بشكل أساسي للقضاء الإداري، و في كل الحالات فإن القاضي ملزم بالخضوع لقواعد القانون الإداري.

قبل أن نتناول الرقابة القضائية نشير إلى التسوية الودية التي جاء بها المرسوم 236/10 المعدل و المتمم⁽²⁾ تسمح للأطراف المتعاقدة 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 انجاز لموضوع الصفقة

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة . وفي حالة اتفاق الطرفين يكون هذا

الاتفاق موضوع مقرر يصدره الوزير أو مسئول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس

المجلس الشعبي حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في الصفقة، ويصبح هذا المقرر

نافذا بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية ويمكن المتعامل المتعاقد أن

يرفع طعنا قبل كل مقاضاة أمام العدالة أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة التي تصدر

موقرا في هذا لشان خلال (30) يوما ابتداء من تاريخ إيداع الطعن .

ولما كانت ولاية القضاء الإداري تشمل قضاء الإلغاء والقضاء الكامل فإن الرقابة الممارسة

على الصفقات من خلال هذا المنظور هي:

¹ المواد 143 ، 152 من الدستور الجزائري سنة 1996

² المادة: 115 من الرسوم الرئاسي 10-236

1) رقابة قضاء الإلغاء على الصفقة العمومية:

يقبل الطعن بالإلغاء بالنسبة للقرارات الإدارية الصادرة في المجال الصفقات العمومية في مراحل إبرام الصفقة العمومية، ففي كل مرحلة تصدر العديد من القرارات قبل وأثناء عملية التعاقد (قرارات لجنة تقييم العروض، قرار منح أو فرض التأشير من اللجنة المختصة للصفقات، قرار المنح المؤقت للصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة) وهي قرارات تستهدف التمهيد لإبرام العقد، أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه... إلخ، هذه القرارات تغير مراكز قانونية، كما أن القرارات تتميز بطابعها التنفيذي وهو أهم عنصر في العقد الإداري و يستلزم المشرع حماية للمصلحة العامة، وتجسيد لمبدأ المساواة بين المتعاملين مع الإدارة و احترام الشروط والإجراءات المحددة بموجب القوانين واللوائح في التعامل مع المرشحين للصفقات العمومية، ومن ثمة فيجوز مخاصمة هذه القرارات إذا شابها وجه من أوجه اللأمشروعية، فالمتعامل المتعاقد بإمكانه الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة من طرف الإدارة ليس استنادا إلى خرقها لبنود العقد، وإنما إلى خرقها للشروط والإجراءات المنصوص عليها في القوانين و اللوائح، فقرار المنح المؤقت للصفقة يجعل طرفا ما متضررا من عدم منحه الصفقة، وعلى هذا الأساس فتح له باب قضاء الإلغاء.⁽¹⁾

2) رقابة القضاء الكامل على الصفقة العمومية:

دعوى القضاء الكامل هي دعوى موضوعية تهدف إلى المطالبة بالتعويض وجبر الأضرار المرتبة عن الأعمال الإدارية المادية والقانونية. فسلطات أو وظائف القاضي المختص بدعوى القضاء الكامل متعدد وكاملة بالقياس إلى سلطات القاضي في كل من الدعوى التفسير ودعوى فحص مدى شرعية القرارات الإدارية ولذلك سميت بدعوى القضاء الكامل.

و تسمى بدعوى القضاء الكامل بالنظر لدور القاضي الذي يتمثل في إعادة الحال إلى ما كان عليه وإعادة الحقوق إلى أصحابها فله أن يحكم بالإلغاء والتعديل واستبدال عمل بآخر بعد إبراز وجه العيب في العمل غير شرعي وأخيرا بالتعويض لصالح المتضرر.⁽²⁾

¹ كلوفي عز الدين المرجع السابق ص 116

² خرشي النوي المرجع السابق ص 479

وموضوع دعوى التعويض يتمثل في حق شخصي لرفع الدعوى ناشئ عن مركز قانوني فردي، حيث يطالب المدعي الحكم له بتعويض عادل في مقابل ما أصاب هذا الحق الشخصي من ضرر نتيجة الأعمال الإدارية، كإفساخ التعسفي، تعديل الصفقة أو إلغائها بطريقة غير قانونية..... إلخ

ثانيا : رقابة القضاء الجزائري على الصفقات العمومية :

في إطار مكافحة جرائم الفساد، نص المشرع الجزائري من خلال القانون 01.06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته⁽¹⁾ على مختلف الجرائم المتعلقة بالفساد، و قد جاء ذلك بالباب الرابع من هذا القانون و المعنون ب "التجريم و العقاب و أساليب التحري " ، ولما كانت الصفقات العمومية تشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة والوسيلة القانونية التي وضعها المشرع في يد الإدارة العمومية من اجل تسيير الأموال فأنها تعد بذلك المجال الخصب للفساد بكل صوره .

وتبعاً لذلك فقد نص قانون مكافحة الفساد على مختلف صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية من خلال كل من :المادة 26 فقرتين 1 و 2 التي جاءت تحت عنوان " الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية " . المادة 27 التي جاءت تحت عنوان "الرشوة في مجال الصفقات العمومية " إضافة إلى ما نصت عليه المادة 35 و المتعلقة بجريمة اخذ فوائد بصفة غير قانونية و التي تعد صورة من صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية . و هي نفس المواد و الجرائم التي كان يشملها قانون العقوبات من خلال المواد :123 . 124 . 125 . 128 مكرر 01 والتي أُلغيت بموجب المادة 71 من قانون مكافحة الفساد وهذا مع الأخذ بعين الاعتبار الأحكام المستحدثة بموجب هذا القانون و المتعلقة بتحديد مفهوم الموظف العمومي الذي يأخذ صفة الجاني في اغلب جرائم الفساد، وكذا أساليب المتابعة و التحري للكشف عن هذه الجرائم على المستوى الوطني و على المستوى الدولي .

¹ القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، الجريدة الرسمية العدد:14 سنة2006

ولدراسة مختلف صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في ظل قانون الفساد، و تتناول ذلك من خلال :

1 :جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية " جنحة المحاباة " :

نصت على هاته الجريمة المادة 26 فقرة من القانون 01.06 و المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته التي تنص على : " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى (10) سنوات وبغرامة من 200000 إلى 1000000 دج كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير " و هي المادة التي حلت محل 128 مكرر فقرة 1 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد .
ويطلق على هذه الجريمة كذلك اسم : جنحة المحاباة .

2 :جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية :

نصت على هذه الجريمة المادة 26 من الفقرة 02 من قانون مكافحة الفساد، والتي تقضي ب: " كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص ، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم و لو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من اجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة

أو من اجل التعديل لمصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم والتمويل " و قد كانت هذه الجريمة مدرجة بنص المادة 128 مكرر فقرة 02 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد .

3 :جريمة الرشوة و اخذ الفوائد بصفة قانونية في مجال الصفقات العمومية:

نصت على هذه الجريمة المادة 27 من القانون 01.06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته و التي تنص على : " يعاقب بالحبس من (10) سنوات (20) سنة و بغرامة من 1000.000 دج إلى 2000.000 دج

كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة , أجرة أو منفعة مهما يكن نزعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام و تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية " .

و يطلق على هذه الجريمة كذلك تسمية قبض العمولات من الصفقات العمومية , وهي الجريمة التي كان ينص عليها قانون العقوبات من خلال المادة 128 مكرر 01 منه و الملغاة بموجب قانون الوقاية من الفساد.

الملاحق

ملحق

المادة الأولى : موضوع الملحق

يهدف الملحق رقم 1 والمتعلق بالعقد رقم 2013/101 بتاريخ 2013/12/25 الخاص بمشروع
-طبقا لأحكام المادة 105 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 والمتضمن تنظيم
الصفقات العمومية المعدل والمتمم

إلى ما يلي:

- (جدول رقم 01) : إدراج الأشغال الإضافية خارج إطار العقد (بكل الرسوم)
- (جدول رقم 02) : إدراج الأشغال الإضافية في إطار العقد (بكل الرسوم)
- (جدول رقم 03) : حذف الأشغال الغير منجزة من الصفقة (بكل الرسوم):

المادة الثانية : مبلغ الملحق

- 346.884.37 دج : مبلغ الأشغال الإضافية خارج إطار العقد بكل الرسوم
- 165 868.73 دج : مبلغ الأشغال الإضافية في إطار العقد بكل الرسوم
- 672.782.19 دج : مبلغ الأشغال الغير منجزة من العقد (بكل الرسوم)
- 160.029.09 دج : مبلغ الملحق بالنقصان (بكل الرسوم)

أوقف هذا الملحق بالنقصان بمبلغ قدره (مائة وستون ألف وتسعة وعشرون دينار جزائري وتسعة

سنتيم)

المادة الثالثة: المبلغ الجديد للعقد

- المبلغ الأصلي للعقد (بكل الرسوم) : 7.997.034.91 دج
 - مبلغ الملحق بالنقصان (بكل الرسوم) : 160.029.09 دج
 - المبلغ الجديد للعقد (بكل الرسوم) : 7.832.511.82 دج
- أوقف المبلغ الجديد للعقد بكل الرسوم: (سبعة ملايين وثمانمائة واثنان وثلاثون ألف و خمسمائة واحدي
عشر دينار جزائري و اثنان وثمانون سنتيم)

المادة الرابعة: بنود الأخرى جميع الشروط والأحكام التعاقدية المنصوص عليها في الصفقة
تبقى سارية المفعول بالنسبة لهذا الملحق

المغير في:.....

صاحب المشروع

مكتب الدراسات

المتعامل المتعاقد

مقرر رقم: 2014/.....

المتضمن فسخ الصفقة رقم 2012/..... بتاريخ: 2012/09/24

المتعلق إنجاز طرق حضرية بأحياء النصر، و 20 أوت، و 19 مارس، و 05 جويلية، على مسافة 7.5 كلم.

إن رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ولاية

- بمقتضى القانون رقم: 84/09 المؤرخ في: 1984/02/04 المتضمن التنظيم الإقليمي للبلاد .
- بمقتضى القانون رقم: 11/10 المؤرخ في: 2011/06/22 المتضمن القانون البلدي .
- بمقتضى القانون رقم: 90/21 المؤرخ في: 1990/08/15 المتضمن قانون المحاسبة العمومية .
- والمعدل والمتمم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية . 07/10/2010 المؤرخ في: 236/10- بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم:
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم: 90/328 المؤرخ في: 1990/10/17 المتضمن قواعد تنظيم و تسيير مصالح التجهيز بالولاية و عملها .
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم: 93/289 المؤرخ في: 1993/11/28 المعدل و المتمم ، الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية للبناء و الأشغال العمومية و السري إمتلاك شهادة التخصص و التصنيف المهنيين .
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم: 94/215 المؤرخ في: 1994/07/23 المحدد قواعد تنظيم اجهزة الإدارة العامة في الولاية و هيكلها .
- بناءاً على الصفقة رقم 2012/15 بتاريخ: 2012/09/24 المتعلق بمشروع انجاز طرق حضرية بأحياء النصر، و 20 أوت ، وحي 05 جويلية، على مسافة 7.5 كلم .
- و المؤشرة من طرف لجنة الصفقات تحت رقم: 2012/14 .
- بناءاً على تأشيرة المراقب المالي تحت رقم: 2012/77 بتاريخ: 2012/10/16.
- بناءاً على الاعذار الاول الصادر بجريدة الجزائر كنفليونس بتاريخ: 2014/01/02
- بناءاً على الاعذار الثاني الصادر بجريدة الحياة بتاريخ: 2014/07/01.

بإقتراح من السيد الأمين العام

يقرر**المادة الأولى:** تفسخ على عاتق مؤسسة

الصفقة رقم: 2012/15 المؤرخ في: 2012/09/24 و المتعلقة بمشروع انجاز طرق حضرية بأحياء النصر، و 20 أوت، وحي 05 جويلية، على مسافة 7.5 كلم

المبرمة بين السيد: رئيس المجلس الشعبي البلدي و مؤسسة الأشغال العمومية

المادة الثانية: الوضعية المالية للمشروع عند تاريخ فسخ الصفقة مبينة كمايلي:

- المبلغ الاصلي للصفقة: 46.711.080.00 دج.
- المبلغ الكلي للأشغال المنجزة :
- مبلغ الأشغال المسددة:
- مبلغ الأشغال المنجزة الغير مسددة :
- مبلغ نقد الالتزام :

المادة الثالثة: تحجز كفالة الضمان .**المادة الرابعة:** يترتب عن زيادة في الأسعار فهي على عاتق المؤسسة .**المادة الخامسة:** يكلف كل من السيد الكاتب الهام للبلدية و أمين خزينة البلدية و القطاع الصحي كل في ما يخص بتنفيذ هذا القرار .

في :

رئيس المجلس الشعبي البلدي:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

بطاقة التزام

الرقابة المالية لدى بلدية

قبض يوم 17 جويلية 2014 تحت رقم 87/14

ولاية
دائرة
بلدية

الرقم الكامل للعملية													
03	14	2	4	4	3	6	2	6	2	9	3	5	K
رقم التسلسل	نوع	الأمور	بالصرف	نوع	نوع	نوع	نوع	نوع	نوع	نوع	نوع	نوع	نوع

بطاقة رقم 02	
السنة	رقم

عملية مالية	
الأمر بالصرف	
139	262

عنوان العملية: تجديد شبكة التطهير بحي 360 مسكن بلدية على مسافة 6570 م/ط.
موضوع الالتزام: الصفقة المتعلقة ب: تجديد شبكة التطهير بحي 360 مسكن بلدية على مسافة 6570 م/ط. لفائدة مؤسسة الأشغال العمومية الكبرى و الري.

بنود	المبلغ -دج-	ملاحظات
1- دراسة		
2- بناء		
3- أشغال عمومية		
4- أليات و تجهيز الإنتاج		
5- عتاد النقل		
6- تكوين		
7- غير ذلك (تجديد شبكة التطهير)	44.426.070.00 دج	
8- ANEP		
9- الربط الكهربائي		
المجموع	44.426.070.00 دج	

ملاحظات	الرصيد القديم	الالتزام المقترح	الرصيد الجديد
	47.286.000.00 دج	44.426.070.00 دج	2.859.930.00 دج

تأشيرة المراقب المالي

المغير في:

رئيس المراقب المالي
الأمور بالصرف
البلدي

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المغير في :

السيد (الأمر بالصرف) :

وزارة المالية
المديرية العامة للميزانية
مديرية التنظيم الميزاني والرقابة
المسبقة للنفقات الملتزم بها
المديرية الجهوية للميزانية
المراقبة المالية لدى بلدية
رقم : م م ب م / 2014

مذكرة الرفض المؤقت

الموضوع:

تسيير موظفين تجهيز السنة المالية: 2015
بطاقة الالتزام رقم في الملغ
طبيعة العملية :
رقم العملية :
الإدراج الميزاني : فرع فصل المادة

المرجع: (المرسوم التنفيذي رقم 414/92 في 14 / 11 / 1992) المعدل والمتمم المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات
الملتزم بها لاسيما المواد 11-12 و 13.

يشرفني أن أبلغكم برفض تأشيرة الملف المذكور في الموضوع للأسباب التالية:

.....
.....
.....

وذلك طبقا للنصوص الآتية :

ملاحظة : الأخذ بعين الاعتبار إرجاع نسخة مطابقة لهذه المذكرة ممضاة من طرفكم .

المراقب المالي

الأمر بالصرف

الخاتمة

من خلال ما سبق يتبين لنا أن الإدارة في تسيير نشاطاتها تقوم بإبرام عقود مع أشخاص معنوية أو طبيعية، وهذه العقود إما أن تكون عقود عادية يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين عندما تتصرف الدولة كشخص عادي، وإما عقود إدارية عندما تتصرف الإدارة كصاحبة امتياز تحقيقا للمصلحة العامة.

ولكي يكون العقد إداري يجب أن تتوفر فيه ثلاثة شروط: أن تكون الإدارة من طرف في العقد وأن يتصل العقد بمرفق عام وأن يحتوي على البند الغير مألوف في القانون الخاص.

والصفقة العمومية تعد عقدا إداريا لاحتوائها على شروط العقد الإداري، فالإدارة طرف في العقد من خلال المادة 02 من الموضوع الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، التي تحدد الهيئات والمؤسسات التي تخضع لتنظيم الصفقات العمومية.

والصفقة تتصل بالمرفق العام من خلال موضوعها المتمثل في الأشغال العامة، كبناء المساكن والمدارس واقتناء اللوازم وإنجاز الدراسات وتقديم الخدمات للمرافق العامة.

وكذلك الصفقة تحتوي على البند الغير مألوف في القانون الخاص، من خلال السلطات التي تتمتع بها لإدارة اتجاه المتعاقد معها والمتمثلة في سلطة التوجيه والإشراف، وسلطة توقيع الجزاءات وسلطة التعديل والإلغاء.

فبالرغم من أن الصفقة العمومية عقدا إداريا إلا أنها تتميز عنه ببعض الضوابط والقيود التشريعية غير موجود في العقود الإدارية الأخرى.

والمشرع أقر هذه القيود نظرا للدور الذي تلعبه الصفقة العمومية في التنمية على جميع الأصعدة المحلية والوطنية، وكذلك كون الصفقة تشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة والوسيلة القانونية في يد الإدارة من أجل تسيير الأموال فهي المجال الخصب للفساد بكل صورته.

والقيود الذي وضعها المشرع تنقسم إلى قيود شكلية تتمثل في الكتابة والهيئات والمؤسسات المعنية بالصفقة العمومية وموضوعية تتمثل في المبادئ التي تقوم عليها

الصفة العمومية وهي حسب المادة 03 من المرسوم الرئاسي 10-236 وتتعلق بمبدأ الشفافية ومبدأ المساواة ومبدأ حرية الوصول للطلبات.

وبالإضافة إلى ذلك إجراء الرقابة على الصفقات العمومية وهي تنقسم إلى ثلاث أنواع: رقابة إدارية، ورقابة مالية، ورقابة قضائية.

كل هذه القيود والإجراءات جاء بها المشرع من أجل نجاعة الطلبات والمحافظة على المال العام .

ولقد وفق المشرع إلى حد كبير في ذلك وكان لهذه الضوابط والقيود الأثر الإيجابي إلا أن لها جانب سلبي يتمثل في تعطيل الشروع في إنجاز المشاريع نظرا للإجراءات المعقدة التي تحكم الصفقات العمومية، فهناك بعض المشاريع تتعطل لسنوات وذلك بسبب بعض القيود الواردة على الصفة العمومية.

لذلك وحتى نجعل الصفة أكثر نجاعة من حيث إنجاز المشاريع وفي الأجل المبرمجة وبكيفية حسنة وفي نفس الوقت نحافظ من خلالها على المال العام نقترح على المشرع إعادة النظر في بعض الإجراءات وأن يركز على العوامل التي تؤثر مباشرة في تنفيذ الصفة والتي تتمثل في الضمانات المالية للمتعاقد وكذلك الضمانات البشرية والتقنية والوسائل المادية .

ونظرا لأهمية الصفة العمومية ونقص الإطار المختص في هذا المجال نقترح أن تدرج الصفة العمومية كفرع مستقل يدرس في الجامعة لتزويد الإدارة العامة بكفاءات تكون قادرة على التحكم في تسيير إجراءاتها.

قائمة المراجع

- أولا : المراجع الرسمية :

أ - الدساتير

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 المعدل و المتمم.

ب- القوانين و الأوامر

1- الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 الجريدة رقم 52.

2- الأمر رقم 02/10 المتعلق بمجلس المحاسبة الجريدة رقم 50.

3- القانون رقم 21/09 المؤرخ في 15 / 08 / 1990 المتعلق بمجلس المحاسبة العمومية الجريدة رقم 35 لسنة 1990.

4- الامر رقم 95 / 25 المؤرخ في 25/09/1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة لدولة . ج ر عدد 55 بتاريخ 1995/09/27 .

5- الأمر 04/01 المؤرخ في 20/08/2001 المتضمن تنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصصتها. ج ر عدد 47 صادرة في 22 / 08 / 2001.

6- القانون رقم: 09/08 المؤرخ في: 25/02/2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم: 21 لسنة 2008.

7- قانون رقم 88 / 01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية و الاقتصادية ج ر عدد 02 بتاريخ 13 / 01 / 1988

ج - المراسيم

1- المراسيم الرئاسية:

* المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24/07/2004 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 2002 .

* المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

* المرسوم 82-145 المؤرخ في 10-04-1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 1982

2- المراسيم التنفيذية:

* المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 09/11/1991 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية رقم 57 لسنة 1991.

* المرسوم التنفيذي 118/11 المتضمن النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية الجريدة الرسمية رقم 16.

- ثانيا: الكتب :

1- محمد الصغير بعلي - العقود الإدارية دار العلوم للنشر و التوزيع الحجار عنابة 2005

2- علاء الدين عشي- مدخل القانون الإداري دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عين مليلة الجزائر 2012.

3- عمار بوضياف - الصفقات العمومية في الجزائر- جسور للنشر والتوزيع المحمدية 2007 .

4- علي معطى الله/ حسينة شريخ - تقنين الصفقات العمومية - دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2009.

5 - عمار بوضياف - شرح تنظيم الصفقات العمومية - جسور للنشر والتوزيع المحمدية 2011.

6 - عمار بوضياف- المرجع في المنازعات الإدارية - جسور للنشر والتوزيع المحمدية 2013.

7 - كلوفي عزالدين - نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية - دار النشر جيطلي برج بوعريريج 2012.

- 8 - خرشي النوي - تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية - دار الخلدونية للنشر والتوزيع -القبة القديمة 2011.
- 09- الوجيز في العقود المدنية -جعفر الفضلي - دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان 2014.
- 10- ناصر الباد - الوجيز في القانون الاداري - دار المجدد للنشر والتوزيع- سطيف . 2010
- 11- عمار بوضياف - الوجيز في القانون الاداري - جسور للنشر والتوزيع المحمدية 2013.
- 12 - بجاوي المدني- التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاوله- دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع-الجزائر 2008.
- 13- ماجد راغب الحلو- القانون الاداري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية 1996.
- 14 -عمار عوابدي - القانون الاداري الجزء الثاني- ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر 2002.

فهرس الموضوعات

أ	مقدمة
5	الفصل الأول: الطبيعة القانونية للصفقة العمومية
5	المبحث الأول: ماهية العقد الإداري
6	المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري
6	الفرع الأول: تعريف العقد الإداري
6	أولاً: التصنيف القانوني للعقد الإداري
7	ثانياً: التصنيف وفق معايير خاصة
8	الفرع الثاني: معايير العقد الإداري
8	أولاً: المعيار العضوي
9	ثانياً: المعيار الموضوعي
11	المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية
11	الفرع الأول: عقد الأشغال العامة
11	الفرع الثاني: عقد التوريد
12	الفرع الثالث: عقد تقديم الخدمات
12	الفرع الرابع: عقد الدراسات
12	الفرع الخامس: عقد التزام المرافق العامة (الإمتياز)
15	الفرع السادس: عقد القرض العام
16	الفرع السابع: عقد التوظيف
17	المبحث الثاني: ماهية الصفقات العمومية
17	المطلب الأول: مفهوم الصفقات العمومية
17	الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية

17.....	أولاً: التعريف التشريعي
19.....	ثانياً: التعريف القضائي
20.....	ثالثاً: التعريف الفقهي
20.....	الفرع الثاني: معايير الصفقة العمومية ومدى مطابقتها مع العقد الإداري
20.....	أولاً: المعيار العضوي
23.....	ثانياً: المعيار الموضوعي:
26.....	الفرع الثالث: تميز الصفقة العمومية عن بعض العقود الأخرى
26.....	أولاً: التميز بين الصفقة العمومية والعقود المترتبة
27.....	ثانياً: التميز بين الصفقات العمومية والعقود التجارية
27.....	ثالثاً: التميز بين الصفقة العمومية وعقد العمل
28.....	المطلب الثاني: أنواع الصفقات العمومية
29.....	الفرع الأول: أنواع الصفقات من حيث الموضوع
29.....	أولاً: صفقة إنجاز الأشغال العامة
29.....	ثانياً: صفقة اقتناء اللوازم
30.....	ثالثاً: صفقة تقديم الخدمات
30.....	رابعاً: صفقة إنجاز الدراسات
31.....	الفرع الثاني: أنواع الصفقات من حيث أساليب التعاقد
31.....	أولاً: الصفقة التنفيذية
31.....	ثانياً: صفقة الطلبية
32.....	ثالثاً: صفقة البرنامج
32.....	رابعاً: صفقة التسوية
36.....	الفصل الثاني: الضوابط التي تحكم الصفقات العمومية

36.....	المبحث الأول: الضوابط الشكلية والموضوعية التي تحكم الصفقات العمومية
37.....	المطلب الأول: الضوابط الشكلية
37.....	الفرع الأول: الكتابة
39.....	الفرع الثاني: المعيار العضوي
40.....	أولا: المرحلة السابقة كصدور تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2002
41.....	ثانيا: مرحلة تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2002
42.....	ثالثا: مرحلة تنظيم الصفقات العمومية الحالي (المرسوم 10-236)
42.....	المطلب الثاني: الضوابط الموضوعية
43.....	الفرع الأول: المعيار المالي
46.....	الفرع الثاني: المعيار المادي
47.....	أولا: الأشغال العامة
47.....	ثانيا: إقتناء اللوازم
47.....	ثالثا: تقدم الخدمات
47.....	رابعا: إنجاز دراسات
48.....	المبحث الثاني: الضوابط الاجرائية التي تحكم الصفقة العمومية
49.....	المطلب الأول: المبادئ التي تحكم الصفقة العمومية
49.....	الفرع الأول: حرية الوصول للطلبات
51.....	أولا: حالات الإقصاء لمؤقت
52.....	ثانيا: حالات الإقصاء النهائي
57.....	الفرع الثاني: مبدأ المساواة في معاملة المرشحين
57.....	الفرع الثالث: مبدأ الشفافية
59.....	المطلب الثاني: الرقابة على الصفقات العمومية

60.....	الفرع الأول: الرقابة الإدارية.
60.....	أولاً: الرقابة الداخلية.
64.....	ثانياً: رقابة الوصاية.
65.....	ثالثاً: الرقابة الخارجية.
68.....	الفرع الثاني: الرقابة المالية.
68.....	أولاً: الرقابة الممارسة من طرف المراقب المالي.
70.....	ثانياً: الرقابة الممارسة من طرف المحاسب العمومي.
70.....	ثالثاً: الرقابة الممارسة من طرف مجلس المحاسبة.
72.....	رابعاً: الرقابة الممارسة من طرف المفتشية العامة للمالية.
72.....	الفرع الثالث: الرقابة القضائية على الصفقات العمومية.
73.....	أولاً: رقابة القضاء الإداري على الصفقات العمومية.
75.....	ثانياً: رقابة القضاء الجزائي على الصفقات العمومية.