

جامعة * محمد الصديق بن يحي * - جيجل -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الرقابة على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات
في
الصفات العمومية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام
تخصص القانون العام للأعمال

تحت إشراف:
أ.د سمار نصر الدين

من إعداد الطالب:
بلحيرش سمير

لجنة المناقشة :

- الدكتور/ بودريوة عبد الكريم، أستاذ محاضر أ، كلية الحقوق جامعة بجاية.....رئيسا
- الدكتور/ سمار نصر الدين، أستاذ محاضر أ، كلية الحقوق جامعة جيجل.....مشرفا ومقررا
- الدكتورة / إرزيل الكاهنة، أستاذة محاضرة أ، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو.....مناقشا

السنة الجامعية : 2012/2011

مقدمة:

تعتبر الصفقات العمومية النظام القانوني الأمثل، لتسيير واستغلال الأموال العامة، خاصة في ظل اعتماد الاقتصاد الوطني على زيادة النفقات العامة، من أجل تنشيط العجلة الاقتصادية التنموية العامة في البلاد، وقد مر هذا النظام بعدة مراحل شهد خلالها عدة تطورات، جاءت تماشيا مع النظام الاقتصادي المنتهج في كل مرحلة.

ففي الفترة الاستعمارية كان النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر تحكمه نصوص أساسية خاصة مطبقة على الصفقات الفرنسية، تتمثل في المرسوم رقم 405/53 المتعلق بصفقات الدولة والمؤسسات الوطنية، والرسوم رقم 24/57 المؤرخ في 08/01/1957 المتعلق بالصفقات المبرمة في الجزائر، إلا أنه وبعد الإستقلال صدر القانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 بحيث تم بموجبه تمديد العمل بالقانون الفرنسي في الجزائر المستقلة، إلى حين صدور قانون جزائري جديد، إلا ما كان منه متعارضا مع السيادة الوطنية.

ومع ذلك فإن المعطيات المستجدة ومقتضيات المصلحة العامة، استوجبت إصدار مجموعة من النصوص التنظيمية الوطنية، كان أولها الأمر 90/67 المؤرخ في 17/06/1967 المتعلق بالصفقات العمومية، الذي أخضع لأحكامه كل الصفقات العمومية المبرمة من طرف المرافق العامة الإدارية منها أو الاقتصادية مهما كانت قيمتها، وأجاز بصورة صريحة تقسيم الأشغال وزيادتها لتحقيق المنافع التقنية والمالية، وكان الهدف من إصداره هو حماية المال العام، ومع ذلك فقد واجه تطبيقه العديد من المشاكل، وأصبحت قواعده عاجزة عن مواجعتها.

لذلك وفي محاولة من المشرع لتلافي النقص الوارد به، وتماشيا مع التيار الإشتراكي، لجأ في المرحلة الثانية إلى إصدار المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10/04/1982 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي، وكان يهدف إلى تطبيقه على كافة أجهزة الدولة وهيئاتها، في سياق توحيد النظام القانوني للصفقات وعقود الإدارات والمؤسسات العامة، وقد استثنى العقود التي لا تصل قيمتها إلى الحد المالي المطلوب لإبرام صفقة من الخضوع لإبرام صفقة عمومية، ومع أنه قد أجاز بدوره تقسيم الأشغال والخدمات وزيادتها، فكثيرا ما اعتبر الهدف من تقسيم الأشغال، هو التهرب من أسلوب المناقصة، كما أن زيادة الأشغال والخدمات، كثيرا ما كان أمر تسويتها لا يعرض على هيئات الرقابة أثناء تنفيذ الأشغال، وأدت إلى منازعات قضائية بين الإدارة والمتعامل من جهة، وبين ممثلي الإدارة والنيابة العامة من جهة ثانية.

غير أنه واستجابة للتطورات الاقتصادية الحاصلة، وجد المشرع نفسه في المرحلة الثالثة مضطرا إلى مسايرتها، فأصدر المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 09/11/1991 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، وجعل تطبيقه مقتصرًا على القطاعات الإدارية دون القطاعات الاقتصادية، التي

أصبحت خاضعة للقانون الخاص، فضلا عن استثنائه للعقود التي لم تبلغ قيمتها الحد المالي المقرر لإبرام صفقة من اللجوء إلى أحكامه، وفي المقابل فإنه لم يمنع بدوره تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات، الأمر الذي أدى إلى استمرار المشاكل والمنازعات المترتبة عنها.

وفي المرحلة الرابعة تم إصدار المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 2002/02/27 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 301/03 المؤرخ في 2003/9/11 وبالمرسوم الرئاسي رقم 388/08 المؤرخ في 2008/10/26 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وذلك نتيجة السياسات الاقتصادية السائدة، أخذا بعين الاعتبار التغييرات والمستجدات الطارئة على الصفقات العمومية، التي اقتضت الرفع من قيمة العقود، التي لا تكون في حاجة إلى إبرام عقد صفقة عمومية من جهة، وتلك التغييرات الرامية إلى زيادة الأشغال أو الخدمات من جهة ثانية، محاولا بذلك إيجاد الحلول التي واجهت الأطراف المتعاقدة في ظل سريان النصوص القديمة، بخصوص تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات.

وبالرغم من التعديلات السابقة التي قام بها المشرع لتلافي النقص الحاصل والتناقض الموجود بشأن عمليتي تقسيم الأشغال والخدمات، إلا أنها لم تف بالغرض المنتظر منها، فقام في مرحلة سادسة بإصدار المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 2011/03/01، والذي يعتبر طفرة في هذا المجال، بحيث سمح بتقسيم الصفقة العمومية إلى حصص منفصلة مقيدا ذلك بمجموعة من الشروط والضوابط، كما مكن المصالح المتعاقدة من اللجوء إلى إبرام ملاحق لتسوية الأشغال الإضافية التي تواجهها أثناء تنفيذ صفقاتها، مع اشتراط عرضها على لجان الصفقات عند تعديلها لعتبة معينة.

ومع أن الصفقات العمومية من عقود الإذعان، ولإدارة فرض الشروط التي تناسبها، فقد تحتاج العقود ذات القيمة التي تقل عن تلك المحددة في القانون إلى أشغال إضافية، قد تجعل من قيمة العقد الإجمالية تزيد عن تلك المحددة قانونا، وكثيرا ما تسبب إنجازها في منازعات متعددة الجوانب، تارة بدعوى عدم قابلية مثل هذه العقود المبرمة بصيغة التراضي إلى زيادة أشغالها أو خدماتها، وتارة بدعوى عدم عرض تسويتها بعقد صفقة أثناء فترة إنجازها على هيئات الرقابة، وتارة بدعوى تقسيم الأشغال أو الخدمات لأشغال أساسية وأشغال إضافية، للتهرب من إبرام العقد بأسلوب الصفقة، بغرض منح امتياز للمتعامل، وهي في مجملها حالات قد تنتسب في عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، لاسيما ما تعلق منها بالوفاء بقيمة الأشغال المنجزة للمتعامل من جهة، ومتى تم دفعها فقد تنتسب في إثارة العديد من المنازعات، تارة حول قانونية العقد في حد ذاته، وتارة أخرى حول تبديد المال العام، وهي لذلك قد تشكل أساسا للمساءلة الإدارية والجزائية معا، وتبقى في حاجة إلى دراسة هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فقد تلجأ الإدارة إلى تقسيم المشروع إلى حصص، لتحقيق الأغراض المحددة حصرا في القانون، ومع أن هذا التقسيم لا يكون قانونيا إلا إذا سمحت به رخصة البرنامج أو دفتر الشروط، فكثيرا ما أدى بدوره إلى منازعات تعلقت أحيانا بالتقسيم في حد ذاته، بادعاء أن الهدف منه

يبقى في منح امتيازات غير مبررة للمتعامل، وأحيانا أخرى حول الأشغال أو الخدمات الإضافية التي يحتاجها تنفيذ العقد، وفيما إذا كانت تحدث تغييرا جوهريا في العقد أم لا، وأحيانا أخرى حول ما إذا كانت قيمتها تتوقف عند نسبة معينة، وهي في مجملها أحوال قد يكون للرقابة دورا في القول بقانونيتها من عدمه، وهي لذلك تبقى في حاجة إلى دراسة.

يظهر من خلال ذلك العرض، وأن موضوع الرقابة على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية، يكتسي أهمية كبيرة، تكمن في توضيح القواعد التي يجب على مسيري المرافق العامة مراعاتها، عند إبرام العقود والصفقات العمومية بصفة عامة، وكذا توضيح الطرق والإجراءات الواجب إتباعها في تجزئة الصفقة وزيادة في الأشغال والخدمات بصفة خاصة، وبيان أساليب الرقابة الإدارية منها والقضائية، والتي تسهل على القاضي تحديد المسؤوليات سواء عن تقسيم الأشغال أو زيادتها.

وثمة جملة من الأسباب من شأنها تبرير اختيار هذا الموضوع، على المستويين النظري والعملي، فعلى المستوى النظري، يلاحظ قلة البحوث والدراسات التي تناولت الرقابة على زيادة وتقسيم الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية، إن لم نقل بأنها منعدمة، رغم الأهمية البالغة التي يتميز بها الموضوع، لذلك يبقى السبب الأساسي في اختياره، يكمن في إعداد بحث حول الموضوع، قد يساهم في توفير دراسة علمية يمكن الرجوع إليها في كل ما يثار حول الموضوع من منازعات.

أما على المستوى العملي، فالبحث يحاول حصر الحالات التي يتم اللجوء فيها إلى تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية، المؤدية إلى قيام المنازعات، وإلى إيجاد حلول لها. ويمكن أن يضاف إلى ذلك سببا اقتصاديا وعمليا في نفس الوقت، يكمن في الوضع الراهن للبلاد، كونه يتميز بحركة اقتصادية متسارعة، تتمثل في رصد أموال طائلة لنفقات التجهيز وبرامج الإنعاش الاقتصادي لدعم النمو، وهو وضع جعل اللجوء للصفقات العمومية يزداد بشكل ملحوظ، وفي المقابل فهذه الأموال الطائلة، تؤدي بالإدارات إلى إبرام مشاريع وصفقات ضخمة، قد تجد صعوبة في إيجاد المتعامل القادر على إنجازها، فتضطر إلى القيام بتجزئتها وتقسيمها إلى صفقات تسند لعدة متعاملين، لتسهيل القيام بها على أكمل وجه وفي آجال قصيرة.

وفي نفس الإطار، فقد لا تتوفر للإدارة الدراسات اللازمة للمشروع قبل البدء في تنفيذه، مما يصادفها أثناء الإنجاز أشغال غير متوقعة ولازمة للاستمرار في تنفيذ الأشغال الأساسية، وقد يكون العكس، وبالتالي فإن هذه الزيادات في الأشغال أو تقسيمها، قد تكون مبررة، وقد تكون غير مبررة لغياب النوعية والديمومة، التي تتميز بها أعمال الدولة، مما يجعل من تنفيذ هذه البرامج تذكيرا للمال العام.

كل هذه الأسباب تبرر البحث عن مدى وجود آليات رقابية على كل المستويات، ومدى فعاليتها في الحفاظ على الهيكل العام للصفقة الأصلية وعلى توازنها المالي.

ويعد موضوع الصفقات العمومية مجالاً خصباً للقيام بالبحوث والدراسات القانونية نظراً للإشكاليات العملية والقانونية التي يطرحها.

وبالرغم من وجود بعض الدراسات في مجال الصفقات العمومية، فإنها لم تنصب على جانب الرقابة على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية، والذي يطرح إشكاليات كبيرة، سواء بالنسبة للإدارة أو بالنسبة للمتعاقد معها، وحتى على ساحة القضاء، لا سيما بخصوص قانونية أو عدم قانونية تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات، عند الفصل في المنازعات الإدارية أو الجزائية، وبالتالي فالموضوع يتناول إشكالية التقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية، وكذا الرقابة عليها.

وعلى ضوء ما تم تبيانه، سوف نحاول من خلال دراستنا هذه الإجابة عن الإشكالية التالية:

ما مدى إمكانية التوفيق بين متطلبات تقسيم الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية أو الزيادة فيها من جهة، وبين ضمان عدم خروجها عن الغرض منها من جهة أخرى؟

وفي ضوء هذه الإشكالية، فإن هذا الموضوع يحتاج بحكم طبيعته إلى اعتماد المنهج التحليلي، لعرض النصوص وتحليلها ومناقشتها، لاستخلاص الأحكام القانونية التي جاءت بها، وإلى المنهج التطبيقي لعرض الإشكاليات العملية، وإيجاد الحلول القضائية لها، مع الاستعانة بالمنهج التاريخي، لعرض التطورات المتعاقبة لموضوع الصفقات العمومية بصورة عامة، وتقسيم وزيادة الأشغال والخدمات بصورة خاصة.

وتحتاج معالجة الموضوع، تقسيمه إلى ثلاثة فصول، يتناول الأول الإطار القانوني للصفقات العمومية، من حيث التعرض لماهية الصفقات العمومية (المبحث الأول)، وكيفية إبرامها (المبحث الثاني)، ويعالج الثاني مسألة تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات من إعطاء الإطار القانوني للتقسيم (المبحث الأول) وكذلك الإطار القانوني للزيادة (المبحث الثاني)، فيما يتعرض الثالث لموضوع الرقابة على عملية التقسيم وزيادة الأشغال والخدمات، من رقابة إدارية سواء داخلية أو خارجية (المبحث الأول)، وكذلك الرقابة القضائية سواء بالنسبة للقضاء الإداري أو القضاء الجزائي (المبحث الثاني).

الفصل الأول

الإطار القانوني لصقات العمومية

www.koolf.com

الفصل الأول:

الإطار القانوني للصفقات العمومية

يتحدد الإطار القانوني للصفقات العمومية في ظل التشريع الجزائري، بالمراسيم المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية،¹ بوصفها تعد بمثابة الأساس القانوني لهذا النوع من العقود الإدارية، حيث أن المادة 04 من المرسوم الرئاسي لسنة 2010 عرّفت الصفقة العمومية بأنها: "عقد مكتوب في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة".²

وبالنظر إلى هذا التعريف التشريعي، نجد وأن المشرع الجزائري، قد اعتمد في تعريف عقد الصفقة على مجموعة من المعايير، تسمح بتمييز عقد الصفقة العمومية عن باقي العقود الأخرى: الإدارية منها أو المدنية.

ولم يكف المرسوم بتعريف عقد الصفقة، بل أن المادة الثانية منه، قد حددت وبصورة صريحة مختلف الهيئات والمؤسسات العمومية التي تخضع في إبرام صفقاتها لأحكامه.

كما حدد طرق إبرام عقد الصفقة العمومية، ومختلف الإجراءات التي يجب إتباعها، والمبادئ التي يجب مراعاتها في مجال الصفقات العمومية عبر مختلف مراحلها، بدءا بمرحلة تحضير الصفقة إلى غاية الانتهاء من تنفيذها.

ولعل مجمل هذه الأحكام التنظيمية، هي التي تشكل الإطار القانوني للصفقات العمومية، والتي لا يمكن النظر في مدى قابلية محلها، المتمثل في الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات للتجزئة والزيادة، دون التطرق إلى ماهية الصفقات العمومية، وطرق إبرامها، وهو ما نتعرض له من خلال بحثين إثنين: الأول: ويتناول ماهية الصفقات العمومية، والثاني: يتعرض لطرق إبرام الصفقات العمومية.

¹- وهي المتمثلة في المرسوم الرئاسي 222/11 المؤرخ في 16 يونيو 2011 (جريدة رسمية عدد 34 المؤرخة في 19 يونيو 2011)، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 11- 98 المؤرخ في 01 مارس 2011 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 06/03/2011، والمرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في 07/10/2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (جريدة رسمية عدد 58 مؤرخة في 07/10/2010)، والمراسيم الرئاسية رقم: 02-250 المؤرخ في 24/07/2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية،(الجريدة الرسمية العدد 52 المؤرخة في 28/07/2002)، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 301/03 المؤرخ في 11/09/2003 (الجريدة الرسمية العدد رقم 55 المؤرخة في 14/09/2003) وبالمرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في 26/10/2008 (الجريدة الرسمية رقم 62 المؤرخة في 14/09/2008).

²- المادة 04 من في المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في 07/10/2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

المبحث الأول:

ماهية الصفقات العمومية

من المبادئ المسلم بها قانونا، أن العقد سواء كان عقدا مدنيا أو عقدا إداريا، فهو وليد توافق إرادتين، بقصد إحداث أثر قانوني معين، ومع التسليم بهذا المبدأ، فإن كان أطراف العقد المدني، يتمتعون بحرية كبيرة في التعبير عن إرادتهم، وخصوصا في تحديد مضمون العقد، ووسائل تنفيذه كقاعدة عامة، فإن الأمر يختلف كثيرا بالنسبة للعقد الإداري باعتبار أن الإدارة تعتبر طرفا فيه، تبرمه باعتبارها شخصا من أشخاص القانون العام، مستخدمة في ذلك أساليب السلطة العامة، وتهدف من وراء إبرامها للعقد، تحقيق الأهداف التي تتطلبها إدارة مرفق عام أو تسييره¹.

ولما كانت الإدارة إذا، هي السلطة المخولة بتسيير المصالح العامة للأفراد، فالقانون أفرد لها العديد من الامتيازات، التي تمكنها من أداء مهمتها، ومن أهم هذه الامتيازات القانونية المعطاة للإدارة، صلاحية التعاقد باستعمال أساليب خاصة بواسطة ما يعرف بالعقود الإدارية².

لذلك فموضوع الصفقات العمومية، لا يمكن النظر إليه من حيث المبدأ سوى أنه عقد، وحسب تعريف القانون المدني له، فهو مجرد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص بمنح أو فعل أو عدم فعل أي شيء³.

ووفقا للتعريف الغالب فالعقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

ويصدق هذا التعريف بالنسبة للعقود الإدارية، مما يؤيد أن هذه الأخيرة هي عقود بالمعنى المعروف، وكل ما يؤخذ على الرابطة التعاقدية في المجال الإداري، اعتبارات تتعلق بالقيود التي تفرضها التشريعات على الإدارة، فيما يتعلق باختيار المتعاقد معها، وسلطات الإدارة غير المألوفة في مواجهة المتعاقد معها، بالإضافة إلى ذلك كون دفاتر الشروط تحرر مقدما، ولا يملك المتعاقد مناقشتها. وبالنظر إلى أطراف الصفقة العمومية، فإننا نجد أن أحدهما هو الدولة، أو بعض الهيئات العمومية ذات الصبغة الإدارية، حسب المرسوم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2010⁴، وبالتالي فإنه يمكن القول أن الصفقات العمومية، تدخل ضمن إطار العقود الإدارية.

ومع ذلك فالدولة أو الهيئات العمومية، حينما تقدم على إبرام صفقات عمومية، فإنها تسعى إلى تلبية مطلب من المطالب العامة، الذي يدخل ضمن تحقيق السياسة العامة للدولة، الأمر الذي يجعل البعض يربط ميدان الصفقات العمومية بالواقع السياسي والاقتصادي للبلاد⁵.

¹- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 9.

²- ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة لباد، الجزائر، 2004، ص 329.

³- المادة 54 من القانون المدني، حيث عرفت العقد بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

⁴- المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

⁵- محمد قطان، قانون الصفقات العمومية، المجلة القضائية، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص 15.

ويعرف العقد الإداري بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، و أن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص"¹، والعقد الإداري بهذا التعريف يعد مفهوما شاملا، لأن نشاط الإدارة متنوع جدا، والصفة العمومية هي أهم نموذج للعقد الإداري، إلى درجة تعريف العقد الإداري على أنه هو الصفة العمومية، لكن الحقيقة هي أن كل صفة عمومية هي عقد إداري، والعكس غير صحيح².

هذا التمايز يدفعنا إلى محاولة تحديد التعريف الدقيق لعقد الصفة العمومية، والتطرق إلى الأنواع المختلفة لها ومجال تطبيقها من خلال مطلبين اثنين: الأول: نتعرض فيه إلى مفهوم الصفقات العمومية، والثاني: نخصه لأنواع الصفقات العمومية ومجال تطبيقها.

المطلب الأول:

مفهوم الصفقات العمومية

لا يمكن إعطاء تعريف شامل للصفقات العمومية، دون التعرض للتعريف المقدمة لها، سواء تعلق الأمر بالتعريف التشريعي، أو التعريف الفقهي، أو التعريف القضائي من خلال الاجتهادات القضائية التي تناولتها، بالإضافة إلى التعرض للطبيعة القانونية للصفة العمومية، وإلى الخصائص التي تتميز بها عن غيرها من العقود، في فرعين اثنين: الأول: يتعرض لتعريف الصفقات العمومية، والثاني: يعنى بتحديد خصائص الصفقات العمومية.

الفرع الأول:

تعريف الصفقات العمومية.

مع أن التعريف التشريعي للصفقات العمومية، قد لا يختلف عن التعريف الفقهي والقضائي لها، قد يكون من المفيد التعرض لها استقلالا.
أولا: التعريف التشريعي.

يعتبر التشريع المتعلق بالصفقات العمومية من التشريعات الحديثة، إذا ما قورن بباقي فروع القانون، فقد صدر أول قانون منظم لأحكام الصفقات العمومية في فرنسا سنة 1964، وجعل مفهومها مرتبطا بالعقود التي تبرمها الإدارة، بينما في الجزائر فأول تشريع منظم للصفقات العمومية صدر سنة 1967³ وقد أخذ بمفهوم مخالف للنظام الفرنسي، حيث أن مفهوم الصفة شمل كل الطلبات العمومية، بالمفهوم الاقتصادي للمصطلح، فكانت كل طلبات القطاع العام بشقيه الإداري والاقتصادي محل صفة عمومية، وهذا بغرض حماية أموال الدولة الفتية.

¹- أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص7.

²- ناصر لباد، المرجع السابق، ص 398.

³- صدر هذا القانون بالأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17 يونيو 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52 المؤرخة في 1967/06/27.

وتطور هذا المفهوم عبر عدة مراحل، إلى أن وصل الأمر إلى المفهوم الذي جاء به مرسوم 2002 الملغى بموجب مرسوم 2010¹، والذي يعرف الصفقة العمومية من خلال نص المادة 04 منه على أن: "الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال و اقتناء المواد و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"، ومنه فعقد الصفقة العمومية هو عقد مكتوب، يشمل طرفين فأكثر، وهنا يكمن التمييز بين هذا الأخير والعقد المدني، فحسب مفهوم المادة 02 من المرسوم السالف الذكر، فإن المصلحة المتعاقدة كما سماها المشرع، قد حصرها في الإدارات العمومية، والهيئات الوطنية المستقلة، والولايات، والبلديات، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، إضافة إلى 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، والمؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما تكلف هذه المؤسسات بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

وفي هذا السياق تجب الإشارة إلى أن هذا المرسوم الأخير²، لاسيما ما تعلق منه بالمادة الثانية، قد أعفى الإدارات العمومية من تطبيق أحكامه على العقود المبرمة بين الهيئات الإدارية وبعضها البعض، كما ألزم المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تبرم صفقات فيما بينها، أن تعتمد هذا المرسوم وكذا المؤسسات العمومية عند إبرامها للصفقات فيما بينها، أن تصدق عليه من طرف هيئاتها الاجتماعية، ومجالسها الإدارية ماعدا الرقابة الخارجية³.

ويكشف التعريف التشريعي للصفقات العمومية، الوارد في النصوص المنظمة لها في جميع المراحل التي مر بها هذا التنظيم في الجزائر، أن المشرع حال تعريفه وعلى الدوام لعقد الصفقة العمومية، لم يكن يهدف من ورائه سوى إظهار ضرورة احترام إبرامها بطرق خاصة، وبتابع إجراءات معينة، إضافة إلى إخضاعها إلى أطر رقابة خاصة داخلية وخارجية، والأهم أنها تخول للإدارة المتعاقدة، سلطات في هذا العقد غير مألوفة في عقود أخرى.

ولم ينفرد المشرع الجزائري بتعريف عقد الصفقة لتلك الدواعي، بل أن معظم التشريعات المنظمة للصفقات العمومية في العديد من الدول، قد جنحت بدورها إلى تعريف الصفقات العمومية، لتحقيق نفس الضرورات، حيث أن المشرع الفرنسي مثلاً، عرف عقد الصفقات العمومية بأنها: "عقود مكتوبة تبرم لانجاز دراسات تحتاجها الإدارة"⁴، ولم يبتعد كذلك المشرعان المصري والتونسي

¹- تم تعديل المرسوم الرئاسي 250/02 بالمرسوم 338-08 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، (الجريدة الرسمية 62 لسنة 2008).

²- المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

³- نصت الفقرة الرابعة من المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 على أنه يتعين على مجلس مساهمات الدولة فيما يخص المؤسسات العمومية الاقتصادية والوزير الوصي فيما يخص المؤسسات العمومية إعداد جهاز للمراقبة الخارجية لصفقاتها والموافقة عليه.

⁴- الفصل الأول عدد 1638 المؤرخ في 04 أوت 2003 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بفرنسا.

عن مثل هذا التعريف.

كما أن المشرع الليبي قد عرف العقد الإداري بأنه: "كل عقد تبرمه جهة الإدارة بقصد تنفيذ مشروع من المشاريع المعتمدة في الخطة والميزانية، أو الإشراف على تنفيذه، أو تقديم المشورة الفنية، أو تطوير أو تسيير المرافق العامة لخدمة الشعب بانتظام واطراد، متى كان ذلك العقد يشمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية، ويستهدف تحقيق المصلحة العامة"¹.

وما يمكن ملاحظته من خلال هذه التعاريف التشريعية، لاسيما ما تعلق منها بالتعريف التشريعي الجزائري، الوارد بالمادة 04 من مرسوم 2010، أنها تعاريف اعتمدت على مجموعة من المعايير، يمكن إجمال أهمها في المعايير التالية:

أ) المعيار العضوي:

تعتبر الصفقات العمومية بحسب هذا المعيار عقوداً إدارية، وذلك بالنظر إلى أطرافها، حيث تكون الإدارة أحد أطراف العقد، مع أن طرف الإدارة على امتداد تشريعات الصفقات العمومية، قد عرف تمديداً أو تقليصاً بحسب الظروف السياسية والاقتصادية للبلاد، فأحيانا يضيق من مجال التطبيق، فيخص هيئات إدارية دون الأخرى، وأحيانا أخرى يوسع من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية، ثم يعود مرة أخرى و يضيق من هذا المجال.

فالمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي على سبيل المثال، تم استثناء العقود التي تبرمها هذه الهيئات من الخضوع لقانون الصفقات العمومية، الذي عرفته الدولة الجزائرية الفتية بعد الاستقلال²، واكتفى بالإشارة إلى خضوعها لمرسوم، يبين كليات تطبيق أحكامه على الشركات الوطنية، والمؤسسات والمكاتب العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

غير أن المشرع لم يبادر بإصدار مثل هذا المرسوم إلا خلال سنة 1982³، وهو مرسوم أعطى مفهوماً واسعاً للهيئات المعنية بمجال تطبيقه، وأدرج المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية ضمن نطاق المؤسسات التي يشملها تنظيم الصفقات العمومية.

غير أن هذه المرحلة لم تدم طويلاً، كون المشرع قد لجأ خلال سنة 1988، إلى إصدار قانون يتعلق بتوجيه المؤسسات الاقتصادية⁴، وتنفيذاً لأحكامه تم إصدار مرسوم منظم للصفقات العمومية⁵، نص في مادته الأولى على تطبيق أحكامه على الصفقات العمومية، التي تبرمها الإدارات العمومية،

(1)- المادة 3 من لائحة العقود الإدارية الليبية رقم 263 المؤرخ في 17/05/2000، مشار إليه لدى، مازن ليلو راضي، الوجيز في القضاء الإداري الليبي، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2003، ص 93 وما يليها.

(2)- المادة 02 من الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17 يونيو 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52 المؤرخة في 27/06/1967.

(3)- هو المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10/04/1982 المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 13/04/1982.

(4)- هو القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية عدد 03 المؤرخة في 20/01/1988.

(5)- وهو المرسوم رقم 88-72 المؤرخ في 29/03/1988 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 82-145 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية عدد 13 المؤرخة في 30/03/1988.

والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فقط، والمسماة "المتعامل العمومي"، وبذلك يكون قد أخرج عقود المؤسسات الاقتصادية من مجال تطبيق الصفقات العمومية، ثم عاد المشرع بعد ذلك لإصدار مرسوم تنفيذي سنة 1991¹، ضيق من مجال تطبيق أحكامه، حيث استبعد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

ومع إقدام المشرع خلال سنة 2002، على إصدار مرسوم رئاسي جديد لتنظيم الصفقات العمومية، احتفظت المادة 02 منه بنفس مجال التطبيق، حيث نصت على أنه: "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 والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية، بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، وتدعى في صلب النص في هذه الحالة بالمصلحة المتعاقدة".²

ويتضح من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري قد فصل في مسألة الهيئات الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية، البعض منها هيئات ومؤسسات عمومية كانت خاضعة بنصوص سابقة لأحكام قانون الصفقات العمومية، فيما أن البعض منها لم يتم إخضاعها لأحكام الصفقات العمومية إلا بمقتضى هذا النص.

والجديد الذي جاء به مرسوم 08-338 في المادة 02، ومرسوم 10-236، هو إضافة المؤسسات العمومية الاقتصادية، وكذا إخراج العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين من مجال الصفقات العمومية، وبذلك فالمشرع الجزائري، قد جعل من وجود الشخص المعنوي العام في عقد الصفقة العمومية³، دليلاً على أن هذا العقد يعتبر عقداً إدارياً، وظل الأمر كذلك بتوالي صدور تشريعات الصفقات العمومية.

(ب) المعيار الموضوعي:

وفقاً لهذا المعيار فالعقد الإداري، يمكن اعتباره صفقة عمومية، بالنظر إلى محتواها، وقد استقر المشرع الجزائري على اعتبار هدف وموضوع الصفقة العمومية، هو إشباع الحاجات العامة بخصوص الأشغال، التوريدات والخدمات، كما أضاف بمقتضى النص الساري المفعول حالياً، ميدان الدراسات الذي لم يعهده ميدان الصفقات العمومية في السابق.

¹- وهو المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 57 المؤرخة في 13/11/1991.

²- المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 الملغى.

³ KOBTANE Mohammed, Le régime juridique des contrats du secteur public, étude de droit comparé Algérien et français, conférence donnée à l'étudiant de magistrature, 2007-2008, P17.

إذ تنص المادة 13 منه على أنه: "تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر: اقتناء اللوازم، انجاز الأشغال، تقديم الخدمات، إنجاز الدراسات".¹
ت) المعيار الشكلي:

ينطلب القانون أن تكون عقود الصفقات العمومية مكتوبة، سواء في التشريع الجاري به العمل أو في النصوص السابقة،² والمادة 04 من المرسوم الرئاسي 10-236، نصت على أن: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به..".³ وعلى ذلك فالصفقة بوصفها عقدا إداريا، تخضع لشروط الكتابة بوصفه من الشروط الأساسية.³

وقد أشارت المادة 07 من المرسوم الرئاسي 10-236، إلى ضرورة إبرام الصفقة العمومية قبل البدء في تنفيذها، غير أنه وفي الظروف الاستثنائية المقتصرة على وجود خطر يهدد الاستثمار، أو خطر يهدد ملك المصلحة المتعاقدة، أو خطر يهدد الأمن العمومي، يمكن للوزير أو الوالي المعني، أن يرخص بمقرر معلل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة، وترسل نسخة من هذه الرخصة إلى الوزير المكلف بالمالية.

ومهما يكن من أمر فلا بد من إعداد صفقة تصحيحية خلال ثلاثة أشهر، ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر إذا كانت العملية تفوق ثمانية ملايين أو أربعة ملايين دينار حسب طبيعة كل صفقة، وعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات، وهذا ما يؤكد أهمية الكتابة، بالرغم من أن تنفيذ العقد يكون قد قطع شوطا كبيرا، في مثل هذه الأحوال، وذلك مع ملاحظة أن هذا النص، كان متعلقا بالصفقات العمومية المتعلقة بالخدمات، نظرا لتحديد المشرع صراحة لذلك، غير أنه وفي مرسوم 2010، لم يحدد المشرع لأي نوع من الصفقات، وإنما جاء النص عاما يشمل جميع أنواع الصفقات العمومية، كما أن تاريخ بداية سريان مدة الثلاثة أشهر للتصحيح، كان محددًا في إطار مرسوم 2002، بتاريخ الشروع في التنفيذ، غير أن مرسوم 2010 جعله محددًا بتاريخ التوقيع على المقرر، حتى يتم الإسراع في الشروع في التنفيذ وعدم التلاعب بالصفقات.

ث) المعيار المالي:

إن العقود التي تبرمها الإدارات والهيئات العمومية، ليست كلها صفقات عمومية، لأن المشرع قد اشترط لاعتبارها صفقات عمومية حدا أدنى من القيمة المالية، بحيث أنه ليس من المعقول إجبار الإدارات العمومية على إبرام صفقات عمومية، تكون قيمتها ضئيلة، فيتم بذلك إهدار الوقت والتسبب في إبطاء العمل الإداري.

¹- المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق، وسوف نتعرض إلى هذه العقود بشيء من التفصيل عند التعرض لأنواع الصفقات العمومية بحسب الموضوع.

²- المادة 01 من الأمر 90/67، والمادة 04 من المرسوم 82-145، والمادة 03 من المرسوم التنفيذي 91/434، والمادة 03 من المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى.

³- أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، المرجع السابق، ص 17.

فالإدارة قد تتعاقد بمبالغ ضخمة أو بمبالغ بسيطة، وإجبارها على عقد صفقة بالنسبة للمبالغ البسيطة يشكل إرهاقا للعمل الإداري، وتعقيدا وتباطؤا في سير المرفق، فما يصلح كحد مالي أدنى لعقد الخدمات، لا يصلح بالنسبة لعقد الأشغال، نظرا لما يتطلبه هذا الأخير من مبالغ مالية ضخمة، وعلى ذلك الأساس فللمشرع الحرية التامة، في تعديل الحد المالي للصفقة من مرحلة إلى أخرى، حسب المتطلبات والظروف الاقتصادية لكل مرحلة.

فالمشرع الجزائري وفي أوائل التسعينات، قد اشترط حدا أدنى يفوق أو يساوي مليوني دينار، لاعتبار العقد صفقة عمومية¹، لكنه وقبل انقضاء النصف الأول من فترة التسعينات، تدخل من جديد وجعل الحد المالي للعقد ثلاثة ملايين دينار جزائري²، ومع نهاية هذه الفترة تدخل مرة أخرى، وجعل الحد المالي الأدنى أربعة ملايين دينار جزائري³، وهو نفس الحد الذي تبناه مرسوم 2002.⁴

لكنه وخلال سنة واحدة، عاد المشرع وتدخل من جديد لتعديل النص التشريعي السابق، وذلك بإدخاله لأحكام جديدة، تتعلق بتمييزه بين أنواع الصفقات العمومية من جهة، وإعطائه لوزير المالية سلطة تحيين المبالغ من جهة أخرى⁵، نظرا للوتيرة العالية التي يسير بها الاقتصاد الوطني.

فقد ميز بين عقود الأشغال والتوريدات من جهة، وعقود الخدمات والدراسات من جهة أخرى، فجعل الحد المالي الأدنى المطلوب في الأولى ستة ملايين دينار جزائري، أما بالنسبة للثانية فقد أبقى على حدها الأدنى السابق المقدر مبلغ أربعة ملايين دينار جزائري.

وتحت ضغط الوتيرة الاقتصادية، تدخل من جديد معلنا عن تغيير الحد المالي الأدنى بالنسبة لعقود الأشغال والتوريد فجعلها أكثر من ثمان ملايين دينار جزائري، فيما أبقى على مبلغ أربع ملايين دينار كحد أدنى بالنسبة لعقود الخدمات والدراسات⁶، وهو نفس الحد المالي المنصوص عليه بموجب مرسوم 2010.

ج) معيار الشروط الاستثنائية:

تشكل الشروط الاستثنائية التي تخضع لها عقود الصفقات العمومية، غير المألوفة في عقود القانون الخاص، العنصر الحاسم في تمييز العقد الإداري عن العقد المدني، وهو العنصر الذي لم يهمله المشرع الجزائري في مختلف قوانين الصفقات العمومية، حيث اعترف للإدارة بممارسة جملة من السلطات والامتيازات، التي لا مثيل لها في نطاق عقود القانون الخاص.

فقد اعترفت بمقتضى القانون الصادر سنة 2010⁷ للمصلحة المتعاقدة، بإمكانية فسخ الصفقة

¹- المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434، السالف الذكر.

²- المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 94-178 المعدل والمتمم للمادة 06 من المرسوم رقم 91/434، الجريدة الرسمية عدد 42 المؤرخة في 1994/06/29.

³- المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 98-87 المؤرخ في 1998/03/07 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 91/434، الجريدة الرسمية عدد 13 المؤرخة في 1998/03/11.

⁴- المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 السالف الذكر.

⁵- المرسوم الرئاسي رقم 03-303 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250، السالف الذكر.

⁶- المرسوم الرئاسي رقم 08-338، السالف الذكر.

⁷- المادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، والمادة 112 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر.

من جانبها، بعد توجيه إنذار للطرف المتعاقد معها بهدف الوفاء بالتزاماته، وهو امتياز لا نجده في عقود القانون المدني¹.

وقد تأخذ هذه الشروط الاستثنائية أكثر من صورة، فقد تكون شروطا لها طابع السلطة العامة، فتشتمل على عنصر من عناصرها أو امتياز من امتيازاتها، وبطبيعة الحال ليست كل هذه الشروط في صالح جهة الإدارة، وقد تكون هذه الشروط في شكل طائفة ترتبط بمبادئ القانون العام، وغير مألوفة في مجال القانون الخاص، من ذلك النصوص التي تعطي للإدارة سلطة تعديل شروط العقد، سواء كان ذلك بتعديل التزامات المتعاقد معها زيادة أو نقصانا، أو تعديل في الأسعار أو التعديل في مدة العقد².

ثانيا: التعريف القضائي:

أمام أهمية الصفقات العمومية وخصوصية أحكامها، فالاجتهاد القضائي في الجزائر قد تعرض بدوره لتعريفها، فمجلس الدولة في الجزائر، قد عرف الصفقة العمومية بقوله: "...تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقابلة أو انجاز مشروع أو أداء خدمات.."³. وما يلاحظ على هذا التعريف، أن مجلس الدولة حصر أطراف الصفقة بين الدولة وأحد الخواص، في حين أن الطرف الإداري، يمكن أن يكون شخصا معنويا آخر غير الدولة، كالجماعات المحلية مثل الولاية و البلدية، أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، كما يمكن أن تبرم الصفقة بين هيئتين عموميتين وليس مع الخواص فقط.

يمكن أن يضاف إلى ذلك، أن مثل هذا التعريف القضائي، لم يعط أي أهمية بالنسبة للشكل والإجراءات التي أعطاها المشرع أهمية بالغة على مر التعديلات التي طرأت على الصفقات العمومية. غير أنه وبالرجوع إلى اجتهادات قضائية أخرى لمجلس الدولة، نجده قد طبق المعايير التشريعية التي جاء بها المشرع في تعريفه للصفقة العمومية، متشددا بشأن معيار الكتابة بقوله: "...من المقرر قانونا وفقا للمادة 03 من المرسوم التنفيذي 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، فإنها تعتبر الصفقات العمومية عقودا مكتوبة، وأنه يلزم تحت طائلة البطلان، أن تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر، بما يستفاد منه أن الكتابة شرط لانعقاد الصفقة العمومية وتعلق بالنظام العام"⁴. وتطبيقا للمعيار العضوي، فقد أقر مجلس الدولة بمبدأ عدم خضوع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لقانون الصفقات العمومية، وبالنتيجة عدم خضوع الصفقات التي تبرمها لاختصاص القاضي الإداري، وهذا مع ملاحظة أن المرسوم التنفيذي الساري المفعول بتاريخ صدور

¹- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 61.

²- جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 47.

³- مجلس الدولة، الغرفة الأولى، 2002/12/17، قرار رقم 6215، غير منشور.

⁴- مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، 2001/05/14، قرار رقم 001519، غير منشور.

هذا القرار هو المرسوم الصادر عام 1991¹.

وتطبيقا للمعيار المالي، فإن مجلس الدولة، قد طبق الحد المالي الأدنى المطلوب لإبرام عقد صفقة عمومية في العديد من قراراته، وذهب فيه إلى القول: "أن المبلغ المحدد للحد الأدنى من أجل إبرام صفقة عمومية، قد طرأ عليه عدة تعديلات، بموجب المرسوم التنفيذي 94-178، والرسوم التنفيذية 96-84، والرسوم التنفيذية رقم 98-87، وأن هذا المرسوم الأخير قد حدد الحد الأدنى للمبلغ بأربعة ملايين دينار جزائري، ومتى ثبت في قضية الحال أن إبرام اتفاقية انجاز الأشغال بين طرفي النزاع كان بتاريخ 16/05/1998 وبقيمة 3.847165.98 دج، أي أقل من 4.000.000 دج المحدد في المرسوم التنفيذي 98-87، وهو الواجب التطبيق في هذه الحالة، فإن طرفي النزاع لم يكونا ملزمين بإبرام عقد الصفقة العمومية"².

ولم ينفرد القضاء الإداري في الجزائر وحده بتعريف الصفقات العمومية، بل أن القضاء الإداري في العديد من الدول بدوره، قد تعرض لتعريف هذا النوع من العقود، من ذلك أن القضاء الإداري المصري قد عرف العقد الإداري بنصه على أنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص"³، وهو بدوره تعريف- وعلى غرار ما ذهب إليه القضاء الإداري في الجزائر في بعض التعاريف السابقة- لم يعط للشكل والإجراءات أية أهمية.

كما أن المحكمة العليا في ليبيا، وفي قرار لها صادر في 20/06/1976، قد أوضحت بأنه: "وحيث أنه تبين من الاطلاع على العقدين موضوع التداعي، أنهما يتصلان بمرفق عام وهو مرفق الحج، ويهدفان إلى تحقيق مصلحة عامة هي تمكين الحجاج الليبيين الراغبين في أداء هذه الفريضة.. وأنهما قد تضمنتا شروطا غير مألوفة في العقود الخاصة المماثلة.. ومن حيث أنه على مقتضى ما تقدم يكون العقدان المذكوران، قد اتسما بالطابع المميز للعقود الإدارية، من حيث اتصالهما بمرفق عام، وأخذهما بأسلوب القانون العام، فيما ينضمن من شروط استثنائية، ومن ثم يكونان عقدين إداريين"⁴.

ثالثا: التعريف الفقهي

تدين العقود الإدارية بوجودها للقضاء الفرنسي، الذي أقام لها أساسها وابتدع أحكامها المتميزة عن أحكام عقود القانون الخاص، إذ اختص مجلس الدولة الفرنسي بالمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية، استثناء من الولاية العامة للمحاكم العادية، وكان لهذا القضاء المتخصص الفضل في تأصيل

¹ - مجلس الدولة، الغرفة الأولى، 2002/11/05، قرار رقم 003889، مجلة مجلس الدولة، العدد 03، 2003، ص 109.

² - مجلس الدولة، الغرفة الأولى، 2003/12/16، قرار رقم 011306، غير منشور.

³ - حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 04.

⁴ - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 19.

قواعد العقود الإدارية،¹ وهذا ما أجمع عليه فقه القانون الإداري.

إن سمات العقد الإداري عامة والصفة العمومية خاصة، تبين أنه أسلوب قريب من ذلك المستعمل في علاقات القانون الخاص، والفكرة نفسها تشير بشكل طبيعي للعقد المدني الذي تطبق بعض قواعده على العلاقات بين الإدارة والأفراد، إلا أن الإدارة في العقد الإداري أو الصفة باعتبارها تمثل المصلحة العامة، وباعتبارها سلطة عامة تجد نفسها في وضع متفوق بالنسبة للمتعاقد، فإنها وبهذه الصفة تحتفظ لنفسها ببعض الامتيازات، التي تظهر حين تكوين وتنفيذ العقد، وتعطيه بعض الخصوصيات بالمقارنة مع عقد القانون المدني، وبالتالي فليست كل العقود التي تبرمها الإدارة عقودا إدارية، فقد يحدث بالفعل أن تتصرف كمجرد فرد، وتستعمل طريقة العقد في القانون المدني، وتخضع نفسها حينذاك للقانون المدني أو التجاري².

وبحكم هذه السمات، فقد انتهى الفقه إلى تعريف العقد الإداري بأنه: "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 شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص"³. وفي نفس السياق يمكن تعريف العقد الإداري بأنه: "العقد أو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام، قصد تسيير مرفق عام، وفقا لأساليب القانون العام، بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"⁴.

وانطلاقا من هذا التعريف، فثمة مجموعة من المعايير تميز الصفة العمومية أو العقد الإداري عن العقد المدني، منها المعيار العضوي والمعياري الموضوعي، والمعيار الشكلي، ومعيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

وعليه ومراعاة للمعيار العضوي، فإنه يشترط في العقد الإداري أو الصفة، أن يكون أحد طرفيه جهة إدارية، أي أن يكون أحد طرفي العقد شخصا من أشخاص القانون العام، وضرورة أن تكون الإدارة طرفا في العقد، هو أمر مبرر بكون قواعد القانون الإداري، إنما وجدت لتحكم نشاط الإدارة، ومن ثم فإن العقد الذي يبرمه الأفراد أو الهيئات الخاصة، والذي لا تكون الإدارة طرفا فيه لا يعد عقدا إداريا، ويبقى التشريع المنظم للصفقات العمومية، هو الذي يتولى تحديد طبيعة الجهة الإدارية ونوعها، وما إذا كانت معنية بالخضوع لقانون الصفقات العمومية أم أنها غير معنية به.

أما بالنسبة للمعيار الموضوعي، فإنه يشترط أن يتعلق موضوع العقد، بإدارة وتسيير مرفق عام، ويعرف المرفق العام على أنه منظمة عامة تنشئها الدولة وتكون تحت إشرافها، أو أنه نشاط تتولاه

¹- مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 91.

²- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 348.

³- سعاد الشرفاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 360، وانظر أيضا: جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 29.

⁴- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابه، الجزائر، 2005، ص 10.

الإدارة ويستهدف النفع العام¹.

وترتبيا على ذلك لا يكفي أن تكون الإدارة طرفا في العقد، لكي يسبغ عليه صفة الصفقة الإدارية، وإنما يجب أن يتعلق الأمر بنشاط مرفق عام، كأن يتصل الأمر بإنشاء مرفق عام كعقد الأشغال، أو أن يتصل العقد بتسيير المرفق العام كعقد التوريد، وصلة العقد بنشاط المرفق العام، وإن كانت ضرورية لتوافر الصفة الإدارية له إلا أنها ليست كافية.

أما إذا نظرنا إلى معيار تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، فنجد أنه العنصر الحاسم في تمييز العقد الإداري أو عقد الصفقة عن العقد المدني، حيث أن اختيار الإدارة لأسلوب القانون العام، هو الشرط الفاصل في تمييز العقود الإدارية، ذلك أن اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام، إذا كان شرطا لازما لكي يصبح العقد إداريا، فإنه لا يكفي بذاته لكي يضاف على العقد تلك الصفة، وبهذه المثابة فإن العقد يتسم بطابع العقود الإدارية².

وعلى ذلك لا يكفي أن تكون الإدارة طرفا في العقد، لكي يكون إداريا حتى ولو تعلق الأمر بنشاط مرفق عام، بل يجب أن يحتوي العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص. ومنه نستنتج من مختلف التعريفات السابقة لعقد الصفقة العمومية، وبصفة عامة العقد الإداري، أن هذا الأخير يلتقي مع العقد المدني، بالنظر إلى أن كلا من العقدين يعبر عن توافق إرادتين، بقصد إحداث الأثر القانوني المترتب على العقد، إلا أن تمييز العقد الإداري عن العقد المدني، يظل واضحا من خلال إجراءات إبرامه، وأطرافه، وطبيعة بنوده التي قد تشمل شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

الفرع الثاني:

طبيعة وخصائص الصفقات العمومية

قبل التعرض إلى الخصائص التي تتميز بها الصفقات العمومية، عن غيرها من العقود الأخرى المشابهة لها، كان لزاما علينا أن نتطرق أولا إلى الطبيعة القانونية للصفقات العمومية. **أولا: الطبيعة القانونية للصفقات العمومية.**

سبق وأشرنا إلى أن عقود الصفقات العمومية، هي عقود تبرمها جهات معينة (الإدارات العمومية والهيئات المنصوص عليها بقانون الصفقات العمومية)³، من أجل إشباع حاجات عامة، وأنها عقود إدارية تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطة العامة عند إبرامها لعقد الصفقة العمومية وتنفيذه، وبالتالي فهي ليست على قدم المساواة مع المتعامل معها، وذلك يتجلى بوضوح من خلال آليات إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، ذلك أن هذه الأخيرة وعلى خلاف باقي العقود تخضع لما يسمى بدفتر

¹- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص59.

²- جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص41.

³- وهي الهيئات المحددة بالمادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 والمرسوم الملغى 02-250، السالفي الذكر.

الشروط، الذي تحدد الإدارة بموجبه شروطها مسبقا، وهي الشروط التي لا يكون للمتعامل سلطة مناقشتها أو تعديلها، بل له الحق في رفضها أو قبولها، وبالأحرى فله حق واحد يتمثل في إمكانية مناقشة السعر، وذلك باقتراحه السعر الذي يراه مناسباً.

يضاف إلى ذلك أن المشرع، وبمقتضى بعض الأحكام الواردة في قانون الصفقات العمومية،¹ قد أعطى للإدارة صلاحية استخدام بعض أساليب القانون العام في مجال الصفقات العمومية، والتي من بينها سلطة الإدارة في فرض العقوبات التأخيرية على المتعاقد، الذي يتقاعس في تنفيذ ما تم الالتزام به، وكذا سلطتها وبصفة انفرادية في فسخ الصفقة، وسلطتها في مراقبة وإدارة تنفيذ عقد الصفقة العمومية، مع أن ثمة من يميل إلى ترجيح كفة الصفة المدنية على عقد الصفقة العمومية أكثر من الصفة الإدارية.²

غير أنه ومع هذه الطبيعة القانونية المعطاة لهذا النوع من العقود، فإنه لا يمكن إنكار خضوعها للقواعد العامة المألوفة في الشريعة العامة (القانون المدني) وهي: الرضا الذي ينبغي أن يتوافر في المتعامل المتعاقد، والذي يتعين كونه من كل عيوب الإرادة (العتة، السفه، الغفلة، الجنون)، والمحل الذي ينبغي أن يكون مشروعاً، وأخيراً السبب وهو الباعث أو الدافع إلى التعاقد.

ثانياً: خصائص الصفقة العمومية.

يظهر من خلال الطبيعة القانونية للصفقات العمومية، وأنها تحمل عدة خصائص، نابعة أساساً من طبيعتها وهي:

أ) وجوب أن يكون أحد أطراف العقد إدارة عمومية:

تستمد هذه الخاصية من المعيار العضوي، ومفاده أن العقد حتى يأخذ حكم الصفقة العمومية، يجب أن تكون جهة إدارية طرفاً فيه، ومع ذلك فهو معيار منقاد ومشوب بعيوب، لكون الإدارة قد تيرم عقداً من عقود القانون الخاص، إذا ما رأت أن هذا الطريق أحسن،³ كما أنه ليس كل الأطراف التي تيرم الصفقات العمومية هي هيئات إدارية.

ذلك أن مفهوم الإدارة التي يستلزم أن تكون طرفاً في العقد الإداري، يشمل الأشخاص المعنوية العامة، وهي إما أشخاص إقليمية كالدولة أو الهيئات العمومية الوطنية أو الولاية أو البلدية، أو أشخاص مرفقيه كالمؤسسات العامة، كما يجب أن تتعاقد الإدارة بهذه الصفة، فإن تعاقدت باعتبارها ممثلاً لشخص من أشخاص القانون الخاص اعتبر العقد مدنياً، يضاف إلى ذلك أن تحول الجهة الإدارية من شخص من أشخاص القانون العام، إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، يؤدي إلى فقدان العقد لأحد العناصر التي تسبغ عليه الصفة الإدارية ويتحول إلى عقد مدني.

¹- المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 والمادة 90 من المرسوم الرئاسي 10-236 السابق الذكر.

³- BEN NADji Cherif, L'évolution de la réglementation des marchés publics, Thèse de doctorat, université d'Alger, 1991, P 579.

³- عمار عوابدي، القانون الإداري- النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص188.

والملاحظ هو أنه لا يكفي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، حتى يكون العقد إدارياً، ولكن يجب أن تبرمه بوصفها سلطة عامة، أما إذا أبرمت الإدارة عقودها، بوصفها شخص من أشخاص القانون الخاص، فإنها تكون عقوداً مدنية، تخضع لسلطات القانون المدني، ويختص القضاء العادي بنظر منازعاتها، لذلك فالعقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، يكون إدارياً إذا كان أحد أطرافه، يتعاقد لحساب شخص معنوي عام، ففي مثل هذه الحالة يكون الشخص الخاص وكليلاً عن الإدارة يتصرف لحسابها، ويعمل نيابة عنها في إبرام العقد¹.

ب) يجب أن يكون للعقد علاقة بمرفق عمومي:

تقتضي هذه الخاصية أن العقد حتى يكون إدارياً، يجب أن تكون له علاقة بمرفق عمومي، ويعبر المرفق العمومي عن كل نشاط شرع فيه من أجل إشباع حاجات أو مصلحة عامة²، وعلى هذا الأساس فهو يعرف من ناحيتين شكلية وموضوعية، فمن الناحية الشكلية يعني الهيئة أو المنظمة التي تمارس النشاط، ومن الناحية الموضوعية يعني الخدمة أو النشاط الذي يشبع حاجة جماعية.

وفكرة المرفق العام هي التي بررت وجود قواعد قانونية متميزة تطبق في المجال الإداري، ذلك أن مقتضيات سير المرافق العامة، هي وحدها التي بررت ما تضمنه القانون الإداري من خروج عن المألوف في القانون الخاص، وعلى منطبق القواعد التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم³، وعلى هذا الأساس يجب أن تتصل الصفة العمومية بالمرفق العام.

ت) إتباع أساليب القانون العام أو ما يعرف بالبند غير المألوف:

مفاد هذه الخاصية أنه ليس مجرد كل اتصال للإدارة، أو هيئة بالعقد يجعله إدارياً، بل ينبغي خضوع الصفة في تنظيمها وإبرامها لقواعد القانون العام، ووفقاً لإجراءات و قواعد مرسومة تتخذ صورة دفتر الشروط⁴، والمبرر من وجود دفتر الشروط الذي يعد جزءاً لا يتجزأ من الصفة، هو أن الإدارة في تعاقدها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، لذلك فمن الضروري تغليبها على المصلحة الخاصة، وتكون بذلك الالتزامات غير متكافئة⁵.

وعلى ذلك فإن تخلف بند الشروط الاستثنائية، يعني أن الصفة الإدارية تنسحب عن هذا العقد، ووجود هذه الشروط غير المألوف، إنما يهدف إلى ضمان حسن سير المرفق العام، كما أنها لا تعني تعسف الإدارة في استعمال هذه الشروط، بل تستخدمها بالقدر الذي يحقق هذا الغرض.

وتحت تأثير هذه الخصائص الثلاث، انتهى القضاء الإداري إلى تقرير ضرورة تواجدتها معاً، للقول بأننا أمام صفة عمومية، مع أن هناك خصائص أخرى مثل: مبدأ المحافظة على المالية العمومية، والعلانية، والمساواة بين المتنافسين، واختيار الأطراف الأكثر كفاءة، قد تلعب دوراً في

¹- جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 37.

²- ناصر لباد، المرجع السابق، ص 106.

³- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 74.

⁴- أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، المرجع السابق، ص 17.

⁵- محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 06.

تميز عقد الصفقة العمومية عن غيره من العقود الأخرى، ومع ذلك فالسؤال يبقى قائما حول أنواع الصفقات العمومية، ومجال تطبيقها من أجل إعطاء صورة أوضح عن هذا الموضوع.

المطلب الثاني:

أنواع الصفقات العمومية ومجال تطبيقها.

اتخذ المشرع الجزائري موقفا صريحا، بخصوص أنواع الصفقات العمومية، وقد جعل مجال تطبيق كل نوع من أنواعها، مقتصرًا على الهيئات العمومية المذكورة بقانون الصفقات العمومية،¹ وعلى ذلك سوف نتناول في هذا المطلب أنواع الصفقات العمومية، ومجال تطبيقها في فرعين، الأول: نتعرض فيه لأنواع الصفقات العمومية، والثاني: يتناول مجال تطبيق الصفقات العمومية.

الفرع الأول:

أنواع الصفقات العمومية.

تختلف الصفقات العمومية عن بعضها البعض، إما من حيث طبيعتها، وإما من حيث موضوعها، وهي بهذا نوعان، الأول منها يتعلق بالصفقات العمومية بالنظر إلى طبيعتها، تم النص عليها في مواد متفرقة من قانون الصفقات العمومية، أما الثاني فيتعلق بالصفقات العمومية بالنظر إلى موضوعها، وقد تم جمعها في نص واحد من نفس القانون.²

أولا: الصفقات العمومية بحسب الطبيعة.

بالرجوع لقانون الصفقات العمومية، نجد وأن ثمة أربعة أنواع من الصفقات العمومية، بالنظر إلى طبيعتها هي:

(أ) الصفقة البسيطة:

يشكل هذا النوع إحدى الصيغ القانونية، التي يمكن للمصلحة المتعاقدة إتباعها في إبرام الصفقات العمومية، وهي صيغة اعتمدها المشرع بمرسوم 2010، حيث أجاز "للمصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقة واحدة أو أكثر بهدف تلبية حاجة معينة خاصة بالتسيير أو الاستثمار".³

وعلى الرغم من إقدام المشرع خلال سنة 2008، على تعديل بعض أحكام قانون الصفقات العمومية لسنة 2002، فإنه لم يمنع المصلحة المتعاقدة من إمكانية اللجوء إلى صيغة الصفقة البسيطة، فنص بمقتضى هذا التعديل على أنه: "يمكن تحقيق الهدف المذكور في المادة 10 أعلاه، في شكل مجموعة وحيدة أو في شكل مجموعات منفصلة، وتخصص المجموعة الوحيدة لمعامل متعاقد وحيد كما تحدده المادة 16 من هذا المرسوم".⁴

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المادة 16 المحال إليها بالماد 07 من مرسوم 2008، هي المادة

¹- وهي الهيئات المذكورة بالمادة 02 من نفس المرسوم الرئاسي 10-236 والمرسوم الرئاسي 02-250 الملغى.

²- هو نص المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236، الملغى للمرسوم الرئاسي 02-250 الملغى.

³- المادة 12 من المرسوم الرئاسي 10-236، السالف الذكر.

⁴- بخصوص هذه التعديلات راجع نص المادة 07 من المرسوم الرئاسي 08-338 في فقرتها الأولى المعدلة للمادة 12 من المرسوم 02-250 الملغى.

16 من مرسوم 2002 والتي نصت على أن المتعامل المتعاقد في الصفقة، يمكن أن يكون شخصا، أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما مشتركين ومتضامنين. أما الفقرة الثانية من نفس المادة، فقد نصت على عدم جواز الترخيص بتجزئة العملية في شكل حصص منفصلة، إلا طبقا لدفتر شروط وهيكلة رخصة البرنامج، كما هو محدد في مقرر التسجيل الذي يعده الأمر بالصرف المعني، وهذا ما سنتطرق له بالتفصيل في جزء من هذه المذكرة. مع الملاحظة بأن مرسوم 2010 المنظم للصفقات العمومية، فقد سمح بتخصيص الحصص المنفصلة إلى متعامل متعاقد وحيد أو أكثر، وهي الحالة التي أغفلها المشرع من خلال مرسوم 2002 المعدل والمتمم¹، وبالتالي فإن الصفقة البسيطة، هي الصفقة التي تعهد فيها المصلحة المتعاقدة، أداء خدمة لشخص قانوني واحد عن طريق صفقة وحيدة²، بحيث لا يمكن تجزئتها إلى حصص ومنحها إلى متعاقدين متعددين، إلا بناء على دفتر الشروط ورخصة البرنامج، وهذا هو النوع الغالب اعتماده من الناحية العملية.

(ب) عقد البرنامج.

يتميز عقد البرنامج بكون عملياته معقدة، ويخضع تنفيذها إلى إبرام عدة صفقات تطبيقية في حدود توافر إعمادات الدفع، سواء بالنسبة للمتعاملين الوطنيين أو الأجانب على حد سواء³. وقد قام المشرع باعتماد هذه الصيغة صراحة في قانون الصفقات العمومية⁴، مع جعل هذا العقد يكتسي شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات تكون مرجعا، ويتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية، تبرم مع المتعاملين العموميين الوطنيين، أو مع المتعاملين الخواص الوطنيين المؤهلين والمصنفين قانونا، كما يمكن أن تبرم مع المؤسسات الأجنبية الكائنة في الجزائر طبقا للتشريع المعمول به، ويمكن أن تبرم أيضا مع المتعاملين الأجانب الذين تتوفر لديهم ضمانات تقنية ومالية. غير أن المشرع الجزائري وبمناسبة إصداره لمرسوم 2010، نص على أن عقد البرنامج يبرم مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري المؤهلة والمصنفة بصفة قانونية، وهذا ما يدفعنا إلى القول بأن المؤسسات الأجنبية الكائنة في الجزائر، هي الأخرى خاضعة للقانون الجزائري، وبإمكانها الدخول في المنافسة، وعلى ذلك فإن هذا التغيير الطفيف يكون في الصياغة فقط، لكون هذه المؤسسات كانت مذكورة بصفة صريحة في ظل مرسوم 2002، كما أخضع كذلك لإبرام عقود البرامج، المؤسسات أو المتعهدين الأجانب الذين يتوفرون على ضمانات تقنية ومالية غير كائنة في الجزائر⁵. ومع أن المشرع قد لجأ خلال سنة 2008 إلى تعديل قانون الصفقات العمومية لسنة 2002،

¹- المادة 15 من المرسوم الرئاسي 10-236 السابق الذكر.

²- BOUZIANE Mansoura, Marchés publics, cours pour les élèves magistrats, direction de la formation de base, école supérieure de la magistrature, septembre 2007, p 23.

³- Ibid, p 24.

⁴- المادة 14 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدلة بالمادة 08 من المرسوم 08-338 المؤرخ في 26/10/2008 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

⁵- الفقرة الثالثة من المادة 17 من المرسوم الرئاسي 10-236 السابق الذكر.

فان التعديل الذي أدخله على عقود الصفقات البرنامجية، يبقى تعديلا طفيفا في الصياغة ليس إلا، حيث الفقرة الثانية من المادة 14 من النص المعدل نصت على أنه: "تحدد الاتفاقية طبيعة الخدمات الواجب تأديتها و أهميتها والموقع ومبلغ عقد البرنامج وبرنامج إنجازها"¹، وأبقى النص على هذه الأخيرة في ظل المرسوم الرئاسي 236/10.

فعقد البرنامج إذا هو عبارة عن مخطط تمويل، يخص العمليات الاستثمارية وعمليات التجهيز، كالقيام بانجاز المنشآت الكبرى كالطرق السريعة والمطارات وغيرها².

(ت) صفقة الطلبات:

تم النص على هذا النوع من الصفقات في المواد 19، 20 من المرسوم الرئاسي 236/10، وهي صفقات تتعلق باقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر، وتكون مدة صفقة الطلبات سنة واحدة قابلة للتجديد، دون أن تتجاوز خمس سنوات، ويجب أن تبين كمية و/أو قيمة الحدود الدنيا والقصى للوازم و/أو الخدمات التي هي موضوع الصفقة، بمعنى أن هذه الصفقة لا يمكن فيها تحديد الخدمات، ونمط تنفيذها بدقة مسبقا، حيث تحدد صفقة الطلبات إما السعر، وإما كفاءات تحديده المطبقة على عمليات التسليم المتعاقبة، ويشترع في تنفيذ صفقة الطلبات بمجرد تبليغ الطلبات أو أوامر خدمات تحدد بمقتضاها الكميات والأجال.

لذلك فصفقة الطلبات، تستعمل حين استحالة توقع مدى الحاجيات السنوية للمصلحة المتعاقدة، أو حين عجز السعة التخزينية لهذه الأخيرة عن استيعاب موضوع الصفقة، مع الملاحظة هنا وعلى عكس ما هو ساري في الصفقات العادية أين تدقق الاحتياجات، فتكون هذه الأخيرة في صفقة الطلبات موزعة بين حدين أدنى وأقصى، وتلتزم الإدارة باقتناء الحد الأدنى من موضوع الصفقة، إذ لا يمكن للمتعاقد الاحتجاج بالحد الأقصى، وبالتالي تبقى السلطة التقديرية كاملة في حدود هذا المجال بالنسبة للمصلحة المتعاقدة.

غير أن المشرع الجزائري ومن خلال قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، مكن المصالح المتعاقدة من التوقيع على اتفاقية تشكيل مجموعات الطلبات، بحيث يتم التنسيق فيما بينها لإبرام صفقاتها عبر تشكيل مجموعة من الطلبات، أين مكن من تكليف مصلحة متعاقدة واحدة منسقة بالتوقيع على الصفقة وتبليغها، وألقى مسؤولية حسن تنفيذ الصفقة على عاتق كل مصلحة حسب الجزء المعنية به من الصفقة³.

(ث) الصفقة المجزأة :

لم يهمل المشرع النص على هذا النوع من الصفقات، في جميع النصوص المنظمة للصفقات

¹- الفقرة الثانية من المادة 14 من مرسوم 2002 المعدلة بموجب المادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 388-08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008.

²- رياض لوز، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية-المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، (2006-2007)، ص44.

³- المادة 19 من المرسوم الرئاسي 10-236 السابق الذكر.

العمومية،¹ حيث يمكن بمقتضى هذه النصوص للمصلحة المتعاقدة، أن تسند انجاز مشروع واحد في حصة موحدة، أو في حصص منفصلة تخصص إلى عدة متعاملين، يختص كل واحد منهم بإنجاز حصة من المشروع، ولا يجوز اللجوء إلى تجزئة المشروع، إلا طبقاً لدفتر الشروط أو لهيكل رخصة البرنامج، كما هو محدد في قرار التسجيل الذي يعده الأمر بالصرف المعني.

إلا أن المرسوم الرئاسي 236/10 جاء بمصطلح جديد للتجزئة²، بحيث سمح بتخصيص الحاجات بشرط الأخذ بعين الاعتبار حدود اختصاص لجان الصفقات العمومية، وإبرام صفقات كتابية عن طريق إجراءات المناقصة، فيمكن بذلك التعاقد في شكل حصة وحيدة، تخصص لمتعاقد أو شريك واحد فقط، كما يمكن التعاقد من خلال حصص منفصلة تخصص لمتعاقد واحد فقط، أو إلى متعاقدين متعددين، بحيث تقيم العروض في هذه الحالة حسب كل حصة على حدة.

وهذا التخصيص يجوز اللجوء إليه، إذا كان من شأنه أن يحقق مزايا اقتصادية أو مالية أو تقنية، بحيث يجب النص عليه في دفتر شروط المناقصة، أما في الحالة الخاصة بميزانية التجهيز، فإن رخصة البرنامج كما هي محددة في مقرر التسجيل الذي يعده الأمر بالصرف المعني، فيجب أن تهيكّل في حصص³.

وكثيراً ما أدى هذا النوع من الصفقات المجزأة، إلى إثارة العديد من المنازعات، لاسيما المنازعات ذات الطبيعة الجزائية، إما على أساس إبرام صفات مخالفة للتشريع والتنظيم الجاري به العمل، وإما على أساس تبديد أموال عمومية، بالنسبة لممثلي المصلحة المتعاقدة، وإما على أساس المشاركة في إبرام صفات مخالفة للتشريع والتنظيم الجاري به العمل، والمشاركة في تبديد أموال عمومية، أو على أساس الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان السلطة العمومية بالنسبة للمتعاملين مع الإدارة،⁴ وذلك على الرغم من أن جواز التجزئة من عدم جوازها، تبقى محكومة إما بهيكل رخصة البرنامج، وإما بدفتر الشروط.⁵

ثانياً: الصفقات العمومية بحسب الموضوع:

يجد هذا النوع من الصفقات العمومية سنده القانوني بالمادة 11 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بالصفقات العمومية الملغى، والمادة 13 من المرسوم الرئاسي 236/10، وبحسبه فالصفقات العمومية وفقاً لموضوعها أربعة أنواع هي:

أ) عقد انجاز الأشغال:

تم النص على عقد انجاز الأشغال من خلال مرسوم 2010 المتضمن قانون الصفقات

¹- المادتين 12، 49 من المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى.

²- هذا المصطلح الجديد للتجزئة تم النص عليه من خلال المواد 11 و 15 من المرسوم الرئاسي 10-236 وهو " التخصيص".

³- المادة 15 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر.

⁴- القرار الصادر عن مجلس قضاء جيجل، الغرفة الجزائية، بتاريخ 2009/03/24 في القضية رقم: 2009/329، فهرس رقم 2009/1136، غير منشور.

⁵- ومع أهمية هذا النوع من الصفقات العمومية، سوف نعود إلى تفصيله بمناسبة الحديث عن تقسيم الأشغال والخدمات في المبحث الأول من الفصل الثاني من هذه المذكرة.

العمومية، إذ لم يتم إعطاء تعريف له، وإنما اكتفى بذكر الهدف منه، وبذلك فهو يهدف إلى قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها، وإذا تم النص على تقديم الخدمات في الصفقة ولم تتجاوز مبالغها قيمة الأشغال فإن الصفقة تكون صفقة أشغال.

وبذلك فعقد انجاز الأشغال، هو عبارة عن إتفاق بين الإدارة من جهة، وأحد الأفراد أو الشركات من جهة أخرى، بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المالي المتفق عليه بمقتضى الشروط الواردة بالعقد.

ويمكن تعريفه أيضا بأنه: "عقد إداري بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة، يتعهد هذا الأخير بمقتضاه، بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار، لحساب هذا الشخص المعنوي مقابل ثمن معين في العقد"، والمقصود بالأشغال محل مثل هذه العقود، هي أشغال تهيئة المباني وصيانتها وإصلاحها، وتهيئة المنشآت والطرق والشبكات وصيانتها واصطلاحها، وأشغال تركيب المعدات المختلفة.

أما محكمة القضاء الإداري المصري، فقد عرفت في حكمها الصادر بتاريخ 1956/12/23 بأنه: "ومن حيث أن عقد الأشغال العامة، هو عقد مقاول بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار، لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة، مقابل ثمن يحدد في العقد"¹، ويجرى مجلس الدولة الفرنسي، على أن عقد الأشغال هو عقد إداري باستمرار.²

وحتى نكون بصدد صفقة لانجاز الأشغال، يجب أن يكون موضوع الصفقة عقارا، وأن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، وأن تكون تلك الأشغال محل الصفقة بهدف تحقيق النفع العام. وعليه فالعقد الذي يكون موضوعه منقولات في ملك الإدارة، لا يمكن اعتباره عقد أشغال، حتى وإن اعتبر العقد إداريا، وحتى إن كان حجم المنقول ضخما، وبالتالي فالعقود المتعلقة بترميم وصيانة الشاحنات، ليست عقود انجاز أشغال، وفي المقابل يعتبر العقد صفقة أشغال إذا تعلق بعقار، ولو تعلق بإقامة خطوط هاتفية، أو مد أسلاك الكهرباء، أو قنوات الماء الصالح للشرب، أما بناء وترميم المؤسسات الإدارية، وإقامة الجسور والسدود فتعتبر بداهة أشغال عامة.

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس من الضروري، أن يكون العقار مملوكا لشخص معنوي عام، بل يكفي أن يتم العمل لحساب هذا الشخص ولو كان محل العقد عقارا خاصا.

ب) عقد التوريد:

لم يتم قانون الصفقات العمومية لسنة 2010 بتعريفها، وإنما تطرق إلى الهدف منها، بحيث

¹- جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 117.

²- محمد سليمان الطماوي- مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب (3)، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 122 و131 على التوالي.

يكون الهدف منها اقتناء المصلحة المتعاقدة، أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد، وإذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة، ولا تتجاوز مبالغها قيمة اللوازم فإن الصفقة تكون صفقة لوازم.

فتتعلق عقود التوريد بأعمال اقتناء اللوازم أو تركيبها، التي تحتاجها الإدارات العمومية والجهات المخولة قانونا بإبرام الصفقات العمومية، كي تتولى إبرام مثل هذه العقود مع الموردين (الباعة)، سواء كانوا مؤسسات عامة أو خاصة، وذلك في سبيل ضمان سير مرافقها العامة.

وعرفته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 1956/12/02 بأنه "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي، لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"، ويعتبرها مجلس الدولة الفرنسي عقودا إدارية باستمرار¹.

ومن المعلوم أن عقد التوريد، هو عقد حدد شروط وأشكال إبرامه مرسوم الصفقات العمومية، ويمكن تعريفه بأنه: "اتفاق بين الإدارة والفرد أو الشركة، يتعهد بمقتضاه الطرف الأخير بإيصال الإدارة ما تحتاجه من مواد وتجهيزات مقابل ثمن معين".

فمن جهة تعريفه كعقد إداري يمكن القول بأنه: عقد يلتزم بمقتضاه فرد أو شركة بتوريد منقولات لصالح الإدارة مقابل ثمن محدد، أما من جهة تعريفه كعقد عادي، فيمكن القول بأنه العقد الذي تبرمه الإدارة بهدف اقتناء المواد أو البضائع أو المنقولات، ولم يتضمن شروطا استثنائية أو لم يتعلق بمرفق عام.

وعلى خلاف عقد الأشغال العامة، الذي لا يرد إلا على عقار، فإن عقد التوريد يتعلق دائما بمنقول، كما أن عقد التوريد ليس عقدا إداريا بطبيعته، كما هو الأمر بالنسبة لعقد الأشغال العامة، وإنما يكتسب هذه الصفة لخصائصه الذاتية، أي إذا توافرت فيه عناصر وجود العقد الإداري، ومن ثم فإن عقد التوريد قد يكون مدنيا، كما قد يكون إداريا²، ومن خصائصه أيضا أنه نوع من العقود الإدارية يتفرع عنه نوعان من العقود، عقد التوريد الصناعي، وعقد التوريد المركب، فالأول يتقيد فيه المتعاقد بتدخل الإدارة بإعداد البضائع، والثاني تسلم الدولة إلى شركة منقولات لتحويلها ثم تعيدها إلى الدولة.

(ت) عقد تقديم الخدمات:

وهو اتفاق بموجبه يقدم أحد الأشخاص خدماته لشخص معنوي عام، مقابل عوض يتفق عليه حسب الشروط المقترنة بهذا الاتفاق، والمقابل هنا يكون خدمة وليس منقولا لتمييز عن صفقة التوريد، مثل صيانة الأجهزة.³

والجدير بالذكر أن موضوع الخدمة محل العقد الإداري، عادة ما يكون بسيطا، ولا يتطلب إتمادات مالية كبيرة مثلما هو الحال بالنسبة لعقد الأشغال العامة وعقود التوريد، فقد ينتج عن إبرام

¹ - محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 122 و 131 على التوالي.

² - جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 120.

³ - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 200.

الإدارة لعقد أشغال عامة، صرف مبالغ مالية ضخمة، والأمر نفسه بالنسبة لعقد توريد، بينما عقد الخدمة فالغالب أنه لا يتطلب تلك المبالغ الضخمة، وقد يصل الأمر حتى إلى عدم خضوعه لعقد صفقة، إذا لم يصل المبلغ إلى العتبة المحددة في قانون الصفقات العمومية¹.

ث) عقد انجاز الدراسات:

تهدف صفقة انجاز الدراسات إلى القيام بدراسات نضج، واحتمالا لتنفيذ مشاريع أو برامج تجهيزات عمومية لضمان أحسن شروط انجازها واستغلالها، بحيث تشمل هذه الدراسات عند إبرام صفقات الأشغال، مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية، والإشراف على الأشغال والمساعدة التقنية لفائدة صاحب المشروع².

وبذلك فصفقة انجاز الدراسات، هي اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي)، يلتزم بمقتضاه هذا الأخير، بانجاز دراسات محددة في العقد، لقاء مقابل تلتزم الإدارة بدفعه تحقيقا للمصلحة العامة³.

كما يمكن تعريفها بأنها الصفقات العمومية، التي تبرمها الجهات المخولة قانونا مع الفنانين، أو التقنيين، أو المهندسين في سبيل إعداد تصاميم، أو دراسات فنية، أو إحصائية، أو تقديرية لمشروع ما، فغالبا ما يكون المتعاقد مع الإدارة، معهدا متخصصا في الدراسات الضرورية لتحقيق المشاريع، سواء اقتصادية أو تجارية أو اجتماعية، فالإدارة تلجأ إلى هذا النوع من الصفقات، عندما يتعذر عليها القيام بالدراسات والأبحاث اللازمة لتحقيق بعض المنجزات بشكل مباشر، مثل الصفقات التي تبرمها مع بعض المعاهد المتخصصة، في القيام بالدراسات الضرورية لتحقيق بعض المشاريع ذات الطابع الصناعي والتجاري.

وبالرجوع إلى تشريع الصفقات العمومية، نجد أنه كان مضطربا بشأن هذا النوع من العقود، فأحيانا لا يذكره مع العقود الأخرى، كما جاء في الأمر 90/67، حيث خصص له فصلا مستقلا. لكن المرسوم الرئاسي 02-250، قد أدخله صراحة مع العقود الكلاسيكية الأخرى، ضمن نص المادة 11 منه، وهي تقابل المادة 13 من المرسوم الرئاسي 236/10.

الفرع الثاني:

مجال تطبيق الصفقات العمومية

جاء قانون الصفقات العمومية، ليطبق على مجموعة من الهيئات العمومية، والمسماة من خلاله بالمصلحة المتعاقدة، غير أن هذا المجال وعلى مر التعديلات اللاحقة بقانون الصفقات العمومية، قد كان متذبذبا بشأن الهيئات المعنية به، أين نجده تارة يخرج بعض الهيئات في مجال تطبيقه، وتارة يقوم بإدراجها، وتارة أخرى يدخل بعض الهيئات الجديدة في مجاله.

¹- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص 73.

²- المادة 13 فقرة 7 و 8 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر.

³- عمار بوضياف، نفس المرجع، ص 74.

فقد نص المرسوم الرئاسي المعدل لقانون الصفقات العمومية، الملغى ضمن المادة الثانية منه في فقرتها الأخيرة بإعفاء يخص الإدارات العمومية، فيما بينها إذ نص على أنه: "... لا تخضع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لأحكام هذا المرسوم".

ولقد نصت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 10-236، على الأشخاص والجهات المعنية بتطبيق قانون الصفقات العمومية، وتكريس ما جاء به من قواعد وقيود، ويتضح من خلال استقراء نص هذه المادة، بأن المشرع قد أضاف إلى جانب الأشخاص العامة التقليدية للقانون العام (الدولة، الولاية، البلدية، والهيئات الوطنية المستقلة.. مؤسسات عمومية أخرى، وخولها إمكانية إبرام الصفقات العمومية وفق التشريع و التنظيم المعمول به)، غير أن هناك طرف آخر يدخل في الصفة العمومية، باعتباره الطرف الثاني وهو المتعامل المتعاقد، بالإضافة إلى أطراف أخرى متدخلة في العقد.

وعليه سنتناول في هذا الفرع، مختلف الهيئات العمومية التي تعنى بتطبيق قانون الصفقات العمومية، بالإضافة إلى المتعامل المتعاقد والأطراف الأخرى المتدخلة.

أولاً: المصلحة المتعاقدة:

يقصد بالإدارة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية، تلك الأشخاص المعنوية العامة المحددة على سبيل الحصر في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236، التي تتجزأ الأشغال والخدمات لحسابها، قصد تحقيق المصلحة العامة، وبالرجوع إلى هذا النص، يتضح وأنه قد حدد الأشخاص المعنوية التي يمكن لها إبرام الصفقات العمومية، والتي يطلق عليها قانوناً اسم المصلحة المتعاقدة وهي:

(أ) الإدارات العمومية:

لقد جاء النص على الإدارات العمومية، في المادة الثانية السالفة الذكر واسعا وشاملا، بحيث تدخل في نطاقه الدولة، باعتبارها تتمتع بالشخصية القانونية، كما تدخل أيضا الإدارة المركزية، كرئاسة الجمهورية، ورئاسة الحكومة والوزارات ومصالحها الخارجية، المتمثلة في المديرات التنفيذية على مستوى الولايات، وهذا كله راجع إلى تمتعها كلها بالصفة الإدارية.

(ب) الهيئات الوطنية المستقلة:

لم يرد ذكر الهيئات الوطنية المستقلة في قوانين الصفقات العمومية، إلا بموجب المرسوم التنفيذي 91-434، ثم المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى في مادته الثانية، ثم المرسوم الرئاسي 10/236، والمقصود بها السلطات غير التنفيذية كالمجلس الدستوري، ومجلس المحاسبة، والمجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة إلى غيرها من الهيئات الوطنية المستقلة المحددة قانوناً.

(ت) الولاية:

لقد أحدثت الولاية بموجب قانون، نظرا لأهميتها البالغة كمجموعة إقليمية²، وعلى ذلك الأساس

¹- لعلام محمد صابري مولود، تسيير الصفقات العمومية، ملتقى إدارات ولاية تيزي وزو بتاريخ 30 و31/01/2008 .
²- أحدثت بموجب القانون رقم 90-09 المؤرخ في 07 أفريل 1990 المتضمن قانون الولاية، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 1990/04/11.

عرفت المادة الأولى من القانون 90-09 الولاية بأنها: "جماعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي"، كما أن لها أساس دستوري يتمثل في مختلف دساتير الجمهورية الجزائرية المتعاقبة التي تناولتها، بداية من دستور 1963 وصولاً إلى دستور 1996 في المادة 15 منه، بحيث ورد ذكر الولاية كجماعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية.

ونظراً لكون الولاية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، فقد تم الاعتراف لها بأهلية التعاقد من أجل إبرام صفقات عمومية، لتلبية حاجاتها وتقديم خدمة أحسن للجمهور، وعلى ذلك الأساس قام قانون الصفقات العمومية بالتطرق لها على مر المراحل التي عاشها، كما أن قانون الولاية 90-09 ومن خلال المادة 113 منه، قد أحال الولاية من أجل إبرام صفقاتها إلى إتباع الإجراءات المنصوص عليها بموجب قانون الصفقات العمومية.

ث) البلدية:

أحدثت البلدية أيضاً بموجب قانون¹، نظراً لأهميتها هي أيضاً، بحيث تعتبر البنية القاعدية في التنظيم الإداري الجزائري، وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري، وتمارس وظائفها بموجب نظام البلديات ولوائحه التنفيذية، وذلك استناداً إلى القانون 90-08، كما أن للبلدية كذلك أساس دستوري، والمتمثل في دساتير الجزائر ابتداءً من دستور 1963 حتى دستور 1996 في المادة 15 منه. وباعتبار البلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وبأهلية التعاقد، ونظراً لكونها ملزمة بتلبية حاجاتها وحاجات الجمهور المتنامية، فكان لزاماً عليها الدخول في علاقات تعاقدية تخضع للقانون العام، وذلك بواسطة صفقات أشغال أو خدمات أو توريد أو حتى عقود دراسات. وعلى ذلك الأساس ورد ذكر البلدية في كل قوانين الصفقات العمومية، كما أفرد المشرع كذلك بموجب قانون البلدية 90-08، العديد من المواد المتعلقة بكيفية إبرامها للصفقات مؤكداً على خضوعها إلى قانون الصفقات العمومية.

ج) المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:

جاء ذكر هذا النوع من المؤسسات في جميع قوانين الصفقات العمومية، منذ بدايتها حتى إلى المرسوم الرئاسي 10-236 في مادته الثانية، والذي قام بتفصيل المؤسسات العمومية، فذكر منها المؤسسات العمومية الإدارية، فهذه المؤسسات الأخيرة، تخضع من الناحية القانونية إلى القواعد القابلة للتطبيق على الإدارة، كما تخضع في علاقاتها مع السلطة التي تتبعها والمرتفقين والغير إلى المرفق العام، كما أن نظامها المالي يخضع لقواعد المحاسبة العمومية، وتتمتع بذمة مخصصة لها، بالإضافة إلى حيازتها على مجلس إدارة وتوجيه.

وبالتالي فإن المؤسسات العمومية الإدارية، تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، الشيء

¹ - أحدثت بموجب القانون رقم 90-08 المؤرخ في 07 أبريل 1990 المتضمن قانون البلدية، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 1990/04/11.

الذي يمكنها من توقيع العقود الإدارية، ومن ثمة إبرام صفقات عمومية خاصة بها¹.

ح) مراكز البحث و التنمية:

نص القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، على أن تمول هذه المراكز كليا أو جزئيا بواسطة الأموال العامة، في شكل مساهمات نهائية من ميزانية الدولة، كما تتميز بقواعد تنظيم وسير مغايرة، ومستثناة من تلك المطبقة على الإدارة².

وتلتزم مراكز البحث والتنمية، بالامتثال لأحكام قانونها الأساسي³، وذلك في أجل سنتين من صدور هذا النص التنظيمي، المتخذ تطبيقا للقانون المتضمن توجيه البحث، وبموجب المرسوم 256/99 تم إلغاء المرسوم 521/83 المحدد للقانون الأساسي لمراكز البحث.

خ) المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي:

أنشئت هذه المؤسسات بموجب القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي، حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي⁴، وتخضع لقانون الصفقات عندما تنفذ باسم الدولة مشروعا عاما، في إطار البحث العلمي، وذلك بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، غير أن نظامها يبدو مختلطا، فبعض جوانبه تبدو من المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وبعض جوانبه الأخرى من المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.

د) المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني:

أنشئت هذه المؤسسات بموجب قانون التوجيه الخاص بالتعليم العالي⁵، وهي فئة جديدة لتسيير المرافق العمومية الخاصة بالجامعات و قطاع التعليم العالي.

وتتعلق التجديدات التي تم إدخالها، بموجب الأنظمة القانونية لهذا النوع من المؤسسات، بتنظيم المؤسسة تنظيما يسير وفق المهام المسندة إليها، وإعطائها سلطات متزايدة في المجال البيداغوجي والعلمي، مع إمكانية تسويق الأملاك الثقافية، واستعمال مواردها البشرية، وإمكانية إنشاء فروع الدخول في مشاركات، أو اشتراك مع المجموعات ذات النفع العام، ذات الصلة بأملكها الثقافية، بالإضافة إلى إضفاء طابع المرونة على الرقابة المالية المسبقة.

ذ) المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري:

تندرج المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ضمن الأسلوب الحديث للتنظيم الإداري، جاء امتدادا وتحولا للمرفق العام، فعندما يستغل المرفق أمواله الخاصة، ويسير نفسه ذاتيا،

¹- فاطمة الزهراء فرقان، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، (2006-2007)، ص36.

²- المادة 51 من القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12/01/1988 السالف الذكر.

³- وهو المتمثل في المرسوم التنفيذي 256/99 المؤرخ في 16/11/1999 المتضمن كليات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 82 المؤرخة في 21/11/1999.

⁴- القانون رقم 98-11 المؤرخ في 22/08/1998 المتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي المعدل والمتمم، 1998-2002، الجريدة الرسمية عدد 62 المؤرخة في 24/08/1998.

⁵- المادة 31 من القانون رقم 99/05 المؤرخ في 04/04/1999 المتضمن قانون التوجيه الخاص بالتعليم العالي، الجريدة الرسمية عدد 24 المؤرخة في 07/04/1999.

يتحول من مؤسسة عمومية إدارية، إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وقد خولها المشرع بموجب التعديل المستحدث، إمكانية إبرام الصفقات العمومية، عندما تكلف بإنجاز مشاريع استثمارية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة.

وتكريسا للمعيار العضوي الذي تبناه المشرع، بموجب المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية القديم، والمقابلة للمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، فإن منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها مثل هذه المؤسسات العمومية، تخرج عن نطاق اختصاص الجهات القضائية الإدارية، سواء كانت متعلقة بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية ممولة من طرف الدولة أم لا.

غير أنه يمكن القول، بأن هذه المؤسسات تخضع للقانون العام، فيما يخص تنظيمها وسيرها، وكذا علاقاتها مع السلطة التي تتبعها، وأيضا للقانون الأساسي لمسيرتها، وعند الاقتضاء لعون المحاسبة، عندما لا يدخل هذا الأخير في تعداد العاملين في المؤسسة، ولدتر شروطها، بخصوص الحصة الأصلية المخصصة لها، مع تعيين وتحديد حصص الدومين العام، التي يتم منحها جميعا من طرف الدولة، كما أنها تخضع للقانون الخاص، عندما يتعلق الأمر بالقانون الأساسي للمستخدمين، وكذا العلاقة مع المرتفقين والغير، ونظامها المالي ومحاسباتها التجارية، إلا عندما تقوم بمشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، وليس بتمويلها الذاتي، فإنها تخضع لقانون الصفقات العمومية، كما تخضع لنظام المحاسبة العمومية.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال، أن المشرع أضاف هيئات عمومية جديدة، في تعديل قانون الصفقات العمومية، بموجب المرسوم الرئاسي 08-338، وهي المؤسسات العمومية الاقتصادية، بشرط أن تكلف هذه الأخيرة بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة، وهي الهيئات التي لم تكن تخضع من قبل لأحكام قانون الصفقات العمومية، عند إبرامها صفقة إنجاز الأشغال في ظل المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم.

ثانيا: المتعامل المتعاقد:

وهو كل شخص طبيعي أو معنوي، قد يكون في غالب الأحيان مقاولا، أو شركة مقاوله وطنية أو أجنبية في حدود الشروط المنصوص عليها في المواد 21 و 22 من قانون الصفقات العمومية، والذي يكلف بإنجاز الأشغال المتعاقد عليها، وتكون متطابقة مع مضمون الصفقة الموقع عليها مع المصلحة المتعاقدة¹، غير أن المشرع في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 08-338 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02/250 الملغى²، قد استثنى من تطبيق أحكام قانون الصفقات على العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين³.

¹- لعلام محمد صابري مولود، المرجع السابق، ص 07 .

²- أصبحت المادة المطبقة هي المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر.

³- المادة 02 من المرسوم الرئاسي 08/338 المذكور سابقا.

ثالثا: مسؤول أو صاحب المشروع:

هو الشخص المعنوي المتصرف باسم الإدارة ولصالحها، وبهذه الصفة فهو مكلف بضمان نجاح المشروع وتوفير وسائل التمويل الضرورية، وتتحدد مسؤوليته في وضع آجال قياسية لإنجاز المشروع، وتجسيد المشروع: تمويله، شروط تسييره، وصيانتته.

كما أنه مسؤول عن رفع جميع العراقيل والحواجز، التي تعترض العقار المراد إنجاز المشروع عليه، والحصول على رخص البناء وجميع الوثائق اللازمة لتحقيق المشروع.

رابعا: المتعامل الثانوي:

ويعرف أيضا بمسؤول الأشغال، وهو كل شخص طبيعي أو معنوي، يكلف من طرف المتعامل المتعاقد بموجب عقد أشغال ثانوية، بعد موافقة المصلحة المتعاقدة وتحت مسؤولية المقاول، يقوم بإنجاز جزء من الأشغال المتفق عليها¹، ويشترط في مسؤول الأشغال، أن تتوفر لديه المؤهلات المهنية والتخصص التقني، والوسائل الضرورية للقيام بمهامه.

خامسا: أجهزة المراقبة التقنية:

وهي الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، المكلفة قانونا بمراقبة المشروع المنجز، والتأكد من مدى مطابقته للقواعد التقنية للبناء والعمران، والقوانين السارية المفعول في مجال البناء والتعمير، وتتم هذه المراقبة أثناء تنفيذ، وبعد الانتهاء من إنجاز الأشغال، وتتولى هذه المهمة مصلحة المراقبة التقنية للمنشآت (CTC)².

¹- لعلام محمد صابري مولود، المرجع السابق، ص 07 .

²- مرجع نفسه، ص 07 .

المبحث الثاني:

إبرام الصفقات العمومية.

تختلف كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد معها لإبرام عقد يربطها به من دولة لأخرى، فبعض الدول لا تتبع إجراءات معينة لإبرام العقود الإدارية، وتتمتع حينها بحرية اختيار الطرف الذي تتعاقد معه، ولها حق إسداء التوجيهات اللازمة له أثناء التنفيذ، لكن هذه الحرية مقيدة إداريا عن طريق رقابة رؤسائهم، ووجوب احترام الإجراءات الإدارية المقررة.

ودول أخرى لها إجراءات محددة للتعاقد، توجد فيها تشريعات تنظم كيفية إبرام العقود الإدارية، بما فيها عقد الصفقة العمومية، لكن هذه الدول بدورها تنقسم إلى قسمين، دول لها حرية اللجوء إلى التنظيم الإجرائي، وحينئذ يتعين عليها احترام قواعده، كما لها حرية عدم اللجوء إلى تلك القيود، ودول تجعل التنظيم إجباريا، وتلتزم الإدارة بإتباع الوسيلة المقررة قانونا، ومن هذه الدول من يأخذ بنظام مزدوج يفرض القيد في حالات، ويسمح بالتححرر منه في حالات أخرى.

وسنتطرق في هذا المبحث، إلى موقف المشرع الجزائري من إبرام عقد الصفقة العمومية، من خلال تبيان طرق إبرامها، والمعايير المعتمد عليه في اللجوء إلى شكل معين، وما هي المراحل الواجب إتباعها لتبني عقد صفقة عمومية حسب التنظيم المعمول به، وذلك في مطلبين، الأول: يتعرض لطرق إبرام الصفقات العمومية، والثاني: يتناول مراحل إبرام الصفقات العمومية.

المطلب الأول:

طرق إبرام الصفقات العمومية

إن عملية اختيار المتعامل، لتنفيذ مشروع الصفقة العمومية أيا كان موضوعه، هو أمر على غاية من الأهمية، ذلك أن الاختيار السليم للمتعامل، الذي تتوفر لديه الكفاءة والجدية، واحترام البنود المتفق عليها من حيث التنفيذ في الآجال المطلوبة ودقة التنفيذ، يؤدي إلى الحصول في نهاية المطاف على نتائج إيجابية في تنفيذ الصفقة العمومية.

وفي سبيل اختيار المتعامل المتعاقد، هناك دول تكلف مباشرة موظفين عموميين للقيام بذلك، يتمتعون بالحرية الكاملة في إطار القانون، وتحت إشراف رؤسائهم، ودون سلوك إجراءات مسبقة، ومثال هذه الدول: إنجلترا، وفنلندا...¹ وبالمقابل هناك دول، يرسم فيها المشرع قواعد وإجراءات، ينبغي سلوكها مسبقا في سبيل عملية إبرام الصفقة العمومية وهي تشمل أكثر دول العالم ومنها الجزائر، فرنسا، ومصر.

وقد اعتمد المشرع الجزائري، لإبرام عقد صفقة عمومية مبدأ المنافسة الحرة، الذي يفتح باب التزاحم الشريف أمام كل من يود الاشتراك في المناقصة، والمنافسة الحرة بهذا المعنى، تقتضي أن يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم، دون المترشحين الآخرين أو

¹- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 23

على حسابهم، وهذا يعني أن الشروط المطلوبة للترشح، والاشتراك ليصبح طرف في عقد الصفقة العمومية، يجب أن تكون واحدة للجميع، فالقاعدة مبنية على التنافس لضمان أحسن عرض للإدارة، وحماية للمال العام ضمن شفافية مضمونة، أما استثناء فقد تتفق الإدارة مباشرة، دون اعتماد مبدأ المنافسة باللجوء إلى طريق التراضي.

كما أن المشرع الجزائري، نص على أنه ولضمان نجاعة الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا المرسوم، مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات¹، فكرس مجموعة من المبادئ، وذلك تأكيدا لما جاء في المادة التاسعة من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه، التي نصت على وجوب: "تأسيس الإجراءات في مجال الصفقات العمومية، على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة، ومعايير موضوعية، على أن تركز هذه القواعد، والمتمثلة في علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقة، وكذا الإعداد لشروط المشاركة، والانتقاء واتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقة العمومية، استنادا إلى معايير دقيقة، وحق الطعن في حالة المساس بهذه الإجراءات، التي يعد عنصرا أساسيا في تقرير نزاهة الصفقة".

إن عملية إبرام الصفقات العمومية، تتم من خلال التعاقد عن طريق إجراء المناقصة كأصل، أو عن طريق إجراء التراضي، إذا اقتضى الأمر ذلك كاستثناء، وعليه سوف نتناول الإجراءين من خلال فرعين، الأول: يتعرض للتعاقد عن طريق المناقصة، والثاني: يتناول التعاقد عن طريق التراضي.

الفرع الأول:

التعاقد عن طريق المناقصة كأصل:

لقد أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة للمناقصة، باعتبارها القاعدة العامة في التعاقد بالنسبة للجهات الإدارية، وذلك من خلال تخصيصه لها كما من المواد، وهذا ما يجعلنا نحاول أولا إعطاء تعريف لها، ثم نتناول بعد ذلك أشكالها.

أولا: تعريف المناقصة:

المناقصة أو المزايدة هي طريقة، تلتزم الإدارة بمقتضاها، باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها بشروط، سواء من الناحية المالية، أو من ناحية الخدمة المطلوب أدائها، والمناقصة عكس المزايدة، فالأولى تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء، ويكون ذلك عادة إذا أرادت الإدارة القيام بأعمال معينة كأشغال عامة مثلا، أما الثانية فترمي إلى التعاقد مع الشخص، الذي يقدم أعلى عطاء، وذلك إذا أرادت الإدارة مثلا أن تبيع أو توجر شيئا من أملاكها، و الأحكام القانونية للنوعين واحدة، ويستعمل اصطلاح " adjudication " للدلالة عليهما معا، ومعناه الحر في الإرساء.

وقد عرف المشرع الجزائري المناقصة: " بأنها إجراء يستهدف الحصول على عروض من

¹ - المادة 03 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.

عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض"¹، وعند مقابلة هذه المادة بالمادة 24 من المرسوم التنفيذي 91-434، نلاحظ أن هناك تقارب في التعريفات، فقد تم فقط استبدال عبارة "متعهدين" بعبارة "عارضين".

تستعمل المصلحة المتعاقدة عدة معايير تتعلق بالناحية المالية للعرض والتقنية فيه، كنعوية المواد وأجال التنفيذ، إضافة إلى الضمانات المقدمة، والخدمات ما بعد الإنجاز، وغيرها من المعايير التي تحدد حسب طبيعة الصفقة وموضوعها لتحديد أفضل عرض، ومن خلال المرسوم الرئاسي 10-236، يثبت وأن المعيار الذي اعتد به المشرع في رسو المزاد بخصوص المناقصات، هو الذي يقوم على مبدأ أفضل العروض، واعتبر أسلوب المناقصة هو الأسلوب الأساسي في التعاقد وجعل التراضي هو الاستثناء.

وعقد المناقصة مثله مثل باقي العقود الأخرى، وحتى يكون صحيحا لابد من توافر الأركان الأربعة، فيجب أن يتطابق الإيجاب والقبول على عناصرها حتى يتم التراضي، كما يجب أن يكون محل الالتزام موجودا إذا كان شينا، أو ممكن الوجود إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل، وكذلك السبب فهو العرض المباشر، الذي يقصد الملتزم رب العمل الوصول إليه من وراء التزامه، أما بالنسبة للأهلية فعقد المناقصة من عقود التصرف أو هي في حكمها، فمثلا في عقود المقاوله نجد أن رب العمل، يلتزم بدفع الأجرة وعليه يجب أن تتوفر فيه أهلية التصرف².

ثانيا: أشكال المناقصة:

لما كان أسلوب المناقصة، يشكل الطريقة أو القاعدة العامة في التعاقد بالنسبة للجهات الإدارية، فإن المشرع قام بالتعرض إلى أشكالها.

وبحسبه نصت المادة 28 من المرسوم الرئاسي 10-236، على أن المناقصة تأخذ عدة أشكال، والسبب في ذلك هو أن المشرع، يحاول منح نوع من المرونة والفعالية للمصلحة المتعاقدة، وفي حدود معينة، بما يسمح لها بالتحرك من أجل تحقيق الهدف المرجو بنوع من الحرية، دون أن ينسى أنه لا بد من رقابتها لتعاملها بالمال العام، كما أن المناقصة قد تكون وطنية أو دولية، ويمكن أن تتم حسب الأشكال الآتية: المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة، الإستشارة الانفتاحية، المزايدة والمسابقة، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

أ) المناقصة المفتوحة:

وهي التي تسمح بالإشتراك فيها لمن يشاء، بعد إجراء العلانية التامة، وتلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون فيها من حيث الشروط المالية، وقد عرفها قانون الصفقات العمومية على أنها:

¹ - حسب المادة 26 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.
² - فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات وآليات حمايتها، مخبر: أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، ملتقى جامعة بسكرة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 05، ص 109 إلى 131.

" إجراء يمكن من خلاله أي مترشح أن يقدم تعهداً"¹.

وبالتالي فهي أسلوب يعلن عنها لجميع الراغبين في التعاقد مع الإدارة دون تعيين، كما أن دائرة المناقصة المفتوحة تسمح حتى للأطراف الدولية الدخول فيها.

ب) المناقصة المحدودة:

وتختلف عن المناقصة العامة المفتوحة، في تحديد من يسمح لهم بالإشتراك فيها، فيقتصر حق الاشتراك في هذا النوع من المناقصة على أشخاص، أو بيوت تجارية معتمدة أسماؤها في سجلات، أو كشوف تقررها الجهات الفنية المختصة بالوزارات والمصالح بعد التحري عنها²، وذلك لتميزها وكفايتها من النواحي الفنية والمالية، ويدعى من لهم حق الاشتراك في هذا النوع من المناقصات، إلى تقديم عطاءاتهم بواسطة خطابات موسى عليها.

واعتبره المشرع الجزائري كإجراء، لا يسمح فيه بتقديم تعهد، إلا بالنسبة للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة، التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً، بحيث يجب أن تكون الشروط الدنيا المطلوبة في مجال التأهيل والتصنيف والمراجع المهنية متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع، بكيفية تسمح للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري بالمشاركة في المناقصات، مع الأخذ بعين الاعتبار احترام الشروط المتعلّقة بالجودة والكلفة وآجال التنفيذ³.

وتسبق المناقصة عموماً بالبحث عن المترشحين في شكل انتقاء أولي، ويتم الإعلان عن هذا الانتقاء بالطرق القانونية، حسب المادة 31 من المرسوم المذكور، وتتعلق المناقصة المحدودة بالخدمات التي يتطلب تنفيذها مهارات خاصة، ويتم دعوة المترشحين كتابياً، كما تتم دراسة التعهدات المقدمة بنفس الكيفيات المعمول بها في المناقصة المحدودة.

ت) الاستشارة الانتقائية:

عرفها المشرع الجزائري بأنها: " إجراء يكون المترشحين المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعون خصيصاً للقيام بذلك بعد انتقاء أولي"⁴، وهو ينصب حول المترشحين الذين يوضعون في تنافس على عمليات معقدة أو ذات أهمية خاصة، فيكون بذلك اللجوء إليها على أساس مواصفات تقنية مفصلة أو نجاعة يتعين بلوغها، وعلى أساس برنامج وظيفي في حالة استثنائية، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها، ومنه فإن الصفحة إذا أبرمت بطريق الاستشارة الانتقائية فإنها تمر بمرحلتين:

الأولى: تتولى فيها الإدارة الاتصال بمجموعة من العارضين الذين تختارهم، وتقدر فيهم أهميتهم الخاصة أو مهاراتهم وإمكاناتهم، وتطلب منهم القيام بتقديم عروضهم التقنية الأولية دون العروض

¹- المادة 29 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.

²- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 228.

³- المادة 30 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.

⁴- المادة 31 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.

المالية، ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب توضيحات كتابية بشأن العروض التي تراها مطابقة لدفتر الشروط، وعلى اثر ذلك تقوم المصلحة المتعاقدة بإقصاء العروض التي لا تستوفي متطلبات البرنامج الوظيفي، أو المواصفات التقنية، أو النجاعة المتعين بلوغها، وتقوم حينها باستدعاء المترشحين الذين جرى إعلان مطابقة عروضهم التقنية الأولية، من أجل تقديم عرض تقني نهائي، وعرض مالي على أساس دفتر شروط معدل عند الضرورة، ومؤشر عليه من قبل لجنة الصفقات المختصة، على اثر تقديم التوضيحات المطلوبة أثناء المرحلة الأولى.

الثانية: تقوم الإدارة فيها باختيار عارض دون سواه، بالنظر إلى كون عرضه هو الأفضل من الناحية التقنية والمالية والتجارية،¹ وهي المعايير المنصوص عليها بموجب المادة 56 من مرسوم 2010. وقد تتعلق الاستشارة الانتقائية، بعقود الصفقات العمومية، التي يكون موضوعها إنجاز عمليات الهندسة المركبة أو ذات أهمية خاصة، مثل إنجاز السدود، أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري، حيث يمكن القيام باستشارة مباشرة لدى المؤسسات، أو الهيئات المؤهلة والمسجلة في قائمة مفتوحة، تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي، يجدد كل ثلاث سنوات، مع أن المعمول به أن المصلحة المتعاقدة، تتعامل مباشرة مع المؤسسات المعروفة في مجال الصفقة المراد إنجازها، وهذا يعد إجحافاً للشركات والمؤسسات الصاعدة.

ث) المزايدة:

وقد عرفها المشرع الجزائري من خلال المادة 33 من المرسوم الرئاسي 236/10 بأنها: "الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنًا، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري"، وما يلاحظ على هذه المادة مقارنة بالمادة السابقة في القانون الملغى، أن المشرع استبدل عبارة "أحسن عرض" بعبارة "أقل ثمنًا" وبذلك يكون قد تلافى التناقض، الذي كان موجوداً في ظل القانون القديم الملغى، بحيث لاحظنا وجود تناقض بين النص الفرنسي والعربي، فيما يخص أساس الاختيار في إجراء المناقصة، فالنص العربي يشير إلى أحسن اقتراح المتضمن معايير عديدة، وهذا ما يتناقض مع مضمون المادة 21 من المرسوم الرئاسي 250/02، في حين أن النص الفرنسي يشير إلى أقل اقتراح (moins distant) المتضمن معيار واحد هو الثمن وهذا ما يتعارض جذرياً مع المادة 21.²

وتنصب المزايدة على العمليات البسيطة والعادية، ولا تخص إلا المترشحين الوطنيين أو الأجانب المقيمين في الجزائر، كما تؤكد المادة 33 من المرسوم الرئاسي 236/10، ويتم الإعلان عن المزايدة، عن طريق النشر بالطرق القانونية وبالتعليق، ويتم في ظرف ثلاثين (30) يوماً من آخر أجل لإيداع العروض، وقد يقلص في حالات الاستعجال.

¹- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، 2009، مرجع سابق، ص 93.
²- فريد خلاطو، الصفقات العمومية، مخبر: المغرب الكبير الاقتصاد والمجتمع، ملتقى حول تسيير الجماعات المحلية، جامعة قسنطينة، 9-10 جانفي 2008، ص 88.

ويحدد الإعلان موضوع الصفقة، مكان استلام دفتر الشروط وآخر أجل لتاريخ إيداع العروض، النوعية، والمؤهل، بينما يحتوي الطرف الداخلي على العرض بنوعيه المالي و التقني. ويتم فتح الأطراف علنيا، مع إقصاء المترشحين الذين لا يستوفون الشروط، ثم تفتح الأطراف المتعلقة بالعرض المالي.

ج) المسابقة:

ويظهر من تسمية هذا الإجراء، أنها تتعلق بمنافسة عن طريق تقديم أحسن عرض، لكنه يخص الجانب الفني أو التقني أو الاقتصادي أو الجمالي لمشروع ما، وهذا ما يتطلب تدخل رجال فن، وهذا ليس من أجل تنفيذ المشروع فحسب، بل قد يكون موضوع المسابقة تقديم فكرة للمشروع أو لتنفيذه، وقد يكون موضوع الصفقة تقديم الفكرة وتنفيذها معا.

ونلاحظ أن هذا الإجراء، يعد استثناء على خصوصية الصفقات العمومية القاضية، بأن الإدارة كمصلحة متعاقدة، هي الطرف الذي يحدد خصائص وشروط الصفقة، ولاختيار هذا الإجراء لإبرام الصفقة، فإن المترشحين هم الذين يقدمون عروضهم، وما على الإدارة إلا اختيار العرض الذي يستجيب لمتطلباتها.

كما يتم الإعلان عن المسابقة أيضا بالطرق القانونية، إذ يرسل المترشحون طلباتهم للمصلحة المتعاقدة ضمن الآجال المحددة بالإعلان، وتدرس العروض من طرف اللجنة المختصة، التي تقدم رأيا حول منح الصفقة لأحد المترشحين، وقد تطلب أحيانا إحداث تغييرات على عروضهم، في حالة معرفة القيمة القصوى للنفقة المقررة، فإن التنافس لا يتمحور حول السعر المقترح، وإنما على معايير أخرى للاختيار، لاسيما القيمة التقنية والجمالية باعتبارها الميزة الأساسية لهذا النوع من الصفقات.

ولم يحدد المشرع الجزائري في هذا الصدد، معيارا واضحا للاختيار في إطار المسابقة، كما أن التجاء العديد من المصالح المتعاقدة، إلى حشو دفاتر الشروط الخاصة، بمتطلبات مالية وبشرية، قد يعيق عملية الفكر والإبداع، خصوصا في ظل غياب دفاتر شروط عامة ومشاركة متعلقة بها.

بالإضافة إلى المناقصة، يوجد إجراء آخر يسمى التراضي، ويتمثل في تخصيص الصفقة لمعامل وحيد، دون الدعوة إلى المنافسة وهو يمثل الاستثناء.

الفرع الثاني:

التعاقد عن طريق التراضي كاستثناء

إذا كانت طريقة المناقصة العامة بنوعيتها، أو المزايدة أو الطرق المعتمدة على المنافسة هي الأصل، فإن المشرع مراعاة للظروف ولدواعي المرونة والفعالية، قد وضع بجوارها طريقا تكمليا، وهو طريق التراضي الذي يعد إجراء استثنائيا، لأنه يمس بمبدأ المنافسة والمساواة بين المترشحين.

فنادرا ما تلجأ الجهات الإدارية إلى إبرام صفقة عن طريق المناقصة، بالرغم من أنها إلزامية إذا كان موضوع الصفقة محدودا، من أجل شراء لوازم بسيطة، ففي هذه الحالة يفضل مديرو الخدمات، التعاقد مع الموردين مباشرة بواسطة سندات طلبية، حتى في حالة تجاوز مبلغ العقد، السقف الموجب لإبرام عقد صفقة، عن طريق تقسيم و تجزئة العقد إلى عدة أجزاء، لا تزيد قيمة كل جزء عن الحدود المطلوبة وتوزيعها على أكثر من متعامل واحد¹.

والصفقة بالتراضي تعتبر وسيلة أكثر مرونة، لأنها تترك للإدارة حرية تامة، فيمكن لهذه أن تتصرف كالأفراد وتحدد بحرية الشخص الذي تتعاقد معه، وهذه العقود هي النوع الأكثر استعمالا في الوقت الراهن، بعكس ما يدع قانون الصفقات للاعتقاد به، حين يعتبر المناقصة الوسيلة الرئيسية للتعاقد، وعلى ذلك فإن الصفقات بالتراضي، تستدعي مراقبة صارمة، لأن حرية التعامل بين عالم الأعمال، والعالم الإداري تتحقق أحيانا على حساب المصلحة العامة².

وعلى ذلك سوف نتناول إجراء التراضي من زاويتين، نتعرض في الأولى لتعريف التراضي، أما الثانية فسوف نتعرض من خلالها إلى أشكاله.

أولا: تعريف التراضي:

إن أسلوب التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد، أين نجده ضروريا في كل العقود سواء كانت بين أطراف القانون الخاص، أو كان أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام.

ويعد التراضي الطريق الاستثنائي لإبرام الصفقات العمومية، حيث يتم من خلاله تخصيص ومنح الصفقة لمتعامل متعاقد واحد، دون إتباع الإجراءات الشكلية المعتادة لإبرام الصفقة، ولذلك فهو استثناء يختلف عن المناقصة التي تشكل القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، والتي تستند إلى مبدأ المنافسة³.

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف إجراء التراضي، على مر المراحل والتعديلات التي عاشها تطور قانون الصفقات العمومية، ابتداء من أمر 67-90 إلى غاية المرسوم الرئاسي 10-236. فالمشرع ومن خلال المادة 60 من الأمر 67-90، عرف الصفقات بالتراضي بقوله: "تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم ومنحهم الصفقة لمن تختاره منهم"، فمن خلال نص هذه المادة، يتبين بأن المشرع منح الإدارة في هذا الإجراء، الحرية في اختيار المتعاقد معها، غير أنه وبالنظر إلى نص المادة 61 منه، نجد بأنه

¹- DJAOUI Mohamed, Le code des marches publics est-il adapte aux taches actuelles de l'administration ?, mémoire pour le diplôme d'études superieures de droit public, institut de droit, de sciences politique et administratives, universite d'alger, annee 1976, page 39.

²- أحمد محيو، مرجع سابق، ص370.

³- فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات والبيات حمايتها، مرجع سابق، ص116، وانظر أيضا: محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص32.

ذكر حصرا الحالات التي يجوز فيها للإدارة اللجوء إلى هذا الإجراء، وبالتالي فإن حريتها تعتبر غير موجودة، أما إذا تصفحنا هذه الحالات، نجد بأن البعض منها متشدد، والبعض الآخر فيه نوع من المرونة، تسمح للإدارة بإعطائها التفسير الواسع، وتكون بذلك حريتها واسعة¹.

عرف كذلك المرسوم 82-145، التراضي من خلال نص المادة 27 منه بأنه: "إجراء يخص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ولا يستبعد فيه الاستشارة"، وعليه فإذا ما أدرنا مقارنة هذا التعريف مع التعريف الذي جاء به الأمر 67-90، لوجدنا أن التعريف الأخير أكثر دقة، من حيث إعلانه صراحة عن تحرر جهة الإدارة من الخضوع للإجراءات الشكلية المتعلقة بالمنافسة، غير أن هذا الإعفاء لا يستبعد ولا يمنع إمكانية قيام الإدارة بالاستشارة المسبقة².

إذا رجعنا إلى المرسوم التنفيذي 91-434، نجده قد عرف التراضي كأسلوب لإبرام الصفقات العمومية في المادة 23 منه بقوله: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة"، وهو تقريبا نفس التعريف الوارد في المادة 27 من المرسوم 82-145، والاختلاف يكمن في حذف عبارة "ولا يستبعد فيه الاستشارة"، غير أن المشرع قام بالنص عليها في المادة 39 والتي نصت على أن: "اللجوء إلى التراضي لا يعفي المصلحة المتعاقدة من القيام بشكليات الاستشارة مقدما"، وما يستخلص من المادة 23 أن المنافسة إلزامية في هذه الكيفية، فقط شكلية المنافسة المنصوص عليها في هذا القانون هي المستبعدة في هذه الكيفية، والتي تتمثل في إتهار الصفقة بالطرق المحددة قانونا³.

أما إذا نظرنا إلى المرسوم الرئاسي 10-236 نجده أبقى على التعريف الوارد بالمرسوم الرئاسي 02-250 فقد عرف التراضي بأنه: "إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة"⁴، وهو تقريبا نفس التعريف الوارد في المرسوم 82-145 وكذلك المرسوم التنفيذي 91-434، غير أنه أكثر وضوحا وتحديدا لكون المشرع قد حدد الحالات التي تلجا إليها المصلحة المتعاقدة للتراضي البسيط، والحالات التي تستخدم فيها التراضي بعد الاستشارة في المواد 43 و44، وبذلك يكون قد تقيّد كل العيوب التي تضمنتها القوانين السابقة له بالنسبة لهذه الكيفية، كما أن اختيار كيفية إبرام الصفقات العمومية يندرج ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة وفقا لنص المادة 41 منه⁵، وبالتالي فلا يمكن اللجوء إلى إجراء التراضي إلا وفقا للحالات التي جاءت بها المادتان 43 و44، وعلى ذلك سوف نتطرق إلى معرفة إجراء التراضي بشكليه البسيط والتراضي بعد الاستشارة.

¹- حمامة قدوج، عملية إبرام العقود الإدارية في نطاق صفقات المتعاقد العمومي في الجزائر-تحليل ومقارنة-، مذكرة ماجستير، فرع الإدارة والمالية العامة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، (2001-2002)، ص66، وانظر أيضا: قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص55.

²- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، 2009، مرجع سابق، ص114.

³- حمامة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص117.

⁴- المادة 1/22 من المرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى والمادة 27 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر.

⁵- حمامة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص149.

ثانيا: أشكال التراضي:

إن إجراء التراضي كأسلوب من أساليب إبرام العقود الإدارية، يعفي المصلحة المتعاقدة من اللجوء إلى المناقصة نظرا للإجراءات المعقدة والطويلة التي تكتنفها لاختيار المتعاقد معها، غير أنه بالرجوع إلى المواد 43 و 44 من المرسوم الرئاسي 10-236 نجده قد قام بضبط أشكال التراضي إلى نمطين هما: التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة.

أ) التراضي البسيط:

إجراء التراضي البسيط إجراء استثنائي، بمقتضاه يتم منح الصفقة إلى متعاقد دون إجراء أي منافسة، وقد حدد المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية، الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى هذا الإجراء¹.

والمقصود بالتراضي البسيط، هو قيام المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة العمومية مع متعامل اقتصادي بمجرد تطابق إرادتيهما على محلها، في إحدى الحالات المقررة حصرا في المادة السالفة الذكر، أين يتحتم فيها اللجوء إلى هذا الطريق بسبب عدم جدوى الطرق الأخرى، الناتجة عن وضعية معينة سائدة في السوق ذاتها، أو بسبب ضيق الوقت، مما لا يسمح باللجوء إلى غيرها من الطرق الستة الأخرى.

والجدير بالذكر هنا أنه تم إلغاء حالتين بالمقارنة مع الحالات المذكورة في المرسوم التنفيذي 91-434 المعدل والمتمم، أو حذف حالة وتعديل أخرى، والحالتان اللتان تم حذفهما هما عندما يتضح أن الدعوة إلى المنافسة غير جدية وكذلك حالة طبيعة الخدمة، والهدف من حذفهما هو حصر مجال لجوء المصلحة المتعاقدة إلى هذا الإجراء، وبالتالي تجنب التهرب من تطبيق إجراء المنافسة²، والحالات الستة المذكورة هي:

1) حالة وجود المتعاقد في وضعية احتكارية:

عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات، إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة، فهذه الحالة والمتعلقة بالاحتكار تم تعديلها بموجب المرسوم 02-250 الملغى، وأبقى عليها في ظل المرسوم الرئاسي 10/236، وبموجبها حرر المشرع الإدارة من الخضوع لإجراءات المناقصة، وكذلك الاستشارة طالما انه يوجد محتكر وحيد وتوافرت فيه المواصفات المطلوبة³.

2) حالة الاستعجال:

في حالات الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم، الذي يتعرض له ملك أو استثمار، قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال المناقصة، لكن بشرطين أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة

¹- المادة 43 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.

²- رياض لوز، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص52.

³- عمار بوالضيايف، الصفقات العمومية في الجزائر، طبعة 2009، مرجع سابق، ص116.

التنبؤ بالظروف المسببة لحالات الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة ممارسات احتيالية من طرفها خارجة عن إرادتها، وعلى ذلك فإذا كان هناك خطر داهم سينجم عنه ضياع مال المصلحة المتعاقدة واستثمارها، ما عليها إلا اللجوء إلى التعاقد بالتراضي مع المتعاقد الذي تقدر فيه توافر الشروط المطلوبة، وبذلك استبعاد إجراء المناقصة المتشعب والطويل في إجراءاته.

(3) حالة تمويل مستعجل:

في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد، أو توفير حاجيات السكان الأساسية كالأغذية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال، لم تكن متوقعة هي الأخرى، ولم تكن نتيجة مناورات للمماثلة من طرفها، وهذه الحالة لا تعتبر مستقلة عن الحالة السابقة، كونها تتعلق بعنصر الاستعجال، والجديد فيها أن موضوع العقد في هذه الحالة يتعلق بالتمويل المستعجل، الذي تكون الإدارة في حاجة ماسة لهذه الخدمة، وأن تأخرها عن جلب هذه الحاجيات بالتعاقد بواسطة الإجراء العادي (المناقصة)، يؤدي إلى الإضرار بالاقتصاد الوطني، لذا تم تمكينها من التعاقد بواسطة إجراء التراضي البسيط.

(4) حالة المشاريع ذات أولوية وأهمية وطنية:

عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية، وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذا النوع الاستثنائي لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء، وهذه الحالة تم إضافتها بموجب المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى، ونتيجة لهذه الحالة، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى إجراء التراضي، بمناسبة مشروع يكون له الطابع الوطني، الذي سيخلف أثرا إيجابيا عاما يمس كل إقليم الدولة، أين تكون له الأولوية على سائر المشاريع الأخرى، لكن المشرع تشدد بهذا الشأن واشترط الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء، نظرا للأعباء المالية التي ستنتج عن إبرام هذا النوع من الصفقات، وهذه الموافقة هي التي تضي الشرعية على الصفقة.

(5) حالة منح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية:

عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، وما يلاحظ على هذه الحالة أنها مستحدثة بموجب المرسوم الرئاسي 10/236، كما أن المشرع وعد بصدور قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني من أجل تحديد المؤسسات المعنية.

(6) حالة تعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج:

عندما يتعلق 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، وبذلك يكون المشرع قد تشدد بشأنها عندما رهن تطبيقها بالموافقة المسبقة لمجلس الوزراء، وهذه الحالة هي الأخرى مستحدثة بموجب المرسوم الرئاسي 10/236.

وعلى هذا الأساس فإن المصلحة المتعاقدة، لا يمكنها اللجوء إلى إجراء التراضي البسيط، بمناسبة إبرام صفقة عمومية، إلا من خلال الحالات المحددة في المادة 43، وذلك بالرغم من أن هذه الكيفية جاءت للتخفيف من تقييد حرية الإدارة في التعاقد، غير أنها وجدت نفسها أكثر تقييماً، نظراً لسرد المشرع للحالات الستة على سبيل الحصر¹.

ب) التراضي بعد الاستشارة:

قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذا الإجراء، الذي يسمح بإبرام عقد الصفقة العمومية بعد استشارة بسيطة بالوسائل المتاحة، بحيث لم يحدد المشرع شكليات خاصة لإتباعها، إذ أن المهم هو استشارة المؤسسات المؤهلة والمعتمدة والمعروفة بإمكانياتها، التي تجيب على موضوع الصفقة، وهذا بهدف الاعتماد على وسائل بشرية تقنية ومختصة، مثلما تنص عليه المادة 44 من المرسوم الرئاسي 236/10 المنظم لقانون الصفقات العمومية.

وكما أسلفنا، فالمشرع لا يشترط شكليات معينة في هذا الإجراء، فيما عدا الكتابة بمختلف أنواعها، غير أن صياغة الفقرة الثانية من المادة 27 من المرسوم الرئاسي 10-236، توحى بأن اللجوء إليها غير إجباري، إلا أن الحقيقة عكس ذلك، على اعتبار أن المشرع جعل التراضي البسيط، استثناءً على التراضي بعد الاستشارة، ونص على الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى التراضي البسيط على سبيل الحصر².

كما نص في المادة 41 فقرة ثانية من المرسوم الرئاسي 10-236، على أن اختيار كيفية إبرام الصفقة، يدخل ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة، لكن عليها تبرير اختيارها، كلما طلب منها ذلك من الجهة المخولة قانوناً بمراقبتها³، كأن تكون الجهة الوصية أو مجلس المحاسبة مثلاً⁴.

وحددت المادة 44 من المرسوم الرئاسي 10-236، الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة على سبيل الحصر، وسنوجزها فيما يلي:

1) حالة وضوح عدم جدوى الدعوة للمنافسة:

عندما يتضح أن الدعوة للمنافسة غير مجدية، وذلك إذا تم استلام عرض واحد فقط، أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط، بعد تقييم العروض المستلمة، كما أنه عندما يتم إلغاء أي إجراء لإبرام الصفقات، أو تكون مبالغ العروض المفرطة، فهي حالات لا تؤدي لعدم الجدوى، ويتعين على المصلحة المتعاقدة إعادة إجراء المناقصة بنفس دفتر الشروط، باستثناء كفالة التعهد، وكيفية الإبرام مع إلزامية نشر إعلان المنافسة، والإشارة إلى هذه التعديلات.

وبذلك نجد المشرع أزال النقص الذي كان يسود هذه الحالة في ظل المرسوم الرئاسي 02-250،

¹- حمامة قذوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص150.

²- حسب المادة 43 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.

³- حسب المادة 42 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.

⁴- قانون 90-32 ماضي في 04 ديسمبر 1990، يتعلق بمجلس المحاسبة وسيره، الجريدة الرسمية عدد 53 المؤرخة في 05 ديسمبر 1990.

وأصبح مجالاً خصبا للعديد من التلاعبات، ففي هذه الحالة يمكن للإدارة أن تنتقل من القاعدة العامة، والتي تتمثل في المناقصة إلى التراضي والمتمثل في الاستثناء، غير أن هذه الطريقة لا تعفيها من الاستشارة، والجدير بالذكر هنا أن هذه الحالة كانت في السابق (المرسوم التنفيذي 91-434) تدخل ضمن حالات اللجوء إليها عند استعمال إجراء التراضي البسيط.

(2) حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة:

في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة، التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة، وفي حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة، وتتمتع الإدارة العامة بسلطة تقديرية في تحديد قائمة تلك الخدمات واللوازم والأشغال، بحيث نجد المشرع هنا في هذه الحالة، قام بالإحالة إلى صدور قرار وزاري مشترك بين الوزير الكلف بالمالية والوزير المعني.

(3) حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو الاتفاقات الثنائية:

بالنسبة للعمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، أو الاتفاقات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الإمتيازية، وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل هذه على ذلك، وبالنسبة لهذه الحالة فإن المشرع نص على إمكانية قيام المصلحة المتعاقدة، بحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني، بالنسبة للحالة الأولى، أو البلد المقرض للأموال في الحالة الثانية¹.

وفي الحالتين الأخيرتين، يتم اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة على أساس دفتر شروط، يخضع لتأشير لجنة الصفقات المختصة قبل الشروع في الاستشارة.

وعلى هذا الأساس، فإن إجراء التراضي بعد الاستشارة، يسمح بإبرام صفقة على أساس شكليات عادية ومحدودة، وذلك عن طريق وسائل مكتوبة ملائمة بدون أي شكليات، ويكون الاتصال بالمتنافسين مباشرة من طرف المصلحة المتعاقدة، لكن في هذه الحالة، دفتر الشروط المحدد لطبيعة وكمية الأشغال، إضافة إلى إجراء المنح، يجب أن يوضع تحت تصرف المتنافسين، وهذا بغرض المطالعة عليه، بينما اللجوء إلى الإشهار فإنه هنا غير ملزم².

المطلب الثاني:

مراحل إبرام عقد الصفقة العمومية

تعتبر الصفقة العمومية من عقود الإذعان، وتتميز ببعض مميزات العقود النموذجية، والتي لا يمكن إبرامها إلا وفقا لإجراءات خاصة محددة مسبقا، وهذا لتعلقها بالمال العام، الشيء الذي يدفع إلى ضرورة إتباع مراحل تضمن المساواة والشفافية بين المترشحين من جهة، وتضمن بالخصوص تنفيذ الصفقة العمومية في جميع جوانبها، ضمن بنود يكرسها عقد الصفقة العمومية من جهة أخرى، وهذا ما

¹- الفقرة 08 من المادة 09 من المرسوم الرئاسي 338-08 المعدلة والمتممة للمادة 38 من المرسوم الرئاسي 02-250، والفقرة 10 من المادة 44 من المرسوم الرئاسي 10-236.

²- رياض لوز، مرجع سابق، ص53.

سنتعرض إليه بالدراسة من خلال فرعين، الأول: يتناول المراحل المسبقة لإبرام عقد الصفقة، والثاني: يتعرض لمرحلة إرساء وتحضير عقد الصفقة.

الفرع الأول:

المراحل المسبقة لإبرام عقد الصفقة العمومية

تمر الصفقة العمومية لإنشائها بعدة مراحل، بدءاً من تحديد الإدارة لاحتياجاتها، وبلورتها في شكل مشروع (انجاز أشغال، خدمات الخ...)، ولعل من أهم المراحل التي تمر بها، مرحلة الإعداد واستكمال شروطها الشكلية، وهي المرحلة التي تضمن في حال إنجازها إنجازاً سليماً، الحفاظ على مصلحة الإدارة بحصولها على الخدمات المطلوبة بأحسن الشروط والظروف، كما تضمن من جهة ثانية مساواة الجميع أمام الطلب العمومي، وهذا ما سنحاول عرضه فيما يلي:

أولاً: تقدير الاحتياجات الفعلية وإعداد دفتر الشروط:

لما كان إبرام عقد الصفقة العمومية، يستوجب تقدير الاحتياجات الفعلية للإدارة من جهة، وإعداد دفتر الشروط من جهة أخرى، فإن التعرض لهما استقلالاً، يكون من الضرورة بمكان.

أ) تقدير الاحتياجات الفعلية للإدارة:

تتطلب عملية إعداد الصفقات العمومية تحضيراً مسبقاً ومدروساً، من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية في كل الظروف المحيطة بها، وهذا ما يتجسد أساساً من خلال تحديد الحاجيات بدقة، فمن غير المستساغ قانوناً، أن تبرمج صفقات عمومية، ويعلن عنها بناءً على افتراضات حاجية، دون دراسة معمقة تؤكد نجاعة الصفقة، خاصة في ميدان الأشغال العمومية، أين يستلزم القيام بدراسة مسبقة، حول تأثير هذا المشروع على البيئة، وخاصة الدراسة الجيوتقنية للأرض، فقد رأينا شروع بعد المصالح المتعاقدة في إنجاز الأشغال، ثم تتفاجأ بأن الأرضية غير صالحة للبناء، نتيجة انجراف المياه أو التربة وهذا فيه مضيعة للمال وللوقت.

وهذا ما أكدته قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، الذي تدارك النقص الحاصل في ظل القوانين السابقة، بحيث نص على قيام المصلحة المتعاقدة بتحديد حاجاتها، من حيث كميتها وطبيعتها بدقة، والمعبر عنها بحصة وحيدة، أو بحصص منفصلة، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة¹. وتجدر الإشارة أن هذه الدراسات، قد توكل لشخص آخر غير المصلحة المتعاقدة، وغالباً ما يكون مكتب دراسات، تسند له فيما بعد عملية تتبع تنفيذ الصفقة، بعد إمامه بجميع جوانبها وتحديده للحاجيات وتحليله للمعطيات.

لذلك وبعد تقدير الإدارة لحاجياتها بطريقة دقيقة، وقيامها بالدراسات العلمية، وحصولها على الوثائق الإدارية اللازمة، تقوم بإعداد دفتر شروط تضعه تحت تصرف الجمهور، ويسجل المشروع الذي يتم تمويله عن طريق رخصة البرنامج أو قروض الدفع.

¹ - المادة 11 من المرسوم الرئاسي 10-236.

ب) إعداد دفاتر الشروط:

دفتر الشروط هو وثيقة إدارية مكونة للعقد الإداري، تحتوي على بنود تنظيمية وأخرى تعاقدية، ويتم إعداد بنودها سلفا من الإدارة بإرادتها المنفردة¹، وبالتالي فالسلطات الممنوحة للإدارة في العقد الإداري، والتي من بينها سلطة التعديل الانفرادي، لها تأثير على الطبيعة القانونية لدفتر الشروط باعتباره مكونا له، وأن هناك إمكانية لأن يأخذ دفتر الشروط الشكل والطبيعة القانونية للعقد الإداري². إذ يتعين على المصلحة المتعاقدة قبل إعلان المناقصة، وحتى في حالة التعاقد عن طريق التراضي، إعداد دفتر شروط يتم وضعه تحت تصرف المتنافسين، يتضمن البيانات الملزمة لإعلامهم بمضمون شروط العمل، وذلك بتحديد الشروط العامة للصفقة، والأشكال المطلوبة لتقدير مطابقة الأشغال المراد إنجازها ومواصفاتها التقنية، وتطابق مخططات تنفيذ الصفقة مع المعايير المتعارف عليها دوليا، كما يتم تحديد فيه التزامات الأطراف المتعاقدة ومبلغ الكفالة والتعويضات، مع ذكر شروط فسخ العقد، بالإضافة إلى التسبيقات وكيفيات التسديد.

وتشمل دفاتر الشروط حسب قانون الصفقات العمومية، على دفاتر البنود الإدارية العامة، المطبقة على كل صفقات الأشغال العامة واللوازم والدراسات والخدمات، الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي، ودفاتر التعليمات المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية، المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني، بالإضافة إلى دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة على حدة³.

ثانيا: مرحلة الإعلان عن الصفقة:

يهدف الإعلان إلى إضفاء الشفافية على العمل الإداري، حيث يتم إعلان المعنيين مما يفسح المجال للمنافسة بينهم، ويضمن احترام مبدأ المساواة، ويسمح للإدارة باختيار أفضل العروض والمترشحين، ويتم ذلك بتوجيه المصلحة المتعاقدة الدعوة للمتنافسين عبر وسائل الإعلام المكتوبة، وتعليق الطلب في الأماكن المخصصة لذلك لاستيفاء إجراء النشر والإشهار، أين تقوم المصلحة المتعاقدة بنشر طلبها في الصحف المحلية والوطنية الناطقة بالعربية والفرنسية، وفي النشرة الرسمية للمتعامل العمومي عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار، مع احتواء الإعلان على البيانات المحددة بموجب قانون الصفقات العمومية⁴.

¹- MAHIOU Ahmed, Cours d'institutions administratives, OPU, 3eme Edition, 1981, page 242.

²- نبيل جوادي، دفاتر الشروط في القانون الإداري الجزائري (دراسة متعلقة بعقود الإدارة)، مذكرة ماجستير، فرع الإدارة والمالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، (2005-2006)، ص46.

³- المادة 10 من المرسوم الرئاسي 10-236، أو المادة 09 من المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 338/08، المذكور سابقا والملغى.

⁴- نصت على هذه البيانات المادة 46 من المرسوم الرئاسي 10-236، ومن بينها تسمية المصلحة المتعاقدة، وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي، كيفية المناقصة (مفتوحة، محدودة، وطنية أو دولية)، شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي، موضوع العملية، قائمة الوثائق التي تطلبها المصلحة المتعاقدة من المترشحين، مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة، تاريخ ومكان إيداع العروض ومدة صلاحيتها، إلزامية الكفالة إذا اقتضى الأمر، ثمن الوثائق عند الاقتضاء، التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب فوقه عبارة " لا يفتح " ومراجع المناقصة.

ويجب اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً، في حالة المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة، الدعوة إلى الانتقاء الأولي، المسابقة والمزايدة.

وللإشارة فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة، أن تمدد تاريخ إيداع العروض إذا اقتضت الظروف ذلك، على أن تخبر المترشحين بكافة الوسائل، كما يجب أن يبين يوم إيداع العروض وساعة فتح الأظرفة التقنية والمالية¹.

ثالثاً: مرحلة إيداع العروض:

بعد الإعلان عن المناقصة على الوجه الذي سبق بيانه، فإن المقاولين أو الموردين الذين يحق لهم دخول المناقصة سواء كانت مفتوحة أو مقيدة، يستطيعون تقديم عطاءاتهم في الحدود التي حددتها الإدارة. وكقاعدة عامة فإن إعداد العطاء، إنما يكون وفقاً للشروط والقيود والمواصفات الفنية التي أعلنتها الإدارة، ويجب على مقدم العطاء أن يتقيد بالمواعيد والإجراءات التي حددتها جهة الإدارة الداعية إلى التعاقد، فيبدأ تقديمها من تاريخ أول صدور للإعلان عن المناقصة في اليوميات الوطنية، أو الجهوية أو المحلية أو النشرة الرسمية للصفقات.

كما أن القانون قد يشترط أن يقترن العطاء بمرفقات معينة، وذلك كرسالة التعهد والتصريح بالاكنتاب والعرض وفق الشروط المعلنة عنها، وكفالة التعهد الخاصة بصفقات الأشغال واللوازم، والتي لا يمكن أن تقل عن (01) بالمائة من مبلغ التعهد، بالإضافة إلى الوثائق الإدارية الأخرى.

وإذا كان المشرع الجزائري، قد كفل لجميع المترشحين المشاركة وتقديم عطاءاتهم في المناقصة، احتراماً لمبدأ المساواة بين العارضين، فإن ذلك لا يمنع من فرض شروط وقصرها على فئة معينة تتوفر فيها الشروط المطلوبة، كأن يتعلق الأمر بمناقصة محدودة، كما توجد موانع أخرى تحول دون مشاركة عارضين في المناقصة، وذلك بموجب نصوص خاصة أو بقرار قضائي.

والجدير بالذكر أن العطاء المقدم من طرف العارضين، يجب أن يقدم في شكل عرض فني أو تقني وعرض مالي، فالعرض التقني يجب أن يحتوي على التأمين المطلوب، والبيانات والمستندات التي ترى الجهة الإدارية ضرورة توافرها، من مطابقة العرض التقني للشروط والمواصفات المطروحة، أما العرض المالي فيحتوي على قوائم الأسعار وطريقة السداد، وبيانات أخرى، كما يجب كتابة السعر بشكل معين والذي يكون نهائياً².

رابعاً: مرحلة اختيار المتعاقد مع الإدارة:

بعد إيداع العروض والتعهدات، التي يجب أن تشمل على عرض تقني ومالي³، تأتي مرحلة فحص العطاءات واختيار المتعاقد مع الإدارة، وتعد هذه المرحلة من أهم مراحل إبرام عقد الصفقة العمومية، لما لها من دور في إرسائها على مترشح معين بالذات، والذي سينكفل بتنفيذ الصفقة

¹- المادة 50 من المرسوم الرئاسي 10-236.

²- جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص160.

³- طبقاً للمادة 51 من المرسوم 10-236.

ويحضى بصفة المتعاقد مع الإدارة، كما تنشأ على عاتقه التزامات وتترتب له حقوقا، وتقوم بهذا الدور لجنتين على الشكل التالي:

(أ) لجنة فتح الأظرفة:

تحدث حسب مفهوم المادة 121 من المرسوم الرئاسي 10-236، على مستوى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لفتح الأظرفة، والتي تنص على ما يلي: "تحدث في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة متعاقدة، يحدد مسئول المصلحة المتعاقدة بمقرر تشكيل اللجنة المذكورة في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها".

وما يلاحظ على هذا النص، أن هذه اللجنة أصبحت دائمة، ويؤول لمسئول المصلحة المتعاقدة تعيين أعضاء اللجنة بمقرر داخلي، أما فيما يخص وجوب توافر شروط تقنية أو فنية ما في الأعضاء المشكلين للجنة، فلم ينص القانون على شروط معينة يجب توافرها في هؤلاء الأعضاء، بل يمكن تشكيلها من طرف موظفين عاديين، ويتمتعون بقدرة التحليل والملاحظة.

ومع ذلك فالمرسوم الرئاسي 08-338 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في المادة 19 منه، قد عدل مهام هذه اللجنة، ثم تلاه المرسوم الرئاسي 10-236، بحيث أصبحت تقوم بمعاينة صحة تسجيل العروض في سجل خاص، كما تقوم بإعداد قائمة التعهدات حسب ترتيب وصولها، مع توضيح مضمونها ومبالغ المقترحات، ثم تقوم بإعداد وصف مفصل للوثائق التي يتكون منها كل عرض، وبعدها تحرر اللجنة أثناء الجلسة محضرا يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن التحفظات التي قد يبديها أعضاء اللجنة، كما تحرر لجنة فتح الأظرفة عند الاقتضاء محضرا بعدم الجدوى، يوقعه الأعضاء الحاضرون في حالة عدم تسلم أي عرض.

وتفتح الأظرفة التقنية ثم المالية في جلسة علنية، بحضور جميع المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا، وذلك في تاريخ إيداع العروض¹، وما نلاحظه هنا أن اللجنة تتعقد بصفة علنية وبحضور حتى المتعهدين الذين لم تقبل عروضهم التقنية، وهذا ضمنا لمبدأ الشفافية².

إن تحديد المشرع لتاريخ انعقاد جلسة لجنة فتح الأظرفة، بأخر يوم لإيداع العروض، قد يبدو أمرا غير مستساغ، ذلك أن هذا التحديد من شأنه أن يحرم بعض المناقصتين من يوم كامل من أيام التعهد، ثم أن اجتماعات هذه اللجنة تصح مهما كان عدد أعضائها الحاضرين³، وهذا قد تبرره مصلحة الإدارة المتعاقدة في عدم تأجيل عمل لجانها⁴.

¹- محدد في المادة 50 و 123 من المرسوم الرئاسي 10-236.

²- Ministère des Finances, Avis juridique N° 006841 MF/DGB/DRC du 08/12/2007 relatif si les soumissionnaires non pré qualifiés techniquement doivent obligatoirement être invités à l'ouverture des plis financiers.

³- المادة 124 من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁴- إن مهمة لجنة فتح الأظرفة تكمن في فتح الأظرفة التقنية والمالية المقدمة من طرف المتعهدين، وتحرير محضر بالمؤسسات المؤهلة، ونظرا لكونها تقوم برقابة داخلية على الصفقات العمومية، فإن عملية تقسيم الأشغال والخدمات لا تخضع لرقابتها لكونها تتم

(ب) لجنة تقييم العروض:

لما كانت العقود الإدارية مرتبطة أشد الارتباط بالمصلحة العامة، فإن من واجب الإدارة أن تتأكد من صلاحية المترشحين المتقدمين، فيتعين على هؤلاء أن يثبتوا قيامهم في وقت قريب، بأعمال تشبه في نوعها الأعمال المطروحة في المناقصة (بأنواعها)، حتى لا تتعاقد الإدارة مع بعض المغامرين فتضار المصلحة العامة، وخلافاً لتشكيلة لجنة فتح الأظرفة فإن مسؤول المصلحة المتعاقدة، يراعي عند تعيينه لأعضاء هذه اللجنة معايير الكفاءة والخبرة والدراية، لأن أساس عمل هذه اللجنة تقني بحت.¹ وتقوم هذه اللجنة حسب التعديل الجديد، بمهمة تحليل العروض وبدائل العروض عند الاقتضاء، من أجل إبراز واستخلاص الاقتراحات، التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية، فتقوم اللجنة باستبعاد العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، وتعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين، على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط.

تقوم هذه اللجنة في مرحلة أولى بتقييم العروض التقنية، فتقضي العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، منها على سبيل المثال العروض التي لم تحصل على النقطة الإقصائية المطلوبة، وتعمل على تحليل العروض التقنية المتبقية، وتقوم في مرحلة ثانية بدراسة العروض المالية، ويتم انتقاء العرض الذي يستجيب للشروط المذكورة في دفتر الشروط، كما يمكن لأعضاء اللجنة أن يقترحوا على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول إذا كان يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، أو يرتب هيمنة المتعامل المقبول على السوق، ويجب أن يبين في هذه الحالة، حق رفض عرض من هذا النوع في دفتر شروط المناقصة.

ونشير إلى أن المعيارين اللذين حددهما المرسوم الرئاسي 10-236 لاختيار المتعامل المتعاقد، وهما السعر الأقل والأحسن اقتصادياً، هما نفسهما قد تبنتهما اللجنة الوطنية للصفقات العمومية²، ونرى أن معيار العرض الأحسن اقتصادياً جاء بصفة واسعة، وربما ما تراه لجنة من اللجان أحسن اقتصادياً قد لا تراه غيرها كذلك، لاسيما وأن عمل هذه اللجنة تقني مالي فني محض، وتثير عملية الرقابة الداخلية، وبالتالي تطرح معايير اختيار المتعاقد مع الإدارة، إشكالات قانونية عديدة³.

ويتم الاختيار من الجانب المالي بعد التقييم المالي للعروض، حيث يشترط على المتعهدين تقديم الوثائق التي تبين وضعيتهم المالية، ومن بينها خبرة المتعهد حول موضوع الصفقة، ومستوى تعهداته وارتباطاته بإنجاز صفقات أخرى، إضافة إلى جرد أو عرض لمختلف الوسائل المادية والبشرية الضرورية لتنفيذ موضوع الصفقة، كما تتأكد اللجنة من وضعيته المالية إزاء الغير، فقد يكون المرشح لدينا وله التزامات سواء مع الغير أو مع إدارة الضرائب، وغيرها من المؤسسات العمومية الأخرى كهيئة الضمان الاجتماعي على سبيل المثال.

في المرحلة السابقة على إعلان الصفقة، والأمر نفسه بالنسبة لزيادة الأشغال والخدمات لكونها تتم في مرحلة تنفيذ الصفقة، لذلك فلا داعي لتناولها في آليات الرقابة.

¹ - المادة 125 من المرسوم الرئاسي 10-236.

² - القرار الصادر عن هذه اللجنة بتاريخ 30-09-2002 تحت رقم 215\02.

³ - أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، طبعة (01)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 43.

وتتمتاز المعايير المعتمدة من طرف المشرع الجزائري، لاسيما فيما يتعلق بمعيار العرض الأحسن اقتصاديا بالبساطة والغموض، وذلك عكس التشريعات المقارنة، ففي فرنسا مثلا نص المشرع الفرنسي، في إطار تقويم العروض لاختيار العرض المناسب، على عشرة (10) معايير، منها ما يتعلق بكيفية الاستعمال، ومنها ما يتعلق بأجال التنفيذ، أو بقيمة العرض التقني، أو بالتكنولوجيا الحديثة، أو بالخصائص الفنية للعرض، أو بخدمة ما بعد البيع والصيانة، ثم الأقل سعرا، ومنه يمكن القول أن القرار الذي تتخذه لجنة تقييم العروض، هو مجرد قرار إداري لا ينعقد به عقد الصفقة العمومية، إلا بعد استكمال جميع الإجراءات، خاصة فيما يخص موافقة الجهة الوصية أو المسئولة عن إعطاء الموافقة، حسبما تقتضيه صفة وطبيعة المصلحة المتعاقدة طبقا للمادة 08 من مرسوم 2010.¹

وجدير بالإشارة في هذا الشأن، إلى أنه وعلى الرغم من أن دور أعضاء اللجنتين، يقتصر على تقديم اقتراحات للمصلحة المتعاقدة، بشأن اختيار المتعامل المتعاقد، أو الإعلان عن عدم الجدوى، وعلى الرغم من كونهم لا يتمتعون بصلاحيات اختيار المتعامل باعتبار كل لجنة عبارة عن هيئة مراقبة، ومع أن المصلحة المتعاقدة هي المسئولة عن إبرام الصفقة، فكثيرا ما يتعرضون للمتابعة القضائية في جميع القضايا المتعلقة بالصفقات العمومية، ذات الطبيعة الجزائية.

الفرع الثاني:

مرحلة تحرير عقد الصفقة العمومية

إن مرحلة تحرير الصفقة تعتبر مرحلة حاسمة في مجال إبرام الصفقة، ينجم عنها إرساء الصفقة على المتعاقد المقدم لأفضل عرض، نظرا لتوافره على الشروط والمواصفات المطلوبة، وبعد ذلك تأتي مرحلة اعتماد الصفقة من طرف الجهات المختصة لذلك الغرض، وهذا ما سنتطرق له:

أولا: مرحلة إرساء المناقصة:

بعد اختيار المتعامل المتعاقد الذي توفرت فيه الشروط، يتم الإعلان عن المنح الموقت للصفقة له، ونشر ذلك في الجرائد، ويمنح أجل 10 أيام لتظلم كل المتعهدين، وتبليغ المتعامل الذي تم اختياره بتخصيص الصفقة لفائدته.

ولا يتغير الوضع بخصوص هذا الإجراء، في مجال صفقة إنجاز الأشغال للمصلحة المتعاقدة، سواء قامت بمنح المشروع إلى متعامل واحد، أو قامت بتجزئته في شكل مجموعات منفصلة، ومنح المجموعة الواحدة لمتعاقد واحد، غير أنه لا يجوز الترخيص لها بذلك، إلا طبقا لدفتر شروط المناقصة، وهيكل رخصة البرنامج المحدد في مقرر التسجيل، الذي يعده الأمر بالصرف²، بشرط التخصيص في بنود العقد، أن المتعاملين يتصرفون متضامنين أو منفردين، ويلتزمون بالاشتراك في إنجاز المشروع.

¹- لجنة تقييم العروض هي الأخرى غير مختصة بالرقابة على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية، وذلك راجع إلى كون عمل هذه اللجنة يأتي بعد الإعلان عن الصفقة وتقديم المتعهدين لعطاءاتهم، أما عملية تقسيم الصفقة فتتم قبل الإعلان عن الصفقة، وكذلك الأمر بالنسبة لزيادة الأشغال والخدمات أو الملحق نظرا لكون اللجوء إليه يكون في مرحلة تنفيذ الصفقة.

²- المادة 13 من المرسوم الرئاسي 338/08 المذكور سابقا، والمادة 15 من المرسوم الرئاسي 10-236 التي غيرت في بعض الأحكام المتعلقة بالتجزئة.

وفي حالة اختيار متعامل أجنبي، يجب أن تتوفر فيه الشروط المحددة بقانون الصفقات العمومية لسنة 2010¹، التي أوجبت على المصلحة المتعاقدة، اختيار المتعامل الذي يقدم ضمانات ذات طابع حكومي و ضمانات حسن التنفيذ.

والضمانات الحكومية تتمثل في الأحكام، التي تدرج في إطار استعمال الغرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة، ومساهمة الهيئات المصرفية، أو هيئة التأمين ذات الصيغة العمومية، أو شبه عمومية في تمويل المشروع، أما الضمانات الملائمة لحسن التنفيذ، فتتمثل في الكفالات المصرفية المقدمة، التي يصدرها بنك أجنبي من الدرجة الأولى معتمد لدى بنك جزائري مختص، لضمان حسن تنفيذ المتعامل المتعاقد للصفقة.

ويجب أن تحتوي الصفقة على مجموعة من البيانات المحددة أيضا بنفس القانون،² وهي

المتمثلة فيما يلي:

(أ) البيانات الإلزامية:

لقد جاء المشرع بهذه البيانات، مؤكدا على إلزامية توفرها وذكرها في موضوع عقد الصفقة، وهذه البيانات الإلزامية تتمثل في التعريف الحقيقي والدقيق بالأطراف المتعاقدة، وبيان هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة وصفاتهم، مع تحديد موضوع الصفقة تحديدا دقيقا، وتحديد المبلغ المفصل والموزع بالعملة الصعبة والعملة الوطنية حسب الحالة، بالإضافة إلى ذكر وتحديد بنك محل الوفاء، وتبيان شروط التسديد، وتحديد الأجل الذي يتم تنفيذ الصفقة فيه، وذكر تاريخ إمضاء الصفقة ومكانه.

كما نصت المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10-236 على بند، يظهر بوضوح الشروط الاستثنائية، التي قد ينص عليها عقد الصفقة، ويتعلق الأمر بإعطاء الحق للمصلحة المتعاقدة، أن تفسخ الصفقة من جانب واحد، بعد توجيه إنذار للطرف المتعاقد بهدف الوفاء بالتزاماته، وهو ما لم يقرره المشرع في القانون المدني، لكن إلى جانب الفسخ الأحادي، أجازت المادة 113 من هذا المرسوم، اللجوء إلى الفسخ التعاقدية حسب الشروط المدرجة في الصفقة، وفي هذه النقطة تقترب الصفقة من العقد المدني، الذي يخول أطرافه أحقية الفسخ التعاقدية طبقا للمادة 120 من القانون المدني.

(ب) البيانات التكميلية:

بالإضافة إلى البيانات الإلزامية الواجب الإشارة إليها في كل صفقة عمومية، أضاف المشرع مجموعة من البيانات التكميلية، وأوجب توافرها هي الأخرى في الصفقة، بحيث يجب ذكر كيفية إبرام الصفقة، مع الإشارة إلى دفتر الأعباء العامة، ودفاتر التعليمات المشتركة، وشروط عمل المتعاملين الثانويين واعتمادهم إن وجدوا، مع ذكر إمكانية وكيفية مراجعة الأسعار، وكيفية قيد الرهن الحيازي

¹- بخصوص هذه الشروط راجع نص المواد 22 و23، 93، 94، 95، 96 من المرسوم الرئاسي 10-236.

²- بخصوص هذه البيانات، راجع نص المادة 62 من المرسوم الرئاسي 10-236.

في حالة طلبه، بالإضافة إلى تحديد نسب العقوبات المالية، وكيفيات حسابها وحالات الإعفاء منها، وكيفيات تطبيق القوة القاهرة.

وبالإضافة إلى الشروط التكميلية السابقة، يجب كذلك تبيان شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ، وشروط استلام الصفقة، مع النص في عقود المساعدة التقنية، على أنماط مناصب عمل، وقائمة المستخدمين الأجانب، ومستوى تأهيلهم والامتيازات المخصصة لهم، وذكر القانون الواجب التطبيق على المنازعات المحتملة الوقوع وكيفية تسويتها، كما يجب أيضا التطرق إلى شروط العمل، التي تتضمن احترام تشريع العمل، والشروط المتعلقة بحماية البيئة، والشروط المتعلقة باستعمال اليد العاملة المحلية.

ثانيا: مرحلة اعتماد الصفقة:

لكي تصبح الصفقة العمومية صحيحة ونهائية، يجب أن تتم الموافقة عليها من طرف السلطات المختصة، وهي المتمثلة في الوزير فيما يخص صفقات الدولة، وفي مسؤل الهيئة الوطنية المستقلة فيما يتعلق بصفقاتها، أو الوالي فيما يخص صفقات الولاية، وفي رئيس المجلس الشعبي البلدي، فيما يخص صفقات البلدية، وفي المدير العام أو المدير فيما يخص صفقات المؤسسات العمومية الوطنية والمحلية ذات الطابع الإداري، وفي المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وفي مدير مركز البحث والتنمية، أو مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، أو مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، فيما يخص صفقة كل منها، ويمكن للسلطات المذكورة أعلاه، أن تفوض صلاحيتها إلى المسؤولين المكلفين بتحضير الصفقة وتنفيذها.¹

ونلاحظ أن المشرع أخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية، المكلفة بانجاز مشاريع ممولة كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة، إلى أحكام قانون الصفقات العمومية، دون الإشارة إلى الشخص المكلف بالموافقة عليها، كونه لم يتم تعديل نص المادة 07 من المرسوم الرئاسي 250/02، وهذا سهو وقع فيه المشرع، غير أنه تداركه من خلال المرسوم الرئاسي 10-236، وجعل صفقاتها رهن موافقة الرئيس المدير العام، أو المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية.

نستنتج مما سبق أن عدم موافقة السلطات المختصة على الصفقة، رغم صدور قرار المنح المؤقت، يجعلها غير منعقدة، ومن ثم يثور التساؤل حول الآثار التي تترتب على رفض الموافقة.

فبالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية، نلاحظ أن المشرع لم يبين الأثر القانوني المترتب على عدم إمضاء الصفقة، غير أنه اشترط ذكر تاريخ ومكان إمضاءها، ومن ثم فإن التوقيع عليها يعد شرطا جوهريا وضروريا حتى تصح الصفقة وتصبح نهائية، وعليه فإن عدم التوقيع عليها، لا يترتب أي التزامات تعاقدية من الأطراف، وإنما يشكل تعسف في استعمال الحق، في حالة عدم تأسيسه على

¹- راجع المادة 08 من المرسوم الرئاسي 10-236.

أي سبب مشروع، يولد مسؤولية المصلحة المتعاقدة، في جبر الضرر الذي لحق المتعهد الذي تم اختياره مؤقتاً من طرف لجنة تقويم العروض.

وفي هذا السياق أوجبت المادة 07 من المرسوم الرئاسي 10-236 على المصلحة المتعاقدة، إبرام الصفقة قبل الشروع في انجاز الأشغال، إلا في حالة وجود خطر يهدد استثماراً ما، أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة، وذلك بترخيص من الوزير أو الوالي، الذي يحرر مقررًا معللاً، يسمح بالشروع في تنفيذ الأشغال قبل إبرام الصفقة، مع إرسال نسخة منه إلى الوزير المكلف بالمالية، غير أنه يجب إعداد صفقة تسوية خلال أجل 03 أشهر، تسري ابتداءً من الشروع في التنفيذ، مع عرضها على رقابة الهيئات المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات¹.

وبعد التوقيع على الصفقة من طرف الأطراف المتعاقدة، والتأشير عليها من طرف المصالح المكلفة بالرقابة، تدخل حيز التنفيذ بعد تبليغها للمتعاقد وإصدار له أمر بالخدمة.

¹- راجع المادة 07 من المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى.

الفصل الثاني

النظام القانوني لتقسيم وزيادة الأُسْعَال
والخدمات في الصَفَقَات العمومية:

الفصل الثاني:

النظام القانوني لتقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية

لما كانت الصفقات العمومية عقودا مكتوبة، فإن إبرامها يتم بواسطة إجراء المناقصة على اختلاف أشكالها، إذا كانت قيمتها تتجاوز العتبة المالية المنصوص عليها بموجب قانون الصفقات العمومية، وهي المحددة بمبلغ ثمانية ملايين دينار جزائري، بالنسبة لصفقات انجاز الأشغال واقتناء اللوازم، وبمبلغ يتجاوز أربعة ملايين دينار جزائري بالنسبة لصفقات تقديم الخدمات وانجاز الدراسات،¹ أما إذا كانت قيمة الصفقة لا تتجاوز تلك العتبة المالية، سواء بالنسبة لصفقات الأشغال والتوريد، أو صفقات الخدمات والدراسات، فإنه لا يستوجب إبرام صفقة عمومية، وإنما تبرم اتفاقيات أو عقودا إدارية بالتراضي بحسب أشكالها.

ويحتاج إبرام الصفقات العمومية إلى إجراء مسبق، يتمثل في قيام المصلحة المتعاقدة، بتقدير احتياجاتها الضرورية والفعلية، اعتمادا على مجموعة من المعايير والدراسات، بوصفها لازمة لتخصيص الاعتماد المالي، لتلبية المصلحة المعنية لهذه الاحتياجات، سواء تعلق الأمر بعمليات مركزية، إذا كان تنفيذها وتمويلها سيتم من طرف ميزانية الدولة، أو تعلق الأمر بعمليات غير مركزية، إذا كان تمويلها سيتم من طرف الولاية، أو من طرف الهيئات المتواجدة على مستواها، وقد أطلق قانون الصفقات العمومية على مقرر تخصيص الاعتماد المالي تسمية "رخصة البرنامج".

وعلى ذلك ووفقا لأحكام قانون الصفقات العمومية، فرخصة البرنامج هي التي يمكن أن تسمح بتقسيم أو تجزئة العملية إلى حصص منفصلة، إذا كان حجم الصفقة ضخما، يفوق القدرات المالية والتقنية لشركة واحدة فقط، ولا يمكن تنفيذه بتلك الكيفية، فيتم - حينئذ - ذلك التقسيم من طرف المصلحة المتعاقدة، بمقتضى دفاتر شروط بقدر عدد الحصص، وان كانت تلك الرخصة لا تسمح بتقسيم العملية إلى حصص، توجب تنفيذها بصفقة واحدة، على أساس دفتر شروط العملية الوحيدة ونتائج المناقصة أو الاستشارة.

ومع ذلك فاللجوء إلى تجزئة الصفقة إلى حصص منفصلة، هي عملية معقدة وشائكة، وكثيرا ما أدت في الواقع العملي إلى العديد من المنازعات، سواء أمام القاضي الإداري، أو أمام القاضي الجزائي، بالرغم من إجازتها بالشروط المنصوص عليها بالفقرة الثالثة من المادة 15 من المرسوم الرئاسي 10-236، وعلى ذلك فهي تحتاج إلى تبسيط، سواء من حيث الضوابط والقواعد التي تحكمها، أو من حيث الشروط التي وضعها المشرع لجوازها، وهي المسائل التي نتعرض لها من خلال مبحث أول.

¹ - المادة 04 من المرسوم الرئاسي 08-338 المعدلة للمادة 05 من المرسوم الرئاسي 02-250 والملغاة بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 في المادة 06 منه.

وعلى الرغم من قيام المصلحة المتعاقدة، بتقدير احتياجاتها الضرورية والفعالية مسبقاً، فقد يصادف تنفيذ الصفقة صعوبات لم تكن متوقعة، نتيجة خطأ في الدراسات أو زيادة في الأسعار أو غيرها، بما يؤدي إلى وجود زيادة في الأشغال والخدمات، يضطر الطرفان إلى القيام بها، بناء على أمر خدمة، وتسوى بملحق يدرج مبلغه مع مبلغ الصفقة الأصلية.

ويعتبر الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، نص عليه المرسوم الرئاسي 10-236 من خلال المواد 102 إلى 106، وكثيراً ما ترتبت عنه منازعات إدارية وجزائية، وبذلك فهو في حاجة إلى دراسة من حيث تحديد مفهومه وأنواعه، وشروط وإجراءات إبرامه، وهو ما نتعرض له من خلال مبحث ثان.

المبحث الأول:

الإطار القانوني لتقسيم الأشغال والخدمات.

إذا كنا قد أشرنا فيما تقدم، إلى أن إبرام الصفقة العمومية، يحتاج إلى التقدير المسبق للاحتياجات الفعلية للإدارة، كونه لازماً لتخصيص الغلاف المالي، وحسب مصدر التمويل، قد يكون مركزاً أو غير مركز، فقد يتم تحديد هذا الغلاف المالي لتلبية تلك الاحتياجات من الجهات المركزية، ومن الجهات غير المركزية، كما يمكن أيضاً ضم غلاف مالي كان مخصصاً لعملية ملغاة، إلى الغلاف المالي للعملية الجديدة، بموجب قرار من السلطة المختصة (الدولة أو الولاية).

وعلى ذلك فرخصة البرنامج هذه، تكون بموجب مقرر تسجيل لعملية واحدة أو مجموعة من العمليات، صادر من الجهة الممولة للعملية (مركزية أو غير مركزية)، يتم من خلاله تخصيص غلاف مالي للمخططات المرصودة من طرف المصلحة المتعاقدة.

إن مقرر التسجيل الذي يعده الأمر بالصرف المعني، هو الذي ينطوي على عدد العمليات التي تنفذ في إطار رخصة البرنامج، المتضمنة مقدار الاعتماد المالي المخصص، غير أن هذه العمليات المخصصة، يحدث وأن يتم تجزئتها بدورها إلى مجموعة من الحصص، نظراً لكونها ضخمة، ولا يمكن بذلك لمؤسسة واحدة من القيام بتنفيذها لوحدها، لعدم قدرتها المالية أو التقنية، أو بغرض تمكين المؤسسات الصغيرة من المشاركة في الصفقة¹، وبذلك فتح المجال للمنافسة، وهو الأمر الذي كثيراً ما اعتبرته جهات الرقابة القضائية، تهرباً من إبرام صفقات عن طريق إجراء المناقصة، وإتباع طريق التراضي، لكون الحد المالي للحصة الواحدة، لا يبلغ الحد المنصوص عليه في قانون الصفقات العمومية، فيتم بذلك منحها عن طريق إجراء التراضي.

ونظراً لما تقدم، فإن قانون الصفقات العمومية، نص على عدم جواز تجزئة العملية إلى حصص منفصلة، الذي يحول دون الدعوة إلى المنافسة، وقيد إمكانية التجزئة على الرخصة الممنوحة

¹)- CHRISTIAN Barrère, L'économie de marché peut-elle être gérée démocratiquement?, article publiée sur site internet Fondation Gabriel Péri : <http://www.gabrielperi.fr>. 18/02/2011.

في دفتر شروط المناقصة، التي قد تسمح بذلك، أو بناء على هيكل رخصة البرنامج، الذي يتم تحديده في مقرر التسجيل الذي يعده الأمر بالصرف.

وعلى ذلك فإن عملية تقسيم العملية الواحدة إلى مجموعة من الحصص، تقوم به المصلحة المتعاقدة من أجل الإسراع في تنفيذ الصفقة الضخمة، إذا كانت رخصة البرنامج تسمح بذلك، فتبادر بذلك إلى إعداد دفاتر شروط متعددة، على حسب عدد الحصص الناتجة، وتعلنها إلى الجمهور من أجل المنافسة، أما إذا قامت المصلحة المتعاقدة بإعداد دفتر شروط وحيد للعملية، فلا يجوز لها بعد ذلك القيام بتقسيم هذه العملية إلى مجموعة من الحصص، وإعداد دفاتر شروط مستقلة لكل حصة.

وعلى ضوء ما تقدم، ونظرا للصعوبات والمنازعات التي تنشأ عن عملية التجزئة، كان لزاما ونحن بصدد بحث الرقابة الممارسة على عملية التقسيم ومدى جوازها، أن نتطرق بشيء من التفصيل إلى الضوابط والقواعد التي تحكم عملية تقسيم الأشغال والخدمات إلى حصص منفصلة، وكذا شروط صحة التقسيم في مطلبين، الأول: نتعرض من خلاله للضوابط والقواعد التي تحكم عملية تقسيم الأشغال والخدمات، والثاني: نخصه لشروط تقسيم الأشغال والخدمات.

المطلب الأول:

الضوابط التي تحكم عملية تقسيم الأشغال والخدمات

إذا كنا قد أشرنا في الفصل الأول، إلى أن أول خطوة تقوم بها المصلحة المتعاقدة، في سبيل إبرام صفقة عمومية، هي تقدير احتياجاتها الفعلية، فإن هذا التحديد كثيرا ما يتم عن طريق دراسات مسبقة ودقيقة، تنجز قبل الوقت الذي تقرر فيه المصلحة المتعاقدة انجاز المشروع، سواء في حصة وحيدة أو في شكل مجموعة من الحصص، مراعية في ذلك المواصفات التقنية للمشروع، وطريقة انجازه، وحدود اختصاص لجان الصفقات العمومية.¹

ومن هذا المنطلق، ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول بشيء من التفصيل كيفية تحديد المصلحة المتعاقدة لاحتياجاتها، ثم نتناول في الثاني اعتبارات التقسيم.

الفرع الأول:

تحديد الحاجات:

ألزم قانون الصفقات العمومية لسنة 2010 المصلحة المتعاقدة، بتحديد وتقدير احتياجاتها الفعلية الراغبة في تلبيتها، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة العمومية،² وهذه المرحلة المهمة من حياة المشروع، تؤكدها المادة 48 من المرسوم الرئاسي 10-236، التي جاء فيها بأن ملف المناقصة، ينبغي أن يشتمل على وصف دقيق للخدمات المطلوبة، ومواصفاتها التقنية، والمقاييس التي يجب أن

¹ - SABRI Mouloud, Vulgarisation de la nouvelle réglementation des marches publics, (D.P n° 10-236 du 07/10/2010- JORA n°58), Ministère de l'Habitat et de l'Urbanisme, Office de Promotion & de Gestion Immobilière de la Wilaya de Jijel, février 2011, p23.

² - المادة 11 من المرسوم الرئاسي 10-236.

تتوفر في المنتجات أو الخدمات، وكذلك التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية، وعلى ذلك فتحديد الحاجيات المطلوبة للمصلحة المتعاقدة يمر بمسار طويل، تتحدد معالمه بإحصاء الحاجيات، وتحليل المعطيات، وضبط الحاجيات بدقة، وانجاز الدراسات المطلوبة.

أولاً: مرحلة الإحصاء والتحليل وضبط الحاجات:

تمثل هذه المرحلة حجر الزاوية، والمحور الرئيسي في تحديد الحاجيات المطلوبة، وتقوم على مجموعة من العناصر، تتمثل أساساً في إجمال الحاجيات المعبر عنها للسنوات الماضية، وتقييم الأهداف التي تم التوصل إليها، والنقائص المسجلة، وضبط مخطط التنمية، مع الأخذ بالحسبان التطور الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع.

أما في مرحلة التحليل، فتعمق الإدارة من عناصر تحليل الخيارات المختلفة، أخذاً بعين الاعتبار النتائج المسطرة، والعوائق المحتملة، ونوعية الخدمات أو الأشغال المطلوبة، وكذا تحديد كل الأطراف المتدخلين لانجازها، وطرق تقاضي جميع الإشكالات.

ولما يأتي دور ضبط وتحديد الحاجات، تكون الإدارة قد حددت برنامجها بدقة محددة، وتوضيح أهدافها وصلاحياتها، والجدول الزمني للأشغال والميزانية، ووضع آليات التنفيذ، والعلاقات مع المتدخلين والشركاء، مع تحديد أنواع الرقابة وتحديد الصعوبات المحتملة.

وعلاوة على ذلك، وأثناء الدعوة للمنافسة، قد تظهر الحاجة إلى معطيات تكميلية، تتضمن خصوصاً معايير الإنتاج والنوعية، والوقت الخاص بالانجاز وخيارات الموقع، والخيارات المختلفة والضوابط الإجبارية.

ثانياً: الدراسات المسبقة:

إن الدراسات المسبقة التي تقوم بها الإدارة، تسمح بتحديد دقيق للحاجيات المطلوبة، وتسمح باتخاذ القرار النهائي لتنفيذ المشروع، كما تؤمن تنفيذ انجاز المشروع بصفة سليمة من الأخطاء، وعليه يتعين القول أن الدراسات المسبقة تعد ضرورية لكل صفقة، لذلك يتعين أخذ الوقت اللازم الذي تقتضيه انجاز هذه الدراسات، وإعداد المخططات المطلوبة، لاتخاذ القرارات بكل وضوح.

ويتطلب إعداد تلك الدراسات، اختيار مكتب أو مكاتب الدراسات المؤهلة أو المختصة، بالنظر إلى طبيعة كل مشروع، والعمل على توافق الهيئة المتعاقدة مع مكاتب الدراسات، وتنصيب الدراسات عموماً على النجاعة، الملائمة، والتأثير على البيئة، والدراسة الجيوتقنية للأرض (بالنسبة لمشاريع الانجاز) بوصفها دراسات قبلية، وكذا انجاز باقي الدراسات الأخرى المختلفة.¹

أ) دراسة النجاعة والملائمة:

تعد الدراسة المتعلقة بالنجاعة ضرورية في حياة المشروع، وهي التي تسمح بالإجابة عن

¹ - هذه الدراسات هي الأخرى يتم منحها عن طريق مناقصة أو اتفاقية، وذلك بالنظر إلى العتبة المالية لهذه الدراسات والمحددة من خلال قانون الصفقات العمومية.

مجموعة من التساؤلات، تدور في الأساس حول ما إذا كان المشروع قابل للإنجاز أم لا، وفي حالة الإيجاب، ما هي الشروط التقنية والمالية لذلك؟ وهل هذه الشروط المطلوبة ممكنة ومنطقية؟ وفي أي نسق يكون المشروع قابلاً للإنجاز؟

أما بالنسبة لدراسة الملائمة، فعلى المستوى الاقتصادي والاجتماعي، تمكن هذه الدراسة من قياس أهمية ومردودية المشروع المراد انجازه، ويمكن بالتالي تحديد ايجابياته وسلبياته، كما تهدف هذه الدراسة لتحديد أهداف التنمية وإشباع الحاجات الاجتماعية.

(ب) دراسة تأثير المشروع على البيئة والدراسة الجيوتقنية:

وتهدف هذه الدراسة إلى ضمان عدم تأثير المشروع على البيئة¹ كما هي محددة من خلال المرسوم التنفيذي 07-145،² وتنصب هذه الدراسة على تحليل ودراسة موقع انجاز المشروع، وتحليل ودراسة تأثير المشروع على البيئة، وأخذ الاحتياطات الممكنة للحد أو الإنقاص من الأضرار، التي يمكن أن تنجر عن المشروع، حتى يمكن رصد الأموال الممكنة للتصدي لذلك، ومعرفة الأسباب التي من أجلها سن المشروع.³

وتخضع هذه الدراسة لتحقيق عمومي، ينتهي بقرار عن وزارة البيئة، يتضمن الموافقة أو رفض انجاز المشروع، وأن عدم القيام بمثل هذه الدراسة فعل مجرم قانوناً.

أما الدراسة الجيوتقنية للأرض، فتسمح بتحديد الخصائص الميكانيكية للأرضية، المراد انجاز المشروع عليها، وتوجه مثل هذه الدراسة صاحب المشروع لاختيار الأرضية المناسبة.

(ت) الدراسة القبلية والدراسات المختلفة للشبكات:

ويتمثل ذلك في المشروع التمهيدي المؤقت أو التقديمي، والمشروع التمهيدي المفصل، فالأول يهدف إلى تحديد الترتيبات واقتراح الأولويات، ومن ثم اقتراح صورة المشروع، بينما ينصب الثاني على تعميق الدراسة للحل المتوصل إليه.

وتوفر هذه الدراسة للمصلحة المتعاقدة، كل المعلومات الضرورية للمشروع، لا سيما الأهداف المرجوة من المشروع، والمهام والبرنامج الزمني لتنفيذه، والميزانية المطلوبة لذلك، والتنظيم والمراقبة.

أما الدراسات المختلفة للشبكات، فهي تمكن من حصر الشبكات الموجودة أو المطلوبة، ومن ثم إيجاد وسائل لتفاديها والمحافظة عليها، وتتم الدراسات بهذا الشأن مع الهيئات المختصة: (سونلغاز، البريد، الخ..).

¹- نص على هذه الدراسة القانون رقم: 83-03 المؤرخ في: 05/02/1983 المتعلق بحماية البيئة، الجريدة الرسمية عدد 06 المؤرخة في 08/02/1983، والملغى بموجب القانون 03-10 المؤرخ في 19/07/2003، الجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في 20/07/2003.

²- هو المرسوم التنفيذي 07-145 مؤرخ في 19 ماي 2007 يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفية المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، جريدة رسمية رقم 34 مؤرخة في 22/05/2007، وقد ألغى المرسوم التنفيذي رقم 90-78 الذي كان يستثني بعض الأشغال من دراسة التأثير، فنصت المادة 03 من هذا المرسوم على الأشغال التي لا تخضع لدراسات التأثير على البيئة، وجاء هذا المرسوم تطبيقاً للباب الخامس من القانون 83-03 المتعلق بحماية البيئة، وهو المرسوم التنفيذي 90-78 المؤرخ في 27 فيفري 1990 المتعلق بدراسات التأثير في البيئة، الجريدة الرسمية عدد 10 المؤرخة في 07 مارس 1990.

³- نصت على محتوى هذه الدراسات المواد 15 و16 من القانون 03-10، والمواد 130 إلى 132 من القانون 83-03 الملغى.

وللإشارة فإنه لا يوجد حالياً، أي تشريع منظم لمراقبة نوعية هذه الدراسات، وأن هذه الشبكات كثيراً ما تتجر عنها أضراراً، قد تكون محددة بعقد، قد يستند إليه في جبرها، وإن لم يوجد مثل هذا التحديد، يمكن اللجوء إلى إجراء الخبرة لتحديد جبرها، وعلى ذلك فمن مصلحة المصلحة المتعاقدة، ألا تباشر تنفيذ المشروع، إلا إذا كانت الأرضية تسمح بذلك بدون أي عائق.

ومما تجدر الإشارة إليه، هو أن المصلحة المتعاقدة، وبعد قيامها بإحصاء وتحليل وضبط الحاجات المراد تلبيتها، وقيامها بالدراسات اللازمة، التي من شأنها أن تسهل وتبسط للإدارة، العناصر التي تمكنها من تكوين رأي حول تنفيذ المشروع، بأسهل وأسرع طريقة ممكنة، يتوجب عليها خاصة في صفقات الأشغال، أن تباشر إجراءات اكتساب الأرضية، بحيث أن القانون يتطلب أن تكون المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، مالكة للأرضية المراد انجاز المشروع عليها، ويتم اكتساب أو الحصول على الأرضية وفقاً للقانون، إما بالتراضي عن طريق الشراء أو التبادل أو الهبة، أو بإجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية، وفي الحالة الثانية يسهر صاحب المشروع على احترام الإجراءات المنصوص عنها قانوناً¹.

ويتوجب على المصلحة المتعاقدة، قبل اللجوء إلى اكتساب الأرضية، أن تقرر ما إذا كانت تنوي تنفيذ المشروع في شكل حصّة وحيدة، أو في شكل حصص منفصلة، لأن قرار تخصيص الصفقة من عدمها، يبقى من اختصاص المصلحة المتعاقدة، التي تراعي في ذلك مجموعة من المعايير، بالنظر إلى طبيعة كل عملية، وأهميتها، والفوائد التي تحققها عملية التقسيم، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة، لأن المصلحة المتعاقدة ملزمة بتبرير هذا الاختيار، عند كل رقابة تمارس عليها من طرف السلطات المختصة.

إن لجوء المصلحة المتعاقدة، إلى عملية تقسيم الصفقة إلى حصص منفصلة، تحكمه مجموعة من الاعتبارات، يتوجب على المصلحة المتعاقدة، النظر إليها بإمعان وأخذها في الحسبان، وذلك بعد تحديد حاجاتها المراد تلبيتها، سواء من حيث طبيعتها، أو من حيث كميتها، بالاستناد إلى المواصفات التقنية، التي بنيت الدراسة على أساسها، وتكون هذه الاعتبارات ذات أهمية كبيرة في مواصلة إجراءات الإبرام².

الفرع الثاني:

اعتبارات تقسيم الأشغال والخدمات

إن لجوء المصلحة المتعاقدة، إلى تخصيص الصفقة إلى حصص منفصلة، هي عملية تتم في المرحلة التحضيرية للصفقة، والتي غالباً ما تتم بطرق مخالفة للقانون، للتهرب من الإجراءات المعقدة

¹- وذلك بموجب القانون رقم: 91/ 11 المؤرخ في: 27/ 04/ 1991 المحدد لقواعد نزع الملكية للمنفعة العامة، جريدة رسمية عدد 21 مؤرخة في 1991/05/08، ومنها الإشهار، تبليغ القرارات، احترام الأجل تقدير التعويض العادل المنصف والمسبق.

²- Ministère des Finances, Avis juridique N° 006859 MF/DGB/DRC du 09/12/2007, relatif si l'exigence de l'évaluation administrative par lots est obligatoire au stade de l'examen du cahier des charges qui prévoit l'allotissement du projet.

والطويلة، التي يفرضها قانون الصفقات العمومية، فيتم اللجوء إلى هذه الطرق غير القانونية، لتفادي إبرام صفقات عمومية كتابية بالمعنى القانوني، أو لتفادي عرض هذه الصفقات على اللجان المختصة بالرقابة، لذلك جاء قانون الصفقات العمومية، بمجموعة من الشروط أو الاعتبارات، يتوجب على المصلحة المتعاقدة، وهي بصدد اللجوء إلى هذا التخصيص مراعاتها، بما يؤدي إلى قطع الطريق أمام اللجوء إلى تلك الطرق المخالفة للقانون.

أولاً: الاعتبارات المتعلقة بحدود اختصاص لجان الصفقات العمومية:

ألزم المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة، عند لجوئها إلى تقسيم الصفقة أو تخصيصها، أن تأخذ بعين الاعتبار حدود اختصاص لجان الصفقات العمومية، على النحو المحددة بقانون الصفقات العمومية، وبالتالي يكون قد منع تقسيم الصفقة إلى حصص منفصلة، متى كان التقسيم يحول دون عقد صفقات عمومية كتابية، إخلالاً بضمان المنافسة والشفافية والمساواة بين المشاركين في تقديم العطاءات، أو يحول دون عرض الصفقات على لجنة الصفقات المختصة، وهو تقسيم قد يعرض ممثل المصلحة المتعاقدة إلى المتابعة الجزائية، على النحو الحاصل في القضية المنتهية بقرار مجلس قضاء جيجل الصادر عن الغرفة الجزائية بتاريخ 2010/12/14 تحت رقم 2010/4304.¹

وسعى إلى تجنب النتائج السلبية للجزئية الصفقة العمومية، وحرصاً على حسن استعمال الأموال العمومية، وإمكانية الحصول على أفضل الأثمان، بمفعول الكميات وضمان المنافسة النزيهة والشفافية، يتعين على المصلحة المتعاقدة، الأخذ بعين الاعتبار - لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات

¹ وتتلخص وقائع هذه الدعوى، في كون نيابة الجمهورية لدى محكمة جيجل، وبطلب افتتاحي مؤرخ في 2006/12/10، قد لاحقت المسمى (ع،ن) الذي يشغل منصب مدير ولائي لإحدى الهيئات الإدارية بعدة أفعال أهمها تلك المتعلقة بجنحة إبرام عقود وصفقات مخالفة للتشريع والتنظيم الجاري به العمل، بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير، الفعل المنصوص عنه بالمادة 01/26 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، بدعوى ارتكابه لوقائع منها تلك المتعلقة بقيامه، بتقسيم مشروع إنجاز ترميم بناية إدارية إلى 17 حصة في صانفة 2005، لا تتجاوز العتبة المالية لكل حصة الحد المالي المقرر لإبرام صفقة عمومية، وهو المقدر بمبلغ 6.000.000 دج بالنسبة لصفقة الأشغال نزولاً عند حكم المادة (06) من قانون الصفقات العمومية لسنة 2002، ومنحها لمعاملين بعقود مبرمة بالتراضي، وصلت القيمة الإجمالية لعملية ترميم تلك البناية الإدارية إلى مبلغ 55.572.569.62 دج.

غير أن ممثل المصلحة المتعاقدة، تمسك بأن الدراسة الإدارية المسبقة، قد اقتضت على حصر أشغال ترميم، لم تصل قيمتها إلى العتبة المالية المذكورة، فقام بإعداد دفتر شروط لها، وقام بمنحها بعقد مبرم عن طريق الاستشارة المحدودة، وأثناء تنفيذه ظهرت أشغال أخرى جديدة ومتجددة تحتاج إلى ترميم، وهي ليست من طبيعة الأشغال موضوع العقد محل التنفيذ، ولا يمكن إنجازها بملحق، مما اضطر إلى إنجازها بعقود أخرى مبرمة بنفس الأسلوب مع معاملين آخرين وفقاً لمعيار التخصص.

وبمقتضى حكم مؤرخ في 2010/10/03 تحت رقم 2010/1994، صرحت محكمة الدرجة الأولى ببراءة ممثل المصلحة المتعاقدة، وقد استندت في تعليل قضائها إلى أن أشغال الترميم المنجزة كان متعددة ومتجددة، وإن إنجازها بعدة عقود يتماشى وقانون الصفقات العمومية، وعناصر الجنحة محل المتابعة تبقى غير متوفرة.

وبناء على الاستئناف المثار ضد هذا الحكم من طرف وكيل الجمهورية لدى نفس المحكمة بتاريخ 2010/10/03، صرح مجلس قضاء جيجل بمقتضى قراره المؤرخ في 2010/12/14 تحت رقم 2010/4304 بتأييد حكم محكمة الدرجة الأولى، تعليلاً منه على أن الأشغال المنجزة بعنوان الترميم، كانت متعددة ومتجددة، وأن إنجازها يتطلب ذوي التخصص، وأن إتمامها في شكل 17 حصة لا تصل قيمة الحصة الواحدة إلى ستة ملايين دينار، لا يشكل تقسيماً للأشغال محل عملية الترميم، وأنه يتعين لقيام جرم إبرام عقد أو صفقة مخالفة للتشريع والتنظيم الجاري به العمل، أن يكون الغرض من وراء إبرام العقد أو الصفقة إعطاء امتيازات غير مبررة للغير، وهو العنصر الغائب في موضوع وقائع الدعوى، وتكون محكمة الدرجة الأولى قد أصابت لما صرحت ببراءة الملاحق من التهمة الموجهة له، وأن المجلس يقرر تأييد الحكم.

- للاطلاع على تفاصيل هذه الدعوى، انظر نص الحكم الصادر عن محكمة جيجل - قسم الجناح بتاريخ 2010/10/03 قضية رقم 2010/1994 فهرس أحكام قضائية رقم 2010/3562، وانظر أيضاً نص القرار الصادر عن مجلس قضاء جيجل - الغرفة الجزائية في نفس الدعوى بتاريخ 2010/12/14 قضية رقم 2010/4304 فهرس القرارات القضائية رقم 2010/4913.

العمومية- المبلغ الإجمالي للحاجات، أو القيمة الإجمالية لنفس العملية، فيما يخص صفقات الأشغال، وتجانس الحاجات فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات.¹

وعلى ذلك فإن كانت عملية تجزئة الصفقات العمومية إلى حصص، ترمي إلى جعل القيمة المالية لكل حصة، أقل من العتبة المالية لإبرام صفقة عمومية، أو أقل من الحد المالي الأدنى، المنصوص عليه بالنسبة لاختصاص كل لجنة من لجان الصفقات العمومية، بما يسمح للمصلحة المتعاقدة، أن تباشر الإجراءات المتعلقة بكل حصة على حدة، بصورة تحول دون عقد صفقات عمومية كتابية، توفر فرص المنافسة النزيهة وتضمن المساواة بين المتنافسين، أو تحول دون عرضها على لجان الصفقات المختصة، فهو تقسيم يشكل إخلالا بالمبادئ الأساسية للصفقات، وعلى ذلك منع المشرع الجزائري، تخصيص الحاجات بهدف تقادي حدود اختصاصات لجان الصفقات العمومية، المحددة بموجب الإجراءات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية.²

وتعد مثل هذه الأحكام الصريحة جديدة، بالنظر لقانون الصفقات العمومية لسنة 2002، بوصفه قد تضمن أحكاما يشوبها الكثير من اللبس والغموض، وهو أمر لم يعد له وجود في ظل مرسوم 2010، كونه قد أزال مثل هذا الغموض واللبس، الذي كان يكتنف مرسوم 2002، حيث فصل في كيفية التجزئة، وفي الأحكام والضوابط التي يجب مراعاتها من طرف المصلحة المتعاقدة، عند اللجوء إلى عملية التخصيص.

وبالتالي يكون قانون الصفقات العمومية، قد وضع حدا لطرق التلاعب بالمال العام، عن طريق اللجوء إلى تقسيم الصفقة، خاصة عندما نص على أن اختصاص لجان الصفقات بالرقابة على الحصص، يتحدد بالمبلغ الإجمالي لجميع الحصص.

فالمصلحة المتعاقدة متى رأت، بأن تقسيم مشروع ما إلى مجموعة من الحصص، فالعبرة هنا لتحديد اختصاص اللجنة المختصة بالرقابة، يكون -وعلى الدوام- بالمبلغ الإجمالي للمشروع، حتى ولو جزأته إلى مجموعة من الحصص، لا يصل الحد المالي لكل حصة إلى العتبة المالية الملزمة، لإبرام صفقة عمومية كتابية، وفي هذه الحالة يؤخذ في الحسبان المبلغ الإجمالي لجميع الحصص.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع فتح المجال للمتنافسين للمشاركة في حصة أو أكثر، إذ أن الحصة الوحيدة تخصص لمعامل متعاقد واحد فقط، أما إذا كانت هناك مجموعة من الحصص، فيمكن لمتعاقد واحد، أن يأخذ أو يتحصل على أكثر من حصة، وهو ما لم يكن موجودا في ظل المرسوم

¹- المادة 03/11 من المرسوم الرئاسي 10-236.

²- ولم ينفرد المشرع الجزائري بهذا المنع، بل أن المشرع التونسي كذلك منع تجزئة الطلبات، بصورة تحول دون إبرام صفقات عمومية، أو دون عرضها على لجنة الصفقات ذات النظر، انظر الفصل 8 من الأمر عدد 3158 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وجميع النصوص التي نقحته وتممته وخاصة الأمر عدد 2167 المؤرخ في 10 أوت 2006 والأمر عدد 1329 لسنة 2007 المؤرخ في 4 جوان 2007 والمنشور التفسيري عدد 28 لسنة 2007 المؤرخ في 20 جوان 2007، منشور في موقع الإنترنت للمرصد الوطني للصفقات العمومية في تونس "www.marchespublics.gov.tn".

الرئاسي 02-250¹، كما أن تقييم العروض في هذه الحالة يتم حسب كل حصة.

وتأسيساً على ما سبق، فإن قررت المصلحة المتعاقدة تجزئة الصفقة العمومية إلى حصص منفصلة، لا بد عليها أن تأخذ في الاعتبار إبرام صفقات كتابية، فلا تلجأ بذلك إلى التقسيم من أجل إبرام اتفاقيات، لا يصل حدها المالي إلى العتبة المالية المحددة من طرف المشرع، كما يجب عليها أيضاً أن تأخذ في الحسبان حدود اختصاص لجان الصفقات العمومية، حتى تخضع الحصص للرقابة، لأن العبرة بالمبلغ الإجمالي لجميع الحصص، وليس كل حصة على حدة، فلو كانت العبرة بكل حصة على حدة، لما خضعت ولا واحدة إلى الرقابة، ولسادت المحاباة بشكل لا يمكن تصوره.²

ثانياً: الاعتبارات المتعلقة بالمزايا التي تحققها عملية التقسيم:

بعد تقدير المصلحة المتعاقدة لاحتياجاتها، واختيار المشروع الذي تريد المضي في انجازه، قد تجد نفسها أمام مشروع ضخم، لا يستطيع أي متعهد انجازه على أتم وجه ضمن عملية واحدة، وهو اعتبار من شأنه أن يبرر عملية لجوئها إلى تجزئة المشروع إلى حصص، وقيامها بإسناد كل حصة إلى متعامل متعاقد، وهو تقسيم يحقق لها- ولا شك- فوائد مالية واقتصادية وتقنية، كما يؤدي إلى فتح مجال المنافسة الشريفة أمام المؤسسات الصغيرة.

وقد نص قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، على أن المصلحة المتعاقدة، هي التي تقوم بعملية التخصيص كلما أمكن ذلك، حسب طبيعة وأهمية العملية، ومراعاة للمزايا الاقتصادية والمالية والتقنية، وبذلك تكون سلطة المصلحة المتعاقدة في التقسيم ليست مطلقة، إذا رأت تحقيقها لفوائد من جراء التخصيص، ورأت توافر مجموعة من المزايا تعود عليها بالربح، فيما إذا قسمت الصفقة، وفي المقابل فإن لجأت إلى منحها على شكل صفقة واحدة، قد تكلفها خسائر مالية واقتصادية، وحتى الهدف المرجو من الصفقة لن يتحقق، بما يعني وأن عملية تقسيم الأشغال والخدمات من عدمها، يتوقف على قيام مثل هذه الاعتبارات المتعلقة بتحقيق مزايا، إما مالية أو اقتصادية، وإما تقنية أو اجتماعية.

وتكمن المزايا المالية التي تحققها عملية تقسيم الأشغال والخدمات، في الضغط على تكلفة انجاز المشروع، تبعاً لطبيعة الأشغال المحددة كما ونوعاً بالنسبة لكل حصة، بما يسمح للمصلحة المتعاقدة من تحقيق النجاح في إبرامها لصفقاتها العمومية، وتتمكن نتيجة ذلك من التعامل مباشرة مع المؤسسات الصغيرة والمتخصصة وبقيم مالية أقل، من تلك التي تتطلبها عملية انجازها ضمن صفقة واحدة، مما يجنبها دفع تكاليف إضافية، وبتعبير أدق فقيمة هذه الحصص، عادة ما تكون أقل من كلفة المشروع الكلية، فيما لو تم منحها في حصة واحدة فقط.³

¹- كانت المادة 12 من المرسوم الرئاسي 02-250، تنص فقط على أن المجموعة الوحيدة تخصص لمعامل واحد فقط، دون أن تنص على إمكانية حصول متعامل متعاقد واحد على أكثر من مجموعة.

²- ANONYME, Allotissement (CMP 2006-2010) et article 10 du code des marches publics français, article publier su le site internet : " www.marche-public.fr/CMP-2006/Allotissement.htm", 20/02/2011.

³- ANONYME, l'Allotissement des marches publics, article publie sur le site internet : " www.marche-public.fr/marches-publics/definitions/entrees/allotissement.htm", 20/02/2011.

أما بالنسبة للمزايا التقنية، فإن عملية التحصيل تمكن من مراعاة الإمكانيات البشرية والمادية، وقدرات المؤسسات المختصة لضمان مشاركة واسعة وجدية، تسمح بانجاز المشاريع طبقا لأحكام دفتر الشروط، فعند منح الصفقة في شكل حصة وحيدة إلى متعاقد واحد فقط، قد يكون غير مختص وغير مؤهل لانجاز كافة الأشغال المدرجة ضمن بنود الصفقة، أو أن القدرات التقنية لمؤسسته لا تستوعب حجم الصفقة، ويتشنت بذلك تنفيذ الصفقة.

وعلى ذلك فتحصيل المشروع، يسمح بإنجاز كل حصة من طرف مؤسسة متخصصة، فبناء مدرسة مثلا، قد يحتاج إلى منح البناء لمقاول، والنجارة إلى نجار متخصص، والدهن إلى مقاوله دهانه متخصصة، والتدفئة إلى مقاوله ترصيص متخصصة إلى غير ذلك، أما منح المشروع إلى متعاقد واحد فقط، فقد يؤدي إلى لجوئه للتعاقد من الباطن مع مؤسسات غير متخصصة، مما يؤدي إلى بطء وتيرة تنفيذ الصفقة، كما أن تنفيذ الصفقة قد لا يحقق الهدف المرجو.¹

أما فيما يخص المزايا الاقتصادية، فإن عملية التقسيم قد تحقق أرباحا ومدخرات في خزينة المصلحة المتعاقدة، لأن منح الصفقة في حصص منفصلة، إلى متعاملين متعاقدين متخصصين، يكون بمبالغ أقل من منحها في صفقة وحيدة، وذلك راجع لتخصص هذه المؤسسات الصغيرة، بحيث أن عروضها ستكون بطبيعة الحال منخفضة، غير أنه وفي بعض الحالات، ونتيجة عدم دقة الدراسات المسبقة، تظهر أشغال إضافية للحصة الوحيدة، المسندة للمؤسسات الصغيرة، بما يؤدي إلى الرفع من قيمة تلك الحصة، فيصبح مبلغها الإجمالي يفوق المبلغ المحدد للصفقة الوحيدة،² وهي حالات كثيرا ما تسببت في إثارة العديد من المنازعات حول قانونية التحصيل.

غير أنه ومما يخفف من أثر تلك المنازعات، أن قانونية عملية التحصيل، تبقى - وعلى الدوام - متوقفة على المزايا المتقدمة، إلى جانب المزايا الاجتماعية، وهي المتمثلة في مساعدة المؤسسات المتوسطة والصغرى، على المشاركة في تقديم عطاءاتهم وعروضهم الوطنية، كما يسمح بمشاركة المؤسسات الوطنية في حالة إبرام صفقات دولية.³

ومما تجدر الإشارة إليه، هو أن المرسوم الرئاسي 02-250، قد مكن المصلحة المتعاقدة من إسناد انجاز مشروع واحد إلى عدة متعاملين، بحيث أن كل واحد منهم يختص بانجاز قسم من

¹- ANONYME, Accès des petites entreprises aux marchés publics, article publié sur le site internet de la ministère des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales du France, 09/2007 : " www.pme.gouv.fr/essentiel/vieentreprise/marchespub/mar4.htm", 20/02/2011.

²- LE MONITEUR, Allotissement des marchés publics, Conclusion du marché en un lot unique permettant de procéder à des économies importantes, article publié sur le site internet : www.lemoniteur.fr, 21/02/2011.

³- المشرع التونسي كذلك ومن خلال الفصل 19 من الأمر عدد 3158 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وجميع النصوص التي نقحته وتمتمته، نص على وجوب مراعاة المصلحة المتعاقدة عند إعدادها دفتر شروط المناقصات، إمكانيات وطاقت المقاولين، كما أنها أوجبت توزيع الصفقة إلى حصص إذا تبين لها أن هذا التوزيع يساعد على مشاركة المؤسسات الوطنية أو يوفر فوائد مالية أو فنية أو اجتماعية، كما أن دفتر الشروط يضبط طبيعة كل حصة وحجمها.

المشروع، وذلك في حالة ما إذا اقتضت مصلحة العملية ذلك، وكذلك إذا ما نص دفتر شروط المناقصة، وهيكله رخصة البرنامج على ذلك، كما أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة، بتضمين دفتر الشروط بندا ينص على أن المتعاملين المتعاقدين يتصرفون مشتركين أو منفردين، ويلتزمون بالاشتراك والتضامن بإنجاز المشروع.¹

وإعمالاً للأحكام الواردة بهذا المرسوم، فالمشرع قد ألزم المصلحة المتعاقدة في مثل هذه الأحوال، بتضمين دفتر الشروط إمكانية تقديم العرض في إطار تجمع مؤسسات، شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة، إذا اقتضت مصلحة العملية ذلك، ويكون تدخل المتعهدين في إطار تجمع المؤسسات، في شكل تجمع بالتضامن أو بالشراكة، ويجب حينها تضمين الصفقة أو الصفقات عند التجزئة، بندا يلتزم فيه المتعاملون المتعاقدون، الذين يتصرفون مجتمعين بإنجاز المشروع بالتضامن أو بالشراكة.²

وعلى هذا الأساس، يكون المشرع الجزائي، قد خطى خطوة في مجال السماح للمؤسسات الصغيرة بالتضامن أو الشراكة فيما بينها، من أجل القدرة على الدخول في المنافسة على الصفقات، حتى ولو كان حجم هذه الصفقات كبيراً يفوق قدرات متعاقد واحد فقط، ويكون ذلك كله مراعاة لمصلحة العملية، وللمزايا التي تحققها الشراكة أو التضامن.

وما يمكن استخلاصه من هذه الأحكام الجديدة، أن لجوء المصلحة المتعاقدة، إلى تخصيص أو تقسيم الصفقة العمومية إلى حصص منفصلة، هي عملية تدخل في إطار اختصاصها الأصلي، غير أنها ليست مطلقة، فهي مقيدة بمجموعة من الاعتبارات، يجب عليها مراعاتها، بحيث أن قيامها بتخصيص الأشغال والخدمات، يجب أن لا يكون تهرباً من إبرام صفقات عمومية كتابية، لإبرامها على شكل اتفاقيات أو سندات طلبية، كما لا يمكنها تجزئة الصفقة، بغرض التهرب من عرض الصفقات أو الأجزاء المتحصل عليها من التقسيم، على لجان الصفقات المختصة في الرقابة، وبالإضافة إلى ذلك فإن لجوءها إلى التخصيص، ينبغي أن يكون وعلى الدوام قائماً على المزايا المالية والاقتصادية والتقنية، وحتى الاجتماعية والتي تحققها عملية التخصيص.

المطلب الثاني:

شروط تقسيم الأشغال والخدمات.

لم يجر قانون الصفقات العمومية لسنة 2002، للمصلحة المتعاقدة تخصيص الصفقة، منعاً للتلاعبات التي تمس وتضر بالمال العام إلا على سبيل الاستثناء، وبحسبه فلا يصح مثل هذا التقسيم إلا إذا تم النص عليه في دفتر الشروط، أو في مقرر هيكل رخصة البرنامج، ويكون المشرع بمقتضى هذا الاستثناء، قد خير بين النص على التقسيم في دفتر شروط المناقصة، أو في مقرر هيكل رخصة البرنامج.

¹- المادة 49 من المرسوم الرئاسي 250-02 الملغى.

²- المادة 59 من المرسوم الرئاسي 10-236.

غير أنه وبمقتضى التعديل الوارد بقانون الصفقات العمومية سنة 2008، فتقسيم الصفقة قد أصبح يقوم على دفتر شروط المناقصة، ومقرر هيكل رخصة البرنامج، كما هو محدد في مقرر تسجيل العملية، الذي يعده الأمر بالصرف المعني، أي أن هذا القانون قد اشترط لصحة تقسيم المشروع اجتماع الشرطين معا، بحيث يجب أن ينص على هذا التقسيم في دفتر الشروط، وفي مقرر هيكل رخصة البرنامج.

ولكون مثل هذه الشروط، كثيرا ما تسببت في الحيلولة دون تحقيق المصلحة المتعاقدة للمزايا المتقدمة، فالمشرع وبمقتضى مرسوم 2010 قد عدل عن تلك الشروط، في محاولة منه لتشجيع المصلحة المتعاقدة، على القيام بعملية تخصيص الصفقة العمومية إلى حصص منفصلة، كلما رأت بأن التقسيم يحقق مزايا مالية واقتصادية وتقنية، أو أن التقسيم يسمح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة من الدخول في المنافسة الشريفة على الصفقات، سواء لوحدها أو في شكل تجمع مؤسسات على شكل التضامن أو الشراكة، غير أنه قيدها بمجموعة من الاعتبارات يتوجب عليها أخذها بعين الاعتبار. كما أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة، عند إعدادها لدفتر الشروط أن تنص على حالة التقسيم، وفي الحالة الخاصة بميزانية التجهيز، ألزمها باحترام مقرر هيكل رخصة البرنامج، كما هي محددة في مقرر التسجيل، الذي يعده الأمر بالصرف في شكل حصص، وهذا راجع إلى ضخامة المبالغ الخاصة بميزانية التجهيز.¹

ونظرا للغموض الذي يكتنف هذا النص، سوف نتناول بشيء من التفصيل، كيفية النص على التخصيص من خلال دفتر الشروط، ومن خلال مقرر هيكل رخصة البرنامج في فرعين، الأول: يتناول تقسيم الأشغال والخدمات بناء على دفتر شروط المناقصة، والثاني: يتعرض لتقسيم الأشغال والخدمات بناء على هيكل رخصة البرنامج.

الفرع الأول:

تقسيم الأشغال والخدمات بناء على دفتر شروط المناقصة.

إن دراسة عملية تقسيم الصفقة، إلى مجموعة من الحصص بناء على دفتر الشروط، هي دراسة تتطلب منا أولا الإلمام بالأحكام العامة لدفتر الشروط، ثم بعد ذلك نتطرق إلى كيفية التقسيم بناء على دفتر الشروط.

أولا: الأحكام العامة لدفتر الشروط:

لما كان دفتر الشروط، يشكل الأساس القانوني لتقسيم الأشغال والخدمات، فإنه يحتاج إلى تعريفه وتحديد خصائصه من جهة، وإلى الإلمام بالوثائق الموجبة لإعداده من جهة أخرى.

أ) تعريف وخصائص دفتر الشروط:

نص قانون الصفقات العمومية لسنة 2010 على دفاتر الشروط من خلال المادة العاشرة، ومع

¹- المادة 15 من المرسوم الرئاسي 10-236.

إشارته لأنواع المختلفة لدفاتر الشروط، فإنه لم يتطرق إلى تعريفها.¹

1) تعريف دفتر الشروط:

يعرف الفقه دفاتر الشروط، بأنها "وثيقة إدارية مكتوبة، تحتوي على مجموعة الشروط التي تنفرد الإدارة بوضعها، أو تنصص على تحديد شروط تمييز المرفق وتوضيحه، وما يتصل بذلك من حقوق والتزامات كل من الإدارة والملتزم".²

والظاهر من خلال هذا التعريف، أن إعداد دفتر الشروط، يكون في مرحلة سابقة على مرحلة إعداد عقد الالتزام، وهو يعد كخطوة أولية للإعلان عن رغبة الإدارة في إبرام العقد، لا يكون للمتعامل أن يتعاقد مع الإدارة إلا بمقتضاه، وبذلك فبمجرد تقديمه طلب الاكتتاب، إنما يعني موافقته الضمنية على التعاقد، وفقا لما تضمنته كراسة الشروط من أحكام وشروط.

2) خصائص دفتر الشروط:

بالرجوع لتعريف دفتر الشروط المتقدم، يمكن القول بأن دفاتر الشروط، تتميز بمجموعة من الخصائص:

الأولى: تتعلق بالإعداد المسبق لدفاتر الشروط، ويقتصر دور المتعاقد على قبولها كما هي، ويرجع سبب هذه الخاصية، إلى ضرورة احترام الإدارة في التعاقد، للقواعد المنفردة المنصوص عليها في التشريعات واللوائح الإدارية، التي لا تستطيع الخروج عليها، ومنها تلك المتعلقة بدفاتر الشروط، بما يعني وأن هذه الدفاتر لا تقيد من حرية المتعاقد مع الإدارة فحسب، بل أنها تعد مفروضة حتى على الإدارة في حد ذاتها.

الثانية: تتعلق بالزامية دفتر الشروط للإدارة، ذلك أن الإدارة وعلى الرغم من أنها تستقل بدراسة الشروط مسبقا، إلا أنه ليس بإمكانها أن تعدل فيها أو تتحرر منها، لأنها لا تملك إلا في حدود معينة، الخروج على بعض الشروط، وفي بعض العقود التي تبرمها مع الأفراد، وهذه أحكام تبقى معاكسة لتلك المتعلقة بعقود الإذعان، التي يفرضها الطرف القوي بمطلب حريته، كما أن إلزامية دفاتر الشروط بالنسبة للمتعاقد، لا تكون إلا بالنسبة للمتعامل الذي يقبلها، ومن ثم يبدأ أثرها الفوري في السريان بمجرد توقيعها.³

الثالثة: تتعلق بخضوع دفاتر الشروط للشروط التعاقدية، التي تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهذه الشروط التي لا تمتد إلى كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، والتي يمكن الاستغناء عنها، فيما لو أن الإدارة قامت باستغلال المرفق العام بذاتها، والى جانب ذلك فهي تخضع للشروط اللائحية التنظيمية،

¹- نصت المادة 10 من المرسوم الرئاسي 10-236 على: "توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات وهي تشمل على الخصوص على ما يأتي: دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على كل صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات، الموافق عليها بموجب قرار وزاري مشترك ودفاتر التعليمات المشتركة، التي تحدد الترتيبات النقدية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال و اللوازم والدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني، دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة.

²- نبيل جوادي، مرجع سابق، ص 75.

³- محمد العربي، الصفقات العمومية -قوانين وتنظيمات، دار الملكية للطباعة والإعلام والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2001.

التي تملك الإدارة تعديلها في كل وقت، وفقا لحاجة المرفق العام موضوع الأشغال، وهي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين.

ب) الوثائق المكونة لدفتر الشروط:

بالرجوع للمادة العاشرة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، نجدها قد تضمنت النص على أن كل إبرام للعقود، يجب أن يكون مسبقا بإعداد دفاتر الشروط الثلاثة، التي يجب أن يتضمنها كل عقد تكون الإدارة طرفا فيه، بحيث نصت على أن دفاتر الشروط المحينة دوريا، توضح الشروط التي تيرم وتنفذ وفقها الصفقات، والتي تشمل خصوصا على دفاتر الشروط الإدارية العامة، المطبقة على كل صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات، الموافق عليها بموجب قرار وزاري مشترك، ودفاتر التعليمات المشتركة، التي تحدد الترتيبات النقدية المطبقة، على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني، ودفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة.

1) دفاتر الشروط الإدارية العامة:

تعرف دفاتر الشروط الإدارية العامة، أو ذات الموضوعات العامة، بأنها جزء أساسي من العقود الإدارية، لأنها تحدد الشروط التي تنطبق على جميع العقود، التي تبرمها وزارة معينة، والتي تقوم بإعداد دفتر الشروط مسبقا، دون حاجة إلى استشارة الأفراد أو المؤسسات الخاصة، وهي تصدر مثل هذه الدفاتر بموجب قرار وزاري.¹

كما تعرف دفاتر الشروط الإدارية العامة، بأنها عبارة عن وثائق ذات طابع لائحي، مما يجعلها تنتم بالطابع العام المجرد، وتقبل التطبيق على عدد غير محدود من العقود، وهي لذلك تلعب دورا كبيرا في تحديد إطار التزامات أطراف العقود الإدارية، لأنها حصيلة خبرات طويلة مرت بها الإدارة،² وتنقسم دفاتر الشروط الإدارية العامة إلى نوعين:

الأول: يتعلق بدفاتر الشروط الإدارية العامة، التي تحتوي على الأحكام ذات الطبيعة المالية والإدارية، والتي يمكن أن تطبق على العقود، التي تكون من طبيعة واحدة، وتتضمن هذه الدفاتر أشكال العقود وإجراءاتها وكيفية تنفيذها، وشروط العمل وزمنه، والغرامات والأعذار الناشئة عن القوة القاهرة، وكيفية فسخ العقود، بالإضافة إلى كيفية تسديد المستحقات، ومراجعة وتحيين الأسعار، وطرق فض النزاعات والخلافات.³

الثاني: يتعلق بدفاتر الشروط التقنية، والتي هي عبارة عن وثائق، تحتوي على الأحكام ذات الطبيعة التقنية للعقود التي هي من طبيعة واحدة، وتعتمد بمرسوم.

¹- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص 125.
²- مهندس مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، جامعة الحلبي الحقوقية، 2005، ص 434.
³- محمد الصالح فينش، القيود الواردة على حرية الإدارة عند تعاقدها، رسالة لنيل شهادة الماجستير فرع الإدارة المالية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بدون تاريخ، ص 95.

(2) دفاتر الشروط المشتركة:

تعرف دفاتر الشروط المشتركة، بأنها تلك الدفاتر التي تحدد الشروط التقنية المشتركة الخاصة بكل طائفة من الصفقات، وهي دفاتر تتم دفاتر الشروط الإدارية العامة، كما أنها تحدد بالنسبة لكل طائفة من الصفقات، كيفية تحديد السعر، وشروط تسديد التسبيقات والتخليص، ويجب أن يصادق الوزير المختص على دفاتر التعليمات المشتركة.¹

وعلى ذلك فدفاتر الشروط المشتركة، تشتمل على الشروط الخاصة، بنوع معين من العقود الإدارية، وهذا النوع من الدفاتر، يحدد الأحكام التنفيذية المطبقة على جميع الصفقات، التي هي من نوع واحد، وكثيرا ما تتعلق هذه الدفاتر بوزارة معينة، وتختص بنوع معين من العقود التي تبرمها تلك الوزارة.²

ولدفاتر التعليمات المشتركة أهمية قصوى، فهي تأتي في ترتيب حجية الوثائق العقدية، بعد محرر العقد ذاته، ولكن أهميتها تتناقص، عندما تكون الشروط الإدارية والمالية الخاصة، بالحالة التعاقدية محدودة وقليلة، حيث يعول في هذه الحالة على إدراجها ضمن بنود محرر العقد ذاته، أو يكتفي بذكرها في إعلان عن الإجراء، الذي سيبرم العقد على أساسه، وتنقسم هذه الدفاتر بدورها إلى نوعين، الأول يتعلق بدفاتر الشروط التقنية المشتركة والثاني يتعلق بدفاتر الشروط الإدارية المشتركة. وفي حالة غياب دفتر التعليمات المشتركة، المصادق عليه بقرار من الوزير المعني، فإن الشروط التقنية الخاصة للصفقة، تكون عموما في ملحق تقني لدفتر التعليمات الخاصة.

(3) دفاتر التعليمات الخاصة بكل صفقة:

تعد دفاتر التعليمات الخاصة بكل صفقة، أكثر الدفاتر تخصصا، بحيث يحتوي دفتر على الشروط الخاصة بكل عقد يراد إبرامه، فهذه الدفاتر إذن لها دور غير كلي، وبمعنى آخر فهذه الدفاتر تؤدي مهمة غير كلية، من شأنها تكملة الشروط، التي لا يمكن تحديدها من خلال نوعي دفاتر الشروط المتقدمة، يضاف إلى ذلك أن هذه الدفاتر، من شأنها أن تساعد في تعديل الأحكام الواردة بنوعي دفاتر الشروط المذكورة، بما يكيف شروطها وفقا لموضوع التعاقد المحدد، وذلك في الإطار المسموح به قانونا.³

وتأسيسا على ذلك فدفتر التعليمات الخاصة، هو وثيقة أساسية تحدد الشروط الإدارية الخاصة بكل صفقة، وانطلاقا من مبدأ الخاص يقيد العام، يمكن لهذا الدفتر، أن يضع استثناءات على القواعد العامة، التي يتضمنها دفتر الشروط الإدارية العامة، وهذا ما قرره قانون الصفقات العمومية، والذي اشترط أن تخضع مشاريع دفاتر الشروط للرأي المسبق للجنة الصفقات المختصة، قبل الشروع في الإعلان عن المناقصة، تماما مثلما تعرض الصفقات نفسها على هذه اللجان، والمقصود هنا هو دفاتر

¹- نبيل جوادي، مرجع سابق، ص 198.

²- محمد الصالح فنينش، القيود الواردة على حرية الإدارة عند التعاقد، مرجع سابق، ص 96.

³- نبيل جوادي، مرجع سابق، ص 201.

الشروط الخاصة بكل صفقة، والغرض من إخضاع دفاتر الشروط لهذه التأشيرة في إطار الرقابة الخارجية، هو التأكد من مطابقتها للقوانين والتنظيمات، مما يسمح باختيار أحسن شريك، وإبرام وتنفيذ الصفقة في ظروف جد ملائمة، وخاصة فيما يخص البند المتعلق بتخصيص الصفقة إلى عدة أجزاء، ومدى مطابقة التقسيم للتشريع الجاري العمل به.

ثانياً: كيفية تخصيص الصفقة بناء على دفتر الشروط:

إذا ما أردنا المقارنة بين قانوني الصفقات العمومية لسنتي 2002 و 2010، بخصوص المواد المتعلقة بتقسيم الصفقة،¹ لا تضح لنا بأن هناك اختلاف في الإجراءات المتبعة في عملية التقسيم، حيث أن المشرع قد شدد في اللجوء إليها، وأحاطها بقيود من خلال المرسوم الرئاسي 10-236، أكثر من تلك الواردة بالمرسوم الرئاسي 02-250، بحيث أصبحت عملية التقسيم، تتم بدفتر شروط وحيد، ومع ذلك فهي تحتاج إلى بعض التوضيح في الحالتين:

أ) التقسيم في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 02-250:

بعد عزم المصلحة المتعاقدة على تنفيذ مشروع معين، تقوم بالدراسات اللازمة التي تسمح بتنفيذه في أحسن الأحوال، بحيث تسند مهمة الدراسة التقنية والمالية، إلى مكاتب دراسات متخصصة، كونها هي الجهة المؤهلة لانجاز مثل هذه الدراسات، التي تتميز بمواصفات تقنية معينة، حسب طبيعة وحجم المشروع المزمع انجازه، وبعد انتهائها من هذه الدراسات التي يتعين أن تكون دقيقة، ولا تترك أي مجال للتأويلات، تقوم المصلحة المتعاقدة حينها بإعداد دفتر شروط، سواء على مستوى مصالحها التقنية، أو تقوم بإسناد مهمة إعداده إلى مكتب الدراسات الذي قام بتقييمه ودراسته.

وقبل أن تبدأ المصلحة المتعاقدة، بإعداد دفتر الشروط الخاص بالمشروع، تنظر إلى التقييم الإداري للمشروع الذي توصلت إليه الدراسة، وطبيعة المشروع وحجمه، والاعتماد المخصص له من خلال رخصة البرنامج، فإن اتضح لها بأن حجم المشروع وطبيعته، لا يتطلبان تجزئته ومنحه في عدة أجزاء إلى عدة متعاملين، تقوم بإعداد دفتر شروط واحد للعملية برمتها، تضمنه رسالة التعهد والتصريح بالاكنتاب، وجدول الأسعار الوحودية، والكشف الكمي والتقديري للأشغال موضوع الصفقة. وتقتضي دقة إعداد دفتر الشروط، تحديد الخدمات أو السلع المطلوبة، ومكان وزمان التسليم أو التركيب، والضمانات المطلوبة وأعمال الصيانة، كما يحدد دفتر الشروط الأشكال والأساليب المطلوبة، لتقدير مطابقة المنتج المطلوب، أو الأشغال المراد انجازها، كما يتعين تحديد المواصفات التقنية، وتوافق مخططات تنفيذ الصفقة مع المعايير العالمية بوضوح، كما تحدد الشروط العامة كالالتزامات المتعاقد، ومبلغ الكفالة، والتعويضات، والعقوبات، وشروط فسخ العقد، والتسبيقات التي يستفيد منها المتعاقد، حسب كل نوع من أنواع تسديد مبلغ الصفقة، ثم بعد ذلك تقوم المصلحة المتعاقدة بعرضه على لجنة الصفقات المختصة لرقابته ومنحه التأشيرة، ثم تعلنه إلى الجمهور من أجل التقدم بطلباتهم.

¹ - تم النص على تقسيم الصفقة في ظل مرسوم 2002 بالمواد 10 و 12 و 49، وفي ظل مرسوم 2010 بالمواد 11 و 15 و 59.

أما إذا رأت المصلحة المتعاقدة، بأن حجم المشروع ضخم، ولا يستطيع متعامل متعاقد أن ينفذه لوحده وفقا لما هو مسطر، أو رأت بأن بعض الأشغال، تحتاج إلى مؤسسات ذوي خبرة وتخصص، وأن إنجازها يحقق لها فوائد مالية واقتصادية وتقنية، كان لها تقسيمه إلى مجموعة من الحصص حسب اختيارها واحتياجاتها، كون المشرع قد أعطى لها الحرية في إبرام صفقة واحدة أو أكثر، لتحقيق هدف معين خاص بالتسيير والاستثمار، بحيث يتم تكريسه في شكل مجموعة وحيدة، أو في شكل مجموعات منفصلة، وهذه المجموعات المنفصلة يقصد بها صفقات متعددة منفصلة عن بعضها البعض، ويتم إعمالها في شكل حصص.¹

وبعد تقسيم الصفقة إلى حصص، تقوم المصلحة المتعاقدة بإعداد دفتر شروط مستقل خاص بكل حصة، وتعرض هذه الدفاتر على لجنة الصفقات المختصة لرقابتها والتأشير عليها، ثم بعد ذلك تقوم بإعلان كل دفتر شروط إلى الجمهور، بصورة مستقلة عن الدفاتر الأخرى الخاصة بكل حصة. إن دفتر الشروط الخاص بكل حصة، يجب أن يحتوي على الشروط والأحكام العامة، التي تحكم العلاقة التعاقدية المستقبلية، كما يجب أن يتضمن البيانات والوثائق السالفة الذكر، ويجب أن يكون موضوع هذا الدفتر أو تسميته بنفس تسمية الصفقة الأصلية، بالإضافة إلى رقم الحصة وموضوعها، وبذلك فإن المصلحة المتعاقدة، تضع في دفتر الشروط الخاص بكل حصة، الشروط التعاقدية التي سوف تطبق على هذه الحصة فقط، ولا تضع الشروط المطبقة على جميع الحصص، وعلى ذلك فالفارق هنا، يكمن في تسمية دفتر الشروط، مع تضمينه المادة المتعلقة بموضوع الصفقة، ورقم الحصة المراد تنفيذها وموضوعها من خلال هذا الدفتر المحصص.²

وتجب الإشارة إلى أن المرسوم الرئاسي 02-250، قد أغفل النص عن مدى إمكانية إسناد أكثر من حصة إلى متعامل متعاقد واحد، خلافا لما هو مقرر بالمرسوم الرئاسي 10-236، كما أغفل النص عن مدى إمكانية إسناد حصة واحدة إلى عدة متعاملين، إلا أنه نص على إمكانية اشتراك أو تضامن مجموعة من المتعهدين في إنجاز مشروع واحد، ويتم اللجوء إلى هذه الحالة، فيما إذا قررت المصلحة المتعاقدة، عدم تجزئة الصفقة ومنحها في صفقة واحدة.³

وإذا ما أردنا الرجوع لبعض التشريعات المقارنة، وتحديدًا إلى التشريعين الفرنسي أو التونسي، لوجدناهما أيضا قد اغفلا النص على بيان الطريقة، التي يتم على أساسها تجزئة الصفقة،⁴ غير أن

¹- أعطى المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة الحرية في اتخاذ قرارها بتجزئة الصفقة من خلال نص المادة 10 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، وكرسها أكثر من خلال نص المادة 12 من نفس المرسوم.
²- كأن تريد البلدية مثلا بناء مدرسة، وتقرر تقسيم هذا المشروع إلى مجموعة من الحصص منها الأشغال الكبرى كحصة والنجارة كحصة والدهن كحصة والترصيص كحصة، فيكون موضوع الصفقة هو بناء مدرسة بالمكان الفلاني، فتكتب المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط: "مشروع إنجاز المدرسة بالمكان الفلاني، الحصة رقم 1 أو 2 والمتعلقة بالنجارة مثلا.
³- هذا ما يستخلص من خلال نص المادة 49 من المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى.

⁴- Article 10 du Code des Marchés Publics français 2009 Version consolidée au 21 décembre 2008 : Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment

قانون الصفقات العمومية التونسي، قد نص على أن الدعوة إلى المنافسة، تكون على أساس جميع الحصص، مع فتح المجال للمتنافسين للمشاركة في حصة أو أكثر، وفقا لما تنص عليه كراسات الشروط، وعلى ذلك يستخلص أن المشرع التونسي، قرر إعداد دفتر شروط واحد لجميع الحصص، ويتم التخصيص في متته، بما يعني وأن عدد الحصص تظهر من خلال أحكامه، كما نص على أن دفتر الشروط، يتعين أن يبين وجوبا شروط المشاركة، وقواعد الإسناد، والعدد الأقصى للحصص الممكن إسنادها لمشارك واحد، وإذا لم يتسن إسناد بعض الحصص في إطار المنافسة التي تم تنظيمها، فإنه يتعين إعادة عرض الملف على لجنة الصفقات التي نظرت في الملف الأصلي.¹

(ب) التقسيم في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 10-236:

تعود سلطة تقسيم الصفة العمومية إلى مجموعة من الحصص، إلى المصلحة المتعاقدة التي يتحتم عليها تبرير اختيارها هذا، عند كل عملية رقابة تمارس على صفقاتها، كما تقوم بالتقسيم بالنظر إلى احتياجاتها الفعلية،² وكذلك الهدف المسطر الذي تسمو إلى تحقيقه.

إن عملية التقسيم من خلال المرسوم الرئاسي 10-236، جاءت مشددة بمجموعة من الشروط والإجراءات التي يجب على المصلحة المتعاقدة، أن تأخذها بعين الاعتبار عند اللجوء إليه، وهي بذلك عملية تختلف عما كان مقررا في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 02-250.

فبعد تقدير المصلحة المتعاقدة لاحتياجاتها الفعلية، وتحديد برنامجها، وتخصيص الاعتماد المالي بواسطة رخصة البرنامج للمشروع الذي ترمع اجزاه، تقرر ما إذا كانت تنوي تنفيذه في حصة واحدة أو في شكل مجموعة من الحصص، وذلك بالنظر إلى طبيعة وحجم المشروع، وكذلك الطريقة التي من

compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. Si le pouvoir adjudicateur recourt à des lots séparés pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent être regroupées dans un même lot. S'il recourt à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction. <http://www.marchespublicspme.com/>

¹- وهو الشيء الذي ذهب إليه قانون الصفقات العمومية التونسي من خلال المذكرة التفسيرية، بحيث نص على عرض جميع الحصص موضوع الطلب العمومي على لجنة الصفقات المختصة بصفة شاملة وموحدة ولا يمكن الالتجاء إلى طلب عروض يخص كل حصة على حدة، انظر: المذكرة التفسيرية رقم 28 لسنة 2007 المؤرخة في 20 جوان 2007 للفصل 19 من الأمر عدد 3158 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وجميع النصوص التي نقحت وتممته وخاصة الأمر عدد 2167 المؤرخ في 10 أوت 2006 والأمر عدد 1329 لسنة 2007 المؤرخ في 4 جوان 2007، منشور في موقع الإنترنت للمرصد الوطني للصفقات العمومية في تونس " www.marchespublics.gov.tn ".

²- المادة 15 من المرسوم الرئاسي 10-236.

خلالها قد تحقق أهدافها.

فإذا رأت بأن طبيعة وحجم المشروع، وكذلك الهدف المرجو منه، قد يتحقق من خلال صفقة واحدة فقط، فإنها سوف تقوم بإعداد دفتر شروط وحيد، تضمنه الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة، ثم تعرضه على لجنة الصفقات المختصة لمنحه التأشير، لتقوم بعد ذلك بإعلانه إلى الجمهور من أجل التقدم بعروضهم التقنية والمالية.

أما إذا رأت بأن حجم المشروع ضخم، ولا يستطيع متعامل متعاقد واحد أن ينفذه، وأن الأهداف المسطرة من جانبها، لا يمكن الوصول إليها إلا بعد تقسيم الصفقة، وأن هذا التقسيم فيه مزايا اقتصادية أو مالية أو تقنية، فإنها سوف تقوم بتقسيمه إلى مجموعة من الحصص حسب اختيارها. وعلى ذلك فلجوء المصلحة المتعاقدة، إلى تقسيم المشروع إلى حصص في ظل المرسوم الرئاسي 10-236، تحكمه مجموعة من الاعتبارات، بحيث أنه يؤخذ في الحسبان المبلغ الإجمالي للحاجات، فيما يخص صفقات الأشغال، وكذلك تجانس الحاجات فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات، حتى يتم تقادي التهرب من اختصاص لجان الصفقات المختصة.

وبحسبه فتقسيم الأشغال والخدمات، لا يتم إلا بإعداد دفتر شروط وحيد للصفقة، يتم من خلاله تقسيم الصفقة إلى مجموعة من الحصص، بحيث يكون موضوع دفتر الشروط تنفيذ الصفقة بأكملها، غير أنه وفي متن دفتر الشروط، يتم إدراج كل الحصص المقررة على الترتيب، أين يتم تخصيص جزء لكل حصة، والتي تتضمن أحكامها الخاصة بها.¹

وبذلك فإن دفتر الشروط الإجمالي لجميع الحصص، يضم كل حصة منفردة في جزء من ذلك الدفتر، والتي تتضمن شروط إبرامها وتنفيذها وموضوعها، والمبلغ المخصص لها إلى غيرها من الأحكام، بما يعني وأن المشرع الجزائري هنا، قد أخذ بنفس الأسلوب، الذي أخذ به المشرع التونسي. وبعد انتهاء المصلحة المتعاقدة من تحضير دفتر الشروط، الذي ينص على التخصيص، ويتضمن في متنه جميع الحصص الناتجة، يتم عرضه كما هو على لجنة الصفقات المختصة، التي تمنحه التأشير، وبعد ذلك يتم إعلانه إلى المتنافسين من أجل تقديم عطاءاتهم التقنية والمالية حول كل حصة، ويمكن لعارض واحد أن يشارك في أكثر من حصة، كما أن تقييم العروض يتم على أساس كل حصة منفردة، وكذلك الحال فيما إذا فاز عارض واحد بأكثر من حصة، فإن العروض تقيم على أساس كل حصة منفردة، ولا تقيم على أساس الحصص التي فاز بها في مجملها.

ومما تجدر الإشارة إليه، أنه وفي بعض الأحيان، يحدث وأن تقرر المصلحة المتعاقدة تنفيذ مشروع معين في شكل صفقة واحدة، وتعد لذلك دفتر شروط وحيد، تقوم بعرضه على لجنة الصفقات المختصة لمراقبته وإعطائه التأشير، غير أن لجنة الصفقات ترفض ذلك، وتقترح على المصلحة

¹- Ministère Des Travaux Public, Amendement de la réglementation des marches publics (décret présidentiel n° 10-236 du 07/10/2010), clauses nouvelles ou complémentaires a prendre en charge dans la cadre de la passation et l'exécution des marches publics, p 02, novembre 2011.

المتعاقد القيام بتقسيم المشروع إلى مجموعة من الحصص، وإعداد دفتر شروط واحد محصص، أو مجموعة من الدفاتر حسب عدد الحصص، على النحو المنصوص عليه بالمرسوم الرئاسي 02-250، فتقوم المصلحة المتعاقدة على إثر ذلك، بتغيير المواصفات وتقسيمه كما يجب، وعرضه مجددا على مديرية التخطيط للموافقة، وبعد ذلك يتم عرض الدفتر المحصص، أو دفاتر الحصص على لجنة الصفقات المختصة مرة أخرى لمنح تأشيرتها.

ومن كل ما سبق، يمكن القول بأن تقسيم الصفقة العمومية إلى مجموعة من الحصص، وإن كان يتم من طرف المصلحة المتعاقدة، فإن قانونيته تبقى مرتبطة بالأهداف المسطرة للمشروع، ومدى استجابته للمزايا المالية أو التقنية أو الاقتصادية المرجو تحقيقها، وهي المزايا التي يتعين تكريسها من خلال دفتر شروط وحيد للصفقة، يتضمن في محتواه جميع الحصص التي ترغب المصلحة المتعاقدة في تنفيذها، بحيث أن كل حصة تحتوي على الأحكام والشروط الخاصة لإبرامها وتنفيذها، وقبل إعلان ذلك الدفتر إلى المتنافسين، يتم عرضه أولا على لجنة الصفقات المختصة لرقابته ومنحه التأشيرة.

الفرع الثاني:

تقسيم الأشغال والخدمات بناء على هيكل رخصة البرنامج.

إذا كنا قد أشرنا فيما تقدم، إلى إلزامية النص على التخصيص من خلال دفتر شروط المناقصة عندما تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة، فإن المشرع الجزائري قد اشترط بالإضافة إلى ذلك، وفي الحالة الخاصة بميزانية التجهيز، بأن رخصة البرنامج كما هي محددة بموجب مقرر التسجيل، الذي أعده الأمر بالصرف المعني، يجب أن تتضمن النص على هيكله الحصص.¹

وقد كان المشرع ينص من خلال قانون الصفقات العمومية لسنة 2002، على عدم جواز تجزئة العملية، إلا بناء على دفتر شروط المناقصة أو هيكل رخصة البرنامج، وبذلك فقد كان لا يشترط أن يتم التقسيم في دفتر الشروط وهيكل رخصة البرنامج معا، وإنما يكفي لصحة التقسيم أن يتم إما وفقا لدفتر الشروط، أو وفقا لرخصة البرنامج، وفي اعتقادنا فقد صدرت كلمة "أو" سهواً، وذلك راجع إلى كون المشرع، سرعان ما تدارك هذا الأمر بمقتضى مرسوم 2008 المعدل لمرسوم 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، بحيث أصبح التقسيم يتم بناء على دفتر الشروط وهيكل رخصة البرنامج، كما هو محدد في مقرر التسجيل، الذي يعده الأمر بالصرف المعني، أي بتوافر الشرطين معا أو بنص الوثيقتين معا على التخصيص، بما يعني وأن تجزئة الصفقة أو العملية إلى حصص منفصلة، يجب أن تهيكّل في شكل حصص، في مقرر تسجيل العملية الذي يعده الأمر بالصرف، وفقا للتحديد الوارد في رخصة البرنامج.

وحتى يتسنى لنا فهم عملية التجزئة هذه، يتوجب علينا أولا معرفة رخصة البرنامج والمقصود منها وكيفية تخصيصها، ثم بعد ذلك نتطرق إلى مقرر التسجيل الذي يجب أن يهيكل في حصص.

¹ - المادة 03/15 من المرسوم الرئاسي 10-236.

أولاً: رخصة البرنامج:

تجب الإشارة بداية إلى أن المرسوم الرئاسي 10-236، لم يسمح بتقسيم الصفقة إلى حصص، إلا بالنسبة للعمليات المدرجة ضمن نفقات التجهيز العمومي للدولة، والتي تسجل في ميزانية الدولة على شكل رخص برامج، وتنفذ بواسطة إتمادات الدفع، وبذلك فرخص البرامج، تمثل الحد الأعلى للنفقات التي يؤذن للأمرين بالصرف استعمالها في تنفيذ الاستثمارات المخططة، وتبقى صالحة دون أي تحديد لمدتها حتى يتم إلغاؤها¹، كما أن إتمادات الدفع تمثل التخصيصات السنوية، التي يمكن الأمر بصرفها أو تحويلها أو دفعها، لتغطية الالتزامات المبرمة في إطار رخص البرامج المطبقة.²

وتأسيساً على ذلك فرخص البرامج، تكون خاصة بالنفقات المتعلقة بالتجهيزات العمومية المركزية، والمسماة "البرنامج القطاعي المركز"، ومع ذلك فإنها قد تكون أيضاً خاصة بالنفقات المتعلقة بالتجهيزات العمومية غير المركزية، والتي تتكون من برامج قطاعية غير مركزية، ومخططات التنمية البلدية.

أ) بالنسبة للبرامج القطاعية المركزية (P.S.C):

على الرغم من أن الهيئة المركزية للتخطيط، هي التي تتكفل بتسجيل، وإعادة تقييم، وغلق، وتغيير أحكام المشاريع المركزية، فإنها قد أصبحت حالياً، تقوم بها الوزارة المختصة حسب كل قطاع، أو تقوم بها الإدارات المتخصصة، أو المؤسسات التي تتمتع بالاستقلال المالي، ويتم اتخاذ التدابير السالفة الذكر، بالنسبة للإدارات المتخصصة، والمؤسسات المستقلة مالياً من طرف وزير المالية.

وحتى يتم الحصول على رخصة البرنامج، يتوجب عند تسجيل البرنامج المسطر بعنوان ميزانية الدولة للتجهيز، معرفة وتوفير دراسة تبين مدى إمكانية تنفيذ المشروع خلال السنة، وطريقة الانجاز المرتقبة، والعناصر التي تبرر الملاءمة الاقتصادية والاجتماعية، والأولوية الممنوحة لها، مع تقييم أثرها على ميزانية تسيير الدولة خلال السنوات المالية اللاحقة، بالإضافة إلى تقييم الكلفة بالعملة الصعبة مباشرة، مع الإشارة إلى كيفية تمويلها.³

وبعد ذلك، تبلغ مصالح الوزير المكلف بالمالية، البرامج القطاعية المركزية إلى الوزراء المختصين، وإلى مسؤولي المؤسسات التي تتمتع بالاستقلال المالي، وإلى الإدارات المتخصصة،

¹- وقد عرف الظهير الشريف المغربي الصادر بتاريخ 18 سبتمبر 1972 رخصة البرنامج على أن: "...تؤلف الترخيصات في البرامج الحد الأعلى للنفقات التي يؤذن للوزارة في رصدها لتنفيذ الاستثمارات المنصوص عليها في القانون، وتبقى هذه الترخيصات صالحة دون تحديد في المدة على أن يقع إبطالها، وتمكن مراجعتها لاعتبار تغييرات تقنية أو تغييرات في الأثمان، وتخضع مبالغ هذه المراجعات على وجه الأسبقية من الترخيصات في البرامج المفتوحة المستعملة، أو عند عدمها وعلى وجه الأسبقية من الترخيصات في البرامج الجديدة المفتوحة بموجب قانون مالي"، ولمزيد من التفصيل انظر: محمد الشيكار، الاقتصاد السياسي لتحديد أولويات الإنفاق العام بالمغرب، محاضرة ملقاء بالمؤتمر الدولي الخاص بتحليل أولويات الإنفاق العام للموازات العامة في مصر والدول العربية، القاهرة 25 - 26 ديسمبر 2009، غير منشورة.

²- المادة 06 من القانون 90-21 المؤرخ في 15 أوت 1990 والمتعلق بالمحاسبة العمومية، الجريدة الرسمية عدد 35 المؤرخة في 1990/08/13.

³- المادة 06 من المرسوم التنفيذي 98-227 المؤرخ في 13 يوليو 1998 والمتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، الجريدة الرسمية عدد 51 المؤرخة في 15 يوليو 1998.

بموجب مقرر برنامج، يبين رخصة البرنامج الموزعة، حسب كل قطاع فرعي من القائمة التي تغطي البرنامج الجديد للسنة، وتصحيحات كلفة البرنامج الجاري انجازها، ويبرز مقرر التوزيع في ملحقه رخص البرنامج، حسب كل مشروع، وحسب مضمونه المادي ومقاييسه، أو حسب أية مقاييس أخرى، إلى جانب المؤشرات الخاصة بالبرنامج الجديد، كما يتولى الوزراء المختصون، تبليغ الأعمال إلى الأمرين بالصرف الموضوعين تحت وصايتهم، في حدود المحتوى المادي الملحق بمقررات البرامج.¹

(ب) بالنسبة للبرامج القطاعية غير الممركزة: (P.S.D):

تخص هذه البرامج، برامج التجهيز المسجلة باسم الوالي، والتي يتم تبليغ رخصة برنامجها حسب كل قطاع فرعي من القائمة، بموجب مقرر برنامج من الوزير المكلف بالمالية، وذلك طبقاً لبرنامج التجهيز السنوي الذي اعتمده الحكومة، ويبرز هذا المقرر في الملحق، المحتوى المادي للبرنامج المعتمد، والمقاييس والمؤشرات الأخرى، كما تغطي رخصة البرنامج المبلغة، البرنامج الجديد للسنة، وضبط تكاليف البرنامج الجاري انجازه.²

وعلى ذلك الأساس، فإن البرامج القطاعية غير الممركزة للدولة، يتم تخصيص رخصة برامجها باسم الوالي، الذي يقدم لهذا الشأن احتياجات جميع الإدارات أو القطاعات التابعة له، وعند اعتمادها من طرف الحكومة، يتم تبليغها بقرار برنامج إلى الوالي من طرف وزارة المالية، ويتم توزيع ترخيصات البرامج من طرف وزير المالية، في شكل قطاعات جزئية، وتضمن محتوياتها المالية والمقاييس الأخرى في ملاحق.³

(ت) بالنسبة لمخططات التنمية البلدية: (P.C.D):

إن برنامج التجهيز التابع لمخططات التنمية البلدية، يتمحور حول الأعمال ذات الأولوية في التنمية، ومنها على وجه الخصوص، التزويد بماء الشرب، والتطهير، والطرق والشبكات، وفك العزلة،⁴ وبالتالي فهي لا تخضع إلى إجراءات النضج والتفريد، المطبقة على البرامج القطاعية الممركزة وغير الممركزة، وبذلك فإن إعدادها برنامجها، يتم من طرف المصالح الولائية المختصة، بعد استشارة المصالح التقنية المحلية المعنية، ثم يوزع طبقاً للقانون، حسب الأبواب وبلديات الولاية، مع تفضيل البلديات المحرومة، لا سيما المناطق الواجب ترقيتها.

وبذلك فإن مثل هذه البرنامج، يجب أن يخضع بدوره لرخصة برنامج شاملة حسب الولاية، بحيث يتم تبليغها من طرف الوزير المكلف بالمالية إلى الوالي، بعد التشاور مع الوزير المكلف بالجماعات الإقليمية، ثم يبلغ لكل بلدية عن طريق الوالي للتنفيذ، كما يتم تبليغ هذه الجهات بالقروض

¹- المواد 07 و08 من المرسوم التنفيذي 227-98.

²- المادة 16 من المرسوم التنفيذي 227-98.

³- Manuel de contrôle des dépenses engagées, le budget générale de l'état, les programmes sectoriels déconcentrés, Ministère Des Finances, direction générale du budget, année 2007, page 47.

⁴- المادة 21 من المرسوم التنفيذي 227-98.

الخاصة بتمويل المخططات البلدية للتنمية بموجب قرار¹.

ثانيا: مقرر التسجيل:

بعد تبليغ رخصة البرنامج، في شكل مقرر برنامج إلى الوزير المختص، أو إلى مسؤولي المؤسسات والإدارات المتخصصة، أو إلى الوالي، يقوم هؤلاء بتبليغ الأعمال إلى الأمرين بالصرف المعنيين، وبعد مرور كل هذه المراحل السابقة، يصبح المشروع ناضجا وقابلا للتنفيذ. فبعد أن يتم إعداد دفتر شروط المناقصة، وإعلانه إلى المتعهدين الذين يتقدمون بطلباتهم، وبعد أن يرسى المشروع على متعهد واحد، يتم تقديمه من أجل التسجيل، لدى الوزير المختص أو مسؤولي المؤسسات والإدارات المتخصصة أو الوالي.

ويشترط في الملف التقني للمشروع المطلوب تسجيله، أن يشتمل على عرض للأسباب التي استندت إليها المصلحة المتعاقدة لانجاز هذا المشروع، وعلى بطاقة تقنية للمشروع، تتضمن على وجه الخصوص، المحتوى المادي، والكلفة بالدينار، وبالعملة الصعبة، وبرنامج الانجاز والمدفوعات، وكذلك دراسة تبين مدى إمكانية التنفيذ ودراسة الأثر، وإستراتيجية الانجاز طبقا للمخطط الوطني، مع مراعاة التنسيق والترابط بين القطاعات، وتقدم أيضا تقريرا تقييما لمختلف المتغيرات، ويقدر البدائل الموجودة عند الاقتضاء، بالإضافة إلى نتائج المناقصات، وتقييم الكلفة الإجمالية للمشروع بالعملة الصعبة وطريقة تمويلها.

وبعد تقديم الملف التقني للمشروع، يقوم الوزير المختص، أو مسؤولي المؤسسات والإدارات المتخصصة بدراسة الملف على أساس الوثائق والمعلومات المقدمة، ويتم اعتماده من طرفهم، بحيث يترتب على هذا الاعتماد للمشروع، إصدار مقرر التفريد، أو كما يسمى أيضا مقرر التسجيل باسم الأمر بالصرف.

مع الملاحظة بأن مقرر التسجيل، يجب أن يستند في إعدادهِ إلى قواعد محددة، كما أنه يجب أن يشتمل على مجموعة من المكونات نذكرها فيما يلي:

أ) إعداد ووضع مقرر التسجيل:

بالنسبة للمشاريع أو البرامج الممركزة، فإن تفريدها يكرس بموجب قرار صادر من طرف الوزير المختص، أو من المسؤول المختص، باسم الأمر بالصرف المكلف بالانجاز، مع مراعاة المحتوى المادي، ورخصة البرنامج المتصلين بذلك، والملحقين بمقرر البرنامج، فيما أنه وبالنسبة للإدارات المتخصصة، وباقي المؤسسات الأخرى التي تتمتع بالاستقلال المالي، فيمكن لوزير المالية أن يتخذ عند الحاجة مقرر التفريد.

ويتضمن مقرر التسجيل المحتوى المادي لمقرر البرنامج، بحيث توزع رخصة البرنامج على

¹)- Manuel de contrôle des dépenses engagées, le budget générale de l'état, les plans communaux de développement, Ministère Des Finances, direction générale du budget, année 2007, page 49.

حسب التقدير المالي للمشروع، ويكون هذا التوزيع ثابتا ومحددا، حسب نتائج المناقصة أو الاستشارة، وهذا يعني أن المبلغ الحقيقي والثابت للمشروع، يكون قد تم تحديده، وأنه سوف يسجل أو يفرد على أساس التكاليف الحقيقية، لا على أساس التكاليف الجزافية أو التقريبية.

أما بالنسبة للمشاريع أو البرامج غير المركزية، ومخططات التنمية البلدية، فإن تفريدها يتم من طرف الوالي، بعد أن تبلغ المشاريع الاكتمال الكافي، الذي يسمح بالانطلاق في انجازها خلال السنة، ويتعين حينها توفير الأرض التي يقام عليها البناء، والدراسات والعناصر التي تثبت جدوى المشروع وتقييمات المشروع حسب نتائج الدراسات، وأجال الانجاز، والدفع ونتائج المناقصات أو الاستشارات،¹ ثم بعد ذلك يصدر الوالي مقرر التسجيل الخاص بالمشروع، حسب المبلغ الذي رست فيه المناقصة، فيكون بذلك هذا المبلغ هو الثابت بالنسبة للمشروع، ولا يأخذ حينها بالمبالغ الجزافية أو التقريبية.²

ب) مكونات أو محتويات مقرر التسجيل:

إن مقرر التسجيل الذي يعده الأمر بالصرف، سواء بالنسبة للعمليات المركزية أو غير المركزية، يجب أن يحتوي على مجموعة من المعلومات والبيانات، تتمثل أساسا في مواصفات المشروع التقنية المعدة مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة، وكلفته المالية التي تحدد وفقا لقرار إرساء المناقصة، وهيكل التمويل، واعتمادات الدفع المتعددة السنوات المرتقبة، وكذلك الاحتياجات المتعددة السنوات المرتقبة لاستيراد السلع والخدمات، والآثار المرتقبة التي يحدثها المشروع خاصة في مجال توفير مناصب الشغل، بالإضافة إلى الحصص من العملة الصعبة، وسعر الصرف المستعمل عند الاقتضاء، وأجال تنفيذ المشروع المحددة من خلال دفتر شروط المناقصة.

وترصد إعتمادات الدفع لصالح الوزراء المختصين، ومسؤولي المؤسسات التي تتمتع بالاستقلال المالي، والإدارات المتخصصة، والولاية، بموجب مقرر من الوزير المكلف بالمالية، حسب كل قطاع فرعي.

ويقوم بعد ذلك الوزير المختص، ومسؤولو المؤسسات التي تتمتع بالاستقلال المالي، والإدارات المتخصصة، أو وزير المالية عند الحاجة، بموجب مقرر بتوزيع هذه الإعتمادات حسب كل باب، كما يقوم الولاية بتوزيع إعتمادات الدفع هذه، حسب كل فصل بموجب مقرر، ويتم انجاز هذه العمليات على مستوى الميزانية والإدارة.

أما بالنسبة لاعتمادات الدفع المتعلقة بمخططات التنمية البلدية، فيتم تبليغها بصورة شاملة بموجب مقرر من الوزير المكلف بالمالية، ويكلف الولاية بعد استشارة المصالح الولائية المختصة، بتوزيع هذه الإعتمادات حسب الأبواب والبلديات، مع مراعاة توجيهات التنمية وأولوياتها.³

¹- المادة 17 من المرسوم التنفيذي 227-98.

²- Manuel de contrôle des dépenses engagées, le budget générale de l'état, Ministère Des Finances, direction générale du budget, année 2007, page 46.

³- المادة 22 من المرسوم التنفيذي 227-98.

ومما تجدر الإشارة إليه، هو أن مبلغ مقرر التفريد، أو كما يسمى أيضا مقرر التسجيل، يتحدد بناء على نتائج المناقصة أو الاستشارة، وهو يشمل بذلك إما العملية كلها، أو على الأقل جزء منها، بما يعني وأن المجموعة أو العملية الكلية، من شأنها أن تكون معزولة ومجزأة، وتقدم في شكل أجزاء لاحقة، ويمكن بذلك أن تكون موضوع تمويل.¹

وفي حالة تجزئة الصفقة أو العملية إلى مجموعة من الحصص، فإن مقرر التسجيل يجب أن يبين أو يخرج مبلغ كل حصة على حدة، ويتم ذلك بناء على محتويات وموضوع دفتر الشروط الذي قام بتجزئة الصفقة.

ومما يمكن استخلاصه من كل ما تقدم، أن مقرر التسجيل يجب أن يتم إعداده بناء على نتائج المناقصة، أو الاستشارة لتحديد مبلغ المشروع، أو الكلفة الإجمالية لمقرر التسجيل، فعند قيام المصلحة المتعاقدة بتقسيم المشروع إلى مجموعة من الحصص، من خلال دفتر شروط المناقصة، وتقوم بإعلانه إلى الجمهور كما هو محصص، وتقيم العروض على أساس كل حصة منفصلة، وبعد أن ترسي الحصص على المتعهدين، يتم إرسالها من أجل التسجيل، وفي هذه الحالة فإن مقرر التسجيل، يجب أن يبين في محتواه مبلغ كل حصة مفردة، وهذا ما قصده المشرع عندما نص على إلزامية هيكله رخصة البرنامج، كما هي محددة في مقرر التسجيل، الذي يعده الأمر بالصرف في شكل حصص.²

وعلى هذا الأساس، فإن مقرر التسجيل يخرج نصيب كل حصة مفردة من المشروع، الذي تم تقسيمه إلى مجموعة من الحصص، وذلك بالاستناد إلى نتائج المناقصات الخاصة بكل حصة، بالرغم من إعداد دفتر شروط وحيد للعملية ينص على هذا التخصيص.

¹- Manuel de contrôle des dépenses engagées, le budget générale de l'état, Ministère Des Finances, direction générale du budget, année 2007, page 47.

²- الأمرين بالصرف هم الوزير المختص والوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي ومسئولو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المعينون قانونا، وقد جاء ذكرهم بموجب المادة 26 من القانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية.

المبحث الثاني:

الإطار القانوني لزيادة الأشغال والخدمات.

إذا كانت المصلحة المتعاقدة، تتمتع بسلطة تعديل بنود الصفة العمومية بإرادتها المنفردة، فإن هذه السلطة تعد من أهم مظاهر تمييز العقد الإداري، عن غيره من عقود القانون الخاص، ويكون لها نتيجة ذلك سلطة تعديل سعر الصفة العمومية، سواء بالزيادة أو بالنقصان.

ذلك أنه وعلى الرغم من أن السعر الموضوع، عند إبرام عقد الصفة العمومية، يعد سعرا ثابتا وغير قابل للتعديل، وهو سعر يربط أطراف العقد، مادام ناتجا عن اتفاق إرادتهما، بحيث لا يمكن لأي طرف، أن يفرض على الطرف الآخر، تعديل الأسعار المتفق عليها بغير إرادته، فإن طبيعة العقد وقانون الصفقات العمومية، قد جعلتا سعر الصفة المتفق عليه، عرضة للعديد من التعديلات، التي قد تزيد فيه أو تنقصه، وهو تعديل يمكن التفرقة فيه بين حالتين:

الأولى: تكون فيها قابلية السعر الأولي للتغيير، محل اتفاق بين طرفي الصفة العمومية، وهي حالة تفرض النص على مراجعة السعر للتغيير ضمن بنود العقد، فيمنح للأطراف المتعاقدة، الحق في إعادة تحديد ووضع قيمته، عند تغير الظروف المحيطة بإنجاز الصفة، وذلك إما عن طريق تحيين الأسعار، وإما عن طريق مراجعتها، وهذه حالة كثيرا ما لا تترتب عنها أية منازعات، تخص الزيادة في الأشغال والخدمات.

الثانية: لا تكون فيها قابلية السعر الأولي للتغيير، محل أي اتفاق من الطرفين، وغير منصوص عليها في العقد، بل أن تعديل سعر الصفة، قد يكون إلزاميا وظروف خارجة عن نطاق إرادة أطرافها، كحدوث ظروف طارئة، تجعل من تنفيذ الصفة بالسعر الأولي المتفق عليه أمرا مستحيلا، كظهور أشغال أو خدمات إضافية، لم تكن متوقعة عند إبرام الصفة، فيضطر المتعامل المتعاقد عندها، إلى إنجازها بناء على أمر خدمة جديد، صادر من طرف المصلحة المتعاقدة، ويتم تسويتها بواسطة ملحق، بما يؤدي إلى حدوث ارتفاع في أسعار الصفة، وهي حالة كثيرا ما تترتب عنها منازعات متعلقة بالزيادة في الأشغال والخدمات.

لذلك نجد قانون الصفقات العمومية، قد تضمن النص على الملحق في العديد من مواد¹، أجازت للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى إبرامه، لتسوية وضعية مثل هذه الأشغال والخدمات، معتبرة إياه بأنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفة، وجعل اللجوء إليه مرتبنا بتوافر مجموعة من الشروط، وبذلك فهو يبقى في حاجة إلى إعطاء تعريف له وتحديد أنواعه المختلفة، وشروط اللجوء إليه، وإجراءات إبرامه، وهو ما نتعرض له في مطلبين، الأول: يتناول مفهوم زيادة الأشغال والخدمات، والثاني: نحدد من خلاله شروط زيادة الأشغال والخدمات، وإجراءاتها.

¹ - المواد من 102 إلى 106 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والمواد من 89 إلى 93 من المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى.

المطلب الأول:

الملحق كآلية لزيادة الأشغال والخدمات

خلافًا للأحكام العامة المتعلقة بالعقود المدنية، حيث يسود مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون¹، فالنصوص المنظمة لقانون الصفقات العمومية، تقضي بأن المصلحة المتعاقدة ومع أنها طرف في العقد، فإنها تملك سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة، سواء بطلب زيادة الخدمات أو إنقاصها، كما يكون لها طلب إنجاز أشغال إضافية، عن طريق إبرام ملحق (un avenant)، بوصفه وثيقة تعاقدية تكميلية، يمكن إدخال فيها تعديلات ذات طابع تقني، أو إداري أو مالي، على أن لا يؤدي ذلك إلى تعديل موضوع الصفقة تعديلاً جوهرياً، أو لا يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، وتسويته أثناء فترة تنفيذه، التي لا يجوز أن تتعدى الآجال القانونية المحددة بثلاثة أشهر.

يضاف إلى ذلك فالأشغال التي يمكن اعتبارها كأشغال إضافية، يجب أن تكون مشابهة للأشغال الأساسية الواردة في عقد الصفقة، كأن تكون من نفس نوع وجنس الأشغال الأساسية، بحيث تكون الزيادة في الكمية، أو في حجم الصفقة، قابلة للتنفيذ أو المحاسبة مالياً مع المتعاقد الأصلي، عن ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس من الأشغال الإضافية المماثلة للأشغال الأساسية¹.

وقد اعتد قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، بنوع وجنس الأشغال، في مجال التمييز بين الأشغال الإضافية، والأشغال الخارجة عن نطاق العقد، معتبراً هذه الأخيرة بمثابة أشغال جديدة، أو أشغال متميزة عن الأشغال الأساسية، بما يعني أن الأشغال المعتبرة أشغالا إضافية، هي كل الأشغال المشابهة تماماً للأشغال الأصلية، وتكون امتداداً لها.

وقد ميز القضاء الفرنسي الأشغال خارج نطاق العقد، عن الأشغال الإضافية، فاعتبر أن الأعمال خارج نطاق العقد، هي تلك الأعمال الغريبة عن موضوع الصفقة، أو تلك التي لا تشبه في شيء الأعمال المنصوص عنها في الصفقة، أما الأعمال الإضافية فهي المنجزة خارج التنفيذ الدقيق للالتزامات التعاقدية، إلا أنها مرتبطة مادياً بهذه الالتزامات، حيث تكون عادة إضافية وأياً كان مصدرها، سواء بأمر من الإدارة أو بمبادرة من المقاول.

ولكون قانون الصفقات العمومية لسنة 2010² قد نص على تسوية مثل هذه الأشغال الإضافية عن طريق ملحق، معتبراً إياه وثيقة تعاقدية، فإن إبرامه كثيراً ما تسبب في العديد من المنازعات ذات الطبيعة الإدارية أو الجزائية، وهو على هذا الأساس يحتاج إلى تعريفه وبيان أنواعه المختلفة له، وهو ما نتطرق إليه من خلال فرعين، الأول: ندرس من خلاله تعريف الملحق، والثاني: نتعرض فيه لأنواع الملاحق.

¹ - نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص 590.
² - المواد 103 و 106 من المرسوم الرئاسي 10-236.

الفرع الأول:

تعريف الملحق

يظهر من خلال الرجوع لقانون الصفقات العمومية لعام 2010، وأن المشرع قد تعرض لتعريف الملحق بالنظر للمواد التي أفردتها له، من خلال سرد شروطه، أما الدراسات الفقهية التي تعرضت له فهي منعدمة، لذلك فتعريفه قد لا يكون ميسورا.

ذلك أنه وبالرجوع لقانون الصفقات العمومية لسنة 1956¹، نجده قد نص على أن "الملحق يحدد بنود العقد النهائية، بما في ذلك السعر النهائي، أو على الأقل الظروف الدقيقة للتقرير، في موعد لا يتجاوز الثلث الأول من مدة التنفيذ المحددة، وتحسب هذه المدة من انقضاء فترة البدء المنصوص عليها"²، والمشرع - كما هو ظاهر - من خلال هذا النص، لم يتطرق إلى تعريف الملحق، وإنما اكتفى فقط بذكر أسباب اللجوء إليه، كونه يقوم بتحديد بنود العقد النهائية، والسعر النهائي للصفقة، وكذا المدة التي ينجز فيها الملحق، وهي الثلث الأول من مدة التنفيذ المحددة.

أما بالنسبة للأمر 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، فهو بدوره لم يتضمن النص على الملحق بصفة منفصلة، بل أشار إليه في مجموعة من النصوص، منها تلك المتعلقة بالرقابة الخارجية للجان الصفقات العمومية، وعلى ذلك فهو بدوره لم يتعرض إلى وضع تعريف للملحق، ولا إلى شروطه أو أنواعه.

غير أن المشرع ومن خلال المرسوم 82-145³، فقد خصص القسم الخامس من الباب الرابع للملحق، بحيث أجاز للمتعاقل العمومي أن يلجأ إلى إبرام ملاحق استثناء، والملحق في مفهومه يعرف بأنه: "وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، الهدف منها زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل شرط أو عدة شروط تعاقدية في الصفقة الأصلية"⁴.

وما يمكن ملاحظته من خلال هذا النص، أن المشرع قد اعتبر الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، كما قام بذكر الأسباب التي يمكن من خلالها اللجوء إليه، وهي المتمثلة إما في زيادة أو تقليل الخدمات، وإما تعديل شرط أو عدة شروط في الصفقة الأصلية.

وبالرجوع لمرسوم 1991⁵، يتضح وأن المشرع قد احتفظ بهذا التعريف الوارد بمرسوم 82-145، كما احتفظ بنفس التعريف في مختلف التعديلات، التي أدخلها على هذا القانون وإلى غاية إصداره للمرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية⁶.

¹- المرسوم رقم: 56-256 المؤرخ في 13 مارس 1956 المتضمن الصفقات الممنوحة باسم الدولة، المعدل بموجب المرسوم رقم: 167-59 المؤرخ في 7 جانفي 1959، ص 2562.

²- المادة 36 الفقرة 02 من المرسوم 56-256.

³- هذا المرسوم ينظم الصفقات العمومية التي يبرمها المتعاقل العمومي.

⁴- المواد 94، 93 من المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 افريل 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعاقل العمومي، السالف الذكر.

⁵- المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

⁶- المادة 89 من المرسوم التنفيذي 91-434، والمادة 90 من المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى، والمادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236.

حيث أن هذا المرسوم، قد عرف الملحق بأنه: "وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات، إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل بند، أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة"، فيما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة، على أنه: "يمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق، عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي"، ونصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: "مهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية، لم تكن متوقعة وخارجة عن إدارة الأطراف"¹.

وما يستنتج من خلال هذا النص، أن حق المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى إبرام الملحق، يبقى مرهونا بمجموعة من الأسباب، كحدوث زيادة أو نقص في الخدمات المتفق عليها بموجب بنود العقد الأولي، أو لعدم كفاية الأجل المحدد للتنفيذ وحتى لإنقاصه، وبالتبعية اللجوء إلى زيادتها أو إنقاصها حسب الحالة، أو من أجل تغيير نوعية المواد، أو اللوازم المستعملة في تنفيذ الأشغال، أو من أجل أحداث طارئة تغير في الأشغال المتفق عليها سلفا.

وبالتالي فالملحق بوصفه وثيقة تعاقدية، يجب أن يكون مكتوبا، يثبت رغبة الأطراف المتعاقدة في الحاجة إلى تعديل حكم واحد أو أكثر من الأحكام الأصلية للعقد، وهذه الأحكام هي التي دعت البعض إلى تعريف الملحق بأنه: "اتفاق إضافي للصفقة الأصلية، هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة، أو زيادة الخدمات أو تقليلها"².

وعلى ذلك، فالملحق عقد مكتوب، يفيد تلاقي إرادة طرفي الصفقة، ويحمل تعديل بند أو أكثر من شروط الصفقة³، وهذه الطبيعة الثنائية هي السمة الأساسية للملحق⁴، لذلك ينبغي أن لا يعدل من موضوع الصفقة تعديلا جوهريا، وهو شرط لا يحول دون تغطية الملحق للعمليات الجديدة، التي تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي.

ومع أن الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، ويخضع لأحكام القانون العام، ويتضمن شروطا استثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، وأن المصلحة المتعاقدة تتمتع بموجبه بسلطة تعديل بنود العقد الأصلي، دون موافقة المتعاقد معها، فالملحق لا يتم انعقاده والبدء في تنفيذ موضوعه، إلا بعد إجراء مفاوضات ومناقشات للأسعار مع المصلحة المتعاقدة، ودون إجراء الدعوة إلى المنافسة، وفي ظل غياب اتفاقها مع المتعامل، حول مثل هذه المسائل، يترتب عنه قيام حقه في المطالبة بفسخ الصفقة، وعلى ذلك قلنا بأن السمة الأساسية للملحق هي طبيعته الاتفاقية، وهي طبيعة تجعله شبيها بعقود القانون الخاص.

¹- المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

²- ميريام أكرور، مرجع سابق، ص 85.

³- CHRISTOPHE Lajoie, droit des marches publics, Berti éditions, alger, 2007, p 183.

⁴- DOMINIQUE Fausser, les capacités de l'administration a modifier le marche en cours d'exécution, article publiée sur le site internet :

(<http://www.localegjuris.com.fr/archives/marchesavant2001/cours/modif.html>), 13/03/2011.

لكنه وكيفما كانت طبيعة الملحق، فالثابت وأنه يتميز عن مفاهيم أخرى تقترب منه، فهو يختلف عن تعديل عقد الصفقة من جانب واحد، بوصفه يأخذ في الأساس شكل أمر بالخدمة، وبذلك فهو فعل انفرادي لا يرتكز على توافق الإرادتين، خلافا للملحق الذي لا يتم إلا بوجود هذا التوافق الإرادي الحاصل بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل معها.

كما أن الملحق يتميز عن قرار المصلحة المتعاقدة بمواصلة التنفيذ، من حيث كونه قرارا صادرا أيضا من جانب الإدارة فقط، وهو يتضمن إعطاء الأمر للمقاول بمواصلة تنفيذ المشروع، وتسليمه بالرغم من عبور حجم الصفقة المتوقع، وعلى عكسه فالملحق لا يتضمن قرارا بمواصلة تنفيذ عقد الصفقة، بل أنه اتفاق طوعي بين المتعاقدين، لا يكون فيه المتعامل بصدد تنفيذ قرار المصلحة المتعاقدة بوصفها شخصا عاما.¹

وما يمكن استخلاصه من كل ما تقدم، أن الملحق ما هو إلا عبارة عن وثيقة تعاقدية، تابعة للصفقة الأصلية، هدفه تعديل أحد شروط الصفقة أو أكثر، نظرا للظروف التي طرأت بعد الشروع في تنفيذها، وتتوقف صحة هذه التعديلات، على أن تكون في نطاق موضوع الصفقة الإجمالي، وأن لا تغير بصفة جوهرية من محل الصفقة، ويجب أن يكون الملحق ذو أثر مالي على الصفقة، بتغيير أجر التعامل المتعاقد، سواء بالزيادة أو بالنقصان، بالشكل الذي لا يمس فيه بمبدأ المنافسة، الذي يكون ضمانه صعبا عند إبرام الصفقة، والحفاظ عليه عند تنفيذ الخدمات أصعب، لهذا يجب منع أي ملحق يسيء إلى هذا المبدأ.²

الفرع الثاني:

أنواع الملحق

بالنظر للأحكام الواردة بقانون الصفقات العمومية لسنة 2010³، يمكن تقسيم الملحق إلى عدة أنواع، وهي ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة، وملحق التغيير، بالإضافة إلى ملحق الإقفال النهائي للصفقة.⁴

أولا: ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة:

باعتبار الملحق وثيقة تعاقدية، فللمتعاقدين إمكانية تعديل بنود الصفقة الأولية من خلاله، مع احترام مبدأ المنافسة، متى اتضح وأن المتعامل المتعاقد، وهو بصدد تنفيذ الصفقة، قد صادفته أشغال لم تكن متوقعة، ولم تكن محل اتفاق في عقد الصفقة الأصلية، لا يمكن تنفيذ المشروع إلا بإضافتها، وفي المقابل فقد يتبين من خلال عملية تنفيذ عقد الصفقة، وأن الأشغال الواردة به تحتاج إلى تقليل،

¹- SANDRINE Fiat, Légalité d'un avenant à un marché public: CE 11/07/2008, Ville de paris, article public sur le site internet : (<http://www.cdmf-avocats.fr/fre/publications/articles/avenant-a-un-marche-public.html>), 15/03/2011.

²- ميريام أكرور ، مرجع سابق، ص 86.

³- المواد من 103 إلى 106 من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁴- KADI HANIFI Mokhtaria, l'avenant au marché public, mémoire de magistère, contrat et responsabilité, université d'alger, 1997, p25.

وفي الحالتين فالإجراء المقرر بقانون الصفقات العمومية، لتعديل الأشغال الواردة بعقد الصفقة، يتمثل في ملحق الأشغال والخدمات.

وعلى ذلك فالأشغال والخدمات، التي يمكن زيادتها أو التقليل فيها، ينبغي أن تشكل عائقا يحول دون تنفيذ الأشغال الأصلية الواردة بعقد الصفقة، وهو عائق تجد المصلحة المتعاقدة نفسها أمامه مضطرة إما لإبرام صفقة جديدة، متبعة في ذلك جميع الإجراءات الواجبة، من إعداد الدراسات المسبقة، إلى إعداد دفتر الشروط، وإعلان الصفقة الجديدة، واحترام مبدأ المنافسة والشفافية، مما يؤدي إلى التأخر في تنفيذ المشروع وتشتيته أو تقسيمه، وهو أمر غير جائز في مرحلة التنفيذ، وإما تجد نفسها مضطرة إلى الحل الذي جاء به المشرع، دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، وهو المتمثل في الملحق الذي يتم باتفاق الطرفين.

إن مثل هذه التعديلات أو الإضافات، التي ستطرأ على الصفقة، يجب على المصلحة المتعاقدة ألا تقوم بفرضها على المتعامل المتعاقد معها، بما يؤدي إلى إرهاقه من الناحية المادية، مما يخوله إمكانية اللجوء إلى فسخ الصفقة، وفي المقابل فقيام المتعامل المتعاقد بهذه التعديلات، دون أخذ موافقة المصلحة المتعاقدة، قد يؤدي بدوره إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة، وتكون بذلك إمكانية تسديد قيمة هذه الأشغال شبه مستحيلة، إلا إذا كانت هذه الأشغال ضرورية، لإتمام تنفيذ المشروع، وحققت الهدف المسطر من طرف المصلحة المتعاقدة.

وعلى ذلك، ومن أجل تفادي المشاكل التي تحصل بشأن الأشغال الإضافية، فالمصالح المتعاقدة كثيرا، ما تلجأ إلى تضمين بند في دفتر الشروط الخاص بالصفقة، ينص على عدم قيام المتعاقد بأشغال خارجة عن الإطار التعاقدية من تلقاء نفسه، إلا بعد أخذ رأي المصلحة المتعاقدة، ومناقشة الأسعار معها، ويستثنى من ذلك الأشغال الضرورية، التي لا يمكن الاستغناء عنها في سبيل التنفيذ التام والسليم للأشغال الواردة بالصفقة.²

ومما تجدر الإشارة إليه، فملحق الأشغال الإضافية، لا يتوقف إبرامه على الحالات التي تكون فيها بصدد تنفيذ عقد صفقة عمومية، بل أنه يمتد ليشمل مختلف العقود الإدارية، أو الاتفاقيات التي لم يتم إبرام صفقة بشأنها، نظرا لعدم وصول قيمتها إلى العتبة المالية، الواجبة لإبرام صفقة عمومية، على النحو المعمول به لدى وزارة المالية، حسب ما هو وارد في العديد من المراسلات الصادرة عنها، والموجهة لمختلف الهيئات الإدارية المعنية بالصفقات العمومية، غير أنها اشترطت أن تكون هذه العقود أو الاتفاقيات، مبرمة وفقا لأحكام قانون الصفقات العمومية،³ وهو توجه قد أدى إلى وجود منازعات ذات طبيعة إدارية وجزائية في نفس الوقت، متى تجاوزت قيمة الاتفاقية والملحق، العتبة

¹- المادة 29 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964.

²- ميريام أكرور ، مرجع سابق، ص 86.

³- Lettre N° 002879 MF/DGB/DRC du 18/03/2008, relatif la conclusion d'avenants de clôture lors de l'exécution de conventions, ministère des finances, 1998.

المالية المحدد لإبرام صفقة عمومية، مثلما حصل في المنازعة المنتهية بالقرار الجزائي الصادر عن مجلس قضاء جيجل - الغرفة الجزائرية بتاريخ 2009/03/24.¹

وإذا كنا قد أشرنا فيما تقدم، إلى أن ملحق الأشغال الإضافية، عادة ما يبرم نتيجة للتقديرات غير الموقفة التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة، وخاصة في المشاريع المستعجلة التي تتطلب السرعة، بوصفها تقديرات تقوم بها عادة المصالح التقنية للمصلحة المتعاقدة، أو تسند إلى مكتب دراسات باتفاقية

¹ وتتلخص وقائع هذه الدعوى، في كون نيابة الجمهورية لدى محكمة جيجل، وبطلب افتتاح لإجراء تحقيق مؤرخ في 2007/05/28، قد لاحقت المسمى (ق.ح)، الذي يشغل منصب مدير لإحدى الهيئات الإدارية رفقة آخرين بعدة أفعال، أهمها تلك المتعلقة بجنحة إبرام عقود مخالفة للتشريع والتنظيم الجاري به العمل، فيما لاحقت ممثل الشركة المتعاملة بجنحة المشاركة في إبرام عقود مخالفة للتشريع والتنظيم الجاري به العمل، الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 01/26 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، بدعوى ارتكابهما لوقائع، منها تلك المتعلقة بإبرامهما لعقد التزام بعد استشارة انتقائية بمبلغ: 5.990.524.524 دج، لانجاز بحيرة اصطناعية، وأثناء تنفيذه تم القيام بأشغال إضافية بمبلغ: 34.783.717.41 دج، لتصل قيمة الأشغال الأساسية والإضافية لمبلغ: 40.774.241.90 دج، مما يجعل العقد مخالف للتشريع الجاري به العمل، ويقع تحت طائلة التجريم والعقاب، بمقتضى نص المتابعة.

تمسك كل من ممثل المصلحة المتعاقدة، وممثل الشركة المتعاملة، بأن عقد الأشغال الأساسية ابرمه المدير السابق للمصلحة المتعاقدة (ل.ص)، وبموجب سند طلبه مرفق بأمر خدمة محرر من طرفه، شرعت الشركة المتعاملة في تنفيذ عقد انجاز البحيرة، ونظرا للحجم الصغير لها، وخصوصية المكان الذي يتعرض في كل شتاء إلى فيضانات، كونه عبارة عن مكان التقاء شعاب، أصبحت مياهها تغمر تجمعا سكانيا، ملحقة بالسكان أطرا بالغة الأهمية، وبمعية السلطات المحلية، تقرر القيام بأشغال إضافية، تتعلق بتوسيع البحيرة، وصرف المياه المتأتية من تلك الشعاب، لتصب في البحيرة، ليتم صرفها بقنوات لتصب في البحر، وهي أشغال قام مكتب الدراسات المتابع للمشروع، بإعداد كشف كمي تقديري لها، وتم ضبط قيمتها بمحضر مناقشة أسعار بالمبلغ المذكور، وبعد انجازها وتسليم المشروع، وبغرض تسوية وضعية الأشغال الأساسية حرر المسمى (ق.ح) عقد التزام رقم 06/08 مؤرخ في 2006/03/24، خضع لتأشير المراقب المالي في 2006/05/20 تحت رقم 1011، وتم صرف قيمة الأشغال الأساسية للشركة، لكن العقد المحرر من طرف مكتب الدراسات المذكور، لتسوية قيمة الأشغال الإضافية، لم يوقع نتيجة جمعه قيمة الأشغال الأساسية إلى جانب الأشغال الإضافية، وأن تحريك الدعوى العمومية، قد حال دون تصحيح صياغته، وتوقيعه وتقديمه إلى لجنة الصفقات العمومية لتسوية الأشغال الإضافية المنجزة.

وبمقتضى حكم صادر عن محكمة جيجل بتاريخ 2008/11/30 تم التصريح بإدانة ممثل المصلحة المتعاقدة (ق.ح) بجنحة إبرام عقد مخالف للتشريع والتنظيم الجاري به العمل، طبقا للمادة 1/26 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وإدانة ممثل الشركة المتعاقدة، بجنحة المشاركة في إبرام عقد مخالف للتشريع والتنظيم الجاري به العمل، طبقا للمادة 2/26 من نفس القانون، ومعاينة كل منهما بعامين حبس نافذ ومائتي ألف دينار غرامة نافذة.

وقد استندت المحكمة في تسبب حكمها، إلى أن القيمة الإجمالية للأشغال الأساسية والإضافية، تجاوزت العتبة المالية المنصوص عليها بالمادة (5) من مرسوم 250/02، وان انجازها يتطلب اللجوء إلى أسلوب المناقصة، مما يجعل اللجوء إلى انجازها عن طريق التراضي بعد الاستشارة الانتقائية مخالفا للتشريع، بما يؤدي إلى توفير عناصر الجنحة محل المتابعة، وهي بهذا تكون قد اعتدت بالقيمة الإجمالية للأشغال الأساسية والإضافية معا، لتحديد الأسلوب الواجب الإتيان في إبرام العقد، فيما وهو أسلوب الصفقة لا أسلوب الاستشارة الانتقائية.

وبناء على الاستئناف المثار ضد هذا الحكم من طرف المدانين بتاريخ 2008/12/06 و 11/30، صرح مجلس قضاء جيجل بمقتضى قراره المؤرخ في 2009/03/24 تحت رقم 2009/329 بإلغاء الحكم المستأنف فيه، والقضاء من جديد ببراءة المتابعين من التهم المنسوبة إليهم.

وقد استند المجلس في تسبب قضاؤه، إلى أن قيمة عقد الالتزام الأساسي بمبلغ: 5.990.524.49 دج، هي قيمة وحسب المادة (5) من مرسوم 250/02، لا تلزم الأطراف باللجوء إلى أسلوب الصفقة لإبرام العقد، ومع ذلك فقد أعلن عن إبرامه في الجرائد، وشاركت فيه 04 مقاولات، وبعد فتح العروض المقدمة، اتضح وأن الشركة المتعاملة قدمت أحسن عرض وفازت بالعقد، مما يجعل من إبرامه عن طريق الاستشارة الانتقائية، قد استوفى الإجراءات المقررة بالتنظيم والتشريع الجاري به العمل.

أما الأشغال الإضافية، فحجم البحيرة الصغير، وخصوصية تعرض المكان للفيضانات، قد دفع السلطات المحلية، ومن أجل تفادي تعرض السكان للفيضان، إلى توسيع البحيرة، لاحتواء المياه المتأتية من تلك الشعاب لتصب فيها، ثم صرفها بقنوات لتصب في البحر، وهي أشغال تم ضبطها من طرف مكتب الدراسات، وتم تحديد أسعارها بمحضر، وهي بذلك تكون قد احترمت أحكام المرسوم رقم 250/02، مما يجعل عناصر الجنحة المنوه عنها بالمادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته غير متوفرة، والحكم المستأنف يكون قد أخطأ في تطبيق هذا النص، يتعين إلغاؤه والتصريح ببراءة المتابعين مما نسب إليهما، وهو بهذا يكون قد اعتد بقيمة الأشغال الأساسية، لتحديد الأسلوب الواجب الإتيان في إبرام العقد، وهو أسلوب الاستشارة الانتقائية، لا أسلوب الصفقة.

- للاطلاع على تفاصيل هذه الدعوى، أنظر نص الحكم الصادر عن محكمة جيجل- قسم الجنح بتاريخ 2008/11/30 قضية رقم 2008/3117 فهرس أحكام قضائية رقم 2008/5068، وانظر أيضا نص القرار الصادر عن مجلس قضاء جيجل- الغرفة الجزائرية في نفس الدعوى بتاريخ 2009/03/24 قضية رقم 2009/329 فهرس القرارات القضائية رقم 2009/1136.

أو بمناقصة، فإنه وفي مثل وقائع الدعوى الماثلة، قد يبرم نتيجة للظروف الطبيعية المهددة لأمن السكان، بصرف النظر عما يثيره من إشكالات، حول مدى مطابقته لتشريع الصفقات العمومية، أو أي إشكال آخر يمكن أن يثار، حول مدى جواز تحميل مسؤولية تلك الأشغال لمكاتب الدراسات، نتيجة لتقديراتها غير الموفقة، خاصة في حالة رفض هذه الملاحق من طرف المصالح المعنية بالدفع، على النحو الحاصل في القضية الماثلة المتقدمة، حيث أن المصلحة المتعاقدة لم تدفع قيمة الأشغال الإضافية، إلا بمقتضى القرار القضائي الصادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء جيجل بتاريخ 2011/01/24¹ ومهما يكن من أمر، فإن ملحق الأشغال الإضافية، يجب أن لا يؤثر بصورة أساسية على التوازن المالي للصفقة، إلا في حالة ظهور تبعات تقنية، لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف²، ويكون المشرع الجزائري بذلك، قد استثنى حالة عدم تدخل أطراف الصفقة في هذا التغيير المفرط، بحيث يجب أن يكون خارج عن إرادتهما.

وبخصوص سعر الأشغال الإضافية، فالملاحق يجب أن يخضع للشروط الاقتصادية للصفقة، وذلك بتطبيق أسعار الصفقة الأصلية، غير أنه وعند تعذر الأخذ بالأسعار الأولية بالنسبة للعمليات الجديدة، يتم الاتفاق على أسعار جديدة، وهذا هو الأساس الذي أخذ به المشرع الفرنسي³، ومن هذا المنطلق فالملاحق يمكن أن يأخذ شكلين:

الأول: هو ملحق الأشغال الإضافية، للبنود المتضمنة في الصفقة الأولية، وتهدف إلى الأخذ في الحسبان

¹ وتتلخص وقائعها في أن ممثل الشركة المتعاملة (ب.م)، قد رافع المصلحة المتعاقدة بعريضة افتتاح دعوى إدارية، مفيدة بأمانة ضبط مجلس قضاء جيجل- الغرفة الإدارية بتاريخ 2010/03/21 تحت رقم 10/216 أفاد من خلالها بأنه قد سبق له وأن ارتبط معها بعقد التزام على اثر استشارة انتقائية بمبلغ: 5.990.524 دج، لانجاز بحيرة اصطناعية، وأثناء تنفيذه وبطلب من السلطات المحلية، قد أسندت له بموجب بيان أشغال ومحضر مناقشة أسعارها، مهمة القيام بأشغال إضافية بمبلغ: 34.783.717.41 دج، لتصل قيمة الأشغال الأساسية والإضافية لمبلغ: 40.774.241.90 دج، ورغم قيامه بانجازها وتسليم المشروع، فإنها لم تسدد له سوى قيمة الأشغال الأساسية بمبلغ: 5.990.524 دج، ورفضت دفع قيمة الأشغال الإضافية، بدعوى عدم نسوية وضعيتها بعقد صفقة، نتيجة تجاوز قيمتها العتبة المالية المنصوص عليها بالمادة (5) من مرسوم 250/02، مع أن المادة 73 من هذا المرسوم، قد نصت على أن الدفع يتوقف على تقديم الوثائق التي تثبت انجاز المشروع وتسليمه، وهو الشرط المتوفر لديه، والتمس إلزامها بدفع قيمة الأشغال الإضافية.

بعد تكليف المصلحة المتعاقدة بالحضور للجلسة، وإجراء محاولة الصلح التي كانت بدون جدوى، دفعت المصلحة المتعاقدة بأنها لم تتمكن من تسديد قيمة الأشغال الإضافية المنجزة، لعدم تسويتها بعقد صفقة، كونها قد أنجزت بناء على تعليمات السلطة الوصية، وأنها لا تتحمل نتائجها، والتمست رفض الدعوى لعدم التأسيس.

وبمقتضى قرار مؤرخ في 2010/05/23، صرح المجلس بتعيين خبير للانتقال رقيقة الأطراف لأماكن النزاع، ومعاينة الأشغال الإضافية المنجزة، وتحديد قيمتها نقدا، فأنجزها وأدع تقريرا بشأنها أمانة ضبط المجلس في 2010/10/11 تحت رقم 10/224 توصل في خلاصتها إلى تحديد الأشغال الإضافية المنجزة، وتحديد قيمتها بمبلغ: 34.667.014 دج، وبعد إعادة السير في الدعوى بعد تلك الخبرة، صرح المجلس بقراره المؤرخ في 2011/01/24 تحت رقم 10/686 باعتبار الخبرة، وإلزام المصلحة المتعاقدة أن تدفع للشركة المتعاملة المبلغ الوارد بخلاصتها، مقابل تلك الأشغال الإضافية المنجزة.

وقد استند المجلس في تسبب قضائه، إلى أن دفع قيمة الأشغال الإضافية، لا يتوقف عن انجازها في غياب أمر خدمة ممضي من طرف المصلحة المتعاقدة، بقدر ما يتوقف عن الانجاز الفعلي لها، وفقا للمعايير التقنية المعمول بها، وهو الأمر المائل في القضية الراهنة، حسب الخبرة المنجزة قد عاينت وجود أشغال إضافية منجزة، واعتمدت في تقدير قيمتها على أسس فنية سليمة بتعين اعتمادها، وهو بهذا يكون قد اعتد في الأمر بدفع قيمة الأشغال الإضافية، على مقتضيات المادة 77 من مرسوم 250/02، التي تجعل الدفع متوقفا على تقديم الوثائق التي تثبت انجاز المشروع وتسليمه.

-للاطلاع على تفاصيل هذه الدعوى، أنظر نص القرار الصادر عن مجلس قضاء جيجل- الغرفة الإدارية بتاريخ 2011/01/24 قضية رقم 2010/686 فهرس أحكام قضائية 2011/64.

²- المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236.

³ - l'article 20 du code des marchés publics français 2006 prévoit que : " sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché ou de l'accord, ni en changer l'objet".

زيادة الأشغال، وتكون الأسعار الوحودية لهذا الملحق، هي نفسها المقررة في الصفقة الأصلية. **الثاني:** هو ملحق إدخال أشغال جديدة، غير متضمنة في الصفقة الأولية، وخارجة عن الإطار التعاقدية، والذي يكون تابعا ومكملا لانجاز موضوع الصفقة، ويمكن بذلك أن تكون الأسعار الوحودية له جديدة، ومحل اتفاق طرفي الصفقة.

ومما تجدر الإشارة إليه أخيرا، هو أن الملحق قد يتضمن الانتقاص في الأشغال والخدمات، إذا كانت الأشغال موضوع الصفقة الأصلية، زائدة عن التوقعات أو التقديرات التي قامت بها المصلحة المتعاقدة، فيتم اللجوء بذلك إلى ملحق أشغال للانتقاص من هذه الأشغال الزائدة.

أما بالنسبة للأجال التي يتم تقديم الملحق داخلها، فسواء كان الملحق متعلقا بأشغال إضافية أو متعلقا بانتقاص أشغال، يجب أن يقدم داخل الأجال التعاقدية، وأن تقديمه خارج الأجال المحددة لتنفيذ الصفقة، قد يؤدي إلى رفضه وعدم التأشير عليه، وبذلك عدم تسديد قيمته، ما لم يتم الأمر بذلك بمقتضى حكم قضائي، على النحو الحاصل في القضية الماثلة المتقدمة.¹

ثانيا: ملحق التغيير والإقبال النهائي للصفقة:

بالإضافة إلى ملحق الأشغال الإضافية أو المنقصة، قد يكون الهدف من الملحق التغيير في واحد أو أكثر من البنود التعاقدية للصفقة الأصلية، كما قد يكون الهدف من إغلاق الصفقة. **(أ) ملحق التغيير:**

يكون اللجوء إلى هذا النوع من الملاحق ضروريا أحيانا، عندما تتغير أطراف العقد، أو تغيير التزامات التسبير،² بحيث تجد المصلحة المتعاقدة نفسها، أمام وضع لا يجوز تصحيحه، إلا باللجوء إلى هذا الإجراء، بدلا من إجراء آخر يكون أصعب وأطول، وحتى فاسخا للصفقة.

وبالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية، نجد بأن المشرع نص على هذا الإجراء عرضيا، في من خلال النص المتعلق بعرض الملاحق على الرقابة المسبقة، للمجان الصفقات العمومية داخل الأجال التعاقدية، بحيث مكن المصلحة المتعاقدة من إبرام ملحق وعرضه، على الرقابة الخارجية للصفقات العمومية، إذا كان عديم الأثر المالي، ويتعلق بإدخال أو تعديل بند تعاقدي أو أكثر، دون البنود المتعلقة بأجال التنفيذ.³

غير أن المشرع وفي نفس المادة، سمح بإبرام ملحق التغيير في الأجل التعاقدية، إذا كان ذلك ناتج عن أسباب استثنائية، وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، أو تسببت في اختلال التوازن الاقتصادي للصفقة الأصلية، وبذلك يكون قد أجاز التمديد في آجال التنفيذ، وهي إجازة تتفق وما استقر

¹- Note N° 002179 MF/DGB/DRC du 15/04/2007, relatif Avenant de clôture après résiliation, ministère des finances, 2007, qui prévoit ce qui suite : Comme suite à votre envoi N° 1076/ANBT du 6 mars 2007 visé en référence, j'ai l'honneur de vous faire connaître qu'un avenant ne peut-être introduit après la résiliation d'un marché.

²- ميريام أكرور، مرجع سابق، ص 87.

³- الفقرة الثالثة من المادة 105 من المرسوم الرئاسي 10-236.

عليه الأمر لدى الفقه والقضاء الفرنسيين.¹

يضاف إلى ذلك أن اللجوء إلى ملحق التغيير، يكون في حالات عديدة، كتغيير أطراف الصفقة، أو تغيير المقر الاجتماعي للمتعاقد المتعامل، أو تغيير بنك الوفاء، أو تغيير التوقيع²، وهي في مجملها حالات تستوجب عرض الملحق على لجان الصفقات العمومية المختصة، من أجل ممارسة رقابتها الخارجية عليه.³

ويبقى أن نشير إلى أن إبرام ملحق التغيير، يتوقف على توفر مجموعة من الشروط، كمرعاة المسائل المتعلقة بالرهن الحيازي، والكفالة التي جاء بها قانون الصفقات العمومية، كما يجب إعداد قفل الحسابات، ومحاضر التسليم مع المتعامل المتعاقد السابق، إذا كان التعديل في أطراف الصفقة، مع مراعاة أهلية المتعامل المتعاقد الجديد، خصوصا فيما يتعلق بالتصنيف المهني، والالتزامات الضريبية والاجتماعية، بالإضافة إلى تحمل المسؤولية فيما يتعلق بالأشغال المنجزة.⁴

ويجب إبرام ملحق التغيير، داخل الآجال التعاقدية المحددة لتنفيذ الصفقة، وإلا كان محل رفض من طرف هيئات الرقابة الخارجية، ويستثنى من هذه الأحكام ملحق الإقفال النهائي، الذي يعتبر الملحق الوحيد الذي يمكن إبرامه خارج الآجال التعاقدية.

وما يمكن استخلاصه من كل ذلك، أن ملحق التغيير بدوره، ما هو إلا عبارة عن وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، يهدف إلى تغيير أحد البنود التعاقدية أو أكثر، دون أن يمتد إلى إدخال زيادات في الأشغال والخدمات على الصفقة الأصلية.

(ب) ملحق الإقفال النهائي للصفقة:

يتم اللجوء إلى هذا النوع من الملاحق، في حالة إيقاف وقفل الأشغال والخدمات المنفذة فعلا، في الصفقة بصفة نهائية، وهو بذلك يحدد الوضعية المالية للمشروع، والمستوى الذي وصل إليه التنفيذ، ويتم اللجوء إليه عادة، عند إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته، وعدم تنفيذه المشروع بصفة سليمة على النحو المحدد بدفتر الشروط، أو عند انتهاء الآجال المحددة لتنفيذ الصفقة، ولم ينته المتعاقد من الأشغال، وبذلك فهذا النوع من الملاحق، يحرر بمبادرة من المصلحة المتعاقدة لوحدها، من أجل توقيف الأشغال وفسخ الصفقة مع المتعاقد على مسؤوليته لوحده، بما يسمح لها بتطبيق غرامات التأخير على المتعاقد.

¹- BOUDRAND, les avenants " qu'est-ce qu'un avenant ?", fiche pratique, droit des chantiers, le moniteur, article publier sur le site internet : www.lemoniteur.com, 18/03/2011.

²- ANONYME, les modifications apportées aux marches publics, article sans moniteur publier sur le site internet : www.contratspublicsetpartenariats.com, 18/03/2011.

³- Note N° 005576 MF/DGB/DRC du 09/10/2007, relative des avenants ayant pour objet le changement du signataire du marché, ministre des finances, 2007, qui prévoit ce qui suite" J'ai l'honneur de vous faire connaître que les projets d'avenants, ayant pour objet le changement du signataire du marché, déposés auprès de la Commission Nationale des Marchés, sont dispensés du visa de la Commission, en vertu des dispositions de l'article 93 du décret présidentiel n° 02-250 du 24 Juillet 2002 portant réglementation des marchés publics, modifié et complété

⁴- ميريام أكرور، مرجع سابق، ص 87.

كما يتم اللجوء إليه كذلك، في إطار تسوية ودية لنزاع قائم بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، بحيث يتم من خلاله إقفال الصفقة نهائيا بطريقة ودية، ودون اللجوء إلى فرض غرامات على المتعاقد، كما يمكن تطبيقه في حالة القوة القاهرة، التي يستحيل بوجودها المواصلة في تنفيذ المشروع.¹ لذلك فملحق الإقفال النهائي للصفقة، يمثل حالة استثنائية عن الملاحق السابقة، بحيث يجب على المصلحة المتعاقدة التي لجأت إليه، أن تبرر هذا القرار بعناية، بوصفه قرار وفي في غالب الأحيان، يلحق أضرارا بليغة بالمتعاقدين معها.

ومما تجدر الإشارة إليه، فإن ملحق الإقفال النهائي للصفقة ونظرا لكونه استثنائي، هو الملحق الوحيد الذي يمكن إبرامه خارج الأجل التعاقدية المحددة لتنفيذ الصفقة.² وفي الأخير نخلص إلى القول، بأن الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، يكون الهدف منه الزيادة في الأشغال والخدمات الواردة بالصفقة الأصلية، أو تقليلها، أو إضافة أشغال جديدة لم تكن داخلة في موضوع الصفقة الأصلية، أو تعديل واحد أو أكثر من بنود الصفقة الأصلية، أو إقفالها نهائيا، وبذلك نجد بأن الملاحق تنقسم إلى ثلاثة أنواع، فقد يكون ملحق أشغال إضافية أو منقصة، وقد يكون ملحق تغيير، كما يمكن أن يكون ملحق إقفال نهائي للصفقة، ويشترط في هذه الملاحق أن تبرم داخل الأجل التعاقدية، باستثناء ملحق الإقفال النهائي للصفقة، فهو يبرم خارج هذه الأجل.

المطلب الثاني:

شروط زيادة الأشغال والخدمات وإجراءاتها:

حتى يكون الملحق صحيحا ومطابقا للتشريع المعمول به، يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، جاء بها قانون الصفقات العمومية، كما يجب على المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها احترام مجموعة من القواعد والإجراءات الضرورية لإبرامه، وهي مسائل نتولى دراستها في فرعين، الأول: يتعرض لشروط صحة الملحق، والثاني: لقواعد وإجراءات إبرام الملحق.

الفرع الأول:

شروط صحة الملحق

لما كان الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، وجب احترام مجموعة من الشروط عند اللجوء إليه حتى يكون صحيحا، وغير متنازع فيه، وحتى يرتب آثاره المرجوة، وهي شروط تباعا نوجزها فيما يلي:

¹) – KADI HANIFI Mokhtaria, op cit, p 33.

²)- Lettre N° 006857 MF/DGB/DRC du 09/12/2007, relative Présentation d'un avenant hors délai contractuel, ministère des finances, 2007, qui prévoit ce qui suite : " Par lettre n° 232 du 03/12/2007 visée en référence, vous avez bien voulu me poser la question de savoir si les ordres de service d'arrêt et de reprise des travaux permettent de proroger le délai par le biais d'un avenant présenté hors délais contractuels. Comme suite, j'ai l'honneur de vous faire connaître que seul un avenant de clôture peut être introduit hors délai contractuel, lequel peut prévoir, à titre de régularisation, une prorogation de délai, pour prendre en charge la période de suspension du délai par des ordres de service.

أولاً: أن يكون هناك التزام تعاقدي جديد:

حتى يكون الملحق صحيحاً ومرتباً لآثاره، يجب أن يصدر في صيغة كتابية، ومصادقاً عليه من طرف السلطات المختصة، شأنه في ذلك شأن مشاريع الصفقات، وهذا راجع إلى طبيعته التعاقدية الاتفاقية للملحق.¹

ذلك أنه وعلى الرغم من أن الملحق، يعد حالة استثنائية من العقود الإدارية، وهو يخضع لأحكام القانون الإداري، ويطبق عليه امتيازات السلطة العامة، فإنه يختلف عن عقد الصفقة، حيث الإدارة بخصوص عقد الصفقة، تكون في وضع ممتاز عن المتعاقد معها، وهي في الغالب تفرض شروطها عليه، ولها سلطات استثنائية غير متوفرة في عقود القانون المدني، فإن الملحق ومع أنه يخضع لأحكام القانون الإداري، فإن إبرامه يتم بالتفاوض مع المصلحة المتعاقدة حول كافة المسائل التي يتناولها، وهو بذلك يتميز بالطبيعة الاتفاقية، التي لا تحصل إلا برضاء طرفيه.

وعلى ذلك يجب أن يكرس الملحق في الشكل الكتابي، باعتباره وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، فلا تستطيع المصلحة المتعاقدة، فرض تعديلات وزيادات في الأشغال والخدمات، خارج الإطار التعاقدية، المحدد وفقاً لدفتر الشروط، دون موافقة المتعاقد معها، تحت طائلة الفسخ أو إلزامها بتعويض الضرر المترتب عن ذلك.²

كما لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة، القيام بالأشغال الإضافية، أو الخارجة عن نطاق الالتزام التعاقدية الأصلي، دون أخذ موافقة الإدارة، بحيث أن مجرد أمر شفوي من السلطة الوصية على المشروع، بمباشرة تنفيذ هذه الأشغال، لا يكون له أثر ولا يصح، وإن قام بها كانت على مسؤوليته، وبهذا يكون لزاماً على المتعامل المتعاقد، إخطار المصلحة المتعاقدة كتابياً بهذه الأشغال، ولا يجوز له مباشرة تنفيذها، إلا بعد التفاوض معها ومناقشة وتحديد الأسعار، سواء الأصلية أو أسعار جديدة، وبعد تلقيه الأمر بالخدمة من المصلحة المتعاقدة.

ويشترط لصحة الملحق، أن يكرس التزاماً تعاقدياً جديداً، سواء كان باقتراح من المصلحة المتعاقدة أو من المتعاقد معها، وبعد منحه تأشيرة لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة، فلا يكفي بذلك حصول المتعاقد على وعد من السلطات الغير مختصة بالتعديل، حتى يتقدم بطلب إدراج هذه التعديلات، كما لا يكفي الأمر الشفوي بالإنطلاق في هذه الأشغال الإضافية أو غير التعاقدية.

ثانياً: خضوع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة:

يشترط كذلك عند إبرام الملحق، أن تطبق عليه الأسعار التعاقدية الموضوعة مسبقاً في الصفقة، حتى لا يؤدي ذلك إلى اختلال التوازن الاقتصادي والمالي للصفقة، وذلك في حالة وجود أشغال إضافية من نفس طبيعة الأشغال موضوع الصفقة، بحيث تكون الأسعار المطبقة على الملحق، هي نفس

¹- ميريام أكرور، مرجع سابق، ص 88.

²- CHRISTOPHE Lajoie, op cit, p 185.

الأسعار الموضوعية في دفتر شروط المناقصة والتي جرى الأخذ بها.

غير أنه وفي حالة ظهور أشغال جديدة، خارجة عن الإطار التعاقدى، ولم تكن داخلة في موضوع الصفقة الأصلية، فإن المصلحة المتعاقدة، تحاول الإبقاء على نفس الأسعار، إلا إذا تعذر ذلك وكانت هذه الأشغال الجديدة، تتطلب أسعارا أعلى من أسعار الصفقة الأولية.¹

وإذا رأت المصلحة المتعاقدة ضرورة تنفيذ أشغال، غير مدرجة في الجدول أو التسلسل، يعتمد المتعامل المتعاقد إلى تنفيذ أمر المصلحة المتعاقدة بهذا الشأن، ويقوم بدون تأخير بتحضير الأسعار الجديدة، وذلك بالاستناد إلى أسعار الصفقة أو بما يماثل الأشغال الأكثر مطابقة، وفي حالة عدم الإمكانية المطلقة للمائلة، تجري المقارنة على الأسعار المألوفة في البلد، فيجري بذلك حساب الأسعار الجديدة، بذات الشروط الاقتصادية المطبقة على أسعار الصفقة، وبكيفية قابلة للزيادة أو النقصان، إذا احتوت طبيعة الصفقة على ذلك، بعد المناقشة في هذا الشأن بين المهندسين ومع المقاول، ويرفع الحساب للسلطة المختصة للمصادقة عليه، ويجري من ثم إبلاغه للمقاول بموجب أمر مصلحة.²

وفي نفس السياق، فمن المفروض أن قيمة هذه الأشغال الإضافية، لا يجب أن تتجاوز نسبة محددة من قيمة الصفقة، حتى لا يكون هناك اختلال في التوازن المالي للصفقة، نزولا عند الأحكام المقررة بمقتضى دفتر الشروط الإدارية العامة، التي تنص على عدم جواز رفع أية مطالبة من طرف المتعاقد مع الإدارة، إذا كانت قيمة الأشغال الإضافية، بحسب الأسعار الابتدائية للصفقة، لا تتجاوز نسبة عشرون بالمائة من مبلغ الصفقة، وإذا تجاوزت الإضافة هذه النسبة، حق للمتعاقد فسخ الصفقة فوراً دون تعويض، وبذلك يكون في هذه الحالة، اختلال للتوازن المالي والاقتصادي للصفقة، بحيث يحق للمتعامل المتعاقد طلب فسخ الصفقة.³

ولم ينفرد المشرع الجزائري وحده بهذا الحكم، بل أن التشريعات المقارنة في العديد من الدول قد أخذت به أيضاً، فالمشرع الفرنسي بدوره، قد حرص على تحقيق التوازن الاقتصادي للصفقة، فاشتراط في الملحق بالأشغال الإضافية، أو يؤثر على التوازن الاقتصادي لها، لكنه وخلافاً للمشرع الجزائري، فإنه لم يحدد النسبة، التي يجب أن لا تتجاوزها الأشغال الإضافية بل أنه قد ترك المجال مفتوحاً أمام القضاء للتأويلات والتفسيرات.⁴

أما بالنسبة للتشريع المصري، فقد قرر إمكانية قيام المصلحة المتعاقدة، أن تقوم بالتعديل بالزيادة في الأشغال والخدمات في حدود 25 بالمائة من مبلغ الصفقة، ولا يمكن تجاوز هذه النسبة، إلا بموافقة المتعامل المتعاقد،⁵ وكذلك المشرع اللبناني، فاشتراط بموجب المادة 30 من دفتر الشروط

¹- المادة 104 من المرسوم الرئاسي 10-236.

²- هذا ما نصت عليه المادة 29 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964.

³- المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964.

⁴- CHRISTOPHE Lajoie, op cit, p 184. le conseil d'état ne décèle-t-il pas un bouleversement économique au seul motif que son montant est important (CE 13 juin 1997, commune d'aulnay-sous-bois, DA 1997, n° 341, concernant des avenants représentant 38% du marché initial)

⁵- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 476.

والأحكام العامة، بأن الزيادة في الأشغال والخدمات، يجب ألا تتجاوز السدس من قيمة الصفقة، وان تجاوزتها كان هناك اختلال للتوازن الاقتصادي للصفقة، ويحق حينها للمتعاقد المطالبة بفسخ الصفقة فوراً دون تعويض.¹

ثالثاً: أن لا يعدل موضوع الصفقة:

لا شك أن الإدارة وهي تمارس سلطتها في التعديل، تباشرها على نحو يراعي موضوع العقد الأصلي وأن لا يتجاوزه، فلا يجوز لجهة الإدارة أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة، أو خطوة لتغيير موضوع العقد، وإرهاق الطرف المتعاقد معها.

ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها، والتزم بتنفيذ مضمون العقد في أجل محدّد، فإنّه راعى في ذلك قدراته المالية والفنية، فإن أقبلت الإدارة على التغيير الموضوعي أو الهيكلي للعقد، فإنّ ذلك قد لا يناسب المتعاقد معها، ومن هنا وجب أن يكون التعديل من حيث المدى والأثر نسبياً، بحيث لا يؤثر على العقد الأصلي.²

وعلى هذا الأساس، وحتى يكون الملحق صحيحاً ومرتبياً لآثاره، فقد اشترط قانون الصفقات العمومية لسنة 2002³، أن لا يعدل في موضوع الصفقة تعديلاً جوهرياً، ويكون ذلك بالتزام الإدارة بعدم إدخال تغييرات على موضوع الصفقة، من شأنها أن تجعل مواصلة تنفيذها بالشروط الابتدائية الواردة في دفتر الشروط أمراً مستحيلاً، وترهق المتعاقد من الجانب المادي، خاصة وأن هذه المزايا المالية كانت داخلة في نطاق البنود التعاقدية.⁴

أما بالنسبة لقانون الصفقات العمومية لسنة 2010، فقد نص من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 103 على أنه: "ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف".

ومن خلال هذه المادة، نجد بأن المشرع الجزائري قد حذف الفقرة المتعلقة، بعدم جواز تعديل الملحق لموضوع الصفقة الأصلية بالمادة المذكورة أعلاه، بحيث تمسك بعدم إمكانية تأثير الملحق على التوازن المالي للصفقة، الذي قد يصل إلى حد التغيير من موضوعها، غير أنه استثنى حالة ظهور تبعات تقنية غير متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف.

ومع ذلك فالملاحظ من خلال هذا النص، أن المشرع قد استثنى من عدم إمكانية تأثير الملحق على توازن الصفقة، حالة ظهور تبعات تقنية، غير أنه اشترط أن تكون هذه التبعات التقنية غير متوقعة، ولم تكن داخلة في الدراسات التقنية الأولية، ولن تجعل من تنفيذ الالتزام أمراً مستحيلاً، وأن لا

¹- نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 355.

²- عمار بوضياف، محاضرة في سلطات الإدارة في الصفقات العمومية، منشورة على موقع الانترنت: (www.ao-2011/03/18.academy.org).

³- المادة 90 من المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى.

⁴- عبد الله حجاج، العقود الإدارية في المغرب، مقال منشور على موقع الانترنت:

(http://www.4shared.com/dir/8597899/49f5fdca/_sharing.html). 21/03/2011.

يكون هناك دخل للمصلحة المتعاقدة، أو المتعاقد معها في ظهور هذه التبعات.

ولم تغفل التشريعات المقارنة مثل هذا الشرط، فالفانون الفرنسي بدوره، لم يجز اللجوء إلى الملحق، الذي يمكن أن يغير موضوع الصفقة، أو يغير الشروط الاقتصادية للصفقة، إلا في حالة ظهور صعوبات تقنية غير متوقعة، ولا دخل لإرادة الأطراف المتعاقدة فيها، بحيث لا يكون اللجوء إلى الملحق نتيجة إهمال، أو ارتكاب خطأ من أحد أطراف الصفقة أو لامبالته، وأدى ذلك إلى ظهور تبعات تقنية جديدة لم تكن محل دراسة من قبل.¹

رابعا: يجب أن يبرم في الآجال التعاقدية:

أوجب قانون الصفقات العمومية، إبرام الملحق داخل الأجل التعاقدية، المحدد لتنفيذ الصفقة العمومية،² فلا يمكن اللجوء إلى ملحق الأشغال الإضافية مثلا، بعد انتهاء الأجل المحدد لتنفيذ الصفقة، وبعد الاستلام النهائي للمشروع من طرف المصلحة المتعاقدة.

لكنه وخلافا لمقتضيات هذا الشرط، فالمشرع الجزائري قد استثنى بعض الحالات من تطبيقه، بحيث أجاز إبرام ملحق، حتى ولو كانت خارج الآجال التعاقدية، وذلك عندما لا يكون للملحق أية آثار مالية على الصفقة الأولية، ولا يمس البنود المتعلقة بآجال تنفيذها، وبمفهوم المخالفة، لا يجوز اللجوء إلى إبرام ملحق خارج الآجال التعاقدية، إذا كان يتضمن أعمالا جديدة، أو يتضمن أشغال إضافية، تتضمن سواء تعلق الأمر بأسعار جديدة، أو بالأسعار المطبقة في الصفقة الأصلية، أو كان يتضمن تعديل البنود المتعلقة بآجال التنفيذ كزيادتها مثلا.

ويمكن كذلك إبرام الملحق خارج الآجال التعاقدية، إذا كانت هناك أسباب استثنائية وغير متوقعة، وخارجة عن إرادة طرفي الصفقة، أدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي للصفقة اختلالا معتبرا، وإلى التأخير في التنفيذ إلى خارج الأجل المحدد، أو أن هذه الأسباب الاستثنائية غير المتوقعة أدت بشكل أو بآخر إلى تأخير الأجل التعاقدية الأصلي، ففي هذه الحالة يمكن إبرام ملحق، إذا كان التأخر في الآجال التعاقدية الأصلية، بسبب الاختلال في التوازن الاقتصادي للصفقة، مرده أسباب استثنائية وغير متوقعة خارجة عن إرادة الأطراف.³

يمكن اللجوء أيضا إلى إبرام الملحق خارج الآجال التعاقدية، إذا كان الغرض منه بصفة استثنائية الإقفال النهائي للصفقة، ويكون ذلك في حالة انتهاء آجال التنفيذ التعاقدية، ولم يتم بعد الانتهاء من تنفيذ الصفقة، نتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته، وبذلك يتم اللجوء إليه خاصة إذا كان يهدف إلى تجنب الدعاوى القضائية، المضرة لمواصلة تنفيذ الأشغال والخدمات موضوع الصفقة.

وبالرغم من عدم تعلق الحالتين الأخيرتين بالجانب المالي، أو بالعبء المالية المحددة لعرض

¹- CHRISTOPHE Lajoie, op cit, p 185.

²- المادة 105 من المرسوم الرئاسي 10-236.

³- Circulaire Interministérielle N°015/MDB/92 du 07/01/1992, relatif réglementation des marchés publics, Ministère Des Finances, 1998.

الملحق على اللجان المختصة لرقابته، إلا أن المشرع ألزم عرضهما على هيئات الرقابة الخارجية القبلية للجنة الصفقات المختصة، وذلك راجع إلى المشاكل والعراقيل التي يمكن أن تتلقاها هذه الملاحق، خاصة بعد إبرامها خارج الآجال التعاقدية.¹

خامسا: يجب أن يخضع الملحق للرقابة:

إن الملحق الذي يبرم في حدود الآجال التعاقدية، شأنه في ذلك شأن الصفقة العمومية، يخضع إلى رقابة لجنة الصفقات المختصة، إذا كان مبلغه يفوق نسبة 20% من مبلغ الصفقة الأصلية، بالنسبة للصفقات التي هي من اختصاص المصلحة المتعاقدة، أو كان مبلغه يفوق نسبة 10% من مبلغ الصفقة الأولية، بالنسبة للصفقات التي هي من اختصاص اللجان الوطنية الثلاث للصفقات العمومية، أو كان الملحق يتضمن عمليات جديدة، لم تكن داخلة في موضوع الصفقة الأصلية، وكان مبلغ هذه العمليات يفوق النسب أعلاه.²

كما أن الملاحق المبرمة في ظل تأخير الآجال التعاقدية الأصلية، لأسباب استثنائية وغير متوقعة، أو تلك المبرمة بصفة استثنائية، وكان الهدف منها الإقفال النهائي للصفقة، هي الأخرى ملاحق تعرض على لجنة الصفقات المختصة بالرقابة الخارجية القبلية، بغض النظر عن قيمتها المالية. ومع ذلك فهناك حالات، لا يلزم فيها القانون إخضاع الملحق إلى الرقابة الخارجية القبلية، التي تمارس من طرف لجنة الصفقات المختصة، منها تلك المتعلقة بالملحق، الذي لا يعدل موضوعه من تسمية الأطراف المتعاقدة، أو من الضمانات التقنية والمالية، أو من أجل التعاقد، وكان مبلغ الملحق الواحد، أو المبلغ الإجمالي لجميع الملاحق، لا يتجاوز نسبة 20 بالمائة من مبلغ الصفقة الأصلي، بالنسبة للصفقات التي هي من اختصاص لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة، أو كان مبلغه لا يتجاوز نسبة 10 بالمائة من مبلغ الصفقة الأصلي، بالنسبة للصفقات التي هي من اختصاص اللجان الوطنية للصفقات، أو كان الملحق يتضمن عمليات جديدة، ولم يتجاوز مبلغها النسب المحددة أعلاه.³

وعلى هذا الأساس، وحتى لا يعرض الملحق على هيئات الرقابة الخارجية القبلية، يجب أن لا يغير لا من مبلغ الصفقة الأولي بأكثر من 20 أو 10 بالمائة، ولا من أجل التعاقد، ولا من تسمية الأطراف المتعاقدة، ولا من الضمانات التقنية والمالية، أما إذا لم يتحقق أحد هذه الشروط، فيتوجب عرضه على لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة المختصة.⁴

ولم ينفرد المشرع الجزائري وحده، بوضع هذه الشروط، بل أن التشريعات المقارنة بدورها قد أخذت بها، مع وجود بعض الاختلاف بخصوص النسبة، التي ينبغي عدم تجاوزها من مبلغ الصفقة

¹- المادة 105 الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر.

²- المادة 106 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر.

³- MEDJAHED Mohamed Tayeb, contrat type des marches publics, Houma éditions, 2007, p 162.

⁴- Lettre N° 002239 MF/DGB/DRC du 17/04/2007, relative avenant du Marché des 280 Logements à Relizane /2005, Ministère des Finances, 2007.

الأصلي، من ذلك مثلا أن المشرع الفرنسي، قد اشترط عرض الملحق، الذي يزيد مبلغه عن 5% من قيمة الصفقة الأولية على لجنة المناقصات.¹

وما يمكن استخلاصه مما تقدم، أن الملحق وحتى يكون مقبولا، يجب أن يبرم في الشكل الكتابي، شأنه في ذلك شأن الصفقة الأصلية التابع لها، وأن لا يخضع بتطبيقه إلى اللجوء مرة أخرى إلى مبدأ المنافسة، كما يجب أن يخضع للشروط الاقتصادية والمالية، التي تخضع لها الصفقة الأصلية إلا في ظل وجود أشغال جديدة، غير مدرجة في موضوع الصفقة الأصلية، ويصعب الأخذ حينها بالأسعار الأولية، كما يجب أن لا يؤثر بشكل كبير، على التوازن الاقتصادي للصفقة، ليصل إلى حد التغيير في موضوعها، إلا في حالة ظهور تبعات تقنية جديدة، غير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين، كما يجب أن يبرم في ظل الأجل التعاقدية، المحدد لتنفيذ الصفقة، إلا ما استثناه قانون الصفقات العمومية، بالإضافة إلى خضوعه للرقابة الخارجية القبلية، إذا توافرت شروط ذلك.

الفرع الثاني:

قواعد وإجراءات إبرام الملحق

يعتبر الملحق وثيقة تعاقدية كتابية تابعة للصفقة، يعبر طرفي الصفقة من خلاله، على توافق إرادتهما في إدخال تعديلات على موضوع الصفقة الأصلية، بصورة لا تصل إلى حد التغيير الجوهري، ويكون هذا الاتفاق صريحا، بحيث لا يترك المجال لأي تفسير أو تأويل، فلا يصح أن يكون ضمنيا، كأن يخطر المتعامل المتعاقد المصلحة المتعاقدة، بضرورة إجراء أشغال إضافية، فتسكت هذه الأخيرة عن الرد، فيباشر بعدها ومن تلقاء نفسه تنفيذ هذه الأشغال.

ويتوجب على المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، عند ظهور أشغال إضافية، أو أشغال خارجة عن موضوع الصفقة الأولية، ويكون تنفيذها ضروريا، احترام مجموعة من القواعد والإجراءات، حتى يكون الملحق مبرما وفقا لما نص عليه القانون، وحتى يحظى بموافقة لجنة الصفقات المختصة، وهي الإجراءات المتمثلة فيما يلي:

أولا: اقتراح الأشغال من طرف المصلحة المتعاقدة أو من المتعاقد معها:

إن مسألة الأشغال الإضافية، تثار وتظهر أثناء تنفيذ المتعامل المتعاقد للصفقة، بحيث تصادفه مجموعة من العقبات، تحول دون إتمام تنفيذ الصفقة، أو أن المصلحة المتعاقدة هي التي ترى ضرورة إدراج بعض الأشغال الإضافية، التي تكون من نفس النوع، والطبيعة، مع الأشغال محل التنفيذ، أو ترى إدراج أشغال جديدة، لم تكن داخلة في موضوع الصفقة الأولية.

ففي حالة مصادفة المتعامل المتعاقد لعقبات، وأشغال قد تحول دون تنفيذ الصفقة، أو دون تحقيق الهدف المرجو من وراء إبرام هذه الصفقة، يقوم بإخطار المصالح التقنية التي تراقب وتتابع

¹- BRUNO Villalva, le contrôle du dépassement du seuil des marchés publics, mémoire pour le DEA de droit public, Université de Lille 2, année universitaire 2001-2002, p 59.

وتشرف على تنفيذ المشروع، بضرورة قيام المصلحة المتعاقدة بإجراء تعديل على الصفقة، يتضمن إضافة أشغال من أجل القدرة على مواصلة التنفيذ، فتقوم المصالح التقنية التي تتابع تنفيذ المشروع¹ بإعداد تقرير عن هذه الأشغال الإضافية الضرورية، وترسله إلى المصلحة المتعاقدة من أجل دراسته وإبداء الرأي فيه.

وقد يتم اقتراح هذه الأشغال من طرف المصلحة المتعاقدة، خاصة وأنها تظهر لها نتيجة للزيارات الميدانية، التي تقوم بها مصالحها التقنية إلى الورشة، فيمكن لها بذلك أن تقترح إضافة أشغال من نفس نوع وطبيعة الأشغال موضوع الصفقة، أو تقترح أشغال جديدة لم تكن داخلة في موضوع الصفقة الأولية، كأن يكون موضوع الصفقة إزالة التربة الموجودة في مكان معين على عمق محدد، بينما يتبين بعد مباشرة الأشغال والحفر، أن تحتها صخور يجب إزالتها لإتمام التنفيذ، ففي هذه الحالة يتوجب إضافة أشغال إزالة الصخور إلى موضوع الصفقة وبأسعار مختلفة.

وتطلب المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة، من المصالح التقنية إعداد تقرير عن هذه الأشغال الإضافية، أو الغير متوقعة وإرساله إليها، من أجل دراسته وإبداء الرأي فيه على مستوى مصالحها. **ثانياً: إعداد كشف كمي تقديري عن الأشغال الإضافية مع اقتراح للأسعار:**

بعد إخطار المصلحة المتعاقدة، بوجود أشغال إضافية ضرورية، بموجب تقرير لدراساتها وإبداء الرأي فيها، وبعد موافقتها على ذلك التقرير، تسند مهمة القيام بدراسة تقنية ومالية لهذه الأشغال الإضافية، إلى مكتب الدراسات المكلف بتنفيذ المشروع، بحيث يقوم على إثر ذلك بإعداد كشف كمي تقديري لهذه الأشغال من خلال جدول، يتضمن تعيين الأشغال المراد إنجازها، سواء كانت من نفس النوع والطبيعة، أو كانت أشغال جديدة، وكمية هذه الأشغال والوحدة المستعملة في تعيينها. وبالإضافة إلى ذلك، يتم وضع أسعار لهذه الأشغال الإضافية، فإذا كانت هذه الأشغال من نفس نوع وطبيعة الأشغال موضوع الصفقة، يتم حينها وضع نفس الأسعار الواردة في الصفقة الأصلية لكل وحدة، أما إذا كانت تختلف عن الأشغال موضوع الصفقة، وكانت أشغال جديدة، فيتم وضع واقتراح أسعار جديدة لكل نوع من الأشغال موضوع الملحق.

بعد انتهاء مكتب الدراسات من إعداد الكشف الكمي التقديري للأشغال، واقتراح أسعارها، يتم التأشير عليه من طرف مكتب الدراسات والمتعامل المتعاقد، ويرسل إلى المصلحة المتعاقدة من أجل دراسته ومناقشة الأسعار مع المتعامل المتعاقد.

ثالثاً: استدعاء المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد ومناقشة الأسعار معه:

بعد اقتراح المتعامل المتعاقد، لأسعار العمليات الجديدة على المصلحة المتعاقدة، تقوم هذه الأخيرة باستدعائه إلى مصالحها، من أجل مناقشة هذه الأسعار المقترحة. تتم مناقشة الأسعار المقترحة، ويتم تحديد السعر على أساس السعر المتداول في السوق، غير

¹- غالباً ما تكون المصالح التقنية التي ترافق وتتابع تنفيذ المشروع مكتب دراسات أسندت إليه هذه المهمة بموجب اتفاقية أو صفقة.

أن المصلحة المتعاقدة غالبا ما تفرض أسعارها على المتعامل المتعاقد، لأن لديها جدول تسير وفقه في تحديد الأسعار ولا تستطيع تخطيه.

وبعد توصل المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، إلى السعر الذي يتم تنفيذ أشغال الملحق على أساسه، يتم حينها تحرير محضر، يدون فيه يوم وشهر وسنة الاجتماع، وكذلك أعضاء اللجنة الحاضرين، وكذلك إمضاءات ممثلي المصلحة المتعاقدة، وإمضاء وختم المتعامل المتعاقد، يسمى هذا المحضر محضر مناقشة الأسعار.

أما إذا كانت الأشغال الإضافية، عبارة عن أشغال تكميلية للصفقة، وكانت من نفس نوع وطبيعة الأشغال موضوع الصفقة، فإن أسعارها تعد ثابتة وموجودة في موضوع الصفقة الأولية، وهي لذلك لا تحتاج إلى اقتراح أو مناقشة لأسعارها بمقتضى محضر أسعار.

رابعا: إبرام ملحق وعرضه على اللجنة:¹

بعد مناقشة الأسعار مع المتعامل المتعاقد، وتحرير محضر مناقشة الأسعار، تقوم المصلحة المتعاقدة حينها، بإبرام ملحق تابع للصفقة الأصلية في الشكل الكتابي، يكون أطرافه المصلحة المتعاقدة من جهة، والمتعامل المتعاقد معها من جهة أخرى، أي أطراف الصفقة الأصلية، ويتم تضمينه كافة النقاط التي تم الاتفاق عليها في شكل مواد أو بنود.

إن هذا الملحق والذي يتمثل في اتفاقية تابعة للصفقة الأصلية، يشتمل على مجموعة من المواد تنص أساسا على الشروط التي تم الاتفاق عليها، من أجل تنفيذ الأشغال الإضافية، بحيث تتضمن هذه المواد موضوع الملحق، والقانون الذي يحكم إبرامه، والأحكام التي تم الاستناد إليها، والمنصوص عنها في قانون الصفقات العمومية،² وتتضمن كذلك تبيان الكميات المعنية بالتسوية، والكشف الكمي والتقدير لها، وكذلك الأسعار الجديدة المقررة لهذه الأشغال.

¹- Note N° 000894 MF/DGB/DRC du 03/02/2008 relative Procédure de soumission d'un avenant à l'examen de la Commission Nationale des Marchés, Ministère des Finances, 2008, qui prévoit ce qui suit : Par lettre visée en référence, vous avez bien voulu poser la question de savoir quelle est la procédure à suivre pour soumettre un avenant rentrant dans le cadre de l'alinéa 5 de l'article 130 du décret présidentiel n° 02-250 du 24 Juillet 2002, modifié et complété, portant réglementation des marchés publics, à l'examen de la Commission Nationale des Marchés. Comme suite, j'ai l'honneur de vous faire connaître qu'il y a lieu de transmettre au secrétariat de la Commission Nationale des Marchés, les documents suivants :

- En 05 exemplaires, un rapport de présentation détaillé, faisant ressortir, notamment la procédure de choix, l'évaluation des soumissionnaires conformément aux critères et sous critères du cahier des charges, et la justification des différents avenants.
- En 05 exemplaires, une fiche analytique détaillée.
- En 02 exemplaires, copie des placards publicitaires.
- En 02 exemplaires, copie de l'autorisation de programme et des réévaluations.
- En 02 exemplaires, copie des différentes cautions.
- En 01 exemplaire, l'offre technique et financière et le dossier administratif du soumissionnaire retenu.
- En 02 exemplaires, procès verbaux d'ouverture des plis et d'évaluation des offres.
- En 02 exemplaires, cahier des charges visé.

²- هذه المواد تتمثل في المواد من 102 إلى 106 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر.

وبالإضافة إلى ذلك، تتضمن مواد الملحق أو بنوده، النص على مبلغ الصفقة الأصلية كتذكير وكذلك المبلغ الإجمالي للملحق، وكذلك المبلغ الجديد للصفقة، الذي يتغير بإضافة مبلغ الملحق، إضافة إلى بند ينص على وقت بدء سريان هذا الملحق، والذي يكون عادة بعد المصادقة عليه من طرف السلطات المختصة والمؤهلة لذلك، ومنحه التأشير من لجنة الصفقات المختصة، إذا فاق مبلغه النسب المحددة في المادة 106 من مرسوم 2010.¹

أما إذا لم يصل مبلغه إلى النسب المحددة في قانون الصفقات العمومية، وكان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة، والضمانات التقنية والمالية، وأجل التعاقد، فلا يتم عرضه على لجنة الصفقات المختصة بالرقابة.

ومع ذلك فحصول الملحق على تأشير لجنة الصفقات المختصة، يخول المصلحة المتعاقدة توجيه أمر بالانطلاق في الأشغال، إلى المتعامل المتعاقد من أجل الانطلاق في تنفيذ مضمون الملحق. ومما تجدر الإشارة إليه أخيراً، هو أن المتعامل المتعاقد، لا يستطيع الانطلاق في تنفيذ الأشغال الإضافية موضوع الملحق، إلا بعد استنفاد الإجراءات السابقة الذكر، والمصادقة على الملحق، ومنحه التأشير من طرف لجنة الصفقات المختصة عند لزومها، وبعد حصوله على أمر بالانطلاق في الأشغال كتابياً، تحت طائلة التعرض للمتابعات الجزائية في معظم الأحوال.²

¹- يعرض الملحق على لجنة الصفقات المختصة إذا فاق مبلغه 20% من مبلغ الصفقة الأصلية بالنسبة للصفقات التي هي من اختصاص لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة، و10% من مبلغ الصفقة الأصلية بالنسبة للصفقات التي هي من اختصاص اللجان الوطنية للصفقات.

²- Ministère des Finances, Avis juridiques N° 002075 MF/DGB/DRC du 03/03/2008 relative q' un avenant de clôture qui peut contenir des travaux supplémentaires et des travaux complémentaires, doit être notifié par ordre de service.

الفصل الثالث:

آليات الرقابة على تقسيم وزيادة الأُسْغال والخدمات

الفصل الثالث:

آليات الرقابة على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات.

إن عملية الرقابة الممارسة على الصفقات العمومية متعددة، نظرا للخصوصيات التي تتمتع بها الصفقات العمومية عن غيرها من العقود الأخرى، وذلك بوجود لجان متعددة تتولى بسط رقابتها على هذه الصفقات في جميع المراحل التي تمر بها، ابتداء من المرحلة السابقة لدخول الصفقة حيز التنفيذ وحتى بعد تنفيذها.

ولما كانت كل من عملية تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات، تتم في مرحلة منفردة، فثمة تساؤل يدور حول مدى خضوعها إلى الرقابة الإدارية، الداخلية منها أو الخارجية، وذلك باعتبار أن عملية تقسيم الصفقة إلى حصص منفردة، تتم في مرحلة سابقة على دخول الصفقة حيز التنفيذ، وحتى قبل الإعلان عن الصفقة، كما أن عملية الزيادة في الأشغال والخدمات، تتم في مرحلة تنفيذ الصفقة.

فبالنظر إلى الرقابة الداخلية على تقسيم الأشغال والخدمات، يتضح لنا بأن لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض لا مجال لرقابتها على التقسيم والزيادة، وذلك راجع إلى كون التقسيم يتم قبل الإعلان عن المناقصة، أما الزيادة فيتم اللجوء إليها أثناء تنفيذ الصفقة، وبذلك فهي لا تحتاج إلى دراسة.

وعلى هذا الأساس يبقى التساؤل مطروح حول مدى خضوع عملية تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات، إلى رقابة لجان المصلحة المتعاقدة، واللجان الوطنية والتي تقوم بدور الرقابة الخارجية.

يضاف إلى ذلك أن تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات، كثيرا ما يؤدي إلى إثارة العديد من المنازعات بين المتعاقدين والمصلحة المتعاقدة، وخاصة عند عدم التوصل إلى حل ودي يرضي الطرفين، أين يضطر الطرف المتضرر إلى اللجوء إلى القضاء الإداري، تارة من أجل إلغاء القرارات الإدارية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة بهذا الخصوص، وتارة أخرى من أجل طلب تحصيل حقوقه، أو التعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء الفعل الضار الممارس من طرف المصلحة المتعاقدة.

كما أنه وحماية للمال العام من التلاعب والتبديد، فقد يتعرض ممثل المصلحة المتعاقدة وبعض موظفيها، أو المتعاقد معها إلى المتابعة الجزائية، بسبب عملية التقسيم أو الزيادة في الأشغال والخدمات، بدعوى وقوعها تحت طائلة أحكام قانون مكافحة الفساد، متى كانت عمليتي التقسيم والزيادة في الأشغال والخدمات غير مشروعة، أو مخالفة للأحكام التنظيمية والتشريعية الجاري بها العمل، وبذلك يلعب القاضي الجزائي دورا في الرقابة على الأفعال غير المشروعة، والتي تشكل جنح في ظل قانون مكافحة الفساد.

ومن هذا المنطلق ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في الأول الرقابة الإدارية الخارجية الممارسة على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات (المبحث الأول)، أما (المبحث الثاني) فننتظر من خلاله إلى الرقابة القضائية المتمثلة في رقابة القاضي الإداري والقاضي الجزائي.

المبحث الأول:

الرقابة الإدارية الخارجية على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية:

تضمن قانون الصفقات العمومية النص على إنشاء مجموعة من اللجان، من أجل بسط رقابتها على مختلف أنواع الصفقات العمومية، وتتمثل في اللجان الوطنية الثلاث، بحيث تراقب كل لجنة نوع معين من الصفقات، بالإضافة إلى لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة، والتي تنشأ على مستوى الهيئات الإدارية المذكورة بالمادة الثانية من المرسوم الرئاسي 10-236.

وتقوم هذه اللجان بالرقابة على مشاريع الصفقات، وعلى الملاحق التي تبرمها المصلحة المتعاقدة التابعة إليها، وخاصة إذا كانت هذه الصفقات ضخمة، أين تلجأ الإدارة إلى تقسيمها إلى مجموعة من الحصص، بحيث يتم إعداد دفتر شروط خاص بكل حصة، بما يؤدي إلى إثارة بعض التساؤل، حول اللجنة المختصة بهذه الرقابة، في الوقت الذي يكون فيه مبلغ الحصة الواحدة، لا يرقى إلى العتبة المالية المحددة لإبرام صفقة، وما إذا كانت الحصة الواحدة تخرج عن نطاق رقابة لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة، بوصفها حصة ناتجة عن تقسيم عملية، قد تخضع لرقابة اللجنة الوطنية بالنظر لعتبتها المالية.

وبالإضافة إلى ذلك، فقد تظهر أشغال إضافية عند تنفيذ الصفقة، لم تكن داخلة في موضوع الصفقة الأصلية وهي أشغال تكون ضرورية من أجل إتمام التنفيذ على أكمل وجه، الأمر الذي يدفع المصلحة المتعاقدة والمتعامل معها، إلى إبرام ملحق بشأنها، قد لا يصل مبلغه إلى النسبة المقدرة بعشرين في المائة، المشترطة من خلال قانون الصفقات العمومية، لخضوع الملحق لرقابة هذه اللجنة، وقد يفوق الملحق تلك النسبة بكثير، بحيث يصل أحيانا إلى مستوى مبلغ الصفقة أو يتعداه، وهذه إشكالات تثير الكثير من التساؤل، حول دور مثل هذه اللجان في الرقابة على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات، وعن مدى فاعليتها.

وللإجابة عن هذه التساؤلات، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول رقابة اللجان الوطنية الثلاث على تقسيم الأشغال والخدمات وزيادة فيها (المطلب الأول)، أما الثاني فنخصه إلى رقابة لجنة المصلحة المتعاقدة (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

رقابة اللجان الوطنية على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات:

إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي 08-338 المنظم للصفقات العمومية، والمعدل للمرسوم الرئاسي 02-250، كانت هناك لجنة وطنية واحدة، تتولى الرقابة على الصفقات العمومية الهامة ذات البعد الوطني، والأهمية الاقتصادية التي يجب إخضاعها لنظام رقابة مركز وفعال¹، غير أن المشرع

¹ - المادة 126 من المرسوم 02-250، ولمزيد من التوضيحات راجع: عبد الوهاب علق، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم القانونية، فرع القانون العام، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية: 2003-2004، ص 78.

حاول أن يعطي تمثيلاً أكبر، للقطاعات الحيوية بالنظر إلى تشكيل اللجنة، فأنشأ بموجب المرسوم الرئاسي 08-338 لجنتين وطنيتين لمراقبة الصفقات العمومية.¹

ونظراً لكون صفقات اللوازم هي الأخرى، تتطلب مبالغ مالية ضخمة، مقارنة بصفقات الدراسات والخدمات، فالمشرع وبمناسبة إصداره للمرسوم الرئاسي 10-236 المنظم للصفقات العمومية، قام باستحداث لجنة ثالثة لمراقبة صفقات اللوازم.²

والملاحظ أن هذه اللجان تتكون تقريباً من نفس التشكيلة، غير أن هناك تغيير في تمثيل بعض الوزارات، كما لها أيضاً صلاحيات واختصاصات مشتركة في مجال الرقابة، كما نجد أيضاً لكل لجنة اختصاصات مستقلة عن الأخرى تم ذكرها بالتفصيل في قانون الصفقات العمومية لسنة 2010.

ومن خلال الاختصاصات الممنوحة لهذه اللجان، نجد بأنها تقوم بالرقابة على عملية تقسيم الأشغال والخدمات، وكذلك الزيادة فيها، سواء من حيث الاختصاصات المشتركة، أو من حيث الاختصاصات التي تنفرد بها كل لجنة، وعلى هذا الأساس سوف نتناول أولاً تشكيل اللجان واختصاصاتها المشتركة (الفرع الأول)، ثم نتناول بعدها اختصاص المنفرد لكل لجنة على حدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تشكيلة اللجان الوطنية للصفقات العمومية:

كانت هناك لجنة وطنية واحدة للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 02-250، وتتشكل من ممثل واحد لكل وزارة، ويرأسها الوزير المكلف بالمالية أو ممثله، كما أعطى المشرع مقعدين في التشكيلة لكل من وزارة المالية والأشغال العمومية، نظراً لأهمية هذين القطاعين³، غير أن المشرع لم يقيم بتفصيل الوزارات المعنية.

وبمناسبة تعديل 2008 لقانون الصفقات العمومية، تم استحداث لجنتين وطنيتين للصفقات العمومية، بدلاً من لجنة وطنية واحدة، الأولى خاصة بصفقات الأشغال، أما الثانية فمتعلقة بصفقات اللوازم والدراسات والخدمات⁴، كما أن المشرع بمقتضى هذا التعديل، قد قام بتحديد الوزارات المعنية بتشكيلة كل لجنة، أين نجد التشكيلة تقريباً نفسها، إلا فيما يخص تمثيل بعض الوزارات، بحيث يحل ممثلو وزير التربية، ووزير التعليم العالي والبحث العلمي والتعليم والتكوين المهنيين، وكذلك الصحة وإصلاح المستشفيات، بدلاً من وزير الأشغال العمومية، السكن والعمارة والموارد المائية، والنقل، فيما يخص اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال⁵، وفي حالة حصول غياب أو مانع لرئيس اللجنتين الوطنيتين

¹- تم استحداث اللجنتين بموجب المادة 126 من مرسوم الرئاسي 08-338 وهما اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال، واللجنة الوطنية لصفقات اللوازم والخدمات والدراسات.

²- المادة 142 من المرسوم 10-236.

³- المادة 131 من المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى.

⁴- المادة 28 من المرسوم 08-338 المعدلة للمادة 126 من المرسوم 02-250 الملغى.

⁵- حسب نص المادة 34 من قانون الصفقات العمومية 08-338 المعدلة للمادة 131 من المرسوم 02-250، فإن اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال تتشكل من الوزير المكلف بالمالية أو ممثله رئيساً، ممثل الوزير المكلف بالمالية (قسم الصفقات) كنائب للرئيس،

للسفقات العمومية، يتولى رئاستها نائبا الرئيسين، وبالنسبة لكيفيات تعيين أعضاء اللجنتين وتجديدهما، فإن وزير المالية هو المعني بذلك، بناء على اقتراح الوزير المختص، ويتجدد كل ثلاث سنوات ثلث أعضاء اللجنتين.

غير أن قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، قد استحدث لجنة وطنية أخرى للصفقات العمومية، وهي المتمثلة في اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم، بوصفها مستقلة عن اللجنتين السابقتين، فأصبحت لدينا ثلاث لجان وطنية للصفقات العمومية، وقد أعطى المشرع لكل منها تشكيلتها الخاصة، مع وجود اشتراك في التمثيل من خلال بعض الوزارات الممثلة فيها.

أولاً: تشكيل اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال:

تتكون هذه اللجنة من وزير المالية، أو ممثله بصفته رئيساً لها، وممثل وزير المالية المتخصص في قسم الصفقات العمومية كنائب للرئيس، بالإضافة إلى ممثلين عن وزارة الدفاع الوطني، ووزارة الداخلية والجماعات المحلية، ووزارة الشؤون الخارجية، وممثلان عن وزارة المالية، وبذلك يكون تمثيل وزارة المالية بأربع مقاعد، وكذلك ممثلون عن كل من وزير العدل، ووزير الموارد المائية، مع ممثل عن وزير النقل، ضف إلى ذلك ممثل عن وزير الأشغال العمومية.

والملاحظ أن تمثيل وزارة الأشغال العمومية، تضاعف على غرار التمثيل في اللجنة الوطنية للصفقات العمومية السابقة، أين كان تمثيل وزير الأشغال العمومية، يتم بوساطة ممثلين اثنين، وبالإضافة إلى الممثلين السابقين لتلك الوزارات، فهي تضم ممثلين عن وزير التجارة، ووزير السكن والعمران، ووزير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار، وعند عدم تمثيل المصلحة المتعاقدة في اللجنة، يضاف ممثل الوزير الوصي عن هذه المصلحة، كما أضاف المشرع كذلك حالة إدماج دوائر وزارية أخرى، أين يقوم الوزير المعني بتعيين ممثلاً عنها¹.

ثانياً: تشكيل اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم:

يقترّب تشكيل هذه اللجنة نوعاً ما من تشكيلة اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال، مع وجود تغيير طفيف في التمثيل، إذ يحل محل ممثلو وزراء الموارد المائية، والنقل، والأشغال العمومية، والسكن والعمران، محل ممثل عن وزارة التربية الوطنية، وممثل عن وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، وممثل عن وزارة التكوين والتعليم المهنيين، بالإضافة إلى ممثل عن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات².

ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للحاسبة)، ممثل وزير الدفاع، ممثل وزير الشؤون الخارجية، ممثل وزير الداخلية والجماعات المحلية، ممثل وزير الأشغال العمومية، ممثل وزير النقل، ممثل وزير الموارد المائية، ممثل وزير السكن والعمران، ممثل وزير التجارة، ممثل وزير الصناعة وترقية الاستثمار، ممثل وزير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعة التقليدية، ممثل الوزير الوصي للمصلحة المتعاقدة عندما تكون هذه الأخيرة غير ممثلة في اللجنة.

¹- المادة 149 من المرسوم 10-236 السالف الذكر.

²- المادة 150 من المرسوم 10-236 السالف الذكر.

ثالثا: تشكيل اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات:

على غرار تشكيل اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم، فتشكيل اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات لا ينطوي سوى على اختلاف طفيف، مقارنة مع تشكيلة اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال، إذ نجد فقط حلول ممثل وزير التعليم العالي والبحث العلمي، محل ممثل وزير العدل¹. يقوم برئاسة هذه اللجان وزير المالية أو ممثله، وفي حالة غيابه يتراأسها نائبه، كما أن وزير المالية هو المكلف بتعيين أعضاء هذه اللجان بموجب قرار، بعد اقتراح أسمائهم من طرف الوزير الذي يخضعون لسلطته لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، وتجدد هذه اللجان تشكيلتها بالثلث كل ثلاث سنوات.

وما يلاحظ على تشكيلة هذه اللجان، أن رئاستها عهدت إلى وزير المالية أو ممثله، وأن وزارة المالية نظرا لتعلق الصفقات العمومية بالمال العام والخزينة العامة، قد حظيت بأربع مقاعد في كل لجنة، كما أن كل وزارة حظيت هي أيضا بمقعد واحد، وسمح المشرع في حالة إنشاء دوائر وزارية أخرى، أن تدخل هي أيضا بممثل في تشكيلة اللجان، كما أن المشرع قد فرض بأن يكون اختيار الممثلين نظرا لكفاءاتهم، وذلك خلافا لما هو عليه الحال بالنسبة للجان المصلحة المتعاقدة، التي لم يشترط المشرع في ممثليها مثل هذه الكفاءة.

الفرع الثاني:

اختصاصات اللجان الوطنية للصفقات العمومية.

إن المشرع ومن خلال قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، أعطى لهذه اللجان اختصاصات مشتركة، كما أعطى كذلك لكل واحدة منها اختصاص مانع، خاص بكل لجنة على حدة، يتعلق بالعبء المالية المشتركة لكل نوع من الصفقات، وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

أولا: الاختصاصات المشتركة للجان الوطنية للصفقات العمومية:

نظم قانون الصفقات العمومية الاختصاصات المشتركة للجان الوطنية للصفقات العمومية في ثلاث مواد²، سواء في مجال التنظيم أو الرقابة.

فهذه اللجان تساهم في إعداد تنظيم الصفقات العمومية، بحيث تقدم تقارير عن النقائص الموجودة في القانون الساري، من أجل تقاؤها عند إعداد قانون جديد، وبذلك يكون لها دورا كبيرا في إعداد قوانين الصفقات العمومية، باقتراحها لأي إجراء من شأنه أن يحسن ظروف إبرام الصفقات، وكذا اقتراحها للنظام الداخلي النموذجي الذي يحكم عمل لجان الصفقات العمومية.

يضاف إلى ذلك أنها تقوم أيضا، بالرقابة على صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بدءا بإجراءات الدعوة إلى المنافسة، ووصولاً إلى الختم النهائي للصفقة، وبذلك فهذه اللجان تقوم بالنظر في

¹- المادة 151 من المرسوم 10-236.

²- المواد 143 إلى 145 من المرسوم 10-236.

شرعية الإجراءات المعتمدة ومبرراتها ومطابقتها للتشريع الجاري العمل به، كما تشمل مصادقية الإجراءات وشفافيتها، وبالتالي يكون تدخل هذه اللجان في مختلف مراحل إعداد وإبرام الصفقة وختمها، ويكون ذلك بصفة مسبقة، بمعنى أن رقابتها يجب أن تتم على أعمال مازالت في مرحلة المشاريع، أي أن تدخل هذه اللجان، يجب أن يتم قبل أن يقع اتخاذ القرار من قبل المصلحة المتعاقدة، أو قبل أن تتم المصادقة على عقد الصفقة، ويكون هذا التدخل موازياً لمختلف المراحل ابتداء من إعداد وثائق الدعوة للمنافسة، إلى حين الختم النهائي للصفقة.

بالإضافة إلى ذلك، فإن اللجان الوطنية للصفقات العمومية، تتولى دراسة الطعون المقدمة من طرف المتعهدين، في إطار عمل لجنة تقييم العروض لدى المصلحة المتعاقدة، إذا كان اختيارها للمتعاقد، لم يكن على الأسس التي سبق ذكرها، كالعرض الأقل ثمناً أو الأحسن اقتصادياً. وتتولى دراسة الطعون التي يرفعها المتعاملون المتعاقدون، قبل لجوئهم إلى الجهات القضائية، بشأن المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة، غير أن المشرع لم يلزم المتعامل المتعاقد برفع الطعن، أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية، سواء بالنظر لمرسوم 2002 ، أو بالنظر لمرسوم 2010، الأمر الذي يظهر وبكل وضوح من خلال استعماله لعبارة: "يمكن"¹ بدلاً من عبارة أخرى تفيد بالوجوب.² وتجب الإشارة أيضاً إلى أن هذه اللجان، وبخصوص رقابتها المشتركة على مدى قانونية إجراءات إبرام الصفقات العمومية، فإنها تقوم بمراقبة ودراسة مشاريع دفاتر الشروط، التي تتدرج ضمن اختصاصها، وهي بذلك رقابة تنصب على تقسيم أو تخصيص الأشغال والخدمات، كما تقوم أيضاً بدراسة مشاريع الصفقات، وملاحقها التي تتدرج ضمن اختصاصها، وهي رقابة تنصب بشكل كبير على عملية الزيادة في الأشغال والخدمات، وهما اختصاصان يستلزمان بعض التوضيح.

أ) رقابة اللجان الوطنية للصفقات على مشاريع دفاتر الشروط:

يتم إعداد مشاريع دفاتر الشروط قبل الإعلان على المنافسة، ويكون هذا الإعداد بناء على دراسات وتقديرات مسبقة للمشاريع المزمع إنجازها، بحيث يتم ضبط التقديرات المالية للمشروع موضوع الصفقة قبل الإعلان عن المنافسة، هذه التقديرات المالية تبنى على أساس الدراسات المنجزة بالنسبة للمشاريع، أو الطلبات التي اقتضت صبغتها الفنية ذلك، وأخذاً بعين الاعتبار مختلف الجوانب المتعلقة بمكونات المشروع ومدة إنجازها.

إن قانون الصفقات العمومية ومن خلال مرسوم 2010، جاء ببند جديد تحت عنوان "تحديد الحاجات"، تم النص من خلاله على قيام المصلحة المتعاقدة، بتحديد حاجاتها الواجب تلبيتها مسبقاً، قبل

¹ - المادة 102 المرسوم 250/02 الملغى، والمادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10.

² وتجب الإشارة إلى أن هذا الرأي، هو الذي ذهب إليه مجلس الدولة في القرار رقم 21173 ، في القضية القائمة بين المجلس الشعبي البلدي لبلدية تنس ضد المسمى (ط ق) ، فأوضح بأن الأحكام المتعلقة، بلزوم عرض النزاع أمام اللجنة الوطنية للصفقات القائم بشأن التنفيذ، تم تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي 250-02، ويمكن للمتعاقد قبل رفعه دعوى قضائية، تقديم طعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات، طبقاً لأحكام المادة 102، ولكنه مجرد اختيار وليس إلزاماً، وأنه ومادام الأمر يتعلق بقاعدة إجرائية فهي ذات تطبيق فوري، وأن عدم تقديمه أمام اللجنة الاستشارية، لا يشكل خرقاً لقاعدة إجرائية، انظر: قرار رقم 21173 الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 2005/06/07 بين المجلس الشعبي البلدي لبلدية تنس ضد (ط ق)، مجلة مجلس الدولة، العدد 7، 2005، ص 89.

الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة، وإلزامها بتحديد طبيعة هذه الحاجات وكميتها بدقة، أخذا بالمعيار المالي لتحديد اختصاص لجان الصفقات العمومية، بالنسبة لصفقات الأشغال، وتجانس الحاجات فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات¹.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن اختصاص لجان الصفقات العمومية، يتحدد بناء على المبلغ الإجمالي لجميع الحصص في حالة تخصيص الحاجات، وهو الاتجاه الذي استقر عليه التفسير الوارد في بعض المراسلات، الصادرة عن بعض الهيئات الإدارية المعنية، نظرا لغياب النص على ذلك في المرسوم الرئاسي 02-250².

وإذا كان المرسوم الرئاسي 02-250 يمنع تجزئة العملية، إلا بناء على دفتر شروط المناقصة أو هيكل رخصة البرنامج، فإن قانون الصفقات لسنة 2010- على النحو المذكور فيما تقدم- قد جاء بمصطلح جديد لتجزئة الصفقة أو العملية إلى حصص، وأصبح بذلك لا يمنع تخصيص الصفقة، إلا إذا كان الهدف منه يتمثل في تفادي حدود الاختصاصات المحددة بموجب الإجراءات الواردة بالمرسوم³. مع الملاحظ هنا أن عملية التجزئة، تتم في مرحلة إعداد مشروع دفتر الشروط، وبالتالي تقوم اللجان الوطنية للصفقات بالرقابة على هذه العملية، فإذا رأت بأن هيكل رخصة البرنامج قد سمح بالتجزئة، وأن مشروع دفتر الشروط نص عليها، فإنها لا محال سوف تقوم بالتأشير على هذا الدفتر، أما إذا لم تسمح رخصة البرنامج بهذه التجزئة وقام دفتر الشروط بالنص على التجزئة، فإن هذه اللجان سوف تتحفظ على التأشير أو ترفض التأشير على دفتر الشروط، وهذا وفقا للأحكام الخاصة بالتجزئة التي جاء بها تعديل 2008⁴.

أما إذا رجعنا إلى المرسوم الرئاسي 10-236، فإنه نص صراحة على منع التخصيص، إذا كان الهدف منه تفادي حدود الاختصاصات الواردة في المرسوم، والمقصود هنا هو تقسيم الحاجات إلى عدة أجزاء، ومباشرة الإجراءات المتعلقة بكل جزء على حدة، بصورة تحول دون عقد صفقات عمومية كتابية، توفر فرص المنافسة النزاهة، وتضمن المساواة بين المتعهدين، أو دون عرضها على لجان الصفقات المختصة، باعتبار أن الحصص المحدثة، تكون دون الحد المالي الأدنى المنصوص عليه بالنسبة لاختصاص كل لجنة، ويمثل ذلك إخلالا بالمبادئ الأساسية لنظام الصفقات العمومية، وبالتالي تمنع تجزئة أو تقسيم الأشغال والخدمات، سواء كانت بغاية تجنب اللجوء إلى عقد صفقة عمومية كتابية، أو بغاية تجنب الخضوع للرقابة المسبقة للجنة الصفقات المختصة.

ومما تجدر الإشارة إليه، فإن المادة 15 من المرسوم الرئاسي 10-236 مكنت من تقسيم (تخصيص) الحاجات أو العملية إلى حصص، لما في ذلك من فوائد ومزايا اقتصادية ومالية وتقنية،

¹- المادة 11 من المرسوم الرئاسي 10-236.

²- Lettre N° 006884 MF/DGB/DRC du 10/12/2007 relative la détermination du seuil de compétence des Commissions des Marchés dans le cas des lots séparés, Ministère des Finances, 2007.

³- المادة 12 المرسوم الرئاسي 02-250، والمادة 11 من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁴- المادة 07 من المرسوم 08-338، المعدلة للمادة 12 من المرسوم 02-250 الملغى.

وأعطت الإختصاص بشأنه إلى المصلحة المتعاقدة الملزمة بتبرير اختيارها، بشأن التخصيص عند كل رقابة تمارس عليها من السلطة المختصة، مع احترامها لمبدأ المنافسة وعدم التهرب من عرض هذه الصفقات على اللجان المختصة بالرقابة.

وفي هذا الإطار تجب الملاحظة، إلى أن التخصيص في حد ذاته، يجب النص عليه في دفتر شروط المناقصة، وعند رقابة اللجان الوطنية لدفتر الشروط، الذي نص على التخصيص، فلها أن تمنح التأشير أو ترفضها، إذا ظهر لها عدم شرعيته، أو رأت توجيهه لأشخاص محددين، أين لا تستطيع المؤسسات الصغيرة الدخول في المناقصة المزمع الإعلان عنها، أما في الحالة الخاصة بميزانية التجهيز، فإن المشرع ألزم هيكله رخصة البرنامج في حصص، بمعنى أن رخصة البرنامج كما هي محددة في مقرر التسجيل، الذي يعده الأمر بالصرف، يجب أن تتضمن بند ينص على تخصيص العملية، وأن عدم القيام بذلك ينجر عنه عدم منح التأشير لدفتر الشروط، من طرف اللجان الوطنية للصفقات العمومية.

(ب) رقابة اللجان الوطنية على مشاريع الملاحق:

إن رقابة اللجان الوطنية للصفقات العمومية، تمتد حتى مرحلة تنفيذ الصفقة، وهي المرحلة التي قد تطرأ فيها تغيرات غير متوقعة، ناتجة عن عدم تحديد الحاجات بدقة، ولذلك يجب على المصلحة المتعاقدة، تحديد حاجياتها بدقة من الناحيتين الكمية والنوعية، بالاعتماد أساساً على المواصفات الفنية الوطنية، وذلك لتجنب قدر الإمكان اللجوء إلى إبرام ملاحق أو صفقات إضافية لتسديد نفس الحاجات¹.

ومع ذلك فالمعامل المتعاقد، كثيراً ما تصادفه أثناء التنفيذ بعض الظروف، تحول وتنفيذ بنود الصفقة ما لم يتم القيام بأشغال غير واردة بعقد الصفقة، فيضطر إلى إعداد مشروع ملحق بشأنها، عن طريق المصالح التقنية المراقبة لتنفيذ المشروع، بحيث يتم فيه إعداد كشف كمي تقديري للزيادات التي صادفته، مشفوعاً بالسعر وحدوي المقترح لها من طرفه، ويقوم بعرضه على المصلحة المتعاقدة من أجل مناقشة الأسعار معها.

وعلى ذلك فالمسألة التي تؤخذ بعين الاعتبار في مثل هذه الحال، تتمثل في مشروع ملحق الأشغال المضافة، الذي يتم بواسطته تسوية الأشغال الإضافية الجديدة، وهي تسوية قد تتوقف على عرض مشاريع الملاحق المتعلقة بها، على اللجان الوطنية للصفقات العمومية، بوصفها مختصة بالنظر فيها، إما لكونها قد سبق لها وأن نظرت الصفقة الأصلية، وإما لكون الملحق المبلغ المحدد في مشروع الملحق، قد زاد بنسبة 10% من المبلغ الإجمالي للصفقة، فيكون بذلك مشروع الملحق، محل رقابة

¹ - مذكرة تفسيرية للفصل 85 من الأمر 3158 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وجميع النصوص التي نقحته وتمتمته وخاصة الأمر عدد 2167 المؤرخ في 10 أوت 2006 والأمر عدد 1329 لسنة 2007 المؤرخ في 4 جوان 2007 والمنشور التفسيري عدد 28 لسنة 2007 المؤرخ في 20 جوان 2007، منشور في موقع الإنترنت للمرصد الوطني للصفقات العمومية في تونس "www.marchespublics.gov.tn".

خارجية قبلية من طرف اللجان الوطنية للصفقات العمومية.

أما في حالة ما إذا كان الملحق، لا يعدل من تسمية الأطراف المتعاقدة، ولا من الضمانات التقنية والمالية ولا من آجال التعاقد، وكان مبلغه لا يتجاوز نسبة 10% من المبلغ الإجمالي للصفقة الأصلية، فإنه لا يكون محل رقابة من طرف اللجان الوطنية للصفقات العمومية¹.

وعلى هذه الأساس وجب على المصلحة المتعاقدة، عرض كل تغيير بالزيادة في الأشغال والخدمات بنسبة تفوق 10% على الرأي المسبق للجان الوطنية للصفقات العمومية، وفي هذه الحالة يجب عليها أن تقدم تقريرا تبين فيه أسباب التغيير ونتائجه، وتقريراً يبين فيه مدى تقدم إنجاز الصفقة، وتحدد نسبة التغيير المحتملة، التي يمكن أن تشهدا الصفقة باعتبار مدى تقدم الإنجاز.

ثانياً: الاختصاصات المانعة لكل لجنة المتعلقة بالعتبة المالية:

لقد أعطى قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، اختصاصات مانعة للجان الوطنية الثلاث للصفقات العمومية، بحيث أن كل لجنة تقوم بالرقابة في حدود اختصاصها، على أنواع معينة من مشاريع الصفقات وملاحقتها، معتمداً في توزيع هذا الاختصاص على المعيار المالي. وما يمكن ملاحظته على هذه الاختصاصات المانعة، أنها منصبة في مجملها على ملاحق الأشغال الإضافية التابعة للصفقة في حدود المبلغ المالي المحدد لكل لجنة.

فاللجنة الوطنية لصفقات الأشغال، تختص بالرقابة على صفقات الأشغال، التي يفوق مبلغها ستمائة مليون دينار جزائري²، أما إذا كان المبلغ يساويه أو يقل عنه، فإن لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة صاحبة الصفقة هي المختصة بالرقابة عليه³.

أما بالنسبة للجنة الوطنية لصفقات اللوازم، فتختص بالرقابة على صفقات اللوازم، التي يفوق مبلغها مائة وخمسين مليون دينار، فيما أن اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات، تراقب صفقات الخدمات التي يفوق مبلغها مائة مليون دينار، وصفقات الدراسات التي يفوق مبلغها ستمائة مليون دينار⁴.

ومع ذلك فالإشكال يظل قائماً بشأن الصفقات، التي يتم التأشير على مشاريع دفاتر شروطها من طرف اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال، أو اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم، أو اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات، بالرغم من عدم بلوغ العتبة المالية للصفقة المبلغ المحدد لاختصاص اللجنة الوطنية، خاصة وأن قانون الصفقات العمومية لعام 2010 لم يتطرق إليها، غير أن بعض المراسلات الصادرة من طرف وزارة المالية، قد أزال الت اللبس الحاصل بخصوص مثل هذه المسألة،

¹- المادة 106 من المرسوم الرئاسي 10-236.

²- ذلك ما بينته المادة 146 من المرسوم 10-236، وقد كان المبلغ لتحديد اختصاص اللجنة الوطنية بالنسبة لصفقات الأشغال 400 مليون في ظل المرسوم 08-338، و200 مليون في ظل المرسوم 02-250 الملغى.

³- إلا في حالة صفقات البلدية التي يفوق مبلغها العتبة المحددة لاختصاص لجنتها، وهذا ما هو ظاهر من خلال نص المادة 136 من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁴- المواد 147 و148 من المرسوم الرئاسي 10-236.

فخلصت إلى عدم اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات العمومية بشأنها.¹

وتختص أيضا اللجان الوطنية للصفقات، بالرقابة على كل مشروع ملحق تابع لصفقاتها، إذا كان مبلغه يتعدى نسبة 10% من مبلغ الصفقة الإجمالي، بمعنى أنه إذا كانت هناك صفقة أشغال، يفوق مبلغها ستمائة مليون دينار، وأنجز بشأنها ملحقا، وكان مبلغه يفوق نسبة 10% من مبلغ الصفقة، فإنه سوف يعرض على هيئة الرقابة الخارجية القبلية (اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال)، أما إذا لم يصل مبلغه إلى النسبة المحددة أعلاه، فلا يتم عرضه على اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال، وكذلك الأمر بالنسبة للملاحق التابعة لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات الداخلة في اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم، أو اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات.²

وتختص هذه اللجان كذلك، بالرقابة على مشاريع صفقات الأشغال، أو اللوازم، أو الخدمات والدراسات³، التي تبرمها المصالح المتعاقدة، كالهيئات المركزية، أو الولاية، أو البلدية، أو المؤسسات العمومية، والتي كان الإختصاص بشأن الرقابة عليها، راجع إلى لجان هذه المصالح المتعاقدة⁴، وذلك في الحالة التي يكون ملحق الأشغال المضافة، قد زاد مبلغه على نسبة 20% من المبلغ الأصلي للصفقة، وبموجبه أو بتطبيقه ارتفع المبلغ الأصلي للصفقة، إلى حدود العتبة المالية المحددة لاختصاص اللجان الوطنية، فالاختصاص في هذه الحالة يعود إلى رقابة اللجان الوطنية للصفقات العمومية، وهذا كله في حالة ما إذا كانت الصفقة تحتوي على البند الوارد في المادة 106⁵.

غير أنه ومع ذلك فهذه الحالة، من شأنها إثارة بعض التحفظ بخصوص هذا التفسير، نظرا للغموض الذي يكتنفها، وما يثيره من إشكال بشأن مشاريع الصفقات المقصودة هنا، هل هي الصفقات التابعة للهيئات المحددة بموجب المادة 2 من قانون الصفقات العمومية، والتي تدخل في اختصاص لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة، التي وبإضافة مبلغ ملحق تابع للصفقة يتجاوز نسبة 20%، يصل حينها مبلغ الصفقة الإجمالي إلى العتبة المالية المحددة لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات، وهو تحفظ يبقى وجيها، بالنظر إلى أن المشرع لم يبين البند المقصود، والوارد في المادة 106 من قانون الصفقات

¹- Lettre N° 006474 MF/DGB/DRC du 24/11/2007 relatif Projets de marchés relatifs à l'acquisition et l'assistance à l'installation de systèmes de détection de produits dangereux et interdits, référence lettre n°3706 du 13/11/2007, Ministère des Finances, 2007.

²- Lettre N° 002904 MF/DGB/DRC du 18/03/2008 relatif la soumission des avenants au contrôle des Commissions des Marchés, Ministère des Finances, 2008.

³- كل لجنة حسب الاختصاصات المنوطة بها ونوع الصفقات التي تبرمها بحيث أن اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال تهتم بصفقات الأشغال فقط، واللجنة الوطنية لصفقات اللوازم تهتم بصفقات اللوازم، واللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات تراقب صفقات الخدمات والدراسات.

⁴- إن المبلغ الذي تتحدد بموجبه اختصاص لجان صفقات المصلحة المتعاقدة محدد بموجب المواد 133، 134، 136، 137 و138 على التوالي من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁵- تنص المادة 106 فقرة 2 على أنه: "لا يخضع الملحق في مفهوم المادة 103 أعلاه 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 نسبة 20 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة، بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة".

العمومية لعام 2010، هل هو المتعلق بتجاوز نسبة 20% ، أم بتجاوز 10%، أم بمبالغ العمليات الجديدة الواردة أو المضافة على الصفقة.

وفي نفس السياق يحتمل أن تكون الصفقات المقصودة، هي الصفقات التابعة لاختصاص اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم، أو اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات، وبتطبيق الملحق الذي تزيد نسبته عن 10% من مبلغ الصفقة، ويرتفع بذلك المبلغ الإجمالي إلى أكثر من ستمائة مليون دينار، غير أنه وفي نظرنا يبقى هذا الاحتمال مستبعداً، لكون كل لجنة وطنية يتحدد اختصاصها، بالنظر إلى العتبة المالية التي حددها قانون الصفقات العمومية، والتي يجب أن لا تنزل عنها، أما أعلى مبلغ فلم يتطرق المشرع إلى هذا الشأن، وبذلك يكون الاحتمال الأقرب إلى الصواب هو الاحتمال الأول.

وبالإضافة إلى الإختصاصات السالفة الذكر، تختص كذلك هذه اللجان بالرقابة على مشاريع الملاحق التي ترفع المبلغ الإجمالي للصفقة، إلى حدود المستويات المحددة أعلاه، أو أكثر لاختصاص اللجان الوطنية الثلاث للصفقات العمومية، بمعنى أن مبلغ الملحق التابع لصفقة مبرمة من طرف الهيئات المحددة في المادة 2 من قانون الصفقات العمومية، سواء زادت نسبته عن 20 بالمائة، أو لم تتعداها، قد رفع المبلغ الأصلي للصفقة، إلى المستويات المحددة لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات العمومية أو تعداها.

وعلى هذا الأساس فإن المشرع الجزائي، ومن خلال مرسوم 2010 للصفقات العمومية، أعطى اختصاصات مشتركة لهذه اللجان، في مجال الرقابة على تقسيم الأشغال والخدمات أو تخصيصها، أين تقوم هذه اللجان بالرقابة على مشاريع دفاتر الشروط، التي قد تسمح بهذا التقسيم أو لا تسمح، وبذلك فإذا راعت المصالح المتعاقدة الشروط والأحكام التي جاء بها قانون الصفقات العمومية، فإن هذه اللجان ما عليها إلا منح التأشيرة، أما في حالة مخالفتها للأحكام التشريعية، فإن اللجنة قد تتحفظ أو ترفض التأشيرة، ويمكن للوزير المعني أو غيره تجاوز هذه القرارات، ويمنح هو التأشيرة معلا هذا التجاوز.

وكذلك الحال بالنسبة للاختصاصات المانعة، والخاصة بكل لجنة على حدة، فهي في مجملها منصبة على ملاحق الأشغال الإضافية، أين تقوم كل لجنة في حدود اختصاصاتها المالية، بالرقابة عليها والتي سوف تكلل إما بمنح التأشيرة أو التحفظ أو رفضها.

المطلب الثاني:

رقابة لجان المصلحة المتعاقدة على التقسيم والزيادة:

بالإضافة إلى الرقابة الخارجية للجان الوطنية للصفقات، هناك لجان أخرى تم استحداثها لدى كل مصلحة متعاقدة، تقوم بالرقابة الخارجية على للصفقات في حدود المعيار العضوي والمالي المحددين بموجب المرسوم الرئاسي 10-236.¹

وتتمثل هذه اللجان في اللجنة الوزارية، اللجنة الولائية، اللجنة البلدية، بالإضافة إلى لجنة صفقات المؤسسة العمومية الوطنية ومركز البحث والتنمية الوطني والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري والمؤسسة العمومية الاقتصادية.²

وعلى ذلك فلجان المصلحة المتعاقدة بالنظر إلى اختصاصاتها، نجدها تختص بالرقابة على كل من عمليتي تقسيم الأشغال والخدمات وكذا الزيادة فيها، كما أن تشكيلتها مختلفة من لجنة إلى أخرى، وعلى ذلك الأساس سوف نتناول أولاً تشكيلها هذه اللجان (الفرع الأول)، ثم نتعرض بعد ذلك إلى اختصاصاتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تشكيل لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة:

تتعدد لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة بتعدد هذه المصالح، ومع ذلك يمكن ردها إلى خمس لجان هي:

أولاً: اللجنة الوزارية للصفقات:

أعلن قانون الصفقات العمومية لسنة 2010 عن تشكيلها اللجنة الوزارية للصفقات العمومية، بحيث أبقى على التشكيل المعتمدة ضمن قانون الصفقات لسنة 2002 الملغى، فتتكون بذلك اللجنة من الوزير المعني أو ممثله رئيساً، وممثل عن المصلحة المتعاقدة وآخر عن الوزير المكلف بالتجارة، بالإضافة إلى ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية.³

وما يلاحظ على تشكيلها هذه اللجنة أن رئاستها أسندت إلى الوزير المعني أو ممثله لكون الوزير هو أعلى شخصية إدارية في التنظيم الإداري الخاص بقطاعه، كما أن عددها الإجمالي فردي مما يساعد على التداول، كما أن تمثيل وزارة المالية مزدوج للصلة التي تربط الصفقات العمومية بالخبزينة العمومية والمال العام.⁴

ثانياً: اللجنة الولائية للصفقات العمومية:

تتشكل اللجنة الولائية للصفقات العمومية من الوالي أو ممثله رئيساً وثلاثة ممثلين عن المجلس

¹- تم استحداث هذه اللجان بموجب المادة 128 المرسوم 10-236، والتي أحالت إلى المواد 136، 146، 147 و148 بحيث يتحدد اختصاصها بناء على المعيار العضوي والمالي المحدد في المواد السابقة الذكر.

²- المواد 133 و138 من المرسوم 10-236.

³- المادة 133 من المرسوم 10-236 والمادة 119 من المرسوم 02-250 الملغى.

⁴- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، 2009، مرجع سابق، ص 166.

الشعبي الولائي، وممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية، بالإضافة إلى مدير التخطيط وتهيئة الإقليم للولاية، مدير الري للولاية، مدير الأشغال العمومية للولاية، مدير التجارة للولاية، مدير السكن والتجهيزات العمومية للولاية، ومدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية.¹ وما يلاحظ على هذه التشكيلة أن رئاستها أسندت إلى الوالي باعتباره ممثلاً للدولة ومنسوب الحكومة على مستوى المنطقة أو ممثله، وأن هذه التشكيلة تتكون من منتخبين يمارسون مهمة الرقابة الشعبية، ومعينين يمارسون الرقابة التقنية، كما أن هناك تغيير في التشكيلة مقارنة بمرسوم 2003، أين تم حلول مدير التجارة للولاية محل المدير الولائي للمنافسة والأسعار، وأمين الخزينة الولائي والمراقب المالي.

ثالثاً: اللجنة البلدية للصفقات العمومية :

تتشكل هذه اللجنة من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيساً، وممثل عن المصلحة المتعاقدة، وممثلين اثنين منتخبين يمثلان المجلس الشعبي البلدي، وممثل المصلحة التقنية المعنية بالخدمة، بالإضافة إلى ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية، بحيث حل محل أمين الخزينة البلدي.²

رابعاً: لجنة صفقات المؤسسة العمومية ذات الطابع الوطني:

يتشكل هذا النوع من اللجان، على مستوى كل المؤسسات العمومية الوطنية، ومراكز البحث والتنمية الوطنية، وعلى مستوى الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، وكذلك الحال بالنسبة للمؤسسة العمومية الاقتصادية.

وكانت هذه اللجان في ظل مرسوم 2008 لا تتمتع بالطابع الوطني، إلا أن مرسوم 2010 أضاف عليها الطابع الوطني، وأضاف إلى لجنة صفقات المؤسسات العمومية، ومراكز البحث والتنمية الوطنية، أو المؤسسات الأخرى المنوه عنها بموجب المادة 2 من مرسوم 2002، الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، والمؤسسة العمومية الاقتصادية، وبالتالي نجد أن المشرع حدد المؤسسات التي تحدث لها لجنة الصفقات، كما أحال للوزير المكلف بالمالية والوزير المعني مهمة تحديد الهياكل غير الممركزة للمؤسسات العمومية الوطنية.

وتتشكل لجنة صفقات هذه المؤسسات، من ممثل السلطة الوصية رئيساً، والمدير العام أو مدير المؤسسة أو الشركة، مع ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية، وممثل وزير الموارد المائية، وممثل وزير الأشغال العمومية، بالإضافة إلى ممثل وزير التجارة، وممثل وزير السكن والعمارة.³

¹- المادة 135 من المرسوم الرئاسي 10-236.

²- المادة 137 من المرسوم 10-236، إذ نجد بأنه قد حل ممثلان عن وزير المالية أمين الخزينة الذي كان في تعديل 2008 وكان في المرسوم 02-250 قابض الضرائب.

³- المادة 134 من المرسوم 10-236.

خامساً: لجنة صفقات المؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير المركز للمؤسسة الوطنية المتخصصة:

كانت هذه اللجنة تسمى لجنة صفقات المؤسسة العمومية المحلية، غير أن المشرع أضاف إليها الهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، وهذه اللجنة مختصة بدراسة مشاريع الصفقات في حدود الاختصاص المالي المحدد لها، وبالتالي نجد أن المشرع فرق بين لجنة صفقات المؤسسات العمومية الوطنية والمحلية، فالأولى تتعلق بالوزارة أما الثانية فتتعلق بكل من الولاية والبلدية.

وتتشكل لجنة صفقات هذه المؤسسات من ممثل السلطة الوصية رئيساً والمدير العام أو مدير المؤسسة، وممثل منتخب يمثل مجلس الجماعة الإقليمية المعنية بالإضافة إلى ممثلين اثنين عن الزير المكلف بالمالية وممثل المصلحة التقنية المعنية بالخدمة.¹

وما يلاحظ على تشكيلة كل هذه اللجان، أن رئاستها تكون من طرف أعلى شخصية إدارية لدى المصلحة المتعاقدة، وأن تمثيل وزارة المالية يكون دائماً مزدوج نظراً لتعلقه بالخزينة العامة والمال العام.

الفرع الثاني:

اختصاصات لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة في الرقابة على التقسيم والزيادة:

لجنة صفقات المصالح المتعاقدة هي الأخرى تتمتع باختصاصات مشتركة فيما بينها تتمثل في دراسة مشاريع دفاتر الشروط المتعلقة بكل مصلحة، كما تقوم كذلك بدراسة مشروع الصفقة في حد ذاته، وهي بذلك تكون رقابة منصبة في جزء منها على عملية تقسيم أو تخصيص الصفقة ومدى مطابقتها للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها، كما أن لها اختصاصات منفردة متعلقة بكل لجنة على حدا تتحدد بالنظر إلى العتبة المالية للصفقة وكل ملحق تابع للصفقة الأصلية، وعلى ذلك يمكن ربطها بالملحق لكونه موضوع دراستنا، وبذلك سوف نتناول هذه الرقابة في نقطتين كما يلي:

أولاً: الرقابة على مشاريع دفاتر الشروط هي رقابة منصبة في جزء منها على التقسيم:

إن عملية تقسيم أو تخصيص المشروع إلى حصص منفصلة هي عملية تتم من طرف المصلحة المتعاقدة ويتم النص عليها من خلال دفتر شروط المناقصة قبل الإعلان عنه، وفي الحالة الخاصة بميزانية التجهيز فإن رخصة البرنامج كما هي محددة بموجب مقرر التسجيل الذي أعده الأمر بالصرف المعني يجب أن تهيكّل في حصص، وهذا يعني بأن المشرع نص على إلزامية القيام بعملية التخصيص في الحالة الخاصة بميزانية التجهيز نظراً لضخامتها.²

كما أن المشرع نص كذلك على أن مشاريع دفاتر شروط المناقصات تخضع لرقابة لجان الصفقات العمومية قبل إعلان المناقصة حسب تقدير إداري للمشروع، بمعنى أن جميع دفاتر شروط المناقصات يجب أن تخضع للرقابة من طرف لجان المصالح المتعاقدة، ويكون ذلك بالنظر إلى مدى

¹ - المادة 138 من المرسوم الرئاسي 10-236.

² - المادة 15 من المرسوم الرئاسي 10-236.

التقدير الصحيح للحاجات من طرف المصلحة المتعاقدة والتي تحدد إما بحصة وحيدة أو بحصص منفصلة، مع الأخذ بعين الاعتبار حدود اختصاص لجان الصفقات وكذلك إبرام عقود صفقات مكتوبة. ومما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع منع القيام بعملية التحصيل التي يكون الغرض منها التهرب من إبرام عقود صفقات مكتوبة، وبذلك يتم منحها بالتراضي أو بموجب سند طلبية، أو لتفادي حدود إختصاص رقابة لجان الصفقات العمومية، أين يتم تخصيص هذه الحاجات إلى حصص منفصلة لا يصل مبلغ كل حصة إلى العتبة المالية التي بموجبها يتحدد اختصاص لجان الصفقات.

وحسن ما فعل المشرع عندما جاء بالأحكام الجديدة المتعلقة بحدود اختصاص لجان الصفقات العمومية عند اللجوء إلى عملية التحصيل، بحيث نص على أنه يأخذ في الحسبان عند تخصيص الحاجات المبلغ الإجمالي لجميع الحصص حتى يتسنى تحديد اختصاص لجان الصفقات، فعند القيام بتقسيم الحاجات إلى حصص منفصلة ومنحها إلى متعاقد واحد أو أكثر، فإن العبرة باختصاص لجان الصفقات في الرقابة عليها يكون بالمبلغ الإجمالي لجميع الحصص وليس بمبلغ كل حصة على حدا.

وعلى هذا الأساس، فإن رقابة لجان الصفقات للمصالح المتعاقدة على مشاريع دفاتر الشروط تكون قبل الإعلان عن المناقصة، وتنصب على مدى احترام المصلحة المتعاقدة للقوانين المعمول بها عند وضعها لدفتر الشروط، إذ تراقب بنود دفتر الشروط خاصة البند الذي ينص على تقسيم المشروع إلى حصص منفصلة، لكون المشرع جعل النص على عملية التحصيل إلزامي في دفتر الشروط كلما أمكن ذلك بالنظر للمزايا الاقتصادية والمالية والتقنية التي توفرها عملية التحصيل، وعلى ذلك فإن دفتر الشروط عندما يقدم إلى لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة المختصة لرقابته وتجد بأن المشروع ضخم وأن منحه في حصة وحيدة يكلف خسائر ولا يتمتع بأية مزايا، أو أنه موجه إلى منتج أو متعامل اقتصادي معين، فإن لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة المختصة ترفض منحه التأشيرة.

إن المادة 2/132 حددت أجل خمسة وأربعين يوماً للجنة الصفقات، للبت في مشاريع دفاتر الشروط الذي قد يتوج بمنحه التأشيرة، وهي التأشيرة الصالحة لمدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ توقيعها، بحيث تبدأ المصلحة المتعاقدة في إجراءات إبرام الصفقة الأخرى، أما إذا لم تبدأ في مدة ثلاثة أشهر الممنوحة فيجب حينها أن تعرض مشاريع دفاتر الشروط مرة أخرى على لجنة الصفقات المختصة.¹ إن التأشيرة التي تمنحها لجان الصفقات قد تكون مرفوقة بتحفظات موقفة عند تعلقها بموضوع الصفقة، أو بتحفظات غير موقفة عند تعلقها بشكل الصفقة، ويمكن تأجيل المشروع لاستكمال المعلومات بحيث توقف الآجال ولا تعود للسريان إلا ابتداء من يوم تقديم المعلومات المطلوبة.

ومن جانب آخر، فإن لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة قد ترفض منح التأشيرة معللة هذا الرفض، كأن تعالين وجود مخالفة للتشريع والتنظيم الجاري العمل بهما، ومن بين هذه الحالات عدم احترام

¹ - المادة 132 من المرسوم الرئاسي 10-236، وما تجدر الإشارة إليه فيما يخص المدة الممنوحة للجنة لمنح تأشيرتها فإن قانون الصفقات العمومية الملغى 02-250 من خلال نص المادة 118 جعلها 15 يوم ولم يحدد تاريخ بدئها في السريان، كما أن عدم منح التأشيرة من طرف اللجنة في هذه المدة وعند انقضائها يعتبر المشروع كأنه مصادق عليه، وهو الشيء الذي تجنبه المرسوم 10-236.

المصلحة المتعاقدة عند إعدادها لمشروع دفتر الشروط المقاييس والضوابط المنصوص عليها في المواد 11 و 15 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلقة بتخصيص أو تقسيم المشروع إلى حصص منفصلة. وبالرغم من كل هذا، فإنه يمكن للوزير أو مسئول الهيئة الوطنية المستقلة المعني أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي في حدود صلاحياتهم، أن يتجاوزوا رفض منح التأشيرة من طرف اللجان بموجب مقرر تجاوز مغل بناء على التقرير المقدم من طرف المصلحة المتعاقدة، بحيث يسمحون بالمواصلة في إبرام هذه الصفقات إذا تعلق الأمر بمخالفة الأحكام التنظيمية المعمول بها، وذلك في أجل تسعون يوما ابتداء من تاريخ تبليغ رفض التأشيرة، أما في حالة مخالفة الأحكام التشريعية فلا يمكن للأشخاص السالف ذكرهم بإصدار مقرر التجاوز¹.

ثانيا: الرقابة المانعة لكل لجنة لمشاريع الصفقات وملاحقتها بالنظر للعتبة المالية:

إن لجان الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة، تتولى مهمة الرقابة على مشاريع المناقصات وملاحقتها، وذلك حسب المعيار العضوي المتعلق بكل لجنة، بمعنى أن كل لجنة تقوم بالرقابة على مشاريع المناقصات بالنظر إلى المصلحة المتعاقدة صاحبة الصفقة، بالإضافة إلى المعيار المالي المتعلق بكل مصلحة، والذي تم النص عليه بموجب قانون الصفقات العمومية.

وعلى ذلك الأساس، فكل لجنة تقوم بالرقابة على الملحق التابع للصفقة الأصلية، التي أبرمتها المصلحة المتعاقدة التابعة لها، إذا تجاوزت قيمته نسبة 20 بالمائة من مبلغ الصفقة الأصلية، أو في حالة تضمنه على عمليات جديدة تتجاوز مبالغها النسبة المحددة أعلاه، حسب ما هو منصوص عليه من خلال مرسوم 2010²، وعلى ذلك نتناول اختصاص هذه اللجان بالرقابة على الملحق كما يلي:

أ) اللجنة الوزارية للصفقات:

حتى تمارس اللجنة الوزارية للصفقات رقابتها، وجب إلى جانب كون أن الوزارة هي المعنية بالصفقة، أن تبلغ العتبة المالية للصفقة إلى الحدود المرسومة من خلال المواد 146، 147، 148 من مرسوم 2010.

فاللجنة الوزارية للصفقات تقوم بدراسة مشاريع صفقات الأشغال للإدارة المركزية، إذا كان مبلغها أقل من ستمائة مليون دينار أو يساويه، وكذلك مشاريع صفقات إقتناء اللوازم للإدارة المركزية إذا كان مبلغها أقل من مائة وخمسين مليون دينار أو يساويه، ومشاريع صفقات الخدمات إذا كان مبلغها أقل من مائة مليون دينار أو يساويه، بالإضافة إلى مشاريع صفقات الدراسات إذا كان مبلغها أقل من ستين مليون أو يساويه، فإذا تجاوزت المبالغ تلك الحدود يعقد الإختصاص إلى اللجان الوطنية للصفقات كل واحدة حسب اختصاصها.³

¹- المواد 170، 171، 172 من المرسوم الرئاسي 10-236.
²- المادة 106 من المرسوم الرئاسي 10-236، والمادة 93 من المرسوم الرئاسي 02-250 السالفين الذكر، وما يلاحظ هنا أن قانون الصفقات العمومية 02-250 الملغى لم يتضمن النص على الملحق الذي يحوي عمليات جديدة.
³- فإذا تجاوز مبلغ صفقات الإدارة المركزية 600 مليون بالنسبة لصفقات الأشغال يؤول الإختصاص إلى اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال، وإذا تجاوز 150 مليون بالنسبة لصفقات اللوازم يؤول الإختصاص إلى اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم، وإذا تجاوز المبلغ

كما تراقب اللجنة كذلك كل مشروع ملحق بالصفقة إذا تجاوز مبلغه نسبة 20 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة، أو كل مشروع ملحق يتضمن عمليات جديدة ويفوق مبلغه النسبة المحددة أعلاه.¹ وبالتالي فإذا لم تتجاوز قيمة الملحق نسبة 20 بالمائة، فلا يتم عرضه على اللجنة الوزارية للصفقات، وإنما المراقب المالي هو من يتولى مهمة الرقابة عليه، وفي حالة تجاوز مبلغ الملحق أو عدم تجاوزه النسبة المحددة أعلاه وبتطبيقه يرتفع مبلغ الصفقة مع مبلغ الملحق إلى أكثر من ستمائة مليون دينار، أو مائة وخمسون مليون، أو مائة مليون وستين مليون، فإن الإختصاص بالرقابة هنا يعود إلى اللجان الوطنية للصفقات الثلاث.²

(ب) اللجنة الولائية للصفقات:

يتحدد إختصاص هذه اللجنة إذا كانت الجهة الإدارية المعنية بالصفقة هي الولاية أو المصالح غير المركزية للدولة، أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية المحلية، وهذا كله ضمن الحدود المالية المتعلقة بكل جهة إدارية. وعلى ذلك الأساس، فإن اللجنة الولائية للصفقات تختص بالرقابة على مشاريع صفقات الأشغال التي تبرمها الولاية والمصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية إذا كان مبلغها أقل من ستمائة مليون دينار جزائري أو يساويه، وكذا على صفقات اللوازم التي يكون مبلغها أقل من مائة وخمسون مليون أو يساويه، وصفقات الخدمات إذا كان مبلغها أقل من مائة مليون دينار أو يساويه، بالإضافة إلى صفقات الدراسات إذا كان مبلغها أقل من ستمين مليون أو يساويه³، أما في حالة ما إذا كان الحد المالي لهذه الصفقات أكثر من المبالغ المحددة أعلاه حسب طبيعة كل صفقة، فإن الإختصاص بالرقابة عليها يؤول إلى اللجان الوطنية الثلاث للصفقات العمومية.

كما تتولى هذه اللجنة مهمة الرقابة على كل مشروع ملحق تابع للصفقة الأصلية التي تبرمها الولاية أو المصالح غير المركزية للدولة إذا كان مبلغه يفوق نسبة 20 بالمائة من مبلغ الصفقة الإجمالي، أو كان هذا الملحق يتضمن عمليات جديدة وفاق مبلغه النسبة المحددة أعلاه⁴، وفي حالة عدم بلوغ الملحق لهذه النسبة فإن الرقابة عليه تتصرف إلى المراقب المالي الذي يراقب مدى صحة إجراءات إبرامه وكذلك مبلغه المالي.⁵

100 مليون لصفقات الخدمات و60 مليون لصفقات الدراسات يعقد الإختصاص للجنة الوطنية لصفقات الخدمات والدراسات، انظر المواد 146، 147، 148 من المرسوم 10-236 بالترتيب.

¹- Lettre pour Conclusion d'avenants de clôture N° 005705 MF/DGB/DRC 17/10/2007 relatif que les avenants de clôture comportant de nouveaux prix doivent être soumis à l'examen de la commission des marchés compétente, Ministère des Finances, 2007.

²- هذا ما يمكن استنتاجه من خلال نص المواد 146، 147 و148 من المرسوم الرئاسي 10-236، لأن النص جاء غامضاً في هذا الشأن ولم يبين المقصود من كلمة " مشروع صفقة".

³- المادة 136 من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁴- المادة 106 من المرسوم الرئاسي 10-236، والمادة 93 من المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى.

⁵- Lettre N° 003853 MF/DGB/DRC du 07/04/2008 relatif la soumission des avenants au contrôle des Commissions des Marchés qui ne dépassant pas 20 % du montant du marché de la wilaya, Ministère des Finances, 2007.

غير أنه وفي حالة ما إذا تجاوز الملحق النسبة المحددة أو لم يتجاوزها، بحيث يرتفع المبلغ الإجمالي للصفقة، زائد الملحق إلى أكثر من العتبة المالية المحددة لاختصاص اللجنة، والمنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، فإن الاختصاص في مثل هذه الحالة، يؤول إلى اللجان الوطنية للصفقات العمومية¹.

والإشكال هنا يثور بشأن اللجنة المختصة بالرقابة على مشروع ملحق تابع للصفقة التي تبرمها الولاية، والذي تتجاوز قيمته نسبة 100% إلى 150%، غير أن بعض المراسلات الصادرة من وزارة المالية أزلت بعض اللبس الحاصل وصرحت باختصاص نفس اللجنة المراقبة لمشروع صفقة الولاية². إن اللجنة الولائية هي أيضا صاحبة الاختصاص بالرقابة على مشاريع الصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية إذا كان مبلغها يفوق أو يساوي خمسين مليون دينار بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم، وعشرين مليون دينار بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات، فإذا كان مبلغها أقل من المستويات المحددة أعلاه فإن الاختصاص يؤول إلى اللجنة البلدية أو لجنة المؤسسات العمومية المحلية بالنظر إلى صاحبة الصفقة، وكذا تختص بالرقابة على الصفقات التي كانت دفاتر شروطها محل تأشيرة من طرف اللجنة البلدية للصفقات، غير أن عتبتها المالية تفوق المبالغ المذكورة³. وتختص اللجنة أيضا بالرقابة على كل مشروع ملحق، تتجاوز قيمته نسبة 20 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة، بالنسبة للصفقات التي تبرمها البلدية أو المؤسسات العمومية المحلية وتدخل في نطاق اختصاص اللجنة الولائية للصفقات بالنظر إلى قيمة الصفقة، وكذا على كل ملحق يتضمن عمليات جديدة ويفوق مبلغه تلك النسبة.

ومما تجدر الإشارة إليه، فإذا كان مبلغ الملحق المتعلق بصفقات البلدية والمؤسسات العمومية المحلية التي تدخل رقابتها ضمن اختصاص اللجنة الولائية للصفقات، ويرفع القيمة الإجمالية للصفقة إلى المستويات المحددة بموجب المواد 146، 147 و 148 من المرسوم الرئاسي 10-236، فإن الاختصاص هنا بالرقابة على مشروع الصفقة ينعقد للجان الوطنية للصفقات حسب طبيعة الصفقة والحدود المالية المتعلقة بها.

ت) اللجنة البلدية للصفقات:

تختص اللجنة البلدية للصفقات العمومية بالرقابة على مشاريع الصفقات التي تبرمها البلدية إذا كان مبلغها أقل من خمسين مليون بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم، وأقل من عشرين مليون بالنسبة لصفقات الخدمات والدراسات، أما إذا كان مبلغها أكثر من الحدود المالية المبينة أعلاه فإن الاختصاص

¹- هذه المبالغ محددة من خلال المواد 146، 147، 148 من المرسوم 10-236، بحيث تكون 600 مليون لصفقات الأشغال و 150 مليون لصفقات اللوازم و 100 مليون لصفقات الخدمات و 60 مليون لصفقات الدراسات.

²- Lettre N° 004446 MF/DGB/DRC du 30/07/2007 relatif la mise en œuvre des dispositions du code des marchés publics relatives aux avenants dépassent de 100 à 150% le montant du marché, Ministère des Finances, 2007.

³- Lettre N° 004369 MF/DGB/DRC du 26/04/2008 relatif la compétence de la commission des Marchés de Wilaya, Ministère des Finances, 2008.

بشأنها يؤول إلى اللجنة الولائية للصفقات¹.

كما تختص هذه اللجنة بالرقابة على كل مشروع ملحق تابع للصفقة الأصلية إذا كان مبلغه يفوق نسبة 20 بالمائة، أو كان الملحق يتضمن عمليات جديدة ومبلغه يفوق النسبة المحددة أعلاه. أما إذا ارتفع المبلغ الإجمالي للصفقة إلى الحدود المنصوص عليها في المادة 136 من مرسوم 2010، وذلك الارتفاع يعود إلى الملحق سواء تجاوزت قيمته النسبة المحددة أو لم تتجاوزها، فإن الإختصاص بالرقابة على الصفقة هنا ينعقد إلى اللجنة الولائية للصفقات.

ث) لجنة صفقات المؤسسة الوطنية ومركز البحث والهيكل غير الممركز للمؤسسة الوطنية:

يتحدد إختصاص هذه اللجنة إذا كانت الجهة الإدارية المعنية بالصفقة هي المؤسسات العمومية المنصوص عليها بموجب المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236، وهذا كله ضمن الحدود المالية المتعلقة بكل جهة إدارية.

وعلى ذلك الأساس، فإن لجنة صفقات المؤسسة العمومية الوطنية ومركز البحث والتنمية الوطني والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري والمؤسسة العمومية الاقتصادية، تختص بالرقابة على مشاريع صفقات الأشغال التي تبرمها المؤسسات العمومية المنصوص عليها بموجب المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236، إذا كان مبلغها أقل من ستمائة مليون دينار جزائري أو يساويه، وكذا على صفقات اللوازم التي يكون مبلغها أقل من مائة وخمسون مليون أو يساويه، وصفقات الخدمات إذا كان مبلغها أقل من مائة مليون دينار أو يساويه، بالإضافة إلى صفقات الدراسات إذا كان مبلغها أقل من ستمائة مليون أو يساويه²، أما في حالة ما إذا كان الحد المالي لهذه الصفقات أكثر من المبالغ المحددة أعلاه حسب طبيعة كل صفقة، فإن الإختصاص بالرقابة عليها يؤول إلى اللجان الوطنية الثلاث للصفقات العمومية.

كما تتولى هذه اللجنة مهمة الرقابة، على كل ملحق تابع للصفقة الأصلية، الذي تبرمه المؤسسات المذكورة أعلاه، إذا كان مبلغه يفوق نسبة 20 بالمائة من مبلغ الصفقة الإجمالي، أو كان هذا الملحق يتضمن عمليات جديدة، وفاق مبلغه النسبة المحددة أعلاه³، وفي حالة عدم بلوغ الملحق لهذه النسبة فإن الرقابة عليه تنصرف إلى المراقب المالي الذي يراقب مدى صحة إجراءات إبرامه وكذلك مبلغه المالي.

غير أنه وفي حالة ما إذا تجاوز الملحق النسبة المحددة أو لم يتجاوزها، برفعه المبلغ الإجمالي للصفقة زائد الملحق إلى أكثر من المبالغ المحددة لإختصاص اللجنة، والمنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، فإن الإختصاص في هذه الحالة يؤول إلى اللجان الوطنية للصفقات العمومية⁴.

¹- المادة 137 من المرسوم الرئاسي 10-236.

²- المادة 134 من المرسوم الرئاسي 10-236.

³- المادة 106 من المرسوم الرئاسي 10-236، والمادة 93 من المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى.

⁴- هذه المبالغ محددة من خلال المواد 146، 147، 148 من المرسوم 10-236، بحيث تكون 600 مليون لصفقات الأشغال و 150 مليون لصفقات اللوازم و 100 مليون لصفقات الخدمات و 60 مليون لصفقات الدراسات.

(ج) لجنة صفقات المؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممرکز للمؤسسة الوطنية المتخصصة:

تختص لجنة صفقات المؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممرکز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، بالرقابة على مشاريع الصفقات التي تبرمها المؤسسات الولائية أو البلدية إذا كان مبلغها أقل من خمسين مليون بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم، وأقل من عشرين مليون بالنسبة لصفقات الخدمات والدراسات، أما إذا كان مبلغها أكثر من الحدود المالية المبينة أعلاه فإن الإختصاص بشأنها يؤول إلى اللجنة الولائية للصفقات¹.

كما تختص هذه اللجنة بالرقابة على كل ملحق تابع للصفقة إذا كان مبلغه يفوق نسبة 20 بالمائة، أو كان الملحق يتضمن عمليات جديدة ومبلغه يفوق النسبة المحددة أعلاه.

أما إذا ارتفع المبلغ الإجمالي للصفقة إلى الحدود المنصوص عليها من خلال المادة 136 من المرسوم الرئاسي 10-236، وذلك الارتفاع يعود إلى الملحق سواء تجاوزت قيمته النسبة المحددة أو لم تتجاوزها، فإن الإختصاص بالرقابة على الصفقة هنا ينعقد إلى اللجنة الولائية للصفقات.

إن رقابة كل هذه اللجان التي تم التطرق إليها، تتم وفق إجراءات قام قانون الصفقات العمومية بتحديدتها، بحيث أن عملها ينعقد بمبادرة من رئيس كل منها، ولا تصح اجتماعاتها إلا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها أين تتخذ قراراتها بأغلبية الحاضرين الذين منحهم القانون تعويض عن تمثيلهم حتى يكون الحضور الدائم للأعضاء².

فبعد أن يقوم الرئيس بتعيين أحد أعضاء اللجنة من أجل تقديم تقرير تحليلي عن الملف، تجتمع اللجنة من أجل التصويت، بحيث أن اجتماعها هذا قد يتوج بمنح التأشيرة للصفقة أو ملحقها إذا رأت بأن الصفقة أو الملحق لم يخالفوا الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، أين تعطي حينها المصلحة المتعاقدة أمر بالإنطلاق في الأشغال التي هي محل الملحق، كما أن هذه التأشيرة قد تكون مصحوبة بتحفظات موقفة أو غير موقفة³.

وبالتالي فعلى المصلحة المتعاقدة أن تطلب التأشيرة على الملحق الذي تجاوز مبلغه نسبة 20 بالمائة إجباريا، وأن تنفيذه يجب أن يتم خلال الثلاثة أشهر الموالية لمنح التأشيرة، وكل تأخير في بدء التنفيذ في تلك المدة ينجر عنه إعادة عرض هذا الملحق مرة أخرى على لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة المختصة.

أما في حالة رفض اللجنة منح التأشيرة على الملحق، فإن قانون الصفقات العمومية أعطى الحق لكل من الوزير أو مسئول الهيئة الوطنية المستقلة المعني أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي كل في حدود اختصاصاته وفي مدة لا تتجاوز تسعين يوما من تاريخ تبليغ رفض التأشيرة، بأن

¹- المادة 138 من المرسوم الرئاسي 10-236.

²- المواد 157 إلى 161 من المرسوم الرئاسي 10-236.

³- التحفظات الموقفة تتعلق بموضوع الصفقة، أما التحفظات الغير موقفة فتتعلق بشكل الصفقة، وذلك حسب نص المادة 165 من المرسوم 10-236.

يتجاوز هذا الرفض بموجب مقرر تجاوز معطل إذا كان رفض اللجنة منح التأشيرة ناجم عن مخالفة الأحكام التنظيمية، أما إذا كان الرفض المعطل ناتج عن مخالفة الأحكام التشريعية المعمول بها فلا يمكن للأشخاص السالف ذكرهم منح مقرر التجاوز¹، وهذا يحدث غالبا في حالة بدء تنفيذ الصفقة قبل عرضها على لجنة الصفقات المختصة.²

¹- المواد 170، 172 من المرسوم الرئاسي 10-236.

²- Lettre N° 006051 MF/DGB/DRC du 03/11/2007 relatif Mise en vigueur de marchés avant leur examen par la commission des Marchés de la wilaya de Ouargla.(envoi n° 4282 du 22/10/2007). Déclarant : Par lettre visée en référence, vous avez bien voulu me transmettre, pour prise en charge, la requête du Ministre de l'enseignement et de la formation professionnels, aux termes de laquelle, il sollicite l'intervention du Ministre des Finances pour la relance de 06 (six) projets, dont les marchés ont fait l'objet d'un refus de visa, de la part de la commission des Marchés de la wilaya de Ouargla, au motif que lesdits projets ont été lancés avant l'examen et le visa des marchés.

Comme suite, j'ai l'honneur de vous faire connaître ce qui suit:

1/ «Les marchés publics sont conclus avant tout commencement d'exécution des prestations.».(cf. article 06 du décret présidentiel n° 02-250 du 24/07/2007, modifié et complété, portant réglementation des marchés publics.).

2/ «En cas de refus de visa par la Commission des marchés, le Wali, dans les limites de ses attributions, sur rapport du service contractant, peut passer outre par décision motivée ... ». (cf. article 149 du décret présidentiel n° 02-250 du 24/07/2007, modifié et complété, portant réglementation des marchés publics.).

3/ La Commission des Marchés de Wilaya ne relève pas de l'autorité du Ministre des Finances.

4/ Le problème soulevé par le Ministre de l'Enseignement et de la Formation Professionnels, a déjà été posé par le président de la Commission des Marchés de la Wilaya de Ouargla, et fait l'objet d'une réponse dont vous trouvez ci-joint copie. Regarde aussi : lettre N° 006633 MF/DGB/DRC du 01/12/2007 relative l'Entrée en vigueur d'un marché avant son visa par la commission des marchés, (Réf : la lettre n° 2425 du 24/11/2007).

المبحث الثاني:

الرقابة القضائية على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات

إن عمليات الرقابة التي تمارسها السلطات الإدارية، ولجانها على الصفقة العمومية قبل تنفيذها وأثناءه وبعده تبقى ناقصة، إذ من الضروري أن تخضع لرقابة السلطة القضائية، باعتبارها الضمان الفعال لكافة الحقوق، بما منحها الدستور من سلطات و ضمانات، وباعتبار مجال نظرها أوسع و أشمل، فهي تبحث في صحة الإجراءات والخلافات بين أطراف الصفقة العمومية، وهذا ما يختص به القضاء الإداري، كما يتحقق القضاء وفي إطار حماية المال العام، ومحاربة الفساد من عدم الاستفادة غير المشروعة من وراء الصفقات العمومية، وهذا ما يختص به القضاء الجزائي، وهو ما سنتناوله في مطلبين، الأول: يعالج رقابة القضاء الإداري، والثاني: يتعرض لرقابة القضاء الجزائي.

المطلب الأول:

رقابة القضاء الإداري على التقسيم والزيادة.

باعتبار الصفقة العمومية عقدا إداريا يتم فيها إتباع أساليب القانون العام، تخضع بشكل أساسي للقضاء الإداري، بالنظر إلى المعيار العضوي، والذي يكون ملزما بالخضوع لقواعد القانون الإداري، ونفس الشيء بالنسبة لعمليتي تقسيم أو تخصيص الصفقة، والزيادة في الأشغال والخدمات فيها. ومع ذلك فإن هذا الاختصاص، وحتى عند التسليم بانعقاده للقضاء الإداري، فمن شأنه أن يؤدي إلى إثارة العديد من الإشكالات القانونية، تدور في مجملها حول ما إذا كان هذا الاختصاص ينعقد لقضاء الإلغاء أم للقضاء الكامل، أو لكليهما معاً، للفصل في المنازعات الناشئة عن الزيادة في الأشغال والخدمات وتقسيمها، ذلك ما نتولى عرضه في فرعين، الأول: نتعرض فيه لرقابة قضاء الإلغاء على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات، والثاني: نخصه لرقابة القضاء الكامل على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات.

الفرع الأول:

رقابة قضاء الإلغاء على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات:

يثير موضوع رقابة قاضي الإلغاء، بخصوص تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات، جملة من المسائل القانونية، الأولى تتعلق بمنازعات الاختصاص التي لا تدخل في موضوع دراستنا بشكل أساسي، لذلك سوف نتكلم عنها بإيجاز، والثانية تتعلق بمجال دعوى الإلغاء، وبشروط قبولها، أما الثالثة فتتعلق بمدى خضوع تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات إلى رقابة قاضي الإلغاء.

فبالنسبة لمنازعات الإختصاص يتضح لنا بأنها لا تثار إلا من زاويتين: الأولى تتعلق بالاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية، والتي تطبق عليها في هذا الشأن القواعد العامة التي جاء بها

قانون الإجراءات المدنية والإدارية،¹ والثانية تتعلق بالاختصاص النوعي لقاضي الموضوع،² وقاضي الاستعجال.³

أما بالنسبة للمسائل الأخرى، فسوف نتعرض إليها بشيء من التفصيل في النقاط التالية:

أولاً: مجال دعوى الإلغاء بشأن تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات وشروط قبولها:

تشير المنازعات القضائية المتعلقة بدعوى الإلغاء، مسألتان أساسيتان، الأولى تتعلق بمجال هذه الدعوى والثانية بشروط قبولها.

أ) مجال دعوى الإلغاء بشأن تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات:

إن دعوى الإلغاء هي دعوى موضوعية عينية، يحركها ويرفعها ذوي الصفة القانونية والمصلحة أمام القضاء المختص، للمطالبة بإلغاء قرارات إدارية غير مشروعة⁴، وبذلك فهي توجه ضد قرار إداري، ادعي صدوره مشوباً بعييب عدم المشروعية، وهو مجال لا يتمتع فيه الأفراد بحقوق شخصية، ويجب أن يكون رافع دعوى الإلغاء صاحب مصلحة، والمصلحة الشخصية معناها أن يكون الطاعن في مركز قانوني خاص، أو حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه، من شأنها أن تجعله ما دام قائماً مؤثراً في حالة ذاتية لطلب الإلغاء.⁵

¹- ينعقد الاختصاص للفصل في دعاوى العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، بما فيها تلك المتعلقة بالصفقات العمومية، إلى المحكمة الإدارية، التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد الإداري، أو مكان تنفيذه، وذلك طبقاً للمادة 03/804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيما أن هذا الاختصاص في ظل المادة 12/08 من قانون الإجراءات المدنية القديم، ينعقد للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام عقد الصفقة، وبمقتضى نص المادة 40 فقرة 1 والمادة 804 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالاختصاص الإقليمي في مجال الأشغال العمومية، ينعقد إلى المحكمة الإدارية، التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال، وينعقد الاختصاص الإقليمي، للفصل في دعاوى الاستعجال المتعلقة بالصفقات العمومية، إلى المحكمة الإدارية الواقع في دائرة اختصاصها مكان التدبير المطلوب اتخاذه، وإذا كان الأمر متعلقاً بوقوع إشكال في تنفيذ حكم صادر عن جهات القضاء الإداري، فالاختصاص ينعقد للجهة القضائية التي صدر عنها الحكم المستشكل في تنفيذه، وذلك طبقاً لنص المادة 09/40 والمادة 08/804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

²- وفقاً للمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالاختصاص النوعي ينعقد للمحاكم الإدارية، متى كان أحد أطراف النزاع شخصاً من أشخاص القانون العام، وتحديدًا: الدولة، والولاية، والبلدية، والمؤسسة العمومية ذات الصيغة الإدارية، وقد تعودد فقهاء القانون الإداري على تسمية هذه القاعدة باسم المعيار العضوي، غير أن الإشكال لا يثور هنا إلا بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، إلا أن مجلس الدولة ذهب إلى عدم خضوعها لأحكام القانون الإداري، انظر القرار رقم 922 الصادر عن الغرفة الأولى بمجلس الدولة بتاريخ 2003/12/16 في القضية القائمة بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية النعامة (ع ع ق)، قرار غير منشور، وانظر أيضاً قرار مجلس الدولة رقم 178 الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 2004/02/17 في القضية القائمة بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية سعيدة (و ج)، قرار غير منشور.

غير أنه ومع ذلك فقانون الصفقات العمومية، حينما نص على خضوع هذا النوع من المؤسسات، العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لأحكامه، قد أخذ بعين الاعتبار طبيعة تمويل الصفقات التي تتولى إبرامها، فيما إذا كانت ممولة من ميزانية الدولة أم لا، فإن كانت كذلك عدت صفقة عمومية، تخضع لأحكام قانون الصفقات العمومية، أين يصعب التسليم باختصاص القاضي العادي بمنازعاتها، لمزيد من التفاصيل، راجع عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، طبعة 2009، مرجع سابق، ص 192 وما يليها.

³- بالرجوع لنص المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتضح وأن المشرع قد أجاز لكل ذي مصلحة في إبرام الصفقة، والذي يتضرر من جراء الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، التي تخضع لها الصفقات العمومية، وحتى قبل إبرام الصفقة، أن يلجأ إلى القضاء الاستعجالي في المادة الإدارية، لاستصدار أمر بامتنال المتسبب للالتزامات التي أخل بها، تحت غرامة تهديديه تسري من تاريخ انقضاء الأجل الممنوح له، كما يمكن لقاضي الاستعجال أن يأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات، ولمدة لا تتجاوز 20 يوماً، وهي المهلة المحددة لنظر الدعوى

⁴- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، نظرية الدعوى الإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 314.

⁵- أحمد محمود جمعة، اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الإدارية للأفراد و تطبيقاتها العملية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 59.

والقاضي في دعوى الإلغاء يراقب القانون فقط، دون أن ينصرف ذلك إلى التعرض للوقائع¹، وعندما يصل إلى قناعة بعدم مشروعية القرار، فإنه يحكم بإلغائه كلياً أو جزئياً، ويحوز الحكم الصادر بالإلغاء حجية مطلقة في مواجهة الكافة، ويزيل أثر القرار بالنسبة للجميع².

وعلى ذلك نجد بأنه وحتى تقبل دعوى الإلغاء، يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط، من أهمها صدور قرار إداري، باعتبار أن موضوع دعوى الإلغاء، يتمثل في القرار الإداري المشوب بعد المشروعية³، وعليه يبدو غريباً كيفية ومدى خضوع الصفة العمومية لقضاء الإلغاء، رغم أنها عقد وليست قراراً.

ولما كان قضاء العقود الإدارية، ومسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية، يمثل المجال الأصيل للقضاء الكامل، فإن قضاء الإلغاء في نطاق منازعات العقود الإدارية يأتي محدوداً، وقد أرجع قضاء مجلس الدولة الفرنسي محدودية قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية إلى مبدئين:

الأول: أن دعوى الإلغاء، لا يمكن أن توجه للعقود، ذلك أن من شروط قبول دعوى الإلغاء، أن توجه الدعوى إلى قرار إداري، لأن العقد هو توافق إرادتين، بينما القرار فهو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها.

الثاني: أنه في مجال قضاء الإلغاء، لا يمكن الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية، كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري، فدعوى الإلغاء هي جزاء لمبدأ المشروعية، والالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية.

لكنه وعلى الرغم من ذلك، فإن مجلس الدولة الفرنسي، قد انفرد بقبول الطعن بإلغاء في بعض القرارات الإدارية المنفردة، والتي تساهم في تكوين الصفة العمومية⁴، بما يؤدي إلى البحث في طبيعة القرار الإداري المراد إلغاؤه في مجال الصفقات العمومية، ومدى خضوع الصفة العمومية لقضاء الإلغاء، وبالأحرى إلى البحث في الشروط الموجبة لقبول هذا الدعوى.

ب) شروط قبول دعوى الإلغاء في مجال تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات:

على الرغم من أن دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية، تخضع لنفس الشروط العامة الموجبة قانوناً لقبول أية دعوى إلغاء أخرى⁵، فإن الشرط المتعلق بوجود قرار إداري، كثيراً ما يتداخل وعقد الصفة العمومية في حد ذاته، وهو لذلك يحتاج أكثر من غيره من الشروط الأخرى إلى توضيح.

¹- عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 422.

²- لمزيد من التفصيل في هذا الشأن، انظر عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 424، وكذلك عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، نظرية الدعوى الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 314.

³- محمد الصغير بعللي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2002، ص 144.

⁴- علاق عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 133.

⁵- بالإضافة إلى شرط القرار الإداري المنفصل النهائي والبات، وشرط التظلم الاختياري أمام لجنة الصفقات العمومية، في مجال تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية، هناك مجموعة من الشروط الأخرى، التي يجب توافرها لقبول دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل، بعضها يتعلق بالشروط العامة الموجبة لقبول أية دعوى قضائية أخرى، وبعضها يتعلق بالشروط الخاصة بقبول دعوى الإلغاء دون غيرها من الدعاوى.

وثمة ستة شروط عامة، أوجبها القانون لقبول أية دعوى قضائية بما فيها دعوى الإلغاء، ثلاثة منها أوجب نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية توافرها، وهي المتمثلة في الصفة والمصلحة والأهلية، وعلى هذا الأساس عدت إيجابية، وثلاثة منها أوجب نص آخرى عدم توافرها، وهي المتمثلة في انعدام سبق الفصل وانعدام الاتفاق على التحكيم، وانعدام الصلح، وهي لذلك

1) شرط وجود القرار الإداري:

يعرف الفقهاء القرار الإداري، بأنه تعبير إرادي صادر عن جهة إدارية بالإرادة المنفردة ويحدث آثارا قانونية¹، أو هو العمل القانوني الانفرادي الصادر عن مرفق عام، والذي من شأنه إحداث أثر قانوني تحقيقا للمصلحة العامة²، وعلى ذلك نجد بأن القرار الإداري، يتمتع بمجموعة من العناصر والخصائص، تتمثل في أنه تصرف إرادي انفرادي تعبر من خلاله الإدارة عن إرادتها الصريحة أو السلبية، مع إحداثه لآثار قانونية، سواء بإنشاء مراكز قانونية جديدة، أو تعديلها أو إنهائها³.

غير أنه ومع ذلك، فإن تعريف القرار الإداري على هذا النحو، يمكن أن يثير العديد من الصعوبات، بحيث أن بعض القرارات بإمكانها الإفلات من المنازعات المحتملة فيها، ولكي يكون القرار قابلا للطعن بالإلغاء، يجب أن يكون قرارا إداريا له قوة القرار التنفيذي، وذو طبيعة مسببة للضرر⁴.

ولما كان العقد الإداري، أو الصفقة يتمثل في توافق إرادتين، أحدهما جهة إدارية، وتنتج عنه آثارا قانونية معينة، فإنه يختلف عن القرار الإداري، من حيث كونه عمل غير تعاقدي، يصدر عن إرادة منفردة من إحدى السلطات الإدارية، ويحدث بذاته آثارا قانونية معينة، متى كان ذلك جائزا وممكنا قانونا⁵.

وبذلك فإن الصفقة العمومية (العقد الإداري)، بصفتها عملا قانونيا مركبا، لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء، ولا تصلح لأن تكون مرفوعة للطعن بالإلغاء، لأن دعوى الإلغاء تنصب على القرار الإداري، الذي يصدر من جانب الإدارة وحدها وإرادتها المنفردة، ومنازعات الصفقات العمومية تدخل في مجال منازعات القضاء الكامل، وكل منازعة متعلقة بها تدخل في اختصاص قاضي العقد⁶.

غير أن القضاء الفرنسي، قد ابتدع نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، حتى يستطيع بسط رقابته على بعض التصرفات القانونية، التي تجرئها الإدارة داخل العمليات القانونية المركبة، دون انتظار اكتمال أو انتهاء العملية ذاتها، لأنه قد يترتب على ذلك الانتظار آثارا قانونية يتعذر تداركها، مما يؤدي إلى ضياع الحقوق دون مبرر.

وتعتبر نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، تطبيقا من تطبيقات فكرة التمييز بين القرارات

اعتبرت سلبية، أما باقي الشروط الخاصة الأخرى، فمن أهمها الشرط المتعلق بانتقاء الدعوى الموازية، وتقديم الطلب من غير المتعاقد مع الإدارة، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا، وذلك لأن بوسع المتعاقد اللجوء إلى قاضي العقد، مستفيدا بقضائه الكامل في هذا الشأن، وأن ترفع دعوى الإلغاء خلال الأشهر الأربعة التالية لتبليغ القرار المطعون فيه أو نشره، ومن الطبيعي أن يكون الطعن بالإلغاء، في القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة، والصادرة بصدد تخصيص الصفقة أو زيادة الأشغال والخدمات فيها، قائما على الأسباب المعروفة، كعيب عدم الاختصاص، أو الشكل، أو مخالفة القانون، أو الانحراف بالسلطة.

¹- عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، جانفي 2007، ص 17.

²- محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2005، ص 8.

³- عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية فقهية قضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 24 وما يليها.

⁴- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز انجق وبيوض خالد، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 161.

⁵- حسين طاهري، شرح وجيز للإجراءات المتبعة في المواد الإدارية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 75 وما يليها.

⁶- حيث أكد المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 16 ديسمبر 1966، أن دعوى شركة hentzel متعلقة بتعيين مفتش للحكومة لدى مؤسسة للأشغال العمومية، وتطلب إلغاء القرار الإداري بالتسمية، وبذلك فإن التدبير المتنازع فيه مرتبط بتنفيذ عقد إداري ويدخل في اختصاص المجلس الذي ينظر في المواد الإدارية، قرار منشور في المجلة الجزائرية لسنة 1967، ص 562، (مشار إليه لدى أحمد محيو، المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 171).

الإدارية البسيطة والمركبة، إذ تعتبر هذه الأخيرة قرارات إدارية، تصدر وهي مرتبطة ومتصلة بعملية إدارية قانونية أخرى وغير مستقلة عنها، بحيث تصبح جزء لا يتجزأ، ولا ينفصل عن العملية الإدارية الأم، وغالبا ما تصدر هذه القرارات الإدارية المركبة في مراحل سابقة أو معاصرة أو لاحقة لعملية قانونية إدارية، مثل القرارات الإدارية السابقة والمعاصرة واللاحقة لعملية العقود الإدارية¹.

وقد نشأت هذه النظرية، بعد التطور الذي حدث على موقف القضاء الفرنسي، في مجال تطبيق شرط انتفاء الدعوى الموازية لقبول دعوى الإلغاء، بحيث كان في بداية الأمر يرفض قبول دعوى الإلغاء، على العمليات الإدارية المركبة، نظرا لوجود دعوى موازية أمام الجهة القضائية العادية، أو الجهة القضائية الإدارية المختصة بها، طبقا لقواعد الاختصاص السائدة، وكذلك احتراماً للحقوق الشخصية المكتسبة، غير أن القضاء الفرنسي قد تراجع عن ذلك وأصبح يقبل الطعون بالإلغاء، الموجهة ضد القرارات الإدارية غير المشروعة، المنفصلة أو القابلة للانفصال ذاتيا أو موضوعيا عن العملية الإدارية القانونية.

وبذلك فإن القرارات الإدارية المنفصلة، المتخذة بصدد عملية تعاقدية، هي قرارات إدارية قابلة لأن تكون محلا لرقابة قضاء المشروعية، متى كان دورها فرعيا، وليس فاعلا أو جوهريا في تكوين العملية الإدارية المركبة، كالقرارات الإدارية السابقة على عملية إبرام العقود الإدارية، مثل القرارات المتعلقة بالترخيص للسلطات الإدارية بالتعاقد، وقرارات الإعلان عن المناقصات، والقرارات المتضمنة المنع من المشاركة في المناقصات، وقرارات إرساء الصفقة، فيما تكون القرارات متصلة بالعملية القانونية، وبالتالي غير قابلة لأن تكون محلا لرقابة قاضي المشروعية، متى كان دورها جوهريا في تكوين العملية كالقرارات المتصلة بعملية تنفيذ الصفقة².

وعلى هذا الأساس، يمكن القول بأن القرارات الإدارية في مجال الصفقات العمومية، تعتبر قرارات إدارية منفصلة عن العملية التعاقدية، وخاصة منها تلك التي تصدر قبل إبرام الصفقة، وتكون بذلك عرضة للطعن فيها بالإلغاء أمام القاضي الإداري، أما القرارات الإدارية التي تصدر أثناء تنفيذ الصفقة، فالأصل أنها غير قابلة للطعن فيها بالإلغاء لدخولها في تكوين العقد، ومتصلة بالعملية التعاقدية، إلا أن القضاء الفرنسي قد أقر إمكانية الطعن فيها بالإلغاء، خاصة إذا أصدرتها السلطة الإدارية، ليست بصفتها كمتعاقدة، بل بصفتها سلطة ضبط إداري³.

(2) شرط التظلم المسبق أمام لجنة الصفقات العمومية:

بالرجوع لبعض النصوص المنظمة للصفقات العمومية، ومنها المرسوم 10-236، والأمر 67-90، والمرسوم التنفيذي 91-434، يتضح وأنها قد أوجبت على المتعاقد مع الإدارة، بأن يرفع جميع النزاعات الناشئة عن الصفقات العمومية، إلى اللجنة الاستشارية للصفقات العمومية، المتواجدة

¹- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 436 وما يليها.

²- عادل بو عمران، مرجع سابق، ص 45.

³- كالقرارات التي تصدرها الإدارة تطبيقا للوائح إدارية أو لقوانين، ولمزيد من التفصيل، انظر: عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 454 وما يليها.

على مستوى كل وزارة وجوبا¹، وهو إجراء إجباري لقبول أية دعوى قضائية، وبحسبه يصبح هذا التظلم كشرط لقبول دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، بما يعني وأنه لا يعد طريقا بديلا لحل مثل هذه المنازعات، وهذه مسألة قد أكدتها الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في أكثر من قرار، فأوضحت بأن الطعن عن طريق التدرج الرئاسي، لا يحل محل الطعن أمام اللجنة الاستشارية²، كما أن تقاعس اللجنة في الرد على المتظلم، تسمح له باللجوء إلى القضاء دون انتظار ردها³.

لكنه وبصدور مرسوم 2002 ثم مرسوم 2010، أصبح التظلم أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية اختياريا، وهو ما يظهر من عبارة "يمكن"، التي تدل على الاختيار، وهو الشيء الذي ذهب إليه مجلس الدولة في العديد من قراراته⁴، فأوضح بأن التظلم أمام اللجنة الاستشارية يعد اختياريا، وبحسبه فإن استيفاء شرط التظلم أمام تلك اللجنة من عدمه لا يحول دون قبول الدعوى أمام القضاء.

ثانيا: خضوع تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفة العمومية لقضاء الإلغاء.

باعتبار الصفة العمومية، كعملية قانونية متكاملة، تخرج ككل عن نطاق دعوى الإلغاء كما ذكرنا⁵، والأمر نفسه بالنسبة لتقسيم (تجزئة) وزيادة الأشغال والخدمات، لكن تسهم في صنعها قرارات إدارية، ينظر القاضي إلى كل منها على وجه الاستقلال، ويقبل الطعن فيها بالإلغاء، وذلك بالنسبة للقرارات الإدارية الصادرة في مجال الصفقات العمومية قبل إبرامها وفي مرحلة التنفيذ أيضا.

فكما رأينا في مراحل إبرام الصفة العمومية، وكذا فيما يتعلق بعمل لجان الصفقات، فإن عملية تقسيم الصفة العمومية إلى حصص منفصلة، هو عمل منوط بالمصلحة المتعاقدة لوحدها، بحيث إذا رأت أن التقسيم يحقق فوائد للمصلحة المتعاقدة تلجأ إليه، وفي عملها هذا تصدر العديد من القرارات، التي من شأنها أن تلحق أضرارا بالمتعهدين أو المتعاقدين، وقد تكون هذه القرارات صادرة من طرف

¹- حيث أكدت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى أن المادة 152 من الأمر 67-90 تنشا في كل قسم وزاري لجنة استشارية مهمتها تسوية النزاعات الحاصلة ودبا، وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة أن اللجوء إلى هذا الإجراء مسبقا وجوبا قبل اللجوء إلى القضاء، قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم: 32002 الصادر بتاريخ: 1982/12/25، بين (س م) و(ب م) (ت ن)، نشرة القضاء، عدد 1، 1983، ص 191، كما أكد مجلس الدولة في قرار له بأن عدم سلوك طريق الطعن السلمي استنادا لنص المواد 99، 100، 101 من المرسوم 91-434 يؤدي إلى رفض الدعوى، مجلس الدولة، الغرفة الأولى، 25-02-2003، قرار رقم 9197، غير منشور، 2003.

²- حيث أكدت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى على أنه من المقرر قانونا أن عرض المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ صفقات عمومية على اللجنة الاستشارية النصوص عليها في قانون الصفقات من أجل إيجاد تسوية ودية لهده المنازعات، هو إجراء يتم وجوبا قبل رفع الدعوى القضائية، ومن ثم فإن الطعن عن طريق التدرج الرئاسي لا يحل محل إجراء عرض النزاع على هذه اللجنة، ومن ثم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد قضاء صحيح ومطابق للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن الطاعن أهمل إجراء تقديم طلب طبقا لأحكام المادة 152 إلى السيد وزير الري لعرض النزاع على اللجنة الاستشارية، واكتفاه بالطعن عن طريق التدرج الرئاسي، يجعله غير محق في تأكيده على المجلس القضائي قد أخطأ عندما فصل في القضية كما فعل، ومن ثم استوجب تأييد القرار المطعون فيه، القرار رقم 43731 الصادر عن الغرفة الأولى بمجلس الدولة بتاريخ 09/11/1985، في القضية القائمة بين (ش د م س) ووزير الري ووالي ولاية الجزائر، المجلة القضائية، عدد 2، 1990، ص 175.

³- المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، 1988/12/31، قرار رقم 62252، المجلة القضائية، عدد 2 لسنة 1992، ص 161.

⁴- إن الأحكام المتعلقة بلزوم عرض النزاع أمام اللجنة الوطنية للصفقات القائم بشأن التنفيذ تم تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي 02-250، ويمكن للمتعاقد قبل رفعه دعوى قضائية لتقديم طعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات طبقا لأحكام المادة 102، ولكنه مجرد اختيار وليس إلزاما وأنه وما دام الأمر يتعلق بقاعدة إجرائية، فهي ذات تطبيق فوري وإن عدم تقدمه أمام اللجنة الاستشارية، لا يشكل خرقا لقاعدة إجرائية، راجع: مجلس الدولة، الغرفة الأولى، 07/06/2005، قرار رقم 21173، مجلة مجلس الدولة، العدد 7، 2005، ص 89.

⁵- القضاء التونسي كذلك أقر بعدم خضوع العقود الإدارية لقضاء الإلغاء في القرار الصادر في القضية عدد 340 بتاريخ 23 مارس 1981 ماجول ضد بلدية المرسى، منشور لدى: عبد الرزاق بن خليفة، إجراءات النزاع الإداري، القانون وفقه القضاء، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، ص 128.

لجنة تقييم العروض، كقرار المنح المؤقت للصفقة، أو من طرف لجان الصفقات المختصة، كقرار منح أو رفض التأشير، وهي قرارات إدارية تستهدف التمهيد لإبرام العقد، أو السماح بإبرامه، أو تحول دون إبرامه، وتتوافر فيها صفة القرار الإداري، حيث تصدر بصفة منفردة، وتغير مراكز قانونية، كما أن هذه القرارات تتميز بطابعها التنفيذي، وهو أهم عنصر في العقد الإداري¹، ويستلزم المشرع حماية للمصلحة العامة، وتجسيدا لمبدأ المساواة بين المتعاملين مع الإدارة، يتوجب احترام الشروط والإجراءات المحددة بموجب القوانين واللوائح في التعامل مع المترشحين للصفقات العمومية، ومن ثمة يجوز مخاصمة هذه القرارات، إذا شابها وجه من أوجه اللامشروعية².

فقد يحدث أن ترسى الصفقة على متعامل متعاقد، ثم لسبب أو لآخر تقوم المصلحة المتعاقدة بإلغاء قرار المنح المؤقت، ثم تقوم بتقسيمها إلى حصص منفصلة، وتعهدا إلى متعاقد واحد، أو مجموعة من المتعاقدين، حتى ولو لم يكونوا متنافسين في الإعلان الأول، سواء بموجب سندات طلبية، أو بموجب صفقات، ودون اللجوء إلى الإعلان عنها مرة أخرى، وفي هذه الحالة الأخيرة، وعند رسو الصفقة على المتعاقدين بعد تقسيمها، وعرضها على لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة، قد ترفض بدورها التأشير على مشروع الصفقة، لمخالفتها الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها، كعدم نص دفتر الشروط على تخصيص الصفقة³.

فالمعهد الأول هنا بإمكانه الطعن بالإلغاء ضد قرار إلغاء المنح المؤقت، باعتباره من القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة من طرف الإدارة، وذلك ليس استنادا إلى خرقها لبنود العقد، وإنما إلى خرقها للشروط والإجراءات المنصوص عليها في القوانين واللوائح، فقرار المنح أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة، يجعل طرفا ما متضررا من عدم منحه الصفقة، وعلى هذا الأساس فتح له باب قضاء الإلغاء، إذا كان هذا المنح غير مشروع، وقد تضمن قانون الصفقات العمومية لسنة 2010 ما يفهم في هذا المنحى، فقد نصت المادة 114 منه على أنه: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها" بمعنى رفع دعاوى قضائية، بشأن مخاصمة إعلان المنح المؤقت للصفقة، وهو ما أكدته المادة 115 في الفقرة 6 منها عندما نصت على أنه: "يمكن المتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة، التي تصدر مقررا في هذا الشأن، خلال الثلاثين يوما ابتداء من تاريخ إيداع الطعن"⁴.

والأمر كذلك بالنسبة للأشغال الإضافية، التي يتم تسويتها عن طريق ملحق، فعندما تتجاوز قيمة الملحق النسب المحددة قانونا، يتوجب عرضها على لجان الصفقات المختصة، التي تقوم بالتأشير عليها

¹- ناصر لباد، المرجع السابق، ص 349.

²- محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، بيروت، ص 79.

³- حيث ذهبت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1969/11/28 في قضية قرينة إلى اعتبار قرار إرساء المناقصة على طرف أجنبي من مناقصة عامة لبلدية من البلديات قرار إداري غير مشروع من حيث ركن الشكل والإجراءات، قرار إداري منفصل عن عملية التعاقد، ولذلك قبلت الغرفة الإدارية دعوى الإلغاء ضد قرار إرساء المناقصة الغير مشروع لأنه منفصل ماديا وموضوعيا وذاتيا عن عقد البلدية، مشار إليه لدى: عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 464.

⁴- كان قانون الصفقات العمومية لسنة 2002 في الفقرة السادسة من المادة 102 يختتم الفقرة بعبارة: "وذلك قبل رفع أي دعوى قضائية"، وقد حذفت الجملة الأخيرة في ظل المرسوم 338/08، ربما لتفادي التكرار، ونفس الشيء بالنسبة لمرسوم 2010.

أو ترفض التأشيرة، وبالتالي تكون هذه القرارات منفصلة عن الصفقة العمومية، ويتم الطعن فيها بالإلغاء أمام القاضي الإداري المختص نوعياً وإقليمياً.

وقد يحدث أن المصلحة المتعاقدة، وعند عدم اتفاقها مع المتعامل المتعاقد على الأسعار المقترحة لتسوية هذه الأشغال الإضافية، أو عند عدم توافر اعتماد مالي من أجل تسويتها، تلجأ إلى اتخاذ قرارات تتعلق بوقف تنفيذ المشروع، وهي القرارات التي تصدر أثناء تنفيذ الصفقة، والأصل فيها أنها غير قابلة للطعن بالإلغاء، لأنها متصلة بالعملية التعاقدية، إلا أن الفقه والقضاء اعتبرها قرارات ضبط إداري يجوز الطعن فيها بالإلغاء.

غير أن القرارات الصادرة من طرف مجلس الدولة الجزائري، فيما يخص الأشغال الإضافية، تتعلق معظمها بدعاوى القضاء الكامل، طلباً في دفع قيمة الأشغال الإضافية، والفوائد التأخيرية، والتعويض عن الأضرار المعنوية اللاحقة بالمتعاقد وما فاتته من كسب.

بينما تخرج بعض القرارات عن ولاية الإلغاء رغم ارتباطها بالصفقة، مثل القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة، بإلزام المتعاقد بالقيام بعمل معين، فهذا القرار يدخل ضمن سلطات الإدارة في العقد، وكذلك كونه متعلق بالصفقة في حد ذاتها¹، ومن هذا الأساس فلا يمكن اعتبار الجزاءات المسلطة من طرف المصلحة المتعاقدة، أو أوامر الخدمة، أو حالة حلول المصلحة المتعاقدة محل المتعامل المتعاقد، في تنفيذ الأشغال بمثابة قرارات إدارية منفصلة عن العقد، ومن ثم لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء، بل يترتب عليها الحق في الحصول على التعويض²، كونها تولد حق شخصي للمتعاقد وليس حق موضوعي.

ومن الضروري أن صدور حكم بالإلغاء قرار المنح، أو قرار إلغاء المنح المؤقت للصفقة قبل إبرامها، يمنع الإدارة في الاستمرارية في العملية التعاقدية، لأنها بذلك تكون قد خالفت الحجية المطلقة لقرار الإلغاء³، بينما إذا صدر القرار بعد إبرام العقد، فالمنطق يقتضي أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة، يؤدي إلى بطلان ما يترتب عليها من نتائج، لأن ما يبني على باطل فهو باطل.

لكنه ومع ذلك فاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، يجري باستمرار ومنذ أمد بعيد، على أن إلغاء القرارات المنفصلة في حالة العقود الإدارية وحدها، لا يمكن أن يؤدي إلى إلغاء العقد، بل يبقى العقد سليماً وناظراً، حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالإلغاء، بناء على الأثر المطلق لحكم الإلغاء أمام قاضي العقد، وحينئذ يجوز لهذا الأخير أن يحكم بإلغائه، استناداً إلى ما سبق إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة، والتي ساهمت في إتمام عملية التعاقد⁴.

وبالتالي نستخلص أن قضاء الإلغاء، يمارس الرقابة على مشروعية منح الصفقة، حماية لمبادئ المنافسة النزاهة ومساواة المواطنين في الحصول على الصفقات.

¹- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 266.

²- CHRISTOPHE Lajoie, op cit, page 205

³- علاق عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 136.

⁴- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 211.

الفرع الثاني:

رقابة القضاء الكامل.

يثير موضوع رقابة القضاء الكامل،¹ بخصوص تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات، مسألتين رئيسيتين: تتعلق الأولى بمجال دعوى القضاء الكامل، والثانية بتطبيقاتها القضائية.

أولاً: مجال دعوى القضاء الكامل:

يتنوع موضوع دعوى القضاء الكامل، بتنوع الحقوق المتنازع عليها، وبذلك فمجالها يتسع باتساع هذه الحقوق، نكتفي بالتوقف عند دعوى فسخ عقد الصفقة العمومية، ودعوى التعويض بوجه عام، ومدى خضوع عمليتي تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية إلى دعوى القضاء الكامل.

أ) دعوى فسخ عقد الصفقة بطلب المتعامل المتعاقد:

من المعروف أن المصلحة المتعاقدة تملك حق التعديل، بشكل لا يمكن أن يتجاوز حدودا معينة، تؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة ويغير من جوهرها، فيصبح المتعامل وكأنه أمام صفقة جديدة، ما كان ليقبلها لو عرضت عليه للتعاقد لأول مرة، وعليه يحق للمتعامل المتعاقد أن يطلب فسخ الصفقة²، لكن هذا الحق غير مخول للمتعامل المتعاقد بصفة انفرادية، حتى ولو أخلت المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها، إذ يجب عليه أن يلجأ إلى قاضي العقد، والمتمثل في القضاء الكامل للمطالبة بالفسخ، سواء بسبب إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها، أو بسبب استحالة مواصلة التنفيذ استحالة مطلقة، لأسباب خارجية كالظروف الطبيعية.

هذا وقد عالج المشرع الجزائري، حالة فسخ الصفقة من طرف المتعاقد، في حالة وجود أشغال إضافية غير متوقعة، وذلك من خلال دفتر الشروط الإدارية العامة، إذ يحق له فسخ الصفقة فورا، دون تعويض إذا كانت الإضافة المقررة بحسب الأسعار الابتدائية، تتجاوز نسبة 20 بالمائة من مبلغ الصفقة، غير أن الملاحظ هنا أن هذا الفسخ غير قضائي، وإنما هو فسخ اتفاقي، يتم بعد إخبار المهندس الرئيسي، بطلب كتابي في أجل شهرين، ابتداء من تاريخ أمر المصلحة المتعاقدة، الذي يؤدي

1- دعوى القضاء الكامل هي دعوى موضوعية، تهدف إلى المطالبة بالتعويض، وجبر الأضرار المترتبة عن الأعمال الإدارية المادية والقانونية، أو هي الدعوى الذاتية الموضوعية، التي يحركها ويرفعها أصحاب المصلحة والصفة أمام الجهات القضائية المختصة، وطبقا للشكليات والإجراءات المقررة قانونا، للمطالبة إما بفسخ عقد الصفقة، وإما بالتعويض الكامل والعاقل اللازم لإصلاح الأضرار، التي أصابت حقوقهم بفعل النشاط الإداري الضار، لمزيد من التفصيل راجع: عمار عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية، نظرية تأصيلية، تحليلية ومقارنة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 255.

أما إذا رجعنا إلى شروط قبول دعوى القضاء الكامل، فضلا عن الشروط العامة، هناك من يرى بضرورة وجود قرار إداري سابق والذي يختلف عن التظلم المسبق، ولمزيد من التفصيل حول الاختلاف الفقهي في مجال إلزامية القرار السابق، راجع: رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل، طبعة 1998، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 83 وما يليها، وأيضا: محمد الصغير بعلي، المحاكم الإدارية (الغرف الإدارية)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص 99، وكذلك: مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات أمامها، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1999، ص 295 وما يليها، وانظر أيضا، لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 33 وما يليها، وانظر أيضا: باية سكاكني، دور القاضي الإداري بين المتقاضين والإدارة، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 58، أما بالنسبة لموقف القضاء الجزائري فراجع: قرار الغرفة الثالثة بمجلس الدولة الصادر بتاريخ 2004/05/11 في القضية رقم 012454 القائمة بين والي ولاية وهران و (م ح) ورئيس بلدية وهران، غير منشور.

2- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 768.

تنفيذه إلى نشوء إضافة بما يزيد عن النسبة المئوية المحدد أعلاه.¹

غير أنه وفي حالة كون أسعار الأشغال الإضافية، لا تتوافق وأسعار الصفقة الأولية وقام المتعاقد بتنفيذها، فيحق له المطالبة بالتعويض عنها، مستندا إلى حقه في التوازن المالي للعقد الإداري.² وعليه نستنتج أن سلطات القاضي الإداري، في مجال تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات، تنتهي إلى الحكم ببطلان الصفقة، باعتبارها عقدا يتطلب شروطا موضوعية وشكلية، وكذا إبطال التصرفات المنافية لبنود العقد، بالإضافة إلى الحكم بفسخ العقد، وإلزام الإدارة بالتعويض، إذا لحق بالمتعامل المتعاقد ضررا، شريطة ألا يكون هو المتسبب فيه.

(ب) دعوى التعويض:

متى كانت للإدارة سلطة الرقابة والإشراف على الغير، إذا أوكلت إليه مهمة تنفيذ أعمال متعلقة باحتياجات المرفق العام، فتكون مسئولة عن خطئها في القيام بواجب الرقابة والإشراف، إذا سبب هذا الخطأ ضررا لأحد الأفراد أو ممتلكاته الخاصة، ومرد ذلك إلى أنه لجهة الإدارة، الحق دائما في تغيير شروط العقد الإداري، وعلى هذا الأساس فإنها تعتبر مسئولة مع المقاول، إذا تسبب هذا الأخير في ضرر للغير،³ كما أن المسؤولية العقدية، تسمح للمتعاقد مع الإدارة، أن يتحصل على تعويض إذا كان هناك خطأ عقدي من جانب الإدارة، وفي كل الحالات فلا تتحمل الإدارة التعويض، إلا بمقدار ما نسب إليها الخطأ.⁴

وقد يكون السبب الداعي إلى طلب التعويض تقنيا، كأن تعتمد المصلحة المتعاقدة، إلى تفسير أحد البنود الواردة في العقد بمحض إرادتها، لإرغام المتعامل المتعاقد على تغيير نوعية الخدمات المطلوبة، فقد يحدث وأن تقوم المصلحة المتعاقدة بتفسير أحد البنود الغامضة بإرادتها المنفردة، وتضيف بذلك التزامات أخرى على عاتق المتعامل المتعاقد، كإلزامه بالقيام بأعمال إضافية، مما يترتب التزاما ببناء معينة، أو أن تضطر المصلحة المتعاقدة إلى تغيير مخطط إنجاز المشروع، مما يترتب التزاما إضافيا على عاتق المتعامل المتعاقد، الذي يتمسك بتنفيذ الصفقة على أساس الكشف الكمي والتقديري، الذي يحدد فيه بدقة نوعية المواد المستعملة والخدمات المطلوبة، ويرفض تحمل تكاليف هذا التغيير، وينجر عن ذلك طلب التعويض.

وعلى ذلك فإن المصلحة المتعاقدة، ورغبة منها في تحقيق الأهداف المرجوة من خلال إبرامها للصفقات، ونظرا لاستعمالها لسلطتها بصفة تعسفية، قد تلحق أضرارا بالمتعاقد معها، وخاصة في

¹ - المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964.

² - ذلك أنه وإذا كانت مراكز الأطراف في عقود القانون الخاص متساوية ومتكافئة، فالأمر وخلافا لهذا المبدأ، يبقى مختلفا بالنسبة للصفقة العمومية، فقد يتحمل المتعاقد عبئا ماليا، لم يكن في الحسبان ساعة التعاقد، بما يفرض مراعاة هذا الطرف الطارئ الجديد والاعتراف له بحقوقه المالية، تشجيعا له على تنفيذ التزاماته، أما إذا رأى بأن هذه الأشغال، ستنتقل كاهله ولا يستطيع تنفيذها، أو أن المصلحة المتعاقدة ستلزمه بها متعسفة في ذلك، فيستطيع اللجوء إلى القضاء الكامل من أجل طلب فسخ الصفقة.

- صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1984، ص 11، وانظر كذلك: عمار بوالضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، 2009، مرجع سابق، ص 140.

³ - أحمد محمود جمعة، اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الإدارية للأفراد وتطبيقاتها العملية، المرجع السابق، ص 268.

⁴ - أنور أحمد رسلان، القضاء الإداري (قضاء التعويض)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 257، وانظر أيضا: محمد سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض و طرق الطعن في الأحكام، المرجع السابق، ص 293.

مجال تقسيم الأشغال والخدمات، بحيث تستغل الثغرات التي تركها المشرع في هذا الشأن، وتجد بذلك مخارج عدة تكون في الأساس سلبية بالنسبة للراغبين في التعاقد معها، أو حتى المتعاقدين أنفسهم.

وقد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إلغاء قرار المنح المؤقت للصفقة، وتعيد التعاقد مرة أخرى مع متعاقدين متعددين، دون اللجوء إلى قواعد الإشهار والمنافسة، بواسطة تقسيم الصفقة إلى عدة حصص منفصلة، ومنحها إلى مجموعة من المتعاقدين أو متعاقد واحد فقط، وفي هذه الحالة قد يختار المتعهد الأول طريق القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء، مطالباً المصلحة المتعاقدة بدفع تعويض كامل له، عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة جراء هذا الفعل الضار من طرف الإدارة، خاصة عند عدم وجود أي تبريرات تستند إليها هذه الأخيرة، من أجل نفي الضرر اللاحق بالمتعهد.¹

ويحدث أيضاً في مجال تقسيم الأشغال والخدمات، أن المصلحة المتعاقدة تتحايل بشأن بعض الأنواع من الصفقات، بحيث تقوم بمنح مشروع ما تحت اسم معين، دون تبيان الأشغال المتعلقة بها المناقصة، ثم تقوم بعد تنفيذ المتعاقد لجزء معين من المشروع، بوقف تنفيذ الصفقة وإغائها، بحجة أن موضوع الصفقة قد تم تنفيذه، وأن الجزء الثاني من المشروع لا يدخل في موضوع الصفقة الأولى، وتقوم بمنحه إلى عارض آخر، متحججة في ذلك بكون المشروع يحتوي على جزأين، وهو الشيء الذي يؤدي إلى لجوء المتعاقد الأول، إلى القضاء الإداري للمطالبة بإلغاء قرار توقيف الصفقة وإغائها، والمطالبة كذلك بمنحه تعويضات عن تعسف الإدارة والضرر اللاحق به.

ت) خضوع تقسيم الأشغال والخدمات في الصفقة العمومية للقضاء الكامل.

إذا اتصلت المنازعة الإدارية بالصفقة العمومية اتصالاً مباشراً، سواء تعلق ذلك بانعقادها أو صحتها أو تنفيذها أو انقضائها، اعتبرت من المنازعات التي يختص قاضي العقد بنظرها، بحيث تدخل مثل هذه المنازعات في ولاية القضاء الكامل، وهو اختصاص مطلق وشامل، يهدف إلى تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التي نشأت عنها، وهو بذلك اختصاص شامل، لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنه²، ولم يخرج القضاء الإداري في الجزائر عن هذا النهج بإقرار اختصاص جهات القضاء الكامل، بمنازعات الصفقات العمومية بوجه عام³، وهو نفس النهج الذي تبناه أيضاً ملتقى الغرف الإدارية⁴.

ويستمد القضاء الإداري الكامل، اختصاصاته بمنازعات الصفقات العمومية من طبيعة دعوى القضاء الكامل

¹- مع الملاحظة بأن طلب التعويض، يكون مؤسس بناء على أحكام مرسوم 2010، الذي ألزم المصلحة المتعاقدة وقيل المشروع في أي إجراء لإبرام صفقة، أن تقوم بتقدير احتياجاتها الفعلية، وعلى أساسها تقرر إن كان هناك لزوم لتجزئة الصفقة أم لا، وبالنظر كذلك إلى مدى قدرة المتعهدين على هذه الصفقة، فإن رأت بأن الصفقة يجب أن تهيكّل في حصص منفصلة، تذكر ذلك في دفتر الشروط، وكذلك الحال بالنسبة للحالات الخاصة بميزانية التجهيز، التي ألزم المشرع أن تهيكّل في حصص، أما إذا رأت عدم لزوم التجزئة أو التخصيص، وفاز أحد العارضين بالصفقة، ثم تعود بعدها وتتنزّعها منه لتخصيصها، فإنها تكون قد ألحقت أضراراً بليغة بالعارض الأول، يتوجب حينها منحه تعويض عادل وكامل عن الضرر اللاحق به جراء خطئها، وذلك بلجونه إلى قاضي التعويض، وحتى دون انتظار التسوية الودية معها، وهذه أحكام لم تخلو منها التشريعات المقارنة حال التشريع المصري، أنظر بهذا الخصوص: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية والإثبات أمام القاضي الإداري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2008، ص 39 وما يليها.

²- محمد سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، 1977، ص 252.

³- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 467.

⁴- محمد قطان، الصفقات العمومية، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، ديوان الأشغال التربوية، 1992، ص 168.

الذي تدور المنازعة فيه، حول اعتداء أو تهديد بالاعتداء على مركز قانوني شخصي للطاعن، ويستهدف مخاصمة الأعمال القانونية الذاتية، التي تؤثر على الحقوق المكتسبة للأفراد، والتي بدورها تتسجم وتعبّر عن الطبيعة الذاتية للصفقة العمومية.¹

وبذلك يمكن القول، بأن مرجع إخضاع المنازعات المتصلة بالصفقة العمومية، لاختصاص القضاء الكامل، هو تناسب ذلك القضاء مع طبيعة هذه المنازعة، لارتباطها بالحقوق المكتسبة للأفراد، والمتولدة عن الصفقة العمومية، إضافة لافتقار تلك المنازعة لمحل دعوى الإلغاء، المتمثل في القرار الإداري، وهو القرار الصادر عن إرادة الإدارة المنفردة، حيث تتعلق بصفقة أبرمت بتوافق إرادتين، كانت إرادة الإدارة إحدهما.²

وإذا كان قضاء الإلغاء، يبنى على أحد أسباب عدم المشروعية، فإن منازعات الصفقات العمومية، تبنى على مخالفة نص أو بند من بنود الصفقة، أو إلى أي خطأ يرتكبه أحد المتعاقدين، كما يمكن أن يكون الطعن مؤسسا عند قيام أي عارض من عوارض تنفيذ الصفقة العمومية، كحالات القوة القاهرة، أو الظروف الطارئة، وهو ما طبقه القضاء الإداري في الجزائر بكثرة في العديد من أحكامه.³

ومما تجدر الإشارة إليه، أن المنازعات الناتجة عن تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات، هي الاختصاص الأصيل للقضاء الكامل للرقابة عليها، وإعطاء التعويضات للأطراف المتضررة، من جراء قرارات المصلحة المتعاقدة، وهذا راجع إلى كون معظم المنازعات التي تنشأ بشأنها، تكون في مرحلة تنفيذ الصفقة، أين لا يتسع المجال لقاضي الإلغاء لبسط رقابته عليها، بسبب ارتباطها بالعقد الإداري.

وبالتالي ورغبة في حماية الأفراد، والطرف المتعاقد مع الإدارة، من تعسف هذه الأخيرة في تطبيق بنود الصفقة، وخاصة في مجال الأشغال الإضافية، لكون المتعاقد يصرف أموال طائلة في إنجازها، وتأتي الإدارة لتمتنع عن تسديدها لسبب أو لآخر، مسببة له بذلك أضرارا مادية ومعنوية معتبرة، تستوجب التعويض عن طريق اللجوء إلى القضاء الكامل لإنصافه، وعلى ذلك نجد بأن دعوى القضاء الكامل، في مجال تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات تأخذ عدة صور، منها دعوى الحصول على تعويض، ودعوى الفسخ من طرف المتعاقد.

وإذا كانت الزيادة في الأشغال والخدمات، لا تحصل إلا في مرحلة تنفيذ الصفقة، فكثيرا ما يصعب فصل القرارات الإدارية الصادرة بشأنها عن الصفقة العمومية في حد ذاتها، الأمر الذي يصعب معه إيجاد الأساس القانوني المستند إليه، في تبرير وتأسيس الدعوى القائمة بشأنها، لاسيما تلك المتعلقة بالتعويض عن هذه الأشغال، مما حدا بالفقه والقضاء المقارن، إلى تأسيس دعوى القضاء الكامل، فيما يخص الأشغال الإضافية على مسألة الإثراء بلا سبب.⁴

¹ - عبد الوهاب علاق، المرجع السابق، ص 127.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 37 وما يليها.

³ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، 2002، ص 73، قضية بلارة توفيق ضد رئيس المنوذية التنفيذية لبلدية سكيكدة.

⁴ - ومفاد هذا الأساس، أن الأشغال الإضافية هي قيام المتعاقد مع الإدارة، بتنفيذ أشغال خارج نطاق الالتزامات المقررة في العقد الأصلي، حتى دون الاتفاق مع المصلحة المتعاقدة، أو حصوله على أمر بالخدمة منها، بحيث أن هذه الأشغال تكون ضرورية ولازمة من أجل تنفيذ أحسن وأفضل للصفقة، وتكون عادة ناتجة عن التقدير السيئ لاحتياجات الإدارة الفعلية، أو نتيجة للدراسات غير الدقيقة التي تقوم بها الهيئات المخولة، وتكون هذه الأشغال إما باقتراح من المتعاقد، أو بموجب أمر من المصلحة المتعاقدة، ولذلك يثور التساؤل حول مدى جواز المطالبة بقيمتها في حالة قيام المتعاقد بتنفيذها دون إذن من الإدارة، أو بموجب طلب شفهي من الجهة الوصية

لذلك فإن الأصل في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، أن يقتصر المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الأعمال المطلوبة منه دون سواها، ولا يجوز له أن يضيف إليها أعمالاً أخرى، فإذا أحل بهذا الالتزام كان عليه أن يتحمل نتيجة مخالفته¹، ولكن قد تكون هذه الأشغال الإضافية مفيدة، مما يؤدي إلى إثراء الإدارة على حساب المتعاقد معها، وبالتالي فإن هذه الأعمال تحقق كسباً للإدارة، وتكون نافعة وتؤدي إلى الهدف الذي تسعى إليه الإدارة، وفي هذه الحالة يمكن للمتعاقد مطالبة المصلحة المتعاقدة بتعويضه، عما تكلفه في هذه الأعمال والخدمات، على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب²، وهذا ما ذهب إليه القضاء اللبناني والفرنسي، اللذان أفرا التعويض عن الأشغال الإضافية، التي تمت واستلمتها المصلحة المتعاقدة، واستفادت منها بغض النظر عن وجود عقد منظم، وفقاً للأصول التي ترعى انعقاده وإبرامه ونفاذه.³

ثانياً: التطبيقات القضائية لدعوى القضاء الكامل:

تجب الإشارة بداية إلى أن القضاء الإداري في الجزائر، وهو بصدد النظر في دعاوى القضاء الكامل، المتعلق بالصفقات العمومية، بلجاً في العادة إلى الاستعانة بأهل الخبرة، لكون المسائل المتنازع عليها، كثيراً ما تكون ذات طبيعة تقنية، تتطلب إجراء خبرة فنية، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الجزائري في حالات متعددة:

أ) حالة فسخ الصفقة وتجزئتها إلى شطرين:

فصلاً في الطعن بالاستئناف ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء سعيدة بتاريخ 2001/04/09، القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس، صرح مجلس الدولة، في قراره الصادر بتاريخ 2003/02/25، بأن الصفقة المبرمة بين الطرفين، تخص مشروع بناء مقر البلدية فقط، دون ذكر إن كان في المشروع شطرين، كما أن مبلغ الصفقة حدد، وكذا مدة إنجازها، وبالتالي فإن دفع المستأنف عليها يكون مردوداً، وأن فسخ الصفقة يعد تعسفياً يستوجب التعويض، وخلص مجلس الدولة إلى تعيين خبير للاطلاع على الوثائق، ومطالبة البلدية بتقديم تفسيرها، حول عدم إتمام المشروع من طرف المقاول، وما هي الأسباب التي أدت إلى تجزئة الصفقة إلى شطرين، ما دام الصفقة المبرمة بين الطرفين تشمل إنجاز المقر ككل⁴.

ب) حالات الزيادة في الأشغال والخدمات:

لما كانت الأشغال الإضافية ذات طبيعة فنية، فمعظم منازعاتها يتوق الفصل فيها على الاستعانة بذوي الخبرة والاختصاص، لاسيما ما تعلق منها بقيام المتعاقد بإنجاز أشغال إضافية، دون اتفاقه مع المصلحة المتعاقدة، أو دون حصوله على أمر بالخدمة، أو دون التأشير عليها من طرف لجنة

على المشروع، والذي بموجبه تجد المصلحة المتعاقدة المبرر المعزز للتهرب من دفع قيمتها، فالأصل أنه لا يجوز لمقدم العطاءات للإدارة، تنفيذ الالتزامات غير الواردة في الصفقة المنظمة حسب الأصول، أو لم يصدر بشأنها أمر من الإدارة، فليس للمتعاقد أن يتدخل بتنفيذ أشغال إضافية، لأن الإدارة هي المسؤولة عن تنظيم وتسيير المرافق العامة، وتسعى دوماً من خلال تعاقدها إلى تحقيق المصلحة العامة، أما المتعاقد فإنه يسعى دوماً إلى تحقيق الكسب المادي، الذي يمثل الهدف الأساسي للمتعاقد مع الإدارة، وبالتالي فترك الحرية للمتعاقد بتنفيذ أشغال إضافية خارج نطاق التعاقد، قد يؤدي إلى فوضى تلحق بالمرافق العامة، أنظر حول هذا الأساس نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص 547 وما يليها.

¹- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 595.

²- عادل بو عمران، مرجع سابق، ص 118.

³- نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 550 وما يليها.

⁴- مجلس الدولة، الغرفة الأولى، 2003/02/25، قرار رقم 9443، غير منشور، 2003.

صفقات المصلحة المتعاقدة، أو لفوات قيمة هذه الأشغال مبلغ الصفقة، أو نتيجة لإبرام الملحق خارج الأجل التعاقدية، أو لتحجج المصلحة المتعاقدة عن طريق الادعاء بانعدام الاعتماد المالي، أو لفسخ الصفقة لوجود أشغال إضافية لا تستطيع الإدارة تحمل تكاليفها¹، وهي في مجملها حالات تعرض لها القضاء الإداري في الجزائر.

(1) حالة عدم التصديق على ملحق الأشغال الإضافية:

لا حظ مجلس الدولة في العديد من قراراته، بأن تحجج المصلحة المتعاقدة، بعدم تصديقها على الملحق، بغرض التهرب من دفع قيمة الأشغال الإضافية يبقى غير مبرر، فأوضح بأن الأشغال الإضافية المنجزة من طرف المقاول، لم يتم التأشير عليها من طرف المصلحة المتعاقدة، وأن مجلس قضاء غرداية، تجاهل الطلب المتعلق بالأشغال الإضافية، ولم يقر بالرد عليه، لكن ما هو ثابت من خلال الوثائق المقدمة، أن هذه الأشغال تمت فعلا، ومن أجل التحقق من ذلك أكثر، يتوجب تعيين خبير للقيام بخبرة حول الأشغال الإضافية المنجزة بمقر الحماية المدنية لبلدية بونورة، من أجل التأكد من تنفيذ الأشغال الإضافية وتحديد قيمتها²، وبذلك يكون مجلس الدولة قد اعتد بالانجاز الفعلي للأشغال.

(2) حالة عدم وجود أمر بالانطلاق في الأشغال الإضافية:

لاحظ قضاء مجلس الدولة في قراراته، بأن الأشغال الإضافية كانت محل متابعة تقنية من طرف مكتب الرقابة التقنية، وقدم نسخة من جدول المنجزات الحضوري رقم 2 المؤرخ في 30/11/1996، الذي يوضح بالتفصيل الأشغال الإضافية المنجزة، وهو موقع من طرف المقاول، ومكتب الرقابة التقنية، الذي يعتبر ممثل عن صاحب المشروع، ولذلك ينبغي قبوله استنادا إلى نص المادة 39 من دفتر الشروط الإدارية العامة، واستبعاد الدفع المثار من طرف ولاية سكيكدة، المتعلق بعدم الأمر بالانطلاق في الأشغال، وبذلك ينبغي تسديد قيمة الأشغال الإضافية المنجزة من طرف المستأنف عليه، خاصة وأنها ضرورية لمستشفى سكيكدة، وكذلك التعويض عن الضرر اللاحق به جراء تقاعسها في الدفع³، وهو بهذا يكون أيضا قد اعتد بالانجاز الفعلي للأشغال، بصرف النظر عن توقيع المصلحة المتعاقدة للأمر بالانطلاق في الأشغال الإضافية من عدمه.

(3) حالة تجاوز الأشغال الإضافية لقيمة الصفقة:

فصلا في إحدى القضايا المعروضة أمام مجلس الدولة، بخصوص امتناع المصلحة المتعاقدة عن دفع مبلغ الأشغال الإضافية المنجزة بملحق، مبرم بحضور المصالح التقنية للعمران والبناء،

¹- ذهب مجلس الدولة في قرار له إلى إلغاء القرار المستأنف وتعيين خبير، وذلك في نزاع حول امتناع البلدية عن تسديد قيمة الأشغال الإضافية لعدم توافر الاعتماد المالي بعد، إلا أن البلدية قد قامت سابقا بتسديد وضعية معينة مما يدل على حسن نيتها، وان المقاول لم يقدم بتقديم الفواتير التي تثبت ذلك، انظر: مجلس الدولة، الغرفة الأولى، 2003/02/25، قرار رقم 4840، قرار غير منشور.

²- مجلس الدولة، الغرفة الأولى، 2003/02/25، قرار رقم 5754، غير منشور.

³- مجلس الدولة، الغرفة الأولى، 2003/01/21، قرار رقم 8827، غير منشور، ومما تجدر الإشارة إليه، فإن مجلس قضاء جيجل هو الآخر، ذهب في هذا الاتجاه في قرار له يحمل رقم 2011/64 الصادر بتاريخ 2011/01/24، في القضية القائمة بين ممثل الشركة المتعاملة: (ب، م) والحضيرة الوطنية لتازة، بحيث ذهب إلى التصريح بأن الأمر الشفهي، الذي صدر من السلطة الوصية على المشروع، ولم يصدر عن المصلحة المتعاقدة، لا يعفيها من دفع قيمة الأشغال الإضافية، التي قامت بها الشركة، مادامت أنجزت على أكمل وجه، وحقت للمصلحة المتعاقدة مبتهاها، لكن التعويض عن التأخير في سدادها يبقى غير مؤسس، كون الأمر الشفوي صادر من السلطة الوصية وليس من المصلحة المتعاقدة.

بدعوى تجاوزها قيمة الصفقة، لاحظ مجلس الدولة بأن الملحق المبرم بحضور المصالح التقنية، وأن تجاوز نسبة 20 بالمائة، فليس هناك ما يمنع من دفع قيمتها، ما دامت الأشغال محل النزاع كانت مدرجة فيه، وانتهى الى التصريح بتعيين خبير لتقدير قيمة الأشغال الإضافية المنجزة فعلا،¹ وبذلك فدفع قيمة الأشغال الإضافية لا يتوقف على عدم تجاوزها النسبة المحددة قانونا، بقدر ما يتوقف على متطلبات المشروع، وعلى موافقة المصالح التقنية، وعلى الانجاز الفعلي للأشغال الإضافية.

4) حالة عدم تسديد مبلغ الأشغال الإضافية لإبرام الملحق بعد الإقفال النهائي:

استقر الرأي لدى مجلس الدولة، على عدم الأخذ بدفوع المصالح المتعاقدة، بعدم تسديد مبلغ الأشغال الإضافية، لإبرام الملحق بعد الإقفال النهائي، بأنها دفوع ناجمة عن الفهم الخاطئ لقانون الصفقات العمومية، فامتناع المصلحة المتعاقدة عن دفع وضعية الأشغال الإضافية المقدمة بعد انتهاء مدة المشروع، بحجة أن قانون الصفقات العمومية رقم 91-434، وخاصة في المادة 91 فقرة 3 لا يسمح بدفع المبلغ المطلوب، بسبب إيداع وضعية الأشغال الإضافية، بعد تسليم المشروع وتحرير الضمان للمقاول، إنما هو دفع لا يستقيم وهذا النص، الذي ينبه بأنه لا يمكن إبرام ملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية إلا في حالات ثلاث، منها تلك المتعلقة بإقفال الصفقة نهائيا، وهذا ما كان مقصودا من هذا الملحق، وحيث زيادة على هذا فإن المشروع قد استلم نهائيا، كما هو ظاهر من خلال الوثائق المدرجة في الملف، وعليه يتعين القول، بأنه لا يوجد مانع قانوني من تسديد وضعية الأشغال رقم 14، وبالتالي يتعين تأييد القرار المستأنف.²

وبناء على ما سبق، يمكن القول بأن دور القضاء الكامل في مجال الرقابة على زيادة الأشغال الإضافية، يتمحور حول دفع قيمة هذه الأشغال، التي غالبا ما تكون محل خلاف بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، وحول التعويض عن الأضرار التي تلحق المتعاقد، جراء تماطل الإدارة في تسديد المستحقات.

المطلب الثاني:

رقابة القضاء الجزائي

إن استعمال المال هو أساس المعاملات الاقتصادية العمومية، خاصة في الدول المتدخلية في الاقتصاد، مما يؤدي إلى احتكاك القائم بالتسيير به، والتفكير بالاستيلاء عليه³، ولما كانت هذه الأموال العامة، لا تتفق في

¹ - مجلس الدولة، الغرفة الأولى، 2003/10/21، قرار رقم 11733، قرار غير منشور. كما نجد كذلك مجلس الدولة ذهب إلى انه: حيث يستخلص من قراءة الملف والوثائق المرفقة أن بلدية سكيكدة أبرمت صفقة مع السيد (م ع) بمبلغ قدره 309367500 دج ثم تلتها اتفاقية أشغال إضافية بمبلغ قدره 169414716 دج وقد جاء في تلك الاتفاقية في المادة 4 منها أن مبلغ الصفقة لا يجب أن يتجاوز مبلغ 400000000 دج، حيث انه وعند تقديم فاتورة الأشغال الإضافية إلى المستأنفة للتأشير عليه قد اشر عليه رئيس البلدية، ومن الواضح انه عند جمع المبلغ الأول زائد مبلغ الأشغال الإضافية سيتجاوز حتما مبلغ 4 ملايين دينار كما وقعت المستأنفة على الفاتورة المتضمنة مبلغ الضمان، وحيث يستخلص من ذلك أن العمل الذي قام به رئيس البلدية يعتبر تجاوز لنص المادة 4 من الاتفاقية وان هذا التجاوز لا يمكن أن يتحملة المستأنف عليه، وان الاستئناف الحالي غير مؤسس قانونا، وان قضاة الدرجة الأولى لما قبلوا طلب المستأنف عليه يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا صحيح مما يتوجب تأييد القرار المستأنف، قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، 2003/09/16، رقم 11774، غير منشور.

² - مجلس الدولة، الغرفة الأولى، 2003/02/25، قرار رقم 5230، غير منشور.

³ - الأخضر دغو، الحماية الجنائية للمال العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، قسم الحقوق، جامعة باتنة، 1999-2000، ص 04.

معظم الأحوال، إلا عن طريق الصفقات العمومية، فإن هذه قد تشكل ميدانا خصبا للفساد والرشوة غير المشروع، مما دفع المشرع وفي محاولة منه لمحاربة مثل هذه الظاهرة، إلى إصدار القانون 01/06 المعدل والمتمم المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الذي تضمن أحكاما خاصة بتجريم بعض الأفعال المتعلقة الصفقات العمومية، لاسيما ما تعلق منها بتلك المنصوص عليه بالمادتين 26 و 27 منه.

وقد نصت المادة التاسعة منه على أنه: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة، وعلى معايير موضوعية، ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية، والإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء مع إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية، بالإضافة إلى الاعتماد على معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، مع تمكين المتنافسين من ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية".¹

ولما كانت الصفقات العمومية، تشكل المجال الخصب للفساد بكل صورته، فتقسيم أو تخصيص الصفقة إلى حصص منفصلة، قد يتم اللجوء إليه بغرض منح امتيازات لبعض المقاولين، أو توجيه المناقصات لمنتوج معين فقط، كما أن اللجوء إلى إبرام صفقات عمومية، والى إبرام ملحقات لها بأشغال إضافية وتسويتها، خلافا للإجراءات المقررة ولقواعد المنافسة، ولذات الغرض غير المشروع، بما يؤدي إلى تمكين المتعامل المتعاقد من الحصول على فوائد غير قانونية، قد لا تكون مجانية، بل أنه قد تتطوي على قبض أو محاولة الموظف لأجرة أو منفعة، مباشرة أو غير مباشرة، بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات، قصد إبرام صفقة أو عقد أو ملحق باسم الهيئات الإدارية المعنية، إنما هي أفعال تم تجريم بعضها بموجب هذا القانون، فيما تم تجريم بعضها الآخر بقانون العقوبات، منعا للتلاعب بالمال العام.

وبالرجوع لنص المادتين 26 و 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، يتضح وأن المشرع قد اعتد بخصوص الأفعال المجرمة بصفة الفاعل، فميز بين الأفعال المرتكبة من طرف الموظف العمومي، وبين تلك المرتكبة من المتعامل المتعاقد، وعلى ذلك سوف نتولى رقابة القضاء الجزائي، على الزيادة في الأشغال والخدمات من خلال فرعين: الأول: نعالج فيه الرقابة الجزائية المتعلقة بالموظف العمومي، والثاني: نخصصه للرقابة الجزائية المتعلقة بالمتعامل.

الفرع الأول:

الرقابة الجزائية عن أفعال الموظف العمومي:

ثمة عدة أفعال جرمها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، يمكن أن ترتكب من قبل الموظف العمومي، أهمها جنح: المحاباة، والرشوة السلبية، فيما يعبر عنه بجنحة القبض ومحالة القبض لأجرة أو منفعة، نتعرض لأركان كل جنحة على حدة، ثم نتعرض إلى المتابعة والجزاء في كل منهما.

¹- القانون 01-06 مؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 08 مارس 2006)، والمتمم بموجب الأمر رقم: 10-05 المؤرخ في 26 غشت 2010 (الجريدة الرسمية رقم 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010)، وبالقانون 11-15 المؤرخ في 2 غشت 2011 (الجريدة الرسمية رقم 44 المؤرخة في 10 غشت 2011).

أولاً: أركان جنحة المحاباة:

وفقاً لنص المادة 26 فقرة 01 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته والعدل والمتمم، والتي حلت محل المادة 128 مكرر فقرة 01 من قانون العقوبات الملغاة، فجنحة المحاباة لا تقوم إلا توافر أركانها، المتمثلة في صفة الجاني، والركن المادي المتمثل في نشاط الجاني، والركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي.

أ) صفة الجاني:

بالرجوع لنص الفقرة الثانية من المادة 1/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، يتضح وأن جنحة المحاباة، لا تقوم إلا إذا كان الجاني يتمتع بصفة الموظف العمومي حال ارتكابه الفعل، وبذلك فهي صفة وحسب الفقرة (ب) من المادة 02 من نفس القانون، تشمل كل من يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر وبصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.¹ وبمقتضى هذا النص، فالجاني هو كل من يتولى وظيفة، أو وكالة في الإدارات والهيئات والمؤسسات العمومية، وكل شخص آخر يتولى وظيفة، أو وكالة في مؤسسة خاصة تقدم خدمة عمومية.²

وبمقارنة هذا النص، مع المادة 128 مكرر 1 من قانون العقوبات الملغاة، يتضح وأن هذا النص الأخير، لم يكن يشمل سوى كل من يعمل لصالح الدولة، أو الجماعات المحلية، أو إحدى الهيئات الخاضعة للقانون العام، وبذلك فهو لم يكن يشترط بأن يكون الجاني موظفا أو من في حكمه، بحيث يمكن أن يكون مستشارا، أو مكتب دراسات مكلف بإنجاز عملية معينة، تقتضي منه إبرام عقد مع الغير لصالح الجهة المستخدمة.³

ب) الركن المادي⁴:

يتحقق الركن المادي بقيام الجاني، بإبرام عقد، أو اتفاقية، أو صفقة عمومية، أو ملحق، أو تأشيرته، أو مراجعته دون مراعاة الأحكام التشريعية، أو التنظيمية الجاري العمل بها، وذلك بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير.

وما يمكن ملاحظته من خلال النص، أن هذا الركن يتألف من عنصرين: الأول يتمثل في قيام الجاني بنشاط من تلك النشاطات الإجرامية، والثاني يتمثل في الغرض من هذا النشاط.

(1) النشاط الإجرامي:

يكمن النشاط الإجرامي في قيام الجاني، إما بإبرام اتفاقية أو عقد أو صفقة عمومية، وإما بالتأشير على أي منها، أو مراجعتها، دون احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية.

¹- الفقرة (ب) من المادة (02) من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته السالف الذكر.

²- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة العاشرة: دار هوم، الجزائر، 2010، ص 7 إلى ص 24.

³- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 132.

⁴- يقصد بالركن المادي للجريمة كل فعل أو سلوك إجرامي صادر من إنسان عاقل سواء كان ايجابيا أو سلبيا يؤدي إلى نتيجة تمس حقا من الحقوق المصانة دستوريا وقانونيا، ولمزيد من التفصيل، أنظر: إبراهيم بلعليات، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 17 وما يليها، وأنظر كذلك: أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الخامسة، دار هوم، الجزائر، 2007، ص 85 وما يليها.

وعلى ذلك فالمعنى المقصود بمصطلح "الصفقات العمومية"، وفقا لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، لا ينحصر في الصفقات العمومية بمفهوم المرسوم الرئاسي 10-236 فقط، بل أنه يتعداه إلى الاتفاقيات وإلى العقود التي تبرمها الإدارات والمؤسسات العمومية، المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، والتي لا تتجاوز قيمتها العتبة المالية المحددة في قانون الصفقات، فإذا كان هذا النوع من الصفقات لا يخضع لأحكام المرسوم 10-236، فهذا لا يعني أنها لا تقع تحت طائلة أحكام المادة 26 من قانون مكافحة الفساد¹، مثل صفقات التوريد التي تتم عادة عن طريق طلبات أو فواتير.

ويتحقق النشاط الإجرامي، عند المساس بالقواعد المتعلقة بإشهار إجراء الوضع في المنافسة، بمعنى المساس بمبدأ العلانية، كعدم نشر المناقصة في الصحافة، وكذا المساس بالقواعد المتعلقة باعتماد المترشحين، مثل المتعامل العمومي الذي يبعد مترشحين تعسفا، وكذا المساس بالقواعد المتعلقة بإيداع العروض، وذلك بعدم احترام المواعيد المحددة في القانون، للسماح للمترشحين بإعداد عروضهم، وكذا عدم احترام قواعد اختيار المترشحين، مثل اللجوء غير المبرر للتراضي، أو تعمد تمرير عروض، أو التأشير عليها رغم أنها غير مطابقة².

فالجوء غير المبرر إلى تجزئة الصفقات بغرض تفادي المناقصة، وكذا اللجوء غير المبرر للتراضي أو المناقصة المحدودة، هي أفعال شكلت في العديد من الأحيان جناحا، تمت من خلالها متابعة مرتكبيها من طرف القضاء الجزائي، وكذلك الأمر بالنسبة للموظف، الذي يقوم بالتأشير على ملحق تابع للصفقة، بالرغم من تعديه لنسب معينة، أو الزيادة المفرطة في أسعاره³، أو مخالفة القواعد المنظمة له عند اللجوء إليه.

ويقصد بالتشريع جميع القوانين والأوامر الصادرة عن الهيئة التشريعية، فيما يقصد بالتنظيمات جميع النصوص التنظيمية الصادرة عن السلطة التنفيذية، كانت مراسيم أو لوائح أو ما كان في حكمها، بوصفها نصوصا منظمة لمؤسسات وهيئات عمومية، يشرف على تسييرها وإدارتها موظفون عموميون، وتمارس مهامها بموجبها بما فيها إبرام العقود.

أما المقصود من المخالفة التشريعية أو التنظيمية، فالمرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، قد تضمن النص على الإجراءات الواجبة الإلتباع، لإبرام الصفقة، وحدد المؤسسات، والهيئات العمومية المعنية بهذه الإجراءات، من خلال المادة 02 منه، ويشكل الإخلال بها عنصرا

¹ - عبد الغني حسونة، الأحكام القانونية الجزائية لجريمة اختلاس المال العام، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 05، ص 207 إلى 221.
² - لقد جاء الأمر 10-05 في مادته الثانية المتممة للمادة التاسعة من القانون 06-01، بالقواعد التي يجب أن تؤسس عليها الصفقات العمومية وإجراءاتها، بحيث يجب أن يأخذ بعين الإعتبار قواعد الشافية والنزاهة والمنافسة الشريفة والمعايير الموضوعية، كما يجب تكريس قواعد علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات، والإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء، مع إلزامية إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية، مع مراعاة المعايير الموضوعية والدقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بالإبرام، مع تمكين الكافة من ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.
³ - ويكون ذلك راجع إلى إتفاق المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة على أسعار جديدة للملحق بحيث تكون هذه الأسعار تتعدى بكثير الأسعار المحددة في الصفقة الأصلية لنفس النوع من الأشغال، ويكون ذلك بتواطؤ المصلحة المتعاقدة.

مكونا للركن المادي لجنة المحاباة.¹

(2) الغرض من النشاط الإجرامي:

بالرجوع للعبارة الأخيرة الواردة بالفقرة الأولى من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، القائلة: "بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير"، يتضح وأن توفر عنصر النشاط الإجرامي، لا يكفي لقيام الركن المادي لجنة المحاباة، بل يجب أن يكون الغرض من النشاط الإجرامي، هو إفادة الغير بامتيازات غير مبررة، بحيث يجب أن يكون الغير هو المستفيد من النشاط، فإذا استفاد منه الموظف الجاني في حد ذاته، فالفعل المرتكب حينها، يتخذ وصفا قانونيا آخر، يختلف عن الوصف القانوني المعطى لهذه اللجنة.

وعليه فلا تقوم الجريمة، بمجرد مخالفة الأحكام القانونية واللوائح التنظيمية، والتي تعد من الأخطاء المهنية التي يحاسب عليها الموظف، من قبل السلطة المكلفة بالرقابة أو السلطة الوصية، وإنما يشترط زيادة على ذلك، أن يكون الهدف من مخالفة هذه النصوص، هو تبجيل ومحاباة أحد المتنافسين على غيره، كتجزئة الصفقة إلى مجموعة من الحصص، ومنحها إلى متعاقد واحد فقط، وبموجب سندات طلبية، أو توجيه المناقصة إلى منتج بعينه متوفر لدى متعهد واحد فقط وبصفة غير مستحقة.²

(3) الركن المعنوي:

تقتضي لجنة المحاباة باعتبارها جريمة عمدية، توافر قصد خاص يتمثل في العلم والإرادة، بإعطاء الغير امتيازات مع العلم بأنها غير مبررة، بما يقتضي مخالفتها للقانون، وقد قضي في فرنسا بقيام القصد الجنائي في حق موظف له تجربة في إبرام الصفقات العمومية.³

ويمكن التأكد من توافر القصد الجنائي في هذه الجريمة، من خلال تكرار العملية والوعي التام للجاني، بمخالفة القواعد الإجرائية، أو من إستحالة عدم العلم بها، بحكم الوظيفة التي يشغلها⁴، ولا يؤخذ بعين الاعتبار الباعث إلى مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية، فنقوم الجريمة حتى ولو كان من أعطى امتيازات غير مبررة، لا يبحث عن فائدته الخاصة، بل عن فائدة مؤسسة عمومية، كما لا

¹- أما العقود التي تتضمن عمليات خاصة بالصفقات العمومية، كما هي محددة بالمرسوم، والتي لا تتجاوز قيمتها المبلغ المحدد لإبرامها على شكل صفقة، فإن الإدارة تبرمها على شكل اتفاقية، ولا يتطلب فيها مراعاة جميع الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم 10-236، ولكن يجب أن تأسس على قواعد المنافسة والشفافية والنزاهة حفاظا على المال العام، أما باقي العقود التي يبرمها الموظف العمومي، حسب ما هو معرف بالمادة 02 فقرة (ب) من قانون الوقاية من الفساد ومكافحة، والتي تشمل الهيئات غير المعنية بإجراءات الصفقة، وهي المؤسسات العمومية الاقتصادية، والمؤسسات ذات الرأسمال المختلط، والمؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عامة، فتخضع عملية إبرامها ومراجعتها والتأشير عليها وتعديلها، للإجراءات المحددة في القوانين الخاصة بهذه المؤسسات أو في لوائحها التنظيمية، ويشكل الإخلال بها عنصرا مكونا للركن المادي لجنة المحاباة.

²- وبالنظر لعنصر الغرض، يتضح وأن الغاية من تجريم هذا الفعل، هو ضمان مبدأ المساواة بين المترشحين للفوز بالصفقة أو العقد، وإرساء مبدأ الشفافية في مجال إبرام الصفقات العمومية، وهي المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية، سواء بالنظر للمرسوم 10-236 أو بالنظر للمادة 09 من قانون الفساد التي تم تنميتها بموجب المادة الثانية من الأمر 10-05، وعلى ذلك فالقاضي الجزائي، حال ممارسته لاختصاصاته، يكون مدعوا- وفي ضوء إنفاذه للالتزام بتسبب حكمه، وفقا لمقتضيات المادة 379 من قانون الإجراءات الجزائية- لإبراز العنصرين المكونين للركن المادي لهذه اللجنة، الأمر الذي لا يتأتى إلا من خلال بيان الإجراء المخالف للقانون، وربطه بمن رست عليه الصفقة، ميرزا العلاقة بين الإجراء المخالف، وإجراء منح الصفقة لأحد المترشحين، ويتضح له ذلك من خلال ملف الصفقة المدرج بملف الدعوى، تحت طائلة بطلان الحكم للقصور في التسبب أو انعدامه أو تناقضه.

³- أمال يعيش تمام، صور التجريم الجديدة المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 05، بسكرة، ص 93 إلى 107.

⁴- علي عوض حسن، جريمة التبيد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، القاهرة، 1996، ص 138 وما يليها.

يؤثر في قيامها مدى استقامة ونزاهة الموظف خلال حياته المهنية من عدمها.¹
ومثلما هو الحال بالنسبة للركن المادي، فعلى القاضي إبراز الركن المعنوي للجريمة، وتبيان مدى علاقة الأفعال المرتكبة بالنية الجرمية للفاعل، سواء بالنسبة لقضاة الحكم أو قضاة التحقيق.

ثانيا: أركان جنحة القبض ومحاولة القبض لأجرة أو منفعة:

تم النص على هذه الجنحة بالمادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وتكمن هذه الجريمة في تدخل الموظف في الأعمال التي أحييت عليه إدارتها أو رقابتها،² وهو ما يؤدي إلى استغلاله للوظيفة العامة، من خلال العمل على تحقيق مصلحة خاصة من ورائها³، وعليه تعد هذه الجريمة من جرائم المتاجرة بالوظيفة، كما أنها تعد مظهرا من مظاهر الرشوة، وهي أقرب كذلك إلى الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، لأنها تعد صورة من صورها.

ووفقا لهذا النص⁴، فهذه الجنحة بدورها، لا تقوم إلا بتوافر أركانها، المتمثلة في صفة الجاني (الركن المفترض) والركن المادي المتمثل في نشاط الجاني، والركن المعنوي المتمثل في القصد.

أ) صفة الجاني:

يجب أن تتوفر في الجاني صفة الموظف العمومي، لكن ليس كل موظف، بل الموظف الذي يدير أو يشرف بصفة كلية أو جزئية على العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات، أو الموظف الذي يكون مكلفا بإصدار إذن بالدفع في عملية، أو يكون مكلفا بتصفية أمر ما.

وعليه فإن صفة الجاني في هذه الجريمة، تشمل الموظف العمومي كما هو معرف بنص المادة

02 فقرة (ب) من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، غير أن الأمر محصور في فئتين من الموظفين:

الفئة الأولى: تتعلق بالموظف العمومي، الذي يتولى مسؤولية الإشراف، أو الإرادة على هذه العقود، أو العمليات المذكورة، وتمنحه هذه المسؤولية سلطة فعلية، بشأن هذه العمليات التي يتلقى، أو يأخذ منها فوائد بصفة غير مشروعة، وذلك في أية مرحلة كانت عليها العملية، سواء أثناء تحضير العقد أو المناقصة أو المزايدة، أو أثناء مرحلة التنفيذ، ويتعلق الأمر أساسا بمدير الهيئة، أو المؤسسة، أو رئيس المصلحة، أو رئيس المكتب، أو أي مهندس، أو تقني، أو عون إداري له دور يقوم به في هذه العمليات.

الفئة الثانية: تتعلق بكل موظف عمومي، يمنح له منصب المسؤولية الذي يتولاه، سلطة إصدار إذن بالدفع، وبمعنى آخر الأمر بالصرف على مستوى المؤسسة أو الهيئة التي يعمل بها، ويأخذ بمقتضى عمله هذا فائدة غير مشروعة، وينحصر الأمر في مدير الهيئة أو المؤسسة، الذي يكون عادة هو الأمر

¹- فالجاني الذي يقوم دائما بعملية التحصيل حتى ولو لم تكن ضرورية بغرض توجيه الصفقة إلى شخص معين، أو الجاني الذي يؤشر دائما على ملاحق مخالفة للقانون وهو يعلم بذلك متواطئا مع المقاول، يعتبر عالما بذلك ويتوفر لديه القصد الجنائي.

²- وقد حلت هذه المادة محل المادة 123 من قانون العقوبات، الملغاة بموجب قانون الفساد، ويطلق عليها في التشريع الفرنسي مصطلح: "جنحة التدخل" كما يطلق عليها في إطار التشريع المصري مصطلح "جريمة التبرج".

³- محمود نصر، الوسيط في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، 2004، منشأة المعارف الإسكندرية، ص456.

⁴- حيث نصت على أنه: "يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري، وإما عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية، وكذلك من يكون مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت".

بالصرف، أو من ينوب عنه إذا خوله القانون ذلك صراحة، كما يدخل في هذه الفئة كذلك رؤساء مصالح المحاسبة أو المراقبين الماليين¹.

ب) الركن المادي:

يقوم الركن المادي لجنحة القبض ومحاولة القبض لأجرة أو منفعة، على إقدام الجاني على أخذ أو تلقي فائدة من عمل من أعمال وظيفته، تكون له فيها سلطة الإدارة أو الإشراف، سواء كانت الفائدة له أو لغيره، وسواء كان ذلك بحق أو بغير وجه حق، بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

هذا وقد عدت المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، العمليات التي يحظر فيها على الموظف القبض ومحاولة القبض لأجرة أو منفعة، ويتعلق الأمر بالعقود والمناقصات والمزايدات والمقاولات، التي تبرم باسم الدولة أو الهيئات الأخرى المذكورة بالنص².

وعلى ذلك فالسلوك المجرم في هذه الجريمة، وخلافا للجنحة محل الدراسة، يأخذ إحدى صورتين: إما أن يأخذ الجاني فائدة، أو أن يتلقى فائدة من عملية من العمليات المذكورة³، التي يديرها أو يشرف عليها، تضاف لهما صورة ثالثة ذكرها المشرع في نص المادة 35 باللغة الفرنسية، ولم تذكر في النص باللغة العربية، وهي صورة الاحتفاظ بالفائدة.

وعلى ذلك فتجريم فعل القبض ومحاولة القبض، يقوم في حقيقة الأمر على أساس أن إختصاص الموظف العمومي، يفرض عليه السهر على المصلحة العامة، ومباشرة الرقابة على من يتعاقد مع الدولة، أو إحدى الهيئات، أو المؤسسات العمومية التابعة لها، أو على من يؤدي عملا لحسابها، فإذا ربط بين العمل المنوط به، وبين مصلحة الخاصة أو المصلحة الخاصة لشخص آخر، فإنه لا يستطيع أن يؤدي واجبه في الرقابة، الذي يفرضه عليه اختصاصه، وإنما سيحابي مصلحته الخاصة عن المصلحة العامة.

¹- وتجدر الإشارة إلى أن المادة 124 قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد كانت تقضي بتجريم فعل أخذ فوائد بصفة غير قانونية حتى بعد انتهاء الموظف العمومي من الخدمة بأية طريقة كانت، وهذا خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ انتهاء توليه أعمال وظيفته، حيث يحظر عليه خلال هذه الفترة تلقي فائدة من عملية من العمليات التي أشرف عليها أو كانت له سلطة عليها.

²- وتجدر الإشارة في هذا الصدد، وبخصوص مثل هذه المؤسسات، فنص المادة 35 من نفس القانون، وهي تتعلق بأخذ فوائد غير قانونية، المحرر باللغة العربية، قد أضاف عبارة "أو المؤسسات" كعملية من العمليات المذكورة، ولم يذكر ذلك في النص باللغة الفرنسية، ولا تجد هذه الإضافة في حقيقة الأمر أي تبرير، على اعتبار أن المؤسسات، لا تعد عملية من العمليات التي يمكن أن يقوم بها الموظف، وربما يكون الأمر سوء ترجمة فقط، فمصطلح مؤسسات يلتقي في ترجمته إلى اللغة الفرنسية مع مصطلح مقاولات، والذان يأخذ نفس الترجمة وهي: "Entreprises les"، ولمزيد من التفصيل في هذا الشأن، أنظر: عادل مستاري، موسى قروف، جريمة الرشوة السلبية (الموظف العام) في ظل أحكام القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 05، ص 165 إلى 175.

³- مع الملاحظة بأن الأجر أو المنفعة، قد يكون بحصول الموظف على منفعة من المشروع، أو العقد أو الصفقة المزمع إبرامها، ولا تهم طبيعتها، فقد تكون مادية أو معنوية، كما لا تهم الطريقة التي تتحقق بها المنفعة، فقد يتفق الجاني مع أحد المرشحين للعقد أو المناقصة أو المزايدة، على السعي له لأن يكون هو الفائز بها، مقابل الحصول على مبلغ مالي، أو أسهم في شركة، أو تمكين أحد أصدقائه، أو أقاربه من انجاز جزء من الأشغال المدرجة في العقد أو الصفقة، ويحدث هذا الأمر عادة في عقود انجاز الأشغال، المجزأة إلى حصص، بحيث تمنح حصة أو أكثر لمتعاقد بالتواطؤ مع الموظف، وقد يتلقى الجاني المنفعة بتسلمه هذه المنفعة بالفعل، ولا يهم وقت التسليم، سواء كان أثناء تحضير العملية التي يتلقى بمناسبتها الفائدة أو أثناء تنفيذها، وسواء تم التسليم لشخص الجاني أو لغيره، وقد يكون ذلك عن طريق الاحتفاظ بالمنفعة، كأن تكون المنفعة المحتفظ بها، قد تم الحصول عليها في الوقت الذي كان فيه الموظف، يدير العملية أو يشرف عليها، أو مكلف بالأمر بالدفع فيها، أو مكلفا بتصفيتها، أنظر بهذا الشأن: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 155.

وليس من عناصر هذه الجريمة، أن ينال الدولة، أو إحدى المؤسسات، أو الهيئات التابعة لها ضررا، وإن كان هذا هو الوضع الغالب، كما أن استفادة الجاني غير مرتبطة بالحصول على ربح، فتتحقق الجريمة حتى وإن لم يحصل على ربح، كما لا يهم إن نفذت الصفقة أو العقد أو الاتفاقية، الذي تم على أساسه أخذ المنفعة أم لم تنفذ، كأن ترفض السلطة المختصة بالرقابة التأشير على الصفقة، فتقوم الجريمة بالرغم من أن العمل المطلوب من الجاني لم يتحقق، وهذا لأسباب خارجة عن إرادته، وقد قضى في فرنسا بمناسبة هذه الحالة، بأن هذا الفعل لا يعد شروعا، وإنما يشكل جريمة تامة.¹

(ت) الركن المعنوي:

تعد جنحة القبض ومحاولة القبض جريمة عمدية، لذا يشترط لقيام الركن المعنوي فيها، توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني، والمتمثل في العلم والإرادة، فنقتضى هذه الجريمة أن يكون الجاني وقت ارتكاب الجريمة عالما بأنه موظف، وأنه مختص بالإدارة والإشراف على الأعمال، التي أقامت عليها المصلحة الخاصة لنفسه أو غيره، وعالما بأن من شأن فعله تحقيق فائدة أو ربح، وعالما بأنه في حالة تحقيق هذه الفائدة أن ذلك بدون حق، كما تقتضي هذه الجريمة أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل، فإذا جهل أن اختصاصه يتضمن هذا الفعل ينقضي القصد لديه.

ثالثا: المتابعة والجزاء:

تثير دراسة جنحتي المحاباة، والقبض ومحاولة القبض لأجرة أو منفعة، مسألتان قانونيتان، الأولى تتعلق بالمسائل الإجرائية، والثانية تتعلق بالجزاء والأعدار المعفية من العقاب.

(أ) المسائل الإجرائية:

ثمة عدة مسائل إجرائية، تثيرها الجنحتان محل الدراسة، تتعلق بالمتابعة الجزائية، والتقديم.

(1) المتابعة الجزائية:

على الرغم من أن المتابعة بالنسبة لجنح المحاباة، والقبض ومحاولة القبض لأجرة أو منفعة، تتم وفقا للقواعد الإجرائية العامة المقررة بقانون الإجراءات الجزائية، فإن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، قد تضمن النص على أحكام مميزة، بشأن أساليب التحري للكشف عن هذه الجرائم²، بحيث يمكن اللجوء إلى أسلوب التسليم المراقب، أو إتباع أساليب التحري الخاصة، كالترصد الإلكتروني والاختراق على النحو المناسب، وبإذن من السلطة القضائية المختصة³، كما يمكن أن يتم اللجوء إلى اتفاقيات التعاون الدولي وتجميد الأموال وحجزها.⁴

(2) التقديم :

لا تخضع جنحتي المحاباة، والقبض ومحاولة القبض لأجرة أو منفعة، لتقديم الدعوى العمومية،

¹- عبد الله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 103.

²- لقد تم تعديل إسم الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وصارت تسمى في ظل الأمر 10-05 بالديوان الوطني لقمع الفساد، بحيث يقوم بمهمة البحث والتحري عن جرائم الفساد، كما أن جرائم الفساد تخضع لاختصاص الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع، بالإضافة إلى كون ضباط الشرطة القضائية التابعين للديوان يمارسون مهامهم وفقا لقانون الإجراءات الجزائية، وأن اختصاصهم المحلي يمتد إلى كامل التراب الوطني، وذلك بموجب المادة الثالثة، المتممة للمادة 24 من القانون 06-01 السالف الذكر.

³- المادة 54 من القانون 06-01 المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته السالف الذكر.

⁴- خليفة مراد، فائزة ميموني، السياسة الجنائية للمشرع في مواجهة ظاهرة الفساد، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 05، بسكرة، ص 223 إلى 248.

المقررة بمقتضى الأحكام العامة الواردة بالمادة(06) من قانون الإجراءات الجزائية، بل أنها تخضع للأحكام التي جاء بها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وبحسب المادة(54) منه،¹ فجرائم الفساد بوجه عام، لا تتقادم في حالة تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج، والأمر كذلك بالنسبة للعقوبات. أما في الحالات الأخرى، فتطبق بشأنها قواعد التقادم المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، بمرور ثلاث سنوات من يوم اقتراف الجريمة، وبمرور خمس سنوات على العقوبة من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً، وتكون مدة التقادم مساوية لمدة العقوبة التي تزيد عن خمس سنوات.²

(ب) الجزاء المقرر عن كل جنحة:

يثير موضوع الجزاء المقرر لكل من جنحة المحاباة، والقبض ومحاولة القبض لأجرة أو منفعة، ثلاث مسائل رئيسية، الأولى تتعلق بعقوبة الشخص الطبيعي، والثانية بعقوبة الشخص المعنوي، والثالثة بالأعذار المعفية من العقاب.

(1) عقوبة الشخص الطبيعي:

على الرغم من أن العقوبة المقررة لجنحة المحاباة، قد لا تختلف عن تلك المقررة لجنحة القبض ومحاولة القبض لأجرة أو منفعة، قد يكون من المفيد التمييز بين الحالتين:

الأولى: عقوبة الشخص الطبيعي عن جنحة المحاباة:

إذا كان المشرع وبمقتضى القاعدة العامة المقررة بالمادة(05) من قانون العقوبات، قد أوجب بأن تكون العقوبة الأصلية في مادة الجرح، هي الحبس لمدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات، وغرامة لا تتجاوز 20.000 دج، فإن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ومع أن الأفعال المجرمة بموجبها تأخذ في مجملها وصف الجنحة، فإنه قد خرج عن تلك القاعدة العامة، وأقر لها جزاء الحبس من سنتين إلى 10 سنوات، وغرامة مالية تتراوح بين 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.³

والملاحظ أن هذه العقوبة، ومع أنها تعد عقوبة مشددة، بالمقارنة مع تلك الواردة بقانون العقوبات، فالمشرع قد زاد من هذا التشدد، لتصبح مدتها من 10 سنوات إلى 20 سنة، دون تشديد الغرامة، إذا ارتكب الجريمة من أحد الأشخاص المذكورين في المادة 48 منه، وهو نص يطبق على جميع جرائم الفساد⁴، كما نص على أن مثل هذه العقوبات الأصلية، قد تكون مصحوبة بإحدى العقوبات التكميلية أو أكثر من تلك المنصوص

¹ المادة 54 من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته السالف الذكر.

² - المواد 08 و 614 من أمر رقم 66-155 مؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية عدد 48 المؤرخة في 10/06/1966.

³ - المادة 26 فقرة 01 من قانون مكافحة الفساد السالف الذكر.

⁴ - فقد نصت المادة 48 من قانون الفساد على تشديد العقوبة إذا كان مرتكبو الجنحة: القاضي بمفهومه الواسع (MAJISTRAT)، وبالتالي فهو يشمل جميع قضاة القضاء العادي والإداري، وقضاة مجلس المحاسبة ومجلس المنافسة والمجلس الدستوري، أو كان موظف يمارس وظيفة عليا في الدولة، ويقصد به كل موظف سام يعين بموجب مرسوم رئاسي، أو كان احد الضباط العموميون، وهم المحضرين القضائيين، الموثقين، محافظي البيع بالمزايدة، والمترجمين الرسميين، أو احد أعضاء الهيئة، ويقصد بهم أعضاء هيئة مكافحة الفساد المعرفة بنص المادة 02 فقرة -م- من قانون الفساد، أو كان احد ضباط وأعوان الشرطة القضائية، وهم كل من يجوز على صفة الضبطية القضائية من أعوان أو ضباط حسبما هو وارد في المادتين 15-19 ق إ ج، أو من يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية، وهم الأشخاص المذكورة في المادتين 21 و 27 ق إ ج والذين يخول لهم صلاحيات الشرطة القضائية كل في مجال

عليها في قانون العقوبات¹.

الثانية: عقوبة الشخص الطبيعي عن جنحة القبض ومحاولة القبض لأجرة أو منفعة:

يعاقب مرتكب جنحة القبض ومحاولة القبض لأجرة أو منفعة، بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة، وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، وتطبق على هذه الجنحة، كافة الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة في مجال الصفقات العمومية، والمتعلقة بالظروف المشددة للعقوبة، أو التخفيض منها، والعقوبات التكميلية، ومصادرة عائدات الجريمة، والمشاركة والشروع، وإبطال العقود والصفقات، وكذا الأحكام المتعلقة بإجراءات المتابعة والتحري، كما تطبق عليها أيضا أحكام الرد المشار إليها من خلال جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية².

وقد يحدث أن تلازم جنحة القبض ومحاولة القبض لأجرة أو منفعة، مع جنحة المحاباة، قصد منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، وبتحققها يتابع الجاني بالجنحتين معا، غير أنه قضي في فرنسا، بالمتابعة بجنحة المحاباة فحسب، ومن أمثلة ذلك أن إحدى المحاكم الفرنسية، قد صرحت بإدانة رئيس بلدية من أجل جنحة المحاباة، في قضية بوشرت فيها المتابعة من أجل جنحة القبض لأجرة أو منفعة، بالرغم من أن الصفة قد خصت لحرفيين، كانوا أعضاء في المجلس البلدي، وذلك إثر مخالفات، تمثلت أساسا في اللجوء إلى مناقصة ضيقة المجال غير مبررة، وتعديل العروض بعد فتح الأظرف، وفي قضية أخرى تمت إدانة رئيس بلدية بجنحة المحاباة دون سواها، الذي منح بطريقة تعسفية صفقات إلى مؤسسات يديرها ابنه، ومن بينها واحدة كانت ملكه، بالرغم من أن الأمر يتعلق بأخذ فوائد بصفة غير قانونية³.

(2) عقوبات الشخص المعنوي:

أخضع قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الشخص المعنوي لعقوبة الغرامة عن جنحة المحاباة، التي تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، وبالإسقاط على عقوبة جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، تصبح عقوبة الغرامة فيها بالنسبة للشخص المعنوي تساوي من 1000.000 دج، وهو الحد الأقصى للغرامة إلى 5000.000 دج، كما توقع عليه واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية⁴.

اختصاصه، وحتى موظفو أمانة الضبط، ويتعلق الأمر بأمناء الضبط الرئيسيون، ورؤساء أقسام الضبط، وأمناء الضبط المساعدين العاملين في مختلف الجهات القضائية وكذا العاملين في مصالح أمانة الضبط في المؤسسات العقابية.

⁽¹⁾ نصت عليها المادة 05 من القانون 06-01 والمادة 09 من قانون العقوبات، ومن هذه العقوبات: المنع من الإقامة، تحديد الإقامة، الحرمان من ممارسة الحقوق المدنية والوطنية، سحب جواز السفر، نشر أو تعليق حكم الإدانة، ونصت الفقرة 02 من المادة 51 من قانون الفساد على مصادرة العائدات والأموال غير المشروعة في حالة الإدانة، مع إمكانية إبطال العقود والصفقات والبراءات والامتيازات والترخيص، وهو حكم جديد لم يعرفه التشريع الجزائري إلا من خلال نص المادة 55 من القانون 06-01.

⁽²⁾ أحمد لعور، نبيل صقر، العقوبات في القوانين الخاصة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 36 وما يليها.

⁽³⁾ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 146.

⁽⁴⁾ أحالت المادة 53 من قانون مكافحة الفساد بخصوص مسؤولية الشخص المعنوي عن ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص فيه على أحكام المادة 18 مكرر من قانون العقوبات، وكذلك بالنسبة للعقوبات التكميلية وهي: حل الشخص المعنوي، أو غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، أو الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، أو المنع من مزاوله

أما بالنسبة لعقوبة الشخص المعنوي، عن جنة القبض ومحاولة القبض لأجرة أو منفعة، فتطبق عليه عقوبة غرامة تساوي من مرة واحدة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، وعليه تصبح عقوبة الشخص المعنوي، هي الغرامة من 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج¹.

3) الأعدار المعفية من العقوبة:

قد يستفيد من الأعدار المعفية من العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات، كل من ارتكب أو شارك في جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وقام قبل مباشرة إجراءات المتابعة، بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية، أو الجهات المعنية عن الجريمة، وساعد على معرفة مرتكبيها، كما تخفض العقوبة بالنسبة لجرائم الفساد بما فيها جنحتي المحاباة والقبض ومحاولة القبض لأجرة أو منفعة إلى النصف، لكل شخص ارتكب أو شارك في إحدى هذه الجرائم، والذي بعد مباشرة إجراءات المتابعة، ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها².

وعلى ذلك فإن كان المتهمون عادة ما يتمسكون، بمبررات متعددة لتجنب المساءلة والإفلات من العقاب، لا سيما ما تعلق منها بتخلف النشاط الإجرامي، أو تخلف الغرض من اقتراف الفعل، والمتمثل في عدم منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، شأن الادعاء بأن قرار منح الصفقة، قد اتخذ من قبل أعضاء لجنة تقييم العروض، بغرض إبعاد المسؤولية عنهم، فهي مبررات تبقى لا علاقة لها بالأعدار المعفية من العقاب، وتبقى متصلة بأركان الجريمة محل المتابعة³.

وبالنسبة للقضاء المقارن، فقد قضى في فرنسا بمناسبة معالجة القضايا المتعلقة بجنة المحاباة، باستبعاد ما أثاره رئيس البلدية، الذي ادعى بأنه غير مسئول، إذ اقتصر دوره على التوقيع على عمل اتخذ نائبه القرار بشأنه، على أساس أنه يتعين على رئيس البلدية مراقبة كل ما يوقع عليه⁴.

الفرع الثاني:

الرقابة الجزائية عن أفعال المتعامل في مجال الصفقات العمومية:

ثمة عدة أفعال جرمها قانون الوقاية من الفساد ومكافحة، يمكن أن ترتكب من قبل المتعامل مع الهيئات العمومية في مجال الصفقات العمومية، أهمها جنحتي: الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية، والرشوة

نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا أو لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، أو مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، أو نشر وتعليق حكم الإدانة.

¹- نصت على عقوبة الشخص الطبيعي المادة 35 من قانون مكافحة الفساد، أما الشخص المعنوي فنصت المادة 53 من قانون الفساد على تطبيق أحكام المادة 18 مكرر من قانون العقوبات بشأنها.

²- المادة 49 من قانون مكافحة الفساد.

³- ذلك أنه وبالرجوع للمرسوم 10-236، يتضح وأنه قد نص على أن أعضاء اللجنة المذكورة، يقدمون اقتراحات إلى مسئول المصلحة المتعاقدة، فيما يخص اختيار المتعامل المتعاقد، ويبقى رئيس المصلحة المتعاقدة، وحده المسئول عن منح الصفقة، ويبقى المبرر المتمسك به دون جدوى للإعفاء من العقاب، كما أن التمسك بتوافر حالة الضرورة، لتبرير اختيار إجراء التراضي في إبرام الصفقة، دون مراعاة إجراءات إبرامها عن طريق المناقصة، لا يعد مبررا للإعفاء من العقوبة، ويبقى لقاضي الموضوع تقدير مدى توافر حالة الضرورة، أو الخطر الملح التي تبرر اللجوء إلى إجراء التراضي، للقول بقيام عناصر الجنة من عدمها، لا القول بتوافر حالة الإعفاء من العقوبة.

⁴- عز الدين كيحل، الفساد مفهومه ومكافحته، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 05، بسكرة، ص 23 إلى 37، وانظر كذلك: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 145.

الإيجابية، نتعرض لأركان كل جنحة على حدة، ثم نتعرض إلى المتابعة والجزاء في كل منهما.

أولاً: أركان جنحة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية:

تم النص على جنحة الاستفادة من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات العمومية، بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته¹، وهي جنحة لا تقوم إلا بقيام عناصرها المتمثلة في صفة الجاني والركن المادي، بالإضافة إلى الركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي.

(أ) صفة الجاني:

اشتراطت المادة 26 فقرة 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، أن يكون الجاني تاجراً أو صناعياً أو حرفياً أو مقاولاً من القطاع الخاص، أي أن يكون عوناً اقتصادياً من القطاع الخاص، أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وبذلك يكون المشرع قد عدل عن اشتراط صفة معينة في الجاني، فالمطلوب هو أن يكون عوناً اقتصادياً خاصاً، ولا يهم بعد ذلك إن كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً خاصاً، يعمل لحسابه أو لحساب غيره.

وتعد هذه الجريمة الصورة العكسية لجنحة المحاباة، فصفة الجاني في هذه الجريمة، تعني كل شخص طبيعياً كان أو معنوياً ما عدا الموظف القائم بالصفقة، وما دام النص قد عمم تطبيقه على كل شخص طبيعياً أو معنوياً، فتخصيص التاجر أو الصناعي أو المقاول بالذكر، يبقى من دون مدلول.

(ب) الركن المادي:

يتحقق الركن المادي لهذه الجنحة، بإبرام الجاني لعقد أو صفقة مع الدولة، أو إحدى الهيئات التابعة لها ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على امتيازات غير مبررة، تتمثل في الزيادة في الأسعار التي يطبقها الجاني عادة، كما لو أبرم تاجر عقداً مع بلدية، لتزويدها بأجهزة كمبيوتر، وكان السعر الحقيقي لها 50.000 دج، بينما يجعله هو 70.000 دج مستغلاً علاقته برئيس البلدية، أو تعديل لصالحه في نوعية المواد، كتقديم نوعية رديئة، بدل النوعية الجيدة المتفق عليها، أو تعديل في الخدمات أو آجال التسليم أو التمويل، ويتحلل الركن المادي إلى عنصرين أساسيين و هما: النشاط الإجرامي، والغرض منه:

(1) النشاط الإجرامي:

يتمثل السلوك الإجرامي، في استغلال الجاني لسلطة أو تأثير أو نفوذ أعوان الدولة، أو المؤسسات والهيئات التابعة لها، بمناسبة إبرام صفقة أو عقد مع هذه المؤسسات أو الهيئات. ويقصد بأعوان الدولة من خلال هذه المادة، كل من يشتغل في هذه المؤسسات، وتكون له سلطة أو تأثير في إبرام العقود أو الصفقات، أو يساهم في الإعداد لها وتحضيرها، وبذلك فالنص يشمل مديرو هذه المؤسسات أو الهيئات، ورؤساء المصالح، ورؤساء المكاتب، والمهندسين والتقنيين،

¹- حيث نصت المادة 26 فقرة 2 على أنه: " يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفقة عامة كل شخص طبيعياً أو معنوياً يقوم ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التمويل".

والأعوان الإداريون بمختلف رتبهم.

وبالنسبة للصفقات العمومية، فإنه يوجد عادة في كل هيئة إدارية، أو مؤسسة تابعة للقطاع العام مصلحة، أو مكتب خاص بالصفقات العمومية، يشرف عليه رئيس المصلحة أو المكتب، ويتكون من مهندسين وتقنيين وأعوان إداريين توكل لهم مهمة تحضير إجراءات الصفقة أو أي عقد تبرمه هذه الإدارة، كتحضير الإعلان عن النداء للمنافسة أو تحضير اجتماعات لجنتي فتح الأظرف وتقييم العروض، وإرسال استدعاءات إلى أعضائها، أو مراجعة دفتر الشروط وإعداد الدراسات الخاصة بالعروض المقدمة وترتيبها إلى غير ذلك، وهذا تحت إشراف مدير الهيئة أو المؤسسة¹.

وغالبا ما يكون هؤلاء الأعوان، هم من لهم صلة مباشرة بالصفقة أو العقد، ولهم سلطة أو تأثير في إبرامها كونهم يتوفرون على جميع المعطيات الخاصة بالصفقة، خاصة ما تعلق منها بإمكانيات المتنافسين عليها.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط أن يكون النفوذ حقيقيا، فالجريمة تقع حتى ولو كان النفوذ مزعوما، سواء كان الجاني عالما بزعمه أو يعتقد خطأ بصحته².

(2) الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميين:

تشتترط المادة 26-02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، لكي يتحقق الركن المادي للجريمة، أن يستغل الجاني نفوذ أو سلطة أو تأثير أعوان الدولة، أو الهيئات التابعة لها، من أجل الاستفادة من مزايا الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة، أو التعديل لصالحه في نوعية المواد، أو الخدمات، أو آجال التسليم أو التموين، وبذلك يكون المشرع قد أخص بالذكر ثلاث مزايا تحديداً:
أحدها: الزيادة في الأسعار:

إذا كانت الأسعار المتعلقة بعقود انجاز الأشغال، تحسب على أساس سعر الوحدة، وفقا لدفتر الشروط المعد مسبقا، فالزيادة فيها تكون قائمة، بالنسبة للمتعامل الذي يتقدم باقتراح أسعار أعلى، من تلك المعمول بها في السوق الوطنية، مستغلا في ذلك علاقته بمدير المؤسسة، أو الهيئة الإدارية، أو أحد الأعوان فيها، أو في حالة ظهور عمليات جديدة، لم تكن داخلة في موضوع الصفقة، فيتم إدخالها عن طريق ملحق، ويتم حينها الاتفاق على أسعار جديدة لها تفوق الأسعار الأولية بكثير.

ثانيها: التعديل في نوعية المواد أو الخدمات:

يتعلق الأمر بتعديل نوعية المواد، التي تطلبها الإدارة من حيث الجودة والنوعية (في مجال الصفقات العمومية نوعية المواد المطلوبة يتم النص عليها في دفتر الشروط)، فيعمد الجاني إلى تقديم مواد أقل جودة، وبنفس الأسعار مستغلا في ذلك سلطة أو تأثير أعوان الإدارة.

وقد يتعلق الأمر بتعديل الخدمات، إذ يقوم الجاني بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة، أو إحدى المؤسسات أو

¹ - عز الدين كيجل، الفساد مفهومه ومكافحته، مرجع سابق، ص 33.

² - أنور العمروسي، محمد العمروسي، جرائم الأموال العامة و جرائم الرشوة، الطبعة الثانية، بدون سنة، ص 47.

الهيئات التابعة لها، والمذكورة بالمادة 26-02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، يقضي بتقديم نوعية معينة من الخدمات، مثل أعمال الصيانة الدورية لأجهزة الكمبيوتر كل شهرين، فيقلص الجاني من هذه المدة لتصبح مرة واحدة كل 04 أشهر، مستغلا في ذلك علاقته مع أحد أعوان هذه المؤسسات.

ثالثها: التعديل في آجال التسليم أو التموين:

تخص آجال التسليم أو التموين عقودا وصفقات اقتناء اللوازم، وعادة ما يتم النص عليها في دفتر الشروط الخاص بها، وإذا أخل المتعامل المتعاقد بالتزاماته، أو تأخر في تسليم ما هو مطلوب منه، تفرض عليه غرامات التأخير، فيقوم الجاني بتأخير أجل التسليم أو التموين دون فرض غرامات عليه، مستغلا في ذلك سلطة أو تأثير مسئول الهيئة أو المؤسسة، المرتبط به بعلاقة صداقة مثلا، كذلك الأمر بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال، حيث يقترح المتعامل المتعاقد مدة لانجاز هذه الأشغال، يتم النص عليها في الصفقة، فيعتمد إلى التأخر في إنجازها دون أسباب جدية، أو يقوم بإبرام ملاحق خارج آجال التنفيذ وتتضمن أشغال إضافية، وتتم الموافقة عليها.

ت) الركن المعنوي:

تعد هذه الجريمة أيضا جريمة عمدية، يشترط فيها توافر القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص، إذ يتمثل القصد الجنائي العام في العلم والإرادة، أي علم الجاني بسلطة وتأثير الأعوان العموميين في إبرام الصفقة أو العقد، واتجاه إرادته إلى استغلال هذه السلطة أو هذا النفوذ لفائدته، ويتمثل القصد الجنائي الخاص في نية الجاني الحصول على امتيازات غير مبررة.

وكغيرها من الجرائم، على القاضي أن يبين في الحكم أركان جريمة، الاستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين من صفة الجاني، وسلطة أو تأثير العون العمومي، بالنظر إلى المنصب الذي يشغله وعلاقته بالجاني، وكذا بيان الركن المعنوي، وتوافر القصد الجنائي لدى الجاني من أجل إدانته. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، ومن بينها القرار رقم 94149، في القضية القائمة بين السيد (ع م) ضد (ع ح) والنيابة العامة، الذي تم من خلاله متابعة السيد (ع.ح) بتهمة الاستفادة من سلطة أعوان الدولة، لإبرام صفقة طبقا لنص المادة 423 من قانون العقوبات، غير أن قضاة المجلس وكذلك غرفة الاتهام لم تثبت توافر الغرض من الاستفادة، والتمثل في الزيادة في الأسعار، ومنه عدم توافر الركن المادي، ومنه تم نقض وإبطال القرار المطعون فيه مع إحالة القضية على غرفة الاتهام بتشكيكة جديدة.¹

ثانيا: أركان جنحة الرشوة الايجابية:

إذا كانت المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، قد حصرت الجاني في جريمة الرشوة السلبية، في الموظف العمومي الذي يقوم بالقبض أو يحاول القبض لأجرة أو منفعة - على النحو المتقدم - وحسب ما هو معرف بالمادة 02 فقرة (ب) من قانون الفساد، فإن الجاني في الرشوة

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 94149، الغرفة الجنائية، الصادر بتاريخ 1991/12/03، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 1993، ص 188.

الإيجابية، وحسب الفقرة الأولى من المادة 25 من نفس القانون،¹ هو كل شخص يعد أو يعرض أو يمنح لموظف عمومي وطني بمزية غير مستحقة، وهو بهذا قد يكون متعاملا أو غير متعامل.

ولثبوت جريمة الرشوة في صورتها الإيجابية، يتوجب توفر عناصرها المتمثلة في الركبين:

المادي والمعنوي:

أ) الركن المادي للرشوة الإيجابية:

يتحقق الركن المادي للرشوة الإيجابية، بوعده أو عرضه، أو منح الموظف العمومي مزية غير مستحقة، مقابل قيامه بأداء عمل من أعمال وظيفته، أو مقابل امتناعه عن مثل هذا العمل، وبهذا المفهوم، فالركن المادي للرشوة الإيجابية، يتألف من ثلاثة عناصر هي: السلوك المادي، والمستفيد من المزية، والغرض من المزية.

1) السلوك المادي:

يتمثل السلوك المادي للجاني، في قيامه بأحد الأفعال التالية: وعد، أو عرض، أو منح مزية غير مستحقة، وعلى ذلك فالوعد الذي يؤخذ بعين الاعتبار هو الوعد الجدي، وهو لا يأخذ هذا الوصف، إلا إذا كان الغرض منه تحريض الموظف العمومي، على الإخلال بواجباته الوظيفية، بما يقتضي أن يكون هذا الغرض محددًا.

ووفقا لهذا المفهوم يعد راشيا، الشخص الذي يعرض هدية أو يعطيها لموظف المصلحة المتعاقدة،² لحمله على أداء عمل من أعمال وظيفته، بغرض حصوله على عقد أو صفقة أشغال أو خدمات أو اقتناء لوازم، ولا يعفى من العقاب، إلا إذا كان مضطرا على ارتكابه الفعل بقوة لا قبل له بدفعها، على النحو المقرر بالمادة 48 من قانون العقوبات.³

وتطبيقا لهذه المقننات على مستوى القضاء المقارن، صرحت إحدى المحاكم الفرنسية بقيام جريمة الرشوة الإيجابية، في حق من سلم مبلغا من المال إلى مسئول في مؤسسة عمومية للفوز بمشروع، وصرحت أخرى في حق مدير شؤون الجنازات الذي ربط علاقات مع مستخدم مستشفى العاملين بقاعة حفظ جثث الموتى، وسلمهم نقودا لقاء توجيه عائلات الموتى نحوه.⁴

ويستوي أن يتم الوعد أو العرض أو المنح بطريق مباشر للموظف، أو عن طريق شخص آخر، وهذا خلافا لما كان مقرا بالمادة 129 من قانون العقوبات الملغاة، التي كانت تنص صراحة على أن السلوك المادي للرشوة الإيجابية، يجب أن يتم بطريقتين:

¹- حيث نصت المادة 25 من قانون الوفاية من الفساد ومكافحته على أنه: "يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 إلى 1.000.000 دج:1) كل من وعد موظفا عموميا بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر يقوم بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته".

²- دروش فاطمة فضيلة، ظاهرة الرشوة: من اللاشريعة القانونية إلى الشرعية الاجتماعية، مجلة دراسات اجتماعية، العدد 4، دار الخلدونية، الجزائر، ص 09 إلى 23.

³ حيث أن المادة 48 من قانون العقوبات نصت على أنه: "لا عقوبة على من اضطرت له إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها".

⁴- Voir en France, Cass Crim 2-4-1998, D.1998, IR, 150.-Crim 29-9-1998, Gp, 1999, I, chr. 3, par j.p. Doucet.

- نقلا عن: د. أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 82، هامش رقم 2-3.

الأولى: تتمثل في لجوء الجاني، إما إلى التعدي، أو التهديد، وإما إلى الوعود أو العطايا أو الهبات أو الهدايا، وغيرها من الميزات الأخرى، وهي في مجملها تعد وسائل ترغيب، عند استثناء التعدي والتهديد فهما وسيلتا ترهيب.

الثانية: تتمثل في استجابة الجاني لطلبات الموظف، وهي الطلبات التي يكون الغرض منها عطية أو وعدا أو أية منفعة أخرى.

(2) المستفيد من المزية:

يقتضي قيام الركن المادي للرشوة الايجابية، أن يكون المستفيد من المزية الموعود بها، أو المعروضة أو الممنوحة موظفا عموميا، وفقا للمفهوم الوارد بالمادة 02 فقرة (ب) من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ومع ذلك فقد يكون المستفيد من المزية المذكورة، شخصا آخر غير الموظف المقصود، كأن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، من شأنه التكفل بحمل الموظف على القيام بعمل من أعمال وظيفته، أو الامتناع عنه.

(3) الغرض من المزية:

لا يتوفر الركن المادي لجريمة الرشوة الايجابية، ما لم يكن الغرض منها، حمل الموظف العمومي على أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته الوظيفية، ويعد هذا العنصر من العناصر المشتركة بين الرشوة الايجابية والرشوة السلبية، وكذلك رشوة الموظفين الدوليين ورشوة موظفي المنظمات الدولية.

وبالرجوع للمادة 25 الفقرة الأولى من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، يتضح وأنها قد اشترطت لقيام الركن المادي لجنة الرشوة الايجابية، أن يكون العمل المطلوب من الموظف، يدخل ضمن اختصاصه، ويتمثل في تأديته أو الامتناع عن تأديته لقاء المزية، بما يعني انه وفي حالة ما إذا كان هذا العمل المطلوب لا يدخل في اختصاص الموظف، فالركن المادي لهذه الجريمة لا يعد مستوفيا.

ولا يؤخذ بعين الاعتبار، فيما إذا كان سلوك الراشي، قد أدى إلى تحقق النتيجة المرجوة من عدمها، وقد أوضح القضاء المقارن في فرنسا، بأنه لا يهم إن تبين أن القرار الذي صدر لصالح الراشي، لا يجد نفعاً أو أنه بدون موضوع، فالوسيلة المستعملة هي المقصودة بالعقاب.¹

وتجب الإشارة أخيراً، إلى أن المادة 029 من قانون العقوبات، كانت أكثر وضوحاً بخصوص هذه المسألة، مما هو مقرر بالمادة 1/25 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، من حيث كونها نصت على تجريم الفعل، سواء أدت الرشوة الايجابية إلى النتيجة المرجوة منها، أو لم تؤد إلى هذه النتيجة.

(ب) الركن المعنوي للرشوة الايجابية:

يشترط لقيام جريمة الرشوة الايجابية في مجال الصفقات العمومية، توافر القصد الجنائي العام

¹ - Voir au France, Cass Crim 20-3-1997, B.c.n 117.

- نقلا عن: د. أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص84، هامش رقم 01.

لدى الجاني، وهو المتمثل في العلم والإرادة، ويتحقق باتجاه إرادة الجاني إلى وعد أو عرض أو منح
مزية لموظف عمومي، قصد أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من أعمال وظيفته.¹

ثالثا: المتابعة والجزاء:

تجب الإشارة بداية الى أن المسائل الإجرائية، المتعلقة بإجراءات المتابعة وبالتفاد، بخصوص
جحة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الدولة، وجحة الرشوة الايجابية، لا تختلف عن تلك المقررة
بالنسبة لجحة المحاباة والرشوة السلبية، وبغرض تجنب التكرار، نكتفي بالتعرض للجزاء المقرر لكل
جحة، مع الأعذار المعفية من العقاب.

أ) الجزاء المقرر عن كل جحة:

يختلف الجزاء المقرر لجحة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الدولة، عن المقرر لجحة
الرشوة الايجابية:

1) الجزاء المقرر لجحة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الدولة:

باعتبار أن جحة الاستفادة من نفوذ الأعوان العموميين متلازمة مع جحة المحاباة، فإن المشرع
الجزائري طبق نفس الأحكام المتعلقة بجحة المحاباة على هذه الجريمة، سواء تعلق الأمر بالعقوبات أو
بإجراءات المتابعة.²

وفيما يخص العقوبة، فهي نفس العقوبة المقررة لجحة المحاباة، بالنسبة للشخص الطبيعي، إذ
يعاقب مرتكبوها من سنتين إلى عشر سنوات حبسا، وغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج
غرامة، أما بالنسبة للشخص المعنوي فيعاقب بغرامة من 1.000.000 إلى 5.000.000 دج.³
كما تطبق نفس الأحكام المتعلقة بالظروف المشددة، والإعفاء من العقوبة وتخفيفها، والعقوبات
التكميلية والمصادرة والرد، والمشاركة، والشروع، وإبطال العقود والصفقات، وكذلك الأمر بالنسبة
لتقادم الدعوى العمومية والعقوبة.⁴

ونلاحظ أن المشرع أحسن فعلا بتجريم الفعلين المتلازمين، لأن الفساد يشمل الموظف بوصفه ممثلا
للمصلحة المتعاقدة، وكذلك المتعامل المتعاقد، والكل هدفه الحصول على المال العام بطريق غير مشروعة.

2) الجزاء المقرر لجحة الرشوة الايجابية:

وفقا للمادة 01/25 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، يعاقب الشخص مرتكب جريمة
الرشوة الايجابية في مجال الصفقات العمومية، بالحبس من سنتين إلى عشرة سنوات، وبغرامة من
200.000 دج إلى 1.000.000 دج،⁵ أما بالنسبة للشخص المعنوي، فيعاقب في مواد الجنائيات والجنح

¹- حنان براهيم، قراءة في أحكام المادة 25 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد
05، بسكرة، ص 133 إلى 151.

²- أحمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص 35.

³- المواد 26 فقرة 02، و53 من القانون 06-01 السالف الذكر.

⁴- لمزيد من التفصيل حول الظروف المشددة والمخففة، راجع: إبراهيم بلعليات، مرجع سابق، ص 162 وما يليها، وانظر كذلك:
أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 181 وما يليها.

⁵- المادة 1/25 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

بغرامة تساوي من مرة إلى خمس مرات، الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المقررة للشخص الطبيعي، و بما أن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية تأخذ وصف الجنحة، فإن عقوبة الشخص المعنوي فيها تكون غرامة من 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج¹.

ومع أن هذه العقوبات تعد أصلية، بالنسبة لجريمة الرشوة الايجابية في مجال الصفقات العمومية، وهي مقررة للشخص الطبيعي أو المعنوي، فالملاحظ أنها تمثل الحد الأقصى، للعقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، سواء بالنسبة لعقوبة الحبس أو الغرامة، إذ أصبحت عقوبة الحبس المحصورة بين 10 سنوات إلى 20 سنة، مساوية للعقوبة المقررة لباقي جرائم الفساد، في حالة تطبيق الظروف المشددة المنصوص عليها بالمادة 48 منه، كما أن عقوبة الغرامة في هذه الجريمة تم رفعها إلى الضعف، سواء في حدها الأدنى أو الأقصى، مقارنة بباقي عقوبات الغرامة المقررة لجرائم الفساد الأخرى، وما يستنتج من ذلك أن المشرع اعتبر فعل قبض الموظف، أو محاولته قبض أجرة أو منفعة في مجال الصفقات العمومية ظرفاً مشدداً.

(ب) الإعفاء من العقوبة:

على الرغم من اختلاف جنحة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الدولة، وكذلك الأمر بالنسبة لجنحة الرشوة الايجابية في مجال الصفقات العمومية، عن جنحة المحاباة، فإن الأحكام المطبقة على الموظف العمومي المرتكب لجنحة المحاباة، تبقى هي نفس الأحكام الواجبة التطبيق على مرتكب جنحة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الدولة، وعلى مرتكب جنحة الرشوة الايجابية، بالنسبة للإعفاء أو التخفيض من العقوبة، وبالنسبة للعقوبات التكميلية، ومصادرة العائدات الجرمية.

أما بالنسبة لرد العمولة المقبوضة، ففي حالة الحكم بإدانة الجاني بجريمة الرشوة الايجابية، يحكم القاضي برد ما تم قبضة من عمولة نظير تقديمه للخدمة، سواء كان في يد الجاني، أو في يد أحد الأشخاص المقربين للجاني².

¹- تتقرر عقوبة الشخص المعنوي في جريمة الرشوة بإحالة المادة 53 من قانون الفساد فيما يخص العقوبة المقررة لها على أحكام المادة 18 مكرر من قانون العقوبات.

²- حيث نصت الفقرة 03 من المادة 51 من قانون الفساد على: "وتحكم الجهة القضائية برد ما تم اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، ولو انتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجته أو أصهاره، سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى"، ويفهم من سياق النص أن الرد إلزامي حتى وإن خلا من عبارة "يجب".

الخاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع الرقابة على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية، يمكن القول بأن الإصلاحات التي مر بها قانون الصفقات العمومية متأثراً بالوتيرة الاقتصادية المتسارعة للبلاد، لم تصل إلى الحد المرجو منها، وخاصة الأحكام المتعلقة بتقسيم وزيادة الأشغال والخدمات التي عرفت عدة تجاوزات، بحيث أنه وحتى بعد صدور قانون الصفقات العمومية لسنة 2002 المعدل والمتمم إلى غاية سنة 2008، بقيت التجاوزات مستمرة، منها ما يتعلق بتجزئة الصفقات العمومية، حيث وجدت الإدارات العمومية الطريق مفتوح أمامها من أجل تأويل وتفسير أحكام المادة 12 من مرسوم 2002 على هواها، والتي جاءت ناقصة وغامضة تحتل العديد من التأويلات، أين نصت على عدم جواز تجزئة الصفقة العمومية إلا بناء على دفتر شروط المناقصة أو هيكل رخصة البرنامج، دون أن تبين طريقة التقسيم بناء على دفتر الشروط، كما لم تبين كيفية النص عليه أنتم من خلال رخصة البرنامج أو بموجب مقرر التسجيل، وهل يشترط النص على التقسيم في دفتر الشروط وهيكل رخصة البرنامج معاً، أم يكفي النص عليه في إحداهما، وهو ما أدى بالمصالح المتعاقدة إلى خرق أحكام قانون الصفقات والتلاعب بالمال العام.

ولم تقتصر التجاوزات عند عملية التقسيم، بل ذهب الأمر حتى إلى عملية الزيادة في الأشغال والخدمات، بحيث استغلت المصالح المتعاقدة هذا النقص والغموض، وأصبحت تلجأ إلى إبرام صفقات بالتراضي أو سندات طلبية، وعند مصادفتها لأشغال إضافية زائدة أو خارجة عن الاتفاق الأصلي، تلجأ حينها إلى إبرام ملاحق من أجل تسويتها قد يفوق مبلغه في بعض الأحيان المبلغ الأصلي المتفق عليه، وهو ما أدى إلى إهدار المال العام، كما أنه وفي بعض الأحيان وحتى عند إبرام صفقات كتابية بالمعنى الحقيقي، تكون قيمة الأشغال الإضافية متجاوزة للحد المسموح به، وتقوم في بعض الأحيان حتى نسبة 100% من مبلغ الصفقة الأصلي، مما يتوجب عرض ملحقها على لجنة الصفقات المختصة، والتي قد لا تكون مختصة بالنظر إلى المبلغ الإجمالي للصفقة مع الملحق، وهو الشيء الذي يمكن إرجاعه إلى الغموض الذي يكتنف المادة 130 من مرسوم 2002 وحتى المادة 146 من مرسوم 2010.

إن هذه التجاوزات وغيرها شكلت عائقاً أمام نجاعة الطلبات العمومية وتحقيق الهدف المرجو من إبرام الصفقات، وهو ما ترجم في الكم الهائل من المنازعات المعروضة أمام القضاء، سواء الإداري منه أو الجزائي.

إن محاولة تلافي النقص والغموض الذي يكتنف عمليتي تقسيم الأشغال والخدمات والزيادة فيها، وبذلك الحد من كثرة المنازعات الإدارية والمتابعات الجزائية، لن يتأتى إلا بتسليط الضوء على الأسباب التي أدت إلى فشلها، ويمكن تلخيصها فيما يلي:

- الغموض الذي كان يكتنف نص المادة 12 من مرسوم 2002، خاصة وأنه لم يكن يبين طريقة القيام بعملية التقسيم، بحيث اكتفى بالنص على أن التقسيم يكون بناء على دفتر الشروط أو هيكل رخصة

البرنامج، دون أن يبين أيتم بالشرطين معا أم يكفي النص على التقسيم في إحدى الوثيقتين، وبالرغم من انه جاء متداركا الأمر في تعديل 2008 إلا انه غير كافي ومازالت عيوبه سارية، كما انه لم يبين إمكانية منح عدة حصص إلى متعامل متعاقد واحد، وهو الشيء الذي أدى إلى نشوب العديد من المنازعات ولا سيما الجزائية منها، ودون أن ينص على إلزامية قيام المصلحة المتعاقدة بتقدير احتياجاتها والطريقة التي تتم بها.

- الغموض الذي يكتنف النصوص المتعلقة بالملحق، باعتباره وثيقة تعاقدية تابعة للصفحة الأصلية، ويتم تحديد أسعاره المتعلقة بالخدمات الجديدة باتفاق طرفي الصفقة، مما يفتح المجال أمام التلاعب بالمال العام، بالإضافة الى الغموض الذي يسود نص المادة 130 المتعلقة برقابة اللجنة الوطنية للصفقات على الملحق، والتي تحتاج إلى تفصيل وتدقيق أكثر.

- الفهم الخاطئ من طرف القضاة للنصوص المتعلقة بتقسيم وزيادة الأشغال والخدمات، بحيث يتضح لنا بأن أغلب المتابعات الجزائية كانت نتيجة هذا الفهم الخاطئ، والذي كان مرده الغموض الذي يكتنف تلك المتعلقة بالتقسيم في حد ذاتها، بحيث أن قضاة النيابة العامة كثيرا ما كان فهمهم خاطئ بشأن طريقة التقسيم بناء على رخصة البرنامج، إذ أن المشرع كان ينص على عدم جواز تجزئة الصفقة إلا بناء على دفتر الشروط ورخصة البرنامج، فكان فهم قضاة النيابة وحتى قضاة الحكم يذهب إلى أن غياب النص على التجزئة من خلال رخصة البرنامج وقيام المصلحة المتعاقدة به يعتبر جنحة يتعين متابعة مرتكبيها، إلا أن الحقيقة غير ذلك، بحيث أن رخصة البرنامج يتم من خلالها تخصيص غلاف مالي لإدارة معينة وتأتي إما عامة أو موزعة حسب كل قطاع فرعي، وأن مقرر التسجيل هو الذي يجب أن ينص على التجزئة، ويتم انجازه بناء على نتائج المناقصات، لذلك كان لزاما على المشرع أن يزيل هذا الغموض الذي يسيطر على المواد المتعلقة بالتقسيم، خاصة وان معظم المتابعات الجزائية التي لوحق بها الموظفون والمتعاقدون صدرت بشأنها أحكام بالبراءة، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن فهم معظم القضاة فيما يخص مبلغ الملحق كان خاطئا، بحيث كان يتمحور حول عدم جواز تعدي مبلغ الملحق نسبة 20% من مبلغ الصفقة الأولية، إلا أن الحقيقة غير ذلك، بحيث أن هذه النسبة يمكن تجاوزها بشرط عرض الملحق حينها على لجنة الصفقات المختصة.

- ضعف التأهيل ونقص الدورات التكوينية والدراسات العلمية المنصبة على الصفقات العمومية في مجملها، وخاصة تلك المتعلقة بالتقسيم والزيادة نظرا لكثرة اللجوء إليها، بالنسبة للموظفين العموميين وحتى القضاة.

- عدم فاعلية الرقابة التي تمارسها لجان الصفقات، سواء التابعة للمصلحة المتعاقدة أو اللجان الوطنية للصفقات، باعتبارها رقابة إجرائية منصبة على الوثائق وليست رقابة عين المكان، والغريب في الأمر، هو عند رفض لجان الصفقات منح التأشير لمخالفة الأحكام التنظيمية والتشريعية، فإن الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو مديرو أو مسيرو المؤسسات يمكن لهم إتخاذ مقرر التجاوز

عند مخالفة الأحكام التنظيمية المعمول بها دون التشريعية، والسؤال في هذه الحالة يطرح نفسه، لماذا التمييز بين الأحكام التشريعية التي لا يمكن تجاوزها والأحكام التنظيمية التي يمكن تجاوزها؟ فبالنظر إلى قانون الصفقات فكله يعتبر من الأعمال التنظيمية لكونه صادر عن رئيس الجمهورية، وهنا ما الفائدة من الرقابة القبلية التي أهم ميزة فيها أنها وقائية، ولذلك فيجب على المشرع توضيح هذا الغموض.

من خلال تحديد أسباب فشل ونقص نجاعة وفعالية الصفقات العمومية في مجال تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات، وخاصة ضعف الرقابة الإدارية الخارجية وإجحاف الرقابة القضائية الجزائية، نذكر بأنه صدر المرسوم الرئاسي 10-236 المنظم للصفقات العمومية، والذي جاء لإزالة الغموض الذي يكتنف نصوصه، ولوضع حد للتجاوزات التي عرفتها الطلبات العمومية بصفة عامة وعمليتي التقسيم والزيادة خاصة، وذلك من خلال تبيان طريقة تحديد الحاجات والضوابط الواجب مراعاتها عند لجوء المصلحة المتعاقدة إلى تجزئة الصفقة العمومية، بحيث أعطى للمصلحة المتعاقدة حرية اتخاذ القرار بشأن طريقة تنفيذ صفقاتها سواء في حصة واحدة أو في شكل حصص منفصلة، مع الأخذ بعين الاعتبار حدود اختصاص لجان الصفقات العمومية المختصة عند التحصيل وذلك بالنظر إلى المبلغ الإجمالي لجميع الحصص، فيكون المشرع بذلك قد قطع الطريق أمام جميع طرق التلاعب بالمال العام، خاصة عندما منع تخصيص الصفقة بغرض تفادي إبرام صفقات عمومية كتابية عن طريق المناقصة، وعرضها على لجان الصفقات المختصة.

غير أنه وبالرغم من ذلك، فإن المشرع الجزائري وبإصداره لقانون الصفقات العمومية لسنة 2010، يكون قد ترك فراغا قانونيا فيما يخص كيفية تقسيم الصفقة بناء على دفاتر الشروط، بحيث اكتفى فقط بالنص على أن تجزئة الصفقة العمومية إلى مجموعة من الحصص لا يكون إلا بناء على دفتر الشروط، دون أن يحدد طريقة التقسيم، أتم بإعداد دفاتر شروط متعددة خاصة بكل حصة، أم يعد دفتر شروط وحيد للعملية يتم النص من خلال بنوده على التقسيم وعدد الحصص الواجب إسنادها، وهو الشيء الذي أدى إلى رفض لجان الصفقات المختصة التأشير على مشاريع دفاتر الشروط لصفقات تمت تجزئتها وتم إعداد دفاتر شروط متعددة خاصة بكل حصة على حدا.

إن غياب النص على طريقة تقسيم الأشغال والخدمات بناء على دفاتر الشروط، أدى بالسلطات الوصية إلى إصدار تعليمات ومناشير تفسيرية، بينت من خلالها عدد دفاتر الشروط التي تعد بصدد إبرام صفقة عمومية، خاصة عند تخصيص الأشغال والخدمات، وذلك تفسيرا لنص المواد 11 و 15 من قانون الصفقات العمومية لسنة 2010.

أما بالنسبة لعملية الزيادة في الأشغال والخدمات، فإن المشرع لم يدخل عليها أي تعديل ولم آتي بالجديد المنتظر منه، بحيث أبقى على الأحكام التي كانت موجودة في ظل مرسوم 2002، وترك بذلك الغموض مسلطا على نصوصه.

ورغم الحلول التي جاء بها المرسوم الرئاسي 10-236 يمكن لنا إبداء الاقتراحات التالية:

- إن أول عقبة تواجه نجاعة الصفقات العمومية والتي كانت السبب في كثير المنازعات المعروضة على القضاء هي التقدير الناقص وغير الدقيق لاحتياجات الإدارات العمومية، والدراسات المسبقة المتسارعة التي غالبا ما تؤدي الى الزيادة في الأشغال والخدمات، لذلك يتوجب على الإدارات العمومية عند تقدير احتياجاتها أن تسندها الى ذوي الخبرة والتخصص، وأن تمهله مدة زمنية تتماشى وحجم المشروع المزمع انجازه، مما يؤدي الى نجاعة صفقاتها وعدم الاصطدام بالأشغال الإضافية غير الداخلة في موضوع الصفقة الأصلية.

- إزالة الغموض الذي لا يزال يكتنف الأحكام المتعلقة بتخصيص الصفقة بناء على دفتر الشروط، وذلك بتبيانها لعدد دفاتر الشروط الواجب إعدادها عند تخصيص الصفقة العمومية الى مجموعة من الحصص، وعدم ترك المجال للسلطات الوصية بإصدار مناشير وتعليمات قد تراجع عنها في أي لحظة تماشيا مع مصالحها.

- إعطاء دور جدي وفعال للجان الصفقات العمومية عند رقابتها لمشاريع الصفقات ودفاتر الشروط والملاحق، وذلك بجعلها إن اقتضى الأمر رقابة عين المكان وعدم تركها رقابة وثائق فقط، كما يجب إعطاء هذه اللجان استقلالية وإعطاء قراراتها الفاعلية مهما كان الأمر، وعدم ترك الأمر في أيدي السلطات الوصية التي تستطيع تجاوز قراراتها.

- القيام بدورات تكوينية وملتقيات علمية لصالح الإدارات العمومية المعنية بتطبيق قانون الصفقات العمومية، وخاصة بعد التعديلات الكثيرة التي تطرأ عليه من لحظة لأخرى، كما يجب تكوين قضاة متخصصين في مجال القانون الإداري بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة.

- توحيد الاجتهاد القضائي في مجال منازعات الصفقات العمومية لتفادي التناقض في الأحكام والقرارات القضائية وجعل قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة في متناول الجميع وخاصة الإدارة.

قلمة المراجعة

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية:

1- الكتب:

أ- الكتب العامة:

- 1- إبراهيم بلعليات، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 2- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة الخامسة، دار هومه، الجزائر، 2007.
- 3- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، (جرائم الفساد، جرائم المال العام، جرائم التزوير)، الجزء الثاني، الطبعة العاشرة، دار هومه، الجزائر، 2010.
- 4- أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، طبعة (01)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 5- أحمد لعور، نبيل صقر، العقوبات في القوانين الخاصة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
- 6- أحمد محمود جمعة، اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الإدارية للأفراد وتطبيقاتها العملية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988.
- 7- أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 8- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز انجق وبيوض خالد، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 9- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- 10- أنور العمروسي، محمد العمروسي، جرائم الأموال العامة و جرائم الرشوة، الطبعة الثانية.
- 11- أنور أحمد رسلان، القضاء الإداري (قضاء التعويض)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 12- باية سكاكني، دور القاضي الإداري بين المتقاضين والإدارة، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2006.
- 13- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 14- حسين طاهري، شرح وجيز للإجراءات المتبعة في المواد الإدارية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 15- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.

- 16- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 17- سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 18- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
- 19- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض و طرق الطعن في الأحكام، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.
- 20- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
- 21- عبد الرزاق بن خليفة، إجراءات النزاع الإداري، القانون وفقه القضاء، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، فيفري 2007.
- 22- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرافعات الإدارية والإثبات أمام القضاء الإداري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2008.
- 23- عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996.
- 24- عبد الله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 25- عادل بو عمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية فقهية قضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- 26- علي عوض حسن، جريمة التبديد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1996.
- 27- عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، جانفي 2007.
- 28- عمار عوابدي، القانون الإداري- النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
- 29- عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، نظرية تأصيلية، تحليلية ومقارنة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 30- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، نظرية الدعوى الإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 31- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، 2002.
- 32- لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

- 33- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 34- مازن ليلو راضي، الوجيز في القضاء الإداري الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 35- موسى بودهان، النظام القانوني لمكافحة الرشوة، بدون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- 36- محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2002.
- 37- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
- 38- محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
- 39- محمد الصغير بعلي، المحاكم الإدارية (الغرف الإدارية)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
- 40- محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، بيروت.
- 41- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
- 42- محمود نصر، الوسيط في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 43- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات أمامها، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 44- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- 45- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، جامعة الحلبي الحقوقية، 2005.
- 46- ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة لباد، الجزائر، 2004.
- 47- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010.

ب- الكتب المتخصصة:

- 1- حمادة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 2- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 3- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 4- محمد العربي، الصفقات العمومية، قوانين وتنظيمات، دار الملكية للطباعة والإعلام والنشر والتوزيع، 2001.

2- الرسائل والمذكرات:

- 1- أحمد بن ناصر، الرقابة المالية على النفقات العامة بين الشريعة والتشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003.
- 2- الأخضر دغو، الحماية الجنائية للمال العام، مذكرة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1999-2000.
- 3- حمادة قدوج، عملية إبرام العقود الإدارية في نطاق صفقات المتعاقد العمومي في الجزائر-تحليل ومقارنة-، مذكرة ماجستير، فرع الإدارة والمالية العامة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.
- 4- رياض لوز، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية-المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007.
- 5- صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983-1984.
- 6- عبد الوهاب علاق، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم القانونية، فرع القانون العام، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2003-2004.
- 7- فاطمة الزهراء فرقان، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007.
- 8- محمد الصالح فنينش، القيود الواردة على حرية الإدارة عند تعاقدها، رسالة ماجستير، فرع الإدارة والمالية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، دون تاريخ.
- 9- ميريام أكرور، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008.

10- نبيل جوادي، دفاتر الشروط في القانون الإداري الجزائري (دراسة متعلقة بعقود الإدارة)، مذكرة ماجستير، فرع الإدارة والمالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006.

3- المقالات:

1- أمال يعيش تمام، صور التجريم الجديدة المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 05، بسكرة، ص 93 إلى 107.

2- حنان براهيم، قراءة في أحكام المادة 25 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 05، بسكرة، ص 133 إلى 151.

3- خليفة موراد، فايزة ميموني، السياسة الجنائية للمشرع في مواجهة ظاهرة الفساد، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 05، بسكرة، ص 223 إلى 248.

4- دروش فاطمة فضيلة، ظاهرة الرشوة: من اللاشريعة القانونية إلى الشرعية الإجتماعية، مجلة دراسات اجتماعية، العدد 4، دار الخلدونية، الجزائر.

5- عبد الغني حسونة، الأحكام القانونية الجزائية لجريمة اختلاس المال العام، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 05، بسكرة، ص 207 إلى 221.

6- عادل مستاري، موسى قروف، جريمة الرشوة السلبية (الموظف العام) في ظل أحكام القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 05، بسكرة، ص 165 إلى 175.

7- عبد الله حجاج، العقود الإدارية في المغرب، مقال منشور على موقع الانترنت: (http://www.4shared.com/dir/8597899/49f5fdca/_sharing.html), 2011/03/21 .

8- عز الدين كحل، الفساد مفهومه ومكافحته، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 05، بسكرة، ص 23 إلى 37.

9- فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات وآليات حمايتها، مخبر: أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، ملتقى جامعة بسكرة، بدون سنة.

10- محمد قطان، قانون الصفقات العمومية، المجلة القضائية، عدد خاص بملتقى قضاة الغرفة الإدارية، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 15.

4- الملتقيات والمحاضرات:

1- عمار بوضياف، محاضرة في سلطات الإدارة في الصفقات العمومية، منشورة على موقع الانترنت: (www.ao-academy.org).

2- فريد خلاطو، الصفقات العمومية، مخبر المغرب الكبير الاقتصاد والمجتمع، ملتقى حول تسيير الجماعات المحلية، جامعة قسنطينة، 9-10 جانفي 2008.

3- محمد الشيكار، الاقتصاد السياسي لتحديد أولويات الإنفاق العام بالمغرب، محاضرة ملقاة بالمؤتمر الدولي الخاص بتحليل أولويات الإنفاق العام للموازنات العامة في مصر والدول العربية، القاهرة 25 -

26 ديسمبر 2009، غير منشورة.

4- مولود لعلام محمد صابري ، ملتقى حول تسيير الصفقات العمومية ملقى على إطرار ولاية تيزي وزو بتاريخ 30 و 2008/01/31 .

5- النصوص القانونية:

أ- الدستور:

- دستور الجزائر لسنة 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 76 لسنة 1996 بتاريخ 8 ديسمبر 1996.

ب- النصوص التشريعية:

- 1- قانون عضوي 98-01 مؤرخ في 30/05/1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه، جريدة رسمية عدد 37 مؤرخة في 01/06/1998.
- 2- أمر رقم 66-154 مؤرخ في 08/06/1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم والملغى، جريدة رسمية عدد 47 مؤرخة في 09/06/1966.
- 3- أمر رقم 66-155 مؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، جريدة رسمية عدد 48 مؤرخة في 10/06/1966.
- 4- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08/06/1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 49 مؤرخة في 11/06/1966.
- 5- أمر رقم 67/90 مؤرخ في 17 يونيو 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52 مؤرخة في 27/06/1967.
- 6- أمر رقم 69/32 مؤرخ في 22/05/1969 يتم الأمر رقم 67/90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 46 مؤرخة في 27/05/1969.
- 7- أمر رقم 70/57 مؤرخ في 06/08/1970 يعدل الأمر رقم 67/90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 70 مؤرخة في 18/08/1970.
- 8- أمر رقم 72/12 مؤرخ في 08/04/1972 يتم الأمر رقم 67/90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 32 مؤرخة في 21/04/1972.
- 9- أمر رقم 74/09 مؤرخ في 30/01/1974 يتضمن مراجعة الأمر رقم 67/90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 13 مؤرخة في 12/02/1974.
- 10- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 78 مؤرخة في 30/09/1975.

- 11- أمر رقم 10-05 مؤرخ في 26 غشت 2010، يتم القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 50 مؤرخة في 01/09/2010.
- 12- قانون رقم 83-03 مؤرخ في 05/02/1983 يتعلق بحماية البيئة، جريدة رسمية عدد 06 مؤرخة في 08/02/1983، الملغى.
- 13- قانون رقم 88-01 مؤرخ في 12/01/1988 يتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، جريدة رسمية عدد 03 مؤرخة في 20/01/1988.
- 14- قانون رقم 90-08 مؤرخ في 07 أفريل 1990 يتضمن قانون البلدية، جريدة رسمية عدد 15 مؤرخة في 11/04/1990.
- 15- قانون رقم 90-09 مؤرخ في 07 أفريل 1990 يتضمن قانون الولاية، جريدة رسمية عدد 15 مؤرخة في 11/04/1990.
- 16- قانون رقم 90-21 مؤرخ في 15 أوت 1990 يتعلق بالمحاسبة العمومية، جريدة رسمية عدد 35 مؤرخة في 13/08/1990.
- 17- قانون رقم 90-32 مؤرخ في 04 ديسمبر 1990 يتعلق بمجلس المحاسبة وسيره، جريدة رسمية عدد 53 مؤرخة في 04/12/1990.
- 18- قانون رقم 91-11 مؤرخ في 27/04/1991 يحدد قواعد نزع الملكية للمنفعة العامة، جريدة رسمية عدد 21 مؤرخة في 08/05/1991.
- 19- قانون رقم 98-11 مؤرخ في 22/08/1998 يتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي، 1998-2002، جريدة رسمية عدد 62 مؤرخة في 24/08/1998.
- 20- قانون رقم 99/05 مؤرخ في 04/04/1999 يتضمن قانون التوجيه الخاص بالتعليم العالي، جريدة رسمية عدد 24 مؤرخة في 07/04/1999.
- 21- قانون 03-10 مؤرخ في 19/07/2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 20/07/2003.
- 22- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20/02/2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 08/03/2006.
- 23- قانون رقم 08/09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 مؤرخة في 23/04/2008.
- 24- قانون رقم 11-15 مؤرخ في 02 غشت 2011 يعدل ويتم القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 44 مؤرخة في 10 غشت 2011.

ج- النصوص التنظيمية:

- 1- مرسوم رقم 56-256 مؤرخ في 13 مارس 1956 يتضمن الصفقات الممنوحة باسم الدولة، المعدل بالمرسوم رقم 59-167 المؤرخ في 7 جانفي 1959، ص 2562.
- 2- مرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 10 افريل 1982 يتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، جريدة رسمية عدد 15 مؤرخة في 13/04/1982.
- 3- مرسوم رقم 88-72 مؤرخ في 29/03/1988 يعدل ويتم المرسوم رقم 82-145 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، جريدة رسمية عدد 13 مؤرخة في 30/03/1988.
- 4- مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24/07/2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52 مؤرخة في 28/07/2002.
- 5- مرسوم رئاسي رقم 03-301 مؤرخ في 11/09/2003، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 55 مؤرخة في 14/09/2003.
- 6- مرسوم رئاسي رقم 08-338 مؤرخ في 26/10/2008، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 62 مؤرخة في 09/11/2008.
- 7- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07/10/2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 58 مؤرخة في 07/10/2010.
- 8- مرسوم رئاسي رقم 11-98 مؤرخ في 01 مارس 2011 يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 06/03/2011.
- 9- مرسوم تنفيذي رقم 90-78 مؤرخ في 27 فيفري 1990 يتعلق بدراسات التأثير في البيئة، جريدة رسمية عدد 10 مؤرخة في 07/03/1990.
- 10- مرسوم تنفيذي رقم 91-434 مؤرخ في 09/11/1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 57 مؤرخة في 13/11/1991.
- 11- مرسوم تنفيذي رقم 92-238 مؤرخ في 06 يوليو 1992 يحدد كيفية تطبيق المادة 140 من المرسوم التنفيذي 91-434 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 07/06/1992.
- 12- مرسوم تنفيذي رقم 92-414 مؤرخ في 14 نوفمبر 1992 يتعلق بالرقابة السابقة للصفقات التي يلتزم بها، جريدة رسمية عدد 82 مؤرخة في 15/11/1992.
- 13- مرسوم تنفيذي رقم 93-289 مؤرخ في 28 نوفمبر 1993، يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، جريدة رسمية عدد 79 مؤرخة في 01/12/1993.

- 14- مرسوم تنفيذي رقم 94-178 مؤرخ في 20/06/1994، يعدل ويتمم المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 91/434، جريدة رسمية عدد 42 مؤرخة في 29/06/1994.
- 15- مرسوم تنفيذي رقم 96-54 مؤرخ في 22 يناير 1996 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 91-434 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 06 مؤرخة في 24/01/1996.
- 16- مرسوم تنفيذي رقم 98-87 مؤرخ في 07/03/1998 يعدل ويتمم المرسوم رقم 91/434، جريدة رسمية عدد 13 مؤرخة في 11/03/1998.
- 17- مرسوم تنفيذي رقم 98-227 مؤرخ في 13 يوليو 1998 يتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، جريدة رسمية عدد 51 مؤرخة في 15/07/1998.
- 18- مرسوم تنفيذي رقم 99/256 مؤرخ في 16/11/1999 يتضمن كفاءات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها، جريدة رسمية عدد 82 مؤرخة في 21/11/1999.
- 19- مرسوم تنفيذي رقم 07-145 مؤرخ في 19 ماي 2007 يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكفاءات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، جريدة رسمية رقم 34 مؤرخة في 22/05/2007.
- 6- الوثائق:**
- 1- دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل لسنة 1964.
- 7- الإجتهااد القضائي:**
- أ- مجلس الدولة:**
- 1- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 32002 الصادر بتاريخ 25/12/1982، في القضية القائمة بين (س م) و(ب م) (ت ن)، نشرة القضاة، عدد 1، 1983، ص 191.
- 2- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 43731، الصادر بتاريخ 09/11/1985، في القضية القائمة بين (ش د م س) ووزير الري ووالي ولاية الجزائر، المجلة القضائية، عدد 2، 1990، ص 175.
- 3- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 62252 الصادر بتاريخ 31/12/1988، في القضية القائمة بين (ص م) ووزير الأشغال العمومية، المجلة القضائية، عدد 2 لسنة 1992، ص 161.
- 4- قرار مجلس الدولة رقم 001519 الصادر عن الغرفة الرابعة بتاريخ 14/05/2001، غير منشور.
- 5- قرار مجلس الدولة رقم 003889 الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 05/11/2002، في القضية القائمة بين (ز.ش) والمدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق قسنطينة، مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 03، 2003، ص 109.

- 6- قرار مجلس الدولة رقم 8827 الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 2003/01/21، في القضية القائمة بين والي ولاية سكيكدة و (ب ع)، غير منشور.
- 7- قرار مجلس الدولة رقم 4840 الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 2003/02/25، في القضية القائمة بين رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية وادي البارد و(ب م)، قرار غير منشور.
- 8- قرار مجلس الدولة رقم 5230 الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 2003/02/25، في القضية القائمة بين والي ولاية الشلف وشركة البناء الجاهز بالشلف، قرار غير منشور.
- 9- قرار مجلس الدولة رقم 5754 الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 2003/02/25، في القضية القائمة بين مقولة أشغال البناء (ب م) ووالي ولاية غرداية، غير منشور.
- 10- قرار مجلس الدولة رقم 9197 الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 2003/02/25، في القضية القائمة بين مديرية التعمير والبناء لولاية سطيف و (م ع) ومن معه، غير منشور.
- 11- قرار مجلس الدولة رقم 9443 الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 2003/02/25، في القضية القائمة بين (ق ع) ورئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية الخيثر، غير منشور.
- 12- قرار مجلس الدولة رقم 6052 الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 2003/04/15، في القضية القائمة بين (ق ع) ورئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية متليلي، مجلة مجلس الدولة، عدد 04 لسنة 2003، ص 71.
- 13- قرار مجلس الدولة رقم 11774 الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 2003/09/16، في القضية القائمة بين بلدية سكيكدة و(م ع)، قرار غير منشور.
- 14- قرار مجلس الدولة رقم 11733 الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 2003/10/21، في القضية القائمة بين (م.م) ورئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية أولاد رايح، قرار غير منشور.
- 15- قرار مجلس الدولة رقم 922 الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 2003/12/16 في القضية القائمة بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية النعامة و(ع ع ق)، قرار غير منشور.
- 16- قرار مجلس الدولة رقم 011306 الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 2003/12/16، في القضية القائمة بين بلدية المحمدية ولاية الجزائر وشركة SCOAL، قرار غير منشور.
- 17- قرار مجلس الدولة رقم 178 الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 2004/02/17 في القضية القائمة بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية سعيدة و(و ج)، قرار غير منشور.
- 18- قرار مجلس الدولة رقم 012454 الصادر عن الغرفة الثالثة بتاريخ 2004/05/11، في القضية القائمة بين والي ولاية وهران و (م ح) ورئيس بلدية وهران، غير منشور.
- 19- قرار مجلس الدولة رقم 21173 الصادر عن الغرفة الأولى القسم الأول بتاريخ 2005/06/07، في القضية القائمة بين رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية تنس و(ط ق)، مجلة مجلس الدولة، العدد 7، 2005، ص 89.

ب- المحكمة العليا:

1- قرار المحكمة العليا رقم 94149، الصادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1991/12/03، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 1993، ص 188.

ت- المحاكم والمجالس:

1- القرار الصادر عن مجلس قضاء جيجل-الغرفة الجزائية بتاريخ 2009/03/24 قضية رقم 2009/329 فهرس القرارات القضائية رقم 2009/1136، غير منشور.

2- القرار الصادر عن مجلس قضاء جيجل-الغرفة الجزائية بتاريخ 2010/12/14 قضية رقم 2010/4304 فهرس القرارات القضائية رقم 2010/4913، غير منشور.

3- القرار الصادر عن مجلس قضاء جيجل-الغرفة الإدارية بتاريخ 2011/01/24 قضية رقم 2010/686 فهرس أحكام قضائية 2011/64، غير منشور.

4- الحكم الصادر عن محكمة جيجل- قسم الجرح بتاريخ 2008/11/30 قضية رقم 2008/3117 فهرس أحكام قضائية رقم 2008/5068، غير منشور.

5- الحكم الصادر عن محكمة جيجل- قسم الجرح بتاريخ 2010/10/03 قضية رقم 2010/1994 فهرس أحكام قضائية رقم 2010/3562، غير منشور.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

1- Ouvrages généraux :

1- MAHIOU Ahmed, cours d'institutions administratives, opu, 3eme édition, 1981.

2- Ouvrages spéciaux :

1- LAJOYE Christophe, droit des marchés publics, berti éditions, alger, 2007.

2- MEDJAHED mohamed taye, Contrat type des marchés publics, edition houma, alger, 2007.

3- Thèses et mémoires :

1- BEN NADJI cherif, l'évolution de la réglementation des marchés publics, thèse de doctorat, université d'Alger, 1991.

2- BRUNO Villalva, le contrôle du dépassement du seuil des marchés publics, mémoire pour le DEA de droit public, université de Lille 2, année universitaire 2001-2002.

3- DJAOUI mohamed, le code des marchés publics est-il adapte aux taches actuelles de l'administration ?, mémoire pour le diplôme d'études supérieures de droit public, institut de droit, de sciences politique et administratives, université d'alger, année 1976.

4- EL BEHERRY IBRAHIM RAFAAT Mohamed, Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse pour le Doctorat en Droit, université de Nice Sophia-Antipolis, Institut du Droit, de la Paix et du Développement (I.D.P.D.), mars 2004.

5-KADI HANIFI mokhtaria, l'avenant au marché public, mémoire de magistère, contrat et responsabilité, université d'alger, 1997.

5- Articles :

1- BOUDRAND Pierre, les avenants " qu'est-ce qu'un avenant ?", fiche pratique, droit des chantiers, le moniteur, article publier sur le site internet : www.lemoniteur.com.

2-CHRISTIAN Barrère, L'économie de marché peut-elle être gérée démocratiquement?, article publier sur site internet Fondation Gabriel Péri: <http://www.gabrielperi.fr/L-economie-de-marche-peut-elle>.

3- DOMINIQUE Fausser, les capacités de l'administration a modifier le marché en cours d'exécution, article publier sur le site internet : (<http://www.localejuris.com.fr/archives/marchesavant2001/cours/modif.html>).

4- KOBTANE Mohamed, Introduction à l'étude du droit des marchés publics, Revue du conseil d'Etat, N° 3, Année 2003.

5- SANDRINE Fiat, Légalité d'un avenant à un marché public: CE 11/07/2008, Ville de paris, article publier sur le site internet :(<http://www.cdmf-avocats.fr/fre/publications/articles/avenant-a-un-marche-public.html>)

6- LE MONITEUR, allotissement des marchés publics, Conclusion du marché en un lot unique permettant de procéder à des économies importantes, article publier sur le site internet : www.lemoniteur.fr.

7- Anonyme, Accès des petites entreprises aux marchés publics, article publier sur le site internet de la ministère des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales du France, 09/2007 : "www.pme.gouv.fr/essentiel/vieentreprise/marchespub/mar4.htm".

8- Anonyme, L'Allotissement (CMP, 2006-2010) et article 10 du code des marchés publics français, article publier su le site internet : "www.marche-public.fr/CMP-2006/Allotissement.htm".

9- Anonyme, L'allotissement des marchés publics, article publier sur le site internet : "[www.marche-public.fr/marchespublics/définitions/entrées/allotissement.htm](http://www.marche-public.fr/marchespublics/d%C3%A9finitions/entr%C3%A9es/allotissement.htm)".

10- Anonyme, Les modifications apportées aux marchés publics, article sans moniteur publier sur le site internet : www.contratspublicsetpartenariats.com

6- Séminaires et Cours :

1- BOUZIANE Mansoura, marchés publics, cours pour les élèves magistrats, direction de la formation de base, école supérieure de la magistrature, septembre 2007.

2-SABRI Mouloud, Vulgarisation de la nouvelle réglementation des marchés publics, (D.P n° 10-236 du 07/10/2010- JORA n°58), Ministère de l'Habitat et de l'Urbanisme, Office de Promotion & de Gestion Immobilière de la Wilaya de Jijel, février 2011.

7- Documents:

- 1-Circulaire interministérielle N°015/MDB/92 du 07/01/1992, relatif réglementation des marchés publics, ministère des finances, 1998.
- 2- Manuel de contrôle des dépenses engagées, Le budget générale de l'état, les programmes sectoriels déconcentrés, Ministère des Finances, direction générale du budget, année 2007.
- 2- Ministère des Travaux public, Amendement de la réglementation des marchés publics (décret présidentiel n° 10-236 du 07/10/2010), clauses nouvelles ou complémentaires a prendre en charge dans la cadre de la passation et l'exécution des marchés publics, novembre 2011.
- 4- Note N° 002179 MF/DGB/DRC du 15/04/2007, relatif Avenant de clôture après résiliation, Ministère des Finances, 2007.
- 5- Lettre N° 002239 MF/DGB/DRC du 17/04/2007, relatif avenant du Marché des 280 Logements à Relizane /2005, Ministère des Finances, 2007.
- 6- Lettre N° 004446 MF/DGB/DRC du 30/07/2007 relatif la mise en œuvre des dispositions du code des marchés publics relatives aux avenants, Ministère des Finances, 2007.
- 7- Note N° 005576 MF/DGB/DRC du 09/10/2007, relatif des avenants ayant pour objet le changement du signataire du marché, Ministre des Finances, 2007.
- 8- Lettre pour Conclusion d'avenants de clôture N° 005705 MF/DGB/DRC du 17/10/2007 relatif que les avenants de clôture comportant de nouveaux prix doivent être soumis à l'examen de la commission des marchés compétente, Ministère des Finances, 2007.
- 9- Lettre N° 006051 MF/DGB/DRC du 03/11/2007 relatif Mise en vigueur de marchés avant leur examen par la commission des Marchés de la wilaya de Ouargla.(envoi n° 4282 du 22/10/2007), Ministère des Finances, 2007.
- 10- Lettre N° 006474 MF/DGB/DRC du 24/11/2007 relatif Projets de marchés relatifs à l'acquisition et l'assistance à l'installation de systèmes de détection de produits dangereux et interdits, Ministère des Finances, 2007.
- 11-Lettre N° 006633 MF/DGB/DRC du 01/12/2007 relatif l'Entrée en vigueur d'un marché avant son visa par la commission des marchés, (Réf : la lettre n° 2425 du 24/11/2007), Ministère des Finances, 2007.
- 12- Ministère des Finances, Avis juridique n° 006841 MF/DGB/DRC du 08/12/2007 relatif que si les soumissionnaires non pré qualifiés techniquement doivent obligatoirement être invités à l'ouverture des plis financiers, 2007.
- 13- Lettre N° 006857 MF/DGB/DRC du 09/12/2007, relatif Présentation d'un avenant hors délai contractuel, Ministère des Finances, 2007.
- 14- Ministère des Finances, Avis juridique N° 006859 MF/DGB/DRC du 09/12/2007 relatif que si l'exigence de l'évaluation administrative par lots est obligatoire au stade de l'examen du cahier des charges qui prévoit l'allotissement du projet, 2007.

15- Lettre N° 006884 MF/DGB/DRC du 10/12/2007 relatif la détermination du seuil de compétence des Commissions des Marchés dans le cas des lots séparés, Ministère des Finances, 2007.

16- Note N° 000894 MF/DGB/DRC du 03/02/2008 relatif Procédure de soumission d'un avenant à l'examen de la Commission Nationale des Marchés, Ministère des Finances, 2008.

17- Ministère des Finances, Avis juridiques N° 002075 MF/DGB/DRC du 03/03/2008 relatif q' un avenant de clôture qui peut contenir des travaux supplémentaires et des travaux complémentaires, doit être notifié par ordre de service, 2008.

18-Lettre N° 002879 MF/DGB/DRC du 18/03/2008, relatif la conclusion d'avenants de clôture lors de l'exécution de conventions, Ministère des Finances, 1998.

19- Lettre N° 002904 MF/DGB/DRC du 18/03/2008 relatif la soumission des avenants au contrôle des Commissions des Marchés, Ministère des Finances, 2008.

20- Lettre N° 003853 MF/DGB/DRC du 07/04/2008 relatif la soumission des avenants au contrôle des Commissions des Marchés qui ne dépassant pas 20 % du montant du marché de la wilaya, Ministère des Finances, 2008.

21- Lettre N° 004369 MF/DGB/DRC du 26/04/2008 relatif la compétence de la Commission des marchés de Wilaya, Ministère des Finances, 2008.

الفصل الثالث

1.....	مقدمة
5.....	الفصل الأول: الإطار القانوني للصفقات العمومية
7.....	المبحث الأول: ماهية الصفقات العمومية
8.....	المطلب الأول: مفهوم الصفقات العمومية
8.....	الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية
8.....	أولاً: التعريف التشريعي
10.....	أ) المعيار العضوي
11.....	ب) المعيار الموضوعي
12.....	ت) المعيار الشكلي
12.....	ث) المعيار المالي
13.....	ج) معيار الشروط الاستثنائية
14.....	ثانياً: التعريف القضائي
15.....	ثالثاً: التعريف الفقهي
17.....	الفرع الثاني: طبيعة وخصائص الصفقات العمومية
17.....	أولاً: الطبيعة القانونية للصفقات العمومية
18.....	ثانياً: خصائص الصفقة العمومية
18.....	أ) وجوب أن يكون أحد أطراف العقد إدارة عمومية
19.....	ب) يجب أن يكون للعقد علاقة بمرفق عمومي
19.....	ت) إتباع أساليب القانون العام أو ما يعرف بالبنود غير المألوفة
20.....	المطلب الثاني: أنواع الصفقات العمومية ومجال تطبيقها
20.....	الفرع الأول: أنواع الصفقات العمومية
20.....	أولاً: الصفقات العمومية بحسب الطبيعة
20.....	أ) الصفقة البسيطة
21.....	ب) عقد البرنامج
22.....	ت) صفقة الطلبات
22.....	ث) الصفقة المجزأة
23.....	ثانياً: الصفقات العمومية بحسب الموضوع

- أ) عقد انجاز الأشغال.....23
- ب) عقد التوريد.....24
- ت) عقد تقديم الخدمات.....25
- ث) عقد انجاز الدراسات.....26
- الفرع الثاني: مجال تطبيق الصفقات العمومية.....26
- أولاً: المصلحة المتعاقدة.....27
- أ) الإدارات العمومية.....27
- ب) الهيئات الوطنية المستقلة.....27
- ت) الولاية.....27
- ث) البلدية.....28
- ج) المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.....28
- ح) مراكز البحث و التنمية.....29
- خ) المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي.....29
- د) المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني.....29
- ذ) المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري.....29
- ثانياً: المتعامل المتعاقد.....30
- ثالثاً: مسؤول (صاحب) المشروع.....31
- رابعاً: المتعامل الثانوي.....31
- خامساً: أجهزة المراقبة التقنية.....31
- المبحث الثاني: إبرام الصفقات العمومية.....32
- المطلب الأول: طرق إبرام الصفقات العمومية.....32
- الفرع الأول: التعاقد عن طريق المناقصة كأصل.....33
- أولاً: تعريف المناقصة.....33
- ثانياً: أشكال المناقصة.....34
- أ) المناقصة المفتوحة.....34
- ب) المناقصة المحدودة.....35
- ت) الاستشارة الانتقائية.....35
- ث) المزايمة.....36
- ج) المسابقة.....37
- الفرع الثاني: التعاقد عن طريق التراضي كاستثناء.....37

38.....	أولاً: تعريف التراضي.....
40.....	ثانياً: أشكال التراضي.....
40	أ) التراضي البسيط.....
40	1) حالة وجود المتعاقد في وضعية احتكارية.....
40	2) حالة الاستعجال.....
41	3) حالة تموين مستعجل.....
41.....	4) حالة المشاريع ذي أولوية وذي أهمية وطنية.....
41	5) منح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية.....
41.....	6) حالة تعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج.....
42	ب) التراضي بعد الاستشارة.....
42.....	1) حالة وضوح عدم جدوى الدعوة للمنافسة.....
43.....	2) حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة.....
43.....	3) حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو الاتفاقات الثنائية.....
43.....	المطلب الثاني: مراحل إبرام عقد الصفقة العمومية.....
44.....	الفرع الأول: المراحل المسبقة لإبرام عقد الصفقة العمومية.....
44.....	أولاً: تقدير الاحتياجات الفعلية وإعداد دفتر الشروط.....
44	أ) تقدير الاحتياجات الفعلية للإدارة.....
45	ب) إعداد دفاتر الشروط.....
45.....	ثانياً: مرحلة الإعلان عن الصفقة.....
46.....	ثالثاً: مرحلة إيداع العروض.....
46.....	رابعاً: مرحلة اختيار المتعاقد مع الإدارة.....
47.....	أ) لجنة فتح الأطراف.....
48.....	ب) لجنة تقييم العروض.....
49.....	الفرع الثاني: مرحلة تحرير عقد الصفقة العمومية.....
49.....	أولاً: مرحلة إرساء المناقصة.....
50.....	أ) البيانات الإلزامية.....
50.....	ب) البيانات التكميلية.....
51.....	ثانياً: مرحلة اعتماد الصفقة.....
53.....	الفصل الثاني: النظام القانوني لتقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية.....
55.....	المبحث الأول: الإطار القانوني لتقسيم الأشغال والخدمات.....

- 56.....المطلب الأول: الضوابط التي تحكم عملية تقسيم الأشغال والخدمات
- 56.....الفرع الأول: تحديد الحاجات
- 57.....أولاً: مرحلة الإحصاء والتحليل وضبط الحاجات
- 57.....ثانياً: الدراسات المسبقة
- 57.....أ) دراسة النجاعة والملائمة
- 58.....ب) دراسة تأثير المشروع على البيئة والدراسة الجيوتقنية
- 58.....ت) الدراسة القبلية (دراسة المشروع الأولي) والدراسات المختلفة للشبكات
- 59.....الفرع الثاني: اعتبارات تقسيم الأشغال والخدمات
- 60.....أولاً: الاعتبارات المتعلقة بحدود اختصاص لجان الصفقات العمومية
- 62.....ثانياً: الاعتبارات المتعلقة بالمزايا التي تحققها عملية التقسيم
- 64.....المطلب الثاني: شروط تقسيم الأشغال والخدمات
- 65.....الفرع الأول: تقسيم الأشغال والخدمات بناء على دفتر شروط المناقصة
- 65.....أولاً: الأحكام العامة لدفتر الشروط
- 65.....أ) تعريف وخصائص دفتر الشروط
- 66.....1) تعريف دفتر الشروط
- 66.....2) خصائص دفتر الشروط
- 67.....ب) الوثائق المكونة لدفتر الشروط
- 67.....1) دفاتر الشروط الإدارية العامة
- 68.....2) دفاتر الشروط المشتركة
- 68.....3) دفاتر التعليمات الخاصة بكل صفقة
- 69.....ثانياً: كيفية تخصيص الصفقة بناء على دفتر الشروط
- 69.....أ) التقسيم في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 02-250
- 71.....ب) التقسيم في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 10-236
- 73.....الفرع الثاني: تقسيم الأشغال والخدمات بناء على هيكل رخصة البرنامج
- 74.....أولاً: رخصة البرنامج
- 74.....أ) بالنسبة للبرامج القطاعية الممركزة (P.S.C)
- 75.....ب) بالنسبة للبرامج القطاعية غير الممركزة: (P.S.D)
- 75.....ت) بالنسبة لمخططات التنمية البلدية: (P.C.D)
- 76.....ثانياً: مقرر التسجيل
- 76.....أ) إعداد ووضع مقرر التسجيل

77.....	(ب) مكونات أو محتويات مقرر التسجيل.....
79.....	المبحث الثاني: الإطار القانوني لزيادة الأشغال والخدمات.....
80.....	المطلب الأول: الملحق كآلية لزيادة الأشغال والخدمات.....
81.....	الفرع الأول: تعريف الملحق.....
83.....	الفرع الثاني: أنواع الملحق.....
83.....	أولاً: ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة.....
87.....	ثانياً: ملحق التغيير والإقفال النهائي للصفقة.....
87.....	(أ) ملحق التغيير.....
88.....	(ب) ملحق الإقفال النهائي للصفقة.....
89.....	المطلب الثاني: شروط زيادة الأشغال والخدمات وإجراءاتها.....
89.....	الفرع الأول: شروط صحة الملحق.....
90.....	أولاً: أن يكون هناك التزام تعاقدي جديد.....
90.....	ثانياً: خضوع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة.....
92.....	ثالثاً: أن لا يعدل موضوع الصفقة.....
93.....	رابعاً: يجب أن يبرم في الآجال التعاقدية.....
94.....	خامساً: يجب أن يخضع الملحق للرقابة.....
95.....	الفرع الثاني: قواعد وإجراءات إبرام الملحق.....
95.....	أولاً: اقتراح الأشغال من طرف المصلحة المتعاقدة أو من المتعاقد معها.....
96.....	ثانياً: إعداد كشف كمي تقديري عن الأشغال الإضافية مع اقتراح للأسعار.....
96.....	ثالثاً: استدعاء المصلحة المتعاقدة للمتعاقد ومناقشة الأسعار معه.....
97.....	رابعاً: إبرام ملحق وعرضه على اللجنة.....
100.....	الفصل الثالث: آليات الرقابة على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات
101.....	المبحث الأول: الرقابة الإدارية الخارجية على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات.....
101.....	المطلب الأول: رقابة اللجان الوطنية على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات.....
102.....	الفرع الأول: تشكيل اللجان الوطنية للصفقات العمومية.....
103.....	أولاً: تشكيل اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال.....
103.....	ثانياً: تشكيل اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم.....
104.....	ثالثاً: تشكيل اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات.....
104.....	الفرع الثاني: اختصاصات اللجان الوطنية للصفقات العمومية.....
104.....	أولاً: الاختصاصات المشتركة للجان الوطنية للصفقات.....

- أ) رقابة اللجان الوطنية للصفقات على مشاريع دفاتر الشروط.....105
- ب) رقابة اللجان الوطنية على مشاريع الملاحق.....107
- ثانيا: الاختصاصات المانعة لكل لجنة المتعلقة بالعتبة المالية.....108
- المطلب الثاني:** رقابة لجان المصلحة المتعاقدة على التقسيم والزيادة.....111
- الفرع الأول:** تشكيل لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة.....111
- أولا: اللجنة الوزارية للصفقات.....111
- ثانيا: اللجنة الولائية للصفقات العمومية.....111
- ثالثا: اللجنة البلدية للصفقات العمومية.....112
- رابعا: لجنة صفقات المؤسسة العمومية ذات الطابع الوطني.....112
- خامسا: المؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير المركز للمؤسسة الوطنية المتخصصة.....113
- الفرع الثاني:** اختصاصات لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة في الرقابة على التقسيم والزيادة.....113
- أولا: الرقابة على مشاريع دفاتر الشروط هي رقابة منصبية في جزء منها على التقسيم.....113
- ثانيا: الرقابة المانعة لكل لجنة لمشاريع الصفقات وملاحقها بالنظر للعتبة المالية.....115
- أ) اللجنة الوزارية للصفقات.....115
- ب) اللجنة الولائية للصفقات.....116
- ت) اللجنة البلدية للصفقات.....117
- ث) لجنة صفقات المؤسسة الوطنية ومركز البحث والهيكل غير المركز للمؤسسة الوطنية.....118
- ج) المؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير المركز للمؤسسة الوطنية المتخصصة.....119
- المبحث الثاني: الرقابة القضائية على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات.....121**
- المطلب الأول:** رقابة القضاء الإداري على التقسيم والزيادة.....121
- الفرع الأول:** رقابة قضاء الإلغاء على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات.....121
- أولا: مجال دعوى الإلغاء بشأن تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات وشروط قبولها.....122
- أ) مجال دعوى الإلغاء بشأن تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات.....122
- ب) شروط قبول دعوى الإلغاء في مجال تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات.....123
- 1) شرط وجود القرار الإداري.....124
- 2) شرط التظلم المسبق أمام لجنة الصفقات العمومية.....125
- ثانيا: خضوع تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصنف العمومية لقضاء الإلغاء.....126
- الفرع الثاني:** رقابة القضاء الكامل على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات.....129
- أولا: مجال دعوى القضاء الكامل.....129
- أ) دعوى فسخ عقد الصنفة بطلب المتعامل المتعاقد.....129

- 130..... (ب) دعوى التعويض.....
- 131..... (ت) خضوع تقسيم الأشغال والخدمات في الصفقة العمومية للقضاء الكامل.....
- 133..... ثانيا: التطبيقات القضائية لدعوى القضاء الكامل.....
- 133..... (أ) حالة فسخ الصفقة وتجزئتها إلى شطرين.....
- 133..... (ب) حالات الزيادة في الأشغال والخدمات.....
- 134..... (1) حالة عدم التصديق على ملحق الأشغال الإضافية.....
- 134..... (2) حالة عدم وجود أمر بالانطلاق في الأشغال الإضافية.....
- 134..... (3) حالة تجاوز الأشغال الإضافية لقيمة الصفقة.....
- 135..... (4) حالة عدم تسديد مبلغ الأشغال الإضافية لإبرام الملحق بعد الإقفال النهائي.....
- 135..... **المطلب الثاني: رقابة القضاء الجزائي.....**
- 136..... **الفرع الأول: الرقابة الجزائية عن أفعال الموظف العمومي.....**
- 137..... أولا: أركان جناحة المحاباة.....
- 137..... (أ) صفة الجاني.....
- 137..... (ب) الركن المادي.....
- 137..... (1) النشاط الإجرامي.....
- 139..... (2) الغرض من النشاط الإجرامي.....
- 139..... (3) الركن المعنوي.....
- 140..... ثانيا: أركان جناحة القبض ومحاولة القبض لأجرة أو منفعة.....
- 140..... (أ) صفة الجاني.....
- 141..... (ب) الركن المادي.....
- 142..... (ت) الركن المعنوي.....
- 142..... ثالثا: المتابعة والجزاء.....
- 142..... (أ) المسائل الإجرائية.....
- 142..... (1) المتابعة الجزائية.....
- 142..... (2) التقادم.....
- 143..... (ب) الجزاء المقرر عن كل جناحة.....
- 143..... (1) عقوبة الشخص الطبيعي.....
- 144..... (2) عقوبات الشخص المعنوي.....
- 145..... (3) الأعدار المعفية من العقوبة.....
- 145..... **الفرع الثاني: الرقابة الجزائية عن أفعال المتعامل في مجال الصفقات العمومية.....**

أولاً: أركان لجنة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية.....	146
أ) صفة الجاني.....	146
ب) الركن المادي.....	146
1) النشاط الإجرامي.....	146
2) الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميين.....	147
ت) الركن المعنوي.....	148
ثانياً: أركان لجنة الرشوة الايجابية.....	148
أ) - الركن المادي للرشوة الايجابية.....	149
1) السلوك المادي.....	149
2) المستفيد من المزية.....	150
3) الغرض من المزية.....	150
ب) الركن المعنوي للرشوة الايجابية.....	150
ثالثاً: المتابعة والجزاء.....	151
أ) الجزاء المقرر عن كل لجنة.....	151
1) الجزاء المقرر لجنة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الدولة.....	151
2) الجزاء المقرر لجنة الرشوة الايجابية.....	151
ب) الإعفاء من العقوبة.....	152
الخاتمة.....	153
قائمة المراجع.....	157
الفهرس.....	172