

محاضرات في الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام د/ خلدون عيشة

المستوى : سنة أولى ماستر تخصص دولة و مؤسسات

لقد عرف العقد الإداري في القانون المقارن بأنه العقد والاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام ، قصد تسيير مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام ، بتضمينه لشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، وهو تعريف لا يختلف كثيرا عن مفهومه في الجزائر والذي مر بمراحل تطور كثيرة تناولتها نصوص قانونية متتالية تكلمت بالأخص عن الصفقات العمومية ، التي ستعرف عليها من خلال تناول عدة محاور تتمثل في :

المحور الأول : تعريفها و تحديد معاييرها و مجال تطبيقها

المحور الثاني : طرق إبرام الصفقات العمومية و إجراءاتها

المحور الثالث: تنفيذ الصفقات العمومية.

المحور الرابع : الرقابة على الصفقات العمومية

المحور الخامس منازعات الصفقات العمومية و نهايتها.

المحور السادس : تعريف تفويض المرفق العام و أشكاله.

المحور الأول : تعريف الصفقات العمومية و معاييرها و مجال تطبيقها.

أولاً: التعريف التشريعي : لقد تناول التنظيم الجزائري تعريف الصفقات العمومية عبر مراحل تاريخية متتالية تمثلت فيما يلي:

1/قانون الصفقات العمومية الأول المتعلق بالأمر رقم 90/67: عرفت المادة الأولى من هذا الأمر الصفقات العمومية بأنها : "إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العملات أو البلديات أو المؤسسات و المكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون..."

2/المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي رقم 145/82 : عرفت المادة الرابعة من هذا المرسوم الصفقات العمومية على أنها : " صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو إقتناء المواد و الخدمات.."

3/المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية رقم 434/91: لم يبتعد هذا المرسوم عن سابقه في تعريف الصفقة العمومية من خلال مادته الثالثة التي جاء فيها : " الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود و مبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال وإقتناء المواد و الخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة.."

4/المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية رقم 250/02: عرفت المادة الثالثة من هذا المرسوم الصفقات العمومية بأنها: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال و إقتناء المواد و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة."

5/ المرسومان الرئاسيان رقم 301/03 وكذا رقم 338/08 المعدلين و المتممين للمرسوم الرئاسي رقم 250/02: تناول المرسوم الرئاسي رقم 301/03 وكذا المرسوم الرئاسي رقم 338/08 نفس التعريف السابق الموجود في المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المنظم للصفقات العمومية المعدل و المتمم.

6/المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية رقم 236/10 المعدل والمتمم و الملغى: عرفت المادة الرابعة من هذا المرسوم الصفقات العمومية كالتالي: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، قصد إنجاز الأشغال و إقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة."

7/المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي رقم 247/15: لقد عرفت المادة الثانية من هذا المرسوم الصفقات العمومية بأنها : "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات."

من خلال كل هذه النصوص السابقة التي صدرت خلال حقبة زمنية مختلفة الظروف السياسية و الاقتصادية، نلاحظ إصرار التنظيم الجزائري على إعطاء تعريفات مختلفة الصيغ للصفقات العمومية و كذا توضيح أنها تبرم بطرق خاصة وتحكمها إجراءات معقدة ، وتخضع لأنواع كثيرة من الرقابة لأنها تخول الجهة الإدارية المتعاقدة مجموعة من السلطات الإستثنائية الغير موجودة في عقود أخرى، وهذا يعني تواجد قانون يعرف العقود الإدارية من خلال قانون الصفقات العمومية.

- المعايير التشريعية لتمييز الصفقات العمومية:

إذا كانت الصفقات العمومية عقودا إدارية محددة بموجب التشريع ، فإنه يكون قد حدد معالم و عناصر تمييزها من خلال مختلف قوانين الصفقات العمومية ، و قد ساهم القضاء أيضا في تفصيل هذه المعايير سواء في فرنسا أو مصر أو الجزائر، و قد إتمدت قوانين الصفقات السالفة الذكر المتقاربة التعاريف في جوهرها على خمسة معايير مميزة للصفقات العمومية عن غيرها من العقود و المتمثلة في:

1/المعيار العضوي: يتميز العقد الإداري أو الصفقة العمومية بكون أطرافه شخص من أشخاص القانون العام ، فالتعريفات السابقة للصفقات العمومية المذكورة سابقا تؤكد أن من سمات عقد الصفقة العمومية هو وجود الشخص المعنوي العام.

و الملاحظ على التعريفات السابقة للصفقات العمومية مدى التذبذب الكبير الذي وقع فيه القانون الجزائري بين مرحلة و أخرى ، فيما يخص مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية و الهيئات المعنية به ، فتارة يوسع في وعائها و تارة أخرى يضيق فيه، و هذا إنطلاقا من الأمر رقم 90/76 و صولا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15 الذي بين بان المصلحة المتعاقدة تتمثل في :

الدولة ، الجماعات الإقليمية ، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

1/ الدولة : عبارة عن وصف شامل لأعلى جهة تتمتع بالشخصية المعنوية و القانونية ، بحيث تضم كل الأجهزة المركزية المتمثلة في رئاسة الجمهورية و الوزارة الأولى أو ما يسمى برئاسة الحكومة و كذا سائر الوزارات المختلفة.

2/ الجماعات الإقليمية : تتمثل في

أ/الولاية : هي من وحدات الإدارة المحلية بالجزائر إلى جانب البلدية ، و هي إحدى المجموعات الإقليمية المنصوص عليها في كل دساتير الجزائر ، و تخضع للقانون رقم 07/12.

ب/ البلدية : هي الجماعة الإقليمية القاعدية في الإدارة المحلية كما يشير الدستور ، و تخضع للقانون رقم 10/11 المؤرخ في 22/06/2011.

3/المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري :

هي المؤسسات التي أكدت كل قوانين الصفقات العمومية المتتابعة إبتداء من الأمر رقم 90/67 وصولاً إلى المرسوم الحالي رقم 247/15 على خضوعها لقانون الصفقات العمومية بحكم كونها أحد أشخاص القانون العام ، و كذا بحكم نشاطها الهادف لتحقيق المصلحة العامة و خضوعها لأحكام القانون العام.

4/المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري :

المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري تخضع للقانون الخاص كأصل عام ، لذا عقودها يحكمها القانون التجاري و نزاعاتها ترفع أمام القضاء العادي و ليس الإداري المختص بنزاعات أشخاص القانون العام ، لذا من الغريب القول بخضوعها لتنظيم الصفقات العمومية ، و الإجابة عن هذا تكمن فيما نص عليه قانون الصفقات العمومية بأن : "...المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية.

2/المعيار الموضوعي:يبين المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بقانون الصفقات العمومية أنواع الصفقات العمومية من خلال نصه على أنه:" يمكن المصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقة عمومية واحدة أو أكثر بهدف تلبية حاجة معينة.

تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

إنجاز الأشغال ، إقتناء اللوازم ، إنجاز الدراسات ، تقديم الخدمات."

3/ المعيار الشكلي: رجوعاً لتعريف الصفقات العمومية الواردة في كل من المادة الأولى من الأمر رقم 90/67 و المادة رقم 04 من المرسوم رقم 145/82 و المادة رقم 03 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91 و المادة رقم 03 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 و المادة رقم 04 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10

و المادة رقم 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ، نجد القانون الجزائري ثبت على مبدأ واحد و هو أن الصفقات العمومية عبارة عن عقود مكتوبة.

و رغم تأكيد المرسوم الرئاسي رقم 247/15 من خلال مادته رقم 03 التي تنص على أن " تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات." ، إلا أنه أورد إستثناء على القاعدة العامة و هو ما تضمنته المادة رقم 12 من هذا المرسوم الرئاسي رقم 247/15 بنصها على أن : " في حالة الإستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو إستثمار تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد إستثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي و لا يسعه التكيف مع آجال إبرام الصفقات العمومية ، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الإستعجال ، و أن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها ، يمكن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أن يرخص بموجب مقرر معلل ، بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية ، و يجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف المذكورة أعلاه..."

-كما فرضت ذات المادة رقم 12 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 إعداد صفقة تصحيحية خلال ستة أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على مقرر الترخيص السالف الذكر، إذا كان موضوع الصفقة يفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة رقم 13 من ذات المرسوم و عرضها للرقابة الخارجية بواسطة لجنة الصفقات المختصة بذلك.

فكل هذا يؤكد أنه بالرغم من بداية تنفيذ الصفقة العمومية قبل إبرامها ، فلا يمكن بأي حال إهمال عنصر الكتابة المتمثل في إعداد صفقة تصحيحية.

4/المعيار المالي: نظرا لإرتباط الصفقات العمومية بالخزينة العامة لقد أخضع التنظيم إبرامها لمجموعة من الإجراءات و المراحل الطويلة و المعقدة التي تتخذها الإدارة كقاعدة عامة أثناء تعاقدتها بمبالغ كبيرة و ضخمة.

و بالمقابل فإن إتباع هذه الإجراءات يرهق الإدارة إذا تعلق الأمر بمبلغ بسيط بما يؤدي إلى تعطيل تسيير المصلحة العامة، و حتى يتفادى القانون مثل هذه السلبيات فقد قرر تحديد سقف مالي معين على أساسه يعتبر العقد المبرم صفقة عمومية مع توافر باقي المعايير.

و قد عرفت القيمة المالية المحددة للصفقات العمومية إرتفاعا مستمرا بسبب إنخفاض قيمة الدينار الجزائري ، كان آخرها في المرسوم الرئاسي الحالي رقم 247/15 الذي رفع القيمة المالية للصفقات العمومية كالتالي:

-تبرم صفقة عمومية في حالة العمليات المتعلقة بالأشغال أو إقتناء اللوازم التي تفوق قيمتها المالية إثني عشر مليون دينار جزائري .

-تبرم صفقة عمومية في حالة العمليات المتعلقة بالخدمات أو الدراسات التي تفوق قيمتها المالية ستة ملايين دينار جزائري.

5/معيار البند الغير مألوف (الشروط الإستثنائية):لا يكفي أن تكون الإدارة طرفا في العقد لإضفاء الطابع الإداري عليه و من ثم إخضاعه لقانون الصفقات العمومية و إختصاص القاضي الإداري في حل منازعاته، بل ينبغي أن تكشف جهة الإدارة عن رغبتها في إستخدام أسلوب القانون العام عند تعاقدها.

و لقد كرس القانون الجزائري مفهوم الشروط الغير مألوفة في مختلف قوانين الصفقات العمومية ، حيث إعترف للإدارة بممارسة جملة من الإمتيازات و السلطات العامة المدرجة في عقودها و التي لا مثيل لها في القانون الخاص و من أمثلة هذه الشروط :

- سلطة الإشراف و التوجيه على تنفيذ الصفقة العمومية.

-حق المصلحة المتعاقدة في تعديل الإلتزامات التعاقدية بالنقص أو الزيادة عن طريق ما يسمى بالملحق الذي أجاز المرسوم الرئاسي رقم 247/15 للمصلحة المتعاقدة اللجوء لإبرامه، مبينا بأنه :

" يشكل وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ، و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة..."

-حق المصلحة المتعاقدة في توقيع العقوبات المالية على المتعامل المتعاقد المخل بالإلتزاماته و كذا إجراء الفسخ بإرادتها المنفردة دون توقف ذلك على رضا الطرف الآخر الذي يكفي إعداره، و هذا ما إعترفت به المادة رقم 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 بنصها على أنه : "إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالإلتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

و إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه ، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد و يمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة."