معايير تحديد مفهوم الصفقة العمومية في التشريع الجزائري.

عصام صياف طالب دكتوراه جامعة باتنة.
يوسف مرغم طالب دكتوراه جامعة المنار تونس.

ملخص

إن ارتباط الصفقة العمومية بالمال العام، وتكليفها للخزينة العمومية مبالغ باهضة دفع بالمشرع الجزائري إلى إعطاءها أهمية خاصة، وذلك بمنظومة قانونية متكاملة، عبر مجموعة من التعديلات، حاول المشرع من خلالها تنظيمها بفرض مجموعة قيود وقواعد تحكمها، ومعايير تميزها باعتبارها عقد إداري بامتياز عن بقية العقود المدنية، والتجارية، وغيرها من العقود الأخرى.

Résumé:

Les charges occasionnées au trésor public par les procédures des marchés publics a incité le législateur a se pencher par cet aspect une nomenclature légale, complète a été faite avec des amendements. Les outils réglementaires régissent cette nomenclature afin den faire un contrat administratif d'excellence par rapport aux autres contrats civils, commerciaux et autres.

مقدمة

بعد الاستقلال مباشرة قامت السلطة الحاكمة في الجزائر بإصدار أول نص قانوني وهو القانون رقم 157/62،[1] الذي تضمن الاستمرار بتطبيق جميع القوانين الفرنسية عدا ما يتعارض مع السيادة الوطنية ، ليليه أول نص قانوني نظم به المشرع الجزائري مجال الصفقات العمومية باعتبارها مجال استراتيجي لاستهلاك النفقات العامة رقم 03/64[2] والذي تضمن إنشاء لجنة مركزية وظيفتها اتخاذ كل الإحكام والإجراءات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية.

استمر العمل بهذا المرسوم إلى غاية 1967 ليولد أول نص قانوني فعلي وان كان هذا القانون يستشف النهج الاشتراكي ، تلاه فيما بعد إلى يومنا هذا ما يصبوا عن 174 نص قانوني وتنظيمي للصفقات العمومية، منها ما تم إلغاؤه لتغير ظروف الزمان الاقتصادية، ومنها ما استقر عليها المشرع في مرحلة أخيرة.

ويتناول موضوع معايير تحديد مفهوم الصفقة العمومية في التشريع الجزائري أهمية علمية من ناحية وذلك من خلال دراسة قانونية تقوم على مرتكزين أساسيين ماهية الصفقة العمومية ومبادئها، ومعايير تمييزها عن بقية العقود الأخرى، كون هذا الموضوع من أكثر مواضيع القانون الإداري مساسا بمالية الدولة، وتأثيرا فيها، **وأهمية عملية** من ناحية اخرى

[1]- قانون رقم 157/62 مؤرخ في 31 ديسمبر 1962، يتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، ج.ر.ع 02 بتاريخ 11 جانفي 1963.

[2]- مرسوم رقم 64-103 مؤرخ في 26 مارس 1964، المتعلق بتنظيم اللجنة المركزية للصفقات، ج.ر.ع 27 مؤرخة في 31 مارس 1964.

تكمن في الوقوف على النصوص القانونية ذات العلاقة، التي تشكل مرجعا حقيقيا للإدارة الجزائرية، وكذا من له علاقة في التعرف على معايير تحديد الصفقة العمومية.

من خلال كل هذه الترسانة القانونية المنظمة للصفقات العمومية حاول المشرع الجزائري، ان يميزها عن بقية العقود بمجموعة من المعايير يمكن استنتاجها واستخلاصها من خلال النصوص القانونية المنظمة للصفقة العمومية، وعلى هذا الأساس فان الإشكالية التي يطرحها المقال الموالي:

- **ما مدى قدرة المشرع الجزائري في تمييز الصفقة العمومية عن بقية العقود الأخرى من خلال مدلولها في مختلف النصوص القانونية المتعاقبة على تنظيمها ؟**

يهدف موضوع الدراسة إلى التعرف على أهم إحدى أدوات تنفيذ مخططات ومشاريع الدولة والمرتبطة بماليتها والمتمثلة في الصفقة العمومية، إضافة إلى الإجابة على الإشكالية المطروحة للوصول إلى المعايير التي تبناها المشرع الجزائري في تحديده لمفهوم الصفقة العمومية.

ومن أجل مناقشة هذا الموضوع ودراسته، وفي إطار ما يسمى بالتكامل المنهجي تم استعمال المنهج التحليلي، من خلال تحليل الظاهرة المدروسة، كما تم استعمال المنهج الاستقرائي، وذلك من خلال استقراء نصوص، وقواعد قوانين الصفقات العمومية، كما تمت الاستعانة بالمنهج التاريخي في بعض الأحيان، لمعرفة التغيرات التي صاحبت تحديد مفهوم الصفقة العمومية من خلال النصوص القانونية المتعاقبة على تنظيمها.

ولغرض معالجة الإشكالية المطروحة، والإحاطة بموضوع المقال، فقد قسمت هذه الورقة البحثية إلى محورين:

المحور الأول: الإطار المفاهيمي للصفقة العمومية

أولا: تعريف الصفقة العمومية .

ثانيا: مبادئ إبرام الصفقات العمومية

ثالثا: أشكال الصفقات العمومية

المحور الثاني: معايير تحديد الصفقة العمومية في التشريع الجزائري

أولا: المعيار الشكلي.

ثانيا: المعيار العضوي.

ثالثا: المعيار الموضوعي.

رابعا: المعيار المالي.

خامسا: المعيار الشروط الاستثنائية.

المحور الأول: الإطار المفاهيمي للصفقة العمومية

أولا: المدلول اللغوي والاصطلاحي:

إن كلمة" صفقة "لغة هي العقد أو البيعة ويقال صفقة رابحة أو خاسرة، وكلمة صفقة بفتح فسكون مأخوذة من (صفق) بمعنى ضرب اليد على يد أخرى أو على يد شخص أخر عند البيع، وقد كانت عادة العرب إذا وجب البيع ضرب احد المتابعين يده على يد صاحبه، ثم استعملت الصفقة بمعنى عقد البيع في العرف[1]

أما كلمة صفقة في الاصطلاح دلالة على نقل السلع أو الخدمات من شخص لآخر، كما يتضمن المفهوم أيضا صيغة تجارية بحته احتكرتها اللغة الاقتصادية وتداولته كمصطلح خاص بعالم المال والأعمال.[2]

والعقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث اثر قانوني سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعدى له أو إنهاءه.[3]

فالصفقة العمومية في المفهوم الاصطلاحي هي ذلك العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرط أو شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص.[4]

ثانيا: تعريف الصفقة العمومية عند المشرع الجزائري:

خروجا عن العرف القائل بترك مختلف التعريفات للفقهاء وشراح القانون، كان في كل المراحل التي مرت بها الصفقة العمومية بدءا من الأمر 90/67[5] إلى غاية المرسوم 247/15، مصرا على إعطاء تعريف للصفقة العمومية:

1- تعريف الصفقة العمومية في الأمر 90/67:

عرفت بموجب المادة الأولى منه على أنها: " عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات أو المكاتب العمومية قصد انجاز أشغال أو توريدات أو خدمات.

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

---

[1]- نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ط1، دار القلم، دمشق، 2008، ص 279.

[2]- جميلة حميدة، مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، 20 ماي 2013، جامعة المدية ص 03

[3]- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1994، ص: (11).

[4]- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 1989، ص: (274).

[5]- أمر رقم 90/67 مؤرخ في 09 ربيع الأول عام 1387، الموافق 17 يونيو 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج. ر.ع 52.

2- تعريف الصفقة العمومية في المرسوم 145/82:

تنص المادة 04 منه على أن : "صفقات المتعامل العمومي هي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد انجاز أشغال أو اقتناء المواد و الخدمات".[1]

3- تعريف الصفقة العمومية في المرسوم التنفيذي 434/91[2]:

من خلال المادة الثالثة منه فالصفقات العمومية هي : " عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد انجاز أشغال أو اقتناء المواد و الخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة ".

تعريف الصفقة العمومية في المرسوم الرئاسي 250/02 [3] والمرسوم الرئاسي 236/10[4]:

عرف كلا المرسومين الصفقات العمومية على أنها: عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في قانون الصفقات العمومية قصد انجاز أشغال أو اقتناء المواد و الخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة.[5]

4- تعريف الصفقة العمومية في المرسوم الرئاسي 15-247 [6]

عرفها بموجب المادة الثانية منه على انها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع العمول به تتبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة ا لمتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات

من خلال التعاريف التي أوردها المشرع الجزائري في كل النصوص المتعاقبة والمنظمة للصفقات العمومية نلاحظ:

- تمسك المشرع بمبدأ الكتابة وجعله من العناصر التي ترتكز عليها الصفقة العمومية.
- اختلاف مواضيع الصفقة العمومية زمنيا: 03 مجالات من الأمر 90/67 إلى غاية المرسوم التنفيذي 434/91، و04 مجالات بداية من المرسوم 250/02 وهذا لأسباب اقتصادية وسياسية.

---

[1]- مرسوم رقم 145/82 مؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1402، الموافق 10 ابريل 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ج.ر.ع 15.

[2]- مرسوم تنفيذي رقم 434/91 مؤرخ في 02 جمادى الأولى عام 1412، الموافق 09 نوفمبر 1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 57.

[3]- مرسوم رئاسي رقم 250/02 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423، الموافق 24 يوليو 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 52.

[4]- مرسوم رئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 28 شوال عام 1431، الموافق 07 اكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 58.

[5]- المادة 03 من المرسوم الرئاسي 250/02، والمادة 04 من المرسوم الرئاسي 236/10، مرجع سابق.

[6]- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ع 50.

- تمسك المشرع بمصطلح **المصلحة المتعاقدة** بدءا من المرسوم التنفيذي 434/91.
- تمسك المشرع بتعريف واحد للصفقة العمومية بدءا من المرسوم الرئاسي 250/02.
- تبني المشرع لمصطلح المتعامل الاقتصادي بدءا من المرسوم الرئاسي 247/15.

ثانيا: مبادئ إبرام الصفقات العمومية

تنص المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 على انه: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي الصفقات العمومية مبادئ حرّية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."

يستنتج من نص المادة أنّ عملية إبرام الصفقات العمومية تقوم على مبادئ ثلاث العمل بالشفافية و حرية الترشح و المساواة بين المترشحين، تعتبر هذه المبادئ حماية و ضمان من قبل الإدارة الراشدة التي تتعامل بمرونة و حكمة و الخضوع للقانون، واشتراكها لجميع المتعاملين الفاعليين لهذه العملية، إلا تتعرض للمسائلة القانونية على أساس نظرية عيب في الإجراءات أو إساءة استعمال السلطة أو الانجراف في استعمال السلطة، ومن ثمة تلغى الصفقة و تعاد من جديد وفقا للقانون.[1]

1- **مبدأ حرية المنافسة**:

حرية المنافسة هي فتح المجال لكل الأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم وفق مجموعة من الشروط محددة مسبًقا من طرف الهيئات المؤهلة لإبرام الصفقات العمومية، مع بقاء هذه الهيئات في موقف حياديا إزاء المتنافسين غير أن هذا المبدأ لا يعني انعدام سلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءتهم على أساس المصلحة العامة فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في استبعاد غير الأكفاء من التعاقد حيث لها الحق في استخدام هذا الحق في كافة مراحل العملية التعاقدية،طبقا لشروط أعدتها مسبقا ويكون حق الاستبعاد بنصوص قانونية أو بشروط تضعها المصلحة المتعاقد

و عرضت محكمة القضاء الإداري المصرية في احد أحكامها لهذا المبدأ و القيود التي ترد عليه و الأساس الذي يستند إليه فتقول " المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه ، بإجراء سواء كان عاما أو خاصا ، إلا أن هذا المبدأ الطبيعي يحد من إطلاقه قيدان : أولهما يتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ، ترى وجوب توافرها في من يتقدم للمناقصة ، و ثانيهما يتعلق بما تتخذه الإدارة من إجراءات و هي بصدد تنظيم أعمال المناقصة

[1]- لطيفة بهى، المبادئ التي تحكم تصنيفات و أشكال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الملتقى الوطني حول "إجراءات تمرير الاستشارات والصفقات العمومية في الجزائر"، المركز الجامعي تندوف، 2015، ص: (04).

العامة من استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال...".[1]

2- **مبدأ المساواة بين المتنافسين:**

ان تطبيق مبدأ المنافسة يحقق مبدأ المساواة بين المترشحين ، فالمساواة أمام المرفق العام تقضي على كل تفضيل للمترشحين في إسناد الصفقة و بالتالي يمكن اعتبارها مصدر المنافسة.

لذلك فاحترام المنافسة يفرض إلزامية المعاملة المتماثلة لكل المعنيين ، فالمساواة إذا هي في نفس الوقت أساس المنافسة ووسيلة لخدمة المنافسة.

3- **مبدأ شفافية الإجراءات:**

تخضع الصفقة العمومية لمبدأ الإشهار الذي يعتبر وسيلة لضمان المنافسة، وذلك بالدعوة العمومية للمنافسة للمؤسسات والأشخاص للعرض المفتوح من قبل المصلحة المتعاقدة، كما يعتبر الإشهار وسيلة لضمان الشفافية و بالتالي يعمل على احترام القانون.

ثالثا: أشكال الصفقات العمومية

نصت المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15- 247 على أن تبرم الصفقات العمومية وجوبا وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي.

1- طلب العروض"L'APPEL D'OFFRES " (المناقصة سابقا) :

طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء.[2]

يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا ويمكن أن يتم حسب الأشكال التالية:[3]

2- طلب العروض المفتوح" L'APPEL D'OFFRES OUVERT " اجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا.[4]

---

[1]- سعيدة عيشاوي، نبيلة خير الدين، تنفيذ الصفقات العمومية والمنازعات التي تتخللها، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشرة، 2005-2008، ص ص: (08-09)

[2]- المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

[3]- انظر المواد من 41 إلى 48 ، المرجع نفسه.

[4]- من الواضح جليا أن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 تخلى عن ما يعرف بالمزايدة التي نص عليها في المادة 33 من المرسوم الرئاسي 10-236 الذي اعتبرها ، الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمن، وهو ما يتنافى مع تسميتها بالمزايدة لأنها تمنح للمتعهد الذي يقدم العرض الأعلى ثمن وهو ما تداركه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 12-247 الذي يتضح من فحواه انه الغي مصطلح المزايدة وادمجه في الإجراء المتعلق بالمناقصة المفتوحة.

3- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

" L'APPEL D'OFFRES OUVERT AVEC L'EXIGENCE DE CAPACITES MINIMALES ":

إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة.

4- طلب العروض المحدود" L'APPEL D'OFFRES RESTREINT ": هو إجراء لاستشارة انتقائية يكون المرشحون الذين تم انتقائهم الأولي من قبل مدعوين وحدهم لتقديم تعهد، يمكن أن يحدد عددهم من قبل المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط بخمسة (05) منهم.

5- المسابقة " LE CONCOUR ": هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد انجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، بعد الأخذ برأي لجنة التحكيم المنصوص عليها في المادة 48 من المرسوم 15-247 قبل منح الصفقة لأحد الفائزين في المسابقة، كما يمكن أن تكون هذه المسابقة محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا.

6- التراضي " le gré à gré ":

التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة وينقسم إلى نوعين: التراضي بسيط، والتراضي بعد الاستشارة.[1]

- **التراضي البسيط " Le gré à gré simple ":** هو قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات المحددة حصرا بموجب المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247.
- **التراضي بعد الاستشارة** " Le gré à gré après consultation ": تنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة، في الحالات المحددة بموجب المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247.

المطلب الثاني: معايير تحديد الصفقة العمومية في التشريع الجزائري

المشرع الجزائري منذ صدور أول أمر للصفقات العمومية سنة 1967 إلى يومنا هذا اعتمد على العديد من المعايير يمكن استنتاجها واستخلاصها من خلال استقراء النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية عبر كل المراحل التي مرت بها كالأتي:

[1]- انظر المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

الفرع الأول: المعيار الشكلي

عند القيام بإحصاء مختلف النصوص المنظمة للصفقات العمومية من خلال المواد: 01 من الأمر 90/67، والمادة 04 من المرسوم الرئاسي 145/82، والمادة 03 من المرسوم التنفيذي 434/91، والمادة 03 من المرسوم الرئاسي 250/02، والمادة 04 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم، والمادة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15 نجد أن المشرع الجزائري أصر على الأخذ بالكتابة في الصفقة العمومية كمعيار شكلي وجعلها من القواعد الآمرة باعتبارها أداة لتنفيذ المشاريع والاستثمارات التنموية الوطنية والمحلية،[1] التي لابد من إلزامية خضوعها للكتابة حتى تسهل عملية الرقابة عليها، كونها تعتمد على أموال الخزينة العمومية، لكن المشرع لم يحدد جزاءا عن مخالفة هذه الشكلية و ما يزيد النص غموضا عند إضافة عبارة" في مفهوم التشريع المعمول به" فأي تشريع يقصده التنظيم،[2] فتبني المشرع لشرط الكتابة لم يأخذ به على إطلاقه بل أورد استثناءا في المادة 12 من المرسوم الرئاسي 247/15 وهو البدء في تنفيذ الصفقة دون الكتابة وضبطها بشروط أكثر وضوحا من التي جاء بها المشرع في المادة 07 من المرسوم الرئاسي 236/10 وهي:

1- حالة الاستعجال الملح المعلل **بخطر داهم يتعرض له** ملك أو **استثمار قد تجسد في الميدان**، أو **وجود خطر يهدد استثمارا** أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي، ولا يسعه التكيف مع أجال إجراءات إبرام الصفقة، (لم ينص المرسوم الرئاسي 236/10 على الاستثمارات المجسدة في الميدان).

2- لم يكن ي وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وان لا يكون نتيجة للمماطلات من طرفها.

ولابد من إعداد صفقة تسوية خلال ستة (06) أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على مقرر بدء تنفيذ الخدمات، بعد أن كانت مقدرة بثلاثة (03) أشهر.

الفرع الثاني: المعيار العضوي

يركز في الصفقة العمومية على اعتبارها عقد إداري يكون احد أطرافه (المصلحة المتعاقدة) شخص من أشخاص القانون العام، أو مؤسسة معترف لها بالشخصية المعنوية.

---

[1]- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية و قضائية و فقهية)، الطبعة الأولى، جسور لنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص: (35).

[2]- بن علية حميد ، مفهوم و محتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري ، بحث لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر سنة 2001، ص: 500

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فيما يخص الصفقة العمومية، نجد انه لم يستقر على تحديد دقيق وموحد لأطراف الصفقة العمومية خاصة من جهة المصلحة المتعاقدة، كون تحديد المتعامل المتعاقد ولو بدقة ليس كمعيار لتحديد ما إذا كانت الصفقة العمومية أم لا.

ففي الأمر 90/67 تم تحديد المصلحة المتعاقدة في المادة 01 منه متمثلة في الدولة، أو العمالات، أو البلديات، أو المؤسسات أو المكاتب العمومية، كما أضاف المشرع في نفس المادة انه سيصدر مرسوم يبين كيفية تطبيق هذا الأمر على الشركات العمومية والمؤسسات والمكاتب العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، اخذ المشرع بهذه الأشخاص بالرغم من أن بعضها موروث عن الاستعمار الفرنسي (العمالات، المكاتب العمومية)، دام العمل بهذا الأمر قرابة 05 سنوات كاملة ليتدارك المشرع ذلك في المرسوم التنفيذي 145/82والسبب أن هذا التنظيم الموروث عن الاستعمار أصبح لا يتماشى مع الواقع الوطني الجديد، الناتج عن الاستقلال بالرغم من انه غير خاضع لقاعدة توازي الأشكال بإلغاء كل الأشخاص التي جاء بها الأمر 90/67 وجاء بمجموعة أخرى نص عليها في المادة 05 منه واعتبر ان صفقات المتعامل العمومي تكون محل نفقات جميع الإدارات العمومية والمؤسسات والهيئات العمومية، وجميع المؤسسات الاشتراكية والمؤسسات التي يكون جل رأسمالها عموميا، كما أضاف في المادة 20 من نفس المرسوم (145/82) مصطلح جديد وهو: الاستغلالات الفلاحية المنظمة والمسيرة في إطار التسيير الذاتي والتعاوني، وطرف أخر وهو: أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات.

وفي سنة 1988 اصدر المشرع الجزائري القانون التوجيهي للمؤسسة العمومية الاقتصادية 01/88[1]، والذي من خلاله أتى بمجموعة أخرى من الإطراف كمصلحة متعاقدة، وقد أدرجها المشرع

في المرسوم 72/88[2] المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 145/82 وهي:

- مراكز البحث والتنمية
- مؤسسات عمومية خصوصية ذات طابع علمي وتكنولوجي
- مؤسسات عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني
- مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري

والسؤال المطروح هنا: لماذا تخلى المشرع عن البلدية المنظمة بموجب الأمر 24/67 والولاية المنظمة بموجب الأمر 38/69 ولم يعتبرهما كمصلحة متعاقدة مؤهلة لإبرام الصفقات العمومية؟

[1]- انظر القانون رقم 01/88 مؤرخ في 22 جمادى الأولى عام 1408، الموافق 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.ر 02.

[2]- مرسوم رقم 72/88 مؤرخ في 29 مارس 1988، يتضمن تعديل المرسوم رقم 145/82 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ج.ر.ع 13.

هذا الإشكال استدعى وبعد مرور 09 سنوات تدخل المشرع بإصدار المرسوم التنفيذي 434/91 الذي الغي من خلاله كل الأشخاص التي جاء بها المرسوم التنفيذي 145/82 وأبقى على الإدارات العمومية وأضاف عليها في نص المادة 01 منه الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات والبلديات، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري واصطلح على تسميتها بالمصلحة المتعاقدة.

إن عدم النص على أي مؤسسة اقتصاديه أو صناعية وتجارية في المرسوم التنفيذي 434/91 نتيجة التحول الاقتصادي الذي عرفته الجزائر مطلع التسعينيات بتخليها عن نظام الاقتصاد الموجه وتبنيها لنظام اقتصاد السوق، ما استوجب على الدولة إعادة هيكلة مؤسساتها، ولكونها في مرحلة أولية من التوجه نحو اقتصاد السوق كان لزاما عليها التخلي عن كل ما له طابع اشتراكي.

وتماشيا مع تطور المرحلة الاقتصادية الجديدة والقائمة على فتح المجال أمام المتعاملين الاقتصاديين سواء الوطنيين أو الأجانب للمساهمة في بناء الاقتصاد استلزم الأمر إعادة النظر في نظام الصفقات، و في سنة 2002 اصدر المشرع الجزائري المرسوم الرئاسي 250/02 أضاف من خلال المادة 02 منه مجموعة من الأشخاص إلى جانب تلك التي جاء بها المرسوم التنفيذي 434/91 واعتبرها مصلحة متعاقدة شرط أن تكلف بانجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة، وهي في الحقيقة نفس الأطراف التي جاء بها المشرع في المرسوم 72/88 المعدل للمرسوم التنفيذي 145/82.

- مراكز البحث والتنمية
- مؤسسات عمومية خصوصية ذات طابع علمي وتكنولوجي
- مؤسسات عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني
- مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري

إن المشرع يجمع هنا بين معيارين، المعيار العضوي من جهة لأن التصرف تم باسم الدولة و لحسابها، و معيار التمييز بن أعمال السلطة و أعمال التسيير من جهة أخرى لأن المؤسسة هنا تظهر كسلطة عامة و ليس كتاجرة،[1] وتتمتع هذه المؤسسات بنظام قانوني مزدوج ،بحيث تخضع للقانون العام في علاقاتها بالدولة ،وتخضع للقانون الخاص عند تعاملها مع الخواص ،ومثالها وكالة التسيير العقارية ذات الطابع الصناعي والتجاري.[2]

[1]- مسعود شيهوب، المبادئ العام للمنازعات الإدارية، الجزء 2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص ص: (370-371).

[2]- برقية محمد البشير، دراسة حالة الصفقات العمومية ،بلدية تقرت ولاية ورقلة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة ورقلة ، 2013 ، ص: (40).

ومن خلال المرسوم الرئاسي 338/08[1] المعدل والمتمم للمرسوم 250/02 أضاف المشرع بموجب المادة 02 منه شخصين آخرين هما:

- مؤسسات عمومية ذات طابع علمي وتقني
- مؤسسات عمومية اقتصادية.

واستغنى عن الشرط السابق (شرط أن تكلف بانجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة) واكتفى بان تكون هذه العمليات ممولة كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة.

استمر العمل بالمرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم إلى غاية سنة 2010 حين حل محله المرسوم الرئاسي 236/10 الذي ابقي على نفس الأشخاص التي جاء بها المرسوم الرئاسي 250/02، وأضاف بان تكون هذه العمليات الممولة كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة، **بمساهمة مؤقتة أو نهائية.**[2] و اقر لأول مرة بان العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لا تخضع لأحكام قانون الصفقات العمومية.[3]

وفي سنة 2013 عدل المرسوم الرئاسي 236/10 بالمرسوم الرئاسي 03/13[4] والذي من خلاله تخلى المشرع عن المؤسسة العمومية الاقتصادية واعتبرها غير خاضعة لأحكام قانون الصفقات العمومية بصريح العبارة بموجب المادة 03 منه، ليستقر المشرع أخيرا في تحديد المصلحة المتعاقدة على أنها:

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 والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، هاته الاشخاص تخلى عنها المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وحاول إعطاء مفهوم مغاير لها واصطلح عليها

[1]- مرسوم رئاسي رقم 338/08 مؤرخ في 26 شوال عام 1429، الموافق 26 اكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 250/02 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423، الموافق 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 55.

[2]- المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10، مرجع سابق.

[3]- المادة 02 ، المرجع نفسه.

[4]- مرسوم رئاسي رقم 03/13 مؤرخ في أول ربيع الأول رجب عام 1434، الموافق 13يناير 2013 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 28 شوال عام 1431، الموافق 07 اكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 02.

بالمؤسسات 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.

ثالثا: المعيار الموضوعي

وفق هذا المعيار يعرف العقد الإداري بموضوعه إذا كان يخضع لقواعد القانون العام في تنظيم إبرامه وتنفيذه.[1]

في الصفقة العمومية وعلى مدار كل النصوص المشرع الجزائري تباين في الأخذ بهذا المعيار، ففي المراحل الأولى وتحديدا الأمر 90/67 قام بتحديد موضوع، أو مجالات الصفقة العمومية تحديدا سلبيا، أي استبعد جوازيا مجموعة من العقود من دائرتها عقود التأمين، عقود النقل، الغاز والكهرباء والماء،.... ، وما دونها يدخل في أحكامها،[2] ونص صراحة على 03 مجالات وأحاطها بأحكام خاصة وهي: صفقة الأشغال بناءا على المذكرات، والشراء بناءا على الفواتير بموجب نص المادة 72 منه، صفقة الدراسات في نص المادة 74، وأخيرا صفقات التوريد مع المؤسسات الأجنبية في نص المادة 78.

وبعد صدور المرسوم التنفيذي 145/82، والمرسوم التنفيذي 434/91 تدارك المشرع ذلك وحدد مجالات الصفقة العمومية صراحة في المادتين 13 و 12 على التوالي من المرسومين التنفيذيين بثلاث مجالات هي:

- **صفقات انجاز الأشغال**: هي الصفقات التي تتضمن القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام بقصد منفعة عامة في تغير مقابل متفق عليه في الصفقة ، و من ثم يتبين أن صفقات الأشغال يجب أن تنصب علي ما يلي:[3]

- أن تبرم الصفقة لحساب شخص معنوي عام و تطبيقا لذلك لا يشترط أن يكون العقار مملوكا لشخص معنوي ، فقد يكون مملوكا لأحد الأفراد حيث أن المهم أن يكون انجاز الأشغال العامة لحسابه.

- أن يكون موضوع الأشغال هو عقار بالبناء آو الترميم أو الغرس و يشمل كذلك الطرق و الجسور و التشجير و عليه إذا كان العقد منصبا على منقول فلا تكون الصفقة صفقة أشغال إنما صفقة توريد.

---

[1]- عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص: (544).

[2]- انظر المادة 02 من الأمر 90/67، مرجع سابق.

[3]- عبد الغاني بسيوني عبد اللّه ، القانون الإداري (دراسة مقارنة) الدار الجامعية للطباعة والنشر، الكويت، دون سنة نشر، ص: (538).

- يتعين أن يكون الهدف من إبرام الصفقة تحقيق المنفعة العامة.

- **صفقات اقتناء المواد:** هي الصفقات التي تبرم بين أشخاص القانون العام و فرد أو شركة يتعهد بمقتضاها المتعاقد بتوريد منقولات معينة لشخص معنوي تكون لازمة لمرفق عام في مقابل ثمن معين على فترة أو فترات زمنية محددة.[1]
- **صفقات الخدمات:** تهدف إلى تحقيق خدمات منقولة مادية مثل إجراء تحقيق أو إنجاز قرص مضغوط ,و قد تكون فنية مثل إجراء استشارة فنية تبرم على الخصوص مع مهندس معماري, أو مكتب دراسات متخصص أو متعدد التخصصات.

احتفظ المشرع بهذه المجالات إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي 250/02 الذي أضاف مجالا رابعا لم يكن معروفا في ظل النصين السابقين بنص المادة 14 منه وهو: صفقة الدراسات وبقي المشرع مستقرا على هذه المجالات الأربعة ليومنا هذا.

الفرع الرابع: المعيار المالي

ومضمون هذا المعيار هو أن المصلحة المتعاقدة ليس لها حرية مطلقة في إبرام أي صفقة عمومية ما لم تتقيد بحد مالي ادني إذا تجاوزته توجب عليها الخضوع لأحكام الصفقة العمومية, وذلك لترشيد نفقات العمومية.

والملاحظ أن المشرع الجزائري منذ صدور الأمر 90/67 إلى غاية المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم وهو أخر نص منظم للصفقات العمومية, نجد أن الحد المالي الأدنى لإبرام أي صفقة عمومية في تزايد مستمر.

ففي الأمر 90/67 المشرع لم ينص على حد مالي أدنى إلا في صفقة الإشغال بناءا على المذكرات, والشراء بناءا على الفواتير والتي نص على أن كل توصية في هذا المجال تزيد عن مبلغ 20,000 دج فهي تتطلب أبرام صفقة.[2] لتعدل المادة 62 منه بالأمر 84/71[3] لتنص على أن كل طلبية يتجاوز مبلغها 50,000 دج تكون موضوع صفقة مبرمة, وتعدل نفس المادة بالأمر 11/76[4] ليرتفع المبلغ إلى 100,000 دج, أما في المرسوم التنفيذي 145/82 ارتفعت العتبة المالية وحددت بمبلغ 500,000 دج,[5] لترتفع بعد ذلك في ظل المرسوم التنفيذي 434/91 إلى مبلغ

[1]- عمار عوابدي, القانون الإداري (النشاط الإداري), ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 2000, ص: (200).
[2]- المادة 72 من الأمر 90/67, مرجع سابق.
[3]- أمر 84/71 مؤرخ في 09 ربيع الأول عام 1387 الموافق 21 يونيو 1971 المتضمن تعديل المواد 62 ,87, 89 من ال أمر رقم 90/67 المتضمن قانون الصفقات العمومية.ج.ر.ع 107.
[4]- أمر رقم 11/76 مؤرخ في 20 افريل 1976 المتضمن تعديل ال أمر رقم 90/67 المتضمن قانون الصفقات العمومية.ج.ر.ع 20.
[5]- المادة 09 من المرسوم التنفيذي 145/82, مرجع سابق.

2,000,000 دج في كل المجالات.[1] لترتفع إلى الضعف في المرسوم 250/02 بمبلغ 4,000,000 دج في كل المجالات أيضا.[2]

وبعد صدور المرسوم الرئاسي 301/03[3] المعدل والمتمم للمرسوم 250/02 انتقل المشرع إلى مرحلة ميّز فيها مجالات الصفقة العمومية كل بعتبتها المالية، لينص في مادته الثانية على أن صفقة خدمات الأشغال أو التوريدات إذا تجاوز مبلغها 6,000,000 دج، وصفقة الدراسات والخدمات إذا تجاوز مبلغها 4,000,000 دج فانه يتطلب وجوبا لكليهما اللجوء إلى إبرام صفقة عمومية، وهو نفس الأمر الذي سار عليه المشرع عند إصداره للمرسوم الرئاسي 236/10 إلا انه زاد في العتبة المالية لصفقة خدمات الأشغال و التوريدات لترتفع إلى مبلغ 8,000,000 دج.[4]

والمشرع الجزائري لم يأخذ بهذه العتبة على إطلاقها بل أورد استثناءا جاء به في نص المادة 05 من المرسوم الرئاسي 301/03، انه يمكن تحيين المبالغ المذكورة في المادة 02 منه بصفة دورية بموجب قرار عن وزير المالية وفقا لمعدل التضخم المسجل رسميا، وهذا ما يتعارض مع قاعدة توازي الأشكال لكون المادة 02 المتضمنة مبالغ الصفقات العمومية صادرة بموجب مرسوم رئاسي.

وبصدور المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام اعتبر المشرع أن كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6.000.000 دج)للدراسات أو الخدمات لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية،[5] وابقي على آلية تحيين المبالغ والأسعار وضبطها بشروط لعل أهمها هو إذا ما تم النص عليه في الصفقة، واستبعد الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي البسيط واعتبر أسعارها غير قابلة للتحيين بموجب المادة 98 والمادة 100 من نفس المرسوم، وعلى هذا الاساس ذلك فقد ارتفع المبلغ التقديري لحاجيات المصلحة المتعاقدة للأشغال أو اللوازم، الدراسات أو الخدمات بنسبة 50% مقارنة بالمبالغ التي جاء بها المرسوم 236/10.

[1]- المادة 06 من المرسوم التنفيذي 434/91، مرجع سابق.
[2]- المادة 05 من المرسوم الرئاسي 250/02، مرجع سابق.
[3]- مرسوم رئاسي رقم 301/03 مؤرخ في 04 رجب عام 1424، الموافق 11سبتمبر 2003 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 250/02 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423، الموافق 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 55.
[4]- المادة 06 من المرسوم الرئاسي 236/10، مرجع سابق.
[5]- المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

ومن هنا نرى أن الارتفاع المستمر للحد المالي الأدنى لإبرام الصفقات العمومية يعود إلى ثلاثة أسباب رئيسية هي:

- نسبة التضخم الموجودة والمسجلة رسميا في الدولة
- التدهور المستمر لقيمة الدينار بسبب انخفاض أسعار البترول.
- الارتفاع المستمر لمواد البناء.

خامسا: معيار الشروط الاستثنائية

عند تطبيق قواعد القانون الإداري تعطى للإدارة امتيازات السلطة العامة، وعند الحديث عن الصفقة العمومية باعتبارها عقد يخضع لقواعد القانون الإداري نجد أن هذه الامتيازات مطبقة عليها لصالح المصلحة المتعاقدة لذلك كانت شكلية الكتابة تيسر تضمن العقد الإداري الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص، كتعديل، أو إلغاء الصفقة العمومية بصفة منفردة، ودون تدخل المتعامل المتعاقد، أو توقيع العقوبات المالية، أو إضافة أشغال لموضوع الصفقة الأصلية بواسطة الملحق.

والمشرع الجزائري تبنى مضمون هذا المعيار في كل قوانينه المنظمة للصفقة العمومية فعلى سبيل المثال نجد أن المادة 95 من الأمر 90/67 اعترفت للمصلحة المتعاقدة باقتطاع العقوبات المالية المفروضة على صاحب الصفقة المترتبة عن التأخير تقطع أليا من المبلغ المستحقة.

فالمصلحة المتعاقدة تملك حق توقيع هذه العقوبات دون الحاجة إلى إثبات وقوع الضرر ولها حرية اختيار الجزاء الملائم والوقت المناسب لتوقيعه.[1]

وأقرت كل من المواد 97، 99، 112 من المرسوم التنفيذي434/91، والمرسوم الرئاسي 250/02، والمرسوم الرئاسي 236/10 على التوالي، إمكانية المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية بعد اعذرا المتعامل المتعاقد إذا اخل بالتزاماته التعاقدية ولا يمكنه الاحتجاج والاعتراض عليه، ويعتبر الفسخ سلطة مخولة للمصلحة المتعاقدة تسمح لها بإنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعامل المخل بالتزاماته إخلالا جسيما وذلك بصفة مباشرة ودون ضرورة اللجوء إلى القضاء.[2]

[1]- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية (فقهية وقضائية)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص: 111

[2] – De laubadére André. 1956. Traité théorique et pratique des contrats administratifs , tome2. Paris, LGDJ, p. 196.

كما أقرت المادة 150 من المرسوم الرئاسي 15-247 على إمكانية المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة العمومية من جانبها فقط، عندما يكون تبريها مقترنا بالمصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد.

خاتمة

وأخيرا، وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول أن المشرع الجزائري أبدى قدرة كبيرة في تبنيه لمجموعة معايير متكاملة ومترابطة غير قابلة للتجزئة لا نرجح منها معيارا على الأخر لأنها تشكل في مجملها تحديدا ومفهوما للصفقة العمومية، وتمييزها عن بقية العقود الأخرى من خلال النصوص المنظمة للصفقات العمومية ، وتماشى بوتيرة سريعة في تعديل هذه النصوص، وذلك لاعتبارات فرضتها وحتمتها الظروف السياسية والاقتصادية.

ولعل أحسن ما جاء به المشرع هو استبعاد المؤسسات الاقتصادية واعتبارها غير خاضعة لأحكام قانون الصفقات العمومية، وذلك حتى يضمن مبدأ الثبات التشريعي في القانون الدولي أمام المتعاملين الاقتصاديين الأجانب للمساهمة في بناء الاقتصاد الوطني، واستبعاد الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي البسيط واعتبر أسعارها غير قابلة للتحيين حتى يضمن عدم التلاعب بالمال العام، خاصة وان التراضي البسيط يخضع لقواعد خاصة تحكمه.