

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الحقوق والعلوم السياسية



ذكرة لإستكمال شهادة ماستر أكاديم
ميدان : العلوم القانونية

:

:

: بوشي صفية

:

النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم

236/10

نوقشت وأجيزت بتاريخ : 2014/06/01

أعضاء لجنة المناقشة

- د. الأخصري نصر الدين . أستاذ محاضر أ. بجامعة قاصدي مرباح ورقلة. رئيسا
د. لعبادي إسماعيل. أستاذ محاضر ب. بجامعة قاصدي مرباح ورقلة. مشرفا ومقررا
أ. بوطيب بن ناصر. أستاذ مساعد أ. بجامعة قاصدي مرباح ورقلة. مناقشا

السنة الجامعية 2013 / 2014

ن الرحيم

« قُلْ اَعْمَلُوا فِى سَبِيْلِ رَبِّى الَّذِى عَمَلْتُمْ وَاَسْئَلُوهُ

«

الآية 105

«وَمَا أُوتِيتُمْ الْعِلْمَ إِلَّا قَلِيلاً»

الآية 85

دق الله العظيم

إهداء

إلى من هي جنتي في الحياة ، وأغلى ما في الوجود ، النعمة التي لا
تضاهيها نعمة ، إلى من حملتني وهن على وهن ورافقتني في كل مراحل
حياتي بكل حب وحنان ، إلى أمي الغالية

بيء ولم يبخل ،
رباني فأحسن ، رحلت أبي لكنك في قلوبنا ستظل ، أسأل الله العظيم أن
يرحمه بوسع رحمته ويسكنه فسيح جناته.

إلى من هم سندي في الحياة إخوتي : إسماعيل ، أحمد ، فؤاد .
وأبنائهم وأبناء أخي كل واحد باسمه.

الطريق نحو الهدف المنشود

وإلى كل من أحب أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع.

صفية

الشكر

ل الشكر وآخره لله العلي القدير الذي منحنا القوة والعزم لإنجاز
ذا العمل المتواضع وإتمامه، الحمد لله كثيرا على كل نعمه .

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ المشرف الدكتور
إسماعيل ، الذي كان أخا ومرشدا فأمدني بتوجيهاته القيمة ولم يبخل عليّ
بوقته ومعلوماته التي ساهمت في إثراء هذا البحث .

بالطبيب محمد البشير ، والأستاذ سويقات أحمد ، والدكتور بن محمد

ورئيس قسم الحقوق الأستاذ محمد عمران بوليفة.

صفية

خضع نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتشريعات وتنظيمات مختلفة، تنوعت نصوصها و اختلف مضمونها من مرحلة إلى أخرى، ومرد ذلك جملة الظروف السياسية و الاقتصادية التي ميزت كل مرحلة، و يعد آخر ما توج به التشريع الجزائري في مجال الصفقات العمومية هو المرسوم الرئاسي 236/10 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ولقد صدر هذا المرسوم بتاريخ 7 أكتوبر 2010، معلنا عن التنظيم الجديد للصفقات العمومية وحمل هذا المرسوم 181 مادة ونشر في العدد 58 من الجريدة الرسمية لسنة 2010

وما يحسب لهذا المرسوم انه حاول بشكل أوسع وأعمق تكريس المبادئ العامة للصفقات العمومية، وذلك من خلال حرية الوصول للطلبات العمومية ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الصفقة العمومية وإرساء مبدأ المحافظة على المال العام، وهو ما أكدته المادة الثالثة من هذا المرسوم .

كما أن المشرع الجزائري عدل أكثر من مرة تنظيم الصفقات العمومية ليعزز الآليات الوقائية من الفساد حيث بعد صدور المرسوم الرئاسي 236/10 تم تعديله بموجب المرسوم الرئاسي 98/11 المؤرخ في 10 مارس 2011 و الذي عدل هو الآخر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18 جانفي 2012، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل تم إصدار المرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 13 جانفي 2013 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 236/10. وانطلاقا من هذه الوقائع والحقائق في الصفقات العمومية في الجزائر، سنحاول من خلال هذه الدراسة الكشف أن الأحكام والتنظيمات والقوانين التي أتى بها المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 236/10، من أجل الإعداد لصفقة وكذا بيان كفاءات إبرامها وتنفيذها على أرض الواقع.

بحيث اعتمد المشرع الجزائري على معايير مختلفة عن المعايير السابقة في إبرام الصفقات العمومية سواء فيما يتعلق بتحديد العتبة المالية أو في تحديد الجهة المتعاقدة أو حتى في العمليات محل الصفقة العمومية، بحيث وضحت هذه الأخيرة بشكل أدق في المرسوم الرئاسي 236/10.

أما فيما يخص طرق إبرام الصفقات العمومية فقد اعتمد المرسوم الرئاسي 236/10 على المناقصة كقاعدة عامة لتعاقد، وإجراء التراضي كاستثناء لإبرام الصفقات العمومية، ويتم ذلك طبقا لإجراءات حددتها مواد المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه، مع مراعاة إعطاء كل طرف حقوقه التي يخوله إياها القانون، وفي المقابل إلزامه القيام بالواجبات المفروضة عليه، وبهذا الصدد و تضيقا لأي تجاوزات أعطيت للرقابة بنوعيتها الداخلية والخارجية أهمية كبيرة من أجل التصدي لأي تجاوزات من شأنها إنهاك خزينة الدولة وتوقيف عجلة التنمية الاقتصادية في الجزائر.

وما بجدر الإشارة إليه كذلك هو أنه عند تحرير هذا النص الجديد للصفقات العمومية أخذت بعين الاعتبار عدة مقاييس ومن أهمها ترقية الأداة الوطنية للإنتاج عن طريق المشاركة الفعالة للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، وتأطير تدخل المؤسسات الأجنبية، وهذا وإضافة إلى ذلك قد تم تدارك

النقائص المسجلة في الترتيب التنظيمي للصفقات العمومية السابقة بحيث مس التعديل نقاط متعددة في إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية.

أهمية الدراسة:

يكتسي موضوع الصفقات العمومية أهمية بالغة الأثر، ومرد ذلك أن الدولة وباقي أشخاص القانون العام لا يمكن تصور استغنائهم عن اللجوء لإبرام عقود بهدف خدمة الجمهور والنهوض بأعباء السلطة العامة، لذلك وجب معرفة القواعد والقوانين التي جاء بها المرسوم الرئاسي 236/10 وكذا تعديلاته بغية تطبيقها وتحديد المراكز القانونية لكل طرف في الصفقة العمومية

وبالإضافة إلى ذلك فأهمية الصفقات العمومية تتزايد كونها وثيقة الصلة بالخزينة العامة، إذ أن الدولة ترصد لها لا إعمادات مالية ضخمة بحكم تعدد وتنوع الهيئات الإدارية من جهة، وتنوع الصفقات العمومية من جهة أخرى.

ومن هذا المنطلق ولما كان للصفقات العمومية علاقة بالخزينة العامة للدولة، أوجب المرسوم الرئاسي 236/10 والتعديلات اللاحقة به أحكاما خاصة تبين طرق إبرام الصفقة العمومية وكذا تحدد أنواع الرقابة الممارسة على الصفقات العمومية بهدف ترشيد النفقات العمومية والحد قدر الإمكان من السلوكيات السلبية و هدر المال العام.

وتبرز أهمية هذه الدراسة أيضا كونها تقف عند أهم التعديلات التي لحقت بالمرسوم الرئاسي 236/10 ومحاولة معرفة القصد من إدراجها خاصة في ظل عدم الاستقرار الذي عرفه المرسوم الرئاسي 236/10 إذ أنه لم يمضي على صدوره ستة أشهر وتم تعديله أكثر من مرة.

أهداف الدراسة:

إن الهدف من دراسة هذا الموضوع هو الإلمام بالنظام القانوني للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 وذلك من خلال تحديد أهم المستجدات التي جاء بها هذا المرسوم وقياس مدى تجاوزه لأحكام التنظيمات التشريعية السابقة.

كما تهدف هذه الدراسة إلى شرح بعض النصوص القانونية التي يعترضها الغموض وذلك بالرجوع إلى أهم الآراء الفقهية وكذا الأحكام القضائية.

وزيادة على ذلك فهذه الدراسة تهدف إلى الكشف عن العيوب والمزايا التي جاءت في هذا المرسوم من أجل حماية المصلحة العامة، وضمان النزاهة والشفافية في عقد الصفقة وسيادة الدولة.

وإضافة إلى ذلك فالهدف من هذه الدراسة هو إثراء المكتبة القانونية المتخصصة في مجال الصفقات العمومية، وذلك نظرا للنقص الملحوظ في البحوث التي تعنى بشرح موضوع المرفقات العمومية بوجه عام والمرسوم الرئاسي 236/10 وتعديلاته بوجه خاص.

صعوبات الدراسة:

تعد الصفقات العمومية من أكثر المجالات القانونية التي خضعت لسلسلة لا متناهية من التعديلات ،وهذا الأمر يشكل صعوبة في تحديد النظام القانوني الذي يحكم الصفقات العمومية، ويعد المرسوم الرئاسي 236/10 أحسن مثال على ذلك، إذ أنه لم يمضي على صدوره إلا ستة أشهر وتم تعديله في أربع مناسبات السالفة الذكر.

هذا وإضافة إلى العناء في تجميع المراجع المتعلقة ببعض المواضيع والأفكار التي تطرحها الدراسة خصوصا الجزئية منها ،فهناك جوانب من الدراسة تتوفر فيها المراجع وبكثرة وجوانب أخرى تشح فيها المراجع وأحيانا تنعدم.

كما أن للترجمة صعوبة لا يمكن تجاهلها وذلك لأن ترجمة النص في الكثير من الأحيان تفقده روحه وهو ما حاولت أن أتجنبه في الدراسة.

وذف إلى ذلك صعوبة الحصول على الوثائق المدعمة لموضوع الدراسة من طرف المصالح المعنية بحجة السر المهني بالرغم من معرفتنا أن الصفقات العمومية تقوم على مبدأ العلانية.

منهج الدراسة:

طبيعة موضوع البحث تقتضي استخدام مناهج علمية معينة وسوف يتم إيرادها بالترتيب حسب أهمية الاستخدام.

المنهج الغالب في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي باعتباره أكثر ملائمة للشرح مضمون المرسوم الرئاسي 236/10 والغوص في جزئياته وتوضيح الغموض الذي يعترى بعض موادها كما تم اعتماد المنهج المقارن وذلك من أجل تبين نقاط التحول في مجال الصفقات العمومية واستخدامه كأداة معرفية وذلك بعرض أوجه التشابه والاختلاف بين المرسوم الرئاسي 236/10 وبين التنظيمات السابقة أو حتى فيما يخص فيما يخص التعديلات اللاحقة به.

إضافة إلى استخدام المنهج التاريخي، عند الحديث عن تطور التشريع المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية والمفاهيم التي سادت في ظل التشريعات السابقة.

إشكالية الدراسة :

إن كون الصفقات العمومية تشكل حجر الأساس في مجال التنمية الاجتماعية والاقتصادية ،وعلى المستويين المحلي والوطني ،هذا الأمر أهلها لأن تكون محل اهتمام دائم من السلطات المركزية ،ويتجلى ذلك بصورة واضحة في الإصدارات المتتالية للقوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية ،إذ انه وبعد صدور الأمر 90/67 تم إصدار المرسوم 145/82 وبعده المرسوم التنفيذي 434/91 ليليه صدور المرسوم الرئاسي 250/02.

وبعد صدور المرسوم الرئاسي 236/10 و الذي هو موضوع دراستنا آخر الإصدارات في مجال الصفقات العمومية ولقد لحقت بهذا المرسوم أربع تعديلات ،و بهذا الصدد ومن أجل دراسة النظام القانوني الذي حكم الصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 236/10، وبغية معرفة الجديد الذي أتى به المشرع الجزائري في هذا المرسوم فإن الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة تتمثل فيما يلي:

- إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في وضع نظام قانوني متميز للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 وتعديلاته؟

وهذه الإشكالية تنبثق عنها جملة من التساؤلات الفرعية التي تتمحور أساسا حول:

-كيف عالج المشرع الجزائري إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 236/10 ؟

- وما هي أهم التغيرات التي أحدثها المرسوم الرئاسي 236/10 والتعديلات اللاحقة به في تنظيم الصفقات العمومية بالمقارنة مع التنظيمات السابقة؟

- وما هي أهم التعديلات المدرجة على المرسوم الرئاسي 236/10 ؟

خطة الدراسة:

هذا و للإجابة على الإشكالية الرئيسية للموضوع مع ما ينبثق عنها من إشكاليات فرعية قمنا بتقسيم الدراسة إلى مقدمة وفصلين وخاتمة .

_ خصصنا الفصل الأول لدراسة كل ما يتعلق بعملية إبرام الصفقات العمومية وذلك وفقا لما جاء في المرسوم الرئاسي 236/10 وتعديلاته من خلال تقسيم الفصل إلى ثلاثة مباحث،بحيث تطرقنا في المبحث الأول إلى مضمون المعايير التشريعية المعتمدة لإعداد الصنف العمومية وفقا ،وفي المبحث الثاني بينا الكيفيات المعتمدة لإعداد إبرام الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 236/10، أما المبحث الثالث فخصصناه لتوضيح توسع مجال الرقابة على الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 236/10 وتعديلاته .

_ أمَّا الفصل الثاني فخصصناه لدراسة عملية تنفيذ الصنف العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 وتعديلاته وذلك من خلال ثلاثة مباحث تصب في صلب الموضوع.

بحيث تطرقنا في المبحث الأول إلى الآثار القانونية لتنفيذ الصنف العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 236/10، وفي المبحث الثاني درسنا نظام التنازع في مجال الصفقات العمومية و أخيرا وفي المبحث الثالث قمنا بعرض ودراسة جرائم الصفقات العمومية.

**إبرام الصفقات العمومية والرقابة عليها طبقا
236/10 وتعديلاته**

يعالج هذا الفصل عملية إبرام الصفقات العمومية والرقابة عليها في نطاق المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مع الأخذ بعين الاعتبار التعديلات اللاحقة به والمتمثلة في المرسوم الرئاسي رقم 11-98. والرسوم الرئاسي رقم 11-222 والرسوم الرئاسي 12-23 وكذا المرسوم الرئاسي رقم 13-03.

ومن منطلق أن عملية إبرام الصفقات العمومية تخضع لجملة من المقاييس والمعايير، والتي على أساسها يبنى تنظيم الصفقات العمومية فقد عمدنا إلى توضيح وشرح مضمون المعايير التشريعية التي حددها واعتمدها المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 236/10 لإعداده الصيغة العمومية وذلك بتسليط الضوء على المعيار المالي والذي هو وثيق الصلة بالخزينة العامة لدولة، والمعيار الشكلي الذي أكد عليه المشرع الجزائري في كل تنظيمات الصفقات العمومية السابقة، إضافة إلى المعيار الموضوعي الذي يحدد العمليات محل الصفقات العمومية، وهذا دون أن ننسى المعيار العضوي الذي يبين الجهات المعنية والمخولة لإبرام الصفقات العمومية.

وإضافة إلى ما سبق ذكره فقد خص هذا الفصل كذلك لدراسة كفاءات إبرام الصفقات العمومية، وذلك بالتطابق مع الأحكام التي جاء بها المرسوم الرئاسي 236/10، والذي جعل من المناقصة هي الأساس لإبرام الصيغة العمومية مع بيان أشكالها وإجراءاتها وأسلوب التراضي الذي جعله الاستثناء لقاعدة إبرام الصفقات العمومية، وهو الآخر بين المرسوم الرئاسي 236/10 أنواعه وإجراءات إبرام الصيغة عن طريقه.

المبحث الأول: مضمون المعايير التشريعية المعتمدة لإعداد الصفقة العمومية في المرسوم الرئاسي 236/10 وتعديلاته:

تعد الصفقات العمومية أحد أهم العقود الإدارية والمحددة بموجب تشريع خاص بها، ولما كانت بهذه الأهمية ونظرا لدور الذي تلعبه في انتعاش الاقتصاد الوطني والنهوض بالتنمية الشاملة لدولة فقد خصها المشرع الجزائري بتقنية عمل مميزة تجسدت في النشاط التعاقدى للإدارة وحدد لها عناصر ومعالم تتفرد بها وهذا الأمر أكد عليه المشرع الجزائري في مختلف قوانين الصفقات العمومية. وبالعودة إلى المرسوم الرئاسي 236/10 وكذا التعديلات اللاحقة به يظهر لنا وبوضوح أن المشرع الجزائري قد أدرج الكثير من التعديلات في المعايير التي تبرم على أساسه الصفقة العمومية سواء فيما يتعلق بالمعيار العضوي أو المعيار المالي أو الموضوعي وهو ما سنحاول دراسته في هذا المبحث من خلال المطالب الأربع.

المطلب الأول: التأكيد على الشكلية في إبرام الصفقات العمومية:

بالرجوع إلى مختلف تنظيمات الصفقات العمومية في الجزائر نجد أن المعيار الشكلي أو عنصر الشكلية هو أكثر أمر اتفق عليه، فالمادة الأولى من الأمر 67-90 عرفت الصفقات العمومية على أنها «عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون»¹ وعرفت المادة الرابعة من المرسوم 82-145، الصفقات العمومية على أنها «صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز أشغال أو اقتناء المواد والخدمات»² والمادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 91-434 هي الأخرى أكدت على عنصر الشكلية في إبرام الصفقات العمومية وذلك بقولها «الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق

¹ أنظر المادة 1، من الأمر 67-90 المؤرخ في 17/06/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية الجريدة الرسمية ، العدد 52، 1967.

² أنظر المادة 4، من المرسوم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 ، 1982.

الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال و اقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة»³

وبالعودة إلى المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 02-250 نجد المشرع الجزائري ثبت على مبدأ واحد وهو أن الصفقات العمومية عبارة عن عقود مكتوبة، حيث نصت على أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم. قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة.⁴

ولم تخرج المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 10-236 عن ما سبقها من النصوص، فجاءت هي الأخرى معرفة لصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة طبقا للتشريع الجاري العمل به. تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة.⁵

وعنصر الشكلية لم يؤكد عليه المشرع الجزائري فحسب، بل حتى في القانون المقارن نجد الكثير من التشريعات تشترطه في إبرام الصفقة العمومية ومثال ذلك المشرع التونسي الذي نص على أن «الصفقات العمومية عقود مكتوبة تبرم لإنجاز أشغال أو للتزود بمواد أو لتقديم خدمات أو لإنجاز دراسات تحتاجها الإدارة»⁶، و هو ما ذهب إليه المشرع الليبي الذي على الكتابة في إبرام الصفقات العمومية، و بالرجوع إلى المشرع الفرنسي نجده هو الآخر يعتمد على الشكلية في إبرام الصفقات العمومية، وذلك وفقا لمضمون المادة الأولى من قانون الصفقات العمومية الصادر بـ17 أبريل 1964 والتي عرفت الصفقات العمومية بأنها «عقود أبرمت وفق الشروط المحددة في هذا القانون بهدف تحقيق الأشغال، وتوريد الخدمات»⁷.

³ أنظر المادة 3، من المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 57، 1991.

⁴ أنظر المادة 3، من المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24/07/2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 52، 2002.

⁵ أنظر المادة 4، من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 17/10/2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 58، 2010.

⁶ رضا جنيج، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس 2004، ص 233

⁷ Christophe lajoye. Droit Des marché publics . 3^{eme} edition.galino.l'extenso éditions. Paris , 2008, P 25

ولعل سر اشتراط الكتابة والتأكيد عليها في مختلف قوانين الصفقات العمومية في الجزائر يعود لسببين اثنين: السبب الأول أن الصفقات العمومية تتحمل أعبائها المالية الخزينة العامة لدولة، فالمبالغ الضخمة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية لجهاز مركزي أو محلي أو مرفقي أو هيئة وطنية مستقلة تتحملها الخزينة العامة لذا أوجب أن تكون مكتوبة.

والسبب الثاني أن الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية، وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية لذا وجب وبالنظر إلى هذه الزاوية أن تكون مكتوبة.⁸

المطلب الثاني: التحديد الواضح لعمليات الصفقات العمومية:

بالعودة إلى نص المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 236/10 نجدها تنص على الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة⁹، وهو ما أكدته أيضا المادة 13 من نفس المرسوم⁴.

وعليه فقد حدد المشرع الجزائري بصريح العبارة أربعة أنواع من العقود التي تبرمها الإدارة أو المصلحة المتعاقدة، وأضاف عليها طابع الصفقة العمومية إن توافرت شروطها، ومن هذا المنطق سنحاول خلال هذا المطلب شرح وتحليل كل عقد من العقود السابقة الذكر على حدى .

الفرع الأول: صفقة إنجاز الأشغال العامة :

بالعودة إلى المرسوم الرئاسي 236/10 لا نجد تعريفا لعقد الأشغال العامة ضمن مواد، بالرغم من أن المشرع الجزائري قد اعتبره من العقود الإدارية وأخضعه لقانون الصفقات العمومية، وترك مهمة تعريفه للفقهاء والقضاء .

وعليه يمكن تعريف صفقة إنجاز الأشغال العامة أو عقد الأشغال العامة على أنه اتفاق يهدف إلى تحقيق منفعة عامة، يبرم بين الإدارة أو هيئة عمومية وأحد أشخاص القانون الخاص أو الأشخاص الطبيعية، للقيام

⁸ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر: دراسة تشريعية و قضائية و فقهية ، الطبعة الأولى، جسور لنشر والتوزيع، الجزائر. 2007، ص 35

⁹ أنظر المادة 4، من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم.

³ أنظر المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236 ، المرجع نفسه.

ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشآت لحساب وتحت مسؤولية شخص من أشخاص القانون العام، في مقابل نقدي يتم تسديده وفقا لشروط التعاقد¹⁰

وعليه حتى تتم صفة الأشغال العامة لا بد من توافر شروط نوجزها فيما يلي:

1- أن ينصب العقد على عقار: ذلك أن المنقول لا يصلح أن يكون محلا لعقد الأشغال العامة، كإصلاح وصيانة سيارات الإدارة¹¹ وإنما يتعلق الأمر بمشروع إنجاز طريق عام أو جسر أو مجموعة سكنات، أو يتعلق بترميم سقفها أو جدرانها.¹²

وقد توسع الفقه والقضاء الفرنسيان في مفهوم الأشغال العامة فلم يقتصرها على أعمال البناء أو الترميم، بل أدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بصيانة العقارات العامة كتنظيف المنشآت والطرق العامة، وأيضا اعتبر العقد إداريا إذا تعلق بنقل المواد اللازمة لتنفيذ العمل.¹³

2- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام: بمعنى أن يكون الشغل العام لحساب الإدارة العامة المتعاقدة¹⁴ ويستوي أن يعلق الأمر بشخص إقليمي كالدولة أو الولاية أو البلدية أو شخص مرفقي كالجامعة ومركز التكوين المهني أو مؤسسة عامة إستشفائية.

وقد عرف عقد الأشغال في الجزائر توسعا وانتشارا واسعا بحكم البرامج الاستثمارية المختلفة والخطط التنموية وهو ما شهدته كل الولايات.

3- أن يحقق منفعة عامة: يجب أن يهدف عقد الأشغال العامة الذي يرد على عقار تحقيق منفعة عامة، فلا يصدق وصف صفقة عمومية إلا إذا كان الهدف من وراء موضوع العقد خدمة المصلحة العامة.¹⁵

¹⁰ أنظر المادتين 4، 13، من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، مرجع سابق

¹¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال و جرائم التزوير، الجزء الثاني، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2008، ص 113

¹² محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم لنشر والتوزيع، عنابة 2005 ص 22.

¹³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام والتنفيذ في ضوء أحكام مجلس الدولة وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2004، ص 47

¹⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، نفس المرجع، ص 48

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 87.

² أنظر. المادة 6، من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

ولقد ذهب الفقه إلى تأصيل عقد الأشغال العامة كونه في حقيقة الأمر عقد مقاوله في القانون المدني، غير أنه ولما اتصل بمرفق عام وكان الهدف منه تحقيق مصلحة عامة ، سمي العقد بالأشغال العامة تميزا له عن العقد المدني.

4- أن يتوافر على الحد المالي المطلوب: بالعودة إلى المرسوم الرئاسي 236/10، نجد أن المشرع الجزائري قد خص عقد الأشغال العامة وفقا للمادة السادسة منه ، بقيمة مالية حددت بأكثر من ثمانية ملايين دينار جزائري وهذا الأمر يشكل خاصية يتميز بها عقد الأشغال عن غيره من العقود.¹⁶

5-حيازة المؤسسات المشاركة على شهادة التخصص والتصنيف المهنيين: نصت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 11-110، المؤرخ في 06 مارس 2011 ،الصادر في العدد 15 من الجريدة الرسمية لسنة 2011 ،«على أن جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية،في ميدان البناء والأشغال العمومية والري والأشغال الغابية، أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين،كشرط لإبرام صفقات مع الدولة والولاية والبلديات والإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية».

وجاءت المادة الثالثة من نفس المرسوم لتعرف هذه الشهادة بقولها: «شهادة التخصص والتصنيف المهنيين للمؤسسات وثيقة تنظيمية بأشغال البناء والأشغال العمومية والري والأشغال الغابية، وتخول الشهادة المذكورة أعلاه المؤسسة الحائزة لها اختصاصا وطنيا في ميدان العمل المعين»،وبينت المادة الرابعة من المرسوم المعلومات الواردة في الشهادة ،وحددت المادة السادسة منه مدة صلاحية هذه الشهادة بـ (3)سنوات.¹

الفرع الثاني:صفقة اقتناء اللوازم (عقد التوريد):

يعرض عقد التوريد بأنه اتفاق بين أحد الأشخاص المعنوية العامة وأحد الأفراد أو الشركات بموجبه يلتزم الفرد أو الشركة بتوريد منقولات لازمة بمرفق عام مقابل ثمن¹⁸ .
وتهدف صفقة اللوازم إلى إقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيجادها لعتاد أو مواد ،موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد.

..

¹أنظر المواد1،3،4،6 من المرسوم التنفيذي رقم 11-2010 ،المؤرخ في 6 مارس

¹⁸ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، نفس المرجع ،ص 79

³ علي معطي الله ، حسينة شريخ بن زايد ، تقنين الصفقات العمومية في الجزائر ، الطبعة الثانية ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2012، ص23

4 محمد الصغير بعلي ،العقود الإدارية ، مرجع سابق ص 25.

وإذا كانت أشغال وضع وتجنب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة ولا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم، فإن الصفقة تكون صفقة لوازم، ويمكن أن تشمل الصفقة المتضمنة اقتناء اللوازم، مواد تجهيز أو منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة، والتي تكون مدة عملها مضمونة أو مجددة بضمان، وتوضح كليات تطبيق أحكام هذه الفقرة، عند الحاجة بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.¹⁹ ويجد عقد اقتناء اللوازم أساسه القانوني في التشريع الجزائري في المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 236/10، وكذلك أشارت إليه نصوص أخرى سابقة كالمادة الأولى من الأمر 90/67، والمادة الرابعة من المرسوم 145/82، والمادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 434/91، والمادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 250/02 .

ويمكن أيضا تعريف عقد اقتناء اللوازم بأنه اتفاق بين الإدارة وأحد الأشخاص (المورد) بقصد تموينها وتزويدها باحتياجاتها من المنقولات، وهذا لقاء مقابل تلزم بدفعه ويقصد تحقيق مصلحة عامة.²⁰ ومن هذا التعريف يبدو الفرق واضحا بين عقد التوريد الذي ينصب دائما على منقولات محل التعاقد، وعقد الأشغال العامة الذي ينصب دائما على عقار .

وتعود أهمية صفقة اقتناء اللوازم إلى كونها الوسيلة أو الإطار القانوني الذي اعتمد عليه القضاء المقارن لإرساء أحكام كثيرة لنظرية العقد الإداري، وتميزها عن العقد المدني .

أما فيما يخص المبلغ المالي المحدد لصفقة اقتناء اللوازم، فقد حدده المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 236/10 في مادته السادسة بأكثر من ثمانية ملايين دينار جزائري.²¹

الفرع الثالث: صفقة إنجاز الدراسات:

بالعودة إلى التنظيمات التي مرت بها الصفقات العمومية في الجزائر نجد أن هذا العقد وبالتحديد وخلافا لعقد الأشغال العامة، ولعقد اقتناء اللوازم ، فقد كان المشرع الجزائري بشأنه مضطربا ، فأحيانا يشير إليه ضمن مواد الصفقات العمومية ، وأحيانا أخرى يتجاوزه بالإشارة الصريحة ، ليعود من جديد ويذكره ضمن مواد ونصوصه .

²¹ المادة 6 ، من المرسوم الرئاسي 10-236 ، مرجع سابق

فبالرجوع إلى الأمر 90/67، وتحديد المادة الأولى منه، لا نجد تشييراً صراحة لعقد الدراسات، غير أنه وبالرجوع إلى المادة 64 منه نجد أن المشرع الجزائري قد خص له فصلاً كاملاً، وهو الفصل السادس من الباب الثاني .

وجاء المرسوم 145/82 خالياً من الإشارة بالنص الصريح لعقد الدراسات، وتكرر الأمر في المرسوم التنفيذي 434/91، غير أنه في المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 250/02 تم الإعلان عن عقد إنجاز الدراسات، وبالنص الصريح، وهو ما أكدته المادة الرابعة والمادة الثالثة عشر من المرسوم الرئاسي 236/10. والجاري العمل به حالياً .

وعليه وحسب النص يعد عقد الدراسات في القانون الجزائري، عقداً إدارياً، وتلزم الإدارة إن أرادت إبرام هذا العقد بالخضوع لقانون الصفقات العمومية، سواء أ من حيث طرق الإبرام وإجراءاته أو من حيث الرقابة . وعليه يمكن تعريف صفقة إنجاز الدراسات على أنها اتفاق بين إدارة عامة وشخص آخر طبيعي أو معنوي من ذوي الخبرة و الاختصاص، تم بمقتضاه القيام بالدراسات والاستشارات التقنية في ميدان معين لصالحها²³.

وتهدف صفقة الدراسات إلى القيام بدراسات نضج واحتمالات تنفيذ مشاريع أو برامج تجهيزات عمومية لضمان أحسن للشروط إنجازها أو استغلالها، وتشمل صفقة الدراسات، عند إبرام صفقة أشغال، مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على الأشغال والمساعدة التقنية لفائدة صاحب المشروع²⁴ وبالنسبة للحد المالي المطلوب لصفقة إنجاز الدراسات فقد حددته المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 236/10 بأكثر من 4 ملايين دينار جزائري .

الفرع الرابع: صفقة تقديم الخدمات:

إن الإدارة في ممارستها لنشاطاتها، بهدف خدمة الجمهور تلجأ إلى إبرام عقود أشغال عامة، وعقود لاقتناء اللوازم، ولكن الأمر لا يقف عند هذا الحد، بل هي تحتاج أيضاً إلى إبرام عقد آخر وهو عقد تقديم الخدمات. وهذا الأخير يحتل مكانة هامة، كونه الإطار القانوني والتعاقدي الذي يمكن جهة الإدارة من الاستفادة من خدمة معينة، يقدمها الغير بمقابل مالي تدفعه، ونظراً لأهمية عقد الخدمات فقد جاء ذكره في كل قوانين الصفقات العمومية.

²³ محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 24.

²⁴ علي معطي الله، حسينة شريخ بن زايد، تقنين الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 24.

ففي المرسوم الرئاسي 236/10 تم ذكره في المادة 4 و13 منه، وقبل ذلك تم ذكره في المادة 3 من المرسوم الرئاسي 250/02، والمادة 1 من الأمر 90/67، والمادة 4 من المرسوم 145/82، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي 434/91. ولكن المشرع الجزائري لم يقدم له تعريفا بل اكتفى بذكره تاركا هذه المهمة للفقهاء والقضاء.

ويمكن تعريفه بأنه إتفاق بين الإدارة وشخص آخر طبيعي أو معنوي، قصد تقديم خدمات يحتاجها المرفق العام في إدارته وتسييره، كأن تلجأ الجامعة إلى التعاقد مع مؤسسة التنظيف، أو تتفق البلدية مع مؤسسة متخصصة في الإعلام لإقامة شبكة نظام للإعلام الآلي بمقر البلدية، وعادة ما يكون موضوع الخدمة محل العقد الإداري بسيط ولا يتطلب إعمادات مالية كبيرة، مثلما هو الحال بالنسبة لعقد الأشغال العامة وعقد التوريد.²⁷

وتعيش صفقات الخدمات تشبعا مستمرا، وذلك بسبب تطور واستحداث خدمات جديدة، ابتداء من تنظيف المحلات إلى خدمات الإعلام الآلي.²⁸

أما بالنسبة للحد المالي المطلوب فيما يخص صفقة تقديم الخدمات فقد حددته المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 236/10، بأكثر من أربعة ملايين دينار جزائري.²⁹

المطلب الثالث: انعدام الاستقرار في تحديد المعيار العضوي:

إن دراسة مضمون المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 236/10، تظهر لنا جليا أن هناك العديد من التغيرات التي جاء بها هذا المرسوم وذلك بالمقارنة مع المراسيم السابقة، إذ أنه أدرج جهات جديدة وأخضعها لنظام الصفقات العمومية، هذا وما يجدر بنا الإشارة إليه كذلك هو أن المرسوم الرئاسي 03/13

²⁷ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق ص 23.

²⁸ قدوح حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006، ص 106.

³ المادة 6، من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁴ المادة 2، من المرسوم الرئاسي رقم 03-13 المؤرخ في 13 يناير سنة 2013، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236.

والمعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 236/10 ، فقد عاد من جديد ليغير من مجال تطبيق الصفقات العمومية ، وذلك بإقصائه للمؤسسات العمومية الاقتصادية.³⁰
وفي سياق هذا الموضوع سنحاول خلال هذا المطلب توضيح وشرح الهيئات التي أتى بها المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 236/10 .

1- الإدارات العمومية: يقصد بالإدارات العمومية ،مختلف الأجهزة الإدارية التابعة لسلطة المركزية والتي تدخل تحت طائلة الدولة باعتبارها تتمتع بالشخصية القانونية والمعنوية ،ونذكر منها رئاسة الجمهورية والوزارة الأولى والوزارات المختلفة والمصالح الخارجية للوزارات المتماثلة في المديرية التنفيذية على مستوى الولايات.³¹

ولقد أتى ذكر الإدارات العمومية في المادة 2 من المرسوم 236/10 ولذلك في تقرير 2013، وهو الأمر ذاته في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 250/02 ولذا في التنظيمات الصفقات العمومية.

2-الهيئات الوطنية المستقلة: يقصد بالهيئات الوطنية المستقلة والتي أشارت إليها المادة 2 من المرسوم الرئاسي 236/10 وكذلك المادة 2 من تعديل 2013، تلك السلطات غير التنفيذية المستقلة كالبرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) والمجلس الدستوري والمحكمة العليا ومجلس الدولة ومجلس المحاسبة والهيئات الاستشارية الوطنية كالمجلس الاقتصادي والاجتماعي ،إذ تضطر هذه الهيئات جميعا إلى الدخول في علاقة عقدية بعنوان الصفقة العمومية من أجل قيامها بنشاطها والذي يشمل كامل إقليم الدولة.³²

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 236/10. وكذا تعديل المرسوم 03/13 نجدهما اكتفيا بذكر هذه الهيئات دون تحديدها، وهو الأمر ذاته في المرسوم الرئاسي 02-250، أما الأمر 67-90 فلم يتم ذكرها خلاله ،أما المرسوم التنفيذي 434/91 فقد أشار إليها وحددها في مادته 113 وحصرها في المجلس الشعبي الوطني والمجلس الدستوري ومجلس المحاسبة.³³

³¹ عمار بوضياف ،شرح تنظيم الصفقات العمومية ،مرجع السابق ص 47.

³² أنظر المادة 2، من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،مرجع السابق ،والمادة 2، من المرسوم الرئاسي 13-03 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236، والمادة 2، من المرسوم الرئاسي 02-250، مرجع سابق.

³³ أنظر المادة 113، من المرسوم التنفيذي 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،مرجع السابق.

3-الولاية: هي الجماعة الإقليمية لدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.وهي أيضا الدائرة الإدارية غير الممركزة للدولة ،وتشكل بهذه الصفة فضاء لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية والتشاربية بين الجماعات الإقليمية والدولة.

وتساهم مع الدولة في إدارة وتهيئة الإقليم والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وحماية البيئة وكذا حماية وترقية وتحسين الإطار المعيشي للمواطنين وتندخل في كل مجالات الاختصاص المخولة لها بموجب القانون»³⁴،ونظرا لأهميتها ذكرت الولاية كتنظيم إداري في كل الدساتير الجزائرية، في دستور 1963 في المادة 9 ودستور 1976 في المادة 36، ودستور 1989 في المادة 15 ،ودستور 1996 في المادة 15.

ولما كانت الولاية تتمتع بأهلية التعاقد الثابتة والمؤكدة في هذه النصوص، فقد أكد المشرع الجزائري على خضوع الولاية لتنظيم الصفقات في المادة 135 من قانون الولاية لسنة 2012 والتي جاء فيها«تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات ،للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية»³⁵ ومنه تتضح الإحالة الصريحة والمعلنة من قانون الولاية لقانون الصفقات العمومية.

4-البلديات: البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة وتحدث بموجب قانون، وهي وحدة إدارية منفصلة انفصالا عفويا وقانونيا عن كل من الولاية والدولة³⁶.

وقد تم ذكرها في كل الدساتير الجزائرية ،فذكرت في المادة 9 من دستور 1963 وفي المادة 36 من دستور 1976 وفي دستور 1989 في المادة 15 ،ودستور 1996 في المادة 15 .

ولما كانت البلدية تتمتع بالشخصية المعنوية وبأهلية التعاقد فقد أكد المشرع الجزائري على ذلك في المادة 189 من قانون البلدية لسنة 2011 بقوله«يتم إبرام صفقات اللوازم والأشغال أو تقديم الخدمات التي تقوم بها البلدية والمؤسسات العمومية البلدية، ذات الطابع الإداري طبقا للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفقات العمومية»³⁷

³⁴أنظر المادة 1،من قانون الولاية رقم 07/12 المؤرخ في 21 فبراير سنة 2012.

³⁵أنظر المادة 135، من قانون الولاية رقم 07/12، نفس المرجع.

³⁶أنظر المادة 1،من قانون البلدية رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011.

³⁷أنظر المادة 189، من قانون البلدية رقم 11-10، نفس المرجع.

ولقد تم ذكر البلديات في كل قوانين الصفقات العمومية، وهو ما فعله المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 236/10 في المادة 2

5-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري: هي هيئات عمومية تخضع للقانون العام، ومن قبيل المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المدرسة العليا للقضاء، الديوان الوطني للخدمات الجامعية والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والمستشفيات³⁸، ويعتبر عمالها موظفون عموميون، وقراراتها قرارات إدارية، وتخضع في عقودها لقانون الصفقات العمومية، وتتمتع بالحماية القانونية التي فرضها المشرع، وقد استعملت منذ الاستقلال وبشكل واسع جدا من أجل ضمان الخدمات للجمهور³⁹، ولقد ذكرت هذه المؤسسات في كل قوانين الصفقات العمومية في الجزائر .

6-مراكز البحث والتنمية:منصوص عليها في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 236/10 ، وتدخل مراكز البحث والتنمية في إطار المؤسسات العمومية المتخصصة، ولقد أشار المشرع إلى إمكانية إنشاء هذه المراكز بموجب المادة 51 من القانون 01/88 والمتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، حيث يتم تمويل هذه المراكز من الأموال العامة، على شكل مساهمات نهائية من الدولة، كما يشمل نشاط هذه المؤسسات مجال البحث العلمي والتقني، ويجوز لمراكز البحث والتنمية استغلال ما يسمى ببراءة الاختراع في هذا الإطار⁴⁰.

7- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي: هي فئة من المؤسسات العمومية، أحدثها القانون رقم 98-11 المؤرخ في 22-8-1998 المتضمن القانون التوجيهي، والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي، مركز البحث في الاقتصاد المطبق من أجل التنمية ومركز تنمية الطاقات المتجددة⁴¹، ولقد تم ذكر هذه المؤسسات في المرسوم الرئاسي 236/10 وكذا في تعديل 03/13.

8-المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني: هي فئة جديدة من المؤسسات، وتشمل الجامعات، والمدارس والمراكز الجامعية، ومعاهد التعليم العالي، وتوكل لها مهمة تسيير مرفق عمومي

³⁸أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال وجرائم التزوير، مرجع سابق ص 10.

³⁹عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسور نشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص353.

⁴⁰قانون رقم 88-01، مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية، العدد 2.

⁴¹أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري، الخاص بجرائم الفساد والمال والأعمال وجرائم التزوير، مرجع سابق ص 11.

وبالرجوع إلى القانون 05/99 المتضمن القانون التوجيهي لتعليم العالي، المعدل والمتم، فقد أوضحت المادة 38 منه، أن المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والمهني تعتبر مؤسسة وطنية لتعليم العالي تتمتع بالشخصية والمعنوية و الاستقلال المالي.⁴²

ولقد تم ذكر هذه المؤسسات في المرسوم الرئاسي 250/02 في المادة 2 وكذا في المرسوم الرئاسي 236/10 في المادة 2 وكذلك في تعديل 2013.

9-المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني:لم يتم الإشارة لهذه المؤسسات في المرسوم الرئاسي 250/02، بل شملها تعديل 2008 بموجب المرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ 26 أكتوبر 2008.

وفي الجريدة الرسمية العدد 62 لسنة 2008، لكن المرسوم الرئاسي 236/10 أشار إليها في مادته الثانية، وكذلك في المرسوم الرئاسي 03/13، ويمكن القول أن هذا النوع من المؤسسات يتشابه إلى حد كبير مع المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وذلك بالنظر إلى طبيعة النشاط المخول لهم⁴³.

10-المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري:وفقا لما جاء في نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 236/10 فإن هذه المؤسسات تخضع لقانون الصفقات العمومية، وذلك عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، وهذا ما ذهب إليه المادة 250/02.

وتجد هذه المؤسسات أساسها القانوني في القانون رقم 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتتمتع هذه المؤسسات بنظام قانوني مزدوج، بحيث تخضع للقانون العام في علاقاتها بالدولة، وتخضع للقانون الخاص عند تعاملها مع الخواص، ومثالها وكالة التسيير المعنية ذات الطابع الصناعي والتجاري.⁴⁴

11-المؤسسات العمومية الاقتصادية: حمل المرسوم الرئاسي 236/10 من الناحية العضوية، إضافة نوعية وجديدة، وذلك بإخضاعه للمؤسسات العمومية الاقتصادية لتنظيم الصفقات العمومية، وذلك عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة .

⁴²أنظر المادة 38، من قانون رقم 99-05 المؤرخ في 4 أبريل 1999 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي .

⁴³برقية محمد البشير، دراسة حالة الصفقات العمومية، بلدية تقرت ولاية ورقلة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ورقلة، 2013، ص 40.

⁴⁴برقية محمد البشير، دراسة حالة الصفقات العمومية، بلدية تقرت ولاية ورقلة، مرجع سابق ص 42.

وهذه المؤسسات لم تكن مذكورة ضمن المرسوم الرئاسي 250/02، ولعل الدافع من وراء إدراج هذه المؤسسات في المرسوم الرئاسي 236/10 هو إضفاء المزيد من الشفافية والوضوح بالنسبة لصفقات القطاع الاقتصادي والتي كانت تتم قبل هذه المرحلة بعيدا عن تنظيم الصفقات العمومية⁴⁵.

ولكن بصدور المرسوم الرئاسي 03/13 والمعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 236/10، تم إقصاء هذه المؤسسات من جديد، فلم تعد خاضعة لتنظيم الصفقات العمومية، وطبعا هذا لا يمنع من بقائها خاضعة للرقابة الخارجية من محافظي الحسابات ومجلس المحاسبة والمتفشية العامة للمالية وهذا طبقا للمادة 2 من المرسوم الرئاسي 236/10، الفقرة الثالثة⁴⁶.

لنخلص في الأخير إلى أن مجال تطبيق الصفقات العمومية في الجزائر عرف تذبذبا كبيرا، فأحيانا تدرج مؤسسات وتبعد أخرى، وأحيانا يوسع مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية فيشمل كل المؤسسات، ليعود مرة أخرى و يضيف من جديد في مجال التطبيق، ويرجع تفسير ذلك لطبيعة كل مرحلة سن فيها قانون الصفقات العمومية .

المطلب الرابع: الرفع من قيمة العتبة المالية:

إن كون الصفقات العمومية وثيقة الصلة بالمال العام أو الخزينة العمومية، هذا الأمر يستوجب من السلطات المعنية وضع حد مالي أدنى حتى نكون بصدد صفقة عمومية، إذ أنه غير منطقي أن تبرم الصفقات العمومية وفقا لأحكام قانون الصفقات العمومية، من دون الالتزام بمبلغ محدد يسهل بالدرجة الأولى على الإدارة إجراءات إبرام الصفقة العمومية⁴⁷.

وما يجدر بنا الإشارة إليه كذلك هو أن المبالغ المحددة لإبرام صفقة عمومية غير ثابتة، فهي تتغير من فترة إلى أخرى وذلك لأسباب اقتصادية.

كما يجب التمييز بين أنواع الصفقات العمومية أثناء وضع حد مالي لإبرام الصفقة، إذ أن المبلغ المعتمد لإنجاز أشغال عامة يختلف عن المبلغ المطلوب لإنجاز دراسات، وذلك من أجل الحفاظ على

⁴⁵ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق ص 47.

⁴⁶ أنظر المادة 2، الفقرة 3، من المرسوم الرئاسي 13-03 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.

⁴⁷ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010،

المال العام وعدم هدره. ولعل الهدف من وراء فرض حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية تخضع لقانون الصفقات العمومية، هو ترشيد النفقات العامة، فكلما كان المبلغ كبيرا تحملت الخزينة العامة للدولة أعباءه⁴⁸.

وبالرجوع إلى المراحل التي مرت بها الصفقات العمومية في الجزائر نسجل أن هناك اختلافات ملحوظة في تحديد المعيار المالي بين فترة وأخرى .

فمثلا في المرسوم التنفيذي 434/91 حددت المادة 6 منه حد مالي أدنى يفوق مليونين دينار بقولها «كل عقد أو طلب يقل مبلغه أو يساوي مليون دينار جزائري 2,000,000 دج لا يتطلب حتما إبرام صفقة بمفهوم هذا المرسوم»⁴⁹، وذلك دون التمييز بين أنواع الصفقات، غير أن هذا الوضع لم يستمر طويلا، إذ أنه غيرت هذه النسبة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-178 المؤرخ في 26 جوان 1994 لترتفع إلى أكثر من ثلاثة ملايين دينار، وتم تعديل هذا الحد مرة أخرى بموجب المرسوم 98-78 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 ليقدر بأكثر من أربعة ملايين دينار جزائري وهو الأمر ذاته الذي نصت عليه المادة 5 من المرسوم الرئاسي 250/02 .

غير أنه وبصدور المرسوم الرئاسي 301/03 والمعدل والمتم للمرسوم الرئاسي 250/02 تم تبني أفكار جديدة في ما يخص تحديد الحد المالي الأدنى لإنعقاد الصفقة العمومية، حيث تم خلال هذا المرسوم التمييز بين أنواع الصفقات العمومية من جهة، ومنح وزير المالية أحقية تعيين المبالغ من جهة أخرى⁵⁰، فحددت قيمة الحد الأدنى فيما يخص عقود الأشغال وعقود التوريد بما يساوي ستة ملايين دينار جزائري، وقيمة الحد الأدنى فيما يتعلق بعقود الخدمات وعقود الدراسات بأكثر من أربعة ملايين دينار جزائري.

ولأن قانون الصفقات العمومية في تطور مستمر فقد صدر المرسوم الرئاسي 338/08 ليرفع من الحد الأدنى لعقود الأشغال والتوريد بأكثر من ثمانية ملايين دينار جزائري، ويبقى على الحد المالي الأدنى المطلوب بالنسبة للخدمات والدراسات وهو أكثر من أربعة ملايين دينار جزائري⁵¹.

⁴⁸ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق ص 68.

⁴⁹ أنظر المادة 6، من المرسوم التنفيذي 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

⁵⁰ المرسوم الرئاسي 03-301، المؤرخ في 11/11/2003 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250.

⁵¹ أنظر المادة 5، من المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 9 نوفمبر 2008. المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي

250/02 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

وأخيرا جاء المرسوم الرئاسي 236/10 والذي هو محل الدراسة، ليعلن وبكل وضوح أن «كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار 8.000.000 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»⁵². ولكن بصدر المرسوم الرئاسي 23/12 المؤرخ في 18 جانفي 2012، تم تعديل هذه المادة بموجب المادة السادسة منه، بحيث أقيت على الحد المالي المطلوب في المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 236/10 وأدخلت بعض التعديلات فيما يخص تسهيل الإجراءات الاستشارية.⁵³ ومما سبق ذكره يتضح لنا جليا أن وضع حد مالي أدنى للصفقة العمومية يهدف إلى أن تتم الإجراءات بسرعة، دون أن يهدر الوقت في استلام عروض لا تخدم موضوع الصفقة العمومية المراد إبرامها.

⁵² أنظر المادة 6، من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

⁵³ أنظر المادة 6، من المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-

المبحث الثاني: كفاءات إبرام الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم.

بالعودة إلى المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية نجده يعتمد على طريقتين أساسيتين لإبرام الصفقات العمومية، وهذا وفقا للمادة 25 منه، والتي نصت على أنه « تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي ».⁵⁴ ومن هذا المنطلق فإن المناقصة تعتبر الأصل العام في إبرام الصفقات العمومية، وذلك كونها تجسد مبدأ المنافسة والشفافية والمساواة بين المتعهدين، في حين يشكل التراضي الاستثناء في إبرام الصفقات العمومية، وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث أن نعالج عملية إبرام الصفقات العمومية وفقا للكيفيتين السابقتين وذلك في إطار القوانين التي جاء بها المرسوم الرئاسي 236/10 وتعديلاته.

المطلب الأول: طريقة المناقصة :

عرفت المناقصة على أنها «إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض »⁵⁵، ومن خلال هذا التعريف يمكننا القول أن المشرع الجزائري أراد أن يؤكد على مبدأ المنافسة الشريفة بين العارضين ويكفل أمامهم سبل المشاركة في المناقصة إذا توافرت فيهم الشروط المعلن عنها إضافة إلى تكريس مبدأ المساواة بين العارضين والشفافية في التعاقد وعلاوية الإجراءات.⁵⁶

كما يمكننا القول أن المشرع الجزائري من خلال فرضه تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض أراد بذلك أن يشير إلى الجانب التقني والجانب المالي في العرض، وهو ما دعى إليه المشرع الجزائري كذلك في المرسوم الرئاسي 250/02 في مادته 21.

الفرع الأول: أشكال المناقصة:

⁵⁴أنظر المادة 25، من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية مرجع سابق.

⁵⁵أنظر المادة 26، من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁵⁶أنظر قدوح حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 18.

حدد المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 236/10 في مادته 28 خمسة أنواع لتعاقد، وهو بذلك يفسح المجال واسعا أمام الإدارة لاختيار الأسلوب الذي يناسبها، حسب كل عملية تعاقدية، مع إلزامها بتحمل المسؤولية كاملة في حال اختيار طريقة تعاقد دون الأخرى، خاصة حين تفصيل أسلوب التراضي عن المناقصة.⁵⁷

ولقد عدت هذه الطرق كما يلي:

المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة، الاستشارة الانتقائية المزيدة، المسابقة، وفيما يلي سنحاول دراسة وتوضيح كل طريقة على حدا⁵⁸.

أولاً: المناقصة المفتوحة: عرفت المناقصة بأنها " إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا ويظهر من خلال القراءة الأولية لنص هذه المادة ، أن المشرع الجزائري أضاف عبارة " مؤهل " وهو الأمر الذي لا نجده في المرسوم الرئاسي 250/02 في مادته 24.⁵⁹

وهذه العبارة (مؤهل) تبين لنا أن المناقصة كونها مفتوحة لا يعني انه مسموح للجميع المشاركة فيها ، بل إن أمر المشاركة فيها متوقف على توفر الشروط التي تحددها الإدارة المتعاقدة مسبقا ، هذا الأمر يحسب للمشرع الجزائري لأن عنصر التأهيل مهم بل ضروري في إبرام الصفقات العمومية كونها ذات صلة وثيقة بالمال العام ، إضافة على النهوض بالمشاريع التنموية في الجزائر .⁶⁰

ثانياً: المناقصة المحدودة: عرفت المادة 30 من المرسوم الرئاسي 236/10 المناقصة المحدودة بقولها « المناقصة المحدودة هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا »⁶¹، وعندما نقارن مضمون هذه المادة مع مضمون المادة 25 من المرسوم الرئاسي 250/02 نجد أن المشرع الجزائري استبدل عبارة الشروط الخاصة بعبارة الشروط الدنيا المؤهلة⁶² ، وذلك حرصا منه على توافر عنصر التأهيل في كل مترشح .

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى الحرية للمصلحة المتعاقدة في وضع وتحديد شروط المنافسة باعتبارها صاحبة المصلحة ، وإليها تعود سلطة وضع معايير خاصة بهدف تحقيق الغرض من العملية

⁵⁷ هيبية السردوك ، المناقصة كطريقة للتعاقد الإداري ، الطبعة الأولى مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية 2009 ، ص 72.

⁵⁸ أنظر المادة 28 ، من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية . مرجع سابق.

⁵⁹ علي معطي الله ، حسينة شريخ بن زايد ، تقنين الصفقات العمومية في الجزائر ، مرجع سابق ص 36.

⁶⁰ برقية محمد البشير ، دراسة حالة الصفقات العمومية ، بلدية تقرت ولاية ورقلة مرجع سابق ص 38.

⁶¹ أنظر المادة 30 ، من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، مرجع سابق.

⁶² أنظر المادة 25 ، من المرسوم الرئاسي 250-02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، مرجع سابق.

التعاقدية ، وإن اللجوء إلى المناقصة المحدودة دليل على أن العملية محل الصفقة تتميز بالتعقيد ، كما أن المناقصة المحددة قد تكون وطنية وقد تكون أجنبية ن ولقد أكد المشرع الجزائري على منح هامش الأفضلية بنسبة 25% بالنسبة للمنتجات الوطنية وذلك حفاظا على الاقتصاد الوطني .

ثالثا الاستشارة الانتقائية: تعتبر الاستشارة الانتقائية شكل من الأشكال المناقصة ، وفقا للمادة 28 من المرسوم الرئاسي 236/10 ، ولقد نصت عليها المادتين 31 و 32 من نفس المرسوم .

ومن خلال استقراء مضمون هاتين المادتين يمكننا تقسيم الاستشارة إلى مرحلتين:

المرحلة الأولى: إلزامية توجيه الدعوة لعدد من المرشحين لا يقل عددهم عن ثلاثة: يجب أن تتوجه الاستشارة الانتقائية إلى (3) ثلاثة مترشحين على الأقل، يتم انتقائهم الأولي، وفي حالة ما إذا كان عدد المرشحين الذين جرى انتقائهم الأولي، أدنى من ثلاثة، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تباشر الدعوة إلى الانتقاء الأولي من جديد.

والاستشارة الانتقائية هي إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي⁶³ ، وتنفذ المصلحة المتعاقدة الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بعمليات معقدة و/أو ذات أهمية خاصة، ويجري اللجوء إلى الاستشارة الانتقائية على أساس :

-مواصفات تقنية مفصلة أو نجاعة يتعين بلوغها.

-برنامج وظيفي ، استثناء ، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها.

كما يمكن المصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي ، بمناسبة إنجاز عمليات هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة و/أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري ، وفي هذه الحالة يجب تجديد الانتقاء الأولي كل ثلاث (3) سنوات⁶⁴ .

⁶³أنظر المادة 31، من المرسوم الرئاسي 12-23 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 236/10 والمتضمن الصفقات العمومية.

⁶⁴أنظر المادة 31، من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،مرجع سابق.

المرحلة الثانية: دراسة العرض التقني: نصت على هذه المرحلة المادة 32 من المرسوم الرئاسي 236/10، بحيث تتم دعوة المرشحين الذين جرى انتقائهم الأولي طبقا لأحكام المادة 31 من هذه المرسوم في مرحلة أولى برسائل استشارة إلى تقديم عرض تقني أولي دون عرض مالي. ويمكن لجنة تقييم العروض، فيما يخص العروض التي تراها مطابقة لدفتر الشروط، أن تطلب كتابيا بواسطة المصلحة المتعاقدة من المرشحين تقديم توضيحات أو تفاصيل بشأن عروضهم.⁶⁵ ويمكن تنظيم اجتماعات لتوضيح الجوانب التقنية لعروض المرشحين عند الضرورة، من طرف المصلحة المتعاقدة، بحضور أعضاء لجنة تقييم العروض، الموسعة عند الاقتضاء، ويمكن الاستعانة بخبراء ويفضل أن يكونوا جزائريين، والذين يتم تعيينهم لهذا الغرض، ويجب أن تحرر محاضر لهذه الاجتماعات يوقعها جميع الأعضاء الحاضرين، وتقوم لجنة تقييم العروض في هذه المرحلة بإقضاء عروض المرشحين الذين لا يستوفون متطلبات البرنامج، الوظيفي أو المواصفات التقنية أو النجاعة المتعين بلوغها والمنصوص عليها في دفتر الشروط.⁶⁶

المرحلة الثالثة: تقديم العرض التقني النهائي والعرض المالي: يتم في هذه المرحلة دعوة المرشحين الذين جرى إعلان مطابقة عروضهم التقنية الأولية، إلى تقديم عرض تقني نهائي و عرض مالي على أساس دفتر شروط معدل عند الضرورة، ومؤشر عليه من قبل لجنة الصفقات المختصة، إثر تقديم التوضيحات المطلوبة أثناء المرحلة الأولى.

رابعا: المزايدة بمفهومها الجديد: عرفت المزايدة بأنها «هي الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري».⁶⁷

وإذا ما قارنا هذا التعريف بالتعريف الذي أورده المادة 27 من المرسوم الرئاسي 250/02، يبدو الفرق واضحا فالمزايدة كانت تقوم على معيار أحسن عرض وأصبحت تقوم على الأقل ثمنا، وهذا الأمر غير منطقي لأنه لا يعقل أن تكون أمام مزايدة وپرسو المزداد على الذي يقدم أقل الأثمان.

⁶⁵ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 131.

⁶⁶ أنظر المادة 32، من المرسوم الرئاسي 12-23 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

⁶⁷ أنظر المادة 33، من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

كما ان المزايدة لا تصلح أن تكون تحت عنوان كبير هو المناقصة لأن هناك تناقض كبير بينهما فالمزايدة يكون موضوعها عادة بيع أو إيجار، أي أن المصلحة المتعاقدة تقوم بجميع أو إيراد المال أما المناقصة فعادة يتم فيها صرف نفقات فلذلك يمكننا القول أن المشرع الجزائري كان يجدر به أن يفصل المزايدة عن أشكال المناقصة⁶⁸.

خامسا: المسابقة: عرفت المسابقة، المادة 34 من المرسوم الرئاسي 236/10 بقولها «المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة».

وبالرجوع إلى مختلف قوانين الصفقات العمومية السابقة نجدها قد تعرضت إلى المسابقة، ففي الأمر 67-90 كانت تسمى بالمباراة وجاء المرسوم 145/82 ليعطي للمسابقة مفهوما دقيقا⁶⁹، واستمر الوضع هكذا إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي 236/10 والذي أكد نفس مفهوم المسابقة. ويمكننا تقسيم المسابقة إلى مرحلتين :

المرحلة الأولى: يتم خلالها وفقا لنص المادة 34 دعوة المرشحات في مرحلة أولى إلى تقديم عرض تقني فقط. ومن ثم بعد الانتقاء الأولي الذي قامت به المصلحة المتعاقدة، يتم استدعاء المرشحات المؤهلون شريطة أن لا يقل عددهم عن 3 ثلاثة متنافسين، وإذا كان عددهم أقل من ثلاثة فيجب إعادة الإجراء. ويتعين على المصلحة المتعاقدة ضمان إغفال أظرفة خدمات المسابقة قبل إرسالها، إلى رئيس لجنة التحكيم ويجب ضمان إغفال هذه الأظرفة إلى غاية التوقيع على محضر لجنة التحكيم.

المرحلة الثانية: بعد الدراسة التي يقوم بها أعضاء لجنة التحكيم، يقوم رئيس لجنة التحكيم بإرسال محضر جلسة مرتفقا برأي معلل يبرز عند الاحتمال ضرورة توضيح بعض الجوانب المرتبطة بالخدمات إلى المصلحة المتعاقدة.

وفي حالة ما إذا أبرزت لجنة التحكيم ضرورة توضيح بعض جوانب الخدمات، فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تخطر الفائز أو الفائزين المعنيين، كتابيا لتقديم التوضيحات المطلوبة، وتكون الأجوبة

⁶⁸ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق ص134.

⁶⁹ ريم عبيد، طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة للحصول على درجة ماجستير، جامعة تبسة

2006، ص18.

المكتوبة جزء لا يتجزأ من عروضهم ومن خلال نص المادة يطرح الإشكال حول تداخل المهام بين لجنة تقييم العروض ولجنة التحكيم، إذ أن المشرع الجزائري لم يوضح ذلك ولم يحدد اختصاص كل منهما.⁷⁰

الفرع الثاني: إجراءات المناقصة: تمر الصفقة العمومية في الجزائر طبقا لتنظيم الصفقات العمومية بمراحل طويلة حتى تظهر إلى حيز الوجود، خاصة فيما يتعلق بأسلوب المناقصة .

فالمشرع الجزائري حرص من خلال مواد كثيرة وردت في المرسوم الرئاسي 236/10 أن يدفع الإدارة المتعاقدة إلى تجسيد نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام والمحافظة على مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية وتحقيق المساواة بين العارضين وشفافية المعاملة، العقدية وعلانية الصفقة العمومية وهي مبادئ ورد ذكرها في المادة 3 من المرسوم الرئاسي 236/10.⁷¹

أولاً: الإعلان عن المناقصة: تقوم الإدارة في البداية بالإعلان عن المناقصة وبيان شروطها، ومواصفات أصناف المواد أو الأعمال المراد التعاقد عليها بصورة وافية حتى يتسنى لذوي الشأن على أساسها التقدم بطلباتهم للتعاقد مع الإدارة.⁷²

ولقد أكدت المادة 45 وجوب اللجوء إلى الإشهار في جميع أشكال المناقصة: المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة، الدعوة إلى الانتقاء الأولي المسابقة، المزيدة.

ويكون الإشهار الصحفي أو الإعلان على المستوى الوطني أو الجهوي أو المحلي إجبارياً، بحيث ينشر في الجريدة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي على الأقل في جريدتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، كما ينشر فيها إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي ينشر فيها إعلان المناقصة، عندما يكون ممكناً، مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة.⁷³

أما بالنسبة لمناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعاً لتقدير إداري على التوالي خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل عنها وعشرين مليون دينار (20.000.000 دج) أو يقل عنها، أن يكون محل إشهار محلي حسب الكيفيات الآتية:

- نشر إعلان المناقصة في يوميتين محليتين أو جهويتين .

⁷⁰ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 139.

⁷¹ أنظر المادة 3، من المرسوم الرئاسي 236/10. المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁷² ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 73.

⁷³ قدوح حمامة، إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 18.

-إصاق إعلان المناقصة في بالمقرات المعنية:الولاية ،لكافة البلديات،لغرف التجارة والصناعة والحرف والفلاحة،للمديرية التقنية المعنية في الولاية.⁷⁴

ثانيا:مرحلة تقديم العروض: يمكن تعريف العطاءات بأنها العروض التي يتقدم بها الأشخاص في الصفقة والتي يبين وفقا للمواصفات المطروحة في ملف الصفقة،و كذلك تحديد السعر الذي يقترحه والذي يرضى على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة⁷⁵.

أما عن آجال تحضير العروض فإن تنظيم الصفقات العمومية لم يضع أجل معين لإيداع العروض وإنما ترك المجال في ذلك للمصلحة المتعاقدة، صاحبة السلطة التقديرية،وهذا ما قضت به المادة 50 من المرسوم الرئاسي 236/10 ،«يحدد أجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتمز طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصال التعهدات».

ويوافق آخر يوم وآخر ساعة لإيداع العروض ويوم وساعة فتح الأظرفة التقنية والمالية،آخر يوم من مدة تحضير العروض وإذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية ،فإن مدة تحضير العروض تمدد إلى غاية يوم العمل الموالي ،ويجب أن تشمل التعهدات على عرض تقني وعرض مالي يوضعان في ظرف ،تكتب عليه عبارة لا يفتح ورقم المناقصة وموضوعها.⁷⁶

ويشترط أن تكون العروض مطابقة لدفاتر الشروط التي وضحتها المادة 10 من المرسوم الرئاسي 236/10 كما يجب الإشارة إلى أنه لا يمكن المتعهدين تقديم أكثر من عرض واحد في كل إجراء لإبرام صفقة عمومية.⁷⁷

ثالثا: مرحلة دراسة العروض: في هذه المرحلة تقوم لجنة فتح الأظرفة بفتح الأظرفة، ثم تتولى لجنة تقييم العروض البت في العروض الفنية للتحقق من مطابقتها للمواصفات والشروط المطروحة على أساسها المناقصة ،وللجنة أن تستوفي من مقدمي العروض ما تراه من بيانات ومستندات وإستنتاجات ،ثم تبين أوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات في العطاءات التي تسفر الدراسة عن عدم قبولها فنيا ،أما الظرف الآخر فيحدد فيه المقابل المالي الذي يقبل مقدمة التعاقد به،ويتم البت في المناقصات بأنواعها عن طريق اللجنيتين ،تقوم إحدهما بفتح الأظرفة والأخرى بالبت في المناقصة،وسيتيم دراسة مهمة هاتين

⁷⁴قدوح حمامة ،نفس المرجع ،ص20.

⁷⁵ محمود خلف جبوري ،العقود الإدارية ،الطبعة الثانية ،مكتبة دار الثقافة لنشر والتوزيع ،الأردن 1998 ،ص57.

⁷⁶ ماجد راغب الحلو ،العقود الإدارية، مرجع سابق ،ص76.

⁷⁷أنظر المادة 55 مكرر، من المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مرجع سابق.

الجنيتين لاحقا فيما يخص الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية، وفي ظل المرسوم الرئاسي 236/10 وتعديلاته.

رابعا: **مرحلة إرساء المناقصة:** ففي هذه المرحلة يتم إرساء المناقصة على العرض الأفضل والذي يتوافق مع الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط.⁷⁸

ويعتبر قرار إرساء المناقصة هو آخر إجراء من الإجراءات الممهدة لعملية التعاقد ولكنه لا يعني التعاقد حتما، لأنه يجوز الطعن فيه.⁷⁹

ولقد اعترف المشرع الجزائري في المادة 53 من المرسوم 236/10 بسلطة الإدارة وحققها في اختيار المتعاقد معها للمعايير المعلن عنها، واللذين توافرت فيهم الشروط المحددة في إعلان المناقصة، وطبقا لدفتر الشروط وتبقى هذه الحرية مقيدة بعامل الرقابة.⁸⁰

ويتم الإعلان عن المنح المؤقت في الجرائد التي تتم الإعلان فيها عن الصفقة ويجب أن يتضمن هذا الإعلان السعر وأجال الإنجاز وأسباب اختيار هذا العرض.

خامسا: **مرحلة اعتماد الإرساء:** إذا كان العقد المدني لا ينعقد بمجرد رسو المزداد فإن العقد الإداري لا ينعقد إلا بعد تصديق الجهة المختصة على التعاقد.⁸¹

وفي المرسوم الرئاسي 03/13 وفقا لما نصت عليه المادة 4 منه لا تصبح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطات المختصة، ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين، بأي حال بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقا لأحكام تشريعية وتنظيمية معمول بها.

وباعتماد الصفقة وتزكية الانتقاء، تدخل الصفقة العمومية مرحلتها النهائية. وتعرف بعد توقيعها من قبل السلطة المخولة بذلك مرحلة جديدة هي مرحلة التنفيذ فالاعتماد يجعل العقد نهائيا.⁸²

¹ مال الله جعفر عبد المالك الحمادي ، مرجع سابق ، ص331

² مال الله جعفر عبد المالك الحمادي، نفس المرجع ، ص332

³ عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، مرجع سابق ص176.

⁴ ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ص84.

⁸² أنظر المادة 4، من المرسوم الرئاسي 03/13، مرجع سابق.

المطلب الثاني: أسلوب التراضي:

بالعودة إلى مختلف القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية نجد أنها جعلت من المناقصة قاعدة عامة وأساسية لإبرام الصفقات العمومية وذلك كونها تكفل حق المشاركة لكل العارضين وإضافة إلى إضفاء مبدأ العلانية والشفافية في إبرام الصفقات العمومية. ولكن وكاستثناء اعترف المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي وذلك لأسباب موضوعية، دون الحاجة إلى الدعوة الشكلي، وعليه سنحاول من خلال الفرعين الآتين توضيح أسلوب التراضي.

الفرع الأول: حالات وأشكال التراضي:

عرف التراضي بأنه إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملثمة.⁸³

أولاً: التراضي البسيط: وفقا للمادة 3 من المرسوم الرئاسي 98/11 المعدلة للمادة 27 من المرسوم الرئاسي 236/10، فإن التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 43 من المرسوم الرئاسي 236/10، ولقد تم تعديل هذه المادة بموجب المرسوم الرئاسي 23/12 وبالتحديد المادة 43 والتي جاء فيها مايلي:

- عندما تنفذ الخدمات في إطار أحكام المادة 7 من هذا المرسوم والتي نصت على أنه تبرم الصفقات العمومية قبل الشروع في تنفيذ الخدمات، وفي حالة وجود خطر يهدد استثمارا، أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي، يمكن الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي المعني، أن يرخص بموجب مقرر معلل، بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة، وترسل نسخة عن هذا المقرر إلى الوزير المكلف بالمالية.⁸⁴

- عندما يتحتم تنفيذ خدمات بصفة استعجالية ولا تتلاءم طبيعتها مع آجال إجراءات إبرام الصفقات، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال هذه، وأن لا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرفيها، وفي هذه الحالة يجب أن تتم الموافقة المسبقة على اللجوء إلى إبرام الصفقات الاستثنائية أثناء اجتماع الحكومة.

⁸³أنظر المادة 27، من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁸⁴المادة 7، من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

-عندما ما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة أو لاعتبارات ثقافية وأو فنية وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية وأو الفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

وبهذا الصدد نقول أن المشرع الجزائري أحسن عندما أعفى الإدارة المصلحة المتعاقدة من إجراءات المناقصة، لأن ذلك يعد هدرا للوقت، فالصفقة لا يمكن أن يقوم بها إلا متعامل وحيد، وهو الأمر نفسه الذي اعتمده الأمر 90/67 في مادته 61 والمرسوم 145/82 في مادته 44 والمرسوم التنفيذي 434/91 في مادته 40 والمرسوم الرئاسي 250/02 في مادته 37 .

-في حالات الاستعجال الملح المعلل بحظر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان. ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، ولقد فصلت هذه المادة في الموضوع خلال القوانين السابقة، وإن حالة الاستعجال في علم القانون عامة ومكرسة في الكثير من المجالات والميادين⁸⁵.

-في حالة تموين مستعجلة مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها. وهذا أمر أشارت إليه قوانين الصفقات العمومية السابقة.

-عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية، وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية بإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج) وللموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر، وعلى خلاف المادة 43 من المرسوم 236/10 نجد أن التعديل قد حدد بوضوح المبلغ المالي⁸⁶.

-عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، وتحدد قائمة المؤسسات المعنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.

⁸⁵عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 189.

⁸⁶تم توضيح هاتين الفقرتين أكثر في المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 236/10، التعديل يهدف إلى توضيح وتأطير إبرام الصفقات بالتراضي.

-عندما يعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج وفي هذه الحالة،يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء،إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار(10.000.000.000 دج)،وللموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السلف الذكر،وعند مقارنة هذه الفقرة مع مثيلتها من المادة 43 من المرسوم الرئاسي 236/10. نجد أن المشرع الجزائري قد حدد فيها المبلغ وللملاحظة فإنه وفقا للمادة 3 الفقرة 3 من المرسوم الرئاسي 98/11 فإن الصفقات المبرمة وفقا لأسلوب التراضي لا تخضع لأحكام المادة 24 من المرسوم الرئاسي 236/10.

ثانيا:التراضي بعد الاستشارة: وفقا للمادة 3 من المرسوم الرئاسي 98/11 فإنه تخضع الصفقات الخاصة بالمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة إلى التراضي بعد الاستشارة وذلك في الحالات الآتية⁸⁷:

-عندما يتضح أن الدعوة إلى المنافسة غير مجدية ،وذلك عند استلام عرض واحد فقط أولم يتم استلام أي عرض،أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط أو لم يتم تأهيل عرض ،بعد تقييم العروض المستلمة ،وفي هذه الحالة ،يمكن للمصلحة المتعاقدة إما إعادة إجراء المناقصة أو اللجوء لإجراء التراضي بعد الاستشارة ، وهذا التعديل تم بموجب المرسوم الرئاسي 23/12 المؤرخ في 18 جانفي 2012. و هذا التعديل يهدف إلى توضيح وتأطير الصفقات بالتراضي بعد الاستشارة.

في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى المناقصة.ومن خلال قراءة هذه الحالة يظهر لنا أن المشرع الجزائري استبعد عقد الأشغال وأعطى للإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية في تمييز إذا ما كانت هذه الدراسات واللوازم والخدمات لا تستدعي أو لا تتطلب اللجوء إلى المناقصة⁸⁸.

- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة. وللإشارة فإن صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة والأشغال السابقة الذكر تحدد بموجب قرار مشترك بين سلطة المؤسسة الوطنية ذات السيادة أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني،حسب الحالة والوزير المكلف بالمالية.

⁸⁷أنظر المادة 3 من المرسوم الرئاسي 98/11 المؤرخ في 01/03/2011 يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 236/10

،الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2011

⁸⁸علي معطي الله ،حسنية شرح بن زايد ، تقنين الصفقات العمومية في الجزائر ، مرجع سابق، ص46.

-في حالة صفقات الدراسات و اللوازم والخدمات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال مناقصة جديدة.

-في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية، وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات، عندما تنص إتفاقات التمويل المذكورة على ذلك، وفي هذه الحالة، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى، وتتجلى الحكمة من ذكر هذه الحالة من حالات التراضي في تكريس و احترام التزامات الدولة ذات الطابع الخارجي⁸⁹.

الفرع الثاني: إجراءات إبرام الصفقة عن طريق التراضي :

بالرجوع إلى مواد المرسوم الرئاسي 236/10 وكذا التنظيمات السابقة نجد أن المشرع الجزائري يعطي الإدارة المتعاقدة حق اختيار المتعامل المتعاقد دون الحاجة إلى الإشهار. فأسلوب التراضي يعفي الإدارة من حيث الأصل من أهم قيد وهو الإعلان، ولا يعفيها من كل القيود الشكلية، إذ أنه يلقي على عاتقها إتباع إجراءات شكلية بسيطة سواء في التراضي البسيط أو بعد الاستشارة⁹⁰.

أولاً: إجراء اتخاذ الرخصة من الجهات المعنية: يكون إجراء اتخاذ الرخصة من مجلس الوزراء الذي أشارت إليه الفقرة السادسة من المادة 43 من المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 236/10، بحيث نصت على أنه ينبغي أخذ الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج) وللموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن مبلغ (10.000.000.000 دج).

وعليه فالمصلحة المتعاقدة لا يمكنها إبرام العقود دون القيام بهذا الإجراء فهو إجباري⁹¹.

-كما أن الإدارة يقع على عاتقها إثبات توافر إحدى الحالات التي نصت عليها المادة 43 والمادة 44. لأنه وفقا للمادة 42 من المرسوم الرئاسي 236/10 «يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلق اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة⁹²، وإضافة إلى ذلك فالمصلحة المتعاقدة مقيدة بإتباع إجراء الاستشارة في التراضي بعد الاستشارة، فتوجه خطابها الرسمي لمجموعة متعاملين وتدعوهم لتقييم عروضهم

⁸⁹عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق ص 195.

⁹⁰ريم عبّيد، طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مرجع سابق ص 28.

⁹¹عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق ص 195.

⁹²المادة 42، من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

والمشاركة في منافسة يمكن أن نطلق عليها أنها محدودة أو ضيقة النطاق، وتحفظ مجموع مراسلات الإدارة في ملف الصفقة.

وللملاحظة فإنه في حالة العرض الوحيد، في هذا النوع فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة أن تقوم بإجراء تقييم العرض الوحيد وهو ما نصت عليه المادة 44 من المرسوم الرئاسي 03/13....

ثانيا :إجراء وجوب الإعلان عن المنح المؤقت في أسلوب التراضي بعد الاستشارة: بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 236/10 نجده لم يقتصر المنح المؤقت على أسلوب المناقصة ،بل مده أيضا إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة، وذلك ضمانا لحقوق المتعهدين وتمكينهم من ممارسة حق الطعن، وحتى يتحقق ذلك على الإدارة المعنية أن تنشر إعلان المنح المؤقت.

وينتج عن نشر إعلان المنح المؤقت لصفقة أعدت بطريق التراضي بعد الاستشارة نشوء حق المتعامل المشارك في تقديم طعن أمام لجنة الصفقات المعنية وهذا حكم مشترك بين نظام المناقصة وأسلوب التراضي بعد الاستشارة.⁹³

⁹³ أمار بوضياف ،شرح تنظيم الصفقات العمومية ،مرجع سابق ص196.

المبحث الثالث: توسيع مجال الرقابة على الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 236/10 وتعديلاته:

تعد الرقابة على الصفقات العمومية كحصن منيع وصمام أمان يحفظ المال العام، فالإعتمادات المالية المرصودة لإشباع الطلبات العمومية المتزايدة عن طريق الصفقات العمومية ضخمة ولا يمكن تركها بدون رقابة⁹⁴. فالرقابة تلعب دورا كبيرا في حماية المال العام، كما لا يمكن بالمقابل إنكار الدور الرائد الذي تلعبه الصفقات العمومية في تفعيل التنمية، باعتبارها أداة تجسد من خلالها المشاريع والبرامج التنموية، الأمر الذي يجعل من فرض آليات للرقابة ضرورة لا بد منها. والصفقات العمومية تخضع لنوعين من الرقابة⁹⁵: الأولى تتمثل في الرقابة الداخلية والتي تمارس عن طريق لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض، و رقابة خارجية والتي تعتبر كأداة يمكن عن طريقها التأكد من تنفيذ الدوائر والمؤسسات الحكومية والإدارات عموما للمهام المنوطة بها وفقا للخطط والبرامج الموضوعة مسبقا. ووفقا لتشريع والتنظيم المعمول بهما في مجال الصفقات العمومية. وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث عرض أهم الآليات التي تتم من خلالها الرقابة الداخلية والخارجية على الصفقات العمومية.

المطلب الأول: ممارسة الرقابة الداخلية على الصفقة العمومية :

بالعودة إلى المرسوم الرئاسي 236/10 نجد أن المادة 120 منه تنص على أنه « تمارس الرقابة الداخلية في مفهوم هذا المرسوم وفق النصوص التي تتضمن تنظيم 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 اللازمة لتناسق عمليات الرقابة وفعاليتها، وعندما تكون المصلحة المتعاقدة خاضعة لسلطة وصية، فإن هذه الأخيرة تضبط تصميمها نموذجا يتضمن تنظيم رقابة الصفقات ومهمتها.»

⁹⁴ بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان الصفقات على المستوى المحلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع إدارة ومالية جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2012/2011، ص 34.

⁹⁵ أنظر المادة 17، من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

و من خلال النص أعلاه يتضح لنا أن الرقابة الداخلية تكون وفقا لمعايير ومقاييس يتم تحديدها مسبقا في إطار تنظيم الصفقات العمومية، بحيث تلتزم كل هيئة بالمهام الموكلة إليها دون أن تتجاوز السلطات الممنوحة لها، والغاية من ذلك طبعاً هي التنمية الشاملة وتفعيل دور الرقابة⁹⁶.

الفرع الأول: اللجنة الدائمة لفتح الأظرفة:

تعد المادة 121 من المرسوم الرئاسي 236/10 هي الأساس التنظيمي للجنة الدائمة لفتح الأظرفة، بحيث نصت على أنه تحدث في إطار الرقابة، الداخلية لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى المصلحة المتعاقدة. ويتضح لنا من خلال النص أعلاه أن المشرع الجزائري أضاف صفة الديمومة لهذه اللجنة بحيث أنه في المرسوم الرئاسي 250/02 لم تكن هذه اللجنة دائمة، وذلك يترتب عنه أنها موجودة دائماً على مستوى المصلحة المتعاقدة، وهي ليست بمصلحة عابرة أو ظرفية وذلك لا يمنع من أن تتغير تشكيلتها من حين إلى آخر⁹⁷.

وتكمن مهمة هذه اللجنة في فتح الأظرفة وتثبيت العروض المقدمة في سجل خاص، وهو ما يكرس مبدأ الشفافية في الصفقة من جهة ويجسد مبدأ التسيير الجماعي للصفقة من جهة أخرى، ما يقودنا في النهاية على الحد من الفساد المالي⁹⁸.

وتقوم هذه اللجنة بتثبيت صحة تسجيل العروض في سجل خاص، وإعداد قائمة المتنافسين المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفتهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات وتقديم وصفا مختصراً للوثائق التي يتكون منها كل تعهد. وتتوج جلساتها بإعداد محضر يتضمن أعمال الجلسة يوقعه جميع أعضائها، ولها أن تدرج فيه التحفظات اللازمة.

كما تقوم لجنة فتح الأظرفة بدعوة المتعهدين، عند الاقتضاء كتابياً، إلى استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة باستثناء التصريح بالاككتاب وكفالة التعهد عندما يكون منصوصاً عليها وتمنحهم اللجنة أجله أقصاه 10 أيام تحت طائلة رفض العرض من قبل اللجنة الدائمة لتقييم العروض. ويمكن للجنة فتح الأظرفة أن تحرر محضراً بعدم جدوى المناقصة عندما يتم استلام عرض واحد أو عندما لا يتم استلام أي عرض⁹⁹.

⁹⁶ Sabri mohamed et autres. Guide de gestion des marchés publics ,alger siprint les éditions du sable ,alger,2000,p113.

⁹⁷ بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان الصفقات على المستوى المحلي، مرجع سابق، ص 36.

⁹⁸ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 246.

⁹⁹ أنظر المادة 123، من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم.

ويتم فتح الأظرفة التقنية والمالية في جلسة علنية بحضور كافة المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا، خلال نفس الجلسة في تاريخ وساعة فتح الأظرفة.

أما في حالة إجراء المسابقة يتم فتح الأظرفة التقنية وأظرفة الخدمات والأظرفة المالية على ثلاث مراحل ولا يتم فتح أظرفة الخدمات في جلسة علنية.

وفي حالة إجراء الاستشارة الانتقائية، يتم فتح الأظرفة التقنية النهائية والمالية على مرحلتين، كما يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تضع في مكان مؤمن وتحت مسؤوليتها الأظرفة المالية إلى غاية فتحها.

ولإضفاء بعض المرونة على أعمال لجنة فتح الأظرفة نصت المادة 124 من المرسوم الرئاسي 236/10 على جواز عقد أعمالها مهما كان عدد الحاضرين وذلك بقولها «تصح اجتماعات لجنة فتح الأظرفة مهما يكن عدد أعضائها الحاضرين». ولعل الهدف من ذلك هو التقليل من عمر عملية إبرام الصفقة العمومية.

أما بالنسبة لتشكيلة لجنة فتح الأظرفة فقد نصت المادة 121 من المرسوم الرئاسي 236/10 في فقرتها الثانية على أن يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر تشكيلة اللجنة في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها.

ولم يفرض النص أي شرط في عضو لجنة فتح الأظرفة ولقد أراد المشرع من خلال استحداثه للجنة دائمة لفتح الأظرفة تحدث على مستوى كل الجهات المعنية بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية تحقيق مبدأ التسيير الجماعي للصفقة وإضفاء إطار رقابي ولو كان داخليا عليها وإضفاء شفافية أكثر.¹⁰⁰

ومن خلال ما سبق الذكر يمكننا القول أن دور لجنة فتح الأظرفة هام وكبير فيما يتعلق في تحديد القائمة الاسمية للمتنافسين وتحديد هويتهم ووثائقهم وتثبيتهم في سجل خاص.

الفرع الثاني: اللجنة الدائمة لتقييم العروض:

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 236/10 وبالتحديد مادته 125 نجده فرض على كل الإدارات والهيئات العمومية المستقلة وعلى مراكز البحث وجميع الهيئات الواردة في المادة الثانية منه إنشاء لجنة دائمة لتقييم العروض، ليكون عملها مكملا للجنة فتح الأظرفة، ولتتمارس مهمة الرقابة الداخلية في مرحلة حاسمة من مراحل إبرام الصفقات العمومية حيث جاء فيها « تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض، وتتولى هذه اللجنة والتي يعين أعضائها بقرار من مسؤول المصلحة المتعاقدة، والتي

¹⁰⁰ خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2011،

تتكون من أعضاء مؤهلين يختارون نظرا لكفاءتهم، تحليل العروض وبدائل العروض عند الاقتضاء، من أجل إبراز الاقتراح أو الاقتراحات ينبغي تقديمها للهيئات المعنية.

وتتلقى العضوية في لجنة تقييم العروض مع العضوية في لجنة فتح الأظرفة ، كما يمكن أن تستعين المصلحة المتعاقدة، تحت مسؤوليتها بكل كفاءة، وتكلف بإعداد تقرير تحليل العروض ،لحاجات لجنة تقييم العروض ،وتقوم هذه اللجنة بإقصاء العروض غير المطبقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط وبعدها تعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين:

المرحلة الأولى: تتولى خلالها لجنة تقييم العروض بترتيب العروض المقبولة من الناحية، التقنية وإقصاء كل عرض لم يحصل على حد أدنى من العلامة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

المرحلة الثانية: وتتولى خلالها لجنة تقييم العروض الاضطلاع على العروض المالية المقترحة من المتعهدين ودراستها وصولا لاختيار المتعامل المتعاقد ،طبقا لمعيار العرض الأقل ثمنا إن تعلق الأمر بخدمات عادية ،أو معيار العرض الأحسن من الناحية الاقتصادية .إذا كان الاختيار قائما على أساس الجانب التقني للخدمات¹⁰¹.

وإلى جانب دورها المتميز في ترتيب المتنافسين فإنه بإمكانها أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول ،أي إبعاد المترشح الفائز بالترتيب الأول إذا ثبت للجنة أنه يترتب على منحه الصفقة هيمنته على السوق أو أن يتسبب في اختلال قواعد المنافسة وهو ما أشارت إليه الفقرة 8 من المادة 125 بقولها :«غير أنه يترتب على لجنة تقييم العروض ان تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا ثبت أنه يترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت».

وما يحسب للمشرع الجزائري أنه مرة أخرى اعترف للإدارة المتعاقدة بإنشاء لجنة دائمة لتقييم العروض. وذلك من أجل أن تكمل الدور الرقابي الذي تقوم به لجنة فتح الأظرفة. وبذلك تجسيد مبدأ جماعية تسيير ملف الصفقة.

وخلافا للجنة فتح الأظرفة ، فقد فرض المشرع تأهيلا وكفاءة معينة في العضو المختار في هذه اللجنة، وترك للمسؤول الأول على مستوى المصلحة المتعاقدة سلطة اختيار أعوان الإدارة ضمن اللجنة المذكورة

¹⁰¹ عمار بوضياف ،شرح تنظيم الصفقات العمومية ،مرجع سابق، ص250.

ومن المؤكد أن اشتراط عنصر التأهيل والكفاءة في عضوية لجنة تقييم العروض يعكس مدى خطورة الدور المنوط إلى هذه اللجنة¹⁰².

بل يجوز اللجوء لكفاءات أخرى وهذا طبعا يخدم موضوعية التقييم¹⁰³.

المطلب الثاني: إتساع نطاق الرقابة الخارجية:

تتمثل غاية الرقابة الخارجية في مفهوم هذا المرسوم في التحقق من مطابقة الصفقات المعروضة على الهيئات الخارجية المكلفة بذلك للتشريع والتنظيم المعمول بهما ، وترمي الرقابة الخارجية أيضا إلى التحقق من مطابقة إلتزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية.

الفرع الأول: الرقابة الخارجية القبلية على الصفقات العمومية:

أول شكل تتخذه الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية هو شكل الرقابة القبلية، حيث يعد هذا الشكل نشاطا تقييميا رقابيا تضطلع به جهات متخصصة قبل دخول الصفقة حيز التنفيذ، بما يمنع حدوث الخطأ أو التجاوزات التي تمس بمشروعية الصفقات العمومية، فعلى كل إدارة بدءا من الوزارات وصولا للجماعات الإقليمية الخضوع لفحص صارم على الصفقات التي تبرم قبل تنفيذها.

أولاً: الرقابة الممارسة من قبل لجان الصفقات: تتمثل لجان الصفقات العمومية في كل من لجان الوطنية، واللجان القطاعية، واللجان الوزارية، ولجان المصالح المتعاقدة ولقد أسند لكل واحدة منها اختصاصات معينة، وتتميز بتواجدها في كل الإدارات المعنية بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية، ما يؤكد تجسيد مبدأ التسيير الجماعي لملف الصفقة انسجاما مع مضمون المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 236/10¹⁰⁴، وتتمثل اختصاصات لجان الصفقات العمومية فيما يلي:

أ) إختصاصات اللجنة الوطنية للصفقات : يتحدد إختصاص اللجنة الوطنية بناء على المعيار المالي فقط كما هو مبين فيمايلي :

-فيما يخص صفقات الأشغال: تفصل اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال في مجال الرقابة في كل مشروع:

¹⁰² خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 393.

¹⁰³ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 251.

¹⁰⁴ خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 396.

صفقة أشغال يفوق مبلغها مليار دينار (1.000.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 206 من هذا المرسوم¹⁰⁵.

-صفقات اللوازم: تفصل اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم في مجال الرقابة في كل مشروع:

صفقة لوازم يفوق مبلغها ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 من هذا المرسوم¹⁰⁶.

-صفقات الدراسات والخدمات : تفصل اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات في مجال الرقابة في كل مشروع:

صفقات خدمات يفوق مبلغها مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 106 من هذا المرسوم.

صفقة دراسات يفوق مبلغها ستين مليون دينار(60.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 106 من هذا المرسوم.

صفقة خدمات أو دراسات تحتوي على البند المنصوص عليه في المادة 106 من هذا المرسوم، يمكن أن يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار المبالغ المحددة أعلاه وأكثر¹⁰⁷.

ب) اختصاصات اللجنة القطاعية للصفقات : اختصاصات اللجان القطاعية وفقا للمعيار المالي هي نفسها اختصاصات اللجان الوطنية للصفقات ،ويبقى الاختلاف بينهما في المعيار العضوي بحيث تختص اللجان القطاعية برقابة الصفقات التي تبرمها الإدارة المركزية،المصالح غير الممركزة للدولة والمؤسسات الوطنية التابعة لها ،والجماعات والمؤسسات المحلية التابعة لها.

ج)اختصاصات اللجنة الوزارية للصفقات: ينعقد اختصاص اللجنة الوزارية للصفقات بدراسة مشاريع صفقات الإدارة المركزية للوزارة،التي تقل مبالغها أو تساوي المبالغ الإجمالية للصفقات التي تدخل ضمن إختصاص اللجان الوطنية للصفقات¹⁰⁸.

د)اختصاصات اللجان الولائية للصفقات : تختص اللجنة الولائية للصفقات وفقا للمعيار العضوي بممارسة الرقابة على الصفقات التي تبرمها الولاية،المصالح الغير ممركة للدولة الموجودة على مستوى الولاية، البلدية والمؤسسات العمومية المحلية في مشاريع صفقات الأشغال التي يقل مبلغها عن مليار دينار أو

¹⁰⁵أنظر المادتين 146 ، 147، من المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل والمتمم،للمرسوم الرئاسي 236/10.

¹⁰⁶أنظر المادتين 146 ، 147، من المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل والمتمم،للمرسوم الرئاسي 236/10.

¹⁰⁷أنظر المادة 148 ، من المرسوم رقم 23/12 مرجع سابق.

¹⁰⁸بعلي محمد الصغير ،العقود الإدارية ،مرجع سابق،ص 59.

يساويه، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستويات الواردة في المادة 106 التي سبق بيانها في صفقات اللوازم التي يقل مبلغها الإجمالي أو يساوي ثلاثمائة مليون دج، صفقات الخدمات للجهات المذكورة أعلاه، والتي يساوي ستين مليون دج بالنسبة لصفقات الدراسات كل ملحق لهذه الصفقات في حدود المستويات الواردة في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236/10¹⁰⁹.

(و) اختصاصات اللجنة البلدية للصفقات: تمارس اللجنة البلدية رقابتها على الصفقات التي تبرمها كل من البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، التي يقل مبلغها عن مائتي دج بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم، خمسين مليون دج بالنسبة لصفقات الخدمات، عشرين مليون دج لصفقات الدراسات .

(هـ) اختصاصات لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية، مركز البحث والتنمية الوطني الهيكل غير ممرکز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري: تختص اللجنة برقابة الصفقات التي تبرمها كل من المؤسسة العمومية الوطنية مركز البحث والتنمية الوطني الهيكل غير ممرکز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري حسب الكيفيات التالية:

فيما يخص صفقات الأشغال العمومية عندما يكون المبلغ الإجمالي للصفقة أقل أو يساوي مليار دينار جزائري وكل ملحق بهذه الصفقة في حدود المستويات المبينة في المادة 106.

صفقات اللوازم حين يقل مبلغها أو يساوي ثلاثمائة مليون دج وكل ملحق لهذه الصفقة في حدود المستويات المبينة في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم.

صفقات الخدمات حين يقل مبلغها أو يساوي مائتي مليون دينار جزائري وكل ملحق لهذه الصفقة في حدود المستويات المبينة في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236/10

أما صفقات الخدمات حين يقل مبلغها أو يساوي مائتي مليون دينار جزائري وكل ملحق لهذه الصفقة في حدود المستويات المبينة في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236/10

أما صفقات الدراسات فتراقب اللجنة: الصفقات التي يقل مبلغها أو يساوي ستين مليون دينار وكل ملحق لهذه الصفقة في حدود المستويات الواردة في المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236/10¹¹⁰

ثانيا: تقنيات رقابة لجان الصفقات العمومية: تخضع رقابة لجان الصفقات لقواعد عامة ومشاركة فيما يتعلق بتسييرها¹¹¹، حيث يعقد اجتماعها بناء على مبادرة من رئيسها في جلسات ليست علنية، ولا تصح

¹⁰⁹أنظر المادة 106، من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

¹¹⁰بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق ص 279 .

¹¹¹— محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص62.

إلا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها، وفي حال عدم اكتمال النصاب بالنسبة لجدول معين، يجمع رئيس اللجنة من جديد في غضون 08 أيام الموالية حسب نفس الجدول وتكون المداولات بعد هذا الاستدعاء صحيحة أيا كان عدد الحاضرين.

يحضر رئيس اللجنة وأعضائها اجتماعاتها، كما يجتمع نائب الرئيس ويشارك في التصويت ضمن نفس الشروط المطبقة على العضو الدائم، وتكون التدخلات في اللجنة بمجرد طلب يوجه للرئيس أثناء الجلسة حيث يعطي هذا الأخير الكلمة لكل متدخل، وبعد انتهاء المناقشات يقوم الرئيس بصياغة الاقتراحات التي يتم تداولها عند الاقتضاء لتتم المصادقة بعد ذلك على الرأي المتعلق بكل ملف بعد عملية التصويت، وتعتمد نتيجة عملية التصويت بالأغلبية البسيطة، وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً وفي الأخير يتم تسجيل المداولات حسب الترتيب الزمني في سجل مرقم ومؤشر عليه من قبل الرئيس. توضح فيه تفاصيل عمليات التصويت، كما يوقع على المداولة من قبل الجميع الأعضاء في الجلسة وفي غياب ذلك يذكر السبب الذي منعه من الإمضاء¹¹²

تؤدي اللجان رقابتها على مشاريع الصفقات في أجل عشرين يوماً، يبدأ بجلسات من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة اللجنة، أما فيها لا يحض دفاتر الشروط فتراقب في أجل خمس وأربعين يوماً يبدأ بحسابها من تاريخ إيداع الملف لدى كتابة اللجنة ويشار هنا إلى أن المرسوم الرئاسي 236/10 تخص اللجان الوطنية واللجان القطاعية بأجل ممدد مقارنة بباقي اللجان مقداره خمس وأربعين يوماً عند دراسة الملفات المعروضة عليها، وتبقى تأشيرتها هذه صالحة لمدة ثلاثة أشهر، فإذا انقضت هذه المدة أصبحت التأشير لاغية وإستجوب على المصلحة المتعاقدة تقديم الصفقة للجنة المختصة للحصول على تأشير جديدة¹¹³

لتتوج في الأخير كل جلسة بمحضر، يعتبر هو الأصل ويسجل في سجل للمداولات لتتخذ اللجنة قرارها وتمنح باعتبارها مركز اتخاذ القرارات ما يلي:³

1- منح التأشير: باعتبارها مركز اتخاذ القرارات تمنح تأشير شاملة أو مرفقة بتحفظات قد تكون:

أ- **تحفظات موقفة:** وذلك عندما يتصل الخلل الملاحظ بموضوع الصفقة العمومية، ويتعين هنا على الأمانة الدائمة متابعة رفضها بالاتصال مع المقرر الذي كلف بدراسة الملف إذ لا يمكن للصفقة أن تدخل

¹¹² -نضمت قواعد المداولات المواد من 18 إلى 21 من المرسوم التنفيذي رقم 11-118 المؤرخ في 16 مارس 2011،

المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية الجريدة الرسمية رقم 16

113-أنظر المادة 132، من المرسوم الرئاسي 23/12، مرجع سابق.

³ -عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 303

حيز التنفيذ إلا بعد تصحيح العيب وإزالته ويشار هنا إلى هذه التحفظات الموقفة بأنها لا توقف سريان آجال صلاحية التأشيرة.

ب- **تحفظات غير موقفة:** تمنح التأشيرة بتحفظات غير موقفة عندما ترتبط العيوب بشكل الصفقة، وعلى العكس من التحفظات الموقفة يمكن للصفقة أن تدخل حيز التنفيذ لكن مع ذلك يجب رفع التحفظات الشكلية بالتنسيق بين المسؤول المكلف بالأمانة الدائمة للجنة والمقرر الذي كلف بإعداد التقرير.

ج- **تأجيل مشروع الصفقة لاستكمال الملف:** بحيث يكون هذا الإجراء عند وجود نقص في بعض الوثائق الهامة والضرورية في ملف الصفقة التي تحول دون تمكن اللجنة من دراسة الملف كاملا. في هذه الحالة يتم التوقف عن حساب الآجال، وكأن الملف لم يعرض إطلاقا ولا تعود الآجال للسريان إلا ابتداء من يوم تقديم المعلومات المطلوبة¹¹⁴.

2- **رفض التأشيرة:** يمكن للجنة الصفقات رفض التأشير على الصفقات العمومية في حالة وجود مخالفة للقواعد القانونية المنظمة لإبرام الصفقات العمومية، كعدم احترام قواعد الإعلان عن المناقصة¹¹⁵.

3- **مقرر التجاوز :** في حالة رفض التأشير من قبل اللجنة المختصة، يمكن للوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي كل حسب اختصاصه، وبناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة تجاوز ذلك بموجب مقرر معلل ومسبب يذكر فيه السبب المبرر لعدم الاعتداد بقرار اللجنة والانتقال لتنفيذ الصفقة. كانت هذه هي آلية إخضاع الصفقات العمومية لرقابة لجان الصفقات القبلية، التي ظهرت متميزة بأصنافها المختلفة من حيث تشكيلتها البشرية، والاختصاصات المنعقدة لها، ممارسة لمهمتها الرقابية وفق أطر محدودة قانونا متوجة إياها بقرار منح تأشيرة كاملة أو مرفقة بتحفظات موقفة أو غير موقفة أو رفض منح التأشيرة حسب الحالة بطبيعة الحال.

الفرع الثاني : الرقابة الخارجية البعدية على الصفقات العمومية :

أصبحت الكثير من الدول في الآونة الأخيرة تفضل الرقابة الخارجية البعدية عن الرقابة القبلية، لأنها ترى فيها الرقابة الدينامكية التي لا تعطل وتيرة إنجاز المشاريع، ومن جهة أخرى تتسجم ومنظومتها

¹¹⁴ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 303.

¹¹⁵ عمار بوضياف، نفس المرجع، ص 304.

القانونية المتناسقة، فضلا عن امتلاكها لقدرات التسيير، وحيازتها على أجهزة رقابية شعبية وإعلامية متمرسة وهيئات قضائية مستقلة، تجعل من ترجيح كفة الرقابة البعدية أمرا ممكنا¹¹⁶.
وعليه سنحاول من خلال ما يلي الإشارة إلى الأجهزة التي تتولى الرقابة البعدية بدءا بالمفتشية العامة للمالية مرورا بمجلس المحاسبة .

أولا : رقابة المفتشية العامة للمالية على الصفقات العمومية : تبحث المفتشية في مجال رقابة الشروط الشكلية للصفقة في طريقة إبرام الصفقة، فإذا أبرمت بطريق التراضي تتحقق من توفر الحالات القانونية والاستثنائية التي تبيح اللجوء إلى التراضي و الإظطاع على دفاتر الشروط للتحقق من مدى مطابقتها للقوانين و التنظيمات السارية المفعول، أما في مجال الشروط الموضوعية فتراقب المفتشية وتتأكد من شرعية تشكيلة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وتتأكد من مراعاة هامش الأفضلية للمنتج ذي الأصل الجزائري، كما يعاين محضر لجنة الصفقات المختصة وتتأكد من قرار تعيين هذه اللجنة وشرعية اجتماعاتها.

وتمارس المفتشية رقابتها هذه على المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، مصالح الدولة والجماعات الإقليمية والهيئات والأجهزة والمؤسسات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية، هيئات الضمان الاجتماعي التابعة للنظام العام والإجباري وكذا كل هيئات ذات الطابع الاجتماعي والثقافي التي تستفيد من مساعدة الدولة أو الهيئات العمومية وكل مؤسسة عمومية أخرى. مهما كان نظامها القانوني.
الهيئات أو الجمعيات أيا كانت طبيعتها وأنظمتها القانونية بمناسبة حملات نظامية من أجل دعم قضايا إنسانية، اجتماعية وكذا كل شخص معنوي يستفيد من المساعدة المالية للدولة أو الجماعات الإقليمية أو الهيئات العمومية بصفة تساهمية أو في شكل إعانات أو قروض أو تنسيق أو ضمان¹¹⁷.

ثانيا : رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية ونتائجها: يقوم مجلس المحاسبة فيما يتعلق بالصفقات العمومية ومتابعة المشاريع وتتبع الممارسات الغير الشرعية التي تسودها، وتحرير ملاحظات عن تسييرها تدور 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 الإشهار والمنافسة، استبعاد بعض العروض من وجه حق، أو سوء ترتيبها

¹¹⁶فاطمة الزهراء فرقان، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 2007، ص73.

¹¹⁷أنظر المادتين 3، 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 المؤرخ في 9 سبتمبر 2008، يجدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، الجريدة الرسمية رقم 50، المؤرخة في 9 سبتمبر 2008.

،اللجوء التعسفي للملحقات أو تضخيم الأسعار ،عدم نظامية التدوين في السجلات الخاصة بالصفقات ومسكها،عدم تحرير محاضر الفتح والتقييم بتاتا أو عدم تحريرها في أوانها ،التعسف في إعلان عدم جدوى العروض عدم تطبيق عقوبات التأخير أو الإعفاء منها بمبررات غير مقنعة ،عدم تحرير الحساب النهائي الإجمالي للصفقات عند اختتامها وأخيرا غياب الشهود بأداء الخدمة كليا أو جزئيا. وبغرض إتمام مهمته الرقابية كما ينبغي يمكن مجلس المحاسبة من آليات رقابية عديدة تتمثل أساسا في حق الاطلاع على كل الوثائق والمستندات والدفاتر التي تيسر مهامه الرقابية ،الدخول والمعاينة ورقابة نوعية التسيير ،رقابة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية ،إضافة لمراجعة حسابات الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين¹¹⁸ .

¹¹⁸ خرشي النووي،تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية ،مرجع سابق ،ص 416.

ﺃ :
ﺗﺘﻔﯿﺰ ﺍﻟﺼﻔﻘﺎﺕ ﺍﻟﻌﻤﻮﻣﯿﻴﻪ ﻓﯿ
236/10 ﻭﺗﻌﺪﯨﻼﺗﻪ

كما رأينا في الفصل الأول أن الصفقة العمومية تمر بمراحل عديدة حتى تنفذ وتدخل بذلك مرحلة التنفيذ والتي هي محل دراستنا في هذا الفصل، وذلك في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 والتعديلات اللاحقة والتي تم التطرق إليها مسبقا.

وباستقراء المرسوم الرئاسي 236/10 نجد أن هناك الكثير من الآثار القانونية المترتبة عن تنفيذ الصفقة العمومية، سواء بالنسبة للمصلحة المتعاقدة ومالها من حقوق وسلطات، وذلك كالتوجيه والإشراف والرقابة، وتوقيع الجزاءات، أو بالنسبة للمتعاقد وماله من حقوق، كحقه في تقاضي مقابل مالي وحقه في التعويض، وما يقع عليه من التزامات اتجاه المصلحة المتعاقدة، كأداء الخدمات المنفق عليها وتسديد المبالغ المدين بها.

وحرصا من المشرع الجزائري على حماية الحقوق والمصالح لكل من الطرفين، فقد حول لهم ضمن أحكام المرسوم الرئاسي 236/10 حق التنازع بمختلف أشكاله سواء تعلق الأمر بتسوية النزاعات أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية أو المنازعة أمام القضاء في نطاق دعوى القضاء الكامل أو دعوى الإلغاء.

وفي سياق دراستنا لهذا الموضوع لا يمكننا أن نتجاهل أمرا أقل ما يقال عليه أنه خطير، والحديث هنا عن تلك الجرائم المنتشرة في مجال الصفقات العمومية والتي أصبحت شبعا يهدد الخزينة العامة للدولة بالدرجة الأولى ويهدد الاقتصاد الوطني من جهة ثانية.

ومن هذا المنطلق فقد رأينا أن نخصص مبحثا كاملا لدراسة بعض هذه الجرائم، والتي حصرناها في جريمة الامتيازات غير المبررة، وجريمة الرشوة، وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية وذلك كله في إطار الصفقات العمومية.

المبحث الأول: الآثار القانونية لتنفيذ الصفقة العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 236/10

إن الغرض من إبرام الصفقات العمومية هو تنفيذها، وينجم عن ذلك التنفيذ آثار بالنسبة للمصلحة المتعاقدة وكذلك بالنسبة للمتعاقل المتعاقد معها. وبمقابل الحقوق والامتيازات التي تتمتع بها الإدارة اتجاه المتعاقل الملتزم، فإن المتعاقل المتعاقد هو الآخر لديه حقوق على الإدارة المتعاقدة يستمدتها من أحكام العقد نفسه، كما يستمدتها من المبادئ العامة التي ترعى العقود الإدارية وذلك لما لها من صلة وثيقة بالمال العام¹¹⁹ وفي هذا السياق سنحاول من خلال المطالبين الآتين التطرق لحقوق وسلطات المصلحة المتعاقدة وكذا حقوق والتزامات المتعاقل المتعاقد.

المطلب الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة وحقوقها:

لما كانت الإدارة لا تستطيع أن تتخلى عن مسؤولياتها إزاء المرافق حتى وإن أشركت معها بعض أشخاص القانون الخاص في تنفيذها أو إدارتها لمشاريعها، فإن القانون يمنحها عدة حقوق لا مقابل في القانون الخاص تتمكن بواسطتها من الاضطلاع بمهامها المتصلة بالمرافق العامة¹²⁰ وهذه الحقوق والسلطات ندرجها فيما يلي:

الفرع الأول: سلطة وحق التوجيه، الإشراف والرقابة:

للإدارة حق مراقبة وتنفيذ الصفقة العمومية للتحقق من مطابقة التنفيذ للشروط المتفق عليها سواء من الناحية الفنية أو من الناحية المالية، وإذا كان الأصل أن للمتعاقد حق اختيار وسائل تنفيذ التزاماته، فإن للإدارة في بعض العقود وأهمها الأشغال العامة حق توجيه أعمال التنفيذ على النحو الذي تفضله إلا أن الإدارة ليس لها أن تبالغ تحت ستار حق الرقابة والتوجيه إلى التغيير في موضوع الصفقة أو الاعتداء على حقوق المتعاقل المتعاقد¹²¹

ويعتبر حق الإدارة في الرقابة والتوجيه، حق مقرر لها بالنسبة لمختلف العقود الإدارية، ولو لم يتم ذكره في شروط العقد صراحة. إلا أن مدى الحق يختلف من عقد إلى آخر ففي عقد اقتناء اللوازم تتخذ سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة مظهرا آخر أقل شدة من الأول، فالأمر يتعلق بمواد أو منقولات يلزم المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة¹²²

الفرع الثاني: حق التعديل (ملحق الصفقة).

إن للإدارة وعلى خلاف مبادئ القانون الخاص التي تقتضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، حق تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر، فهو ليس له الحق أن يحتج

¹¹⁹ عبد الطيف قطيش، الصفقات العمومية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان 2010، ص 140.

¹²⁰ محمد الصغير بعلی، العقود الإدارية، مرجع سابق ص 73.

¹²¹ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق ص 149.

¹²² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق ص 202

أو يعترض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة وإستراتيجية المصلحة العامة وحسن تسيير المرفق العام¹²³ وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 236/10 نجده يعطى للإدارة هذا الحق بحيث، نصت المادة 102 منه "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم" ويشكل الملحق وفقا للمادة 103 من المرسوم الرئاسي 236/10 وثيقة تعاقدية تابعة لصفقة، وتبرم في جميع الحالات إذا كان هدفها زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة ومن هذين النصين نستنتج أن الملحق أو التعديل يكون مقرون بالشروط التالية:

-توفر عنصر الكتابة ويستقرأ ذلك من وصف المشرع للملحق أنه وثيقة.

-أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهرى بالصفقة وتوازناتها وهذا ما أشارت إليه المادة 103 ومهما يكن من أمر فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة

-أن يتم اللجوء للملحق في حدود أجال تنفيذ الصفقة، وهو شرط مكرس في المادة 105 والتي نصت على «لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا في حدود أجال التنفيذ التعاقدية».

-أن لا يخضع الملحق لرقابة لجنة الصفقات المعنية كأصل عام وذلك وفقا لما جاء في نص المادة 106 من المرسوم الرئاسي 236/10. والتي نصت على أنه « لا يخضع الملحق إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز، زيادة أو نقصانا، النسب الآتية:

-20% من المبلغ الأصلي للصفقة، بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة،

-عشرة في المائة (10) من المبلغ الأصلي للصفقة، بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات.¹²⁴

الفرع الثالث: سلطة وحق توقيع الجزاءات

للإدارة حق توقيع جزاءات متعددة على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته، سواء تمثل هذا الإخلال في الامتناع عن التنفيذ أو في التأخير فيه، أو في القيام به بصورة غير مرضية، وهذا الحق مقرر للإدارة أيضا ولو لم يرد النص عليه صراحة في العقد .

وليس للإدارة توقيع العقوبات الجنائية على المتعاقد معها، كما أنه يجب عليها إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاءات عليها إلا في حالات الاستعجال أو نص العقد على خلاف ذلك.¹²⁵

¹²³-محمود خلف الجبوري العقود الإدارية الطبعة الثانية مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع 1998 ص 63

¹²⁴ أنظر المادة 105، من المرسوم الرئاسي 236/10 .

¹²⁵ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 150.

ويعود تأسيس سلطة توقيع الجزاء إلى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فهذه الأخيرة تفرض تزويد جهة الإدارة والاعتراف لها في مجال التعاقد بممارسة جملة من السلطات من بينها سلطة توقيع الجزاءات للضغط أكثر على المتعاقد معها وإجباره على احترام شروط العقد والتقيد بآجال وكيفيات التنفيذ دون حاجة للجوء للقضاء. بل دون حاجة لنص عليها قانوناً¹²⁶.

وتتمثل هذه الجزاءات فيما يلي:

أولاً: الجزاءات المالية: وهي مبالغ مالية محددة مسبقاً تلزم الإدارة بها المتعاقد الذي يخل بالتزامه، وتختلف الجزاءات المالية في العقود الإدارية عن الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي في القانون الخاص، وذلك أن الإدارة توقعها على المتعاقد معها دون حاجة إلى تدخل القضاء، وبغير حاجة كذلك إلى إثبات ملحقها من ضرر بسبب الإخلال بشرط العقد. والجزاءات المالية نوعين:

1- الغرامات: بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 236/10 وبالتحديد مادته التاسعة ونجدها تنص على هذا النوع من العقوبات بحيث جاء فيها «يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به».

ونجد المادة 24 من المرسوم الرئاسي 236/10 هي الأخرى تنص على تطبيق عقوبات مالية عند الاقتضاء، قد تصل إلى حد 20 من مبلغ الصفقة ولكن تم تعديل هذه المادة بموجب المرسوم الرئاسي 98/11 وألغيت هذه الفقرة، وتم الإشارة إلى الغرامة المالية أيضاً في المادة 62 من المرسوم الرئاسي 236/10.

وباستقراء مضمون المادة 9 من المرسوم الرئاسي نجد أن المشرع الجزائري قيد توقيع العقوبات المالية في حالتين:

- **الحالة الأولى:** عندما لا ينفذ المتعامل المتعاقد الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه، وهنا يتم تسليط جزاء مالي عليه وذلك بعد إثبات إخلاله بالقيود الزمني أو المدة المقررة لتنفيذ العقد.

- **الحالة الثانية:** عندما ينفذ المتعامل المتعاقد العقد المتفق عليه ولكن بشكل غير مطابق لشروط المنصوص في العقد، وهنا أيضاً يتم إخضاعه إلى جزاء مالي.

2- مصادرة مبلغ ضمان كفالة حسن التنفيذ: ويقصد به إستلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد مع الإدارة ليؤكد تحمله حسن التنفيذ ويجوز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض عن كل ضرر يصيب الإدارة¹²⁷.

¹²⁶ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 210.

¹²⁷ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 155.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 236/10 نجده ينص «زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 75، يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة» ويعفى الشريك المتعاقد من كفالة حسن تنفيذ الصفقة في بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات، التي تحدد قائمتها بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني».

ويحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين خمسة في المائة (5) وعشرة (10) من مبلغ الصفقة. حسب أهمية الخدمات الواجب تنفيذها¹²⁸.

ثانياً: وسائل الإكراه والضغط: الإكراه أو التنفيذ على حساب المتعاقد هو أن تقوم الإدارة بنفسها في حالة الخطأ الجسيم، مقام المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته، أو أن تحل غيره محله في القيام بها بصفة مؤقتة لحساب وعلى مسؤولية المتعاقد، وذلك كوسيلة للضغط عليه وحمله على تنفيذ التزاماته، مع بقاء العقد قائماً¹²⁹.

ولا يعتبر التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر، عقوبة توقعها الإدارة على المتعامل معها، وإنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر، وتطبيقاً لقاعدة التنفيذ العيني للالتزام فتقوم به الإدارة لضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، ويتحمل المتعاقد المقصر في جميع ما تتكبده الإدارة من مصروفات، مع إحتفاظها بحقها في المطالبة بالتعويض عما لحقها من أضرار، وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اللجوء إلى التنفيذ على حساب المتعاقد.

ولا يعتبر سحب الأعمال وتنفيذها على حساب المتعامل المتعاقد قراراً إدارياً. وإنما هو مجرد إجراء تتخذه الإدارة تنفيذاً للعقد الأصلي الذي يستمر قائماً على أن يتم تنفيذه على حساب المتعاقد الأصلي¹³⁰. وهكذا ملكت الإدارة عند تنفيذها لصفقة العمومية وسائل التنفيذ العيني، فإن لم يقم المتعامل المتعاقد بالوفاء بما تعهد به، تحركت جهة الإدارة المعنية ولجأت لأسلوب الضغط على المتعاقد معها وجبره على التقيد بالتزاماته.

الفرع الرابع: سلطة فسخ العقد

تملك الإدارة سلطة فسخ العقد وإنهاء الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بينها وبين المتعامل المتعاقد على ارتكاب خطأ جسيم يخول للإدارة ممارسة هذه السلطة. غير أن سلطة فسخ العقد، وبالنظر لخطورتها وأثارها فإن الإدارة قبل ممارستها تلزم بإعذارها المعني بالأمر¹³¹.

¹²⁸ أنظر المادة 97، من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

¹²⁹ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 68.

¹³⁰ القبيلات حمدي سليمان، الرقابة الإدارية والمالية على الأجهزة الحكومية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،

عمان، 2010، ص 213.

¹³¹ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 176.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 236/10 وبالتحديد مادته 112 نجد أنها تنص على ما يلي: «إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد. وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد. ولا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها. ويحدد الوزير المكلف بالمالية بموجب قرار البيانات الواجب إدراجها في الإعدار، وكذلك أجال نشره في شكل إعلان قانوني». وإلى جانب الفسخ الأحادي أجازت المادة 113 من المرسوم الرئاسي 236/10 اللجوء للفسخ التعاقدية حسب الشروط المدرجة في الصفقة، بحيث نصت المادة «زيادة على الفسخ من جانب واحد المنصوص عليه في المادة 112 أعلاه يمكن القيام بالفسخ التعاقدية للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض، وفي حالة فسخ صفقة جارية التنفيذ باتفاق مشترك يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنصب على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقية تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة.¹³²

المطلب الثاني: حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد مع الإدارة

مما لا شك فيه هو أن المتعاقد مع الإدارة يسعى من وراء تعاقدته إلى تحقيق الربح، خاصة إذا كان شخصا من أشخاص القانون الخاص وهو الغالب. وبقية العقد الإداري نوعا من التوازن المالي بين مصالح طرفيه، ومن حق المتعاقد مع الإدارة إذا اختل هذا التوازن أن يطالب بالتعويض لإعادته إلى ما كان عليه، حتى يستطيع مواصلة تنفيذ العقد بطريقة لائقة، وهذا الحق معترف به دون حاجة إلى النص عليه صراحة في العقد وإذا أصاب المتعامل المتعاقد ضررا جراء عمل قامت به الإدارة جاز له المطالبة بالتعويض.¹³³ ومن خلال هذا المنطلق سنحاول دراسة هذه الحقوق الممنوحة له في الفروع الآتية:

الفرع الأول: الحق في اقتضاء مقابل مالي:

إن الحق الأول والأساسي للمتعاقد مع الإدارة هو الحصول على المقابل المالي المتفق عليه في العقد، وتختلف صورة هذا المقابل حسب نوع العقد الإداري. وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 236/10 نجد أن المشرع الجزائري أولى هذه المسألة أهمية كبيرة، ويظهر ذلك من خلال وضعه 19 مادة تنصب في هذا الموضوع.

¹³² بودريوة عبد الكريم «أساس ومجال إختصاص القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية» مرجع سابق 198

¹³² ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق ص 173.

فقد بينت المادة 73 كفيات الدفع : «تتم التسوية المالية لصفقة بدفع التسبيقات وأو الدفع على الحساب ، وبالتسويات على رصيد الحساب"، وندرس فيما يلي كل شكل على حدا .

أولا: التسبيقات: عرفت المادة 74 من المرسوم الرئاسي 236/10 التسبيق «بأنه هو كل مبلغ يدفع قبل التنفيذ للخدمات موضوع العقد ، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة»
 ويعني ذلك أن الإدارة تبادر بدفع تسبيق مالي في رقم حساب المتعامل وهذا بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال .

ويأخذ التسبيق حسب نص المادة 76 من المرسوم الرئاسي 236/10 شكلين :

1-التسبيق الجزافي: نصت عليه المادة 77 من المرسوم الرئاسي 236/10 :وهو مبلغ من المال ، تضعه الإدارة تحت خدمة المتعامل المتعاقد بشرط أن لا يتجاوز نسبة خمسة في المائة (5 %من السعر الأولي للصفقة ،ويمكن أن يدفع التسبيق الجزافي مرة واحدة ، كما يمكن أن يدفع في عدة أقساط تنص الصفقة على تعاقبها الزمني .

وللإشارة فقد أوردت المادة 78 استثناءا على المادة 77 وهو زيادة مبلغ التسبيق عن نسبة 15 % من المبلغ الرئيسي للصفقة وذلك بعد الإجراءات الآتية :

-ضرورة استشارة لجنة الصفقات المعنية .

-ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي.

-إذا رأت المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع و/أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي سينجم عنه تحقيق ضرر أكيد¹³⁴ .

2-التسبيق على التموين: وهو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل التنفيذ،وذلك إذا أثبت لها بوثائق تؤكد ارتباطه القانوني مع الغير بهدف توفير المادة أو المواد موضوع الصفقة¹³⁵.وبالرجوع إلى المادة 80من المرسوم الرئاسي 236/10فقد نصت على أنه «يمكن لأصحاب صفقات الأشغال والتزويد باللوازم أن يقبضوا بالإضافة إلى التسبيق الجزافي ،تسبيقا على التموين إذا أثبتوا حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة»¹.

ومن خلال نص هذه المادة يمكننا القول أن الهدف من تمكين المتعامل المتعاقد من هذه المبالغ هو مساعدته على تحمل الأعباء المالية للمشروع بهدف تنفيذ موضوع الصفقة في الآجال المتعاقدة عليها، كما يتضح من المادة 80 أن التسبيق على التموين لا يخص إلا عقد الأشغال العامة وعقد اقتناء اللوازم بحكم القيمة المالية لهذين العقدين.

¹³⁴عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق ، ص222

¹³⁵عمار بوضياف، نفس المرجع ص223.

وبخصوص هذا الموضوع نصت المادة 82 من المرسوم الرئاسي 236/10 أنه لا يمكن يتجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي والتسيقات على التموين بأي حال من الأحوال نسبة خمسين في المائة (50%) من المبلغ الإجمالي للصفقة.

ثانيا: الدفع على الحساب: الدفع على الحساب هو دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة .

ويتخذ الدفع على الحساب نوعين :

1- الدفع على الحساب عند التموين بالمنتجات: نصت على هذا النوع المادة 84 من المرسوم الرئاسي 236/10 بقولها «يمكن أن يقوم دفع على الحساب لكل من حاز صفقة، إذا أثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة.

غير أنه يجوز لحائزي صفقة أشغال أن يستفيدوا من دفعات على الحساب عن التموين بالمنتجات المسلمة في الورشة والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسيقات على التموين حتى نسبة ثمانين (80%) من مبلغها المحسوب بتطبيق أسعار وحدات التموين المعدة خصيصا للصفقة المقصودة على أساس الكميات المعاينة.

ولا يستفيد المتعامل المتعاقد بأي حال من الأحوال من هذا الدفع على الحساب، إلا فيما يخص التموينات المقتناة في الجزائر»².

ومن خلال نص المادة أعلاه يمكننا القول أن هذا النوع من الدفع يخص فقط عقد الأشغال، ويكون ذلك بإثبات المتعاقد أنه وضع تحت ذمة المشروع منتجات معينة وتم استلامها في الورشة، بإمكانه الحصول على دفع على الحساب يقدر بـ 80% .

وأضاف المادة 84 أن مصدر المنتجات يكون جزائري فقط وهنا يستنتج عدم إمكانية الاستفادة من هذا النوع لو كان الإنتاج أجنبيا.¹

2- الدفع على الحساب الشهري: يكون الدفع على الحساب شهر غير أنه يمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات ، ويتوقف هذا الدفع على تقديم إحدى الوثائق التالية:

- محاضر ، وكشوف وجاهية خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها.

- جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة.

جدول الأجر المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الاجتماعي، مؤشرا عليه من صندوق

الضمان الاجتماعي المختص² .

236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

136 74

84 2

¹ أعمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 225.

² أنظر المادة 85، من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

ثالثا: التسويق على رصيد الحساب: بالرجوع إلى نص المادتين 76،78 من المرسوم الرئاسي 236/10، نسجل أن التسوية على رصيد الحسابات تتمثل في الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها.

1-التسوية على رصيد الحساب المؤقت: تهدف التسوية على رصيد الحساب المؤقت إذا نصت عليها الصفقة، إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها، مع اقتطاع ما يلي:

-اقتطاع الضمان المحتمل.

-الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل، عند الاقتضاء.

-الدفعات بعنوان التسبيقات والدفء على الحساب، على اختلاف أنواعها التي تستحقها المصلحة المتعاقدة بعد¹⁴⁰.

2-التسوية النهائية: يترتب على تسوية حساب الرصيد النهائي رد اقتطاعات الضمان، وشطب الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد، عند الاقتضاء وعليه فالتسوية النهائية للرصيد تكون برد الاقتطاعات بعنوان الضمان للمتعامل المتعاقد وشطب الكفالات التي قدمها ولا يتم ذلك إلا بعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع وبعد تقديم الوثائق القانونية المثبتة كذلك¹⁴¹.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 89 نجدها تلزم الغدرة المعنية بالقيام بالتسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوما من استلام الكشف أو الفاتورة، وأجازت إقرار مدة أطول لبعض الصفقات بقرار من وزير المالية، ولا يمكن أن يتجاوز شهرين أخذا بعين الاعتبار الأجل الأول أو الأجل العادي، وتعلم المصلحة المتعاقدة بتاريخ الدفع وإصدار الحوالة.

الفرع الثاني: الحق في التوازن المالي:

من حق المتعامل المتعاقد مع الإدارة أن يطالب بالتعويض وذلك إذا اختل التوازن المالي للعقد¹⁴²، ويرجع اختلال التوازن المالي للعقد وزيادة أعباء المتعاقد المالية إلى أحد الأسباب المتعددة التي تحدث أثناء تنفيذ العقد:

-فقد ترجع زيادة الأعباء إلى فعل المتعاقد نفسه لقيامه بأداء خدمات غير متفق عليها في العقد لكنها ضرورية أو مفيدة في تنفيذه، ويحدث ذلك على وجه الخصوص في عقود الأشغال العامة ويقوم التعويض في هذه الحالة على أساس الإثراء بلا سبب⁴.

¹⁴⁰ أنظر المادة 87 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، والمادة 75 من المرسوم الرئاسي 250/02.

¹⁴¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 226.

³ راغب ماجد الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 175.

⁴ عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية، ص 153.

-وقد يستحق المتعاقد التعويض لتعرضه أثناء تنفيذ العقد لصعوبات مادية استثنائية غير متوقعة، وذلك كأن يظهر لمقاول الأشغال العامة أن الأرض التي ينفذ التزاماته عليها ذات طبيعة استثنائية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، ويقوم التعويض في هذه الحالة على أساس القصد المشترك للمتعاقدين خاصة إذا تم النص في العقد على عبارة «أيا كانت الصعوبات التي يمكن أن يواجهها المتعاقد مع الإدارة»¹⁴³.

-وقد تكون هذه الزيادة لخطأ الإدارة خطأ تعاقديا من شأنه الانتقاص من الحقوق المالية للمتعاقد معها، مما يرتب له الحق في التعويض طبقا للقواعد العامة.

ويتمثل الخطأ العمدي للإدارة في عدم قيامها بتنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد عمدا أو بإهمال أو بفعلها دون عمد أو إهمال، فإذا لم تقم الإدارة بتنفيذ التزاماتها تكون قد ارتكبت خطأ عمدي وهنا يحق للمتعاقد طلب التعويض¹⁴⁴.

الفرع الثالث: الحق في التعويض:

طبقا للقواعد المقررة في القانون المدني فإن الإدارة إذا تسببت في إحداث ضرر للمتعاقد المتعاقد جاز لهذا الأخير مطالبتها بالتعويض، وكذلك في حالة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية، فالتجاوز أو الخرق قد يحدث من جانب الإدارة المتعاقدة فلتزم عندئذ بالتعويض وفي كل الحالات وفي اللجوء إلى القضاء المختص أن يثبت المتعاقد المتعاقد إما خطأ الإدارة أو تجاوزها لأحد البنود المنصوص عليها في العقد للمطالبة بالتعويض أو حتى عند القيام بأعمال ثانوية أو تحمل أعباء إضافية¹⁴⁵.

الفرع الرابع: التزامات المتعاقد:

أعطى المشرع الجزائري للمتعاقد للمتعاقد في المرسوم الرئاسي 236/10 وتعديلاته العديد من الحقوق وفي المقابل وحرصا على سير وديمومة المرافق العامة وحفاظا على المال العام فقد قيده بجملة من الالتزامات سنحاول من خلال هذا النوع التطرق إليها:

أولاً: الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد: إن الأصل هو ان تنفيذ الصفقة العمومية يكون من قبل المتعاقد المتعاقد الذي تم إجراء العقد معه، ولكن هناك حالات ترخص فيها الإدارة له بأن يلجأ للاستعانة بالغير في إطار ما يسمى بالتعامل الثانوي لأنه لا يقصد بالأداء الشخصي للعمل أو الخدمة موضوع الصفقة، أن يلزم المتعاقد المتعاقد بأداء الخدمة دون الاعتماد على الغير أو الاستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل العقد، فهو المسؤول بعد توقيع الصفقة عن التنفيذ الكامل والتام والنهائي للمشروع حتى ولو عهد للغير القيام بجزء من العمل أو الخدمة في إطار التعامل الثانوي، وهو ما ذهب إليه المادة 107 و108 و109 من المرسوم الرئاسي 236/10.

¹⁴³ راغب ماجد الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 176.

¹⁴⁴ مال الله عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، مرجع سابق، ص 354.

¹⁴⁵ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 228.

بحيث نصت المادة 108 «المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء المتعامل فيها بصفة ثانوية».

كما أن اللجوء إلى التعامل الثانوي يكون ضمن شروط ندرجها فيما يلي:

- يجب أن يجدد في الصفة صراحة المجال الرئيسي للجوء إلى التعامل الثانوي، وفي دفتر الشروط إذا أمكن ذلك.

- ينبغي أن يحظى اختيار كل متعامل ثانوي وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما، مع مراعاة أحكام المادة 52 من هذا المرسوم، وذلك بعد التأكد من أن مؤهلاته ومواصفاته المهنية ووسائله البشرية و المادية مطابقة للأعمال التي تكون محل التعامل الثانوي.

- عندما تكون الخدمات الواجب أن ينفذها المتعامل الثانوي منصوصا عليها في الصفة، فإنه يمكن هذا الأخير قبض مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة.

وتحدد كفاءات تطبيق هذه الفقرة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

- يجب أن يخصم مبلغ الحصة القابلة للتحويل من مبلغ الخدمات التي يتعين تقديمها في إطار التعامل الثانوي محليا¹⁴⁶.

ثانيا : أداء الخدمة حسب الكفاءات المتفق عليها في العقد: إذا اتفق المتعامل المتعاقد مع الإدارة على شروط معينة في العقد، كان ملزما بأداء هذه الخدمات حسب الشروط والكفاءات المتفق عليها، لأن الإدارة تكون مجبرة على وضع دفتر شروط وتمكن المتعهد من الاطلاع عليها، ومن هذا المنطلق وجب عليه أن يتحمل نتيجة تعهده والتزامه بان ينفذ موضوع الصفة حسب ما تم التعاقد عليه فإن كان الأمر يتعلق بتوريد أو تجهيز أو عتاد فوجب أن يكون حسب الأوصاف والمقاييس المتفق عليها، وهو الأمر كذلك إذا تعلق موضوع الصفة بالأشغال¹⁴⁷.

ثالثا: الالتزام باحترام الوقت المتفق عليه لأداء الخدمة: إن الهدف الأساسي من إبرام الصفقات العمومية هو ضمان السير الحسن والمستمر للمرافق العامة، وتقديم الخدمات للجمهور، ومن هذا المنطلق فإن المتعامل المتعاقد مجبر وملزم باحترام الأجال المتفق عليها لإنجاز المشاريع أو الصفة موضوع العقد¹⁴⁸.

رابعا: الالتزام بدفع الكفالات ومبالغ الضمان: بحيث يلتزم المتعامل المتعاقد بأن يدفع كفالات ضمان للإدارة المتعاقدة وهو ما نصت عليه المادة 100 من المرسوم الرئاسي 23/12 بقولها «يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ، بنسبة تتراوح بين خمسة (5%) وعشرة في المائة (10%) من مبلغ الصفة، حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها.

¹⁴⁶ المادة 109 من المرسوم الرئاسي 236/10، المرجع نفسه.

¹⁴⁷ مال الله عبد الملك حمادي، ضمانات العقد الإداري، مرجع سابق، ص 355.

¹⁴⁸ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 239.

المبحث الثاني : نظام التنازع في مجال الصفقات العمومية.

إن العقود الإدارية متعددة ومختلفة ،ومن بين أهم العقود الإدارية التي تقدم عليها الإدارة ،تلك العقود المبرمة في إطار الصفقات العمومية ،وقد قام المشرع الجزائري بتنظيم أحكامها ضمن المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي تتميز في إبرامها باحترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين والشفافية في الإجراءات.

ومن ثم فإن إبرام العقود في مجال الصفقات العمومية يلزم المصلحة المتعاقدة بإتباع مبادئ الشرعية وحماية حقوق الأفراد ومخالفة نصوص التشريع تنشب نزاعات مختلفة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد أو الغير سواء أكان ذلك في مرحلة إبرام الصفقات العمومية أو في مرحلة تنفيذها ،وعند عجز الوسائل الودية لحل تلك النزاعات يتم اللجوء إلى القضاء¹⁴⁹.

المطلب الأول: المنازعات المتعلقة بمرحلة الإبرام:

بالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي 236/10 والتعديلات اللاحقة به ،وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، يمكننا أن نصنف منازعات الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام إلى قسمين :منازعات تعرض أمام لجنة الصفقات العمومية ومنازعات تعرض على القضاء الإداري الإستعجالي،ومن هذا المنطلق قسمنا هذا المطلب إلى فرعين ندرسهما فيما يلي:

الفرع الأول: تسوية النزاعات أمام لجنة الصفقات العمومية

إن المشرع الجزائري في أكد على أن يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة عندما يكون ذلك ممكنا، مع تحديد السعر ،وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة¹⁵⁰.

وعليه وبمقتضى هذا الإجراء يتمكن الجمهور من المعنيين وغير المعنيين من معرفة نتيجة الانتقاء والنقاط التي تحصيل عليها المتعهد الفائز،و الهدف من وراء هذا كله إضفاء الشفافية في مجال الصفقات العمومية.

وبالعودة إلى المادة 114 من المرسوم 236/10 نجدتها تكرر حق الطعن الناتج عن المنح المؤقت، وذلك أمام الجهات المعنية المختصة لممارسة رقابتها قبل إبرام الصفقة العمومية بحيث نصت هذه المادة على أنه«زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة ،في إطار مناقصة أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، أن يرفع

¹⁴⁹كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،دار

النشر جيطلي، برج بوعريريج،2012، ص 5.

¹⁵⁰ أنظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،مرجع سابق.

طعنا ،ويرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة(10)أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة¹⁵¹.
وتصدر لجنة الصفقات المعنية رأيها خلال 15 يوم من انتهاء الأجل المحدد لرفع التظلم ويبلغ هذا القرار للمنظم أو الطاعن والمصلحة المتعاقدة وذلك طبقاً لنص المادة 144 من المرسوم الرئاسي 236/10¹⁵².

الفرع الثاني: منازعات الصفقات العمومية في نطاق الاستعجال القانوني

أن الاستعجال القانوني هو أبرز خاصية تتمتع بها منازعات الصفقات العمومية، وقد افردتها المشرع بمادتين من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فهذا النوع من منازعات الصفقات يؤول إلى اختصاص قضاء الاستعجال بنص القانون، حتى ولو لم تتوفر فيه شروط الاستعجال من حالة الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، أي أن قاضي الاستعجال وهو يفصل في هذه المنازعة التي الت اليه بنص القانون فانه لا ينظر إلى مدى توفر عنصر الاستعجال من عدمه ، كما أنه يتصدى للموضوع ويفصل في أصل الحق.

وعليه وضمن هذا الفرع سيتم التطرق إلى تحديد منازعات الصفقات العمومية التي تندرج ضمن قضاء الاستعجال القانوني وكذلك مميزات الاستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية.

أولاً: تحديد منازعات الصفقات العمومية التي تندرج ضمن قضاء الاستعجال القانوني: لقد أدرج المشرع الجزائري نوعاً معيناً من منازعات الصفقات العمومية، وأدرجه ضمن قضاء الاستعجال بنص القانون، وهذا النوع من المنازعات يستقر من نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على «يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة ،وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية»¹⁵³.

ومن خلال نص هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري قد حدد منازعات الصفقات العمومية التي تدخل في اختصاص قضاء الاستعجال بقوة القانون في المنازعات التي تنشأ في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، وذلك بسبب الإخلال بإجراءات الإشهار أو المنافسة.

وما يؤكد هذه الفقرة كذلك ،المادة 946 والتي نصت على أنه «يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد».

ومعنى ذلك أن المنازعات التي تنشأ في مرحلة الإبرام هي التي تكون قبل عقد الصفقة والمنازعات التي تنشأ في مرحلة التنفيذ هي التي تكون بعد إبرام عقد الصفقة.

¹⁵¹ أنظر المادة 114 من المرسوم الرئاسي 236/10، تم تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي 23/12.

¹⁵² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 312.

¹⁵³ أنظر المادة 946، الفقرة الأولى، من القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات

المدنية والإدارية الجريدة الرسمية، عدد 21 مؤرخ 23 أبريل 2008.

وإن المصلحة المتعاقدة وهي تقوم بمختلف إجراءات الإبرام التي تتمثل أساسا في قرارات الإعلان عن الصفقة العمومية، قرارات المنح المؤقت، القرارات الخاصة بالتصديق على الصفقة العمومية، وقرارات إلغاء الصفقة العمومية التي تتخذ قبل إبرامها وقرار إبرام الصفقة العمومية في حد ذاته، فكل تلك القرارات ضرورية في تكوين عقد الصفقة العمومية ولكنها غير مرتبطة به، فهي تعد قرارات إدارية منفصلة.¹⁵⁴

وبالرجوع إلى الفقرة 2 من المادة 946 فقد نصت على «يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سبب من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية».

وعليه فالمادة 946 قد أجازت للطرف المعني صاحب المصلحة رفع دعوى امام المحكمة الإدارية في حال إخلال أحد الإدارات المتعاقدة لقواعد الإشهار والمنافسة، وكذلك يجوز للوالي رفع ذات الدعوى إن تعلق الأمر بمؤسسة محلية.

ثانيا: مميزات الاستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية : إن أهم ما يتميز به

الاستعجال في مجال منازعات الصفقات هو ما يلي:

1-حجية الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات: إن الحكم الذي يصدر عن قضاء الاستعجال القانوني والذي يتعلق بالبت في منازعات الصفقات العمومية الناشئة في مرحلة الإبرام، هو حكم قطعي فاصل في أصل الحق، ومن ثم فهو يتميز بنفس حجية الحكم الذي يصدر عن القضاء الإداري ويحوز على حجية الشيء المقضي فيه، فهو ليس بحكم مؤقت ولا يتعلق بتدابير وقائية كما هو عليه الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال بالطبيعة.¹⁵⁵

كما أن الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال القانوني في مجال الصفقات العمومية، يحمل نفس خصائص الحكم الاستعجالي، فهو مشمول بالنفذ المعجل، وغير قابلة للمعارضة، ولا الاعتراض على النفاذ المعجل.¹⁵⁶

أما عن طرق الطعن وإن كان المشرع لم يفرد بإجراءات خاصة ومن ثم فهو يخضع للقواعد العامة المقررة للأحكام الاستعجالية ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية دون الخوض في تفاصيلها، وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي حدد الطبيعة القانونية للأحكام الصادرة عن القضاء الاستعجالي الإداري لمنازعات الصفقات العمومية في هذا النطاق بكونها أحكاما تصدر ابتدائيا ونهائيا.¹⁵⁷

¹⁵⁴كلوفي عزالدين نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 136.

¹⁵⁵بودريوة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 106.

¹⁵⁶أنظر المادة 303، من القانون رقم 09/08، مرجع سابق.

¹⁵⁷شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2009، ص

2- **أجل الفصل المقررة لمنازعات الصفقات العمومية في نطاق الاستعجال القانوني:** بالعودة إلى المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع الجزائري حدد أجل الفصل في منازعات الصفقات العمومية، ضمن قضاء الاستعجال القانوني بعشرين (20) يوم من تاريخ إخطاره بالعريضة الافتتاحية، وذلك ضمن المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على «تفصل المحكمة الإدارية في أجل (20) يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 أعلاه».

وتعد مدة عشرون يوما للفصل في المنازعة مسألة مهمة لصالح المصلحة المتعاقدة، ولصالح الغير، حتى لا تتعطل مصالح كل واحد منهم¹⁵⁸.

3- **إجراء تأجيل إمضاء عقد الصفقة العمومية:** وفقا للفقرة الأخيرة من المادة 996 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن المشرع قد خول لجهة القضاء الاستعجالي وهي تنظر منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن مرحلة الابرام، أن تأمر بتأجيل إمضاء عقد الصفقة العمومية، اذا أخطرت بذلك ، بمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوم وهي من الصلاحيات المتميزة الممنوحة للجهة القضائية الاستعجالية.

المطلب الثاني: المنازعات المتعلقة بمرحلة التنفيذ:

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 236/10 نجد أن المادة 115 و المعدلة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18 جانفي 2012، تنص على أنه "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها غير انه يجب على المصلحة المتعاقدة. دون المساس بتطبيق هذه الأحكام. أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها.

الفرع الأول: الحل الودي لمنازعات الصفقات العمومية

تم اللجوء إلى هذا الحل عندما يسمح بـ:

-إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

-التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.

-الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة¹⁵⁹.

ومن خلال النص أعلاه يبدو واضحا أن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 236/10 جعل من الحل والودي هو الأساس قبل اللجوء إلى القضاء ، وذلك من أجل ربح الوقت وحرصا على الصالح العام،

¹⁵⁸ عزالدين كلوفي، مرجع سابق، ص143.

¹⁵⁹ أنظر المادة 115، من المرسوم الرئاسي 236/10 والمعدلة والمتممة بالمادة 12 من المرسوم الرئاسي 23/12

بحيث يقوم الوزير المعني أو مسؤول الهيئة المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس البلدي بإصدار مقرر يثبت فيه هذا الاتفاق ويبين طبيعة الالتزامات الجديدة.

ولقد أحسن المشرع الجزائري عند فرصه هذا الحل حتى يمكن لأطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم يضعون به حدا للمنازعة¹⁶⁰.

ويمكننا أن نستخلص من خلال المادة 115 أمن المشرع الجزائري قد وضع أحكاما وضوابط يتم على أساسها الحل الودي ومن أهمها:

- إجبار الإدارة أن تحترم التشريع والتنظيم المعمول بهما وفقا لما تنص عليه أحكام المرسوم الرئاسي 236/10.

- حفظ التوازن في تحمل المسؤوليات بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة، لأنه قد تظهر أثناء تنفيذ الصفقة مستجدات ترهق المتعامل المتعاقد، مما يستدعي من الإدارة أن تأخذ هذا الأمر في الحسبان، وتتصف المتعامل المتعاقد وتحاول أن تحسم الأمر وديا دون اللجوء إلى القضاء

إلزامية التوصل إلى حل ودي في أسرع وقت ممكن، لأنه كلما تم التوصل إلى حل ودي وضبط الإتفاق وفي وثائق رسمية كان ذلك أنفع بالنسبة لزمين تنفيذ العمل موضوع الصفقة.

البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت ممكن وبأقل تكلفة لأنه كما نعلم أن المشرع الجزائري من خلال أحكام لمرسوم الرئاسي 236/10 كان حريصا على الحفاظ على المال العام¹⁶¹

الفرع الثاني: الطعن أمام اللجنة الوطنية:

نصت المادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10 على أنه «يمكن المتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة أمام العدالة أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة التي تصدر مقرر في هذا الشأن خلال 30 يوما إبتداء من تاريخ إيداع الطعن».

يمكن تفسير المادة أعلاه بأن المشرع الجزائري جعل أمر التظلم اختياري لا إجباريا لأن عبارة " يمكن المتعامل أن يرفع طعنا أمام اللجنة الوطنية للصفقات" تفيد الجواز لا الوجوب بحيث يمكن المتعامل أن يقوم به أو يتجاوز مباشرة ليرفع دعواه أمام الجهة القضائية¹⁶².

وفي سياق الموضوع وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبموجب المادة 830 منه نجد أن المشرع الجزائري جعل من إجراء التظلم أمر جوازيا وعليه ومن هذا المنطلق فإننا نعطي نفس التفسير للمادة 115 المرسوم الرئاسي 236/10¹⁶³.

¹⁶⁰ تم حذف هذه الفقرة بموجب تعديل المرسوم الرئاسي 23/12

¹⁶¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق ص315.

¹⁶² محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق

¹⁶³ أنظر المادة 830، من القانون رقم 09/08، مرجع سابق

وما ينبغي الإشارة إليه كذلك في صلب هذا الموضوع هو أن المشرع الجزائري كان يصبوا من وراء رفع الطعن أمام اللجنة للصفقات العمومية المعنية حسب الحال، لجنة صفقات الأشغال أو لجنة صفقات اللوازم أو الخدمات أو الدراسات إلى تحقيق جملة من المزايا بالنسبة للمتعاقد أهمها:

- ربح الوقت، الوقت المخصص للفصل في المنازعة أو الطعن المرفوع إلى اللجنة الوطنية للصفقات لا يعد كبيرا، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 115 على أن تصدر اللجنة الوطنية للصفقات مقررا الطعن المرفوع أمامها خلال 30 يوم ابتداء من تاريخ إيداع الطعن.

- تشكيل اللجنة الوطنية للصفقات، فهي تضم تركيبة بشرية مؤهلة ومتخصصة ولها خبرة واسعة مما يضمن للمتعاقد المتعاقد الحصول على حل لمشكلته دون تحمل أعباء التقاضي والذي عادة تأخذ وقتا وما لا¹⁶⁴

وبالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من المادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10 نجدتها تنص على « يسري هذا المقرر على المتعاقد بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية ، حسب الشروط المحدد في أيام المرسوم التنفيذي رقم 91-314، المؤرخ في سبتمبر 1991 والمتعلق بإجراء التسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين»

الفرع الثالث: منازعات الصفقات العمومية المطروحة أمام القضاء:

الأصل في منازعات الصفقات العمومية أنها تدخل في اختصاص القضاء الإداري الكامل ، ولا تدخل في اختصاص قضاء الإلغاء سوى القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية، باعتبارها قرارات تمهد لانعقاد الرابطة العقدية، الأمر الذي يجعلها تنفصل على العقد الإداري¹⁶⁵

ومن هذا المنطلق ندرس خلال هذا الفرع كل منازعات القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية وكذا منازعات قضاء الإلغاء في مجال الصفقات العمومية.

أولاً: منازعات الصفقات العمومية في نطاق دعوى القضاء الكامل: تدخل كأصل عام منازعات الصفقات العمومية في ولاية القضاء الكامل و لا يخرج عن هذه القاعدة سوى الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية إذ يدخل هذا الطعن في ولاية قضاء الإلغاء¹⁶⁶.

ويرجع السبب في اختصاص القضاء الإداري الكامل لمنازعات الصفقات إلى طبيعة دعوى القضاء الكامل التي تستجيب للطبيعة الذاتية لمنازعات العقود وذلك بعكس الحال في دعوى الإلغاء كما أن المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية والعقود هي منازعات شخصية بين أطراف العقد وليست منازعة عينية توجه الى العقد ذاته ، بالإضافة إلى إن القاضي في منازعات العقود يجب أن يتمتع

¹⁶⁴ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، مرجع سابق ص317

¹⁶⁵ خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعته قضاء وتحكيميا، مرجع سابق، ص235.

¹⁶⁶ خليفة عبد العزيز عبد المنعم، المرجع نفسه ص235

بسلطات واسعة مثل القيام بتعيين خبير أو فسخ العقد أو الحكم بالتعويض أو إبطال بعض التصرفات أو تعديل بعض الأعمال¹⁶⁷.

ومن ثم فإن المنازعات كلما ارتبطت بنود الصفقة العمومية بنصوص العقد، سواء كانت المنازعات خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه فإنها تدخل كلها في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء، ونعرض فيها ما يلي بعض صور منازعات الصفقات العمومية، التي تندرج ضمن القضاء الكامل باعتبارها مرتبطة بالعملية التقاعدية.

1- دعوى بطلان الصفقة العمومية: وتعد من أبرز دعاوى القضاء الكامل لأن موضوعها موجه إلى عيب في تكوين الصفقة العمومية وصحتها، فالسبيل لدعوى بطلان صفقة عمومية هي دعوى القضاء الكامل، وهذا ما أخره القضاء الجزائري في إحدى قرارات المحكمة العليا بقوله «إن الطلبات الرامية إلى إبطال عقد هي من اختصاص الجهة القضائية ذات الاختصاص الشامل، لأنه غير موجه ضد أي قرار إداري وإنما ضد عقد... وان الطعون بالبطلان في القرارات والطعون الخاصة بمدى مشروعيتها وتشريعها هي التي تكون من اختصاص قضاء الإلغاء»¹⁶⁸.

وإن المؤهل لرفع هذه الدعوى هو المتعامل المتعاقد باعتباره هو صاحب الصفقة في ذلك والمصلحة كونه طرفا في عقد الصفقة العمومية، وليس غير المتعامل المتعاقد رفع هذه الدعوى بطبيعة الحال كونه أجنبي عن الصفقة العمومية المراد إبطالها

2- دعوى الحصول على مبالغ مالية: تعد جميع منازعات الصفقات العمومية التي يكون موضوعها الحصول على مبالغ مالية التي تمثل الشروط الواردة في عقد الصفقة مهما كانت صورها، سواء كانت تمثل قيمة الالتزام المتفق عليه ضمن بنود الصفقة أم جزء منه، أو قسط من الأقساط أو كان يمثل المطالبة بالتعويض عن الأضرار المتسبب فيها أحد الأطراف المتعاقدة أو كانت المنازعة تتعلق بغرامة مالية التي تنتهي إلى إحدى الامتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في إبقاءها على المتعامل المتعاقد في حالة عدم التنفيذ خارج الآجال، وبصورة عامة جميع المنازعات في مجال الصفقات العمومية ذات الطابع المالي، أما في إطار بنود عقد الصفقة العمومية فهي تمارس بموجب دعوى القضاء الكامل، لأنها منازعات تندرج ضمن دائرة تنفيذ الصفقة العمومية وناشئة عن نصوصها.¹⁶⁹

3- دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة على خلاف التزاماتها التعاقدية: إن المصلحة المتعاقدة قد تقوم بتصرفات مخالفة لالتزاماتها المتضمنة بنود الصفقة العمومية، وتتجلى بعض تلك التصرفات في صورة قرارات إدارية، فإن للمتعامل المتعاقد أن يسعى لإبطال تلك التصرفات عن

¹⁶⁷كلوفي عز الدين، مرجع سابق ص108.

¹⁶⁸كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص110.

¹⁶⁹خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعته قضاء وتحكيما. مرجع سابق، ص307.

طريق دعوى القضاء الكامل، ولا يستطيع أن يلجأ إلى دعوى الإلغاء حتى ولو اقتضت دعواه على طلب إلغاء ذلك القرار الإداري الذي أصدرته المصلحة المتعاقدة كان في الأساس مستندا على نصوص عقد الصفقة العمومية.¹⁷⁰

4- دعوى فسخ الصفقة العمومية : إن فسخ الصفقة العمومية عن طريق القضاء يأخذ إحدى الصور التالية :

- إما أن يتم الطعن في القرار الإداري الذي أصدرته المصلحة المتعاقدة والمتضمن فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، وهو الحق المخول لها بموجب المادة 112 من تنظيم الصفقات العمومية¹⁷¹.
- وإما أن يتم اللجوء إلى القضاء الإداري من طرف المتعامل المتعاقد للمطالبة بفسخ الصفقة لسبب من الأسباب، كاستحالة في التنفيذ لقوة قاهرة أو للإخلال بالالتزامات.

فالدعوى الإدارية في هذا الصدد تتدرج في نطاق القضاء الكامل بما ذلك الطعن بالإلغاء في القرار **ثانيا : منازعات الصفقات العمومية في نطاق دعوى الإلغاء:** للبحث عن المنازعات في مجال الصفقات العمومية التي تمارس عن طريق دعوى الإلغاء، وجب التطرق إلى تحديد القرارات الإدارية المنفصلة في مجال منازعات الصفقات العمومية، وبيان الشخص المؤهل قانونا لمباشرة دعوى الإلغاء في تلك القرارات الإدارية المنفصلة على عقد الصفقة العمومية ومدى استمرارها.

1- تحديد القرارات الإدارية المنفصلة في مجال منازعات الصفقات العمومية: إن القرارات الإدارية المنفصلة في مجال منازعات الصفقات العمومية تظهر جليا في مرحلة إعداد الصفقة العمومية وإبرامها، فكل القرارات الإدارية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في أي إجراء من تلك الإجراءات المتعلقة بمرحلة إعداد الصفقة وإبرامها تعد من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية للصفقة العمومية، ويندرج الطعن فيها ضمن ولاية قضاء الإلغاء، وتخرج عن نطاق دائرة دعوى القضاء الكامل لعدم ارتباطها بنصوص الصفقة العمومية وشروطها، كونها إجراءات سابقة على مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية ونشوتها، ولا تتعلق منازعاتها ببنود الصفقة العمومية ولا الخصومة المترتبة عنها.¹⁷²

2- الأشخاص المؤهلون قانونا لممارسة دعوى الإلغاء: إن الأشخاص المؤهلون قانونا لممارسة دعوى الإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة، ضمن مجال منازعات الصفقات العمومية لا تخرج عن شخصين اثنين وهما المتعامل المتعاقد والغير.

أ-الغير: يقصد بالغير في هذا المقام غير المتعامل المتعاقد، وهو الشخص الخارج عن عقد الصفقة العمومية، فهذا الغير إذا تضرر من قرار إداري أصدرته المصلحة المتعاقدة واستوفت فيه الشروط القانونية، كشرط المصلحة، فليس أمامه للطعن في هذا القرار الإداري إلا طريق دعوى الإلغاء .

¹⁷⁰ خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعته قضاءا وتحكيميا، مرجع سابق، ص313.

¹⁷¹ أنظر المادة 112، من المرسوم الرئاسي 236/10، مرجع سابق.

¹⁷² خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعته قضاءا وتحكيميا، مرجع سابق، ص326.

ومن ثم فغير المتعامل المتعاقد ليس له إلا طريق دعوى الإلغاء للطعن في القرارات الإدارية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في جميع المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية سواء ما كان منها في مرحلة إعداد الصفقة العمومية وإبرامها أو كان في مرحلة التنفيذ.¹⁷³

ب- المتعامل المتعاقد: يمكن للمتعامل المتعاقد أن يلجأ إلى قضاء الإلغاء إذا ما صدرت عن المصلحة المتعاقدة قرارات غير مشروعة، أي لم يستند في إصدارها إلى صفتها كمتعاقدة، فحينئذ يكون للمتعامل المتعاقد كسائر المواطنين، أن يطلب إلغاء تلك القرارات إذا ما استوفى شروط المصلحة أو كان القرار المطلوب إلغاؤه غير مشروع.¹⁷⁴

3- حجية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على عقد الصفقة العمومية: إن الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة عن طريق دعوى الإلغاء يتميز بنتيجة أساسية بالغة الخطورة تتمثل في أثر الإلغاء لتلك القرارات المنفصلة على عقد الصفقة العمومية إذا ما كان ذلك الإلغاء يؤدي بصفة تلقائية إلى بطلان الصفقة العمومية.

المبحث الثالث: جرائم الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم:

تعتبر الجزائر من الدول التي تسعى إلى تحقيق التنمية الشاملة في جميع الميادين الاقتصادية والاجتماعية، وهو ما فرض على السلطات الجزائرية وضع سياسة قانونية تنظم الواقع الاقتصادي تماشيا مع التغيرات والظروف السياسية والاقتصادية. ولعل انتشار ظاهرة الفساد، يعد من العوائق التي تقف في مواجهة تطور ازدهار الاقتصاد الوطني الذي تهدف الدولة الوصول إليه، وذلك لما يشكله من أخطار تهدد كافة المؤسسات في مختلف القطاعات وخاصة قطاع الصفقات العمومية.¹⁷⁵

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم نجد المشرع الجزائري مرة أخرى يؤكد على ضرورة مكافحة الفساد والوقاية منه، بحيث خص له المادتين 60 و61 وللتان تصبان في صلب هذا الموضوع¹⁷⁶ ، وكذلك المادة 61 مكرر والمادة 61 مكرر 1 من المرسوم الرئاسي 23/12، والقانون

¹⁷³ محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 102

¹⁷⁴ عز الدين كلوفي، مرجع سابق، ص 119.

¹⁷⁵ جباري عبد الحميد، قراءة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مجلة الفكر البرلماني، العدد الخامس عشر، 2007، ص 106.

¹⁷⁶ نصت المادة 61 من المرسوم الرئاسي 236/10 على أنه " دون الإخلال بالمتابعات الجزائية ، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، أو إمتياز مهما كانت طبيعته ، بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه ، من شأنه أن يشكل سببا كافيا لإلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق المعني ، ومن شأنه أيضا يكون سببا كافيا لإتخاذ أي تدبير ردي آخر يمكن أن يضل حد التسجيل في قائمة المتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية وفسخ الصفقة"

³ أنظر المادة 26 ،من القانون رقم 06/ 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المؤرخ في 20/02/2006 ، الجريدة الرسمية ، عدد 14 المؤرخ 08/03/2006 .

01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته هو الآخر نص على مكافحة جرائم الصفقات العمومية في مادته 26³

المطلب الأول: مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية (المحاباة):

تعتبر مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية، جنحة منصوص عليها في المادة 26 من الفقرة الأولى من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وعليه سنحاول فيما يلي توضيح الأركان العامة التي تقوم عليها هذه الجنحة، بحيث يمثل الموظف العمومي الجاني إلى جانب الركن المادي والركن المعنوي.

الفرع الأول: مفهوم الموظف العمومي (الجاني):

نعرف فيما يلي الموظف العمومي في كل من القانون الإداري وقانون مكافحة الفساد :

1-تعريف الموظف العمومي في القانون الإداري: عرف القانون الإداري الموظف العمومي على أنه «الشخص الذي يعهد إليه القانون بأداء عمل في مرفق عام تملكه الدولة أو شخص معنوي عام على نحو من الانتظام والاعتقاد وفي مقابل راتب معين»¹⁷⁷.

ونجد القضاء الإداري الفرنسي يعرف الموظف العمومي على أنه الشخص الذي يعهد إليه بوظيفة دائمة تدخل ضمن إطار الوظائف بمرفق عام¹⁷⁸. وبالنظر إلى المشرع الجزائري نجده عرف الموظف العمومي في المادة الأولى، من الأمر 66-133 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة على أنه «يعتبر موظفون عموميون الأشخاص المعيّنين في وظيفة دائمة، الذين رسموا في درجة من درجات التدرج الوظيفي في الإدارات المركزية التابعة للدولة، و في المصالح الخارجية التابعة لهذه الإدارات المركزية وفي الجماعات المحلية وكذلك في المؤسسات والهيئات العامة».

وهو يختلف عن تعريفه في المادة الرابعة من الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، حيث عرفه على أنه «يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري»¹⁷⁹.

ومما سبق ذكره يتضح أنه لكي يتصف الشخص بصفة الموظف العمومي حسب القانون الإداري لابد من توافره على جملة من الشروط نوجزها في النقاط التالية:

– أن يمارس الموظف عمله في مرفق عام تديره الدولة مباشرة أو يتبع أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى، فحتى يعتبر الشخص موظفا عاما لابد من أن يمارس عمله في مرفق عام تديره الدولة مباشرة

¹⁷⁷عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص36.

¹⁷⁸Délaubadère andré ,droit administratif, 17^{ème} édition ,LGDJ, paris, France, 2002, pp336-337.

¹⁷⁹الأمر 06-03 مؤرخ في 15 جويلية 2008، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، جريدة الرسمية، عدد 46 مؤرخ في 16 جويلية 2006.

وأن يكون تابع لأحد الأشخاص العامة الإقليمية في إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة¹⁸⁰.
- كما يجب أن يقوم الموظف بأداء عمله على نحو يتصف بالديمومة والاستمرار لا بصفة عارضة، فمناط ديمومة الوظيفة راجع لطبيعتها والعلاقة التي تقوم بين الموظف والحكومة فمتى شغل الشخص وظيفة على وجه الاستمرار حيث لا تنفك عنه إلا بالوفاة أو الاستقالة أو العزل، فإنه يعد من الموظفين العموميين¹⁸¹.

- ولابد أن يلتحق بخدمة المرفق العام بصورة قانونية وفقا للقواعد المنظمة للوظيفة العامة، فإذا انعدم هذا الشرط لا تتحقق صفة الموظف العمومي ولو استوفى كل شروط التعيين.

2- تعريف قانون مكافحة الفساد للموظف العمومي: الأصل أن جنحة المحاباة من جرائم ذوي الصفة، فقانون مكافحة الفساد في تعريفه للموظف العمومي قد توسع نظرا لما جاء به القانون الإداري ليدرج فيه كل من يتمتع بصفة الموظف العمومي، بالإضافة إلى فئات اعتبرها في حكم الموظفين العموميين، وهم ليسوا كذلك طبقا لما هو معمول به بالقانون الإداري ولعل السبب في ذلك يعود لرغبة المشرع في سد الطريق أمام كل من تسول له نفسه بالاتجار بالوظيفة العمومية والتلاعب بالمال العام. وعرف قانون الفساد الموظف العمومي وهو ذات التعريف الوارد في المادة 02 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد. الموظف العمومي بأنه:

- كل شخص يشغل منصب تشريعيًا أو تنفيذيًا أو إداريًا أو قضائيا أو أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة وسواء كان معينًا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو من غير أجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

- كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويسهم في هذه الصفة بخدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة تقدم خدمة عمومية أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأس مالها أو أية مؤسسة تقدم خدمة عمومية.

- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.¹⁸²

الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة المحاباة في الصفقات العمومية:

هذا الركن هو المظهر الذي تبرز به الجريمة ، إلى العالم الخارجي ، ويقصد به إتيان الفعل المجرم المتعاقب عليه ، كما أن هذا الأخير يؤخذ بحسب ما هو وارد بنص التجريم الموجود بالضرورة ذلك أنه بدون وجود هذا الركن لا يمكن اعتبار الفعل أو الترك جريمة تطبيقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، والركن المادي يقومك أساسا على وجود فعل أو سلوك، يتنوع ويختلف باختلاف الجرائم على تعددها

¹⁸⁰ فتوح عبد الله الشاذلي ، قانون العقوبات الخاص ، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 32.

¹⁸¹ فتوح عبد الله الشاذلي، نفس المرجع، ص 32.

¹⁸² أنظر المادة 2، الفقرة 2 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية الفساد ومكافحته، مرجع سابق.

وكثرتها، ومن ثم فإن الفعل المادي المكون لهذا الركن يختلف حسب الجرائم وهذا التصنيف مستمد أساسا من نوع الفعل المادي المكون للجريمة¹⁸³ وعليه يمكن القول أن الركن المادي للجريمة هو مادياتها وكل ما يتصل بها ويدخل في تعريفه القانوني، وتكون له طبيعة مادية.

ويتحقق الركن المادي لجنحة المحاباة حسب المادة 26 في فقرتها الأولى من القانون 06/01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، بإقدام الجاني على المنح عمدا للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة عمومية أو ملحق أو تأشيرة مراجعته. مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية أو اللوائح التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات ويمكن تعريف المحاباة على أنها: تفضيل جهة على أخرى في الخدمة بغير حق للحصول على مصالح معينة.

وبهذا التعريف يمكن القول بأن المحاباة في مجال الصفقات العمومية هي تفضيل مترشح بصفة عمومية على مترشح آخر دون وجه حق لتحقيق مصالح معينة، ما يخل بمبدأ المساواة بين المترشحين للصفقات العمومية، فهي الجنحة التي تثبت إفادة الغير بامتياز غير مبرر، إذ أن التفضيل يكون بخرق قواعد حرية الوصول إلى الطلبات والمساواة بين المترشحين وما يجدر الإشارة إليه هو أننا لا نجد لهذه الجريمة أثر في الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة على الرغم من أن الجزائر كانت من الدول السباقة إلى المصادقة على بنود هذه الاتفاقية، ما يعني أن المشرع قد توسع في مجال التجريم أكثر ما نصت عليه الاتفاقية وذلك بغية الإلزام بكل صور الفساد ومكافحته وتأخذ جنحة المحاباة في مجال الصفقات العمومية الصور التالية:

- 1- مخالفة أحكام الصفقات العمومية قبل الشروع قبل الشروع في الاستشارة.
- 2- مخالفة الأحكام المعمول بها في الصفقات العمومية أثناء فحص العروض.
- 3- مخالفة التشريع المعمول به في الصفقات العمومية بعد تخصيص الصفقة.
- 4- مخالفة أحكام التأشير.¹⁸⁴

الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة المحاباة في الصفقات العمومية:

إن القوانين المعاصرة لم تعد تكتفي بالفعل المادي وحده، بل تتطلب معرفة الحالة النفسية التي أدت بإتيان هذا الفعل فقد أصبح مطلوبا من القاضي أن يعيد الحالة النفسية التي كانت تختلج في ذهنية الفاعل أثناء ارتكابه الفعل المادي الظاهر لكي يستطيع محاسبته معنويا على الجريمة.¹⁸⁵ ولا يكفي لقيام الجريمة مجرد ارتكاب العمل المادي، المكون لها بل لا بد أن يصدر هذا العمل المادي عن علم وإرادة.

¹⁸³ هنان مليكة، جرائم الفساد، الرشوة، الاختلاس، وتكسب الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي، قانون مكافحة الفساد الجزائري، مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة القاهرة 2010، مرجع سابق، ص 50.

¹⁸⁴ أنظر المواد 166، 58، 49 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

¹⁸⁵ جباري عبد الحميد، قراءة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مرجع سابق ص 106.

وجريمة المحاباة تعد من الجرائم العمدية التي تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام والخاص. **القصد الجنائي العام:** ويتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية مع العلم بأن هذا الفعل مجرم قانونا.

ويتجسد الركن المعنوي في علم الموظف و إدراكه واتجاه نيته إلى مخالفته التشريعية المتعلق بالصفقات العمومية من أجل مخالفة التشريع المتعلق بالصفقات العمومية من أجل منح امتيازات غير مبررة للغير

186

القصد الجنائي الخاص: ويتمثل في إعطاء امتيازات غير مبررة للغير مع العلم بأن هذا الفعل يشكل جريمة.

كما يمكن استخلاص القصد الجنائي من الوعي التام بمخالفة القواعد الإجرائية، فتقوم الجريمة حتى ولو كان من أعطى امتيازات غير مبررة لا يحث عن فائدته الخاصة وإنما عن فائدة مؤسسة عمومية. كما لا يؤثر في قيامها مدى استقامة ونزاهة الموظف خلال حياته المهنية.

المطلب الثاني: استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة:

بالرجوع إلى نص المادة 26 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. وبالتحديد الفقرة الثانية نجدها تشير إلى جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.

وعليه نعرض فيما يلي الأركان التي تقوم عليها هذه الجريمة و المتمثلة في صفة الجاني والركن المادي والركن المعنوي.

الفرع الأول: صفة الجاني في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين:

يعد جانبا كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي، وبصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم ولو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.¹⁸⁷

فبعد أن اشترط المشرع صفة معينة في الجاني أي أن يكون إما تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص بمعنى أن يكون عونا اقتصاديا من القطاع الخاص، عدل عن اشتراط صفة معينة بأن أضاف "بصفة عامة" كل شخص طبيعي أو معنوي، فالمطلوب هنا أن يكون الجاني عونا اقتصاديا خاصا ولا يهم بعد ذلك إن كان شخصا طبيعيا أو معنويا يعمل لحسابه أو لحساب غيره.¹⁸⁸

¹⁸⁶ أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق ، ص 120 ، ص 121

¹⁸⁷ أنظر المادة 26 فقرة 2 من القانون رقم 06-01. مرجع سابق.

¹⁸⁸ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق ص128.

والمقصود بالشخص الطبيعي كل شخص يبرم عقد مع المؤسسات والهيئات العمومية ويحوز على صفة تاجر او حرفي أو عادة ما يتم التعاقد معهم بشأن إنجاز بعض الأشغال أو تقديم خدمات بسيطة مثل ما يتعلق بأشغال الترميم أو اقتناء تجهيزات بسيطة.

أما الشخص المعنوي فيتمثل عموما في شركات الخدمات والتجهيز ومقاولات الأشغال والذين يحوزون على سجل تجاري ولهم إمكانيات ومؤهلات مالية ومادية تسمح لهم بإبرام الصفقات العمومية أو عقود مع المؤسسات أو الهيئات العمومية.

الفرع الثاني: قيام جريمة الإستغلال (الركن المادي)

تتم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة من قبل شخص عادي أي أن يكون تاجرا أو صناعيا أو مقاولا في القطاع الخاص. بمعنى أن تقوم الجريمة من قبل شخص طبيعي أو معنوي يستفيد من تأثير أو سلطة أعوان الهيئات المذكورة سابقا، من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التقديم لصالحهم في نوعية المواد والخدمات أو في آجال التسليم أو التموين¹⁸⁹

فلا يعد الموظف العمومي في هذه الجريمة جانبا وإنما يعد طرفا في العلاقة أو عنصرا ضروريا لقيام الجريمة يستغل الجاني نفوذه وسلطته للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.

1-النشاط الإجرامي: عدد المشرع الجزائري هذه الإمتيازات من خلال المادة 06/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وهي:

أ-الزيادة في الأسعار: في إرساء الصفقة، على المتعاقد مع الإدارة، أن يحترم المعايير والإجراءات التي بينها القانون، وبما أن السعر هو العنصر الحاسم في عملية الإسناد. فإن لجنة البت تقوم بترتيب العطاءات للتوصل إلى أقلها ثمنا ويعرف بمبدأ آلية المناقصة¹⁹⁰

ب-التعديل في نوعية المواد: حدد قانون الصفقات العمومية نوعية المواد المطلوبة والتي يتم النص عليها في دفتر الشروط إذ يجب التقيد بجملة المعايير والضوابط بأن يسندا لاختيار إلى:

- الضمانات التقنية والمالية، السعر والنوعية وأجال التنفيذ، المنشأ الجزائري أو الأجنبي للمنتج... إلخ، فالأمر يتعلق بتعديل نوعية المواد التي تتطلبها الإدارة من حيث الجودة و النوعية، فيتعهد الجاني هنا إلى تقديم مواد أقل جودة وبنفس الأسعار مستغلا في ذلك سلطة أو تأثير الأعوان العموميين في الهيئة أو الإدارة.¹⁹¹

¹⁸⁹ أنظر المادة 26 من القانون رقم 06-01. المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته مرجع سابق.

¹⁹⁰ هيبه سردوك، المناقصة كطريقة للتعاقد الإداري، مرجع سابق، ص172.

¹⁹¹ أنظر المادة 56 من المرسوم الرئاسي 2136/10 مرجع سابق

ج-التعديل في نوعية الخدمات: ويتعلق الأمر بصفقات عقود الخدمات إذ يقوم الجاني بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات التابعة لها، وتتعلق بنوع معين من الخدمات كأعمال الصيانة لأجهزة البلدية على أن يقوم بها مهندسون مختصون فصليا. فلا يقوم بها المتعامل المتعاقد إلا مرة واحدة في السنة. مستغلا في ذلك علاقته مع أحد أعوان هذه المؤسسات

د-التعديل في آجال التسليم والتموين: يلتزم المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة حسب الشروط والأوصاف المنفق عليها فإذا كانت جهة الإدارة قد أعلنت عن الصفقة كأصل عام ومكنت المتعامل المتعاقد من دفتر الشروط فاطلع عليه وتعهد بتنفيذ الخدمة وتعاقد مع الإدارة، توجب عليه أن يتحمل نتيجة تعهده والتزامه بأن ينفذ موضوع الصفقة حسب ما تم التعاقد عليه.¹⁹²

2-الغرض من ارتكاب الجريمة: يشترط المشرع الجزائري لتحقيق الركن المادي للجريمة، أن يقوم الجاني بالتاجر أو الحرفي أو الصناعي أو المقاول من القطاع الخاص باستغلال نفوذ الأعوان العموميين أو سلطتهم أو تأثيرهم بغرض الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة، أو التعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين أي الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في الصفقات العمومية

تعد جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة من الجرائم العمومية التي يشترط فيها توافر القصد الجنائي العلم والإدارة.

1-القصد العام: هذه الجريمة يشترط فيها توافر الدولة واستغلال هذه النفوذ لفائدته، وينصرف إلى علمه لذلك العناصر المكونة للواقعة الإجرامية، فيلتزم أن يعلم الجاني أن الجهة التي تسعى للحصول على مزية منها هي سلطة عامة أو جهة خاضعة لإشرافها.

2-القصد الخاص: تتطلب هذه الجريمة توافر القصد الجنائي الخاص المتمثل في نية الحصول على امتيازات مع علمه أنها غير مبررة وهي الزيادة في الأسعار، التعديل في نوعية التعديل في نوعية الخدمات، التعديل في آجال التسليم التعديل في آجال التموين.¹⁹³

لذلك يمكن القول أن القصد الجنائي متوافر بمجرد اتجاه إرادة الجاني إلى استغلال نفوذ أو سلطة أو تأثير الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة

¹⁹² حمزة خضري ، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية ، دفاتر السياسة والقانون، جامعة

ورقلة،الجزائر ، العدد السابع، جوان2012، ص184.

¹⁹³ زوليخة زوزو ، جرائم الصفقات العمومية ومكافحتها في ظل قانون الفساد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة

قاصدي مرياح ورقلة ، 2012 ص216.

كما يظهر أيضا من خلال إساءة استعمال سلطة أو تأثير الأعوان العموميين لتحقيق امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية وفي ذلك يمكن القول أن الصفقة تكون غير مشروعة أو مشبوهة بإبرام هذه الصفقة خارج الطر القانونية التي رسمها المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المنظمة.

لقد تمحورت أفكار هذا البحث حول عمليتي إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية والرقابة عليهما، وذلك في إطار المرسوم الرئاسي 236/10 ومالحقه من تعديلات ، مع الإشارة إلى التنظيمات السابقة كلما دعت الحاجة إلى ذلك.

ودراستنا لهذا الموضوع قادتنا إلى العديد من الحقائق والنتائج التي طبعها المرسوم الرئاسي 236/10 في مجال الصفقات العمومية ، ولعل من أهمها اعتماد المشرع الجزائري على نفس المعايير التي تم الاعتماد عليها في التنظيمات السابقة مع بعض الاختلافات في المضمون ، ففي المعيار المالي تم رفع العتبة المالية إلى أكثر من 8 ملايين بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم وبأكثر من 4 ملايين لصفقات الخدمات والدراسات ، أما العمليات محل التعاقد فقد تم توضيحها بشكل أدق في المرسوم الرئاسي 236/10 . وذلك من خلال المادة 13 والتي حصرتها في صفقة إنجاز الأشغال و صفقة اقتناء اللوازم و صفقة إنجاز الدراسات و صفقة تقديم الخدمات .

وبالنسبة إلى المعيار العضوي فلا حظنا أنه لم يعرف استقرارا بحيث تم إدراج مؤسسات في المرسوم الرئاسي 236/10 ثم تجاوزها في التعديلات اللاحقة والحديث هنا عن المؤسسات العمومية الاقتصادية التي أضافها المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي 236/10 وأخضعها لتنظيم الصفقات العمومية ولعل الدافع من وراء ذلك هو إضفاء الشفافية و الوضوح على صفقات القطاع الاقتصادي ، ولكن بصور المرسوم الرئاسي 03/13 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 236/10 تم إقصاء هذه المؤسسات أما فيما يخص المعيار الشكلي فقد أكد المرسوم الرئاسي 236/10 على أن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة وهذا خلال دراستنا لكيفيات إبرام الصفقات العمومية فقد لا حظنا أن المشرع الجزائري قد اعتمد على الطريقتين التي تم اعتمادهما في المرسوم الرئاسي 250/02 ، بحيث نصت المادة 25 من المرسوم الرئاسي 236/10 على أن المناقصة هي القاعدة العامة في إبرام الصفقات وإجراء التراضي يمثل الاستثناء عندما لا تكون هناك حاجة إلى الدعوى الشكلية إلى المنافسة ، وبتفصيلنا لهاتين الطريقتين سجلنا أن هناك بعض الاختلافات بين المرسوم الرئاسي 236/10 والتنظيمات السابقة ، ولعل من أهمها المفهوم الجديد للمزايدة والتي أصبحت تمنح بموجبه الصفقة للمعتمد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا . وذلك على خلاف المرسوم الرئاسي 250/02 التي كانت المزايدة فيه تقوم على العرض الأعلى ثمنا ، وهذا الأمر بقي غامضا ولم يتم توضيحه من طرف المشرع الجزائري بالرغم من التعديلات التي لحقت بالمرسوم الرئاسي 236/10 وإضافة إلى ذلك تركيز المشرع الجزائري على إشتراط عنصر التأهيل في المرشحين والذي يظهر في نص المادة 29 من المرسوم الرئاسي 236/10 . وهذا الأمر لم يكن موجودا في المرسوم الرئاسي 250/02 . وهذه النقطة تشكل جانبا إيجابيا في مجال الصفقات العمومية لأن المعيار المالي وحده لا يكفي للظفر بالصفقة وإن كان هو الأساس .

ولما كانت الإعتمادات المالية المرصودة لإشباع الطلبات العمومية المتزايدة عن طريق الصفقات العمومية ضخمة ولا يمكن تركها بدون رقابة ، فقد وضع المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 236/10 رزنامة قانونية من اجل تفعيل دور الرقابة من جهة وحماية المال العام والتنمية الاقتصادية من جهة ثانية ، وذلك عن طريق الرقابة الداخلية المتمثلة في اللجنة الدائمة لفتح الأظرفه واللجنة الدائمة لتقييم العروض ، الرقابة الخارجية على صورتها القبلية والبعديّة والمجسدة في الرقابة الممارسة من قبل لجان الصفقات العمومية ورقابة المفتشية العامة للمالية ورقابة مجلس المحاسبة، إضافة إلى أشكال أخرى للرقابة كالرقابة القضائية والرقابة البرلمانية والشعبية .

وإضافة إلى ما سبق ذكره فقد أظهرت لنا دراستنا للنظام القانوني لصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 236/10 .العديد من الآثار القانونية المترتبة عن إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية سواء .فيما يخص المصلحة المتقاعدة وما تملكه من إمتيازات وحقوق وذلك كحقها في التوجيه والإشراف وتوقيع الجزاءات ،أو فيما يخص المتعاقد وماله من حقوق كحقه في تلقي مقابل مالي وحقه في التعويض و التسبيقات وما يقع عليه من التزامات كأداء الخدمة في الوقت المتعلق عليه وبحسب الكيفيات المطلوبة في موضوع العقد .ولأن مجال الصفقات العمومية لا يخلو من المنازعات بين طرفي العقد فقد درسنا نظام التنازع في مجال الصفقات وتوصلنا إلى أنه هناك منازعات تتعلق بمرحلة الإبرام ويتم تسويتها أمام لجان الصفقات العمومية أو يتم حلها في نطاق الاستعجال القانوني إذا تطلب الأمر ذلك .

وهناك منازعات تدخل في مرحلة التنفيذ ويتم حلها وديا أو عن طريق الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية ،وهناك حالات تعرض أمام القضاء في نطاق دعوى الإلغاء .

ومن منظور أن الصفقات العمومية وثيقة الصلة بالمال العام ، فقد أشرنا إلى تلك الجرائم الخطيرة التي أصبحت تهدد الاقتصاد الوطني وتعطل عجلة التنمية وتتهك الخزينة العامة للدولة ،وحصرناها في جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية والتي تظهر في المحاباة واستغلال نفوذ الأعوان العموميين ،وجريمة الرشوة ،وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية .

ومايجدر بنا الإشارة إليه كذلك في ختام هذا الموضوع هو أن المشرع الجزائري عند صياغته للمرسوم الرئاسي 236/10 قد أخذ بعين الاعتبار عدة مقاييس ومن أهمها:

-ترقية الأداة الوطنية الإنتاج عن طريق المشاركة الفعالة للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري

-تأطير تدخل المؤسسات الأجنبية

-تفعيل مكافحة الفساد عن طريق المراقبة الصارمة للصفقات

-الأخذ بعين الاعتبار النفاص المسجلة في الترتيب التنظيمي للصفقات العمومية السابقة .

أولاً:النصوص الرسمية

أ- القوانين:

- 1- القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية، العدد.2
- 2- القانون رقم 05/99 المؤرخ في 04 أبريل 1999 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي
- 3- القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، عدد14 المؤرخ في 08/03/2006
- 4- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد21 مؤرخ في 23 أبريل 2008.
- 5- القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 يونيو 2001 المتضمن قانون البلدية
- 6- القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 برابر 2012 المتضمن قانون الولاية.

ب-الأوامر:

- 1-الأمر 67-90 المؤرخ في 17/06/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية ، العدد 52
- 2-الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2008 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومية ، الجريدة الرسمية ، عدد 46 مؤرخ في 16 جويلية 2006.

ج-المراسيم:

- 1- المرسوم 145/82 المؤرخ في 10/04/1982 المنظم للصفقات العمومية التي يجرمها المتعاقد، الجريدة الرسمية، العدد 15
- 2- المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24/07/2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد.52
- 3- المرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 09 نوفمبر 2008 المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي 250/02 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية
- 4- المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 17 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد.58
- 5- المرسوم الرئاسي 23/12 المؤرخ في 18 جانفي 2012، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 236./10
- 6-المرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في 13 يناير 2013، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ، المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي236/10

7-المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،
الجريدة الرسمية العدد 57.

ثانيا: المؤلفات:

أ-المؤلفات باللغة العربية:

- 1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال و الأعمال جرائم التزوير،
الجزء الثاني دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 2- القبيلات حمدي سليمان، الرقابة الإدارية والمالية على الأجهزة الحكومية، الطبعة الثانية، دار الثقافة
لنشر والتوزيع، عمان الأردن. 2010.
- 3-بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- 4-بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر: دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، الطبعة الأولى
،جسور لنشر والتوزيع الجزائر، 2007.
- 5-بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثانية،جسور لنشر والتوزيع
المحمدية،الجزائر،. 2011.
- 6-بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية،دار العلوم لنشر والتوسيع عنابة، 2005.
- 7-خرشي،النوي،تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الأولى،دار
الخلدونية،الجزائر،. 2011.
- 8-رضا جنيح،القانون الإداري،مركز النشر الجماعي،تونس،. 2004.
- 9-شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني،ديوان المطبوعات
الجامعية،الجزائر. 2009.
- 10-عبد الحميد الشوربي،العقود الإدارية في ضوء الفقه،القضاء والتشريع،منشأة المعارف،
الإسكندرية،. 2003.
- 11-عبد العزيز عبدالمنعمخليفة،الأسس العامة للعقود الإدارية،الإبرام والتنفيذ في ضوء أحكام مجلس
الدولة وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشأة المعارف،الإسكندرية،مصر 2004
- 12-عبداللطيف قطيش،الصفقات العمومية،منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة
الأولى،بيروت،لبنان. 2010.
- 13-علي معطي اللهن حسينة شريخ بن زايد،تقنين الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار
هومة لنشر والتوسيع،الجزائر 2012
- 14-فتوح عبدالله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة،دار المطبوعات
الجامعية الإسكندرية. 2001
- 15-فروح حمامة،عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات
الجامعية، الجزائر. 2006.

16- كلوفي عزالدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية، دارالنشر الجيطلي، برج بوعريريج، 2012

17- ماجد راغب الحلو، العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية. 2009

18- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية. 1010

19- محمود خلف جبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن. 1998

20- هيبية سردوك، المناقصة كطريقة للتعاقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية. 2010

21- هنان مليكة، جرائم الفساد، الرشوة، الاختلاس، وتكسب الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي، قانون مكافحة الفساد الجزائري، مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة 2010

ب- المؤلفات باللغة الفرنسية

1- Christophe lajoye. **Droit des MAR puplices**. 3^{eme} edition. galino.l'extenso éditions. paris. 2008.

2- Délaubadéreandré ,**droit administratif**, 17^{ème} édition ,LGDJ, paris, France, 2002.

3- Sabrimohamed et autres. **Guide de gestion des marchés publics** ,alger siprint les éditions du sable ,alger, 2000.

ثالثا: المذكرات الجامعية

1- بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان الصفقات على المستوى المحلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع ادارة ومالية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2012، 2011

2- ريم عبيد، طرف إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، المركز الجمعي تبسة، 2006.

3- فرقان فاطمة الزهراء، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، المحلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن خدة يوسف، الجزائر، 2007.

4- محمد البشير برقية، دراسة حالة الصفقات العمومية بلدية تقرت ولاية ورقلة، مذكرة نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2013.

5- زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية ومكافحتها في ظل قانون الفساد، مذكرة لنيل درجة الماجستير جامعة قاصدي مرباح، ورقلة 2012.

رابعا: المقالات:

1- بودريوة عبدالكريم أساس ومجال اختصاص القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية

مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الرابع، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بالعباس، 2008.

2- جباري عبد الحميد «قراءة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته» مجلة الفكر البرلماني، العدد الخامس عشر فيفري، 2007

3- حضري حمزة «الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية»، دفاتر السياسية والقانون، جامعة ورقلة، الجزائر، العدد السابع جوان 2012

خامسا: المواقع الإلكترونية:

1- <http://WWW.marchespublics.gav.tn/ohmp/decvet.php?lang=ar>

الفهرس

الصفحة	الموضوع
01	المقدمة
06	الفصل الأول: إبرام الصفقات العمومية والرقابة عليها طبقا للمرسوم الرئاسي 236/10 وتعديلاته
07	المبحث الأول: مضمون المعايير التشريعية المعتمدة لإعداد الصفقة العمومية في المرسوم الرئاسي 236/10 وتعديلاته
07	المطلب الأول: التأكيد على الشكلية في إبرام الصفقات العمومية
09	المطلب الثاني: التحديد الواضح لعمليات الصفقات العمومية
10	الفرع الأول: صفقة إنجاز الأشغال العامة
12	الفرع الثاني: صفقة اقتناء اللوازم
13	الفرع الثالث: صفقة إنجاز الدراسات
14	الفرع الرابع: صفقة تقديم الخدمات
15	المطلب الثالث: إنعدام الاستقرار في تحديد المعيار العضوي
20	المطلب الرابع: الرفع من قيمة العتبة المالية
23	المبحث الثاني: كفاءات إبرام الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم
23	المطلب الأول: طريقة المناقصة
24	الفرع الأول: أشكال المناقصة
28	الفرع الثاني: إجراءات المناقصة
32	المطلب الثاني: أسلوب التراضي
32	الفرع الأول: حالات وأشكال التراضي
35	الفرع الثاني: إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي
38	المبحث الثالث: توسيع مجال الرقابة على الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 236/10 وتعديلاته
38	المطلب الأول: ممارسة الرقابة الداخلية على الصفقة العمومية

39	الفرع الأول: اللجنة الدائمة لفتح الأظرفة
41	الفرع الثاني: اللجنة الدائمة لتقييم العروض
42	المطلب الثاني: اتساع نطاق الرقابة الخارجية
42	الفرع الأول: الرقابة الخارجية القبلية على الصفقات العمومية
47	الفرع الثاني: الرقابة الخارجية البعدية على الصفقات العمومية
50	الفصل الثاني: تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 وتعديلاته
51	المبحث الأول: الآثار القانونية لتنفيذ الصفقة العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم
51	المطلب الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة وحقوقها
52	الفرع الأول: سلطة وحق التوجيه، الإشراف والرقابة
52	الفرع الثاني: حق التعديل (ملحق الصفقة)
53	الفرع الثالث: سلطة وحق توقيع الجزاءات
56	الفرع الرابع: سلطة فسخ العقد
57	المطلب الثاني: حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد مع الإدارة
57	الفرع الأول: الحق في اقتضاء مقابل مالي
61	الفرع الثاني : الحق في التوازن المالي
62	الفرع الثالث: الحق في تعويض
62	الفرع الرابع: التزامات المتعامل المتعاقد
65	المبحث الثاني: نظام التنازع في مجال الصفقات العمومية
65	المطلب الأول: المنازعات المتعلقة بمرحلة الإبرام
66	الفرع الأول: تسوية النزاعات أمام لجنة الصفقات العمومية
66	الفرع الثاني: منازعات الصفقات العمومية في نطاق الاستعجال القانوني
69	المطلب الثاني: المنازعات المتعلقة بمرحلة التنفيذ
69	الفرع الأول: الحل الودي لنزاعات الصفقات العمومية
71	الفرع الثاني: الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية
72	الفرع الثالث: منازعات الصفقات العمومية المطروحة أمام القضاء
76	المبحث الثالث: جرائم الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم

76	المطلب الأول: مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية (المحاباة)
77	الفرع الأول: مفهوم الموظف العمومي
79	الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة المحاباة في الصفقات العمومية
80	الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة المحاباة في الصفقات العمومية
81	المطلب الثاني: استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة
81	الفرع الأول: صفة الجاني في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين
82	الفرع الثاني: قيام جريمة الإستغلال (الركن المادي)
84	الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في الصفقات العمومية
85	الخاتمة
88	قائمة المراجع
91	الفهرس

الكلمات المفتاحية :

✓ المرسوم الرئاسي 236/10

✓ إبرام

✓ تنفيذ

✓ عقد

✓ الصفقات العمومية

✓ أشغال

✓ توريد

✓ جرائم الصفقات العمومية

الملخص

يعالج هذا البحث النظام القانوني الذي يحكم الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل المتمم ، بحيث يوضح المعايير التي على أساسها يتم انعقاد الصفقة العمومية و يشرح أيضا كيفيات إبرام و تنفيذ الصفقات العمومية و الرقابة عليها بنوعيتها الداخلية و الخارجية كما أنه يسلط الضوء على نظام التنازع في مجال الصفقات العمومية ، و يتطرق إلى الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية ، وهذا مع الأخذ بعين الإعتبار التعديلات اللاحقة بالمرسوم الرئاسي 236/10.

:Résumé

Cette recherche porte sur le régime juridique régissant les marchés publics en vertu présidentiel 10/236 moyenne de décret complémentaire donc qui explique les critères sur la base de ce qui est le marché public et explique également les modalités de la conclusion et de l'exécution des marchés et le contrôle des deux types interne et externe publique comme il a fouetté la lumière sur le système les conflits dans le domaine des marchés publics, et traite des infractions relatives à des opérations publiques, et cela prend en compte les amendements décret présidentiel ultérieur 10/236.