

قراءة في التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية الجزائرية عن ماهية الصفقة العمومية

الاستاذ : **ملاتي معمر**

أستاذ مساعد " أ " كلية الحقوق
جامعة أحمد بوقرة - بومرداس

ملخص :

تدور إشكالية المقال حول مفهوم و طبيعة الصفقة العمومية في الجزائر ، حيث تم الاعتماد في معالجة هذه الاشكالية على خطة ثنائية ، تناولنا في جزءها الاول تطور مفهوم الصفقة في الجزائر . و في هذا السياق ، تم تقسيم هذا الجزء إلى فقرتين ، عالجت الفقرة الاولى تطور المفهوم قبل أحداث أكتوبر 1988 ، فيما خصصت الفقرة الثانية لتطور المفهوم بعد أحداث أكتوبر 1988 . الجزء الثاني من هذه الخطة ، تم تخصيصه للوقوف على طبيعة الصفقة فتم التركيز في الفقرة الاولى منه على توضيح الطبيعة العقدية للصفقة ، من خلال مبدئين هامين هما : العقد شريعة المتعاقدين و مبدأ القوة الملزمة للعقد . أما الفقرة الثانية دائما من هذا الجزء ، فقد تمحورت حول مدى اعتبار الصفقة عقد ذا صبغة إدارية أو عقد ذا صبغة مدنية .

Résumé:

La problématique de cet article a pour sujet : la définition et la nature du marché public en Algérie.

Pour traiter cette problématique, on a proposé un plan de travail qu'on l'a divisé en deux parties :

Dans la première partie, on a entamé la définition du marché public en Algérie qu'on l'a développée en deux paragraphes :

Dans le premier paragraphe on a défini le marché public avant les événements d'Octobre 1988.

Dans le deuxième paragraphe on l'a défini (marché public) après les événements d'Octobre 1988.

Ce qui est de la deuxième partie de notre plan elle a été consacrée à la nature du marché public qu'on l'a également développée en deux paragraphes :

Dans le premier paragraphe on a parlé de la nature contractuelle du marché public à travers deux principes essentiels :

-le contrat fait la loi des parties.

-le principe d'obligation du contrat.

Ce qui est du deuxième paragraphe ça a tourné autour de : la nature du marché public est elle administrative ou plutôt civile .

مقدمة :

قيل أنه يمكن تصور دولة بدون سلطة تشريع ، لكن لا يمكن تصور دولة بدون إدارة ، ذلك أن الإدارة تعمل على استمرارية البولة من خلال إشباع حاجيات المجتمع ، وفي سبيل ذلك تقوم هذه الإدارة بأعمال مادية وأخرى قانونية.

غير أن ما يهمننا هنا هو الأعمال القانونية ، وما يهمننا من الأعمال القانونية الأعمال الاتفاقية ، أي ما يعرف بنظرية العقد الإداري .

هذه النظرية التي أقرها وطورها القضاء الإداري الفرنسي ، وعرفتها الجزائر باعتبارها كانت مستعمرة فرنسية.

إن نظرية العقد الإداري نظرية واسعة ، ولعل أبرز صورها ، ما يعرف بالصفقات العمومية.

هذه الصفقات ، ثار جدل كبير حول مفهومها وطبيعتها في الجزائر ، فهناك من الاساتذة من يعتبرها عقد ، في حين يوجد من يراها غير ذلك ، وهناك من يعتبرها عقود ذات طبيعة إدارية ، غير أن هناك من يعتبرها عقود ذات طبيعة مدنية .

وفي هذا الاطار نطرح الاشكالية الآتية :

ماذا نقصد بالصفقة العمومية في تنظيم الصفقات العمومية الجزائرية ؟

1- هل تعتبر الصفقة العمومية عقد ؟

2- إذا كانت الصفقة عقد ، فما الصبغة التي يأخذها هذا العقد ؟

ولأجل معالجة هذه الاشكالية ، نقسم بحثنا هذا إلى جزئين ، يتعلق الأول بتطور مفهوم الصفقة العمومية ، في حين نخصص الجزء الثاني للوقوف على مدى اعتبار الصفقة عقد ، مع البحث عن إدارية هذا العقد من عدمه.

أولا : تطور مفهوم الصفقة العمومية.

إن اعتبار الصفقة العمومية أداة من أدوات تنمية الاقتصاد الوطني ، مرتبط في العادة بالتوجه السياسي للنظام الحاكم في البلاد¹ ، وتبعاً لهذا نستطيع أن نميز بين مرحلتين أساسيتين في تطور مفهوم الصفقة العمومية بالجزائر ، وهما مرحلة ما قبل أحداث أكتوبر 1988 ومرحلة ما بعد أحداث أكتوبر 1988.

وعليه نقسم هذا الجزء إلى فقرتين وفق ما تم ذكره.

1_ مرحلة ما قبل أحداث أكتوبر 1988.

صدر أول تشريع يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، بمقتضى الأمر 90/67² ، حيث نص في مادته الأولى على : " إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها البولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية ، قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

ستحدد بموجب مرسوم كيفيات تطبيق هذا القانون على الشركات الوطنية والمؤسسات والمكاتب العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري "

عند قراءتنا لهذه المادة نلاحظ اعتمادها على ثلاثة معليو في توضيح مفهوم الصفقة العمومية .

هي المعيار الشكلي حين أشار النص إلى أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة .

والمعيار العضوي عندما بين النص الاطراف التي يمكن لها أن تبرم هذه الصفقات ، و ذكر البولة و العمالات (الولايات) و البلديات و المؤسسات و المكاتب العمومية.

والمعيار الموضوعي حين أشار إلى موضوع الصفقة ، والذي تمثل على سبيل الحصر في إنجاز الأشغال أو التوريدات أو الخدمات.

لكن ما يثير الانتباه في هذه المادة ما جاء في الفقرة الثانية منها " ستحدد بموجب مرسوم كيفيات تطبيق هذا القانون على الشركات الوطنية والمؤسسات والمكاتب العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري "

إن من بين ما يمكن استخلاصه من هذه الفقرة ، أن الصفقة العمومية تتلون بحسب الأشخاص الداعيين لإبرامها ، فهناك صفقة تبرمها البولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية ، وهذا في العادة ، ما يصطلح عليه بأشخاص القانون العام.

وهناك صفقة تبرمها الشركات الوطنية والمؤسسات والمكاتب العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وهذا ما يصطلح عليه بأشخاص القانون الخاص ، مع الإشارة إلى أن القانون المنظم للصفقات العمومية وقف على خصوصية هذه الأشخاص ، وهذا ما تؤكد عبارة " ستحدد بموجب مرسوم كيفيات تطبيق هذا القانون...".

هذا وإن كان المرسوم المشار إليه ضمن الفقرة الثانية من المادة الأولى ، من الأمر 90/67 لم يخرج إلى العلن ، وألغيت الفقرة فيما بعد بمقتضى الأمر 09/74³.

بعد عدة تعديلات لحقت بالأمر 90/67⁴ ، جاء المرسوم رقم 145/82⁵ والذي عرف الصفقة العمومية في المادة الرابعة منه : " صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود ، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات "

إذا ما قلنا هذه المادة ، بالمادة الأولى من الأمر 90/67 نلاحظ أن لهما نفس المعايير في تعريف الصفقة ، باستثناء أن المادة الأولى من الأمر 90/67 فصلت في المعيار العضوي ، في حين أن المادة الرابعة من المرسوم 145/82 جاءت جامعة لهذا المعيار بكلمة واحدة هي المتعامل العمومي وهو ما أوضحته المادة الخامسة بقولها : " يقصد بالمتعامل العمومي في مفهوم هذا المرسوم ما يأتي :

_ جميع الإدارات العمومية.

_ جميع المؤسسات والهيئات العمومية.

_ جميع المؤسسات الاشتراكية.

_ أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية ، يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات.

تطبق أحكام هذا المرسوم على الصفقات التي تبرمها المؤسسات التي يكون جل رأسمالها عموميا "

كما قد قلنا فيما سبق عند التعليق على الفقرة الثانية من المادة الأولى المصادرة بمقتضى الأمر 90/67 أن الصفقة العمومية تتلون بحسب الأشخاص الناعين لإبرامها وهذا أيضا يظهر من خلال المادة الرابعة من المرسوم 145/82 ، فهناك أشخاص القانون العام ، وهناك أشخاص القانون الخاص .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن ما يثير الانتباه في المادة الرابعة هو عبارة " حسب مفهوم التشريع الساري على العقود "

هذه العبارة جاء بها المرسوم 145/82 ، وتوالت فيما بعد في مختلف النصوص التي نظمت مجال الصفقات العمومية.

إن هذه العبارة تفتح الكثير من القراءات والتأويلات⁶ حول طبيعة و مفهوم الصفقة العمومية كعمل قانوني.

2_ مرحلة ما بعد أحداث أكتوبر 1988.

بدأت هذه المرحلة ، بصور المرسوم التنفيذي رقم 434/91⁷ ، والذي عرف الصفقة العمومية في المادة الثالثة منه : " الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري

على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم ، قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة".

حيث يلاحظ أن هذه المادة لا تختلف في مضمونها عما جاء في المادة الرابعة من المرسوم 145/82 إلا في عبارة "المصلحة المتعاقدة" والتي استبدلت بمصطلح "المتعامل العمومي".

غير أن مفهوم الأمر 145/82 أوسع من حيث نوعية الأشخاص التي لها حق إبرام الصفقة العمومية مما شملته عبارة المصلحة المتعاقدة ، وهذا ما أوضحته المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 434/91 بقولها : " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، المسماة أدناه المصلحة المتعاقدة".

بعد هذا المرسوم التنفيذي ، جاء المرسوم الرئاسي 250/02⁸ والذي نص في مادته الثالثة على نفس التعريف الذي قدمه المرسوم التنفيذي 434/91 للصفقة العمومية ، باستثناء إضافة الدراسات كطلب من الطلبات العمومية التي تتضمنها الصفقات العمومية.

لأن الاختلاف الظاهر هو فيما تعنيه المصلحة المتعاقدة ، وهو ما جاء في نص المادة الثانية من المرسوم الرئاسي " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمبني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هاته الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة ، وتدعى في النص المصلحة المتعاقدة".

حيث يظهر من خلال هذا النص أن هناك نوعين من المراكز القانونية للأشخاص التي لها الحق في إبرام الصفقات العمومية.

فيوجد المركز القانوني للأصيل ، وهو الذي يظهر في المادة من خلال : "...الإدارات العمومية... المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري..."

ويوجد المركز القانوني للنائب بالنسبة للأشخاص الأخرى والتي تظهر في المادة من خلال :

"بالإضافة... المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري..." ، ودليل ذلك أي أنها في مركز النائب عبارة " عندما تكلف هذه الأخيرة..." ، أي بمفهوم المخالفة عندما لا يكون هناك تكليف

فهذه الأشخاص غير معنية بإبرام الصفقات العمومية التي تصطبغ بالصفة التي تأخذها الصفقات العمومية المبرمة من طرف الأشخاص التي تأخذ المركز القانوني للأصيل ، فيما تم التنصيص عليه من خلال هذه المادة أي غير المكلفة .

ودائما وضمن هذا الإطار جاء المرسوم الرئاسي 236/10⁹ والذي تعرض لعدة تعديلات حيث ذهب في تعريفه للصفقة العمومية في المادة الرابعة منه ، لنفس ما جاء به المرسوم الرئاسي 250/02 ، إلا أن الفرق يكمن فيما جاءت به المادة الثانية منه وهذا حسب التعديل الأخير قبل الالغاء: "لا تطبق أحكام هذا المرسوم على الصفقات محل نفقات:

_الإدارات العمومية.

_الهيئات الوطنية المستقلة.

_الولايات.

_البلديات.

المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

_مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمية والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة...

يتعين على المؤسسات العمومية غير المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، عندما تنجز عملية غير ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة من الدولة ، أن تكييف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية والعمل على اعتمادها من هيئاتها المؤهلة...."

حيث يظهر الفرق الأساسي بين هذا النص ونص المرسوم الرئاسي 250/02 والذي يبين ما ينطوي تحت مسمى المصلحة المتعاقدة في عبارة " يتعين على المؤسسات... من هيئاتها المؤهلة " ، ومعنى هذا أن المؤسسات العمومية غير المؤسسات الإدارية ترم صفقات عمومية ، ولكن هذه الصفقات لا تماثل الصفقات التي ترمها المؤسسات الإدارية أي أنها تتلون بنفس طبيعة المؤسسة المبرمة لها.

ليأتي في الأخير المرسوم الرئاسي 247 / 15⁽¹⁰⁾ والذي نص في مادته الثانية على أن: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، ترم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال والوظائف والخدمات والدراسات . "

وهذا التعريف يوافق ، ما جاء في نص المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتتم ، باستثناء عبارة " تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين " و التي اضيفت في نص المادة الثانية ، من المرسوم الرئاسي 247/15 .

حيث تعتبر هذه العبارة ، اضافة موفقة في توضيح و تعريف الصفقة العمومية ، غير أنه اذا رجعنا الى نص المادة السادسة ، دائما من المرسوم الرئاسي 247/15 نجدها تنص على الاشخاص الذين يجب عليهم ابرام الصفقات العمومية : " لا تطبق احكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية ، محل صفقات :

- الدولة .
- الجماعات الاقليمية .
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري .
- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ، عندما تكلف بإنجاز عملية مموله ، كليا أو جزئيا ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الاقليمية .

و تدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة "

هذا ، و إن كان يظهر من خلال النص وجود مركزين قانونيين للشخص الذي يجب عليه ابرام صفقات عمومية ، وفق أحكام هذا الباب ، من هذا المرسوم ، و هما المركز القانوني للأصيل و المركز القانوني للنائب ، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هنا ، هل الاشخاص المذكورة في هذه المادة محددة على سبيل الحصر ، أم على سبيل المثال ؟

وفي هذا الاطار ، إذا رجعنا إلى نصوص المواد :

- المادة 04 : " لا تصح الصفقات العمومية و لا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه ، حسب الحالة :
مسؤول الهيئة العمومية ... "
- المادة 08 : " يتعين على المؤسسات المنصوص عليها في المطة الاخيرة من المادة 6 أعلاه عندما تنجز عملية غير مموله كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الاقليمية ، أن تكيّف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية و العمل على اعتمادها من هيئاتها المؤهلة ... "

المادة 10: "تخضع الصفقات العمومية المبرمة من طرف صاحب مشروع منتدب باسم و بحساب صاحب مشروع تطبيقا لاتفاقية اشراف منتدب على مشروع ، لأحكام هذا الباب "

من المرسوم الرئاسي 15 / 247 ، نجد أن الاشخاص المذكورة في المادة السادسة من هذا المرسوم مذكورة على سبيل المثال ، وليس الحصر ، وهنا نشير إلى أن ما جاء في المرسوم الرئاسي 10 / 236 المعدل والمتمم ، الملغى ، في مادته الثانية أكثر دقة .

ثانيا: طبيعة الصفقة العمومية.

بعدما تطرقنا في الجزء الأول من هذه الدراسة إلى تطور مفهوم الصفقة العمومية ، من خلال تنظيمات الصفقات العمومية ، نحاول من خلال هذا الجزء الوقوف على طبيعة الصفقة العمومية حيث نركز على عنصرين أساسيين في تحديد هذه الطبيعة وهما مدى اعتبار الصفقة عقد ، إلى جانب البحث عن إدارية هذه الصفقة من عدمها.

1_ الصفقة العمومية عقد.

انطلاقا من العبارة التي وردت في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية ، فيما يخص تعريف الصفقة العمومية " ... في مفهوم التشريع المعمول به..." ، و ما تنص عليه المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 15 / 247 : " يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام التي تيرمها على التوالي المصالح المتعاقدة و السلطات المفوضة طبقا للقوانين و التنظيمات المعمول بها و احكام هذا المرسوم " .

و ما تنص عليه المادة 54 من القانون المدني : " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " .

فالعقد اتفاق⁽¹¹⁾ يتم عند التقاء إرادتين من أجل خلق التزامات متبادلة ، وعليه حتى نعتبر الصفقة عقد لا بد أن يظهر من خلالها مبدئين هامين يعتمد عليهما التعريف المشار إليه وهما العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة لهذا العقد.

أ/ العقد شريعة المتعاقدين:

يذهب مضمون مبدأ العقد شريعة المتعاقدين إلى أن إرادة طرفي العقد هي القادرة على إنشاء وخلق الالتزامات المتبادلة ، ويبقى دور القانون في هذا الشأن تكميلي⁽¹²⁾ ، فهل يتجسد هذا المبدأ على الصفقة العمومية باعتبارها عمل قانوني ؟ .

المحقق منه ، أن وجود إرادتين في الصفقات العمومية كعمل قانوني مجسد ، فالتقاء الإرادتين ، إرادة الشخص العمومي ، والذي أعطاه تنظيم الصفقات العمومية حق إبرام مثل هذا العمل القانوني وإرادة معاهد هذا الشخص ظاهرة ، إلا أن قدرة هاتين الإرادتين على إنشاء الالتزامات المتبادلة محدودة لأنها مقيدة بتنظيم الصفقات العمومية.

فالحد الأدنى وهو التقاء إرادتين موجود ، وقد يتسع مجال هذا الالتقاء في خلق الالتزامات وذلك ما يظهر مثلا من نص المادة 32 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم في الفقرات الثانية والثالثة والثامنة منه:

"... ويمكن للجنة تقييم العروض فيما يخص العروض التي تراها مطابقة لدفتر الشروط أن تطلب كتابيا بواسطة المصلحة المتعاقدة من المرشحين تقديم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم.

ويمكن تنظيم اجتماعات لتوضيح الجوانب التقنية لعروض المرشحين عند الضرورة من طرف المصلحة المتعاقدة بحضور أعضاء لجنة تقييم العروض الموسعة عند الاقتضاء إلى خبراء ، ويفضل أن يكونوا جزائريين الذين يتم تعيينهم لهذا الغرض ، ويجب أن تحرر محاضر لهذه الاجتماعات يوقعها جميع الأعضاء الحاضرين..... لا يدعى المرشحون الذين تم إعلان مطابقة عروضهم التقنية الأولية لتقديم عرض تقني نهائي وعرض مالي على أساس دفتر شروط معدل عند الضرورة..."

وكذلك ما يظهر من نص المادة 34 من نفس المرسوم في فقرتها الثالثة عشر:

"...وفي حالة ما إذا أبرزت لجنة التحكيم ضرورة توضيح بعض جوانب الخدمات فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تخطر الفائزين المعنيين كتابيا ، لتقديم التوضيحات المطلوبة وتكون الأجوبة المكتوبة جزء لا يتجزأ من عروضهم..."

و أيضا ما يظهر من نص المادة 46 من المرسوم الرئاسي 247/15 : "... ويمكن للجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض ، فيما يخص العروض التي تراها مطابقة لدفتر الشروط ، أن تطلب كتابيا بواسطة المصلحة المتعاقدة ، من المرشحين تقديم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم

ويمكن تنظيم اجتماعات لتوضيح الجوانب التقنية لعروض المرشحين عند الضرورة ، من طرف المصلحة المتعاقدة ، بحضور أعضاء لجنة تقييم العروض الموسعة عند الاقتضاء إلى خبراء يتم تعيينهم خصيصا لهذا الغرض ...

لا يدعى إلا المرشحون الذين جرى إعلان مطابقة عروضهم التقنية الاولية ، للقيام في مرحلة

ثانية

بتقديم عرض تقني نهائي و عرض مالي على أساس دفتر شروط معدل عند الضرورة ..."

وما يجب الإشارة إليه أن مجال التقاء إرادتي الطرفين في خلق التزامات متبادلة يتسع ويضيق بحسب شكل الطريقة المعتمد عليها في إبرام الصفقة العمومية.

وعلى العموم فإن هذا المبدأ أي العقد شريعة المتعاقدين محقق ولو في حده الأدنى وقد يتسع ، وكل ذلك تحكمه دواعي المصلحة العامة.

ب/ القوة الملزمة للعقد.

إن مضمون هذا المبدأ يتجه إلى أن المتعاقدين ملزمان بتنفيذ ما تم التوافق عليه في العقد إلا أن هناك من يرى أن هذا المبدأ غير موجود ، ولا يمكن أن يتحقق في ظل عمل قانوني يأخذ شكل الصفقة العمومية ، ذلك أن المركز القانوني الممنوح للشخص العمومي في تنظيم الصفقات العمومية أسسى من مركز معاقده ، وهو يستطيع انطلاقاً من هذا المركز تعديل التزامات العقد بإرادته المنفردة و دون الرجوع لمعاقده .

وعلى العموم ، فإن مثل هذا المركز إما تفرضه المصلحة العامة ، والشخص العمومي عندما يتجه لهذا التعديل بإرادته المنفردة ، يفعل ذلك تحقيقاً لهذه المصلحة ، وفي نفس الوقت فإن التزاماته أيضاً بالمقابل تتغير ، عندما يقوم بتعديل التزامات الصفقة بإرادته المنفردة ، فهو مجبر على التعويض إذا ما أصاب معاقده ضرراً من هذا التعديل .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى قد لا يلجأ الشخص العمومي إلى تعديل الالتزامات الأولية للصفقة بتاتا ، فهل نقول أن مبدأ القوة الملزمة للصفقة غير موجود ؟

إذن ، فهذا المبدأ أيضاً محقق بحسب المصلحة العامة.

2_ الصبغة الإدارية للصفقة.

بالرجوع إلى نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية⁽¹³⁾ ، نجد أن كل منازعة تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها ، هي منازعة تدخل في اختصاص القضاء الإداري.

وهنا لا بد أن نشير ، إلا أن المنازعة تدخل في اختصاص القاضي الإداري ، ولكن ليست بالضرورة ذات صبغة إدارية .

فالصفقات العمومية التي تبرمها هذه الأشخاص المعنوية العامة المذكورة أعلاه ، وفقاً لتنظيم الصفقات العمومية تخضع منازعاتها للقضاء الإداري وهي ذات طبيعة إدارية.

إلا أن المشكل يطرح بالنسبة للأشخاص الأخرى والتي أعطاهما تنظيم الصفقات العمومية حق إبرام مثل هذا العمل القانوني ، لكنها لم تذكر في قانون الإجراءات المدنية الإدارية فهل الصفقات التي تبرمها تدخل في مجال الطبيعة الإدارية أم لا؟

إن الإجابة على هذا السؤال تكمن في الجزء الأول من هذه الدراسة ، وخصوصا عند تعليقنا على ما جاء في المرسوم الرئاسي 250/02 والمرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم و المرسوم الرئاسي 247/15.

فالأمر مرتبط هنا بتحديد المركز القانوني لمثل هذه الأشخاص التي تقوم بإبرام الصفقات العمومية فالمادة الثانية من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم تقول: "...مراكز البحث والمؤسسات العمومية الخصوصية...عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة".

فهذه الأشخاص تبرم صفقات عمومية وفق تنظيم الصفقات العمومية عندما تكلف وتمول من طرف الدولة.

فالمركز القانوني لهذه الأشخاص في عملية الإبرام يتمثل في دور النائب عن الدولة.

ونفس المبدأ نصت عليه المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 247/15 في فقرتها الأخيرة: "... المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية ..."

وعليه ، وبالرجوع إلى نص المادة 56 من القانون 01/88⁽¹⁴⁾: "عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى، فإن كفاءات وشروط ممارسة هذه الصلاحيات وكذا تلك المتعلقة بالمراقبة الخاصة بها تكون مسبقا موضوع نظام مصلحة يعد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة..."

فمن خلال هذا النص ، نجد أن المعيار العضوي وفق ما نصت عليه المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، يتحقق في هذه الحالة من خلال النيابة القانونية المشار إليها في المادة 56، وهذا أيضا ما تؤكدته المادة 74 من القانون المدني" إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل."

فالدولة موجودة من خلال نائها ، وهم الأشخاص المذكورين في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم وغير المذكورين في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، و المذكورين في الفقرة الأخيرة من نص المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 247/15 .

وإلى جانب المعيار العضوي ، يوجد المعيار المادي والمتمثل في صلاحيات السلطة العامة وهذا ما تأخذه هذه الأشخاص من تنظيم الصفقات العمومية.

وعليه ، فإن الصفقات التي تبرمها تلك المؤسسات أو الأشخاص نيابة عن الدولة تأخذ الصبغة الإدارية.

هذا من جانب ، ومن جانب آخر لو رجعنا إلى المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم عندما تقول "...يتعين على المؤسسات العمومية غير المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري عندما تجز عملية غير مموله كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة ، أن تكيف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية والعمل على اعتمادها من هيئاتها المؤهلة..." .

و ما تنص عليه المادة 08 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، وهو نفس مضمون ، الفقرة المذكورة أعلاه من نص المادة الثانية ، من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم .

إن هذه الفقرتين ، تدفعنا إلى القول أن نفس المؤسسات أو الأشخاص والتي تبرم صفقات انطلاقاً من المركز القانوني للنائب ، لها أن تبرم صفقات انطلاقاً من المركز القانوني للأصيل ، ولكن صفقاتها هنا ذات طبيعة مدنية حتى لو خضعت لتنظيم الصفقات العمومية ، وذلك لانعدام المعيار العضوي المشار إليه في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة حول ماهية الصفقة العمومية ، في التنظيم المتعلق بها في الجزائر ، تم الوقوف في الجزء الأول على تطور المفهوم من خلال مختلف المعايير التي اعتمد عليها المشرع في هذا الشأن الأمر الذي مهد للجزء الثاني من هذه الدراسة ، والذي تمحور حول مدى اعتبار الصفقة عقد والصبغة التي يمكن أن يأخذها هذا العقد ، وعلى العموم فإن الدراسة توصلت إلى النتائج الآتية:

1_ خضعت مختلف المعايير المعتمد عليها في تبيان مفهوم الصفقة العمومية إلى الثبات والاستقرار مع مختلف تنظيمات الصفقات العمومية باستثناء المعيار العضوي .

2_ الصفقة العمومية عقد ينشأ عن طريق تلاقح إرادتين أو أكثر ، إلا أن مجال هذا الالتقاء في صنع العقد يتسع ويضيق بحسب طريقة الأبرام وهذا ما ينظمه تنظيم الصفقات العمومية.

3_ الصفقة العمومية عقد قد يصطبغ بالصبغة الإدارية وقد يصطبغ بالصبغة المدنية.

الهوامش:

- 1- فيصل نسيغة، «النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها»، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، ص112_ص113.
- 2- الأمر 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 والمتضمن الصفقات العمومية، ج.ر عدد52 بتاريخ 1967/06/27.
- 3- الأمر 9/74 المؤرخ في 1974/01/30 يتضمن مراجعة قانون الصفقات العمومية، ج.ر عدد 13 بتاريخ 1974/02/12.
- 4- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع للجزائر، 2011، ص17.
- 5- المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر عدد15 بتاريخ 1982/04/13.
- 6- حميد بن عليّة، مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الإداري الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص ص 258_259.
- 7- المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 1994/11/09، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد57 بتاريخ 1991/11/13.
- 8- المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد52 بتاريخ 2002/07/208.
- 9- المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد52 بتاريخ 2010/10/07.
- 10 – المرسوم الرئاسي 247 /15 / المؤرخ في 2015 /09/16 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، ج ر عدد 50 بتاريخ 2015 /09/20 .
- 11 – يرى بعض الفقهاء ، ضرورة التمييز بين مصطلح العقد و الاتفاق .
انظر : جمال فاخر النكاس ، "العقود و الاتفاقيات الممهدة للتعاقد و أهمية التفرقة بين العقد و الاتفاق في المرحلة السابقة على العقد " ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الاول ، السنة العشرون ، 1996 ، ص 135.
- 12- عبد المجيد زعلاني ، النظرية العامة للحق ، دار هومة ، الجزائر ، 2010 ، ص66 .
- 13- تنص المادة 800 : " المحاكم الادارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الادارية ، تختص بالفصل في أول درجة ، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الاداري طرفا فيها " .
- 14- القانون رقم 01/88 المؤرخ في 1988/01/12 ، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ج ر عدد 02 بتاريخ 1988/01/13 .