جامعـــــة عبد الحفيـــظ بوالصوف

ميلـــــــــــــــــــــــة

معهـــــــــد العلوم الإقتصاديـــــــة

و التجاريــة و علوم التسييـــر

محاضرات في قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام

مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر

تخصص إدارة أعمال

(تم تكييف محتوى المادة مع الظرف الإستثنائي للدراسة)

إعداد: د. قشي محمد الصالح

السنة الجامعية 2019- 2020

مقدمة:

إن حاجة الدولة لإنجاز مشاريعها، و تسيير مرافقها و تقديم خدماتها إلى الجمهور يعتبر عصب النشاط الإقتصادي و الإجتماعي للدولة. وتتبع السلطة العامة في سبيل تحقيق أهدافها لإشباع رغبات الأفراد تصرفات متعددة منها ما هي أعمال مادية كبناء المنشآت و تعبيد الطرق، و منها ما هو أعمال قانونية تتخذها الإدارة بصفة منفردة بعيدا عن مشاركة الأفراد و هذه هي القرارات الإدارية، و منها ما هو أعمال قانونية إتفاقية هذه هي العقود الإدارية.[1]

يعد المرفق العام المظهر الإيجابي لنشاط الإدارة و تتولاه الإدارة بنفسها أو بالاشتراك مع الأفراد، و تسعى من خلاله إلى إشباع الحاجات العامة. و تعد فكرة المرافق العامة من أهم موضوعات القانون الإداري و ترد إليها معظم النظريات و المبادئ التي ابتدعها القضاء الإداري كالعقود الإدارية و الأموال العامة و الوظيفة العامة.[2]

يمكن تعريف المرفق العام بطريقتين: بطريقة تنظيمية أو شكلية و بطريقة مادية، ففي معنى تنظيمي أو شكلي يتميز المرفق العام بتنظيم معين: المرفق العام مؤسسة تديرها الإدارة، و يرتبط التعريف المادي بطبيعة النشاط المنظور إليه بالإستقلال عن التنظيم الذي يمارس النشاط بموجبه. و نرى تعريف المرفق العام بأنه النشاط الذي ينزع إلى تلبية حاجة من المصلحة العامة.[3]

و نظرا للارتباط الوثيق بين تحقيق هذا الهدف و الإنفاق العمومي، فقد كانت الصفقات العمومية التي تبرمها الدولة هي الوسيلة القانونية في سبيل تنفيذ هذه المشاريع و التي تصب في مجملها في نظرية العقد الإداري، الذي تبرمه الدولة في شكل صفقة

---

[1]- د. مازن راضي ليلو، القانون الإداري، الأكاديمية العربية في الدانمارك، 2008، ص 152.

[2] - د. مازن راضي ليلو، نفس المرجع السابق، ص 86.

[3] - جورج قوديل و بيار دلفولفيه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، مؤسسة الدراسات الجامعية للنشر و الإشهار، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2008 ص 538.

عمومية، فقد نال هذا الموضوع إهتمام كل من القانونيين و الإقتصلاديين على حد السواء نظرا للأهمية الكبير التي يحتلها موضوع الصفقات العمومية و ما يثيره من جدل حول إرساءها و حول صرف المال العام.

وفي سياق متصل بضبط النفقات العمومية و جعلها في توافق مع تنفيذ هذه البرامج التنموية بما يخدم الحاجة العامة، وضع المشرع الجزائري آلية قانونية، تسمح بقيام هذه المعادلة وفق أسس من الشفافية و الفعالية، فكان قانون الصفقات العمومية الذي وضعت أولى نصوصه بعد الإستقلال، سنة 1967.[1]

الفصل الأول: عقود الصفقات العمومية، مفهومها و تكوينها و تنفيذها:

عقود الصفقات العمومية، مفهومها و تكوينها و تنفيذها: تعتمد الدولة لتنفيذ مشاريعها و تحقيق حاجات العامة على إجراءات تميل إلى خصوصية كبيرة تجعل منها مختلفة في أنظمتها عن تلك التي يعتمدها الأفراد فيما بينهم، و لعل خير مثال على ذلك الصفقات العمومية. و سوف نبين ماهيتها في المبحث الأول و كيفيات إبرامها في مبحث ثان.

المبحث الأول: ماهية الصفقات العمومية :

لا شك أن تلبية حاجيات الأفراد يشكل محور نشاط المرفق العام، الذي يسعى إلى تحقيق ذلك انطلاقا من دوره في إشباع رغبات الأفراد المتنوعة و المستمرة. و نظرا لارتباط هذا النشاط بشكل لا يقبل الإنفضال عن المال العام، فقد وضعت آلية قانونية تضمن في الوقت ذاته تحقيق الأهداف الإجتماعية و الإقتصادية للمجتمع، و يتعلق الأمر بالصفقات العمومية، التي تبرم في شكل عقد يجمع بين المرفق العام و بين شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص، يكون من شأنه تلبية حاجة المرفق العام. و عليه سوف نبين في المطلبين

[1] - الأمر رقم -67 90 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1967 ،يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج .ج.ر. ، عدد 52 ،صادر بتاريخ 17 يونيو سنة 1967(.ملغى)

التاليين مفهوم العقد الإداري و علاقة الصفقة العمومية به في المطلب الأول و نتناول في المطلب الثاني النطاق الشخصي لتطبيق قانون الصفقات العمومية.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري:

يعتبر القرار الإداري الصادر عن الإرادة المنفردة، أنجع وسائل القانون العام التي تتسلح بها الإدارة لآداء ما هو منوط بها. غير أن الإدارة كثيرا ما تلجأ إلى طريقة الإتفاق مع الأفراد، فينشأ بينها و بينهم عقد يرسم حقوق و واجبات الطرفين.[1]

و يبدو جليا أن العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع في مجملها لنظام قانوني واحد، و ذلك تبعا لتقسيمها إلى نوعين من العقود. عقود تخضع للقانون العام و أخرى تخضع للقانون الخاص. و يصطلح على النوع الأول و الذي تتجلى فيه إرادة الإدارة في الأخذ بامتيازات السلطة العامة **بالعقود الإدارية**. و التي يخلو النوع الثاني منها، بحيث يسري عليه ما يسري على العقود التي تبرم بين الأفراد فيما بينهم.

الفرع الأول: تعريف العقد الاداري :

تمارس الإدارة نشاطاتها كذلك عن طريق الإتفاق مع الأفراد، فتنشأ بينها و بينهم (عقود) تحدد حقوق و التزامات الطرفين و لكن عقود الإدارة لا تخضع جميعها لنظام قانوني واحد و لذلك وجب التمييز دائما بين عقود الإدارة و العقود الإدارية، ذلك أنه إذا كانت عقود الإدارة تتضمن كل العقود التي تكون الإدارة طرفا فيها، أيا كان القانون الذي يحكمها، فإن العقود الإدارية هي العقود التي تكون الإدارة طرفا فيها و تكون خاضعة فيها للقانون الإداري و القضاء الإداري.[2]

---

[1] - د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة و امتيازاتها، دار الفكر العربي، 1973، ص 302.

[2] - د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، دراسة مقارنة في تنظيم و نشاط الإدارة العامة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1970، ص 429.

إن العقود الادارية هي العقود التي تكون الادارة طرفا فيها و تكون خاضعة للقانون الاداري و القضاء الاداري.[1]

و وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، تعتبر عقودا إدارية، تلك التي يبرمها شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام، تظهر فيها نيته في الأخذ بأحكام القانون العام. و يتجلى ذلك إما بتضمين تلك العقود شروطا غير مألوفة في القانون الخاص، أو بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالإشتراك مباشرة في تسيير المرافق العامة.[2]

و ننبه الى أنه لا يمكن التسليم بهذه الفكرة، لأن العقود التي تعقدها الادارة العامة بصفتها سلطة عامة و بقصد تسيير و إدارة المرافق العامة تقوم على خصائص من حيث تكوينها و تطبيقها و آثارها تتميز بها عن عقود القانون الخاص.[3] و لذلك فهي تتمتع بنظام قانوني خاص بها تتميز بسببه عن عقود القانون المدني و عقود القانون التجاري.

و العقود الادارية على نوعين: عقود إدارية بنص القانون، و عقود إدارية بطبيعتها .

<u>الفرع الثاني: علاقة العقد الإداري بالصفقة العمومية:</u>

الملاحظ أن الاجتهاد الإداري الفرنسي لم يستقر على مبدأ محدد في تعريف العقد الإداري، بحيث ينطلق تارة في تعريفه من مبدأ تسيير المرفق العام وبصفة خاصة تعتبر عقودا إدارية تلك العقود التي تنظمها الإدارات العامة والأجهزة العامة التابعة لها بقصد تسيير المرافق العامة وتأمين ديمومتها وينطلق تارة أخرى عن طبيعة الشروط الخاصة التي تضعها الإدارات العامة قصد تسيير المرافق العامة والتي تحدد قصد الإدارة بتنظيم عقود إدارية .

---

[1] - د. طعيمة الجرف، نفس المرجع، ص 429.
[2] - د. سليمان الطماوي، نفس المرجع، ص 305.
[3] - د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص 430.

و يدخل في العقود الادارية **بنص القانون** عقود الأشغال العامة و عقد التوريد و إنجاز الدراسات وعقد تقديم الخدمات في القانون الجزائري . ذلك أن المرسوم الرئاسي رقم 15 / 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 قد قرر أن يختص القضاء الإداري بالمنازعات الخاصة بهذه العقود الثلاثة، و هو يبرز جليا ميل المشرع الإداري إلى اعتبار هده العقود عقودا إدارية بتحديد القانون.

وأما العقود الادارية بطبيعتها، فهي التي جرت في شأنها أحكام مجلس الدولة الفرنسي على أنها العقود التي يبرمها شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام، و تظهر فيها نيته في الأخذ بأحكام القانون العام.[1] و يتضح ذلك إما بتضمين تلك العقود شروطا غير مألوفة في القانون الخاص، أو السماح للمتعاقد مع الادارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام .

إذن فعلاقة الصفقة العمومية بالعقد الإداري واضحة جدا، دلك أن الصفقة العمومية تأخذ شكل العقد الإداري، الذي تبرز فيه رغبة الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام و تضمينها لهذا العقود لشروط لا يعرف لها القانون الخاص شبيها، و فضلا عن ذلك إحالة الفصل في مثل هذه العقود للقضاء الإداري دون غيره، باعتباره صاحب الولاية العامة عليها.

المطلب الثاني: تعريف الصفقة العمومية:

يعد النظام القانوني للصفقات العمومية الوسيلة المثلى لاستغلال وتسيير أموال الخزينة العمومية، لذلك يمكن رفعه إلى مصاف الأداة الإستراتيجية التي تتعامل السلطة العامة في إبرام عقود تنفيذ مشاريعها.[2]

---

[1] - د. طعيمة الجرف، نفس المرجع، ص 431.

[2] - أ، محفوظ بن شعلال.،إجراءات إبرام الصفقات العمومية: ضمانات للشفافية أم حواجز تقييدية؟ منشور على https://www.asjp.cerist.dz/en/article/25498 ص،77.

يبدو من خلال القوانين المتعاقبة السابقة والتي صدرت في حقب زمنية مختلفة بل و في مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة، مدى إصرار المشرّع الجزائري على إعطاء تعريف للصفقة العمومية وإن اختلفت صياغته من مرحلة لأخرى.

ولعلّ إصرار المشرّع على إعطاء تعريف للصفقات العمومية يعود بالأساس للأسباب التالية:

1 – أنّ الصفقات العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة ولإجراءات في غاية من التعقيد. لذا وجب إعطاء تعريف لها لتمييزها عن باقي العقود الأخرى.

2 – أنّ الصفقات العمومية تخضع لأطر رقابية خاصة داخلية وخارجية.

3 – أنّ الصفقات العمومية تخول جهة الإدارة مجموعة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في عقود أخرى وهو ما سنحلّله لاحقا[1].

و لقد تناول المشرّع الجزائري تعريف الصفقة العمومية من خلال قوانين الصفقات العمومية التي أصدرها وفق التطور الذي شهده المشهد السياسي و الإقتصادي الجزائري وصولا إلى قانون الصفقات العمومية و الذي عرف دخول نوع جديد من استغلال المرفق العام و يتعلق بتفويضات المرفق العمومي و نعرض لهذه التعريفات حسب ورودها الزمني، كما يلي:

1 – الأمر رقم 67– 90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، و يعتبر أول قانون ينظم مجال الصفقات العمومية في الجزائر.

2– المرسوم 82–145 المؤرخ في 10 أفريل1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي **(صادر عن وزارة التجارة).**

3 – المرسوم التنفيذي رقم 91–343 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

---

[1] - د. عمار بوضياف، محاضرات العقود الإدارية (الصفقات العمومية).

4 – المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

5 – المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 ، مؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

و أخيرا صدر المرسوم الرئاسي رقم 15 – 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، و هو القانون الساري المفعول حاليا، الذي عرف الصفقة العمومية في المادة الثانية منه على أنها: " **الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين إقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات.** "

و تجدر الإشارة إلى أن كل القوانين التي تناولت الصفقات العمومية بالتنظيم، لم تقم على تعديل أو تتمة بعضها بعضا. و إنما تناولت الموضوع مجددا، و ذلك تماشيا و الإعتبارات السياسية و الإقتصادية المستجدة في الواقع السياسي و الإقتصادي الجزائري.

<u>الفرع الأول : معايير تمييز العقود الإدارية و أنواع الصفقات العمومية:</u>

لما كانت جميع عقود الإدارة لا تخضع لنظام قانوني واحد، فقد لزم إيجاد معيار لتمييز العقود الإدارية – بمعناها الإصطلاحي – عما عداها (عقود الأفراد، و عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة).[1] فقد كان على القضاء الإداري العمل على وضع معايير أساسية يمكن باعتمادها تمييز العقود الإدارية، فضلا عن تلك التي تكفل القانون بتحديدها سلفا.

[1] - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 305.

أولا: المعايير القضائية لتمييز العقود الإدارية:

هذه المعايير تشكل في حقيقة الأمر القاسم المشترك بين العقود الإدارية. و هي في المقام الأول وجود الإدارة طرفا في العقد الإداري و اتصال موضوعه بنشاط المرفق العام، بغرض تحقيق مصلحة عامة، و أن تنصرف إرادتها إلى الأخذ بأحكام القانون العام. و سوف نعرض لهذه المعايير فيما يلي:

I : أن يكون الشخص المعنوي العام طرفا في العقد:

فالعقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن أن يعتبر عقدا إداريا بحال من الأحوال. و أشخاص القانون العام التي نص قانون الصفقات العمومية على شمول أحكامه لها عددتها المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15 -247 بقولها: " **لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:**

- **الدولة،**
- **الجماعات الإقليمية،**
- **المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،**
- **المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية،**

و تدعى في صلب النص " المصلحة المتعاقدة".

و قد اعتبرت محكمة التنازع في حكمها الصادر بتاريخ 2007/12/09 تحت رقم 45 بأن حضور شخص معنوي من أشخاص القانون العام في نزاع، يكفي لجعل القاضي مختص نوعيا للفصل فيه.[1] ما يفيد أنه و استنادا لنص المادة 6 من المرسم الرئاسي سالف

[1] - مشار إليه لدى عمار بضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، دار الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2017، ص 163.

الذكر و كذا حكم محكمة التنازع يتبن لنا و أن هناك توفقا بين القانون و القضاء على الأخذ بالمعيار العضوي في تحديد العقد الإداري.

II : تعلق العقد بتسيير المرفق العام:

لا يكفي أن تكون الإدارة العامة طرف بالعقد ليتصف بالصيغة الإدارية وإنما يجب أن يتعلق الأمر بنشاط مرفق عام سواء من حيث إنشاء ذلك المرفق أو من حيث تنظيمه و تسير.[1] ذلك أن ما مقتضيات سير المرافق العامة هي وحدها التي تبرر ما يحتويه النظام القانوني للعقود الإدارية من خروج على القواعد المألوفة في عقود القانون الخاص.[2] و قد ارتبطت فكرة المرفق العام بالعقد العام الإداري منذ بداية ظهور الأحكام الكبرى المكونة لنظرية العقد الإداري انطلاقا من حكم بلانكو الصادر عن محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية عام 1873 والذي وضع الحجر الأساس لقواعد المسؤولية الإدارية وجعل في نفس الوقت الاختصاص للمحاكم الإدارية في كل نزاع يتعلق بمرفق عام.[3] و قد ربط القضاء الجزائري فكرة العقد الإداري بضرورة وجود مرفق عام، مقتفيا بذلك مسلك القضاء الفرنسي.[4]

III : اختيار الإدارة لوسائل القانون العام:

تتحقق هذه الفكرة بتقصي نية الإدارة و اتجاه إرادتها لاختيار أحكام القانون الذي تسعى لتطبيقه على تعاقدها، فإذا ثبت تخليها عن الأخذ بأحكام القانون الخاص، و اتجاه إرادتها للأخذ بأحكام القانون العام، تحقق معه ميول العقد إلى كونه عقدا إداريا لا عقدا تحكمه أحكام القانون الخاص، و لا يتأتى ذلك إلا من خلال تبيان ما تضمنه من شروط تبدو غير مألوفة بالنسبة لما درج عليه الأفراد في تعاقدهم.

---

[1] - د. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مقال منشور في مجلة القانون و الاقتصاد المصرية، عدد 3 و4 ، س 27 .ص 120.

[2] - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 307.

[3] - عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2008-2009، ص 32.

[4] - حكم محكمة التنازع، مرجع سابق، بتاريخ 2007/12/09 تحت رقم 45.

و تلك هي الفكرة الرئيسية في تمييز العقود الإدارية. و تعتبر الإدارة قد اختارت وسائل القانون العام، وفقا لقضاء إذا توافر في العقد أحد الأمرين التاليين:

أولا: إذا ضمنت الإدارة العقد شروطا غير مألوفة في القانون الخاص. فإذا كانت الشروط التي يحتوي عليها العقد المبرم بين الإدارة و أحد الأفراد من جنس الشروط التي توجد عادة في عقود القانون الخاص اعتبر ذلك عقدا مدنيا. أما إذا وجدت شروط غير مألوفة – بل و غير مشروعة – في علاقات الأفراد بعضهم بعضا، عد ذلك قرينة على أن الإدارة قد اختارت وسائل القانون العام. و بذلك اعتبر العقد إداريا.[1] و لقد قام مجلس الدولة – الفرنسي – بتعريف عام للبند غير المألوف في قرار مؤرخ في 20 أكتوبر 1950 في قضية ستين C . E. 20 Oct 1950, STEIN على النحو التالي: " هو بند الذي يخول محله للأطراف المعنية، حقوق و يضع إلتزامات أجنبية بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن تقبل بحرية من أي كان في إطار القوانين المدنية و التجارية." [2]

الفرع الثاني: أنواع الصفقات العمومية:

إذا كان للإدارة الحق في إبرام ما تشاء من عقود إدارية مادام أنها تتعلق بنشاط المرفق العام، فإن ذلك لا يعني بأي حال أن تعاقدها يجب أن ينحصر في عقد واحد فلها في سبيل تحقيق الغاية العامة أن تبرم أكثر من عقد واحد. و هو بالضبط ما تضمنته أحكام المادتين 11 و12 من قانون الصفقات العمومية، و إن كانت أغلبها تدخل ضمن أحد العقود التالية: عقد إنجاز أشغال عامة (أولا) عقد التوريد – اقتناء لوازم – (ثانيا) عقد إنجاز الدراسات (ثالثا) ، عقد تقديم الخدمات (رابعا).

---

[1] - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 309.

[2] - مشار إليه لدى ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، 2004، ص 393.

أولا : عقد الأشغال العامة:

هو عقد من أهم عقود الصفقات العمومية، يبرم بين شخص معنوي عام ومقاول قصد إنجاز أشغال محددة، و لقد نظم أحكامه المشرع في قانون الصفقات العمومية فعرفه في المادة 29 انطلاقا من الهدف المتوخى من إبراهم صفقة الأشغال بنصها: "...**تهدف الصفقة العمومية إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع و تعتبر المنشأة مجموعة من اشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتيجتها وظيفة اقتصادية أو تقنية.**

و تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها... "

وعرفت محكمة القضاء الإداري عقد الأشغال العامة في حكمها إنجاز أشغال محددة الصادر في 23 ديسمبر 1956 (س 11، ص 104) حيث تقول: "...**و من حيث أن عقد الأشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، و فرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد.**"[1]

وعرفه الأستاذ سليمان الطماوي بأنه عبارة عن:" **اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه ووفقا للشروط الواردة بالعقد.**"[2]

---

[1] - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 23 ديسمبر 1953، السنة 11، ص 104.

[2] . د.سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 133.

استنادا لما سبق فإن عقد الصفقة العمومية المرتبط بتنفيذ أشغال عامة يتطلب أن يكون محل هذا العقد أشغال على عقار مملوك لشخص معنوي عام و أن تتم هذه الأشغال لحسابه. و لا يكون ثمة أشغال عامة، في نظر القضاء الإداري الفرنسي إلا إذا توافرت العناصر الآتية:

الشرط الأول: أن يكون الشخص المعنوي العام طرفا في العقد:

و هو الشرط الأول الذي يجب توفه في عقد الصفقة العمومية، بأن يكون طرف العقد شخص من أشخاص القانون العام وفق ما نصت عليه المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15 – 247. و يجب أن تتم هذه الأعمال لحساب شخص عام فليس من الضروري أن تكون الإدارة مالكة للعقار الذي تتعلق به الأشغال العامة، و إنما المهم أن يتم العمل لحسابها و لو كان العقار مملوكا لفرد من الأفراد.[1]

الشرط الثاني: أن ينصب محل العقد على عقار:

يجب أن تتعلق هذه الأعمال بعقار. فإذا تعلقت بمنقول، و لو كان من الأموال العامة، لم يكن ثمة عقد أشغال. [2] و يعتبر هذا الشرط الثاني مع التأكيد على خصوصية عقد الأشغال العامة و ذلك بما يقتضيه في جانب العقار. بمعنى أن الأعمال محل العقد يجب أن تتم لحساب شخص معنوي عام، سواء كان العقار مملوكا له، ملكية عامة أو خاصة، أو لم يكن مملوكا له، ويعد من الأشغال العامة ما يجرى من أعمال على عقار مملوك لأحد الأفراد أو المشروعات الخاصة، إذا كانت الأعمال تجرى لحساب شخص معنوي عام، كأن يكون مآل العقار إليه بعد إتمام الأعمال أو بعد مدة من إتمامها، وبطبيعة الحال تعد الأعمال من قبيل الأشغال العامة إذا كانت تتم على عقار مملوك لشخص معنوي عام ولحسابه والملاحظ أن صلة الشخص المعنوي العام بالأعمال التي تتم على عقار تأخذ

[1] - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 316.
[2] - د. سليمان الطماوي، نفس المرجع، ص 315.

صور متعددة والصورة الغالبة في ذلك هي الأشغال العامة التي تتم على عقار مملوك لشخص معنوي عام ولحسابه[1]. بالتالي لقد لجأ القضاء الإداري الفرنسي إلى إضفاء وصف الأشغال العامة وعقد الأشغال العامة على الأشغال التي تقوم بها أشخاص القانون العام على عقارات أشخاص القانون الخاص ولصالحهم عندما اعتبر القضاء هذا النشاط مرفقا عاما. يخدم الصالح العام، كنشاط الدولة في إعادة تعمير ما خربته الحرب.[2]

و عليه لابد أن ينصب محل العقد على عقار ومعنى ذلك أن الأعمال محل العقد تهدف إلى إحداث تغيرات في العقار ذاته، كأعمال البناء والحفر والهدم والإصلاح أو الترميم والصيانة، أما إذا انصبت الأعمال محل العقد على منقولات مهما كانت أهميتها وقيمتها، فإن العقد يخرج عن نطاق عقود الأشغال العامة.

الشرط الثالث: أن يكون الهدف من العقد تحقيق منفعة عامة:

يتعين أن يكون الهدف من إبرام هذا العقد تحقيق منفعة عامة، و لا يشترط أن تتم هذه الأشغال على مال عام. فليس من الضروري أن تتم هذه الأشعال على عقار يدخل في نطاق الدومين العام، و لا أن يكون ذلك العقار مخصصا لمرفق عام. بل يكفي أن يكون مقصودا به النفع العام. [3]

ثانيا : عقد التوريد:

تناول المشرع عقد التوريد في المادة 29 / 6 بقوله " **...تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد، مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد...** "

---

[1] - طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص 436.
[2] - طعيمة الجرف، نفس المرجع، ص 436.
[25] - د. سليمان الطماوي، نفس المرجع، ص 316.

استنادا للمادة أعلاه نلاحظ أن المشرع قد اعتمد المعيار الوظيفي في تعريف عقد التوريد، مبينا الهدف و الغاية من وراء إبرامه. فعقد التوريد إذن هو اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام و فرد أو شركة تتعهد بمقتضاه بتوريد منقولات معينة لازمة لمرفق عام إلى الشخص الإداري، مقابل ثمن معين.[1] و هو يختلف عن الإستيلاء في أن المورد في العقد الإداري يسلم المنقولات المتعاقد علها برضائه دون أن يكون مضطرا إلى ذلك، بينما الإستيلاء إنما يكون بمقتضى قرار إداري بأن يسلم المورد المنقولات المطلوبة بهذا القرار جبرا. [2]

كما عرفته محكمة القضاء الإداري المصري بأنه: " **اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين** ".

و استنادا للتعريفات الواردة أعلاه سواء القانونية منها أو القضائية أو الفقهية، يمكن استخلاص أهم عناصر عقد التوريد و هي أساسا:

I – اتصال العقد بمرفق العام:

أن يكون المتعاقد مع المورد شخصاً من أشخاص القانون العام، وهذا عنصر تشترك فيه كل العقود الإدارية.

II – تحقيق مصلحة عامة:

لا يختلف عقد التوريد عن باقي العقود الإدارية المسماة في الصفقات العمومية، من حيث الغاية المنتظرة من إبرامه ألا و هي تحقيق مصلحة عامة. و ذلك فضلا عن كونه مرتبطا بمرفق عام و شخص من أشخاص القانون العام.

---

[1] - طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص 436.
[2] - د. سليمان الطماوي، نفس المرجع، ص 317.

III – محل عقد التوريد أشياء منقولة:

فموضوع عقد التوريد هو باستمرار أشياء منقولة، كالبضائع المختلفة، أو مواد التموين أو الغاز أو الفحم أو السفن.... و لكن لا يمكن أن يكون محله بناء عقار و إلا أصبح عقد أشغال عامة.[1] تمحل هذا العقد تقديم أو توريد منقولات، وهذا عنصر يميز عقد التوريد عن عقد الأشغال العامة، إذ رأينا أن مما يميز عقد الأشغال العامة، أن ينصب محل الالتزام فيه على عقار، وفي عقد التوريد يلتزم المتعاقد مع الإدارة على توريد منقولات.

IV – احتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة:

و يكون ذلك بكشف الشخص المعنوي العام عن نيته في استعمال وسائل القانون العام، وكذا تضمين العقد شروطاً غير مألوفة في علاقات القانون الخاص.

ثالثا : عقد إنجاز الدراسات:

يمكن تعريف عقد إنجاز الصفقات على أنه عقد إداري يلتزم فيه المتعاقد مع الإدارة بالقيام بالأبحاث و الدراسات اللازمة في مواضيع معينة لإنجاز **مشروع عام** معين **مقابل أجر** متفق عليه تحقيقا **لمنفعة عامة.** و قد عرف المشرع العقد الإداري الذي يكون موضوعه صفقة عمومية للدراسات إنطلاقا من الغاية المرجوة من وراء إبرام هذا العقد في المادة 29 على أنه "...**تهدف الصفقة العمومية للدراسات إلى إنجاز خدمات فكرية...**".

استنادا من نص المادة 29 من قانون الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام يمكن بيان موضوع الصفقة العمومية التي يكون موضوعها إنجاز دراسات، بأنها تلك العقود المعتمدة أصلا على المقابل الفكري لدى المتعاقد مع الإدارة، و هو ما تكون الإدارة في حاجة إليه شأنه في ذلك شأن الإمكانيات المادية التي يمكن أن تكون محل تعاقد بينهما، و لقد أجمل القانون في بيان مواضيع مختلفة يمكن أن تكون محلا لصفقة عمومية

[1] - د. سليمان الطماوي، نفس المرجع، ص 317.

لإنجاز دراسات لفائدة الإدارة خاصة متى ارتبطت بنوع آخر من الصفقات (الأشغال) و هي كالتالي:

"... **تشمل الصفقة العمومية للدراسات ، عند إبرام صفقة أشغال لا سيما مهمات المراقبة التقنية، أو الجيوتقنية و الإشراف على إنجاز الأشغال و مساعدة صاحب المشروع.**

تحتوي الصفقة العمومية للإشراف على الإنجاز في إطار إنجاز منشأة أو مشروع حضري أو مناظر طبيعية، تنفيذ المهام الآتية على الخصوص :

- **دراسات أولية أو التشخيص أو الرسم المبدئي**
- **دراسات مشاريع تمهيدية موجزة، ومفصلة**
- **دراسات المشروع،**
- **دراسات التنفيذ أو عندما يقوم بها المقاول، تأشيرتها،**
- **مساعدة صاحب المشروع في إبرام وإدارة تنفيذ صفقة الأشغال، وتنظيم وتنسيق وتوجيه الورشة، واستلام الأشغال.**"

و استنادا لنص المادة 29 أعلاه يمكن بيان أهم العناصر الواجب توفرها في عقد إنجاز الدراسات و هي أساسا:

I – اتصال العقد بمرفق العام:

أن يكون المتعاقد في عقد إنجاز الدراسات شخصاً من أشخاص القانون العام، وهذا عنصر تشترك فيه كل العقود الإدارية.

II – تحقيق مصلحة عامة:

عقد إنجاز الدراسات من العقود الإدارية المسماة في الصفقات العمومية، هدفه تحقيق منفعة عامة.

III – محل عقد إنجاز الدراسات:

فموضوع عقد إنجاز الدراسات هو التواجد باستمرار إلى جانب صاحب المشروع – شخص معنوي عام – قصد القيام بمهمة تقديم آراء و دراسات تقنية قبل و أثناء و بعد الدخول في استغلال المشروع. و هو ما تم تفصيله في نص المادة 29 بنصها على ما تحتويه الصفقة العمومية للدراسات، و يبدو أن هذا لعقد بالذات عقد متطور باستمرار، ذلك لتعلقه بمجالات تتطور في كل حين، رغم تحديد النص لمحتوياته.

رابعا : عقد إنجاز تقديم خدمات:

نص المادة 29 من قانون الصفقات العمومية على أن الصفقة العمومية المتضمنة تقديم خدمات الصفقة التي : "... **تهدف الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى إنجاز تقديم خدمات. و هي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات.**" فعقد الصفقة العمومية لتقديم الخدمات هو كل عقد تبرمه الإدارة العمومية يكون خارجا بطبيعته و موضوعه عما شملته العقود الإدارية المسماة المحددة بنص المادة 29 من قانون الصفقات العمومية.

على خلاف ما فعله المشرع بصدد الصفقات العمومية الذي تولى تحديد مواضيعها في نص القانون، جرى في شأن الصفقة العمومية لتقديم الخدمات على استثناءها من بين مختلف الصفقات العمومية الأخرى، ما يفتح المجال أمام اعتبار كل صفقة عمومية لا تندج ضمن الصفقات العمومية الأخرى صفقة لتقديم الخدمات، و يكون محلها تعاقد متعامل إقتصادي مع الإدارة بهدف تقديم خدمات تكون الإدارة بحاجة إليها مهما كان نوعها أو شكلها، في مقابل تعويض مالي تدفعه الإدارة لقاء ذلك، تحقيقا لمنفعة عامة.

و استنادا لنص المادة 29 أعلاه يمكن بيان أهم العناصر الواجب توفرها في عقد إنجاز الدراسات و هي أساسا:

I – اتصال العقد بمرفق العام:

أن يكون المتعاقد في عقد تقديم خدمات شخصاً من أشخاص القانون العام، وهذا عنصر تشترك فيه كل العقود الإدارية.

II – تحقيق مصلحة عامة:

عقد تقديم خدمات من العقود الإدارية المسماة في الصفقات العمومية، هدفه تحقيق منفعة عامة.

III – محل عقد إنجاز الدراسات:

يختلف عقد تقديم خدمات عن باقي العقود الإدارية المتضمنة للصقات العمومية، ذلك أنه العقد الوحيد الذي جاء النص عليه بشكل غير محدد لموضوعه، و ترك المجال فيه مفتوحا لرغبة الإدارة في طلب حاجاتها متى لم تكن هذه الأخيرة ضمن باقي الصفقات العمومية سالفة الذكر.

الفرع الثالث: مبادئ إبرام الصفقات العمومية:

تقوم الصفقات العمومية باعتبارها تنافسا بين عدة عارضين، يتم اللجوء إلى المفاضلة بينهم استنادا لمتطلبات الإدارة، و قصد حصولها على أحسن عرض. على مبادئ أساسية أهمها:

أولا: مبدأ المُنافســــــــــة:

تشكل المنافسة أحد أهم مقومات نظام الصفقات العمومية، و ذلك لما تتيحه من فرص الولوج إلى الصفقة العمومية، بين مجموع المترشحين للحصول عليها.[1] و لا تتحقق المنافسة إلا إذا كانت ظروف الولوج للصفقة متساوية أمام جميع المترشحين، و دون أي تمييز بينهم أو محاباة في تقديم العروض. و يبدو أن قانون المنافسة قد تدارك الوضع بعد أن أهمل مجال الصفقات العمومية من نصوص الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية

[1] - المادة 21 من القانون 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002.، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .المادة 26 من القانون 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتظمن تنظيم الصفقات العمومية. المادة 40 من الأمر 15-247. المتمن تنظيم الصفقات المومية.

2003 المتعلق بالمنافسة. و ذلك من خلال تعديل هذا الأمر بالقانون 08- 12 المؤرخ في 25 جوان 2008 المعدل و المتمم للأمر سالف الذكر و خاصة في مادته الثانية و التي جاء نصها بعد التعديل: " **تطبق أحكام هذا الأمر على: ...**

- **الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة...**".

و يعد هذا الإستدراك إشارة قوية إلى محاولة المشرع الحفاظ على القيمة التنافسية بين المترشحين للصفقة، بما يتيح لمقدمي العروض الولوج إلى الصفقة من جهة و من جهة أخرى للإدارة الحصول على أحسن عرض بين المتنافسين

ثانيا: إعداد دفتر الشـــــــروط:

ألزمت المادة 26 من الأمر 15 – 247 جهة الإدارة بإعداد دفتر الشروط تبين فيه بدقة الحاجات التي ترغب في تحقيقها، و ذلك ببيان المواصفقات القانونية و التقنية كما يجب على الإدارة تحيين دفاتر الشروط لتمثل حقيقة الالصفقة من حيث إبرامها و تنفيذها. و هو ما قضت به بقولها: " **توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية ...**"

المطلب الثالث: الإستثناء من المنافسة في قانون الصفقات العمومية:

نصت المادة 41 من الأمر 15 – 247 (قانون الصفقات العمومية) على إجراء يعتبر استثناء من الإجراءات المتبعة في مجال الصفقات العمومية و يتعلق الأمر بالتراضي في منح الصفقة العمومية، و التراضي أسلوب للتعاقد تتحرر فيه الإدارة من كل القيود المفروضة عليها في حالة إقدامها على التعاقد[1] و بموجبه يتسنى للمصلحة المتعاقدة التعاقد المباشر مع متعامل إقتصادي و ذلك بالتفاوض معه على شروطه المالية دون مراعاة طريق المناقصة. و إن كان ذلك لا يفي المصلحة المتعاقدة من ضرورة التطبيق السليم لشروط هذا

[1] - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطابع الولاء، القاهرة، 2005، ص162 .

الأسلوب من التعاقد، الذي يبقى أسلوبا استثنائيا يخول للإدارة حيزا محدودا من حرية اختيار المتعاقد معها. و كل ذلك في إطار قانوني محدد مسبقا نظمت أحكامه المادة 50 من ذات القانون التي تفرض على المصلحة المتعاقدة ن تتأكد من قدرات المتعامل الإقتصادية على إنجاز المشروع، و أن يقدم لها عرضا له مزايا من الناحية الإقتصادية. و أن تحدد مفاوضاتها معه في جانبها المالي على أساس أسعار مرجعية.

و قد عرفت المادة 41 أعلاه التراضي على أنه: "...**إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة....**"

أما المادة 49 فقد تضمنت الشروط التي تجيز للإدارة التعاقد وفق أسلوب التراضي و حصرت هذه الحلات في ستة نقاط هي:

1 – الوضعية الإحتكارية للمتعامل الإقتصادي الذي لا يمكن لغيره تنفيذ الصفقة العمومية. و كذا حماية حقوق حصرية أو اعتبارية تقنية أو لاعتبارات ثقافية و فنية، و التي يجب أن توضح بقرار وزاري مشترك بين وزير الثقافة و وزير المالية.

2 – الخطر الداهم: و يتعلق الأمر بالخطر الذي يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة و يتطلب حالة استعجال ملحة.

3 – التموين المستعجل للسكان بالحاجات الأساسية.

4 – الطابع الإستعجالي لمشروع يكتسي أولوية و اهمية وطنية.

5 – ترقية الإنتاج الوطني، و بشرط خضوع الصفقة للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار جزائري و إلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

6 – القانون: و يتعلق الأمر بالحق الممنوح حصريا و بقوة القانون لأي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري.

المبحث الثاني : كيفية إبرام الصفقات العمومية:

رغم أن الإدارة طرف يتمتع بامتيازات السلطة العامة، فإنها في مجال العقود ليست حرة تتعاقد بأي طريقة تشاء. بيان ذلك أن المشرع غالباً ما يتدخل ليرسم للإدارة طريقة التعاقد، التي يرى أنها الطريقة التي تحقق التعاقد بأفضل الشروط وأحسن المواصفات، وبأقل الأسعار إذا كانت الإدارة مشترية أو ملتزمة بالمقابل، وبأعلى الأسعار إذا كانت بائعة أو مستحقة للمقابل.[1] كما لا يكون للمتعاقد مع الإدارة أي دور أو قدرة على التفاوض حول بنود العقد أو كيفية إبرامه، فالإدارة تنفرد بكل حيثيات العقد، و لا يكون للمتعاقد معها إلا أن يقبل العقد كما هو أو ألا يتعاقد معها. و عليه سنتناول طرق إبرام العقود الإدارية المتضمنة صفقات عمومية في المطلب الثاني و نتطرق لأركان التي يقوم عليها العقد الإداري في المطلب الأول.

المطلب الأول: أركان العقد الإداري:

لا تخرج العقود الإدارية عن القواعد العامة التي تحكم العقود بصفة عامة في كيفية إبرامها و التي تتمثل أساسا في الأركان التالية:

أولا: الرضا:

لا يمكن أن يكون ثمة عقد إلا إذا تلاقى إيجاب و قبول من الإرادة و المتعاقد معها ذلك جوهر الرابطة العقدية، و ما يميزها عن تصرف الإدارة عن طريق القرارات الإدارية التي تصدر إرادة الإدارة وحدها. و لا يمكن أن يوجد رضا الإدارة، بل يتعين أن يكون هذا الرضا سليما. و لسلامة الرضا الصادر عن الإدارة يتعين أن يتوفر فيه الشروط الآتية:

ا – أن يصدر الرضا من جهة الإدارة المختصة، وفقا للأوضاع المقررة، من حيث الشكل و الإختصاص.

---

[1] - د. محمد الشافعي ابو راس، العقود الإدارية، ص 74.

II- أن يكون رجل الإدارة المتعاقد باسم الإدارة أهلا للتعاقد. و هذا أمر مفروض، و لا يهتم القانون الإداري كثيرا بدراسته نظرا لافتراض الأهليه في رجال الإدارة.[1] و أهلية الشخص المعنوي العام تعني اختصاصه بالنشاط.

وتبعا لذلك فإن رضا الإدارة تحكمه القواعد المدنية المقررة في مسألة مناقشة العيوب التي يمكن أن تشوب رضا الإدارة. من غلط و تدليس و إكراه.

ثانيا: -المحل:

المحل هو موضوع العقد و العملية القانونية المراد تحقيقها من إبرامه و تحكمه كذلك قواعد المدنية التي تحكم المحل، خاصة فيما يتعلق بمشروعيته.

ثاثا: السبب:

ويعرف السبب على أنه الغرض المباشر الذي يهدف كل من المتعاقدين بلوغه من وراء التزامه من إبرام العقد، فسبب إلتزام البائع بنقل ملكية المبيع هو الحصول على الثمن، ويجب أن يكون السبب مباحًا وغير مخالف للنظام العام. و الأحكام هنا شحيحة جدا، و لعل السبب في ذلك أن من النادر أن تتعاقد الإدارة دون سبب أو بسبب باطل.[2]

رابعا: الكتابة:

تشكل الكتابة ركنا جوهريا في العقد الإداري، فقد اشترط القانون الكتابة في عقد الصفقة العمومية و هو ما قضت به المادة الثانية من الأمر 15-247 بقولها:" **الصفقات العمومية عقود مكتوبة...**". و هو غالبا أسلوب الإدارة التي تتسم كل إجراءاتها بالكتابة و التوثيق.

---

[1] - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 332.
[2] - د. سليمان الطماوي، نفس المرجع، ص 343.

المطلب الثاني: إجراءات الصفقات العمومية:

تنفرد العقود الإدارية بمبادئ إضافية إلى جانب القواعد العامة التي تحكم العقود بصفة عامة. وأول هذه المبادئ، إستهدافها تحقيق المنفعة العامة، و هو مبرر إخلال القانون في إبرامها بمبدأ التساوي بين المتعاقدين، التعلق الدائم للعقد الإداري وبشكل جوهري بالمرفق العام. و هو ما يستوجب التزام الإدارة بالتعاقد مع من يعرض عليها أقل التكلفة حماية لمال المرفق العام. و ثمة نتيجة أخرى لتعلق العقد الإداري بمرفق عام، ومن المبادئ الحاكمة للمرفق العام أن يكون دائم التطوير، حتى لا يتأخر عن نظائره في القطاع الخاص.[1] و تبرز هذه المواصفات عدة أهداف ينبغي للإدارة السعي لتحقيقها، إنطلاقا من إبرامها لصفقة عمومية، أهمها:

- مراعاة الصفقة العمومية للقدرات المالية للمرفق العام.
- الحصول على أقل عرض، و كفاءة مواصفات فنية عالية.

لقد صاغ المشرع الجزائري إجراءات تنفيذ الصفقات العمومية في مجموعة إجراءات متتالية من حيث ترتيبها و تتوقف سلامة الصفقة العمومية على سلامة هذه الإجراءات التي تضمن الشفافية و المنافسة سواء في العلم بوجود الصفقة و تكافؤ الفرص في المشاركة فيها.

أولا: الإعلان عن المناقصة (طلب العروض):

و المناقصة العامة طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطا، سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب آداؤها و المناقصة عكس المزايدة، فالأولى تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء و يكون ذلك إذا أرادت الإدارة القيام بأعمال معينة كأشغال عامة. أما الثانية فترمي إلى التعاقد مع الشخص الذي يقدم أعلى عطاء، و ذلك إذا أرادت الإدارة مثلا أن تبيع أو تؤجر شيئا من أملاكها. و الأحكام

[1] - د. أبو راس، مرجع سابق، ص73.

القانونية للنوعين واحدة.[1] و ذلك وفقا لما تنص عليه المادة 39 من قانون الصفقات العمومية بقولها: " **يبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراءات طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة...**"

و قد عرف المشرع تقديم العروض في المادة 40 بقولها: " **طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية،...**".

تعلن الإدارة العامة عن المناقصة، عن طريق إجراء طلب العروض الموجه للمتعاملين الإقتصاديين. ويختلف طلب العروض باختلاف الغرض من المناقصة و الفئة المستهدفة منها فقد تكون و بذلك تتسع أو تضيق دائرة الإعلان حسب نوع المناقصة، فقد تكون المناقصة عامة محلية، فيتم الإعلان عنها في الجرائد اليومية، وتكون المناقصة مفتوحة لكل المتعاملين الذين يستوفون الشروط المطلوبة. وقد تكون المناقصة دولية فيتم الإعلان عنها في جرائد أجنبية إلى جانب الجرائد الوطنية، وتكون بذلك مناقصة مفتوحة أمام المتعاملين الإقتصاديين الوطنيين و الأجانب. ويمكن أن تكون المناقصة محدودة، فتتحدد تبعا لذلك فئة المستهدفين من المتعاملين الإقتصاديين من خلال الإعلان عنها. و ذلك لاعتبارات تتعلق بنوع النشاط و الخدمة المطلوب آداءها. و يترتب على هذا الإعلان نتيجتين، إما أن يقابل لإعلان بعروض و إما أن ينتهي الإعلان بإحدى الحالات عدم الجدوى. و تشمل ما يلي:

- عدم إستلام أي عرض.
- عدم مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة و لمحتوى دفتر الشروط بعد تقييم العروض.
- عدم إمكانية ضمان تمويل الصفقة.

[1] - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 322

ثانيا: أشكال طلب العروض:

تناولت المادة 42 الأشكال المختلفة لطلب العروض سواء كانت وطنية أو دولية، و هي كالتالي:

I – طلب عروض مفتوح Appel D'offre Ouvert :

تناولته المادة 43 بقولها " **طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا.**" **ما يعني** أن طلب العروض المفتوح هو إجراء غير محدد النطاق، بحيث يمكن لأي مترشح مؤهل أن يتقدم بتعهد للإدارة. ما يعني بالمقابل أن هذا النوع من طلب العروض يعتبر الأكثر جذبا للمتعهدين، لعدم تعلقه بأي شروط محددة مسبقا.

II- طلب العروض المفتوح مع شرط القدرات الدنيا Appel D'offre Restreint:

نصت المادة 44 من المرسوم الرئاسي 247/15 على النوع الثاني من طلب العرض بنصها: " **العرو ض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء، بتقديم التعهد، و لا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من قبل المصلحة المتعاقدة،**

تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية و المالية و المهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة . و تكون متناسبة مع طبيعة و تعقيد أهمية المشروع." و يتعلق الأمر بطلب عروض تكون الإدارة قد اشترطت فيه حدا أدنى من الشروط الواجب توفرها في المتعهد. فطلب العرض المفتوح و المرتبط بشرط القدرات الدنيا يعني أنه لا يسمح فيه بتقديم التعهد إلا من قبل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا لآداء الخدمة المطلوبة. كما حددت الفقرة الثانية من نفس المادة 44

المقصود من الشروط المؤهلة الواجب توفرها مسبقا في المرشحين و المتمثلة في قدرات التقنية و المالية و المهنية المتناسبة مع طبيعة المشروع، و القدرة على تنفيذ الصفقة.

III – طلب العروض المحدود Consultation Sélective:

يقصد بهذا النوع من طلب العروض، حسب نص المادة 45 أن المصلحة المتعاقدة تقوم و قبل استقبال العروض بتقييم أولي للمرشحين، ينتج عنه إنتقاء للبعض منهم، حسب ما يتم تحديده في دفتر الشروط على أن يتم دعوة خمسة منهم. فكان نصها كالتالي: " **طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة إنتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاءهم الأولي من قبل الإدارة مدعوين وحدهم لتقديم تعهد...**".

يتضح لنا من خلال المادة أعلاه أن المشرع قد منح الإدارة حيزا من الحرية للحصول على أحسن العروض المقدمة لها، و ذلك بمنحها حق المفاضلة و لكن إستنادا دائما لمبدأ الشفافية في التعامل مع المتعاملين، كلما تعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة أو ذات الأهمية الخاصة. و لا تنحصر هذه الحرية في اختيار المتعامل فقط بل و في تحديد العدد الأقصى للمتعاملين المرشحين لهذه الصفقة عند إعدادها لدفتر الشروط.

IV – المسابقة:

عرفت المادة 47 من قانون الصفقات العمومية رقم 247/15 المقصود من من المناصة بأنها: " **إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم إستجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمناقصة...**"

المسابقة وفقا لنص المادة 48 أعلاه من قانون الصفقات العمومية إجراء يستهدف خلق جو للتنافس بين رجال الفن للوصول إلى المتسابق الذي يقدم أفضل عرض للتعاقد معه

بغية أداء عمليات تتضمن جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية و بمعنى آخر المنافسة تعطي فرصة لذوي الخبرة في فنون معينة لتقديم عروضهم و بالتالي تكون محدودة أي خاصة فقط بمن تتوافر فهم شروط معينة مع استبعاد بقية الأشخاص.

المسابقة بهذا المعنى تشبه إلى حد ما المناقصة المحدودة لأن هذه الأخيرة تفتح باب المشاركة لأشخاص معينين تتوافر فيهم شروط معينة فقط.

ثالثا: مرحلة استقبال العروض:

تلي مرحلة الإعلان، وبعد إعطاء مهلة محدّدة للمترشحين لإعداد ملفات العروض، مرحلة تقديمها، و وفقا للمادة 67 يجب تحرير العروض حسب النموذج المحدّد من طرف المصلحة المتعاقدة و يجب أن تشتمل كل التعهدات على ملف للترشح و على عرضين أحدهما تقني والآخر مالي، ويوضعان في ظرفين منفصلين، و يغلق الظرفان و يبين كلّ منهما مرجع طلب العروض (المناقصة) وموضوعها، وأن يحمل كل منها عبارة " ملف الترشح " أو " عرض تقني " أو " عرض مالي " حسب الحالة. و توضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مغلق بإحكام و مغفل يحمل عبارة " لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض– طلب العروض رقم...– موضوع طلب العروض.

يتم فتح الأظرفة في جلسة علنية تخصص لهذا الغرض، يتم من خلالها دعوة كافة المترشحين و المتعهدين لحضور هذه العملية طبقا لأحكام المادة 66.

رابعا: فتح الأظرفة و تقييم العروض:

يلي مرحلة تقديم العروض، مرحلة هامة جدا تتمثل في فتح الأظرفة و هي مهمة موكلة إلى لجنة خاصة موجودة على مستوى كل مصلحة متعاقدة. و مشكلة خصيصا لهذا الغرض.

I – فتح الأظرفة:

يتم فتح الأظرفة من قبل لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض في التوقيت المحدد لذلك، و بشكل علني بوجود المتعهدين المشتركين في تقديم العروض، و قد أسس المشرع هذه اللجنة في إطار الرقابة الداخلية على الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة ذاتها. و هو ما نطقت به المادة 160 التي تنص على: " **تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة و تحليل العروض...**" .

كما حددت المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15 –247 المهام المنوطة بلجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض التي يمكن القول بأن دورها في هذه المرحلة هو دور تمهيدي لمرحلة تقييم العروض و هي تقوم أساسا ب:

- التثبت من صحة تسجيل العروض.
- إعداد قائمة بالمتعهدين حسب تاريخ ورود عروضهم.
- إعداد قائمة بالوثائق المقدمة من قبل كل متعهد.
- توقع بالحروف الأولى على الأظرفة التي لا تكون محل طلب تكملة.
- تحرير محضر بمجريات جلسة فتح الأظرفة، بما فيها التحفظات إن وجدت.
- دعوة المترشحين إلى استكمال ملفات عروضهم عند الإقتضاء وعن طريق المصلحة المتعاقدة.
- تقترح على المصلحة المتعاقدة في المحضر إعلان عدم جدوى الإجراء.
- إعادة الظروف غير المفتوحة إلى أصحابها عند الإقتضاء.

II – تقييم العروض:

إستمرار للمهام المسندة إليها، تقوم لجنة فتح الأظرفة في المرحلة اللاحقة لفتح الأظرفة، بمهمة تقييم العروض إستنادا لنص المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15 – 247 و يبدو أن مهمتها في هذه المرحلة هي مهمة تقنية بامتياز فهي تقوم بإقصاء الأظرفة التي لا تنطبق و موضوع الصفقة و تقوم بعدها بتقسيم هذه المهمة إلى مرحلتين:

المرحلة الأولى: إستنادا لمعايير دفتر الشروط تقوم اللجنة بتحليل العروض و ترتيبها و إقصاء تلك التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

المرحلة الثانية: و تقوم اللجنة خلالها بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا. لتحدد فيما بعد العرض الذي يتوفر على أحسن المزايا الإقتصادية.

الفصل الثاني: تفويضات المرفق العام:

يعتبر تسيير المرفق العمومي من الاختصاصات الأصيلة للسلطة الإدارية، غير أن تطور المرافق العمومية و كثرة الوظائف المسندة إليها جعل الدولة تفكر في وسيلة تحقق لها نتيجة مزدوجة، تحفظ بها عمومية المرفق و تقدم بها خدمة عمومية راقية. و تتنازل بموجبها عن تسيير المرفق العام، خاصة ما تعلق منها بالمرافق التجارية و الصناعية. فكان هذا التنازل عن التسيير في إطار ما بات يعرف بتفويض المرفق العمومي.

أولا: تعريف عقد تفويض المرفق العام:

يعتبر عقد تفويض المرفق العام أحد الأساليب الحديثة التي تضمن تسيير المرفق العام، و هو بموجبه يتنازل الشخص العمومي الخاضع للقانون العام عن تسيير المرفق العمومي لشخص من أشخاص القانون الخاص دون التخلي عن الإمتيازات التي يوفرها أثناء تقديم الخدمات العمومية، و ذلك تحقيقا للمصلحة العامة و ذلك في إطار عقد إداري.

و قد عرفته المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 كآلية جديدة عرفتها المنظومة القانونية الجزائرية بالموازاة مع نظام الصفقات العمومية. و ذلك بقولها: " **يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له. و ذلك ما لم يوجد نص تشريعي يخالف ذلك. و يتم التكفل بأجرة المفوض له بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام.**

و تقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية..."

ثانيا : أسس تفويض المرفق العام:

تقوم عملية تفويض المرفق العام على عدة أسس أهمها، و جود مرفق عام قابل للتفويض، قيام علاقة تعاقدية بين شخصين هما السلطة المانحة للتفويض و الشخص المفوض له:

I – وجود مرفق عام قابل للتفويض:

و تعبر قابلية المرفق العام للتفويض على إمكانية تخلي الدولة عن الإدارة المباشرة و الحصرية لهذا المرفق، بما يفتح المجال أمام اشخاص القانون الخاص لإدارته. و تبقى المرافق السيادية التي تعتبر من صلب وظائف الدولة ومهامها، خارج مجال التفويض.

II– أطراف عقد منح التفويض:

و يتعلق الأمر **بمانح التفويض** و هي السلطة العامة ممثلة في الدولة و الجماعات الإقليمية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري...(1) وصاحب التفويض (2).

1 – السلطة المفوضة (صاحبة التفويض):

يفترض عقد تفويض المرفق العام، أن تكون السلطة صاحبة التفويض هي الجهة المالكة لمنح هذا التفويض و إبرام العقد مع مستغل المرفق العام و القائم على إدارته سواء كان شخصا من أشخاص القانون العام أو شخصا من أشخاص القانون الخاص.

2 – المفوض له:

و يستوي أن يكون شخصا من أشخاص القانون العام أو شخصا من أشخاص القانون الخاص و يعرف بال**مفوض له**.و له تعهد السلطة المفوضة إدارة و استغلال المرفق العام.

III – محل العقد:

يدور محل عقد تفويض المرفق العام، دائما مع المرفق العام وجودا و عدما. وذلك بوضع هذا الأخير تحت إدارة و تشغيل المفوض له. و لا يتعلق الأمر أبدا بنقل ملكيته من الشخص المعنوي العام إلى شخص من القانون الخاص. و هو ما يجعل من هذا الإجراء

يختلف اختلافا جذريا عما يمكن أن يشبهه من الأنظمة الأخرى كالخوصصة مثلا. و يكون العقد متوقفا على مدة زمنية تكون محل اتفاق بين طرفي العقد.

IV – المقابل المالي:

يستفيد المفوض و في الفترة الزمنية المعحددة لإدارته و استغلاله للمرفق العام، من اتاوات يسدده له مستخدموا المرفق. و يعبر عن هذا المقابل بنتائج الإستثمار التي يتحمل المفوض له في مقابلها و على نفقته إدارة المرفق و تشغيله. وعليه لا يعتبر عقد تفويض مرفق عام إلا إذا كان المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة يرتبط جوهريا بنتائج الإستغلال.[1]

IIV – وجود رقابة فعالة ومستمرة على صاحب التفويض.

ثالثا: إجراءات إبرام عقد تفويض المرفق العام:

لقد أخضعت المادة 209 من الأمر 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام إبرام عقود التفويض لذات المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية. خاصة ما تعلق منها بحرية الوصول للطلبات العمومية و الشفافية و المساواة في التعامل مع المترشحين. و فضلا عن ذلك و تماشيا مع خصوصية المرفق العام أن تؤخذ هذه الخصوصيات بعين الإعتبار و أن تعطى من الأهمية ما تستحق خاصة من حيث استمرارية المرفق العام و المساواة في استخدامه و قابليته للتكيف.

[1] - د.مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، االإمتياز–الشركات المختمطة– bot – تفويض المرفق العام، دون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2009.