



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة محمد خيضر بسكرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



## الحرية التعاقدية للإدارة في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون إداري

إشراف/  
الأستاذة لعور بدر

إعداد الطالبة/  
حمدي مريم

أمام لجنة المناقشة المكونة من السادة الأساتذة

رئيسا	جامعة محمد خيضر بسكرة	أستاذ التعليم العالي	أ. حسونة عبد الغني
مشرفا ومقررا	جامعة محمد خيضر بسكرة	أستاذة التعليم العالي	أ. لعور بدر
ممتحنا	جامعة الحاج لخضر باتنة 1	أستاذة التعليم العالي	أ. قسوري فهيمة
ممتحنا	جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي	أستاذ التعليم العالي	أ. زعبي عمار
ممتحنا	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1	أستاذ التعليم العالي	أ. كحول وليد
ممتحنا	جامعة محمد خيضر بسكرة	أستاذ التعليم العالي	أ. مرزوقي عبد الحليم

السنة الجامعية: 2024/2023

# إهداء

إلى والديّ الكريمين

إلى زوجي وأبنائي

إلى كل إخوتي وأخواتي

إلى كل أصدقائي وزملائي

إلى كل محبّ للعمل الجاد

أهدي هذا العمل

حمدي مريم

# شكروعرفان

أول الشكر لله سبحانه وتعالى على ما منّ به عليا من نعم لا تحصى ولا تعدّ  
ومن فضل لا ينكر ولا يردّ.

أتقدم بكل عبارات الشكر وأسمى معاني العرفان والتقدير إلى الأستاذة:  
لعور بدرة، التي شرفتني بالإشراف على رسالة الدكتوراه فشكرا لكم على  
حسن توجيهكم ومراجعتكم وسهركم على تصحيح أخطاء هذا العمل.  
كما أشكر كل أعضاء لجنة المناقشة على مراجعتهم لهذه الرسالة وتصويب  
أفكارها وتحملهم كل ما تعلق بها وبمناقشتها من مشاق.  
كما لا أنسى أن أقدم شكري لأسرة كلية الحقوق بجامعة بسكرة، أخصّ  
بالذكر:

- السيد عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية، الأستاذ الدكتور  
دبابش عبد الرؤوف.

- السيد نائب عميد الكلية للدراسات العليا، الأستاذ الدكتور باري  
عبد اللطيف.

- كل عمّال وموظفي المكتبة، الذين سهّلوا لي الكثير من الصعوبات.  
لا يفوتني كذلك بالتقدم بجزيل الشكر والامتنان والتقدير إلى الأستاذ  
الدكتور: حاج عزام سليمان من جامعة محمد بوضياف المسيلة.  
شكرا إلى كل صاحب فضل عليّ.

حمدي مريم

يعد مبدأ سلطان الإرادة أحد المبادئ الأساسية في القانون المدني، ومن أهم نتائجه المترتبة على النظرية العامة للعقد هي مبدأ الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد.

يقتضي مبدأ الحرية التعاقدية، أن يفسح القانون للإرادة الحرية الكاملة في تكوين العقد، وفي تحديدهمضمونه، وبالتالي، يكون للأشخاص الحرية في التعاقد من عدمه، حرية اختيار المتعاقدين، وحرية التفاوض، كما تكون لهم الحرية في تحديد الالتزامات المترتبة عن العقد، وكذلك القيام بالتعديلات المناسبة لتغيير مضمونه، على أساس أن العقد اتفاق رضائي قوامه الحرية، وخير دليل على ذلك، ما ورد في القانون المدني في المواد 59، 60، 106<sup>1</sup>، والتي تحمل في طياتها تكريس لمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية، ومبدأ القوة الملزمة للعقد.

لهذا نجد أن مبدأ الحرية التعاقدية لعب دورا مهما ليس فقط في عقود القانون الخاص، بل أيضا في إطار العقود الإدارية بصفة عامة، حيث أن هذه الحرية تستند في مجال القانون الخاص على فكرة الإرادة الفردية، على اعتبار أن هذه الأخيرة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد، ولا يحدّ منها سوى اعتبارات النظام العام، إلا أن هذا المبدأ لا يمكن تطبيقه بصفة مطلقة على العقود الإدارية التي تدخل في إطار القانون العام، لأن هذه العقود تهدف خدمة المرافق العامة، وتحقيق المصلحة العامة.

في الجزائر، فإن المشرع الجزائريأخذ بمبدأ حرية التعاقد كقاعدة في روابط القانون، هو ارتكازه على نشوء العلاقات القانونية استنادا إلى عقد يتم بين أطرافه في كثير من المجالات، كما أن المشرع اعترف للشخص العام بالأهلية التعاقدية شأنه في ذلك شأن القوانين المقارنة، وبالتالي فالقاضي الإداري لا يجد ذريعة من تطبيق النص، إذا ما عرضت أمامه منازعة تثير مسألة متعلقة بحرية التعاقد للشخص العام، لأن علة الإقرار بحرية التعاقد تستهدف الغاية التي وجدت من أجل تحقيقها، وهي المصلحة العامة ابتداء وغاية، وهذه الأخيرة هي مبرر وجود الإدارة والقانون الإداري، وبالنتيجة التسليم للشخص العام بحرية التعاقد.

<sup>1</sup> أنظر المواد 59، 60، 106 من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، العدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05، المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة في 26 جوان 2005، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31.

على الرغم من عدم وجود إشارة صريحة لحرية التعاقد في مختلف الدساتير، والتعديلات الدستورية الجزائرية، إلا أنها تعد جوهر الحريات الاقتصادية، تجد مضمونها في حرية الاستثمار والتجارة وحرية التملك، فلا يمكن للأشخاص ممارسة هذه الحريات، ما لم يفسح لهم مجال الحرية التعاقدية أولاً.

كما كرّس المؤسس الدستوري مبدأ حرية التجارة والصناعة، الذي يشكل ركيزة وأساس النظام الليبرالي، لأول مرة في التعديل الدستوري لسنة 1996<sup>1</sup>، الذي تخلى صراحة عن احتكار الدولة للنشاط الاقتصادي، إذ أنه تم التأكيد على هذا المبدأ في التشريعات المتعلقة بالاستثمار والمنافسة، كما تضمنه كذلك التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>2</sup>، بموجب المادة 43 منه، التي تنص على أن: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون.

تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.

تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين.

يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة".

كما نصّ كذلك المؤسس الدستوري في التعديل الدستوري لسنة 2020<sup>3</sup>، على هذا المبدأ بموجب المادة 61 منه، التي تنص على أن: "حرية التجارة والاستثمار والمقاولات مضمونة وتمارس في إطار القانون".

إذ أن المؤسس الدستوري من خلال هذا النص، يقرّ بحرية الاستثمار والتجارة والمقاولات والذي يقوم على حرية المنافسة والحرية التعاقدية، إضافة إلى حرية المقاولات، مع ممارستها في إطار القانون في سبيل تحقيق التنمية بكل أبعادها، وإزالة الفروقات بين المؤسسات العمومية والمؤسسات الخاصة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية، العدد 76، الصادرة في 08 ديسمبر 1996.

<sup>2</sup> القانون رقم 01/16، المؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة في 07 مارس 2016.

<sup>3</sup> المرسوم الرئاسي رقم 442/20، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، الجريدة الرسمية، العدد 82.

على اعتبار أن كل من الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، تعدّ من أهم العقود الإدارية التي تيرمها الإدارة بالنظر إلى أهميتها ودورها في تدعيم عملية التنمية المحلية، وتطوير الاقتصاد الوطني، ولمسايرة مختلف التحولات الاقتصادية، فقد أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة لهذا الموضوع، وهذا ما يظهر من خلال الإصلاحات التي عرفها قانون الصفقات العمومية، حيث كان آخر نص في 2015، وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام<sup>1</sup>، ليليه في 2018 المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المتعلق بتفويض المرفق العام<sup>2</sup>، حيث أتت هذه التعديلات بعدة مستجدات تصب في إطار الموازنة بين متطلبات توفير الحاجات العامة ومقتضيات ترشيد وحماية المال العام.

لم تقف الإصلاحات في مجال الصفقات العمومية عند هذا المستوى، بل تم إدراج أحكام جديدة في قانون الصفقات العمومية مستوحاة من قانون المنافسة، وذلك من خلال القانون رقم 12/08<sup>3</sup>، المعدل والمتمم للأمر رقم 03/03<sup>4</sup>، حيث تم إخضاع إجراءات إبرام الصفقات العمومية لمبدأ المنافسة، وانتقل هذا المبدأ إلى عقود تفويض المرفق العام، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وتم التأكيد عليه كذلك في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، أي أن المشرع كيّف المنظومة التشريعية فيما يخص الصفقات العمومية مع ما يتطلبه اقتصاد السوق من حرية للمنافسة التي تعد إحدى سمات النظام الليبرالي.

بما أن عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، هي من أبرز وسائل الإدارة التي تستخدمها في تسيير وتنظيم المرافق العامة، فقد عزّف المشرع الصفقات العمومية، طبقا للمادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل

---

<sup>1</sup> المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المؤرخ في 02 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 48، الصادرة في 05 أوت 2018.

<sup>3</sup> القانون رقم 12/08، المؤرخ في 25 جوان 2003، يعدل ويتمم الأمر رقم 03/03، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 36، الصادرة في 02 جويلية 2008.

<sup>4</sup> الأمر رقم 03/03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، الجريدة الرسمية، العدد 43 الصادرة في 20 جويلية 2003.

مع متعاملين اقتصاديين، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

أما عن تعريف تفويض المرفق العام، فقد عرّفه المشرع في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، على أنه: "تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية لمدة محددة إلى المفوض له المذكور في المادة 04 من نفس المرسوم (الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها)، بهدف الصالح العام".

إذ تظهر الإدارة في إبرام هذه العقود صاحبة سلطة عامة، أين تتمتع بامتيازات وحقوق لا تتاح للطرف المتعاقد معها، مما جعل بالمشرع يتدخل لتقييد الإدارة بضوابط المشروعية، وتنظيم تعاقدها وفق اعتبارات تتعلق بالاعتماد المالي، وتحديد حاجاتها واختيار الطريقة المناسبة لتفويض المرفق العام لضمان التنفيذ الحسن للمشاريع، ولا اعتبارات أخرى تتعلق بضرورة مراعاة المبادئ المشتركة والمؤطرة لعملية إبرام هذه العقود.

إضافة لتلك المبادئ، هناك أساليب وإجراءات تتبعها الإدارة عندما تتعاقد مع أحد الأشخاص سواء كان من الأشخاص العامة أو الخاصة، فإنها تتعاقد بهدف تحقيق المصلحة العامة، وحماية المال العام، وهي عبارة عن إجراءات معقدة لا نظير لها في العقود المدنية، حيث تظهر أبرز مظاهر التعقيد في الجانب المتعلق بالتعبير عن الإرادة، الذي يتم عادة من خلال اتخاذ جملة من القرارات التي تكون على فترات متلاحقة لعملية الإبرام، وعادة ما يسبق إبرام الصفقة أو الاتفاقية إجراءات تمهيدية سابقة على التعاقد، هذا من جهة.

من جهة أخرى، فإن عملية التنسيق بين ضمان المنافسة الحرة فيما بين المتعاملين الاقتصاديين، وبين الحفاظ على الأموال العمومية، شكّل على الإدارة تحديًا كبيرًا، من خلال مراعاة مبدأ المنافسة في ظل الأمر رقم 03/03، وما تضمن بخصوصه المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ونفس الأمر فيما يخص اتفاقية تفويض المرفق العام.

على هذا الأساس، وعلى اعتبار الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، من المجالات الملائمة لانعقاد الممارسات المقيدة للمنافسة، فإن الدولة تدخلت بوضع التشريعات لحمايتها من كل

أشكال الاستغلال التعسفي للممارسات المقيدة للمنافسة، لتقييد الحرية التعاقدية للإدارة من خلال حظر الممارسات المقيدة للمنافسة وتدخل الجهة القضائية كجهة رقابة على احترام تطبيق قواعد المنافسة.

**أسباب اختيار الموضوع:** من بين الأسباب التي كانت وراء اختيار البحث في موضوع الحرية التعاقدية للإدارة في عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام في الجزائر، هو إبراز نطاق الحرية التعاقدية للإدارة في مجال القانون العام، خاصة بعد تبني نظام اقتصاد السوق، الذي يقوم على الحرية الاقتصادية كركيزة أساسية لحركة السوق، وإدراج إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام في فلك احترام مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة والشفافية في معاملة المرشحين مقابل ما تتمتع به الإدارة من امتيازات السلطة العامة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية واتفاقية تفويض المرفق العام، بهدف ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد في سبيل تقديم خدمات عامة للمواطنين ذات جودة ونوعية.

مع الأخذ بعين الاعتبار الحماية المتوفرة في مجال الرقابة القضائية على مشروعية القرارات وصحة الإجراءات المتعلقة بالمنافسة، في إطار ما جاء به المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون رقم 09/08-المعدل والمتمم-).

**إشكالية الموضوع:** إن موضوع الدراسة أدى إلى طرح إشكالية مفادها:

" ما هي ضوابط مبدأ الحرية التعاقدية للإدارة في ظل حرية المنافسة والتدخل التشريعي عند إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، وما تتمتع به الإدارة من امتيازات السلطة العامة؟

وقد ترتب عن هذه الإشكالية جملة من التساؤلات الفرعية، والتي تتمثل فيما يلي:

- ما مدى حرية الإدارة في اختيار أسلوب التعاقد في عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام؟

- متى تنتهي حرية المنافسة ومتى تبدأ حرية التعاقد في إجراء طلب العروض؟

- هل يجوز للإدارة عند اختيار المترشحين إقصاء آخرين حسب حريتها؟

- هل منح المشرع للإدارة إمكانية التفاوض مع المرشحين في مجال الصفقات العمومية

وتفويضات المرفق العام؟



- ماهي حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكريس شروط المنافسة؟
- ما مدى فعالية الرقابة الإدارية والقضائية المفروضة على الإدارة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام؟
- هل تمارس الإدارة في تنفيذ الصفقة العمومية أو تفويض المرفق العام لحيثها التعاقدية أو لامتيازات السلطة العامة؟
- ما مدى فعالية التسوية الودية والتسوية القضائية في حل النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية؟

**أهمية الموضوع:** تبرز أهمية الدراسة في كونها تسعى إلى الكشف عن الإجراءات والآليات القانونية التي وضعها المشرع في سبيل تكريس الحرية التعاقدية للإدارة في ظل حرية المنافسة أو تقييدها، بمعنى آخر حدود هذه الحرية في عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، على اعتبارها من العقود الإدارية، وهو الأمر الذي تبناه المشرع في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والمرسوم التنفيذي رقم 199/18) مقارنة بالحرية التعاقدية للأفراد، أين يفسح القانون للإرادة الحرية في تكوين العقد، وفي تحديد مضمونه، كما أن لهم الحرية في تحديد الالتزامات المترتبة عن العقد، في حدود عدم مخالفة النظام العام.

**أهداف الدراسة:** تهدف الدراسة إلى الوصول إلى هدف أساسي، يتمثل في بيان المفهوم الجديد للحرية التعاقدية للإدارة، بما يجسد توجيه مبدأ الحرية التعاقدية للإدارة، إلا أن هذا الهدف يتحقق من خلال جملة الأهداف الجزئية التالية:

- التوصل إلى تبيان إذا ما كان هناك فرق بين الحرية التعاقدية والسلطة التقديرية للإدارة.
- التوصل إلى توضيح المبادئ الأساسية للمنافسة، التي تؤطر عملية إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام في الجزائر.
- دراسة القيود الواردة على الحرية التعاقدية للإدارة في المرحلة السابقة للتعاقد، وأثناء إبرام الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام في ظل التكريس الفعلي لمبدأ المنافسة الحرة.
- الوقوف على مدى موازنة المشرع بين الحرية التعاقدية للإدارة، وبين حرية المنافسة في ظل إجراء طلب العروض.

- إبراز مدى تعارض الحظر النسبي للممارسات المقيدة للمنافسة مع مضمون مبدأ حرية المنافسة، وتمتع الإدارة بحرية التعاقد، الذي هو أداة للولوج إلى عالم السوق.
- إبراز فعالية القضاء كجهة رقابة، وكأحد القيود الواردة على الحرية التعاقدية للإدارة في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.
- إبراز فعالية تدخل مجلس المنافسة، كهيئة ضابطة لقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية.
- التتويه بمدى فعالية التسوية الودية والتسوية القضائية لحل النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، كضمانة لحل هذه النزاعات.
- منهج الدراسة:** لاعتبارات تتعلق بالموضوع، فقد رأينا ضرورة الاعتماد على المنهج التحليلي والمنهج النقدي، الذي يتلاءم مع طبيعة الإشكالية والموضوع، وهو المنهج الذي ساعدنا على التحليل الموضوعي لمختلف النصوص القانونية، ونقدها عند استعراضها في كل محطة من محطات الدراسة والوقوف على جوانب النقص فيها، واقتراح البديل كلما اقتضى الأمر ذلك.
- نظرا لأن طبيعة الأطروحة، تتطلب منا أحيانا أعمال المقارنة مع ما نص عليه المشرع في هذا الموضوع، ومع ما هو موجود في القانون المقارن، اعتمدنا على المنهج المقارن.
- الصعوبات:** من بين الصعوبات التي اعترضت دراسة موضوع البحث، هوقلة أو انعدام القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية وخاصة بالنسبة لعقود تفويض المرفق العام، ربما راجع ذلك لعدم نص المشرع على تطبيق قانون المنافسة على هذا النوع من العقود كذلك ندرة الأحكام القضائية سواء كانت في الشق الإداري أو الجزائي في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، حتى وإن وجدت فهي غير منشورة.
- إضافة لما سبق، لاحظنا غياب تام للأحكام القضائية سواء الجزائية أو الإدارية، فيما يخص أسلوب التراضي، حتى يتسنى لنا إبراز الإشكالات العملية، التي تطرح بمناسبة الفصل في منازعات تتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.
- من خلال بحثنا عن المراجع في الموضوع، لاحظنا قلة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع، وخاصة بالنسبة لمجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

إضافة لذلك، صعوبة الإلمام بجميع النصوص القانونية، التي لها علاقة بموضوع دراستنا خاصة بالنسبة للنصوص المتعلقة بتفويض المرفق العام، حيث تتسم النصوص القانونية بتشعبها كما أنها تتعلق بكل قطاع على حدى كقطاع الكهرباء والغاز، السياحة، البريد، المواصلات السلوكية واللاسلكية وغيرها، مما جعلنا من الصعب الإلمام بها، وحصرها وجمعها بشكل تام، ناهيك عن التعديلات المتتالية، والإحالات إلى التنظيم، وعدم صدور هذه المراسيم التنظيمية.

**الدراسات السابقة:** بمناسبة البحث عن المراجع العلمية التي تتعلق بموضوع دراستنا صادفتنا رسالة للطالب: **مبخوتي يوسف**، بعنوان: " الحرية التعاقدية للبلدية في الجزائر"، وهي مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع: الإدارة العامة، السنة الجامعية 2014/2013، جامعة قسنطينة 1، والتي تناول فيها الباحث فكرة إثبات وجود حرية تعاقدية للبلدية، والبحث عن مختلف المبررات التي تؤيد وجود هذه الحرية، ثم تناول مبدأ المنافسة كقيد على الحرية التعاقدية للبلدية، حيث تناول هذا العنصر من خلال تقيده بإبرام صفقاتها وفق إجراء المناقصة وإجراء طلب العروض، ثم تناول إجراء التراضي كاستثناء عن القاعدة العامة، لكن ما يميز هذه الدراسة، هو التركيز على الجانب الفقهي لفكرة الحرية التعاقدية، دون التركيز على الجوانب الإجرائية والموضوعية للدراسة، من خلال إبراز مظاهر الحرية التعاقدية للبلدية والقيود الواردة عليها، وقد خلص الباحث إلى أن الحرية التعاقدية لا ترتبط بمبدأ سلطان الإرادة، وهي لها علاقة بالتقنية التعاقدية، ومقيدة بقواعد قانون المنافسة.

- **دراسة الطالبة: موساوي مليكة**، الموسومة ب: " المؤسسة العمومية الاقتصادية بين تطبيق قانون الصفقات العمومية وحرية التعاقد"، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص: قانون الأعمال كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2018/2017، حيث تناولت الطالبة للموضوع من خلال إبراز علاقة التنظيمات الخاصة بصفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية مع الأحكام القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية، وتأثيرها على الحرية التعاقدية، من خلال إبراز ذلك عبر مراحل إبرام الصفقة العمومية وتنفيذها، واختتمت دراستها بجملة من النتائج ومن أهمها: أن جل نصوص المؤسسات العمومية الاقتصادية مستقاة من قانون الصفقات العمومية، وأن هذا الأخير يفرض على مسيرى هذه المؤسسات وضع قواعد وإجراءات خصوصية لإبرام صفقاتها، تتماشى والمبادئ العامة التي تحكم إعداد الصفقات العمومية، أما على مستوى تنفيذ صفقات المؤسسة العمومية الاقتصادية فإن المشرع اهتم بشكل كبير بمرحلة إبرام المؤسسة العمومية الاقتصادية لصفقاتها مقارنة بمرحلة

تنفيذها، حيث تضمن 08 مواد من مجموع 99 مادة، تتعلق بالملاحق والمناولة، كما أن نصوص التنظيمات الخاصة بهذه المؤسسات الخاصة بتأطير صفقاتها، تخولها بعض الامتيازات لضمان حسن تنفيذ الصفقات، حيث أنها جاءت مطابقة للمرسوم الرئاسي رقم 247/15.

وعليه، فإن أوجه الاختلاف بين الدراستين، تتعلق بتركيز الباحثة دراستها على الصفقات التي تبرمها المؤسسة العمومية الاقتصادية، على خلاف دراستنا التي مجالها واسع (الإدارة بصفة عامة) كما أنها اقتصرت دراستها على مجال الصفقات العمومية دون تفويض المرفق العام.

**محددات الموضوع:** عند تحديدنا لمحددات الدراسة، نكون قد حاولنا رسم إطار للدراسة حتى لا نحيد عنه طيلة مراحل الأطروحة، وذلك من خلال:

حددنا موضوع دراستنا في الحرية التعاقدية للإدارة في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، دون غيرها من العقود الإدارية الأخرى، بكل ما تتضمنه من نصوص قانونية، لذلك سيشكل التشريع الجزائري محور هذا البحث، ولكن هذا لا يعني عدم استئناسنا بنصوص قانونية مقارنة، كلما تطلب الموضوع ذلك، ودون إغفال النصوص ذات الصلة بالموضوع.

كما أننا ركزنا على دراسة هذه الحرية وحدودها على مستوى المرسوم الرئاسي رقم 247/15 والمرسوم التنفيذي رقم 199/18.

بغرض الإلمام بموضوع بحثنا، ارتأينا تقسيمه إلى بابين:

نتطرق في الباب الأول إلى حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، والذي ضم فصلين:

**الفصل الأول: الأحكام العامة الناظمة لمبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.**

**الفصل الثاني: فرض الرقابة على مرحلة إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.**

أما في الباب الثاني من الأطروحة، فقد خصصناه لحدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، والذي بدوره تم تقسيمه إلى فصلين:

الفصل الأول: سلطات الإدارة في مواجهة المتعامل المتعاقد عند تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

الفصل الثاني: التزامات الإدارة اتجاه المتعامل المتعاقد عند تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

واختتمنا الأطروحة بخاتمة ضمناها جملة من النتائج والاقتراحات، التي توصلنا إليها خلال إعداد البحث.

## الباب الأول

حدود الحرية التعاقدية للإدارة في عملية تكوين  
عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

لا أحد ينازع في وجهة نظرالمشرع الجزائري بخصوص الاعتراف بحرية التعاقد والدليل في ذلك أن القانون أطرها بأحكام القانون المدني، الذي أقر بمبدأ سلطان الإرادة، حيث أن هذا المبدأ هو أحد مظاهر الاعتراف بحرية التعاقد في التشريع الجزائري<sup>1</sup>، فمبدأ سلطان الإرادة يعتبر من أقدم المبادئ وأهمها كأساس لحرية التعاقد في مجال القانون الخاص بصفة عامة، وفي مجال القانون العام بصفة محدودة<sup>2</sup>.

على هذا الأساس، فإنه تم الاعتراف للإدارة بالحرية التعاقدية، في ظل توافر شروط تتعلق بتحديد الأشخاص المعنوية العامة في مجال إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، وتحديد اختصاصاتها استناد إلى أحكام القانون، بذلك يكون النظام القانوني للشخص العام، هو الذي يرسم حدود ونطاق حريته التعاقدية، وهو بذلك يختلف عن الأشخاص الطبيعيين، حيث يكون الشخص الطبيعي أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بصفة عامة، فهو حرّ في مباشرة كافة الأنشطة وفي كافة المجالات، إلا أنه مقيد بعدم مخالفته للنظام العام.

على اعتبار أن كل من الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، من أبرز وسائل الإدارة تستخدمها في تسيير وتنظيم مرافقها العامة، إذ تلجأ في سبيل القيام بوظائفها وتقديم الخدمة العمومية إلى إبرام مثل هذا النوع من العقود، لما تتمتع به الإدارة فيها ببعض مظاهر الحرية التعاقدية، سواء في اللجوء للتعاقد أو عدم اللجوء إليه أو في اختيار المتعاقد معها، أو في تحديد مضمون هذه العقود وغيرها.

ونظرا للتغيرات الجذرية التي مست الاقتصاد الوطني، خاصة في ظل سياسة الانفتاح في المجالين السياسي والاقتصادي، واعتماد دستور 1989، الذي كرّس في مبادئه الحرية في المجال الاقتصادي، وحماية المنافسة وتحرير الأسعار وضمان الشفافية، لذا كان لابدّ من إعادة النظر في المنظومة القانونية لمسايرة هذا التوجه نحو اقتصاد السوق، فصدرت في إطار ذلك عدة قوانين من ذلك الأمر رقم 06/95، المتعلق بالمنافسة، هذه الأخيرة التي شكلت آلية قانونية تسمح بالانتقال من النظام الاقتصادي الموجّه إلى نظام اقتصاد السوق، ثم تلتها مرحلة صدور الأمر رقم 03/03 المتعلق

<sup>1</sup> سليمان رمضاوي، " الحرية التعاقدية للأشخاص العامة"، مجلة معارف، السنة 08، العدد16، جامعة البويرة، جوان 2014، ص.ص. (185، 186).

<sup>2</sup> شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد، الطبعة01، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع مصر، 2013، ص.05.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

بالمنافسة، والذي جاء تكريسا لقواعدها في مجال الأنشطة الاقتصادية من إنتاج وتوزيع وخدمات لتمتد الإصلاحات إلى مجال الصفقات العمومية، من خلال أعمال تطبيق قواعد قانون المنافسة في جميع مراحل إعداد وإبرام الصفقات العمومية، بموجب القانون رقم 12/08، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم للأمر رقم 03/03)، لضمان السير الحسن والفعال للعملية التنافسية وتكريس مبادئ المنافسة الحرة.

فضلا على ما هو مكرس في قانون المنافسة رقم 12/08، وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08، بخصوص تدخل القضاء في مجال الصفقات العمومية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 247/15، نجده تضمّن نصوصا لها علاقة بالمنافسة كما أنه أخضع إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام إلى المبادئ المكرسة للمنافسة.

على هذا الأساس، فإن الحرية التعاقدية لها آثار على مرحلة إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمثل في خضوع الإدارة إلى حدود وقيود، لا بدّ من مراعاتها قبل وعند العملية التعاقدية، لأنّ الإدارة مقيّدة بمقتضيات المصلحة العامة، وبضرورات حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

بناء على ما سبق، ارتأينا أن نتناول نطاق الحرية التعاقدية للإدارة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من خلال تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

- الفصل الأول: الأحكام العامة الناظمة لمبدأ حرية المنافسة في إبرام عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- الفصل الثاني: فرض الرقابة على مرحلة إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.



## الفصل الأول

### الأحكام العامة الناظمة لمبدأ حرية المنافسة في إبرام عقود الصفقات العمومية وتفويض

#### المرفق العام

إن أعمال مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، يعدّ من الشروط الأساسيّة التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العموميّة، كما أصبح أمراً مفروغاً منه لكونه مسألة ملازمة لاقتصاد السوق، إذ ما يمكن الوقوف عنده هو مدى ضيق أو اتساع هذه الحرية، مع ما تقتضيه الحرية التعاقدية للإدارة من قواعد، على اعتبار أن كل من عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام عقوداً إدارية، تمتاز فيها المصلحة المتعاقدة والسلطة المفوضة بممارستها لامتيازات السلطة العامة بهدف تحقيق المصلحة العامة، ممّا جعل بالمشروع يتدخل من خلال إدراج أحكام جديدة مستوحاة من قانون المنافسة، يقيد بها الإدارة بإخضاعها لمجموعة من القيود، والتي تتعلق بشكل العقد، وأسلوب وطريقة اختيار المتعاقد، والإجراءات الواجب اتباعها قبل وبعد التعاقد.

لهذا، قد تتعاقد الإدارة مع متعاملين اقتصاديين، هدفهم الوحيد هو تحقيق الربح ومحاولة السيطرة والهيمنة على السوق، مما قد يؤدي بهم إلى القيام ببعض الممارسات التي تعرقل أو تحدّ من حرية المنافسة.

وعليه فإن المنافسة الحرّة، تقتضي أن تعمل المصلحة المتعاقدة على إيجاد نوع من التوازن بين مصلحتها في تنفيذ المشاريع، وبين حرية المنافس لنيل الصفقة العمومية، وذلك من خلال تسهيل مهمة المترشحين في تقديم عروضهم بكل حرية، ومعاملتهم على قدم المساواة دون أي تمييز، لضمان حقوق المترشحين في الوصول إلى الطلبات العمومية بكل شفافية.

على هذا الأساس، فرض تنظيم الصفقات العمومية التزاماً على المصلحة المتعاقدة بعدم خلق ممارسات مقيدة للمنافسة، والقيام كذلك بالكشف عن هذه الممارسات، التي قد يقومون بها المتعاملين الاقتصاديين، وكذلك الالتزام بمراقبة المتعامل الاقتصادي في عدم المشاركة في التجميعات الاقتصادية غير المشروعة.

لهذا ارتأينا إلى تقسيم الفصل الأول، على النحو الآتي:

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- المبحث الأول: مظاهر تكريس مبدأ حرية المنافسة في إبرام عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

- المبحث الثاني: حدود حرية الإدارة في تكريس شروط المنافسة.

المبحث الأول: مظاهر تكريس مبدأ حرية المنافسة في إبرام عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

يقترن مبدأ اللجوء إلى المنافسة بمجال الصفقات العمومية اقترانا واضحا، إذ يعد من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية، باعتبار أن المنافسة تمكّن الإدارة من استخدام الموارد العمومية استخداما رشيدا وعقلانيا، بما تمنحه من تنوع في العروض، مما يضيفي على طلباتها قدرا من الشفافية والنزاهة<sup>1</sup>، لذلك أولى المشرع الجزائري لموضوع المنافسة في الصفقات العمومية اهتماما خاصا، حيث نص في المادة الثانية من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)<sup>2</sup>، على أن أحكامه تطبق على الصفقات العمومية بدءا من نشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

كما لم يقتصر تطبيق قانون المنافسة فقط في مجال الصفقات العمومية، بل امتد تطبيقه على مستوى عقود تفويض المرفق العام، وذلك من خلال إخضاع هذا النوع من العقود في إبرامها إلى المبادئ المكرسة لحرية المنافسة، وذلك بموجب المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتم التأكيد على ذلك بموجب المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

على هذا الأساس، فإن تطبيق قواعد المنافسة يشمل جميع مراحل إعداد وإبرام عقود كل من الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، مع إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة احترام مبادئ المنافسة المبنية على مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، والمساواة بين المتعاملين الاقتصاديين وشفافية الإجراءات، وعلى ضرورة إلزام الإدارة بعدم خلق ممارسات مقيدة للمنافسة والكشف عن هذه

<sup>1</sup> بوزيد بن محمود، "تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 06، المركز الجامعي، تمنراست، نوفمبر 2018، ص 193.

<sup>2</sup> الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المرجع السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

الممارسات المرتكبة من قبل المتعاملين الاقتصاديين، لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال العقلاني للمال العام.

لتوضيح مظاهر تكريس المنافسة في مجال الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام ارتأينا إلى تقسيم المبحث الأول إلى قيد إلزام الإدارة بالمبادئ المشتركة المؤطرة لعملية إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام (المطلب الأول) ثم تناولنا القيود الواردة على الإدارة في مجال الصفقات العمومية ما قبل عملية التعاقد (المطلب الثاني)، والتحديد التشريعي لكيفيات وأساليب إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام كقيد على الحرية التعاقدية للإدارة (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: قيد إلزام الإدارة بإعمال المبادئ المشتركة المؤطرة لعملية إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

من أبرز محاسن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (المرسوم الرئاسي رقم 247/15)، ما نصت عليه المادة 05 منه، من مبادئ أساسية تحكم الصفقات العمومية على اختلاف أنواعها، وكذلك تفويضات المرفق العام في إطار ضمان نجاعة الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام.

وعليه، تقوم عملية إبرام الصفقات العمومية، على ثلاثة مبادئ أساسية لا يمكن أن تيرم بدونها والتي تتمثل في مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (الفرع الأول)، ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين، ومبدأ شفافية الإجراءات (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول: مفهوم مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

تعدّ المنافسة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من الشروط الأساسية لنجاعة الطلبات العمومية، حيث يفرض مبدأ اللجوء للمنافسة تنظيماً اقتصادياً قائماً على اقتصاد السوق، قوامه تنوع وتعدد العروض، هذا ما يسمح بالاستغلال العقلاني للمال العام، وفسح المجال أمام المؤسسات من أجل الوصول للطلبات العمومية.

حتى يتمكن من تحديد مفهوم مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، لابد من تناول عنصرين تعريف هذا المبدأ (أولاً)، وأسس مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (ثانياً).

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### أولاً: تعريف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

مقتضى هذا المبدأ هو: "إعطاء الحق لكل المقاولين والموردين المختصين بنشاط معين تهدف المصلحة المتعاقدة إلى إنجازه، في التقدم بتعهداتهم قصد التعاقد مع أحدهم دون التمييز بينهم وحظر الممارسات والأعمال المدبرة التي تهدف إلى الحد من الدخول إلى الطلب العمومي أو تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه المتعاملين مما يحرمهم من منافع المنافسة"<sup>1</sup>.

كما يقصد أيضاً بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، "فسح المشاركة أو المنافسة للعارضين ومنح الفرصة لكل من توفرت فيه شروط المشاركة، حسب الإعلان المنشور وبالشروط والكيفية الواردة أيضاً في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة، من أجل تقديم عروضهم وترشيحاتهم أمام المصلحة المتعاقدة"<sup>2</sup>، فهذا المبدأ من جهة، يضع الطلب العمومي في إطار واضح، ومن جهة أخرى يفتح مجال واسع للمنافسة، من خلال ما يلي:

- منع إستبعاد مرشح لأسباب غير تلك المنصوص عليها، في تنظيمات الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

- عدم إقصاء مرشح تتوافر فيه الشروط المطلوبة في تنظيمات الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، على أساس تمييز أو تفضيل مرشح على آخر<sup>3</sup>.

لذلك إذا تمت المنافسة في عرض العطاء بالطريقة التي فرضها القانون، فإنه يحقق شفافية في تعاملات الإدارة وإزكاء لحرية المنافسة، مما يعني اتساع قاعدة المناقصة العامة كلما أمكن ذلك لضمان وجود منافسة حقيقية بين المتقدمين، وانعكاس ذلك على المصلحة المالية للإدارة، وترتبطاً على ذلك، فإن الإدارة لا تستطيع أن تمنع أحد الأفراد أو المشروعات من التقدم إلى المناقصة، التي أعلنت عنها طالما أن المتقدم قد استوفى الشروط التي تطلبها القانون، كما أن اتجاه الإدارة لتفضيل أحد

<sup>1</sup> مونية جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية-وفقاً للمرسوم الرئاسي رقم 247/15-، (دون طبعة)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص.40.

<sup>2</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، القسم الأول، الطبعة 05 جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص.78.

<sup>3</sup> brahim boulif, marchés publics- manuel méthodologiques contenu conforme au nouveau code des marchés publics, volume 01, Deuxième édition, Berti édition, Alger p.11.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

المتقدمين على حساب آخرين يؤدي إلى بطلان هذا الإجراء، إلا إذا كان هذا التفضيل مستندا على أساس قانوني<sup>1</sup>، بمعنى أن تقف الإدارة (المصلحة المتعاقدة) موقفا محايدا إزاء المتنافسين بهدف إتاحة فرصة لجميع المتعاملين الاقتصاديين في السوق، من خلال الإعلان المسبق عن الصفقة العمومية أو عن اتفاقيات تفويض المرفق العام، مما يترتب عنه نشوء منافسة حقيقية، تؤدي لاحقا إلى اختيار العرض الأكثر فائدة من الناحية الاقتصادية واختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة المؤهلة على تنفيذ الصفقة أو غيرها من عقود تفويض المرفق العام.

لكن في نفس الوقت، لا يعني انعدام سلطة الإدارة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة، من خلال تمتع الإدارة مثلا بسلطة تقديرية في استبعاد غير الأكفاء من التعاقد أو الذين لا يستوفون على الشروط المعلن عنها في كافة مراحل العملية التعاقدية بشرط أن يكون حق الاستبعاد بنصوص قانونية.

لهذا فإن مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، لم يوضع لمصلحة الإدارة فقط، وإنما أيضا لمصلحة الراغبين في التعاقد معها، حيث أن العلانية تحقق مصلحة الإدارة عن طريق حصولها على عدد متزايد من المتنافسين، وبالتالي يمكن لها انتقاء أفضل المتعاقدين سواء من الناحية المالية أو الفنية كما أنها تكفل للراغبين في التعاقد مع الإدارة مجال حقيقي للمنافسة، وسلامة التعاقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى تحدّ من تعسف الإدارة، التي قد تلجأ للتعاقد مع أشخاص معينين، بحجة أنهم وحدهم من تقدموا للتعاقد<sup>2</sup>.

### ثانيا: أسس مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

تصنّف الأسس التي يبنى عليها مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية إلى نوعين أحدهما فقهي، والآخر تشريعي، نتناولهما تباعا.

<sup>1</sup> ريم علي إحسان محمد الغزاوي، وسائل إبرام العقود الإدارية وصورها - دراسة مقارنة-، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2017، ص.87.

<sup>2</sup> عائشة خلدون، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2015/2016، ص.21.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### 1- الأساس الفقهي

يقوم هذا الأساس على عدة عناصر أهمها:

- **المساواة أمام القانون:** فالمشرع أثناء وضعه للقانون، عليه ألا يصدر منه ما من شأنه الدلالة على التمييز أو المحاباة بين المخاطبين بذلك القانون، فتتحقق المساواة هنا عن طريق عمومية القاعدة القانونية، وهذا المضمون يمكن تطبيقه على الإدارة في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

- **الحرية الاقتصادية:** والغرض من ذلك جعل الحياة الاقتصادية ذات ديناميكية تنافسية، وهذا يشجع روح الإبداع في مجال الاستثمارات بشتى أنواعها، بتبني المعنى الاقتصادي للأنشطة التعاقدية<sup>1</sup>.

### 2- الأساس التشريعي

إن حرية المنافسة مبدأ اقتصادي أدخل إلى المجال القانوني، بواسطة مبدأ أساسي هو مبدأ حرية التجارة والصناعة، الذي أعطى للنشاط التنافسي أساسه القانوني والشرعي، فإذا كنا قد سلّمنا بمبدأ حرية التجارة والصناعة، فإننا نكون قد سلّمنا في نفس الوقت بحرية السوق، هذه الأخيرة التي تعني الحفاظ على المنافسة بين المنتجين والتجار<sup>2</sup>.

نظرا للصلة الموجودة بين حرية التجارة والصناعة وحرية المنافسة، فمن الصعب التمييز بينهما، لكن هذه الأخيرة أوسع وتشمل حرية التجارة والصناعة نفسها، التي تعتبر شكلا خاصا لممارسة المنافسة في مرحلة محددة لاقتصاد السوق، وهي مرحلة الليبرالية الاقتصادية الشاملة<sup>3</sup>.

في الجزائر، لم يكن لنا عهد بمبدأ حرية التجارة والصناعة في ظل نظام الاقتصاد الاشتراكي إذ لم يتم تبني هذا المبدأ إلا بالشروع في فتح السوق في وجه الاستثمارات الخاصة، أي بالشروع في تطبيق سياسة اقتصاد السوق، حيث كرس التعديل الدستوري لسنة 1996، حرية التجارة والصناعة

<sup>1</sup> تافرونت عبد الكريم، "القواعد المنظمة لمبادئ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 03، العدد 01، جامعة عباس لغرور، خنشلة، جانفي 2016، ص.113.

<sup>2</sup> رافع لموي، "مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري"، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 08، العدد 01، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، جوان 2019، ص.333.

<sup>3</sup> عماد عجابي، "تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 04، جامعة الحاج لخضر، باتنة 01، ديسمبر 2014، ص.267.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

بموجب المادة 37 منه بنصها، على ما يلي: "حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون"، فالمؤسس الدستوري تبني لمبدأ حرية التجارة والصناعة حيث أنه من نتائج تبني هذا المبدأ تكريسه لمبدأ المنافسة الحرة، لكن هذا لا يعني إعطاء الحرية الكاملة للأعوان الاقتصاديين في مجال المنافسة، لأن هذه الحرية قد تؤدي إلى الفوضى والجنوح لذا يجب مراقبتها كي لا تكون خطرا على السوق، فلا بد من تدخل الدولة في ضبط السوق، وهذا التدخل ضروري لتحقيق التوازن في المصالح الاقتصادية، وفي سبيل ذلك لا بد أن يكون تدخل الدولة تدخلا فعالا، ولتحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية واضحة، أهمها تحقيق المصلحة العامة وهذا ما تم النص عليه بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، حيث تم تعديل نص المادة 37 السالفة الذكر، ليصبح كما يلي: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز، خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية، تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين، يمنع القانون الإحتكار والمنافسة غير النزيهة"<sup>1</sup>.

هذا التعديل إن دل على شيء، فإنما يدل على مضي الدولة قدما نحو تحرير الاقتصاد أكثر فأكثر والاندماج في الاقتصاد الأوروبي والاقتصاد الدولي (منظمة التجارة العالمية)، من خلال الاتجاه نحو جذب الاستثمارات ورؤوس الأموال الأجنبية<sup>2</sup>.

لا يكفي أن تكفل الإدارة حرية المنافسة لجميع من يمارسون النشاط موضوع طلب العروض حتى يتحقق لها الوصول إلى أفضل متعاقد، بل يجب عليها أعمال مبدأ المساواة بين المتنافسين.

### الفرع الثاني: مبدأ المساواة في معاملة المرشحين

إذا كان للفرد الحرية الكاملة في اختيار من يتعاقد معه، لأنه يتعامل في أمواله وشؤونه الخاصة، فإن الإدارة على العكس لا يترك لها القانون حرية مطلقة في اختيار المتعاقد معها، وإنما يقيد هذه الحرية بقيود منها المساواة بين المتنافسين، بهدف الحصول على أحسن العروض<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 43 من القانون رقم 01/16، المصدر السابق.

<sup>2</sup> رافع لموي، المرجع السابق، ص.335.

<sup>3</sup> محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، الطبعة 01، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص.127.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

على هذا الأساس، نتطرق إلى تعريف مبدأ المساواة (أولاً) والمساواة كمبدأ دستوري وإعمال هذا المبدأ في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، ثم التعرف على الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ (ثانياً).

### أولاً: تعريف مبدأ المساواة

إن مبدأ المساواة هو مفهوم قانوني، يشتمل على عدة معاني وتطبيقات قد تصل به إلى جعله من المفاهيم المعقدة، فهذا المبدأ يرتكز على أصل تاريخي، يتمثل في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، وذلك في المادة الأولى التي أعلنت المساواة أمام القانون، وأخيراً المادة 13 التي تناولت المساواة أمام الضرائب<sup>1</sup>.

كما أكدت التشريعات كذلك على ضرورة احترام هذا المبدأ، سواء على صعيد السلطة الإدارية أو على صعيد السلطة القضائية، فالأخيرة تطلبت اعتماد مبدأ المساواة أمام الجهات القضائية واعتبرته من المبادئ التي يجب على دولة القانون كفالاته لجميع الأشخاص دون تمييز عنصري أو تباين طبقي أو تمييز على أساس اللون أو الجنس أو العرق أو النفوذ السياسي أو الديني، وذلك حسب النص الدستوري، فلا يتصور أن تكون هناك محاكم خاصة لأشخاص معينين بذواتهم، وإنما تكون المحاكم للكافة، فالقانون وجد ليس لأجل حالة معينة، بل من أجل أن يحكم جميع الحالات ذات الطبيعة المتماثلة.

أما على صعيد السلطة الإدارية، فقد ألزمت التشريعات القانونية والتنظيمية، على الإدارة احترام مبدأ المساواة في علاقاتها مع الأفراد<sup>2</sup>.

### 1- مبدأ المساواة كمبدأ دستوري

كرست الدساتير العربية والأجنبية مبدأ المساواة في جميع الحالات، والدستور الجزائري كغيره من دساتير العالم، إذ نجده نص على المساواة بين المواطنين في جميع الحالات، وأن القانون هو الوسيلة الوحيدة التي يكشف بها ذلك، فلو تمعنا في الدساتير الجزائرية منذ فجر الاستقلال إلى يومنا

<sup>1</sup> وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة-دراسة مقارنة-، الطبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2009، ص.86.

<sup>2</sup> ريم علي إحسان محمد الغزوي، المرجع السابق، ص.74.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

هذا، فمن دستور 1963 إلى دستور 1976 إلى دستور 1989، والتعديل الدستوري لسنة 1996، إلى غاية التعديل الدستوري لسنة 2020، نجدها كلها كرسّت مبدأ المساواة، حيث نص المشرع في المادة 37 من التعديل الدستوري الأخير، على ما يلي: "كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولهم الحق في حماية متساوية، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي"<sup>1</sup>.

كما أن هذا المبدأ، يكرس أمام الإدارة في المساواة بين المنتفعين من خدمات المرفق العام والذي هو امتداد للمبدأ العام، ألا وهو مساواة الأفراد أمام القانون، حيث يترتب عليه نتائج تتمثل في مبادئ فرعية هي مساواة المنتفعين من خدمات المرفق، والمساواة في الالتحاق بالوظائف العامة<sup>2</sup>. ما يهمننا من التطبيقات الإدارية لمبدأ المساواة بصورة عامة، وما يخص الصفقات العمومية واتفاقيات تفويضات المرفق العام بصورة خاصة، مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

### 2- مبدأ المساواة في معاملة المرشحين في تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

يعتبر مبدأ المساواة بين المرشحين من المبادئ الأساسية في الصفقات العمومية، وفي تفويض المرفق العام<sup>3</sup>، باعتباره امتداداً لمبدأ المساواة أمام المرافق العامة، والذي من شأنه ضمان نزاهة المنافسة بين المتعهدين، من خلال إلغاء كل تفضيل أو تمييز في منح الصفقة، فالمساواة إذا هي أساس المنافسة، ووسيلة لخدمتها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المرسوم الرئاسي رقم 442/20، المصدر السابق.

<sup>2</sup> عمار بوضياف، **الوجيز في القانون الإداري**، الطبعة 02، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.332.

<sup>3</sup> نصت المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"، المصدر السابق.

- كما نصت المادة 01/209 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم"، المصدر السابق.

<sup>4</sup> عبد القادر شايب الراس، **المؤسسة العمومية ومبدأ المنافسة**، مذكرة ماجستير في القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 02، السنة الجامعية 2017/2018، ص.92.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

هذا المبدأ يجد أساسه القانوني في عدة نصوص قانونية في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 فعلى سبيل المثال، نجد إلزام المشرع للمصلحة المتعاقدة بالاستناد عند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها<sup>1</sup>. في نفس السياق، وبالرجوع إلى نص المادة 78 من المرسوم الرئاسي المذكور آنفاً، نجد أن المشرع قيد المصلحة المتعاقدة، وألزمها بأن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، وأن تكون هذه المعايير مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة<sup>2</sup>.

بالرجوع إلى نص المادة 01/89 من نفس المرسوم، نجد أن المشرع قد رتب جزاءات نتيجة الإخلال بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، وذلك راجع لتواطئ كل من موظفي المصالح المتعاقدة والمتعاقدون مع الإدارة على السواء بمناسبة إعداد صفقة عمومية أو عقد من عقود تفويض المرفق العام أو ملحق أو إبرامه أو تنفيذه<sup>3</sup>.

يقضي مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين، ألا تتطوي معايير اختيار العروض على طابع تمييزي، وبالتالي فهو يعد ضماناً للمنافسة الحرة في الصفقات العمومية، وكذلك في تفويض المرفق العام، وهو بذلك التزام على المصلحة المتعاقدة بعدم القيام بأي فعل من شأنه التمييز بين المتعهدين الذين أودعوا تعهداتهم بمناسبة طلب العروض الذي تم طرحه، إذ تلتزم الإدارة بوضع معايير موضوعية

<sup>1</sup> نصت المادة 02/54 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها"، المصدر السابق.

<sup>2</sup> نصت المادة 01/78 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة..." المصدر السابق.

<sup>3</sup> نصت المادة 01/89 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو امتياز مهما كان طبيعته بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه من شأنه أن يشكل سبباً كافياً لاتخاذ أي تدبير ردعي، لاسيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية"، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

تتعلق أساساً ب: شرط تقديم التعهدات التي تتضمنها إعلانات الصفقات العمومية أو تفويض المرفق العام.

- معايير إرساء الصفقة كآلية لتقديم العروض.

كما يستند هذا المبدأ على دعامة أخرى، من خلال تكافؤ الفرص بين المتعاقدين، بإلزامهم بتقديم عروض سرية مجهولة الهوية، بما يضيفي الشفافية على عملية الإبرام، ويمتد ليشمل الحالة التي تستشير فيها المصلحة المتعاقدة المتعهدين، حتى لا يتمكن الغير من معرفة العرض الذي تقدم به أي طرف.

كما لا يجوز تسريب المعلومات الامتيازية، بغرض تقديم عروض مقبولة، سواء تم ذلك من قبل أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييمها أو بحكم مشاركتهم في إعداد دفاتر الشروط الخاصة بالصفقات أو تفويض المرفق العام<sup>1</sup>.

بالرغم من أهمية مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، وما يقتضيه من عدم التمييز بين المتنافسين أو استبعاد بعضهم من دون سبب مشروع، إلا أن هذا المبدأ لا يمنع الإدارة من وضع شروط يلزم توافرها لضمان صلاحية وكفاءة من يرغب في التعاقد معها تحقيقاً للمصلحة العامة، إلا أنه مبدأ يتسم بالنسبية لا يرد على إطلاقه، بل ترد عليه جملة من الاستثناءات.

### ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة في معاملة المرشحين

إن تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين لا يؤخذ على إطلاقه، بل يرد عليه قيوداً أو استثناءات ينص عليها القانون أو تضعها الإدارة لما لها من سلطة تقديرية، دون أن يؤدي ذلك إلى الإخلال بمبدأ المنافسة الواجب توافره في إجراء الصفقة أو تفويض المرفق العام.

### 1- تخصيص هامش الأفضلية الوطنية

في البداية يلاحظ أن المشرع لما نص على الأفضلية كمبدأ عام، لم يخرج عما أخذت به العديد من الدول في هذا الموضوع، بل حتى الاتفاقات الدولية التي تنظم هذا المجال، نصت على منح هامش الأفضلية للمؤسسات الوطنية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.56.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.60.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

لذا فالمشرع، سعياً منه للتوفيق بين مبدأ المساواة وحرية المنافسة ومبدأ حماية المنتج الوطني خصّص لهذا الأخير في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، هامش الأفضلية، والهدف طبعاً من هذا التحفيز، هو أن تكون الفرص متكافئة بين المتعامل الوطني والمتعامل الأجنبي، ومن باب أيضاً تشجيع الاستثمارات الوطنية، ومساعدتها على إثبات وجودها في المجال الاقتصادي<sup>1</sup>، ولذلك وجدت الدولة نفسها مجبرة على اللجوء للمنتجات، والخدمات ذات المنشأ الجزائري، بتكييف قانون الصفقات العمومية مع التطورات الاقتصادية الراهنة، وذلك من خلال ما جاء به هذا المرسوم والذي أعطى الأفضلية للاندماج في الاقتصاد الوطني، ومراعاة أهمية الحصص أو المنتجات، التي تكون محل مناولة أو اقتناء في السوق الجزائرية، عندما تعلن المصلحة المتعاقدة دعوة للمنافسة الوطنية أو الدولية.

كما أنه ألزم المصلحة المتعاقدة كذلك، على أن تدرج في دفتر الشروط في حالة تعهد المؤسسات الأجنبية لوحدها، متى كان مبرراً تخصيص 30% من مبلغ الصفقة الأصلي كمناولة لصالح المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري<sup>2</sup>.

وقد منح المشرع هامش الأفضلية بنسبة 25% لصالح المؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية، التي لا تستفيد منه إلا في حالة التجمع مع مؤسسات جزائرية، ويقدر نسبة حصص هذه الأخيرة في التجمع، حسب المادة 83 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.82.

<sup>2</sup> أنظر المادة 85 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> نصت المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "يمنح هامش الأفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المائة (25%) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 أعلاه.

وتخضع الاستفادة من هذا الهامش في حالة ما إذا كان المتعهد تجمعا يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري كما هو محدد في الفقرة السابقة، ومؤسسات أجنبية إلى تبرير الحصص التي تحوزها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري والمؤسسات الأجنبية من حيث الأعمال التي يتعين إنجازها ومبالغها.

يجب أن يحدد ملف استشارة المؤسسات بوضوح الأفضلية الممنوحة والطريقة المتبعة لتقييم ومقارنة العروض لتطبيق هذه الأفضلية، تحدد كيفية تطبيق أحكام هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

يمتد هذا التخصيص أيضا، ليشمل إلزام المصالح المتعاقدة في طرح مشاريعها في صيغة دعوة للمنافسة وطنية، متى كان الإنتاج والأداة الوطنية قادرة على الاستجابة لحاجياتها<sup>1</sup>.

لهذا نجد المشرع قد ميّز بين نطاقين لهامش الأفضلية:

- هامش الأفضلية الممنوح للمنتج الجزائري: حيث يعتبر المنتج ذو منشأ جزائري إذا تم استخراجها من باطن الأرض، أو تم تصنيع معظم أجزائه فيها، وتسلم شهادة "جزائري المنشأ" من طرف غرفة التجارة والصناعة المعنية، بناء على طلب من المتعهد<sup>2</sup>.

- هامش الأفضلية الممنوح للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري: منح المشرع للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري هامش الأفضلية، ولم يكتف بذلك، بل أكد على ضرورة حياة الجزائريين المقيمين على أغلبية رأسمال المؤسسة لكي تستفيد هذه الأخيرة من هامش الأفضلية.

لم يقتصر المشرع على فرض هامش الأفضلية الوطنية فقط- على الرغم من أن محاباة الإنتاج الوطني لا يتفق ومبادئ حرية المنافسة-، بل سعى المشرع كذلك في إطار تشجيع القطاع الخاص الوطني إلى تخصيص نسب من الصفقات المطروحة لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

### 2- تخصيص أحكام خاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة

يبدو أن التطور الذي شهده قانون الصفقات العمومية في الجزائر، استطاع أن يشخص الصعوبات التي تحدّ من دخول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مجال الطلب العمومي، من خلال تكريس أسس قانونية وفنية تتوافق مع مقتضيات القانون رقم 02/17، الذي يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ليس فقط من أجل تسهيل مشاركتها تكتيكا مع خصوصية

<sup>1</sup> نصت المادة 01/85 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "... عندما يكون الانتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني قادرين على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، فإن على هذه الأخيرة أن تصدر دعوة للمنافسة وطنية، مع مراعاة حالات الاستثناء المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم...". المصدر السابق.

<sup>2</sup> عبد الوهاب علاق، "آثار هامش الأفضلية على مبدأ المنافسة في الصفقات الدولية"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، الطبعة 10، العدد 01، جامعة العربي التبسي، تبسة، جوان 2017، ص.45.

لمزيد من التفاصيل، راجع:

- القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24، الصادرة في 20 أبريل 2011.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

قدراتها المالية، البشرية والتقنية، بل كذلك بهدف ترقية الإنتاج الوطني في هذا القطاع حتى وإن كانت هذه المؤسسات ذات القدرة المالية المحدودة لا تمتلك القدرة التنافسية بالمستوى العالمي<sup>1</sup>.

نظرا للقدرة المالية المحدودة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وظهور الحاجة إلى تكيف شروط المنافسة في مجال الصفقات العمومية، بما يسمح بالحفاظ على حظوظ هذه المؤسسات في نيل الصفقات، وهو ما حرص عليه المشرع صراحة في المادة 03/85 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 من خلال النص على ضرورة مراعاة إمكانيات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حال وضع شروط التأهيل وإعداد نظام تقييم العروض، حتى يتسنى لها المشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية<sup>2</sup>. كما خصّ المشرع كذلك في المادة 05/57 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤسسات المنشأة حديثا ببعض التسهيلات في مجال التأهيل والترشح، بهدف منحها فرصة المشاركة.

في نفس السياق، وسعيا من المشرع في إدماج المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في سوق الطلبات العمومية، ألزم المصلحة المتعاقدة بتخصيص حاجاتها حصريا لهذه المؤسسات، التي تستطيع تلبيتها، مع مراعاة أحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> العربي عماري، " التصميم القانوني الجديد (التجمع والتخصيص) كمظهر لتعزيز الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي الجديد رقم 247/15" مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني الأول الموسوم بـ: "الجوانب العملية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15"، المنعقد يومي: 13، 12 ديسمبر 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، ص.09.

<sup>2</sup> نصت المادة 03/85 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "...تؤخذ بعين الاعتبار عند إعداد شروط التأهيل ونظام تقييم العروض، إمكانيات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للسماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وأجال الإنجاز..."، المصدر السابق.

- نصت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، على أن: "يمكن تفويض المرفق العام المنشأ أو المسير من قبل عدة أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام في إطار التجمع، يعين الأشخاص العموميون المذكورون أعلاه ممثلا عنهم ضمن التجمع بموجب اتفاقية، ويحوز العضو المعين صفة السلطة المفوضة، ويمثل أعضاء التجمع في تجسيد تفويض المرفق العام"، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 01/87 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

لا يختلف الأمر في ذلك، عما جاء به تنظيم تفويض المرفق العام (المرسوم التنفيذي رقم 199/18)، حيث أكد على ضرورة إعطاء السلطة المفوضة الأولوية في منح التفويض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، إذا كان بإمكانها أن تقوم بإنجاز موضوع تفويض المرفق العام<sup>1</sup>. دائما وفي سياق التسهيلات المرتبطة بالتأهيل والترشح، تضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري طريقا يمكن أن تلجأ إليه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بهدف الحصول على الصفقة المناسبة، خاصة عندما يتعلق الأمر بعقود الصفقات الكبرى التي تتطلب قدرة مالية معتبرة، يسمى هذا الطريق بـ التجمع Groupement، أو إمكانية لجوء المصلحة المتعاقدة لإجراء يسمى التخصيص Allotissement<sup>2</sup>.

كل هذه الإجراءات التي اتخذها المشرع في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام تدلي على رغبة الدولة في حماية الاقتصاد الوطني، وتشجيع القطاع الخاص على تحقيق التنمية الاقتصادية، من خلال الدخول في شراكة مع المتعاملين الأجانب.

### 3- إخضاع المتعهدون الأجانب إلى الالتزام بالاستثمار في إطار الشراكة

استحدث المشرع الجزائري شرط الالتزام بالاستثمار لأول مرة، بموجب المادة 24 من قانون الصفقات العمومية لسنة 2010 الملغى<sup>3</sup>، وأعاد إدراجه في المادة 84 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 2015<sup>4</sup>، حيث أن شرط الالتزام بالاستثمار موجّه للمتعهدين الأجانب دون الوطنيين ويفرض عليهم الالتزام بإقامة استثمار في إطار شراكة جزائرية، وفي نفس نشاط الصفقة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>2</sup> العربي عماري، المرجع السابق، ص.10.

<sup>3</sup> المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 58، الصادرة في 07 أكتوبر 2010.

- تم إدراج شرط الالتزام بالاستثمار في المرسوم الرئاسي رقم 236/10 (الملغى) المذكور أعلاه، تحت القسم المتعلق بـ "المتعاملين المتعاقدين"، غير أنه في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، أعاد المشرع إدراجه تحت القسم المتعلق بـ "ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج"، وهذا ما يبين الأهمية التي يضطلع بها تفعيل هذا الشرط في ترقية الإنتاج الوطني والمؤسسات الوطنية على حد سواء، من خلال منح الأولوية للإنتاج الوطني، وبعث إنتاج وطني تنافسي.

<sup>4</sup> أنظر المادة 84 / 01 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

يهدف المشرع من خلال هذا الشرط، إلى ممارسة الرقابة على المؤسسات الأجنبية منذ تعهدها، وإلى غاية تجسيدها للاستثمار محل الالتزام، إضافة إلى ترقية الاقتصاد الوطني، من خلال إلزام المؤسسات الأجنبية المتعهددة بإشراك المؤسسات الوطنية في تجسيد الاستثمار محل الالتزام مما ينجر عنه ترقية الأداة الوطنية للإنتاج والإنتاج الوطني<sup>1</sup>.

بالمقابل، نجد أن المشرع في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 247/15، قد حصر مجال أعمال شرط الالتزام بالاستثمار في الدعوات المنافسة الدولية، المتعلقة بالمشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني بالنسبة لمشاريعها، وبالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها، حسب نص المادة 01/84 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على خلاف ما ورد في صياغة المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 360/10 (الملغى)، حيث جاءت شاملة لجميع المناقصات الدولية<sup>2</sup>.

تطبيقا لأحكام المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المذكور سلفا، جاء قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس 2011، محددًا لنموذج الالتزام بالاستثمار<sup>3</sup> في الملحق المرفق به، والذي تم إلغاء أحكامه بالقرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 27 نوفمبر 2013<sup>4</sup>، والذي اشتمل هو الآخر على ملحق يحدد نموذج الالتزام بالاستثمار، والذي يتضمن ما يلي:

- بيانات حول هوية المتعهد.

<sup>1</sup> فارس بوكروخ، "الالتزام بالاستثمار في قانون الصفقات العمومية الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12 العدد 01، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2020، ص. 411.

<sup>2</sup> نصت المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10، على أن: "يجب أن تنص دفاتر شروط المناقصات الدولية بالنسبة للمتعهدين الأجانب على إلزامية الاستثمار في نفس ميدان النشاط، في إطار شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون. يجب أن يتضمن ملف المناقصة قائمة غير محددة للمؤسسات كما هي معرفة في الفقرة السابقة..."، المصدر السابق.

<sup>3</sup> القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد نموذج الالتزام بالاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 24، الصادرة في 20 أفريل 2011.

<sup>4</sup> القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 27 نوفمبر 2013، يحدد كفاءات تطبيق الالتزام بالاستثمار بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الأجانب، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة في 09 أفريل 2014.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- تصريحه بالالتزام اتجاه المصلحة المتعاقدة، بأن يجسد استثمارا في إطار شراكة مع شريك أو شركاء جزائريين يذكر أسمائهم، أو يذكر أن تبليغ اسم الشريك أو الشركاء الجزائريين سيتم بعد تبليغ الصفقة مع تحديد مجال الاستثمار.

- تعهده بتسليم رزنامة زمنية ومنهجية مفصلتين لتلبية الالتزام بالاستثمار موقعين باسمه.

- تأكيده تحت طائلة فسخ الصفقة بقوة القانون أو وضعها تحت التسيير المباشر للإدارة على حساب الشركة بأن الشركة المذكورة لا تطبق عليها الممنوعات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

- يشهد المتعهد بصحة ما أدلى به من معلومات تحت طائلة التعرض للعقوبات المقررة قانونا لمن يرتكب تزويرا في محررات رسمية أو عمومية.

- توقيع وختم المتعهد<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة أن أحكام هذا القرار تسري على الالتزام بالاستثمار في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، عملا بنص المادة 218 منه.

بالنسبة للعقوبات المترتبة عن عدم احترام شرط الالتزام بالاستثمار، فإن المشرع بين ذلك حيث أنه في حالة لم يجسد المتعهد الأجنبي الاستثمار طبقا للرزنامة التعاقدية والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط وبخطأ من المتعهد الأجنبي، فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بإعذاره حسب الشروط المبينة<sup>2</sup> في المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>3</sup>، لضرورة تدارك ذلك تحت طائلة تطبيق عقوبات مالية، محددة حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 02 من المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم

<sup>1</sup> نصت المادة 218 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "تبقى النصوص المتخذة تطبيقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق لـ 07 أكتوبر 2010، والمذكور أعلاه، التي تمت إعادة إدراجها في هذا المرسوم سارية المفعول، حتى نشر النصوص الجديدة المتخذة تطبيقا لأحكام هذا المرسوم"، المصدر السابق.

<sup>2</sup> خيرة بن سالم، " تفعيل الاستثمار الأجنبي في عقود الصفقات العمومية-قراءة في نص المادة 84 من المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام-"، مجلة الحقوق والحريات، العدد 03، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ديسمبر 2016، ص.390.

<sup>3</sup> أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

247/15<sup>1</sup>(السالف ذكره)، وكذا تسجيله في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، حسب الشروط المحددة في المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، ويمكن للمصلحة المتعاقدة زيادة على ذلك، إذا رأت ضرورة في ذلك، فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي دون سواه بعد موافقة سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني حسب الحالة<sup>2</sup>.

في إطار التسيير الراشد والتنافسي للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، والذي يستوجب أساساً تكريس مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين، فإنه يتطلب كذلك تكريس مبدأ شفافية الإجراءات.

### الفرع الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات

يعد مبدأ شفافية الإجراءات حتمية أساسية يجب على الإدارة المتعاقدة تكريسه عبر مختلف المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية أو تفويض المرفق العام، إذ يؤكد على آلية من آليات الحكم الراشد، وله أهمية بالغة في تجسيد المبادئ السابقة<sup>3</sup>، من خلال جعل الأمور واضحة وغير مبهمة منذ الوهلة الأولى بالنسبة للمتعاقدين، وبالتالي التقليل من سلطة الإدارة.

لهذا نجد المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على غرار النصوص السابقة له، قد أكد على ضرورة احترام مبدأ الشفافية، وهو ما نستشفه من نص المادة 05 منه، والعامل الحاسم أو الفاصل للحكم على مدى وجود الشفافية من عدمها هو في الوصول للمعلومة، هذه الأخيرة، التي يجب أن تكون متاحة لجميع المتعاملين الاقتصاديين.

على هذا الأساس، سنتطرق إلى تعريف مبدأ شفافية الإجراءات (أولاً)، ثم سنتناول أهمية هذا المبدأ (ثانياً).

<sup>1</sup> نصت المادة 02/174، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "... تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفية فرضها أو الإعفاء منها، طبقاً لدفتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية"، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 04/84 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> حبيبة عتيق، " أهم المبادئ المؤطرة لعملية اختيار المتعامل المتعاقد"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 02، جامعة يحي فارس، المدينة، سبتمبر 2017، ص.112.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### أولاً: تعريف مبدأ شفافية الإجراءات

قدّم الفقه العديد من التعريفات لمصطلح الشفافية منها: "وضوح ما تقوم به المؤسسات العامة وكذلك وضوح علاقاتها مع المواطنين وعلانية الإجراءات والغايات والأهداف، سواء في المؤسسات الحكومية أو غير الحكومية"<sup>1</sup>.

كما عرّفت كذلك، على أنها: "الوضوح التام في اتخاذ القرارات، ورسم الخطط والسياسات وعرضها على الجهات المعنية أو هي ببساطة توفير المعلومات اللازمة ووضوحها وتداولها، عبر جميع وسائل الإعلام المقروءة والمكتوبة والمسموعة، والتصرف بطريقة مكشوفة وعلانية".

هناك من عرّف الشفافية انطلاقاً من كونها معنى نقيض للغموض والسرية، على أنها: "تعني تحرّر الإدارة من غموضها وانغلاقها، فيشمل معناها وضوح وفهم القواعد التشريعية والتنظيمية وسهولة الاطلاع على الممارسات الفعلية"<sup>2</sup>.

بناء على ما سبق عرضه من تعاريف للشفافية، نلاحظ أن جلّ هذه التعاريف تتفق على أن الشفافية هي نقيض للسرية والغموض فهي كالعلنية، فهذه الأخيرة صورة معبرة لمدلول الشفافية التي تعني الإعلان عن كل المعلومات المتعلقة بالصفقة العمومية وتفويض المرفق العام، بمختلف أشكالها وحرية تداولها، ممّا يضمن النزاهة وحماية المال العام.

على هذا الأساس، سنتطرق إلى أهمية مبدأ شفافية الإجراءات في تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

### ثانياً: أهمية مبدأ شفافية الإجراءات في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

لمبدأ الشفافية أهمية بالغة في مجال العقود الإدارية، لأن الإدارة بفضل أعمالها لهذا المبدأ تكون قد حققت المعايير الدولية التي نصت عليها الاتفاقات الدولية في مجال العقود الإدارية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.84.

<sup>2</sup> فايذة عمايدية، مبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص: قانون الإدارة العامة، كلية العلوم السياسية والقانونية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2013/2012، ص.16.

<sup>3</sup> الشريف شريفي، النظام المالي للعقد الإداري -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013/2014، ص.30.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

أما بالنسبة لمبدأ شفافية الإجراءات في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، يعد أمراً جوهرياً لأنه يسمح بممارسة الرقابة بفعالية، وعلى مستوى جميع إجراءات إبرام الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام، والواقع أنه لا يمكن تسليط الجزاءات المختلفة على الإخلال بتنظيم هذه العقود، إلا إذا كان إبرام الصفقة ظاهرياً ومرئياً، كما يعد مبدأ الشفافية من أهم آليات الحكم الراشد فمن حق الفرد أن يعلم بكل المسائل ذات العلاقة بمركزه القانوني<sup>1</sup>.

لذلك حرص المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على تثبيت مبدأ شفافية الإجراءات ضمن المبادئ العامة، والمشاركة الناعمة لعملية إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام في المادة 05 منه، بتحديد الهدف الأساسي من نصه على هذه المبادئ، هو ضمان نجاعة الطلبات العمومية وحسن استعمال المال العام وترشيد إنفاقه.

كما أنه حرص المشرع كذلك في غالبية نصوص هذا المرسوم، على مظاهر تطبيق الشفافية وضمن تجسيدها عبر مختلف مراحل إبرام هذه العقود، إذ أنه على مستوى أسلوب التعاقد اعتبر طلب العروض بمختلف أشكاله آلية تعكس شفافية إبرام الصفقة العمومية، من خلال إجراءاتها المتعددة وعبر مختلف المراحل التي وضعها المشرع، هذا من جهة.

من جهة أخرى، كثرة النصوص القانونية التي تضمنتها تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، والتي تضمنت التأكيد على علانية المعلومات المتعلقة بهذه العقود، من خلال الإعلان والإشهار عنها، يعد أمراً ضرورياً على الإدارة الالتزام به، حتى تتحقق نزاهة وحياد الإدارة.

كما أن مبدأ الشفافية والإعلان عن الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام بالطرق القانونية التي ألزم المشرع بها المصلحة المتعاقدة على اتباعها، يخلق نوعاً من المنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، مما يزيد الفرص أمام الإدارة في اختيار المتعاقدين معها، القادرين مادياً وفنياً على إبرام الصفقة أو اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها، وبالتالي تجنّب منح هذه الأخيرة إلى شخص طبيعي أو معنوي لا يملك القدرات المالية والفنية لإنجاز المشروع.

<sup>1</sup> عبد الوهاب دراج، "دور إعمال المنافسة في مرحلة تكوين الصفقة العمومية في الحفاظ على المال العام من خلال المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 10، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، جوان 2018، ص 17.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

هذا ما سيتم توضيحه عند التطرق إلى الإجراءات السابقة على التعاقد أو اللاحقة للعملية التعاقدية.

لتوضيح أكثر بالنسبة لإلزامية تكريس مبدأ الشفافية، فقد نص عليه المشرع في المادة 09 من القانون رقم 01/06<sup>1</sup>، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (المعدل والمتمم)، حيث ألزم المصلحة المتعاقدة بتأسيس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على مبدأ الشفافية في الإجراءات وعلائية المعلومات وقواعد المنافسة الشريفة، كما ركز على ضرورة اختيار معايير موضوعية ودقيقة لاختيار المتعامل المتعاقد.

مما سبق، نستنتج أن المشرع قد شدد من ضرورة التقيد بالمبادئ التي سبق الإشارة إليها عند إبرام الصفقات العمومية أو تفويض المرفق العام في إطار الأهداف المسطرة من قبل الدولة والتي تدور حول التسيير الجيد للأموال العمومية، وترشيد الإنفاق العام، وضمان نجاعة الطلبات العمومية ولذلك فقد ألزم المشرع الإدارة بتحقيق تلك المبادئ، بضرورة اتباعها لجملة من الإجراءات التمهيديّة التي تقوم بها قبل عملية إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

<sup>1</sup> القانون رقم 01/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (المعدل والمتمم)، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.  
- نصت المادة 09 من القانون رقم 01/06، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (المعدل والمتمم)، على أن: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية.

يجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.
- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية"، المصدر سابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### المطلب الثاني: القيود الواردة على الحرية التعاقدية للإدارة قبل إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

إن اختيار طريقة الإبرام يتحدد تبعاً للمبلغ المالي المخصص للمشروع، وطبيعة الخدمات المزمع تنفيذها، وهذا يتطلب تحديداً دقيقاً، وواضحاً للحاجات بذكر المواصفات التقنية اللازمة، التي لا تترك مجالاً للغموض، وهذا في شكل بطاقة تقنية ترفق في دفتر الشروط قبل أي إعلان عن الصفقة. لدراسة هذا العنصر، من خلال تبيان اختصاصات المصلحة المتعاقدة في المرحلة السابقة على التعاقد، يقتضي منا أولاً الوقوف على التحديد المسبق لحاجات المصلحة المتعاقدة قبل الشروع في إبرام الصفقة العمومية أو تفويض المرفق العام، وتنسيقها، والقيام بعملية تخصيصها، إلى غاية التأكد من توافر الاعتماد المالي ثم إعداد دفاتر الشروط قبل القيام بأي إجراء لمباشرة الدعوة إلى التعاقد، وهذا ما سوف نتطرق إليه بالتفصيل، حيث سنتناول إلزامية التحديد المسبق لحاجات المصلحة المتعاقدة قبل الشروع في إبرام صفقة عمومية أو تفويض المرفق العام (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى الاعتماد المالي (الفرع الثاني)، وسنتناول كذلك سلطة المصلحة المتعاقدة في إعداد دفاتر الشروط بإرادتها المنفردة (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: إلزامية التحديد المسبق لحاجات المصلحة المتعاقدة قبل الشروع في إبرام الصفقات العمومية أو تفويض مرفق عام

إن وضع التعاقد موضع التنفيذ، يلزم الإدارة بحصر احتياجاتها الفعلية التي ترغب في الحصول عليها من خلالها، والغرض من ذلك هو الحفاظ على ميزانية الجهات الإدارية، وضمان استخدامها الأمثل لدوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وحتى لا تتدفع الجهات الإدارية في تعاقدات تهدر فيها المال العام دون أن تكون بحاجة إليها<sup>1</sup>.

لقد تناول المشرع عملية التحديد المسبق لحاجات المصلحة المتعاقدة قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة العمومية في المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15- على غرار باقي

<sup>1</sup> ليث رافع خلف، يعرب ثائر حبيب، " أثر القيود الموضوعية السابقة على إبرام العقد الإداري على عمل سلطة الإدارة المتعاقدة في القانون العراقي"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 45، العدد 04، 2018، ص. 251. أنظر الموقع الإلكتروني: [ <https://search.emarefa.net> ] ، تاريخ الاطلاع: 2021/10/20.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

التنظيمات الخاصة بالصفقات العمومية-، على أن يتضمّن هذا التحديد طبيعة الحاجات ومداها والمبلغ المحدد للصفقة، الأمر الذي يتم تحديده وتقييده في دفتر الشروط<sup>1</sup>.

في الواقع، إن واجب تحديد المصالح المتعاقدة لحاجاتها مسبقا، وقبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية، تكفلت به نصوص سابقة الظهور عن النص المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من باب إلزام المصالح بإجراء دراسة قبل طلب تسجيل أي عملية لتمويل مشروع عمومي، فتسجيل العمليات المبرمجة، وبدرجة ولو أقل تسجيل الاعتمادات في كل الميزانيات بما في ذلك ميزانية التسيير يخضع إلى تقدير مسبق للحاجة، وذلك ما نص عليه المشرع على الخصوص في المرسوم التنفيذي رقم 227/98، والمتعلق بنفقات الدولة للتجهيز<sup>2</sup>.

كما أن عملية تحديد الحاجات تختلف من صفقة إلى أخرى، وهذا حسب طبيعة وموضوع كل صفقة، وتحديد الحاجات ما هو إلا استجابة من الهيئة العمومية في تلبية الاحتياجات العامة، فقد تكون صفقة أشغال إنجاز مجمع مدرسي استجابة للخريطة البيداغوجية لمنطقة معينة أهلة بالسكان أو توسيع شبكة الإنارة العمومية لأحياء معينة من المدينة، أو اقتناء اللوازم المدرسية لمختلف المدارس<sup>3</sup>.

وعليه فإن مسألة تحديد الحاجات تتعلق بجميع الصفقات ومختلف أنواعها، ومهما تكن مبالغها المذكورة في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، باستثناء ما استثني بنص مثل الصفقات المبرمة في حالة الاستعجال الملح والصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرارات.

مما سبق، فإن القاعدة العامة، هي وجوب تحديد المصالح المتعاقدة لحاجاتها مهما كانت مبالغها في إطار حماية المال العام، واستثناء يجوز لها عدم تحديد حاجاتها نظرا لطبيعة الصفقة التي ستبرمها.

وعليه، فإن عملية تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة، تقتضي منا معرفة مراحل تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة (أولا)، ثم التطرق إلى آلياتها (ثانيا).

<sup>1</sup> خالد بالجيلالي، الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017، ص. 109.  
<sup>2</sup> النوي خرشي، الصفقات العمومية-دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية-، (دون طبعة) دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص. 85.  
<sup>3</sup> بلعيد بلجيلالي، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، (دون طبعة)، النشر الجامعي الجديد تلمسان، 2018، ص. 14.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### أولاً: مراحل تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة

إن الحاجات التي تعرب عنها مختلف المصالح المتعاقدة تتسم بالتنوع والتشعب، وهذا التنوع يؤثر بلا شك على مدى قدرة المتعاملين الاقتصاديين للاستجابة لطلبات المصالح المتعاقدة مستقبلاً كما يمكن أن تقوم المصلحة المتعاقدة بممارسات تمنع المشاركين الآخرين من الدخول إلى غمار المنافسة<sup>1</sup>.

لهذا فمن أجل ضمان الشفافية في الإجراءات، وحماية مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين، وتأكيداً على الأهمية التي أولاها المشرع في المرسوم رقم 247/15 لمرحلة تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة، فإن تحديد الحاجات المطلوبة، يمر بمسار طويل تتحدد معالمه، بما يلي:

- مرحلة إحصاء الحاجات.

- مرحلة تحليل المعطيات.

- مرحلة ضبط الحاجات بدقة.

#### 1- مرحلة إحصاء الحاجات

إن التعبير عن الحاجات في دفتر الشروط الخاص بالصفقة أمر جيد، لكن قبل ذلك يجب أن تسبق هذه العملية إجراء مهم يتمثل في إحصاء الحاجات قبل التعبير عنها، وتقوم هذه المرحلة على حصر الحاجات المعبر عنها خلال السنوات السابقة<sup>2</sup>، هذا ما أكدته المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>3</sup>.

وقد نص المشرع كذلك على هذه المرحلة في المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، ضمن باب سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث تتولى هذه

<sup>1</sup> خيرة بن سالم، "نحو ترشيد النفقات وتعزيز مبادئ عقود الصفقات - قراءة في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، مجلة صوت القانون، المجلد 05، العدد 01، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، أبريل 2018، ص. 35.

<sup>2</sup> سناء منيغر، عبد الغاني بوالكور، "ضبط وتحديد الحاجات بمناسبة إبرام الصفقات العمومية"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 02، العدد 03، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2017، ص. 172.

<sup>3</sup> نصت المادة 01/27 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيةها مسبقاً..."، المصدر السابق.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

السلطة بإجراء إحصاء اقتصادي للطلب العمومي سنويا، من خلال إعداد المصلحة المتعاقدة لبطاقات إحصائية، وترسلها إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام<sup>1</sup>.

تعتبر مرحلة إحصاء الحاجات المحور الأساسي في تحديد الحاجات المطلوبة، وكما تعتبر من بين المراحل الروتينية التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة تلقائيا عند إحصائها لحاجاتها سنويا أو دوريا، حيث تقوم بها المصالح المكلفة بالتسيير والتجهيز لدى المصلحة المتعاقدة<sup>2</sup>.

لهذا، فإن مرحلة إحصاء الحاجات تقوم على مجموعة من العناصر، وهي كالاتي:

- حصر الحاجيات المعبر عنها خلال السنوات الماضية.
- تقييم الأهداف التي تم التوصل إليها، والنقائص المسجلة.
- الأخذ بالحسبان التطور الاقتصادي، والاجتماعي للمجتمع.
- ضبط مخطط التنمية.

### 2- مرحلة تحليل المعطيات

في هذه المرحلة تعتمد الإدارة على مجموعة من العناصر لتحليل الخيارات المختلفة آخذة بعين الاعتبار النتائج المسطرة والعوائق المحتملة ونوعية الخدمات أو الأشغال، ثم تحديد كل الأطراف المتدخلة<sup>3</sup>.

### 3- مرحلة ضبط الحاجات بدقة

في هذه المرحلة يتم تحديد مقدار الحاجات قبل بدء الإجراء، على أساس تقدير إداري صادق ومعقول، حيث يسمح التقدير الإداري للحاجات بمقارنة التكلفة الكاملة مع العروض المقدمة من قبل المتعهدين<sup>4</sup>.

كما أن المشرع من خلال نص المادة 04/27 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، قيد الإدارة في الاستناد على المواصفات التقنية أثناء تحديد الحاجات العمومية بضوابط دقيقة، والتي تتمثل على

<sup>1</sup> أنظر المادتين 213، 214 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المرجع السابق.

<sup>2</sup> هجيرة سراط، " التحضير لإجراء طلب العروض وتجهيزات ما قبل الإيداع"، مجلة الحقيقة، المجلد 17، العدد 02 جامعة أحمد درارية، أدرار، سبتمبر 2018، ص.60.

أنظر الموقع الإلكتروني: [https://www.asjp.cerist.dz]، تاريخ الاطلاع: 2018/10/10.

<sup>3</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.92.

<sup>4</sup>Brahim Boulifa, op.cit, p.131.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

الخصوص في المواصفات التقنية المفصلة التي تعد على أساس مقاييس و/ أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، على خلاف ما جاء به المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 236/10<sup>1</sup>، حيث لم يحدد أو يضبط معنى المواصفات التقنية، مما فتح المجال واسعا للإدارة في تحديد هذه المواصفات بدفتر الشروط دون قيد أو ضابط، وهو ما يشجع الإدارة على التلاعب في تحديد هذه المواصفات وتكييفها مع إمكانيات متعامل دون آخر، لتسهيل إرساء الصفقة عليه.

إضافة لذلك، وفي إطار حماية مبدأ المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في التعاقد وضمن الشفافية في إبرام الصفقات العمومية، أضاف شرطا أو قيدا آخر لعملية تحديد الحاجات العمومية قبل التعاقد، يتمثل في وجوب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد، وهذا الشرط أو القيد لم يكن واردا في التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية الملغى (المرسوم الرئاسي رقم 236/10).

كما أن الإدارة نجدها في هذه المرحلة، تحدّد برنامجها بدقة وبوضوح، وكذلك أهدافها والصلاحيات، الجدول الزمني للأشغال، الميزانية، وضع آليات التنفيذ، والعلاقات مع المتدخلين والشركاء، تحديد أنواع الرقابة، وذلك بأن تضبط المصلحة المتعاقدة لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات، المبلغ الإجمالي للحاجات، وهذا ما نصت عليه الفقرة 09 من المادة 27 من المرسوم الرئاسي المذكور آنفا<sup>2</sup>، مع الأخذ وجوبا بعين الاعتبار، ما يلي:

- القيمة الإجمالية للحاجات المتعلقة بنفس عملية الأشغال، فيما يخص صفقات الأشغال.
- تجانس الحاجات فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات.

<sup>1</sup> المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 58، الصادرة في 07 أكتوبر 2010.

- نصت المادة 02/11 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10، على أن: "... ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها وكميتها بدقة استنادا إلى مواصفات تقنية..."، المصدر السابق.

<sup>2</sup> نصت المادة 09/27 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "... تضبط المصلحة المتعاقدة لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات المبلغ الإجمالي للحاجات..."، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- في حالة تخصيص الحاجات، فإنه يؤخذ في الحسبان لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات والإجراءات الواجب اتباعها، المبلغ الإجمالي لجميع الحصص المنفصلة بغض النظر عن إمكانية المصلحة المتعاقدة في إطلاق إجراء واحد لكل الحصة أو إجراء لكل حصة.

يقصد بتخصيص الحاجات، تقسيمها إلى مجموعات أو بالأحرى إلى حاجات جزئية، تشكل في مجموعها الحاجة الأساسية المراد تلبيتها، كل حصة لها غلافها المالي، وتنفذ من قبل المتعهد الذي فاز بها<sup>1</sup>.

إذ يعني أن المشرع منح للمصلحة المتعاقدة إمكانية تخصيص الحاجات، إما في شكل حصة وحيدة أو في شكل حصص منفصلة، حيث تخصص الحصة الوحيدة لمتعامل متعاقد<sup>2</sup>، وتخصص الحصة المنفصلة إلى متعامل متعاقد أو أكثر، هذا من ناحية.

من ناحية أخرى، إن المشرع في التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم ينص على نوع معين من الصفقات التي تشملها عملية التخصيص، وبالتالي يجوز التخصيص في جميع أنواع الصفقات العمومية، وفق شروط محددة طبقاً لنص المادة 31 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حيث أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة باتباع جملة من الشروط، لا بد من مراعاتها عند اللجوء لعملية تخصيص الحاجات العمومية<sup>3</sup>.

كما أن المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، جعل من عملية اللجوء للتخصيص من اختصاص المصلحة المتعاقدة كلما أمكن ذلك، بمعنى أن المشرع منح للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في اتخاذ قرار التخصيص من عدمه، من خلال دراسة أهمية التخصيص بالرجوع إلى طبيعة موضوع الصفقة، وتخصيص المتعاملين الاقتصاديين، والمزايا التي يعود بها هذا التخصيص على

<sup>1</sup> مصطفى زناتي، "ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية- حجر الزاوية في عقلنة وترشيد الطلب العمومي"-مجلة البحوث السياسية والإدارية، المجلد 07، العدد 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، أكتوبر 2018 ص.44.

<sup>2</sup> أنظر المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 31 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

الصفقة من الجوانب الاقتصادية والمالية والتقنية، وبالمقابل كذلك ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة تلعيل اختيارها في تخصيص الحاجات بمناسبة كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة<sup>1</sup>.

- في حالة حاجات جديدة، يمكن للمصلحة المتعاقدة إما إبرام ملحق أو إطلاق إجراء جديد. ما يلاحظ في هذه النقطة (حاجات جديدة)، أن المشرع عندما نص على ظهور حاجات جديدة، لم يبين سبب ظهور هذه الحاجات الجديدة، إن كان يرجع لظروف لا تتحكم فيها المصلحة المتعاقدة أو لأسباب راجعة إلى عملية حصر الحاجات لم تكن بصورة عقلانية وسوء تقدير أو غيرها من الأسباب.

لهذا كان على المشرع في هذه الفقرة، أن يضبط أسباب ظهور الحالات الجديدة، لكي يتبين للمصلحة المتعاقدة إما اتخاذ إجراء إبرام ملحق أو إطلاق إجراء جديد، لا يتنافى مع المبادئ المذكورة في المادة 05 من المرسوم رقم 247/15، في سبيل الحفاظ على نزاهة العملية وعدم الإخلال بالتوازن المالي للصفقة.

- يمنع تجزئة الحاجات بهدف تقاضي الإجراءات الواجب اتباعها، وحدود اختصاص لجان الصفقات<sup>2</sup>. على هذا الأساس، فإن تحديد المبلغ الإجمالي للحاجات لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات هو متطلب قانوني واقتصادي، وله آثار كالاتي:

من ناحية، ينطوي اجتياز المبالغ على الاستخدام الإلزامي للإجراء الشكلي (وضع دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة، نشر إعلان طلب العروض، تقديم العروض إلى مكتب المصلحة المتعاقدة، فتح ودراسة العروض من قبل لجنة فتح وتقييم العروض، دراسة مشروع الصفقة من قبل لجنة الصفقات المختصة...).

إذ يعني أن المصلحة المتعاقدة لا يمكن أن تضبط بصورة دقيقة المبلغ الإجمالي للحاجات على أساس أن العملية تكون بصورة تقديرية، وبالتالي حتى لا تتخذ المصلحة المتعاقدة حجة للتهرب من أي إجراء من إجراءات المنافسة، وبالتالي ضمان نزاهة العملية التنافسية.

<sup>1</sup> أنظر المادة 02/31، 03 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

من ناحية أخرى، يمكن اعتبار التجزئة المصطنعة للحاجات، بمثابة إساءة لاستعمال الإجراءات وسببا مؤديا إلى المتابعة وتسليط عقوبات جزائية<sup>1</sup>.

لهذا نجد أن المشرع قد أشار في المادة 09/27 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 وجوبا على المصلحة المتعاقدة بعدم تجزئة الحاجات، بهدف تفادي الإجراءات الواجب اتباعها وحدود اختصاص لجان الصفقات.

### ثانيا: آليات تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة

يتم تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة عن طريق:

- الدراسات المسبقة.

- إكتساب الأرضية.

- تسجيل المشروع.

#### 1- الدراسات المسبقة

الدراسات المسبقة، هي مجموع الدراسات التي تقوم بها الإدارة قبل تنفيذ أي مشروع تسمح لها من تقدير دقيق للاحتياجات المطلوبة، ما يجعلها تتخذ القرار النهائي بتنفيذ المشروع بصفة سليمة من الأخطاء، وإنجاز المخططات المطلوبة بكل وضوح.

لما كانت الدراسات بهذه الأهمية، كان من الضروري على المصالح المتعاقدة اختيار مكاتب دراسات مؤهلة أو متخصصة بالنظر إلى كل مشروع، كما تعمل كذلك على إيجاد نوع من التوافق بين الهيئة المتعاقدة وهذه المكاتب، مما يضمن الحصول على دراسات دقيقة تساهم في التمهيد للمشروع تمهيدا صحيحا<sup>2</sup>.

على هذا الأساس، تنصب الدراسات التي تسبق أي مشروع، على ما يلي:

1- دراسة جدوى المشروع.

2- دراسة الملاءمة الخاصة بالمشروع.

<sup>1</sup> Brahim Boulifa, op.cit, p.p. (131,132).

<sup>2</sup> سناء منيغر، عبد الغاني بوالكور، " ضبط وتحديد الحاجات بمناسبة إبرام الصفقات العمومية"، المرجع السابق ص.174.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

3- دراسة التأثير على البيئة.

4- دراسة نضج المشروع.

### 1-1 دراسة جدوى المشروع

دراسة الجدوى، تعني التعرف على فائدة المشروع، وجدواه، ومقداره، وإن نجاح أي مشروع اقتصادي أو فشله، يتوقف على مدى سلامة وعدم تسرع القرار الذي تتخذه الجهة المسؤولة عن المشروع، وإن وجاهة ودقة القرار المذكور، تتوقف بدورها على مدى توفر البيانات والمعلومات الملائمة والكافية ودرجة دقتها وشمولها لكافة جوانب المشروع الفنية والإدارية والتسويقية والمالية والاقتصادية<sup>1</sup>.

بناء عليه، فإن دراسة الجدوى يجب أن تتضمن العناصر التالية:

- الجدوى الاقتصادية: بموجبها يتم تقدير احتمالات نجاح فكرة المشروع قبل تنفيذه الفعلي.
- الجدوى التسويقية: يدخل في دراستها عدة عناصر من بينها: تسعير المنتجات، ظروف السوق الحالية وسياسات التسويق، تقدير حصة المشروع في السوق...الخ.
- الجدوى المالية: تعتمد دراسة الجدوى المالية على أساس نقدي في تقدير بنود التدفقات النقدية الداخلة والخارجة، من خلال تحديد التكاليف الاستثمارية المتوقعة للمشروعات، تحديد التكاليف الرأسمالية المقدر، تقدير تكلفة تمهيد الأرض...الخ.

أما على مستوى تفويض المرفق العام، يتم دراسة التكاليف المبدئية التي يتطلبها المرفق المراد تفويضه، مثل الأرض والمعدات وغيرها، فضلا عن التكاليف الإدارية الخاصة، ومقارنة هذه التكاليف بين الشخص العام المسؤول عن المرفق، وبين الشخص المفوض له، للوصول إلى مدى تحقيق أسلوب التفويض وفرا للشخص العام أو تجنبه العجز، كما أن الهدف من هذه الجدوى، هو التّحقق من

<sup>1</sup>عثمان ياسر علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، الطبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015، ص. ص. (100، 101).

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

حجم الإيرادات التي يفترض أن يدرّها إليه، ومن ثمّ تغطيتها للتكاليف التي يتطلبها المرفق موضوع محل التفويض<sup>1</sup>.

- الجدوى الفنية والهندسية: تتم بتقدير تكلفتها على ضوء المعلومات المحاسبية المتوفرة، من خلال تقدير تكاليف دراسة الهندسة المدنية والتكنولوجية، وتقدير تكاليف هندسة الصيانة للمباني والآلات والمعدات ووسائل النقل والاتصالات... الخ.

- الجدوى الاجتماعية: يقصد بها معرفة العلاقات التبادلية بين شركة المشروع، التي تلقي على عاتق المجتمع أعباء اجتماعية يتحملها المجتمع نتيجة لإنشاء المشروع، وما يستقيده المجتمع من هذه المشروعات.

- الجدوى القانونية: يقصد بها مدى توفر البيئة القانونية الصالحة لتنفيذ المشاريع، من حيث وجود الإعفاءات، والامتيازات الضريبية، وقوانين حماية الملكية الفكرية وغيرها<sup>2</sup>.

بالنسبة لدراسة جدوى المشروع، نجد أن المشرع الجزائري لم ينص عليها في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على خلاف المشرع الفرنسي الذي اهتم بصورة عامة في قانون الصفقات العامة لسنة 2001، بدراسات الجدوى لإبرام عقود الصفقات العامة، وهذا ما نلاحظه في بعض مواد القانون المذكور آنفاً، مثل المادة 19، التي تناولت موضوع دراسة استقصائية عن تكلفة فوائد العقد، والمادة 52 التي تضمنت دراسة المهارات المهنية والتقنية والموارد المالية للمرشحين الذين يتقدمون إلى التعاقد مع الإدارة، والمادة 132 التي نصت على ما يلي: "يمكن المرصد الاقتصادي للمشتريات العامة إنشاء مجموعات الدراسة المسؤولة عن الأسواق النامية، وبخاصة التوصيات والمواصفات التقنية أو بنوداً من الأدلة التقنية لتيسير أداء المشتريات والعقود العامة، ويتم تحديد تكوين وتنظيم وإجراءات عمل الجماعات أبحاث السوق، بأمر من وزير الاقتصاد"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> حسام الدين بركيبة، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، رسالة دكتوراه (ل. م. د) في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2019/2018، ص. ص. (177، 178).

<sup>2</sup> لمزيد من التفاصيل راجع: زهير مصطفى صالح، مظاهر سلطات الإدارة في عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) - دراسة مقارنة-، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص. ص. 95 وما بعدها.

<sup>3</sup> عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص. 123.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

كان على المشرع، أن يولي لمسألة دراسة الجدوى الاهتمام والجدية، ويؤكد على هذه الدراسة ويؤطرها قانونياً، لأنها طريقة علمية تتصف بالابتعاد عن العشوائية في القرارات، كما أنها تساعد على النظر في احتمال نجاح المشروع أو فشله، وبالتالي توجيه صاحب المشروع إلى التراجع عنه أو إلغاءه قبل الخوض فيه، وتكبد الخسائر، كما أنها تعمل على إعطاء صورة كاملة وشاملة للمشروع، وذلك من عدة جوانب، مالية، فنية، بيئية، اقتصادية واجتماعية...

دائماً وفي إطار الدراسات المسبقة، ننقل كذلك إلى دراسة أخرى، والتي تتعلق بدراسة الملاءمة، فما هو مضمون دراسة الملاءمة الخاصة بالمشروع؟

### 2-1 دراسة الملاءمة الخاصة بالمشروع

تتمحور هذه الدراسة حول قيمة المشروع المراد إنجازه، أي أهميته ومردوديته من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، أي نسبة التكاليف المخصصة له، والفوائد الاقتصادية التي ستجني من وراء تنفيذه.

بالإضافة إلى الدور الاجتماعي للمشروع المراد إنجازه، وهو مجموع الخدمات التي يعمل على تقديمها للمواطنين، ومساهمته في تقليص الأعباء الاجتماعية للدولة.

على هذا الأساس، فإن دراسة الملاءمة ترتبط بدراسة الحصيلة المالية، والمادية التقديرية للمشروع أو البرنامج مع تحديد الأهداف الواجب بلوغها، وآجال الإنجاز مع إبراز الظروف التي يتم فيها إنجاز هذه المشاريع<sup>1</sup>.

إضافة لدراسة الملاءمة الخاصة بالمشروع، ألزم المشرع كذلك المصلحة المتعاقدة على ضرورة مراعاة البعد البيئي قبل إنجاز المشاريع العمومية، من خلال دراسة التأثير على البيئة، في إطار التوفيق بين اعتبارات حماية البيئة، من خلال قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وبين التنمية المستدامة، والتي حظيت باهتمام بالغ الأهمية ضمن منظومة الصفقات العمومية.

<sup>1</sup> سناء منيغر، عبد الغاني بوالكور، " ضبط وتحديد الحاجات بمناسبة إبرام الصفقات العمومية"، المرجع السابق ص.175.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### 3-1 دراسة التأثير على البيئة

إن الحديث عن دراسة التأثير، يعني التحدث عما يسمى بمبدأ الحيطة والحذر، والذي يدخل ضمن مبادئ حماية البيئة، والتي يقصد بها اتخاذ التدابير الفعلية، والمناسبة للوقاية من خطر الأضرار الجسيمة المضرة بالبيئة، وذلك قبل القيام بأي مشروع أو نشاط<sup>1</sup>.

على هذا الأساس، فإن دراسة التأثير يمكن أن تعرّف على أنها: ترجمة إجرائية وتقنية بأخذ الوعي المضاعف للمتطلب، يفرض أن الأشغال أو الأعمال أو المشاريع والنشاطات، التي تتطلب رخصة أو مصادقة، وجب أن تكون مرفقة بدراسة خاصة للتأثير، تسمح بتقدير وتقييم آثارها على البيئة، فهي دراسة تهتم أساسا بالنتائج المتوقعة لبعض النشاطات البشرية على البيئة<sup>2</sup>.

نظرا لأهمية دراسة التأثير على البيئة، نجد أن المشرع الجزائري قد أكد على هذه الدراسة من خلال القانون رقم 10/03، المتعلق بحماية البيئة<sup>3</sup>، وضمّنته مختلف نصوص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث ألزم المصلحة المتعاقدة بضرورة إدراج الاعتبارات البيئية على

---

<sup>1</sup> حورية جاوي، " حماية البيئة في إطار الصفقات العمومية"، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، المجلد 03 العدد 01، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2015، ص.29.

أنظر الموقع الإلكتروني: [https://www.asjp.cerist.dz]، تاريخ الاطلاع: 2016/02/20.

<sup>2</sup> ياسين بوشارب، الصفقات العمومية والبيئية، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص: قانون البيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2018/2017، السنة الجامعية 2018/2017، ص.59.

<sup>3</sup> القانون رقم 10/03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية، العدد 43، الصادرة في 20 جويلية 2003.

- نصت المادة 15 من القانون رقم 10/03، على أن: "تخضع مسبقا وحسب الحالة لدراسة التأثير أو لموجز التأثير على البيئة مشاريع التنمية والهياكل والمنشآت الثابتة والمصانع والأعمال الفنية الأخرى وكل الأعمال وبرامج البناء والتهيئة التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة فورا أو لاحقا على البيئة، لاسيما على الأنواع والموارد والأوساط والفضاءات الطبيعية والتوازنات الإيكولوجية وكذلك على إطار ونوعية المعيشة، تحدد كيميائيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

مستوى الصفقات العمومية، من خلال الإشارة إلى البنود المتعلقة بحماية البيئة والتنمية المستدامة<sup>1</sup> ضمن شروط تنفيذ الصفقة، وكذلك على مستوى معايير انتقاء المترشحين<sup>2</sup>.

كما أن دراسة الجدوى المتعلقة بعقود تفويض المرفق العام، باتت تشمل تقييم التأثير البيئي لهذا النوع من المشاريع، فدراسة التأثير البيئي، لا يجب أن تقتصر على دراسة المنفعة والتكاليف بل يتطلب الأمر منهجية جديدة قائمة على حساب المنفعة والتكاليف والبيئة، بمعنى الأخذ بالحسبان الموارد المستهلكة، وتكلفة إصلاح الأضرار البيئية الناتجة عن تشغيل المرفق، وصولاً إلى حساب الناتج الإجمالي لمشروع المرفق (تقدير تكاليف البيئة)<sup>3</sup>.

على غرار المشرع التونسي، الذي نص في القسم الرابع على الصفقات العمومية المستدامة والذي أوجب في الفصل 19 منه، على ضرورة تضمين الصفقة لشروط تنفيذها على جوانب ذات صبغة اجتماعية وبيئية تأخذ بعين الاعتبار أهداف التنمية المستدامة، يتم تضمين هذه الشروط بإعلان الدعوة إلى المنافسة وكراسات الشروط المتعلقة بالصفقة<sup>4</sup>.

مما سبق، على الرغم من أهمية إدراج الاعتبارات البيئية في الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، حتى تحقق نوعاً من التوازن بين متطلبات تحقيق التنمية المستدامة وحماية البيئة ضمن منظومة الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، إلا أننا لاحظنا من خلال نصوص المرسوم الرئاسي رقم 247/15 (السالف ذكره)، مجرد إشارات لفكرة البعد البيئي، هذا من جهة.

<sup>1</sup> نصت المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "...ويجب أن تحتوي الصفقة العمومية فضلاً عن ذلك، على البيانات التكميلية الآتية: البنود المتعلقة بحماية البيئة والتنمية المستدامة...". المصدر السابق.

<sup>2</sup> نصت المادة 02/78 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "... تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية: ... الطابع الجمالي والوظيفي، ... والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة...". المصدر السابق.

<sup>3</sup> حسام الدين بركبية، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، المرجع السابق، ص.178.

<sup>4</sup> أنظر الفصل 19 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014، المؤرخ في 13 مارس 2014، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادر في 18 مارس 2014، المعدل والمتمم بالأمر الحكومي، عدد 416 لسنة 2018، الصادر في 11 ماي 2018، العدد 38.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

من جهة أخرى، لا بد إلزام المصلحة المتعاقدة بوضع شروط ومواصفات تتعلق بحماية البيئة ضمن مختلف مراحل إعداد الصفقة على مستوى تحديد الحاجات، وفي دفتر الشروط، وضمن معايير اختيار المتعامل المتعاقد.

كما أننا نلاحظ، أن المشرع لم تتضمن نصوصه على عقوبات إدارية وجزائية في حالة عدم مراعاة المصلحة المتعاقدة للبعد البيئي في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، إذ لا بد من إدراج الاعتبارات البيئية في مرحلة إعداد وإبرام الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام بل يمتد ذلك إلى مرحلة التنفيذ، من خلال ضرورة حرص المشرع على وضع آليات لمراقبة مدى احترام المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها لاعتبارات ومتطلبات حماية البيئة عند تنفيذ هذه العقود سواء عن طريق الرقابة الإدارية أو عن طريق توقيع الجزاءات الإدارية.

بعد تطرقنا إلى مختلف الدراسات التي تسبق أي مشروع، نصل إلى المرحلة الأخيرة من الدراسات المسبقة والمتمثلة في الدراسات المتعلقة بنضج المشروع.

### 1-4 الدراسات المتعلقة بنضج المشروع

يقصد بالدراسات المتعلقة بنضج المشروع، "مجموع الدراسات التي تساهم في التأكد أنه من شأن هذا المشروع المساهمة في التطور الاقتصادي والاجتماعي على المستوى الوطني أو الجهوي أو المحلي، وأن الأشغال المتعلقة بإنجازه مهيأة للانطلاق في الظروف المثلى للتكلفة والأجال"<sup>1</sup>.

كما يجب أن يكون أي مشروع أو برنامج للتجهيز ممركا كان أو غير ممركا، محلا لدراسة بعنوان ميزانية الدولة للتجهيز، والتسجيل للدراسة عبارة عن مرحلة تسبق مرحلة ثانية وهي مرحلة التسجيل للإنجاز، بمعنى أن المشروع لا يمكن أن يسجل للإنجاز، إلا إذا سبق تسجيله للدراسة<sup>2</sup>، وهذا

<sup>1</sup> المادة 03/06 من المرسوم التنفيذي رقم 148/09، المؤرخ في 02 ماي 2009، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 227/98 المؤرخ في 13 جويلية 1998، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، الجريدة الرسمية، العدد 26، الصادرة في 03 ماي 2009.

<sup>2</sup> سناء منيغر، عبد الغاني بوالكور، " ضبط وتحديد الحاجات بمناسبة إبرام الصفقات العمومية"، المرجع السابق ص. 176.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

منطقي لأن الدراسة تسبق التسجيل للإنجاز، وهذا ما تناولته المادة 02/06 من المرسوم التنفيذي رقم 148/09، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز<sup>1</sup>.

تتم دراسات النضج لمشروع تجهيز عمومي على ثلاث مراحل متتالية:

1- الدراسات التحديدية.

2- الدراسات الخاصة بإمكانية تنفيذ المشروع.

3- الدراسات الخاصة بتحضير إنجاز المشروع وطريقة استغلاله<sup>2</sup>.

### 2- اكتساب الأرضية

يتطلب القانون أن تكون المصلحة صاحبة المشروع مالكة للأرضية المراد إنجاز المشروع

عليها ويتم اكتساب أو الحصول على الأرضية، وفقا للقانون بإحدى الطرق التالية:

أ- التراضي (ال شراء -التبادل -الهبة).

ب- إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية<sup>3</sup>.

بعد استيفاء كل مراحل تحديد الدراسات المسبقة عبر مختلف آلياتها، مروراً إلى إجراءات

اكتساب الأرضية، أخيراً تتم عملية تسجيل المشروع.

### 3- تسجيل المشروع ضمن قائمة المشاريع القابلة للإنجاز

تباشر المصالح المتعاقدة بعد تمام عملية الدراسات الأولية، إجراءات تسجيل المشروع لدى

المصالح الإدارية المختصة، كي يصبح محل دعوة للتعاقد في إطار الصفقات العمومية لاحقاً، وهو ما

يكتسي أهمية بالغة بالنسبة للمحافظة على المال العام، كون أن إجراءات التسجيل تتطلب القيام

<sup>1</sup> نصت المادة 02/06 من المرسوم التنفيذي رقم 148/09، على أن: "... لا يمكن أن تعرض للتسجيل بغرض الإنجاز بعنوان ميزانية الدولة للتجهيز إلا برامج ومشاريع التجهيز الممركزة التي بلغت النضج الكافي الذي يسمح بالانطلاق في إنجازها خلال السنة..."، المصدر سابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 04/06 من المرسوم التنفيذي رقم 148/09، المصدر السابق.

للمزيد من التفاصيل راجع:

- سناء منيغر، عبد الغاني بوالكور، " ضبط وتحديد الحاجات بمناسبة إبرام الصفقات العمومية"، المرجع السابق ص.176 وما بعدها.

<sup>3</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.95.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

بإجراءات قانونية، تتوج بمنح المصالح المتعاقدة رخصة لتنفيذ المشروع، وذلك بعد التأكد من أن المشروع الذي سيتم إنجازه، هو مشروع جدي سيعود بالنفع على المواطنين، مما يشكل مبررا لتمويل إنجازه بالمال العام<sup>1</sup>.

وعليه، تتم عملية تسجيل المشاريع العمومية، وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 227/98 المتعلق بنفقات التجهيز للدولة (المعدل والمتمم)<sup>2</sup>، ويتم تمويل المشروع من طرف ميزانية الدولة حيث أن النفقات العامة للتجهيز، وكذا النفقات العامة للتسيير، تسجل جميعها بميزانية الدولة تحت شكل ترخيصات برامج (A.P)، وتنفذ بواسطة قروض (C.P)<sup>3</sup>.

من خلال ما سبق، يمكننا القول بأن مرحلة تحديد الحاجات -قبل الدعوة إلى التعاقد- تعتبر مرحلة أساسية تتحكم في الطلب العمومي، وكما أن مسألة تحديد الحاجات العمومية هي من صلاحيات المصلحة المتعاقدة، أي الإدارة المعنية بإبرام الصفقة، هذا من جهة.

من جهة أخرى، تعد هذه المرحلة من أهم الضمانات التي وضعها المشرع لحماية المال العام من كل أشكال الإسراف والتبديد التي طغت على مختلف تعاقدات الهيئات والمصالح العمومية في الدولة، وهو المقصد الأساسي لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

في سياق ذلك، ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة على ضرورة تحديد الحاجات قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية، استنادا على مواصفات تقنية دقيقة وواضحة، من أجل تحقيق مبدأ الشفافية في الإجراءات، وضمان عدم وجود حالة من اللاتوازن بين الموارد والحاجات، إلا أنه على الرغم من تأكيد المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على فكرة ترشيد النفقات في الصفقات العمومية، من خلال النص على ضرورة شفافية الإجراءات التمهيدية ونزاهتها، نجده قد أورد استثناءات

<sup>1</sup> حمزة خضري، " الإجراءات السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 04، العدد 03، المركز الجامعي، تمنراست، الجزائر، ص.60.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 227/98، المؤرخ في 13 جويلية 1998، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 148/09 المؤرخ في 02 ماي 2009، يتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، الجريدة الرسمية، العدد 26، الصادرة في 03 ماي 2009. -يجدر بنا الإشارة إلى أن المشرع قد أصدر المرسوم التنفيذي رقم 403/20، المؤرخ في 29 ديسمبر 2020، الذي يحدد شروط نضج وتسجيل البرامج، الجريدة الرسمية، العدد 80، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 318 /23 المؤرخ في 06 سبتمبر 2023 الجريدة الرسمية، العدد 60، الصادرة في 13 سبتمبر 2023.

<sup>3</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.96.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

على مرحلة تحديد الحاجات، فيما يخص الصفقات العمومية ذات الطابع السري والصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار، وفي حالة الصفقات التي تتطلب إجراءات خاصة في حالة الاستعجال الملح.

كما ألزمها المشرع كذلك بتحديد الحاجات من حيث الكم، وعدم تجزئة الحاجات المتجانسة بالنسبة للوازم والخدمات، وكذا عدم تجزئة عملية الأشغال من أجل تقادي اتباع الإجراءات الشكلية مما يؤدي بالمصلحة المتعاقدة إلى ضمان تحقيق حرية الوصول للطلبات من طرف المتعاملين. إضافة إلى ما سبق، ألزم المشرع أيضا المصلحة المتعاقدة بألا تكون المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد، مما يضمن منافسة حرة ونزيهة، وإبرام صفقات عمومية على مستوى عال من الجودة والمردودية.

الملاحظة الأخيرة، التي سجلناها من خلال تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، خاصة فيما يخص مرحلة تحديد الحاجات، على الرغم من أهميتها، إلا أننا نجد المشرع لم يبين الجزاء المترتب على سوء تحديد الحاجات من طرف المصلحة المتعاقدة. في نفس السياق، وفي إطار القيود التي ترد على الحرية التعاقدية للإدارة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي تلزم الإدارة باستيفائها قبل إتمام عملية التعاقد نجد كذلك قيد آخر يتمثل في ضرورة توافر الاعتماد المالي.

### الفرع الثاني: توافر الاعتماد المالي

تحتاج الصفقة العمومية سواء كانت صفقة أشغال أو اقتناء لوازم أو خدمات أو دراسات إلى غلاف مالي تدفعه الإدارة للمتعاقد معها، لذلك فإن أول خطوة ينبغي القيام بها، هو اتباع جملة من الإجراءات التحضيرية اللازمة بغرض توفير الجانب المالي للصفقة.

أما بالنسبة لاتفاقيات تفويض المرفق العام، ففكرة توافر الاعتماد المالي، تختلف عن تلك المتعلقة بالصفقات العمومية، والمنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، لأن الصفقات العمومية هي عبارة عن نفقة، وبالتالي فكل العقود التي من شأنها أن تتطلب نفقة ملقاة على عاتق الإدارة المتعاقدة تقتضى أن يكون لها اعتمادات محددة في الميزانية، يمكن أن تصرف وتغطي النفقة

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

بمعنى أن لكل منها اعتماداتها السنوية، والتي لا يجوز الترخيص بصرفها إلا من قبل الأجهزة المختصة قانوناً<sup>1</sup>.

أما تفويض المرفق العام، فهو يشكل إيرادات للدولة، حيث أنه إذا كان المرفق يحقق إيرادات كافية لتغطية تكاليف الاستغلال، فإن السلطة المفوضة تختار أسلوب الامتياز.

أما إذا كانت إيرادات استغلال المرفق العام غير كافية لتغطية التكاليف، فتختار السلطة المفوضة أسلوب الوكالة المحفزة أو التسيير، إذ يحصل المفوض له مقابل تشغيله للمرفق على أجر يغطي نفقات تشغيل المرفق العام، ويحقق له أرباح، إضافة إلى علاوات ومنح تعطى له، ترتبط مباشرة بنتائج الاستغلال كمحفز له لتحسين جودة ونوعية الخدمة<sup>2</sup>.

أما إذا كانت إيرادات المرفق العام ضخمة تكفي لتغطية تكاليف التشغيل، وتزيد عليها، فإن السلطة المفوضة تختار في العادة أسلوب الإيجار، إذ يلتزم المفوض له بدفع بدلات الإيجار لصاحب التفويض مقابل استغلاله للمرفق<sup>3</sup>.

بمعنى أنه لا بد من إجراء مقارنة بين الإيرادات التي يمكن أن تتحقق في حال إدارة الشخص العام للمرفق بنفسه، وتلك التي يمكن أن تتحقق من قبل شخص آخر من ناحية ما قد يوفره الطرف الآخر من أرباح، فإن ذلك يشكل مبرر من مبررات اللجوء إلى تقنية تفويض المرفق العام.

على هذا الأساس، لا بد من تعريف الاعتماد المالي (أولاً)، ثم نتطرق إلى شروط منح الاعتماد المالي (ثانياً).

### أولاً: تعريف الاعتماد المالي

عرّف الاعتماد المالي، على أنه: " ترخيص من السلطة التشريعية للجهة الإدارية في استخدام هذا الاعتماد في الغرض الذي خصص له".

<sup>1</sup> علي الحسن، إنصاف محمد، " القيود الواقعة على حرية الإدارة عند إبرامها لعقودها"، مجلة جامعة البعث، المجلد 39 العدد 32، سوريا، 2017، ص.30.

<sup>2</sup> سمية سلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه (ل. م. د) في الحقوق تخصص: قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة الجامعية 2021/2020 ص.170.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص.171.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

وعلى ذلك، فإن الاعتمادات المالية: "تعتبر موافقة ضمنية من جانب البرلمان في إبرام العقود التي تراها الإدارة ضرورية لسير المرفق العام، وهي تبرم بمحض إرادة السلطة الإدارية دون أن يكون للسلطة التي رصدت الاعتماد المالي أي دور في إبرام هذه العقود، إذ يقتصر دورها على رصد الاعتمادات المالية"<sup>1</sup>.

بما أن الإدارة هي الجهاز المخول لتنفيذ المشاريع والإعداد لها، وعلى هذا الأساس فلكي تتمكن من القيام بذلك عليها الحصول على الغلاف المالي، هذا الأخير الذي لا يمنح إلا وفقا لشروط معينة.

لهذا سنتطرق في العنصر الموالي مباشرة إلى شروط منح الاعتماد المالي.

### ثانيا: شروط منح الاعتماد المالي

يتم ضمان التمويل بشكل عام إما من خلال رخصة برنامج، ومخصصات الدفع المقابلة لعمليات الاستثمار العام أو من خلال اعتمادات الميزانية المخصصة لنفقات التجهيز<sup>2</sup>.  
إذ أن الوعاء المالي للصفقة يرصد على حساب الاعتماد المالي للدولة، وأحيانا أخرى يقيد ويحسب من ميزانية الإدارة المعنية أو ما يسمى بميزانية القطاع<sup>3</sup>.

يتم منح الاعتماد المالي، وفقا للشروط التالية:

**1- موضوع الاعتماد:** حيث يحدد الترخيص المالي (الاعتماد)، الموضوع الذي يجب أن تبرم لأجله التصرفات القانونية بشكل دقيق، وبالتالي فإنه عند إبرام عقد أشغال معين أو عقد توريد محدد، فإن النفقة الناتجة عن هذا العقد أو ذلك، يجب أن نجد مكانا لها في موضوع الاعتماد، وهذا يعني أن البرلمان - عن طريق الاعتماد المذكور في فصل من فصول الموازنة - يعطي الترخيص للحكومة لكي تنجز التصرفات القانونية الضرورية للتنفيذ الجيد للمرافق الذي خصص له الاعتماد وهذا الترخيص لا يمكن أن يستخدم إلا لأجل هذا الموضوع، ولا يمكن أن يستخدم إطلاقا في سبيل موضوع آخر، تحت طائلة عدم مشروعية النفقة المرصودة للعقد.

<sup>1</sup> ليث رافع خلف، يعرب نائر حبيب، المرجع السابق، ص. ص. (253، 254).

<sup>2</sup> Brahim Boulifa, op .cit, p.134

<sup>3</sup> هجيرة سراط، المرجع السابق، ص.55.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

2- **قيمة الاعتماد:** عندما يتم إعطاء الترخيص المالي من جانب البرلمان (أو المجلس المحلي في حالة وحدات الإدارة المحلية)، فإن هذا الترخيص يعين القيمة العليا، التي لا يجوز للسلطة الإدارية المختصة أن تتجاوزها عند إنجاز التصرفات القانونية (العقود خصوصاً)<sup>1</sup>.

وعليه، فإن الإدارة عندما تقدم على إبرام العقود، فإنه لا يكفي أن تتحقق من أن موضوع العقد الذي يراد إبرامه يقع ضمن فصل من فصول الميزانية، بل يجب أن تتقضى عن مدة الاستخدام السابق للاعتماد، وعن عدم استفادته عن طريق إبرام عقود أو تصرفات قانونية سابقة.

3- **مدة الاعتماد:** الترخيص المالي الصادر عن البرلمان أو عن المجالس المحلية، حسب الحال يحدد بشكل دقيق جداً المدة الزمنية التي يجب أن يستخدم خلالها هذا الترخيص أو الاعتماد المفتوح، وتكون هذه المدة عادة سنة، والاعتمادات التي لا يتم استخدامها خلال هذه الفترة تلغى بقوة القانون، وينتج عن هذه القاعدة، أن السلطة الإدارية المختصة لن تستطيع إجازة اعتماداً مفتوحاً لسنة محددة من جانب البرلمان أو أحد المجالس المحلية في سبيل إبرام عقود تابعة لسنة أخرى، ويطلق على هذه القاعدة تسمية خصوصية الاعتماد من حيث الزمان<sup>2</sup>.

لكن في الواقع قد نجد النفقات الناتجة عن الصفقات العمومية، يمكن أن تحيد في كثير من الأحيان عن مبدأ سنوية الميزانية، خاصة بالنسبة للمشاريع الكبرى والاستثمارات الاقتصادية، لذلك نجد الجزائر قد اعتمدت صيغة تراخيص البرنامج<sup>3</sup>.

دائماً وفي إطار ضرورة توافر الاعتماد المالي، فإنه لا بد من التمييز بين الحصول عليه بالنسبة للهيئات المركزية والهيئات الأخرى كالتالي:

<sup>1</sup> مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري - دراسة مقارنة -، الطبعة 02، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2013، ص. ص. (463، 464).

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص. 464.

<sup>3</sup> يقصد بعقد البرنامج أو كما كان يصطلح عليه بعقد الخطة بموجب نص المادة 16 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10، وهو نوع من أنواع الصفقات العمومية، يأخذ شكل اتفاقية مكتوبة سنوية أو متعددة السنوات، تحدد طبيعة الخدمات الواجب تأديتها وأهميتها والموقع، ومبلغ العقد، وبرنامج إنجازها، يمكن أن يتداخل عقد البرنامج في سنتين ماليتين أو أكثر، ويتم تنفيذه من خلال صفقات تطبيقية، أنظر:

- بدرة لعور، "الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مداخلة أقيمت بمناسبة اليوم الدراسي الموسوم بـ "التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، المنعقد يوم: 17 ديسمبر 2015، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص. 18.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### 1- الحصول على الاعتماد بالنسبة للهيئات المركزية والجماعات الإقليمية

إن الصفقات التي تبرمها الوزارات يتم رصدها في حساب الميزانية السنوية أو التكميلية للدولة في حال عدم كفاية الاعتماد الممنوح لها في الميزانية الأولية، وبالتالي يتم إعداد ملف الصفقة من قبل الوزارة المعنية بالتنسيق مع وزير المالية، وفي حالة اشتراك مجموعة من الوزارات في موضوع الصفقة، فيتم رصد لكل وزارة اعتماد، حسب جزء الصفقة الممنوح لها وهنا يمنح لوزير المالية صفة الأمر بالصرف<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للولاية، يكون تمويل الصفقات التي تقوم بها، عن طريق رصد الاعتماد لها من خلال ميزانية الدولة، اعتباراً أن المشروع ذو نفع عام، كأن يتعلق الأمر بإنجاز إقامة جامعية أو فضاء بيداغوجي بـ5000 مقعد، ففي هذه الحالة ينبغي إعداد ملف كامل بالتنسيق بين مصالح وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ومصالح وزارة المالية ومصالح أخرى ذات العلاقة من أجل الحصول على الاعتماد المالي<sup>2</sup>.

إذا سجلت العملية أو المشروع رسمياً، ورصدت له المصالح المختصة مبلغاً مالياً للصفقة المتعلقة بإنجاز إقامة جامعية أو فضاء بيداغوجي، صار للوالي المختص إقليمياً صفة الأمر بالصرف فيما يخص هذه الصفقات، وذات الأمر يتبع بالنسبة لإنجاز المستشفيات، ومراكز التكوين المهني والملاعب وغيرها من المرافق العامة<sup>3</sup>.

أما فيما يتعلق بالبلدية، فنجد طريقتين للتمويل خارجي وداخلي، ففي الحالة الأولى، يرصد الاعتماد عن طريق ميزانية الولاية، ويكون للوالي صفة الأمر بالصرف، ومثال ذلك إنشاء وحدة للحماية المدنية، ففي هذه الصفقة لا تملك البلدية الموارد الكافية من أجل إنجاز هذا المشروع، أين تلجأ إلى الاعتمادات المالية للولاية.

كما قد تمول صفقات هذه البلدية عن طريق الصندوق المشترك للتنمية المحلية، المتواجد على مستوى الولايات، والخاص بإعانة البلديات وتمويل المشاريع ذات الصلة المباشرة بالجمهور كإنشاء

<sup>1</sup> هجيرة سراط، المرجع السابق، ص.56.

<sup>2</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.240.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص.240.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

مكتبات أو فضاءات اللعب للأطفال...، وذلك من أجل ضمان توزيع عادل وأمثلة للمال العام، ورفع الضرر عن المواطنين، وهنا يأخذ الوالي المختص إقليمياً صفة الأمر بالصرف، وذلك بالتنسيق مع البلديات المعنية والهيئة المشتركة لتنمية البلديات<sup>1</sup>.

بالنسبة للحالة الثانية المتعلقة بالتمويل الذاتي من الميزانية الخاصة، فنجد أن المشرع أشار إلى ذلك في قانون البلدية رقم 10/11<sup>2</sup>، وهي تتعلق بالبلديات التي تحقق فائضاً في الواردات السنوية وذلك عن طريق إعداد مشروع ميزانية أولية قبل بدء السنة المالية<sup>3</sup>.

**2- الحصول على الاعتماد المالي بالنسبة للهيئات الأخرى:** إن الهيئات الأخرى المتمثلة في الإدارات العامة والمؤسسات والهيئات العامة ذات الطابع الإداري، خصص لها المشرع في الميزانية السنوية للدولة، اعتمادات وأموالاً ترصد للمشاريع التي تقوم بها، وذلك بناء على الأهداف المسطرة لتنميتها وتطويرها، ويخصص لكل قطاع ميزانية سنوية، حيث أن مختلف الهيئات والمؤسسات الإدارية لا تعلن عن طلب العروض، إلا في حالة حصولها على الغلاف المالي المدرج في الميزانية، لاقتناء التجهيزات اللازمة، وفي حالة تمويلها عن طريق ميزانية القطاع، يصبح لرئيس المؤسسة أو رئيس الهيئة الإدارية هو المختص بالتوقيع على الصفقة، وله صفة الأمر بالصرف<sup>4</sup>.

انطلاقاً من شروط منح الاعتماد المالي المذكورة أعلاه، فما هو الأثر القانوني المترتب عن مخالفة قيد الاعتماد المالي؟

<sup>1</sup> هجيرة سراط، المرجع السابق، ص. ص. (56، 57).

<sup>2</sup> القانون رقم 10/11، المؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد 37، الصادرة في 03 جويلية 2011.

<sup>3</sup> نصت المادة 164 من القانون رقم 10/11، على أن: "يعد مشروع ميزانية أولية قبل بدء السنة المالية، وتتم موازنة النفقات والإيرادات خلال السنة المالية بناء على نتائج السنة المالية السابقة بواسطة ميزانية إضافية. تأخذ الاعتمادات المصوت عليها بصورة منفردة في حالة الضرورة، وبصفة استثنائية اسم "الاعتمادات المفتوحة مسبقاً" قبل التصويت على الميزانية الإضافية، واسم "الترخيصات الخاصة" بعد التصويت على هذه الميزانية، وتكون هذه الاعتمادات محددة بشرط توفر موارد جديدة"، المصدر السابق.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص. 58.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### ثالثاً: جزاء مخالفة قيد الاعتماد المالي

الإدارة لا تستطيع التعاقد أو إجراء أي تصرف يترتب عليها التزامات مالية، ما لم يتوفر لديها الاعتماد المالي اللازم، كذلك تلتزم الإدارة بعدم تجاوز حدود هذا الاعتماد المالي، ويترتب على مخالفة الإدارة لهذا الالتزام مسؤوليتها القانونية<sup>1</sup>.

في نفس السياق، قضى مجلس الدولة في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ثنية الأحد ضد (ز. د)، بعدم جواز البلدية الشروع في أشغال لا تتوفر مسبقاً على الاعتمادات الكافية وذلك طبقاً لمقتضيات المادة 58 من القانون رقم 21/90، المؤرخ في 15/08/1990، المتعلق بالمحاسبة العمومية وللمواد 05، 06، 07، 09 من المرسوم التنفيذي رقم 414/92، المؤرخ في 14/11/1992 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها<sup>2</sup>.

ومن المسلم به أيضاً أن علم المالية العامة مستقل عن القانون الإداري، ويترتب على استقلال قانون المالية عن القانون الإداري النتائج الهامة الآتية:

1- عدم حصول جهة الإدارة على الاعتماد المالي، لا يترتب عليه بطلان العقد، فإذا أبرمت جهة الإدارة عقداً إدارياً دون أن توفر الاعتماد المالي اللازم له، فقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري على أن مخالفة جهة الإدارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالي، لا يترتب عليه بطلان العقد بل يظل العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره متى توافرت أركانه الأخرى، وذلك حماية للمتعاقد مع الإدارة الذي لا يعلم بمسألة الاعتماد المالي، لأنها من الأمور الدقيقة التي يتعذر عليه معرفتها حتى لا يعزف الجميع عن التعاقد مع جهة الإدارة، خوفاً من بطلان تصرفاتها لعدم توافر الاعتماد المالي، ومن ثم الإضرار بالمصلحة العامة، المتمثلة في استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> علي حمزة عباس الغانمي، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، الطبعة 01، دار السنهوري، لبنان، 2016، ص.19.

<sup>2</sup> أنظر القرار رقم 020289، المؤرخ في 12 جويلية 2005، قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ثنية الأحد ضد (ز. د)، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2007، ص.86.

<sup>3</sup> شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص. 155.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

2- إذا توافر الاعتماد المالي، فإن جهة الإدارة لا تكون ملزمة بالتعاقد، فيكون لها العدول عن عملية التعاقد إذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك، فتوافر الاعتماد المالي، هو بمثابة تصريح للإدارة بالتعاقد، أي أن لها حرية الاختيار في أن تتعاقد أو لا تتعاقد<sup>1</sup>.

على هذا الأساس، ألزم المشرع المصالح المتعاقدة بالحصول على تأشيرة المراقب المالي قبل الشروع في تنفيذ المشاريع والعمليات الممولة كلياً أو جزئياً بميزانية الدولة، بما في ذلك الصفقات العمومية<sup>2</sup>.

بناء على ما سبق، نستنتج أن المصلحة المتعاقدة بالرغم من إلزامها المشرع مسبقاً بضرورة توافر الاعتماد المالي لتمويل الصفقة، إلا أنه لا ينفي من وجود مجال للحرية والسلطة التقديرية للإدارة في مجال إبرام العقد أو العدول عنه، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، لأنه لا يترتب التزام على الإدارة بإبرام الصفقة إلا إذا عبرت الإدارة عن إرادتها باستخدام الاعتماد، من أجل تحقيق الهدف الذي خصص لأجله.

في إطار ضمان الشفافية عند إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، ألزم القانون كذلك على الإدارة إجراءات وآليات أخرى، حيث اشترط عليها بالإعداد المسبق لدفاتر الشروط، وهذا ما سنتناوله في العنصر الموالي.

### الفرع الثالث: سلطة المصلحة المتعاقدة في إعداد دفاتر الشروط بإرادتها المنفردة

تعتبر دفاتر الشروط حجر الأساس في إبرام الصفقات العمومية، إذ تعتبر بمثابة المرجع الذي يستند عليه في كل مرة، وذلك لما تحتويه دفاتر الشروط من الجوانب الخاصة بكل صفقة لاسيما الجانب التقني والقانوني<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> علي الحسن، إنصاف محمد، المرجع السابق، ص.32.

<sup>2</sup> سمية سلامي، " الإجراءات السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15 " مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، العدد 04، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020، ص. ص. (49، 50).

<sup>3</sup> خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، (دون طبعة)، دار الخلدونية، الجزائر 2017، ص.30.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

وقد خص المشرع أحكام دفاتر الشروط في القسم الثالث من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 (السالف ذكره)، حيث أشار في ذلك على أن دفاتر الشروط المحيئة دورياً، توضح الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، وكما بين أشكالها<sup>1</sup>. بالمقابل، وبالنسبة لدفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام، فقد أشار إليه المشرع في القسم الأول من الفصل الثاني (إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام)، تحت عنوان (صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام) في المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، حيث تضمن دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام، البنود التنظيمية والبنود التعاقدية، التي يجب أن توضح كفاءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها، وكما بين المشرع مشتملاته.

لهذا سنتناول في هذا العنصر مفهوم دفاتر الشروط (أولاً)، ثم يليها أنواعها (ثانياً).

### أولاً: مفهوم دفتر الشروط

نظراً لأهمية دفتر الشروط كمرجع من المراجع التي تحكم كل من الصفقات وتفويض المرفق العام، فإن الإدارة تتمتع بالحرية الكاملة في وضع بنود دفتر الشروط، وهو مظهر من مظاهر ممارسة امتيازات السلطة العامة، على أساس أن بنود دفتر الشروط تضعها المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، وبالتالي لا يجوز للمتعاقد المتفاوض بشأنها أو طلب تعديلها.

وعليه يجدر بنا الأمر، التطرق إلى تعريف دفتر الشروط، خصائصها، ثم تليها الطبيعة القانونية لدفتر الشروط، أنواع دفتر الشروط.

### 1- تعريف دفتر الشروط

بالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والمرسوم التنفيذي رقم 199/18 نجد أن المشرع لم يعرّف دفتر الشروط، بل اكتفى بالنص على ضرورة أن يتضمن كل إعداد للصفقة أو تفويض المرفق العام إعداداً لدفاتر الشروط.

لكن هناك عدة محاولات فقهية لتعريف دفتر الشروط، فحسب الأستاذ عمار عوابدي، عرّفه على أنه: "عبارة عن وثائق إدارية ومكتوبة ومعدة مقدماً، تشتمل على شروط العقود الإدارية من شروط الإبرام والانعقاد وشروط التنفيذ".

<sup>1</sup> أنظر المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

أما الأستاذ ناصر لباد، فعرفه على أن: "دفتـر الشروط بأنه دفتـر يحتوي على التزامات كل من الطرفين وحقوق كل منهما، وهو يعتبر نصوص لائحية، محدّدة بقرار إداري غير قابل للمناقشة ودفتـر الشروط هو من وسائل القانون العام"<sup>1</sup>.

كما عرّف الدكتور عمار بوضياف، دفتـر الشروط على أنه: " يقصد به الوثيقة الرسمية التي تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، تحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها وكيفيات اختيار المتعاقد معها، فالإدارة حين تتولى إعداد دفتـر الشروط في كل صفقة عمومية تستغل خبراتها الداخلية المؤهلة، وتجند كل إطاراتها المعنيين من أجل الوصول إلى إعداد دفتـر شروط يحقق الأهداف المسطرة"<sup>2</sup>.

إضافة لهذه التعاريف، عرّفها أيضا الأستاذ محمد الصغير بعلي على أن: "دفاتـر الشروط عبارة عن وثائق تتضمن مجموعة من القواعد والأحكام، التي تضعها الإدارة مسبقا بإرادتها المنفردة بما لها من امتيازات السلطة العامة حتى تنطبق على عقودها الإدارية وصفقاتها العمومية مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة"<sup>3</sup>.

بالرجوع لنص المادة 01/13 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، نلاحظ أن المشرع أشار إلى مضمون دفتـر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام، والذي يتضمن شروطا تنظيمية وشروطا تعاقدية، إذ يجب على السلطة المفوضة من خلالها توضيح كيفيات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها.

من خلال مختلف التعاريف السابقة، نستنتج أن جُلّها تشترك في كون دفتـر الشروط، هو عبارة عن وثائق تتضمن مجموعة من الشروط التنظيمية المحددة بصورة دقيقة ومفصلة في مجال الصفقات العمومية، والتي تضعها المصلحة المتعاقدة مسبقا بإرادتها المنفردة، ومجموعة من الشروط التعاقدية والتنظيمية بالنسبة لدفتـر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام.

<sup>1</sup> عمار عوابدي، القانون الإداري، (دون طبعة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص.215.

<sup>2</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.242.

<sup>3</sup> محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، (دون طبعة)، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص.48.

## 2- خصائص دفتر الشروط

تمتاز دفاتر الشروط بمجموعة من الخصائص، نذكر منها ما يلي:

أ- أنها تمكن الأشخاص المتعاقدين مع المصلحة المتعاقدة من الإلمام بالقواعد، التي ستطبق على علاقاتهم بالإدارة، باعتبار أن هذه الدفاتر تحدد حقوق والتزامات المتعاقدين المالية، والإدارية والتقنية بشكل دقيق ومفصل.

ب- إن وجود دفاتر الشروط يجعل عملية إعداد الصفقة العمومية تتسم بالبساطة، خاصة بالنسبة للموظفين المكلفين بمهمة تقرير الشروط الخاصة والضرورية، التي من شأنها تحديد الأشغال أو التوريدات أو الخدمات... الخ محل التعاقد تحديداً دقيقاً.

ت- يجسد دفتر الشروط مظهراً من مظاهر ممارسة امتيازات السلطة العامة، لأن المصلحة المتعاقدة عندما تضع شروطاً ما في دفتر شروط معين، لا يجوز للمتعاقد التفاوض بشأنها أو طلب تعديلها<sup>1</sup>.

بعد تطرقنا إلى خصائص دفتر الشروط، يستوجب منا الأمر كذلك إلى تبيان الطبيعة القانونية لدفتر الشروط نظراً للاختلافات الفقهية بشأنها.

### ثانياً: الطبيعة القانونية لدفتر الشروط

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط الإدارية، فيما إذا كانت الشروط التي تحتويها ذات طبيعة تعاقدية أو ذات طبيعة تنظيمية لائحية.

#### 1- دفاتر الشروط ذات طبيعة تعاقدية

يرى جانب من الفقه أن دفاتر الشروط ذات طبيعة تعاقدية، لأنها تتضمن مجموعة من الشروط والمواصفات التي قد يرد النص عليها في العقد، وبذلك تصبح هذه الشروط والمواصفات جزءاً لا يتجزأ منه، طالما أشير إليها صراحة في العقد، الأمر الذي يؤدي إلى سريان كل ما تضمنته دفتر الشروط من بنود على العقد، وتكون ملزمة للمتعاقد بمجرد توقيعه على العقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> نبيل ازرايب، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، الطبعة 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2018، ص. 21.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص. 26.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### 2- دفاتر الشروط ذات طبيعة تنظيمية

تعتبر الشروط العامة التي تتضمنها دفاتر الشروط، والمتعلقة بإبرام العقد، الأصل فيها أنها ترد في القوانين واللوائح التي تبين كيفية التعاقد وإجراءاته، خاصة القوانين واللوائح، وهي بذلك شروطا تنظيمية لائحية، ملزمة لجهة المصلحة المتعاقدة وللمتعاقد، ويترتب على مخالفتها بصفة عامة البطالان، وذلك ضمانا لحياد وسلامة العملية التعاقدية<sup>1</sup>.

حسب رأينا، تعتبر دفاتر الشروط ذات طبيعة قانونية مزدوجة، فهي تتضمن شروطا تنظيمية التي تعدّها الإدارة بإرادتها المنفردة، وشروطا تعاقدية، تعدّها الإدارة بالاتفاق مع الطرف الثاني في العقد.

### ثالثا: أنواع دفاتر الشروط

تشمل دفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية ثلاثة أصناف، دفاتر البنود الإدارية العامة دفاتر التعليمات المشتركة، ودفاتر التعليمات الخاصة. أما في مجال تفويض المرفق العام، فالمشرع الجزائري أشار إلى مكونات دفتر الشروط حيث يتكون هذا الأخير من جزئين، الجزء الأول عنوانه " دفتر ملف الترشيح"، والجزء الثاني عنوانه " دفتر العروض".

### 1- دفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية

أشار المشرع في المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على ثلاثة أنواع من دفاتر الشروط، سنذكرها تباعا.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص. ص. (27،28).

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### 1.1 دفاتر البنود الإدارية العامة<sup>1</sup>

دفاتر البنود الإدارية العامة، هي تلك المطبقة على صفقات الأشغال واللوامز والدراسات والخدمات، وقد صدر دفتر التعليمات أو البنود الإدارية العامة بتاريخ 1964/11/21، ويتضمن هذا الدفتر أحكاما مختلفة تتعلق بالصفقات العمومية، سواء من حيث طرق الإبرام أو تصنيف الصفقات أو الأجال، وأحكام المناقصة أو شروط المشاركة في المناقصات والوثائق المطلوبة وأحكام المناقصة والمزايدة، والتأشيرة على الوثائق وشكل المشاركات، وفتح الأظرفة.

كما يتضمن أحكاما تنظيمية تتعلق بأسلوب التراضي، وأخرى تتعلق بالضمانات وتنفيذ الأشغال وسلطات الإدارة في مجال التنفيذ، والتسوية المالية للصفقة، وسائر التسبيقات، وأحكام المنازعات.

بصفة عامة يعتبر بمثابة خارطة طريق في مجال الأشغال، ويصادق على دفتر البنود الإدارية العامة بموجب قرار وزاري مشترك<sup>2</sup>.

### 1.2 دفاتر التعليمات التقنية المشتركة

تحدد هذه الدفاتر الأحكام والترتيبات التقنية المطبقة على جميع الصفقات، التي هي من نوع واحد، سواء كانت صفقات أشغال أو توريدات أو خدمات.

يتم التصديق على هذه الدفاتر بمقتضى قرار من الوزير المعني، ولا يمكن أن يتضمن هذا النوع من الدفاتر أي خروج عن أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> في إطار اجتماع وزير السكن مع الشركاء الاقتصاديين وأرباب العمل يوم: 2020/09/03، والذي تم من خلاله عرض المشروع الأولي للبنود الإدارية لدفتر الشروط للصفقات العمومية، من أجل القيام بمراجعته وإثراء الإطار القانوني والتنظيمي لدفتر الشروط الإدارية العامة خاصة، وأنه لم يعرف تحيينا منذ سنة 1964، ولهذا تم تشكيل فوج عمل على مستوى الوزارة بمشاركة القطاعات المعنية والمؤسسات الناشطة في قطاع البناء والأشغال العمومية والري أنظر:

- حليلة هلال، دفتر شروط جديد لعقد الصفقات العمومية-لقاء بين وزير السكن والشركاء الاقتصاديين لإثرائه-، أنظر الموقع الإلكتروني: [www.elbilad.net]، تاريخ الاطلاع: 2020/09/07.

<sup>2</sup> بلعيد بلجيلالي، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2018، ص. 16.

<sup>3</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص. 100.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

فيما يخص النقطة الأخيرة التي تتعلق بعدم إمكانية أن تخالف دفاتر التعليمات التقنية المشتركة أحكام دفاتر الشروط الإدارية العامة، نجد أن المشرع قد أغفل ذكر ذلك في المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، هذا من جهة.

من جهة أخرى، هل يمكن أن تكون هناك حالات تتطلب مخالفة دفتر التعليمات التقنية المشتركة لدفاتر البنود الإدارية العامة.

### 1.3 دفاتر التعليمات الخاصة

دفاتر التعليمات الخاصة، هي دفاتر خاصة بكل صفقة، يعتمد في تحريرها على كل من دفاتر التعليمات الإدارية العامة، ودفاتر التعليمات المشتركة<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة، إلى أن المشرع الجزائري لم ينص في المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على ضرورة اعتماد دفاتر التعليمات الخاصة في تحريرها على دفاتر التعليمات الإدارية العامة، ودفاتر التعليمات المشتركة، على خلاف المشرع التونسي الذي أوجب بموجب الفصل 29 فقرة 03 وفقرة 04 من الأمر عدد 1039، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، على فصول كراسات الشروط الإدارية العامة، التي استنتي تطبيقها أو تضمنت فيما يخصها مقتضيات مخالفة<sup>2</sup>.

نفس الأمر بالنسبة للمشرع المغربي، حيث أشار في المادة 03/13 من المرسوم رقم 02.12.349<sup>3</sup>، على أنه عند الاقتضاء يشار في دفتر الشروط الخاصة إلى مواد دفاتر الشروط الإدارية العامة، التي قد يتم الحيد عنها طبقا لمقتضيات هذه الدفاتر<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص.100.

<sup>2</sup> نص الفصل 03/29 من الأمر عدد 1039، على أن: "... كراسات الشروط الإدارية الخاصة التي تضبط الشروط الإدارية الخاصة بكل صفقة، وتنص وجوبا على فصول كراسات الشروط الإدارية العامة التي استنتي تطبيقها أو تضمنت فيما يخص مقتضيات مخالفة..."، المصدر السابق.

- كما نص الفصل 04/29 من الأمر عدد 1039، على أن: "... كراسات الشروط الفنية الخاصة التي تضبط المقتضيات الفنية الخاصة بكل صفقة، وتنص وجوبا على فصول كراسات الشروط الفنية العامة التي استنتي تطبيقها أو تضمنت فيما يخصها مقتضيات مخالفة..."، المصدر السابق.

<sup>3</sup> المرسوم رقم 2-12-349، المؤرخ في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013)، يتعلق بالصفقات العمومية الجريدة الرسمية رقم 6140، الصادرة في 04 أبريل 2013.

<sup>4</sup> نصت المادة 03/13 من م 02.12.349 على أن: "تحدد دفاتر الشروط الخاصة البنود المتعلقة بكل صفقة وتتضمن الإحالة إلى النصوص العامة المطبقة، والإشارة إلى مواد دفاتر الشروط المشتركة، وعند الاقتضاء إلى مواد دفاتر الشروط الإدارية العامة التي قد يتم الحيد عنها طبقا لمقتضيات هذه الدفاتر، دون إعادة التنصيص على مقتضيات دفاتر الشروط الإدارية العامة أو دفاتر الشروط المشتركة التي لم يتم الحيد عنها..."، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

كما تحتوي دفاتر التعليمات الخاصة على المعلومات المتعلقة بالمشروع، من حيث الموضوع والأهمية والكميات والأجال الخاصة به، وصيغ الإبرام وتنقيط العروض وتقييمها، وتلقي العرائض بشأن الاختيار المؤقت للمتعاقل المتعاقل، وغير ذلك مما يهم المنافسة الخاصة بصفقة بعينها<sup>1</sup>.

2- دفاتر الشروط في مجال تفويضات المرفق العام.

انطلاقا من نص المادة 02/13 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، تم تقسيم دفتر الشروط إلى جزئين:

**الجزء الأول:** وعنوانه "دفتر ملف التررشح"، يتضمن البنود الإدارية المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين، والوثائق التي تتكون منها ملفات التررشح، وكذا كلفيات تقديمها.

يحدد هذا الجزء معايير اختيار المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الخصوص بما يأتي:

- **القدرات المهنية:** وهي الشهادات المؤهلة المطلوبة لتسيير المرفق العام<sup>2</sup>.
- **القدرات التقنية:** ويقصد بها الوسائل البشرية، وما تتضمنه من قائمة العمال بالعدد الكافي، وكذلك أصحاب الاختصاص وذوي الشهادات الذين استفادوا من تكوين له علاقة بموضوع العمل المراد تنفيذه كالمهندسين في مجال صيانة المرفق العام والبيطرة في المذابح<sup>3</sup>.
- **القدرات المالية:** ويتم تبرير هذه الوسائل المالية بالحصائل المالية كرأس مال الشركة، وذلك عن طريق الدفاتر المحاسبية، والميزانيات الجبائية، والمراجيع المصرفية كالودائع المصرفية والكشوفات البنكية السنوية<sup>4</sup>.

**الجزء الثاني:** يتعلق بعنوان دفتر العروض، ويتضمن ما يلي:

- **البنود الإدارية والتقنية:** تتعلق بكل المعلومات المتعلقة بكلفيات تقديم العروض، واختيار المفوض له والبنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المعني، وكذا كل البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض.

<sup>1</sup> بلعيد بلجيلالي، المرجع السابق، ص.17.

<sup>2</sup> المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>3</sup> سمية سلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص.173.

<sup>4</sup> حسام الدين بركبية، المرجع السابق، ص.199.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- **البنود المالية:** التي تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له أو لفائدة السلطة المفوضة أو ذلك الذي يدفعه، عند الاقتضاء، مستعملو المرفق العام المعني بالتفويض<sup>1</sup>.

مما سبق، نستنتج أن الإعداد المسبق لدفاتر الشروط، يقيد الإدارة من خلال توضيح شروط الترشح ومعايير اختيار المتعامل المتعاقد، مما لا يسمح بالتلاعب أو التحايل من قبل المصلحة المتعاقدة أو السلطة المفوضة.

كما أن إعداد هذه الدفاتر يمكّن المتعامل الاقتصادي، من الاطلاع مسبقاً على الشروط التي على أساسها ستبرم صفقة أو اتفاقية تفويض مرفق عام، كما أنها تحدد حقوق والتزامات المتعاقدين المالية والإدارية والتقنية بشكل دقيق ومفصل.

على اعتبار أن دفتر الشروط يجسد مظهراً من مظاهر ممارسة الإدارة لامتيازات السلطة العامة على أساس أنه في البداية، تقوم الإدارة المعنية بالصفقة أو تفويض المرفق العام بإعداد مشروع دفتر الشروط بإرادتها المنفردة، من خلال وضع الشروط التي تضمن حسن تنفيذ الصفقة.

بعدما تناولنا لكل ما يتعلق بالعملية السابقة على إبرام الصفقة العمومية أو تفويض المرفق العام وبيّنا مختلف القيود التي ترد على حرية الإدارة بدءاً من عملية تحديد الحاجات إلى غاية إعداد الإدارة لدفاتر الشروط بإرادتها المنفردة، إلا أن المشرع لم يكتف بهذا الحد، بل تدخّل وقيدّها مرة أخرى بكيفيات وإجراءات لإبرام هذه العقود، وهذا ما سنتناوله تباعاً.

### المطلب الثالث: التحديد التشريعي لكيفيات وإجراءات إبرام عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام كقيد على الحرية التعاقدية للإدارة

قيد المشرع في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (المرسوم الرئاسي رقم 247/15)، الإدارة في اختيارها لطريقة الإبرام، حيث جعلها أمام خيارين إما أن تبرم الصفقة وفق إجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة (الفرع الأول)، ووفق إجراء طلب المنافسة في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام كأصل عام (الفرع الثاني)، أو وفق إجراء التراضي في إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، كاستثناء عن القاعدة العامة (الفرع الثالث)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>2</sup> نصت المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراءات طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي"، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### الفرع الأول: طلب العروض كقاعدة عامة لاختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية

يعد أسلوب طلب العروض القاعدة العامة المعتمدة في إبرام الصفقات العمومية، فقد اختاره المشرع وسيلة أساسية لإبرامها، ما من شأنه تكريس مبدأ حرية المنافسة، من خلال المبادئ التي يقوم عليها طلب العروض.

على هذا الأساس، منح المشرع طلب العروض الأولوية في إبرام الصفقة العمومية ورصد له كمًا معتبرا من المواد ليضبط قواعده وإجراءاته، محاولا بذلك استغلاله لتأمين ضمانات حفظ المال العام في مرحلة الإبرام من خلال الاستثمار في مميزاته، باعتباره أسلوبا يحقق المنافسة ويوجه للبحث عن صاحب العرض، الذي يوفر العديد من المزايا الاقتصادية من بينها السعر<sup>1</sup>.

تبنى المشرع الجزائري هذا الأسلوب في المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حيث حسم الخلط الذي كان موجودا في القوانين السابقة، والذي كان ينص على المناقصة في النص العربي في حين النص بالفرنسية ينص على (l'appel d'offre)، هذا المصطلح الذي يقابله بالعربية طلب العروض<sup>2</sup>.

على هذا الأساس، يقتضي منا تعريف طلب العروض (أولا)، أشكال طلب العروض (ثانيا) إجراءات طلب العروض (ثالثا).

### أولا: تعريف طلب العروض

عمد التنظيم إلى تعريف طلب العروض انطلاقا من أهدافه، التي حصرها في الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد، الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد أمين تيراوي، "تفعيل مبدأ التنافس في مجال الصفقات العمومية كآلية لترشيد الإنفاق العام"، مجلة دفاتر البحوث العلمية، المجلد 07، العدد 01، المركز الجامعي علي مرسللي، تيبازة، جوان 2019، ص. 151.

<sup>2</sup> فاطيمة عاشور، " طرق إبرام الصفقات العمومية ضمانات قانونية لتحقيق مبدأ المنافسة والشفافية"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 04، العدد 01، جامعة المدية، جانفي 2018، ص. 96.

<sup>3</sup> أنظر المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

كما عرّف الدكتور عبد الله حدّاد، طلب العروض، على أنه: "طريقة تستهدف نظام التعاقد بأكبر قدر ممكن من المنافسة، دون أن تكون الإدارة ملزمة باختيار متعاقد بعينه"<sup>1</sup>.  
وعليه فطلب العروض أو استدراج العروض، هو مجموعة الإجراءات التي حددها المشرع للمصلحة المتعاقدة، وقيّد بها سلطتها في اختيار المتعامل المتعاقد، وذلك بإقامة التنافس بين أكبر عدد ممكن من العارضين، بهدف الوصول إلى إبرام الصفقة العمومية مع العارض صاحب العطاء الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية، بالاستناد إلى المعايير الموضوعية، التي تعدّها مسبقاً المصلحة الراغبة في التعاقد، بما من شأنه أن يؤمّن احتياجاتها الفعلية، التي تهدف إلى تحقيقها من خلال إبرام الصفقة العمومية<sup>2</sup>.

من خلال تعريف طلب العروض، نستشف عناصر مبدأ المنافسة في:

- الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين.
  - منح الصفقة دون تفاوض في إجراء طلب العروض كأصل عام، وهو ما أكدته كذلك المادة 80 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.
  - ينبغي على الإدارة اعتماد معيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.
  - اعتماد معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء.
- بعد تطرّقنا لتعريف طلب العروض، لا بدّ علينا من توضيح أشكال طلب العروض تباعاً.

### ثانياً: أشكال طلب العروض

حدد المشرع في المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>3</sup>، أشكال طلب العروض والتي تنوعت بين طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، وأخيراً المسابقة.

<sup>1</sup> سمير عبد العالي، الصفقات العمومية والتنمية، الطبعة 01، مطبعة المعارف الجديدة، 2010، الرباط، المغرب ص.14.

<sup>2</sup> هيبية سردوك، " ماهية طلب العروض في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 12، العدد 03، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020 ص.151.

<sup>3</sup> أنظر المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### 1- طلب العروض المفتوح (مناقصة مفتوحة سابقا)

يقصد بطلب العروض المفتوح، ذلك الإجراء، الذي يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا، إذ أنه في هذا الأسلوب تختار المصلحة المتعاقدة المتعهد، دون تفاوض على أساس معايير موضوعية وغير تمييزية مذكورة في دفتر الشروط<sup>1</sup>.

كما يضمن هذا الشكل بسبب عدم محدوديته، أكبر قدر من المشاركة، فيضمن بالتالي احترام المبادئ العامة المتعلقة بالشفافية وحرية المنافسة، وسهولة المشاركة للوصول إلى الطليبة العمومية. إضافة إلى أن الترشح لطلب العروض المفتوح، يتوقف على الاستجابة للشروط، والكيفيات التي حددتها الإدارة، من خلال الإعلان المنشور طبقا للتنظيم الجاري العمل به، فعبارة العرض المفتوح لا تعني أبدا أن مجال المنافسة، والمشاركة يفتح لكل عارض، بل فقط العارض المؤهل التي تنطبق عليه الأوصاف، والشروط المحددة في الإعلان<sup>2</sup>.

### 2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا (مناقصة محدودة سابقا)

القصد من وراء هذا الشكل من أشكال طلب العروض، هو إتاحة المجال للمترشحين مع اشتراط بعض القدرات الدنيا، حيث يجوز للإدارة أن تحدد بعض الشروط المتعلقة بالمؤهلات الدنيا وتحددها مسبقا قبل الإعلان عن طلب العروض، ويكون الغرض من ذلك الحفاظ على المصالح العامة، بحيث هناك بعض المشاريع تستوجب في تنفيذها قدرات مالية، وفنية معينة، والتي لا يمكن أن نجدها في جميع المتعاملين الاقتصاديين، وقد أجاز المشرع تحديد هذه الشروط مسبقا، لما قد تشكل من عواقب على تنفيذ المشروع تعود بالضرر على المصلحة العامة، خاصة إذا كان الأمر يتعلق بمشاريع ضخمة ومعقدة تتطلب مهارات، وتقنيات متطورة، يعجز المتعاملون الاقتصاديون الصغار عن توفيرها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>Brahim boulifia, op.cit, p.88

<sup>2</sup> محمد دحماني، "طرق إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 04، العدد 02، جامعة أبو بكر بلقايد، جامعة تلمسان، سبتمبر 2019، ص.100.

<sup>3</sup> فاطيمة عاشور، المرجع السابق، ص. ص. (99، 100).



### 3- طلب العروض المحدود (استشارة انتقائية سابقا)

هو إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل، مدعوون وحدهم لتقديم تعهد، ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين تتم دعوتهم لتقديم تعهد بعد انتقاء أولي لخمسة منهم وتنفذ المصلحة المتعاقدة الانتقاء الأولي لاختيار المترشحين لإجراء المنافسة، عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و/ أو ذات الأهمية الخاصة<sup>1</sup>.

يتم اللجوء إلى طلب العروض المحدود، عند تسلم العروض التقنية إما على مرحلتين طبقاً لأحكام المادة 46 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وإما على مرحلة واحدة. ما يمكن ملاحظته، أن المشرع قد منح للإدارة قدراً واسعاً من الحرية، من خلال السماح لها بالاتصال بالمترشحين، وانتقائهم بكل حرية، كما حدد كذلك المجال المغلق لهذا النوع من طلب العروض لبيانه لعدد المتنافسين، إلا أنه لم يحدد العدد الأدنى للعارضين، على عكس ما أخذ به المرسوم الملغى رقم 236/10، وما تلاه من تعديلات.

إضافة إلى ذلك، أكد المشرع على ضرورة احترام مبادئ إبرام الصفقة العمومية، وكما حدد المجال القانوني للعملية الإجرائية، من خلال بيان اللجوء إليها، إما على مرحلتين أو على مرحلة واحدة، مع بيان شروط وكيفيات الانتقاء الأولي، فالمنافسة في طلب العروض المحدود مقيدة بقوة القانون، ولا ترجع إلى حرية الإدارة وسلطتها التقديرية، كما هو الحال بالنسبة لطلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا، والذي يرجع فيه تقييد المنافسة إلى السلطة التقديرية للإدارة.

### 4- المسابقة<sup>2</sup>

المسابقة، هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، على أن تمنح الصفقة بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي قدّم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية، وقد تكون المسابقة مفتوحة أو محدودة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية-دراسة فقهية، تشريعية وقضائية-، (دون طبعة)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص.146.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

كما حدد المشرع في المادة 03/47 من المرسوم الرئاسي 247/15، المجالات التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة للاعتماد على إجراء المسابقة، والتي تتمثل لاسيما في تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية، والهندسة أو في مجال معالجة المعلومات.

يبدو واضحا من خلال الفقرة أعلاه، كيف منح المشرع قدرا من الحرية والسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في اتباع أسلوب المسابقة، كلما استوجب موضوع الصفقة ذلك، وقدم مجموعة من المجالات كتهيئة الإقليم، وتنظيم الشوارع، وتقسيم المدينة، وتنظيم الطرقات، والمداخل والمحولات كلها تصاميم ناتجة عن فكر، تعين أن يبرز للوجود من خلال مسابقة تفتح ويعلن عنها في الموضوع<sup>1</sup>.

كما يتعين علينا كذلك، إدراج ملاحظة فيما يخص إجراء المسابقة، على اعتبار أنه شكل من أشكال طلب العروض، وبالرغم من أن المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، منع التفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض<sup>2</sup>، إلا أنه استثنى ذلك عند اختيار المتعامل الاقتصادي وفقا لإجراء المسابقة، حيث أن هذا الإجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعدّه صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، بعد رأي لجنة التحكيم، والذي يعتبر رأيا استشاري فقط، مما يعني أن رأيها غير إلزامي للمصلحة المتعاقدة، وبالتالي فإن صلاحية التفاوض، هي من نصيب المصلحة المتعاقدة دون تدخل للجنة التحكيم، حيث يتم المنح النهائي للصفقات بعد المفاوضات مع العارض الذي قدّم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية.

### ثالثا: إجراءات طلب العروض

تمر إجراءات طلب العروض بعدة مراحل، سنحاول تبيانها مع التركيز على الدور الذي تقوم به الإدارة في كل مرحلة.

<sup>1</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.217.

<sup>2</sup> أنظر المادة 01/80 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### 1- مرحلة إلزام المصلحة المتعاقدة بالإعلان تحقيقاً لمبدأ حرية المنافسة

بعد تلقي الغلاف المالي الضروري لإنجاز الصفقة، وبعد إعداد دفتر الشروط، والمصادقة عليه يتوجب على المصلحة المتعاقدة الإعلان عن طلب العروض، تكريساً للمنافسة الحرة وتعزيزاً للشفافية<sup>1</sup>.

#### 1.1 تعريف الإعلان

يقصد به الدعوة العلنية للمؤسسات المعنية بموضوع طلب العروض، لتقديم عروضها قصد إجراء منافسة بينها، واختيار العرض الأكثر ملاءمة، حسب الشروط المحتوات في دفتر الشروط للمناقصة، وفي الإعلان<sup>2</sup>، فالإعلان هو إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد، وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد، ونوعية المواصفات المطلوبة، ومكان، وزمان إجراء طلب العروض<sup>3</sup>. حتى يكون إعلان المصلحة المتعاقدة سليماً، فقد حدد المشرع جملة من الشروط، والضوابط لا بد من مراعاتها في الإعلان.

#### 2.1 مضمون الإعلان

ألزم المشرع الإدارة ضرورة استيفاء إجراء الإعلان، إذا ما رغبت في التعاقد، وذلك وفقاً لنص المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>4</sup>، من خلال اللجوء إلى الإشهار الصحفي للإعلان عن الصفقة، وذلك حتى يتحقق علم جميع المستثمرين المهتمين ويتساوون في فرص تقديم عروضهم سواء كانت طريقة التعاقد طلب العروض المفتوح، أو طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، أو طلب العروض المحدود، أو الدعوة إلى المسابقة، ويحرر الإعلان باللغة الوطنية وبلغتها الأجنبية واحدة على الأقل<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> عادل بوعمران، المرجع السابق، ص.147.

<sup>2</sup> خالد خليفة، المرجع السابق، ص.31.

<sup>3</sup> فاطيمة عاشور، المرجع السابق، ص.97.

<sup>4</sup> أنظر المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>5</sup> بوقرورة صلاح، طيوب علي، " الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية وآليات مكافحتها في إطار التشريع الجزائري" بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: " قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام" المنعقد يومي: 23، 24 ماي 2017، جامعة البليدة 2، مخبر التنمية الاقتصادية والبشرية في الجزائر، الجزء الأول، الطبعة 01، دار التل للطباعة، البليدة، 2018، ص.411.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

كما حدد المشرع كذلك في المادة 62 من المرسوم الرئاسي السابق البيانات الإلزامية التي يجب أن يحتوي عليها طلب العروض<sup>1</sup>.

لهذا فإن المشرع يفرضه لهذه البيانات في كل إعلان طلب العروض أيا كان شكله، يكون قد كفل للمعنيين حرية المشاركة والاطلاع على جميع المعلومات، والوثائق التي تسمح بتجسيد مبدأ حرية الولوج للصفقات العمومية في ظل الشفافية والمساواة بين المتنافسين<sup>2</sup>.

### 3.1 وسائل الإعلان

يعتبر الإعلان الوسيلة المثلى لترسيخ المنافسة، وقد بيّن المشرع طريقة الإعلان عن الصفقات العمومية واتفاقية تفويض المرفق العام، من خلال الإعلان بالطريقة التقليدية (الإشهار الصحفي) والإعلان الإلكتروني.

#### 1.3.1 الإعلان بالطرق التقليدية (الإشهار الصحفي)

باستثناء نص المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>3</sup>، نجد أن المشرع نص على ضرورة نشر الإعلان المتعلق بطلب العروض ضمن جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، وأن يتم نشر الإعلان كذلك في جريدتين محليتين أو جهويتين، وكما يتم تحرير الإعلان باللغة الوطنية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، وكذلك يتم نشر الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي "BOMOP"، بحيث يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوى للمنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية. إلى جانب الوسائل المكتوبة التقليدية، والتي تعتمد على العنصر البشري، اتسعت وسائل الإعلان لتضاف وسائل أخرى إلكترونية كالإعلان الإلكتروني للصفقة العمومية.

#### 2.3.1 الإعلان الإلكتروني

يتميز الإعلان الإلكتروني بالمرونة وقلة التكاليف، مقارنة بأسلوب الإلصاق الورقي في اللوحات الإشهارية العامة، وفي نفس الوقت يمكّن من توسيع الرقعة الجغرافية للإعلان، والتوجه الدقيق

<sup>1</sup> أنظر المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.49.

<sup>3</sup> أنظر المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

للسريحة المراد الوصول إليها، هذا الذي يجعل من الإعلان الإلكتروني أكثر تأثيراً وفائدة من الطرق العادية الورقية<sup>1</sup>.

مع التطور التكنولوجي في مجال إدارة المؤسسات العمومية، استحدثت المشرع وسيلة جديدة لإشهار ونشر الصفقات العمومية في الوسائط الإلكترونية، وهو ما أكدته في المرسوم الرئاسي رقم 236/10، الملغى بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في مادتيه 173، 174، مع إحالة تحديد محتواها وطريقة سيرها وعملها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية لقرار وزير المالية والذي تأخر صدوره إلى غاية 2013/11/17<sup>2</sup>، كما تم التأكيد عليه في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، تحت الفصل السادس بعنوان "الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية".

إذ أن المشرع تم استحداثه للبوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، والتي من خلالها يتم إبرام الصفقات العمومية<sup>3</sup>، حيث يقصد بالبوابة الإلكترونية: "الموقع المتخصص في الصفقات العمومية فهي فضاء واسع لجميع المتعاملين الاقتصاديين في مجال الصفقات العمومية، ولكل المهتمين بها وتهدف إلى السماح بنشر ومبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية، وكذلك إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية"<sup>4</sup>.

كما نص تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على إمكانية النشر الإلكتروني، إذ تتكفل البوابة الإلكترونية بالنشر الإلكتروني للمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية، من خلال تخزينها

<sup>1</sup> أسية الحراق، الإدارة الإلكترونية بالمغرب (الصفقات العمومية نموذجاً)، الطبعة 01، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، (دون سنة نشر)، ص.98.

<sup>2</sup> القرار الوزاري، المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية وكيفية سيرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة في 09 أبريل 2014.

<sup>3</sup> سراح حليتم، إيمان فاطمة الزهراء، "تطوير إبرام الصفقات العمومية وفق نظام المعلوماتية"، بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام، المنعقد يومي: 23، 24 ماي 2017 جامعة البلدة 2، مخبر التنمية الاقتصادية والبشرية في الجزائر، الجزء الأول الطبعة، 01، دار التل للطباعة، البلدة، 2018، ص.35.

<sup>4</sup> إلهام فاضل، "تكريس مبدأ الإشهار في مجال الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني تحت عنوان: "الإطار القانوني لعقود الإشهار التجاري وآثارها على الاقتصاد الوطني والمستهلك"، المنعقد يوم: 05 ديسمبر 2018، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، ص.16.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

رقميا مع تطويعها وبثها وتوصيلها وعرضها إلكترونيا أو رقميا عبر شبكات الاتصال<sup>1</sup> وهذا ما جاء به المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حيث نص على أن النشر الإلكتروني، يكون من خلال وضع المصالح المتعاقدة لوثائق الدعوة إلى المنافسة الكترونيا، تحت تصرف المتعهدين للصفقات العمومية حسب جدول زمني يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية<sup>2</sup>.

إضافة لذلك، فمن مهام البوابة الالكترونية في النشر الإلكتروني، هو تكفلها بنشر النصوص التشريعية والاستشارات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية، وقائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين أو المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية، وكذلك نشر قائمة البرامج التقديرية لمشاريع المصالح المتعاقدة، وقوائم الصفقات المبرمة والمؤسسات المستفيدة منها، إضافة إلى نشر تقارير المصالح المتعاقدة، والمتعلقة بتنفيذ الصفقات وقائمة المؤسسات التي سحبت منها شهادة التصنيف والكفاءة والأرقام الاستدلالية للأسعار، وكذلك كل وثيقة أو معلومة لها علاقة بموضوع البوابة<sup>3</sup>.

وقد سعى المشرع إلى تحقيق المساواة والشفافية في الصفقات العمومية، وتوسيع المنافسة بين المترشحين، من خلال النشر الإلكتروني للإعلانات، وذلك حسب المادة 15 من القرار الوزاري المتعلق بالبوابة الالكترونية، لذا، فإن نشر الإعلان عن الإعلانات في المناقصات والدعوات إلى الانتقاء الأولي أو رسائل الاستشارة على البوابة، يكون في نفس الوقت مع إرسال الإعلانات للنشر في الجرائد وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو إرسال رسائل الاستشارة للمتعاملين الاقتصاديين المعنيين<sup>4</sup>.

على الرغم من أن المشرع نص على النشر الإلكتروني في مجال إبرام الصفقات العمومية ولكن ليس بصفة إلزامية، إلا أنه بالمقابل، المشرع لم ينص في عقود تفويض المرفق العام على النشر الإلكتروني لا في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، عندما نص على الأحكام المطبقة على تفويضات

<sup>1</sup> فايذة مراحي، وليد كحول، " رهانات رقمنة الإدارة العمومية لحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 07، العدد 04، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 01، 2022، ص.315.

<sup>2</sup> أنظر المادة 01/204 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 03 من القرار الوزاري الصادر في 17 نوفمبر 2013، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 15 من القرار الوزاري الصادر في 17 نوفمبر 2013، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

المرفق العام في المواد من 207 إلى 210 منه، ولا في المرسوم التنفيذي رقم 199/18 والذي يجعلنا نتساءل عن العلة من وراء ذلك؟

### 3- مرحلة إيداع العروض (تقديم العطاءات)

تعتبر عملية إيداع العروض عملية هامة، إذ أنها تشكل نقطة بدء العلاقة بين الإدارة والمتنافسين، إذ أن الإجراءات السابقة لعملية إيداع العروض، كانت الإدارة تتفرد بالإعداد للصفقة دون أن يكون بمعيتها أطراف آخرون ترتبط بهم أعمالها، ومهما كان الأجل الفاصل بين عملية الإيداع وفتح العروض، فإن مكان إيداع العروض، يجب أن يكون مؤمنا وسهل الوصول إليه من قبل المتنافسين لتمكينهم من إيداع عروضهم<sup>1</sup>.

### 1.3 تعريف تقديم العطاءات

تعرف العطاءات، على أنها: " العروض المالية والتقنية، التي يقدمها المترشحين في الصفقة وفقا للمواصفات المطروحة في دفتر الشروط، وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه، والذي يرضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة"<sup>2</sup>.

ينبغي تقديم العطاءات أو العروض خلال المدة، التي حددتها المصلحة المتعاقدة، ويبدأ تقديمها من تاريخ أول صدور لإعلان طلب العروض في اليوميات الوطنية أو الجهوية أو المحلية أو النشرة الرسمية للصفقات<sup>3</sup>.

على الرغم من أن المشرع، لم يتشدد في وضع أجل واحد يطبق على جميع الإدارات والهيئات بحكم اختلاف موضوع كل صفقة عمومية، وأعطى للجهة المعنية سلطة تقديرية في اختيار الأجل الذي يناسبها، غير أنه ألزمها عند وضع الأجل بمراعاة عناصر معينة، مثل تعقيد موضوع الصفقة

<sup>1</sup> مسامح وفاء، خلادي راضية، " صيغة طلب العروض في إبرام الصفقة العمومية في ضوء المرسوم 247/15" بحث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام، المنعقد يومي: 23، 24 ماي 2017، جامعة البلدة 2، مخبر التنمية الاقتصادية والبشرية في الجزائر الجزء الأول، الطبعة 01، دار التل للطباعة، البلدة، 2018، ص.605.

<sup>2</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.50.

<sup>3</sup> إلهام زاير، " تقديم العروض كإجراء أولي لإبرام الصفقات العمومية واحترام قواعد المنافسة"، مجلة الباحث في العلوم القانونية والسياسية، العدد 02، جامعة محمد الشريف مساعدي، سوق أهراس، 2019، ص.97.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

والمدة التقديرية لتحضير العروض، طبقاً لنص المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>1</sup>، هذا من جهة.

من جهة أخرى، نلاحظ أن المشرع ألزم الإدارة المعنية عند اختيارها للأجال المحددة لتحضير العروض، أن تفتح مجال المشاركة، والترشح لأكبر عدد ممكن من المترشحين<sup>2</sup>، وبذلك يكون المشرع قد جسد لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.

أما بالنسبة لإيداع العرض الكترونياً، فبعد الإعلان الإلكتروني للصفقة العمومية، يقوم المتعهدون الراغبون في التعاقد الكترونياً، بالردّ عليها وتقديم عروضهم عبر حساباتهم الإلكترونية والتي تتكون من ثلاث ملفات، تتمثل في ملف الترشيح، والعرض التقني، والعرض المالي، موقّعة من أصحابها أو ممثليها القانوني عن طريق التوقيع الإلكتروني<sup>3</sup>.

بعد رد المتعهدون أو المترشحون للصفقات العمومية على إعلانات المنافسة بالطريقة الإلكترونية، يمكنهم كذلك إيصال في الآجال القانونية، نسخة من العرض (نسخة بديلة) على حامل مادي ورقي أو الكتروني، ويجب إيصال النسخة البديلة في الآجال القانونية للمصلحة المتعاقدة، لا يتم فتحها إلا في حالات معينة نص عليها القرار الوزاري السالف ذكره، وإلا فإنه يتم إتلافها<sup>4</sup>.

### 2.3 مضمون العرض

وضّح المشرع مشتملات ملف العرض، من خلال نص المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حيث أوجب أن تشمل العروض على ملف الترشيح وعرضين، الأول تقني والثاني مالي. كما يجب أن يوضع ملف الترشيح والعرض التقني والعرض المالي في أظرفة منفصلة ومقفلّة بإحكام يبين كل منهما تسمية المؤسسة، ومرجع طلب العروض، وموضوعه، وتتضمن عبارة ملف

<sup>1</sup> نصت المادة 66 / 01 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "يحدد أجل تحضير العروض تبعاً لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتمزم طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصالها..."، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 66 / 04 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> فائزة مراحي، وليد كحول، المرجع السابق، ص. 320.

<sup>4</sup> أنظر المادة 12 من القرار الوزاري، الصادر في 17 نوفمبر 2013، المصدر السابق.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

"الترشح" أو "عرض تقني" أو "عرض مالي" حسب الحالة، وتوضع هذه الأطراف في ظرف آخر مقفل بإحكام ومغلق، ويحمل عبارة لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض<sup>1</sup>.  
توضع جميع العروض في أطرفة مغلقة يجهل العلم بموضوعها بالنسبة للإدارة، وبالنسبة للمتقدمين فيما بينهم، وتظل كذلك حتى وقت فتح الأطراف عن طريق لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض، منعا لأي تحايلات تهدر مبدأ المنافسة والمساواة بين أصحاب العروض، لأن هذه السرية هي التي تقطع الطريق أمام الإدارة في أي تلاعب بالعروض المقدمة أو تسريب محتوياتها، بدافع المحاباة مما يهدم الشفافية والمساواة<sup>2</sup>.

يختلف مضمون ملف الترشح عن العرض التقني وعن العرض المالي، طبقا لما جاء في المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وهو ما سنبينه تباعا:

• **ملف الترشح:** يتكون الملف من تصريح بالترشح، عدم الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، صحيفة السوابق القضائية، شهادة استيفاء واجباته الجبائية، وشبه الجبائية اتجاه جميع الهيئات، رقم للسجل التجاري أو الصناعي" فيما يخص موضوع الصفقة"، استيفاء الإيداع القانوني لحساب شركته، رقم التعريف الجبائي، تصريح بالنزاهة، القانون الأساسي للشركات الوثائق التي تتعلق بالتفويضات التي تسمح للأشخاص بالزام المؤسسة، كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المرشحين<sup>3</sup>.

أما فيما يخص **العرض التقني**، فيتضمن ما يلي:

- تصريح بالاكنتاب.

- كفالة تعهد تفوق 1% من مبلغ العروض.

<sup>1</sup> رشيد سالم، حسين جلاخ، " إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام القانون 247/15"، بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: " قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام" المنعقد يومي: 23 24 ماي 2017، جامعة البلدية 2، مخبر التنمية الاقتصادية والبشرية في الجزائر، الجزء الأول الطبعة 01، دار التل للطباعة، البلدية، 2018، ص. ص. (612، 613).

<sup>2</sup> حميدة سهتالي، سامية حساين، " دور لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض في التصدي للممارسات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، جوان 2021، ص. 444.

<sup>3</sup> أنظر المادة 02/67 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- كل وثيقة تسمح بتقييم العرض التقني: مذكرة تقنية تبريرية، وكل وثيقة مطلوبة تطبيقاً لأحكام المادة 78 من هذا المرسوم.
- دفتر شروط يحتوي في آخر صفحاته على العبارة قرأ وقبل مكتوبة بخط اليد.
- في حالة إجراء الاستشارة الانتقائية، فإنه يجب إدراج كفالة التعهد المذكورة أعلاه، إذا اقتضى الأمر في ظرف مقفل يحمل عبارة " كفالة تعهد لا يفتح إلا عند فتح الأظرفة المالية".
- كل الوثائق التي تخص تأهيل المتعهد في المجال المعني.
- كل الوثائق الأخرى التي تطلبها المصلحة المتعاقدة، مثل القانون الأساسي للمؤسسة المتعقدة ومستخرج من سجل الصناعات التقليدية والحرف.
- الشهادات الجبائية، وهيئات الضمان الاجتماعي بالنسبة للمتعهدين الجزائريين والمتعهدين الأجانب الذين سبق لهم العمل بالجزائر.
- التصريح بالنزاهة.

### بالنسبة للعرض المالي، فيتضمن ما يلي:

- رسالة تعهد.
- جدول الأسعار بالوحدة.
- تفصيل تقديري وكمي.
- تحليل السعر المالي والجرافي.
- يمكن للمصلحة المتعاقدة حسب موضوع الصفقة ومبلغها أن تطلب الوثائق التالية:
- التفصيل الفرعي للأسعار بالوحدة.
- التفصيل الوصفي التقديري المفصل<sup>1</sup>.

كما تجدر الإشارة، إلى أن الهدف من مرحلة إيداع العروض، هو التأكد السليم من قدرات المتعهد وإمكانياته في القيام بالصفقة على أكمل وجه لضمان تحقيق المصلحة المرجوة من ورائها

<sup>1</sup> أنظر المادة 03/67، 04 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

فضلا عن توفير حماية قانونية للصفقات، وحمايتها من أي تلاعب قد تتعرض له في هذه المرحلة<sup>1</sup> حيث أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة بالتحقق من القدرات التقنية والمهنية والمالية للمرشحين قبل تقييم العروض التقنية، وذلك بالاستناد إلى معايير غير تمييزية، تتعلق بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها.

بعد عملية إيداع العروض، ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بضرورة دراسة، وفحص العروض عن طريق لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، التي تحدثها المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية.

### 4. مرحلة دراسة العروض (سلطة الإدارة مقيدة بما يتطلبه القانون ودفاتر الشروط)

في هذه المرحلة تفحص العروض، ثم ترتب من قبل لجنة مختصة مستحدثة في إطار الرقابة الداخلية، تدعى بلجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، تم تنظيمها في المواد من 159 إلى 162 (سنتعرض لها لاحقا في العنصر المتعلق بالرقابة الإدارية الداخلية على مرحلة إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام).

بعد تقييم العروض، وبعد دراستها وفحصها من قبل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تأتي مرحلة إرساء أو اعتماد الصفقة على من قدم أفضل العروض، وهذا ما سنتناوله تباعا.

### 5. مرحلة إرساء العرض

تعتبر مرحلة اعتماد الصفقة أو تفويض المرفق العام، بمثابة نتيجة عمل للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، ولجنة اختيار وانتقاء العروض، وذلك من خلال إرساء الصفقة على أحد المتنافسين، الذي توافرت في ملفه كل الشروط القانونية التي تضمنها دفتر الشروط، ثم التصديق على ذلك المنح المؤقت للصفقة.

أما بالنسبة لتفويض المرفق العام، فتقوم بإبرام اتفاقية بين السلطة المفوضة، والمترشح المقبول<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> نبيل ازرايب، المرجع السابق، ص.47.

<sup>2</sup> أنظر المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### 6. مرحلة المنح المؤقت للصفقة وتفويض المرفق العام

يعتبر المنح المؤقت إجراء إعلامياً، بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما، نظراً لحصوله على أعلى تنقيط، فيما يخص العرض المقدم بكل محتوياته، وتفصيله وفقاً للمعايير المحددة في دفتر الشروط<sup>1</sup>.

يتم المنح المؤقت للصفقة، عن طريق التأكد من مطابقة العروض لشروط طلب العروض المعن عنه ومواصفاته، حيث تستبعد اللجنة كل العروض غير المستوفية للشروط، بعد ذلك يتم المنح المؤقت للصفقة لصاحب العرض أو العطاء الأفضل شروطاً، ولأقل سعراً من بين العروض المقدمة حسب نص المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>2</sup>.

عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، منح المشرع للمصلحة المتعاقدة إمكانية إلغاء المنح المؤقت للصفقة العمومية<sup>3</sup>، على الرغم من أن هذا المصطلح له مفهوم واسع ومرن، مما قد يؤدي بالمساس بالمبادئ العامة المؤطرة لعملية إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، وعليه، فإن المشرع فتح المجال واسعاً أمام المصلحة المتعاقدة، بإلغاء إجراء الصفقة في أي مرحلة من مراحل إبرام الصفقة، وكان من الأجدر على المشرع تحديد حالات الإلغاء وضبطها.

كما أنه يجب على المصلحة المتعاقدة كذلك، الإعلان عن المنح المؤقت، حتى يتسنى للمتعهدين ممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة أو لجنة تفويضات المرفق العام، وأيضاً يجب أن تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتاً، ورقم تعريفه الجبائي عند الاقتضاء، وتشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.296.

<sup>2</sup> محمد عيساوي، توفيق بوسبعين، " مبدأ المنافسة الحرة في الصفقات العمومية بأسلوب طلب العروض"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ديسمبر 2020، ص.1437.

<sup>3</sup> أنظر المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

أنظر المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>4</sup> محمد تقوروت، " إجراءات إبرام الصفقات العمومية - دراسة حالة طلب عروض -"، بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: " قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرقابة في صرف المال العام"، المنعقد يومي: 23، 24 ماي 2017، جامعة البليلة 2، مخبر التنمية الاقتصادية والبشرية في الجزائر، الجزء الأول الطبعة 01، دار التل للطباعة، البليلة، 2018، ص.671.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

يرفع الطعن في قرار المنح المؤقت أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية<sup>1</sup>.

على خلاف ذلك، يرفع الطعن في قرار المنح المؤقت للتفويض أمام لجنة تفويضات المرفق العام في أجل لا يتعدى 20 يوماً، ابتداء من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض، حيث تقوم هذه اللجنة باتخاذ القرار في أجل لا يتعدى 20 يوماً، ابتداء من تاريخ استلامها للطعن، مع الحرص على تبليغ القرار المعلل إلى السلطة المفوضة، وصاحب الطعن<sup>2</sup>.

في إطار تطبيق مبدأ شفافية الإجراءات، يجب على المصلحة المتعاقدة في حالة إلغاء المنح المؤقت للصفقة، أن تعلم برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام المرشحين أو المتعهدين بهذا القرار ودعوة المتعهدين الراغبين في الاطلاع على مبررات قراراتها، والاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة أيام ابتداء من تاريخ استلام الرسالة المذكورة أعلاه<sup>3</sup>.

ما يلاحظ من خلال استقراءنا للمادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، أن عملية الطعن لم تقتصر فقط على الطعن في قرار المنح المؤقت، بل وسَّع المشرع من ذلك بإمكانية الطعن في قرار إلغاء المنح المؤقت، وكذا قرار عدم الجدوى، وقرار إلغاء الإجراء في إطار طلب العروض. كمثل عن الطعن في قرار إلغاء المنح المؤقت، نجد قرار مجلس الدولة المتعلق بقضية ولاية بومرداس ضد الشركة ذ.م.م " فودميد"، والتي تتلخص وقائعها، فيما يلي:

حيث أنه ثابت من الملف أن الدعوى الأصلية موضوعها إلغاء قرار المنح المؤقت الصادر عن الإدارة لعدم مشروعيتها، كما تدعي المدعية المستأنفة عليها بذلك، وتطالب بالتعويض.

حيث أن قضاة الدرجة الأولى استجابوا لذلك، وقضوا بإلغاء المنح المؤقت للصفقة محل النزاع على أساس أنه تم بدون مبرر قانوني، وهذا يعد مساساً بمبدأ المشروعية.

<sup>1</sup> أنظر المادة 03/82 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 05/82 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

حيث أن هذا التحليل في غير محله، على أساس النزاعات المترتبة عن الصفقات العمومية هي من اختصاص القضاء الكامل، ولا علاقة لها بدعوى الإلغاء للقرارات الإدارية أو تفسيرها أو فحص المشروعية، كما أن قرار إلغاء المنح المؤقت، ليس قراراً إدارياً بمفهومه التقليدي، والذي يخضع لدعوى الإلغاء.

كما أن الإدارة لها حق إلغاء المنح المؤقت أو النهائي، لأن ذلك يدخل في نطاق الحرية التعاقدية للإدارة، ولا علاقة له بمبدأ المشروعية، وبالتالي، يبقى للمتعاقد مع الإدارة سوى طلب التعويض.

كما أن طلب التعويض عن المنح المؤقت غير مؤسس، لأن العلاقة التعاقدية تنشأ بالمنح النهائي للصفقة، والإمضاء عليها من الطرفين، حتى يترتب عليها التزامات بين الطرفين. انطلاقاً من وقائع هذه القضية، قرّر مجلس الدولة في الشكل قبول الاستئناف، أما في الموضوع فقد قضى بإلغاء الحكم المستأنف لعدم التأسيس<sup>1</sup>.

على خلاف ما ورد في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، فإن المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، لم يشر إلى حق الطعن في قرار إلغاء المنح المؤقت للتفويض، بل اقتصر فقط على حق الطعن في قرار المنح المؤقت للتفويض، وقراراً بإلغاء إجراء تفويض المرفق العام، والذي يجوز للمتشرح رفع الطعن لدى لجنة تفويضات المرفق العام، في أجل لا يتعدى 10 أيام، ابتداءً من تاريخ إشعار قرار الإلغاء.

كما أن قرار إلغاء إجراء التفويض، لم ينص المشرع على الأساس أو المبرر الذي يتيح إلغاء هذا الإجراء<sup>2</sup>، على خلاف ما هو معمول به في تنظيم الصفقات العمومية، الذي ربط إلغاء هذا الإجراء بالصالح العام<sup>3</sup>.

إضافة إلى ذلك، فإن حرية الإدارة في التعاقد أو عدم التعاقد، مرتبطة بممارسة حق الطعن بشقيه الإداري، والقضائي لكل متعهد يرغب في ذلك، فالإدارة مازالت في مرحلة المنح المؤقت لم تبرم

<sup>1</sup> أنظر القرار رقم 078670، المؤرخ في 06 فيفري 2014، قضية ولاية بومرداس ضد الشركة ذ.م.م " فودميد"، مجلة مجلس الدولة، العدد 13، 2015، ص.84.

<sup>2</sup> أنظر المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

الصفقة، ولم توقع بصورة نهائية على الصفقة، على اعتبار أن قرار المنح المؤقت هو قرار إداري منفصل ممهّد لإبرام الصفقة العمومية أو اتفاقية تفويض المرفق العام، وبالتالي، فهو ليس الخطوة أو المرحلة الأخيرة في الإبرام، بل أن عملية إتمام عملية التعاقد، تتم في مرحلة لاحقة تختص بها جهات مختصة أخرى أو كما يصطلح عليها بالمنح النهائي للصفقة.

### 7. مرحلة المنح النهائي للصفقة وتفويض المرفق العام

لا تعد مرحلة إرساء الصفقة المرحلة الأخيرة لإبرام الصفقة العمومية، بل لابدّ من اعتماد طلب العروض، ومباشرة إجراءات التعاقد لإضفاء الطابع النهائي، والرسمي على الصفقة والإعلان عن إتمام إجراءاتها<sup>1</sup>، وقد نصت المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على السلطات المختصة بالتصديق على الصفقة بصورة نهائية، وهي كالاتي:

1. مسؤول الهيئة العمومية.

2. الوزير.

3. الوالي.

4. رئيس المجلس الشعبي البلدي.

5. المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.

أما على مستوى تفويض المرفق العام، فإن السلطة المفوضة تقوم بإعداد اتفاقية التفويض مكتوبة، بمجرد انقضاء آجال الطعون المذكورة (المتعلقة بآجال الطعن في قرار المنح المؤقت أو قرار إلغاء الإجراء)، والتي تبرم مع المترشح المقبول من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض وتسلم نسخة منها للمترشح المقبول<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الزهرة حقييف، أحمد قداري، زكرياء مسعودي، " إبرام الصفقات العمومية عن طريق طلب العروض في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مجلة الدراسات التجارية والاقتصادية المعاصرة، المجلد 02، العدد 02، جامعة بن خلدون تيارت، جويلية 2019، ص. 178.

<sup>2</sup> أنظر المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

الفرع الثاني: الطلب على المنافسة كقاعدة عامة لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام في الجزائر  
يعد أسلوب الطلب على المنافسة مصطلح جديد لم ينص عليه المشرع في النصوص القانونية السابقة، فقد نظمته في المرسوم التنفيذي رقم 199/18<sup>1</sup>، كأسلوب يشكل القاعدة العامة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، وآلية من آليات تكريس مبدأ المنافسة الحرة.  
على هذا الأساس، ولمعرفة هذا الأسلوب، لابد منا تعريف الطلب على المنافسة (أولاً)، ثم نتعرض على المراحل التي يمر بها الطلب على المنافسة (ثانياً).

### أولاً: تعريف الطلب على المنافسة

عرّف المشرع الطلب على المنافسة في المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 على أنه: "إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض، من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة بغرض ضمان المساواة في معاملتهم، والموضوعية في معايير انتقائهم، وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة.

يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية، والمالية"<sup>2</sup>.

ما يلاحظ على هذا التعريف، هو أن المشرع عرّف إجراء الطلب على المنافسة، انطلاقاً من أهدافه، والتي حصرها في خلق حالة تنافسية بين المتنافسين، من أجل تحفيزهم على تقديم أفضل العروض من الناحية المهنية والمالية والتقنية، مع مراعاة احترام المبادئ العامة لإبرام عقود تفويضات المرفق العام، والمتعلقة بحرية الوصول إلى الطلبات العمومية، وشفافية الإجراءات والمساواة بين

<sup>1</sup> لأن تكريس مبدأ المنافسة في مرحلة إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، تأرجح بين التكريس الضيق لهذا المبدأ والتكريس الفعلي له من خلال الطلب على المنافسة، الذي اعتمده المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 199/18 والتكريس الضيق لهذا المبدأ، يتجلى فيما يلي: تكريس مبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام عقود الامتياز، من خلال التعليمات الوزارية رقم 842/3.94، ومن خلال النصوص القطاعية المنظمة لعقود الامتياز، كذلك من خلال تفويض الخدمة العمومية للمياه، ثم تمّ تكريس مبدأ المنافسة بصفة صريحة في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حيث نصّ المشرع على ضرورة احترام السلطة المفوضة لمبدأ المنافسة في اختيار المفوض له (المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15).

<sup>2</sup> أنظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

المرشحين، وهذا الإجراء لا يختلف في مضمونه عن إجراء طلب العروض في الصفقات العمومية، إلا فيما يتعلق منع التفاوض كأصل عام في طلب العروض، قبل عملية منح الصفقة.

ما يمكن ملاحظته أيضا، أن المشرع لم ينص على الأشكال، التي يمكن أن يتخذها الطلب على المنافسة، على خلاف ما هو معمول به في الصفقات العمومية بالنسبة لطلب العروض.

كما أن المشرع، جعل من الطلب على المنافسة وطنيا<sup>1</sup>، وهذا يعد مساسا بمبدأ المساواة بين المتعاملين، وتضييق من مجال المنافسة، كما أعطى كذلك الأولوية في منح التفويض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة<sup>2</sup>، كما تمتد هذه الأفضلية إلى إلزام الجماعات الإقليمية في طرح مشاريعها في صيغة دعوة للمنافسة الوطنية، متى كان الإنتاج الوطني، والأداة الوطنية قادرة على الاستجابة لحاجياتها<sup>3</sup>، حيث أنه عندما يكون الإنتاج أو أداة الإنتاج الوطني قادرة على الاستجابة للحاجيات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، ففي هذه الحالة تصدر دعوة وطنية للمنافسة<sup>4</sup>.

### ثانيا: مراحل الطلب على المنافسة

يتم الطلب على المنافسة وفق مرحلتين، نصت عليهما المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18:

**المرحلة الأولى:** يتم فيها الاختيار الأولي للمرشحين على أساس ملفات الترشيح المكوّن من: تصريح بالنزاهة، القانون الأساسي للشركة، السجل التجاري، رقم التعريف الجبائي، كل وثيقة تسمح بتقييم المرشحين، وتتم هذه الخطوة عمليا عن طريق وضع ملف خاص لكل مرشح على مستوى مكتب الصفقات التابع للسلطة المفوضة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 85 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>4</sup> سعاد بن سريّة، "أسلوب الطلب على المنافسة كقاعدة عامة لإبرام عقود تفويضات المرفق العام في الجزائر"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 08، العدد 01، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2022، ص.909.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

**المرحلة الثانية:** يتم فيها دعوة المرشحين المقبولين لسحب دفتر الشروط على مستوى السلطة المفوضة، على أن يحتوي دفتر الشروط على جزئين، جزء يسمى "دفتر ملف الترشيح"، وجزء يسمى "دفتر العروض"، يتكون من بنود ومواد إدارية وتقنية ومالية<sup>1</sup>.

على خلاف الصفقات العمومية فيما يخص اختيار المتعامل المتعاقد، فإن اختيار المفوض له في عقود تفويض المرفق العام من طرف السلطة المفوضة، يكون من خلال إجراء تفاوض بينها وبين المرشحين المقبولين الذين قدموا عروضهم بعد الإعلان عن المنافسة، للتأكد من قدرتهم في إدارة وتسيير المرفق العام.

في عقود تفويض المرفق العام، هناك مقارنة تختلف عما هو موجود في الصفقات العمومية من خلال محاولة إيجاد توازن بين مقتضيات الشفافية، عن طريق الإعلان عن المنافسة، وبين ضرورة تمتع السلطة المفوضة بالحرية عند اختيارها للمفوض له معها في التفويض.

أما فيما يخص نشر إعلان الطلب على المنافسة، يجب أن يتم بشكل واسع، وبكل وسيلة مناسبة، كما ألزم السلطة المفوضة بإشهار الإعلان عن طريق الجرائد، شريطة أن تكون في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية، واللغة الأجنبية على الأقل<sup>2</sup>.

لكن ما يمكن ملاحظته مقارنة بالصفقات العمومية، أن المشرع لم يشر إلى نشر الإعلان الكترونياً، قصد تحقيق المزيد من الشفافية، واستقطاب الكثير من العروض.

كذلك نص في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، على جواز إعفاء بعض المرافق العمومية نظراً إلى حجمها ونطاق نشاطها من إجبارية الإشهار في الجرائد، لكن بشرط ضمان إشهار واسع بكل وسيلة أخرى<sup>3</sup>.

يتم إعلان **عدم جدوى الطلب على المنافسة**، في الحالات التالية:

- إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الأولى:

1. عدم استلام أي عرض.

<sup>1</sup> أنظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

2. استلام عرض واحد.

3. عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

• إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية:

1. عدم استلام أي عرض.

2. عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

عند استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية، تبين أنه عرض مطابق لدفتر الشروط، فإنه يقبل لمتابعة الإجراءات<sup>1</sup>.

وعليه، فإن حالات الجدوى هذه تتعلق بالمرحلة الثانية (المذكورة آنفاً)، والمتمثلة في دعوة المرشحين الذين تم انتقائهم في المرحلة الأولى إلى سحب دفتر الشروط، وإجراء المفاوضات. أما فيما يخص المرحلة الأولى (مرحلة تقديم ملف الترشيح)، فالمرشح لم يبين فيها حالات عدم الجدوى، بل هناك فراغاً قانونياً.

إذا كان كل من طلب العروض وطلب المنافسة، يتطلبان خضوع الإدارة لجملة من القيود والضوابط الشكلية والإجرائية، التي يجب عليها مراعاتها في إبرامها للصفقات العمومية، وتفويض المرفق العام عند اعتمادها لهذان الأسلوبان، فإن لجوئها إلى التراضي يحررها نوعاً ما من هذه القيود وهو ما سنحاول توضيحه في العنصر الموالي.

### المطلب الرابع: تكريس التراضي كطريقة استثنائية لاختيار المتعامل المتعاقد في إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

أحياناً تحتاج الإدارة إلى اتباع أسلوب يتسم بالمرونة، وعدم التقيد بالإجراءات الشكلية المطلوبة اتباعها في طلب العروض، نظراً لوجود حالات تتطلب السرعة أو الاستعجال، لهذا نجد أن المشرع نص على أسلوب التراضي، كإجراء استثنائي تلجأ إليه الإدارة في إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، فلهذا نجد أن المشرع قد خصص لهذا الأسلوب، المواد 41، 49، 50، 51، 52 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والمواد من 16 إلى 21 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18.

<sup>1</sup> أنظر المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### الفرع الأول: التراضي في الصفقات العمومية

أولى المشرع الجزائري اهتماما كبيرا لطلب العروض بمختلف أشكاله، باعتباره القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، وفق ضوابط وإجراءات محددة، ولكن بالمقابل، هذا لا يعني عدم اعتراف المشرع للمصلحة المتعاقدة بالحق في اختيار المتعامل المتعاقد معها في حالات محددة وفق أسلوب التراضي كاستثناء عن القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، وبالتالي تحريرها من الشكليات والإجراءات المتبعة في طلب العروض.

على هذا الأساس، يقتضي منا تعريف التراضي في الصفقات العمومية (أولا)، ثم نتناول تقييد حرية الإدارة من خلال تحديد حالات اللجوء إلى التراضي (ثانيا)، وأخيرا استعمال التفاوض لتحديد المتعامل المتعاقد في إجراء التراضي (ثالثا).

### أولا: تعريف التراضي في الصفقات العمومية

عرّف إجراء التراضي، على أنه: "الأسلوب الاستثنائي للتعاقد الذي تقوم به السلطة المختصة دون التقييد بشكليات المناقصة، وذلك في إطار المناقشة المفتوحة مع المرشحين للتعاقد مع الاحتفاظ بحرية كاملة في اختيار المتعاقد المناسب، بشرط الالتزام بالقواعد المنظمة لهذا الأسلوب"<sup>1</sup>.

كما عرّف كذلك، على أنه: "تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة"<sup>2</sup>.

عرّف الفقه الفرنسي التراضي، على أنه: "أسلوب يتميز بغياب عشوائية تخصيص الصفقة العمومية"<sup>3</sup>.

حسب هذا التعريف، فإن أسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية، لا يخضع للعشوائية في الاختيار، كما هو الحال في الصفقات المبرمة بأسلوب المناقصة **L'adjudication**، بل يكون

<sup>1</sup> عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، (دون طبعة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007 ص.109.

<sup>2</sup> علاء الدين عشي، مدخل للقانون الإداري، (دون طبعة)، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.301.  
<sup>3</sup> Yves Gaudemet, **Traité de droit administratif**, Tome1, 16 éditions, Paris, 2001, p.690.  
"Les marchés de gré à gré sont caractérisés d'une manière générale par l'absence d'automatisme dans leur attribution".

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

اختيار المصلحة المتعاقدة محددًا بمتعاملين اقتصاديين محددين، يظهر من خلاله أن المصلحة المتعاقدة تقصدهم بالتحديد لإبرام صفقتها العمومية، ويضم هذا الأسلوب كل من طلب العروض وصفقات التفاوض<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة إلى ما تم ذكره أعلاه، أن المناقصة لا يتم الاختيار عشوائيًا فيها، بل يتم وفقًا لما تضمنته دفتر الشروط، إذ يجب على المرشحين الالتزام به، وإلا سيتم تعرضهم للإقصاء.

أما المشرع، فقد عرّف التراضي، على أنه: "إجراء تخصيص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، كما يمكن أن يكتسي التراضي شكلين، وهما شكل التراضي بعد الاستشارة، وشكل التراضي البسيط"<sup>2</sup>.

نلاحظ أن المشرع، عرّف التراضي على أنه إجراء يتضمن منح الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون اتباع الإجراءات الشكلية المعروفة في أسلوب طلب العروض.

لكن كان من المفروض على المشرع، أن يؤكد على أن هذا الاجراء، هو استثناء عن القاعدة العامة، والمتمثلة في أسلوب طلب العروض، ويتم اللجوء إلى التراضي وفق حالات محددة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا ما سنورده تباعا.

### ثانيا: تقييد حرية الإدارة من خلال تحديد حالات اللجوء إلى إجراء التراضي

في أسلوب طلب العروض كأصل عام، تفقد الإدارة حريتها في اختيار المتعاقد معها، نظرا لمجموعة من القيود الشكلية والإجرائية التي تتقيد بها الإدارة عند إبرام الصفقة العمومية، إلا أنه على خلاف ذلك في أسلوب التراضي، حيث أن المشرع اعترف للإدارة باختيار المتعاقد معها في حالات محددة قانونا، دون الخضوع للإجراءات الطويلة، والمعقدة التي يفرضها أسلوب طلب العروض.

على هذا الأساس، سنتناول حالات اللجوء إلى التراضي بنوعيه.

#### 1. حالات اللجوء إلى التراضي البسيط

إن إجراء التراضي البسيط، هو قاعدة استثنائية لإبرام العقود، مما يجعله الاستثناء المقرر على الاستثناء في إبرام الصفقات العمومية.

<sup>1</sup> Yves Gaudemet, Ibid, p.690.

<sup>2</sup> أنظر المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

إن المقصود بالتراضي البسيط، "هو قيام المصلحة المتعاقدة بإبرام صفقة مع متعامل اقتصادي معين بمجرد تطابق إرادتيهما وفقا لدفتر شروط معد مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة دون اللجوء إلى أي نوع من أنواع الإشهار أو الدعوة إلى المنافسة".

وقد حدد المشرع، حالات التراضي البسيط على سبيل الحصر في المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وبالتالي أقر للمصلحة المتعاقدة بعدم اتباع الإجراءات الشكلية كأصل عام المتبعة في طلب العروض، إلا أنه بالمقابل قيد من سلطتها في اختيار المتعاقد معها، من خلال تقييد حالات اللجوء إلى التراضي البسيط، والتي تتمثل فيما يلي:

**1. الطابع الاحتكاري:** يتحقق الطابع الاحتكاري في الحالة التي لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد، يحتل وضعيا احتكارية، أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية، التي اختارتها المصلحة المتعاقدة أو لحماية حقوق حصرية، أو لاعتبارات تقنية، أو لاعتبارات ثقافية وفنية<sup>1</sup>.

عرّف الاحتكار، على أنه: "داخل سوق معينة يوجد عون اقتصادي واحد يقدم خدمة أو يعرض سلعة يواجه بها عددا من المستعملين أو المستهلكين، فهي عبارة ترتبط بوضعية السوق، وليس بصاحب المركز الذي يطلق عليه اسم المحكّر"<sup>2</sup>.

في هذه الحالة، نلاحظ أن المشرع حرّر المصلحة المتعاقدة من اتباع الإجراءات الشكلية ما دام أن هناك متعاقد وحيد يحتل وضعيا احتكارية، كما تنتفي المنافسة كذلك.

---

<sup>1</sup> الحقوق الحصرية تتمثل في: حقوق المؤلف والحقوق المجاورة لها، وبراءة الاختراع، والملكية الصناعية والنماذج والعلامات التجارية. الاعتبارات التقنية أو الاعتبارات الثقافية والفنية: تخضع للسلطة التقديرية للمصالح المتعاقدة، حيث تكيف احتياجاتها مع ما تتطلبه الصفقة العمومية من هذه الاعتبارات، وقد ترك تنظيم الصفقات العمومية الاختصاص في تحديد هذه الاعتبارات لوزير المالية والوزير المكلف بالثقافة، اللذان يصدران قرارا وزاريا مشتركا يحدد هذه الخدمات، أنظر:

- عبد الرزاق مرابط، التراضي في إبرام الصفقات العمومية - دراسة في القانون المقارن الجزائري وفرنسا-، أطروحة دكتوراه (ل. م. د)، تخصص: قانون المرفق العام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، السنة الجامعية 2018/2019، ص. ص. (66، 67).

<sup>2</sup> إيمان بن وطاس، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، (دون طبعة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص. 64.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

2. في حالات الاستعجال الملح المعطل بخطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وألا يكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

في مجال الصفقات العمومية، قد تكون المصلحة المتعاقدة في وضعية استعجال، وإذا لم تتدخل وتتعاقد في وقت سريع، فإنه سينجم عن ذلك ضياع مالها واستثمارها، وهو ما يعني عدم صلاحية إجراء طلب العروض كآلية من آليات التعاقد<sup>1</sup>، وبالتالي انتفاء تطبيق المنافسة في هذه الحالة.

ما نلاحظه في هذه الحالة، أن المشرع لم يحدد أو بالأحرى لم يضبط مجالات الاستعجال التي يمكن إدراجها ضمن هذه الحالة، ولم يحدد كذلك معايير يمكن من خلالها التأكد من توافر شروط تطبيق هذه الحالة من طرف المصلحة المتعاقدة.

3. في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد، أو توفير حاجات السكان الأساسية فكأنما نحن أمام حالة ميدانية تتطلب من الإدارة السرعة، والاستعجال بغرض ضمان حسن التوزيع وحسن التموين لتوفير حاجات السكان كالكمح، أو أي مادة أولية وأساسية، أو كأن يتعلق الأمر بزلزال أو فيضانات، أصابت منطقة معينة، ففي هذه الحالة لا يمكن للإدارة اتباع إجراءات طلب العروض بمختلف أنواعه<sup>2</sup>.

كما قيّد المشرع المصلحة المتعاقدة باللجوء إلى هذه الحالة بتوفر شرطين أساسيين هما: شرط أن تكون الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، والشرط الثاني ألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

<sup>1</sup> نادية ضريفي، فواز لجلط، " إبرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي ومبدأ المنافسة أي جديد؟ وفق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مجلة صوت القانون، المجلد 06، العدد 02، جامعة خميس مليانة، نوفمبر 2019، ص. 223.

<sup>2</sup> أمينة لميز، " التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 247/15" مجلة الحوار الفكري، الطبعة 13، العدد 15، جامعة أحمد درارية، أدرار، جوان 2018، ص. 541.

### 3. حالة مشروع استعجالي ذي أهمية وطنية

يشترط أن تكون الظروف التي استوجبت هذا الظرف الاستعجالي، لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، ويشترط المشرع في هذا الإجراء الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء.

في هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات العمومية، إلى الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة، إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر، ومنه فإن هذه الحالة تتعلق بمشروع أكيد سيخلف آثارا ستمس كافة إقليم الدولة، ومنه يستتبع بالضرورة أن تكون المبالغ ضخمة نظرا لأهميته<sup>1</sup>.

### 4. الحالة التي تتعلق بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج

في هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية إلى الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشر ملايين دينار جزائري، أو الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة، إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر<sup>2</sup>.

لكن ما يلاحظ على هذه الحالة، أنها شبيهة بالحالة السابقة (المشاريع التي تكتسي طابعا استعجاليا ذات أهمية وطنية)، وبالتالي فالمشرع لم يضع لنا معايير فاصلة بين ما يعد من قبيل المشاريع ذات الأهمية الوطنية، وبين تلك المتعلقة بترقية الإنتاج والأداة الوطنية للإنتاج.

5. عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية أو عندما تتجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات، والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نذير العلواني، " أسلوب التراضي وحماية المال العام في الصفقات العمومية، أي جديد في المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني الموسوم بـ" الجوانب العملية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15"، المنعقد يومي: 11، 12 ديسمبر 2018، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، ص.04.

<sup>2</sup> عادل بوعمران، المرجع السابق، ص.169.

<sup>3</sup> أنظر المادة 06/49 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

في هذه الحالة نلاحظ أن المشرع أعطى أولوية لبعض المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية تقديم خدمة عمومية في مجال محدد، ويحدد لها التعاقد عن طريق التراضي البسيط عند إبرام الصفقة العمومية، وهذا ما يشكل تعدد على مبدأ المساواة بين المرشحين.

حتى لا يؤدي التراضي البسيط إلى تعطيل مبدأي المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، فقد وضع المشرع في المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، جملة من الشروط التي تقيّد سلطة المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى هذا الأسلوب من التعاقد، وهي:

1. يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحدد حاجاتها في ظل احترام أحكام المادة 27 من هذا المرسوم.  
2. أن تتأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي المراد التعاقد معه، لاسيما المؤهلات التقنية، والمهنية والمالية.

3. أن تختار متعاملا اقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الاقتصادية.

4. أن تنظم المصلحة المتعاقدة مفاوضات، حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 06 من المادة 52 من هذا المرسوم.

5. يجب أن تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية<sup>1</sup>.

بعدما تعرفنا على حالات اللجوء للتراضي البسيط، يستوجب منا كذلك التطرق إلى حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، على اعتبار أن كلاهما يعدّان من أشكال أسلوب التراضي الذي يشكل أسلوبا استثنائيا في قواعد الإبرام المعمول بها في الصفقات العمومية، على هذا الأساس حدد المشرع حالات على سبيل الحصر يمكن المصلحة المتعاقدة اللجوء إليها.

### 2. حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة

في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية، وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة، حصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> عادل بوعمران، المرجع السابق، ص. 170.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

يعدّ التراضي بعد الاستشارة، شكلاً من أشكال التراضي، إذ تنتفي فيه هو الآخر نوعاً ما الإجراءات الشكلية المتبعة في الطلب العروض، لكن ليس بشكل كلي كما هو الحال عليه في التراضي البسيط، إذ أنه أسلوب يقوم على إبرام المصلحة المتعاقدة لصفقاتها، بإقامة المنافسة بين المرشحين تدعوهم خصيصاً للتنافس، حيث تعرض الصفقة على المؤسسات ذات التخصص المطلوب، بواسطة الوسائل المكتوبة، دون الإجراءات الشكلية المتبعة في طلب العروض<sup>1</sup>.

يتم اللجوء إليه في الحالات، التي حددها المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على سبيل الحصر كالآتي:

1. عندما يعلن عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، حيث نكون أمام حالة عدم جدوى إجراء طلب العروض في حالة عدم تسلم أي عرض، أو إذا كانت العروض المستلمة بعد تقييمها غير مطابقة لدفتري الشروط، أو لموضوع الصفقة، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات، وهذا ما نصت عليه المادة 02/41 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، بمعنى أن المصلحة المتعاقدة تلجأ إلى الإعلان عن طلب العروض، غير أنه ترتب توافر حالة من الحالات التي تستوجب على المصلحة المتعاقدة الإعلان عن عدم الجدوى، فتلجأ هذه الأخيرة مرة ثانية إلى إجراء طلب عروض فإذا ترتب عليه مرة أخرى نفس الوضع، أي لا يتم استلام أي عرض، أو عدم مطابقة العروض لموضوع الصفقة أو لمحتوى دفتر الشروط، أو لا يمكن ضمان تمويل الحاجات وبالتالي عدم الجدوى للمرة الثانية، في هذه الحالة تقوم المصلحة المتعاقدة بالتعاقد وفق لأسلوب التراضي بعد الاستشارة.

ما نلاحظه في هذه الحالة، أن المشرع حرص على التضييق من الحرية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة، كما أن تطبيق المنافسة محدوداً، عندما يعلن عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

2. في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى إجراء طلب العروض، وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها، أو بضعف مستوى المنافسة فيها أو بالطابع السري للخدمات، فالملاحظ، أن المشرع استثنى صفقات الأشغال، وقد أراد المشرع في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن يكون أكثر تحديداً، إذ ربط خصوصية الصفقات المذكورة بموضوعها، أو بضعف مستوى المنافسة فيها، أو بالطابع السري للخدمات، لكن هذا الأمر قد

<sup>1</sup> أمينة لميز، المرجع السابق، ص. 545.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

يفتح الباب أمام المصالح المتعاقدة للتملص من أسلوب طلب العروض كقاعدة عامة لإبرام صفقاتها من خلال ادعائها ضعف مستوى المنافسة حول موضوع الصفقة ومن ثم اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة والمساس بمبدأ المنافسة<sup>1</sup>.

كما أن المشرع، أثار إشكالا آخر فيما يخص مصطلح الخاصة، فماذا قصد المشرع بهذا المصطلح، وماهي محدداته بالنسبة للصفقات؟

كما حاول المشرع من التقليل من هذا الإشكال، بإسناد صلاحية تحديد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة إلى مسؤول الهيئة العمومية، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات المختصة غير أنه لم يوضح إجراءات تحديد هذه القائمة ومواعيدها<sup>2</sup>.

كمثال على ذلك القرار الوزاري المشترك بين وزير الإعلام والاتصال المحدد لقائمة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة، التي تهتم وزارة الإعلام والاتصال، والتي تتعلق بدراسات لإقامة منشآت تكنولوجيات الإعلام والاتصال، ووضع مخططات توجيهية معلوماتية وغيرها<sup>3</sup>.

**3. في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة،** كوزارة الدفاع مثلا وتحدد قائمة هذه الدراسات واللوازم والخدمات والأشغال، بموجب قرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني، حيث يمكن للمؤسسات السيادية في الدولة، أن تبرم صفقات أشغال بالتراضي بعد الاستشارة برسالة بسيطة توجه مباشرة إلى استشارة المتعاقد، التي تريد أن تبرم معه الصفقة على أساس دفتر الشروط المصادق عليه من طرف لجنة الصفقات المختصة ونظرا لأهمية هذا النوع من الصفقات في الحفاظ على أسرار الدولة، وأمنها وبهدف حمايتها جعل المشرع من الضروري أن يكون إبرامها على ضوء هذا الإجراء، وليس طلب العروض الذي يستند على الإشهار الملائم والصحفي.

<sup>1</sup> بوزيد بن محمود، " تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 06، المركز الجامعي تمنراست، 2018، ص.197.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.197.

<sup>3</sup> القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 02 أوت 2011، يحدد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم بطبيعتها اللجوء إلى طلب العروض، الجريدة الرسمية، العدد 06، الصادرة في 12 فيفري 2012.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

كما أن المشرع، لم يحدد المؤسسات السيادية في الدولة، ولم يحيلنا لأي تنظيم لتعيينها<sup>1</sup>.  
4. في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب العروض، وهي حالة موضوعية تبرر اللجوء للتعاقد بطريق التراضي، ولهذا رخص المشرع للمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى هذا الأسلوب، لكن بشرط أن تبرر ذلك عند ممارسة أي رقابة عليها من قبل الجهات المخولة قانوناً، فتثبت حالة الفسخ أولاً، وتثبت وضعية أو حالة عدم تحمل المشروع لآجال جديدة ثانياً، وهي في مجملها قيوداً، تستوجب مراعاة جانب الشكل قبل التعاقد بأسلوب التراضي. في هذه الحالة يقع على الإدارة المعنية عبء تحضير مشروع دفتر الشروط، وعرضه طبقاً لمقتضيات المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على لجنة الصفقات العمومية المعنية، كما ألزمها المشرع كذلك بتحرير وتوجيه رسالة استشارة من جانب المصلحة المتعاقدة، على أساس دفتر شروط خاص ومميز يتعلق بحالة التراضي لا بطلب العروض<sup>2</sup>.

نفس الأمر، فيما يخص هذه الحالة، فالإدارة المعنية ملزمة بإعداد دفتر شروط، وإحالته على لجنة الصفقات المعنية، كما أنه يجب عليها تحرير وتوجيه رسالة استشارة من جانب المصلحة المتعاقدة<sup>3</sup>.

على خلاف التراضي البسيط، فالمشرع قيد المصلحة المتعاقدة عند لجوئها للتعاقد بأسلوب التراضي بعد الاستشارة، بضرورة احترام إجراء الإشهار الصحفي، وتنظيمه بكل الوسائل المكتوبة. على اعتبار كل من التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة، يعتبران من الصيغ التفاوضية موجهة إلى متعاملين اقتصاديين محددين بذواتهم، تلجأ المصلحة المتعاقدة لاختيار المتعاقد معها عن طريق التفاوض، وهذا ما سنتناوله تبارعاً.

<sup>1</sup> سعاد بن زيان، " التراضي إجراء استثنائي في إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، جامعة محمد خيضر، بسكرة، أكتوبر 2021، ص. 298.

<sup>2</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص. ص. (315، 316).

<sup>3</sup> نصت المادة 05/52 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "...يتم لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات المنصوص عليها في المطات 2 و3 و4 و5 من المادة 51 أعلاه، برسالة استشارة على أساس دفتر شروط يخضع قبل الشروع في الإجراء لتأشير لجنة الصفقات المختصة..."، المصدر السابق.

### ثالثاً: استعمال التفاوض لتحديد المتعاقد في إجراء التراضي

يقوم أسلوب التراضي على أساس وجود التفاوض بين المصلحة المتعاقدة والمرشحين، لأن هذه الأخيرة قد تقيّنت من أنه لا سبيل إلى تنفيذ مشروع ما إلا باتباع هذا الأسلوب، حتى تتمكن من تحقيق المتطلبات الأساسية المرتبطة به، بما يحقق المصلحة المرجوة منه، معتمدة في ذلك على أسلوب التفاوض من أجل تقريب وجهات النظر بينها وبين المرشحين، حتى يحصل كل طرف على مبنغاه.

#### 1. تعريف التفاوض

يقصد بالتفاوض: " هو التفاهم والأخذ والعطاء، بهدف الوصول إلى اتفاق مع الآخرين الذين تجمعنا بهم المصالح، بينما تتعارض بعض مصالحنا الأخرى، فالتفاوض لا يعني فقط تلك العملية الرسمية، التي يجلس فيها المتفاوضون حول المائدة لمناقشة موضوع متنازع عليه"<sup>1</sup>.

كما عرّف التفاوض أيضاً، على أنه: " عملية تتم بين طرفين أو أكثر، تحاول حسم نزاع ما حول موضوع معين أو شيء معين"<sup>2</sup>.

مما سبق، فالتفاوض هو إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة مع المتعامل الراغب في التعاقد معها، من أجل الإعداد لإبرام الصفقة، أو تسوية خلاف قد يحدث حول بنود الصفقة أو تنفيذها. يتضمن التفاوض بشأن التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة، الجوانب المتعلقة بالصفقة خاصة الشروط التقنية وبالثلث، وأجال التنفيذ وغيرها، دون المساس بموضوع الصفقة لأنه تم تحديده قبل التفاوض.

<sup>1</sup> الشريف شريفي، " الصفقة العمومية بناء على إجراء التراضي-قراءة في تقنين الصفقات العمومية-"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 02، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، جوان 2016، ص. ص. (68، 69).

<sup>2</sup> محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، (دون طبعة)، دار النهضة العربية مصر، 2000، ص.36.

## 2. الدعوة للتفاوض في شكلي التراضي

بعدها تقوم المصلحة المتعاقدة بتجميع العروض، التي سبق لها دعوة أصحابها للتعاقد، منح المشرع لها إمكانية لجوئها إلى التفاوض مباشرة مع أصحاب تلك العروض، وذلك للحصول على توضيحات أو تفاصيل بشأنها، وهذا ما سنتناوله تباعاً.

### 1.2 الدعوة للتفاوض في إجراء التراضي البسيط

إن التفاوض في إجراء التراضي البسيط، منظم بموجب نص المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>1</sup>، مع احترام مختلف الشروط المنصوص عليها في نص المادة 06/52 من نفس التنظيم، والتي تضمنت عناصر ومبادئ التفاوض، حيث أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة، أن تتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة، وتجرى المفاوضات من طرف لجنة تعينها وترأسها المصلحة المتعاقدة في ظل احترام المبادئ العامة للمنافسة، مع مراعاة كذلك تحرير المفاوضات في محضر.

### 2.2 الدعوة للتفاوض في إجراء التراضي بعد الاستشارة

إجراء التراضي بعد الاستشارة يعتبر إحدى الصيغ التفاوضية، إلا أنه يختلف عن صيغة التراضي البسيط، في كونها تضمن قدراً ولو محدوداً من المنافسة، وتملك كذلك المصلحة المتعاقدة فيه نوعاً من الحرية في اختيار المتعاقد معها، ولكن بشرط احترام الحالات المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

يتعين على المصلحة المتعاقدة استشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض، برسالة استشارة وبنفس دفتر الشروط، باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض، وإذا ما قررت استشارة مؤسسات أخرى لم تشارك في طلب العروض، فيجب الإعلان حسب الأشكال التي نص عليها تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وبنفس دفتر الشروط، ما عدا الأحكام الخاصة بطلب العروض.

كما تحدد سلطة الهيئة العمومية السيادية للدولة، أو مسؤول الهيئة العمومية، أو الوزير المعني القائمة بالنسبة لصفقات اللوازم والدراسات، والخدمات الخاصة، والأشغال المنصوص عليها في

<sup>1</sup> نصت المادة 04/50 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "... تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 6 من المادة 52 أدناه..."، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

الفقرة 02 و 03 من المادة 51<sup>1</sup>، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية، أو اللجنة القطاعية للصفقات، حسب الحالة<sup>2</sup>.

إضافة لذلك، يمكن للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالنسبة للعروض، التي تستجيب لمتطلبات المصلحة التعاقدية والمطابقة للشروط التقنية، والمالية المحددة في دفتر الشروط، أن تطلب كتابيا بواسطة المصلحة التعاقدية من المتعاملين الاقتصاديين، الذين تمت استشارتهم تفصيلات وتوضيحات تتعلق بعروضهم، ودعوتهم إلى استكمال عروضهم، كما يجوز للمصلحة التعاقدية التفاوض معهم حول شروط التنفيذ، والذي يقوم بالتفاوض، ليس لجنة تقييم العروض، بل هي لجنة خاصة تشكلها المصلحة التعاقدية لهذا الغرض، وتتولى رئاستها، مع مراعاة ما جاء به المشرع في نص المادة 05 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام<sup>3</sup>.

الملاحظ، أن المشرع لم يبيّن كيفية عمل هذه اللجنة، ولا عدد أعضائها، ولا شروط التعيين فيها بل اكتفى فقط بضرورة تتبع أطوار المفاوضات، من خلال إلزام لجنة التفاوض بتحرير محضرا للمفاوضات.

على خلاف ما جاء به التنظيم الجزائري، نجد أن المشرع الفرنسي اعتمد على التفاوض كإجراء منفصل عن التراضي مثله مثل المشرع التونسي والمغربي.

إذ أن المشرع الفرنسي نص في المادة 66 من المرسوم 2016، والمتعلق بالصفقات العمومية<sup>4</sup>، على منع المشتري العمومي من التفاوض كقاعدة عامة عند إبرام الصفقة العمومية بأسلوب طلب العروض<sup>5</sup>، لكن أورد عدة استثناءات، وسمح باستعمال التفاوض في عقود الامتياز ولكن في عقود الصفقات العمومية أجاز استعمال التفاوض، لكن بحسب الإجراء المتبع في إبرامها:  
1. الصفقات العمومية التي تبرم وفق للإجراءات المكيفة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 02/51، 03 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>4</sup>Décret n°2016-360, du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, JOF n° 74, du 27 mars 2016. Voir sur cite : [www.légifrance.com].

<sup>5</sup>Article. 66 du Décret n°2016-360:" L'appel d'offres est la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats...", op.cit.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

2. إجراء المنافسة مع التفاوض، وتطبق على الصفقات العمومية البسيطة.
  3. إجراء التفاوض مع منافسة مسبقة (الصفقات المتعلقة بشبكات الكهرباء والغاز ومعالجة المياه وشبكات النقل وغيرها...).
  4. إجراء التفاوض دون إشهار ولا منافسة مسبقة (في حالة الاستعجال الملح، أو في حالة عدم وجود أي متعهد أو عرض مقدم)<sup>1</sup>.
- على نفس المنوال، اعتمد المشرع التونسي على إجراء التفاوض كإجراء منفصل عن التراضي تحت مسمى صفقات بالتفاوض المباشر، وحدد حالات اللجوء إليها<sup>2</sup>.
- أما بالنسبة للمشرع المغربي، وعملا بمقتضيات المادة 16 من المرسوم 20 مارس 2013<sup>3</sup> فقد أجاز لصاحب المشروع إجراء مفاوضات حول شروط الصفقة مع متنافس أو عدة متنافسين، طبقا للشروط المنصوص عليها في الفصل الثالث من الباب الرابع من المرسوم، تحت عنوان: " مسطرة الصفقات التفاوضية"، كإجراء استثنائي لإبرام الصفقة العمومية، وتبرم الصفقة التفاوضية بإشهار سابق وبعد إجراء منافسة، أو بدون إشهار سابق وبدون إجراء منافسة.
- على خلاف المشرع الجزائري، نجد أن المشرع المغربي وضّح شكل الصفقات التفاوضية ولاسيما المتعلقة بنوع الصفقة، الذي يتم إبرامه بناء على طلبية المعنيين بالأمر، بالنظر للطبيعة الاستعجالية للأعمال موضوع الصفقة، لذلك تبرم وفقا لنص المادة 87 من المرسوم السالف الذكر بناء على إحدى الوسائل المذكورة في هذه المادة.
- لم يكتف المشرع المغربي بتحديد شكل الصفقات التفاوضية، بل حدد كذلك المبادئ التي تراعى في إبرام الصفقات التفاوضية<sup>4</sup>، وحالات اللجوء للصفقات التفاوضية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>Daniel Tasciyan, "La négociation dans la passation des marchés publics et concessions", Voir sur le site :

[<https://www.village-justice.com>], 01/10/2018.

<sup>2</sup> أنظر الفصل 49 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 16 من المرسوم رقم 2-12-349، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 84 من المرسوم رقم 2-12-349، المصدر السابق.

<sup>5</sup> أنظر المادة 86 من المرسوم رقم 2-12-349، المصدر السابق.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

مما سبق، نلاحظ على الرغم من أن المصلحة المتعاقدة، وإن كانت لها السلطة التقديرية الكاملة في اختيار المتعامل المتعاقد معها وفقا لأسلوب التراضي، إلا أنها ملزمة بمراعاة المصلحة العامة ضمنا لسير المرافق العامة بانتظام واضطراد، لذلك نجد أن المشرع، يلزم المصلحة المتعاقدة أن تعلق اختيارها عند كل رقابة تمارسها سلطة مختصة، كما قيد المصلحة المتعاقدة كذلك بضرورة إلزامها بإعمال أسلوب التراضي في حالات محددة حصرا لحماية المال العام.

على اعتبار أن أسلوب التراضي يتسم بالمرونة، فهو يقوم أساسا على تحرير المصلحة المتعاقدة من القواعد الإجرائية المتبعة في أسلوب طلب العروض، وبالتالي تمكين المصلحة المتعاقدة من اختيار المتعاقد معها، دون التقيد بشكليات أو إجراءات محددة، ولها إمكانية التفاوض مع من تراه قادرا ومؤهلا للقيام بالمشروع أو العملية التي ترغب في إنجازها، إلا أن الاختلاف يظهر في أن المشرع في إجراء التراضي بعد الاستشارة، منح حرية أكبر للجنة المعنية بالتفاوض عنها في إجراء التراضي البسيط، حيث قيّد في هذا الإجراء، المفاوضات المتعلقة بالجانب المالي على أسعار المرجعية<sup>1</sup>، هذه الأسعار هي التي تنشر في الديوان الوطني للإحصائيات والتقارير الرسمية الصادرة عن المجلس الاجتماعي والاقتصادي<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: التراضي كاستثناء عن القاعدة العامة في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام

يعدّ التراضي صيغة استثنائية لاتفاقية تفويض المرفق العام، حيث أنّ المشرع في هذه الصيغة يحرّر السلطة مانحة التفويض من القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب الطلب على المنافسة في اختيار المفوض له، لكن هذه الحرية مقيدة بحالات اللجوء إلى كل شكل من أشكال التراضي، وعليه سنتناول تعريف التراضي (أولا)، وأشكاله (ثانيا).

<sup>1</sup> أنظر المادة 06/52 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> نادية ضريفي، منيرة مغني، " تحول التراضي البسيط في ظل المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 06، العدد 01، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، ماي 2022، ص.487.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

أولاً: تعريف التراضي كمظهر لحرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له

لم يعرف المرسوم التنفيذي رقم 199/18، التراضي بل اكتفى بالنص على أنه إجراء استثنائي، على عكس ما ورد في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والذي أشار فيه المشرع بشكل واضح ودقيق حول تعريف التراضي في الصفقات العمومية<sup>1</sup>.

كما حدّد في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، أنواع التراضي في أسلوبين، وهما التراضي البسيط، والتراضي بعد الاستشارة.

إذ أن المظهر المميز لإجراء التراضي كأسلوب من أساليب التعاقد، أنه أسلوب بسيط يعني السلطة المفوضة من الخضوع إلى الإجراءات الطويلة، والمعقدة التي تفرضها صيغة الطلب على المنافسة لاختيار المفوض له<sup>2</sup>.

ثانياً: أشكال التراضي في اتفاقيات تفويض المرفق العام

حددت المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، شكلين للتراضي، وهما التراضي بعد الاستشارة، والتراضي البسيط، وقد قيّد المشرع السلطة المفوضة بحالات لا يمكنها اللجوء إلى هذا الإجراء، إلا إذا توافرت حالات ذكرت على سبيل المثال لا الحصر.

### 1- التراضي بعد الاستشارة

يعتبر التراضي بعد الاستشارة شكلاً من أشكال التراضي، وهذا طبقاً لنص المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، ويقصد به قيام السلطة المفوضة باختيار مفوض له، من بين ثلاثة مرشحين مؤهلين على الأقل.

إذ أن التراضي بعد الاستشارة، يعدّ صيغة من الصيغ التفاوضية، لكونه يكرّس مبدأ المنافسة ولو بصفة جزئية، وذلك من خلال استدعاء السلطة المفوضة على الأقل 03 مرشحين لاستشارتهم وخلق جو تنافسي بينهم، لاختيار المرشح المؤهل والكفء لتسيير المرفق العام.

<sup>1</sup> أنظر المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> سمية سلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص.163.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

وقد قيّد المشرع السلطة المفوضة عند لجوئها إلى التراضي بعد الاستشارة، بحالات محددة قانوناً، والتي تتمثل في:

1. عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، وفي هذه الحالة يتم اختيار المفوض له من بين المرشحين المؤهلين، الذين شاركوا في الطلب على المنافسة.
2. عند تفويض بعض المرافق العمومية، التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، ويتم تحديد هذه المرافق بموجب قرار وزاري مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية<sup>1</sup>.  
يتم اختيار المفوض له ضمن قائمة تعدها مسبقاً السلطة المفوضة، بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية، التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام.

### 2- التراضي البسيط

التراضي البسيط، هو إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار المفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية، فلا تحتاج فيه السلطة المفوضة إلى استشارة، وهذا وفقاً لما جاءت به المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18.

في أسلوب التراضي البسيط، تتمتع الإدارة بالحرية المطلقة في اختيار المفوض له، فهي تقوم مباشرة باختيار هذا الأخير، دون اللجوء إلى إجراءات الإشهار وقواعد المنافسة.

يتم اللجوء إلى التراضي البسيط في الحالات التالية:

1. في حالة الخدمات التي لا يمكن أن تكون محل تفويض بسبب الوضعية الاحتكارية، أو في الحالات الاستعجالية.

تعتبر الوضعية الاحتكارية للمترشح، بمثابة المبرر للجوء إلى التراضي البسيط، فالخدمة التي تطلبها السلطة المفوضة لا يلبّيها إلا مترشح واحد يحتل وضعية احتكارية تسمح له القيام بالخدمة المطلوبة من طرف السلطة المفوضة<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للحالات الاستعجالية، فتتمثل في:

<sup>1</sup> أنظر المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.  
<sup>2</sup> سمية سلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص. 167.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- في حالة ما إذا كانت اتفاقية تفويض المرفق العام موضوع إجراء الفسخ، في هذه الحالة ولضمان استمرارية المرفق العمومي، تلجأ السلطة المفوضة إلى إبرام اتفاقية تفويض أخرى بصفة مستعجلة دون اللجوء إلى إجراءات الطلب على المنافسة لأنها تتطلب وقتاً أكبر<sup>1</sup>.

2. في حالة استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له، وتتجلى هذه الحالة في عدم قدرة المفوض له بأن يضمن استمرارية وديمومة المرفق العام وتسييره، أو عدم تمكنه من القيام بأداء الخدمة العمومية الموكلة له، في هذه الحالة منح المشرع للسلطة المفوضة حق الفسخ الإنفرادي للاتفاقية واسترداد المرفق العام<sup>2</sup>.

3. في حالة رفض المفوض له توقيع الملحق المتضمن تمديد الأجل<sup>3</sup>.

حالات التراضي البسيط في عقود تفويض المرفق العام، جاءت على سبيل المثال، عكس ما جاء به المشرع في الصفقات العمومية، التي حدد فيها حالات اللجوء إلى هذا الأسلوب على سبيل الحصر لا المثال<sup>4</sup>.

انطلاقاً مما سبق، فيما يخص صيغ إبرام عقود تفويض المرفق العام، نلاحظ أنها خاضعة في كل الحالات إلى إجراء المفاوضات سواء بالنسبة للطلب على المنافسة أو من خلال التراضي وهذا راجع للخصوصية التي تمتاز بها هذه العقود، من ناحية المدة وموضوع التفويض الذي يقتضي

---

<sup>1</sup> سمير بوعنق، تفويض المرفق العام في ضوء قانون الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون تخصص: القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، السنة الجامعية 2021/2022، ص.203.

<sup>2</sup> سمية سلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص.168.

<sup>3</sup> أنظر المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 18/199، المصدر السابق.

<sup>4</sup> نصت المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247، على أن: "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط..."، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

مفاوضات في كل أمر يتعلق بتسيير المرفق العام، ما عدا ما يتعلق بالمادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18<sup>1</sup>.

بعدها تطرقنا إلى القيود التي تحد من الحرية التعاقدية للإدارة فيما يخص التزامها بتكريس مبادئ المنافسة في اختيارها للمتعاملين الاقتصاديين، و التزامها بإعمال المنافسة عند إعدادها أو تحضيرها للصفقة العمومية أو اتفاقية تفويض المرفق العام، إضافة لذلك التزامها بالتحديد التشريعي للمشرع لكيفيات وإجراءات إبرام الصفقة العمومية أو اتفاقيات تفويض المرفق العام، سنتطرق إلى جانب آخر من الحدود التي ترد على الحرية التعاقدية للإدارة، من خلال معرفة حدود حريتها في تكريس شروط المنافسة، وهو ما سيتم تناوله تباعا.

### المبحث الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكريس شروط ممارسة المنافسة

تعتبر المنافسة وسيلة مشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي، ولكن إقرار حريتها بدون ضبطها أو تقييدها، من شأنه أن يؤدي إلى مجموعة من الممارسات المقيدة لها، وتعد الاتفاقيات التي تبرم بين الأعوان الاقتصاديين من أبرز صور المنافسة المشروعة، ما لم تحد أو تعرقل من المنافسة أو تحدث خلافا في قانون العرض والطلب<sup>2</sup>.

على اعتبار الصفقات العمومية أحد مجالات قانون المنافسة من حيث الموضوع، فهي تخضع لأحكامه المتضمنة ضرورة احترام قواعد المنافسة الحرة والنزاهة لضمان نجاعة الطلبات العمومية. كما أن أعمال أو امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية، يفرض على صاحب المشروع الامتناع عن ارتكاب الممارسات المقيدة للمنافسة عند إبرام العقد.

<sup>1</sup> نصت المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، على أن: "تتفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المترشحين المقبولين المعنيين، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط، لاسيما على ما يأتي: "مدة تفويض المرفق العام عند الاقتضاء، التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة، أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له حسب شكل التفويض.

يمكن أن تتطرق المفاوضات كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض باستثناء معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط، ولا يمكن أن تتطرق المفاوضات، في أي من الأحوال إلى موضوع التفويض"، المصدر السابق.

<sup>2</sup> عبد الحليم بوقرين، "حظر الممارسات المقيدة للمنافسة"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 06، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، نوفمبر 2011، ص.162.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

على هذا الأساس، نجد أن المشرع في كل من تنظيم الصفقات العمومية، وقانون المنافسة حرص على سنّ قواعد قانونية لحماية المنافسة من الممارسات المقيدة لها. نظرا لتعدد صور الممارسات المقيدة للمنافسة، ارتأينا التركيز على الصور الموجودة في تنظيم الصفقات العمومية، والذي هو مجال دراستنا، موازاة مع ما جاء به الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم).

لم نتناول دراسة هذا العنصر في مجال تفويض المرفق العام، لعدم وجود أية نصوص قانونية تتكلم عن صور الممارسات المقيدة للمنافسة في تفويض المرفق العام، بل اقتصر الأمر فقط على ما جاء في الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، والمرسوم الرئاسي رقم 247/15. وعليه، فالإدارة في إطار حماية المنافسة، ملزمة بعدم خلق ممارسات مقيدة للمنافسة من جهة ومن جهة أخرى، كشف الممارسات المرتكبة بين المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة الإجراءات المتعلقة بالصفقة، ومتابعة الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية.

### المطلب الأول: الحظر النسبي للممارسات المقيدة للمنافسة

بما أن الصفقات العمومية أصبحت مجالا خصبا لتطبيق أحكام قانون المنافسة، وعلى كل متدخل فيها، فقد أرسى المشرع من خلال قواعده مجموعة من الشروط والضمانات لخلق بيئة قائمة على المنافسة الحرة والنزيهة، لتجنب أي ممارسات مخلة أو منافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية.

لهذا، نجد أن المشرع في القانون رقم 12/08، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، اعتبر أن الصفقة مصدرا للممارسات المقيدة للمنافسة، وهذا ما يسمح لمجلس المنافسة في أداء دوره في معاقبة أصحاب هذه المخالفات عند إبرام الصفقات العمومية، وهذا ابتداء من تاريخ الإعلان عن طلب العروض إلى غاية المنح النهائي للصفقة<sup>1</sup>.

من بين هذه المخالفات، نجد الممارسات المقيدة للمنافسة، التي تناولها المشرع ضمن أحكام الفصل الثاني في المواد من 06 إلى 14 من الأمر المتعلق بالمنافسة رقم 03/03 (المعدل والمتمم).

<sup>1</sup> أنظر المادة 07/06 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

انطلاقاً من نصوص هذه المواد، نلاحظ أن مجال هذه الممارسات واسع جداً، ولهذا سنتقتصر دراستنا في مجال الصفقات العمومية على الممارسات الأكثر شيوعاً، وهي الاتفاقات المحظورة والتعسف الناتج عن كل من وضعية الهيمنة على السوق، وعرض أو ممارسة البيع بأسعار منخفضة المحظورة بموجب أحكام المواد 06، 07، 12 من الأمر المتعلق بالمنافسة رقم 03/03 (المعدل والمتمم).

على هذا الأساس سنتطرق إلى الاتفاقات المحظورة (الفرع الأول)، ثم التعسف في استغلال وضعية الهيمنة (الفرع الثاني)، التعسف في عرض أو ممارسة البيع بأسعار منخفضة (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: الاتفاقات المحظورة *Les ententes illicites*

تعتبر الاتفاقات المحظورة (غير المشروعة)، إحدى الممارسات المقيدة للمنافسة، ولقد تم حظر هذه الممارسات لما فيها من إضرار بالمنافسة وتقييد لها، وهذه الاتفاقات تتطوي على العديد من الأنواع.

لهذا سنتناول تعريف الاتفاقات المحظورة (أولاً)، ثم نتطرق إلى شروط حظرها (ثانياً).

#### أولاً: تعريف الاتفاقات المحظورة

نقصد بالاتفاق المحظور: " تبادل إيجاب وقبول صريح أو ضمني مكتوب أو شفهي، اتفاق حقيقي أو عمل مدبر وترتيب أو اتفاق حول عرقلة المنافسة، والاتفاق في قانون المنافسة يكتسي مفهوماً أوسع"<sup>1</sup>.

يمكن لهذا الاتفاق أن يبرم بين أشخاص طبيعية أو معنوية شرط أن يأخذ شكل مؤسسة، كما يمكن أن تأخذ أشكالاً مختلفة، سواء كانت اتفاقية أفقية أو عمودية أو عضوية.

كما عرّف، على أنه: " توافق إرادة عونين اقتصاديين أو أكثر مستقلين، كل واحد عن الآخر ليقرر اتباع سلوك بصفة مستقلة في السوق"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Baise Jean Bernard, **Droit des affaires**, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J), Paris, 2000, p. (396,397).

<sup>2</sup> ليندة بلحارث، " دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة"، مجلة المعارف، المجلد 11، العدد 21، ديسمبر 2016، ص. ص. (237، 238)، ولمزيد من التفاصيل، راجع:

- محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، (دون طبعة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2013، ص. 190 وما بعدها.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

وعليه، فإن الاتفاقات المحظورة هي اتحاد إرادتين أو أكثر إلى الانضمام في شكل اتفاق سواء كان مكتوباً أو شفويًا، من شأنه أن يشكل فعلاً مقيداً للمنافسة.

### ثانياً: شروط حظر الاتفاقات غير المشروعة

لكي يتم حظر الاتفاقات غير المشروعة، يستلزم توافر ثلاث شروط، والتي تتمثل فيما يلي:

**1. أطراف الاتفاق:** إن الاتفاقات غير المشروعة، هي ممارسة جماعية مقيدة للمنافسة، تقوم بها المؤسسات فيما بينها، أو مع أطراف أخرى، فأطراف هذا النوع من الاتفاقات متعددة ومستقلة عن بعضها<sup>1</sup>.

على الرغم، من أن المشرع لم يشير بصفة صريحة إلى أطراف الاتفاق في المادة 06 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، إلا أن المشرع نص في المادة 03 منه على أن المؤسسة تشكل طرفاً في الاتفاق، ولذلك فإنه يخضع لمبدأ حظر الاتفاقات، كل شخص طبيعي أو معنوي خاص أو عام يمارس نشاطاً اقتصادياً (الواردة في نص المادة 02 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم)، وبصفة دائمة.

**2. وجود الاتفاق (شكل الاتفاق):** إن الاتفاقات غير المشروعة ليست شكلاً واحداً، كما جاء ذلك في المادة 06 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، حيث أن المشرع أشار إلى حظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية، بمعنى أنه لم يشترط شكلاً أو قالباً معيناً، فالمهم هو أن تتوافق إرادة الأطراف فيما بينهم، من شأنه أن يعيق المنافسة أو يقيدّها.

**3. عرقلة حرية المنافسة وتقييدها:** لا تعتبر الاتفاقات في حد ذاتها مخالفة للقانون، ولا يتم حظرها إلا إذا أدت إلى تقييد المنافسة وعرقلتها والإخلال بها في السوق أو في جزء جوهري منه، بمعنى أن تقييد المنافسة، قد يكون بصفة قطعية أو احتمالية تؤدي إلى تقييد المنافسة، وهذا ما أشار إليه المشرع في المادة 01/06 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، من خلال نصه على أن: "... عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه...".

<sup>1</sup> عبير مزغيش، الآليات القانونية لحماية المنافسة الحرة من الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات الاقتصادية أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2015/2016، ص.112.



ثالثاً: حظر جميع الاتفاقات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية

ما دام مجال دراستنا يقتصر على الصفقات العمومية، فإننا سنركز على شرح الشكل الأخير من الاتفاقات المقيدة للمنافسة، والذي أضيف بموجب القانون رقم 12/08، المعدل والمتمم للأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، حيث نجد أن المشرع في مجال الصفقات العمومية، قد أكد على حظر جميع الممارسات المقيدة للمنافسة، لاسيما عندما ترمي إلى السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة للمنافسة<sup>1</sup>.

باستقراءنا لهذه المادة، نجد أن المشرع أكد على منع الممارسات المقيدة في مجال الصفقات العمومية دون اتفاقية تفويض المرفق العام، وربما يكون السبب في عدم النص عليه، راجع لصدور الأمر المتعلق بالمنافسة رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، كان سابقاً على صدور المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذلك تلى صدور بعد هذا الأخير المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المتعلق بتفويض المرفق العام، هذا من جهة.

من جهة أخرى، نلاحظ كذلك أن المشرع في نص المادة 06 المذكورة آنفاً، لم يحدد طريقة إبرام الصفقة العمومية، بل اقتصر فقط على منعه للممارسات المقيدة للمنافسة أياً كانت طريقة الإبرام سواء تعلق الأمر بطلب العروض أو التراضي، وهذا ما يتناقض مع نص المادة 02 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، والتي أكدت على امتداد تطبيق أحكام قانون المنافسة على الصفقات العمومية، ابتداء من نشر الإعلان عن المناقصة (لابد من تعديل في الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، حتى يتماشى مع ما جاء به المرسوم الرئاسي رقم 247/15 -إجراء طلب العروض بدل من المناقصة-)، إلى غاية المنح النهائي للصفقة، بمعنى أنه يمنح لمجلس المنافسة النظر في الممارسات المقيدة للمنافسة المذكورة في المادة 06 من نفس الأمر، وبالمقابل حدد نطاق مجال تطبيق قانون المنافسة بإجراء المناقصة (المادة 02 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم).

<sup>1</sup> أنظر المادة 06 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

تظهر الاتفاقات المحظورة، من خلال التشاور بين المؤسسات المتنافسة إما عن طريق تنسيق عروضها أو من خلال تبادل المعلومات فيما بينها قبل إيداع العروض، مما يؤدي إلى مخالفة مبدأ استقلالية العروض<sup>1</sup>، والإخلال بمبدأ حرية المنافسة<sup>2</sup>.

إذ يتم الاتفاق على توزيع الصفقات المختلفة فيما بينها، وذلك بتحديد مسبق للمؤسسة التي ستقدم أعلى عرض، أما الآخرون فيسقدمون عروض وهمية لمجرد التغطية، وإيهام الغير بأن هناك منافسة فعلية، بمعنى المشاركة في الترشح لتفادي الإعلان عن عدم جدوى الصفقة فقط، بدون أي جدية أو اهتمام لنيلها، وهو ما يطلق عليه بعروض التغطية **Les offres de couverture**، والذي يأخذ صور متعددة، أبرزها تقديم المرشحين لعروض غير جادة، من أجل تسجيل مشاركتهم في الصفقة فقط، وهو ما يصطلح عليه بعروض بطاقات الزيارة **Les offres carte visite**، كما يدخل ضمن صورة عروض التغطية، ما يصطلح عليه بتدوير الصفقات **Rotations des marchés**<sup>3</sup> وفي هذه الصورة يلتزم مقدمو العروض المتآمرين بالتواطؤ بينهم إيهاماً بجو منافس قانوني وحقيقي لكن يتبادلون فيما بينهم دور صاحب العرض المرشح للفوز بالصفقة<sup>4</sup>.

في هذا السياق، نذكر نموذجاً عن الإخطار التلقائي لمجلس المنافسة ضد شركة TOP PUB و ODV و PUB CITY، حيث جاءت هذه المبادرة بعد اكتشاف بعض مؤشرات التواطؤ بين المؤسسات المعنية خلال مشاركتها في المزايدة رقم 294 المؤرخة في 2016/04/14، المعلن عنها من طرف بلدية باب الواد.

<sup>1</sup> " L'indépendance des offres, comme condition normale du jeu de la concurrence, est le principe sur lequel repose l'appel d'offre en matière des marchés publics. Les entreprises candidates à un marché public sont tenues de présenter des offres distinctes, en évitant la possibilité d'établir entre elles des liens et toute coordination ou échange d'informations qui peut limiter l'indépendance des offres et altérer le libre jeu de la concurrence".

Voir : Djohra Barkat, Aissaoui Azedine, " La Régulation Des Marchés Publics Par Le Conseil De La Concurrence", Les Annales de l'université d'Alger1, Volume36, N° 01 2022, p.31.

<sup>2</sup> Djohra Barkat, Aissaoui Azedine, Ibid, p.23.

<sup>3</sup> أمنة مخانشة، " الحماية المؤسساتية لمبدأ المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية وفقاً للتشريع الجزائري " مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 04، العدد 01، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 01، جوان 2019 ص.45.

<sup>4</sup> عبد النور زيدان، " الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية"، مجلة صوت القانون، المجلد 05 العدد 01، جامعة خميس مليانة، أبريل 2018، ص.210.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

حيث تم إجراء تحقيقا وفقا للإجراءات والكيفيات المنصوص عليها في الأمر المتعلق بالمنافسة، وتم اكتشاف العديد من المؤشرات، التي دفعت إلى قطع الشك باليقين بوجود تواطؤ بين المؤسسات المعنية في إعداد عروضها الخاصة بالصفقة، لأن وضعية هذه المؤسسات وفرت كل الشروط للقيام بالاتفاق على إعداد عروض تواطئية، يجعل عرض مؤسسة " PUB CITY " أفضل العروض يمنحها فرصة أكبر للفوز بالصفقة.

وقد أوضح مجلس المنافسة أن بلوغ الغاية من العروض، لا يكون إلا في ظل منافسة نزيهة يسودها احترام قواعد المنافسة الحرة، وليس عن طريق مغالطة الإدارة، وإيهامها بوجود جو تنافسي وعلى اعتبار أن كل المؤشرات تدل على وجود تواطؤ لفوز إحدى المؤسسات بالصفقة.

على هذا الأساس، كيف مجلس المنافسة تصرفات المؤسسات المعنية بالاتفاق المحظور طبقا للمادة 06 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، على أساس أنها ممارسة مقيدة للمنافسة بنص المادة 14 من الأمر رقم 03/03 من نفس الأمر<sup>1</sup>.

هناك أيضا الاتفاقيات المتعلقة بالمقاطعة، وعدم التعامل مع العون الاقتصادي، ويكون ذلك باتفاق مجموعة من المتعاملين الاقتصاديين على مقاطعة منافس بقصد إقصائه من السوق، وقد يؤدي بهم أحيانا إلى وضع عراقيل أمام تطور المؤسسات المنافسة، نتيجة ابتكارها لأساليب وطرق حديثة في الإنتاج أو التوزيع، من أجل إقصائها من السوق<sup>2</sup>.

وقد ظهرت هذه الممارسة (المقاطعة)، كنظام تلجأ إليه المنظمات المهنية للتحكم في سلوك ونشاط أعضائها، إذ أنها في البداية لم تكن تشكل أي إخلال بالمنافسة، لكن بعد تطور ظروف تطبيقها، اتضح أنها تفرز آثارا سلبية على مسار المنافسة الحرة، وتم إدراجها في إطار الاتفاقات المقيدة للمنافسة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر القرار رقم 2018/06، الصادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يوم 19 جويلية 2018، أنظر الموقع الإلكتروني: [https://www.conseil-concurrence.dz]، تاريخ الاطلاع: 2022/10/27.

<sup>2</sup> عبد الحليم بوقرين، المرجع السابق، ص.166.

<sup>3</sup> Bretzner Jean-Daniel, *le boycottage face à l'impérialisme du seuil de sensibilité*, recueil Dalloz Patis, 2000, n° 28, p.441.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

كما نعلم في مجال الصفقات العمومية، وانطلاقاً من أحكام مواد المرسوم الرئاسي رقم 247/15، أن المشرع اعتمد على أسلوب طلب العروض، وأشكاله كقاعدة عامة، إذ ألزم المصلحة المتعاقدة بالاعتماد عليه لاختيار المتعامل الاقتصادي، مع مراعاة الأخذ بعين الاعتبار المعايير الموضوعية والمالية والتقنية لاختيار أحسن عرض، من حيث المزايا الاقتصادية، وكذلك ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة، أن تكون معايير اختيارها للمتعامل الاقتصادي غير تمييزية<sup>1</sup>، مع مراعاة المشرع لإعطاء جانب من الحرية في اتباع الشكل المناسب لاختيار المتعاقد معها، بما يتوافق وطبيعة كل صفقة.

هذا إن دل على شيء، فإنه يدل على حرص المشرع على إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة التقيد بأحكام المنافسة الحرة وفقاً لقانون المنافسة، في إطار حظر كل الاتفاقات المقيدة للمنافسة، مع مراعاة أن يكون الحظر ينطوي على اتفاق بغض النظر عن شكله يهدف أو يمكن أن يهدف إلى عرقلة أو الحد أو الإخلال بالمنافسة في السوق.

لا يقتصر تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية على الاتفاقات المقيدة للمنافسة، بل يتعدى إلى مجال التعسف في وضعية الهيمنة على السوق، الذي تلجأ فيه المؤسسات لاستغلال القوة الاقتصادية.

### الفرع الثاني: التعسف في استغلال وضعية الهيمنة *Abus de position dominante*

تعد الهيمنة ميزة مهمة من مزايا التنافس في السوق، وبالتالي فإنه ليس محظوراً أن تهيمن مؤسسة ما على السوق، وهو ما أكدته المادة 07 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم).

للإمام بجوانب التعسف في استغلال وضعية الهيمنة كممارسة مقيدة للمنافسة، سنتناول تعريف وضعية الهيمنة (أولاً)، ثم نتناول شروط حظر التعسف في استغلال وضعية الهيمنة (ثانياً).

<sup>1</sup> نصت المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية..."، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### أولاً: تعريف وضعية الهيمنة

عرّف المشرع وضعية الهيمنة، على أنها: "تواجد مؤسسة في وضعية هيمنة والحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق، من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه، وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها، أو مموئها"<sup>1</sup>.

وعرّف البعض من الفقهاء وضعية الهيمنة، على أنها: "تلك القوة الاقتصادية التي تتحصل عليها مؤسسة، وتتيح لها سلطة التخلص من منافسة مؤسسات أخرى موجودة في السوق نفسها"<sup>2</sup>.

مما سبق، نستنتج أن وضعية الهيمنة، تعدّ من بين الممارسات التي يمكن قيامها في السوق حيث تسمح للمؤسسة باكتساب مركز قوي في السوق، أي أنها تلعب دوراً رئيسياً فيه، دون أن يكون بمقدرة أي منافس آخر من منافستها في هذه الوضعية.

أما بالنسبة للتعسف في استغلال وضعية الهيمنة، فإنه قد تستغل المؤسسة المتواجدة في وضعية هيمنة على السوق إما في تقليص عدد منافسيها أو تقييد حرية متنافسيها، من خلال اشتراطها عدم منافستها، أو منعهم من ممارسة نشاطاً معيناً.

### ثانياً: شروط حظر التعسف في استغلال وضعية الهيمنة

لقيام ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة على السوق، والتي تعتبر ممارسة مقيدة للمنافسة لا بد من توافر شرطين، وهما: هيمنة من قبل مؤسسة على السوق ثم استغلالها بشكل تعسفي يؤدي إلى عرقلة المنافسة أو الحد منها<sup>3</sup>.

**1. هيمنة من قبل مؤسسة على السوق:** لا تتحقق هذه الوضعية إلا بقيام عنصرين أساسيين هما: ضرورة وجود سوق من جهة، ووجود قوة اقتصادية من جهة أخرى، وقد عرّفت المادة 03 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، على أن السوق: "هو كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة، وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية لاسيما بسبب

<sup>1</sup> أنظر المادة 03 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقاً للأمر رقم 03/03 والقانون رقم 02/04، (دون طبعة)، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.45.

<sup>3</sup> Rachid Zouaimia, *le droit de la concurrence*, Maison d'édition Belkeise, Alger, 2012 p.90.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصّصت له، والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية".

كما أن التحقق من القوة الاقتصادية التي تتمتع بها المؤسسة، يعتبر الركيزة الثانية إلى جانب وجود السوق لتقدير الهيمنة<sup>1</sup>، وقد أشارت المادة 07 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، على أن المعيار الوحيد المعوّل عليه للتأكد من استحواذ المؤسسة على القوة الاقتصادية هو الاحتكار على كامل السوق أو على جزء منه.

**2. الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة:** إن تواجد المؤسسة في وضعية هيمنة، لا يكفي لتوقيع الحظر، بل لابدّ من الاستغلال التعسفي لهذه الوضعية.

والتعسف في وضعية الهيمنة، يمكن أن يكون ناتجا عن اتفاقات غير مشروعة بين عدة مؤسسات، تهدف مثلا إلى إقصاء أحد المتنافسين أو باقي المتنافسين من الدخول في السوق، كما يمكن أن يعبر عن سلوك منفرد من قبل مؤسسة، غير أنه ومهما يكن شكل الاتفاق، فإن القانون يحظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة، قصد التأثير على المنافسة بالحد من الدخول في السوق أو تقليص مراقبة الإنتاج أو اقتسام الأسواق، أو مصادر التمويل، أو عن طريق عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها، أو في حالة تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين، مما يحرّمهم من منافع المنافسة أو إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود، سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية<sup>2</sup>.

تشكل مخالفة التعسف الناتج عن الهيمنة في السوق، أخطر الممارسات التي قد تخل بالمنافسة لاسيما بعد ظهور مؤسسات قوية في مجالات الإنتاج والتوزيع، لهذا يجب التصدي لهذه الممارسة من أجل تحقيق التوازن في العقود المبرمة بين أطراف غير متكافئة في القوة التفاوضية وحتى لا تستغل وضعيتها في الهيمنة واحتكار معظم حصص السوق، ذلك أن امتلاك المؤسسة لكل

<sup>1</sup> عبير مزغيش، المرجع السابق، ص.195.

<sup>2</sup> أنظر المادة 07 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

حصص السوق يجعلها في وضعية الاحتكار، مما يمكنها من الاستحواذ على هيمنة مطلقة في سوق السلع والخدمات والسوق البديلة لها، لتتحرر بذلك من كل قيود المنافسة<sup>1</sup>.

نظرا لاستدراك المشرع إلى خطورة الاتفاقات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية فإن الأمر لا يختلف كذلك بالنسبة للتعسف في وضعية الهيمنة، فعلى سبيل المثال، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تخلق ممارسة مقيدة للمنافسة، من خلال اختيارها لمعايير العروض المقدمة لنيل الصفقة مما يترتب عليه تقييد للمنافسة، وذلك يحدث في حالة ما إذا توافرت تلك المعايير في مؤسسات دون غيرها من المؤسسات، لهذا نجد أن المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ألزم المصلحة المتعاقدة قبل عملية إبرام الصفقة عند تحديد حاجياتها، ألا تكون المواصفات موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد<sup>2</sup>.

في نفس السياق، أبدى مجلس المنافسة رأيا فيما يخص الطلب المقدم من طرف المؤسسة الجزائرية لطريق السيارة، حيث أن الدافع وراء حاجة هذه المؤسسة لرأي مجلس المنافسة في تأكيد أو نفي المعلومة التي وافتها بها المؤسسة الوطنية للأنابيب، وتحويل المنتجات المسطحة، والتي مفادها أن هذه الأخيرة هي المؤسسة الوحيدة على المستوى الوطني (الاحتكار)، التي تنتج الحواجز الأمنية المعدنية من نوع GS24 منذ 1974 إلى يومنا هذا.

بعد تفحص مجلس المنافسة للإخطار من الناحيتين الشكلية والموضوعية، وبعد التأكد من أن مؤسسة الأنابيب ليست المؤسسة الوحيدة في إنتاج الحواجز الأمنية المعدنية، قام بإصدار قراره كالاتي:

1. يتعين على المصلحة المتعاقدة، وطبقا لأحكام المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، أن تقوم بتحديد حاجاتها من الحواجز الأمنية المعدنية، استنادا إلى:

2. مواصفات تقنية مفصلة، تعدّ على أساس المقاييس والمعايير الوطنية التي تضمن الجودة والفعالية.

<sup>1</sup> أسماء بن لشهب، " مجلس المنافسة كآلية لترقية وحماية المنافسة من الممارسات المقيدة لها"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 01، العدد 01، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 01، ديسمبر 2016، ص. 94.

<sup>2</sup> نصت المادة 04/27 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "... ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد..."، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

3. ألا تكون المواصفات التقنية موجهة نحو سلعة أو منتج بعلامة معينة أو مؤسسة محددة<sup>1</sup>.

في هذه الحالة، المصلحة المتعاقدة (مسؤول المؤسسة الجزائرية للطرق السيارة) قبل قيامها بإبرام الصفقة، طلبت التأكد من المعلومة التي مفادها أن إنتاج الحواجز المعدنية، هي فعلا من احتكار مؤسسة الأنابيب، فهي مطالبة بالالتزام بمبادئ المنافسة لضمان نجاعة الطلبات العمومية وشفافية السوق.

لم يكتف المشرع بهذا الحد، بل منح للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، صلاحية اقتراح رفض العرض المقبول على المصلحة المتعاقدة، في حال ما إذا ثبت وجود بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو تسببت في الإخلال بالمنافسة، بمعنى أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ليست هي من تقرّر، وإنما منح لها صلاحية الاقتراح على المصلحة المتعاقدة هذه الأخيرة، هي من تملك سلطة القرار النهائي في حرية إبرام الصفقة أو إلغائها عند تعارضها مع المصلحة العامة.

كما أن المشرع لم يكتف بذلك، بل ألزم المصلحة المتعاقدة بأن يبيّن هذا الحكم في دفتر الشروط<sup>2</sup> من أجل إعلام جميع المتنافسين بذلك.

كما يظهر التعسف في وضعية الهيمنة في صورة أخرى، عندما تكون المؤسسة في وضعية هيمنة، حيث قد تلجأ وبما تملكه من قوة اقتصادية إلى التلاعب بالأسعار عن طريق الرفع أو الخفض المصطنع، أي غير المتناسب مع معطيات المنافسة في السوق، وهو ما اعتبره المشرع تعسفا في وضعية الهيمنة الاقتصادية، وهذا ما أكده كذلك المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في المادة 72 الفقرة الخامسة والفقرة السادسة، حيث يمكن للمتعاقد الاقتصادي الحائز على الصفقة استغلال وضعية الهيمنة بشكل تعسفي خلال فترة العقد، فنكون أمام حالة تعسف ناتجة عن وضعية الهيمنة ولذا على المصلحة المتعاقدة بذل قصارى جهدها في الكشف عن مثل هذه الممارسات المقيدة للمنافسة، ومن ثم رفض العرض المقبول بمقرر معلل.

<sup>1</sup> رأي رقم 2018/02، الصادر عن مجلس المنافسة، في الجلسة المنعقدة في 19 جويلية 2018، حول سوق الحواجز الأمنية المعدنية Glissière de sécurité métallique، تاريخ الاطلاع: 2022/10/27، أنظر الموقع الإلكتروني:

[https://www.conseil-concurrence.dz]، تاريخ الاطلاع: 2020/10/10.

<sup>2</sup> أنظر المادة 04/72 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### الفرع الثالث: عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفيا

لقد اعتبر الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، كل عرض أو ممارسة لأسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين، من قبيل الممارسات المقيدة للمنافسة، وقام المشرع بحظرها بموجب المادة 12 منه.

### أولاً: تعريف عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفيا

عرّف البيع بأسعار منخفضة تعسفيا، على أنه: "ممارسة مقيدة للمنافسة ترتكبها مؤسسة ضد مؤسسة أخرى، من خلال عرض أو ممارسة لأسعار بيع منخفضة للمستهلك انخفاضاً يصل إلى درجة البيع بسعر يقل عن سعر التكلفة الاجمالية، مما قد يخل بمبادئ المنافسة الحرة"<sup>1</sup>.

كما عرّفه الفقه كذلك، على أنه: "هو كل فعل قام به عون اقتصادي، خاصة الموزعون الكبار سواء بصفة منفردة أو جماعيا ينصبّ على عنصر السعر، إذ يقوم بالتعامل بأسعار تتحدّى كل منافسة تجعله هو أيضا يتحمل نتائج الخسارة من خلال البيع بأقل سعر التكلفة الحقيقي"<sup>2</sup>.

إذ تقوم مؤسسة ما بتخفيض الأسعار إلى أقل من سعر التكلفة، وتقوم بإغراق السوق بتلك السلع، فإذا كان هذا التخفيض لا يؤثر على هذه المؤسسة لقوتها، إلا أنه سيدفع المؤسسات الضعيفة أو الأقل قوة إلى الخروج من السوق، وبعد إفشال المنافسة ستبقى هذه المؤسسة، هي المحتكر الوحيد للسوق، لتقوم بعد ذلك برفع أسعار السلع حسب رغباتها، وبشكل مضاعف لتعويض الخسارة التي لحقتها جراء التخفيض المعتمد.

في هذا السياق، جاء في نص المادة 12 من الأمر رقم 03/03، يتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، على منع عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي مقارنة بتكاليف الإنتاج أو التحويل أو التسويق، إذا كان الهدف من وراء ذلك إبعاد مؤسسة ما أو عرقلة منتوجاتها من الدخول إلى السوق.

<sup>1</sup> بدرة لعور، " حماية المنافسة من التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة للمستهلكين وفقا لقانون المنافسة الجزائري"، مجلة المفكر، المجلد 09، العدد 01، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جانفي 2014، ص. 361.

<sup>2</sup> محمد تيورسي، المرجع السابق، ص. 231.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

بإسقاط نص هذه المادة على المرسوم الرئاسي رقم 247/15، نجد أن المشرع اعترف للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، بأن تطلب من المتعهد عن طريق المصلحة المتعاقدة تبريرات وتوضيحات التي تراها مناسبة، فيما يخص حالة خفض الأسعار بشكل غير عادي أو ملفت للنظر وتعلق ذلك بسعر واحد أو أكثر.

بعد تلقي اللجنة الإجابة من المرشح، يمكن أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض إذا لم تقتنع بالرد المقدم، ويتم رفض العرض بمقرر معلل<sup>1</sup>.

إذا، نلاحظ أن المشرع منح للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، صلاحية اقتراح على المصلحة المتعاقدة في حالة اكتشافها لممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي، من شأنها الإخلال بقواعد المنافسة الحرة والنزيهة، وبالتالي فالمصلحة المتعاقدة، ملزمة بالتأكد من هذا النوع من الممارسات، إذا ثبت ارتكابها هذه الممارسات.

### ثانيا: شروط حظر عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفيا

إن الحكم بحظر عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفيا، واعتباره ممارسة مقيدة للمنافسة يتطلب توافر شروط معينة هي:

1. أن تظهر الممارسة في عقد بيع: أشارت المادة 12 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، على أن حظر عرض أو ممارسة أسعار تكون عن تلك الناشئة عن عقد البيع فقط دون العقود الأخرى.

إن عقد البيع من العقود المسماة، ومن عقود المعاوضة والمتعلقة بالملكية، حيث عرّفت المادة 351 من الأمر رقم 58/75، يتعلق بالقانون المدني (المعدل والمتمم)، عقد البيع، على أنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

2. الخفض التعسفي لأسعار البيع: الأصل في قانون المنافسة هو حرية الأسعار، ونقصد به: "فتح مجال النشاط التجاري والصناعي للنشاط الحر وللمبادرة الخاصة، وذلك دون قيود غير التي تفرضها متطلبات الضبط الاقتصادي"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 05/72 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> حنان مسكين، بن أحمد الحاج، " تدخل الدولة في عملية تحديد الأسعار كقيد لحرية المنافسة في التشريع الجزائري" مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، العدد 04، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ديسمبر 2021، ص.555.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

وقد كرست المادة 01/04 بموجب الأمر رقم 03/03، يتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم) صراحة مبدأ حرية الأسعار كأهم مبدأ من مبادئ المنافسة الحرة.

في هذا السياق، نص المشرع في المادة 02/04 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، على أن: "ممارسة حرية الأسعار، تتم في ظل احترام أحكام التشريع والتنظيم المعمول بهما، وكذا على أساس قواعد الإنصاف والشفافية، لاسيما تلك المتعلقة بـ:

-تركيبية الأسعار لنشاطات الإنتاج والتوزيع وتأدية الخدمات واستيراد السلع لبيعها على حالها.

-هوامش الربح فيما يخص إنتاج السلع وتوزيعها أو تأدية الخدمات.

-شفافية الممارسات التجارية.

وعليه، فإذا تم تحديد السعر على خلاف ما ورد في نص المادة 02/04 من الأمر رقم

03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، فإنه يشكل ممارسة مقيدة للمنافسة.

وقد تبنى المشرع معيار سعر تكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق كهامش مرجعي، فكل

الأسعار التي تعرض أو تمارس، وهي أقل من سعر تكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، هي ممارسة تعسفية مقيدة للمنافسة<sup>1</sup>.

**3. توجيه عرض أو ممارسة أسعار البيع للمستهلك:** لحظر التعسف في ممارسة أو عرض أسعار بيع منخفضة، أن تصدر من مؤسسة اتجاه المستهلك.

ما دام أن عقد البيع، هو محل الممارسة المقيدة للمنافسة، من خلال عرض أو ممارسة

أسعار منخفضة تعسفية، فإن طرفاً هذه الممارسة يتمثلان في البائع (المؤسسة)، والمشتري (المستهلك).

وقد عزّف المشرع المستهلك بموجب المادة 02/02 من القانون رقم 02/04، المتعلق بالقواعد

المطبقة على الممارسات التجارية (المعدل والمتمم)<sup>2</sup>، على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني

سلعاً قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

<sup>1</sup> أنظر المادة 12 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (المعدل والمتمم) الجريدة الرسمية، العدد 41.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

كما عرّف المشرع كذلك المستهلك، بموجب المادة 01/03 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش<sup>1</sup>، على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

وعليه، فإن عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفاً، لما توجه إلى المستهلك النهائي تعتبر ممارسة مقيدة للمنافسة.

4. أن تلحق الممارسة ضرراً بالمؤسسات المنافسة: طبقاً للمادة 12 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، فإن المشرع حرص على تحديد طبيعة الضرر الذي يلحق بالمؤسسة الواقعة ضحية هذه الممارسات، وهي التي يمكن أن تؤدي إلى إبعاد المؤسسة من سوق المنافسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق.

وعليه، فإن المشرع اشترط أن يكون الضرر واقع حقيقة أو وشيك الوقوع (إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى...).

### الفرع الرابع: مراقبة التجميعات الاقتصادية le contrôle Des concentrations économiques

لا يمنع قانون المنافسة التجميعات الاقتصادية في حد ذاتها، لأنها مشروعة وتعود على المؤسسات بالنفع، وذلك من خلال زيادة كفاءتها الإنتاجية ورفع قدراتها، لكنه يمنع تلك التي تؤدي إلى تقييد المنافسة لذا ألزم مراقبتها من طرف مجلس المنافسة<sup>2</sup>، لهذا نلاحظ أن المشرع أخرجها من الممارسات المقيدة للمنافسة.

للإمام بمراقبة التجميعات الاقتصادية، يتطلب منا تعريف التجميعات الاقتصادية (أولاً)، ثم نتطرق إلى شروط مراقبة التجميعات الاقتصادية (ثانياً)، ونتائج الرقابة على التجميعات الاقتصادية (ثالثاً).

<sup>1</sup> القانون رقم 03/09، المؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية، العدد 15.

<sup>2</sup> ليندة بلحارث، المرجع السابق، ص. 240.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### أولاً: تعريف التجميعات الاقتصادية

بالرجوع لنص المادة 15 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، يتم التجميع عند اندماج مؤسستين فأكثر، وهي في الأصل مستقلة، كما ينتج عن أي عقد مهما كان شكله، يتضمن تحويل الملكية بكل أو جزء من ممتلكات أو حقوق أو سندات عون اقتصادي، قصد تمكين عون اقتصادي من مراقبة عون اقتصادي آخر، أو ممارسة النفوذ الأكيد عليه، والذي من شأنه المساس بالمنافسة وتعزيز وضعية الهيمنة على السوق.

استناداً إلى المشرع، فإنه لم يعرف التجميع الاقتصادي، واكتفى بإعطاء أشكاله، فالتجميع يتم وفق الطرق التالية:

**1.الادماج Fusion:** يعتبر ادماج الشركات المثلالي لعمليات التجميع، حيث عرف، على أنه: "عقد بمقتضاه تنضم شركة تجارية أو أكثر إلى شركة أخرى، فتزول الشخصية المعنوية للشركة المندمجة وتنتقل أصولها وخصومها إلى الشركة الدامجة أو تمتزج بمقتضاه شركتان أو أكثر، فتزول الشخصية المعنوية لكليهما، وتنتقل أصولهما وخصومهما إلى شركة جديدة"<sup>1</sup>.

يجدر بنا الإشارة، إلى أن المشرع قد تناول موضوع الادماج في المادة 744 من القانون التجاري<sup>2</sup>، حيث ذكر عدة صور يتم عبرها اندماج الشركات<sup>3</sup>.

**2.المراقبة Le contrôle:** تنتج عن النفوذ الذي يملكه شخص أو عدة أشخاص طبيعيين على مؤسسته أو أكثر، أو عن النفوذ الذي تمتلكه مؤسسة أو عدة مؤسسات أخرى أو على جزء منه ويتم ذلك من خلال شراء أسهم فيها أو عن طريق شراء عناصر من أصولها، وإما بموجب عقد ناقل لملكية

<sup>1</sup> محمد تيورسي، المرجع السابق، ص.238.

<sup>2</sup> أنظر المادة 744 من الأمر رقم 59/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية، العدد78، الصادرة في30 سبتمبر1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 20/15، المؤرخ في30 ديسمبر2015، الجريدة الرسمية، العدد71، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/22، المؤرخ في05 ماي2022، الجريدة الرسمية، العدد32، الصادرة في 14 ماي 2022.

<sup>3</sup> لمزيد من التفاصيل، راجع: إيمان بن وطاس، المرجع السابق، ص.117.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

كل أو جزء من ممتلكاتها، أو عن طريق أية وسيلة أخرى تكتسب بها المؤسسة نفوذا أكيدا على مؤسسة أخرى<sup>1</sup>.

إذ أن المشرع اعتبر أن المراقبة، هي التي تمكّن من ممارسة النفوذ الأكيد والدائم على نشاط مؤسسة أو مؤسسات، وتبقى بموجبها المؤسسات متمتعة بالشخصية المعنوية، على عكس ما هو وارد في الطريقة الأولى (الإدماج).

**3. الإنشاء (المؤسسات المشتركة باعتبارها آلية من آليات التجميع الاقتصادي):** يقصد بالمؤسسة المشتركة، نوع من المؤسسات الفرعية التي تتمتع باستقلالها القانوني، والتي يتم إنشاؤها من طرف مؤسستين متنافستين، عادة من أجل تحقيق أهداف مشتركة في مجال البحث والتطوير أو في مجال الإنتاج الصناعي، وعادة ما توضع هذه المؤسسة الفرع تحت رقابة الشركتين الأم بالتساوي<sup>2</sup>.

بعدها تطرقنا إلى تعريف التجميعات الاقتصادية، سنتناول الشروط الواجب توافرها حتى تخضع التجميعات لرقابة مجلس المنافسة.

### ثانيا: شروط خضوع التجميعات لرقابة مجلس المنافسة

اشترط المشرع جملة من الشروط، حتى تخضع التجميعات الاقتصادية لرقابة مجلس المنافسة والتي تتمثل فيما يلي:

**1. المساس بالمنافسة:** اعتبره المشرع شرطا أساسيا لتقدير التجميعات الاقتصادية، ذلك أن المساس ينتج عنه تغيير دائم، ومستمر في تركيبة السوق، مما يؤدي إلى ظهور وضعيات للهيمنة، والسيطرة على السوق، وفي ذلك مراعاة للمنافسة الحرة، وتوفير للظروف المناسبة للتطور الاقتصادي، وهو ما يمكن تبنيه من مصطلح "المساس"، لذا فمجلس المنافسة يعمل على معاينة آثار تجميعات المؤسسات

<sup>1</sup> أنظر المادة 16 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> لمزيد من التفاصيل، راجع: بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2013/2014 ص.142.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

وتقديرها ومدى وجود ممارسات مقيدة للمنافسة، لكي يستشف مجلس المنافسة حجم المساس بالمنافسة<sup>1</sup>.

2. تعزيز وضعيه الهيمنة على السوق: إن المعيار الأساسي المعول عليه لتقدير المساس بالمنافسة هو مدى تحقق وضعيه هيمنة مؤسسة في السوق المعني ناجمة عن التجميع الاقتصادي، حيث يؤدي إلى تغيير دائم ومستمر في تركيبة السوق، مما ينجر عنه بروز وضعيه هيمنة وسيطرة على السوق بشكل أساسي<sup>2</sup>.

لذا، فالمشرع اكتفى بالنص على وجود وضعيه الهيمنة لمراقبة التجميع الاقتصادي، لأن وجود هذه الوضعيه دليل على مساس التجميع الاقتصادي بالمنافسة.

وعليه فإن التجميع الذي يمس بالمنافسة، خاصة فيما يتعلق بتعزيز وضعيه الهيمنة بما يربته من آثار على السوق، نذكر منها:

1. رفع الأسعار دون أن يكون للمنافسين أو الزبائن القدرة على ردعها.
2. يمكن أن يتسبب التجميع الاقتصادي في إضعاف المنافسة في سوق محصورة، مما يلغي جميع الضغوط التنافسية، من خلال توحيد البائعين في تشكيلة موحدة، مما يعطيها فرصة زيادة السعر.
3. إن وضعيه الهيمنة تؤثر على جودة ونوعية المنتجات والخدمات، على اعتبار أن وضعيه الاحتكار تفرض الزبون اقتناء المنتج رغما عنه<sup>3</sup>.

وقد قضى مجلس المنافسة، بمنح الترخيص لعملية التجميع الاقتصادي، كون أنها لا تتجر عنها أية انعكاسات مباشرة على السوق المعني، يمكن أن تؤثر على وضعيه المنافسة فيها، ولضمان

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص. 146.

<sup>2</sup> عبير مزغيش، المرجع السابق، ص. 520.

<sup>3</sup> بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 147.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

ذلك وطبقا لأحكام المادة 02/19 من الأمر رقم 03/03، يتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، فإن شركة "شيبلافارم"، ملزمة بالتعهد كتابيا<sup>1</sup>.

**3. تحقيق حد يفوق 40% في المساس بالمنافسة:** يتم تقدير ذلك، كلما كان التجميع، يرمي إلى تحقيق أكثر من 40% من المبيعات والمشتريات المنجزة في السوق، كأصل عام<sup>2</sup>.

وقد أورد المشرع استثناء على القاعدة العامة المذكورة آنفا، بالأخذ بعين الاعتبار نسبة 40% في حالة التجميعات، التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطوير قدرتها التنافسية أو تساهم في تحسين الشغل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، مع مراعاة شرط أساسي، وهو أن تكون هذه التجميعات محل ترخيص من مجلس المنافسة<sup>3</sup>.

لقد ألزم المشرع المؤسسات بالإعلان المسبق على كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة لاسيما بتعزيز وضعية الهيمنة على السوق، من خلال تقديم طلب ترخيص إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه في أجل 03 أشهر، وفي هذه الفترة، يجب أن يلتزم الأعوان الاقتصاديون بعدم القيام بأي تدبير، يجعل التجميع لا رجعة فيه خلال المدة المحددة لصدور قرار مجلس المنافسة<sup>4</sup>. ما يلاحظ، هو أن المشرع لم يبين الأجل المحدد لذلك، كما أن للإعلان أثر موقف لعمليات التجميع، يتوقف تحقيقها على موافقة مجلس المنافسة، باعتباره السلطة المخولة قانونا في الفصل في طلب الترخيص.

<sup>1</sup> أنظر القرار رقم 2021/01، الصادر في 10 جانفي 2021، المتعلق بطلب الترخيص لعملية التجميع الاقتصادي رقم 2020/01 المودع من طرف الشركة ذات أسهم "سانوفي س 1"، والشركة ذات المسؤولية المحدودة "شيبلافارم" يتعلق الطلب بتحويل ملكية عنصر من عناصر أصول شركة "سانوفي"، وحصول شركة "شيبلافارم" على مراقبة جزئية مباشرة- شراء المحل التجاري-، أنظر:

-الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مجلس المنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة، العدد رقم 25، الجزائر.

<sup>2</sup> أنظر المادة 18 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 21 مكرر من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 17 والمادة 20 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

حسب المادة 22 من الأمر رقم 03/03، يتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، نجد أن المشرع ترك أمر تحديد شروط طلب الترخيص بعمليات التجميع وكيفياته إلى المرسوم، حيث تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 219/05، المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع<sup>1</sup>.  
وعليه، فإن الترخيص يتم كالآتي:

1. الترخيص بالتجميع بطلب من المؤسسات أو الأشخاص المعنيين<sup>2</sup>.
2. الترخيص التلقائي من الحكومة<sup>3</sup>.
3. المبادرة التلقائية لمجلس المنافسة<sup>4</sup>.
4. الترخيص بقوة القانون<sup>5</sup>.

### ثالثاً: نتائج الرقابة على التجميعات الاقتصادية

لا تخرج نتائج الرقابة على التجميع عن أحد القرارات التالية:

1. قرار الترخيص بعمليات التجميع، في حالة تأكد مجلس المنافسة بأن التجميع الاقتصادي محل المراقبة، من شأنه المساهمة في تحقيق تطور اقتصادي واجتماعي<sup>6</sup>.
2. قرار الترخيص بعمليات التجميع المقيد بشروط من شأنها أن تؤدي إلى التخفيف من آثار التجميع على المنافسة<sup>7</sup>.
3. قرار قبول الحكومة الترخيص بعمليات التجميع الاقتصادي تحقيقاً للمصلحة العامة، بناء على تقرير الوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 219/05، المؤرخ في 22 جوان 2005، المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، الجريدة الرسمية، العدد 43.

<sup>2</sup> أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 219/05، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 21 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 34 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>5</sup> أنظر المادة 21 مكرر من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>6</sup> أنظر المادة 01/19 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>7</sup> أنظر المادة 02/19 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>8</sup> أنظر المادة 21 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

4. قرار رفض الترخيص بالتجميع بشرط أن يكون معللاً، وبعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع<sup>1</sup>.

في الأخير، لا بد من الإشارة إلى أن المشرع لم يتناول التجميعات الاقتصادية (التركيز الاقتصادي) في مجال الصفقات العمومية، بل تناول **التجمع المؤقت للمؤسسات** في المادة 81 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام **le groupement momentané d'entreprises**، والذي يظهر إما في صورة تجمّع مؤقت لمؤسسات متضامنة، **le groupement d'entreprises solidaires**، أو في صورة تجمّع مؤقت لمؤسسات متشاركة **le groupement d'entreprises conjointes**.

إضافة إلى ما جاء في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن المشرع عالج كذلك التجمع في القانون التجاري، بموجب الفصل الخامس، المعنون بالتجمعات، حيث أنه: "يجوز لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابيا ولفترة محدودة تجمعا لتطبيق كل الوسائل الملائمة، لتسهيل النشاط لأعضائها أو تطويره أو تحسين نتائج هذا النشاط وتنميته"<sup>2</sup>. انطلاقا مما سبق، نستخلص أوجه الاختلاف بين التجمّع وبين التجميع الاقتصادي، والتي تتمثل في النقاط التالية:

- ينشأ التجمّع لمدة محدودة، في حين أن التجميع الاقتصادي لا ينشأ لمدة محدودة.
- التجمّع يتولى إنشاؤه من قبل أشخاص معنويين، في حين أن التجميع الاقتصادي قد تكون أشخاص طبيعية أو معنوية، وهم مؤسسات في مفهوم المادة 03 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم).
- التجمع يتحقق في شكلين، تجمّع بالتضامن، وتجمّع بالشراكة<sup>3</sup>، أما التجميع الاقتصادي، فيظهر من خلال ثلاث أشكال، الإدماج والمراقبة والإنشاء.

<sup>1</sup> نظر المادة 01/19 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 796 من القانون رقم 59/75 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> التجمع بالتضامن: هو تجمع مؤسسات يلتزم بموجبه كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفة كاملة. التجمع بالشراكة: هو تجمع مؤسسات يلتزم بموجبه كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الخدمات التي وضعت على عاتقه.

أنظر المادة 04/81، 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

لأجل تحقيق الأهداف التي جاء بها الأمر رقم 03/03، يتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم) والتي من بينها تفادي الممارسات المقيدة للمنافسة، نجد أن المشرع أولى اهتماما كبيرا لمسألة متابعة هذه الممارسات، من خلال وضع آليات قانونية تضمن تسوية القضايا المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة عن طريق مجلس المنافسة، لما له من دور في حماية المنافسة، ومن خلال كذلك القضاء على اعتبار أنه الضامن لحقوق الأفراد، وهذا ما سنورده تباعا.

### المطلب الثاني: دور مجلس المنافسة والقضاء في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات المخالفة للقانون

تلتزم الإدارة المتعاقدة بتحقيق نوع من التوازن بين مصلحتها في تنفيذ مختلف مشاريع المرفق العام، الذي تتولى تسييره وإدارته في أحسن الظروف، وبين حرية المتنافسين لنيل الصفقات العمومية، وما يستتبعه من مراعاة المساواة والشفافية في جميع مراحل إبرام الصفقة، بشرط عدم إساءة استخدام الإدارة لسلطتها في اختيار المتعاقد معها.

لهذا نجد أن المشرع فرض على الإدارة المتعاقدة جملة من القيود، تقيدها من خلال إلزام الإدارة بعدم خلق ممارسات مقيدة للمنافسة، والكشف عن هذه الممارسات، التي قد تحدث أثناء دراسة عروض المرشحين، كما أنها كذلك ملزمة باستبعاد المنافسين الذين بإمكانهم المساس بالمنافسة. نظرا لدور مجلس المنافسة في السهر على احترام تنافسية السوق، وعدم الإخلال بقواعد المنافسة، ولكي يتسنى له القيام بهذا الدور، منح له المشرع صلاحيات واسعة في هذا المجال وعليه يتدخل مجلس المنافسة كهيئة ضابطة لقواعد المنافسة (الفرع الأول)، كما أنه من حق المتعامل الاقتصادي، ومن حق الغير المتضرر من الممارسات المقيدة للمنافسة اللجوء إلى القضاء (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تدخل مجلس المنافسة كهيئة ضابطة لمتابعة الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات المخالفة للقانون

يعتبر مجلس المنافسة سلطة الضبط العام للمنافسة، ويدخل في إطار ما يعرف بالسلطات الإدارية المستقلة، وهو ما كرّسته المادة 01/23 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

والمتمم)، والتي تنص على أن: "تتشأ سلطة إدارية مستقلة، تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة" تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة".

وعليه، فإن مجلس المنافسة يعتبر سلطة ضبط مستقلة مكلفة بتطبيق قانون المنافسة، وتنظيم وضبط المنافسة في السوق، والتصدي لمختلف الممارسات المقيدة للمنافسة، والمرتبكة من طرف الأعران الاقتصاديين، ومراقبة التجميعات الاقتصادية.

يتكوّن مجلس المنافسة من أعضاء، ورئيس ونائبيه، والأمين العام والمقررين، ممثل دائم لوزير التجارة، وممثل مستخلف لوزير التجارة لدى مجلس المنافسة، ويتكون كذلك من أعران إداريين<sup>1</sup> إضافة إلى ما سبق، يضم هياكل ومديريات (مديرية الإجراءات ومتابعة الملفات، مديرية الدراسات والوثائق وأنظمة الإعلام والتعاون، مديرية الإدارة والوسائل، مديرية تحليل الأسواق والتحقيقات والمنازعات)<sup>2</sup>.

لهذا، فإن إدراج الصفقات العمومية ضمن مجالات تطبيق قانون المنافسة، يترتب عليه خضوعها لرقابة مجلس المنافسة، باعتباره هيئة ضبط للنشاط الاقتصادي، وحظر الممارسات المقيدة للمنافسة تطبيقاً لما ورد في نص المادة 02/44 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم) والتي وضّحت اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المقيدة للمنافسة، حيث جاء تحديدها على سبيل الحصر لا المثال، والتي تتمثل في:

1. الممارسات والأعمال المدبرة، والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية<sup>3</sup>.

2. التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادتين 24، 26 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 242/11، المؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، الجريدة الرسمية، العدد 39.

لمزيد من التفاصيل، راجع:

- بدة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 324.

- عبير مزغيش، المرجع السابق، ص. 328 وما بعدها.

<sup>3</sup> أنظر المادة 06 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 07 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

3. عقد شراء استثنائي<sup>1</sup>.

4. التعسف في استغلال وضعية التبعية<sup>2</sup>.

1. عرض أو ممارسة أسعار البيع المنخفضة تعسفياً<sup>3</sup>.

يتم تدخل مجلس المنافسة إما عن طريق الإخطار أو من خلال إجراءات التحقيق، كما يتدخل كذلك من خلال فرض عقوبات مالية وغير مالية، في حالة ما إذا تم التوصل إلى ثبوت ممارسة مقيدة للمنافسة في مفهوم المادة 14 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم).

**أولاً: إخطار مجلس المنافسة (الادعاء أمام مجلس المنافسة)**

يعد إخطار مجلس المنافسة السبيل والإجراء الوحيد، الذي يملكه المتضرر من الممارسات المقيدة للمنافسة، فيعد المرحلة الإجرائية الأولى لتسوية النزاعات المتعلقة بهذه الممارسات، حيث يقوم المتضرر من هذه الأخيرة بتحريك الإجراءات القانونية لمتابعة الدعوى أمام مجلس المنافسة<sup>4</sup>.

طبقاً لما جاء به الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، فإن مجلس المنافسة يمكن أن يتم

إخطاره بالممارسات المقيدة للمنافسة من قبل الفئات التالية:

1. الوزير المكلف بالتجارة (الإخطار الوزاري).

2. مجلس المنافسة من تلقاء نفسه (الإخطار التلقائي)<sup>5</sup>.

3. المؤسسات.

4. الجماعات المحلية.

5. جمعيات المستهلكين.

6. الهيئات الاقتصادية والمالية.

7. الجمعيات المهنية والنقابية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 10 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 11 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 12 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> عيبر مزغيش، المرجع السابق، ص. 277.

<sup>5</sup> أنظر المادة 44 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>6</sup> أنظر المادة 02/35 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

مما سبق بيانه، نلاحظ أن قانون المنافسة قد وسّع في منع أحقية الإخطار للعديد من الفئات والتي جاء تعداد هذه الأخيرة على سبيل الحصر لا المثال، كما أنه جعل اللجوء إلى مجلس المنافسة عن طريق الإخطار من طرف هذه الفئات مجرد إمكانية، بمعنى أن الإخطار غير ملزم لمجلس المنافسة، وهذا ما يقلل من فعالية الدور المنوط به من قبل مجلس المنافسة.

### 1. شروط الإخطار

حتى يتم قبول الإخطار، لا بد أن تتوفر فيه جملة من الشروط، والتي تتمثل في:

**1.1 شرط الصفة:** يعد شرطاً ضرورياً وجوهرياً لا بد من توافره فيمن يقدم الإخطار لمجلس المنافسة من أجل تحريك الإجراءات القانونية لمتابعة مرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة.

بالرجوع إلى المادتين 02/35 و 01/44 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، فإن من

يملك الصفة في تقديم الإخطار لمجلس المنافسة، هم كالاتي:

• الوزير المكلف بالتجارة.

• مجلس المنافسة من تلقاء نفسه.

• جمعيات المستهلكين.

• المؤسسات.

• الجماعات المحلية.

• الهيئات الاقتصادية والمالية.

• الجمعيات المهنية والنقابية<sup>1</sup>.

وعليه، وحسب القواعد العامة التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المادة 13 من

القانون رقم 09/08-المعدل والمتمم-)، فإنه حتى يقبل الإخطار لا بد أن يصدر عن ذي صفة.

بالتالي، لا يخطر المجلس من فقد الصفة، فالمؤسسة التي فقدت صفتها كمؤسسة أو التي تم

شطبها من السجل التجاري أو الجمعية التي يسحب منها اعتمادها، وأية هيئة لا تمارس المهام التي

كلفت بها قانوناً، لا تتمتع بحق إخطار المجلس<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادتين 02/35، 01/44 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمور، تيزي وزو، السنة الجامعية 2012/2013، ص.327.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

**2.1 شرط المصلحة:** تم النص على شرط المصلحة في المادة 44 من الأمر رقم 03/03<sup>1</sup>، حيث أنه تطبيقاً للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه لا دعوى بدون مصلحة، وبالتالي يجب أن يكون المتضرر قد وقع ضحية الممارسات المقيدة للمنافسة، أي أن يكون قد لحق به ضرر شخصي ومباشر، إلا أن المشرع اكتفى بأن يكون الأثر السلبي فعلياً أو محتملاً، حيث أنه وبصدد حظر الممارسات المقيدة للمنافسة، استند على معيار الهدف أو حتى احتمال أن تهدف (يمكن أن تهدف) إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في السوق<sup>2</sup>.

**3.1 شرط الاختصاص:** انطلاقاً من نص المادة 02 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، فإن أحكام هذا الأمر تطبق على كل شخص طبيعي أو معنوي مهما كانت طبيعته، يمارس بصفة دائمة نشاطات التوزيع أو الإنتاج أو الخدمات أو الاستيراد والصفقات العمومية.

بالتالي، فإن قانون المنافسة يطبق على النشاط الممارس من طرف المؤسسة، بغض النظر إن كانت هذه المؤسسة عامة أو خاصة، مما يستلزم حتى يكون مجلس المنافسة مختصاً بالنظر في الإخطار المقدم له، أن يكون موضوع الإخطار ضمن مجال تطبيق الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم).

بالرجوع إلى نص المادة 03/44 من نفس الأمر، نجد أن المشرع حدد اختصاصات مجلس المنافسة التنازعية، في إطار الممارسات المقيدة للمنافسة، والتي جاءت على سبيل الحصر لا المثال في الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم) في المواد 06، 07، 10، 11، 12، فهذه الممارسات تشكل نطاقاً يمارس فيه المجلس اختصاصه بالمتابعة.

وعليه، وبمفهوم المخالفة، فإذا تم إخطار مجلس المنافسة بأفعال، وممارسات خارجة عن نطاق الممارسات المذكورة في المادة 02/44 من الأمر رقم 03/03 المذكور آنفاً، فإنه يرفض ذلك الإخطار بسبب عدم الاختصاص.

<sup>1</sup> نصت المادة 44 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، على أن: "... أو بإخطار من الهيئات المذكورة في الفقرة 02 من المادة 35 من هذا الأمر، إذا كانت لها مصلحة في ذلك..."، المصدر السابق.  
<sup>2</sup> أنظر المادة 06 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

في نفس السياق، ولتوضيح تصريح مجلس المنافسة بعدم اختصاصه، نظرا لأن وقائع الإخطار المقدم إليه لا تدخل ضمن نطاق الممارسات المذكورة في المادة 02/44 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، حيث تم تقديم إخطار إلى مجلس المنافسة، تتلخص وقائعه فيما يلي:

- تلقى مجلس المنافسة في 02 ماي 2016 شكوى من طرف المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة HKIM23، التي تنشط في مجال الطباعة الصناعية، الإشهار، النشر والتوزيع.

- حيث اشكت الشركة المدعية من خرق، وعدم احترام بلدية باب الوادي، لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لاسيما المادة 05 منه التي تفرض أحكامها مراعاة مبادئ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، والمتمثلة في:

- حرية الوصول للطلبات العمومية

- المساواة في معاملة المرشحين

- شفافية الإجراءات

- حيث أن الشاكية لم تتمكن من تحضير عرضها، وإيداعه في الآجال المحددة رغم تقديمها لطلب تمديد آجال تحضير العروض، الذي اعتبرته قصيرا جدا (10 أيام).

- كما اتهمت المؤسسة الشاكية، بلدية باب الوادي بأنها خطت أثناء جميع مراحل الصفقة من أجل منحها لشركة معينة، بداية من تحضير دفتر الشروط إلى غاية المنح المؤقت للصفقة العمومية.

انطلاقا من حيثيات الإخطار، قضى مجلس المنافسة بقبول الإخطار شكلا، لاستيفائه

الإجراءات الشكلية المقررة قانونا، أما في الموضوع قرر بعدم اختصاصه، لأن محتوى القضية من

اختصاص القضاء الإداري، على أساس أن الوقائع المشار إليها، حتى وإن كانت تتعلق بصفقة

عمومية، فإنها لا تدخل ضمن اختصاص مجلس المنافسة، كونها ليست من الممارسات والأعمال

المحظورة بنص المواد 06، 07، 11، 12 من الأمر السالف الذكر، التي تمثل الممارسات المقيدة

للمنافسة، طبقا لنص المادة 14 منه.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

على الرغم من وجود تواطئ بين العارضين في هذه الصفقة، والبلدية كان لها دور في ذلك من خلال سماحها بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة للمنافسة، إلا أن مجلس المنافسة أصدر قرارا بإخضاع الصفقة العمومية لاختصاص القضاء الإداري<sup>1</sup>.

كما أن مجلس المنافسة، لا يعتبر مختصا بالنظر في الإخطار المقدم إليه، إذا كانت الوقائع الواردة في الإخطار تجاوزت مدتها 03 سنوات، إذا لم يحدث بشأنها أي بحث أو معاينة أو عقوبة أو إذا رأى أن الوقائع غير مدعمة بعناصر مقنعة<sup>2</sup>.

إضافة إلى ما سبق، فإن مجلس المنافسة منح له المشرع إمكانية التصريح بعدم قبول الإخطار لعدم اختصاصه بموجب قرار معلل<sup>3</sup>.

- شرط توافر العناصر المقنعة: إن المقصود من هذا الشرط، هو تدعيم عريضة الإخطار التي يتم تقديمها إلى مجلس المنافسة بالعناصر الكفيلة بإثبات وجود إحدى الممارسات، التي تؤدي إلى المساس بالمنافسة الحرة والنزيهة، ولا تقتصر فقط على مجرد ادعاءات باطلة<sup>4</sup>.

### 2. آثار الإخطار

يترتب عن الإخطار المقدم لمجلس المنافسة، آثارا تتمثل في قبول الإخطار أو رفضه (عدم قبول الإخطار).

- قرار قبول الإخطار: يتعين على مجلس المنافسة عند قبوله الإخطار، التصريح بهذا القبول، من خلال مداولة المجلس، التي تعتبر إجراء كاشفا له، حيث يقوم المجلس في هذه الحالة، بما يلي:

\* في حالة الإخطارات التي تخص نفس الموضوع، يقوم مجلس المنافسة بجمعها في مقرر واحد.

\* في حالة تفرّع الإخطار إلى عدة مواضيع، فإن مجلس المنافسة يقوم بتقسيمها إلى عدة قضايا بهدف القيام بإجراءات منفصلة.

<sup>1</sup> القرار رقم 2016/02، الصادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يومي: 21 و22 ديسمبر 2016.

أنظر الموقع الإلكتروني: [https://www.conseil-concurrence.dz] ، تاريخ الاطلاع: 2022/10/27.

<sup>2</sup> أنظر المادة 04/44 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 03/44 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> عيبر مزغيش، المرجع السابق، ص.290.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

\* في حالة سحب الإخطار المقدم من جهة أو جهات أخرى غير المجلس، فإن المجلس يملك حق الإخطار التلقائي في مواجهة وقائعها<sup>1</sup>.

\* كما أن مجلس المنافسة غير ملزم بالتكليف، الذي قدمته الجهة المخطرة، بل أن مجلس المنافسة يعيد تكليف الوقائع بعد تأكده من أن هذه الأخيرة تدخل في إطار اختصاصه.

\* يحقق المقرر العام والمقررون في القضايا، التي يسندها لهم مجلس المنافسة للقيام بالتحقيقات اللازمة<sup>2</sup>.

- **قرار عدم قبول الإخطار:** يصدر عن مجلس المنافسة قرارا بعدم قبول الإخطار، نظرا لعدم توافر شروطه (تم ذكرها سابقا في شروط الإخطار)، بناء على رأي معلل من المقرر العام والمقررون<sup>3</sup> وبالتالي يضع حدا للإجراء المتبع أمام مجلس المنافسة.

يمكن أن يأمر المجلس بنشر القرار أو مستخرج منه أو توزيعه أو تعليقه<sup>4</sup>، كما أنه يقوم بتبليغ القرارات التي يتخذها المجلس إلى الأطراف المعنية لتنفيذها عن طريق المحضر القضائي وترسل إلى الوزير المكلف بالتجارة.

لابد أن يتضمن القرار تحت طائلة البطلان، أجل الطعن، وكذلك أسماء وصفات الأطراف التي بلغت وعناوينها<sup>5</sup>.

لا يقتصر دور مجلس المنافسة في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة على عملية إخطاره بهذه الممارسات فحسب، بل أن قبوله سيؤدي إلى إجراءات التحقيق في القضايا المتعلقة بالممارسات المذكورة آنفا، والتي ستنتهي باتخاذ مجلس المنافسة لجملة من القرارات.

### ثانيا: مباشرة إجراءات التحقيق المتبع من طرف مجلس المنافسة

بعد التأكد من توافر شروط الإخطار الشكلية والموضوعية، يصرح المجلس بقبوله، ثم يبدأ بمباشرة إجراءات التحقيق، وذلك بداية بالتحريات الأولية وصولا إلى التحقيق الحضوري.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص.295.

<sup>2</sup> أنظر المادة 50 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 02/50 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 03/45 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>5</sup> أنظر المادة 47 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### 1. المكلف بالتحقيق

يعتبر المقرر هو الجهة المخولة بالتحقيق، إذ منحه المشرع سلطات لممارسة مهامه بالمقابل فرض عليه تحمّل التزامات.

#### 1.1 القائم بالتحقيق

طبقا للمادة 01/50 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، فإن المقرر العام والمقررون هم المكلفون بالتحقيق في القضايا المسندة إليهم من قبل مجلس المنافسة.

لكن بالرجوع إلى المادة 49 مكرر من نفس الأمر، نجد أن المشرع إلى جانب المقرر العام والمقررون، أشار إلى ضباط وأعوان الشرطة القضائية، المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية، يكلف بالتحقيق كذلك الموظفون، الآتية أسماؤهم:

- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة.

- الأعوان المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية.

كما أن قائمة الموظفون المؤهلون للقيام بالتحقيقات، لم تقتصر فقط على ما تم ذكره آنفا، بل نجد أن المشرع قد أشار إلى استعانة مجلس المنافسة بالخبراء وكل شخص بإمكانه تقديم معلومات<sup>1</sup> وبالمصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية<sup>2</sup>، إضافة إلى الجهات القضائية بطلب من مجلس المنافسة<sup>3</sup>.

كما يتعين على الموظفين المذكورين أعلاه، خلال القيام بمهامهم، أن يبينوا وظيفتهم، وأن يقدموا تفويضهم بالعمل<sup>4</sup>.

#### 2.1 سلطات المقرر

حسب نص المادة 51 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، تتلخص سلطات المقررين فيما يلي:

<sup>1</sup> أنظر المادة 03/34 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 04/34 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 38 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 49 مكرر من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- يقوم المقرر بفحص كل وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكلفة بها، دون أن يمنع من ذلك بحجة السر المهني.
  - يجوز للمقرر أن يطالب باستلام أي وثيقة، حيثما وجدت، ومهما كانت طبيعتها.
  - منح له المشرع حق حجز المستندات، التي تساعد على أداء مهامه، وبالتصرف فيها، إما إضافة تلك المستندات المحجوزة إلى التقرير أو يتم إرجاعها في نهاية التحقيق.
  - يجوز للمقرر المطالبة بكل المعلومات الضرورية لتحقيقه، من أي مؤسسة أو أي شخص آخر كما أنه المكلف بتحديد الآجال، التي يجب أن تسلّم فيها هذه المعلومات.
- حسب نص المادة 03/50 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، فإنّ المقرر يتولى الإشراف على أعمال المقررين.

### 3.1 التزامات المقرر

لم يتطرّق المرسوم التنفيذي رقم 241/11، الذي يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره (المعدل والمتمم)، إلى الالتزامات الملقاة على عاتق المقرر، على خلاف ما جاءت به المادة 21 من المرسوم الرئاسي رقم 44/96، الذي يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة (الملغى)، والذي نصّ فيه، على أنه يقع على عاتق المقرر التزامين:

- التزام بتحرير المحضر
- التزام بإعداد التقارير<sup>1</sup>.

#### 1.3.1 التزام المقرر بتحرير محضر

بمجرد الانتهاء من التحقيق، يقوم المقرر بتحرير محضر والتوقيع عليه، ليقوم بإرساله إلى رئيس مجلس المنافسة، وهذا حسب المادة 21 من المرسوم الرئاسي رقم 44/96<sup>2</sup>.

#### 2.3.1 التزام المقرر بإعداد التقارير

يقوم المقرر بتحرير نوعين من التقارير، كما سنتناول بيانه.

<sup>1</sup> عبير مزغيش، المرجع السابق، ص.301.

<sup>2</sup> المرسوم الرئاسي رقم 44/96، المؤرخ في 17 جانفي 1996، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة (الملغى) الجريدة الرسمية، العدد 05.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- **التقرير الأولي:** يعدّ التقرير الأولي من بين المستندات التي جاء بها الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، حيث أن المقرر يقوم بتحرير تقريراً أولياً، يتضمن عرض الوقائع وكذا المآخذ المسجلة ثم يقوم رئيس مجلس المنافسة بتبليغ التقرير إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة وكذا إلى جميع الأطراف ذات المصلحة، الذين يبدون ملاحظاتهم مكتوبة في أجل لا يتجاوز 03 أشهر<sup>1</sup>.

- **التقرير النهائي:** يقوم المقرر عند اختتام التحقيق بإيداع تقرير معمل لدى مجلس المنافسة يتضمن المآخذ المسجلة، ومرجع المخالفات المرتكبة واقتراح القرار، وكذا عند الاقتضاء، اقتراح تدابير تنظيمية طبقاً لأحكام المادة 37.

يبلغ رئيس مجلس المنافسة التقرير إلى الأطراف المعنية، وإلى الوزير المكلف بالتجارة الذين يمكنهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل شهرين، ويحدد لهم كذلك تاريخ الجلسة المتعلقة بالقضية. كما كفل المشرع للأطراف، بالاطلاع على الملاحظات المكتوبة، قبل 15 يوماً من تاريخ الجلسة، كما أجاز للمقرر إبداء رأيه في الملاحظات<sup>2</sup>.

بعد تطرقنا إلى المكلف بالتحقيق، سنتناول إجراءات التحقيق في العنصر الموالي.

### 2. إجراءات التحقيق

كفل المشرع من خلال الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، مجموعة من الإجراءات القانونية اللازمة لضمان السير الحسن للتحقيق في الممارسات المقيدة للمنافسة، أما بالنسبة لإجراءات المراقبة والمعايينة، فقد أحالنا الأمر رقم 03/03، إلى القانون رقم 02/04، الذي يحدد القواعد العامة المطبقة على الممارسات التجارية (المعدل والمتمم)<sup>3</sup>.

### 1.2 مراحل التحقيق

نظّم المشرع إجراءات التحقيق في القضايا المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة في المواد من 50 إلى 55 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، إذ يقوم المقرر بمباشرة إجراءات التحقيق، من خلال ممارسته للصلاحيات الموكلة له، طبقاً للمادة 51 من نفس الأمر السالف ذكره.

<sup>1</sup> أنظر المادة 52 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادتين 54، 55 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (المعدل والمتمم) الجريدة الرسمية، العدد 41.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

قد يتوصل المقرر العام والمقررون انطلاقاً من التحريات الأولية التي قاموا بها، إلى أن الممارسات التي تم الإخطار عنها، لا تشكل ممارسة مقيدة للمنافسة، طبقاً للمادة 14 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، مما يستدعي بهم إبلاغ رئيس مجلس المنافسة بذلك برأي معلل، ففي هذه الحالة يتدخل رئيس مجلس المنافسة بوضع حد للإجراء الذي بدأ به المقرر العام، والمقررين الآخرين في مباشرته<sup>1</sup>.

بعد انتهاء المقرر العام والمقررون الآخرين من عمليات التحقيق والتحري والبحث، فإن المقرر العام يقوم بإعداد تقرير أولي، يتضمن عرض الوقائع والمآخذ المسجلة، ويقوم بتبليغها رئيس مجلس المنافسة للأطراف المعنية، والوزير المكلف بالتجارة وجميع الأطراف ذات المصلحة. في الأخير، يقوم المقرر العام بإعداد تقريره النهائي، والذي يعد اختتاماً لعملية التحقيق ويقوم رئيس مجلس المنافسة بتبليغه للأطراف المعنية وللوزير المكلف بالتجارة وللأطراف ذات المصلحة<sup>2</sup>.

### 2.2 آليات المراقبة والمعانة

نظّم المشرع آليات المراقبة والمعانة، من خلال المواد من 49 إلى 59 من الفصل الأول من الباب الخامس، من القانون رقم 02/04، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (المعدل والمتمم)، وذلك على النحو الآتي:

- يقوم الأشخاص المؤهلون بالتحقيقات والمحددون في المادة 01/49 مكرر من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، مباشرة الإجراءات وآليات المراقبة والمعانة، ويجب عليهم خلال القيام بمهامهم تقديم تفويضهم بالعمل، إضافة لذلك يمكنهم لإتمام مهامهم تدخل وكيل الجمهورية المختص إقليمياً<sup>3</sup>.

- يمكنهم القيام بتفحص كل المستندات الإدارية أو التجارية أو المالية أو المحاسبية، وكذا أية وسائل معلوماتية، دون أن يمنعوا من ذلك بحجة السر المهني، كما لهم اشتراط استلامها حينما وجدت والقيام بحجزها.

- يمكنهم حجز البضائع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 50 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 55 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 03/49، 04 من القانون رقم 02/04 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 51 من القانون رقم 02/04 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- يتمتعون بحرية الدخول إلى المحلات التجارية والمكاتب والملحقات وأماكن الشحن أو التخزين وبصفة عامة إلى أي مكان، باستثناء المحلات السكنية التي يتم دخولها طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية<sup>1</sup>.

- كما أنهم يمكنهم ممارسة أعمالهم خلال نقل البضائع، ويمكنهم كذلك عند القيام بمهامهم، فتح أي طرد أو متاع بحضور المرسل أو المرسل إليه أو الناقل<sup>2</sup>.

- تعتبر مخالفة، وتوصف كمعارضة للمراقبة، كل عرقلة وكل فعل من شأنه منع تأدية مهام التحقيق من طرف الموظفين المؤهلين قانوناً بإجراء التحقيق<sup>3</sup>.

- تعتبر معارضة لمراقبة الموظفين المكلفين بالتحقيقات أيضاً<sup>4</sup>:

\* كل رفض لتقديم الوثائق، التي من شأنها السماح بتأدية مهامهم.

\* معارضة أداء الوظيفة من طرف كل مؤسسة، عن طريق أي عمل يرمي إلى منعهم من الدخول الحر لأي مكان، غير محل السكن، الذي يسمح بدخوله، طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية.

\* رفض الاستجابة عمداً لاستدعاءاتهم.

\* توقيف مؤسسة لنشاطها، أو حث مؤسسات أخرى على توقيف نشاطها، قصد التهرب من المراقبة.

\* استعمال المناورة للمماطلة أو العرقلة بأي شكل كان لإنجاز التحقيقات.

\* إهانتهم وتهديدهم أو كل شتم أو سب اتجاههم.

\* العنف أو التعدي، الذي يمس بسلامتهم الجسدية أثناء تأدية مهامهم أو بسبب وظائفهم.

تثبت هذه المخالفات في محاضر، وتبلغ إلى المدير الولائي المكلف بالتجارة، الذي يرسلها إلى

وكيل الجمهورية المختص إقليمياً<sup>5</sup>، كما تبين المحاضر التي يحددها الموظفون المؤهلون قانوناً للقيام بالتحقيق دون شطب أو إضافة أو قيد في الهوامش، تواريخ وأماكن التحقيقات المنجزة والمعاینات

<sup>1</sup> أنظر المادة 01/52 من القانون رقم 02/04 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 02/52 من القانون رقم 02/04 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 53 من القانون رقم 02/04 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 54 من القانون رقم 02/04 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>5</sup> أنظر المادة 02/55 من القانون رقم 02/04 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

المسجلة، وكذا هوية وصفة الموظفين الذين قاموا بالتحقيقات، ونشاطهم وعناوينهم بالإضافة إلى توضيح العقوبات المقترحة من طرف الموظفين، الذين حرّروا المحضر<sup>1</sup>.

يجب أن تحرّر المحاضر في ظرف 08 أيام، ابتداء من تاريخ نهاية التحقيق، والتي تكون تحت طائلة البطلان، إذا لم توقع من طرف الموظفين الذين عاينوا المخالفة.

كما يجب أن يبين في المحاضر أن مرتكب المخالفة، قد تم إعلامه بتاريخ ومكان تحريرها وقد تم إبلاغه كذلك بضرورة الحضور أثناء التحرير، وعند تحرير هذا المحضر يوقعه مرتكب المخالفة.

أما في حالة غياب المعني، أو في حالة حضوره ورفضه لتوقيع المحضر أو في حالة معارضته لغرامة المصالحة المقترحة، يقيّد ذلك في المحضر<sup>2</sup>.

إن المحاضر وتقارير التحقيق تتمتع بحجية قانونية، حتى يطعن فيها بالتزوير<sup>3</sup>.

كما يتعين على الموظفين المكلفين بالتحقيق تسجيل المحاضر، وتقارير التحقيق في سجل مخصّص لهذا الغرض، مرّقم ومؤشّر عليه حسب الأشكال القانونية<sup>4</sup>.

بعد انقضاء مرحلة التحقيق، يقوم رئيس مجلس المنافسة بناء على ما ورد في التقرير النهائي الذي أعدّه المقرر العام، بتحديد تاريخ انعقاد الجلسة، وتتم المداولات، يقوم بعد ذلك رئيس مجلس المنافسة بإصدار قرارات على حسب كل حالة، ومن بين هذه القرارات، قرار فرض العقوبات على مرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة في حالة ثبوتها، وعلى التجميعات المخالفة للقانون.

### ثالثاً: العقوبات المطبقة على مرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات المخالفة للقانون

يتولى مجلس المنافسة بإصدار عقوبات على مرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة، وعلى التجميعات المخالفة للقانون، والتي تتنوع بين عقوبات مالية (الغرامات والغرامة التهديدية) وعقوبات غير مالية (أوامر وتدابير مؤقتة)، وهذا ما سنورده تباعاً.

<sup>1</sup> أنظر المادة 56 من القانون رقم 02/04 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 57 من القانون رقم 02/04 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 58 من القانون رقم 02/04 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 59 من القانون رقم 02/04 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### 1. العقوبات المالية

تعتبر العقوبات المالية من أكثر العقوبات تأثيراً، من حيث الحدّ من الممارسات المقيدة للمنافسة في السوق، ولهذا نجد أن المشرع حدّد في الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، الحالات التي يفرض فيها مجلس المنافسة الغرامات، نتيجة للقيام بإحدى هذه الممارسات وحالات الخفض أو الإعفاء منها.

**1.1. حالات فرض الغرامات المالية:** تتمثل في الغرامة والغرامات التهديدية، حيث يقوم مجلس المنافسة بفرضها في الحالات التالية:

#### - الحالات التي تصدر فيها الغرامات

**1.** تصدر الغرامة المالية بعد الانتهاء من إجراءات المتابعة، بحيث يعاقب على الممارسات المقيدة للمنافسة بغرامة لا تفوق 12% من مبلغ رقماً لأعمال من غير الرسوم لآخر سنة مالية مختتمة وحسب رقم المبيعات التي حققت النظر عن النفقات والمصاريف، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعف الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات، بشرط ألا تتجاوز الغرامة أربعة أضعاف الربح المحقق. يعاقب بغرامة قدرها 6.000.000 دج، إذا كانت المؤسسة لا تملك رقم أعمال محدد<sup>1</sup>.

**2.** تفرض الغرامة المالية كذلك، في حالة المساهمة الاحتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة وتنفيذها، حيث أنه يعاقب كل شخص طبيعي ساهم شخصياً، بصفة احتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة وفي تنفيذها، كما يمكن لمجلس المنافسة إقرار غرامة لا تتجاوز مبلغ 2.000.000 دج<sup>2</sup>.

ما نلاحظه، هو أن المشرع تناول معاقبة الشخص الطبيعي في حالة مساهمته شخصياً وبصفة احتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة وفي تنفيذها، دون ذكر الشخص المعنوي، فما هي العلة من وراء ذلك؟

كذلك، ما هو العمل في حالة المساهمة غير المباشرة في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة

وفي تنفيذها؟

<sup>1</sup> أنظر المادة 56 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 57 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

3. يمكن لمجلس المنافسة إقرار غرامة مالية، بناء على تقرير المقرر ضد المؤسسات التالية:  
✓ المؤسسات التي تتعمد تقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة بالنسبة للمعلومات المطلوبة، طبقا للمادة 51 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم).  
✓ المؤسسات التي تتهاون في تقديم المعلومات المطلوبة، طبقا للمادة 51 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم).

✓ المؤسسات التي لا تقدم المعلومات المطلوبة في الآجال المحددة من قبل المقرر<sup>1</sup>.  
\* بالنسبة للغرامات المالية المطبقة على عمليات التجميع الاقتصادي المخالفة للقانون، نميز بين حالتين:

- العقوبات المطبقة على عمليات التجميع الاقتصادي المنجزة دون ترخيص: حسب المادة 61 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، فرض المشرع عقوبات مالية على هذه العمليات التي يؤدي إنجازها وإتمامها إلى المساس بالمنافسة، خاصة ما تعلق بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة ما في السوق، من خلال تحقيق ذلك التجميع الاقتصادي لحد يفوق 40% من نسبة المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة، والتي تم إنجازها بدون ترخيص، حيث قرر غرامة مالية على هذا النوع من التجميعات الاقتصادية، يمكن أن تصل إلى 7% من رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع أو ضد المؤسسة التي تكونت من عملية التجميع.

ما نلاحظه، هو أن المشرع لم ينص على حل التجميعات، التي أنجزت دون ترخيص من مجلس المنافسة، بل تم قبول إنجازها، ورتب عليها غرامة مالية فقط.

- العقوبات المطبقة على المخالفين للالتزامات والتعهدات التي من شأنها تخفيف آثار التجميع الاقتصادي على المنافسة: في حالة قبول مجلس المنافسة الترخيص بعمليات التجميع المقيد بشروط من شأنها التخفيف من آثار التجميع الاقتصادي على المنافسة، إلا أن المؤسسات المكونة لهذا التجميع لم تلتزم بالتعهدات التلقائية أو الشروط التي قررها مجلس المنافسة، فإنه يترتب عليه فرض عقوبات مالية، يمكن أن تصل إلى 5% من رقم الأعمال من غير الرسوم المحققة في الجزائر خلال

<sup>1</sup> أنظر المادة 59 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

آخر سنة مالية مختتمة ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع أو المؤسسة التي تكونت من عملية التجميع<sup>1</sup>.

### -الحالات التي تصدر فيها الغرامة التهديدية

1. إن الغرامة التهديدية يمكن إصدارها في حالة عدم احترام الأوامر والإجراءات المؤقتة في الآجال المحددة، والمنصوص عليها في المادتين 45، 46 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، ويحكم بهذه الغرامة بألا تقل عن مبلغ 150.000 دج عن كل يوم تأخير<sup>2</sup>.

2. يمكن فرض غرامة تهديدية عن كل يوم تأخير لا تقل عن 100.000 دج، بالنسبة للمؤسسات التي تعتمد تقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة بالنسبة للمعلومات المطلوبة أو تتهاون في تقديمها<sup>3</sup>.

### 2.1 حالات التخفيض أو الإعفاء من الغرامات المالية

تعتبر هذه المسألة من الأمور المستجدة التي جاء بها الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، حماية للاقتصاد الوطني بصفة عامة، والمنافسة بصفة خاصة.

وعليه، فإن مجلس المنافسة كأصل عام، له أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو إعفاء المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها، أثناء التحقيق في القضية، وتتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها، كما تتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام الأمر رقم 03/03<sup>4</sup> (المعدل والمتمم).

وقد أورد المشرع استثناء على القاعدة العامة، يتمثل في عدم استعادة المؤسسات من تخفيض العقوبة أو الإعفاء منها في حالة العود<sup>5</sup>.

أما عن معايير تقدير العقوبات المالية، استنادا إلى المادة 62 مكرر من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، والتي مفادها أن العقوبات المنصوص عليها في المواد من 56 إلى 62 منه، تقدر من قبل مجلس المنافسة على أساس المعايير التالية، **لاسيما**:

<sup>1</sup> أنظر المادة 61 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 58 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 59 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 01/60 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>5</sup> أنظر المادة 02/60 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- خطورة الممارسة المرتكبة.
  - الضرر الذي لحق بالاقتصاد.
  - الفوائد المجمعّة من طرف مرتكبي المخالفة.
  - مدى تعاون المؤسسات المتهمّة مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية.
  - أهمية وضعية المؤسسة المعنية في السوق.
- نلاحظ من نص هذه المادة، أن المشرع استخدم معايير موحّدة لتقدير العقوبات المالية سواء ما تعلق بالغرامات المالية أو الغرامة التهديدية، كما أنه قام بتعداد المعايير على سبيل المثال لا الحصر مما يمكّن مجلس المنافسة من استعمال السلطة التقديرية في الاستناد على معايير أخرى.
- إضافة إلى العقوبات المالية، أجاز المشرع لمجلس المنافسة في المادة 03/45 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، إمكانية نشر قراره أو مستخرجا منه أو توزيعه أو تعليقه كنوع من العقوبة التكميلية، لإلزام المؤسسات المرتكبة للممارسات المقيدة للمنافسة لتطبيق أوامر مجلس المنافسة.

إلى جانب سلطة فرض العقوبات المالية المخولة لمجلس المنافسة، خوّل المشرع كذلك له إصدار الأوامر واتخاذ التدابير المؤقتة، وكلاهما تعدّان من العقوبات غير المالية.

### 2. العقوبات غير مالية

يمكن لمجلس المنافسة أن يوجّه سلوك الأعوان الاقتصاديين، من خلال اتخاذ الأوامر والتدابير المؤقتة:

**1.2. الأوامر:** إن الأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة، تجد مكانها ضمن العقوبات، رغم أنها لا تصل تماما إلى درجة العقوبة، وهذا راجع إلى طابعها التقويمي أو التصحيحي، من خلال تصحيح الاختلال الذي يعتري الأسواق من جراء القيام بإحدى الممارسات المقيدة للمنافسة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عبير مزغيش، المرجع السابق، ص.345.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

يقوم مجلس المنافسة بإصدار أوامر معللة إلى الأعدان الاقتصاديين، الذين صدرت عنهم ممارسات مقيدة للمنافسة، إذا كانت هذه الممارسات التي ينظر فيها سواء المرفوعة إليه أو التي يبادر بها من تلقاء نفسه، والتي تدخل في اختصاصه<sup>1</sup>.

يتضح مما سبق، أنه إذا لاحظ مجلس المنافسة بأن الممارسات التي ينظر فيها سواء المرفوعة إليه أو التي يبادر بها من تلقاء نفسه، والتي تدخل في اختصاصه تشكّل إخلالا بالمنافسة في السوق فله صلاحية توجيه أوامر مسببة إلى الأعدان الاقتصاديين، الذين صدرت عنهم هذه الممارسات من أجل القضاء عليها.

إنّ الأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة، قد تكتسي طابعا إيجابيا، حيث يمكن للمجلس أن يأمر المؤسسة بأن تقوم بتعديل سلوكها، وفق ما يقدره من شروط يراها كفيلة بإعادة التوازن التنافسي في السوق<sup>2</sup>.

كما يمكن أن تكتسي طابعا سلبيا، وذلك من خلال أمر مجلس المنافسة المؤسسة بالامتناع عن القيام بممارسة معينة، كعدم إتيان التعسف في وضعية الهيمنة في صورة من صورها<sup>3</sup>، أو أن يأمر المجلس مؤسسة ما أن تمتنع عن سلوك معين، كأن يشترط المجلس قيام مؤسسة بالتوقف عن مقاطعة مؤسسات يحددها الأمر الصادر عنه<sup>4</sup>.

حسب المادة 45 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، نلاحظ أن المشرع لم ينص على تاريخ رفع الطعن في الأوامر التي ترمي إلى وضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة، الصادرة عن مجلس المنافسة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 01/45 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> جلال مسعد، " دور مجلس المنافسة في ضبط السوق وتوجيه سلوك الأعدان الاقتصاديين"، مجلة الاجتهاد القضائي المجلد 13، العدد 02، جامعة محمد خيضر، بسكرة، أكتوبر 2021، ص.362.

<sup>3</sup> عبير مزغيش، المرجع السابق، ص.345.

<sup>4</sup> جلال مسعد، " دور مجلس المنافسة في ضبط السوق وتوجيه سلوك الأعدان الاقتصاديين"، المرجع السابق ص.362.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

كما أنه نص في المادة 02/45 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، إلى أنه في حالة عدم الاستجابة للأوامر التي يصدرها مجلس المنافسة، فإن هذه الأوامر يمكن أن تكون موضوع عقوبات مالية إما نافذة أو مؤجلة إلى بعد نفاذ الآجال المحددة للتنفيذ.

**2.2 التدابير المؤقتة:** لقد نص المشرع على هذه التدابير في المادة 46 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، كإجراء جديد لم يكن منصوصا عليه في الأمر الملغى رقم 06/95، المتعلق بالمنافسة، وقد وجدت بهدف وضع حدّ للممارسات المحظورة، لتفادي النتائج السلبية المترتبة عنها من أجل اجتناب وقوع ضرر محقق لا يمكن إصلاحه<sup>1</sup>.

بالتالي، فإن مجلس المنافسة يتخذ التدابير المؤقتة قبل الفصل في موضوع القضية المعروضة عليه، وحتى يتمكن المجلس من اتخاذها، نجد أن المشرع حدّد شروط معينة، والتي تتمثل في:

**\* طلب اتخاذ تدابير مؤقتة:** طبقا لنص المادة 46 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم) فإن الأشخاص المؤهلة لتقديم طلب إلى مجلس المنافسة، حدّدها على سبيل الحصر لا المثال، وهما:

**المدعي والوزير المكلف بالتجارة.**

ما نلاحظه، هو أن المشرع لم يتناول البيانات الواجب مراعاتها في الطلب ولا شكله، حتى يتم قبوله من طرف مجلس المنافسة.

**\* كما أنه، وبالرجوع لنفس المادة، نجد أن المشرع ربط تقديم الطلب بمرحلة التحقيق<sup>2</sup>.**

**\* لا بد من توافر عنصر الاستعجال:** هو شرط أساسي حتى يتسنى لمجلس المنافسة طلب اتخاذ التدابير المؤقتة، والاستعجال هو الضرورة التي لا تحتمل التأخير، عندما تسبب الممارسات المقيدة للمنافسة ضررا محققا لا يمكن إصلاحه.

<sup>1</sup> فاطمة محمودي، "القرارات الفاصلة في الأوامر والتدابير المؤقتة الصادرة عن مجلس المنافسة"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 09، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، مارس 2018 ص.955.

<sup>2</sup> نصت المادة 46 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، على أنه: "يمكن لمجلس المنافسة، بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة، اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق..."، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

وعليه يمكن أن نعرف الضرر المحقق، "هو ذلك الضرر الذي قد يهدد مصالح الأطراف أو المؤسسات الاقتصادية، وتلحق بهم أضراراً لا يمكن إصلاحها باتباع الإجراءات العادية، ولو كانت قصيرة"<sup>1</sup>.

\* كما أن المشرع كذلك، قد أضفى على التدابير المؤقتة التي يتخذها مجلس المنافسة طابع أن تكون مؤقتة، بمعنى أن الغاية من هذه التدابير، هي إسعاف المتضرر من الممارسات المحظورة بصورة مستعجلة في وقت لا يجدي فيه اللجوء إلى إجراءات عادية لتقاضي هذا الضرر<sup>2</sup>.  
يرفع الطعن في التدابير المؤقتة في أجل 20 يوماً أمام مجلس قضاء الجزائر، على الرغم من أن المشرع لم يحدد بداية سريان هذا الأجل.

إضافة إلى العقوبات التي فرضها مجلس المنافسة، وهو بصدد متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات الاقتصادية المخالفة للقانون، يمكن للقضاء كذلك التدخل في متابعة هذه الممارسات من خلال إصدار عقوبات.

### الفرع الثاني: تدخل القضاء في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات المخالفة للقانون

يعتبر القضاء أحد القيود التي ترد على الحرية التعاقدية للإدارة في إطار حماية المنافسة وعليه، فإن القضاء يلعب دور الضامن الحقيقي والفعلي لحماية المنافسة من أي حد أو عرقلة لها وذلك في حدود الصلاحيات والحالات التي يجوز له التدخل فيها.

وعلى هذا الأساس، فالهيئات القضائية تلعب دوراً مهماً في متابعة المنازعات المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات المخالفة للقانون والمعاقبة عليهما، حيث يناط لها بالفصل في المسائل التي تتعلق بالتعويض والإبطال، واستئناف قرارات وأوامر مجلس المنافسة، والطعن في قرار رفض التجميع.

على هذا الأساس، سنتناول دور القضاء العادي في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة (أولاً) ودور القضاء الإداري في إلغاء قرار رفض التجميعات الاقتصادية (ثانياً)، ثم نتطرق إلى دور القاضي الجزائي في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة (ثالثاً).

<sup>1</sup> فاطمة محمودي، المرجع السابق، ص. 957.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص. 958.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### أولاً: دور القضاء العادي في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة

مكّن المشرع بعض المهام للقضاء العادي، الذي خوله صلاحية تطبيق نصوص قانون المنافسة لضمان التصدي للمخالفات التي تطلبها، معتمداً في ذلك الآليات القانونية التي منحها له القانون.

وعليه، سنتناول في هذا العنصر، تدخل اختصاص القاضي التجاري في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة، وتدخل القاضي المدني أو التجاري في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة من خلال إبطالها وتعويض المتضرر من هذه الممارسات، إضافة لذلك تدخل القاضي الاستعجالي في وقف تنفيذ الأوامر والتدابير المؤقتة.

### 1. تدخل القاضي التجاري في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة

طبقاً لنص المادة 63 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، نستنتج الدور الذي يلعبه القاضي التجاري في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة، حيث أنه يمارس رقابته على قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بهذه الممارسات، من خلال منح المشرع للأطراف المعنية وللوزير المكلف بالتجارة بالطعن في هذه القرارات أمام مجلس قضاء الجزائر، في أجل لا يتجاوز شهراً واحداً من تاريخ استلام القرار.

كما نص على الطعن في الإجراءات المؤقتة (التدابير المؤقتة)، أمام مجلس قضاء الجزائر في أجل 20 يوماً<sup>1</sup>.

مما سبق من نص المادة 63 من الأمر المذكور آنفاً، نستشف الملاحظات التالية:

- مجلس قضاء الجزائر هو الهيئة القضائية العادية الفاصلة في قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة (الغرفة التجارية على مستوى قضاء الجزائر).

- لم يوضح المشرع في المادة 63 السابق ذكرها، سلطات القاضي التجاري في القرارات المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن مجلس المنافسة حيال الطعن المرفوع ضدها، لأن نص المادة جاء عام وغير واضح، وهو ما يشكّل أحد إشكالات المادة 63 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، حيث أنه يجعلنا بين أمرين:

<sup>1</sup>أنظر المادة 63 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- الأمر الأول: بما أن الطعن الذي حدّده المشرع يكون على مستوى الغرفة التجارية بالمجلس القضائي، فإن نوع الطعن يسمى بالطعن بالاستئناف، وبالتالي فإن القرارات التي تكون قابلة للاستئناف، هي قرارات قضائية صادرة عن المحكمة الابتدائية كدرجة أولى، بمعنى أن مجلس المنافسة في هذه الحالة يعتبر هيئة قضائية (محكمة)، وما يصدر عنه أحكام، وهذا ما يتنافى مع الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة، على اعتبار أنه سلطة إدارية مستقلة، وفقا لما جاءت به المادة 23 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)<sup>1</sup>.

- الأمر الثاني: في حالة إذا ما سلّمنا أن الطعن في قرارات مجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة أمام القضاء العادي، هو طعن ذي طبيعة خاصة، يستلزم من المشرع إذن إعادة صياغة الإجراءات المتعلقة بالاستئناف في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 (المعدل والمتمم) بإضافة عبارة "ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".

كما أن القرارات الصادرة عن سلطة إدارية مستقلة (مجلس المنافسة فيما يخص القرارات المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة)، والتي يتم الطعن فيها أمام القضاء العادي، وليس أمام القضاء الإداري مثلها مثل قرارات رفض التجميع، التي يتم الطعن فيها أمام مجلس الدولة، ألا يعد هذا استثناء على المعيار العضوي المنصوص عليه في المواد 800، 801، 901، 902، 903 من القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية (المعدل والمتمم)؟

حسب المادة 34 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، فإن المجلس القضائي ينظر في استئناف الأحكام التي تصدر من المحاكم كدرجة أولى، وعليه، فإن مجلس المنافسة إما أن يكون محكمة، وما يصدر عنه أحكاما قابلة للاستئناف أمام المجلس القضائي أو أن الطعن بالاستئناف هو إجراء من نوع خاص<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> نصت المادة 23 من الأمر رقم 03/03، (المعدل والمتمم)، على أن: "تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة"، تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة...". المصدر السابق.

<sup>2</sup> بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 461.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### 2. تدخل القاضي المدني أو التجاري في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة

يتدخل القاضي المدني أو التجاري في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة، إما بالإبطال أو بتعويض كل متضرر من إحدى هذه الممارسات.

- **الحكم بالإبطال:** حسب المادة 13 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم) فإن اختصاص **الحكم بالإبطال** يعود إلى الجهات القضائية (مدنية أو تجارية)، حيث أنه يبطل كل شرط تعاقدي أو اتفاقية أو التزام يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة، مع مراعاة أحكام المادتين 08، 09 من نفس الأمر، وعليه لا بد من اللجوء إلى القضاء لإبطال هذه الممارسات.

وقد أدرج المشرع استثناء في المادة 13 من نفس الأمر، استنادا إلى المادتين 08، 09 من نفس الأمر، هو عدم اللجوء إلى القضاء في الحالات التالية:

- إذا كانت الممارسات المحددة في المادتين 06، 07 من نفس الأمر لا تستدعي تدخل مجلس المنافسة، أي خروجها من دائرة اختصاصه، لكونها ممارسات غير محظورة.

- الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي، اتخذ تطبيقا لأحكام الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم).

- الاتفاقات والممارسات المستفيدة من ترخيص مجلس المنافسة، والتي تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين الشغل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق.

يجدر بنا الإشارة، إلى أن المشرع تناول الممارسات الواردة في المادتين 07، 06 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، على الرغم من وجود ممارسات أخرى مقيدة للمنافسة وبالتالي، فالاستثناء لا يطبق على الممارسات المذكورة في المواد 10، 11، 12، وعليه فإن حكم الإبطال في هذه الممارسات يكون مطلقا، وفقا للقاعدة العامة الواردة في المادة 13 من نفس الأمر.

قد يترتب على إتيان الممارسات المقيدة للمنافسة، إلحاق أضرار بالأشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين من هذه الممارسات، مما يستوجب المطالبة بالتعويض.

- **التعويض:** منح المشرع لكل شخص طبيعي أو معنوي متضررا من الممارسات المقيدة للمنافسة (المنصوص عليها في المواد 06، 07، 10، 11، 12 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة-

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

المعدل والمتمم-)، المطالبة بالتعويض أمام الجهة القضائية المختصة طبقاً للتشريع المعمول به<sup>1</sup> وبذلك تكون قد أحالتنا إلى العمل بالمادة 124 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون المدني رقم 10/05، حيث تقرّ بالمسؤولية عن الأفعال الشخصية، وبالتالي فإن المسؤولية التي يتم على أساسها المطالبة بالتعويض من طرف المتضرر من جراء الممارسات المقيدة للمنافسة، هي المسؤولية التقصيرية وليست المسؤولية العقدية<sup>2</sup>.

لكي يحصل المضرور على حقه في التعويض، فإنه يقع عليه عبء إثبات الضرر، الذي أصابه من جراء إتيان إحدى الممارسات المقيدة للمنافسة، إضافة إلى ذلك إثبات أركان المسؤولية التقصيرية الأخرى من خطأ، والذي يتم إثباته عن طريق قرار مجلس المنافسة، الذي يقرّ بوجود ممارسة مقيدة للمنافسة، وكذلك إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر بمختلف الوسائل.

### 3. تدخل القاضي الاستعجالي في وقف تنفيذ الأوامر والتدابير المؤقتة

حسب نص المادة 03/63 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، فإن الإجراءات المؤقتة (الأوامر والتدابير المؤقتة)، والتي يجوز الطعن فيها أمام مجلس قضاء الجزائر فعلى الرغم من أنها مشمولة بالنفذ المعجل، إلا أن المشرع أجاز لرئيس مجلس قضاء الجزائر وقف تنفيذ التدابير الصادرة عن مجلس المنافسة في أجل 15 يوماً، في حالة إذا اقتضت ذلك الظروف أو في حالة الوقائع الخطيرة، على الرغم من أن المشرع لم يحدد تاريخ بداية سريان ميعاد وقف تنفيذ الإجراءات المؤقتة (الأوامر والتدابير المؤقتة)، إلا أنه يمكن حساب هذا الميعاد من تاريخ تقديم الطعن.

طبقاً للمادة 69 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، فإن طلب وقف تنفيذ الأوامر والتدابير المؤقتة، يتم وفق الشكليات التالية:

- طلب وقف التنفيذ يتم وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 (المعدل والمتمم).
- أن يقوم صاحب الطعن الرئيسي أو الوزير المكلف بالتجارة، بإيداع طلب وقف التنفيذ، ولا يقبل الطعن إلا بعد تقديم الطعن الذي يجب أن يرفق بقرار مجلس المنافسة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 48 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 444.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- يطلب رئيس مجلس قضاء الجزائر رأي الوزير المكلف بالتجارة في مسألة وقف التنفيذ، في حالة إذا لم يكن طرفا في القضية المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة.

**ثانيا: دور القاضي الإداري في إلغاء قرار مجلس المنافسة المتعلق برفض التجميعات الاقتصادية**  
يكون قرار مجلس المنافسة برفض الترخيص بعمليات التجميع الاقتصادي قابلا للطعن فيه أمام مجلس الدولة<sup>1</sup>، وبالتالي، فإن القانون خول للقاضي الإداري سلطة رقابة أعمال مجلس المنافسة فيما يخص قرار رفض التجميع.

لكن ما يمكن ملاحظته، هو أن المشرع لم يشر إلى طبيعة الطعن الذي يمارسه مجلس المنافسة أثناء نظره في قرار رفض التجميع، ولا لأجل رفع الطعن أو أطرافه أو إجراءات الطعن.  
كما أن المشرع جعل اللجوء إلى مجلس الدولة جوازي، بمعنى أنه يمكن للأطراف المعنية اللجوء إلى مجلس الدولة أو إلى جهات قضائية أخرى، وهذا ما ينتج عنه إشكال في الاختصاص.

### ثالثا: دور القاضي الجزائري في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة

يجدر بنا أولاً توضيح مسألة تتعلق بتدخل القاضي الجزائري في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة، بأن المشرع في الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، قد ألغى فكرة الجزاء الجنائي كعقوبة تسلط على مرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة، أي أن المشرع تم تراجعته عن فكرة تجريم هذه الممارسات، واكتفى بفرض العقوبات المالية وغير المالية من طرف مجلس المنافسة (تم ذكرها سابقاً في العنصر المتعلق بالعقوبات المطبقة على مرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات المخالفة للقانون)، أي أن المشرع اكتفى بفكرة حظر هذه الممارسات دون تجريمها.

على الرغم من سعي المشرع الجزائري لحظر الممارسات المقيدة للمنافسة، من خلال نصوص قانون المنافسة وتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي لها العديد من أوجه المتابعة سواء من طرف مجلس المنافسة أو الجهات القضائية، للحد من آثارها وعقاب مرتكبيها، إلا أنه أورد حالات استثنائية لا يسري عليها الحظر، أي أنها تزيل عن هذه الممارسات الطابع المقيد للمنافسة وهذا ما سنتناوله تباعاً.

<sup>1</sup> نصت المادة 03/19 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، على أن: " يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة"، المصدر السابق.

### المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة على حظر الممارسات المقيدة للمنافسة

إن رغبة المشرع في مواكبة تطور القطاع الاقتصادي، لم يجعل من الحظر مبدأ مطلقاً، بل جعله نسبياً يخضع لبعض الاستثناءات، التي يترتب عنها إباحة تلك الاتفاقات رغم مساسها بالمنافسة.

#### الفرع الأول: الاستثناءات الواردة للاعتبارات القانونية

نصت على هذه الحالة المادة 01/09 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، حيث استثنت حظر الاتفاق في حالة وجود نص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقاً له، هنا لا يمكن إدانة الاتفاق حتى ولو أخل بالمنافسة.

يندرج هذا الإعفاء القانوني في السلطة المباشرة للمشرع في تنظيم النشاطات الاقتصادية في ظروف تستدعيها الضرورة، مع العلم أن هذه الحالة جديدة لم يتضمنها الأمر رقم 06/95 الملغى والمتعلق بالمنافسة، بينما تضمنه الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم) لأول مرة<sup>1</sup>، وما يترتب على ترخيص الممارسات المقيدة للمنافسة بنص قانوني، أن أطرافها تعفى من الإدانة والمتابعة<sup>2</sup>.

نلاحظ أن المشرع فيما يخص الاستثناء المتعلق بعدم حظر الاتفاق في حالة وجود نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً لنص تشريعي، يجعلنا نستنتج أن التنظيم المقصود به هنا هو الذي يدخل في اختصاص الوزير الأول (المراسيم التنفيذية التي تأتي لتطبيق قانون أو أمر)<sup>3</sup>.

في نفس السياق، سمح المشرع بالترخيص للتجميعات الاقتصادية للمؤسسات لنفس الأسباب التي ذكرناها بالنسبة للاتفاقات المقيدة للمنافسة (الناجمة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي)<sup>4</sup>.

#### الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة للاعتبارات الاقتصادية

نص المشرع على هذا الاستثناء في المادة 01/09 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، حيث تم تبرير الاتفاق المقيد للمنافسة الناتج عن تطور اقتصادي، أو تقني أو اجتماعي، ونفس الاستثناءات مطبقة على التجميعات الاقتصادية بموجب المادة 02/21 مكرر منه.

<sup>1</sup> محمد دمانة، مريم الحاسي، " تبرير الاتفاقات المقيدة للمنافسة وفقاً للأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 02، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، جوان 2015، ص.57.

<sup>2</sup> Rachid Zouaimia, " Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence", revue critique de droit et sciences politiques, Volume 07, N01°, 2012, p.28.

<sup>3</sup> Rachid Zouaimia, Ibid, p.36.

<sup>4</sup> أنظر المادة 21 مكرر من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

لم يقتصر هذا التبرير على ما سبق ذكره أعلاه، بل امتد كذلك إلى تعزيز الوضعية التنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، حيث لا يمكننا إنكار المكانة الكبيرة التي أصبحت تحتلها هذه المؤسسات اليوم في مجال الأعمال والاقتصاد الوطني نظرا للمزايا التي تحققها، ومساهمتها في تحسين المنتج الوطني<sup>1</sup>.

كما حرص المشرع كذلك على حماية الجانب الاجتماعي، من خلال النص في نفس المادة المذكورة آنفا على ضرورة الترخيص بالاتفاقات والتجميعات رغم تقييدها للمنافسة، متى كانت هذه الأخيرة تساهم في تحسين الشغل، وتؤدي إلى خلق مناصب شغل.

يجدر بنا الإشارة، إلى أن الاستثناءات المذكورة آنفا، لا بد أن تركز على شرط جوهري يتمثل في ضرورة الحصول على ترخيص من مجلس المنافسة<sup>2</sup>، وهذا ما أكدته المشرع في نص المادتين 02/09 و 21 مكرر/03 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، حتى يرفع الحظر عنها.

<sup>1</sup> محمد دمانة، مريم الحاسي، المرجع السابق، ص.61.

<sup>2</sup> لمزيد من التوضيح راجع: - المرجع نفسه، ص. ص. (62، 63).

-أمنة مخانشة، " الممارسات المنافية للمنافسة: بين الحظر والإباحة "، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال -المجلد 01، العدد 01، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 01، ديسمبر 2016، ص.32.

## خلاصة الفصل الأول من الباب الأول

يتضح من خلال دراسة الفصل الأول، أن نطاق الحرية التعاقدية للإدارة أثناء تكوين العقد مرتبطة بجملة من القيود التي وضعها المشرع ليس فقط في مرحلة إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، بل حتى في المرحلة السابقة على التعاقد، خاصة منذ أن تبنت الجزائر لسياسة الانفتاح في المجالين السياسي والاقتصادي واعتماد دستور 1989، الذي كرّس في مبادئه الحرية في المجال الاقتصادي، وحماية المنافسة وتحرير الأسعار وضمان الشفافية.

تجسد الأمر أكثر بصدور الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، الذي جاء ليكرّس قواعد المنافسة في مجال الأنشطة الاقتصادية من إنتاج وتوزيع وخدمات، ليمتد أعمال تطبيق قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية في جميع مراحل إبرامها في القانون رقم 12/08 المتعلق بالمنافسة، وبهذا يكون المشرع قد خطا خطوة في اعتماد آليات اقتصاد السوق في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، والذي يعد من الشروط الأساسية لنجاح الطلبات العمومية وضمان نجاعتها، وترشيد استعمال المال العام.

على هذا الأساس، تم وضع الإطار القانوني المنظم للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، من خلال المرسوم الرئاسي رقم 247/15، الذي جاء نتيجة لجملة من الإصلاحات التي مست هذا التنظيم، بهدف مسايرته لما يتطلبه نظام اقتصاد السوق، حيث أن المشرع رتب في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، قيم الشفافية وعزز آليات تكريس المنافسة عن طريق توسيع تطبيق المبادئ العامة لإبرام الصفقات العمومية إلى عقود تفويض المرفق العام، وذلك من خلال إلزام الإدارة بالتقيد بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات عند إبرامها للصفقة العمومية أو تفويض المرفق العام رغم أن المبدأ المعروف في القانون الإداري، هو حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها.

عند التركيز في المرحلة التي تسبق إبرام الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام، بداية من مرحلة إلزامية التحديد المسبق للحاجات العمومية وصولاً لمرحلة إعداد دفاتر الشروط، نجد أن التنظيم كرّس تطبيق المنافسة، ومنع على المصلحة المتعاقدة عند تحديد حاجاتها بالألا تكون موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد، فنجاح الطلب العمومي مرهون بنسبة كبيرة بهذه المرحلة ولهذا فإن التحديد

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

المسبق للحاجات العمومية إلزاميا بالنسبة للإدارة المعنية، ولا بد أن يخضع لضوابط تطوره بشكل دقيق لما له أثر على طرفي الصفقة العمومية، وعلى ترشيد المال العام.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل يتعداه إلى ضرورة توافر الاعتماد المالي بالنسبة للصفقة العمومية، أما بالنسبة لاتفاقيات تفويض المرفق العام، ففكرة توافر الاعتماد المالي تختلف عن تلك المتعلقة بالصفقات العمومية، كما أن الإدارة تنفرد في إعداد دفاتر الشروط، ولا يجوز بأي حال من الأحوال التفاوض بشأنها أو طلب تعديلها.

أما بالنسبة لحريتها في اختيار إجراء إبرام الصفقة العمومية أو اتفاقية تفويض المرفق العام فقد قيدها المشرع، بحيث جعل طلب العروض هو القاعدة العامة في إجراءات إتمام الصفقة العمومية والطلب على المنافسة هو القاعدة العامة في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام والتراضي كاستثناء عن القاعدة العامة، حيث أن المشرع قيّد الإدارة بإجراءات وأشكال وحالات اللجوء إلى التراضي البسيط، والتراضي بعد الاستشارة، على الرغم من تمتعها ببعض الحرية في عدم اتباع الإجراءات الشكلية بالصورة الموجودة عليها في طلب العروض.

تظهر سلطة الإدارة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام من خلال إقصائها لبعض المتعاملين الاقتصاديين، وحرمانهم من التقدم للصفقة أو الاتفاقية، وذلك لأسباب وضعها وحددها تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، كما أنها تستطيع المفاضلة بين المتعاملين الاقتصاديين من خلال تخصيص هامش الأفضلية للمنتج الوطني.

لم تقتصر حدود الحرية التعاقدية للإدارة على ضوابط إبرام الصفقة العمومية أو اتفاقية تفويض المرفق العام، بل امتدت إلى حدود هذه الحرية في تكريس شروط ممارسة المنافسة، من خلال ضرورة تقييد الإدارة بحظر الممارسات المقيدة للمنافسة، عن طريق إلزامها بعدم خلق أي ممارسات مقيدة للمنافسة، والكشف عن أي تواطؤ أو ممارسات مقيدة للمنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين، كما أنها مقيدة بتنفيذ التجميعات الاقتصادية المرخص لها من قبل مجلس المنافسة.

إضافة لما سبق، فإن حرية الإدارة مقيدة كذلك برقابة مجلس المنافسة، من خلال تدخله بمتابعة الممارسات المقيدة للمنافسة، في إطار ممارسته لصلاحياته التنازعية، وهذا طبعا تحت رقابة القضاء، هذا الأخير الذي يلعب دورا مكملا لمجلس المنافسة المكلف بحماية السوق، وإرساء قواعد



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

---

المنافسة في مجال الصفقات العمومية، خاصة أنه هناك مهام أو صلاحيات لا تدخل في نطاق اختصاصه، مما يستوجب تدخل القضاء -بناء على قرار مجلس المنافسة الكاشف لوجود ممارسات مقيدة للمنافسة-، خاصة إذا تعلق الأمر بإبطال الالتزامات أو الاتفاقات أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المقيدة للمنافسة، أو التعويض عن الأضرار المترتبة عن هذه الممارسات.

## الفصل الثاني

### فرض الرقابة على الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

نظرا لما للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام صلة بالخزينة العامة، فإنه أضحى من الضرورة بالمشروع إخضاعهم لمختلف أنواع الرقابة، سواء قبل إبرامها أو أثناء دخولها حيز التنفيذ أو بعدها، والغرض من فرض هذه الرقابة، هو إلزام الإدارة بالتقيّد بأحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، والحفاظ على المال العام، والحد من الفساد بكل أشكاله.

لهذا، نجد أن المشرع، قد خصّص في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الفصل الخامس منه تحت عنوان " رقابة الصفقات العمومية"، وفصّل في مختلف أنواع الرقابة من المادة 159 إلى المادة 202 منه.

أما على مستوى تفويض المرفق العام، فقد أخضع المشرع عقود التفويض، لما لها من دور في مجال الحفاظ على المبادئ العامة التي تحكم المرافق العامة، من جهة، وكذا حماية المصلحة العامة، وحسن تطبيق الأحكام والإجراءات التي تنظم مرحلة إبرام هذه العقود، من جهة أخرى، إلى رقابة قبلية ورقابة البعدية لتفويض المرفق العام.

على هذا الأساس سنتناول، الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام (المبحث الأول)، والرقابة القضائية على الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

تشكل الصفقات العمومية مسارا تتحرك فيه الأموال العامة، وهي أداة استراتيجية، وضعها المشرع في يد الإدارة لتنفيذ مختلف العمليات من إنجاز أشغال أو اقتناء لوازم أو تقديم خدمات أو إنجاز دراسات، لهذا أخضعها المشرع للرقابة الإدارية، بمختلف أنواعها، الداخلية، والتي تتمثل في رقابة لجنة فتح وتقييم العروض، والرقابة الوصائية (الممارسة من طرف السلطة الوصية) والرقابة الخارجية بنوعيتها، الرقابة الخارجية قبلية، والتي تمارس من قبل لجان المصالح المتعاقدة، واللجنة القطاعية، والمراقب المالي والمحاسب العمومي، والرقابة الخارجية البعدية، والتي تمارس من قبل هيئات أنشأتها الدولة، والتي تتمثل في رقابة المفتشية العامة للمالية، ورقابة مجلس المحاسبة.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

أما بالنسبة لتفويض المرفق العام، فقد أخضع المشرع عقود تفويض المرفق العام لرقابة لجنة اختيار وانتقاء العروض، في إطار الرقابة الإدارية القبلية، ولرقابة لجنة تفويضات المرفق العام، في إطار الرقابة الخارجية.

وللإمام بجوانب الرقابة الإدارية بنوعيتها، سيتم التطرق إلى الرقابة الإدارية الداخلية (المطلب الأول)، والرقابة الوصائية (المطلب الثاني)، ثم نتناول الرقابة الخارجية بنوعيتها (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: الرقابة الإدارية الداخلية

في إطار الرقابة الذاتية للإدارة، عادة ما يلجأ المشرع إلى الاعتماد على آليات رقابية داخلية تكون من خلال إنشاء لجان إدارية، لهذا ألزم المشرع الإدارة بإنشاء هيئة لممارسة الرقابة على عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام التي تبرمها، وعليه، تم تخصيص المواد من 159 إلى 162 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتعلق بالرقابة الداخلية الممارسة من قبل لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض، والمواد من 75 إلى 77 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، يتعلق بتفويض المرفق العام، تتعلق بالرقابة الداخلية الممارسة من قبل لجنة لاختيار وانتقاء العروض.

لهذا، من أجل الإمام بدور كل من اللجنتين المذكورتين سابقا، ارتأينا تناول كل منهما على حدى، لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض (الفرع الأول)، ولجنة لاختيار وانتقاء العروض (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض للصفقات العمومية

تم إستحداث لجنة فتح وتقييم العروض في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15، بدلا من نظام اللجنتين المتمثلتين في لجنة فتح الأطراف ولجنة تقييم العروض، كما منح المشرع لها جملة من المهام لهذا، سننطرق إلى تشكيلة لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض (أولا)، ثم نتناول مهام هذه اللجنة (ثانيا).

### أولا: تشكيلة لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض

تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأطراف، وتحليل العروض والبدائل، والأسعار الاختيارية، تتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون لكفاءتهم حسب ما جاء به في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ومسؤول المصلحة المتعاقدة، هو من يملك صلاحية تحديد تشكيلة لجنة فتح الأظرفة، وتقييم العروض، وذلك بموجب مقرر<sup>1</sup>.

كما أن المشرع منح للجنة، إمكانية الاستعانة بكل شخص يمكنه بحكم كفاءته المساعدة في أشغال اللجنة<sup>2</sup>، وهذا الأمر لم يتم الإشارة إليه فيما يخص الصفقات العمومية. كما يمكن للمصلحة المتعاقدة تحت مسؤوليتها أن تنشئ لجنة تقنية، تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض لحاجات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

من خلال ما سبق، يتضح أن المشرع منح للمصلحة المتعاقدة حرية إحداث لجنة واحدة أو أكثر، بهدف تخفيف ثقل المهام على لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، والتسريع في عمل المصلحة المتعاقدة، والكفاءة في معالجة الملفات، مما يشكل ضماناً فعّالاً لتكريس المنافسة.

كما أنه منح للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في تعيين واختيار أعضاء اللجنة وعددهم، كما ترك مسألة قواعد تنظيمها، وسير عملها ونصابها من صلاحيات المصلحة المتعاقدة.

### ثانياً: مهام لجنة فتح وتقييم العروض

تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وفقاً للمادة 161 من المرسوم الرئاسي المذكور آنفاً بعمل إداري، وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة، التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإلغاء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة، وتصدر في هذا الشأن رأياً مبرراً.

تسجل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أشغالها المتعلقة بفتح الأظرفة وتقييم العروض في سجلين خاصين يرقمهما الأمر بالصرف، ويؤشر عليهما بالحروف الأولى<sup>3</sup>.

إن مهام اللجنة تقسم حسب الحالة، إلى مهام تتعلق بفتح الأظرفة، ومهام أخرى تتعلق بتقييم العروض.

<sup>1</sup> أنظر المادة 162 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 75 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 03/162 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### 1. مهام اللجنة في مرحلة فتح الأظرفة

تكون جلسة فتح الأظرفة متوافقة مع آخر تاريخ وساعة لإيداع العروض، وهو آخر يوم لتحضير العروض، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وكما هو موضح في دفتر الشروط، وما تضمنه إعلان طلب العروض.

تتمثل مهام اللجنة أثناء عملية الفتح، فيما يلي:

- إثبات صحة تسجيل العروض.
- إعداد قائمة المرشحين أو المتعهدين، حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم أو عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.
- إعداد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض.
- التوقيع بالحروف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة، التي لا تكون محل طلب استكمال.
- تحرير المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.
- دعوة المتعهدين عند الاقتضاء كتابيا إلى استكمال عروضهم التقنية الناقصة، باستثناء المذكرة التقنية التبريرية في أجل أقصاه 10 أيام من تاريخ فتح الأظرفة، تحت طائلة رفض عروضهم من قبل لجنة تقييم العروض<sup>1</sup>.

يمكن لهذه اللجنة في حال عدم تسلّم أي عرض، أو في حال عدم مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة تحرير محضر بعدم جدوى العملية، يوقعه كل الأعضاء لتتحول اللجنة عند انتهائها من كل أشغالها لتقويم العروض وتحليلها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> عادل بوعمران، المرجع السابق، ص.164.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

مما سبق، يتبين لنا أن دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في هذه المرحلة، يقتصر فقط على معاينة الملفات المعروضة، دون استبعادها لأي ملف لا تتوافر فيه الشروط المعلن عنها مسبقاً من طرف المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط، وفي إعلان طلب العروض، هذا من جهة. من جهة أخرى، اللجنة لها دور استشاري وليس تقييري، من خلال الاقتراحات والملاحظات التي تبديها على المصلحة المتعاقدة.

بعد انتهاء اللجنة من كل مهامها في هذه المرحلة، يقتضي منها دراسة العروض وفحصها.

### 2. مهام اللجنة في مرحلة تقييم العروض

تعتبر عملية تقييم العروض، مهمة صعبة ومعقدة بالنسبة للجنة، سواء من حيث صحة طلبات العروض، ومطابقتها لنظام الصفقات العمومية، ودفتر الشروط المعتمد من طرف المصلحة المتعاقدة أو من حيث صعوبة التقدير والاختيار في ظل تعدد معايير الانتقاء في بعض الصفقات العمومية<sup>1</sup>.

تتم عملية تقييم العروض من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وفق المهام الآتية:

- إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط، المعد طبقاً لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15، و/أو لموضوع الصيغة، وفي حالة الإجراءات التي لا تحتوي على مرحلة انتقاء أولي، لا تفتح أظرفة العروض التقنية والمالية والخدمات، عند الاقتضاء المتعلقة بالترشيحات المقصاة، حيث أن المصلحة المتعاقدة تملك سلطة في مواجهة المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة إبرام الصفقات العمومية، وتتمثل هذه السلطة في الحق في إقصاء بعض المتعاملين، وحرمانهم من التقدم للصفقة العمومية عن طريق استبعاد عروضهم لعدة أسباب حددها المرسوم الرئاسي رقم 247/15 وهذا ما يقيد المبادئ المذكورة في نص المادة 05 من نفس المرسوم، وهي مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وبهذا فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها اللجوء لإقصاء بعض المتعاملين الاقتصاديين بشكل مؤقت أو نهائي في عدة حالات حددتها المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وذلك كما يلي:

<sup>1</sup> الخير بوضياف، "الرقابة الداخلية في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الدراسات القانونية والبحوث القانونية المجلد 03، العدد 04، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018، ص.103.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- الذين رفضوا استكمال عروضهم، أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71، 74 من نفس المرسوم.
- الذين هم في حالة و/أو محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
- الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه، بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.
- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية، والذين لم يستوفوا الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم أو قاموا بتصريح كاذب.
- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتهم، بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع.
- المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 89 من نفس المرسوم.
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع، والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.
- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي، والذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من نفس المرسوم.

أما فيما يخص إمكانية الطعن في قرار الإقصاء، فبالرجوع للمرسوم الرئاسي رقم 247/15 والقرار المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية لا نجد أي إشارة إلى إمكانية الطعن القضائي في قرار الإقصاء، لكن بالرجوع إلى القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لكيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، نلاحظ أنه يفتح المجال للطعن القضائي أمام المحكمة المختصة في مقرر الإقصاء التلقائي المرتبط باكتشاف أدلة خطيرة ومطابقة لانحياز أو فساد<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 03 من القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لكيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

بالنسبة لميعاد الطعن في قرار الإقصاء، وبالرجوع للقرار المذكور آنفاً، لم يوضح المشرع الميعاد، وعليه من الممكن تطبيق القاعدة العامة في الميعاد، وذلك بالطعن في المقرر أمام المحكمة المختصة في ميعاد 04 أشهر من يوم تبليغ المتعامل الاقتصادي بالقرار وفقاً للقواعد العامة (المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

- تعمل لجنة فتح وتقييم العروض على تحليل العروض الباقية في مرحلتين، على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط، وتقوم في مرحلة أولى، بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض، التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط، وتقوم في مرحلة ثانية، بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنياً مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم<sup>1</sup>.

في نفس السياق، قضى مجلس الدولة في قضية مؤسسة (م.ي) لأشغال البناء ضد وزارة السكن والعمران ومن معها، حيث أن هذه المؤسسة رفعت دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الأغواط، تطالب فيه بإلغاء قرار المنح المؤقت مع التعويض، فتم رفض هذا الطلب، وقضت بتعويض ضئيل، حيث أن المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10، نصت فيما يخص العرض المالي على أنه يحتوي على رسالة التعهد، وجدول الأسعار الوحدوية، والجدول الكمي والتقييمي للأشغال.

حيث أن (م.ي) لم يقدم الوثائق الخاصة بعرضه من أجل مقارنتها مع عرض منافسه لاسيما من أجل التأكد من أن الأسعار الوحدوية، وكذا الجدول الكمي والتقييمي، الذي عرضه يشكل فعلاً أقل عرض، وأن لجنة تقييم العروض عند تفحصها للعرض المالي، لا تطلع فقط على رسالة التعهد، بل تصب مراقبتها على جميع الوثائق، كما أن إخلال الإدارة بقواعد المنافسة غير ثابت.

على هذا الأساس، قرّر مجلس الدولة برفض طلب إلغاء المنح المؤقت، وإلغاء التعويض فالقرار مبني من حيث المبدأ على:

- أن العرض المالي يحتوي في الصفقات العمومية على رسالة التعهد، وجدول الأسعار الوحدوية والجدول الكمي والتقييمي.

<sup>1</sup> أنظر المادة 03/72 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- تطلع لجنة تقييم العروض عند فحص العرض المالي على جميع الوثائق، وليس على رسالة التعاقد فقط.

- يقع إثبات إخلال الإدارة بقواعد المنافسة على المدعي بهذا الإخلال<sup>1</sup>.

تقوم طبقاً لدفتر الشروط بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، المتمثل في العرض:

- الأقل ثمناً من بين العروض المالية للمرشحين المختارين، عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى معيار السعر فقط.

- الأقل ثمناً من بين العروض المؤهلة تقنياً، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، وفي هذه الحالة يستند معيار تقييم العروض إلى عدة معايير من بينها معيار السعر.

- الذي تحصل على أعلى نقطة استناداً إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر، إذا كان الاختيار قائماً أساساً على الجانب التقني للخدمات<sup>2</sup>.

في هذا السياق، أجاز المشرع للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، بعد تحليلها للعروض بتقديم اقتراحات للمصلحة المتعاقدة تقضي برفض العرض المقبول، إذا ما ثبت لها أن بعض ممارسات المتعهد المعني تتنافى مع قواعد المنافسة، أو تشكل تعسفاً في وضعية الهيمنة على السوق.

بالإضافة إلى ذلك، تقترح اللجنة أيضاً على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول لأسباب مالية سواء منخفضة أو مرتفعة، وغير مبررة اقتصادياً، بعد طلب توضيحات عن طريق المصلحة المتعاقدة<sup>3</sup>.

ما يمكن ملاحظته على مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، أنها تقدم مجرد اقتراحات والكلمة الأخيرة تبقى دائماً للمصلحة المتعاقدة، التي تملك صلاحية رفض العرض، الذي يجب أن يكون بموجب مقرر معلل، يبلغ للمتعهد المعني بالأمر أو قبوله.

<sup>1</sup> أنظر: القرار رقم 078275، المؤرخ في 2013/12/05، قضية مؤسسة (م.ي) لأشغال البناء ضد وزارة السكن والعمران ومن معها، مجلة مجلس الدولة، العدد 11، 2013.

<sup>2</sup> أنظر المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 05/72، 06، 07 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

كما نجد أن المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، منع التفاوض مع المتعهدين كأصل عام عند الانتهاء من فتح الأظرفة ومباشرة تقييم العروض<sup>1</sup>، لضمان النزاهة والشفافية وتقييد الإدارة بالشروط المعلن عنها في دفتر الشروط، وبما يتطلبه القانون، لكن هذا لا يعني عدم وجود استثناءات وضعها المشرع في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15، فعلى سبيل المثال اختيار المتعامل الاقتصادي وفقا لإجراء المسابقة<sup>2</sup>، حيث أن هذا الأخير يضع رجال الفن في منافسة لاختيار مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعدّه صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، بعد رأي لجنة تحكيم تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني ومستقلين عن المترشحين، ويتم منح الصفقة بعد المفاوضات مع العارض، الذي قدّم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية<sup>3</sup>، بمعنى أن المسابقة على الرغم من أنها شكل من أشكال طلب العروض، يتم الإعلان عنها بنفس إجراءات طلب العروض، إلا أن المشرع منح للمصلحة المتعاقدة صلاحية التفاوض مع المترشحين الذين تم قبولهم، ومن ثم اختيار أفضل العروض.

أثناء عملية **فحص ودراسة العروض**، يتم اختيار المتعامل الاقتصادي وفقا لمجموعة من المعايير حددها المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، إذ تختار المصلحة المتعاقدة المتعامل الاقتصادي وفقا لمعايير حددها تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تكون مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية مذكورة في دفتر الشروط، ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، إما إلى عدة معايير، أو معيار واحد فقط.

### • الاعتماد على جملة من المعايير لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية

من بين هذه المعايير النوعية وأجال التنفيذ أو التسليم، السعر والكلفة الإجمالية للاقتناء والاستعمال، الطابع الجمالي والوظيفي، النجاحة المتعلقة بالجانب الاجتماعي لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل، والمعوقين، والنجاحة المتعلقة بالتنمية المستدامة، القيمة

<sup>1</sup> نصت المادة 80 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض ويسمح بالتفاوض في الحالات المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم فقط..."، المصدر السابق.

<sup>2</sup> نصت المادة 02/47 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "... وتمنح الصفقة بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية..."، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

التقنية وخدمة ما بعد البيع، والمساعدة التقنية، شروط التمويل عند الاقتضاء، وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية، ويمكن أن تستخدم معايير أخرى بشرط أن تكون مدرجة في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة.

### • الاعتماد على معيار السعر لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية

تختار المصلحة المتعاقدة المتعامل الاقتصادي، وفقا لمعيار واحد فقط، وهو معيار السعر وحده ويتم ذلك، في حالة ما إذا سمح موضوع الصفقة بذلك<sup>1</sup>.

على هذا الأساس، فإن سلطة المصلحة المتعاقدة باختيار المتعامل المتعاقد مقيّدة باحترام أحكام المرسوم الخاص بالصفقات العمومية، وهو ما أكدته المادة 59 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>2</sup>، من أجل ضمان تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة.

كما أن هذه الحرية مقيّدة بجملة من الضوابط، التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا في دفتر الشروط، ويتم الإعلان عنها، إضافة إلى خضوع عملية الاختيار إلى الرقابة المحددة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، في سبيل ترسيخ قيم الشفافية وتعزيز آليات المنافسة في الصفقات العمومية.

### الفرع الثاني: لجنة اختيار وانتقاء العروض لتفويض المرفق العام

نصّ المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، يتعلق بتفويض المرفق العام، في القسم الأول المعنون بـ" الرقابة القبليّة لتفويضات المرفق العام"، تحديدا بالمادة 75 منه، على لجنة اختيار وانتقاء العروض، وضمّنها جملة من الأحكام والإجراءات، سواء ما تعلّق بتشكيلتها (أولا) أو مهامها (ثانيا).

<sup>1</sup> أنظر المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> نصت المادة 59 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "يحدد البحث عن الشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها، اختيار كيفية إبرام الصفقات، ويدخل هذا الاختيار ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة التي تتصرف طبقا لأحكام هذا المرسوم"، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### أولاً: تشكيلة لجنة اختيار وانتقاء العروض

على مستوى تفويض المرفق العام، نجد أن المشرع أشار إلى إنشاء السلطة المفوضة للجنة اختيار وانتقاء العروض لمدة 03 سنوات قابلة للتجديد<sup>1</sup>، لكن على عكس ما هو وارد في الصفقات العمومية، فإن المشرع حدّد عدد أعضاء اللجنة بـ 06 موظفين مؤهلين، من بينهم الرئيس، يعيّنهم مسؤول السلطة المفوضة، كما أنه جعل مسألة اختيار الأعضاء قائمة على أساس الكفاءة، نظراً لمهام اللجنة المتعلقة بفحص العروض والتفاوض، والتي تتطلب درجة كبيرة من المعرفة في التحليل والتفضيل والترجيح وفق معايير مبيّنة في دفتر الشروط.

كما أن نظامها الداخلي، يحدّد بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة، كما يمكن للجنة الاستعانة بكل شخص كفء، يفيدها في أشغالها<sup>2</sup>، تجنبا من تعيين أشخاص غير مؤهلين. بعد التطرق إلى تشكيلة لجنة اختيار وانتقاء العروض، سيتم تناول مهام هذه اللجنة، على اعتبار أنها تمارس رقابة إدارية داخلية على مرحلة إبرام تفويض المرفق العام.

### ثانياً: مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض

منح المشرع للجنة اختيار وانتقاء العروض، جملة من المهام أو الاختصاصات، لممارسة دورها كرقابة إدارية داخلية، بهدف الوصول إلى اختيار أحسن عرض، حيث أن مهامها تتنوع بين إدارية وتقنية، حدّتها المادة 77 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، من خلال فتح العروض فحص ملفات التعهد، وفحص العروض والتفاوض.

#### 1. مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض في مرحلة فتح العروض

بعد استدعاء كل أعضاء اللجنة من طرف السلطة المفوضة، وفي آخر يوم وآخر ساعة من أجل تحضير العروض، تكلف اللجنة بفتح الأظرفة، كمرحلة أولية من مراحل عملها، حيث تقوم بالمهام التالية:

- التأكد من تسجيل ملفات التعهد أو العروض في سجل خاص.
- القيام بفتح الأظرفة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 76 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.  
<sup>2</sup> أنظر المادتين 75، 76 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- إعداد القائمة الإسمية للمرشحين أو المترشحين، الذين تم انتقائهم، حسب الحالة، وتاريخ وصول الأظرفة.

- إعداد قائمة الوثائق، التي يتكون منها كل ملف تعهد وكل عرض.

- تحرير محضر اجتماع، يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة.

- تحرير محضر عدم الجدوى، عند الاقتضاء، يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة.

- تسجيل أشغالها خلال هذه المرحلة في سجل خاص، مرقم ومؤشر عليه من مسؤول السلطة المفوضة<sup>1</sup>.

باكتمال مرحلة فتح الأظرفة، والتي تعد مرحلة أولية لممارسة مهامها التالي، المتعلق بفحص ملفات التعهد.

### 2. مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض في مرحلة فحص ملفات التعهد

بعد مرحلة فتح الأظرفة، تأتي مرحلة فحص ملفات التعهد في جلسة مغلقة، ابتداء من اليوم

الموالي لجلسة فتح الأظرفة، حيث تقوم نفس اللجنة في هذه المرحلة بالمهام التالية:

- دراسة الضمانات المالية والمهنية والتقنية للمرشحين، وكذا كفاءتهم وقدراتهم، التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام، حسب المعايير المحددة في دفتر الشروط.

- إقصاء ملفات التعهد غير المطابقة للمعايير المحددة في دفتر الشروط.

- إعداد قائمة المرشحين المقبولين، لتقديم عروضهم وتبليغها للسلطة المفوضة.

- تحرير محضر اجتماع، يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة.

- تحرير محضر عدم الجدوى، عند الاقتضاء، يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة.

- تسجيل أشغالها المرتبطة بدراسة الملفات في سجل خاص، مرقم ومؤشر عليه مسبقاً من مسؤول السلطة المفوضة<sup>2</sup>.

كما أخضع المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 199/18 في هذه المرحلة، كل متعامل يكون

في حالة من حالات الإقصاء المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15

<sup>1</sup> أنظر المادة 01/77 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 02/77 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

إلى القرار الذي يحدد كليات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية<sup>1</sup>، واتخذت كليات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية<sup>2</sup>.

يتضح من خلال هذه المهام، هو أن عمل هذه اللجنة في هذه المرحلة، يتعلق بالتدقيق في ملفات المتعهدين، وما تتضمنه من وثائق وشروط حسب المعايير الموضوعة في دفتر الشروط.

### 3. مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض عند فحص العروض

تتولى اللجنة، وفي نفس الجلسة السريّة بفحص العروض، حيث تتولى هذه اللجنة بالمهام

التالية:

- دراسة عروض المترشحين المنتقن أولياً، حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط.
- إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط.
- إعداد قائمة العروض المطابقة لدفتر الشروط، مرتبة ترتيباً تفضيلاً، حسب النقاط المتحصّل عليها.
- تحرير محضر اجتماع، يوقعه كل الأعضاء الحاضرين في الجلسة.
- تسجيل أشغالها المتعلقة بدراسة العروض في سجل خاص مرقّم، ومؤشر عليه من طرف مسؤول السلطة المفوضة.
- دعوة المرشحين، الذين تمّ انتقاؤهم كتابياً، وعن طريق مسؤول السلطة المفوضة، لاستكمال عروضهم عند الاقتضاء<sup>3</sup>.

### 4. مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض عند المفاوضات

جعل المشرع من المفاوضات، إجراء من إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام وكآخر مرحلة من عمل لجنة اختيار وانتقاء العروض، حيث أنه سمح لهذه اللجنة بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين المعنيين للتفاوض معهم، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط، حيث يمكن أن تتطرق المفاوضات إلى مدة تفويض المرفق العام، كذلك التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها المفوض له للسلطة أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له، حسب شكل التفويض، كما يمكن أن

<sup>1</sup> أنظر المادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>2</sup> القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد كليات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 17، الصادرة في 16 مارس 2016.

<sup>3</sup> أنظر المادة 77 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

تتطرق المفاوضات إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض، ولا يمكن أن تتطرق المفاوضات إلى موضوع التفويض، وبعد ذلك، تقوم اللجنة بتحرير محضر مفاوضة وتقييم العروض، يتضمن قائمة العروض المدروسة والمرتبة ترتيباً تفضيلياً، ثم تقترح على السلطة المفوضة المترشح الذي تم انتقاؤه، والذي قدّم أحسن عرض، فيبقى دورها فقط استشاري.

في نفس السياق، فإن الدكتورة حساين سامية، ترى أن المشرع عندما حافظ على المفاوضات كإجراء من إجراءات الإبرام، هذا لكونها أساسية تتماشى وخصوصيات اتفاقية تفويض المرفق العام، خاصة من حيث ضمان التسيير الفعال، وتحسين نوعية الخدمة العمومية المقدمة من طرف المرفق العام<sup>1</sup>.

يتّضح مما سبق، أن المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 18/199، جعل من رأي لجنة اختيار وانتقاء العروض غير ملزم، فاللجنة تقدّم استشارات واقتراحات للسلطة المفوضة، وهذه الأخيرة هي التي تفصل في الأمر، إمّا إبرام العقد أو العدول عنه، إذا اقتضت المصلحة ذلك.

بعد ممارسة الإدارة للرقابة الإدارية الذاتية التي تمارسها على نفسها، نص المشرع كذلك على نوع آخر من الرقابة، والتي تتمثل في الرقابة الوصائية.

### المطلب الثاني: الرقابة الوصائية

إضافة إلى الرقابة الداخلية والخارجية، هناك أنماط رقابية أخرى حماية للمال العام ولضمان الشفافية على عملية إبرام الصفقات العمومية، ومن بين هذه الأساليب الرقابية، نجد الرقابة الوصائية. على ضوء ما تم ذكره، سنتطرق إلى تعريف الرقابة الوصائية (الفرع الأول)، الرقابة الوصائية في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تعريف الرقابة الوصائية

عرّفت الرقابة الوصائية، على أنها: "مجموع السلطات التي يقررها القانون لسلطة عليا على أشخاص الهيئات اللامركزية وأعمالهم، بقصد حماية المصلحة العامة، ومن هنا، فإن نظام الوصاية أداة قانونية بموجبها تضمن وحدة الدولة، وذلك بإقامة علاقة قانونية دائمة ومستمرة بين الأجهزة

<sup>1</sup> سامية حساين، "قراءة نقدية في تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15 والمرسوم التنفيذي 18/199"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة ابن خلدون، تيارت 2019، ص. 58.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

المستقلة والسلطة المركزية، كما أنه يكفل للهيئات المستقلة حقها في اتخاذ القرار بالكيفية والحدود التي رسمها القانون<sup>1</sup>.

كما تمّ تعريفها، على أنها: "السلطة التي تتميز عن السلطة الرئاسية، تمارس على الهيئات اللامركزية، وهي تتمثل في إجراءات الرقابة على أجهزة وكذلك على أعمال الهيئات اللامركزية"<sup>2</sup>. تعددت التعاريف التي قيلت بشأن الرقابة الوصائية، وعلى العموم فهي الرقابة التي تمارسها الدولة على الهيئات والجهات اللامركزية، أو هي رقابة المشروعية والملاءمة على تصرفات وأعمال وأشخاص الجهات اللامركزية الإقليمية أو المصلحية، بواسطة الجهات المركزية، وتمارس إلا في حدود القانون.

### الفرع الثاني: الرقابة الوصائية في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

خصّص المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، مادة واحدة (المادة 164 منه) للرقابة الوصائية، دون النص على إلزاميتها، واقتصر فقط على توضيح الغاية من هذه الرقابة حيث تمارسها السلطة الوصية بغرض التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية الاقتصادية، ومدى دخولها فعلا في إطار البرامج الموسومة للقطاع، وذلك من خلال إعداد المصلحة المتعاقدة تقريرا عن ظروف الإنجاز والتكلفة الإجمالية، مقارنة بالهدف المسطر، ويرسل إلى الهيئة المكلفة بالنفقة (مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي)، وإلى هيئة الرقابة الخارجية، كما ترسل نسخة من هذا التقرير إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

كما نص المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، على الرقابة الوصائية، من خلال إلزامه للسلطة المفوضة بعقد اجتماع واحد على الأقل كل ثلاثة أشهر مع المفوض له، لتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة، ومدى احترام مبادئ المرفق العام، وعلى هذا الأساس تقوم السلطة المفوضة بإعداد تقرير شامل يرسل إلى السلطة الوصية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أعمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة 02، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ص 47.  
<sup>2</sup> عمر غول، عقد الامتياز البلدي في القانون الجزائري، (دون طبعة)، النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2020 ص 47.  
<sup>3</sup> أنظر المادة 83 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

تختلف الرقابة الوصائية عن الرقابة الداخلية والرقابة الخارجية المختصة، في أنها من اختصاص السلطة الوصية على المصلحة المتعاقدة، وليست من اختصاص هيئة خارجية أو من اختصاص المصلحة المتعاقدة، كما تختلف عنها أيضا، من حيث الهدف المتوخى منها، والتمثل في التأكد من مطابقة الصفقات العمومية للبرامج القطاعية<sup>1</sup>.

تمكّن الرقابة الوصائية، السلطة الوصية من الاطلاع على ظروف إنجاز المشروع، ومدى تطابقهم دراسات الجدوى التي تمت سابقا، والعراقيل والصعوبات التي قد تعترض تنفيذ المشروع.

### المطلب الثالث: الرقابة الإدارية الخارجية القبلية والبعدية

نص المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على الرقابة الخارجية، حيث قسّمها إلى قسمين: القسم الأول: يتمثل في الرقابة الإدارية الخارجية القبلية، والتي تتمثل في: رقابة لجان الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة، واللجنة القطاعية للصفقات العمومية، ورقابة المراقب المالي والمحاسب العمومي، أما القسم الثاني: يتمثل في الرقابة الإدارية الخارجية البعدية، والتي تتمثل في: المفتشية العامة للمالية والمحاسبة العمومية، حيث تهدف الرقابة الخارجية إلى التحقق من مطابقة الصفقات العمومية للتشريع والتنظيم المعمول بهما وكذلك التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج.

على هذا الأساس، سنتطرق إلى الرقابة الإدارية الخارجية القبلية (الفرع الأول)، والرقابة الإدارية الخارجية البعدية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الرقابة الإدارية الخارجية القبلية

نظرا لارتباط الصفقات العمومية بالمال العام، حرص المشرع على وضع إطار رقابي متنوع لحماية المال العام من التبيد، والحدّ من كل أشكال الفساد، الذي قد يعتري مجال الصفقات العمومية ومن بين مختلف أنواع الرقابة، سنتطرق إلى رقابة لجان المصالح المتعاقدة (أولا) واللجنة القطاعية (ثانيا)، ورقابة المراقب المالي (ثالثا)، ورقابة المحاسب العمومي (رابعا).

<sup>1</sup> نجمة عباس، لظفي حصروري، " الرقابة على الصفقات العمومية في ظل القانون الجديد"، بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: " قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام" المنعقد بجامعة البلديّة 2، يومي: 23، 24 ماي 2017، الجزء الأول، الطبعة 01، دار التل للطباعة، الجزائر، 2018 ص.363.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

في إطار تفعيل واستكمال عمل لجنة اختيار وانتقاء العروض على تفويض المرفق العام أدرج المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، نوعا آخر من الرقابة، والتي تتعلق برقابة لجنة تفويضات المرفق العام، في إطار الرقابة الخارجية، وذلك حسب المواد 78، 79، 80، 81 منه وبهذا تكون هذه اللجنة مساعدة للسلطة المفوضة في مجال التحضير لإبرام اتفاقية التفويض بكل مراحلها.

### أولاً: لجان المصالح المتعاقدة

نصّ المشرع على الدور الذي تلعبه لجنة الصفقات في مجال الصفقات العمومية، من خلال تقديم مساعدتها في مجال تحضير هذه الصفقات، وإتمام تراتيبيها، ودراسة دفاتر الشروط والصفقات والملاحق ومعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون في المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>1</sup>.

تتمثل الهيئات الرقابية، فيما يلي:

- اللجنة البلدية للصفقات العمومية.
- اللجنة الولائية للصفقات العمومية.
- اللجنة الجهوية للصفقات العمومية.
- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.
- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.

بالرجوع للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، نجد أن المشرع قد حدّد مجال اختصاص كل لجنة من اللجان المذكورة أعلاه، كما يلي:

• تختص اللجنة البلدية للصفقات العمومية، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها البلدية في حدود المستويات المحددة في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حيث أن هذه اللجنة تتشكل من:

✓ رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيساً.

✓ ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 169 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- ✓ منتخبين اثنين يمثلان المجلس الشعبي البلدي (لم يحدد المشرع كيفية اختيارهم ولا من يختارهم).
  - ✓ ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).
  - ✓ ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، حسب موضوع الصفقة، عند الاقتضاء<sup>1</sup>.
- أما عن الصفقات التي تبرمها البلدية، لا بدّ أن تدخل ضمن الحدود المالية، والتي ينبغي أن يقل مبلغ الصفقة فيها عن 200.000.000 دج بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم، وبالنسبة لصفقات الخدمات، ينبغي أن يقل مبلغ الصفقة فيها عن 50.000.000 دج، وأن يقلّ عن مبلغ 20.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات.

• تختص اللجنة الولائية للصفقات العمومية، برقابة الصفقات على المستوى الولائي، وبين اختصاصاتها، حيث أنه عهد إليها برقابة دفاتر الشروط والصفقات والملاحق، التي تبرمها الولاية والمصالح غير المركزية للدولة والمصالح الخارجية للإدارات المركزية، كما تختص كذلك بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، وكذلك الملاحق التي تبرمها هذه الأخيرة إذا تجاوز مبلغها أو المبلغ الإجمالي لمختلف هذه الملاحق، نسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة<sup>2</sup> أو تضمنت خدمات تكميلية، تتجاوز مبالغها نسبة 15% من المبلغ الأصلي للصفقة، في حالة صفقات اللوازم والدراسات والخدمات، ونسبة 20% في حالة صفقات الأشغال<sup>3</sup> حيث أن هذه اللجنة تتشكل من:

- ✓ الوالي أو ممثله رئيساً.
- ✓ ممثل المصلحة المتعاقدة.
- ✓ ثلاثة ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي (لم يحدد المشرع كيفية اختيارهم ولا من يختارهم).
- ✓ ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).
- ✓ مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية حسب موضوع الصفقة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 174 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

أنظر المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 09/136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

✓ مدير التجارة بالولاية<sup>1</sup>.

لانعقاد الاختصاص للجنة الولائية للصفقات، يجب أن يراعى المعيار المالي، والمتمثل في:

- دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، التي يساوي مبلغها أو يفوق 200.000.000 دج بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم.

- دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، التي يساوي مبلغها أو يفوق 50.000.000 دج بالنسبة لصفقات الخدمات.

- دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، التي يساوي مبلغها أو يفوق 20.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات<sup>2</sup>.

• تختص اللجنة الجهوية للصفقات العمومية، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية في حدود المستويات المحددة في المادة 184 من الفقرة الأولى إلى الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حيث أن المشرع ربط اختصاص هذه اللجنة بتوفر المعيارين العضوي والمالي، فالمعيار العضوي عندما تكون المصلحة المتعاقدة، هي أحد الهيئات المذكورة في المادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 وهي كالاتي:

✓ الوزير المعني أو ممثله، رئيسا.

✓ ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

✓ ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).

✓ ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية ري)، عند الاقتضاء.

✓ ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة<sup>3</sup>.

أما المعيار المالي، فيتمثل في الحد المالي المطلوب، والمتمثل في:

<sup>1</sup> أنظر المادة 02/173 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 01/173 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 02/171 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- بالنسبة لصفقة الأشغال، يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو يقل عن 1.000.000.000 دج، فإنها تخضع للجنة الجهوية للصفقات.

- بالنسبة لصفقة اقتناء اللوازم، يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو يقل عن 300.000.000 دج.

- بالنسبة لصفقة الخدمات، يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو يقل عن 200.000.00 دج.

- بالنسبة لصفقة الدراسات، يجب أن يساوي السقف المالي للصفقة أو يقل عن 100.000.000 دج.

• تختص لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية

الوطنية ذات الطابع الإداري، المذكورة في المادة 06 ضمن حدود المستويات المحددة في المطات من 01 إلى 04 من المادة 184، وفي المادة 139 من قانون الصفقات العمومية، حسب الحالة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بهذه المؤسسات، والمتمثلة في:

- دفتر الشروط أو صفقة الأشغال، ينبغي أن يساوي السقف المالي أو يقل عن 1.000.000.000 دج.

- دفتر الشروط أو صفقة اللوازم، ينبغي ألا يفوق السقف المالي لهذه الصفقات عن 300.000.000 دج.

- دفتر الشروط أو صفقة الخدمات، ينبغي ألا يفوق السقف المالي لهذه الصفقات المراد عرضها على اللجنة المذكورة أعلاه عن 200.000.000 دج.

- دفتر الشروط أو صفقة الدراسات، ينبغي ألا يفوق السقف المالي لهذه الصفقات المراد عرضها على اللجنة المذكورة أعلاه عن 100.000.000 دج<sup>1</sup>.

أما عن تشكيل هذه اللجنة، فهي تتشكل من:

✓ ممثل عن السلطة الوصية، رئيسا.

✓ المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله.

✓ ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).

<sup>1</sup> أنظر المادة 172 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

أنظر المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

✓ ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية ري)، عند الاقتضاء.

✓ ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة<sup>1</sup>.

• تختص لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية

الوطنية ذات الطابع الإداري، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمؤسسة.

تتشكل لجنة الصفقات للمؤسسة المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة الوطنية ذات الطابع

الإداري من:

✓ ممثل عن السلطة الوصية رئيسا.

✓ المدير العام أو مدير المؤسسة حسب الحال مؤسسة وطنية، بلدية، ولائية.

✓ ممثل منتخب عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية.

✓ ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصحة المحاسبة).

✓ ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية

ري).

✓ ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة.

يجب لعقد الاختصاص لهذه اللجنة، أن يقل مبلغ الصفقة عن 200.000.000 دج بالنسبة

لصفقات الأشغال العمومية أو اللوازم، و50.000.000 دج بالنسبة لصفقات الخدمات

و20.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات<sup>2</sup>.

أما النتيجة من وراء ممارسة لجان الصفقات للمصالح المتعاقدة للرقابة على الصفقات

العمومية هو منح التأشير أو رفضها، وفي الحالة الأخيرة، يجب أن يكون قرارها معللا، خلال أجل

<sup>1</sup> أنظر المادة 172 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 175 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

- أنظر المادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

أقصاه عشرون يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة<sup>1</sup>، ويكون رفض التأشير بسبب مخالفة التشريع أو التنظيم، أو المساس بالمبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية<sup>2</sup>. كما يتعين على المصلحة المتعاقدة عند رفض لجنة الصفقات التأشير، أن تأخذ ذلك بعين الاعتبار وتواصل تقييم العروض وفقا للمعطيات الجديدة<sup>3</sup>.

إضافة لما سبق، رتب المشرع حكما آخر، في حالة رفض لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة منح التأشير، إذ يمكن للوزير أو مسؤول الهيئة العمومية المعني، أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة، أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل، وترسل نسخة من مقرر التجاوز إلى مجلس المحاسبة، وإلى الوزير المكلف بالمالية (سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمفتشية العامة للمالية)، وإلى لجنة الصفقات المعنية<sup>4</sup>.

كما يمكن أن تكون التأشير مرفقة بتحفظات موقفة أو غير موقفة، وتكون التحفظات موقفة عندما تتصل بموضوع مشروع دفتر الشروط أو الصفقة أو الملحق، وتكون التحفظات غير موقفة عندما تتصل بالشكل، وعندما تخطر المصلحة المتعاقدة بالتحفظات المسجلة من قبل لجنة الصفقات المعنية، تعين عليها رفع التحفظات المحتملة<sup>5</sup>.

### ثانيا: اللجنة القطاعية

تم استحداث لجنة قطاعية للصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>6</sup>، على مستوى كل دائرة وزارية تتولى مهمة الرقابة الخارجية القبلية على الصفقات العمومية ضمن النطاق المحدد في المادة 184 من نفس المرسوم.

تتشكل هذه اللجنة من:

✓ الوزير المعني أو ممثله رئيسا.

<sup>1</sup> أنظر المادة 178 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 02/195 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 03/195 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 200 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>5</sup> أنظر المادة 04/195 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>6</sup> أنظر المادة 179 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

✓ ممثل الوزير المعني نائب الرئيس.

✓ ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

✓ ممثلان عن القطاع المعني.

✓ ممثلان عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).

✓ ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة<sup>1</sup>.

يتم تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات ومستخلفيهم بأسمائهم، بموجب قرار من قبل الوزير المعني، بناء على اقتراح الوزير الذي يخضعون لسلطته، وكما اشترط في أعضاء هذه اللجنة شرط الكفاءة<sup>2</sup>.

كما حدّد المرسوم الرئاسي رقم 247/15، اختصاصات هذه اللجنة على غرار باقي اللجان

الأخرى، تتمثل فيما يلي:

- مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.
  - مساعدة المصالح المتعاقدة التابعة لها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبيها.
  - المساهمة في تحسين ظروف مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- تختص اللجنة القطاعية للصفقات بدراسة الملفات التابعة لقطاع آخر، عندما تتصرف الدائرة الوزارة المعنية، في إطار صلاحياتها، لحساب دائرة وزارية أخرى.
- تختص كذلك هذه اللجنة في مجال الرقابة، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بكل المصالح المتعاقدة التابعة للقطاع المعني، والطعون المنصوص عليها في المادة 82 من هذا المرسوم<sup>3</sup>.

تفصل اللجنة القطاعية للصفقات، في مجال الرقابة في كل مشروع:

- دفتر شروط أو صفقة الأشغال، يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة عن 100.000.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 185 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 187 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 182 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- دفتر شروط أو صفقة للوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة عن 300.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة.
- دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة عن 200.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة.
- دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة عن 100.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة.
- دفتر شروط أو صفقة الأشغال أو لوازم للإدارة المركزية، يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة عن 12.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة.
- دفتر شروط أو صفقة الدراسات أو خدمات للإدارة المركزية، يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة عن 6.000.000 دج، وكذا كل مشروع بهذه الصفقة<sup>1</sup>.

تتوج الرقابة التي تمارسها اللجان القطاعية، إما بإصدار تأشيرة في غضون 45 يوما على الأكثر، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى أمانة هذه اللجنة، وإما برفضها<sup>2</sup>.  
أما في حالة رفض اللجنة القطاعية للصفقات منح التأشيرة، يمكن للوزير المعني حسب الحالة، وبناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة، أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل، ثم ترسل نسخة من مقرر التجاوز إلى مجلس المحاسبة، وإلى الوزير المكلف بالمالية (سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمفتشية العامة للمالية)، وإلى لجنة الصفقات المعنية<sup>3</sup>.

ما لفت انتباهنا هو ما جاء به المشرع في المادة 202 من المرسوم الرئاسي رقم 247 / 15 والتي تتعلق بعدم اتخاذ مقرر التجاوز، في حالة رفض التأشيرة المعلل، لعدم مطابقة الأحكام التشريعية، وفي حالة رفض التأشيرة المعلل، لعدم مطابقة الأحكام التنظيمية، فإنه في هذه الحالة يفرض على المراقب المالي والمحاسب العمومي المكلف، بمعنى، أنه عند مخالفة التشريع لا يمكن إصدار مقرر التجاوز، ولكن عند مخالفة التنظيم، فإن مقرر التجاوز يفرض على المراقب العمومي والمحاسب العمومي، وهذا يتعارض مع ما جاء به المشرع في المادة 195 من المرسوم الرئاسي رقم

<sup>1</sup> أنظر المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 189 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 201 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

247/15، والتي نصّ فيها، على أن: "...ومهما يكن من أمر، فإن كل مخالفة للتشريع و/ أو التنظيم المعمول بهما تعاينها اللجنة، تكون سببا لرفض التأشيرة، إذا كان ذلك مبررا بمخالفة المبادئ، التي تحكم الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم ..."، وهذا يشكل خطرا كبيرا، إذ تستطيع الإدارة مخالفة أي إجراء يتعلق بالشفافية والمنافسة وحتى الرقابة نظرا لعلمها المسبق بإمكانية تجاوز مقرر رفض التأشيرة.

مهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز بعد أجل 90 يوم، ابتداء من تاريخ تبليغ رفض التأشيرة.

أما على مستوى تفويض المرفق العام، فإن المشرع منح للسلطة المفوضة بإنشاء لجنة تفويضات المرفق العام، في إطار الرقابة الخارجية القبلية، حيث تتشكل هذه اللجنة من:

### • لجنة تفويض المرفق العام على مستوى الولاية

1. ممثل عن الوالي المختص إقليميا، رئيسا.
2. ممثلين عن السلطة المفوضة.
3. ممثل عن المجلس الشعبي الولائي.
4. ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية.

### • لجنة تفويض المرفق العام على مستوى البلدية

1. ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي رئيسا.
2. ممثلين عن السلطة المفوضة.
3. ممثل عن المجلس الشعبي البلدي.
4. ممثل عن المصالح غير الممركزة للأماكن الوطنية.
5. ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 79 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

يتم تعيين أعضاء لجنة تفويضات المرفق العام، بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة بناء على اقتراح من السلطات التي ينتمون إليها لمدة 03 سنوات قابلة للتجديد<sup>1</sup>.

أما عن اختصاص هذه اللجنة، فيتمثل فيما يأتي:

- الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويض المرفق العام.
- الموافقة على مشاريع اتفاقيات تفويض المرفق العام، وذلك من خلال مراقبة الإجراءات المتبعة في اختيار المفوض له.
- منح التأشيرات للاتفاقيات المبرمة.
- دراسة الطعون المودعة لديها من قبل المترشحين غير المقبولين والفصل فيها<sup>2</sup>.

بالنسبة لاتفاقيات تفويض المرفق العام، التي تبرمها مؤسسة عمومية ذات طابع إداري فإنها تندرج ضمن اختصاص لجنة تفويض المرفق العام، المنشأة على مستوى السلطات التي تمارس الوصاية عليها<sup>3</sup>.

مما سبق، نلاحظ أن المشرع لم يشر في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، إلى الشروط الواجب توافرها في أعضاء اللجنة، بل ترك الحرية المطلقة لاختيارهم لرئيس السلطة المفوضة بناء على اقتراح من السلطات التي ينتمون إليها.

كما أن المشرع كذلك، لم يحدد القواعد المنظمة لسير وعمل لجنة تفويضات المرفق العام وطريقة ممارستها اختصاصها الرقابي، وكذلك لم يحدد الآجال، بل أحال ذلك على النظام الداخلي للجنة.

في الأخير، يمكن أن نخلص، إلى أن رقابة لجنة تفويضات المرفق العام، هي رقابة مطابقة مشاريع ودفاتر الشروط والاتفاقيات والملاحق، التي تدخل في اختصاصها للتنظيم والتشريع المعمول بهما، لتنتهي هذه الرقابة بالموافقة ومنح التأشيرة، كما أنها تساهم في إبرام اتفاقيات وفقا للمبادئ التي جاء بها المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

<sup>1</sup> أنظر المادة 80 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 81 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 03/79 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

كما يمكن القول، أنّ هذا النوع من الرقابة عن طريق هذه اللجنة محدودا، وهذا راجع لحرية السلطة المفوضة في إلغاء إجراء تفويض المرفق العام، في أي مرحلة من مراحل التفويض وما على السلطة المفوضة إلا تبليغ اللجنة بهذا الإجراء وإشهاره، وهذا حسب المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، يتعلق بتفويض المرفق العام.

استكمالاً للرقابة الخارجية القبلية على الصفقات العمومية، منح المشرع للمراقب المالي جملة من الاختصاصات، للتأكد من مشروعية الإجراءات المتبعة في إبرام الصفقات العمومية ومطابقتها للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

### ثالثاً: رقابة المراقب المالي على الصفقات العمومية

يقوم المراقب المالي في مجال الصفقات العمومية بمراقبة الالتزامات التي تقوم بها الإدارة وذلك قبل أن توضع النفقة حيز التنفيذ، فالرقابة التي يمارسها تعد وقائية، للتأكد من أن عملية الإنفاق تمت مطابقة للقوانين والتشريعات المعمول بها<sup>1</sup>، وهو ما نص عليه المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 414/92، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلزم بها<sup>2</sup>.

لهذا، فإن الصفقة العمومية تخضع للتأشيرة المسبقة للمراقب المالي، وذلك بعد رفع التحفظات المعبر عنها، من قبل لجنة الصفقات العمومية المختصة، وقبل موافقة السلطة المختصة عليها والبدء في تنفيذها، يمارس المراقب المالي الرقابة القبلية، وذلك بالتأكد من:

- صفة الأمر بالصرف، من خلال التأكد من توافر الصفة القانونية للأمر بالصرف الملزم بالنفقة.

- مطابقة الالتزام بالنفقة مع القوانين والتنظيمات الجاري بها العمل.

- مراعاة توفر الاعتمادات المالية المرخص بها.

<sup>1</sup> غزلان فليج، عليوة كامل، " الرقابة على النفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: " قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرقابة في صرف المال العام"، المنعقد بجامعة البلديّة 02، يومي: 23، 24 ماي 2017، الجزء الأول، الطبعة 01، دار التل للطباعة الجزائر، 2018، ص. ص. (192، 193).

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 414/92، المؤرخ في 14 نوفمبر 1992، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلزم بها الجريدة الرسمية، العدد 82.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- التخصيص القانوني للنفقة، إذ في هذه الحالة لا يكفي وجود الاعتماد المالي، بل لابد على الأمر بالصرف أن يلتزم بوجهة النفقة.
- مراعاة تطابق مبلغ الالتزام للعناصر المبينة في الوثائق المرفقة معه.
- التأكد من وجود التأشيرات والآراء المسبقة التي سلّمتها الجهة الإدارية المختصة لهذا الغرض عندما تكون التأشيرة قد نص عليها التنظيم الجاري به العمل<sup>1</sup>.
- يقوم المراقب المالي، بعد التأكد من جميع العناصر المذكورة سابقاً، بتتويج رقابته إما بمنحالتأشيرة أو رفضها لانعدام العناصر التي سبق وأن ذكرناها، ورفض التأشيرة قد يكون مؤقت أو نهائي.

قد بينت المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 414/92، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، حالات الرفض المؤقت، وهي كالتالي:

- حالة اقتراح التزام بنفقة، لكنه منسوب بمخالفات التنظيم المعمول به، غير أنه يمكن تصحيحها كمثل عن ذلك، غياب تأشيرة لجنة من لجان الصفقات العمومية، يمكن تدارك هذا الأمر.
- حالة عدم كفاية أو انعدام الوثائق للالتزام بالنفقة.
- حالة نسيان أحد البيانات الهامة في الوثائق المرفقة بالالتزام.
- أما بالنسبة للرفض النهائي، فقد حدد المشرع حالاته في المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 414/92، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، والتي تتمثل، فيما يلي:
- عدم شرعية الالتزام بالنفقة، لعدم مطابقته للقوانين والتنظيمات المعمول بها.
- عدم توافر الاعتماد المالي المفتوح أو عدم توفرها بصورة كافية للالتزام.
- عدم تطبيق ملاحظات والاقتراحات السابقة، والمدونة في الرفض المؤقت من طرف الأمر بالصرف.

وعليه، فإن حالات الرفض النهائي، تعدّ من القواعد الجوهرية، التي لا يمكن للأمر بالصرف تصحيحها، وبالمقابل على المراقب المالي أن يبرر ويعلل رفضه النهائي لمنح التأشيرة حتى لا يكون متعسفاً في اختصاصاته الرقابية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلعيد بلجيلالي، المرجع السابق، ص. ص. (84، 85).

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص. 86.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

يقدم الأمر بالصرف ملفات الالتزام بالنفقة إلى المراقب المالي، لفحصها في أجل 10 أيام من تاريخ استلام المراقب المالي لاستمارة الالتزام بها، ويمكن تمديد هذا الأجل إلى 20 يوما من تاريخ استلام مصالح الرقابة المالية لهذه الاستمارة في حالة الضرورة نظرا لتعقيدها، وإلزامية إجراء دراسة معمقة<sup>1</sup>.

قد سمحت المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 414/92، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، للأمر بالصرف في حالة الرفض المؤقت للتأشيرة من طرف المراقب المالي، أن يتغاضد ذلك تحت مسؤوليته بمقرر مسبب يعلم به الوزير المكلف بالميزانية، ويرسل موضوع التفاوض إلى الوزير المعني أو الوالي المعني<sup>2</sup>.

يتحمل المراقب المالي المسؤولية عن أعماله، سواء نتج عنها إعطاء التأشيرة أو رفضها تحت رقابة السلطة السلمية ورقابة مجلس المحاسبة، وعليه، يمكن للمراقب المالي عند ارتكابه أخطاء، أن يكون عرضة لعقوبات ومتابعات إدارية أو جزائية أو مالية أو جميعها معا<sup>3</sup>. لا تتوقف الرقابة على الصفقات العمومية على رقابة المراقب المالي، بل تمتد إلى رقابة المحاسب العمومي.

### رابعاً: رقابة المحاسب العمومي على الصفقات العمومية

إن رقابة المحاسب العمومي، تندرج في رقابة مدى مشروعية الأمر بالصرف، ولا يتعدى دوره إلى مراقبة مدى ملاءمة ذلك، لأن مراقبة الملاءمة ترجع إلى السلطة الوصية على الأمر بالصرف لهذا نجد أن دوره يتمثل في تنفيذ الميزانية العامة للدولة، عن طريق عملية الدفع بالنسبة للنفقات والتحصيل بالنسبة للإيرادات، والمراقبة عليها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 414/92، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 414/92، المصدر السابق.

<sup>3</sup> النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، (دون طبعة)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر، 2011، ص. 408.

<sup>4</sup> فارس بن رقرق، فاروق سحنون، " دور المحاسب العمومي في الرقابة على الصفقات العمومية في الجزائر"، المجلة الجزائرية للأبحاث الاقتصادية والمالية، المجلد 02، العدد 02، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2019، ص. 102.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

على هذا الأساس، وعلى اعتبار أن الصفقة العمومية تعد صورة من صور الإنفاق العام فإن مجالات رقابة المحاسب العمومي متعددة، وهي رقابة موائية للرقابة التي يمارسها المراقب المالي على الأمر بالصرف<sup>1</sup>.

حسب المادة 36 من القانون رقم 21/90، المتعلق بالمحاسبة العمومية (المعدل والمتمم)<sup>2</sup> فإن المحاسب العمومي قبل قبوله أي نفقة، يتأكد من العناصر التالية، كما يلي:

- مراعاة مدى مطابقة عملية الأمر بالصرف للقوانين والتنظيمات المعمول بهما.
- التأكد من صفة الأمر بالصرف أو المفوض له.
- رقابة شرعية عمليات تصفية النفقات، والتي هي مرحلة إدارية من اختصاص الأمر بالصرف ومن خلالها يتأكد من أداء الخدمة.
- رقابة توفر الاعتمادات، التي على أساسها يتم إبرام الصفقات العمومية.
- رقابة آجال الديون المحددة قانوناً، والتي لم تسقط.
- يراقب مجلس المحاسب العمومي تأشيرات عملية المراقبة المنصوص عليها في القوانين والأنظمة المعمول بها، كتأشيرة المراقب المالي وتأشيرة لجنة الصفقات المختصة.

تتوج رقابة المحاسب العمومي على الصفقات العمومية، إما بقبول صرف مبلغ الصفقة العمومية أو بالرفض، في حالة ما إذا رأى المحاسب العمومي مخالفة ضمن العناصر التي سبق وأن تناولناها، لكن هذه الرقابة غير مطلقة، إذ خول القانون في مثل هذه الحالة الأمر بالصرف، وسيلة تمكنه من تمرير الأمر بالصرف، رغم رفض المحاسب العمومي، وهذا ما يعرف بالتسخير المكتوب<sup>3</sup>.

وعليه، فإذا امتثل المحاسب العمومي لأمر التسخير، فستبرأ ذمته من أية مسؤولية شخصية أو مالية<sup>4</sup>، وقد لا يمتثل المحاسب العمومي لأمر التسخير، في حالة رفضه للصفقة مع تبرير الرفض، والذي يكون استناداً إلى الأسباب التالية:

<sup>1</sup> بلعيد بلجيلالي، المرجع السابق، ص. 88.

<sup>2</sup> القانون رقم 21/90، المؤرخ في 15 أوت 1990، المتعلق بالمحاسبة العمومية (المعدل والمتمم)، الجريدة الرسمية العدد 35.

<sup>3</sup> أنظر المادة 47 من القانون رقم 21/90، المصدر السابق.

<sup>4</sup> بلعيد بلجيلالي، المرجع السابق، ص. 90.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- عدم توفر الاعتمادات المالية المخصصة للنفقة الملتزم بها.
  - غياب إسهاد أداء الخدمة.
  - طابع النفقة غير الإبرائي، بمعنى أن النفقة المقررة في أمر بالدفع لا تبرئ الهيئة الإدارية من الدين الذي هو على عاتقها.
  - انعدام التأشير الخاصة بمراقبة النفقات التي تكون من الجهات المؤهلة<sup>1</sup>.
- أما عن مسؤولية المحاسب العمومي هي من نوع خاص، لأن كل الأخطاء التي تقع تحت إشرافه يكون ملزماً بالتعويض عنها من ماله الخاص<sup>2</sup>، لكون المهمة التي يتولاها صعبة تتعلق بتسيير أموال عمومية تتطلب الحذر والدقة.
- مما سبق، يتضح أن رقابة كل من المراقب المالي والمحاسب العمومي في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، هي رقابة إدارية خارجية قبلية وقائية، تكمن في اكتشاف الأخطاء قبل وقوعها، والقيام بتصحيحها وتداركها قبل فوات الأوان، لكن ما يثير تحفظنا هي فكرة حق التغاضي الممنوح للأمر بالصرف، الذي يحدّ من فعالية رقابة المراقب المالي، ونفس الشيء بالنسبة للأمر بالتسخير فيما يخص المحاسب العمومي، لكون أن المشرع لم يحدد بدقة الحالات التي تسمح للأمر بالصرف في ممارسة هذين الإجراءين.

تخضع الصفقات العمومية إضافة لرقابة المراقب المالي والمحاسب العمومي، إلى رقابة إدارية خارجية بعدية، والتي تمارس من قبل هيئات، وهي المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة.

### الفرع الثاني: الرقابة الإدارية الخارجية البعدية

تمارس الرقابة البعدية الخارجية من قبل هيئات أنشأتها الدولة لهذه الغاية، وهي المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة، وراقبتها تتعلق بتقييم سير العملية، وينتج عنها تقرير يسمح للمصالح المتعاقدة من تدارك الملاحظات في عمليات مستقبلية، كما يمكن أن تنتج عنها متابعات مختلفة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 48 من القانون رقم 21/90 (المرجع السابق)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 45 من القانون رقم 21/90 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.413.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### أولاً: رقابة المفتشية العامة للمالية على الصفقات العمومية

المفتشية العامة للمالية، هي هيئة دائمة للرقابة موضوعة تحت السلطة المباشرة لوزير المالية تقوم بممارسة رقابتها على التسيير المالي والمحاسبي لمصالح الدولة والجماعات الإقليمية والهيئات والأجهزة والمؤسسات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية<sup>1</sup>، وعليه، فإن مختلف الصفقات العمومية التي تبرمها هذه الهيئات تخضع لرقابة المفتشية العامة للمالية.

يتولى القيام بهذه الرقابة مفتشون، لهم حق مراجعة جميع العمليات، التي قام بها المحاسبون العموميون ومحاسبو الهيئات السالف ذكرها، وتتمثل رقابتهم، فيما يلي:

- مراقبة تسيير الصناديق ومراجعة الأموال والقيم والسندات والمواد على اختلاف أنواعها التي يحوزها المسيرين أو المحاسبون.
- طلب تقديم كل وثيقة أو ورقة ثبوتية تكون لازمة لمراجعتها.
- طلب كل المعلومات كتابيا أو شفويا.
- القيام بأي بحث أو تحقيق في عين المكان، بغية مراقبة الأعمال أو المعطيات المبينة في المحاسبة.

- القيام بأي تحقيق في عين المكان، للتأكد من أن أعمال التسيير ذات الأثر المالي، قد تمت محاسبتها على أسس صحيحة وكاملة وإثبات حقيقة الخدمة المنتهية<sup>2</sup>.

يتضح مما سبق، أن المفتشية العامة للمالية، هي هيئة رقابية لاحقة، وتمارس مهام الرقابة والتفتيش في مجال التسيير المالي والمحاسبي.

بعد قيام المفتشون الماليين بعمليات البحث والتفتيش، يحزرون تقرير يسجل فيه تدخلاتهم وملاحظاتهم ومعاينتهم التي جمعوها فيما يخص فعالية تسيير المصلحة أو الهيئة التي قاموا بتفتيشها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> بلعيد بلجيلالي، المرجع السابق، ص.94.

<sup>2</sup> دحو كراش، الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري والفرنسي، النشر الجامعي الجديد، الجزائر 2016، ص.207.

<sup>3</sup> بلعيد بلجيلالي، المرجع السابق، ص.96.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

يحتوي هذا التقرير على اقتراح تدابير، من شأنها تحسين تنظيم المصالح والهيئات موضوع الرقابة وتسييرها ونتائجها، أو تلك المصالح والهيئات التي كانت موضوع تقرير اقتصادي ومالي كما يمكن أن يحتوي كذلك على أي اقتراح من طبيعته أن يحسن الأحكام التشريعية والتنظيمية، التي تطبق عليها ويبلغ هذا التقرير لمسيري المصالح والهيئات المعنية.

كما تقوم المفتشية العامة للمالية، بإعداد تقريراً سنوياً عن حصيلة عملها، وتلخيصاً لمعايناتها والاقتراحات التي تراها، ويقدم للوزير المكلف بالمالية<sup>1</sup>.

مما سبق، نلاحظ أن المفتشية العامة للمالية، لها دور رقابي فقط، كما أنها تقوم بإبداء اقتراحات وتبليغها للسلطة السلمية أو الوصية، وهذا ما ينقص من فعالية دورها كهيئة رقابة.

### ثانياً: رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية

تناول المشرع مجلس المحاسبة بموجب المادة 170 من دستور 1996، والتي جاء فيها أن مجلس المحاسبة هو هيئة دستورية عليا، مكلفة بالمراقبة البعدية لأموال الدولة، والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، وهو ما يجعل الصفقات العمومية تخضع لرقابة مجلس المحاسبة<sup>2</sup>.

في إطار تعزيز الشفافية في إدارة الأموال العمومية، تم تحديث أجهزة الرقابة، من خلال تعديل الإطار التشريعي والتنظيمي الخاص بها، حيث تم توسيع مجال اختصاص مجلس المحاسبة ومهامه وعلى هذا الأساس تم تعديل الأمر رقم 20/95، المتعلق بمجلس المحاسبة بالأمر رقم 02/10<sup>3</sup>. يتمتع مجلس المحاسبة باختصاصات إدارية وقضائية، وهي على النحو التالي:

#### - اختصاصات إدارية

يتمتع مجلس المحاسبة بسلطات واسعة في مجال عملية تسيير الأموال العمومية في إطار اختصاصاته الإدارية، وبالتالي على الصفقات العمومية، حيث يقوم مجلس المحاسبة برقابة حسن استعمال الهيئات الخاضعة لرقابته للموارد والأموال والقيم والوسائل المادية العمومية، ويقوم نوعياً

<sup>1</sup> دحو كراش، المرجع السابق، ص. ص. (207، 208).

<sup>2</sup> غزلان فليج، علوية كامل، المرجع السابق، ص. 194.

<sup>3</sup> الأمر رقم 20/95، المؤرخ في 17 جويلية 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية، العدد 39، الصادرة في 23 جويلية 1995، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/10، المؤرخ في 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية العدد 50، الصادرة في 01 سبتمبر 2010.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

تسييرها من حيث الفعالية والاقتصاد، كما أنه يوصي في نهاية تحقيقاته وتحرياته بكل الإجراءات التي يراها ملائمة<sup>1</sup>.

كما يعدّ مجلس المحاسبة تقريراً سنوياً لرئيس الجمهورية، يبيّن فيه كل الملاحظات والمعاينات والتقييمات الرئيسية الناجمة عن أشغال تحرياته، مرفقة بالتوصيات، وينشر هذا التقرير في الجريدة الرسمية للجمهورية، ويرسل مجلس المحاسبة نسخة من هذا التقرير إلى الهيئات التشريعية<sup>2</sup>. إضافة لما سبق، يستشار مجلس المحاسبة في المشاريع التمهيدية للقوانين المتعلقة بضبط الميزانية، وفي مشاريع النصوص القانونية المتعلقة بالمالية العمومية.

كما أن مجلس المحاسبة يقوم بمراجعة حسابات المحاسبين العموميين (رقابة الانضباط) ويصدر أحكاماً بشأنها، حيث أنه يقوم بالتدقيق في صحة العمليات ومدى مطابقتها للأحكام التشريعية والتنظيمية، وبالتالي فهو يقوم برقابة المحاسبين العموميين، الذين يبسطون بدورهم رقابتهم على الصفقات العمومية عند نهاية التدقيقات<sup>3</sup>.

### - اختصاصات قضائية<sup>4</sup>

يقوم مجلس المحاسبة في رقابته للصفقات العمومية، من خلال بعض المخالفات، والتي لها علاقة وطيدة بمجال الصفقات العمومية، ونخص بالذكر ما يلي:

- خرق الأحكام التشريعية أو التنظيمية، المتعلقة بتنفيذ الإيرادات والنفقات، ونركز على عبارة النفقات التي تعتبر الصفقة العمومية صورة من صورها.
- الالتزام بالنفقات دون توفر الصفة أو السلطة أو خرقاً للقواعد المطبقة في مجال الرقابة القبلية.
- تنفيذ عمليات النفقات الخارجية بشكل واضح عن هدف أو مهمة الهيئات العمومية، وهنا تندرج الصفقات العمومية المخالفة للتشريع المعمول به (تبيد الأموال العمومية).

<sup>1</sup> دحو كراش، المرجع السابق، ص. 209.

<sup>2</sup> بلعيد بلجيلالي، المرجع السابق، ص. 103.

<sup>3</sup> أنظر المادتين 47، 75 من الأمر رقم 20/95 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> لمزيد من التفاصيل، راجع:

- بلعيد بلجيلالي، المرجع السابق، ص. 106 وما بعدها.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- العراقيل الصريحة من طرف هيئات الرقابة القبلية أو الرفض غير المؤسس للتأثيرات أو التأشيرات الممنوحة خارج الشروط القانونية.

- الاستعمال التعسفي من قبل الأمرين بالصرف للإجراء القاضي بمطالبة المحاسبين العموميين بدفع النفقات على أسس غير قانونية أو غير تنظيمية<sup>1</sup>.

يعاقب مجلس المحاسبة، كل هذه المخالفات بغرامة يصدرها مجلس المحاسبة في حق مرتكبي هذه المخالفات، بحيث لا يمكن أن يتعدى مبلغ الغرامة المرتب السنوي الإجمالي، الذي يتقاضاه العون المعني عند تاريخ ارتكابه المخالفة.

كما تضاعف هذه الغرامة، في حالة ارتكاب المخالفات لكسب امتياز مالي أو غير مبرر لصالح العون أو لغيره على حساب الدولة أو الهيئة العمومية<sup>2</sup>.

يتضح مما سبق، أن الرقابة البعدية لمجلس المحاسبة على الصفقات العمومية، تسمح بالكشف عن مدى نظامية الحسابات مع تقييم نوعية التسيير، وفي حالة معارضة مخالفات للتشريع والتنظيم المعمول بهما، يتم اتخاذ إجراءات قانونية.

أما على مستوى تفويض المرفق العام، فإن الرقابة البعدية لتفويض المرفق العام، فتكون عن طريق السلطة المفوضة، التي تتابع تنفيذ الاتفاقية، عن طريق المراقبة الميدانية للمرفق العام المفوض وكل الوثائق ذات الصلة، ومن خلال التقارير السداسية التي يعدها المفوض له، استناداً لهذه التقارير، ألزم المشرع السلطة المفوضة بعقد اجتماع واحد على الأقل كل 03 أشهر مع المفوض له لتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة، ومدى احترام مبادئ المرفق العام<sup>3</sup>.

بعد التطرق إلى مختلف أوجه الرقابة الإدارية الممارسة على الصفقات العمومية، وعلى تفويض المرفق العام، إلا أن هذا النوع يبقى أقل فعالية مقارنة بالرقابة القضائية، وهذا ما سنورده تباعاً.

<sup>1</sup> أنظر المادة 88 من الأمر رقم 20/95 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المواد 89، 90، 91 من الأمر رقم 20/95 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادتين 82، 83 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

## المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

إن الصفقات العمومية التي تبرمها الإدارة في الدولة، تشكل أداة لاستعمال الأموال العامة لتحقيق المشاريع وإنجازها، حسب ما خططت له الدولة وعلى نهج قانون المالية المبرمج لكل سنة ولهذا كان لزاما أن تحاط بمختلف أنواع الرقابة، والتي تتجلى في الرقابة الإدارية، الداخلية منها والخارجية، والتي أقرها المشرع من خلال المرسوم الرئاسي رقم 247/15، إلا أن هذه الرقابة تبقى أقل فعالية، مقارنة بالرقابة القضائية، والتي تشكل ضمانا قانونية لحسن تطبيق قانون الصفقات العمومية خاصة في ظل وجود الإدارة كطرف في العلاقة التعاقدية يتمتع بامتيازات السلطة العامة وحماية حقوق أطراف الصفقة العمومية، وحماية المال العام وترشيد نفقاته.

من أجل الإلمام بجوانب الرقابة القضائية، يتطلب الأمر مآالتطرق إلى رقابة القاضي الإداري في مجال الصفقات العمومية (المطلب الأول)، ورقابة القضاء الجزائي (المطلب الثاني) من خلال مكافحة مختلف أنواع الجرائم المتعلقة بالفساد.

## المطلب الأول: رقابة القاضي الإداري في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

يتدخل القضاء الإداري في مجال الصفقات العمومية لاحترام قواعد المنافسة والإشهار، من خلال دعوى الاستعجال أو كما اصطلح عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 بـ "الاستعجال ما قبل التعاقد" (الفرع الأول)، أو من خلال دعوى الإلغاء (الفرع الثاني)، والتي تخص القرارات القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية، أو من خلال دعوى القضاء الكامل.

### الفرع الأول: رقابة قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد

يشكل القضاء الاستعجالي السابق للتعاقد، جزءا مهما في منازعات الصفقات العمومية، وقد ساهم المشرع في تعزيز هذا الأسلوب بتوسيع طرق الطعن الممنوحة للمتريشحين المتضررين من الإخلال من قواعد الإشهار والمنافسة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> حليلة بروك، "دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية"، مجلة المفكر، العدد 11، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سبتمبر 2014، ص 296.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

وعلى هذا الأساس، نصّ المشرع على الاستعجال ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية بموجب المادتين 946 و947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 (المعدل والمتمم)<sup>1</sup> وعلى اعتبار أن المشرع نص على هذا النوع من الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية وبالتالي، فإن مجال تطبيق الاستعجال ما قبل التعاقد، لا يقتصر على الصفقات العمومية، بل يمتد إلى تفويض المرفق العام، لكونه من العقود الإدارية.

### أولاً: تعريف الاستعجال ما قبل التعاقد

يمكن تعريف الاستعجال ما قبل التعاقد في الصفقات العمومية، على أنه: "إجراء قضائي تحفظي وقائي مستعجل، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية-بوجه عام-، وذلك عن طريق إعطاء القاضي الإداري سلطات واسعة تختلف عن تلك الموجودة في القواعد العامة للاستعجال الإداري، بهدف التصدي لأي إخلال بالتزامات العلنية والمنافسة"<sup>2</sup>.

يتضح من التعريف، خصائص الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية والتي تتمثل، فيما يلي:

- دعوى قضائية قبل تعاقدية، بمعنى أنه يتم تحريك هذه الدعوى قبل مرحلة إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، بحيث لها دور وقائي.
- دعوى استعجالية تخول للقاضي جملة من السلطات، سنتناولها لاحقاً، كما أنها تتعلق بالعقود الإدارية والصفقات العمومية.
- الهدف من رفع هذه الدعوى، هو حماية قواعد المنافسة والإشهار، وعدم انتهاكها من قبل الإدارة المتعاقدة.

<sup>1</sup> القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21، المعدل والمتمم بالقانون رقم 13/22، المؤرخ في 12 جويلية 2022، الجريدة الرسمية، العدد 48، الصادرة في 17 جويلية 2022.

<sup>2</sup> سلوى بومقورة، " رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، المنعقد يوم: 20 ماي 2013، جامعة يحيى فارس، المدية، ص. ص. (05، 06).

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- دعوى مستقلة عن أية دعوى موضوعية، عكس دعوى الاستعجال في مادة التسبيق المالي ودعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية، التي يشترط لقبولها أن تتزامن مع رفع دعوى في الموضوع.

**ثانياً: الشروط الخاصة لقبول دعوى القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد**

بالرجوع لأحكام المادتين 946 و 947 من القانون المذكور آنفاً، نلاحظ أن المشرع أجاز لكل من كان له مصلحة في إبرام الصفقة، وقد تضرر نتيجة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، رفع دعوى استعجالية أمام المحكمة الإدارية.

يتبين أن المشرع منح رفع دعوى استعجالية ما قبل التعاقد أمام المحكمة الإدارية، من قبل كل من لهم مصلحة في إبرام العقد، وبالتالي فإنّ الأشخاص المعنيين بذلك هم المتنافسين الذين تم استبعادهم والمترشح المحتمل.

بالنسبة للمتنافس المستبعد، فيشمل كل الأشخاص الذين كانوا مرشحين لنيل الصفقة العمومية أو اتفاقية تفويض المرفق العام، والذين تم رفض عطائهم أو ترشّحهم، رغم إقدامهم على المشاركة في إجراءات الإبرام، ويطلق عليهم صفة الغير المستبعد.

أما بالنسبة للمترشح المحتمل، وهو الذي لم يشارك في إجراءات الإبرام، بسبب راجع لخطأ الإدارة، المتمثل في عدم احترام شكليات الإعلان أو لأن متطلبات طلبات العروض كانت شديدة التقييد<sup>1</sup>.

وعليه، فإذا كان المترشح المستبعد أو المحتمل له مصلحة في استعمال دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد، فإن ذلك غير كاف لإثبات مصلحته، بل يبقى هذا الشرط متوقف على إلحاق الضرر نتيجة الإخلال بقواعد المنافسة والإشهار.

كما أن هذا الحق ممنوح كذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية، إذا كان العقد أبرم أو سيبرم من طرف الجماعات الإقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، وهذا يشكل تناقضاً مع ما جاءت به الفقرة الثالثة من المادة 946 من القانون رقم 09/08، إذ أن بعد إبرام العقد لا مجال للطعن السابق للتعاقد.

<sup>1</sup> بدير يحي، " تحريك مسؤولية الإدارة عن إخلالها بالضوابط القانونية لاختيار المتعاقد معها- حماية الغير لمبدأ المشروعية في المرحلة السابقة على التعاقد-"، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 04، العدد 02، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سبتمبر 2019، ص. ص. (117، 118).

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

يراعي القاضي الاستعجالي كذلك في رفع الدعوى، أن يكون الضرر نتيجة الإخلال بقواعد المنافسة والإشهار، والتي تتجلى كالآتي:

- خرق قواعد الإشهار: كعدم تضمين الإعلان، البيانات التي يفرضها القانون، من تحديد الجهة التي يقدم إليها العرض، تحديد كيفية طلب العروض، مدة تحضيرها، صلاحيتها، تقديم كفالة التعهد، عدم نشر الإعلان في الجريدة الرسمية للمتعاقل العمومي، أو على الأقل في جريدتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، كذلك إلزامية الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة واتفاقية التفويض...، وغيرها من الإجراءات.

- خرق قواعد المنافسة: استخدام إحدى الطريقتين في غير موضعها، أسلوب طلب العروض وأسلوب التراضي، تؤدي إلى خرق التزامات المنافسة، قبول بعض العروض رغم فوات الأجل المحدد لتقديمها، اعتماد معايير تمييزية وغير موضوعية، استبعاد المترشحين من دون وجه حق للجوء إلى التفاوض في غير الحالات المحددة له أثناء تقييم العروض.

يتضح مما سبق، أن المشرع لم يشترط شرط الاستعجال لقبول رفع دعوى استعجالية ما قبل التعاقد، كما هو الحال عليه في الدعوى الاستعجالية، إذ اكتفى المشرع فقط بشرط المصلحة، وأن يكون الضرر نتيجة إخلال بقواعد الإشهار والمنافسة.

### ثالثاً: سلطات القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية

إن مهمة القاضي الإداري الاستعجالي هي مراقبة مدى احترام الإدارة لالتزاماتها، التي تتعلق بالمنافسة أو الإشهار، فلماذا نجد أن المشرع منح للمحكمة الإدارية في إطار سلطة الاستعجال (القاضي الإداري الاستعجالي)، جملة من الصلاحيات، والتي تتمثل، فيما يلي:

1. توجيه أوامر للإدارة من أجل الامتثال لالتزاماتها، فيما يخص المنافسة والشفافية في إبرام الصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام، مع تحديد الأجل الذي وجب عليها فيه الامتثال<sup>1</sup> كأن يأمرها بإعادة نشر الإعلان، إذا كان النشر الأول لم يستوف شروطه القانونية أو أن يأمرها بتكليف إجراءات

<sup>1</sup> نصت المادة 03/946 من القانون رقم 09/08، على أن: "... وللمحكمة الإدارية أمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحدد أجلاً لذلك..."، المصدر السابق.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

العقد مع مقتضيات المنافسة وفقا للقانون، مما يجعل القاضي الاستعجالي، يسلط الضوء على جوهر الحق، وهذا يعد خروجاً عن طبيعة القضاء الاستعجالي، والمتمثلة في عدم المساس بأصل الحق.

2. يمكنه كذلك أن يأمر الإدارة المتسببة بهذا الإخلال، بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية إتمام الإجراءات، ولمدة لا تتجاوز 20 يوماً<sup>1</sup>، حيث يعد هذا التأجيل بمثابة وسيلة ضغط على الإدارة لحملها على تنفيذ التزاماتها.

3. يمكن القاضي الإداري الاستعجالي أن يحكم على الإدارة بغرامة تهديدية، تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد في الأمر السابق، نتيجة لعدم امتثال الطرف المخل بالتزامات الشفافية أو المنافسة خلال الأجل الذي حدده قاضي الاستعجال.

وعليه، فالغرامة التهديدية، وسيلة قانونية أقرها المشرع صراحة في نصوص المواد من 980 إلى 986 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، وقد استقر الفقه والقضاء في الجزائر، على أنها: "مبلغ مالي يوقعه القاضي الإداري على المدين الممتنع عن تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه، بمقتضى سند تنفيذي، بناء على طلب الدائن"<sup>2</sup>.

إضافة إلى ذلك، فالغرامة التهديدية، تعني كذلك: "تهديد مالي هدفه الضغط على الطرف الممتنع أو المماطل في تنفيذ التزامه بأداء مبلغ مالي عن كل فترة زمنية في تأخير تنفيذ الالتزام وهو ما يمكن أن يحمله على الالتزام بقواعد العلنية والمنافسة"<sup>3</sup>.

إذ أن المشرع منح للقاضي الإداري الاستعجالي سلطة تقديرية في فرض الغرامة التهديدية أو عدم فرضها في حالة انقضاء الأجل المحدد لها دون امتثالها إلى تنفيذ التزاماتها.

<sup>1</sup> نصت المادة 946 / 05 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، على أن: " ... وبمجرد إخبارها يمكن لها الأمر بتأجيل إمضاء العقد حتى نهاية الإجراءات، ولمدة لا تتجاوز العشرين يوماً"، المصدر السابق.

<sup>2</sup> خديجة قاسمي، نبيل صالح عرباوي، " دور القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 02، المركز الجامعي صالح أحمد، النعامة، جوان 2018، ص. 325.

<sup>3</sup> محمد فقير، " رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن-آلية وقائية لحماية المال العام-"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، المنعقد يومي: 20، 21 ماي 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، ص. ص. (15، 16).

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### الفرع الثاني: رقابة قضاء الإلغاء في مجال الصفقات العمومية

يعد قضاء الإلغاء، هو القضاء الذي يخوّل للقاضي سلطة الحكم بإلغاء قرار إداري معيب بعبء عدم المشروعية الداخلية أو الخارجية، من خلال رفع دعوى الإلغاء، والتي تهدف إلى حماية مبدأ المشروعية، حيث يحقّ للأفراد وللأشخاص المعنوية العامة الطعن في القرارات الإدارية غير المشروعة.

ولهذا، سنتناول الاختصاص في مجال دعوى الإلغاء (أولاً)، ونطاق دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية (ثانياً).

#### أولاً: الاختصاص في دعوى الإلغاء

إن الاختصاص بالنظر في دعوى الإلغاء، يؤول إلى المحاكم الإدارية، والمحاكم الإدارية الاستئنافية ومجلس الدولة، وهذا ما سنورده تباعاً.

#### 1. اختصاص المحاكم الإدارية

حسب نص المادة 800 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، نص المشرع على أن المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، باستثناء المنازعات الموكلة لجهات قضائية أخرى، يعني أن المشرع استبعد اختصاص المحاكم الإدارية في بعض المنازعات ودون تحديد وحصر هذه المنازعات، وما يفهم من الاستثناء هو أن المشرع ترك الفصل في هذه المنازعات لاختصاص المحاكم الإدارية الاستئنافية.

كما تختص المحاكم الإدارية حسب المادة 02/800 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف، في المنازعات التي تكون طرفاً فيها الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

حيث أن المشرع تم إدراج الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية، في نص المادة 02/800 من القانون رقم 09/08، بموجب التعديل الأخير رقم 13/22، المعدل والمتمم للقانون رقم 09/08.

كما تختص المحاكم الإدارية كذلك، في دعاوى إلغاء القرارات الصادرة عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، البلدية، المنظمات المهنية الجهوية المؤسسات العمومية

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

المحلية ذات الصبغة الإدارية، حيث أن المشرع أدرج كذلك في نص المادة 801 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المنظمات المهنية الجهوية، لكن لا ندرى لماذا المشرع ذكر المنظمات المهنية الوطنية في المادة 02/800 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، ثم يدرج المنظمات المهنية الجهوية في المادة 801 منه، على الرغم من أن منازعاتهما من اختصاص المحاكم الإدارية؟ لذا كان من الصواب للمشرع ذكرهما معا في إحدى المادتين السابقتين.

### 2. اختصاص المحاكم الإدارية الاستئنافية<sup>1</sup>

استكمالا لمبدأ التقاضي على الدرجتين، نص المشرع على الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية للاستئناف، من خلال تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08، بموجب القانون رقم 13/22، وقد تم إنشاؤها بموجب القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي رقم 10/22<sup>2</sup>. حسب المادة 900 مكرر من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، تختص المحكمة الإدارية للاستئناف بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية، كما تختص كذلك بالفصل في القضايا المخوّلة لها بموجب نصوص خاصة، وهذا تطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين. كما تختص المحكمة الإدارية للاستئناف بالجزائر، في الفصل كدرجة أولى في دعاوى إلغاء وتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية<sup>3</sup>، وهذا يشكل اختصاص استثنائي للمحكمة الإدارية للاستئناف للجزائر.

هذه الاختصاصات كانت سابقا من ضمن اختصاصات مجلس الدولة كأول وآخر درجة وتم إسنادها إلى المحاكم الإدارية للاستئناف، بموجب القانون رقم 13/22، (يعدل ويتم القانون رقم

<sup>1</sup> تتشكل المحكمة الإدارية للاستئناف حسب المادة 900 مكرر 05 من القانون رقم 13/22، يعدل ويتم القانون رقم 09/08، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، من: 03 قضاة على الأقل، من بينهم رئيس ومساعدين برتبة مستشار، وتفضل بتشكيلة جماعية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وما يلاحظ على هذه التشكيلة هي نفس تشكيلة المحكمة الإدارية، فقط الاختلاف في رتبة مساعدي المحكمة الإدارية، حيث أن المشرع لم يشترط فيهم صفة مستشار.

<sup>2</sup> أنظر المادة 04 من القانون العضوي رقم 10/22، المؤرخ في 09 جوان 2022، يتعلق بالتنظيم القضائي، الجريدة الرسمية، العدد 41، الصادرة في 16 جوان 2022.

<sup>3</sup> أنظر المادة 900 مكرر 03 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- 09/08)، وبالتالي أعيد لمجلس الدولة ممارسة وظيفته الدستورية، وعليه، فإن القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية للاستئناف بالجزائر ابتدائياً، تكون قابلة للطعن فيها بالنقض أمام مجلس الدولة.
- أما فيما يخص الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية للاستئناف<sup>1</sup>، فأشار إليه المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 435/22، المحدد لدوائر الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية<sup>2</sup>، حيث حددها المشرع على النحو الآتي ذكره في الملحق 01:
6. المحكمة الإدارية للاستئناف للجزائر، يمتد اختصاصها الإقليمي للمحاكم الإدارية لكل من الجزائر البلدية، البويرة، تيزي وزو، الجلفة، المدية، المسيلة، بومرداس، تيبازة، عين الدفلى.
7. المحكمة الإدارية للاستئناف لوهران، يمتد اختصاصها الإقليمي للمحاكم الإدارية لكل من وهران تلمسان، تيارت، سعيدة، سيدي بلعباس، مستغانم، معسكر، البيض، تيسمسيلت، عين تموشنت غليزان الشلف.
8. المحكمة الإدارية للاستئناف لقسنطينة، يمتد اختصاصها الإقليمي للمحاكم الإدارية لكل من قسنطينة، أم البواقي، باتنة، جيجل، سطيف، سكيكدة، عنابة، قالمة، برج بوعرييج، الطارف، سوق أهراس، ميله، تبسة، خنشلة.
9. المحكمة الإدارية للاستئناف لورقلة، يمتد اختصاصها الإقليمي للمحاكم الإدارية لكل من ورقلة غرداية، الأغواط، الوادي، بسكرة، أولاد جلال، إليزي، تقرت، جانت، المغير والمنيعه.
10. المحكمة الإدارية للاستئناف لتمنراست، يمتد اختصاصها الإقليمي للمحاكم الإدارية لكل من تمنراست، عين صالح، عين قزام.

<sup>1</sup> لم يحدد المشرع الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية للاستئناف في القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، بل اقتصر فقط على الاختصاص النوعي، ولم يحيلنا إلى تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين: 37، 38 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، على غرار المحاكم الإدارية.

أما بالنسبة لإجراءات رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية للاستئناف، فقد أحالنا المشرع إلى تطبيق الأحكام الواردة في المواد من 815 إلى 828 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، بمعنى أن نفس الإجراءات التي تطبق على المحكمة الإدارية تطبق كذلك أمام المحكمة الإدارية للاستئناف. أنظر: المادة 900 مكرر 1 من القانون رقم 13/22، المصدر السابق.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 435/22، المؤرخ في 11 ديسمبر 2022، يحدد دوائر الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 84، الصادرة في 14 ديسمبر 2022.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

11. المحكمة الإدارية للاستئناف لبشار، يمتد اختصاصها الإقليمي للمحاكم الإدارية لكل من بشار أدرار، تندوف، النعامة، تيميمون، برج باجي مختار، بني عباس.

يتضح من الاختصاص الإقليمي تغطيته لدوائر اختصاص واسعة من التراب الوطني، فعلى سبيل المثال، المحكمة الإدارية للاستئناف لولاية قسنطينة، تمتد دائرة اختصاصها الإقليمي لـ 15 محكمة إدارية.

### 3. اختصاصات مجلس الدولة

لقد طرأ على تنظيم مجلس الدولة العديد من التعديلات، كان آخرها القانون العضوي رقم 11/22، المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 01/98، المتعلق بتنظيم مجلس الدولة وسيره واختصاصاته<sup>1</sup>.

وعليه، فإنه وفقاً لآخر تعديل، يختص مجلس الدولة بالفصل في الطعون بالنقض في الأحكام والقرارات الصادرة نهائياً عن الجهات القضائية الإدارية، كما يختص كذلك بالفصل في الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة<sup>2</sup>، وبالتالي أصبح مجلس الدولة جهة نقض وجهة مقومة لأعمال الجهات القضائية، والذي يعد الاختصاص الأصيل لمجلس الدولة (تقابلها المادة 901 من القانون رقم 13/22، يعدل القانون رقم 09/08).

كما يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية للاستئناف لمدينة الجزائر في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية<sup>3</sup> (تقابلها المادة 902 من القانون رقم 13/22 يعدل القانون رقم 09/08).

<sup>1</sup> القانون العضوي رقم 01/98، المؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة، الجريدة الرسمية العدد 37، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 13/11، المؤرخ في 26 جويلية 2001، الجريدة الرسمية، العدد 43 الصادرة في 03 أوت 2001، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 11/22، المؤرخ في 09 جوان 2022، الجريدة الرسمية، العدد 41، الصادرة في 16 جوان 2022.

<sup>2</sup> أنظر المادة 09 من القانون العضوي رقم 11/22، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 10 من القانون العضوي رقم 11/22، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

إضافة لما سبق، يختص مجلس الدولة بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة<sup>1</sup> (تقابلها المادة 903 من القانون رقم 13/22، يعدل القانون رقم 09/08). بعد تطرقنا للاختصاص في دعوى الإلغاء، من خلال اختصاص كل من المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية للاستئناف ومجلس الدولة، سنتناول نطاق رقابة الإلغاء في مجال الصفقات العمومية.

### ثانيا: نطاق دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية

تعد الصفقات العمومية عمل إداري تعاقدى بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، مما يجعلها بعيدة عن رقابة قضاء الإلغاء، لكون هذا الأخير يرتبط بالفصل في إلغاء القرارات الإدارية ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي، ابتدع نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، والتي تسمح للقاضي الإداري بفحص مشروعية القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة قبل وأثناء عملية إبرام وتنفيذ الصفقة<sup>2</sup>.

#### 1. تعريف القرارات الإدارية المنفصلة

عرّف جورج شفيق، القرارات الإدارية المنفصلة، على أنها: "عبارة عن تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها أو السلطات العامة، بصفة عامة في إطار عملية مركبة، مع إمكان تجنب هذه التصرفات، لتمثل على حدى قرارات قائمة بذاتها، وصالحة لترتيب أثر قانوني معين كتصرف قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته، دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية ودون أن يؤثر على كيان العملية ذاتها، أو يعطل أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها، أي النتائج القانونية التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 11 من القانون العضوي رقم 11/22، المصدر السابق.

<sup>2</sup> شوقي يعيش تمام، أحمد أسعد توفيق زيد، "الرقابة القضائية على الصفقات العمومية-رقابة القاضي الإداري واختصاص القاضي الجزائي في مجال الصفقات العمومية"، أوراق المؤتمر العلمي الوطني - قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام-، المنعقد بجامعة البلديّة 02، يومي: 23 24 ماي 2017، الجزء الأول، الطبعة 01، دار التل للطباعة، الجزائر، 2018، ص.168.

<sup>3</sup> حبيبة عتيق، القرارات الإدارية المنفصلة-دراسة نظرية تطبيقية-، أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2018/2019، ص.52.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

كما عرّفها الأستاذ سليمان محمد الطماوي، على أنها: "هي التي تقوم الإدارة بإصدارها وهي في سبيلها للتعاقد، تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه، وهذه القرارات ليست بغاية في ذاتها، ولكنها تندمج في عملية التعاقد"<sup>1</sup>.

أما الأستاذ عمار عوابدي، فقد عرّف القرارات الإدارية المنفصلة، على أنها: "هي القرارات التي لا تصدر قائمة بذاتها، ومستقلة عن عمل قانوني آخر، بل تصدر مرتبطة ومصاحبة لأعمال إدارية أخرى، فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لعمل إداري قانوني آخر مرتبطا به"<sup>2</sup>. يتضح من مختلف التعاريف، أنها تشترك كلها في أن القرارات الإدارية المنفصلة، تكون مرتبطة بعملية قانونية مركّبة، أي أنها تكون جزء من هذه العملية، ويمكن فصل هذه القرارات عن العملية المركبة دون أن يؤثر عليها.

وعليه، يمكن تعريف القرارات الإدارية المنفصلة، على أنها: "عبارة عن سلسلة من القرارات الإدارية تصدرها الإدارة بمناسبة عملية قانونية مركبة (الصفقة)، وتساهم في تكوينها ويمكن فصلها عن هذه العملية دون التأثير عليها، وهي قابلة للطعن فيها".

### 2. حالات إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقات العمومية

يملك القاضي الإداري اختصاص إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة عن المصلحة المتعاقدة قبل وأثناء، وحتى بعد إبرام الصفقة العمومية، على أساس أنها سلسلة من القرارات التي تساهم في إتمام الصفقة العمومية في كل مراحلها (لأن الصفقة العمومية من العقود المركبة، فهي عبارة عن سلسلة من القرارات الإدارية المنفصلة)، وتتمثل هذه القرارات فيما يلي:

- الطعن بالإلغاء ضد قرار الحرمان من دخول صفقة عمومية، يمكن للمعني بالقرار أن يطعن في القرار بدعوى الإلغاء، إذا كان الحرمان مبني على نص قانوني أو أثبت إلغاء النص أو تعديله.

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، مصر، 2005 ص.208.

<sup>2</sup> عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، (دون طبعة)، دار هومة، الجزائر، 2004، ص. 93.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

يقصد بالحرمان من دخول الصفقة، المنع أو الحظر القانوني من المشاركة فيها لأسباب يحددها القانون، كالمصلحة العامة أو عدم الوفاء بالواجبات الجبائية، وهو ما يطلق عليه المشرع بالإقصاء<sup>1</sup>.

-**الطعن بالإلغاء ضد قرار الاستبعاد من الصفقة بدون وجه حق**، وهو قرار تصدره جهة الإدارة بشأن العطاء ذاته، الذي يقدّم في المناقصة، وليس بشأن صاحبه نتيجة مخالفة القوانين أو اللوائح أو المواصفات<sup>2</sup>.

مثال ذلك المداولة التي تصدر عن المجلس الشعبي البلدي، التي تسمح لرئيسه بإمضاء الصفقة مع مؤسسة معينة، واستبعاد المؤسسات الأخرى، ففي هذه الحالة يمكن للمؤسسات المستبعدة الطعن فيها بالإلغاء<sup>3</sup>.

كذلك إذا تبين أن العرض المقبول، يمكن أن يؤدي إلى هيمنة على السوق أو اختلال في المنافسة، أو إذا اتضح أن العرض المقبول، يمكن أن يؤدي إلى هيمنة على السوق أو إذا اتضح أن العرض المالي المختار منخفض بشكل غير عادي<sup>4</sup>.

وعليه، فإنه على الرغم من أن المشرع منح للإدارة بموجب سلطتها التقديرية في استبعاد بعض العروض المقدمة في الصفقة، إلا أنه إذا تعسفت الإدارة في استعمال هذا الحق، جاز للمتعاقد رفع دعوى استعجالية.

- **الطعن في قرار إلغاء الصفقة العمومية**، قد تصدر الإدارة قرارا بإلغاء الصفقة العمومية، عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، أو في حالة إعلان عدم الجدوى<sup>5</sup>.

- **الطعن في قرار المنح المؤقت**، باعتباره قرار إداري منفصل، أي يمكن فصله عن العملية التعاقدية الهدف منه الإعلان عن رسوّ الصفقة العمومية على متعاقد، قدّم أحسن عرض مالي وتقني

<sup>1</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.150.

<sup>2</sup> مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المناقصة العامة والإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري-دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018، ص.159.

<sup>3</sup> محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص.83.

<sup>4</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.151.

<sup>5</sup> أنظر المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.



## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

مبدئياً<sup>1</sup>، ومادام أن قرار المنح المؤقت قراراً إدارياً، فالعيوب التي تشوبه، هي تلك التي تشوب القرار الإداري بصفة عامة.

بالرجوع إلى قرار مجلس الدولة، في قضية ولاية بومرداس (ممثلة من قبل الوالي)، ضد الشركة (ذ.م.م)، نجده أنه قضى: " بأن النزاعات المترتبة عن الصفقة العمومية، هي من اختصاص القضاء الكامل، ولا علاقة لها بدعوى الإلغاء للقرارات الإدارية، أو تفسيرها أو فحص المشروعية لأن قرار إلغاء المنح المؤقت ليس قراراً إدارياً بمفهومه التقليدي، والذي يخضع لدعوى الإلغاء كما أن الإدارة لها حق إلغاء المنح المؤقت أو النهائي، لأن ذلك يدخل في حرية التعاقد للإدارة، ولا علاقة له بمبدأ المشروعية، ويبقى للمتعاقد المتعاقد مع الإدارة، سوى المطالبة بالتعويض"<sup>2</sup>.

- **الطعن في القرارات المنفصلة في مرحلة تنفيذ الصفقة**، من بين القرارات المنفصلة التي تصدرها المصلحة المتعاقدة خلال مرحلة تنفيذ الصفقة، هو قرار الفسخ بإرادتها المنفردة.

لكن بالرجوع إلى قرار مجلس الدولة، نجده يتتأق مع فكرة قابلية الطعن بالإلغاء في قرار الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة، حيث قضى: " مجلس الدولة في قضية والي ولاية بسكرة ضد مؤسسة أشغال البناء (ب. ع)، بتأييد الحكم المستأنف القاضي برفض طلب إلغاء فسخ صفقة عمومية، واستند في ذلك مجلس الدولة، إلى أن قرار فسخ صفقة عمومية امتيازاً ممنوحاً للإدارة وهو غير قابل للطعن فيه بدعوى الإلغاء"<sup>3</sup>.

إضافة إلى قرارات الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة، نجد كذلك القرارات المتعلقة بالعقوبات المالية، القرارات المتعلقة بكفالة حسن التنفيذ، الذي يقدمها المتعاقد المتعاقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> إيمان بعلي، " القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية في التشريع الجزائري - قرار المنح المؤقت نموذجاً - مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة محمد بوضياف، المسيلة جوان 2021 ص. 1640.

<sup>2</sup> أنظر: القرار رقم 078670، المؤرخ في 06/02/2014، قضية ولاية بومرداس ضد الشركة ذ.م.م " فودميد"، مجلة مجلس الدولة، العدد 13، 2015، ص. 84.

<sup>3</sup> أنظر: القرار رقم 137243، المؤرخ في 07 فيفري 2019، قضية: والي ولاية بسكرة ضد مؤسسة أشغال البناء (ب. ع)، مجلة مجلس الدولة، العدد 17، 2019، ص. 23.

<sup>4</sup> شوقي يعيش تمام، أحمد أسعد توفيق زيد، المرجع السابق، ص. ص. (169، 170).

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

يتضح مما سبق، أن موقف المشرع الجزائري وموقف القضاء الإداري (مجلس الدولة) متباين وغير واضح، في مسألة مدى قابلية الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة، على خلاف مجلس الدولة الفرنسي، والذي كرس فيما يخص هذه القرارات الصادرة أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري قاعدة عامة، مفادها عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد هذه الطائفة من القرارات الإدارية وإن كان هذا لا يمنع من وضع استثناءات على هذه القاعدة العامة.

لهذا، وحسب القاعدة العامة، يمكن إجمال القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري غير قابلة للطعن فيها بالإلغاء، فيما يلي:

- القرارات الإدارية المتضمنة تعديل العقد الإداري.
- القرارات الإدارية المتضمنة رفض تعديل العقد الإداري.
- القرارات الإدارية الماسة بالحقوق الناجمة عن العقد الإداري.
- القرارات الإدارية المتضمنة فسخ العقد الإداري.
- القرارات الإدارية الصادرة من سلطة الوصاية أو الحلول في مرحلة تنفيذ العقد الإداري.
- القرارات المتضمنة توقيع الجزاءات على المتعاقد<sup>1</sup>.

أما فيما يخص الاستثناءات التي أوردها مجلس الدولة الفرنسي على القاعدة العامة، وهي إمكانية الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة في مرحلة التنفيذ، فقد قسمها إلى قسمين، القسم الأول، يتعلق بالاستثناءات الخاصة بالمتعاقد، والقسم الثاني، يتعلق بالاستثناءات الخاصة بالغير.

### ● الاستثناءات الخاصة بالمتعاقد، تتعلق بـ:

- القرارات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة، حيث أن الإدارة إذا استندت عند إصدارها لهذه القرارات إلى سلطتها العامة، والتي تستمدّها من القوانين والتنظيمات، ففي هذه الحالة يمكن للمتعاقد رفع دعوى إلغاء ضد هذه القرارات، لكونها تعتبر قرارات إدارية منفصلة عن العقد

<sup>1</sup> وسيلة نقيب، عصام حوادق، " مدى قبول الطعن بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري في مرحلة تنفيذه"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 07، العدد 01، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، جوان 2022، ص. ص. (1210، 1211).

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

الإداري، وبالتالي يختص بنظرها قاضي الإلغاء، وبمفهوم المخالفة، إذا أصدرت الإدارة قرارات إدارية تنفيذًا لنصوص العقد، ففي هذه الحالة، لا يعتبر هذا القرار الإداري منفصلاً عن العقد الإداري، وعليه فإن الطعن ضد هذه القرارات يعود لاختصاص قاضي العقد<sup>1</sup>.

- القرارات الإدارية الصادرة عن سلطة الوصاية في غير حالة الحلول، مثال ذلك، قرارات الترخيص والتصديق على الإجراءات التي تقوم بها الإدارة المتعاقدة، وترتبط بتنفيذ العقد الإداري.

### • الاستثناءات الخاصة بالغير، تتعلق بـ:

- القرارات الصادرة عن الإدارة بصفقتها سلطة عامة، يجوز للغير رفع دعوى بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة، الصادرة عن الإدارة بصفقتها سلطة عامة.

- القرارات الإدارية المستندة إلى الشروط التنظيمية في العقد الإداري، يجوز للغير الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة عن الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، والتي تستند إلى الشروط التنظيمية، ويتجلى ذلك في عقد امتياز تسيير المرافق العامة، إذ أنه ينشئ حقوقاً للمنتفعين بخدمات المرفق العام اتجاه صاحب الامتياز واتجاه الإدارة المتعاقدة.

- القرارات الإدارية المتضمنة رفض فسخ العقد الإداري، يحق للغير في تقديم طعن بالإلغاء ضد قرار فسخ العقد الإداري<sup>2</sup>.

مما سبق، فعلى الرغم من تمتع الإدارة بامتيازات وصلاحيات وهي بصدد إبرام الصفقة إلا أن حريتها في ممارسة تلك الامتيازات نسبية، إذ يجب عليها اتباع الأحكام المقررة في قانون المنافسة، من خلال خلق جو تنافسي بين المتنافسين، وحظر كل الممارسات المقيدة للمنافسة والامتنال لقواعد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، للحفاظ على المال العام بالدرجة الأولى، وحسن تنفيذ الصفقة، طبقاً لما تم الاتفاق عليه في دفتر الشروط.

بعد تناولنا للطابع الوقائي من خلال رقابة القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد، والطابع العلاجي من خلال رقابة القضاء الإداري، سنتناول رقابة القضاء الجزائي، كجهة ردعية، في حالة ما إذا نتج عن المخالفات التي قام بها مرتكبها جريمة بمجرد توافر أركانها.

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص.218.

<sup>2</sup> وسيلة نقيب، عصام حوادي، المرجع السابق، ص. ص. (1214، 1215).

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### المطلب الثاني: رقابة القاضي الجزائي على الصفقات العمومية

نظرا للأهمية التي يوليها المشرع للصفقات العمومية، قام بتجريم العديد من الأفعال المرتبطة بإبرام أو تنفيذ الصفقة العمومية بموجب القانون رقم 01/06، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (المعدل والمتمم)<sup>1</sup>، لإضفاء الشفافية والنزاهة في تسيير القطاع العام، لضمان حماية المال العام وترشيده ومنع تبديده، وكذلك تحديد عقوبات مختلفة لمرتكبيها.

في إطار مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية، ودون الإخلال بالمتابعات الجزائية سعمالمرشع كذلك في المواد من 88 إلى 94 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، إلى اتخاذ تدابير ردية، لاسيما ما يتعلق بالفسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق، بالإضافة إلى تسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.

بالرجوع إلى الأمر رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، المذكور سابقا، نجد أن الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية تأخذ ثلاث صور، وهي:

- جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية "جنحة المحاباة".
- جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.
- جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية.

### الفرع الأول: جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية "جنحة المحاباة"

هذا الفعل منصوص ومعاقب عليه في المادة 01/26 من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه المعدلة بموجب القانون رقم 15/11<sup>2</sup>، والتي بموجبها يعاقب كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتياز غير مبررا، عند إبرام أو تأشير عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

### أولا: أركان جريمة المحاباة

حدد المشرع أركان جريمة المحاباة في صفة الجاني، الركن المادي، الركن المعنوي.

<sup>1</sup> القانون رقم 01/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (المعدل والمتمم)، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.

<sup>2</sup> القانون رقم 15/11، المؤرخ في 02 أوت 2011، يعدل ويتم القانون رقم 01/06، الجريدة الرسمية، العدد 44 الصادرة في 10 أوت 2011.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### 1. صفة الجاني

حددت المادة 02 من القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، صفة الجاني في الموظف العمومي، حيث اعتمدت على تصنيف الموظف إلى أربع فئات، هي كالاتي:

- الفئة الأولى: تشمل الأشخاص ذوي المناصب التنفيذية والإدارية والقضائية.
- الفئة الثانية: تشمل الأشخاص ذوي الوكالة النيابية.
- الفئة الثالثة: تشمل الأشخاص الذين يتولون وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو في مؤسسة عمومية أو ذات رأس مال مختلط.
- الفئة الرابعة: الأشخاص المعتبرون في حكم الموظف.

عرّف المشرع الموظف العمومي في الأمر رقم 03/06، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، على أنه: "يعتبر موظفا كل عون عيّن في وظيفة عمومية دائمة ورسم في السلم الإداري"<sup>1</sup>. وعليه، فإن تعريف الموظف العمومي في القانون الأساسي للوظيفة العمومية، جاء غير موسّع مقارنة بتصنيفات الموظف التي حدّدها المشرع في القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، حيث يركز على ممارسته للوظيفة بصفة دائمة غير مؤقتة، وأن يكون قد التحق بخدمة المرفق العام وفقا للقواعد المنظمة للوظيفة العامة، بعدما استوفى كل شروط التعيين.

### 2. الركن المادي لجريمة المحاباة في الصفقة العمومية

بالرجوع لنص المادة 01/26 من القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، فإن الأفعال المشكّلة لجنحة المحاباة، تتمثل أساسا في ثلاثة عناصر، هي كالاتي:

**الامتياز غير المبرر الممنوح للغير:** يتحقق هذا الامتياز عندما يستفيد أحد المرشحين من صفقة دون المرور على إجراء الوضع في المنافسة مخالفة للتشريع والتنظيم، أو يتحصل المرشح على معلومة امتيازية، لاسيما فيما يتعلق بمضمون العملية أو تكلفتها أو عدد المنافسين أو صفاتهم أو مؤهلاتهم<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الأمر رقم 03/06، المؤرخ في 15 جويلية 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 46.

<sup>2</sup> شوقي يعيش تمام، أحمد أسعد توفيق زيد، المرجع السابق، ص.174.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

كما أشار المشرع إلى هذه المسألة، حيث أنه لا يمكن لصاحب صفقة عمومية، اطلع على بعض المعلومات التي يمكن أن تمنحه امتيازاً عند المشاركة في صفقة عمومية أخرى، أن يشارك فيها باستثناء إذا أثبت أن المعلومات التي بحوزته لا تخل بمبدأ حرية المنافسة، كما يجب على المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة، أن تتأكد وأن تثبت أن المعلومات المبلّغة في دفتر الشروط لا تخل بمبدأ حرية المساواة بين المترشحين<sup>1</sup>.

- مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بجرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات: ويقصد بها القوانين المنظمة لمجال الصفقات العمومية، سواء الأحكام التشريعية أو التنظيمية فقط، دون سواها من الأنظمة التي تصدرها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية<sup>2</sup>.

تشمل مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية في مجال الصفقات العمومية، العديد من الجوانب نظراً للإجراءات العديدة والمعقدة التي تمر بها عملية إبرام الصفقة، ولهذا سنقدم بعض الصور عن هذه المخالفات:

- مخالفة أحكام الصفقات العمومية قبل الشروع في الاستشارة، يحدث ذلك في حالة اللجوء غير المبرر للشراء بالفواتير، من خلال تجزئة الصفقات العمومية، لتقادي الإجراءات الشكلية التي تتطلبها الصفقة العمومية كأصل عام، لأن كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار 12.000.000 دج أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم وستة ملايين دينار 6.000.000 دج للدراسات أو الخدمات، لا تقتضي وجوباً إبرام صفقة عمومية<sup>3</sup>، وقد تكون تجزئة الصفقة مرتبطة بتحرير فواتير مزورة، تحتوي على بيانات مزورة من حيث المبلغ أو من حيث

<sup>1</sup> أنظر المادة 94 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> بلعيد بلجيلالي، المرجع السابق، ص. 127.

<sup>3</sup> أنظر المادة 01/13 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

التاريخ أو في أداء الخدمة، وذلك من أجل إظهار أن الحد الأقصى للمبلغ الذي يتطلب إجراء طلب العروض لم يتم بلوغه، في حين تكون الخدمة المنجزة فاقت ذلك بكثير<sup>1</sup>.

- مخالفة الأحكام المعمول بها في الصفقات العمومية أثناء فتح العروض، تقوم الجريمة في حال التفاوض مع بعض المترشحين، بعد فتح العروض وحملهم على تعديل عرضهم حتى يكونوا في موضع من يقترح أحسن عرض، من خلال تقديم كشف جديد<sup>2</sup>، لأنه كأصل عام لا يسمح بالتفاوض مع المتعهدين بعد فتح الأطراف وأثناء تقييم العروض لاختيار المتعامل المتعاقد.

- مخالفة الأحكام المتعلقة بالتأشيرة، حيث ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بأن تطلب إجبارياً التأشيرة وتفرض حتى على المراقب المالي والمحاسب العمومي<sup>3</sup>.

لا يكفي لقيام جريمة المحاباة توافر صفة الجاني والركن المادي، بل لابد من توافر الركن المعنوي.

### 3. الركن المعنوي لجريمة المحاباة في الصفقة العمومية

حرص المشرع منذ تجريمه لفعل مخالفة القوانين التشريعية والتنظيمية لإبرام الصفقات العمومية على ضرورة توافر القصد الجنائي العام، المتمثل في العلم والإرادة، على اعتبار أن جنحة المحاباة جريمة عمدية، كما تتوفر على القصد الجنائي الخاص<sup>4</sup>.

يقصد بالقصد العام، هو اتجاه إرادة الجاني إلى مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، مع العلم بأن هذا الفعل مجرم قانوناً.

أما القصد الخاص، فهو إعطاء الموظف امتيازات غير مبررة للغير<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سعدية بوخاري، مصطفى بوشامة، " الجرائم المرتكبة في مجال الصفقات العمومية"، بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: " قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام"، المرجع السابق، ص.148.

<sup>2</sup> زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، (دون طبعة)، دار الذاكرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص. 101.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص.103.

<sup>4</sup> بلعيد بلجيلالي، المرجع السابق، ص. 130

<sup>5</sup> زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص.107.

## ثانيا: العقوبات المقررة لجريمة المحاباة

وضع المشرع لمكافحة هذه الجريمة، جملة من العقوبات الأصلية، التي تشمل الحبس والغرامة المالية، إضافة إلى عقوبات تكميلية.

### 1. العقوبات الأصلية

يقصد بالعقوبات الأصلية، هي تلك التي يجوز الحكم بها دون أن تقترن بها أية عقوبة<sup>1</sup>.

#### 1.1 العقوبة الأصلية المقررة للشخص الطبيعي

بتوافر أركان جنحة المحاباة، فإن المشرع قد أقر عقوبات لقمعها، لكل موظف يمنح عمدا للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، حيث أنه يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات، وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج<sup>2</sup>.

#### 2.1 العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي

أقر المشرع المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الصفقات العمومية، حيث نص على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القانون رقم 15/04، المعدل والمتمم لقانون العقوبات والذي يقضي: "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه، من طرف أجهزته وممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك".

وعليه، استناداً إلى النص المذكور، نجد أنها حصرت مجال المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص.

قرّر المشرع بالنسبة للشخص المعنوي، فرض غرامة كعقوبة أصلية من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص.109.

<sup>2</sup> أنظر المادة 26 من القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 53 من القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.



## 2. العقوبات التكميلية

العقوبات التكميلية، هي تلك العقوبات التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة، وهي إما إجبارية أو اختيارية<sup>1</sup>.

### 1.2 العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي

يمكن للقاضي أن يحكم بعقوبة تكميلية أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من قانون العقوبات، والتي تتمثل في:

- المنع من الإقامة.
- تحديد الإقامة.
- الحرمان من ممارسة الحقوق المدنية والوطنية.
- سحب جواز السفر.
- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط.
- المصادرة.
- الإقصاء من الصفة العمومية<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للعقوبات التكميلية التي نص عليها المشرع في القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وذلك في المادة 51 منه، والتي تتمثل، فيما يلي:

- مصادرة العائدات والأموال غير المشروعة.
- رد الجاني ما اختلسه.
- إبطال العقود والصفقات والبراءات والامتيازات.

### 2.2 العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي

يخضع الشخص العمومي إلى تطبيق العقوبات التكميلية، والمتمثلة، فيما يلي:

<sup>1</sup> زولبخة زوزو، المرجع السابق، ص.111.  
<sup>2</sup> أنظر المادة 09 مكرر من الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات (المعدل والمتمم)، السنة الثالثة، العدد 49، الصادرة في 11 جوان 1966.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- حل الشخص المعنوي.
- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- المنع من مزاوله نشاط أو أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- مصادرة الشيء المرتكب في الجريمة أو نتج عنها.
- الوضع تحت الحراسة القضائية.
- نشر وتعليق حكم الإدانة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، على أنه: "كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم ولو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابعين 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 التموين"<sup>2</sup>.

للإلمام بمفهوم هذه الجريمة، سنتطرق إلى أركان الجريمة (أولا)، والعقوبات المترتبة عليها (ثانيا).

<sup>1</sup> أنظر المادة 18 مكرر من الأمر رقم 156/66 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 02/26 من قانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

أولاً: أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

لتحقق هذه الجريمة، لا بدّ من توافر أركانها، والتي تتمثل في صفة الجاني، الركن المادي الركن المعنوي.

**1. صفة الجاني**

اشتراط المشرع في أن يكون الجاني تاجراً أو صناعياً أو حرفياً أو مقاولاً من القطاع الخاص، أي أن يكون عوناً اقتصادياً من القطاع الخاص، ولا يهّم إن كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً يعمل لحسابه أو لحساب غيره<sup>1</sup>.

**2. الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة**

الركن المادي للجريمة يتعلق بإبرام الجاني عقداً 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 أو تعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين<sup>2</sup>.

وعليه، فإن الركن المادي ينقسم إلى عنصرين:

- **النشاط الإجرامي:** يتمثل في استغلال سلطة أو تأثير أعوان الدولة والهيئات التابعة لها، بمناسبة إبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها، ومن ثم الأمر يتعلق إما برئيس أو مدير الهيئة أو بمسؤول مختص بإبرام الصفقات أو تنفيذ بنودها<sup>3</sup>.

- **الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميين:** يجب أن يستغل التاجر سلطة الأعوان العموميين أو تأثيرهم من أجل:

- الزيادة في الأسعار.

- التعدي في نوعية المواد.

- التعديل في نوعية الخدمات.

<sup>1</sup> أنظر المادة 02/26 من القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص.126.

<sup>3</sup> بلعيد بلجيلالي، المرجع السابق، ص.136.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

- التعديل في آجال التسليم<sup>1</sup>.

3. الركن المعنوي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة يتمثل في توفر القصد الجنائي العام، والمتمثل في علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة وانصراف إرادته لاستغلال هذه النفوذ لفائدته، أما القصد الجنائي الخاص، فيتمثل فيتوافر نية الحصول على امتيازات أو منافع مع العلم أنها غير مبررة.<sup>2</sup>

ثانيا: العقوبات المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة حدد القانون رقم 01/06، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (المعدل والمتمم)، العقوبات المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة، بين عقوبات أصلية وأخرى تكميلية.

### 1. العقوبات الأصلية

يُميّز المشرع بين العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي، وتلك المقررة للشخص المعنوي.

#### 1.1 العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي

يعاقب المشرع على جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة 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، وبصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي، يقوم ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابعين الصناعي والتجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة

<sup>1</sup> لمزيد من التفاصيل راجع:

- بلعيد بلحيلالي، المرجع السابق، ص. ص. (136، 137).

<sup>2</sup> نجية عراب ثاني، " الحماية الجزائية للصفقات العمومية"، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 01، العدد 01 جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، مارس 2016، ص. 165.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين<sup>1</sup>.

### 2.1 العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي

لا يحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالغرامة المالية، حيث نجد أن المشرع قد لجأ لتغليظ الغرامات المالية، وهذا ما قرره المشرع في المادة 51 مكرر من القانون رقم 15/04، المعدل والمتمم للأمر رقم 155/66، المتضمن قانون العقوبات، كعقوبة أصلية، والتي تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، أي غرامة تتراوح ما بين 1.000.000 دج و5.000.000 دج.

### 2. العقوبات التكميلية

إن العقوبات التكميلية المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة، هي ذات العقوبات المقررة لجنحة المحاباة.

من خلال دراسة جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، ونظرا لخطورتها، نجد أن المشرع حرص على وضع تدابير من شأنها مكافحة وردع هذه التصرفات في قانون الصفقات العمومية، خاصة ما تعلق بفسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني، وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، وهذا طبعا دون الإخلال بالمتابعات الجزائية<sup>2</sup>. وعليه، يعاقب القانون الأشخاص المرتكبين لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين بغرض الحصول على امتيازات غير مبررة، بموجب المادة 26 من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه، وتطبق

<sup>1</sup> أنظر المادة 26 من القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> نصت المادة 01/89 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي، بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردعي، لاسيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني، وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية..."، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

على هذه الجريمة نفس الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة، وهذه الأخيرة تطبق عليها كافة الأحكام المطبقة على جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، وهذا ما سنورده تباعا.

### الفرع الثالث: جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية (كما يعبر عنها بجريمة الرشوة)

يدفع ببعض القائمين على الصفقات العمومية من قبض عمولات غير مستحقة من العارضين والمتعهدين أو المتعاملين المتعاقدين، وعلى هذا الأساس وفي مجال الصفقات العمومية تحديدا، لم يتوان قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في تجريم هذه الآفة الخطيرة<sup>1</sup>.

كما أن المشرع، لم يقتصر هذه الجريمة على الصفقات العمومية فقط، بل جاءت نص المادة 27 من القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، عامة ودون تخصيص لنوع معين من العقود التي تيرمها الإدارة، والتي تكون عقود تفويض المرفق العام من بينها.

كباقي الجرائم بصفة عامة، لا تتحقق الجريمة إلا بتوافر أركانها (أولا)، ويترتب عليها في حالة تحققها جملة من العقوبات (ثانيا).

### أولا: أركان جريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية

بما أن الرشوة هي انحراف الموظف عن أداء وظيفته من أجل تحقيق مصلحته الخاصة على حساب المصلحة العامة، وعليه، فإن أول ركن في هذه الجريمة هو صفة الجاني، والركن المادي والركن المعنوي.

#### 1. صفة الجاني في جريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية

حصرت المادة 27 من القانون رقم 01/06، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (المعدل والمتمم) صفة الجاني في الموظف العمومي، حيث يعدّ مفهومه في ظل هذا القانون مفهوما واسعا وشاملا، أو أن يدخل في طائفة معينة، اعتبرها المشرع في حكم الموظفين العموميين، ومن المخولين قانونا إبرام العقود أو الصفقات باسم الدولة أو الهيئات العمومية التابعة لها، حيث يقومون باستغلال الوظيفة من أجل الحصول على المقابل، دون وجه حق<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سهام بن دعاس، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، (دون طبعة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ماي 2019، ص.54.

<sup>2</sup> أنظر المادة 02 من القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## 2. الركن المادي في جريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية

يتحقق الركن المادي في قبض عمولة أو محاولة قبض لنفسه أو لغيره أو أجرة أو فائدة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ عقد أو اتفاقية أو صفقة، أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات الإقليمية أو إحدى الهيئات الخاضعة للقانون العام<sup>1</sup>.

من صور الرشوة في مجال الصفقات العمومية، قيام المؤسسات المرشحة لتنفيذ المشروعات كالمطارات والطرق والجسور والمباني، بدفع رشوة لموظفي الإدارة، التي تشرف على تنفيذ هذه المشروعات، بمبررات تسهيل حصول المؤسسات الخاصة على المشروع المطروح ومحاولة التأثير على المواصفات، والرغبة في الفوز بالمشروع ومحاولة تضخيم الأسعار، أو التوصل من بعض مواصفات الجودة للمشروع قيد التنفيذ، كل ذلك دون وجه حق<sup>2</sup>.

## 3. الركن المعنوي في جريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية

لابد أن تتوافر على القصد الجنائي لقيامها، أي اتجاه إرادة الجاني للحصول على المنفعة أو الفائدة، وهو مدرك تماما بصفته كونه موظفا عاما، وأنه مختص بالعمل الوظيفي، الذي سيعود عليه بالفائدة<sup>3</sup>.

في هذا المجال يستلزم لقيام الركن المعنوي لهذه الجريمة توافر عنصر العلم والإرادة.

**العلم:** يجب أن يعلم الموظف بأن ما يقوم به، هو متاجرة بالوظيفة، كما ينبغي أن ينصب على علم الموظف المرتشي على صفته الخاصة، وكونه موظفا عاما أو ممن في حكمه.

**الإرادة:** لا يكفي توافر العلم وحده لقيام جريمة الرشوة، بل لابد أن تتجه إرادة الموظف المرتشي إلى تحقيق السلوك الإجرامي<sup>4</sup>.

## ثانيا: العقوبات المقررة لجريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية

فرق المشرع بين العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، وتلك المقررة للشخص المعنوي.

<sup>1</sup> بلعيد بلجيلالي، المرجع السابق، ص.139.

<sup>2</sup> زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص.170.

<sup>3</sup> شوقي يعيش تمام، أحمد أسعد توفيق زيد، المرجع السابق، ص.176.

<sup>4</sup> زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص.173.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### 1. العقوبات الأصلية

يمكن تقسيم العقوبات الأصلية بين تلك المقررة للشخص الطبيعي، وتلك المقررة للشخص المعنوي.

#### 1.1 العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي

تعاقب المادة 27 من القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، على جريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة، وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أجرة أو منفعة، مهما يكن نوعها، بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات، قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات الاقتصادية.

#### 2.1 العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي

تطبق على الشخص المعنوي بالاستناد إلى المادة 53 من القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، التي تحيلنا إلى المادة 18 مكرر من قانون العقوبات، غرامة تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المقررة للشخص الطبيعي، وبما أن جريمة قبض العمولات في مجال الصفقات العمومية، تأخذ وصف الجنحة، فإن عقوبة الشخص المعنوي فيها تكون الغرامة من 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج.

### 2. العقوبات التكميلية

العقوبات التكميلية لجريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية، هي نفسها التي سبق الإشارة إليها في جنحة المحاباة.

مما سبق، يتضح أن جريمة الرشوة في الصفقات العمومية نطاق تجريمها واسع، حيث تشمل المرحلة التمهيدية ومرحلة إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية والعقود والملاحق، كما أن تشمل كل من قبض أو حاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة.



#### الفرع الرابع: جريمة تلقي الهدايا

تعد جريمة تلقي الهدايا من الجرائم المستحدثة بموجب القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم) حيث أنها تعد صورة من صور الرشوة في مجال الصفقات العمومية<sup>1</sup>، وقد نص عليها المشرع في قانون العقوبات رقم 01/09<sup>2</sup>، المعدل والمتمم للأمر رقم 156/66، بموجب المادة 38. للإلمام بجوانب هذه الجريمة، يستدعي بنا الأمر التطرق إلى أركان جريمة تلقي الهدايا (أولاً) والعقوبات المقررة لهذه الجريمة (ثانياً).

#### أولاً: أركان جريمة تلقي الهدايا

تقوم جريمة تلقي الهدايا، على أن يكون الجاني موظفاً، بالإضافة إلى ركنها المادي والمعنوي.

#### 1. الركن المادي لجريمة تلقي الهدايا

نصّ المشرع في المادة 38 من الأمر رقم 156/66، يتضمن قانون العقوبات (المعدل والمتمم)، على معاقبة كل موظف عمومي، يقبل من شخص هدية أو أية مزية غير مستحقة، من شأنها أن تؤثر في سير إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهامه.

استناداً إلى ما تضمنته هذه المادة، نجد أن جريمة تلقي الهدايا، يقوم الركن المادي فيها على قبول الموظف العام لهدية أو أية مزية غير مستحقة، من شأنها التأثير في سير إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهام وظيفته.

لهذا، فالنشاط الإجرامي، الذي تقوم عليه جريمة تلقي الهدايا، يتمثل فيما يلي:

#### - قبول هدية أو مزية مستحقة

يفترض في قبول الهدية، كصورة للركن المادي في جريمة تلقي الهدايا، صدور إيجاب من صاحب المصلحة على قبول الهدية، حيث أن المشرع أشار في نص المادة 38 من قانون العقوبات

<sup>1</sup> زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص.197.

<sup>2</sup> القانون رقم 01/09، المؤرخ في 25 فيفري 2009، يعدل ويتمم الأمر رقم 156/66، المنضمم قانون العقوبات الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة في 08 مارس 2009.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

(المعدل والمتمم)، على تلقي الهدايا، بمعنى استلام الهدية وقبولها، وليس مجرد قبولها كما في جريمة الرشوة<sup>1</sup>.

كما أن المشرع، لم يشترط في قبول الهدية قضاء حاجة، إذ أنه لم يربطه بأداء عمل أو الامتناع عن أدائه، كما هو الحال في جريمة الرشوة، بالإضافة إلى أن المشرع لم يحدد نوع الهدية أو المزية غير المستحقة، إلا أنها قد تكون ذات طبيعة مادية أو معنوية<sup>2</sup>.

- قبول الهدية من شأنه التأثير في سير إجراء ما أو معاملة

اشترط المشرع أن يكون قبول الهدية أو المزية غير المستحقة، التي يقبلها الموظف من شأنها التأثير في معالجة أو دراسة ملف، أو في سير إجراء أو معاملة لها صلة بمهامه<sup>3</sup>.

### 2. الركن المعنوي لجريمة تلقي الهدايا

تتطلب جريمة تلقي الهدايا، ضرورة توافر عنصرَي العلم والإرادة، فالعلم، هو أن يكون الموظف العام على علم بأن مقدم الهدية أو المزية غير المستحقة له حاجة لديه، أي أن المقابل الذي يقدم له هو نظير العمل الذي يلتزم به<sup>4</sup>.

أما عنصر الإرادة، فيقصد به إرادة إثبات السلوك المحقق للجريمة، إذ يجب أن تتجه إرادة متلقي الهدية إلى تحقيق السلوك الذي يشكل ماديات الجريمة، ويتجلى عنصر الإرادة في طلب الموظف مقابلاً لأداء العمل الوظيفي، ولا يكفي هذا فقط، بل أن تتجه إرادته إلى قبولها وتلقيها<sup>5</sup>.

### ثانياً: العقوبات المقررة في جريمة تلقي الهدايا

فرّق المشرع بين العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، وتلك المقررة للشخص المعنوي.

<sup>1</sup> سورية ديش، " جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية"، بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: " قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام"، المنعقد بجامعة البليدة 02، يومي: 23، 24 ماي 2017، الجزء الأول، الطبعة 01، دار التل للطباعة، الجزائر، 2018، ص.480.

<sup>2</sup> زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص.198.

<sup>3</sup> سورية ديش، " جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية"، بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: " قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام"، المرجع السابق، ص.480.

<sup>4</sup> زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص. 199.

<sup>5</sup> سورية ديش، " جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية"، بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: " قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام"، المرجع السابق، ص.481.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

### 1. العقوبات الأصلية

يمكن تقسيم العقوبات الأصلية بين تلك المقررة للشخص الطبيعي، وتلك المقررة للشخص المعنوي.

#### 1.1 العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي

يعاقب الموظف الذي ارتكب جريمة تلقي الهدايا، عقوبة الحبس من 06 أشهر إلى سنتين وبغرامة مالية من 50.000 دج إلى 200.000 دج.

كما يعاقب الشخص مقدم الهدية بنفس العقوبة المذكورة سابقاً<sup>1</sup>.

#### 1.2 العقوبات المقررة للشخص المعنوي

يعاقب الشخص المعنوي بغرامة تساوي من مرة إلى 05 مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة، عندما يرتكبها الشخص الطبيعي، أي غرامة تتراوح ما بين 1.000.000 دج وهو الحد الأقصى المقرر جزاء لجريمة الرشوة، و5.000.000 دج، وهو ما يعادل خمس مرات الحد الأقصى<sup>2</sup>.

#### 2. العقوبات التكميلية

العقوبات التكميلية لجريمة تلقي الهدايا، هي نفسها التي سبق الإشارة إليها في جنحة قبض العملات في الصفقات العمومية.

#### الفرع الخامس: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

قوام هذه الجريمة، هو تدخل الموظف في الأعمال التي أحييت له، إما بإدارتها أو رقابتها مما يؤدي إلى استغلال الوظيفة العامة، من جراء سعيه لتحقيق المصلحة الخاصة، إذ تكيف هذه الجريمة من جرائم الاتجار بالوظيفة العمومية<sup>3</sup>، كما تعتبر صورة من صور الرشوة، كانت تعاقب عليها المادة 123 الملغاة من قانون العقوبات.

<sup>1</sup> أنظر المادة 38 من الأمر رقم 156/66 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 18 مكرر من الأمر رقم 156/66 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> نوال مجدوب، أحمد باعزیز، " الجرائم الماسة بالصفقات العمومية في ضوء النظام القانوني الجزائري"، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 02، جامعة أحمد درارية، أدرار، ديسمبر 2017، ص.11.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

لكي تقوم هذه الجريمة، لابد من توافر أركانها، وهي الصفة الخاصة في مرتكبها، الركن المادي والركن المعنوي، وعند قيام الجريمة بجميع أركانها، تتقرر عقوبات على مرتكبها.

### أولاً: أركان جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

على غرار باقي الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، تقوم جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية على ثلاثة أركان، سنوردها تباعاً.

#### 1. صفة الجاني في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

يشترط أن يتوافر في الجاني، صفة الموظف بالمفهوم الواسع على النحو الذي سبق بيانه في باقي الجرائم، حيث يشترط فيه كذلك، إحدى الصفتين:

- الإدارة والإشراف بصفة كلية أو جزئية بحكم وظيفته، وقت ارتكاب الفعل، على العقود أو المناقصات أو المزايدات أو المقاولات التي تبرمها الهيئة التابعة له.
- إصدار إذن بالدفع في عملية ما أو مكلفاً بتصفية أمر ما<sup>1</sup>.

#### 2. الركن المادي في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

يتجلى السلوك المادي، في قيام الجاني بأخذ أو تلقي فوائد (لم يحدد المشرع طبيعة الفوائد) من الأعمال التي يديرها أو يشرف عليها، أو كان أمراً بالصراف في عملية ما أو مكلفاً بتصفيته أي أن يحصل على فائدة من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات، التي تدخل في نطاق اختصاصه، وله سلطة فعلية بشأن عمل من أعمال وظيفته<sup>2</sup>.

#### 3. الركن المعنوي في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

تعدّ جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية من الجرائم العمدية، التي لا بدّ من توافر القصد الجنائي لقيامها، والذي يتمثل في القصد الجنائي العام، بمعنى اتجاه نية الجاني للحصول على الفائدة ويجب أن يعلم بأنه موظف عام، وأن الفعل الذي يرتكبه، ويحصل من خلاله على فائدة دون وجه حق، يشكل جريمة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 35 من القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص. 181.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

ثانيا: العقوبات المقررة لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

هناك عقوبات أصلية بالنسبة للشخص الطبيعي، وبالنسبة للشخص المعنوي، كما أنه يطبق على كل من الشخص الطبيعي والشخص المعنوي عقوبات تكميلية.

### 1. العقوبات الأصلية

تنقسم العقوبات الأصلية إلى عقوبات أصلية مقررة للشخص الطبيعي، وعقوبات أصلية مقررة للشخص المعنوي.

#### 1.1 العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي

تتجلى العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، في الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج<sup>1</sup>.

#### 2.1 العقوبات المقررة للشخص المعنوي

تطبق على الشخص المعنوي غرامة من مرة إلى خمس مرات، تلك المقررة للشخص الطبيعي أي غرامة تتراوح بين 1.000.000 دج، هو الحد الأقصى المقرر لجزاء جريمة الرشوة و5.000.000 دج، وهو ما يعادل خمس مرات الحد الأقصى<sup>2</sup>.

### 2. العقوبات التكميلية

العقوبات التكميلية لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، هي نفسها التي سبق الإشارة إليها في لجنة قبض العمولات في الصفقات العمومية.

أما بالنسبة للظروف المشددة في جميع الجرائم التي تطرقنا إليها، فإن المشرع شدد في عقوبة الحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة، وبنفس الغرامة المقررة للجرائم المرتكبة، إذا كان مرتكب هذه الجرائم قاضيا أو موظفا يمارس وظيفة عليا في الدولة أو ضابطا عموميا أو عضوا في الهيئة أو ضابط عون شرطة قضائية، أو ممن يمارسون صلاحيات الشرطة القضائية أو موظفا بأمانة الضبط<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 38 من القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 18 مكرر من القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، المصدر لسابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 48 من القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

فيما يخص الأعدار المعفية والمخففة لمختلف الجرائم التي تمّ التطرق إليها سابقاً، فإنه يستفيد منها مرتكب إحدى هذه الجرائم، حسب الشروط التي حددها المشرع في القانون رقم 01/06، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (المعدل والمتمم)، بحيث يستفيد من العذر المعفي من العقوبة، الفاعل أو الشريك الذي بلغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية، كمصالح الشرطة القضائية عن الجريمة، وساعد على الكشف عن مرتكبيها، لكن بشرط أن يتمّ التبليغ قبل مباشرة إجراءات المتابعة<sup>1</sup>.

مما سبق، نلاحظ أن المشرع لم يتطرق في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، إلى الجرائم المتعلقة بعقود تفويض المرفق العام، على اعتبار أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وبالتالي هل يمكن تطبيق جرائم الصفقات العمومية على عقود تفويض المرفق العام؟

وعليه، يجب على المشرع تحيين قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، بما يتلاءم والمستجدات التي لحقت بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتنظيم تفويض المرفق العام، من خلال الأخذ بعين الاعتبار عقود تفويض المرفق العام ضمن نصوصه القانونية.

### خلاصة الفصل الثاني من الباب الأول

أولى المشرع اهتماماً كبيراً بأساليب الرقابة على عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام لما لهذه العقود من دور في حماية المال العام، وترشيد إنفاقه، والتخفيف من العبء المالي على الدولة، والحفاظ على المبادئ العامة التي تحكم المرافق العامة من جهة، وكذا حماية المصلحة العامة وحسن تطبيق الأحكام، التي تنظم عملية إبرام هذا النوع من العقود، واختيار المتعامل المتعاقد، من جهة أخرى.

لهذا، نجد أن المشرع أخضع الإدارة لنظام رقابي متنوع، ما بين رقابة إدارية ورقابة قضائية هذه الأخيرة التي تعدّ إحدى الآليات الفعالة، إذ تكمن أهميتها في توفير ضمانات للمتعامل المتعاقد ضد تعسف الإدارة، وحماية المال العام من كل أشكال الفساد والتبديد.

تشكل الرقابة الإدارية الداخلية، رقابة ذاتية تمارسها الإدارة على نفسها، من خلال لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، والتي تهدف إلى تجسيد مبدأ الشفافية وتحليل العروض بطريقة عادلة وفق معايير موضوعية، بما يحقق المساواة بين جميع العارضين، لكن هذه الرقابة لا تحقق الفعالية المرجوة

<sup>1</sup> أنظر المادة 01/49 من القانون رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

منها، وذلك لعدم تحديد عدد أعضاء اللجنة وكذا النصاب القانوني، الذي تصحّ به اجتماعات هذه اللجنة، لأن المشرع ترك المجال مفتوحاً للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، إضافة إلى الطابع غير الإلزامي لقراراتها.

كما أن لجنة اختيار وانتقاء العروض لتفويض المرفق العام، تمارس رقابة إدارية على اتفاقيات تفويض المرفق العام، ولكن نظراً للطابع الاستشاري غير الإلزامي لرأيها، هذا ما أدى إلى محدودية فعاليتها في المجال الرقابي، لأن السلطة المفوضة تتمتع بالسلطة التقديرية في إتمام التعاقد أو العدول عنه، كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك.

أما على مستوى الرقابة الخارجية القبلية، والمتمثلة في رقابة لجان المصالح المتعاقدة ورقابة اللجنة القطاعية، ورقابة المراقب المالي والمحاسب العمومي، والتي تهدف إلى التحقق من مدى مطابقة الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، المعروضة على الهيئات الخارجية للتشريع والتنظيم المعمول بهما، إذ تلعب لجان المصالح المتعاقدة واللجنة القطاعية، كل في حدود اختصاصه، دوراً فعالاً في تحضير الصفقة العمومية، عن طريق منح التأشيرة أو رفضها، وفقاً للأجال المحددة في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، إلا أنه ما يؤخذ على هذه الرقابة، هو تضيق اختصاصاتها، كما أنها ليس لها دور تقييري، ونفس الأمر بالنسبة للجنة تفويضات المرفق العام والتي تمارس دورها الرقابي في مدى مطابقة مشاريع دفاتر الشروع والاتفاقيات والملاحق ودراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت، التي تدخل في اختصاصها للتنظيم والتشريع المعمول بهما، إلا أن السلطة المفوضة، لها الحق في إلغاء إجراء التفويض مما يلغي بالمهام التي قامت بها اللجنة في إطار التحضير لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام.

أما بالنسبة لرقابة المراقب المالي، والمحاسب العمومي، فهي تتعلق برقابة مطابقة الإجراءات للتنظيم والتشريع المعمول بهما، فهي رقابة سابقة وقائية، الغرض منها تقادي الوقوع في الأخطاء المالية، وتصحيحها قبل تنفيذ الصفقة العمومية، فهي تقتصر على رقابة الجوانب الموضوعية والإجرائية للصفقة العمومية.

تنتهي رقابة المراقب المالي، بمنح التأشيرة أو رفضها، ويمكن للأمر بالصرف تجاوز الرفض النهائي، من خلال إجراء التفاوضي.

## الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

أما المحاسب العمومي، فدوره هو دفع النفقات وتحصيل الإيرادات، وقبل القيام بهذه العملية لا بدّ التأكد من مطابقة العملية مع القوانين والتنظيمات المعمول بهما، ومدى توفر الاعتماد المالي وصفة الأمر بالصرف والمفوض له... وغيرها، وينتج عن هذه الرقابة إما قبول الصفقة للدفع أو رفض دفع الصفقة، كما أنه له دور في منح التأشيرة أو رفضها، على اعتبار أنه عضو في لجان الصفقات العمومية وكذلك في لجنة تفويضات المرفق العام.

إضافة للرقابة الخارجية القبلية، أخضع المشرع الصفقات العمومية للرقابة البعدية، من خلال رقابة المفتشية العامة للمالية، ومجلس المحاسبة، فالغرض من هذه الرقابة هو رقابة مالية ورقابة مدى مطابقة عملية إبرام الصفقة العمومية للمبادئ والإجراءات للتشريع والتنظيم المعمول بهما، إضافة للاختصاص القضائي الممنوح لمجلس المحاسبة.

نظرا لمحدودية الرقابة الإدارية وقلة فعاليتها، يستدعي الأمر وجود رقابة قضائية، من خلال رقابة القاضي الإداري، سواء كان عن طريق رفع دعوى استعجالية ما قبل التعاقدية أو رفع دعوى الإلغاء، على الرغم من التناقض الموجود بين تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وقانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، والتي سبق وأن تطرقنا إليها، ورقابة القضاء الجزائي، عن طريق معاقبة مرتكبي الجرائم المذكورة في القانون رقم 01/06، وقانون العقوبات.



## الباب الثاني

### حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

حسب تعبير الفقيه "جيز" العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية كلياً، وبصورة خاصة من حيث الآثار الناتجة عن كل منهما"، فالعقود الخاصة مرتبطة بالعديد من المبادئ كمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة، وغيرها من المبادئ التي لا وجود لها في العقود الإدارية خاصة أن هذه المبادئ لا يمكن تطبيقها على العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها<sup>1</sup>، والتي تتجلى فيها امتيازات السلطة العامة، التي ليس لها نظير في عقود القانون الخاص، بل تتمتع الإدارة فيها بمركز أفضل من المتعاقد معها، على أساس أن الإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرافق العامة وتسييرها.

وعليه، فإن المشرع من خلال المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والمرسوم التنفيذي رقم 199/18، جعل الإدارة في مركز أسمى في كافة مراحل تنفيذ الصفقة أو اتفاقية تفويض المرفق العام، من خلال الاعتراف لها بامتيازات استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص (امتيازات السلطة العامة)، التي يسودها مبدأ التنفيذ المباشر وتغليب فكرة المرونة على قاعدة القوة الملزمة للعقد وأولوية المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد معها.

غير أنه، لا ينبغي الأخذ بفكرة عدم المساواة بين أطراف العلاقة التعاقدية على إطلاقها لأنه سيؤدي إلى عزوف المتعاملين على التعاقد مع الإدارة، وتكون مصلحتهم غير مضمونة في مواجهة السلطات التي تتمتع بها الإدارة، والتي قد تحمل في طياتها في الكثير من الأحيان احتمال تعسف الإدارة في استخدام هذه السلطات، لهذا نجد أن المشرع قد تدخل في العديد من النصوص القانونية بهدف إقامة التوازن بين حريتها في التصرف، وبين هذه السلطات التي تتمتع بها الإدارة من جهة وضمان حق المتعامل المتعاقد من جهة أخرى، ولهذا نجد أن المشرع قيّد الإدارة بالمقابل بجملة من الالتزامات اتجاه المتعامل المتعاقد معها، لتعويضه عما قد يتكبّده من نفقات وتكاليف، وما يواجهه من صعوبات عند التنفيذ.

على هذا الأساس، ارتأينا دراسة حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، من خلال الموازنة بين الحرية التعاقدية للإدارة وامتيازات السلطة العامة في تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، من خلال تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

<sup>1</sup> عادل بوعمران، المرجع السابق، ص. 185.

- الفصل الأول: تحديد سلطات الإدارة في مواجهة المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

- الفصل الثاني: تحديد التزامات الإدارة اتجاه المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

## الفصل الأول

### تحديد سلطات الإدارة في مواجهة المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

إن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المتعارف عليها في القانون المدني، مبدأ غير مقبول في مجال العقود الإدارية بالصورة المتعارف عليها في عقود القانون الخاص، لأن الإدارة لا تظهر دائما بمظهر المتعاقد العادي، ولا تهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة، من أجل ذلك مكّنها المشرع بجملته من الامتيازات التي تتيح لها جعل تنفيذ الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام موافقا لمتطلبات المرفق، إذ تخوّل الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، مكنة للإدارة بتفعيل الامتيازات الممنوحة لها كسلطة عامة، من خلال ممارسة سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه للمتعاقد مع الإدارة على تنفيذ الصفقة وتفويض المرفق العام.

كما منح لها المشرع سلطة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها، في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته، إضافة لذلك اعترف للإدارة بسلطة التعديل والإنهاء الانفرادي، والتي تشكّل استثناء قويا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والتي تقضي بعدم جواز تعديل العقد أو نقضه إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

إضافة لجملته الامتيازات، التي منحها المشرع للإدارة في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، فقد أكد كذلك عند تنفيذ اتفاقية التفويض، على ضرورة مراعاة احترام مبادئ المساواة والاستمرارية، والتكيف مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية وهذا حسب ما جاءت به المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، يتعلق بتفويض المرفق العام.

وعليه، سنتصب دراستنا على كل ما سبق، من خلال تخصيص مبحثين، المبحث الأول خصّص لسلطات الإدارة في الرقابة وفي توقيع الجزاءات الإدارية على المتعامل المتعاقد معها لنعرّج في المبحث الثاني على دراسة سلطات الإدارة في التعديل والإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية وتفويض المرفق العام.

## المبحث الأول: سلطات الإدارة في الرقابة وفي توقيع الجزاءات الإدارية على المتعامل المتعاقد معها

لضمان التنفيذ الحسن للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، أولى المشرع اهتماما كبيرا لهما، من خلال وضعه لنصوص قانونية تنظم تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، مع منح امتيازات استثنائية للإدارة لمواجهة كل إخلال من طرف المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، حيث أقر المشرع للإدارة بحق الرقابة والإشراف والتوجيه، للتأكد من أن إنجاز الطلبات العمومية يتم وفقا للشروط المتفق عليها (المطلب الأول)، كما تملك الإدارة باعتبارها سلطة عامة توقيع جزاءات إدارية على المتعاقد معها (المطلب الثاني)، بهدف ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

## المطلب الأول: سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه على تنفيذ الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام

تعتبر سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام، مظهرا من مظاهر السلطة العامة الممنوحة لجهة الإدارة، لذلك خصص لها المشرع مجموعة من النصوص القانونية لتنظيم ممارسة هذه السلطة في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

وعليه، يقتضي بنا الأمر إلى تعريف سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى ضوابط ممارسة هذه السلطة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تعريف سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام

لرقابة الإدارة على تنفيذ العقود الإدارية بصفة عامة، والصفقات العمومية وتفويض المرفق العام بصفة خاصة معنيين، معنى ضيق لسلطة الرقابة (أولا)، ومعنى واسع لهذه السلطة (ثانيا).

### أولا: المعنى الضيق لسلطة الرقابة

سلطة الرقابة بالمعنى الضيق تكون مرادفة لسلطة الإشراف<sup>1</sup>، حيث يقصد بهذه السلطة تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه في العقد ودفتر

<sup>1</sup> Christophe Lajoie, *Droit des marchés publics*, édition Berti, Paris, 2005, p.171.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

الشروط، كون أن هذه السلطة مقررة في جميع العقود الإدارية كمبدأ عام، سواء تم النص عليها في صلب الصفة أو لم ينص عليها<sup>1</sup>، فالإدارة المتعاقدة تعمل على التحقق من أن المتعاقد ينفذ التزامات الصفة أو اتفاقية تفويض المرفق العام، وفقا للشروط المنصوص عليها في الصفة أو الاتفاقية. كما أن، عملية الإشراف تتم عن طريق الأعمال المادية، التي تباشرها من خلال الأعيان المتخصصين الذين يشرفون على حسن تنفيذ الصفة العمومية، بما يقومون من زيارات التفتيش لورشات العمل ومواقع الأشغال، للتأكد من سير العمل وفق المعايير والمواصفات المنصوص عليها في دفتر الشروط، حيث أن المقاول في عقود الأشغال العامة يخضع لإشراف دائم من المهندس المشرف (صاحب الاستشارة الفنية)<sup>2</sup>، والمكلف بمتابعة موضوع محل العقد من الجهة صاحبة المقولة، والتأكد من سير العمل وفقا للمدة الزمنية المحددة، ووفقا للصفات المذكورة في العقد وبالتالي إصدار الأوامر والتعليمات المناسبة في هذا المجال<sup>3</sup>.

ونجد كذلك، أن المشرع في الصفقات العمومية للأشغال، قد أشار إلى عمليات الإثبات والمعاينات الحضورية في المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، حيث أنه يقصد بعملية الإثبات، العملية المادية التي يتم تنفيذها في الميدان وينتج عنها وثيقة ذات طابع رسمي، تسمى

<sup>1</sup> محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، (دون طبعة)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2017 ص.267.

<sup>2</sup> عرّف المشرع صاحب الاستشارة الفنية في المرسوم التنفيذي رقم 219/21، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على أنه: "هو شخص طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص يخضع للقانون الجزائري أو الأجنبي، تتوفر فيه شروط التأهيل المهني والكفاءات التقنية، وكذلك الوسائل الضرورية لتنفيذ عمليات الاستشارة الفنية لحساب المصلحة المتعاقدة، ويمكن أن يكون صاحب الاستشارة الفنية لاسيما مهندسا معماريا أو مكتب دراسات متخصص أو متعدد التخصصات معتمد".

- المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المؤرخ في 20 ماي 2021، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، الجريدة الرسمية، العدد 50، الصادرة في 24 جوان 2021.

- أنظر المادة 05/03 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

<sup>3</sup> إبراهيم صباح رحيم، معوقات تنفيذ العقود الإدارية وآثارها في تنفيذ العقد، الطبعة 01، منشورات الزين الحقوقية العراق، 2020، ص. ص. (84، 85).

"المعاينة"، ويتم القيام بالمعاينات الحضورية بصفة دورية بطلب سواء من المقاول أو صاحب الاستشارة الفنية، و/ أو المصلحة المتعاقدة فيما يخص الخدمات المنفذة أو ظروف تنفيذها<sup>1</sup>.

إضافة لذلك، يتم الإشراف أيضا في شكل أعمال قانونية، تتمثل في التعليمات والأوامر أو الإنذارات التي توجهها الجهة الإدارية للمتعاقد معها<sup>2</sup>، وكمثال على ذلك، نجد أوامر الخدمة المنصوص عليها في المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21 (المذكور آنفا)، الصادرة عن المصلحة المتعاقدة للتعبير عن سلطتها في الإشراف، توجه للمقاول بهدف إرسال مواصفات المصلحة المتعاقدة في حدود الشروط التعاقدية المنصوص عليها في دفتر التعليمات الخاصة، وتلك المتعلقة بالأحكام المطبقة وغير المستثناة من دفتر البنود الإدارية العامة.

على مستوى المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المتعلق بتفويض المرفق العام، نجد أن المشرع نص على سلطة الرقابة التي تقوم بها السلطة المفوضة، وذلك بالاستناد إلى التقارير المقدمة من المفوض له كل 06 أشهر.

كما أنه ألزم السلطة المفوضة على عقد الاجتماع مع المفوض له على الأقل كل 03 أشهر وذلك من أجل تقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة، ومدى احترام مبادئ المرفق العام<sup>3</sup>.

لم يقتصر الأمر عند هذا الحد، بل نجد أن المشرع وسّع من سلطة السلطة المفوضة في الرقابة، وذلك حسب ما جاء في المادة 86 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المتعلق بتفويض المرفق العام، حيث أنه تمارس رقابة من طرف مستخدمو المرفق العام المفوض على المفوض له إذ أنه في حالة ما إذا تم إعلام السلطة المفوضة من قبل مستعملو المرفق العام المفوض، بتصرفات المفوض له، والتي تتعلق بما يلي:

- حالة إهمال أو تجاوز من قبل المفوض له.

<sup>1</sup> أنظر المادة 01/39 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

<sup>2</sup> فوزية هاشمي، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه علوم تخصص: علوم قانونية، فرع: التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجليلي ليايس سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2017/2018، ص.18.

<sup>3</sup> أنظر المادة 82 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

- عدم احترامه للشروط المتعلقة باستغلال المرفق العام.  
- سوء استغلاله أو المساس بمبادئ تسيير المرفق العام.  
تباشر السلطة المفوضة استنادا لتوفر هذه الحالات، بتعيين لجنة تحقيق لإعداد تقريرا لهذه التجاوزات، وتتخذ جميع التدابير اللازمة لتدارك الوضع.  
مما سبق، نلاحظ أن الإدارة لها السلطة الكاملة في الرقابة على تنفيذ الصفقة أو الاتفاقية في مختلف مراحلها، حيث يعترف لها بهذه السلطة في بنود الصفقة أو الاتفاقية نفسها، من خلال البيانات الإلزامية الواجب توافرها في هذه العقود، وحتى في حالة عدم وجود بند صريح في الصفقة أو الاتفاقية ينص على هذه السلطة، فإن هذه الأخيرة تجد أساسها في فكرة حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

#### ثانيا: المعنى الواسع لسلطة الرقابة

يقصد بسلطة الرقابة بالمعنى الواسع بسلطة التوجيه، أي حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط المتفق عليها في العقد<sup>1</sup>.  
فالإدارة لا تقتصر على التأكد من تنفيذ العقد بما يتفق والشروط الواردة فيه، كما هو الشأن في سلطة الإشراف، بل تتدخل في توجيه أعمال التنفيذ باختيار أنسب الطرق وأصلح الأوضاع التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق العام<sup>2</sup>.

إن حق التوجيه لا نجده في جميع الصفقات العمومية، وإنما يختلف حسب طبيعة الصفقة، فهو مقررا في صفقات الأشغال العامة كمبدأ عام، ولو لم تنص عليه الصفقة العمومية، عكس صفقات اللوازم أو التوريد، حيث لا يتقرر للمصلحة المتعاقدة إذا لم تنص عليه الصفقة<sup>3</sup>.

كما أن عقد الامتياز يتخذ التوجيه فيه شكلا خاصا ومميزا، فالإدارة تراقب نشاط المرفق للتأكد عما إذا كان الملتزم يعمل وفقا للشروط الواردة في العقد، أم هناك خرقا من جانبه لأحد البنود العقدية

<sup>1</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.07.

<sup>2</sup> مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلmani، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، (دون طبعة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص.132.

<sup>3</sup> محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص.126.



## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

فتتخذ الإجراءات القانونية، كأن يتعلق الأمر مثلا بالرسوم المتفق عليها، وتجاوزها للحد المتفق عليه أو يتعلق الأمر بتمييزه بين المنتفعين من خدمات المرفق<sup>1</sup>.

حسب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 53/08، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به<sup>2</sup>، نجد أن المشرع نصّ على رقابة السلطة المانحة للامتياز تسيير واستغلال الخدمة العمومية للتطهير بنفسها أو عن طريق هيئات مراقبة يتم تعيينها، وعلى صاحب الامتياز تقديم يد المساعدة للسلطة المانحة للامتياز أو لأعوان الهيئات المراقبة، من خلال تسهيل دخولهم إلى المنشآت، وتزويدهم بكل المعلومات والوثائق اللازمة.

مما سبق، تعتبر سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه من النظام العام، لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، لأنها قررت للمصلحة العامة، كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها، فهي ليست بالامتياز الممنوح للإدارة في حد ذاتها بوصفها صاحبة السلطة العامة، بل قرّرت هذه السلطة لحماية المال العام، وضمن حسن سير المرافق العامة<sup>3</sup>.

نظّم المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية في عدة مواد، حيث أشار إلى خضوع الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذه وبعده<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر-دراسة تشريعية وقضائية وفقهية-، الطبعة 02، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص.123.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 53/08، المؤرخ في 09 فيفري 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به، الجريدة الرسمية، العدد 08، الصادرة في 13 فيفري 2008.

<sup>3</sup> عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر-دراسة تشريعية وقضائية وفقهية-، المرجع السابق، ص.122.

<sup>4</sup> نصت المادة 156 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده..."، المصدر السابق.

- نصت المادة 157 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "تمارس على الصفقات العمومية مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها"، المصدر السابق.

كما أكد على أن المصلحة المتعاقدة تمارس مختلف أنواع الرقابة على الصفقات العمومية في حدود معينة، مع مراعاة عدم المساس بالأحكام القانونية الأخرى، أي أنها مقيدة بما جاء في دفتر الشروط وفي بنود الصفقة.

لم يقتصر الأمر فقط في مجال الصفقات العمومية، بل امتد إلى تفويض المرفق العام، حيث أخضعها إلى رقابة قبلية وبعديّة، ولرقابة السلطة المفوضة<sup>1</sup>، وكذلك رقابة المنتفعين على المفوض له<sup>2</sup>. على الرغم من تمتع الإدارة بسلطة الرقابة في تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام إلا أنها ليست مطلقة، بل قيدها ببعض القيود أو الضوابط، التي من شأنها توفير حماية للمتعاقد مع الإدارة ضد تعسفها في استخدام هذه السلطة.

### الفرع الثاني: ضوابط ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة

رغم أن سلطة الإدارة في الرقابة كمبدأ عام، يعني عدم جواز الاتفاق على مخالفة هذا المبدأ لكونه يتعلق بالنظام العام، إلا أن الإدارة مقيدة بضوابط، منها ما يتعلق بممارسة الإدارة لهذه السلطة في إطار احترام مبدأ المشروعية (أولاً)، وألا يؤدي استعمال الإدارة لهذه السلطة إلى تعديل شروط العقد (ثانياً)، وأن تتقيد الإدارة بتحقيق المصلحة العامة (ثالثاً).

### أولاً: ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة في إطار احترام مبدأ المشروعية

يتعين على الإدارة ممارسة الرقابة وفقاً للقوانين والأنظمة السارية المفعول، وذلك لأن القرارات الصادرة بمناسبة ممارسة سلطة الرقابة، هي قرارات إدارية بغض النظر عن الأساس الذي تستند عليه هذه السلطة، وعليه ضرورة صدورها في حدود المشروعية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نصت المادة 74 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، على أن: "تخضع تفويضات المرفق العام لرقابة قبلية ورقابة بعديّة، بمجرد دخول اتفاقية التفويض حيز التنفيذ.

وزيادة على الرقابة الخارجية المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يخضع تفويض المرفق العام لرقابة السلطة المفوضة"، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 86 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>3</sup> سليم بلحاج، "سلطات المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية وفقاً للمرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 05، العدد 01، المركز الجامعي، بريكّة، 2022، ص.391.

كما يجب كذلك، مراعاة صدور القرارات المتصلة بالرقابة من جانب الجهة التي يحق لها قانوناً ممارسة هذه السلطة، وفقاً للإجراءات والأشكال المنصوص عليها التي يتطلبها القانون. وعليه، يجب أن تخضع ممارسة الإدارة لهذه السلطة إلى متطلبات المشروعية، كضرورة صدور القرار عن الجهة المختصة، وكذا مراعاة الشكليات والإجراءات التي تفرضها النصوص القانونية المنظمة للقرار.

### ثانياً: ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة

لما كان تحقيق المصلحة العامة، هو هدف النشاط الإداري بصفة عامة، فإن مباشرة الإدارة لكافة سلطاتها، ومنها الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، يجب أن يكون بدافع تحقيق مصلحة المرفق الذي لأجله أبرمت هذه العقود، وعليه، يجب أن تسعى الإدارة إلى تحقيقه من وراء كافة ما تقوم به من تصرفات أو أعمال، وإلا شاب تصرفها عيب الانحراف في استعمال السلطة<sup>1</sup>.

إذ أن الإدارة مقيدة بممارستها لسلطة الرقابة بدافع تحقيق مصلحة المرفق، الذي أبرمت لأجله الصفقة وتفويض المرفق العام، وعليه فهي ملزمة بالابتعاد عن أي تعسف في ممارستها لهذه السلطة.

### ثالثاً: وجوب ألا يؤدي ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة إلى تعديل مضمون العقد

يرتبط هذا الشرط أو الضابط بموضوع العقد في حد ذاته، فإذا تعلق الأمر بالمرفق العام مثلاً فإنه لا يجوز للإدارة أن تتدخل في الأعمال الداخلية للمرفق العام، وإلا انقلب أسلوب الإدارة من امتياز إلى استغلال مباشر<sup>2</sup>.

إذ أنه لا يجب أن تصل ممارسة الإدارة لهذه السلطة إلى حد تعديل شروط العقد، وتجاوز الحدود الطبيعية المعقولة، بل تكون في حدود توقعات العقد، وبما لا يتضمن تغييراً في مضمونه أو قلباً لاقتصادياته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نبيل أزياب، المرجع السابق، ص.100.

<sup>2</sup> سلام بن حفاف، مساعد العقون، " مظاهر تفوق الإدارة في مرحلة تنفيذ عقد الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2021، ص.428.

<sup>3</sup> عمر خالد، بشير بن مالك، " سلطة الرقابة كآلية لحماية المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 06، العدد 04، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2021، ص.1145.

وعليه، مهما كانت الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في ممارسة سلطة الرقابة على المتعامل المتعاقد معها، فإنها تبقى مقيدة بعدم المساس بجوهر الصفقة العمومية أو تفويض المرفق العام.

#### رابعاً: خضوع القرارات الصادرة من الإدارة في إطار ممارستها لسلطة الرقابة للقضائية

لا يملك المتعامل المتعاقد مع الإدارة إلغاء القرارات التي تتخذها الإدارة بمناسبة ممارسة سلطة الرقابة، غير أن ذلك لا يعني عدم خضوع هذه القرارات لرقابة القضاء، إذ تخضع منازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ لولاية القضاء الكامل، لأن هذا النوع يتعلق بالتزامات عقد الصفقة وبشروطها، وبذلك يعدّ القضاء الكامل ضامناً لمخاصمة القرار الذي تتخذه الإدارة في إطار ممارستها لهذه السلطة<sup>1</sup>.

وعليه، فإن دعوى التعويض هي السبيل القضائي لجبر ضرر المتعامل المتعاقد مع الإدارة من القرار الذي تتخذه الإدارة بهذا الشأن، مما يعزّز من مكانة المتعامل المتعاقد، من خلال الضمانات التي يملكها في مواجهة الإدارة لسلطتها في الرقابة.

بعد التطرق إلى ضوابط ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة، سنحاول إبراز مظاهر هذه السلطة على الصفقات العمومية للأشغال، والصفقات العمومية للتوريد.

#### الفرع الثالث: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

إن سلطة الإشراف والتوجيه تبرز أكثر، ويتسع مجالها ومداها في عقود الأشغال العامة وهذا لكونها تكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة، كما أنها تحتاج إلى متابعة مستمرة ومتواصلة، على خلاف عقود التوريد، فإن حق الإدارة في الرقابة يضعف، على أساس أن المبدأ العام في هذه العقود، هو حرية المتعاقد في اختيار أسلوب التنفيذ<sup>2</sup>، مما يبرر تنوع مظاهر الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية بحسب نوع وطبيعة الصفقة.

#### أولاً: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العمومية

إن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة، تتجلى بوضوح في صفقات الأشغال، مقارنة بباقي الصفقات العمومية، وذلك راجع إلى الخصائص التي تتميز بها هذه الصفقات، على أساس أن

<sup>1</sup> سلام بن حفاف، ساعد العقون، المرجع السابق، ص.428.

<sup>2</sup> نبيل ازرايب، المرجع السابق، ص.102.

المصلحة المتعاقدة هي صاحب الحقيقي للمشروع، الأمر الذي يؤدي إلى اتساع سلطتها في مواجهة المتعامل المتعاقد معها، منذ بداية تنفيذ الصفقة حتى تسليم الأعمال المتعاقد عليها<sup>1</sup>.

تتخذ المصلحة المتعاقدة عند ممارستها لسلطة الرقابة، عدة أوامر من بينها:

**1. الأمر بالبداية في تنفيذ الأشغال:** تحدد المصلحة المتعاقدة للمقاول، تاريخ بداية تنفيذ الأشغال وعادة ما يتم النص عليه في الصفقة ذاتها<sup>2</sup>.

إذا لم يتم تحديده، فإنه يحتسب ابتداء من تاريخ إعلان المقاول بالأمر المصلي<sup>3</sup>، بالبداية في تنفيذ الأشغال، أو من اليوم الموالي لتاريخ تبليغه بالأمر بالخدمة.

كما يبدأ سريان موعد تنفيذ الأشغال كذلك، في مواجهة المقاول على إثر عمل مادي من جانب الإدارة المتعاقدة، كقيامها بتسليم المقاول النماذج والتصميمات أو تسليم موقع العمل<sup>4</sup>.

## 2. تحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال

تنص صفقات الأشغال العامة أو دفاقر الشروط على تحديد خطوات تنفيذ الأشغال وسيرها من خلال وضع جدول أعمال بالفترات التي تتم فيها تلك الأعمال، وكذلك مواعيد التسليم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سليمة جدي، "منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة الإشراف والمراقبة" المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد 10، جامعة باتنة 01، جانفي 2017، ص. 540.

<sup>2</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص. 09.

<sup>3</sup> عرّف الأمر المصلي، علأنه: "الأمر الصادر من جهة الإدارة إلى مقاول الأشغال العامة، بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد ويصدر عادة من الأعضاء الفنيين في الإدارة، ولأسيما المهندسين المنوط بهم الإشراف على التنفيذ، ويعد قرارا إداريا، يجب على المقاول احترامه وتنفيذ ما جاء به، فإذا كان له أي اعتراض، يجب عليه أن يسلك السبيل المشروع للاعتراض، إما بالتظلم الإداري أو الطعن القضائي".

أنظر: محمد أحمد الأرنؤوط، دور القاضي الإداري في حكاية حقوق وسلطات الإدارة ومدى جواز تعديل المقابل المالي للمتعاقد في أطراف العقد الإداري-دراسة مقارنة-، الطبعة 01، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018 ص. 86.

<sup>4</sup> سليمة جدي، المرجع السابق، ص. 540.

<sup>5</sup> نبيل ازرايب، المرجع السابق، ص. 104.

يلتزم المقاول بإنجاز الأعمال في الأجال المنصوص عليها في العقد، والتي قد تكون إما آجالاً عامة يتعين إنجاز الأشغال خلالها، وإما أن تكون عبارة عن آجال جزئية لكل عملية أو شطر من المشروع، وتصبح هذه الأجال ملزمة للطرفين في العقد، ما لم يعترض عليها المقاول<sup>1</sup>.

### 3. الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتاً

طبقاً للمادة 03/66 من المرسوم التنفيذي رقم 219/22، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، أجاز المشرع لصاحب الاستشارة الفنية في حالة وجود عيب بناء في منشأة أو عنصر من المنشأة أو في خدمات الأشغال، أن يحدد عن طريق أمر الخدمة، التدابير التي تسمح بالكشف عن عيب البناء.

كما يمكن أن تشمل هذه التدابير على الهدم الجزئي أو الكلي للمنشأة أو عنصر من المنشأة أو خدمات الأشغال، مع وجوب إبلاغ المصلحة المتعاقدة بذلك<sup>2</sup>.

### 4. الأمر باستبدال عمال المقاول

تمارس المصلحة المتعاقدة سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال، كذلك على العمال الذين يستعين بهم المقاول في تنفيذ الأشغال، فبإمكانها أن تطلب من المقاول تغيير العمال، إما لعدم الكفاءة الفنية أو لنقص في النزاهة أو بسبب تمردهم أو رفضهم تنفيذ تعليمات مندوبيها<sup>3</sup>.

### ثانياً: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة اللوازم

تقل السلطات المقررة للإدارة في الرقابة على تنفيذ عقود التوريد العادية بصورة واضحة عن السلطات المقررة في عقود التوريد الصناعية أو في عقود الأشغال العامة، وذلك بسبب أن عقود التوريد أقل اتصالاً بنشاط المرفق العام، وتقتصر كذلك على تزويد المورد لبعض المواد للمساعدة في تسييره<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سليمة جدي، المرجع السابق، ص. 541.

<sup>2</sup> أنظر المادة 03/66 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

<sup>3</sup> سليمة جدي، المرجع السابق، ص. 542.

<sup>4</sup> نبيل ازرايب، المرجع السابق، ص. 107.

## 1. مظاهر سلطة الرقابة في صفقات التوريد العادية

انطلاقاً من حرية المورد في تحديد واختيار طرق تنفيذ هذه الصفقة كمبدأ عام، فإن المصلحة المتعاقدة تنحصر سلطتها في الرقابة على الإشراف، من خلال رقابة ما يستخدمه المقاول من عمال ومعاونين، وكذلك المصادر التي يحصل منها على بضائعه، كما تحتفظ المصلحة المتعاقدة كذلك على حق فحص واختيار الأصناف المتفق على توريدها، بهدف مطابقتها للمواصفات المحددة في الصفقة، وفي سبيل ذلك تكلف المصلحة المتعاقدة لجنة، تكون مهمتها فحص الأصناف الواردة إليها<sup>1</sup>.

## 2. مظاهر سلطة الرقابة في صفقات التوريد الصناعية

سلطة المصلحة المتعاقدة تتسع في هذا النوع من العقود، إذ أن المتعاقد هنا لا يقوم بتوريد منتجات أيا كان مصدرها، وإنما يقوم بتصنيعها وفق مواصفات طلبتها الإدارة، كمثال على ذلك عندما تحتاج هذه الأخيرة إلى أجهزة متطورة ومعقدة كالمطائرات الحربية والصواريخ والغوّاصات وأجهزة الأقمار الصناعية وغيرها، ففي هذه الحالة يكون التصنيع تحت إشراف وتوجيه الإدارة<sup>2</sup>.

مما سبق، نستنتج أن الإدارة تتمتع بحقها في الرقابة والإشراف والتوجيه على تنفيذ الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام، استناداً إلى أحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (المرسوم الرئاسي رقم 247/15)، وأحكام نصوص قانونية أخرى، على حسب نوع وطبيعة العقد (تم التطرق إليها عند التفصيل في عنصر سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام).

كما أن كفاءات ممارسة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام، تتسع أو تضيق بحسب نوع العقد وطبيعته، حيث تتسع مداها بالنسبة لصفقات الأشغال، وتضيق مداها بالنسبة لصفقات التوريد العادية دون صفقات التوريد الصناعية.

حتى يكون لسلطة الإشراف والرقابة والتوجيه فاعلية، لا بدّ أن يتقرر للإدارة سلطة توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها، إذا ثبت لها في إطار هذه الرقابة مخالفته لبند الصفقة أو اتفاقية تفويض

<sup>1</sup> مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، الطبعة 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية مصر، 2018، ص. 231.

<sup>2</sup> نبيل ازرايب، المرجع السابق، ص. ص. (107، 108).

المرفق العام، أو في حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته بما يخلّ بالمصلحة العامة وحسن سير المرفق العام.

### المطلب الثاني: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية على المتعامل المتعاقد

تتمتع الإدارة في مواجهة إخلال المتعامل المتعاقد لتنفيذ التزاماته التعاقدية، بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية بإرادتها المنفردة، ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، حيث تستند في ممارستها لهذه السلطة إلى امتيازات السلطة العامة، بهدف ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد. إن فكرة الجزاءات الإدارية تتبع من مفهوم السلطة العامة في العقود الإدارية، وهي إحدى التطبيقات لامتياز التنفيذ المباشر الذي تتمتع به الإدارة<sup>1</sup>.

وعليه، لدراسة هذا العنصر، تطرقنا إلى مفهوم الجزاءات الإدارية (الفرع الأول)، ثم تناولنا حدود سلطة الإدارة في اختيار الجزاءات الإدارية ومدى خضوعها للرقابة القضائية (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: مفهوم الجزاءات الإدارية

تتمتع الإدارة بسلطة فرض جزاءات إدارية على اختلاف أنواعها، في مواجهة المتعامل المتعاقد معها، إذا ما أخلّ هذا الأخير ببند الصفقة أو الاتفاقية المبرمة بينهما، أو في حالة عدم التنفيذ المطابق الذي تمّ الاتفاق عليه، وعليه، سيتم التطرق إلى تعريف الجزاءات الإدارية (أولاً) وخصائصها (ثانياً).

#### أولاً: تعريف الجزاءات الإدارية

اختلف الفقهاء في إعطاء تعريف للجزاءات الإدارية، لذلك سنذكر مجموعة منها، حيث عرّفها البعض على أنها: "عقوبة تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء".

كما عرّف البعض الآخر من الفقهاء، على أن الجزاءات الإدارية عبارة عن: "إجراء تهدف الإدارة من ورائه إلى حمل المتعاقد ودفعه إلى تنفيذ التزاماته، وهذا من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد علي الخليلية، القانون الإداري (الكتاب الثاني) - الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية الأموال العامة -، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص. 306.

<sup>2</sup> نبيل ازرايب، المرجع السابق، ص. ص. (129، 130).



مما سبق، نستنتج أن الجزاءات الإدارية، هي عقوبات إدارية تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، بهدف ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، تحقيقاً للمصلحة العامة.

وعليه، فانطلاقاً من تعريف الجزاءات الإدارية، نستخلص جملة من الخصائص التي تميزها عن سلطة توقيع الجزاءات في العقود المدنية، وهذا ما سنورده تباعاً.

### ثانياً: خصائص الجزاءات الإدارية

تتميز الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها بعدد من الخصائص، التي تميزها عن تلك التي توقع في إطار تنفيذ العقود المدنية، حيث تملك الإدارة حق توقيعها بإرادتها المنفردة دون حاجة لحكم قضائي أو وجود نص قانوني صريح بذلك (أولاً)، إضافة إلى حقها في توقيع الجزاءات الإدارية في الوقت الذي تراه مناسباً (ثانياً)، وكذلك عدم اشتراط الضرر لتوقيع الجزاء الإداري (ثالثاً) كذلك إلزامية إعدار الإدارة للمتعاقد معها قبل اتخاذ الجزاء الإداري (رابعاً).

#### 1. حق الإدارة في توقيع الجزاء الإداري بإرادتها المنفردة

تتمتع الإدارة بإبرام العقود الإدارية بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها الطرف الآخر المتعاقد معها والقصد من ذلك هو تحقيق الصالح العام للمرافق العامة، ولهذا، فإن كفتا المتعاقدين غير متكافئتين مما يجعل للإدارة حقها في توقيع الجزاء على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، دون حاجة إلى النص على هذا الحق في بنود العقد، لأنها تستند إلى سلطة الإدارة الضابطة في تسيير المرفق العام وانتظامه<sup>1</sup>.

كما أنها كذلك لا تحتاج اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بالجزاء، حيث تملك حق توقيع الجزاء تلقائياً بمجرد ثبوت المخالفة لديها<sup>2</sup>، فالإدارة تتمتع بحرية التصرف في جميع الجزاءات الإدارية والتي لا نجد لها نظير في القانون الخاص، باستثناء الجزاءات المالية، حيث أنها مرتبطة بنسب الغرامات المالية المحددة مسبقاً بين أطراف العلاقة التعاقدية في دفتر الشروط.

<sup>1</sup> بشير علي باز، السلطات الاستثنائية لجهة الإدارة في العقد الإداري-دراسة مقارنة-، الطبعة 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2018، ص.143.

<sup>2</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية-الإبرام، التنفيذ، المنازعات-، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2007، ص.280.

## 2. حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية في الوقت الذي تراه مناسباً

تتسم الجزاءات الإدارية بأن ميقاتها توقيعها يكون وفقاً لإرادة الإدارة، فإذا لم يوجد ما يلزم الإدارة بأن توقع على المتعاقد معها جزاء ما، ارتكب في وقت معين، فإنها حرة في اختيار الوقت الذي تراه مناسباً لتوقيع الجزاء، وفقاً لما تراه محققاً لضمان استمرارية سير المرفق العام<sup>1</sup>، إذ أن الإدارة تملك اختيار الجزاء المناسب في التوقيت المناسب، وتوقعه على العقوبة المناسبة.

كما أن الإدارة تتمتع كذلك بسلطة تقديرية في تحديد الجزاء الملائم، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، بل هي مقيدة باحترام الشروط التعاقدية التي تم الاتفاق عليها مسبقاً.

## 3. عدم اشتراط الضرر لتوقيع الجزاء الإداري

الإدارة غير ملزمة بإثبات الضرر اللاحق بها جراء إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، لأن الضرر مفترض بمجرد ثبوت إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، ذلك أن تراخيه في تنفيذ العقد الإداري ينطوي في حد ذاته على إخلال بالترتيبات والحسابات، التي نظمت الإدارة نفسها عليها سلفاً<sup>2</sup>. كما لا يقبل من المتعاقد المخل بالتزامه التعاقدية تهريباً من توقيع الجزاء عليه، إثبات أن مخالفته لهذا الالتزام لم ينجم عنها ضرراً أصاب الإدارة المتعاقدة، ذلك لأن ارتكاب المخالفة قرينة غير قابلة لإثبات العكس على إصابة الإدارة بضرر<sup>3</sup>.

## 4. إلزامية إعدار الإدارة للمتعاقد معها قبل اتخاذ الجزاء الإداري

قد يلزم المشرع في بعض الحالات، أن تقوم الإدارة بإعدار المتعاقد معها قبل تطبيق الجزاء والإعدار، هو التنبيه الذي توجهه الإدارة إلى المتعاقد، وتوضّح له فيه الخلل أو التقصير أو التأخير في تنفيذ العقد الإداري، وتأمره بضرورة الالتزام بتنفيذ العقد، وفقاً للقواعد القانونية المعمول بها في مدة تحددها له<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> صفاء فتوح جمعة، الطبيعة الاستثنائية للجزاءات في العقود الإدارية والقيود الواردة على الإدارة في توقيعها "تقاضي بلا قاض" الطبعة 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2019، ص.62.

<sup>2</sup> سلام بن حفاف، ساعد العقون، المرجع السابق، ص.430.

<sup>3</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2009، ص.81.

<sup>4</sup> نبيل ازرايب، المرجع السابق، ص.133.

كما أشار المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على فكرة الإعدار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ الكلي أو الجزئي<sup>1</sup>، حيث أنه ألزم المصلحة المتعاقدة بضرورة إعدار المتعاقد معها وهذا عند فرضها لجزاء الفسخ، نظرا لخطورة هذا الأخير، وما يترتب عليه من تبعات. كذلك ألزم المشرع السلطة المفوضة، بضرورة توجيه إعدارين للمفوض له، الذي أخلّ بالتزاماته قبل اللجوء إلى تطبيق الغرامات عليه، وذلك لتدارك النقائص المسجلة<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: حدود سلطة الإدارة في اختيار الجزاءات الإدارية

منح المشرع للإدارة سلطة فرض جزاءات إدارية في مواجهة المتعامل المتعاقد، الذي أخلّ بتنفيذ التزاماته التعاقدية، على أساس أنها تشكل من أهم الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة. إذ تستطيع الإدارة توقيع هذه الجزاءات طالما وجدت الأسباب والمبررات التي تستوجب ذلك ولها أن تختار الوقت المناسب لتوقيعها، بحسب ما تراه ضامنا لسير المرفق العام. على هذا الأساس، تم التطرق إلى السلطة التقديرية للإدارة في اختيار الجزاءات الإدارية (أولا) ثم تناولنا خضوع الجزاءات الإدارية للرقابة القضائية (ثانيا).

### أولا: السلطة التقديرية للإدارة في اختيار الجزاءات الإدارية

تتمتع الإدارة المتعاقدة بالحرية التامة في اختيار الجزاء الذي تراه مناسبا على المتعامل المتعاقد المخلّ بتنفيذ التزاماته، ولهذا تستطيع فرض جزاءات مالية، كما لها أن تلجأ إلى استعمال وسائل الضغط لدفعه للوفاء بالتزامه التعاقدية الممتنع عنه أو إجباره على أدائه على النحو المنصوص عليه في دفتر الشروط، أو كما يصطلح عليها باسم الجزاءات الضاغطة، ويمكن أن يصل الأمر بالإدارة إلى فرض جزاءات فاسخة.

### 1. سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقد معها

إن المقصود بالجزاءات المالية، هي تلك المبالغ التي يحق للإدارة أن تحصلها من المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 62 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>3</sup> رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها - دراسة مقارنة-، الطبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص.42.

بالرجوع لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن المشرع منح للمصلحة المتعاقدة سلطة فرض عقوبات مالية، في حالة عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجل المقررة، أو تنفيذها غير المطابق<sup>1</sup>.  
تتخذ الجزاءات المالية إما صورة غرامات التأخير أو مصادرة مبالغ الضمان أو المطالبة بالتعويض.

### 1.1 غرامة التأخير

تعد غرامة التأخير من الجزاءات المالية، التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها، لذا سنتناول تعريف غرامة التأخير، وشروط توقيعها على المتعاقد معها، وحالات الإعفاء منها.

#### 1.1.1 تعريف غرامة التأخير وشروط توقيعها على المتعاقد معها

غرامة التأخير هي: "عبارة عن مبلغ مالي محدد سلفاً في العقد، وتستطيع الإدارة تحصيله من المتعاقد الذي يتراخى في إتمام العمل وتسليمه في المواعيد المحددة، بمجرد حدوث التأخير من جانب المتعاقد معها، ودون حاجة إلى حكم قضائي أو إثبات حصول الضرر"<sup>2</sup>.

كما عرّف بعض الفقه غرامة التأخير، على أنها: "مبالغ مالية منصوص عليها في العقد للإدارة أن تحصلها من المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته دون حاجة إلى حكم قضائي"<sup>3</sup>.

يرى بعض الفقهاء، أن غرامة التأخير هي: " مبلغ من المال محدد في العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد، ويلتزم المتعاقد بأدائه في حالة عدم تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، خلال المواعيد المتفق عليها في العقد، وهي تهدف إلى ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، من خلال تنفيذ العقد الإداري في الميعاد المتفق عليه"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 01/147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص.307.

<sup>3</sup> عبد المالك بوفلجة، " الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد15، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سبتمبر 2015 ص.250.

<sup>4</sup> هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية-دراسة تطبيقية-، الطبعة01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2014، ص.112.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

مما سبق، نلاحظ أن مختلف التعريفات، اتفقت على أن غرامة التأخير عبارة عن مبلغ مالي محدد مسبقاً في العقد، تلجأ إليها الإدارة كجزاء لتأخر المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية بهدف ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

منح المشرع للإدارة المتعاقدة، إمكانية فرض غرامات على المتعامل المتعاقد معها، في حالة إخلال هذا الأخير بأجال التنفيذ أو في حالة تنفيذه غير المطابق لدفتر الشروط، وأحال إلى الأحكام التعاقدية للصفقة لتحديد نسب العقوبات المالية، وكيفية فرضها أو الإعفاء منها، طبقاً لدفتر الشروط المذكور في المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على اعتبار أن غرامة التأخير من العناصر المكونة للصفقة<sup>1</sup>.

كما نص المشرع كذلك، على جواز فرض غرامة التأخير على المفوض له، في حال ثبوت إخلاله في تنفيذ التزاماته<sup>2</sup>، وعلى خلاف ما هو وارد في الصفقات العمومية، فإن المشرع لم يحدد الجوانب المتعلقة بفرض هذه الغرامة، بل أحال تطبيق ذلك بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية<sup>3</sup>.

في هذا السياق، نجد قرار مجلس الدولة في قضية مقاوله أشغال البناء (ب.م) ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية المدية، حيث تلخص وقائعها، فيما يلي:

- حيث أن ديوان الترقية والتسيير العقاري رفع دعوى ضد مقاوله أشغال البناء طالب فيها بإلزام خصمه بأن يدفع له قيمة غرامة التأخير 1.812.400.65 دج، المقررة في قرار الفسخ مع تعويض قدره 500.000 دج.

أما المدعى عليه فطالب بمقابل الأشغال التي تم إنجازها، والتي تقدر بـ 1.012.023.93 دج، مع التعويض.

- حيث أن المقاول استأنف القرار، واستند في ذلك على أن بداية تنفيذ الصفقة صادف الفترة الممطرة مما جعله يتباطأ في وتيرة الإنجاز، وهذا ما تدرّج به الديوان لتقرير فسخ الصفقة وتقرير عقوبة التأخير، مما دفع بالمقاول طلب مقابل الأشغال المنجزة، والتي تقدر بـ 1.012.023.93 دج، والتي لم

<sup>1</sup> أنظر المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 62 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 04/62 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

يتقاضى مقابلها، مع طلبه كذلك بمبلغ 2.000.000 دج كتعويض ومقابل للبضاعة التي تركها في الورشة.

- حيث أن الديوان تقدّم باستئناف فرعي، يرمي إلى إلزام المستأنف الأصلي بأن يدفع له قيمة عقوبة التأخير المقررة في قرار الفسخ.

انطلاقاً من وقائع القضية، قرّر مجلس الدولة، ما يلي:

**في الشكل:** قبول الاستئناف الأصلي والفرعي.

**في الموضوع:** - رفض مجلس الدولة طلب ديوان الترقية والتسيير العقاري القاضي بدفع قيمة عقوبة التأخير، لأنه تم فسخ الصفقة، وبالتالي يتعدّر تحديد مدة التأخر، ومن ثمّ حساب عقوبتها.

- كما رفض مجلس الدولة لطلب التعويض الذي طالب به المقاول (لعدم التأسيس)، على أساس أن طلب التعويض غير مبرر، كون أن المقاول أقرّ بأنه تأخّر في الإنجاز.

- إلزام ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية المدية، بدفع للمقاول مبلغ 1.012.023.93 دج كمقابل للأشغال التي تم إنجازها<sup>1</sup>.

نستخلص من قرار مجلس الدولة، أنه في حالة فسخ الصفقة العمومية، يتعدّر معه حساب مدة التأخير، والتي على أساسها يتم حساب عقوبة التأخير، حيث أن مدة التأخير هي المدة التي تمتد من تاريخ انتهاء مدة الإنجاز إلى التاريخ الفعلي للتسليم النهائي، وعليه، فإن عدم إتمام المقاول لتنفيذ الأشغال وتسليمها، سيؤدي إلى قيام ديوان الترقية والتسيير العقاري بمصادرة الكفالة (عدم رفع اليد عن الكفالة)، وهو ما يعتبر بمثابة تعويض للديوان عن الضرر الناتج عن فسخ الصفقة على مسؤولية المقاول، وبالتالي مطالبة الديوان بدفع قيمة عقوبة التأخير المقررة في الفسخ غير مؤسس.

### - 2.1.1 حالات الإعفاء من غرامة التأخير

إذا كان الأصل، هو تمتع الإدارة بحق توقيع غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد معها في الحالتين المذكورتين آنفاً، إلا أنها تستطيع إعفاء المتعاقد من هذا الجزاء، تحقيقاً للمصلحة العامة:

<sup>1</sup> أنظر القرار رقم 077626، المؤرخ في 21 نوفمبر 2013، قضية مقاوله أشغال البناء (ب.م) ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية المدية، مجلة مجلس الدولة، العدد 11، 2013، ص.85.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

- حالة مسؤولية المصلحة المتعاقدة على توقيف الأشغال أو استئنافها<sup>1</sup>، وبالتالي فإن سبب التأخير لم يتسببها المتعامل المتعاقد، مثال ذلك تأخير المتعاقد في تسليم المبنى الذي بناه، بسبب تأخير الإدارة في تسليمه الأرض التي سيقام عليها في الموعد المحدد أو تأخيره في تجهيز مستشفى معين بالأجهزة الطبية المستوردة لصدور قرار من الإدارة بإغلاق باب الاستيراد لمدة معينة<sup>2</sup>.

- سبب التأخير يعود للقوة القاهرة، أي لأسباب خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، لم تكن متوقعة أثناء إبرام الصفقة، تجعل تنفيذها أكثر إرهاقا له، كأن تكون الظروف الاقتصادية أدت إلى ارتفاع الأسعار أو ظروف طبيعية تؤدي إلى تعليق آجال التنفيذ مثلا<sup>3</sup>.

في كلتا الحالتين، ينبغي تحرير شهادة إدارية في الموضوع، لتثبيت المركز القانوني للمتعامل المتعاقد.

مما سبق، نستنتج أن المشرع قيّد ممارسة الإدارة في فرض غرامة التأخير بحالتين في حالة عدم تنفيذ المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته التعاقدية في الأجل المقررة، أو في حالة تنفيذها غير المطابق، إلا أن الإدارة ليست ملزمة بتوقيع هذا الجزاء، فهي تتمتع بسلطة تقديرية في توقيعها وفقا لمقتضيات المصلحة العامة.

كما أن المشرع كذلك أكد على الطابع الاتفاقي للغرامة التأخيرية، بمعنى أن تطبيقها يقتصر على إرادة الطرفين، ومقدارها وكيفية حسابها، وكيفية فرضها أو الإعفاء منها محددًا في الصفقة (دفتري الشروط)، مع الإشارة إلى عدم تحديد المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، لمقدار غرامة التأخير.

إضافة إلى غرامة التأخير، منح المشرع للإدارة مصادرة التأمين كأحدى صور الجزاءات الإدارية المالية.

<sup>1</sup> أنظر المادة 04/147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> ببو خلاف، حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2020/2019، ص. ص. (308،309).

<sup>3</sup> نبيل ازرايب، المرجع السابق، ص. 142.

## 2.1 مصادرة التأمين

تعتبر التأمينات مبالغ مالية تدفع من المتعامل المتعاقد كضمان للمصلحة المتعاقدة، تتوقى بها آثار الأخطار التي قد تصدر منه أثناء مباشرة تنفيذ الصفقة العمومية، وقصد ضمان جدية العرض وقدرته على تحمل المسؤولية التي تنتج عن إخلاله بالتزاماته<sup>1</sup>.

أما مصادرته فيعني "استيلاء الإدارة على مبلغ التأمين، الذي يودعه المتعاقد مع الإدارة ليضمن لها ملاءته لمواجهة مسؤوليته في حال إخلاله بشروط العقد<sup>2</sup>.  
تتمثل التأمينات في: كفالة التعهد<sup>3</sup>، كفالة رد التسبيقات<sup>4</sup>، كفالة حسن التنفيذ<sup>5</sup>، التي تتحول إلى كفالة ضمان<sup>6</sup> عند التسليم المؤقت، عندما تنص الصفقة على أجل الضمان.

قد نص المشرع في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على الكفالات كضمان للإدارة، إذ يمكن أن تقوم هذه الأخيرة في حالة عدم وفاء المتعاقد بالتزاماته بمصادرة مبلغ الكفالة<sup>7</sup>.  
إن التأمين نوعين، تأمين مؤقت، وتأمين نهائي.

- **التأمين المؤقت (كفالة التعهد):** هو التأمين الذي يدفع عند التقدم بالعبء لضمان جدية المتقدم بالعبء، وقد نص عليه المشرع في المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.176.

<sup>2</sup> ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، (دون طبعة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016، ص.200.

<sup>3</sup> أنظر المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>5</sup> أنظر المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>6</sup> أنظر المادة 131 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>7</sup> نصت المادة 01/124 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/ أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة"، المصدر السابق.

<sup>8</sup> نصت المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: " يجب على المتعهدين، فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المظتين الأولى والثانية على التوالي من المادة 184 من هذا المرسوم تقديم كفالة تعهد تفوق 1% من مبلغ العرض، ويجب النص على هذا المطلب في دفتر الشروط للدعوة للمنافسة، وتعد الكفالة بالرجوع لمبلغ العرض..."، المصدر السابق.



## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

إذا، نستشف أن الهدف من إلزام المشرع للمتعهدين بتقديم كفالة تعهد، هو كضمان للإدارة بأن تكون في وضعية مالية حسنة، مما يستوجب ضمان حسن تنفيذ الصفقة، وكضمان كذلك على جدية المتعهد، ويتم مصادرة كفالة التعهد في حالة سحب المتعهد لعرضه قبل انتهاء مدة سريان العروض أو إذا تخلف عن إيداع التأمين النهائي.

أما التأمين النهائي، أو كما سمّاه المشرع بكفالة حسن التنفيذ<sup>1</sup>: فيقصد به التأمين الذي يدفعه من يرسو عليه العطاء، لضمان حسن تنفيذ التزاماته، طبقا لشروط العقد، ومعرفة ملاءمة المتعاقد مع الإدارة إزاء المسؤوليات التي تواجهه عن قيامه بتنفيذ العقد<sup>2</sup>، وسمي التأمين بالنهائي، لأن المتعاقد المتعاقد مع الإدارة يلتزم بتقديمه بعد رسو الصفقة عليه بصفة نهائية، ضمانا لحسن التنفيذ.

يمكن للإدارة إعفاء المتعاقد معها من كفالة حسن التنفيذ في الحالات التالية:

- بعض صفقات الدراسات والخدمات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات، مثال ذلك: الصفقات المتعلقة بخدمات النقل، والصفقات المتعلقة بخدمات الطبع والصفقات المتعلقة بالتنظيف، وغيرها من الصفقات<sup>3</sup>.
- إذا كان أجل تنفيذ الصفقة لا يتجاوز 03 أشهر.
- الصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط.
- الصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية<sup>4</sup>.
- الحرفيون الفنيون والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري، عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> نصت المادة 01/130 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: "زيادة على كفالة رد التسيبقات المنصوص عليها في المادة 110 أعلاه، يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة..." المصدر السابق.

<sup>2</sup> ببو خلاف، المرجع السابق، 317.

<sup>3</sup> أنظر القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 07 مارس 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ، الجريدة الرسمية، العدد 48، الصادرة في 24 أوت 2011.

<sup>4</sup> أنظر المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>5</sup> أنظر المادة 04/133 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

حددت المادة 01/133 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، مبلغ كفالة حسن التنفيذ ما بين 5% و10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها. أما بالنسبة لتفويض المرفق العام، فوجد المشرع نص في المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المتعلق بتفويض المرفق العام، على التأمينات في البيانات الواجب توفرها في اتفاقية تفويض المرفق العام، دون ذكر تفاصيل عنها. على الرغم من أن المشرع منح للإدارة في حالة عدم وفاء المتعامل المتعاقد بالتزاماته بمصادرة التأمين، إلا أن هذا لا يمنع الإدارة من المطالبة بالتعويض عن الأخطاء التي ارتكبتها المتعاقد.

### 3.1. التعويض كجزء مالي

التعويض هو عبارة عن مبالغ مالية، يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها، في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، عندما لا يتضمن العقد أو دفا تر الشروط عن النص على جزاء مالي آخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال<sup>1</sup>.

يتضح من خلال هذا التعريف، أن التعويض تفرضه الإدارة على المتعاقد معها، بقصد جبر الضرر الذي لحق بها جراء إخلاله بالتزاماته التعاقدية، ولم يتضمن لا العقد ولا دفا تر الشروط على جزاء مالي آخر لمواجهة هذا الإخلال.

إن التعويض يختلف عن الغرامات المالية في مسألة وجوب إثبات الضرر اللاحق بالإدارة فعندما يتعلق الأمر بالتعويض، فأثبات الضرر وجوبي، لكن غير ضروري لتوقيع الغرامات المالية. من المستقر عليه في القضاء الفرنسي، أن للإدارة الحق في اقتضاء التعويض من المتعاقد معها مباشرة بنفسها، دون اللجوء للقضاء، حيث أنها تقوم بإصدار أوامر الدفع مباشرة لإلزام المتعاقد معها بدفع مبلغ التعويض الذي حددته، وبالمقابل للمتعاقد حق اللجوء إلى القضاء والطعن في قرار التعويض سواء من حيث مشروعيته أو قيمته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص.55.

<sup>2</sup> حكيمة حمدي، ياسين قوتال، " القيود الواردة على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعامل الاقتصادي-الضمانة القضائية نموذجاً-، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 09، العدد 01، جامعة عباس لغرور خنشلة، 2022، ص.327.

بالرجوع للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، نجد أن المشرع لم يشير إلى كيفية تحصيل التعويض إلا أنه أشار بصفة العموم على أن تقتطع العقوبات المالية، بما فيها التعويض المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات، التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة<sup>1</sup>، بمعنى أن المصلحة المتعاقدة مقيدة بما تم الاتفاق عليه في بنود الصفقة كضابط على حريتها.

لقد منح المشرع في المادة 69 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، يتعلق بتفويض المرفق العام، للسلطة المفوضة التعويض جراء الاستعمال غير العقلاني و/أو التعسفي لممتلكات المرفق العام من قبل المفوض له، وأما بالنسبة لحساب التعويض فيكون وفقا لبنود اتفاقية التفويض.

خوّل المشرع للإدارة فرض جزاءات على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزامات موضوع الصفقة أو تفويض المرفق العام، غير أنه لا يقتصر حقها في توقيع الجزاءات المالية فقط، وإنما تتمتع أيضا بسلطة فرض جزاءات أشدّ تأثيرا على المتعامل المتعاقد في حالة إصراره على عدم تنفيذ الصفقة أو تفويض المرفق العام، وهي ما يطلق عليها بالجزاءات الضاغطة، فيا ترى فيما تتمثل هذه الجزاءات؟ وما هي الآثار المترتبة عن تطبيقها على المتعامل المتعاقد؟

## 2. سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها

الجزاءات الضاغطة هي إجراءات مؤقتة لا يترتب عليها إنهاء العقد، إنما يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولا أمام الإدارة، وتتم العملية على حسابه وعلى مسؤوليته، وذلك بهدف ضمان وكفالة حسن سير المرافق العامة<sup>2</sup>.

يعدّ هذا الجزاء أكثر قساوة مقارنة بباقي الجزاءات المالية، لذا لا تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة، إلا إذا أخل المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة إخلالا خطيرا.

تختلف صور الجزاءات الضاغطة، التي تمارسها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها على حسب اختلاف طبيعة العقد، فهي تتخذ صورة فرض الحراسة على المرفق العام بالنسبة لعقد الامتياز، وصورة

<sup>1</sup> أنظر المادة 03/147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص. 133.

سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال أو صورة الشراء على حساب ومسؤولية المتعاقد بالنسبة لعقد التوريد.

## 1.2 فرض الحراسة على المرفق العام بالنسبة لعقد الامتياز

وضع المرفق تحت الحراسة، يعني حلول الإدارة محل الملتزم، بصورة مؤقتة بهدف ضمان تسيير المرفق العام من دون توقّف أو انقطاع على حساب الملتزم ونفقته، وهذا الجزاء لا يؤدي إلى فسخ العقد وإلى إسقاط حقوق الملتزم، بل يؤدي إلى رفع يده مؤقتا عن إدارة المرفق العام<sup>1</sup>.

وعليه، فإن الحراسة على المرفق العام هو إجراء مؤقت، يصدر من جانب الإدارة من خلال حلولها بنفسها أو أن تعين شخصا آخر محل الملتزم المقصر في تنفيذ التزاماته، دون أن يترتب عليها إنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين الملتزم، لكنه يؤدي إلى رفع يد الملتزم بصورة مؤقتة عن إدارة المرفق العام، لضمان حسن سير المرفق العام.

يجدر بنا الإشارة، إلى أن المشرع المغربي على خلاف المشرع الجزائري، قد نص على هذا الجزاء في الفصل 62 تحت عنوان: "الوضع تحت الحراسة بالإدارة المؤقتة والإحلال التلقائي" من الباب الثاني الموسوم بـ "التدابير والجزاءات الإدارية"<sup>2</sup>.

وقد اشترط لتطبيق هذا الجزاء، أن يكون المفوض له قد تكرر تقصيره أو في حالة الخطأ الجسيم الذي ينسب له في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب الاتفاقية، وخصوصا إذا أصبحت السلامة العمومية مهددة أو لم يتم القيام بالمرافق المفوضة إلا جزئيا، فإن السلطة المفوضة تأمره بإخطار مكتوب بالقيام باللائم داخل أجل محدد، يسري اعتبارا من يوم تسلم الإخطار، ولا يتعدى 10 أيام كاملة، إلا في حالة الظروف الاستثنائية.

في حالة إذا لم يوف المفوض له بالالتزامات بعد انقضاء الأجل الذي تم تحديده في الإخطار فإن للسلطة المفوضة أن تقوم على نفقته وتحت مسؤوليته بإحدى التدابير التالية:

<sup>1</sup> أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام -دراسة تحليلية مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2014، ص.216.

<sup>2</sup> ظهير شريف رقم 1.06.15، الصادر في 14 فيفري 2006، بتنفيذ القانون رقم 54.05، المتعلق بالتدابير المفوض للمرافق العامة.

- وضع التدبير المفوض تحت الحراسة من قبل السلطة المفوضة بصورة مؤقتة أو كلية أو جزئية على نفقة ومسؤولية المفوض له.
- إحلال مقاوله محل المفوض له المخل بالتزاماته، إلى حين إعادة الحالة العادية.
- كما أشار المشرع المغربي، إلى أنه في حالة حلول السلطة المفوضة محل المفوض له بصورة مؤقتة، إلى حين إعادة الحالة العادية، إيقاف العمل بالاتفاقية كليا أو جزئيا.
- يترتب على قرار فرض الحراسة على المرفق العام، النتائج التالية:
- رفع يد الملتزم عن المرفق، إذ تتولى الإدارة تسيير المرفق بصورة مؤقتة، إما بنفسها أو عن طريق مقاول تقوم بتعيينه حارسا على المرفق العام، وكل ما يقوم به من تصرفات قانونية تتصرف آثارها إلى الملتزم.
- تلتزم الإدارة أثناء فترة الحراسة بتنظيم استغلال المرفق، وفقا للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط.
- من حق الإدارة الاستيلاء المؤقت على ما يوجد في المرفق، من منشآت ومعدات مملوكة للملتزم وتكون لازمة لتشغيل المرفق، على أن تعاد إليه فيما بعد بحالة سليمة.

## 2.2. سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال

- إن الجزاءات الضاغطة التي تفرضها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته في عقد الأشغال العامة، تتمثل في سحب الإدارة بنفسها العمل أو الأعمال من المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته أو المتأخر في أدائها، والتنفيذ على حسابه أو بواسطة متعاقد جديد على مسؤولية وحساب المتعاقد الأصلي<sup>1</sup>.
- وعليه، فإن حلول الإدارة بنفسها أو بواسطة متعاقد آخر، الهدف منه هو إجبار المتعاقد المقصر على تنفيذ التزاماته، لضمان حسن سير المرافق العامة، فهذا الجزاء لا ينهي العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمقاول، بل يظل مسؤولا أمام الإدارة.

<sup>1</sup> فوزية هاشمي، " سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 01، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، 2018، ص. 382.

لقد نصّ المشرع على جزاء سحب العمل من المقاول في المادة 3/35 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964، على أن: "...إذا لم ينفذ المقاول المقترضات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيس باستثناء حالة الاستعجال، بعد عرض المسألة على الوزير أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئياً".

ما يلاحظ، أن المشرع نصّ على النظام المباشر، والذي يقصد به هو وضع المقاول تحت الإدارة المباشرة لصاحب الأشغال (الإدارة)، فتحلّ محلّ المقاول، وتعيّن مدير يقوم بتنفيذ الأشغال على حساب المقاول وتحت مسؤوليته<sup>1</sup>.

### 1.2.2. شروط سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة

نظراً لخطورة هذا الجزاء الذي تفرضه المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها في حالة تخلفه أو تأخره عن تنفيذ التزاماته، فإنه لا بدّ من توفّر شروط توقيع هذا الجزاء، حتى لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في تطبيقه، والتي تتمثل فيما يلي:

#### - وقوع خطأ جسيم من المقاول

يسلمّ مجلس الدولة الفرنسي، بأن الإدارة لا يسمح لها بأن تلجأ إلى هذا الإجراء إلا في حالة الخطأ الجسيم من جانب المتعاقد<sup>2</sup>.

وعليه، فليس كل خطأ من جانب المتعاقد، يبرر للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى توقيع الجزاءات الضاغطة، بل يجب أن يكون خطأه جسيماً.

حسب نص المادة 01/35 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964، نجد أن المشرع يحدّد لنا حالات سحب العمل من المقاول، إذ أنه يفهم أن الأخطاء الجسيمة التي تبرر للإدارة اتخاذ هذا الجزاء يكون في حالتين هما:

#### الحالة الأولى: عدم مراعاة المقاول لشروط الصفقة

إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ الأشغال أو وقّف الأشغال لفترة معينة، أو تخلّى عن التنفيذ كلياً أو جزئياً، منح المشرع للإدارة إمكانية توقيع جزاءات ضاغطة على المقاول المقصر في التنفيذ وسحب

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص.384.

<sup>2</sup> سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري-دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، مصر، 2007، ص.966.

الأشغال منه، وتحلّ الإدارة محله أو بواسطة مقاول آخر، على حساب مسؤولية المقاول المقصّر وتحت حسابه<sup>1</sup>.

### الحالة الثانية: عدم امتثال المقاول لأوامر المصلحة

تقوم المصلحة المتعاقدة بإصدار أوامر المصلحة، بقصد تحديد أوضاع تنفيذ موضوع الصفقة إذ أنها تصدر من الأعضاء الفنيين في الإدارة، لاسيما المهندسين المنوط بهم الإشراف على تنفيذ الأشغال العامة<sup>2</sup>، فإذا لم يمتثل المقاول لهذه الأوامر، جاز للمصلحة المتعاقدة توقيع سحب الأعمال منه.

### - وجوب إعدار المقاول

ينبغي أن تراعي المصلحة المتعاقدة قبل توقيع الجزاء على المقاول، ضرورة إعداره وإعلامه وتنبهه أن المصلحة المتعاقدة عازمة على توقيع الجزاء عليه.

عادة ما يكون التزام الإدارة بإعدار المتعاقد منصوصا عليه في الصفقة أو في دفتر الشروط وقد أكد المشرّع بموجب المادة 01/35 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964، على ضرورة إعدار المقاول المقصّر من قبل الإدارة المتعاقدة قبل توقيع جزاء سحب الأعمال منه، إذ تمنحه آجال 10 أيام، طبقا لما نصت عليه الفقرة الأولى والثانية من المادة 35، حتى يتسنى له تنفيذ التزاماته خلال هذه الآجال، وعليه فإن الإدارة ملزمة باحترام الآجال، فلا توقع الجزاء إلا بعد انقضائها.

طبقا للمادة 10/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإن الإدارة في حالة الاستعجال مغفأة من إعدار المقاول المقصّر في تنفيذ التزاماته.

### 2.2.2. الآثار المترتبة على سحب العمل من المقاول

يترتب عن جزاء سحب الأعمال من المقاول جملة من الآثار، والتي تتمثل فيما يلي:

<sup>1</sup> أنظر القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة في 20 جانفي 1965.

- أنظر المادة 03/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 03/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، المصدر السابق.

- يعتبر سحب الأعمال من المقاول جزاء مؤقت غير منهي للصفقة، إلا أنه يتم استبعاد المقاول المقصّر في تنفيذ التزاماته مؤقتًا عن تنفيذ الأشغال<sup>1</sup>.

- سحب المصلحة المتعاقدة للأعمال من قبل المتعاقد معها، يترتب عليه استمرار مسؤوليته في التنفيذ، فليس له أن يتقاضى مقابل مالي عن الأعمال التي قام بتنفيذها، كما لا يمكن أن يسترجع التأمين المالي أو الضمان الذي دفعه<sup>2</sup>، فهو بمثابة تعويض للمصلحة المتعاقدة جزاء تقصير وتأخر في تنفيذ المقاول لالتزاماته.

- للمقاول الحق في متابعة الأعمال أو الأشغال دون التدخل في تنفيذها، كما أنه يتحمل كافة النفقات الناتجة عن التنفيذ المباشر<sup>3</sup>.

إضافة إلى جزاء سحب الأشغال من المقاول جزاء تقصيره في تنفيذ التزاماته، نجد نوعا آخرًا من الجزاءات الضاغطة، وهو الشراء على حساب ومسؤولية المورد بالنسبة لعقد التوريدسنورده تباعا.

### 3.2. الشراء على حساب ومسؤولية المورد بالنسبة لعقد التوريد

إن الشراء على حساب ومسؤولية المورد بالنسبة لعقد التوريد، هو الإجراء الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة اتجاه المورد المتعاقد معها، في حال تخلفه عن توريد المواد المتفق عليها في المدة المحددة أو تخلف توريدها بالمواصفات المطلوبة، وذلك بشراء هذه المواد على نفقته، وتحت مسؤوليته<sup>4</sup>.

وعليه، في حالة تراخي المورد تنفيذ التزاماته أو تخلف توريدها بالمواصفات المطلوبة على أساس أن المورد في صفقات التوريد ملزم بتوريد السلع والمواد المطلوبة منه، طبقًا للشروط والمواصفات التي تم النص عليها في دفتر الشروط، لذلك فإن المصلحة المتعاقدة، يحق لها أن تقوم

<sup>1</sup> فوزية هاشمي، " سلطة الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها"، المرجع السابق ص.387.

<sup>2</sup> أنظر المادة 06/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 06/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، المصدر السابق.

<sup>4</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.180.



بالشراء على حساب ومسؤولية المورد، كجزء يفرض عليه نتيجة تقصيره في تنفيذ التزاماته ولضمان حسن سير المرفق العام على النحو الذي تحقق فيه المصلحة العامة.

### 1.3.2. شروط الشراء على حساب ومسؤولية المورد

لتطبيق هذا الجزء على المورد المقصّر، لابد على المصلحة المتعاقدة التقيد بجملة من الشروط، والتي تتمثل فيما يلي:

- حدوث خطأ جسيم من المورد: يعني أن يكون المورد قد قصر في تنفيذ التزاماته تقصيرا جسيما مما يبزر قيام الإدارة بالشراء على حساب ومسؤولية المورد، كمثال على ذلك عجز المورد على توريد كل الكميات المطلوبة منه، أو تأخر في توريدها في الميعاد المحدد في العقد أو توريده لأصناف ليست وفقا للمواصفات والنوعية والجودة المطلوبة<sup>1</sup>.
- وجوب إعدار المورد قبل اتخاذ هذا الجزء: يجب على المصلحة المتعاقدة إعدار المورد قبل الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته، حتى يستطيع أن يتدارك الخلل ويصلحه.

### 2.3.2 الآثار المترتبة عن الشراء على حساب ومسؤولية المورد

- تتعدد الآثار التي تترتب على تطبيق الإدارة لهذا الجزء، وهي لا تختلف عن غيرها من الجزاءات الضاغطة، والتي تتمثل فيما يلي:
- الشراء على حساب المورد، هو إجراء وقتي، لا يترتب عليه إنهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، حيث يتم الشراء من جانب الإدارة بنفسها أو عن طريق متعاقد آخر، وفقا للمواصفات والشروط الموجودة في دفتر الشروط، على حساب المورد وتحت مسؤوليته<sup>2</sup>.
  - يتحمل المورد المقصّر في تنفيذ التزاماته كل النفقات المترتبة عن الشراء، من زيادة في الثمن مضافا إليها ما يستحق من تعويضات، وقيمة كل خسارة لحقت بالإدارة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> فوزية هاشمي، " سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها"، المرجع السابق ص.389.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.389.

<sup>3</sup> هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.151.

- يعتبر الشراء على حساب المورد، تطبيقاً لقاعدة الالتزام العيني عند تراخي المورد أو امتناعه في التنفيذ<sup>1</sup>.

لا تقتصر الجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة وفق الشروط المحددة في بنود الصفقة أو دفتر الشروط على المتعاقد معها المخلّ بالتزاماته (سواء بالتأخير أو تقصير في التنفيذ أو ارتكابه لخطأ جسيم)، على الجزاءات المالية والضاغطة، بل تتعدّها إلى جزاءات فاسخة، فلا يمكن تصوّر بقاء الإدارة عاجزة إزاء تعنّت المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته، ما لم يكن بمقدورها فسخ العقد بإرادتها المنفردة.

### 3. سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الفاسخة

تعتبر سلطة الإدارة في فسخ الصفقة العمومية من أهم مظاهر السلطة العامة، التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعامل المتعاقد في إطار تنفيذ الصفقات العمومية.

على هذا الأساس، يعدّ الفسخ من أخطر الامتيازات المقررة للإدارة على عقود الصفقات العمومية، وعلى اتفاقية تفويض المرفق العام، ونظراً لخطورته، حرص المشرّع على إخضاع عملية الفسخ إلى ضوابط وقيود بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وكذلك بما تمّ النص عليه في بنود الصفقة أو الاتفاقية.

لهذا، نجد أن المشرّع أدرج في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والمرسوم التنفيذي رقم 199/18، صورا لفسخ الصفقة العمومية، يمكن تصنيفها إلى فسخ جزائي وفسخ اتفاقي وفسخ دون خطأ من المتعامل المتعاقد.

على اعتبار أننا بصدد دراسة سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الفاسخة، سنتناول الفسخ الذي تتّخذه الإدارة كجزاء، ألا وهو الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة عند إخلال المتعاقد بالتزاماته في تنفيذ الصفقة أو الاتفاقية (الفسخ الجزائي)، وهذا لا يعني عدم وجود أشكال أخرى للفسخ، بل منح المشرّع في المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، للمصلحة المتعاقدة بسلطة الفسخ دون خطأ من المتعامل المتعاقد (الفسخ لدواعي المصلحة العامة).

<sup>1</sup> فوزية هاشمي، " سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها"، المرجع السابق ص.389.

إضافة لذلك، أجاز المشرع اللجوء للفسخ الإتفاقي أو التعاقدى للصفقة، عندما يكون مبرراً بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، وحسب الشروط المتفق عليها في الصفقة، وهذا حسب نص المادة 151 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

### 1.3 تعريف الفسخ الجزائري

عرّف الفقه الفسخ الجزائري بأنه: " هو ذلك الجزاء الشديد الجسام، الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعه على المتعاقد معها المقصّر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث يترتب على ذلك استبعاد المتعاقد نهائياً عن تنفيذ العمل موضوع العقد"<sup>1</sup>.

من خلال هذا التعريف، نستشف أنه ربط توقيع الفسخ الجزائري بتقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، مما يترتب عليه استبعاد المتعاقد نهائياً عن تنفيذ العمل، وبالتالي فسخ كلي للصفقة.

كما عرّف الأستاذ سليمان محمد الطماوي، الفسخ الجزائري، على أنه: " جزاء يستهدف إنهاء الرابطة التعاقدية، وبالتالي يفترض أن المتعاقد أخطأ خطأ جسيماً، ولا تلجأ الإدارة لهذا الجزاء إلا مضطرة، ووجدت أنه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد"<sup>2</sup>.

من خلال تعريف الأستاذ الطماوي للفسخ الجزائري، نستشف أنه نظراً لخطورة هذا الجزاء فإنه لا يسمح به إلا بالنسبة للأخطاء الجسيمة المرتكبة من طرف المتعاقد مع الإدارة، والذي يترتب عليه إنهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة المتعاقدة وبين المتعاقد معها، بعد تيقن أنها لا جدوى من تقويم المتعاقد، وقد ورد النص على الفسخ الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 والمرسوم التنفيذي رقم 199/18.

مما سبق، ونظراً لخطورة هذا الجزاء على أطراف العلاقة التعاقدية، قيّد المشرع المصلحة المتعاقدة والسلطة المفوضة قبل توقيع هذا الجزاء بشروط، هذا يعني أن سلطة الإدارة ليست مطلقة في الفسخ الجزائري، بل يتوجب لتطبيقه التقيد بالضوابط، وكما رتب كذلك له آثاراً قانونية، وجب منا تحليلها للوقوف على مدى ضبط المشرع لهذا الجزاء.

<sup>1</sup> ببو خلاف، المرجع السابق، ص.429.

<sup>2</sup> حكيمة حمدي، ياسين قوتال، المرجع السابق، ص.328.

### 2.3 شروط الفسخ الجزائي في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 والمرسوم التنفيذي رقم 199/18

يشترط لإقرار المصلحة المتعاقدة للفسخ الجزائي، أن تتقيد بالشروط الآتية ذكرها:

#### 1.2.3 خطأ المتعامل المتعاقد (عدم تنفيذه لالتزاماته أو عدم تداركه لتقصيره في الأجل الذي حدده له الإعدار)

حسب نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، نلاحظ أن المشرع سمح للإدارة المتعاقدة للجوء إلى الفسخ الجزائي، في حالة عدم تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته، ولم يشترط المشرع في الخطأ المرتكب من طرف المتعاقد معها، أن يكون جسيماً كما هو الحال عليه في القضاء الفرنسي الذي يشترط درجة الجسامة للخطأ المرتكب.

هذا ما ذهب إليه المشرع في الصفقات العمومية للأشغال، بموجب المادة 01/123 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21 (المذكور آنفاً)، حيث نجده أكد على أن الفسخ بالإرادة المنفردة من قبل الإدارة يستوجب ارتكاب المقاول لخطأ كبير، بمعنى أن المشرع لم يشترط في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام درجة الخطأ المرتكب من قبل المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته وهذا على حسب نوع الصفقة المراد تنفيذها.

كما أنه لم يوضح صور الإخلال أو أسباب الفسخ، مما يفتح باب تعسف المصلحة المتعاقدة في توقيع هذا الجزاء، لكن بالمقابل يبقى للمتضرر اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه في التعويض. إضافة إلى ذلك، نجد أن المشرع قرّر حالة أخرى للمصلحة المتعاقدة في الفسخ بإرادتها المنفردة في حالة القيام بإعداره، ورغم ذلك لم يتدارك المتعامل المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى نص المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، نجد أن المشرع منح للمصلحة المتعاقدة سلطة فسخ الصفقة العمومية المبرمة مع المتعامل المتعاقد الأجنبي بسبب خطئه وتحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي، في حالة عدم احترامه للأجال وكيفيات الإنجاز المحددة في دفتر الشروط، وبعد إعداره حسب الشروط المحددة في قانون الصفقات العمومية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 02/149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تأمر بفسخ الصفقة، وتحت مسؤولية المتعامل المتعاقد، في حالة اكتشافها بعد إمضاء الصفقة أن المعلومات التي قدّمها صاحب هذه الصفقة مزيفة<sup>1</sup>.

على غرار ما تضمّنه المرسوم الرئاسي رقم 247/15، فيما يخص الفسخ الجزائي، نجد أن المشرّع في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، نصّ على هذا النوع من الفسخ، حيث أنه منح للسلطة المفوضة إمكانية اللجوء إلى الفسخ بالإرادة المنفردة لاتفاقية تفويض المرفق العامة، ودون تعويض للمفوض له في حالة إذا ما استمر هذا الأخير في الإخلال بالتزاماته بعد إعداره<sup>2</sup>.

مما سبق نلاحظ، أن المشرّع منح للإدارة سلطة تقديرية واسعة لتقدير مدى خطورة الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد معها، والذي يبرّر الفسخ أم لا، كما أنه يجوز للإدارة أيضا القيام بفسخ جزئي للصفقة. كما أن المشرّع منع الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بالفسخ عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر، الذي لحق بها بسبب خطأ المتعامل المتعاقد<sup>3</sup>.

يتّضح أن المشرّع منح للمصلحة المتعاقدة سلطة فسخ الصفقة العمومية، كجزء توقّعه على المتعامل المتعاقد المخلّ والمقصر بالتزاماته، حتى ولو وقعت عليه جزاءات أخرى تتعلّق بمصادرة الضمان أو التأمين، وملاحقته بالمطالبة بالتعويض جبرا للضرر، الذي لحق بها بسبب سوء تصرفه لأنّ عقد الصفقة العمومية، هو عقد مكتوب يشكّل حجة بما هو وارد فيه، وأن أطراف العلاقة التعاقدية لا يستطيعان الاحتجاج، إلا بما هو وارد في الصّفقة العمومية، وبالتالي، فإن بنود الصفقة تشكّل القانون المطبّق على أطرافها في حالة وجود نزاع.

في سياق ما سبق، نجد ما قضى به مجلس الدولة في قضية والي ولاية عنابة ضد مؤسسة أشغال البناء، الذي تضمّن: " حيث أنه ثابت بالرجوع إلى المادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 -، والتي تقابلها المادة 152 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15-، التي تنص صراحة على أنه: " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والملاحقات الرامية إلى إصلاح الضرر، الذي لحقها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها" وطبقا للمواد 84، 85، 87، 88 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02- تقابلها المواد 131، 130 من

<sup>1</sup> أنظر المادة 03/69 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 03/62 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 152 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

المرسوم الرئاسي رقم 247/15-، فإن كفالة حسن التنفيذ تتحول عند التسليم المؤقت إلى كفالة الضمان بمجرد تحديد أجل للضمان في بنود الصفقة<sup>1</sup>.

ما نستشفه من قرار مجلس الدولة، هو أنه ما دام قد صدر قرار بفسخ الصفقة نتيجة عدم قيام مؤسسة أشغال البناء بإنجاز الأشغال المتفق عليها، وعدم التسليم النهائي للأشغال، فهذا يعدّ إخلالا بالتزاماتها، وعليه لا يمكن لهذه المؤسسة أن تعترض على عدم رفع المصلحة المتعاقدة يدها عن كفالة الضمان (بمعنى كفالة الضمان لا تردّ إلى المؤسسة إلاّ عند التسليم النهائي)، فهي تشكّل تعويضا للمصلحة المتعاقدة لجبر الضرر الذي لحقها من جراء فسخ الصفقة.

### 2.2.3 وجوب إعدار المتعامل المتعاقد قبل توقيع الفسخ الجزائي

لقد أحسن المشرع صنعا، عندما نصّ في المادة 02/149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على وجوب توجيه إعدار للمتعامل المتعاقد، قصد الوفاء بالتزاماته خلال المدة التي تم تحديدها في الإعدار.<sup>2</sup>

وعليه، إذا لم يتم المتعامل المتعاقد بالوفاء بالتزاماته بعد انتهاء مدة الإعدار يخوّل للإدارة سلطة الفسخ بإرادتها المنفردة، ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، وهذا خلافا لما هو عليه في العقد المدني، حيث أن المتعاقد لا يملك الفسخ الجزائي بل يلجأ للقاضي.

يقصد بالإعدار، "وثيقة رسمية يطلب فيها من المتعاقد تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في بنود الصفقة، وهو شرط جوهري، إذ لا فسخ من دون الإعدار، فهو آلية لضمان حماية المتعامل المتعاقد ووسيلة لتنبهه لتدارك التأخر"<sup>3</sup>.

حدّد القرار الذي يحدّد البيانات التي يتضمنها الإعدار وأجال نشره في المادة 03 منه مضمون الإعدار كإجراء وجوبي وشكله، حيث أنه يجب أن يتضمن الإعدار البيانات التالية:

تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.

<sup>1</sup> لمزيد من التفاصيل، راجع: القرار رقم 072357، المؤرخ في 13 ديسمبر 2012، قضية والي ولاية عنابة ضد مؤسسة أشغال البناء جميع هياكل الدولة، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، 2014، ص.114.

<sup>2</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.31.

<sup>3</sup> عادل بوعمران، المرجع السابق، ص.198.

- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.
- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعتها.
- توضيح إن كان أول أو ثاني إعدار.
- موضوع الإعدار.
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعدار.
- العقوبات المنصوص عليها في حال رفض التنفيذ<sup>1</sup>.

أما عن شكل الإعدار وآجاله، فقد بينتهما المادتين 04 و 05 من نفس القرار، بأنه يتم برسالة موصى عليها، ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام، ونشره وجوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين، ويحرر باللغة العربية وبلغه أجنبية واحدة على الأقل.

يسري مفعول الإعدار ابتداء من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة.

بعدها تطرقنا لشروط الفسخ الجزائي، فما هي الآثار التي تترتب على سلطة الإدارة في فسخ الصفقة أو اتفاقية تفويض المرفق العام؟

### 3.3 آثار فسخ الصفقة أو اتفاقية تفويض المرفق العام كجزء على المتعامل المتعاقد

يترتب على الفسخ الجزائي جملة من الآثار القانونية، والتي تتمثل فيما يلي:

#### 1.3.3 إنهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها

بمجرد صدور قرار الفسخ، تنقطع العلاقة التعاقدية بين طرفي الصفقة أو الاتفاقية، ويتوقف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، التي شملها الفسخ بصورة كلية (فسخ مجرد بدون شرط ولا قيد)، إلا أنه يمكن للإدارة أن تفسخ العقد بصورة جزئية، وهذا ما جاءت به المادة 02/149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وهو ما يشكل إرهاقا وإجحافا في حق المتعامل المتعاقد مع الإدارة، كما أن المشرع لم يحدّد مفهومه ولا الأحكام المتعلقة بالفسخ الجزئي.

<sup>1</sup> أنظر القرار، المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعدار وآجال نشره، الجريدة الرسمية العدد 24، الصادرة في 20 أبريل 2011.

### 2.3.3 تحميل المتعامل المتعاقد مسؤولية جزاء الفسخ

يترتب على الفسخ الجزائي للصفقة، تحمّل المتعاقد تبعات هذا الجزاء، ومنها نشوء حق المصلحة في طلب التعويض اللازم لجبر الضرر اللاحق بها حتى تاريخ صدور قرار الفسخ، كما يحق لها كذلك مصادرة التأمين المالي المقرر في الصفقة<sup>1</sup>.

إضافة إلى ذلك، يتحمّل المتعامل المتعاقد، الذي صدر في حقه قرار الفسخ، التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة التي تبرمها المصلحة المتعاقدة<sup>2</sup>.

كما أنه قد ينتج عن قيام المصلحة المتعاقدة بتقرير الفسخ الجزائي، بقيامها بمصادرة التأمين النهائي أو كفالة حسن التنفيذ، حيث يترتب على فسخ الصفقة مصادرة التأمين النهائي بقوة القانون وفي هذه الحالة يعتبر بمثابة تعويض للضرر عما لحقها من ضرر.

من منطلق أن سلطة الإدارة في توقيع مختلف الجزاءات الإدارية على المتعامل المتعاقد معها ليست مطلقة، فإن ممارستها لهذه السلطة تكون تحت رقابة القضاء، الذي يعد من أهم الآليات القانونية التي تحدّ منها، في حال ما إذا تعسّفت في استعمالها.

#### ثانياً: خضوع الجزاءات الإدارية للرقابة القضائية

من السلطات التي تتمتع بها الإدارة اتجاه المتعامل المتعاقد، هو تمكّنها من فرض الجزاءات الإدارية بمختلف صورها على المتعامل المتعاقد، في حالة عدم احترامه لبنود الصفقة، ولأحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومخالفته للالتزامات التعاقدية، حماية للمتعامل المتعاقد من سوء استعمال الإدارة وتعسفها في توقيع هذه الجزاءات- على الرغم من تقييد المشرع للإدارة بضوابط وشروط في فرضها على المتعامل المتعاقد-، إلا أن هذه الشروط غير كافية لوحدها، بل تمارس هذه السلطة تحت رقابة القضاء، هذا الأخير الذي يشكّل من أهم الضمانات التي يواجه بها المتعامل المتعاقد هذه الجزاءات في مواجهة المصلحة المتعاقدة، تظهر من خلال بسط القاضي لرقابته على مدى التزام الإدارة وعدم تعسفها في توقيع مختلف أنواع الجزاءات الإدارية.

<sup>1</sup> سهام بن دعاس، " أحكام فسخ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، المجلة الجزائرية للعلوم

القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، المركز الجامعي، تيبازة، 2020، ص.317.

<sup>2</sup> أنظر المادة 01/152 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.



على هذا الأساس، تثير مسألة خضوع الجزاءات الإدارية للرقابة القضائية أمرين هما الجهة القضائية المختصة بالرقابة على الجزاءات الإدارية، وحدود سلطة القاضي في الرقابة على الجزاءات الإدارية.

### 1. الجهة القضائية المختصة بالرقابة على الجزاءات الإدارية

تعد رقابة القضاء في هذا الصدد من قبيل القضاء الكامل، لكون هذا الأخير له الولاية الكاملة للنظر في المنازعات الناجمة عن قرارات الجزاء التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية<sup>1</sup>، فالمتعاقد يلجأ إلى دعوى التعويض مثلاً (لأن دعوى القضاء الكامل مجالاتها واسعة، ويتمتع القاضي الإداري فيها بسلطات واسعة على خلاف سلطاته في دعوى الإلغاء)، إذ تعتبر قرارات متصلة بتنفيذ الصفقة، وليست قرارات منفصلة (قرارات الإدارة قبل عملية التنفيذ مثل قرار منح الصفقة، قرار إقصاء المتعامل المتعاقد...)، والتي يجوز الطعن فيها بالإلغاء.

كما أن للقاضي التأكد من مشروعية أو عدم مشروعية قرار الجزاء، فليس له الحكم بإلغائه إذا حكم بعدم مشروعية قرار الجزاء، فهذا يمثل ركن الخطأ الموجب لقيام مسؤولية الإدارة، وبالتالي فدور القاضي هنا هو الحكم بتعويض المتعاقد مع الإدارة عن قرار الجزاء الذي رتب له ضرراً.

### 2. حدود سلطة القاضي في الرقابة على الجزاءات الإدارية

إن رقابة القضاء على قرارات الجزاء، تعتبر من قبيل القضاء الكامل، حيث ينظر القاضي الإداري في القرارات من زاويتين، من زاوية المشروعية، من خلال العيوب التي قد تشوب قرار الجزاء ومن زاوية أخرى الملاءمة، وهي رقابة تمتد إلى مدى تناسب الجزاء الموقع على المتعاقد الذي ارتكب خطأ من عدمه، وإلى مدى تناسب الجزاء الموقع عليه مع الخطأ الذي ارتكبه<sup>2</sup>.

### 1.2 رقابة المشروعية على القرار الجزائي

إن دور القاضي الإداري في رقابة المشروعية على الجزاءات الإدارية، التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها، هو فحص الجزاء والوقوف على مطابقته للقانون بمفهومه الواسع.

<sup>1</sup> حكيمة حمدي، ياسين قونال، المرجع السابق، ص.325.

<sup>2</sup> كمال العطاروي، دور القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2017/2018، ص.54.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

يراقب القاضي الإداري في دعوى القضاء الكامل، مدى مشروعية قرار الإدارة بفرض الجزاءات الإدارية بمختلف صورها على المتعامل المتعاقد معها من عدمه، حيث يعتبر قرار الجزاء غير مشروع، إذا كان القرار معيباً بعيب من العيوب التي تصيب أركانه، فمثلاً رقابة القاضي الإداري لمشروعية قرار الإدارة بفرض غرامة التأخير من عدمه، تكون من خلال ما يمكن أن يصيب أركان قرار الإدارة بهذا الجزاء من عيوب، وذلك على النحو التالي:

- عدم احترام الإدارة للشروط الشكلية (**عيب الشكل والإجراءات**)، مثل الإعداء المسبق قبل توقيع الغرامة التأخيرية<sup>1</sup>.

- صدور قرار الجزاء من جهة غير مختصة به (**عيب عدم الاختصاص**)، إذ يجب صدوره من المصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة العمومية، ومن السلطة المفوضة المعنية باتفاقية تفويض المرفق العام.

- إصدار الإدارة قرار الغرامة التأخيرية لهدف آخر، غير تحقيق المصلحة العامة (**عيب الانحراف بالسلطة**)، مثال ذلك: أن تتخذ الإدارة قرار جزاء فسخ الصفقة من أجل إبرام صفقة جديدة.

- توقيع الإدارة جزاء غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد معها، دون ارتكابه للخطأ أو أن الواقعة التي ترتب عليها هذا الجزاء لا تشكل خطأ تعاقدياً (**عيب السبب**).

- إغفال قرار جزاء الغرامة التهديدية لشرط قانوني (**عيب مخالفة القانون**)، مثل حرمان المتعاقد من الإعفاء، رغم إعطاء القانون الحق للمتعاقد في الإعفاء من الغرامة التأخيرية في حالات محددة قانوناً<sup>2</sup>. ينطبق نفس الأمر فيما يخص باقي الجزاءات الإدارية الأخرى، الجزاءات الضاغطة الجزاءات الفاسخة.

أما فيما يخص **التعويض**، فمن المستقر عليه في القضاء الفرنسي، أن للإدارة الحق في اقتضاء التعويض من المتعاقد معها مباشرة بنفسها، دون اللجوء للقضاء، فالإدارة تستطيع إصدار

<sup>1</sup> حكيمة حمدي، ياسين قوتال، المرجع السابق، ص.326.

<sup>2</sup> صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص.223.

أوامر الدفع مباشرة لإلزام المتعاقد معها بدفع مبلغ التعويض الذي حددته، وبالمقابل فإن للمتعاقد اللجوء للقضاء، والطعن في قرار الجزاء سواء من حيث مشروعيتها أو قيمته<sup>1</sup>.

قد جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2001/05/07، في قضية (ل. أ) ضد رئيس بلدية حاسي بحبح، والذي طلب فيه المستأنف رفع مبلغ التعويض عن الضرر الذي جاء نتيجة قرار رئيس البلدية، والذي ارتكب فيه خطأ إداريا ومهنيا خطيرا يمس بمصداقية الدولة وألحق به ضررا كبيرا، حيث أن المجلس قضى بحق التعويض دون الزيادة في قيمته، ويؤول الاختصاص في نظر مخاصمة المتعامل المتعاقد لجزاء التعويض للقضاء الكامل، وكما أن سلطة القاضي لا تتوقف عند حدود مشروعية الجزاء، بل تتعداه للحكم للمتعامل المتعاقد بالتعويض، إن كان ثمة مبرر قانوني لذلك حيث أن القضاء يستند على الضرر الناتج عن خطأ الإدارة للحكم بالتعويض.

أما من حيث مقدار التعويض، فيمكن للمتعاقد مخاصمة الإدارة في ذلك، إذا كانت قيمة التعويض تتجاوز الحد المعقول، وفي جميع الحالات، لا يمكن للمتعامل المتعاقد الامتناع عن تنفيذ قرار الإدارة لأن ذلك يعد مخالفة للقانون<sup>2</sup>.

## 2.2 رقابة الملاءمة على القرار الجزائري

إن رقابة القاضي الإداري لا تقتصر فقط في الرقابة على الوجود المادي لأسباب الجزاء وتكييفها القانوني فقط، بل تمتد لتشمل رقابة مدى تناسب الجزاء المفروض على المتعامل المتعاقد من قبل الإدارة مع ما اقتضاه هذا الأخير من خطأ<sup>3</sup>، وللقاضي الإداري سلطة تقرير عدم صحة الجزاء إذا كان مبالغا فيه، وغير متناسب مع الخطأ المرتكب من طرف المتعاقد.

على سبيل المثال، نجد أن رقابة الملاءمة على قرار الفسخ الجزائري، يعتبر من أهم الضمانات التي منحت للمتعامل المتعاقد في حال تعرّضه لهذا الجزاء من طرف الإدارة.

وعليه، فرقابة الملاءمة تكون بمدى التناسب الموجود بين خطورة الجزاء (الفسخ الجزائري) وبين الخطأ الذي ارتكبه المتعامل المتعاقد.

<sup>1</sup> حكيمة حمدي، ياسين قونال، المرجع السابق، ص.327.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.327.

<sup>3</sup> كمال العطرأوي، المرجع السابق، ص.58.

مما سبق، يمكن القول أن الرقابة القضائية اللاحقة على فرض الجزاءات الإدارية من قبل الإدارة على المتعاقد معها، تعمل على الموازنة بين ما تتمتع به الإدارة من سلطات واسعة في هذا المجال، وبين حماية المتعامل المتعاقد مع الإدارة من تعسف الإدارة للمحافظة على حقوقه. لا يتجلى المركز المتميز الذي تتمتع به الإدارة فقط، فيما تملكه من سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام، لضمان سير تنفيذها على النحو المتفق عليه، فضلا عما تملكه من حق توقيع الجزاء على المتعاقد معها، إذا ما أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية بل يظهر هذا المركز المتميز للإدارة في تعديل شروط الصفقة واتفاقية تفويض المرفق العام بإرادتها المنفردة، وسلطتها كذلك في إنهاءها لدواعي المصلحة العامة.

### المبحث الثاني: سلطة الإدارة في التعديل والإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية وتفويض المرفق العام

نظرا لأن العقود الإدارية بصفة عامة، والصفقات العمومية وتفويض المرفق العام بصفة خاصة، تستهدف تحقيق المصلحة العامة، والتي تتمثل في ضمان سير وتنظيم المرفق العام، لهذا نجد أن المشرع مكن الإدارة من سلطات وامتيازات لا يمتلكها المتعاقد مع الإدارة في عقود القانون الخاص، ومن بين هذه السلطات هي سلطتها في التعديل والإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية وتفويض المرفق العام، وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة، وهو ما يقتضي بنا في هذا الصدد أن نتناول سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للصفقة العمومية (المطلب الأول)، وسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية وتفويض المرفق العام (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للصفقة العمومية واتفاقية تفويض المرفق العام

يقصد بهذه السلطة، أن الإدارة العامة وأجهزتها الإدارية المتعاقدة، تستطيع على غير المألوف في عقود القانون الخاص، أن تعدّل في بعض نصوص أو شروط العقد بعد إبرامه النهائي بل وليس

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

عند هذا الحد فقط، حتى أثناء تنفيذه بما يزيد أو ينقص من التزامات المتعاقد معها، دون الحاجة إلى موافقته<sup>1</sup>.

كما يقصد كذلك بسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، إمكانية الجهة الإدارية أن تقوم بتعديل شروط العقد، وطريقة تنفيذه بما يتضمن زيادة أو إنقاص في التزامات المتعاقد معها، أو تعديل الجدول الزمني لمعدلات التنفيذ بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، وذلك بإرادتها المنفردة، ودون أن يكون للمتعاقد معها الاحتجاج بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة القوة الملزمة للعقد، وأن العقد شرعية المتعاقدين<sup>2</sup>.

وقد أقرّ المشرع سلطة تعديل الصفقة العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، في المواد من 135 إلى 139 منه تحت عنوان "الملحق"، ولهذا لا بدّ عدم الخلط بين سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي وبين الملحق والذي هو تعبير عن اتفاق إرادتين، على خلاف التعديل الانفرادي، والذي يعبر عن الإرادة المنفردة للإدارة، دون اتفاق مع المتعاقد معها، ويبرز مركزها القانوني المتميز، بما تملكه من امتيازات السلطة العامة.

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المتعلق بتفويض المرفق العام، نجد أن المشرع أيضاً، أجاز للسلطة المفوضة تعديل اتفاقية التفويض، وذلك بإصدار ملحق، ولكن ضمن جملة من الضوابط.

انطلاقاً ممّا سبق، فإن سلطة الإدارة في تعديل الصفقة بإرادتها المنفردة، تشكّل امتيازاً من امتيازات السلطة العامة، والتي على أساسها يمكن للإدارة تعديل شروط العقد، وطريقة تنفيذه، سواء بالزيادة أو بالنقصان في التزامات المتعاقد معها، بما يضمن حسن سير المرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة.

<sup>1</sup> بشار جميل عبد الهادي، العقد الإداري-الجوانب القانونية والإدارية والأدبية، دراسة تحليلية وحلول مقترحة- الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015، ص.55.

<sup>2</sup> بيو خلاف، المرجع السابق، ص.352.

مما لا شك فيه، أن سلطة التعديل الانفرادي للصفقة، التي تمارسها الإدارة من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة، لما لها من تأثير مباشر على الصفقة العمومية، ولهذا تم تقييدها بجملة من الشروط أو الضوابط، حتى لا تقوم الإدارة بالتعسف في استعمال هذه السلطة حماية للمتعاقد المتعاقد.

#### الفرع الأول: شروط ممارسة سلطة التعديل الانفرادي

إن سلطة الإدارة في تعديل بنود الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة ليست مطلقة، بل تخضع لضوابط يتعين توافرها لممارستها، وذلك حماية لحقوق المتعاقد المتعاقد معها من جهة، ولتحقيق المصلحة العامة وضمانا لحسن سير المرافق العامة، من جهة أخرى.

وعليه، فإن شروط أو ضوابط ممارسة هذه السلطة، والتي تتمثل فيما يلي:

#### أولاً: صدور التعديل في حدود القواعد العامة لمبدأ المشروعية

يتعين أن تصدر القرارات المتضمنة تعديل شروط الصفقة متفقة مع القانون في عناصرها وأركانها المختلفة، بأن يصدر القرار من قبل الإدارة المختصة بعملية إبرام الصفقة العمومية، وطبقاً للإجراءات والشكليات المقررة قانوناً، وأن يكون الدافع من هذا التعديل، هو تحقيق المصلحة العامة<sup>1</sup>. وعليه، فإن ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل بإرادتها المنفردة، لضمان حسن سير المرافق العامة، بهدف تحقيق المصلحة العامة، لا بد أن تكون خاضعة لمبدأ المشروعية بمفهومها الواسع، أيًا كان مصدرها.

#### ثانياً: تزامن قرار التعديل مع سريان الصفقة العمومية

يعدّ هذا الشرط بديهي ومنطقي، لأنه لا يعقل بعد انتهاء العقد سواء نهاية طبيعية أو مبتسرة (نهاية غير طبيعية، بمعنى أنه ينتهي العقد قبل أوانه، أي قبل تنفيذ الالتزامات التي تضمنها أو قبل انقضاء المدة المحددة لبقائه)<sup>2</sup>، أن تلزم المتعاقد مع الإدارة بأي التزامات سواء بالنقص أو الزيادة حيث

<sup>1</sup> ساعد العقون، سلام بن حفاف، المرجع السابق، ص.438.

<sup>2</sup> محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الطبعة 01، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص.41.

أن تعديل العقد يرد على عقد قائم<sup>1</sup>، ويقصد بفترة سريان العقد، هي فترة قيام العقد، وإن تراخى المتعامل المتعاقد في تنفيذه، ومن ثم فإن فترة سريان العقد لا تعني مدة تنفيذ العقد<sup>2</sup>.  
وعليه، فإن الإدارة تملك حق التعديل حتى انتهاء التزامات المتعامل المتعاقد، وفقا لما جاء في بنود الصفقة.

### ثالثا: ألا يخل التعديل بالتوازن المالي للصفقة العمومية

إن سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، يقابله حق المتعامل المتعاقد بالايخل هذا التعديل بالتوازن المالي للصفقة، بمعنى أن يجعل التزاماته لا تتناسب مع حقوقه أو أن يتسبب بإلحاق خسائر لم يتوقعها<sup>3</sup>، هذا يعني أن الإدارة عند ممارستها لسلطة التعديل الانفرادي للصفقة، لا بد أن تراعي في ذلك، بالأ تتجاوز الإمكانيات المالية والفنية للمتعامل المتعاقد معها، بما يؤدي إلى إخلال التوازن المالي للصفقة.

لهذا، لا يمكن أن يتجاوز التعديل هذه الإمكانيات، لأن ذلك سيؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، والإضرار بمصالح المتعاقد، الذي يحق له المطالبة بالتعويض<sup>4</sup>.

### رابعا: ألا يؤدي التعديل إلى تغيير الصفقة العمومية

لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة أو موضوعها، بما يخالف محل الصفقة الذي انصرفت إليه إرادة الأطراف، وهذا يعني أنه على المصلحة المتعاقدة، أن تراعي عند إصدار قرار التعديل الدقة في مضمونه، حتى لا تكون أمام موضوع جديد للصفقة يختلف عن الموضوع الأصلي<sup>5</sup>، يعني أن تمارس التعديلات في إطار العقد الأصلي، وألا يطال التعديل تغيير في مضمون وطبيعة الصفقة، لأن القول بخلاف ذلك، سيؤدي إلى أن أطراف العقد يكونون أمام عقد جديد لا يتلاءم مع القدرات الفنية والمالية للمتعامل المتعاقد مع الإدارة.

<sup>1</sup> بشير علي باز، السلطات الاستثنائية لجهة الإدارة في العقد الإداري-دراسة مقارنة-، الطبعة 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2018، ص.134.

<sup>2</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.43.

<sup>3</sup> سهام بن دعاس، " سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية بين التقدير والنقييد"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 14، العدد 01، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2022، ص.267.

<sup>4</sup> نبيل ازرايب، المرجع السابق، ص.116.

<sup>5</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.168.

في هذا السياق، يقول الدكتور حسين عثمان محمد: " ليس للإدارة أن تدخل على العقد تعديلات من شأنها أن تجعل المتعاقد معها أمام عقد جديد، ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة، كما أن المتعاقد قد قبل إبرام العقد على ضوء إمكانياته المادية والفنية، ولذلك فليس للإدارة أن تجري التعديلات في العقد تتضمن قلبا لاقتصادياته رأسا على عقب"<sup>1</sup>.

#### خامسا: وجود ظروف استجدت بعد إبرام الصفقة العمومية

لممارسة الإدارة لحقها في تعديل العقد الإداري، يشترط تغير الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها، وذلك لأن مردّ هذه السلطة، يتمثل في ضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وتحقيق ما تقضي به المصلحة العامة<sup>2</sup>.

على هذا الأساس، فإذا تغيرت الظروف التي تم إبرام الصفقة في ظلها، وأصبحت هذه الشروط التي تم الاتفاق عليها وقت إبرام الصفقة غير ملائمة لحسن سير المرفق العام، فإنه يكون للإدارة سلطة تعديل هذه الشروط بما يتلاءم ومقتضيات المصلحة العامة.

كما يشترط في المستجدات التي طرأت، والتي برّرت بها الإدارة عملية التعديل، أن تكون غير متوقّعة من طرفها عند عملية إبرام الصفقة، لأنه كان بوسعها تفادي ذلك، من خلال القيام بتضمين العقد بكل ما يواجهه الحالات غير المتوقع حدوثها، وكذلك ألا تكون بفعل طرفي الصفقة أو بسبب خطئها أو إهمالهما<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لاتفاقية التفويض، فقد حدد المشرع شروط ممارسة سلطة تعديل هذه الاتفاقية في نص المادة 59 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المتعلق بتفويض المرفق العام، تحت عنوان "الملحق"، والتي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يخص الملحق، فيما يلي:

• تعديل موضوع الاتفاقية، أي عدم إمكانية تغيير البنود المتفق عليها في الاتفاقية، والمتعلقة بموضوع تفويض المرفق العام وشكله<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نقلا عن: مونية جليل، المرجع السابق، ص. 189.

<sup>2</sup> هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص. 43.

<sup>3</sup> سهام بن دعاس، " سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية بين التقدير والنقييد"، المرجع السابق ص. 266.

<sup>4</sup> أنظر المادة 59 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.



## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

- إنجاز استثمارات أو خدمات تكون على عاتق المفوض له، بمعنى أنه لا يمكن تحميل المفوض له استثمارات أو خدمات خارجة عن الاتفاقية، لكن يمكن أن تتحملها السلطة المفوضة.
- تعديل مدة الاتفاقية، بمعنى أنه لا يمكن تعديل مدة العقد، إلا في الحالات التي نصّ عليها المشرع في المواد من 53 إلى 57 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، حيث أنه أجاز **تمديد مدة عقد الامتياز بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة، بشرط ألا تتعدى مدة التمديد 04 سنوات كحد أقصى.**

أما **عقد الإيجار**، يجوز تمديد مدته بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة بشرط **ألا تتعدى مدة التمديد 03 سنوات كحد أقصى.**

كما يمكن تمديد **عقد الوكالة المحفزة**، بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة بشرط **ألا تتعدى مدة التمديد سنتين كحد أقصى.**

يمكن كذلك تمديد **عقد التسيير**، بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة بشرط **ألا تتعدى مدة التمديد لسنة واحدة كحد أقصى<sup>1</sup>.**

يتضح مما سبق، أن المشرع تدخّل في وضع ضوابط تحكم مسألة مدة عقد تفويض المرفق العام - كأحد القيود التي ترد على حرية الإدارة في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام-، إذ نص بأن تتضمن اتفاقية تفويض المرفق العام مدة تنفيذها، وحتى تمديدتها يكون بطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير معلل، لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية.

كما أنه إضافة لحالات التمديد المذكورة أعلاه، يمكن تمديد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام لمدة سنة واحدة، بموجب ملحق، وبطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير معلل، ولحاجات استمرارية المرفق العام<sup>2</sup>.

على الرغم من تمتع الإدارة بسلطة التعديل الانفرادي للصفقة العمومية أثناء تنفيذها -، إذ أن هذا التعديل مقترن بجملة من الشروط، لا بدّ على الإدارة مراعاتها عند ممارستها لهذه السلطة-، إلا أن

<sup>1</sup> أنظر المواد من 53 إلى 56 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 57 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

نطاق التعديل، الذي تقوم به الإدارة يشمل التعديل في الالتزامات في العديد من العناصر، التي سنتناولها تباعاً.

### الفرع الثاني: نطاق سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للصفقة

تختلف سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، تبعاً لاختلاف نوع الصفقة ومدى صلتها بنشاط المرفق العام، وتشمل سلطة الإدارة في تعديل الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في الصفقة في عدة عناصر، هي التعديل في مقدار وحجم التزامات المتعامل المتعاقد (أولاً) التعديل في طرق ووسائل التنفيذ (ثانياً)، والتعديل في مدة تنفيذ الصفقة العمومية (ثالثاً).

#### أولاً: التعديل في مقدار وحجم التزامات المتعامل المتعاقد

إن سلطة التعديل الممنوحة للإدارة، تمكّنها من تعديل مقدار التزامات المتعاقد معها، إمّا بالزيادة أو بالنقصان، والتعديل هنا يطلق عليه التعديل الكمي، وليس نوعي، أي يرد على كمية الالتزامات القابلة للتنفيذ، ومن ذات الصفات والأسعار الخاصة بالأعمال الأصلية<sup>1</sup>.

إذا استعملت الإدارة صلاحياتها في تعديل العقد، من حيث تعديل كمية الأعمال سواء بالزيادة أو الإنقاص، فليس أمام المتعاقد معها إلا الاستجابة لهذه التعديلات، وبالتالي فليس له أن يتماطل أو يمتنع عن تنفيذها<sup>2</sup>.

#### ثانياً: التعديل في طرق ووسائل التنفيذ

تقوم الإدارة بإرادتها المنفردة بتعديل طرق ووسائل تنفيذ العقد، كلما تبين لها حدوث أخطاء يتعيّن تداركها وإصلاحها أثناء تنفيذ العقد، أو لمواكبة ومسايرة الاكتشافات الحديثة، التي تستوجب استعمال وسائل فنية لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، لكنها قد تكون أكثر اقتصاداً أو أكثر تقدماً<sup>3</sup>.

إن طرق ووسائل التنفيذ، يمكن أن تنصب على نوعية المواد المستعملة، سواء كانت مواد بناء أو ترصيص أو أي شيء آخر، لأن الهدف من استخدام مواد من النوعية الجيدة، والتي تتوفر فيها

<sup>1</sup> فوزية هاشمي، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.68.  
<sup>2</sup> ثامر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في استعمال صلاحياتها في تعديل العقد الإداري -دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص.32.  
<sup>3</sup> هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.52.

الجودة المطلوبة، أو التي يجب أن تكون مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة وطنياً وعالمياً وكذلك تستجيب للمتطلبات المنصوص عليها في دفتر الشروط<sup>1</sup>.

في هذا السياق، نص المشرع في المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على أنه لا بد أن تكون مواد ومنتجات ومكونات البناء بالخصائص المطلوبة، كما أنه يجب أن تكون ذات أفضل نوعية عملاً وتنفيذاً طبقاً للقواعد الفنية، وفي إطار الشروط المحددة في الصفقات العمومية للأشغال.

### ثالثاً: التعديل في مدة التنفيذ

تمارس الإدارة حق التعديل في البرنامج الزمني لتنفيذ العقد، وذلك إما بالإسراع أو الإبطاء في وقت التنفيذ المحدد أو وضع أولويات في تنفيذ بعض التوريدات أو بعض الأعمال قبل غيرها<sup>2</sup>. من ثم، يمكن للإدارة أن تعدّل مدة التنفيذ المتفق عليها في العقد سواء بخفضها (مثل ذلك لو حصلت أزمة في إحدى المواد الاستهلاكية، وكان هناك مشروع لإنتاج تلك المادة، وتم تحديد فترة إنجاز المشروع لمدة سنتين، ففي هذه الحالة، وبسبب حاجة المستهلكين لهذه المادة، يمكن أن تعمل على تعديل مدة التنفيذ بخفضها إلى الحد المعقول)، أو تمديدتها، كما أنها تستطيع وقف الأعمال أو تأجيلها أو تأخير تنفيذها عن المدة المتفق عليها في العقد، كلما استوجبت المصلحة العامة ذلك<sup>3</sup>.

حسب المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، نجد أن المشرع قد نصّ على احتفاظ المصلحة المتعاقدة بحقها في تأجيل الأشغال، حيث أنه عند تأجيل تنفيذ الأشغال، تحدّد المصلحة المتعاقدة فتراتهما عن طريق أوامر الخدمة لوقف أو استئناف التنفيذ، كلما اقتضت الضرورة ذلك.

<sup>1</sup> سهام بن دعاس، " سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية بين التقدير والتقييد"، المرجع السابق ص.264.

<sup>2</sup> مجدي الشامي، المرجع السابق، ص.413.

<sup>3</sup> سهام بن دعاس، " سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية بين التقدير والتقييد"، المرجع السابق ص.264.

كما نصت المادة 34 من دفتر الشروط الإدارية العامة، تحت عنوان: "التوقيف المطلق للأشغال أو تأجيلها، مما يعني أن للإدارة سلطة في تمديد مدة تنفيذ العقد أو إنهائه، على أنه: - "عندما تأمر الإدارة بتوقيف الأشغال بصفة مطلقة، تفسخ المقاول فوراً. - عندما تقرّر الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد على سنة واحدة، سواء كان ذلك قبل بدء التنفيذ أو بعده، يحق للمقاول فسخ صفقته إذا طلب ذلك كتابياً، دون الإخلال بالتعويض الذي يجوز تأديته له إذا اقتضى الأمر ذلك".

لقد كرّس المشرع التعديل في مدة العقد في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حيث أجاز للمصلحة المتعاقدة عندما تبرر الظروف ذلك تمديد أجل الصفقة، لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشئ من قبل، عن طريق إبرام الملحق، وذلك بناء على قرار الهيئة المختصة<sup>1</sup>، ولكن بالمقابل قيّد مدة التمديد بشروط، وهي على النحو التالي:

- ألا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقّع الظروف التي استدعت هذا التمديد.
- ألا تكون تمديد مدة التنفيذ، نتيجة ممارسات مماثلة من طرف المصلحة المتعاقدة.
- ألا تتجاوز مدة التمديد ثلاثة أشهر، والكميات بالزيادة نسبة 10%<sup>2</sup>.

#### الفرع الثالث: الملحق كآلية لتعديل الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

تتمتع الإدارة بسلطة تعديل الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام أثناء تنفيذ العقد، بهدف حماية المصلحة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة عن طريق وثيقة تعاقدية، اصطلح عليها بالملحق، تلجأ إليه الإدارة في حالات محددة قانوناً، وفقاً لما ورد في المرسوم الرئاسي رقم 247/15. لدراسة الملحق كآلية قانونية لتعديل الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام، يتطلب الأمر منا التطرق إلى تعريف الملحق (أولاً)، أنواع الملاحق (ثانياً)، شروط إبرام الملاحق في الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام (ثالثاً).

<sup>1</sup> ببو خلاف، المرجع السابق، ص. ص. (415، 416).

<sup>2</sup> أنظر المادة 06/136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

أولاً: تعريف الملحق في الصفقات العمومية

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 247/15 (المواد من 135 إلى 139)، والمرسوم التنفيذي رقم 199/18 (المادتين 58 و 59)، نجد أن المشرع اعترف للإدارة سلطة تعديل شروط الصفقة عن طريق تقنية الملحق *L'avenant*، وقد اعتمد المشرع على هذه التقنية في مختلف القوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية.

لم يعرف المشرع الملحق في الأمر رقم 90/67، المتضمن قانون الصفقات العمومية<sup>1</sup> واكتفى فقط بذكره في بعض المواد، خاصة تلك المتعلقة باختصاص اللجنة المركزية للصفقات.

كذلك، المرسوم رقم 145/82، المتضمن قانون الصفقات العمومية<sup>2</sup>، نجد أن المشرع قد أفرد القسم الخامس من هذا المرسوم للملحق، وذلك بخلاف ما كان سائداً في القوانين السابقة، حيث نصت المادة 94 منه على أن: "الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، هدفها زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل شرط أو عدة شروط تعاقدية في الصفقة الأصلية".

أما المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية<sup>3</sup>، قد تم تخصيص القسم الخامس من هذا المرسوم للملحق، والذي عرفته المادة 89 منه على النحو التالي: "يمثل الملحق 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 الأصلية".

في المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية<sup>4</sup>، عرّف المشرع الملحق في المادة 90 منه، على أن: "الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية".

<sup>1</sup> الأمر رقم 90/67، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية (الملغى)، الجريدة الرسمية العدد 52، الصادرة في 27 جوان 1967.

<sup>2</sup> المرسوم رقم 145/82، المؤرخ في 10 أبريل 1982، المتضمن الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي (الملغى)، الجريدة الرسمية، العدد 15.

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (الملغى) الجريدة الرسمية، العدد 57، الصادرة في 13 نوفمبر 1991.

<sup>4</sup> المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (الملغى) الجريدة الرسمية، العدد 52، الصادرة في 28 جويلية 2002.

أما المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية<sup>1</sup>، عرّف كذلك الملحق على أن: " الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية".

كما أن المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، عرّف المشرع كذلك الملحق، والذي لم يخرج فيه عن التعريفات السابقة، حيث عرّفه على أن: "الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة".

بالنسبة لتعريف الملحق في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، نجد أن المشرع قد أشار فقط إلى إمكانية السلطة المفوضة أن تلجأ إلى إبرام الملاحق<sup>2</sup>.

من خلال هذه النصوص، نلاحظ أن هناك تعريف موحد للملحق، حيث أن المشرع قد عرّف الملحق بصورة واضحة، من خلال أنه وثيقة تعاقدية، أي أنها صادرة عن اتفاق مسبق بين الأطراف المتعاقدة، وهو تابع للصفقة الأصلية، والهدف من إبرام الملحق هو زيادة أو تقليل الخدمات، وقد يشمل كذلك تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.

### ثانياً: أنواع الملاحق

تصنف الملاحق بحسب الأنواع التالية، والتي سيتم ذكرها على النحو الآتي.

#### 1- ملحق الأشغال المضافة

منح المرسوم الرئاسي رقم 247/15، للأطراف المتعاقدة إمكانية تعديل بنود الصفقة الأولية عن طريق الملحق، مع الأخذ بعين الاعتبار، الشروط التي قيّد بها المشرع الإدارة عند ممارستها لسلطة تعديل الصفقة العمومية عن طريق هذه التقنية.

قد يباشر المتعامل المتعاقد مع الإدارة بتعديلات على الأشغال، دون ترخيص من المصلحة المتعاقدة، على الرغم من أن قانون الصفقات العمومية لم يتضمن هذه الحالة، لكن بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، نجد في المادة 22 منه، أجازت هذه التعديلات بشرط عدم

<sup>1</sup> المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 58.

<sup>2</sup> أنظر المادة 58 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

مخالفتها لقواعد الفن والذوق السليم، ورغم ذلك، من الأفضل والأسلم لتنفيذ الصفقة تضمينها بندا لا يسمح للمتعاقد المتعاقد بالقيام بالتعديلات من تلقاء نفسه، إلا في حالة ما كانت هذه الأخيرة لا يمكن الاستغناء عنها<sup>1</sup>.

في نفس السياق، قضى مجلس الدولة بضرورة تسديد ثمن الأشغال الإضافية الضرورية لمنشأة، في حالة قيام المتعاقد مع الإدارة بأشغال دون ترخيص من المصلحة المتعاقدة، حيث ألزم مجلس الدولة بدفع ثمن الأشغال الإضافية للمؤسسة، حتى في حالة انعدام طلب من صاحب المشروع، عندما تكون ضرورية للمشروع ومنجزة وفق القواعد المقررة<sup>2</sup>.

يمكن أن يأخذ ملحق الأشغال المضافة إحدى الأشكال الآتية:

### 1.1 ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة للبنود المتضمنة في الصفقة الأولية

يأخذ في الحسبان هذا النوع من الملاحق زيادة الأشغال أو تقليلها، وتكون مراجعة الأسعار في الملحق بناء على الصيغة المتضمنة في الصفقة الأصلية، ودون المساس بالأسعار الوحدوية للصفقة<sup>3</sup>.

### 2.1 ملحق إدخال أشغال جديدة غير متضمنة في الصفقة الأولية

قد تبرز في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، جملة ظروف تدفع الإدارة بضرورة تعديل الصفقة، نظرا لوجود أعمال وخدمات جديدة لم يتم النص عليها في الصفقة الأصلية، ولكنها ذات علاقة بها مما يترتب عليه ضرورة إبرام ملحق يتضمن هذه الأعمال، والخدمات المطلوب إنجازها في الصفقة الأصلية<sup>4</sup>، وهذا حسب ما ورد في المادة 03/136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سهام بن دعاس، " سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية بين التقدير والتقييد"، المرجع السابق، ص. (269،268).

<sup>2</sup> القرار رقم 22350، المؤرخ في 12 جويلية 2005، قضية (ق.ع. ب) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2005، ص.92.

<sup>3</sup> كوثر بن ملوكة، " النظام القانوني للملحق في الصفقات العمومية-دراسة مقارنة بين المرسوم الرئاسي 247/15 والمرسوم الرئاسي رقم 236/10-الملغى-"، مجلة مجاميع المعرفة، المجلد 03، العدد 02، المركز الجامعي، تندوف أكتوبر 2017، ص.228.

<sup>4</sup> دحو كراش، المرجع السابق، ص.139.

<sup>5</sup> نصت المادة 03/136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: " ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق خدمات تكميلية في موضوع الصفقة الإجمالي"، المصدر السابق.

## 2. ملحق التغيير

إن اللجوء إلى هذا النوع من الملاحق ضروري أحيانا، عندما تتغير إحدى أطراف العقد أو تغيير التزامات التسيير<sup>1</sup>.

قد يطرأ تحوّل في الوضعية القانونية للمتعاقد الحائز على الصفقة، دون أن يؤثر هذا التحوّل على حسن تنفيذ المشروع، ولهذا فإن مواصلة تنفيذ الصفقة الأصلية، يستدعي تسوية الوضعية القانونية الجديدة للمتعاقد، ومنها حالة اندماج المؤسسة الحائزة على الصفقة مع مؤسسة أخرى، ففي هذه الحالة لا بد من اللجوء إلى الملحق لإدراج هذه التعديلات<sup>2</sup>.

## 3. ملحق الإقفال النهائي للصفقة العمومية

يسمح هذا النوع بإيقاف وغلق بصفة نهائية الخدمات المنفذة فعلا في الصفقة، وهذا الملحق مشروع في حالة وجود التغطية المالية للبرنامج، وهو ما يبرر إمكانية إبرامه خارج الأجل التعاقدية<sup>3</sup>. مع العلم، أن هذا الملحق يبرم بصفة استثنائية، إما بدافع التسوية الودية للنزاع، وإما بسبب القوة القاهرة أو في حالة تخلي الإدارة عن المشروع<sup>4</sup>.

في حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة<sup>5</sup>. يجدر بنا الإشارة، إلى أن إقفال الصفقة العمومية، يمكن أن يعتمد إلى حد كبير على التسيير المالي للصفقة، لبلوغ الهدف منها:

✓ إقفال الصفقة ببلوغ الهدف.

✓ إقفال الصفقة بعد فشلها<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> سهام شقظمي، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق الفرع: القانون العام، التخصص: قانون إداري، جامعة باجي مختار، عنابة، السنة الجامعية 2010/2011، ص.31.  
<sup>2</sup> دحو كراش، الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري والفرنسي، (دون طبعة)، النشر الجامعي الجديد الجزائر، 2016، ص.136.

<sup>3</sup> Aoudia Khaled, Lalle Mohamed, Sabri Mouloud, **Guide de gestion des marchés publics**, Edition du Sahel, Alger, 2000, p.164.

<sup>4</sup> سهام شقظمي، المرجع السابق، ص.68.

<sup>5</sup> أنظر المادة 03/153 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>6</sup> كوثر بن ملوكة، المرجع السابق، ص.228.



نظرا لأهمية الملحق كآلية لتعديل الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام، نجد أن المشرع وضع شروطا وإجراءات معينة، يتم من خلالها إبرام الملحق في الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام.

### ثالثا: شروط إبرام الملحق في الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام

ضبط المشرع عملية إبرام الملحق بشروط محددة، لا بدّ على الإدارة الالتزام بها عند استعمال سلطتها في تعديل الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام بإبرام ملاحق تابعة لهما. على هذا الأساس، نجد أن شروط إبرام الملاحق في الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، تختلف ما بين شروط عامة، والتي تشترك فيها جميع الملاحق في الصفقات العمومية وشروط خاصة تتعلق بحسب نوع الملحق.

#### 1- الشروط العامة لإبرام الملاحق في الصفقات العمومية

تشترك جميع ملاحق الصفقات العمومية على اختلاف أنواعها، بشروط عامة، والتي سيتم ذكرها تباعا.

##### 1.1 وجود صفقة أصلية

انطلاقا من نص المادة 01/136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن المشرع ذكر في هذه المادة بأن الملحق هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، بمعنى أن هناك صفقة عمومية أصلية تسبق الملحق، وبالتالي لا يمكن أن نتصور وجود ملحق دون وجود صفقة عمومية أصلية<sup>1</sup>.

على هذا الأساس، فإن الملحق بمجرد إبرامه وفقا للإجراءات والتنظيمات السارية المفعول والمصادقة عليه ودخوله حيز التنفيذ، يصبح جزءا من الصفقة الأصلية.

##### 2.1 الكتابة في الملحق

على اعتبار أن الملحق هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية الأصلية، حسب نص المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، فمن الضروري أن يبرم الملحق ويفرغ في قالب مكتوب أو يتقيد بشكل الكتابة، وأن يكون مرقما ومؤرخا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> دحو كراش، المرجع السابق، ص.98.

<sup>2</sup> Aoudia Khaled, Lalle Mohamed, Sabri Mouloud, op.cit, p.160.

بالرجوع للمادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أنها عرّفت الصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به<sup>1</sup>، وعلى اعتبار أن الملحق هو جزء من الصفقة العمومية، فإنه لا يمكن أن يكون إلا مكتوباً.

### 3.1 إمضاء الصفقة العمومية

حسب ما ورد في نص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام<sup>2</sup>، فإن الصفقات لا تصحّ ولا تكون نهائية، إلا إذا تمّ المصادقة عليها من قبل السلطة المختصة.

وعليه، فإن الملحق يجب أن يتم إمضاؤه من قبل نفس الأطراف، الذين قاموا بإمضاء الصفقة الأصلية، على اعتبار أن الملحق هو وثيقة تابعة للصفقة العمومية الأصلية<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لتفويض المرفق العام، فيجب التوقيع على اتفاقية التفويض من طرف الشخص المختص، وتبرم وفق الإجراءات المحددة قانوناً، فعلى سبيل المثال يوقع رئيس المجلس الشعبي البلدي اتفاقية التفويض لصالح البلدية، كما يقوم كذلك الوالي بالتوقيع على اتفاقية التفويض لصالح الولاية بعد مداولة المجلس الشعبي الولائي، وعليه فإن الملحق يتم إبرامه من طرف نفس الأشخاص الذين قاموا بإمضاء اتفاقية التفويض.

### 4.1 عدم المساس الجوهرى بموضوع الصفقة وتوازاناتها

يشترط في الملحق ألا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهرى بالصفقة وتوازاناتها، وهذا حسب ما جاءت به المادة 08/136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>4</sup>، وهذا شرط منطقي، لأن التعديل الجوهرى في موضوع الصفقة الأصلية، من شأنه أن يجعلنا أمام صفقة جديدة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> دحو كراش، المرجع السابق، ص. ص. (106، 107).

<sup>4</sup> أنظر المادة 08/136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

كما يجب أن يخضع الملحق، لنفس الشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة العمومية الأصلية<sup>1</sup> (التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية)، إذ أن المشرع لا يقصد بهذا الأخير فقط عدم اختلال التوازن بين الحقوق والواجبات من الناحية الاقتصادية، ولكن عدم الخروج عن التوازن الاقتصادي الأصلي للصفقة العمومية الذي كان عند إبرام الصفقة<sup>2</sup>.

حسب المادة 09/136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإنه يمنع على الإدارة من إبرام ملاحق، إذا تجاوزت نسبة 15% من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللوازم والدراسات والخدمات، و20% في حالة صفقات الأشغال، فالإدارة مقيدة عند تعديل الصفقة العمومية عن طريق الملحق، أن تراعي التوازن الاقتصادي الأصلي للصفقة العمومية-باستثناء التبعات التقنية غير المتوقعة، والتي تكون غير متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف-، وعدم تجاوز مبلغ الملحق النسب المحددة من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية على حسب نوع كل صفقة.

لا تقتصر شروط إبرام الصفقة العمومية على الشروط العامة، بل إلى جانب هذه الشروط توجد شروط خاصة، سنتناولها تباعا.

### 1- الشروط الخاصة لإبرام الملاحق في الصفقات العمومية

نظرا لاختلاف الملاحق بحسب موضوعها من جهة، وبحسب الجهة التي أبرمتها من جهة أخرى، نجد أن المشرع نصّ على شروط خاصة تخص ملحقا دون الآخر.

#### 1.2 شرط الرخصة المسبقة

حدّدت المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السلطات المخولة لها قانونا بالموافقة على الصفقات (مسؤول الهيئة

<sup>1</sup> أنظر المادة 137 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> سميرة بن خليفة، " الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 09، العدد 02، جامعة غرداية، 2016، ص.197.

الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

العمومية الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية) حتى تصبح نهائية<sup>1</sup>.

على اعتبار أن الملحق وثيقة تابعة للصفقة، فإن السلطات التي توافق على الصفقة هي نفسها التي توافق على الملحق المرتبط بها.

على مستوى المؤسسات العمومية، تتم الإجراءات أيا من كان المسؤول المعين لها، تحت الرقابة المباشرة للمدير أو المدير العام، وموافقة مجلس الإدارة، فهذا الأخير، هو الذي يرخص للمسؤول المهني بإبرام الصفقات والملاحق التابعة لها.

أما بالنسبة لصفقات البلدية، فإنه من ضمن صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي، كممثل للبلدية، إبرام الصفقات والقيام بمناقصات أشغال البلدية ومراقبة حسن تنفيذها، ويرخص المجلس الشعبي البلدي لرئيسه التوقيع على الصفقة (الترخيص المسبق)، بموجب مداولة تخضع لمصادقة الوالي<sup>2</sup>.

نفس الاتجاه نجده في فرنسا، وذلك عندما يتعلق الأمر بإبرام صفقة من طرف الجماعات المحلية، حيث يجب أن يكون موضوع رخصة مسبقة من المجلس التداولي للجماعات المحلية<sup>3</sup>.

## 2.2 شرط إبرام الملاحق في الآجال

حسب المادة 01/138 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، نجد أن المشرع كقاعدة عامة، أجاز إبرام الملاحق ورقابتها من طرف لجنة الصفقات المختصة في حدود آجال التنفيذ المتفق عليها في الصفقة.

بما أنه لكل قاعدة استثناء، فإنّ المشرع ذكر الحالات التي يمكن فيها إبرام ملاحق خارج آجال التنفيذ على سبيل الحصر، والتي تتمثل فيما يلي:

- عندما يكون الملحق في مفهوم المادة 136، عديم الأثر المالي، ويتعلق بإدخال و/أو تعديل بند تعاقدي أو أكثر، غير البنود المتعلقة بآجال التنفيذ، مثال ذلك: كأن يكون موضوع الملحق يتضمن

<sup>1</sup> أنظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 82 من القانون رقم 10/11، المصدر السابق.

<sup>3</sup> " La passation des avenants relatifs aux marchés publics des collectivités locales doit faire l'objet d'une autorisation de leur assemblée délibérante."

Voir : Christophe Lajoie, op. cit, p.185.

تصحيح خطأ مادي وقع في الصفقة الأصلية أو إضافة أو تعديل شرط يتعلق بالتسليم وظروفه، دون المساس بموضوع الصفقة، ودون تغيير آجال التنفيذ المتفق عليها في الصفقة الأصلية<sup>1</sup>.

- إذا ترتب على أسباب استثنائية وغير متوقعة، وخارجة عن إرادة الطرفين، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً معتبراً و/أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدى الأصلي، بمعنى أنه قد تظهر أثناء مرحلة التنفيذ وقائع لم تكن في الحسبان عند إبرام الصفقة، ويؤدي وجودها إلى اختلال في التوازن الاقتصادي للصفقة، في هذه الحالة أجاز المشرع إبرام الملحق خارج الآجال التعاقدية، وقد سمح المشرع الفرنسي كذلك بإبرام ملاحق في حالة وجود ظروف تقنية غير متوقعة، لها تأثير على التوازن الاقتصادي للصفقة<sup>2</sup>، كما أنه لا يجب أن يكون هذا الظرف ناتج عن إرادة الطرفين، إذ يجب أن يكون أجنبياً عن هذه الإرادة<sup>3</sup>.

- إذا لم يكن من الممكن وبصفة استثنائية إبرام ملحق ضبط الكميات النهائية للصفقة في الآجال التعاقدية، ويمكن إبرام هذا الملحق حتى بعد الاستلام المؤقت للصفقة، لكن ومهما كان الأمر قبل إمضاء الحساب العام والنهائي<sup>4</sup>.

على خلاف ما ورد في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، فيما يتعلق بإبرام الملاحق خارج آجال التنفيذ، نجد أن المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، لم يجز إبرام الملاحق في تفويض المرفق العام خارج الآجال التعاقدية<sup>5</sup>.

على اعتبار أن الملحق وثيقة تابعة للصفقة العمومية، فهو أيضاً يخضع لرقابة لجان الصفقات المختصة.

<sup>1</sup> دحو كراش، المرجع السابق، ص.119.

<sup>2</sup> " selon l'article 19 du code des marchés publics, la survenance de sujétions techniques imprévues permet la passation d'avenants qui peuvent bouleverser l'économie du marché" Voir: Christophe Lajoie, Op.cit, p.185.

<sup>3</sup> " L'événement ne doit pas provenir de la volonté des parties, il doit être étranger à cette volonté". Voir : Christophe Lajoie, ibid, p.182

<sup>4</sup> أنظر المادة 01/138 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>5</sup> أنظر المادة 02/58 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

### 2.3 شرط خضوع الملحق لرقابة الهيئات الخارجية

يخضع الملحق لرقابة هيئات الرقابة القبلية الخارجية، مهما تكن مبالغها كأصل عام في

الحالات التالية:

✓ وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين، ترتب عليها اختلال معتبر في التوازن المالي للصفقة، وأدت إلى التأخير في آجال التنفيذ.

✓ إذا لم يكن من الممكن، وبصفة استثنائية إبرام الملحق محل ضبط الكميات النهائية في الآجال التعاقدية<sup>1</sup>.

✓ إذا تضمنت خدمات تكميلية في مفهوم المادة 136، تتجاوز مبالغها النسبة المحددة، وهي 10% من المبلغ الأصلي للصفقة<sup>2</sup>، أي أنه قد تظهر ظروف تستدعي ضرورة تعديل الصفقة، بما يدخل بعين الاعتبار خدمات تكميلية، لم يتم النص عليها في الصفقة الأصلية، ولكنها مع ذلك لها علاقة بها، مع شرط أن تكون القيمة المالية للخدمات الجديدة تتجاوز نسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة<sup>3</sup>.

استثناء عن القاعدة العامة، تعفى المصلحة المتعاقدة من التقيد بهذا الشرط في الحالات

التالية:

✓ إذا لم يعدل الملحق في موضوع الصفقة أو تسمية الأطراف المتعاقدة أو الضمانات التقنية والمالية أو آجال تنفيذ الصفقة

✓ إذا كان مبلغ الملحق أو المبالغ الإجمالية لمختلف الملاحق في حدود 10%، ولا تتعدى ذلك زيادة أو نقصانا من المبلغ الإجمالي للصفقة<sup>4</sup>.

حدّد المشرع هيئات الرقابة الخارجية القبلية في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 والمرسوم

التنفيذي رقم 199/18، وذلك من خلال:

- لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة.

- اللجنة القطاعية للصفقات العمومية.

<sup>1</sup> أنظر المادة 03/02/138 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 02/139 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> دحو كراش، المرجع السابق، ص.125.

<sup>4</sup> أنظر المادة 01/139 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

- لجنة تفويضات المرفق العام.

سنحاول التطرق إلى عنصر خضوع الملاحق لرقابة الهيئات الخارجية القبلية، بالتركيز فقط على صلاحيات هذه اللجان في الرقابة على الملاحق، دون الاستفاضة في التفاصيل، وهذا راجع لتناولنا لهذه اللجان في عنصر فرض الرقابة على مرحلة إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام (الفصل الثاني من الباب الأول).

1.2.3 رقابة لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة على الملاحق

تختص هذه اللجنة بتقديم مساعداتها في مجال تحضير الصفقات العمومية، وإتمام تراتيبيها ودراسة دفاتر الشروط والصفقات والملاحق ومعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون<sup>1</sup>.

تتمثل هيئات الرقابة الخارجية القبلية في مجال الصفقات العمومية، فيما يلي:

• اللجنة البلدية للصفقات العمومية: تختص بدراسة الملاحق الخاصة بالبلدية، ضمن حدود المستويات المنصوص عليها في المادتين 139 من هذا المرسوم، على حسب كل حالة:  
✓ الملاحق التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، ضمن حدود المستويات المحددة في المادة 139 من هذا المرسوم، أي ألا يتجاوز مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق زيادة أو نقصانا نسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة<sup>2</sup>.

• اللجنة الولائية للصفقات العمومية: تختص بدراسة:

✓ الملاحق التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة والمصالح الخارجية للإدارات المركزية، غير تلك المذكورة في المادة 172 من هذا المرسوم، مع مراعاة حدود المستويات المحددة في المادة 184 من الفقرة 01 إلى الفقرة 04، والمادة 139 من هذا المرسوم، على حسب الحالة<sup>3</sup>.

✓ الملاحق التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية ضمن حدود المستويات المحددة في المادة 139 من هذا المرسوم.

<sup>1</sup> أنظر المادة 169 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 174 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

• اللجنة الجهوية للصفقات العمومية: تختص بدراسة:

✓ الملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية، مع مراعاة حدود المستويات المحددة في المادة 139 من هذا المرسوم، على حسب الحالة<sup>1</sup>.

• لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري: تختص بدراسة:

✓ الملاحق الخاصة بالمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، مع مراعاة حدود المستويات المحددة في المادة 139 من هذا المرسوم، على حسب الحالة<sup>2</sup>.

• لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري: تختص بدراسة:

✓ الملاحق الخاصة بالمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، مع مراعاة حدود المستويات المحددة في المادة 139 من هذا المرسوم، على حسب الحالة<sup>3</sup>.

### 2.2.3 رقابة اللجنة القطاعية للصفقات العمومية على الملاحق: تفصل في مجال الرقابة في:

✓ كل مشروع ملحق بصفقة الأشغال، التي يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة 1.000.000.000 دج، مع مراعاة حدود المستوى في المادة 139 من هذا المرسوم.

✓ كل مشروع ملحق بصفقة اللوازم، التي يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة 300.000.000 دج، مع مراعاة حدود المستوى في المادة 139 من هذا المرسوم.

✓ كل مشروع ملحق بصفقة الخدمات، التي يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة 200.000.000 دج، مع مراعاة حدود المستوى في المادة 139 من هذا المرسوم.

<sup>1</sup> أنظر المادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 172 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 175 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.



✓ كل مشروع ملحق بصفقة الدراسات، التي يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة 100.000.000 دج، مع مراعاة حدود المستوى في المادة 139 من هذا المرسوم.

✓ كل مشروع ملحق بصفقة الأشغال أو اللوازم للإدارة المركزية، التي يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة 12.000.000 دج، مع مراعاة حدود المستوى في المادة 139 من هذا المرسوم.

✓ كل مشروع ملحق بصفقة الدراسات أو الخدمات للإدارة المركزية، التي يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة 6.000.000 دج، مع مراعاة حدود المستوى في المادة 139 من هذا المرسوم<sup>1</sup>.

• **لجنة تفويضات المرفق العام:** تكلف لجنة تفويضات المرفق العام بالموافقة على مشاريع ملاحق اتفاقيات تفويض المرفق العام<sup>2</sup>.

مما سبق، نلاحظ أن المشرع أخضع الملاحق كشرط جوهري لإبرامها، لرقابة لجان الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة، وللجنة القطاعية للصفقات العمومية حسب الاختصاص كقاعدة عامة مع مراعاة الاستثناء الوارد على هذه القاعدة، بحيث أن هناك حالات استثنى فيها المشرع إخضاع الملاحق لهيئات الرقابة الخارجية، وهي الحالات المنصوص عليها في المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

كما أن فرض الرقابة على الملاحق، يشكّل ضماناً لتكريس الشفافية، وتقييد الإدارة أو الحد من لجوئها إلى إبرام الملاحق دون حاجة إلى ذلك، وكذلك يضفي طابع المشروعية على عمليات إبرام الملاحق.

### 3.3 الأثر المترتب على رقابة الملاحق

تتوج الرقابة التي تمارسها لجان الصفقات بإصدار التأشيرة، والتي تنتهي فيها الرقابة إلى منح التأشيرة أو رفضها، خلال 20 يوماً ابتداءً من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجنة<sup>3</sup>.

أما الرقابة التي تمارسها اللجنة القطاعية للصفقات العمومية، فإنها تتوج بمقرر منح أو رفض التأشيرة في أجل أقصاه 45 يوماً، ابتداءً من تاريخ إيداع الملف كاملاً لدى كتابة هذه اللجنة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 03/81 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 189 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

كما أنه يترتب على هذه الرقابة، إصدار مقرر تجاوز رفض التأشيرة، وذلك تطبيقاً للمادتين 200 و 201 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حيث أنه إذا رفضت لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة أو اللجنة القطاعية للصفقات منح التأشيرة، يمكن لمسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني حسب الحالة بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة تجاوز ذلك بمقرر معل.

مما سبق، يعتبر الملحق آلية قانونية لتعديل الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، يتم إبرامه وفق شروط معينة تحت رقابة الهيئات القبلية الخارجية (لجنة الصفقات للمصالح المتعاقدة واللجنة القطاعية للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام)، وكذلك لرقابة المراقب المالي والمحاسب العمومي، كما يخضع كذلك لرقابة خارجية بعدية، وهي رقابة المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة، ولرقابة القضاء.

بالإضافة لما سبق، يمكن أن يحدث تعديل في شروط الصفقة أثناء تنفيذها، وذلك خارج الإطار التعاقدى واتفاق الأطراف المتعاقدة، بل نتيجة تدابير متخذة من قبل المصالح المتعاقدة والتي يترتب عليها تغيير شروط تنفيذ الصفقة، دون أن يكون الهدف منها إحداث تعديلات على الصفقة التي أبرمتها، وترتبط هذه التعديلات بتطبيق نظرية فعل الأمير أو بسبب الظروف الطارئة أثناء تنفيذ الصفقة خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: سلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادي لدواعي المصلحة العامة للصفقة العمومية واتفاقية تفويض المرفق العام

إن القاعدة العامة في العقود الإدارية بصفة عامة، وعقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، بصفة خاصة، تقضي بأن انتهائها يكون خلال المدة المحددة لها أو انتهاء التنفيذ، إلا أنه قد يرد على هذه القاعدة العامة استثناء، يتمثل في إنهاء الإدارة للعقد بإرادتها المنفردة قبل أوانه حتى وإن لم يرتكب المتعامل المتعاقد معها خطأ أو تقصير يببرر هذا الإنهاء، كما أنها قد تضع حداً للعقد بإرادتها المنفردة، في حالة ارتكابه لخطأ (الفسخ الجزائي)، وهو ما سبق تناوله في الجزاءات الفاسخة.

وعليه، سنتقصر دراستنا في هذا المطلب على سلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادى للصفقة العمومية وتفويض المرفق العام، بدون خطأ من جانب المتعامل المتعاقد ولدواعي المصلحة العامة وإن

<sup>1</sup> سليم بلحاج، "سلطات المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية وفقاً للمرسوم الرئاسي رقم 247/15" مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 05، العدد 01، 2022، ص. ص. (401، 402).

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

كان الفسخ طريقة من الطرق التي ينتهي بها العقد، شأنه شأن الإنهاء الإفرادي لدواعي المصلحة العامة، من خلال التطرق إلى عرض الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادي للصفقة العمومية وتفويض المرفق العام (أولاً)، ثم شروط ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الإفرادي لدواعي المصلحة العامة (ثانياً)، وبعدها نعرّج إلى رقابة القضاء على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة (ثالثاً).

### الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري

نصّ المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في القسم العاشر تحت عنوان "الفسخ"، حيث نصت المادة 150 على إمكانية المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبرراً بسبب المصلحة العامة، وبدون خطأ من المتعامل المتعاقد.

وعلى غرار الصفقات العمومية، فإنّ المشرع أجاز للسلطة المفوضة فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام عند الضرورة، بإرادتها المنفردة، بهدف ضمان استمرارية المرفق العام والحفاظ على الصالح العام مع تعويض المفوض له<sup>1</sup>.

في حالة لم ينص القانون على هذه السلطة في القانون، نجد العديد من الآراء الفقهية التي تناولت البحث في أساس سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، وبدون خطأ من المتعاقد، فمن الفقه من ربط فكرة حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بفكرة الصالح العام (أولاً) ومنهم من أسس حق الإدارة في الإنهاء على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام (ثانياً)، بينما ذهب اتجاه آخر إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري، يرجع إلى فكرة الجمع بين المصلحة العامة ومقتضيات سير المرفق العام وبين فكرة السلطة العامة وامتيازات المرفق العام (ثالثاً).

### أولاً: الأساس القانوني القائم على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرفق العام

يرى جانب من الفقه، ومن بينهم الأستاذ بيرين **Berine** في فرنسا، بأن الإدارة عندما تتعاقد مع الأفراد لغرض تحقيق المصلحة العامة، لا تتنازل عن حقها في أن تبقى صاحبة الحق الأصلي

<sup>1</sup> أنظر المادة 64 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

بمراعاة هذه المصلحة، وبالتالي فهي تتدخل باعتبارها سلطة عامة، لتفرض ما تراه مناسباً لتحقيق ذلك وبهذا تستطيع الإدارة لحماية المصلحة العامة اتخاذ كافة التدابير والإجراءات التي يعترف بضرورتها<sup>1</sup>. كما يرى جانب من الفقه العربي، ومن بينهم الدكتور سليمان الطماوي، " أن الإدارة دائماً تنهي عقودها الإدارية، إذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام أو أصبحت لا تحقق المصلحة المنشودة"، ويؤيده في ذلك الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، بقوله، " أن للإدارة أن تنتهي العقد أثناء فترة سريانه أو قبل انتهائها، بالرغم من عدم ارتكاب المتعاقد معها لأي خطر يبرر ذلك، كلما اقتضت المصلحة العامة هذا الإنهاء من وجهة نظر الإدارة"<sup>2</sup>.

ما نستنتجه، هو أن هذه الآراء تتفق جميعها في كون أن أساس سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري هو تحقيق المصلحة العامة، ومقتضيات حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد لأنه قد يصبح مثلاً العقد بعد إبرامه غير مفيد للمرفق العام أو لا يلي حاجياته، وبالتالي، يجوز للإدارة إنهاء العقد الذي أبرمته عندما لا يؤدي إلى الغرض من إبرامه، ألا وهو تحقيق المصلحة العامة ومتطلبات سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

على الرغم من تأسيس العديد من الاتجاهات الفقهية، على أن أساس سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري تقوم على فكرة المصلحة العامة ومقتضيات المرفق العام، إلا أنه ذهب جانب من الفقه إلى أن أساس هذه السلطة ترجع إلى فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام.

### ثانياً: الأساس القانوني القائم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام

يرى أنصار هذا الرأي، أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد، تقوم على فكرة السلطة العامة التي تستخدمها الإدارة كامتياز في إصدار قراراتها التنفيذية، وفي التنفيذ المباشر في مجال القانون العام وهذه سلطات استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص.54.

<sup>2</sup> عبد الحليم مجدوب، " سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة"، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 02، العدد 02، جامعة أبو بكر بلقايد، جامعة تلمسان، سبتمبر 2017، ص.255.

<sup>3</sup> بشير علي باز، المرجع السابق، ص.175.

من أبرز الفقهاء المؤيدين لهذا الرأي العميد فيدال، الذي يرى: "أن سلطة الفسخ دون خطأ من المتعاقد، هي نظام من أنظمة السلطة العامة تستطيع الإدارة تقريره بالإرادة المنفردة، وأن الفسخ لا يجوز أن يصدر إلا لأسباب تتعلق بالصالح العام، وعلى الأخص بسبب إلغاء أو تعديل المرفق".  
في نفس السياق، نجد رأي الدكتور أحمد عثمان موافق للرأي السابق، بقوله أن: "سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية تقوم على فكرة السلطة العامة، لأن الإدارة تمارسها في مجال العقود الإدارية عن طريق استعمال امتيازها في إصدار القرار التنفيذي وفي التنفيذ المباشر، أما فكرة الصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة، فهي تصلح شرطا لممارسة هذه السلطة أكثر منها أساسا قانونيا لها"<sup>1</sup>.  
مما سبق ذكره من الآراء الفقهية، التي قيلت بشأن الأساس القانوني، الذي يمكن أن تستند إليه الإدارة عند ممارستها لسلطتها في الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري، بين مرجح للأساس القائم على فكرة المصلحة العامة ومقتضيات المرفق العام، وبين مرجح لأساس السلطة العامة وامتنيازات القانون العام بينما ذهب اتجاه آخر إلى الجمع بين هذين الفكرتين.

#### ثالثا: الأساس القانوني القائم على الجمع بين فكرة السلطة العامة وامتنيازات السلطة العامة

من أنصار هذا الاتجاه في فرنسا- الفقيه دي لوبادير-، حيث يرى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد قبل أوانه، لا يمكن أن يكون سوى مظهرا من مظاهر السلطة العامة في إدخال بعض التحويلات على الشروط التعاقدية خلال تنفيذه، لأن ذلك يؤدي إلى تغيير الشرط الخاص بمدة العقد كما أنه من حق الإدارة أن تنهي العقود، متى أصبحت غير متلائمة مع حاجات الجمهور مع تعويض المتعاقد معه<sup>2</sup>.

انطلاقا مما سبق، فإن الإدارة تستند على فكرة تحقيق المصلحة العامة، وبمقتضى السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة، لها أن تنهي العقد بإرادتها المنفردة إذا أصبحت لا تتلاءم مع احتياجات المرفق العام.

من خلال مختلف الآراء الفقهية، حسب رأينا نرجح الأساس القانوني، الذي يستند على فكرة السلطة العامة ومقتضيات المرفق العام، لأن الإدارة عند إبرامها للعقد الإداري كان بهدف تحقيق

<sup>1</sup> مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص.257.

<sup>2</sup> محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص.59.

المصلحة العامة، ومتطلبات سير المرفق العام بانتظام واضطراد، من خلال استعمالها لامتياز السلطة العامة لتحقيق ذلك.

إذا كانت سلطة الإدارة في إنهاء الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام بإرادتها المنفردة تمارس من خلال سلطتها التقديرية، فإنه لا بدّ من وضع شروط على سلطة الإدارة في استعمالها لهذه السلطة.

#### الفرع الثاني: شروط ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة

وضع الفقه والقضاء جملة من الشروط التي يجب على الإدارة مراعاتها قبل إعمال سلطتها في إنهاء العقد الإداري، وعليه فإن سلطتها في ممارسة الإنهاء الانفرادي ليست مطلقة، بل مقيدة بشروط والتي تتمثل في أن يكون إنهاء العقد الإداري صادرا من أجل تحقيق المصلحة العامة (أولا)، وأن يكون قرار الإنهاء مستوفيا لجميع عناصر مشروعيته (ثانيا).

#### أولا: أن يكون إنهاء العقد الإداري صادرا من أجل تحقيق المصلحة العامة

يقصد بالمصلحة العامة في هذا المجال مصلحة المرفق العام، وما تقتضيه ضرورة التجاوب مع حاجاته ومقوماته، وليس لمجرد الحصول على مقابل مالي أكبر ممّا يدفعه المتعاقد مع الإدارة عن طريق التعاقد مع شخص آخر بعد إنهاء العقد الأول بإرادتها المنفردة، لأن سلطة الإنهاء بداعي المصلحة العامة من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفته، لأن القول بخلاف ذلك يرتب عليه بطلان العقد<sup>1</sup>.

إذا كان هدف الإدارة من إبرام عقودها الإدارية، هو من مقتضيات المصلحة العامة، فإنه يتعيّن أن يكون باعنها على إنهاء ما أبرمته من هذه العقود إنهاء غير طبيعيا (مبتسرا)، هو أيضا الرغبة في تحقيق المصلحة العامة، والتي يتلاءم معها هذا الإنهاء<sup>2</sup>.

وعليه، يجب أن يكون سبب الإنهاء الانفرادي لعقد الصفقة العمومية وهدفه المصلحة العامة وقد قرّر مجلس الدولة والقضاء الإداري الفرنسي، أن إنهاء العقد الإداري دون خطأ المتعاقد، يقوم على

<sup>1</sup> سلام بن حفاف، ساعد العقون، المرجع السابق، ص.442.

<sup>2</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.137.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

شرط المصلحة العامة، والذي يخضع للسلطة التقديرية للإدارة تحت رقابة القضاء الإداري، وهذه بعض الحالات التي اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي تحقق شرط المصلحة العامة:

- إعادة تنظيم المرفق العام.
- انقضاء احتياجات المرفق العام.
- وقوع تعديلات في احتياجات المرفق العام.
- تغيير الظروف الاقتصادية.
- وجود بند أو عدة بنود باطلة ضمن العقد الإداري.
- صدور قوانين جديدة تتعلق بتنظيم المرفق العام<sup>1</sup>.

ثانياً: أن يكون قرار الإنهاء مستوفياً لجميع عناصر المشروعية

نعني بذلك، أن يستوفي هذا القرار كافة أركانه الشكلية والموضوعية، أي أن صحة إجراء قرار الإنهاء تتعلق أساساً بصحة القرار وشرعيته من الناحية الخارجية (الاختصاص، الشكل الإجراءات) ومن الناحية الداخلية (السبب، المحل، ركن الغاية).

في حالة إذا تخلف أحد العناصر السابقة، يكون قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة معيباً بأحد عيوب القرار الإداري، التي تجعله عرضة لعدم المشروعية<sup>2</sup>، على الرغم من أن قرار الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية وتفويض المرفق العام غير قابلاً للإلغاء، بحكم أنه من القرارات المتصلة وكونه كذلك من امتيازات السلطة العامة التي منحها المشرع للإدارة.

**الفرع الثالث: الآثار المترتبة على إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة**

يترتب على إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد، وبالإرادة المنفردة للإدارة لدواعي المصلحة العامة، أثرين هما، انقضاء العلاقة التعاقدية بين المتعاقد والإدارة (أولاً)، أما الأثر الثاني هو حق المتعاقد في التعويض الكامل عن إنهاء عقده (ثانياً).

<sup>1</sup> محمد عبد الوهاب، جمال رواب، " الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 03، العدد 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة ص. 536.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص. 535.

### أولاً: انقضاء العلاقة التعاقدية

إن انقضاء العلاقة التعاقدية بين المتعامل المتعاقد والإدارة يختلف تبعاً لنوع العقد، فبالنسبة لعقد الأشغال العامة، يترتب على إنهاء عقد الأشغال العامة انقضاء الالتزامات التعاقدية بين طرفي العقد، ويتم تصفية هذا العقد وتسوية المبالغ الناشئة عن إنجازه، بالاستناد إلى المبالغ المستحقة للمقاول أو على العكس للإدارة صاحبة الأشغال<sup>1</sup>.

وقد نص المشرع في المادة 02/126 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على أنه: "يجوز للمصلحة المتعاقدة، وهي غير ملزمة بذلك استرجاع كليا أو جزئياً المنشآت وعناصر المنشأة و/أو خدمات الأشغال المؤقتة، التي وافق صاحب الاستشارة الفنية على شروط تنفيذها ومطابقتها والعتاد المعد خصيصاً لتنفيذ أشغال المؤسسة وغير قابل للاستعمال بالشكل المعتاد في ورشات أخرى".

كما نص كذلك في المادة 04/126 من نفس المرسوم، على أنه: "في جميع حالات الفسخ يتعين على المقاول، إخلاء الورشات والمخازن والأماكن الضرورية لتنفيذ الأشغال في الأجل الصارم الذي يحدده صاحب الاستشارة الفنية".

أما بالنسبة لعقود التوريد، يترتب على إنهاء عقد التوريد، من جانب الإدارة قبل حلول أجله انقضاء الالتزامات التعاقدية المتبادلة بين طرفي العقد، كما تنقضي جميع الالتزامات الباقية دون تنفيذ<sup>2</sup>.

يلزم إنهاء عقود التوريد من طرف المصلحة المتعاقدة، توقّف المورد عن تسليم وتوريد المواد المتّفق عليها في العقد، ومع ذلك فإن المورد يكون ملزماً بتسليم المواد الأولية، والمؤن المخصصة لتنفيذ العقد، وإذا كان يتعلق بعقود التوريد الصناعية، يجب على الإدارة في هذه الحالة أن تعلن للمتعاقد رغبتها في إنهاء العقد، عن طريق إخطار المتعاقد معها بقرار الإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ببو خلاف، المرجع السابق، ص.475.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.477.

<sup>3</sup> محمد عبد الوهاب، جمال رواب، المرجع السابق، ص.538.



## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

بالنسبة لتفويض المرفق العام، فإن المشرع جاء بنص عام وغير مضبوط، حيث أن ممتلكات المرفق العام تحوّل إلى السلطة المفوضة بدون استثناء، عند نهاية اتفاقية تفويض المرفق العام، بعدما يقوم الطرفان بالجرد وفقا لبنود الاتفاقية<sup>1</sup>.

في عقد الامتياز يتم استرداد المرفق محل الامتياز، والذي يقصد به: " هو قيام الإدارة بإنهاء عقد الامتياز قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب الملتزم، شريطة أن يتم تعويضه تعويضا عادلا وبإجراء إداري صادر عن جهتها، دون اللجوء إلى استصدار حكم قضائي يسمح لها بذلك"<sup>2</sup> بمعنى أن السلطة المانحة للامتياز تلجأ إلى استرداد المرفق محل الامتياز قبل نهاية العقد، عندما تصبح طريقة الامتياز لا تحقق المصلحة العامة، ولا تتفق مع متطلباتها، مع الأخذ بعين الاعتبار تعويض صاحب الامتياز عما لحقه من أضرار<sup>3</sup>.

وقد نص المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 53/08، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به<sup>4</sup>، على ضرورة إرجاع صاحب الامتياز للسلطة المانحة عند انقضاء الامتياز، كل المنشآت والهياكل التي هي جزء من الامتياز في حالة سير عادية<sup>5</sup>.

يأخذ استرداد الالتزام ثلاثة صور، يمكن إجمالها فيما يلي:

<sup>1</sup> انظر المادة 01/66 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>2</sup> عبد الحليم مجدوب، المرجع السابق، ص.267.

<sup>3</sup> صونية نايل، التسيير المفوض لمرفق الري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه (ل.م.د) في الحقوق، فرع: القانون الإداري، تخصص: نشاط إداري والمسؤولية الإدارية، جامعة العربي التبيسي، تبسة، السنة الجامعية 2016/2017، ص.249.

<sup>4</sup> المرسوم التنفيذي رقم 53/08، المؤرخ في 09 فيفري 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به، الجريدة الرسمية، العدد 08، الصادرة في 13 فيفري 2008.

<sup>5</sup> أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 53/08، المصدر السابق.

- **الاسترداد التعاقدى:** قد ينص في عقد الامتياز على حق الإدارة في استرداد المرفق قبل انتهاء مدة الالتزام<sup>1</sup>، وتقرير الاسترداد التعاقدى، قد يكون أمرا وجوبيا يفرض المشرع تنظيمه، كما قد يتقرر من دون وجود نص قانوني يقره وينظمه<sup>2</sup>.

إن المشرع لم ينص في البيانات، التي يجب أن تتضمن عليها اتفاقية تفويض المرفق العام على بند يتعلق بالاسترداد، وكيفية تنظيمه وشروطه<sup>3</sup>.

- **الاسترداد غير التعاقدى:** وهو الاسترداد الذي تقرره الإدارة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ عقد الالتزام، دون تنظيم سابق لأوضاعه في وثيقة الامتياز، أو وجود نص صريح ضمن شروط العقد يجيز لها ذلك<sup>4</sup>.

- **الاسترداد التشريعي:** يتم هذا النوع من الاسترداد بتدخل من المشرع في بعض الحالات لاسترداد المشاريع المدارة عن طريق الامتياز، بإصدار تشريعات خاصة تنظم هذا الاسترداد والآثار المترتبة عليه من حيث حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة<sup>5</sup>.

#### ثانيا: حق المتعاقد في التعويض الكامل عن إنهاء عقده

نظرا لأن سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة تشكل خطرا كبيرا على المصالح المالية للمتعاقد معها، لهذا نجد أن المشرع حرص على تعويضه عن جميع الخسائر، التي لحقته والكسب الذي فاته من جراء قرار الإنهاء<sup>6</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 123 الفقرة الثانية والثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على أنه: " في حالة الفسخ من

<sup>1</sup> محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص.103.

<sup>2</sup> سمية سلامي، المرجع السابق، ص. 247.

<sup>3</sup> أنظر المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>4</sup> عبد الحليم مجدوب، المرجع السابق، ص.267.

<sup>5</sup> محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص.109.

<sup>6</sup> عبد الحفيظ مانع، " الآثار المترتبة على قرار إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة ومدى خضوعها للرقابة للرقابة القضائية" مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد 08، العدد 02، جامعة الجيلالي ليايس، سيدي بلعباس ديسمبر 2022، ص.171.

طرف واحد والمبرر بالمصلحة العامة، يمكن تعويض المقاول عند الإقتضاء، عن الضرر المتكبّد والفائدة التي كان بإمكانه أن يتحصل عليها في حالة ما إذا أنجز كل الخدمات".

يكون التعويض المستحق للمتعاقد في حالة إنهاء الإدارة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة تعويضاً كاملاً، وهو يشمل عنصرين، يتمثل العنصر الأول في الخسارة التي لحقت، وهو يتضمن جميع النتائج المالية السلبية التي أضرت به، كما قد يشمل إضافة إلى ذلك، الأضرار الأدبية والمعنوية التي لحقت من جراء هذا الإنهاء، كالتأثير في سمعته التجارية، بشرط توفّر العلاقة السببية بين إنهاء العقد الإداري والأضرار التي لحقت بالمتعاقد، والتي تكون نتيجة مباشرة لسلطة الإنهاء<sup>1</sup>.

أما العنصر الثاني، فيتمثل في الأرباح التي فاتته من جراء إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، والتي يتم البدء في حسابها من تاريخ إنهاء العقد، لكن المجلس الدولة الفرنسي استبعد فكرة التعويض عن الربح الذي فات المتعامل المتعاقد، في حالتين:

- الحالة الأولى: حالة إنهاء العقد بسبب ظروف خارجية، لا يد للإدارة المتعاقدة فيها ومن غير الممكن توقّع تلك الظروف، كحالة وقوع الحروب.

- الحالة الثانية: فتتمثل في حالة صدور قرار الإنهاء بناء على طلب المتعاقد أو بسبب تخليه عن تنفيذ موضوعه بموافقة من الإدارة المتعاقدة معه<sup>2</sup>.

يتم تحديد التعويض وفقاً لما نص عليه القانون أو العقد، على الرغم من أن المشرع لم ينص صراحة في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على التعويض عن الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية دون خطأ من المتعاقد<sup>3</sup>.

على خلاف ما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، فإن المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، أجاز المشرع صراحة على التعويض عن الإنهاء الانفرادي لاتفاقية تفويض المرفق العام دون خطأ من المفوض له<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Christophe Lajoie, op.cit, p.197.

<sup>2</sup> عبد الحفيظ مانع، المرجع السابق، ص. ص. (173، 174).

<sup>3</sup> نصت المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: " يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخة الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبرراً بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد"، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 64 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

نظرا لتفوق الإدارة على المتعامل المتعاقد معها، بسبب ما تتمتع به من سلطة في إنهاء العقد الإداري بصفة عامة، والصفقات العمومية وتفويض المرفق العام بصفة خاصة، وما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية في تحديد ما كان يمس بالمصلحة العامة، وما هو عكس ذلك، ولذلك فإن حرية الإدارة في ممارستها لهذه السلطة قيدت برقابة القضاء على قرارها بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة كضمانة للمتعامل المتعاقد.

#### الفرع الرابع: رقابة القضاء على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

إن ممارسة الإدارة لسلطة إنهاء الصفقة العمومية أو اتفاقية تفويض المرفق العام لدواعي المصلحة العامة، لا يعني أن هذه السلطة مطلقة، إنما هي سلطة تقديرية تخضع في ذلك لرقابة القضاء الإداري، الذي يمكنه التحقق من مدى مشروعية هذه الممارسة.

بالنسبة للقضاء المختص بالرقابة على الإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة، نبيّن بين

حالتين:

#### أولاً: الطعن ضد قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة من طرف المتعامل المتعاقد

انطلاق من قرار مجلس الدولة، الذي يقضي بأن فسخ الصفقة من طرف الإدارة لا يعدّ قراراً إدارياً قابلاً للطعن فيه بالإلغاء<sup>1</sup>، وقراره كذلك فيما يخص أن قرار الفسخ هو امتياز ممنوح للإدارة وهو غير قابل لدعوى الإلغاء، على أساس أن منازعات فسخ الصفقة العمومية تدخل في اختصاص القضاء الكامل<sup>2</sup>.

وعليه، فإن القاضي يقتصر دوره في الفصل في مدى توفر شرط المصلحة العامة من عدمه دون أن تتعدى سلطته تلك الحدود، فلا يجوز للقاضي إلغاء قرار الفسخ المتخذ من الإدارة في هذا الشأن، وبالتالي، فإن سلطة القاضي في مراقبة ملاءمة السبب الذي تتذرع به الإدارة في إصدار قرار

<sup>1</sup> أنظر القرار رقم 063683، المؤرخ في 12 جانفي 2012، قضية بلدية العلة ضد (ح.ع)، مجلة مجلس الدولة العدد 12، 2014، ص.108.

<sup>2</sup> أنظر القرار رقم 137243، المؤرخ في 07 فيفري 2019، قضية والي ولاية بسكرة ضد مؤسسة أشغال البناء، مجلة مجلس الدولة، العدد 17، 2019، ص.23.

الفسخ بدون خطأ المتعامل المتعاقد تضيق، ومردّ هذا التضيق، هو أن المتعاقد لا يضر من هذا الأخير، لأنّه في كل الأحوال سيحصل على التعويض<sup>1</sup>.

وقد كرست كذلك أحكام القضاء الإداري ومجلس الدولة الفرنسي نفس المبدأ، والذي مفاده أن القاضي المختص بنظر العقود الإدارية هو قاضي العقد، وهو المختص بفحص مدى مشروعية قرارات الإدارة المتّصلة بهذه العقود، ومن بينها قرار الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري من جانب الإدارة وبدواعي المصلحة العامة، وقد عبّر مجلس الدولة الفرنسي عن ذلك في أحد أحكامه، بقوله: "نظراً لأنّ قرار السلطة مانحة الالتزام الذي يقضي بإنهاء عقد الالتزام، لا يعتبر قراراً منفصلاً عن العقد بالنسبة لصاحب الامتياز، فإن صاحب الالتزام لا يستطيع أن يقيم ضد هذا القرار دعوى أخرى خلاف الدعوى التي يمكنه أن يقيمها أمام قاضي العقد"<sup>2</sup>.

وعليه، فإن القاضي يختص في مجال المنازعات الناتجة عن تنفيذ العقود الإدارية بصفة عامة، والصفقات العمومية وتفويض المرفق العام بصفة خاصة، ينحصر في مدى تعلق السبب الذي على أساسه اتخذته الإدارة كمبرر لإنهاء الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام بالمصلحة العامة من عدمه، ولا تشمل تقدير مدى تناسب هذا السبب مع قرار الإنهاء، على عكس ما هو عليه الحال في قرار الفسخ الجزائي (تقدير مدى ملاءمة وتناسب الخطأ مع قرار الفسخ الجزائي كما تناولناه سابقاً) لتقدير التعويض للمتعاقد مع الإدارة، وبالتالي لا يمكنه إلغاء قرار الإنهاء بإرادة منفردة، لأن ممارسته لهذه السلطة تشكّل مظهراً من مظاهر امتيازات السلطة العامة، لكن بالمقابل لا يعني إعفاء المتعامل المتعاقد من حقه في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر.

#### ثانياً: الطعن ضد قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة من طرف غير المتعامل المتعاقد

يرى الأستاذ سليمان محمد الطماوي، أن التبرير الوحيد الذي يمكن على أساسه أن يطعن الغير بإلغاء القرار المتّصل بالعقد الإداري ينحصر في عقد الامتياز، أما في باقي العقود الإدارية، فإن

<sup>1</sup> سلام بن حفاف، ساعد العقون، المرجع السابق، ص.443.

<sup>2</sup> محمد عبد الوهاب، جمال رواب، المرجع السابق، ص.540.

العلاقة التعاقدية تكون مقتصرة بين الإدارة والمتعامل المتعاقد معها<sup>1</sup>، وذلك على أساس مبدأ الأثر النسبي للعقد الذي يقضي باقتصار آثار العقد على أطرافه فقط<sup>2</sup>.

يقصد بالغير: " هو كل الخارجون عن الرابطة العقدية، ولهم مصلحة جدية ومشروعة في إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العملية العقدية، أي أنهم الخارجون عن العلاقات التي يحكمها العقد، وهم ليسوا طرفا فيه، وليسوا خلفا عاما أو خاصا لأحد طرفي العقد، وله مصلحة مشروعة وجادة في إلغاء القرار الإداري المنفصل"<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لإمكانية توجيه الغير لدعوى الإلغاء ضد قرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذ أو إنهاء العقد الإداري، على أساس نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، فقد اختلف الفقهاء بين مؤيد ومعارض، فمنهم من ذهب إلى عدم قدرة الغير على رفع هذه الدعوى أمام قاضي الإلغاء على اعتبار أن هذه القرارات لا يمكن أن تكون بأي حال من الأحوال منفصلة عن العلاقة العقدية وبالتالي، فإنه لا يحق لغير أطراف العقد الإداري الطعن فيها أمام قاضي العقد<sup>4</sup>.

فقد كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض طعون الغير ضد القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري لكن سرعان ما تراجع عن قراره، لأنه يتنافى ومبادئ العدالة والإنصاف بخصوص وضعية الغير، فقد عدل عن مسلكه هذا، منصفا بذلك الغير الذين لا يمكنهم اللجوء إلى القضاء الكامل، لأنهم ليسوا طرفا في العقد، كما أنهم تم حرمانهم من اللجوء إلى قضاء الإلغاء، مما يسبب لهم فقدانهم لوسائل الحماية القضائية لحقوقهم<sup>5</sup>.

على هذا الأساس، أجاز مجلس الدولة الفرنسي لجمهور المنتفعين في عقود الامتياز الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية التنظيمية، التي تصدرها الإدارة استنادا لسلطتها التنظيمية، والتي مسّت بطريقة مباشرة بمصالح الغير<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص. 539.

<sup>2</sup> عبد الحفيظ مانع، المرجع السابق، ص. 177.

<sup>3</sup> كمال العطاروي، المرجع السابق، ص. 174.

<sup>4</sup> عبد الحفيظ مانع، المرجع السابق، ص. 177.

<sup>5</sup> كمال العطاروي، المرجع السابق، ص. ص. (175، 176).

<sup>6</sup> محمد عبد الوهاب، جمال رواب، المرجع السابق، ص. 539.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

مما سبق، يتضح أن الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، تتبّع فيهما الإدارة وسائل القانون العام في تنفيذها، لذلك أعطى المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والمرسوم التنفيذي رقم 199/18، للإدارة الحق في التعديل بالإرادة المنفردة، والتعديل عن طريق الملحق باتفاق إرادتي الطرفين، كما أنه أعطى لها الحق في إنهاء عقد الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام بإرادتها المنفردة ولدواعي المصلحة العامة قبل الانتهاء من تنفيذهما، وحتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد ولكن رغم هذه السلطات الاستثنائية التي منحها المشرع للإدارة، إلا أنه أورد عليها قيوداً قانونية تحدّ من حريتها، بهدف حماية المصلحة العامة.

على الرغم من تمتع الإدارة بامتيازات السلطة العامة، إلا أن ذلك لا ينفى من نشوء التزامات اتجاه المتعامل المتعاقد معها، من خلال إلزامها بتنفيذ جملة من الالتزامات التعاقدية، التي نص عليها تنظيم الصفقات العمومية أو بنود الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام.

لم يكتف المشرع على مجرد تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بل كرس ضمانات لتنفيذ المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام، من خلال التسوية الودية لهذه النزاعات والتحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لحل النزاعات، إلا أن هذا لا يمنع من أطراف العلاقة التعاقدية من اللجوء إلى القضاء في حال فشل حل النزاعات ودياً.

## خلاصة الفصل الأول من الباب الثاني

يتضح من خلال هذه الدراسة، أن المشرع قد أقر في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 وفي المرسوم التنفيذي رقم 199/18، جملة من السلطات التي يمكن للإدارة تفعيلها في مواجهة المتعاقد معها أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية أو الاتفاقية، مما يتيح لها التمتع بامتيازات السلطة العامة في مواجهته، بهدف تحقيق المصلحة العامة، ومن بين هذه السلطات، سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه سلطة التعديل والإنهاء الانفرادي للصفقة أو الاتفاقية، وهذه السلطات كلّها تعبر عن تفوق الإدارة نظرا للمركز الممتاز لمركزها التعاقدية، فعلى مستوى سلطة الإدارة في الإشراف والرقابة، تقوم الإدارة المتعاقدة بالتحقق من قيام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته على النحو المتفق عليه، أما التوجيه فتتمثل في حق الإدارة في التدخل في تنفيذ الصفقة.

كما قد تصل سلطة الإدارة في توجيه المتعاقد معها لسلوك طريق معين في التنفيذ بما تراه المصلحة المتعاقدة أكثر ملاءمة للصالح العام، فحق الإدارة في ممارسة هذه السلطة يتعلق بالنظام العام، الذي مردّه ما تتمتع به الإدارة من امتيازات بوصفها سلطة عامة.

نظرا لتفوق الإدارة عند ممارستها لسلطة الإشراف والرقابة والتوجيه، فقد أخضعها المشرع لجملة من الضوابط، تتمثل في ممارسة هذه السلطة في إطار احترام مبدأ المشروعية وألا يؤدي استعمال هذه السلطة إلى تعديل شروط الصفقة.

على الرغم من تفوق الإدارة في مرحلة تنفيذ الصفقة، إلا أن هذا لا يمنع من خضوع القرارات التي تتخذها الإدارة بهذا الشأن لرقابة القضاء الإداري.

كما منحت الإدارة سلطة توقيع الجزاءات الإدارية لمواجهة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية كاستناعه عن تنفيذ محتوى الصفقة أو تنفيذه تنفيذا غير مطابق، أو التأخر في المواعيد المقررة لمراحل تنفيذ الصفقة، ومن ذلك يمكن القول بأن هذه السلطة تعبر عن المركز الممتاز للإدارة، إذ أنها لا تحتاج لتوقيع الجزاء بإرادتها المنفردة إلى تصديق القضاء عليه، والإدارة المتعاقدة تتمتع بالحرية التامة في اختيار الجزاء الذي تراه مناسبا على المتعاقد، فقد تفرض عليه جزاءات مالية، أو جزاءات ضاغطة، ويمكن كذلك أن تصل إلى حد فرض جزاءات فاسخة وبالمقابل، نجد المشرع قد أخضع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية إلى رقابة القاضي الإداري.



أما فيما يخص سلطة الإدارة في تعديل شروط الصفقة بواسطة الملحق، فإنها تنصب على مضمون الالتزامات المنصوص عليها في العقد، والمتمثلة في إمكانية التعديل الكمي بالزيادة أو بالنقصان في كمية الأعمال محل الصفقة أو التعديل في وسائل وطرق التنفيذ المنفق عليها أو التعديل في مدة تنفيذ العقد، لكن حق الإدارة في التعديل ليس مطلقاً، بل مقيداً بضوابط محددة تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاملين المتعاقدين معها.

على الرغم من أن الملحق يعتبر وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية، ويشكل أحد الضوابط المقيدة لسلطة المصلحة المتعاقدة في التعديل، إلا أن معظم أحكامه يكتنفها الغموض والإبهام، خاصة فيما يتعلق بمسألة التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية والسقف المالي للملحق، الذي لا يمكن للمصلحة المتعاقدة تجاوزه، ونفس الأمر، بالنسبة لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للصفقة العمومية أو الاتفاقية فهي سلطة غير مطلقة، بل مقيدة بضوابط تلزم بها الإدارة عند استعمال هذا الامتياز.

كما تعتبر سلطة الإدارة أيضاً في إنهاء العقد بدون خطأ المتعاقد، بل بداعي المصلحة العامة من أكثر السلطات خطورة، لأن مسألة تقدير المصلحة المتعاقدة يدخل في استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية الواسعة في تقدير وتكييف الحالات التي تستدعي منها اللجوء لهذا الإجراء، ومع ذلك، فإن سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة مقيدة بضوابط كذلك.

## الفصل الثاني

### تحديد التزامات الإدارة اتجاه المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض

#### المرفق العام

إن الصفقة العمومية يرتبط تنفيذها بالجانب المالي لها، فالمتعامل المتعاقد ملزم بتنفيذ الالتزامات المتعلقة بموضوع الصفقة، بالمقابل تلتزم الإدارة بتسديد مقابل ما أداه لها من خدمات لكن أحيانا يجد المتعاقد نفسه بحاجة إلى سيولة مالية للصفقة التي بصدد البدء في تنفيذها، ولهذا نجد الإدارة تقوم بدفع أقساط مالية، لضمان استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته، التي تكون في شكل تسبيقات أو دفع على الحساب، وصولاً إلى الدفع النهائي، الذي يتمثل في التسوية على رصيد الحساب بعد تنفيذه الكامل لموضوع الصفقة.

كما رأينا سابقاً، أن الإدارة تمتاز بسلطات خطيرة في تعديل التزامات المتعامل المتعاقد مما يترتب عليه في الكثير من الأحيان زيادة الأعباء المالية التي يتعرض لها المتعاقد، والتي ليست نفسها التي تم تحديدها وقت التعاقد، وبطبيعة الحال، فليس من العدل أن يتحمل المتعامل المتعاقد تلك الأعباء لهذا، فالقضاء الإداري اعترف له بحقه في إعادة التوازن المالي للصفقة أو تفويض المرفق العام إلى ما كان الحال عليه.

دائماً، وفي إطار التزامات الإدارة اتجاه المتعامل المتعاقد، فإنه يقع عليها تعويضه في حال إخلالها ببند الصفقة أو عند تعسفها في استعمال السلطات الممنوحة لها، كما أنها مسؤولة عن تعويضه عن الأضرار التي تصيبه من دون خطأ صدر عنها.

مما سبق، سنقتصر دراستنا على التزام الإدارة بدفع المقابل المالي المتفق عليه (المبحث الأول) والتزامها كذلك بإعادة التوازن المالي للصفقة أو تفويض المرفق العام وتعويض المتعامل المتعاقد (المبحث الثاني)، ثم نتطرق إلى التسوية الودية والقضائية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام (المبحث الثالث).

#### المبحث الأول: التزام الإدارة بدفع المقابل المالي المتفق عليه

تمثل الإدارة مركز قانوني هام في ظل العلاقة التعاقدية التي تربطها بالمتعامل المتعاقد في الصفقة العمومية، من خلال جملة الامتيازات المخولة لها قانوناً، لكن هذا لا يعني أن المشرع لم يرتب

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

عليها مجموعة من الالتزامات اتجاه المتعامل المتعاقد معها، خاصة في حالة ما إذا قام هذا الأخير بتنفيذ التزاماته التعاقدية المتعلقة بموضوع الصفقة العمومية أو اتفاقية تفويض المرفق العام اتجاه الإدارة.

على هذا الأساس، فالإدارة ملزمة بدفع المقابل المالي للمتعامل المتعاقد بالكيفية التي حددها القانون (المطلب الأول)، وارتباط المقابل المالي لاتفاقية تفويض المرفق العام بنتائج الاستغلال (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تحديد السعر وتعديله في الصفقات العمومية

من أجل ضمان حماية كل الحقوق المالية المقررة للمتعامل المتعاقد في الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام، والتي من بينها التزام الإدارة بدفع المقابل المالي للمتعامل المتفق عليه في الصفقة، مع مراعاة اختلاف صور هذا المقابل على حسب نوع الصفقة، فإن المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أوضح كليات تحديد سعر الصفقة (الفرع الأول)، من خلال التطرق إلى كليات تحديد السعر وطرق دفع السعر في الصفقة العمومية، كما أن المشرع كذلك تناول في هذا المرسوم تعديل السعر في الصفقة العمومية (الفرع الثاني)، والذي تناولنا فيه ثبات السعر كأصل عام، ومراجعة وتعيين السعر وفق شروط معينة وطبقاً لما قد تقتضيه الصفقة.

### الفرع الأول: تحديد السعر في الصفقات العمومية

يعتبر السعر عامل مهم لتحضير الصفقة العمومية وإطلاقها للمنافسة، لما له من أهمية ودور فعال في إرساء الصفقة واختيار المتعامل المتعاقد، كما رأينا ذلك سابقاً في الفصل الأول من الباب الأول.

عرّف السعر في الصفقات العمومية، على أنه: "المقابل المالي الذي تلتزم المصلحة المتعاقدة بدفعه للمتعامل المتعاقد إزاء الخدمات، التي يلتزم بإنجازها لمصلحتها، فهو بمثابة الالتزام الرئيسي للمصلحة المتعاقدة والحق الأساسي للمتعامل المتعاقد"<sup>1</sup>.  
على هذا الأساس، تناولنا كفاءات تحديد السعر في الصفقات العمومية (أولاً)، وطرق دفع السعر في الصفقة (ثانياً).

### أولاً: كفاءات تحديد السعر في الصفقات العمومية

يشمل سعر الصفقة جميع المصاريف الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية، والتكاليف الخاصة بها، وكذا الحقوق والرسوم والضرائب<sup>2</sup>، وهو ما أشار إليه المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 219/21 حيث اعتبر أسعار الصفقات العمومية للأشغال شاملة لجميع المصاريف الناجمة عن تبعات ضرورية ومباشرة للعمل، وكذا حقوق الدفع والضرائب والرسوم والنفقات العامة والنفقات الإضافية، كما أنها كذلك تضمن للمقاوم هامشاً للمخاطر والأرباح<sup>3</sup>.

حسب المادة 96 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، فإن السعر يتحدّد في كل صفقة وفقاً للكفاءات التي سنورده تباعاً، فالمصلحة المتعاقدة لها الخيار في أن تختار الكيفية المناسبة لتحديد سعر الصفقة.

## 1- السعر الإجمالي والجزافي Le prix global forfaitaire

عرّف المشرع السعر الإجمالي والجزافي في المادة 01 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، على أن: "صفقة السعر الإجمالي الشامل، هي الصفقة التي حدّد فيها على التمام الأشغال المطلوبة من المقاوم، والذي يجري تحديد سعره جملةً ومسبقاً"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد حمودي، "تعديل السعر في الصفقة العمومية -التحيين والمراجعة-دراسة في إطار المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية المجلد 01، العدد 09، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ص.169.

<sup>2</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.185.

<sup>3</sup> أنظر المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 01 من القرار، المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال والنقل، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة في 19 جانفي 1965.

إن تقنية السعر الإجمالي والجزافي في صفقة الأشغال، الصيغة الأبسط لتحديد السعر، فمن خلالها يتم تحديد القيمة الإجمالية للصفقة جزافيا ومسبقا، عند تقديم المقاول لعرضه، أي أنه يحدّد الثمن الإجمالي المستحق، وما يقابله من خدمات<sup>1</sup>.

لقد شهدت هذه التقنية استعمالا واسعا في سنوات السبعينيات في الصفقات العمومية والمبرّر في ذلك يرجع إلى سببين رئيسيين:

- تعدّ هذه التقنية الكيفية الأقل تعقيدا مقارنة بالكيفيات الأخرى، حيث أنها لا تتطلب إمكانيات تكنولوجية كبيرة، ولا كفاءات عالية المستوى، حيث كان من الصعب توفيرهم في تلك الفترة.
- يشكّل السعر الجزافي والإجمالي الثابت استقرارا وتأمينا ماليا ضد التحوّلات التي تطرأ أثناء إنجاز الصفقة<sup>2</sup>.

## 2- سعر الوحدة Le prix unitaire

هذا النوع من كفاءات تحديد السعر يطبّق على أسعار الأشغال، التي لا يمكن تحديد الكميات فيها، إلا بشكل تقريبي بناء على وحدات قياس، ويمكن أن تطرأ عليه تغييرات عند تطبيق البنود الخاصة بذلك<sup>3</sup>.

يستعمل سعر الوحدة، عندما تتضمن الصفقة تنفيذ عدة خدمات متماثلة أو عدة أصناف تتضمن وحدات متماثلة، ولا تكون دوما الكميّة معدّة تماما سلفا، إذ تقوم الأطراف في هذه الكيفية بتحديد سعر لكل وحدة أو عنصر في المنشأة الواجب تنفيذها، بدلا من تحديد السعر الإجمالي والجزافي عند إبرام الصفقة، ويحدّد السعر النهائي لاحقا، تبعا للأسعار الوحدوية والكميات المنفذة فعلا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مليكة موساوي، المؤسسة العمومية الاقتصادية بين تطبيق قانون الصفقات العمومية وحرية التعاقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2017/2018 ص.529.

<sup>2</sup> مراد زوايد، النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير، شعبة: الحقوق الأساسية والعلوم السياسية، تخصص: إدارة ومالية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2011/2012، ص.30.

<sup>3</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.185.

<sup>4</sup> مليكة موساوي، المرجع السابق، ص.532.

مما سبق، فإن المتعامل المتعاقد ملزم بتنفيذ جميع التزاماته وفقا للكميات المحددة، والمتفق عليها، أما في حالة ما إذا تبين أثناء عملية تنفيذ موضوع الصفقة، أن المتعامل المتعاقد تجاوز الكمية المحددة في العقد، فلا بد عليه في هذه الحالة إعلام المصلحة المتعاقدة بذلك، لأنه في حالة عدم إعلامها، وتجاوزه مقدار الكمية التي تم الاتفاق عليها مسبقا، فالإدارة في هذه الحالة لا يمكنها دفع قيمة هذه الكمية التي تجاوزها المتعامل المتعاقد<sup>1</sup>.

### 3- السعر بناء على النفقات المراقبة *Le prix sur les dépenses contrôlées*

يتم في هذه الكيفية تسديد الثمن بحسب تقدم الأشغال المنجزة حقيقة، والمثبتة من طرف المتعامل المتعاقد، مع إضافة هامش ونسبة معينة للفائدة والربح<sup>2</sup>. إن السعر الذي سيدفع للمقاول لا يعرف عند بداية العقد، ولا يحدّد أصلا، بل يستنتج من خلال معاينة النفقات التي صرفتها المقاول من يد عاملة، وأدوات ومواد، وكراء آلات والنقل، وما إلى ذلك، تحت رقابة المصلحة المتعاقدة، إضافة لهذه النفقات، يضاف إليها بعض الزيادات المرتبطة بالأجر<sup>3</sup>.

بالرجوع لنص المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، نجد أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة بتحديد مختلف العناصر التي تساعد على تحديد السعر الواجب الأداء للمتعامل المتعاقد خاصة أن السعر الذي يتقاضاه هذا الأخير وفق هذه الكيفية لا يكون محددا مسبقا عند إبرام الصفقة العمومية<sup>4</sup>، إذ أن هذه الكيفية في تحديد السعر لا تقوم على مبدأ "تحديد الأسعار"، كما هو الحال عليه في السعر الإجمالي والجزافي، والسعر بناء على قائمة الوحدة.

### 4- السعر المختلط *Le prix mixte*

يحدّد السعر بناء على عدة معايير، حيث قد يجمع بين أسلوبين من أساليب تحديد السعر الذي يتلقاه المتعامل المتعاقد، أو يجمعهم كلهم، كأن يجمع بين:

<sup>1</sup> فوزية هاشمي، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين-دراسة المقارنة-، المرجع السابق ص.245.

<sup>2</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.186.

<sup>3</sup> مليكة موساوي، المرجع السابق، ص.534.

<sup>4</sup> أنظر المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

- السعر الإجمالي والجزافي والسعر بناء على قائمة سعر الوحدة.
- السعر الإجمالي والجزافي والسعر بناء على النفقات المراقبة.
- السعر بناء على قائمة سعر الوحدة والسعر بناء على النفقات المراقبة.
- السعر الإجمالي والجزافي، والسعر بناء على قائمة سعر الوحدة والسعر بناء على النفقات المراقبة<sup>1</sup>.

نظرا للمرونة التي يتميز بها السعر المختلط، فإن استعماله يتسع في مجال صفقات الأشغال العامة، حيث يطبق فيها السعر الإجمالي والجزافي على المنشآت القاعدية، التي يمكن تحديدها مسبقا أما بالنسبة للأشغال التي يصعب تحديدها بصورة دقيقة، يطبق عليها السعر بناء على قائمة الوحدة<sup>2</sup>. كرسّ المشرع أربعة كفاءات لتحديد السعر، إلا أنه اكتفى بتعدادهم دون أن يقدم أية تفاصيل أو شرح لهذه الكفاءات، ولم يقتصر المشرع في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بذكر الكفاءات التي على أساسها يتم تحديد السعر، بل حدّد الأشكال المتبعة للوفاء بالمقابل المالي في الصفقات العمومية.

#### ثانيا: كفاءات دفع السعر في الصفقات العمومية

القاعدة العامة في تسديد مستحقات المتعاقد تكون بعد تنفيذ الخدمة المطلوبة (التسوية المالية بعد الإنجاز الفعلي للخدمات)، لكن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها، قد يؤدي إلى إرهاب المتعاقد مع الإدارة، وعدم استطاعته تحمّل تنفيذ التزاماته التعاقدية<sup>3</sup>.

على هذا الأساس، فإنّ المشرع إزاء هذا الوضع قرّر إمكانية حصول المتعامل المتعاقد مقدّما على مبالغ تحت الحساب، تمكّنه من الوفاء بالتزاماته في الآجال المحددة، وبهذا تقوم المصلحة بتمويل الصفقة حتى قبل البدء أو الشروع في تنفيذها، ويتحقق هذا في حالة التسبيقات والدفع على الحساب

<sup>1</sup> مليكة موساوي، المرجع السابق، ص.536.

<sup>2</sup> فوزية هاشمي، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين-دراسة المقارنة-، المرجع السابق ص.247.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص.219.

وصولاً إلى الدفع النهائي، الذي يتمثل في التسوية على رصيد الحساب، بعد تنفيذ المتعامل المتعاقد الكامل لموضوع الصفقة.

### 1. دفع التسبيقات قبل الشروع في إنجاز الخدمات

تقوم المصلحة المتعاقدة بدفع مبلغ مالي كتسبيق للمتعامل المتعاقد، حتى قبل الشروع في تنفيذ الخدمة موضوع الصفقة، للتخفيف من الأعباء المالية اللازمة للانطلاق في تنفيذها.

حسب المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، خول المشرع للمتعامل المتعاقد من الاستفادة من التسبيقات، إذ عرّفها بأنها: " كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل مادي للتنفيذ المادي للخدمة"<sup>1</sup>.

مما سبق، فإن التسبيق هو مبلغ من المال يدفع من قبل المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد قبل تنفيذ الخدمة موضوع الصفقة، وحتى قبل البدء في ذلك مادياً.

يتطلب دفع التسبيقات قبل الشروع في إنجاز الخدمات توفر شروطاً معينة، سنتناولها كالاتي.

#### 1.1 شروط دفع التسبيقات

يشترط لدفع التسبيقات، شرطين أساسيين، هما:

- أن يفوق مبلغ الصفقة العمومية الحدود المنصوص عليها في المادة 13 من هذا المرسوم، أي 12.000.000 دج، لصفقات الأشغال أو اللوازم، و6.000.000 دج لصفقات الدراسات أو الخدمات.
- تقديم المتعامل المتعاقد مسبقاً كفالة بقيمة معادلة بإرجاع التسبيقات، يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، وبالنسبة للمتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى، على أن تحرّر كفالة إرجاع التسبيقات حسب نموذج، يحدّد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية<sup>2</sup>.

بعد التعرّف على شروط التسبيق، قد تأخذ التسبيقات الأشكال التي سنبينها في العنصر

الموالي.

<sup>1</sup> أنظر المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.



## 2.1 أنواع التسبيق

يتخذ التسبيق حسب المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، أحد الشكلين:

### 1.2.1 التسبيق الجزافي

التسبيق الجزافي عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل بدء تنفيذ الصفقة، على ألا تتجاوز قيمته كحد أقصى 15% من السعر الأولي للصفقة، ويمكن أن يدفع مرة واحدة أو توزيعه على فترات، يتم الاتفاق عليها في الصفقة بتعاقب زمني<sup>1</sup>.  
فالتسبيق الجزافي، هو عبارة عن مبلغ من المال يدفع للمتعامل المتعاقد مع الإدارة، في حدود النسبة التي حددها المشرع (ألا تتجاوز 15%) من السعر الأولي للصفقة مع إلزام الأطراف المتعاقدة بها، كمقاعدة عامة.

استثناء عن القاعدة العامة، أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة أن تدفع تسبيقا جزافيا أكبر من النسبة المقررة (15%)، بشرط توافر ما يلي:  
- إذا ثبت للمصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض على الصفقة، أن رفضها لقواعد الدفع و/أو المقررة على الصعيد الدولي، سينجم عنه تحقيق ضررا أكيدا لها.  
- ضرورة استشارة لجنة الصفقات المختصة قبل الموافقة عليها.  
- ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي حسب الحالة<sup>2</sup>.

### 2.2.1 التسبيق على التموين

التسبيق على التموين، هو عبارة عن مبلغ من المال تضعه المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المتعامل المتعاقد معها قبل التنفيذ، إذا أثبتت لجهة الإدارة حيازته لعقود وطلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة<sup>3</sup>، كأن يتعلق الأمر بعقد الأشغال، ويقدم المقاول للمصلحة

<sup>1</sup> أنظر المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 03/111 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 01/113 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

المتعاقد سند إثبات يخص مادة الحديد أو الخشب أو الإسمنت، ويطالب بناء عليها بحقه في التسبيق على التموين<sup>1</sup>.

إن التسبيق على التموين مخصص لصفقات الأشغال واللوازم دون الصفقات الأخرى كالخدمات والدراسات، وهذا لاختلاف العتبة المالية لكل نوع من الصفقات.

منح المشرع للمصلحة المتعاقدة إمكانية أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها التزاما صريحا بإيداع المواد أو المنتجات في الورشة أو في مكان التسليم تحت طائلة إرجاع التسبيق، حتى لا يقوم المتعامل المتعاقد بتحويل هذه المواد لخدمة مشروع آخر لجهة إدارية أخرى، وهذا ما أشارت إليه المادة 114 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حيث أن المشرع لم يجز للمتعامل المتعاقد والمناولين ومتلقي الطلبات الثانويين، أن يتصرفوا في التموينات التي استقادت من تسبيقات بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم، وتطبق كذلك على اللوازم المنصوص عليها في الصفقة، والمودعة في الورشة أو في مكان التسليم المنفق عليه، إذا لم تستعمل في نهاية تنفيذ الخدمات، رغم أن المصلحة المتعاقدة قد دفعت ثمنها<sup>2</sup>.

حسنا فعل المشرع عند تكريسه لهذا الحكم، وذلك لوضع حدّ لتلاعب أصحاب الصفقات العمومية، من خلال استعمال المواد والسلع، التي تمت الاستقادة من تسبيق لفائدة مشروع آخر من أجل الحصول على تسبيق على التموين لصفقة أخرى.

### 3.1 الحد الأقصى للتسبيقات

لم يبين المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حدا أقصى للتسبيق على التموين، كما هو الحال بالنسبة للتسبيق الجزافي، لكنه أجاز المشرع للمتعامل المتعاقد الجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين، بشرط ألا يتجاوز المبلغ الجامع بين التسبيقين 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة<sup>3</sup>. وعليه، فإن التسبيقات على التموين تحدّد بـ 35% من سعر الصفقة، لأن التسبيق الجزافي يقدر بـ 15% من السعر الأولي للصفقة.

<sup>1</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 114 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

#### 4.1 كفيات استرداد مبلغ التسبيقات

تقوم المصلحة المتعاقدة باسترداد مبلغ التسبيقات الجزافية والتسبيقات على التموين، عن طريق اقتطاعات من المبالغ المدفوعة للمتعاقد في شكل دفع على الحساب أو تسوية على رصيد الحساب.

يبدأ استرداد التسبيقات بخصم من المبالغ التي يستحقها صاحب الصفقة العمومية على أبعاد تقدير، عندما يبلغ مجموع المبالغ المدفوعة نسبة 35% من المبلغ الأصلي للصفقة. كما يجب أن ينتهي استرداد التسبيقات، عندما يبلغ مجموع المبالغ المدفوعة نسبة 80% من المبلغ الأصلي للصفقة.

يمكن أن يكون الاسترداد الجزئي للتسبيقات محل تحرير جزئي يعادله كفالة استرجاع التسبيقات<sup>1</sup>.

إذا كان التسبيق هو قسط من المال يدفع مسبقا قبل تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة، فماذا نقصد بالدفع على الحساب؟، الذي سنتناوله تباعا.

#### 2. الدفع على الحساب

الدفع على الحساب، هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة<sup>2</sup>، يعني أن المصلحة المتعاقدة تقوم بدفع المستحقات للمتعاقد معها بصورة تدريجية مقابل ما تم إنجازه، كقيام المقاول فعلا بإنجاز جزء من الأشغال ببناء بعض المساكن مثلا، أو تسليم المورد للإدارة بعض التجهيزات المكتبية في عقد التوريد<sup>3</sup>.

نلاحظ أن المشرع، حرص كذلك من خلال الدفع على الحساب، التخفيف من الأعباء المالية على المتعاقد المتعاقد، حيث أن الدفع في هذا الأسلوب، يكون نظير التنفيذ الجزئي للصفقة، وهو

<sup>1</sup> أنظر المادة 116 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> سعد لقيب، النوي بن الشيخ، " حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 247/15"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 06، جامعة محمد بوضياف، المسيلة جوان 2017، ص.57.

مخصص لكل أنواع الصفقات، على خلاف التسبيق، وقد نظم المشرع هذا الأسلوب في الدفع من خلال جملة من الشروط.

## 1.2 شروط الدفع على الحساب

إن الشروط المحددة للدفع أو التسديد، حددها المشرع في النقاط التالية:

- أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة تقديم دفع على الحساب لكل من حاز على الصفقة، بشرط إثباته القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة، كما يستفيد منها أصحاب صفقات الأشغال عند التموين بالمنتجات المسلمة في الورشة، والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين حتى نسبة 80% من مبلغها المحسوب بتطبيق الأسعار بالوحدة للتموين، المعدة خصيصا للصفقة المقصودة على أساس الكميات المعايينة، ولا يستفيد المتعامل المتعاقد بأي حال من الأحوال من هذا الدفع، إلا فيما يخص التموينات المقنتاة من الجزائر<sup>1</sup>.

- يتعين على المصلحة المتعاقدة بصرف الدفعات على الحساب، في أجل لا يمكن أن يتجاوز 30 يوما، ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة، غير أنه يمكن تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من الوزير المكلف بالمالية<sup>2</sup>.  
يتم فيما يلي تحديد أنواع الدفع على الحساب.

## 2.2 أنواع الدفع على الحساب

حسب المادة 117 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حدّد المشرع نوعين من الدفع على الحساب هما: الدفع على الحساب الشهري، الدفع على الحساب عند التموين بالمنتجات.

### 1.2.2 الدفع على الحساب الشهري

يكون الدفع على الحساب شهريا، غير أنه يمكن النص في الصفقة على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات موضوع الصفقة، حيث يقع على طالب الاستقادة من هذا الدفع، تقديم الوثائق التي تم النص عليها في دفتر الشروط<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 01/117 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 118 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## 2.2.2 الدفع على الحساب عند التموين بالمنتجات

خصّ المشرع صفقات الأشغال دون غيرها بهذه الصيغة من صيغ الدفع، حيث نص على أنه يجوز لأصحاب الصفقات العمومية للأشغال، الاستفادة من دفعات على الحساب عند التموين بالمنتجات المسلمة في الورشة، والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين حتى نسبة 80% من مبلغها المحسوب بتطبيق الأسعار بالوحدة للتموين، المعدّة خصيصاً للصفقة المقصودة على أساس الكميات المعاينة، مع ضرورة أن تكون التموينات التي تمّ جلبها للمشروع مقتناة من الجزائر<sup>1</sup> بمعنى عدم إمكانية الاستفادة من هذا النوع من الدفع، فيما لو تعلق الأمر بمنتجات تم جلبها من الخارج.

## 3.2 التسبيق على دفع الحساب

أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة، وبصفة استثنائية منح تسبيق على دفع الحساب كتسبيق إضافي استثنائي، وفقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، مع مراعاة الشروط التالية:

- إذا انقضى الأجل التعاقدى لتسوية طلب الدفع على الحساب، الذي قدّمه المتعامل المتعاقد.
- يجب ألا يتجاوز مبلغ التسبيق نسبة 80% من مبلغ الدفع على الحساب.
- لا يجوز أن تتجاوز الاستفادة من هذا التسبيق الإضافي لدى جمعها في التسبيقات الممنوحة نسبة 70% من المبلغ الإجمالي للصفقة.

يسدّد هذا التسبيق خلال الأجال والإجراءات الأكثر سرعة، وتتم تسوية ذلك حسب الكيفيات نفسها<sup>2</sup>.

مما سبق، نستنتج أن التسبيق على دفع الحساب، هو تسبيق استثنائي، لأنه يمنح للمتعامل المتعاقد بعد تنفيذ الصفقة وبعد انقضاء الأجل التعاقدى لتسوية طلب الدفع على الحساب (30 يوماً) على خلاف ما جاء به المشرع في الأنواع الأخرى من التسبيقات، حيث يتم منحها بصفة مسبقة قبل تنفيذ الخدمة موضوع الصفقة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 02/117 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 123 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

كما أن دفع التسبيقات والدفع على الحساب، لا تعتبران تسديدا نهائيا لمبلغ الصفقة، بل هي عبارة عن تسهيلات مالية في حدود نسب معينة ووفق شروط معينة، للتخفيف على المتعامل المتعاقد الأعباء المالية الملقاة على عاتقه، ولضمان استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته، لكن بالمقابل، هذا لا يترتب عليه تخفيف مسؤوليته في التنفيذ الكامل وفق الشروط المنصوص عليها في بنود الصفقة.

### 3. التسوية على رصيد الحساب

نصّ المشرع على التسوية على رصيد الحساب في المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والتي جاءت فيها: "التسوية على رصيد الحساب، هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها"<sup>1</sup>.

يتّضح من هذه المادة، أن الوفاء بالمقابل المالي الخاص بدفع التسوية على رصيد الحساب لا يتحقق إلا بعد قيام المتعامل المتعاقد بالوفاء بجميع التزاماته التعاقدية، أي بعد التنفيذ الكامل للصفقة وفق الشروط والمواصفات التي تم الاتفاق عليها في بنود الصفقة وفي دفتر الشروط، كما يمكن أن يكون هذا الدفع مؤقتا.

تتخذ التسوية وفقا للمادة المذكورة أنفا شكلين وهما، التسوية على رصيد الحساب المؤقت والتسوية على رصيد الحساب النهائي.

### 3.1 أنواع التسوية على رصيد الحساب

لقد سبق القول أن التسوية على رصيد الحساب، تتخذ صورتين، سنتناولهما فيما يلي.

#### 3.1.1 التسوية على رصيد الحساب المؤقت

طبقا لنص المادة 119 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، فإنه: "تهدف التسوية على رصيد الحساب المؤقت، إذا نصت عليها الصفقة، إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها، مع خصم ما يأتي:

- **اقتطاع الضمان المحتمل**، نقصد به مبالغ مالية تودع لدى الإدارة لتحميها من المخاطر التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة، بما يضمن ملاءته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره كعدم جدية المتعامل في بذل الجهد المطلوب لتنفيذ التزاماته أو تخليه عن تنفيذ الصفقة في أي مرحلة

<sup>1</sup> أنظر المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

كانت عليها أو عدم مطابقة التنفيذ لما تمّ الاتفاق عليه، فالضمانات يستصدرها المتعامل من البنك الذي يكفله أو تكون نتيجة اقتطاعات تقوم بها المصلحة المتعاقدة على حساب مستحقات المتعاقد معها<sup>1</sup>.

- الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل عند الاقتضاء.

- الدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب، على اختلاف أنواعها، التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد<sup>2</sup>، فالأقساط الممنوحة للحائز على الصفقة، والمتمثلة في التسبيقات والدفعات هي بمثابة دين في ذمة المتعامل المتعاقد، تظل سارية المفعول من تاريخ أول تسبيق أو دفع مقدّم إلى المتعاقد بموجب العقد، إلى حين تسديدها بالكامل للجهة المتعاقدة أو خصمها من مستحقات المتعامل المتعاقد عند دفعها<sup>3</sup>.

يتّضح من نص هذه المادة، أن المشرّع قيّد تطبيق هذه التسوية، بالنص عليها ضمن بنود الصفقة المبرمة بين الطرفين، كما أن هذه التسوية تهدف إلى دفع المبالغ المستحقة لحائز الصفقة بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتفق عليها، أي أن يلتزم المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية طبقاً لما تم الاتفاق عليها في الصفقة.

### 2.1.3 التسوية على رصيد الحساب النهائي

إن التسوية على رصيد الحساب النهائي للمتعامل المتعاقد، تكون برد اقتطاعات الضمان ورفع اليد عن الكفالات التي كوّنّها المتعامل عند الاقتضاء<sup>4</sup>.

إن التسوية على رصيد الحساب النهائي، تكون بعد الاستلام النهائي والكامل للصفقة، أي بعد تأكّد المصلحة المتعاقدة من حسن تنفيذ الصفقة، مع استرداد اقتطاعات الضمان، وشطب الكفالات التي يكون المتعامل المتعاقد قد كوّنّها بصدد الصفقة.

<sup>1</sup> فوزية هاشمي، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.238.

<sup>2</sup> أنظر المادة 119 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> فوزية هاشمي، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.239.

<sup>4</sup> أنظر المادة 120 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

كما أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة بتحديد الأجل المخولة لها، لتقوم بعمليات الإثبات التي تعطي الحق في الدفع، حيث أن سريان الأجل يبدأ اعتباراً من تقديم صاحب الصفقة العمومية طلباً بذلك مدعماً بالمبررات الضرورية<sup>1</sup>.

إضافة لما سبق، فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف التسوية النهائية، في أجل لا يمكن أن يتجاوز 30 يوماً، ابتداءً من استلام الكشف أو الفاتورة<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: تعديل السعر في الصفقات العمومية

تتضمن الصفقة العمومية عدة بنود تعاقدية من أهمها السعر، هذا الأخير الذي نظّمه المشرع من خلال نصّه على كفاءات دفع المقابل المالي للمتعاقد، والتي حددها إما بالسعر الإجمالي والجزافي، أو بناءً على النفقات المراقبة، أو بناءً على سعر قائمة سعر الوحدة، أو بناءً على سعر مختلط، بل تناول كذلك تعديل السعر من خلال أن الأصل العام هو ثبات السعر (أولاً)، أي غير قابل للتغيير، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً، بل ترد عليه استثناءات بأن يكون السعر قابلاً للتعديل، وهو ما سيتم تناوله من خلال أنماط تعديل السعر في الصفقة العمومية (ثانياً).

### أولاً: ثبات السعر كأصل عام

حسب نص المادة 101 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أشار إلى أن الصفقات العمومية التي لا يمكن أن تتضمن صيغاً لمراجعة الأسعار هي الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة<sup>3</sup>.

يقصد بمبدأ ثبات السعر، هو أن الشروط المتعلقة بالسعر، لا يمكن أن تكون محل تعديل سواء من المصلحة المتعاقدة أو المتعاقد معها، كما أنه يكون السعر محدداً مسبقاً في بنود الصفقة، ولا يشار فيها إلى إمكانية مراجعته أو تحيينه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 121 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 101 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>4</sup> مليكة موساوي، المرجع السابق، ص.540.



في هذا السياق، نصّ المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 219/21، على أن أسعار الصفقة العمومية للأشغال ثابتة وغير قابلة للمراجعة، باستثناء في حالة ما إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك بصفة صريحة في دفتر الشروط ودفتر التعليمات الخاصة<sup>1</sup>.

قد تقتضي طبيعة الخدمات أو الظروف الاقتصادية، التي تصاحب تنفيذ هذه الخدمات إلى تعديل السعر استثناء على قاعدة ثبات السعر، من خلال مراجعته وتحيينه، وهذا ما سنتناوله في العنصر الموالي.

### ثانيا: أنماط تعديل السعر في الصفقة العمومية

يقصد بنمط تعديل السعر هو مراجعة السعر وتحيينه، الذي سنتناوله على النحو الآتي.

#### 1. مراجعة سعر الصفقة أثناء تنفيذ الخدمات

أشار المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، إلى أنه إذا تم تحديد الأسعار، وكانت قابلة للمراجعة، وجب أن يحدد في الصفقة صيغة أو صيغ مراجعتها، وكذلك كليات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة<sup>2</sup>.

وعليه، فإن المشرع سمح أثناء تنفيذ الخدمات، بمراجعة سعر الصفقة، وملاءمتها مع التغيرات التي طرأت على الصفقة، ولكن ألزم على ضرورة أن تتضمن الصفقة على صيغ لهذه المراجعة، وإلا عدت صفقات مبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة.

وقد نصّ المشرع على ذلك بالنسبة للصفقات العمومية للأشغال في المرسوم التنفيذي رقم 219/21، والذي أكد على ضرورة النصّ في دفتر التعليمات الخاصة لهذه الصفقة، عندما يكون السعر خاضعا للتغيير، صيغة أو صيغ تغيير الأسعار، وكذا كليات تنفيذها<sup>3</sup>.

بناء على ما سبق، سنتطرق إلى صيغ مراجعة الأسعار، والأرقام الاستدلالية المعمول بها في صيغ مراجعة الأسعار، وكذلك تطبيق بنود مراجعة الأسعار دوريا.

<sup>1</sup> أنظر المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 01/97 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 01/18 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

## 1.1 صيغ مراجعة الأسعار

تجدر الإشارة أولاً، إلى أن المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، ألزم على أن تتضمن اتفاقية تفويض المرفق العام آليات تحيين المقابل المالي ومراجعته، ولكن لم نجد أحكام تفصيلية بشأن هذه المسألة، كما هو الحال عليه بالنسبة لمراجعة السعر في الصفقات العمومية وتحيينه.

يكون السعر قابلاً للمراجعة، إذا كان محل اتفاق تم النص عليه كبنء في بيانات الصفقة وبالتالي، فإن المتعامل المتعاقد لا يمكن أن يطالب بمراجعة السعر مهما كانت الظروف، إذا لم يتم النص على عملية المراجعة وصيغتها في الصفقة.

وعليه، فإن اختيار صيغة خاصة للمراجعة لا يخضع للحرية المطلقة لإرادة الطرفين، لأن قانون الصفقات يفرض هوامش ثابتة لا يمكن أن تكون محل مراجعة<sup>1</sup>.

حسب نص المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، فإن المشرع ألزم على ضرورة مراعاة في صيغ مراجعة الأسعار، الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة، من خلال تطبيق معاملات وأرقام استدلالية، حيث تتمثل المعاملات التي يجب مراعاتها في صيغ مراجعة الأسعار ما يلي:

- المعاملات المحددة مسبقاً، والواردة في الوثائق المتعلقة باستشارة المؤسسات، باستثناء الحالات المبررة كما ينبغي.

- المعاملات المحددة باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة، عندما يتعلق الأمر بصفقة عمومية مبرمة حسب إجراءات التراضي البسيط.

يجب أن تشمل صيغ مراجعة الأسعار، على ما يأتي:

- جزء ثابت لا يمكن أن يقل عن النسبة المنصوص عليها في العقد، فيما يخص التسبيق الجزافي ومهما يكن من أمر، لا يمكن أن يقل هذا الجزء عن 15%.

- حد استقرار التغيير في الأجر قدره 5%.

- الأرقام الاستدلالية " الأجر " و " المواد " المطبقة ومعامل التكاليف الاجتماعية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> مليكة موساوي، المرجع السابق، ص. 549.

<sup>2</sup> أنظر المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## 2.1 الأرقام الاستدلالية المعمول بها في صيغ مراجعة الأسعار

الأرقام الاستدلالية المعمول بها في صيغ مراجعة الأسعار، هي الأرقام التي تنشر في الجريدة الرسمية، وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وفي كل نشرة أخرى مؤهلة لاستقبال الإعلانات القانونية الرسمية.

كما أنه، فيما يخص صيغ مراجعة الأسعار المرتبطة بالخدمات التي تؤديها المؤسسات الأجنبية وتدفع مبالغها بالعملة الصعبة، فإنه يمكن استعمال الأرقام الاستدلالية الرسمية لبلد المتعامل المتعاقد أو أرقام استدلالية رسمية أخرى.

في حالة عدم نشر الأرقام الاستدلالية أو المؤشرات عند تاريخ إعداد الحساب العام النهائي خول المشرع للمصلحة المتعاقدة إمكانية مراجعتها بصفة استثنائية، عندما يتم نشر هذه الأرقام الاستدلالية أو المؤشرات<sup>1</sup>.

## 3.1 تطبيق بنود مراجعة الأسعار دوريا

حسب المادة 104 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن بنود مراجعة الأسعار تطبق مرة واحدة كل 03 أشهر، ما عدا في حالة اتفاق مشترك بين الأطراف على تحديد فترة تطبيق أطول، مع مراعاة الأخذ بعين الاعتبار أن تكون الأرقام الاستدلالية القاعدية، هي كالاتي:

- أرقام الشهر الذي أعطي فيه أمر الخدمة بالشروع في الأشغال، عندما يكون الأمر بالخدمة قد صدر بعد انقضاء فترة صلاحية العرض أو الأسعار.

- أرقام الشهر الذي انتهت فيه صلاحية العرض، عندما يكون أمر الخدمة بالشروع في الأشغال قد أعطي قبل انتهاء فترة صلاحية العرض أو الأسعار.

عندما تسدد حصة من تسبيق على التمويل من دفع على حساب أو تسوية على رصيد حساب، فإنها تخصم بعد تطبيق مراجعة الأسعار من مبلغ الدفع على الحساب أو التسوية على رصيد الحساب.

<sup>1</sup> أنظر المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

عندما تسدد حصة من تسبيق جزافي من دفع على حساب أو تسوية على رصيد حساب، فإنها تخصم قبل تطبيق مراجعة الأسعار من مبلغ الدفع على الحساب أو التسوية على رصيد الحساب<sup>1</sup>.  
**بمفهوم المخالفة** لنص المادة 101 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار في الحالات التالية:

- بعد انقضاء مدة صلاحية العروض أو الأسعار.
  - بعد انقضاء الفترة التي يغطيها بند تحيين الأسعار.
- في جميع الأحوال، فإن أعمال صيغة المراجعة، لا يكون إلا خلال فترة تنفيذ الخدمات<sup>2</sup>.

## 2. تحيين سعر الصفقة قبل الشروع في تنفيذ الخدمات

يمكن تحيين سعر الصفقة وفق الشروط المحددة في المواد 98، 99، 100، 105 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، لذلك سيتم دراسة تعريف تحيين السعر، شروط اللجوء إلى تحيين السعر، وشروط تطبيق بند تحيين سعر الصفقة.

### 1.2 تعريف تحيين السعر

تحيين السعر، هو عملية يقصد من ورائها إعادة النظر في الأسعار وتقييمها بعد الاتفاق عليها في الصفقة، وهذا بسبب التقلبات الاقتصادية، التي أثرت سلبا على الأسعار المتعاقد بشأنها<sup>3</sup>.  
كما يقصد به كذلك، تجديد السعر أو تحويله من سعر أولي إلى سعر جديد<sup>4</sup>، في حالة ما إذا كان تاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات متأخرا عن التاريخ المحدد لإيداع العروض بأجل يفوق مدة تحضير العرض زائد 03 أشهر، ويكون هذا التأخير متزامنا مع حدوث تغييرات في الظروف الاقتصادية أدت إلى تغيير الأسعار في السوق<sup>5</sup>.

كما عزّف المشرّع التحيين في المرسوم التنفيذي رقم 219/21، على أنه: " هو تحديث السعر الثابت للصفقة قبل أي بدء في تنفيذ الأشغال".

<sup>1</sup> أنظر المادة 104 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 101 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المصدر السابق، ص.38.

<sup>4</sup> مليكة موساوي، المرجع السابق، ص.540.

<sup>5</sup> أنظر المادة 01/98 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

إن تحيين أسعار صفقة عمومية للأشغال، هو كيفية من كيفية التكفل بتغير الأسعار، يتم مرة واحدة فقط، ويسمح بتطور السعر الأولي المحدد في العرض قصد مراعاة التقلبات الاقتصادية التي تحدث بين تاريخ انتهاء صلاحية العروض، وتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة بالشروع في الأشغال موضوع الصفقة، وفقا للشروط التنظيمية والتعاقدية<sup>1</sup>.

وعليه، فالمشرع حسنا فعل عندما أجاز تحيين الأسعار، خاصة في ظل التقلبات الاقتصادية وما يترتب عليها من آثار على الأسعار المتعاقد بشأنها، وعلى المركز المالي للأطراف المتعاقدة لكن اللجوء إلى تحيين الأسعار يتم وفق شروط معينة.

## 2.2 شروط اللجوء إلى تحيين السعر

حدد المشرع ثلاثة شروط أساسية يجب توافرها حتى تتم عملية تحيين سعر الصفقة، وهي كالاتي:

- أن يكون مبلغ الصفقة يفوق الحدود المنصوص عليها في المادة 01/13 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وأن يفوق أجلها 03 أشهر، بمعنى يشترط لتحيين أسعار الصفقة أن تفوق مبالغها 12.000.000 دج بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم، و6.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات.

- أن يكون الأجل الفاصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات، يفوق مدة تحضير العروض زائد 03 أشهر، وفي هذا الشرط لابد من مراعاة ثلاثة عناصر أساسية، وهي:

### \* أجل تحضير العروض

حسب المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بتضمين إعلان طلب العروض على بيانات إلزامية، من بينها مدة تحضير العرض ومكان إيداع العروض ومدة صلاحية العروض.

<sup>1</sup> أنظر المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

أما بالنسبة لتحديد مدة تحضير العروض، فقد ترك المشرع تحديد هذا الأمر إلى المصلحة المتعاقدة، بالاستعانة بعناصر معينة، كتعقيد موضوع الصفقة، وكذلك المدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصالها، لكنه اشترط كذلك إجبارية تبيانها في إعلان طلب العروض.

كما أجاز المشرع للإدارة في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، تمديد الأجل المحدد لتحضير العروض، إذا اقتضت الظروف ذلك، مع ضرورة إخبار المتعهدين بذلك بكل الوسائل<sup>1</sup>.

تبدأ مدة تحضير العروض من تاريخ الإعلان عن طلب العروض أو الاستشارة إلى غاية تاريخ فتح الأظرفة (تاريخ آخر ساعة لإيداع العروض)، حيث يقوم المترشحون بإعداد عروضهم التقنية والمالية إلى جانب ملف الترشيح وتقديمها للمصلحة المتعاقدة.

أما مدة صلاحية العروض، فهي مدة صلاحية الأسعار الملتزم بها، وهي 03 أشهر مضافا إليها مدة تحضير العروض، وبالتالي فإن مدة صلاحية العروض تبدأ من اليوم الذي يلي تاريخ فتح الأظرفة إلى نهاية هذه المدة<sup>2</sup>.

وعليه، فإنه يمكن قبول تحيين الأسعار، إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات، أجل يفوق مدة تحضير العرض زائد 03 أشهر<sup>3</sup>. وبالتالي فإن مدة صلاحية العروض هي 03 أشهر على أقل تقدير، تحسب بعد نهاية مدة تحضير العروض.

بالرجوع لبعض الإعلانات المنشورة، نجد أن مدة صلاحية العروض تكون أحيانا 03 أشهر وهو الوضع الغالب في الإعلانات المنشورة في الصحف اليومية الوطنية، أو 03 أشهر و15 يوما وأحيانا أخرى تتكرر بالأيام 120 يوما أو 111 يوما أو 90 يوما<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> مليكة موساوي، المرجع السابق، ص.544.

<sup>3</sup> أنظر المادة 01/98 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>4</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.40.

### \* التاريخ المحدد لإيداع العروض

إن التاريخ المحدد لإيداع العروض متروك لتقدير المصلحة المتعاقدة، وما على هذه الأخيرة إلا إعلام المتعهدون بذلك.

فالمشروع حسب المادة 05/66 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، لم يحدد تاريخ إيداع العروض، حيث أن آخر يوم وساعة من تاريخ إيداع العروض توافق تاريخ وساعة فتح أظرفة العروض التقنية والمالية، آخر يوم من أجل تحضير العروض.

### \*تاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات

تحدد المصلحة المتعاقدة بوصفها صاحبة المشروع بداية تنفيذ الأشغال صراحة في الصفقة وإذا لم تتضمن هذه الأخيرة تحديد موعد البدء في التنفيذ، فيعتد بالتاريخ المحدد في الأمر بالمصلحة<sup>1</sup> حيث أن هذا الأخير يعد وثيقة إدارية مكتوبة، تقوم المصلحة المتعاقدة بتبليغها للمتعاقد وهي تتضمن التعليمات المتعلقة بسير وتنفيذ الصفقة<sup>2</sup>.

كما هو الحال عليه في أوامر الخدمة، التي تندرج في إطار الصفقة العمومية للأشغال فعلى سبيل المثال أوامر الخدمة المتضمنة بداية الأشغال، وتوقفها واستئنافها<sup>3</sup>، حيث أن تاريخ الأمر بالبدء في تنفيذ الصفقة العمومية، يشكّل عنصراً محددًا لإعمال قواعد تحيين السعر الأولي، فهذا التاريخ قد لا يكون معلوماً عند إبرام هذه الصفقة، فيتم تحديده لاحقاً من خلال أوامر الخدمة، التي تحدد فيها موعد بداية تنفيذ الأشغال.

- في حالة تغير الظروف الاقتصادية، فيمكن تحيين الأسعار في حالة التأخر في بداية تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعاقد، وهذا ما جاءت به المادة 05/100 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> مليكة موساوي، المرجع السابق، ص.545.

<sup>2</sup> مراد زوايد، المرجع السابق، ص.81.

<sup>3</sup> أنظر المادة 02/27 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 05/100 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

### 3.2 شروط تطبيق بند تحيين الأسعار

حسب المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، فإن المشرع حدّد الشروط التي يتوقف عليها تطبيق بند تحيين الأسعار الواردة في الصفقة، وهي كالاتي:

- تحديد مبلغ التحيين بتطبيق صيغة مراجعة الأسعار، دون الجزء الثابت، وينبغي استعمال هذه الصيغة كمرجع، باستثناء الحالات المبررة، كما ينبغي حتى وإن كانت الأسعار غير قابلة للمراجعة.
- تطبيق تحيين الأسعار على الفترة التي تتراوح بين تاريخ آخر أجل لصلاحيّة العروض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية<sup>1</sup>.

لتدعيم ما تم التطرق إليه، فيما يخص إمكانية إعادة النظر في مبدأ عدم قابلية أسعار الصفقة العمومية للتحيين والمراجعة، بوثيقة لاحقة موقّعة من طرفي العلاقة التعاقدية في الصفقة العمومية قضى مجلس الدولة في قضية مقابلة أشغال الري والتجهيز ضد بلدية مرسط، حيث تتلخص وقائع القضية فيما يلي:

- حيث أن البلدية (المستأنف عليها) أبرمت صفقة مع مقابلة أشغال الري والتجهيز (المستأنف) لإنجاز أشغال تجديد شبكة المياه الصالحة للشرب في 25/07/2007، حيث جاء في المادة 04 الفقرة ب من بنود الصفقة، أن أسعار هذه الصفقة غير قابلة للتحيين والمراجعة.

- حيث أن المقابلة قدمت وثيقة الحسم العام النهائي، والغير مؤرخة، والمبرمة بينها وبين البلدية والتي تتعلق بنفس الصفقة، حيث أنه جاءت في المادة 01، أن هذه الوثيقة تتضمن إدراج الأشغال الإضافية بسعر الوحدة الموجود بالصفقة الأصلية، وإدراج أشغال تكميلية بسعر الوحدة غير موجود بالصفقة الأصلية، وتحيين الأسعار طبقاً للمادة 53 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02.

- حيث أنه تم تحديد المبلغ النهائي للصفقة، والذي حدد بمبلغ 39.878.231.09 دج، وتم غلق الصفقة نهائياً، بموجب ملحق غلق نهائي للصفقة.

- حيث يظهر من خلال هذه الوثيقة، أنه تم العدول عن مبدأ عدم تحيين الأسعار ومراجعتها من خلال النص عليه في الوثيقة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.



وعليه، فإن الدفع المثار من طرف البلدية، الرامي إلى أن الأسعار غير قابلة للتحيين طبقاً للمادة 04 من الاتفاقية دفع غير مؤسس، لأنه تم إعادة النظر في هذه المادة، وأصبحت الأسعار قابلة للتحيين بموجب ملحق الغلق المبرم بين الطرفين.

وعليه، وانطلاقاً من هذه الوقائع، قضى مجلس الدولة بـ:

في الشكل: قبول الاستئناف.

في الموضوع: إلغاء القرار المستأنف، والمتعلق بأن الأسعار غير قابلة للتحيين، لأن قضاة أول درجة قد جانبوا الصواب، حينما أسسوا قرارهم على أساس المادة 04 من الاتفاقية، لأنه تم إعادة النظر في مبدأ عدم قابلية الأسعار للتحيين والمراجعة، من خلال ملحق الغلق الموقع من الطرفين والقاضي بتحيين الأسعار وإدخال أشغال إضافية وتكميلية على الصيغة<sup>1</sup>.

ثالثاً: تحديد السعر مؤقتاً كاستثناء

لم يشر المشرع إلى هذا الأسلوب من أساليب تحديد السعر في النصوص السابقة المنظمة لعقود الصفقات العمومية، ولا في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة لسنة 1964، على خلاف المرسوم الرئاسي رقم 247/15، الذي أجاز المشرع فيه التعاقد بسعر مؤقت.

قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى تحديد السعر مؤقتاً، لأنه أحياناً، يكون من المستحيل تحديد المقابل المالي مسبقاً الذي سيدفع للمتعاقد، نظراً لطبيعة الخدمات أو الأشغال التي تكون معقدة أو تكون ذات مواصفات فنية حديثة غير مألوفة، أو قد تكتسي طابعاً استعجالياً، ولهذا قد تجد المصلحة نفسها مضطرة لإبرام الصفقة دون أن تحدد سعرها مسبقاً<sup>2</sup>.

على هذا الأساس، نجد أن التنظيم الحالي للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، قد حصر اللجوء إلى تحديد السعر مؤقتاً كاستثناء، في الحالات الآتية:

- الصفقات العمومية للإشراف على إنجاز أشغال مبرمة على أساس كلفة الغرض المطلوب.

<sup>1</sup> أنظر القرار رقم 077702، المؤرخ في 05 ديسمبر 2013، قضية مقابلة أشغال الري والتجهيز ضد بلدية مرست مجلة مجلس الدولة، العدد 11، 2013، ص.89.

<sup>2</sup> مليكة موساوي، المرجع السابق، ص.554.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

- الصفقات العمومية المبرمة بالتراضي البسيط في حالة الاستعجال الملح.
- الخدمات التكميلية في إطار صفقات الأشغال.
- الصفقات العمومية المعقدة المبرمة على أساس نجاعة يتوجب بلوغها، يدرج في الصفقة بندا تحفيزيا يسمح بالحصول من المتعامل المتعاقد على أحسن علاقة جودة/سعر/آجال<sup>1</sup>.

بعدما تعرفنا على كل ما يتعلق بالمقابل المالي للصفقة العمومية، كالالتزام للإدارة اتجاه المتعامل المتعاقد معها، من حيث آليات تحديد السعر وكيفيات دفع السعر في الصفقة وتعديل السعر من خلال المراجعة والتحيين، وتحديد السعر مؤقتا في حالات محددة قانونا، سنعرِّج على المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام، لأن الأمر يختلف عما هو عليه في الصفقة، التي تعتبر نفقة عمومية، على اعتبار أن عقود تفويض المرفق العام، تشكل إيرادا للخزينة العمومية.

### المطلب الثاني: ارتباط المقابل المالي لاتفاقية تفويض المرفق العام بنتائج الاستغلال

تمثل الرسوم التي يتقاضاها صاحب التفويض من المنتفعين، المقابل المالي الذي يحصل عليه كنتيجة مباشرة لتسيير واستغلال المرفق العام، حيث أنه يشكل معيارا للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام والصفقات العمومية.

بما أن المفوض له يقوم بتسيير واستغلال المرفق العام، فمن البديهي أن يتقاضى مقابل مالي جراء تقديمه لخدمات، سواء من المنتفعين أو من طرف السلطة المفوضة، حيث أن هذا المقابل تختلف صوره وطرق تحديده حسب نوع العقد، إن كان عقد امتياز أو عقد إيجار أو عقد تسيير أو عقد وكالة محفزة، فقد يأخذ شكل **أتاوى Redevances**، و**تعريفات Tarifs**، يدفعها مستعملو المرفق العام أو في شكل **منحة Prime**، تدفعها السلطة المفوضة.

على هذا الأساس، سنتناول تحديد المقابل المالي في عقد الامتياز (أولا)، تحديد المقابل المالي في عقد الإيجار (ثانيا)، وكذلك تحديد المقابل المالي في عقد الوكالة المحفزة (ثالثا)، تحديد المقابل المالي في عقد التسيير (رابعا).

<sup>1</sup> أنظر المادة 03/97 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

### الفرع الأول: تحديد المقابل المالي في عقد الامتياز

يتقاضى المفوض له مقابل مالي جراء تسييره واستغلاله للمرفق العام، والذي يتحصّل عليه عن طريق الأتاوى، التي يدفعها مستعملو المرفق العام مقابل الخدمة التي قدمت لهم، حيث يتحمّل صاحب الامتياز الأعباء المالية المتعلقة بإنجاز المنشآت واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام وهو ما نصت عليه المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والمادة 02/53 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18.

### الفرع الثاني: تحديد المقابل المالي في عقد الإيجار

حسب المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والمادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، يتقاضى المفوض له مقابل مالي، عبارة عن أتاوى، يدفعها مستعملو المرفق العام & المستفيدين من خدماته، ولا يحتفظ المستأجر لنفسه بالأتاوى بكاملها، بل يدفع للسلطة المفوضة مقابل مالي تتمثل في إتاوة سنوية، وذلك حتى يمكن لها استهلاك قيمة التجهيزات والإنشاءات التي قامت بتنفيذها<sup>1</sup>، فالمقابل المالي الذي يتلقاه المستأجر، يكمن في الفرق بين الإيرادات (الأتاوى) التي يحصلها من المنتفعين، والمقابل الذي يدفعه للشخص العام<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: تحديد المقابل المالي في عقد الوكالة المحفزة

إن المقابل المالي الذي يتحصّل عليه المفوض له (الأجر)، يدفع مباشرة من طرف السلطة المفوضة بواسطة منحة، تحدّد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية وحصّة من الأرباح عند الاقتضاء<sup>3</sup>.

ينكوّن المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له من:

<sup>1</sup> سمية سلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص.219.

<sup>2</sup> " Le fermier verse à la personne publique une redevance. Sa rémunération consiste en la différence entre les recettes qu'il réalise et cette redevance".

Voir, Zouaimia Rachid, "La délégation conventionnelle de service public a la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015", Revue Académique de la recherche Juridique Volume07, Numéro 01, juillet 2016, p17.

<sup>3</sup> نادية ضريفي، سمية سلامي، " المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام"، مجلة صوت القانون، المجلد 07 العدد 02، جامعة خميس مليانة، نوفمبر 2020، ص.848.

**جزء ثابت (مضمون):** وهو مبلغ من المال محدّد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق، يتقاضاه المفوض له من السلطة المفوضة.

**جزء متغير:** يتمثل في مكافأة إضافية، يختلف مقدارها في حالة نجاح المرفق العام، وتحقيقه للأرباح حيث تقدّر المكافأة عادة على أساس الربح الصافي أو على أساس الدخل الإجمالي<sup>1</sup>.

حسب المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، يتعلق بتفويض المرفق العام، فإن السلطة المفوضة، تشارك مع المفوض له في تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام ويقوم بتحصيل هذه التعريفات المفوض له لصالح السلطة المفوضة المعنية<sup>2</sup>.

#### الفرع الرابع: تحديد المقابل المالي في عقد التسيير

يتحصّل المفوض له المقابل المالي في عقد التسيير مباشرة من طرف السلطة المفوضة على شكل **منحة**، تحدّد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، يضاف لها منحة الإنتاجية، ويتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام مسبقا في دفتر الشروط، من طرف السلطة المفوضة التي تحتفظ بالأرباح، وبالمقابل يحصّل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية<sup>3</sup>.

بالرجوع للمرسوم التنفيذي رقم 199/18، نلاحظ أن المشرع لم ينص على مراجعة المقابل المالي، كما هو الشأن بالنسبة لمراجعة وتعيين السعر في الصفقات العمومية، وهذا يشكّل فراغا قانونيا لابدّ على المشرع تداركه في التعديلات اللاحقة.

مما سبق، تختلف التعريفات عن الأتاوى، من حيث تقدير قيمتها مع ثمن الخدمة المؤداة فالأتاوى تعبّر عن الثمن الحقيقي لقيمة الخدمة المؤداة من المفوض له، إذ أنها تغطي تكاليف تسيير المرفق مباشرة، ودون تدخّل السلطة المفوضة، على خلاف التعريفات، والتي هي عبارة عن ثمن لتغطية تكاليف التسيير للمفوض له مع ضمان قدر من الربح، إذ أنها لا تساوي قيمة تكلفة تسيير المرفق العام، مما يستوجب على المصلحة المتعاقدة التدخل لإعادة التوازن<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سمية سلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق، ص.214.

<sup>2</sup> أنظر المادة 05/55 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>4</sup> نادية ضريفي، سمية سلامي، المرجع السابق، ص.840.

كما أن ارتباط المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام بنتائج الاستغلال، يعتبر معياراً للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام والصفقات العمومية، إذ أن دفع المقابل المالي في الصفقة يكون كما رأينا سابقاً، عن طريق سعر تحدده الإدارة في عقد الصفقة، وتدفعه الإدارة، وليس له علاقة بنتائج استغلال المرفق، على خلاف عقود تفويض المرفق العام، فإن المقابل المالي له علاقة بنتائج الاستغلال.

إن من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الإدارة، هو دفع المقابل المالي وفقاً لما تم الاتفاق عليه، ويختلف هذا المقابل المستحق للمتعاقد بحسب طبيعة العقد، كما أن تنفيذ العقد قد تعترضه ظروف مختلفة، سواء بسبب تدخلات الإدارة المتعاقدة، أو بسبب ظروف خارجية، مما تؤدي إلى عرقلة التنفيذ أو إرهاب المتعاقد مع الإدارة أو تخل بتوازن العقد الأصلي، ومن هنا دعت الحاجة والضرورة إلى البحث عن كيفية الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، وهذا ما يقع على عاتق الإدارة الالتزام بإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية وتفويض المرفق العام.

### المبحث الثاني: التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية وتفويض المرفق العام وتعويض المتعامل المتعاقد معها

إن الهدف من التوازن المالي للصفقة العمومية، هو إيجاد والمحافظة على التناسب بين التزامات المتعامل المتعاقد وبين حقوقه، لضمان تنفيذ التزاماته التعاقدية بالصورة التي تم الاتفاق عليها، وضمان استمرار المرفق العام بانتظام واضطراد، ولهذا فالإدارة ملزمة بالحفاظ على التوازن الاقتصادي للصفقة الأصلية بالحالة التي تم التعاقد عليها.

كما أن عقود تفويض المرفق العام، تقوم على أساس نقل المخاطر المرتبطة بالمرفق إلى المفوض له، بحيث أنه يتحمل التبعات المترتبة على عملية إنشاء واستغلال وتسيير المرفق العام<sup>1</sup>، إلا أن هذا لا يعني تخلي الإدارة بصورة مطلقة في تحملها لجانب من المخاطر، التي قد تطرأ على استغلال المرفق من قبل المفوض له، ولذلك فإن الفقه والقضاء الفرنسي قد استقر على غرار الصفقات العمومية على التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي لعقود تفويض المرفق العام، بما يتفق ونية الأطراف عند إبرام العقد.

<sup>1</sup> أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص. 161.

إضافة لذلك، ينبغي على الإدارة تعويض المتعامل المتعاقد في حالة إخلالها ببند الصفقة أو عند تعسفها في استعمال السلطات الممنوحة لها، والتي تم تناولها سابقاً، كما أنها مسؤولة كذلك عن تعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تصيبه من دون خطأ صدر عنها.

وعليه، سنتناول دراسة التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية وتفويض المرفق العام (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى التزام الإدارة بتعويض المتعامل المتعاقد معها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التزام الإدارة بضمان التوازن المالي للصفقة العمومية وتفويض المرفق العام

إذا كان للإدارة الحق في تعديل التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، فإن ذلك يقابله للمتعاقد الحق في تعديل حقوقه المالية، أي التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للصفقة وتفويض المرفق العام.

وعليه، إذا طرأت على المتعامل المتعاقد بعد إبرام الصفقة العمومية، وأثناء تنفيذها ظروف من شأنها زيادة أعبائه، فعلى الإدارة أن تعمل على إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية، حتى دون ارتكابها لأي خطأ.

كما أن استغلال صاحب التفويض لمرفق عام ما بمقتضى اتفاقية التفويض، لا يخلو من المخاطرة، كأن تقوم السلطة المفوضة بإجراء تعديلات جوهرية في نظام سير المرفق العام أو تخفيضات بليغة في أسعار الخدمات، مما يترتب عليه خسائر وأضرار للمفوض له، الأمر الذي يخول له الحق في الرجوع على الإدارة لإعادة التوازن المالي.

تتجسد فكرة التوازن المالي في نظريات ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، وللإمام بجوانب التوازن المالي، نتطرق إلى تعريفه (الفرع الأول)، وسائل التوازن المالي (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تعريف التوازن المالي

تعددت التعاريف والآراء التي تحدّد فكرة التوازن المالي، على الرغم من أنّها تدور كلها في فلك واحد وهي ضرورة المحافظة على الحالة التي كان عليها العقد وقت إبرامه، مع ضرورة كذلك مراعاة التعادل في الأداءات المتقابلة في العقد الإداري<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص.60.

ذهب بعض الفقهاء إلى أنّ: "التوازن المالي ليس نوعا من الضمان للمتعاقد ضد العجز المحتمل للاستغلال، وإنما هو في حقيقته معادلة تستهدف الإبقاء على طبيعة العقد على النحو الذي اتفق عليه المتعاقدان وقت التعاقد، فحق المتعاقد في إعادة التوازن المالي، هو امتداد طبيعي لحقه الثابت والأصيل في المقابل المالي المتفق عليه في العقد"<sup>1</sup>.

ما نلاحظه من هذا التعريف، هو أنه لم يقدّم تعريفا دقيقا وواضحا للتوازن المالي، بل اقتصر على ذكر الهدف منه في مجال العقود الإدارية.

في تعريف آخر لفكرة التوازن المالي للعقد الإداري، ذهب البعض، إلى أنّ: "حقوق المتعاقد يقابلها التزامات الجهة الإدارية، وعلى هذا فيجب أن تكون المعادلة دائما في وضع التوازن، وهذا ما يعبر عنه بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري".

كما عرّفه أيضا بعض الفقهاء، على أنه: "هو التعادل أو التكافؤ بين ما ينفق من أموال في إدارة المرفق وتشغيله، وبين ما يحققه المتعاقد من ربح أو عائد، ولهذا عندما يقال أنه يجب على الإدارة أن تضمن للملتزم قدرا معقولا من الربح، فإنه يقصد بذلك ضمان التوازن المالي للمشروع"<sup>2</sup> بمعنى على الإدارة أن تضمن التوازن المالي بين التكاليف والأعباء المفروضة على المتعاقد والأرباح، لضمان استمراره في تنفيذ العقد الإداري.

مما سبق، نلاحظ أن مختلف التعريفات، اتفقت على أن التوازن المالي للعقد الإداري، هو أن تتوازى بما يحقق التوافق بين حقوق المتعاقد وبين الالتزامات المفروضة عليه، أي بين ما يمنح للمتعاقد وما يتطلب منه، حتى يستطيع الوفاء بالتزاماته المترتبة على العقد الإداري.

### الفرع الثاني: وسائل التوازن المالي للعقد الإداري

تعتبر نظرية التوازن المالي، نظرية قضائية يعود القضاء الفرنسي الفضل في إظهارها إلى حيز الوجود، من خلال القضايا المعروضة عليه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> صادق موريس، قانون المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر 1999، ص.28.

<sup>2</sup> فتوح محمد هندوي، المرجع السابق، ص.62.

<sup>3</sup> سهام شقظمي، المرجع السابق، ص.69.

إن تطبيق هذه النظرية، أدى إلى ظهور أربع نظريات، والتي تتمثل في نظرية فعل الأمير (أولا) نظرية الظروف الطارئة (ثانيا)، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (ثالثا)، وأخيرا نظرية القوة القاهرة (رابعا).

### أولا: نظرية فعل الأمير *La théorie de la Fait du Prince*

تعتبر نظرية فعل الأمير، من أقدم النظريات التي أوجدها مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الإدارية، فهي تحتل مركزا مهما في نظرية العقد الإداري، مما جعل من تطبيق هذه النظرية نتيجة لتدخل الإدارة المتعاقدة وسلطاتها، وتعويض المتعاقد مع الإدارة وإعادة التوازن المالي للعقد<sup>1</sup> على أساس أن هذا الأخير، يشكل أحد حقوق المتعامل المتعاقد، وبالنسبة للإدارة يعتبر التزاما لها اتجاهه.

لهذا، سنحاول تسليط الضوء على تعريف نظرية فعل الأمير وأساسها القانوني في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وشروط تطبيقها.

#### 1. تعريف نظرية فعل الأمير

عرّف الأستاذ سليمان الطماوي نظرية فعل الأمير بصفة عامة-، على أنها: " كل إجراء صادر من السلطات العامة في الدولة، يؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وهذا الإجراء قد يصدر من السلطة الإدارية المتعاقدة، أو من أية سلطة عامة أخرى في الدولة، وقد يكون بإجراء فردي أو بإجراء لائحي، وقد ينصب على العقد الإداري مباشرة، كأن تعدّل الإدارة بعض شروطه وكما أنه قد يؤثر في التزامات المتعامل المتعاقد بطريقة غير مباشرة، كتعديل القوانين المالية، أو قوانين العمال، مما يزيد في أعباء المتعاقد نتيجة تطبيق هذه القوانين الجديدة"<sup>2</sup>.

حسب الأستاذ سليمان محمد الطماوي، فإن نظرية فعل الأمير: " هي كل إجراء يصدر عن السلطة العامة، دون خطأ منها، يترتب عليه التأثير على التزامات المتعامل المتعاقد معها، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر".

<sup>1</sup> محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع السابق، 229.

<sup>2</sup> سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. ص. (972، 973).



أما الدكتور عمار بوضياف، عرّف نظرية فعل الأمير، على أنها: "جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية المتعاقدة، وتؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعاقد المتعاقد"<sup>1</sup>.

كما عرّف جانب من الفقه نظرية فعل الأمير، على أنها: "كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو الالتزامات التي نص عليها العقد، مما يطلق عليها بالمخاطر الإدارية".

عرّف كذلك الفقيه فالين نظرية فعل الأمير، على أنها: "هي كل تصرف من السلطة العامة الإدارية، ويؤدي دون خطأ منها إلى زيادة أعباء المتعاقد معها، ويؤدي إلى إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المضرور عن سائر الأضرار التي تصيبه من جراء ذلك"<sup>2</sup>.

يتّضح مما سبق، أن مختلف التعريفات اشتركت في أن نظرية فعل الأمير، هي إجراء صادر عن السلطة العامة في الدولة، دون خطأ منها، يترتب عليه زيادة الأعباء المالية على المتعاقد المتعاقد معها، مما يستوجب على الإدارة تعويض المتضرر من جراء الأضرار التي لحقت به عن ذلك بمعنى صدور الفعل من قبل الإدارة، وقيام مسؤوليتها التعاقدية دون خطأ.

## 2. الأساس القانوني لنظرية فعل الأمير في المرسوم الرئاسي رقم 247/15

تجد هذه النظرية أساسها القانوني في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة بضرورة إجراء تسوية ودية للنزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، حيث منح للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة، بما يعيد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.50.

<sup>2</sup> فتوح محمد هندوي، المرجع السابق، ص.237.

<sup>3</sup> أنظر المادة 135 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

في نفس السياق، نصت المادة 140 من قانون المياه رقم 12/05، على أنه: "في حالة ما إذا أدى تطبيق الالتزامات العارضة إلى أسعار لا تتوافق والتكلفة الحقيقية المبررة من صاحب الامتياز أو المفوض له، يمكن أن يمنح له تعويض مالي يساوي الأعباء المالية التي تحملها في هذا الصدد"<sup>1</sup>. حتى يطالب المتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي في إطار نظرية فعل الأمير، لا بد من توافر شروط معينة، التي سنبيّنها تباعا.

### 3. شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

لإعمال نظرية فعل الأمير، اشترط الفقه والقضاء الإداري، على ضرورة توافر جملة من الشروط يمكن إجمالها، فيما يلي:

### 3.1 وجود عقد مبرم بين الإدارة والمتعاقد معها

تعد نظرية فعل الأمير من النظريات التي أوجدها مجلس الدولة الفرنسي، والذي أرسى قواعدها في إطار روابط القانون العام، واحتياجات المرفق العام وضمان سيرها بانتظام واضطرادولها فإن من أهم شروط تطبيق هذه النظرية، هو أن نكون بصدد عقد إداري وفقا للمعيار المستقر عليه فقها وقضاء ومن ثم، فإنها لا تنطبق على عقود القانون الخاص، حتى لو أبرمت من قبل الإدارة، طالما أن القواعد التي تحكم العقود هي قواعد القانون الخاص<sup>2</sup>.

إذ أنه يشترط لإعمال نظرية فعل الأمير، وجود علاقة تعاقدية بين الإدارة والمتعامل المتعاقد معها، وأن تكون طبيعة العلاقة التعاقدية ذات صبغة إدارية، وبمفهوم المخالفة، سيستبعد من مجال تطبيقها عقود القانون الخاص.

يعتبر شرط وجود عقد إداري بين الإدارة والمتعاقد معها، هو أمر بديهي، حيث أننا بصدد نظرية خاصة بعقود القانون العام، والتي تتميز بطابع خاص يميزها عن عقود القانون الخاص وعلى هذا، فإن المتعامل المتعاقد مع الإدارة لا يستفيد من تطبيق نظرية فعل الأمير، إلا إذا كانت هناك

<sup>1</sup> أنظر المادة 140 من القانون رقم 12/05، المصدر السابق.

<sup>2</sup> سليم قديان، سلطة القاضي الإداري في مراقبة التوازن العقدي في ظل قانون الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2021/2022، ص.233.

رابطة تعاقدية إدارية<sup>1</sup>، وعليه، فإنه لا مجال لإعمال نظرية فعل الأمير، متى انعدمت رابطة التعاقد الإداري.

## 2.2 أن يكون الإجراء الضار صادرا من الإدارة المتعاقدة

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير، أن يكون العمل أو التصرف الذي تسبب في خلل مالي للمتعاقد صادرا عن الإدارة المتعاقدة، وبالتالي، فإذا صدر عن جهة إدارية أخرى، فلا يمكن إعمال هذه النظرية<sup>2</sup>.

وعليه، فلا يمكن إعمالها على صفقة أبرمتها البلدية، إذا كان الإجراء الذي أخل بالتوازن المالي للمتعاقد صادرا عن جهة أخرى غير البلدية المتعاقدة، كأن يكون مرسوما تنفيذيا صادر عن رئيس الحكومة، أو قرارا ولائيا صادر عن الوالي<sup>3</sup>.

## 3.2 أن يكون التصرف الصادر عن الإدارة مشروعاً

يجب أن يصدر التصرف من طرف الإدارة مشروعاً، أي أن يكون مطابقاً للقانون بمفهومه الواسع ومهما كانت مصادره، أما إذا كان التصرف غير مشروع، فإن مسؤولية الإدارة في نطاق نظرية فعل الأمير هي مسؤولية عقدية بلا خطأ، جاز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء ومساءلة الإدارة طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية<sup>4</sup>.

## 4.2 أن يكون الإجراء غير متوقفاً وقت إبرام

يقصد بهذا الشرط، أن يكون الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة مفاجئاً للمتعاقد، ولم يتوقعه وقت إبرام العقد، فإذا توقع المتعاقد مع الإدارة الإجراء وقت إبرام العقد، فلا مجال للاستناد على هذه النظرية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص.243.

<sup>2</sup> فوزية هاشمي، آثار تنفيذ الصفقة العمومية بين الطرفين المتعاقدين -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.269.

<sup>3</sup> سليم قديان، المرجع السابق، ص.234.

<sup>4</sup> سهام شقظمي، المرجع السابق، ص.74.

<sup>5</sup> فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص.251.

وقد حددت محكمة القضاء الإداري في مصر، المقصود بعدم التوقع في هذا الخصوص بأنه:  
"له معنى خاص في نظرية فعل الأمير، حيث أن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة مادام أنها ليست جزء من الاتفاق، بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير، فإذا توقعته نصوص العقد، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد، وهو مقدراً لهذه الظروف، الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى هذه النظرية"<sup>1</sup>.

## 5.2 أن يلحق ضرراً خاصاً بالمتعاقد

لتطبيق نظرية فعل الأمير، يتعين أن ينجم عن هذا الإجراء ضرراً فعلياً وخصوصاً للمتعاقد حيث أن هذا الإجراء يتسبب في نقص أرباحه المتوقعة أو زيادة خسائره، ولا يشترط أن يكون الضرر جسيماً، بل يكفي أن يؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد<sup>2</sup>، فإذا نتج مثلاً عن تعديل الإدارة للصفقة، الزيادة الكبيرة في تحمل الأعباء المالية بالنسبة للمتعاقد، جاز للمتعاقد المطالبة بحقه في التوازن المالي.  
لا يقتصر إعادة التوازن المالي للصفقة ولتفويض المرفق العام على تطبيق نظرية فعل الأمير بل قد تطرأ ظروفًا خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة وغير متوقعة عند إبرامهما، وهذا ما يطلق عليه بنظرية الظروف الطارئة.

## ثانياً: نظرية الظروف الطارئة La théorie de l'imprévision

استند القاضي الإداري على نظرية الظروف الطارئة لتحقيق التوازن إزاء ظروف ليست من صنع الإدارة المتعاقدة، ولا من صنع المتعامل المتعاقد، على عكس نظرية فعل الأمير، التي تهدف إلى مواجهة المخاطر الإدارية الصادرة من الإدارة المتعاقدة، وأثرت على تنفيذ العقد الإداري، فنظرية الظروف الطارئة تواجه ظروفًا وحوادثاً غير متوقعة عند إبرام العقد الإداري وتؤدي إلى قلب توازن العقد وزيادة في الأعباء التي تقع على كاهل المتعاقد مع الإدارة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال بين ضيق نصوص قانون المناقصات والمزايدات ورحابة الواقع

العملي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص.227.

<sup>2</sup> فتوح محمد هندواوي، المرجع السابق، ص.253.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص.427.

وقد أوجد مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة منذ حكمه الشهير لسنة 1916 في قضية للشركة العامة للغاز بمدينة بوردو، والتي قضى فيها بمراجعة شروط العقد بسبب الزيادة التي طرأت على الأسعار، وعدّل العقد بما يتفق مع ارتفاع أسعار الفحم<sup>1</sup>. منذ ذلك الحكم، ونظرية الظروف الطارئة تعد واحدة من أهم نظريات التوازن المالي وعلى هذا سنتناول في هذه الدراسة، تعريف نظرية الظروف الطارئة، والأساس القانوني لها وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

### 1. تعريف نظرية الظروف الطارئة

لقد تعددت التعريفات الفقهية لنظرية الظروف الطارئة، ومن بينها ما سيتم تناوله، فيما يلي:  
عرّف الفقه الظروف الطارئة، على أنها: "عبارة عن أحداث وظروف إدارية أو طبيعية أو اقتصادية، تنشأ أثناء تنفيذ العقد، ولم تكن في حساب المتعاقدين وقت إبرام العقد، ولا يملكون دفعها ومن شأن هذه الأحداث، وتلك الظروف أن تجعل تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقدين، بحيث تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب"<sup>2</sup>.

كما عرّفها البعض، على أنها: "اختلال اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، نتيجة لظروف استثنائية لم يكن من الممكن توقعها وقت إبرام العقد، وتجعل من تنفيذه أكثر إرهاقاً للمتعاقدين، نتيجة للخسائر التي تجاوزت في حدّتها الخسائر المألوفة، ومن حق المتعاقدين في هذه الأحوال أن يطلب

---

<sup>1</sup> **وقائع القضية:** أبرمت الشركة العامة للغاز بموجب عقد امتياز لتوريد الغاز والكهرباء مع بلدية بوردو، لمدة 30 عاماً، وقد تحددت الأسعار في قائمة ملحقة بعقد الامتياز، وفقاً لأسعار الفحم آنذاك، لأن الفحم هو المادة الأولية لاستخراج الغاز منه، ثم ارتفع سعر الفحم اللازم لإنتاج الغاز من 23 فرنكا فرنسياً للطن سنة 1913 وقت إبرام العقد إلى 60 فرنكا فرنسياً للطن سنة 1915، بعد قيام الحرب العالمية الأولى، واحتلال الألمان لمعظم مناطق إنتاج الفحم فصار الفحم نادراً وارتفع ثمنه إلى أضعاف سعره الأولي".

لمزيد من التفاصيل، راجع:

- مليكة موساوي، المرجع السابق، ص. 574.

<sup>2</sup> فتوح محمد هندواوي، المرجع السابق، ص. 430.

مساعدة جهة الإدارة للتغلب على هذه الظروف، وأن تشاركه في تحمّل جزء من الخسارة التي ألتمت به<sup>1</sup>.

وقد عرّف الفقه نظرية الظروف الطارئة، على أنها: "عبارة عن حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، ولا يد لأحد المتعاقدين فيها، وترتب عن حدوثها أن أصبح تنفيذ الصفقة أمرا عسيرا ومكلفا للمتعاقل المتعاقد، فإنه يجوز للأخير مطالبة المصلحة المتعاقدة بتعويضه عما تحمّله من خسائر وتكاليف إضافية جراء ذلك"<sup>2</sup>.

كما عرّفها الأستاذ محمد الصغير بعلي، على أنها: "تلك المخاطر الاقتصادية، والتي يعني بها قيام وظهور أحداث ووقائع مفاجئة لدى تنفيذ الصفقة في شكل أزمات اقتصادية، حروب، زلازل... وغيرها، أو كأن تؤدي زيادة الضرائب وارتفاع الرسوم الجمركية أو رفع أجور العمال بصورة مفاجئة وغير متوقعة، إلى جعل مواصلة تنفيذ الصفقة مكلفا ومرهقا بالنسبة للمتعاقل المتعاقد، مما يقتضي تحمّل الإدارة المتعاقدة لبعض الأعباء المالية، من أجل استمرارية تقديم الخدمات العامة مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة"<sup>3</sup>.

أما الأستاذ عمار عوابدي، فيرى أن نظرية الظروف الطارئة، تتلخص في أنه: "إذا ما جدّت وطرأت بعد إبرام العقد الإداري ظروفًا استثنائية خارجية، لم تكن في الحسبان، ولم يكن في الإمكان توقعها وقت إبرام العقد، وترتب على حدوث هذه الظروف اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا لدرجة يصبح تنفيذ الالتزامات التعاقدية من طرف المتعاقد مع الإدارة أشدّ إرهاقا وأكثر تكليفا بكثير عن القدر الذي توقّعه المتعاقدان وقت إبرام العقد، جاز للمتعاقد أن يطالب الإدارة المتعاقدة بالمساهمة في تحمّل جزء من التكاليف والأعباء المتجسدة بالتعويض تعويضا جزئيا عن الخسائر التي لحقت به"<sup>4</sup>.

من خلال التعريفات السابقة، نجد أنها لا تختلف في مضمونها، حيث أن نظرية الظروف الطارئة أو كما اصطلح عليها بالمخاطر الاقتصادية، هي قيام وظهور أحداث مفاجئة وغير متوقعة

<sup>1</sup> سليم قديان، المرجع السابق، ص.285.

<sup>2</sup> عادل بوعمران، المرجع السابق، ص.212.

<sup>3</sup> سليم قديان، المرجع السابق، ص.286.

<sup>4</sup> عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء 02، الطبعة 06، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016، ص.226.

أثناء تنفيذ العقد الإداري، خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة، تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للمتعاقد، مما يترتب عليه أن يصبح تنفيذ العقد الإداري أمرا عسيرا ومكلفا للمتعاقد، ولهذا يحق له مطالبة الإدارة المتعاقدة بتعويضه عما تحمّله من خسائر وتكاليف إضافية.

بعدما تطرّقنا إلى مختلف التعريفات الواردة على نظرية الظروف الطارئة، كمنظريّة قضائية أوجدها مجلس الدولة الفرنسي، وتمّ تطبيقها من خلال العديد من الأحكام التي أصدرها المجلس في هذا الشأن، فما هو موقف النظام القانوني الجزائري من هذه النظرية؟

#### 4. موقف النظام القانوني الجزائري من نظرية الظروف الطارئة

أولى المشرع الجزائري اهتمامه بهذه النظرية، من خلال ما ورد صراحة في نص المادة 107 من القانون المدني رقم 05/07 (المعدل والمتمم)، حيث أنه منح للقاضي تبعا للظروف أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، في حال ظهور حوادث استثنائية وغير متوقعة، وترتب على حدوثها أثناء تنفيذ العقد إرهاب المدين بأعباء وتكاليف إضافية لم تكن وقت إبرام العقد<sup>1</sup>.

من خلال هذه المادة، نلاحظ أن مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يقتصر على مجال العقود الإدارية- بل يمتد إلى عقود القانون الخاص-، كما هو الحال عليه في نظرية فعل الأمير والتي من بين أحد شروط تطبيقها، أن يكون العقد المبرم بين الأطراف عقدا إداريا.

بالرجوع لنص المادة 01/109 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، اصطلح على نظرية الظروف الطارئة بـ "عدم التوقع"، حيث عرّفه على أنه: "وضعية غير تعاقدية واستثنائية، والتي على إثرها يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدية، دون أن يكون مستحيلا مكلفا للغاية، بشكل يؤدي بالمدين إلى تكبد خسارة كبيرة"<sup>2</sup>.

كما أكد المشرع على ضرورة وضع حد لحالة عدم التوقع، من خلال التخفيف بصورة معقولة من الالتزام المبالغ فيه، الذي أدى إلى إرهاب المدين، وتكبد خسارة كبيرة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 107 من القانون رقم 05/07، يتعلق بالقانون المدني (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 01/109 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 02/109 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

إضافة لذلك، اشترط المشرع لأجل تطبيقها أن يكون الحدث أو الظرف استثنائي، غير متوقع ويتسم بطابع الشمولية<sup>1</sup>.

كما أجاز المشرع من خلال تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (المرسوم الرئاسي رقم 247/15)، للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام الملاحق ودون حاجة إلى إخضاعها لرقابة الهيئات الخارجية، في حالة الظروف الاستثنائية وغير متوقعة، والتي تكون خارجة عن إرادة الطرفين<sup>2</sup>.

وقد أشار المشرع إلى أهمية الملحق في تعديل الصفقة، كلما ظهرت تقنيات جديدة غير متوقعة أثناء إبرام الصفقة، ومن شأنها تحسين أداء المرفق العام، وتقديم خدمة عامة للجمهور عند إدخال هذه التعديلات، وهو ما نصت عليه المادة 08/136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 حيث جاء فيها ما يلي: "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..."<sup>3</sup>.

في هذا الصدد، فإن المشرع اعتبر نظرية الظروف الطارئة، الحل الأنسب لإدخال هذه التعديلات عن طريق الملحق (التأسيس القانوني للملحق يكون بموجب نظرية الظروف الطارئة).

أما على مستوى القضاء الإداري، فقد طبق القاضي الإداري في الجزائر نظرية الظروف الطارئة، من خلال قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، وذلك بتاريخ 10 أكتوبر 1993، في قضية (د. ح) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، والتي تتلخص وقائعها حول عقد إيجار لسوق المواشي مبرم بين البلدية و(د.ح)، حيث أن السوق بقي مغلقا بسبب انتشار مرض الحمى الذي أصاب المواشي، مما جعل بالمتعاقدين مع البلدية يطالب بالتعويض، بسبب غلق السوق وعدم استغلاله وقد جاء في حيثيات القرار، ما يلي:

" حيث أنه، وبالرجوع إلى القانون المدني، وخاصة المادة 03/107، فمن المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم تكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام

<sup>1</sup> أنظر المادة 03/109 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 02/138، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 08/136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.



التعاقدية إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ولما ثبت أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه، بقي مغلقا بسبب مرضى الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقع، يجب الأخذ به<sup>1</sup>. كما رأينا من خلال حيثيات القرار، أن القاضي الإداري طبق نظرية الظروف الطارئة، من خلال توافر شروط تطبيقها، والتي سنوردها تباعا.

### 5. شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لإعمال نظرية الظروف الطارئة، لابد من توافر شروط معينة، والتي تتمثل فيما يلي:

- وقوع ظرف طارئ عام ومؤقت خلال مدة تنفيذ العقد الإداري.
- خروج الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقدين.
- أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه.
- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إرهاب المتعاقد وقلب اقتصاديات العقد الإداري.

### 1.5 وقوع ظرف طارئ عام ومؤقت خلال مدة تنفيذ العقد الإداري

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، أن يقع حادثا استثنائيا أو ظرفا طارئا خلال مدة تنفيذ العقد الإداري، وعليه للتفصيل في هذا الشرط، يتطلب الأمر منا، التطرق إلى توضيح المقصود من الظرف الطارئ، وطبيعته (نطاق تطبيقه).

### 1.1.5 الظرف الطارئ أو الحادث الاستثنائي

يقصد بالحادث الاستثنائي، هو الذي يشذ عن المجرى العادي للأمر، فيخرج عن الأصل الذي ألفه الناس، بما يجعله نادر الوقوع، فلا يعول عليه الرجل العادي، ولا يدخل في حساباته ومن أمثلة الحوادث الاستثنائية، الزلزال، الفيضانات، الحروب، الأعاصير، الارتفاع الباهض في الأسعار أو الانخفاض في العملات... الخ<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أنظر القرار رقم 99694، المؤرخ في 10 أكتوبر 1993، قضية (د.ح) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، المجلة القضائية، العدد 01، 1994، ص. 217.

<sup>2</sup> سليم قديان، المرجع السابق، ص. 299.

كما يشترط في الظرف الطارئ، أن يكون من الحوادث الاستثنائية العامة، أي أن يكون شاملاً لطائفة من الناس، فيعتبر الحادث الاستثنائي عاماً، متى شمل عدداً كبيراً من الناس دون الاعتداد بذواتهم، وعليه، فإذا كان خاصاً بالمتعامل المتعاقد، فلا تتوافر فيه صفة العمومية، ولا يكون مبرراً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة<sup>1</sup>.

إضافة إلى ما سبق، يشترط كذلك أن يكون هذا الظرف مؤقتاً وليس دائماً، لأنه لو كان بخلاف ذلك، سنكون أمام قوة قاهرة تؤدي إلى استحالة التنفيذ، وبالتالي يجوز طلب فسخ العقد الإداري، والمطالبة بالتعويض.

### 2.1.5 طبيعة الظرف الطارئ

في بداية الأمر، كان مجلس الدولة الفرنسي يقتصر نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة على المخاطر الاقتصادية فقط، ونظرية فعل الأمير تقتصر على المخاطر الإدارية، لكن سرعان ما تغير اتجاهه، وأخذ في التطور واتسع نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة ليشمل إلى جانب المخاطر الاقتصادية، أنواع أخرى من المخاطر<sup>2</sup>، والتي يمكن أن يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة ومن هذه المخاطر، نذكر منها:

-المخاطر الطبيعية، كالفيضانات، الزلزال، الجفاف وغيرها من الظواهر الطبيعية.

-المخاطر الإدارية، ارتفاع فاحش في الأجور والأسعار، فرض ضرائب جديدة، تخفيض العملة<sup>3</sup>.

### 2.5 خروج الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقدين

لكي يستفيد المتعامل المتعاقد من إعادة التوازن المالي، من خلال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لا بدّ ألا يكون هو من تسبّب في إحداث الظرف الطارئ أو الاستثنائي، ونفس الشأن بالنسبة للإدارة، فلا ينبغي أن تكون هي المتسببة في هذا الظرف<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص. 435.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص. 436.

<sup>3</sup> سليم قديان، المرجع السابق، ص. ص. (301، 302).

<sup>4</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص. 54.

### 3.5 أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه

يشترط في الظرف الطارئ شرطان هما: ألا يكون متوقعًا، وألا يمكن دفعه.

#### 1.3.5 ألا يكون الظرف الطارئ متوقعًا

يعتبر هذا الشرط من أهم الشروط لإعمال نظرية الظروف الطارئة، لأنه لو كان متوقعًا لكان من الواجب على طرفي العقد توقيه، وتفاذي آثاره، لأن كل عقد قد يحتوي على بعض المخاطر التي يمكن توقعها، والتي يبرم العقد الإداري في ظلها<sup>1</sup>.

وعليه، وبمفهوم المخالفة، في حالة الظروف التي لا يمكن تصورها أو تقديرها أو توقعها أثناء إبرام العقد الإداري، ففي هذه الحالة تطبق نظرية الظروف الطارئة.

#### 3.2.5 ألا يمكن دفع الظرف الطارئ

إضافة إلى ضرورة ألا يكون الظرف الطارئ متوقعًا، فينبغي كذلك ألا يمكن دفعه وتجنب أضراره سواء قبل حدوثه أو بعد حدوثه، وكما لا يمكن للمتعاقد أن يدفع هذا الضرر أو مواجهته بالطرق العادية تجنبًا لآثاره.

### 4.5 أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إرهاب المتعاقد وقلب اقتصاديات العقد الإداري

ينبغي أن يترتب على الظرف الطارئ قلب لاقتصاديات العقد، بحيث يجعل وفاء المتعامل المتعاقد لالتزاماته في ظل هذا الظرف مرهقًا، إذ يجب أن تلحق به خسارة استثنائية، وغير عادية أثناء التنفيذ<sup>2</sup>.

وعليه، لا بد من الإشارة، إلى أن الخسارة الاستثنائية التي تلحق بالمتعاقد، لا ينبغي أن تمنعه من الوفاء بالتزاماته التعاقدية، وإنما تجعل تنفيذها مرهقًا له، لأنها لو أدت إلى استحالة التنفيذ سنكون أمام قوة قاهرة، تتسبب في إنهاء العقد الإداري، وليس ظرفًا طارئًا.

بعدما تطرقنا إلى نظرية الظروف الطارئة، سنتناول نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة نظرًا لما لها دور في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري بصفة عامة، والصفقات العمومية بصفة خاصة.

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن، المرجع السابق، ص. ص. (232، 233).

<sup>2</sup> فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص. 445.

### ثالثاً: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة *La théorie des sujétions imprévues*

تعتبر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من النظريات التي أنشأها القاضي الإداري الفرنسي، فقد كان لمجلس الدولة الفرنسي السابق في وضع أسس هذه النظرية في ظل أحكامه المتعاقبة، وترجع أولى تطبيقاته لهذه النظرية إلى منتصف القرن التاسع عشر، فكان أول حكم قضائي طُبّق هذه النظرية هو حكمه الصادر في 24 جوان 1864، في قضية **Duché**، حيث قضى المجلس بتعويض المتعاقد مع الإدارة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة، التي واجهته أثناء تنفيذ العقد، حتى يتمكن من الاستمرار في التنفيذ<sup>1</sup>.

وقد وجدت هذه النظرية، للحفاظ على مصلحة المتعاقد مع الإدارة، خاصة في ظل السلطات والامتيازات التي منحها المشرع للإدارة في تنفيذ العقد، وتحقيقاً لمصلحة المرفق العام من خلال سيره بانتظام واضطراد، وتقديم خدمة عامة.

سنتناول هذه النظرية، من خلال تحديد تعريفها وشروط تطبيقها.

#### 1. تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعددت التعريفات الفقهية لهذه النظرية، فقد عرّفها البعض، على أنها: "تلك الصعوبات التي تظهر أثناء تنفيذ العقد، وتكون ذات طابع استثنائي، بحيث لم يتوقعه المتعاقدان أثناء إبرام العقد ويكون من نتائجها جعل العقد أكثر تكلفة، ومن ثمّ فإنها تفتح أمام المتعاقد الحق في الحصول على تعويض كامل في شكل زيادة حقوقه المالية مقابل التزاماته العقدية"<sup>2</sup>.

كما عرّفها الأستاذ **سليمان محمد الطماوي**، على أنها: "إذا ما صادف المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، ولا يمكن توقّعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً، فإن من حقّه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص. 476.

<sup>2</sup> محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع السابق، ص. 276.

<sup>3</sup> فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص. 477.

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، على أنها: "الصعوبات المادية الناتجة في أغلب الأحيان من ظواهر طبيعية غير متوقعة، وخارجة عن إرادة المتعاقدين الذين لم يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد". كما عرّفها بعض الفقه، على أنها: "نظرية خاصة في مقاولات الأشغال العامة، تقترض صعوبات مادية لا يستطيع المتعاقدين توقعها، ترمي بأعباء خطيرة وغير طبيعية على عاتق المقاول مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق، وحق التعويض معترف به للمقاول عن كامل الضرر"<sup>1</sup>.

يتضح من مختلف التعريفات التي أوردناها، أنها تتفق على أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، هي عبارة عن صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة، خارجة عن إرادة المتعاقدين يترتب عليها زيادة أعباء وتكاليف التعامل المتعاقد مع الإدارة، مما يؤدي به إلى المطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار، الذي لحقت به لإعادة التوازن المالي للعقد. كما أن هناك من التعريفات التي جعلت من نطاق تطبيق هذه النظرية يقتصر فقط على عقود الأشغال العامة.

لإعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ينبغي توافر شروط معينة.

## 2. شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

حتى يستطيع التعامل المتعاقد مع الإدارة الاستفادة من تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ينبغي توافر جملة من الشروط في الصعوبات التي قد تعترضه أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية.

وعليه، يجب أن تكون الصعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية، وأن تكون غير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين، وأن يترتب ضررا مرهقا بالتعامل المتعاقد.

## 1.2 أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية واستثنائية

نقصد بهذا الشرط، أن تكون الصعوبات التي يواجهها التعامل المتعاقد ذات طبيعة مادية بحتة، وذلك كوجود طبقات صخرية في مكان تنفيذ عقد الأشغال العامة، مما يجعل أعمال الحفر أكثر

<sup>1</sup> سليم قديان، المرجع السابق، ص.325.

تكلفة أو ارتفاع منسوب المياه الجوفية في أعمال الحفر بصورة لا يتمكن معها المتعاقد من سحبها دون الزيادة في التكاليف<sup>1</sup>، وقد تعود الطبيعة المادية للصعوبات بموقع التنفيذ إلى الظواهر الطبيعية أو الجيولوجية<sup>2</sup>.

وقد أورد المشرع العديد من الأمثلة للصعوبات المادية، كحالة الصخور التي يصعب استخراجها، وجود مياه جوفية أو منابع، الطبيعة الصعبة لطبقات الأرض، وجود أراضي غير متجانسة وغير مستقرة تستدعي زيادة العمق وتعديل الخصائص المتعلقة بالأساسات<sup>3</sup>.

إضافة لذلك، يمكن أن تخصّ الصعوبات المادية غير المتوقعة، أخطارا مناخية، بشرط أن يكون لها طابع استثنائي، كالأمطار المستمرة في منطقة إقامة الورشة، والتي تشهد في العادة هطول نسبة ضعيفة من الأمطار بالنسبة لأشغال الحفر، فيضانات، سرعة الرياح، وغيرها<sup>4</sup>.

كذلك أضاف للصعوبات المادية غير المتوقعة، العوائق المصطنعة، لاسيما حالة نقص أساسات العمارات المجاورة أو المحيطة لمكان إقامة الأشغال<sup>5</sup>.

كما أنه يجب أن تكون الصعوبات المادية غير عادية استثنائية، أي أنها تجاوز كل ما كان متوقّعا من المتعاقد وقت التعاقد، لأنّ كل العقود يحاط بها قدر من الصعوبات العادية أو المألوفة التي يجب على المتعاقد تحملها<sup>6</sup>.

يعتبر اشتراط أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية، هو الفارق الجوهرى بين نظرية الصعوبات المادية غير متوقعة، وبين نظرية الظروف الطارئة، حيث أنه قد يكون الفعل في الظروف الطارئة سببه الظواهر الطبيعية، كما هو الحال عليه في الصعوبات المادية، لكن كون الظرف ماديا هو الذي يفرّق بين النظرتين.

<sup>1</sup> محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع السابق، ص.279.

<sup>2</sup> محمد فتوح هندأوي، المرجع السابق، ص.485.

<sup>3</sup> أنظر المادة 05/108 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 06/108 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

<sup>5</sup> أنظر المادة 07/108 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

<sup>6</sup> سهام شقطني، المرجع السابق، ص.82.

## 2. أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة وقت التعاقد

يتعين لتطبيق هذه النظرية، أن تكون الصعوبات المادية التي واجهت تنفيذ العقد لم تكن متوقعة الحدوث من المتعاقد، ولم يكن بوسعها توقع حدوثها وقت إبرام العقد، بحيث تكون مفاجئة للمتعاقد عند التنفيذ<sup>1</sup>.

وعليه، إذا كانت هذه الصعوبات متوقعة أو بإمكان المتعاقد توقعها، فلا يمكن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير متوقعة.

على هذا الأساس، ينبغي على المتعامل المتعاقد أن يبذل كل جهد للإحاطة بظروف العقد وقت إبرامه، وما يتصل به من صعوبات وعراقيل، وكما له أن يتحرى بنفسه أو بواسطة من ينوبه قانوناً عن طبيعة الأعمال، وعلى الإدارة كذلك أن تساعد في ذلك، وتقدم له كل المعلومات، التي من شأنها مساعدته في الوصول إلى الصعوبات المادية<sup>2</sup>.

## 3.2 ألا يكون مردّ الصعوبات المادية إلى فعل أحد الطرفين المتعاقدين

ينبغي ألا تكون الصعوبات مرجعها لجهة الإدارة، لأنها لو تسببت بخطئها في وجود الصعوبات المادية، فيحق للمتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وكذلك إذا تسببت الإدارة في هذه الصعوبات بفعالها، ودون خطأ من جانبها، فيحق للمتعامل المتعاقد التعويض على أساس نظرية فعل الأمير<sup>3</sup>.

كما أنه، يجب ألا يكون للمتعاقد مع الإدارة يد في إحداث الصعوبات المادية أو زيادة آثارها سواء بخطأ منه أو عدم تبصره أو إحداثها بإرادته، لأنه في حالة ما إذا كان له دور في وجود هذه الصعوبات، فعليه وحده تحمّل نتيجة فعله<sup>4</sup>.

في ذلك، قضت المحكمة الإدارية بمدينة **Nantes** الفرنسية في حكمها الصادر في 06 سبتمبر 2011، إلى أنه: "... كان بمقدور المتعاقد تحديد احتياجاته المسبقة قبل التعاقد في ضوء

<sup>1</sup> محمد فتوح هنداي، المرجع السابق، ص.487.

<sup>2</sup> سهام شقظمي، المرجع السابق، ص.83.

<sup>3</sup> محمد فتوح هنداي، المرجع السابق، ص.490.

<sup>4</sup> سليم قديان، المرجع السابق، ص.337.

إمكاناته المادية، والفنية لتنفيذ الأشغال، وأن ما يدّعيه المتعاقد من وجود صعوبات ومعوّقات، يرجع لإهماله في الدراسة والتحري عن العقد، ولا يعفي المتعاقد من التنفيذ، إذا تبين أن التنفيذ يحتاج لمعدات وآلات من نوع خاص لا تتناسب مع إمكانياته ومن ثمّ رأّت المحكمة رفض الطعن<sup>1</sup>.

#### 4.2 أن تلحق الصعوبات المادية ضررا مرهقا بالمتعاقد

يتعيّن أن يترتّب عن الصعوبات المادية والاستثنائية ضررا مرهقا يلحق بالمتعاقد مع الإدارة يجعل من التزامه صعب التنفيذ، فتزيد من حجم الأعباء الملقاة على كاهله، دون أن تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلا على المتعاقد<sup>2</sup>.

وعليه، إذا استطاع المتعامل المتعاقد التغلّب على الصعوبات المادية غير المتوقعة، التي واجهته دون تكاليف إضافية، فلا مجال إذن لتطبيق النظرية، وسواء كان الضرر الذي أصاب المتعاقد بسيطا أو جسيما لإعمال النظرية<sup>3</sup>.

على هذا الأساس، تتفق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظرية فعل الأمير وتخالف نظرية الظروف الطارئة، كون هذه الأخيرة تشترط لتطبيقها أن تكون الخسارة التي لحقت بالمتعامل المتعاقد فادحة إلى درجة الإخلال بالتوازن الاقتصادي للصفقة.

---

<sup>1</sup> **وقائع القضية:** " تعاقد أحد الوحدات المحلية مع أحد المقاولين للقيام برفع مخلفات إحدى المدارس الثانوية، وذلك على مرحلتين: الأولى صغيرة والثانية كبيرة، وذلك تمهيدا لتجديد المدرسة، فقام المتعاقد بتنفيذ المرحلة الأولى وتراخى عن تنفيذ المرحلة الثانية فقامت جهة الإدارة بإنذاره بالفسخ، إلا أنه لم يستجب، مما دعا بالإدارة لفسخ العقد كجزاء من الجزاءات الإدارية، وعلى إثر ذلك طعن المتعاقد في قرار الفسخ أمام المحكمة الإدارية بمدينة "نانت" متذعرا بأن عدم تنفيذ المرحلة الثانية ناتج عن المعوقات المادية التي ظهرت له عند رفع المخلفات، وأن تنفيذ المرحلة الثانية، تحتاج لمعدات وآلات خاصة ليست في متناول المتعاقد".

-أنظر: فتوح محمد هندراوي، المرجع السابق، ص. ص. (490، 491).

<sup>2</sup> محمد أحمد الأرنؤوط، المرجع السابق، ص. ص. (281، 282).

<sup>3</sup> سليم قنديل، المرجع السابق، ص. 83.



## رابعاً: نظرية القوة القاهرة La force de majeure

إن من أهم النظريات التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية هي نظرية القوة القاهرة، والتي تعتبر من النظريات القضائية القائمة على أساس من المنطق والعدالة، ورعاية مصالح المتعاقدين مع الإدارة دون إخلال بالمصلحة العامة<sup>1</sup>.

لهذا، لابدّ من التعرّض لتعريفها وشروط تطبيقها، على النحو التالي.

### 1. تعريف نظرية القوة القاهرة

عرّف الفقه الإداري الفرنسي القوة القاهرة، على أنها: "الحادث الخارجي عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير المتوقع وغير المرتقب، والذي يستحيل دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية"<sup>2</sup>.

كما عرّفها البعض من الفقهاء، على أنها: "كل عذر قهري يمنع المتعاقد من تنفيذ التزاماته في الموعد المتفق عليه، فالقوة القاهرة من حيث مدلولها لا تعدو أن تكون دلالة على ظرف استثنائي شاذ تتّصف به من حيث مصدرها بأنها من فعل الطبيعة أو خطأ انساني، وتتميز من ناحية طبيعتها بعدم قدرة المرء مهما أوتي من قوة الإدراك والحدس على توقعها، وعدم استطاعته حال وقوعها على دفعها"<sup>3</sup>.

أما الفقه الإداري المصري، فعرّف القوة القاهرة، على أنها: "الحادث غير المتوقع الذي لا يمكن دفعه، والذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً"<sup>4</sup>.

من خلال مختلف التعريفات للقوة القاهرة، نخلص إلى أن القوة القاهرة، هي عبارة عن حدث خارجي، مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة، ومن غير الممكن توقّعه، والتي من شأنها تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد الإداري، واستحالة الاستمرار في التنفيذ.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص.348.

<sup>2</sup> علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء 02، الطبعة 02، مكتبة الظين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2014، ص.17.

<sup>3</sup> سليم قديان، المرجع السابق، ص.84.

<sup>4</sup> علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.17.

## 2. موقف المشرع والقضاء الجزائري من نظرية القوة القاهرة

على اعتبار أن نظرية القوة القاهرة نظرية قضائية، أوجدها مجلس الدولة الفرنسي وعمل على تطوير مبادئها وإدخالها في مجال العقود الإدارية، فهل المشرع والقضاء تم إدخال هذه النظرية في المنظومة التشريعية والقضائية؟

### 1.2 موقف المشرع الجزائري من نظرية القوة القاهرة

اعتبر المشرع الجزائري القوة القاهرة سبب أجنبي، يترتب عليه الإعفاء من المسؤولية، إذ نصت المادة 27 من القانون المدني رقم 58/75 (المعدل والمتمم)، على أن: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"<sup>1</sup>. تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، قد ألزم المتعاقدين بتحديد كفاءات تطبيق حالات القوة القاهرة ضمن البيانات التكميلية، التي يجب أن تحتوي عليها الصفقة العمومية<sup>2</sup>، وكذلك اتفاقية تفويض المرفق العام<sup>3</sup>.

كما أن المشرع أشار إلى القوة القاهرة، حيث أنه قام بإعفاء المتعاقد مع الإدارة من العقوبات المالية بسبب التأخير، وقرّر تعليق الأجال في حالة القوة القاهرة، وتقوم عندئذ المصلحة المتعاقدة بتحرير شهادة إدارية تسلّم للمتعاقد المتعاقد، تتضمن الإعفاء من غرامة التأخير في حالة القوة القاهرة<sup>4</sup>.

بالرجوع للمرسوم التنفيذي رقم 219/21، نجد أن المشرع عرّف القوة القاهرة التي قد تطرأ على تنفيذ الصفقات العمومية للأشغال، على أنها: "كل فعل أو حدث غير متوقّع ولا يقاوم ومستعص

<sup>1</sup> أنظر المادة 127 من القانون رقم 58/75 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

ومستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وتمنعهم بصفة مؤقتة أو نهائية عن تنفيذ التزاماتهم التعاقدية المتبادلة"<sup>1</sup>.

كما أن المشرع، منح إمكانية تحديد نسب القوة القاهرة في دفتر التعليمات الخاصة للصفقة العمومية للأشغال، والتي لا يمكن بأي حال من الأحوال للمقاول أن يحتج بها<sup>2</sup>.

وقد اعتبر المشرع جائحة كوفيد19 بالنسبة للصفقات العمومية قوة القاهرة، وهذا لتوافر الشروط الثلاثة لإعمال هذه النظرية، من حيث عدم إمكانية توقع الحادث، واستحالة دفعه وكونه حادثا خارجا عن إرادة المتعاقدين، وهو ما تم تأكيده من خلال تعليمة الوزير الأول، المؤرخة في 15 أبريل 2020 الموجهة إلى أعضاء الحكومة، لتبليغها إلى السادة الولاة لاتخاذ التدابير اللازمة للتخفيف من آثار الفيروس ومكافحته على جميع الأصعدة<sup>3</sup>.

في مجال الصفقات العمومية، وحرصا على عدم تضرر المؤسسات التي وجدت نفسها أمام استحالة ضمان إنجاز الأشغال والخدمات المقررة، فقد تقرر تطبيق أحكام المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والتي جاء في مضمونها على تعليق الآجال التعاقدية وعدم فرض العقوبات المالية بسبب التأخير في الإنجاز، بسبب جائحة كورونا (القوة القاهرة) وما ترتب عليها من آثار.

## 2.2 موقف القضاء الجزائري من نظرية القوة القاهرة

طبق القاضي القوة القاهرة في قرار المحكمة العليا، بتاريخ 11 جوان 1990، وعرفها، على أنها: "حدث تسبب فيه قوة تفوق الانسان، حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها أو يتحكم فيها، كما تتميز القوة القاهرة أيضا بطابع عدم قدرة الانسان على توقعها".

كما أنه كذلك أخذ بأحكام القوة القاهرة في قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 08 مارس 1999، حيث اشترط لتطبيق القوة القاهرة أن يتوفر شرط عدم التوقع، وأن يكون الحدث استثنائيا.

<sup>1</sup> أنظر المادة 01/110 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 02/110 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر الموقع الإلكتروني: [https://radioalgerie.dz]، تاريخ الاطلاع: 2021/10/10.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

في سياق هذا القرار، والذي تتلخص وقائع القضية المتعلقة بـ (ب. ت) ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة، فيما يلي:

- حيث أنه تم إبرام صفقة عمومية بين (ب. ت) ورئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية سكيكدة يوم 1989/09/09، لبناء مكتبة تقع بحي الزيتون.

- حيث أن المستأنف (ب. ت) استأنف ضد القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سكيكدة الذي حكم عليه بأن يدفع لرئيس المجلس الشعبي البلدي مبلغ 83.255.80 دج.

- حيث أن البناية لم تتم في الأجال المنصوص عليها في العقد، وأن سبب التأخير وقع نتيجة عدم تقديم المخطط والبطاقات التقنية، وكذلك يرجع سبب التأخير إلى زيادة أسعار مواد البناء وعدم توفرها ومن أجل عدم مراجعة الأسعار المنصوص عليها في العقد، وعدم تطبيق التعليمات الوزارية المشتركة المؤرخة في 26 نوفمبر 1990.

- حيث أن المستأنف يؤكد بأن هناك قوة قاهرة، نظرا للوضعية الاقتصادية للبلد، وأن الدولة نفسها أمرت بمراجعة الأسعار، وكما أنه طالب بإلغاء القرار المستأنف، والحكم على المجلس الشعبي البلدي لبلدية سكيكدة بأن يدفع له مبلغ 69.712.09 دج.

وانطلاقا من الوقائع المذكورة أعلاه، قرّر مجلس الدولة بقبول الاستئناف شكلا، أما من حيث الموضوع، فتم رفض طلب المستأنف القاضي بإلغاء قرار الاستئناف لعدم التأسيس للأسباب التالية:

- أن البلدية قامت بإعداد المستأنف بتاريخ 1991/03/09 بالإسراع في الأشغال التي كلف بها.

- أجل إنجاز المكتبة محدد بـ 06 أشهر، ولكن بين تاريخ إبرام الصفقة 1989/09/09، وبين تاريخ الإنجاز مرّت أكثر من سنتين بدون أن يتم بناء المكتبة.

- لا يمكن التمسك بالقوة القاهرة، لأنه ليس لقضية الحال لا طابع عدم التوقع ولا الاستثناء<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> أنظر القرار رقم 412 (غير منشور)، الصادر في 1999/03/08، قضية (ب. ت) ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة، المنقّى في قضاء مجلس الدولة، الجزء 01، 2003، ص. 73، نقلا عن المرجع:

- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري-قرارات المحكمة العليا، قرارات مجلس الدولة-، الجزء 02 الطبعة 01، منشورات كليك، الجزائر، ص. 932.

وعليه، من خلال وقائع القضية، تمسك القاضي بعدم وجود قوة القاهرة، استنادا لعدم توافر شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة، حيث استند إلى عدم توفر شرط عدم التوقع ولا الاستثناء.

لهذا، سنتطرق إلى شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة.

### 3. شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة

لإعمال نظرية القوة القاهرة، ينبغي توافر ثلاثة شروط، والتي تتمثل في أن يكون الحادث خارجا وأجنبيا عن إرادة المتعاقدين، أي استقلالية الحادث عن إرادتهما، وألا يمكن ترقبه ولا توقعه، وأن يؤدي الحادث إلى استحالة التنفيذ.

#### 3.1 أن يكون الحادث خارجا وأجنبيا عن إرادة المتعاقدين

لابد من التأكيد أن القوة القاهرة التي يمكن التذرع بها في مجال العقود الإدارية، هي تلك التي ينبغي أن تحدث خلال مدة تنفيذ العقد لا بعده، وعليه فإن أولى تلك العناصر التي تستند إليها القوة القاهرة في العقد الإداري، هي أن يكون الفعل أجنبيا عن إرادة المتعاقدين، وليس لإرادتهما علاقة به بشكل مطلق<sup>1</sup>.

لهذا، لا ينبغي أن يسند الحادث إلى فعل المتعاقد، إذ لا يعتبر تأخر المتعاقد في الوفاء بالتزاماته أو عدم مراعاته الأوامر المصلحية أو إهماله في اتخاذ الاحتياطات الضرورية بمثابة قوة القاهرة<sup>2</sup>.

#### 3.2 أن يكون الحادث غير مرتقب ولا يمكن توقعه

إن الصفة الملازمة للقوة القاهرة، هي أنها غير مقدرة الوقوع، أي ألا يكون المتعاقد قد تصوّر إمكانية حدوث الحادث عند إبرام العقد الإداري، فعلى سبيل المثال، في حالة ارتفاع منسوب النهر بصورة مفاجئة بسبب الأمطار الغزيرة، مما ألحق ضررا بالمعدات التي وضعها المتعهد قريبا من النهر، يعتبر حدثا غير مرتقب، ويشكل بالتالي قوة القاهرة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص. ص. (20، 21).

<sup>2</sup> سليم قديان، المرجع السابق، ص. 356.

<sup>3</sup> علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص. 28.

وعليه، فإن شرط عدم التوقع في القوة القاهرة، هو أمر نسبي يتغير تبعاً للظروف الزمانية والمكانية التي حدث فيها، إذ أنه قد يكون غير متوقع في منطقة ما، يعتبر من الظواهر اليومية المتكررة في منطقة أخرى، كما هو الحال عليه بالنسبة للزلازل في اليابان. لهذا قرّر مجلس الدولة الفرنسي، أن الحادث غير المتوقع، هو الحادث الذي لا يمكن مواجهته بشكل معقول من قبل المتعاقد في الفترة التي تعاقد فيها<sup>1</sup>. كما أن القاضي اشترط عدم توقع الحادث في القرار الذي أصدره، والذي سبق أن تطرقنا إليه سابقاً.

### 3. أن يكون مستحيل الدفع وأن يؤدي الحادث إلى استحالة التنفيذ

نقصد بأن يكون مستحيل الدفع، أي أن يكون الحدث أمراً لا يمكن تفادي وقوعه أو تجنبه مع ارتباط هذا الشرط باستحالة التنفيذ، أي أن يؤدي إلى الاستحالة المطلقة<sup>2</sup>. وعليه، وبمفهوم المخالفة، فإن أمكن المتعامل المتعاقد دفع الحادث حتى لو استحال توقعه ففي هذه الحالة لا تطبق نظرية القوة القاهرة، لأنه يجب أن يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد بصفة مطلقة.

إن شرط استحالة التنفيذ، هو الفارق بين نظرية القوة القاهرة والنظريات الأخرى، لأن المتعامل المتعاقد في نظرية الظروف الطارئة ونظرية فعل الأمير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ملزم بالاستمرار في التنفيذ رغم الظروف التي اعترضته.

### المطلب الثاني: التزام الإدارة بتعويض المتعامل المتعاقد معها

من الالتزامات الملقاة على عاتق الإدارة اتجاه المتعامل المتعاقد معها، هو تعويضه في حال إخلالها ببنود الصفقة أو عند تعسفها في استعمال السلطات الممنوحة لها، كما أن الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي تصيبه من دون خطأ صدر عنها.

<sup>1</sup> سليم قديان، المرجع السابق، ص. ص. (357، 358).

<sup>2</sup> علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص. ص. (35، 36).

وعليه، فإن مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها، قد تتعدى على أساس الخطأ أو من دونه.

### الفرع الأول: مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها على أساس الخطأ

إن المصلحة المتعاقدة ملزمة باحترام بنود الصفقة، وباستعمال السلطات الاستثنائية المقررة لها في حدود ما يسمح به القانون، لأن أي إخلال منها ببنود الصفقة أو سوء استعمال لسلطاتها يشكل خطأ عقدياً يوجب مسؤوليتها عن تعويض المتعاقد معها.

وعليه فإن الخطأ العقدي الموجب للتعويض، يأخذ صورتين<sup>1</sup>:

- إخلال المصلحة المتعاقدة بأحد الالتزامات التعاقدية، كالامتناع عن دفع التسبيقات المالية، أو الامتناع عن دفع المقابل المالي المستحق الأداء... الخ.

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها في قضية (والي تيزي وزو) ضد السيد (م. م) والمتعلقة بإبرام صفقة إنجاز خزان الماء بين السيد مدير الري والسيد (م. م)، والتي قضت بـ: "أن الأمر يتعلق بدين نقدي مستحق الأداء (إنجاز المشروع من طرف صاحب الأشغال)، فالامتناع عن الدفع تعسفاً من طرف والي ولاية تيزي وزو، يجعل طلب التعويض مؤسسا، وبما أن قضاة المجلس لماً قضا بدفع مبلغ التعويض المستحق من طرف والي ولاية تيزي وزو مقابل إنجاز المشروع المذكور، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون الصحيح"<sup>2</sup>.

وعليه، فإن رئيس الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، فصل في القضية بتعويض الطرف المتعاقد مع مديرية الري، نتيجة امتناعها عن دفع المقابل المالي المستحق الأداء، مقابل قيامه بالترامه وهو إنجاز المشروع، فالإدارة هنا قامت بالامتناع عن القيام بالتزامها اتجاه المقاول، وهذا يعتبر خطأ عقدياً يترتب عليه تعويض.

- تعسف المصلحة المتعاقدة عند ممارستها للسلطات الاستثنائية، التي منحها لها القانون كتعديل الصفقة دون مراعاة الشروط والضوابط القانونية في ذلك، وتوقيعها لجزاءات تعسفية وغير مبررة.

<sup>1</sup> عادل بوعمران، المرجع السابق، ص. 205.

<sup>2</sup> أنظر القرار رقم 124356، الصادر في 1997/07/06، قضية (والي تيزي وزو) ضد (م. م)، المجلة القضائية العدد 01، 1998، ص. 179، نقلا عن المرجع:

- جمال سايس، المرجع السابق، ص. 782.

### الفرع الثاني: مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها دون خطأ

في هذه الحالة تقوم مسؤولية الإدارة في تعويض المتعامل المتعاقد معها استنادا للأشغال الإضافية التي قام بها المتعامل المتعاقد (أولا)، أو في إطار ضمان التوازن المالي للصفقة أو تفويض المرفق العام (ثانيا).

#### أولا: التعويض على أساس الأشغال الإضافية

يقتصر تنفيذ العقد من جانب المتعاقد عما هو متفق عليه مع الإدارة، فإذا أحل بهذا الالتزام سيؤدي حتما إلى تحمّل نتيجة هذا الإخلال، لكن قد تتطلب طبيعة التعاقد، أن يقوم المتعاقد بأعمال إضافية غير متفق عليها في العقد، ودون أن تطلبها منه الإدارة المتعاقدة معه، وإنما تقتضيها اعتبارات الضرورة ومصصلحة الإدارة المتعاقدة، أو طبيعة الأعمال المتفق عليها في العقد، مما يترتب على المتعامل تحميل نفسه أعباء وتكاليف إضافية.

يقصد بالأعمال الإضافية، تلك الأعمال التي يقوم بها المتعامل المتعاقد دون أن تتضمنها نصوص العقد أو تطلبها منه الإدارة، وتظهر هذه الحالة أكثر في عقد الأشغال العامة<sup>1</sup>. على هذا الأساس، سيتم دراسة حق المتعامل المتعاقد في التعويض عن الأشغال الإضافية الضرورية (أولا)، وحقه في التعويض عن الأشغال المفيدة (ثانيا).

#### 1. التعويض بسبب الأشغال الإضافية الضرورية

عرّف الفقه، الأعمال الإضافية الضرورية، على أنها: "هي تلك الأعمال التي لم ينص عليها العقد، وتبين من التنفيذ أنها ضرورية لأجل تنفيذ المشروع، ويتحدّد مقابل تلك الأعمال على أساس السعر المتفق عليه في العقد الأصلي"<sup>2</sup>.

كما عرّفها مجلس الدولة الفرنسي، بأنها: "تلك الأعمال المنقّذة من جانب المتعاقد بصورة تلقائية ودون أمر من الإدارة، متى كانت أعمالا حتمية، ولا غنى عنها لحسن تنفيذ العقد من الناحية الفنية"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سليم قديان، المرجع السابق، ص. 254.

<sup>2</sup> فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص. 325.

<sup>3</sup> سليم قنديل، المرجع السابق، ص. 255.



من خلال هذين التعريفين، نجد أن هذه الأشغال تتطلب صفة الضرورة، دون تحديد أو ضبط معيار معين للضرورة والحتمية، لاعتبار الأعمال من قبيل الأعمال الضرورية أم لا، وبالتالي يترك الأمر للقاضي لتقدير صفة الضرورة في الأعمال، التي تصدر من المتعامل المتعاقد، ودون طلب من الإدارة المتعاقدة معه، للحكم بالتعويض من عدمه.

وعليه، فالمصلحة المتعاقدة يتوجب عليها تعويض المتعامل المتعاقد، في حالة ما إذا قام بإنجاز أشغال إضافية غير منصوص عليها في بنود الصفقة، إلا أنها ضرورية ولازمة لحسن تنفيذ الصفقة، ولا يتوقف حق المتعامل المتعاقد في التعويض على موافقة المصلحة المتعاقدة، بل يمكنه اللجوء إلى القضاء<sup>1</sup>.

على هذا الأساس، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي برفض الحكم بالتعويض، في قضية "كاناري"، استنادا إلى أن الأعمال التي قامت بها الشركة الكيميائية للطرق والمشروعات العامة، لم تكن حتمية ولازمة لحسن تنفيذ الأعمال في نطاق توقعات العقد<sup>2</sup>.

تجد فكرة الأشغال الإضافية مجالها القانوني في الملحق، الذي خصص له المشرع جملة من الأحكام القانونية الواردة في المواد من 135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والمادتين 58، 59 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، والتي سبق لنا تناولها في عنصر سلطة الإدارة في التعديل عن طريق الملحق، حيث أنه يبرم باتفاق إرادتي الطرفين المتعاقدين، بهدف تعديل بند أو أكثر

<sup>1</sup> عادل بو عمران، المرجع السابق، ص. 206.

<sup>2</sup> وقائع القضية: " قامت بلدية كاناري بإبرام عقد أشغال عامة جزافي مع الشركة الكيميائية للطرق والمشروعات العامة، وتعهدت بمقتضاه الشركة بإصلاح جزء من شبكة الطرق الإقليمية، إلا أن الشركة قد نفذت أعمال إصلاح لجزء آخر من هذا الطريق خارج إطار المقابلة، ودون إبرام عقد جديد مع البلدية، ثم تقدمت الشركة للبلدية بفاتورة بقيمة الأعمال الإضافية، التي تم تنفيذها، فرفضت البلدية، وتم رفع المنازعة للمحكمة الإدارية بمدينة "نيس"، والتي قضت بإلزام البلدية بدفع قيمة الأشغال الإضافية، التي قامت بها الشركة الطاعنة، تأسيسا على قاعدة الإثراء بلا سبب، حيث آثرت البلدية دون سبب على حساب المقاول، فاستأنفت البلدية الحكم أمام مجلس الدولة الفرنسي، والذي قضى بإبطال حكم المحكمة الإدارية استنادا إلى أن تلك الأعمال لم تكن حتمية ولازمة لحسن تنفيذ الأعمال في نطاق توقعات العقد". -أنظر: فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص. ص. (327، 328).

من بنود الصفقة أو تفويض المرفق العام، أو إضافة أعمال جديدة أو تكميلية غير موجودة في الصفقة أو اتفاقية التفويض الأصلية.

فيما يخص مسألة تعويض المتعامل المتعاقد عن الأعمال الإضافية الضرورية، قضى مجلس الدولة الجزائري بأحقية المقاول في الحصول على التعويض على قيمة الأعمال الإضافية والضرورية اللازمة لحسن تنفيذ الصفقة، حسب السعر المتفق عليه لإنجاز الأشغال الأصلية، حتى وإن لم يتلق أي أمر بإنجاز هذه الأشغال من طرف صاحب المشروع، ولا من طرف صاحب المبنى<sup>1</sup>. إذ أن مجلس الدولة قضى بالحكم للتعويض، حتى ولو أن المتعامل المتعاقد لم يتلق أي أمر بإنجاز هذه الأشغال، متى كانت الأشغال الإضافية الضرورية لازمة لحسن تنفيذ الصفقة، لكن عند الرجوع لنص المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، نجد أن هناك تناقض بين ما قضى به مجلس الدولة، وبين ما ألزمه المشرع من شرط حتى يستفيد من التعويض عن الأشغال الإضافية حيث أنه ربط القيام بالأشغال الإضافية أو التكميلية بضرورة أن تطلب هذه الأعمال إجبارياً بأمر بالخدمة<sup>2</sup>.

## 2. التعويض بسبب الأشغال المفيدة

يقصد بالأعمال المفيدة، تلك الأعمال التي لا تستلزمها ضرورة ملحة، ولكن تنفيذها يعود على الإدارة بفائدة لا شك فيها، فهي أعمال ليست لازمة بالضرورة لتنفيذ العقد الأصلي، ولم تطلبها الإدارة منه، إلا أن تنفيذها يحقق فائدة للإدارة، مثال ذلك، كأن يقيم حائط أو أسوار لحماية الموقع من الرياح<sup>3</sup>.

أما عن تشابه فكرة الأعمال المفيدة بالأعمال الضرورية، تتجلى في أن المتعاقد يقوم في كل منهما بأعمال ليست مدرجة في بنود العقد، ويختلفان في أن الأعمال الإضافية الضرورية حتى وإن

<sup>1</sup> أنظر القرار رقم 22350، الصادر في 2005/07/12، قضية (ق.ع. ب) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2005، ص.92.

<sup>2</sup> أنظر المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

<sup>3</sup> فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص.338.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

كانت تعود بالنفع للإدارة، إلا أنها تتطلب ضرورة ملحة لتنفيذ هذه الأعمال، على خلاف الأعمال الإضافية المفيدة، التي لا تستوجب وجود ضرورة ملحة<sup>1</sup>.

كما أنهما يختلفان من حيث قيمة التعويض، إذ أن التعويض في الأشغال الإضافية الضرورية يتمثل في ثمن إضافي يغطي جميع الأشغال الضرورية التي قام بها المتعاقد، وينطبق عليها السعر الأولي للصفقة، أما الأشغال الإضافية المفيدة، فإنه في حالة عدم إمكانية مراعاة الأسعار الأولية للصفقة، يؤخذ بعين الاعتبار الأشغال الأكثر تشابهاً أو اتخاذ الأسعار الجارية المتداولة<sup>2</sup>.

وعليه، في حالة ما إذا قام المتعامل المتعاقد بإنجاز أشغال إضافية غير ضرورية، ولكنها مفيدة لتنفيذ الصفقة على الوجه المطلوب منه، فله الحق في أن يطلب التعويض من خلال القضاء استناداً لنظرية الإثراء بلا سبب<sup>3</sup>، بشرط موافقة المصلحة المتعاقدة بذلك صراحة أو ضمناً<sup>4</sup>، وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني.

في نفس السياق، قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 11 جوان 1943 على أن: "الأعمال التي ليست ضرورية لتنفيذ العمل الأصلي، ولكنها مفيدة للإدارة تكون ذات طبيعة غير تعاقدية، فلا يجوز فرضها على المتعاقد، وعليه إذا قام المتعاقد بتنفيذها، فيجب أن يعرض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب".

أما في الجزائر، نجد أن المشرع تطرق إلى الأشغال الإضافية والتكميلية، من خلال تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتناولها كذلك في دفتر الشروط الإدارية العامة، وفي المرسوم التنفيذي رقم 219/21، إلا أنه لم يميز بين الأشغال الإضافية الضرورية، والأشغال الإضافية المفيدة، وعلى هذا نجد أن المشرع منح للمتعامل المتعاقد حق التعويض عن الأشغال الإضافية الضرورية.

<sup>1</sup> سليم قديان، المرجع السابق، ص. 259.

<sup>2</sup> أنظر المادة 01/34 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

<sup>3</sup> نص المشرع في المادة 141 من القانون رقم 58/75 (المعدل والمتمم)، على أن: "كل من نال على حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها، يلزم بالتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استعاد من العمل أو الشيء"، المصدر السابق.

<sup>4</sup> عادل بوعمران، المرجع السابق، ص. 207.

بعدما تطرقنا إلى تقرير مسؤولية الإدارة في تعويض المتعامل المتعاقد معها، سواء بدون خطأ أو عن خطأ، سنتناول التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي على أساس النظريات التي سبق وتناولنا مفهومها وشروط تطبيقها.

### ثانياً: التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري

تقوم فكرة التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، على الاستناد على النظريات التي تناولنا أحكامها سابقاً، والتي تتمثل في نظرية فعل الأمير، نظرية الظروف الطارئة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وأخيراً نظرية القوة القاهرة.

#### 1. التعويض على أساس نظرية فعل الأمير

متى توافرت الشروط السابقة لإعمال نظرية فعل الأمير، فإنه يحق للمتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض الكامل عن الخسائر التي تكبدها، وعن الأرباح التي فاتته<sup>1</sup>.

بالرجوع للمرسوم التنفيذي رقم 219/21، نجد أن المشرع أجاز إمكانية تعويض المقاول مع حفظ التناسب الكلي عن الضرر الذي ألحق به، في حالة وجود خسائر أو تلف أو أضرار في الورشة بسبب القوة القاهرة، لكن بشرط أن يثبت المقاول، أنه اتخذ كافة التدابير التي تمنع دون تأثر أو تضرر التموينات والعتاد وتجهيزات الورشة والمنشآت قيد البناء، من جراء العواصف والسيول وغيرها من الظواهر الطبيعية التي يمكن عادة توقعها، وأن يقوم المقاول بتبليغ الإدارة المتعاقدة معه كتابياً بالوقائع التي تحول دون تنفيذ التزاماته<sup>2</sup>.

إضافة لذلك، يمكن للمتعامل المتعاقد المطالبة بإنهاء الرابطة العقدية، في حالة استحالة تنفيذ العقد الإداري.

هذا ما تمّ التأكيد عليه في المرسوم التنفيذي رقم 219/21، حيث أن المشرع منح للمقاول وللمصلحة المتعاقدة، في حالة استمرار القوة القاهرة، إمكانية فسخ الصفقة العمومية للأشغال<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص.212.

<sup>2</sup> أنظر المواد: 01/111، 02/112، 03/112 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 03/111 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

## 2. التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة

من الآثار المترتبة على إعمال نظرية الظروف الطارئة، هو استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم الظرف الطارئ، والذي يقابله التزام الإدارة المتعاقدة معه بتحمل جزء من الخسارة فقط، التي ترتبت عن هذا الظرف، ويكون ذلك بتقديم الإدارة للمتعامل المتعاقد إعانة مالية في حدود مواجهة هذا الظرف، وضمان استمراره في التنفيذ والحفاظ على استمرارية سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

## 3. التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يترتب على استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، رغم الصعوبات المادية التي واجهته، التزام الإدارة بالتعويض الكامل للمتعامل المتعاقد، نتيجة تحمله للأضرار في مواجهة هذه الصعوبات التي طرأت على تنفيذ العقد، وهو ما ورد في المرسوم التنفيذي رقم 219/21 على أن للمتعامل المتعاقد الذي تعرّض إلى صعوبات مادية، التعويض الكامل على إثر الصعوبات المادية غير المتوقعة التي طرأت على تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال<sup>1</sup>.

## 4. التعويض على أساس نظرية القوة القاهرة

وفقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني، فإن من الآثار التي تترتب على تطبيق نظرية القوة القاهرة، هي إعفاء المتعامل المتعاقد من الالتزامات التعاقدية لاستحالة تنفيذها. وعليه، يترتب على تطبيق نظرية القوة القاهرة، تعويض المتعامل المتعاقد عن الخسائر والتكاليف التي تكبدها، دون أن يشمل التعويض عما فاتته من كسب.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض في قضية *La commune de Staffelfelden*، حيث أن العقد الذي كان مبرما بين البلدية وشركة تزويد المياه أضحى مستحيلا بعد أن أصبحت المياه الجوفية غير صالحة للاستعمال بسبب التلوث الذي كان سببه المصنع الكيميائي، مما أدى إلى ارتفاع التكلفة بثلاث أضعاف السعر المتفق عليه، وبعد أن رفضت البلدية تعديل العقد، قضى مجلس الدولة بفسخ العقد، وحكم بالتعويض لفائدة الشركة المتعاقدة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 04/108 من المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المصدر السابق.

<sup>2</sup> سليم قديان، المرجع السابق، ص.368.

مما سبق، يتّضح أن الهدف من التعويض على أساس التوازن المالي للصفقة العمومية أو تفويض المرفق العام، هو ضمان حماية المتعامل المتعاقد من مختلف المخاطر التي قد تطرأ عليه أثناء التنفيذ، سواء كانت مخاطر إدارية أو طبيعية أو اقتصادية أو مادية، وعلى هذا الأساس، نجد أن المشرع تبنى فكرة التوازن المالي في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث نجده قد ألزم المصلحة المتعاقدة على ضرورة إجراء تسوية ودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، قبل اللجوء إلى القضاء.

### المبحث الثالث: التسوية الودية والقضائية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

إن مبدأ التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام من شأنه حلّ النزاع بالطرق الودية، وفي أسرع وقت، قبل اللجوء إلى القضاء نظرا لإجراءاته الطويلة والمعقدة.

على هذا الأساس، كرس المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والمرسوم التنفيذي رقم 199/18 لمبدأ التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، سواء عن طريق البحث عن حل ودي بين طرفي الصفقة أو تفويض المرفق العام، أو عن طريق اللجوء إلى لجان التسوية الودية المختصة بمنازعات التنفيذ المبرمة بين المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين. كما أنه نص في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على لجوء المصلحة المتعاقدة لهيئة تحكيم دولية في إطار التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية المبرمة بين المتعاملين الأجانب، لكن قد يفشل المتعاقد في تسوية نزاعاته مع الإدارة المتعاقد معها بالطريق الودي، وبالتالي له أن يلجأ إلى القضاء.

وعليه، سنتناول في هذه الدراسة التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى التحكيم الدولي كآلية للتسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة بين المتعاملين الأجانب (المطلب الثاني) وأخيرا نتناول التسوية القضائية (المطلب الثالث).

## المطلب الأول: التسوية الودية كآلية لحل النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام المبرمة بين متعاملين اقتصاديين جزائريين

تعتبر التسوية الودية آلية ذات أهمية كبيرة في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، لما تهدف إليه من إيجاد حلول ودية لمنازعات التنفيذ، بأسرع وقت وبأقل تكلفة، لضمان استمرار إنجاز المشاريع وعدم تعطّلها، وكذا تجنب اللجوء إلى الجهات القضائية كمرحلة أولية.

لذلك نجد أن المشرع، خصّها بجملة من الأحكام في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 والمرسوم التنفيذي رقم 199/18، من خلال إلزام المصلحة المتعاقدة أولاً بالتفاوض مع المتعامل المتعاقد معها والعمل على السعي في البحث عن الحل الودي لهذه النزاعات، بحيث فرض عليها إدراج شرط اللجوء إلى التسوية الودية للنزاع ضمن بنود دفتر الشروط.

على هذا الأساس، سنتناول ضوابط التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام (الفرع الأول)، واللجنة المختصة بالتسوية الودية للنزاعات الناتجة عن التنفيذ (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: ضوابط التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بمحاولة إيجاد حل ودي للنزاعات، التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية، ووضع جملة من الضوابط والشروط، وذلك من خلال نص المادة 02/153 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والتي سنوردها تباعاً.

#### أولاً: احترام المصلحة المتعاقدة للتشريع والتنظيم المعمول بهما

ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة باحترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما، وألا تخالفهما، وعليه فكل تسوية ودية مخالفة لهذه الأحكام، تعد باطلة ولا ترتّب أي أثر بالنسبة للأطراف<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عادل قرانة، فارس بوحديد، " مبدأ التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، المجلد 15، العدد 02، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة 2021، ص. ص. (601 602).

### ثانيا: إيجاد التوازن في تحمّل التكاليف بين الطرفين

قد تظهر أو تستجد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية أو تفويض المرفق العام، بعض الظروف التي تجعل من تنفيذ الالتزامات أمرا صعبا، ولهذا، يجب على الإدارة أن تأخذ بعين الاعتبار الظروف التي استجدت، وتعمل على إعادة التوازن للتكاليف المالية، التي ترتبت على كل طرف في الصفقة، لذا نجد أن المشرّع مكن المصلحة المتعاقدة من إبرام ملاحق للصفقة، التي تعتبر كآلية للتسوية الودية للنزاع<sup>1</sup>.

### ثالثا: التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة

أعطى المشرّع لعامل الزمن والسرعة أهمية كبرى في مجال التسوية الودية للنزاعات، التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة، لأنه كلما تم التوصل إلى حل ودي، كلما كان ذلك أحسن لزمن تنفيذ موضوع الصفقة، وهذا يعود بالفائدة على المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، وكذا المنتفعين منها<sup>2</sup>.

### رابعا: البحث عن تسوية نهائية في أقرب وقت وبأقل تكلفة

لكي لا يتسبب النزاع الناتج عن التنفيذ في عرقلة استمرارية تنفيذ الصفقة، فرض المشرّع على المصلحة المتعاقدة في البحث عن حل ودي في أسرع وقت، لضمان مواصلة العمل وتنفيذ موضوع الصفقة في آجالها المحددة في الصفقة<sup>3</sup>.

بعد مراعاة المصلحة المتعاقدة لجملة الشروط، التي فرضها المشرّع في إطار بحثها عن الحل الودي للنزاع، فإذا لم يتم اتفاق الطرفين على حل ودي، وفشل المصالحة والتفاوض المباشر ألزم المشرّع الطرفين باللجوء إلى اللجنة الودية المختصة لتسوية النزاعات<sup>4</sup>، لمواصلة البحث عن حل ودي لتسوية النزاع القائم بين الطرفين.

<sup>1</sup> محمد بودالي، رقية برياي، " التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 03، العدد 05، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت، جوان 2018، ص.147.

<sup>2</sup> عادل قرانة، فارس بوحديد، المرجع السابق، ص.608.

<sup>3</sup> حنان خمليشي، المنازعات المتعلقة بصفقات الأشغال، أطروحة دكتوراه علوم، فرع: التجريم في الصفقات العمومية تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي ليايس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2020/2019، ص.194.

<sup>4</sup> أنظر المادة 03/153 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.



### الفرع الثاني: اللجنة المختصة بالتسوية الودية للنزاعات

لم يكثف المشرع بإجراء التفاوض المباشر والمصالحة للوصول إلى حل ودي للنزاع القائم بين الطرفين، بل نصّ على ضرورة عرض النزاع على اللجنة المختصة بالتسوية الودية للنزاع والتي تتمثل في لجنة التسوية الودية على مستوى الوزارة والهيئة العمومية ولجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الولاية، حيث سنتناول تشكيلة كل منهما ومهامهما، والإجراءات المتبعة أمام هذه اللجان.

#### أولاً: تشكيلة اللجان المختصة بالتسوية الودية للنزاعات

اعتمد المشرع على تبني قاعدة تعدّد لجان التسوية الودية للنزاعات، وهو بذلك اعتمد على نفس الطريقة المعتمدة في إعداد لجان الفصل في إجراء المنح المؤقت، وقد اعتمد في ذلك على المعيار العضوي<sup>1</sup>.

#### 1. تشكيلة اللجان المختصة بالتسوية الودية للنزاعات في مجال الصفقات العمومية

حسب المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، نجد أن المشرع حدّد نوعين من لجان التسوية الودية، وهما:

- لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية.
- لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية.

#### 1.1 تشكيلة لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية

تتشكل هذه اللجنة من:

- ممثل عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية رئيساً.
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع.
- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة.

<sup>1</sup> سعاد بن سريّة، الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص: إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2018/2019، ص.18.

يتم تعيين أعضاء اللجنة بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، ويتم اختيارهم على أساس كفاءتهم في الميدان المعني، كما أن رئيس اللجنة يعين مقررًا من ضمن أعضاء اللجنة، وتوضع أمانة اللجنة لدى رئيس اللجنة.

### 2.1 تشكيلة لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية

تتشكل هذه اللجنة من:

- ممثل عن الوالي رئيسًا.
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع.
- ممثل عن المحاسب العمومي المكلف.

يتم تعيين أعضاء اللجنة بموجب مقرر من الوالي، ويتم اختيارهم على أساس كفاءتهم في الميدان المعني، كما أن رئيس اللجنة يعين مقررًا من ضمن أعضاء اللجنة، وتوضع أمانة اللجنة لدى رئيس اللجنة<sup>1</sup>.

### 2. تشكيلة اللجان المختصة بالتسوية الودية للنزاعات في مجال تفويض المرفق العام

نص المشرع في المادة 71 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، على التزام كل مسؤول عن السلطات المفوضة المنصوص عليها في المادة 04 منه، والمتمثلة في البلدية والولاية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها<sup>2</sup>، بإنشاء لجنة للتسوية الودية مهمتها هي دراسة النزاعات الناجمة عن تنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام وتسويتها.

### 1.2 تشكيلة لجنة التسوية الودية على مستوى الولاية

تتشكل هذه اللجنة من:

- ممثل عن الوالي المختص إقليميًا.
- ممثل عن السلطة المفوضة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية.

- ممثل عن المديرية الولائية للأماك الوطنية.

## 2.2 تشكيلة لجنة التسوية الودية على مستوى البلدية

تتشكل هذه اللجنة من:

- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي رئيسا.

- ممثل عن السلطة المفوضة.

- ممثل عن المصالح غير الممركزة للأماك الوطنية.

- ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية<sup>1</sup>.

## 3.2 تشكيلة لجنة التسوية الودية بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، فإن اللجنة المكلفة بالمنازعات التي تثار بينها وبين المفوض لها، تتكفل بها لجنة التسوية الودية للنزاعات، التي تنشأ لدى السلطات التي تمارس الوصاية لها، سواء لجنة التسوية الودية للنزاعات المنشأة على مستوى البلدية أو تلك المنشأة على مستوى الولاية<sup>2</sup>.

يتم اختيار أعضاء لجنة التسوية الودية للنزاعات، من بين الموظفين غير المعنيين بإجراء إبرام ومراقبة وتنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام، ويتم تعيين أعضاء اللجنة لكفاءاتهم، بموجب مقرر من مسؤول السلطة المعنية، ويمكن للجنة أن تستعين على سبيل الاستشارة، بكل شخص يمكنه بحكم كفاءته أن ينيها في أشغالها، كما أنه يعين رئيس اللجنة مقررًا من ضمن أعضاء اللجنة<sup>3</sup>.

## ثانيا: صلاحيات اللجان المختصة بالتسوية الودية للنزاعات

إن اختصاص لجنة التسوية الودية المختصة للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام المبرمة بين المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين<sup>4</sup>، دون المتعاقدين الأجانب حيث

<sup>1</sup> أنظر المادة 71 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>2</sup> السعيد سليمان، " التسوية الودية للنزاعات في مجال تفويض المرفق العام المحلي"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية المجلد 06، العدد 01، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، جوان 2021، ص.135.

<sup>3</sup> أنظر المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 01/154 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

تختص لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية نوعياً، في دراسة منازعات تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة من طرف الإدارة المركزية، والمتمثلة في رئاسة الجمهورية والوزارة الأولى والوزارات وأيضاً في جميع المصالح الخارجية التابعة لها، والمتمثلة في المديرية التنفيذية على مستوى الولايات وتختص أيضاً، هذه اللجنة في دراسة نزاعات الصفقات العمومية المبرمة بين الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها<sup>1</sup>.

أما لجنة التسوية للولاية، فتختص نوعياً بدراسة نزاعات تنفيذ الصفقات العمومية بالنسبة للولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة<sup>2</sup>.

### ثانياً: الإجراءات المتبعة أمام لجان التسوية الودية للنزاعات

وضع المشرع جملة من الإجراءات الواجب اتباعها أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات وتفويض المرفق العام، في حالة عدم اتفاق الطرفين ودياً.

#### 1. الإجراءات المتبعة أمام لجان التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية

حسب نص المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، نجد أن المشرع وضع جملة من الإجراءات أمام هذه اللجان، بحيث يتم عرض النزاع على لجنة التسوية الودية للنزاع المختصة، من المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة، بحيث يرسل الشاكي إلى أمانة اللجنة تقريراً مفصلاً حول النزاع مرفقاً بالوثائق الثبوتية، عن طريق البريد برسالة موصى عليها مع وصل استلام، كما يمكن إيداعه مباشرة لدى أمانة اللجنة المختصة.

يقوم رئيس اللجنة بدعوة الجهة الشاكية، برسالة موصى عليها مع وصل استلام لإعطاء رأيها في النزاع، ويجب عليها أن تبلغ رأيها لرئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام خلال أجل أقصاه 10 أيام من تاريخ مراسلتها، وفي هذه النقطة نلاحظ أنه من المفروض أن الطرف المشتكى منه هو الذي يتم دعوته لإبداء رأيه في النزاع، وليس الشاكي، لأن هذا الأخير هو من بادر بإرسال

<sup>1</sup> عبد الحق غلاب، " التسوية الودية لمنزاعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد 04، المركز الجامعي، تندوف، جوان 2018، ص.104.

<sup>2</sup> أنظر المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

تقريراً مفصلاً حول النزاع إلى أمانة اللجنة، لأن ترجمة النص بالفرنسية<sup>1</sup>، له معنى مخالف لما استعمل في النص باللغة العربية، حيث أن المشرع نص في المادة 03/155 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أن: " تدعى الجهة الشاكية من طرف رئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام..."<sup>2</sup>.

كما حدّد المشرع للجنة التسوية أجل 30 يوماً، ابتداءً من تاريخ جواب الطرف الخصم لدراسة النزاع.

يمكن للجنة التسوية الودية للنزاعات الاستماع لطرفي النزاع، ولها أن تطلب منهما إبلاغها بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها.

يؤخذ برأي لجنة التسوية الودية للنزاعات بأغلبية أصوات أعضائها، وفي حال تعادل الأصوات يرجح صوت الرئيس.

كما أنه، يتم تبليغ رأي لجنة التسوية الودية لطرفي النزاع، برسالة موصى عليها مع وصل استلام، وتقوم بإرسال نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ما نلاحظه، هو أن المشرع، لم يبين الهدف من تلقي سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لنسخة من رأي لجنة التسوية الودية للنزاعات، هل باعتبارها جهة رقابية أم لمجرد إعلامها به فقط؟، خاصة أن المشرع منح لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، اختصاص الحكم والبت في المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة المبرمة مع المتعامل المتعاقد الأجنبي، دون المتعامل المتعاقد الوطني.

تقوم المصلحة المتعاقدة بتبليغ قرارها في رأي لجنة التسوية الودية للمتعامل المتعاقد، في أجل أقصاه 08 أيام، ابتداءً من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل استلام، وتعلم اللجنة بذلك<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Article 155/03 du Décret présidentiel n°15/247 : " **La partie adverse est invitée par le président du comité** par lettre recommandée avec accusé de réception à donner son avis sur le litige", op.cit.

<sup>2</sup> أنظر المادة 03/155 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 07/155 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

ما نلاحظه، هو أن الرأي الذي تتخذه اللجنة غير ملزم للمصلحة المتعاقدة، فلها أن توافق أو ترفض، ونفس الشيء بالنسبة للمتعاقد المتعاقد، الذي يمكنه اللجوء إلى القضاء وعليه، فما هي الجدوى من إنشاء لجان التسوية الودية للنزاعات تصدر آراء غير ملزمة؟

## 2. الإجراءات المتبعة أمام لجان التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ تفويض المرفق العام

إن تدخل لجان التسوية الودية للنزاعات المختصة، يتوقف على إخطار من طرف السلطة المفوضة أو من قبل المفوض له، وذلك عن طريق تقديم شكوى مصحوبة بتقرير مفصل حول النزاع ويرفق التقرير بكل الوثائق الثبوتية ذات الصلة بموضوع النزاع<sup>1</sup>.

يعدّ مجال الإخطار واسعاً، إذ يشمل كل النزاعات التي تثور أثناء مرحلة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، وقد نصّ المشرع على إمكانية المفوض له أن يحتج على قرار فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات، في أجل لا يتعدى 10 أيام، ابتداء من تاريخ استلام قرار فسخ الاتفاقية الذي بلغ به<sup>2</sup>.

ما نلاحظه، هو أن المشرع لم يحدّد في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، آجال الطعن أمام هذه اللجنة إلا في حالة واحدة تتعلق بقرار الفسخ.

كما أنه لم يتمّ التطرّق إلى حالة عدم عرض النزاع على لجنة التسوية الودية المختصة للنزاعات الناتجة عن تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، وتمّ اللجوء مباشرة إلى القضاء، فهل يقبل القاضي الدعوى على أساس أن الإجراء اختياري، أم يرفض الدعوى شكلاً لعدم احترام الإجراء القانوني الأولي؟

قد تقوم الإدارة بإبرام صفقات عمومية مع متعاملين اقتصاديين أجنبى، في إطار تنمية الاقتصاد الوطني، والاستفادة من الإمكانيات والخبرات الأجنبية، لكن قد يطرأ أثناء تنفيذ الصفقات العمومية نزاعات قد تؤدي إلى عرقلة تنفيذها، وما يمكن أن ينجّر عنه من نتائج، الأطراف في غنى عنها، لذا حرص المشرع على وضع آلية لحل هذه النزاعات بعيداً عن القضاء، وذلك باللجوء إلى التحكيم.

<sup>1</sup> أنظر المادة 73 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 63 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المصدر السابق.

## المطلب الثاني: إجراء التحكيم كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية المبرمة بين متعاملين اقتصاديين أجنب

يعد التحكيم نظاما قانونيا لحل النزاعات في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري حيث أن المشرع نص عليه لأول مرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأكد عليه كذلك في المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

لهذا، وجدت الجزائر نفسها مجبرة على إدراج التحكيم كنظام لتسوية منازعات الصفقات العمومية، وذلك على اعتبار أن المتعامل المتعاقد الأجنبي، لا يثق إلا في التحكيم الدولي ويشترط إدراجه في الصفقة المبرمة مع الدولة، خوفا من انحياز قضائها الرسمي لها في حالة وجود نزاع قائم بينهما وكذلك جهله في الغالب بقواعد القانون الداخلي لها<sup>1</sup>.

يجدر بنا الإشارة، على أن اقتصار الدراسة حول التحكيم في مجال الصفقات العمومية دون عقود تفويض المرفق العام، وذلك راجع إلى أن المرسوم التنفيذي رقم 199/18، لا يسمح للمتعاملين الاقتصاديين الأجانب المشاركة في الطلب على المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام فالمفوض له يجب أن يكون خاضعا للقانون الجزائري، وهذا حسب ما جاءت به المادة 04 والمادة 05 منه<sup>2</sup>.

لدراسة هذا النظام القانوني لما له من أهمية في مجال الصفقات العمومية، سنتطرق إلى مفهوم التحكيم (الفرع الأول)، نطاق التحكيم (الفرع الثاني)، وإجراءاته (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: مفهوم التحكيم في مجال الصفقات العمومية

تبنى المشرع نظام التحكيم ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون رقم 09/08 المعدل والمتمم)، في الكتاب الخامس منه، الذي خصصه لتنظيم الطرق البديلة لحل النزاعات، وقد

<sup>1</sup> رقية برباوي، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.150.

<sup>2</sup> نصت المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، على أن: "... أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي عام أو خاص خاضع للقانون الجزائري، يدعي في صلب النص " المفوض له"، بموجب اتفاقية تفويض"، المصدر السابق.

- نصت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، على أن: "يمكن تفويض المرفق العام المنشأة أو المسير من قبل عدة أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام في إطار تجمع"، المصدر السابق.

تناول التحكيم في المواد من 975 إلى 977 منه في القضايا الإدارية، وكما تناوله في المواد من 1006 إلى 1061 والذي نص على التحكيم في الصفقات العمومية دون تمييز بين الصفقات الوطنية أو الدولية.

كما أن المشرع نظم التحكيم، لأول مرة في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، في المادة 153 منه، وحصره في الصفقات العمومية المبرمة مع المتعامل الأجنبي.

من أجل الإلمام بمفهوم التحكيم، لابدّ من التطرّق لتعريفه (أولاً)، وخصائص التحكيم (ثانياً).

### أولاً: تعريف التحكيم<sup>1</sup> في مجال الصفقات العمومية

إن مفهوم التحكيم في مجال الصفقات العمومية، لا يختلف كثيراً عن مفهومه في المجالات الأخرى، نظراً لخصوصية التحكيم في هذا المجال.

من أجل الإحاطة بمفهوم التحكيم في مجال الصفقات العمومية، لابدّ من التطرّق لتعريف التحكيم الداخلي في هذا المجال، وتعريف التحكيم الدولي في مجال الصفقات العمومية.

### 1. تعريف التحكيم الداخلي في مجال الصفقات العمومية

حسب المادتين 1007 و 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون رقم 09/08 المعدل والمتمم)، نجد أن المشرع عرّف التحكيم سواء كان شرطاً أو اتفاقاً.

<sup>1</sup> عرّف الأستاذ محمد بجاوي التحكيم، على أنه: "نظام عدالة خاصة، من خلالها ينتزع النزاع من اختصاص المحاكم العادية ليعهد لأشخاص خواص يختارون مبدئياً من قبل الأطراف أو بمساعدتهم".

كما عرّفه فقهاء آخرون، على أنه: "تقنية يقصد بها إيجاد حل للنزاع القائم بين شخصين أو أكثر، بواسطة محكم أو أشخاص محكمين غير أطراف النزاع، الذين يستمدون سلطاتهم من الاتفاق المبرم بين الأطراف المذكورين دون أن يكونوا معينين من طرف الدولة".

كذلك عرّف التحكيم، على أنه: "نظام تسوية المنازعات، يخول بمقتضاه أطراف النزاع مهمة الفصل إلى محكمين يختارونهم بمحض إرادتهم بدلاً من الطريق القضائي"،

أنظر: - صليحة بن عودة، "تفعيل دور التحكيم كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية"، مجلة أكاديميا العدد 04، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2016 ص.300.

- مليكة موساوي، "التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 09، المركز الجامعي، تمنراست، الجزائر، سبتمبر 2015، ص.219.



إذ عرّف شرط التحكيم، على أنه: " هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متّصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"<sup>1</sup>.  
أمّا اتفاق التحكيم، فقد عرّفه المشرع، على أنه: " الاتفاق الذي يقبل الأطراف عرض نزاع سبق ظهوره على التحكيم"<sup>2</sup>.

بإسقاط تعريف كل من شرط التحكيم والاتفاق في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على مجال الصفقات العمومية، يمكن تعريفهما على النحو التالي:

- شرط التحكيم في الصفقة العمومية، هو الاتفاق الذي تلتزم بموجبه المصلحة المتعاقدة، المحددة بموجب نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15<sup>3</sup>، والمتعامل الاقتصادي معها في صفقة عمومية متّصلة بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم) لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذه الصفقة على التحكيم.

- شرط الاتفاق في الصفقة العمومية، هو الاتفاق الذي يقبل أطراف الصفقة العمومية بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم.

من خلال التعريف الوارد فيما يخص شرطي التحكيم والاتفاق، نلاحظ الفرق بينهما من خلال أن شرط التحكيم يوضع في الصفقة قبل وقوع النزاع، بينما اتفاق التحكيم يلجأ إليه بعد نشوء النزاع.

<sup>1</sup> أنظر المادة 1007 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 1011 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> نصت المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن: " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة.

- الجماعات الإقليمية.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية"، المصدر السابق.

## 2. تعريف التحكيم الدولي في مجال الصفقات العمومية

حسب المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون رقم 09/08 المعدل والمتمم)، يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل<sup>1</sup>.

هذا التعريف يطبق على الصفقات العمومية، استناداً لما تضمنته المادة 1006، والتي أجازت للأشخاص المعنوية العامة طلب التحكيم، إلا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الشكل، إذا كانت مكتوبة، أما من حيث الموضوع تكون صحيحة إذا استجابت للشروط التي يضعها القانون الذي اتفق عليه الأطراف أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يكون ملائماً من طرف المحكم.

كما أنه لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة التحكيم، بسبب صحة العقد الأصلي<sup>2</sup>، وهذا يدل على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

بعدما تطرقنا إلى تعريف التحكيم في مجال الصفقات العمومية، سنعرّج على خصائص التحكيم.

### ثانياً: خصائص التحكيم في مجال الصفقات العمومية

لا تختلف الخصائص التي يتمتع بها التحكيم في مجال الصفقات العمومية، عن خصائص التحكيم بصفة عامة، والتي سنوردها كالاتي.

#### 1. سرعة الفصل في المنازعات المعروضة

إن السرعة في تسوية المنازعات من أهم الخصائص التي يتمتع بها التحكيم، والتي تميّزه عن القضاء، الذي يتسم بالبطء وكثرة الإجراءات وطولها، والتي لا يترتب عليها إلا تعطيل مصالح الأطراف المتنازعة، فالسرعة التي تميّز التحكيم، تجعله يحفظ مصالح الأطراف، خاصة في مجال

<sup>1</sup> أنظر المادة 1039 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 1040 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

الصفقات العمومية، إذ أنه يرجع بالفائدة على المصلحة المتعاقدة، وعلى المتعامل المتعاقد معها على السواء<sup>1</sup>.

## 2. قلة القيود الشكلية في إجراءات التحكيم

يكفي في حالة النزاع، إبداء الأطراف لرغبتهم في اللجوء إلى التحكيم، دون وجوب اتباع أي شكلية أو رسمية لرفع القضية أمام الهيئة المكلفة بالتحكيم، دون المرور بمختلف القيود والإجراءات الشكلية للتقاضي<sup>2</sup>.

## 3. الطبيعة الاختيارية لحكم التحكيم

الأصل في التحكيم هو أنه ذو طبيعة اختيارية، إذ أن لإرادة الأطراف كامل الحرية في قبول اللجوء إلى التحكيم أو رفضه، كما هو الشأن في منازعات الصفقات العمومية، كما أن لهم كذلك الحرية في اختيار هيئة المحكمين، الأمر الذي يحقق لهم الطمأنينة، لاسيما وأن اختيار هيئة التحكيم عادة ما يكون من ذوي الخبرة والكفاءة<sup>3</sup>.

## 4. سرية التحكيم

يتميز التحكيم في الصفقات العمومية بالسرية، حيث أصبح مطلب المتعاقدين لحل النزاعات الناشئة بينهم هذه السرية، التي لا نجدها في المحاكم الوطنية، فأحكام القضاء يجب أن تكون علنية أما أحكام التحكيم لا تنشر إلا بموافقة الأطراف على ذلك، كما أن حضور جلسات التحكيم تقتصر على أطراف النزاع ومحاميهم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> رشيد شمشيم، محمد لمين مجرالي، " التحكيم كضمان قانوني لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية في مجال الصفقات العمومية"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 05، جامعة يحيى فارس، المدينة، جوان 2018 ص.48.

<sup>2</sup> محمد لمين مجرالي، " التحكيم في منازعات الصفقات العمومية كضمان قانوني لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 13، جامعة الحاج لخضر، باتنة 01، جويلية 2018، ص.808.

<sup>3</sup> سليم قديان، المرجع السابق، ص.178.

<sup>4</sup> صليحة بن عودة، المرجع السابق، ص.304.

إضافة لذلك، فالمحكمة التحكيمية لا تستعين بكاتب للجلسة، إلا إذا وافق الأطراف على ذلك كما أنها تضمن للأطراف عدم إفشاء الأسرار المهنية، وتحافظ على المركز المالي للأطراف وسمعتهم التجارية والاقتصادية والمالية<sup>1</sup>.

إن التحكيم كنظام قانوني، وكأحد الطرق البديلة لتسوية النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، يحكمه نطاق أو مجال محدد الذي يجوز التحكيم فيه، فما هو نطاق التحكيم في مجال الصفقات العمومية، خاصة في ظل تضارب وتعارض في نصوص بعض المواد، فيما يخص الأشخاص المعنوية العامة التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم؟

#### الفرع الثاني: نطاق التحكيم في مجال الصفقات العمومية

يتحدد نطاق التحكيم في مجال الصفقات العمومية، من خلال تحديد طبيعة المنازعات الصفقات العمومية التي يجوز التحكيم فيها (أولاً)، وكذلك من حيث الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية (ثانياً).

#### أولاً: طبيعة المنازعات الصفقات العمومية التي يجوز التحكيم فيها

حسب المادة 01/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون رقم 09/08 المعدل والمتمم)، يجوز اللجوء إلى التحكيم سواء كان متعلقاً بالصفقات العمومية أو لا، على المنازعات التي تتعلق بالحقوق المالية فقط، أي الحقوق التي يكون للشخص الطبيعي أو المعنوي مطلق الحرية للتصرف فيها<sup>2</sup>.

وعليه، يتم استبعاد بعض المنازعات الصفقات العمومية، والتي تتمثل في:

- المنازعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية.
- المنازعات التي تتعلق بمشروعية أعمال الإدارة العامة، كدعوى الإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بالصفقة العمومية، مهما كان نوعها.

<sup>1</sup> رشيد شمشم، محمد لمين مجرالي، المرجع السابق، ص.49.

<sup>2</sup> أنظر المادة 01/1006 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

هذا يعني أن دعوى الإلغاء تتعلق بحماية المشروعية في حد ذاتها، ولا تتعلق بإرادة الأطراف كما هو الحال عليه في التحكيم، على أساس أن هذا الأخير يراعي حرية الأطراف في اختيارهم للجوء إلى التحكيم أم لا.

- المنازعات التي تنشأ في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، والتي لا تتعلق بالالتزامات المالية بين أطراف الصفقة العمومية<sup>1</sup>، بمفهوم المخالفة يجوز اللجوء إلى التحكيم في حالة منازعات الصفقات العمومية التي تنطوي تحت منازعات القضاء الكامل، والتي معظمها تتعلق بمخالفة الالتزامات التعاقدية المالية، على سبيل المثال الدعاوى المتعلقة بالحصول على المستحقات المالية الواجبة الأداء كالمقابل المالي والتسبيقات وفوائد التأخير... الخ، وكذلك المنازعات التي تتعلق بالتعويض عن الأشغال الإضافية والتكميلية... وغيرها.

- يستبعد من التحكيم أيضا، المنازعات المتعلقة بالنظام العام، وحالة الأشخاص وأهليتهم<sup>2</sup>.

يتضح أن المشرع، استبعد صراحة النزاعات المتعلقة بالنظام العام، وحالة الأشخاص وأهليتهم من المسائل التي يجوز فيها التحكيم، كما أنه يستشف من نص المادة 153 الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، أن المشرع سمح للمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى التحكيم في حالة النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية، وبالتالي يتم استبعاد المنازعات الناشئة عن إبرام الصفقات العمومية بمفهوم المخالفة.

### ثانيا: الأشخاص الذين يجوز لهم اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية

قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون رقم 09/08 المعدل والمتمم)، كان المشرع يحظر الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم، لحسم منازعاتها في مجال الصفقات العمومية، وذلك بموجب المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية (الأمر رقم 154/66)<sup>3</sup>، والتي جاء فيها: " لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

<sup>1</sup> نادية ضريفي، " التحكيم في مجال الصفقات العمومية في ظل القانون الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، المركز الجامعي مرسلبي عبد الله، تيبازة، 2020، ص. ص. (487 486).

<sup>2</sup> أنظر المادة 02/1006 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية (الملغى)، الجريدة الرسمية العدد 47، الصادرة في 09 جوان 1966.

لكن بصدور المرسوم التشريعي رقم 09/93<sup>1</sup>، والذي عدّل الأمر رقم 154/66، من خلال إلغائه للفقرة الثالثة من المادة 442، السالف ذكرها، ونص في مادته الأولى الفقرة الثانية، على أنه: "... ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام، أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

بصدور القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، نصّ المشرع على جوازية اللجوء إلى التحكيم للأشخاص المعنوية العامة في مجال الصفقات العمومية، وذلك في المادتين 975 و1006 من نفس القانون، وكذلك في الفقرة الأخيرة من المادة 153، والتي أجاز فيها المشرع للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، المبرمة مع المتعاملين الأجانب.

بالرجوع لنص المادة 975، والتي تحيلنا إلى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قبل التعديل، إذ أن الأشخاص المعنوية العامة كانت تقتصر فقط على الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، ولكن بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون رقم 13/22<sup>2</sup>، فإنه وسّع من دائرة الأشخاص المعنوية العامة إضافة إلى الأشخاص المذكورين سابقاً في المادة 800، تمّ إضافة الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية والتي يجوز لهم اللجوء إلى التحكيم كذلك في حالة وجود نزاع أثناء التنفيذ.

المادة 1006 من نفس القانون، والتي لم تحدد الأشخاص المعنوية (ذكرت الأشخاص المعنوية على إطلاقها)، على خلاف المادة 800 المعدلة بموجب القانون رقم 13/22، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما سبق وأن وضعنا ذلك.

وعليه وبمفهوم المخالفة، أن المؤسسات العمومية المتخصصة كالمؤسسات ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، لا يمكنها اللجوء إلى التحكيم بمفهوم المادة 975 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم).

<sup>1</sup> المرسوم التشريعي رقم 09/93، المؤرخ في 25 أبريل 1993، المتضمن تعديل الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 27، الصادرة في 27 أبريل 1993.

<sup>2</sup> أنظر المادة 800 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

بالرجوع كذلك للمادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، التي حددت الأشخاص المعنوية

التي تخضع لتنظيم الصفقات العمومية، والتي تتمثل في:

- الدولة.

- الجماعات الإقليمية.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

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

لكن بالرجوع للمادة 975 من نفس القانون، نجدتها كما ذكرنا سابقاً، تحصر الأشخاص المعنوية العامة التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم في الأشخاص المعنوية العامة المذكورين في نص المادة 800 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، والذين تم ذكرهم سابقاً.

إذاً، ما محل المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية هل تستطيع اللجوء إلى التحكيم أم لا؟، خاصة أن المادة 1006 من نفس القانون، قد أشارت إلى الأشخاص المعنوية العامة على إطلاقها.

مما سبق، يتضح أن المشرع لم يوفق في تحديد الأشخاص المعنوية، التي يجوز لها التحكيم في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، نظراً لتضارب واختلاف المواد فيما بعض عند مقارنتها (المواد 800، 975، 1006 من القانون رقم 09/08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم)، والمادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مما شكّل الاعتماد على المعيار العضوي، إشكالاً بالنسبة لتحديد نطاق التحكيم بالنظر إلى الأشخاص الذين يجوز لهم اللجوء إلى التحكيم، وعليه، لا بدّ على المشرع أن يتدارك ذلك في التعديلات اللاحقة.

### الفرع الثالث: إجراءات التحكيم الدولي في مجال الصفقات العمومية

يأخذ أسلوب التحكيم صورة اتفاقية تكون بين طرفي النزاع، وذلك قبل أو بعد نشوء النزاع ومنه تنشأ الخصومة التحكيمية، حيث تتشكل هيئة التحكيم التي تقوم بتسيير الإجراءات التحكيمية وتنتهي هذه الهيئة بإصدار حكم يفصل في النزاع المطروح من طرف محكم أو محكمين.

من أجل الإلمام بالموضوع، لابدّ من التطرق إلى إجراءات التحكيم الداخلي (أولا) وإجراءات التحكيم الدولي (ثانيا).

### أولا: إجراءات التحكيم الداخلي

نص المشرع على إجراءات التحكيم الداخلي في المواد من 1006 إلى 1038 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، وكما أنه اشترط كذلك على أطراف النزاع من أجل اللجوء إلى التحكيم أن تتجه إرادتهم إلى ذلك، وهذا وفق صورتين تجرى وفقا لهما الخصومة التحكيمية، وهما شرطا التحكيم واتفاق التحكيم، وقاما بإدراجهما ضمن اتفاقيات التحكيم<sup>1</sup>.

#### 1. الخصومة التحكيمية

تطبّق على الخصومة التحكيمية، الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك<sup>2</sup>.

فيما يخصّ أعمال التحقيق والمحاضر، فإنها تتجز من قبل جميع المحكمين، إلا إذا أجاز اتفاق التحكيم سلطة نذب أحدهم للقيام بها، وكما أنه يشترط عليهم المشرّع عدم جواز تخليهم عن مهمة التحكيم، في حالة ما إذا بدأوا فيها، إلا إذا ظهر سبب الردّ بعد تعيينهم<sup>3</sup>.

كما أنه، في حالة إذا ما تم الطعن بالتزوير مدنيا في ورقة أو حصل عارض جنائي، يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سير أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة<sup>4</sup>.

بالإضافة إلى ما سبق، يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته، قبل انقضاء أجل التحكيم بـ15 يوما على الأقل، وإلا فصل المحكّم بناء على ما قدّم إليه خلال هذا الأجل، ويفصل المحكّمون وفقا لقواعد القانون<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادتين 1007 و1011 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 1019 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 1020 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 1021 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>5</sup> أنظر المادتين 1022 و1023 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.



قد ينتهي التحكيم، بأحد الطرق التالية:

- وفاة أحد المحكّمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرّر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكّم أو المحكّمين الباقين.
- انتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشتترط المدة، فبعد انتهاء مدة 04 أشهر.
- فقد الشئ موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع عليه.
- وفاة أحد أطراف العقد.

## 2- أحكام التحكيم

يجب أن يتضمن حكم التحكيم، على البيانات التالية:

- اسم ولقب المحكّم أو المحكّمين.
- تاريخ صدور الحكم.
- مكان إصداره.
- أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم، وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.
- أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الحاجة<sup>1</sup>.

يقوم المحكّمين بإصدار أحكام التحكيم بعد مداوات سرية، بأغلبية الأصوات، وتكون حائزة لحجية الشئ المقضي فيه بمجرد صدورها<sup>2</sup>.

كما توقّع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكّمين، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع، يشير بقية المحكّمين إلى ذلك، ويرتّب الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات، التي تشوبه طبقاً للأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتحوز أحكام التحكيم حجية الشئ المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 1028 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادتين 1025 و1026 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادتين 1029 و1030 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

### 3- طرق الطعن في التحكيم

تعتبر أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة، غير أنها تكون قابلة للاستئناف خلال أجل شهر من تاريخ النطق بها، ويتم الاستئناف أمام المجلس القضائي، الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم ما لم يتم تنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم.

كما تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف، وحدها قابلة للطعن بالنقض، طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>.

### 4- تنفيذ أحكام التحكيم

يمهر حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية، بأمر من رئيس المحكمة المختصة، ويكون الحكم قابلاً للتنفيذ، ولا يحتج بأحكام التحكيم اتجاه الغير<sup>2</sup>.

كما أنه لرئيس أمناء الضبط، أن يسلم نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها<sup>3</sup>.

### ثانياً: إجراءات التحكيم الدولي

قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي، أورد المشرع الجزائري جملة من الضوابط، والتي تتمثل في إدراج التحكيم في الصيغة العمومية الدولية، بناء على اقتراح من طرف الوزير المعني وموافقة الحكومة عليه<sup>4</sup> إلا أنه بالمقابل، لم يوضّح المشرع في حالة عدم حصول المصلحة المتعاقدة على موافقة الحكومة من اللجوء إلى التحكيم أو لا.

إنّ الحكمة التي ابتغاها المشرع من إدراج هذا الشرط، هو ارتباط هذه العقود بالمال العام إضافة إلى ذلك خطورة اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية، وما يمكن أن ينجر عنه من استبعاد تطبيق القانون الوطني، والالتجاء لهيئة التحكيم عوضاً عن القضاء<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المواد 1032 و1033 و1034 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 1037 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 1036 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 153 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>5</sup> رقية بريوي، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.154.

كما اشترط المشرع على عرض النزاع على سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فيما يخص تسوية النزاعات بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب باعتبارها هيئة وطنية لتسوية النزاعات، لكنه لم يحدد متى يتم اللجوء إلى هذه الهيئة، لأن المشرع لم يحدد اختصاصها بصورة دقيقة، اقتصر فقط على أنها تتولى البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب<sup>1</sup>.

وعليه، هل اختصاصها يشمل كل المنازعات المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب، فيتم اللجوء إليها قبل عرض النزاع على أية جهة أخرى، أم أنها تختص فقط بتلك المنازعات التي لم يتم الاتفاق على إخضاعها للتحكيم الدولي، خاصة، في ظل عدم صدور المرسوم التنفيذي المحدد لتنظيم وكيفية سير سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام؟

### 1- تعيين المحكمين

يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع لنظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وعزلهم أو استبدالهم، وفي حالة غياب التعيين أو في حالة صعوبته أو العزل أو الاستبدال على الطرف الذي يهمله التعجيل، أن يقوم بالإجراءات التالية:

- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجرى في الجزائر.
- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجرى في الخارج، واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر<sup>2</sup>.

في حالة لم يتم تحديد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 1041 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 1042 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## 2- الخصومة التحكيمية

يمكن أن تضبط اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا إلى نظام التحكيم، كما يمكن أن تخضع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات، الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

في حالة لم تنص على الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم<sup>1</sup>.

تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع، كما أنها تفصل في اختصاصها بحكم أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع<sup>2</sup>.

إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة أو إذا تبين له وجود اتفاقية، على أن تثار من أحد الأطراف يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع<sup>3</sup>.

كما يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية، بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

إذا لم يرق الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبّق في هذا الشأن، قانون بلد القاضي.

كما يمكن لمحكمة التحكيم أو القاضي، أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير<sup>4</sup>.

إضافة إلى ذلك، تقوم محكمة التحكيم البحث عن الأدلة، وإذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكّمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى جاز للأطراف الاتفاق مع هيئة التحكيم، أو للطرف الذي يهّمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف

<sup>1</sup> أنظر المادة 1043 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 1044 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 1045 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 1046 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبّق في هذا الشأن قانون بلد القاضي<sup>1</sup>.

كما يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق الأطراف أو أحكام جزئية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وتفصل محكمة التحكيم في النزاع، عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة<sup>2</sup>.

### 3- تنفيذ أحكام التحكيم الدولي

حسب المادة 1054 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، فإن تنفيذ أحكام التحكيم الدولي تطبق عليها المواد من 1035 إلى 1038، والتي تتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي. يكون الحكم الصادر من محكمة التحكيم قابلاً للتنفيذ، بعد الاعتراف به من رئيس المحكمة المختصة، التي أصدرت هذه الأحكام في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ، إذا وجد مقر محكمة التحكيم بالخارج<sup>3</sup>.

### 4- طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي

يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، موضوع طعن بالبطلان في حالات محددة على سبيل الحصر في المادة 1056 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم). نصت المادة 1056 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، على هذه الحالات، وهي

كالآتي:

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية التحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدتها.
- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين محكم مخالف للقانون.
- تم الفصل من طرف المحكمة، بما يخالف المهمة المسندة إليها.
- إذا لم يتم مراعاة مبدأ الوجاهية.
- إذا لم تسبب المحكمة لحكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

<sup>1</sup> أنظر المادتين 1047 و1048 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادتين 1049 و1050 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادة 02/1051 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

- مخالفة حكم التحكيم لنظام التحكيم الدولي<sup>1</sup>.

يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، في أجل شهر ابتداء من التبليغ الرسمي للأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم<sup>2</sup>.

كما أن المشرع، أشار إلى أن الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي غير قابل للبطلان إلا أن الطعن في بطلان حكم التحكيم، والذي يرفع أمام المجلس القضائي الذي صدر هذا الحكم في دائرة اختصاصه، والذي يترتب عليه بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه، ولا يقبل الطعن بعد شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ<sup>3</sup>.

إضافة لذلك، فإن الطعن ببطلان حكم التحكيم، يترتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ متى فصلت فيه المحكمة الإدارية طبعاً، أما في حالة عدم فصلها، فإنها تتخلى عنه في حالة الطعن بالبطلان<sup>4</sup>.

يترتب على الطعن بالبطلان، إما أن يبطل حكم التحكيم، ويعتبر كأن لم يكن، أو يرفض الطعن فيمنح القرار التحكيمي الصيغة التنفيذية.

• أما فيما يخص أحكام التحكيم الصادر خارج الجزائر، فيطعن فيها عن طريق الاستئناف غير المباشر، وهو طريق يوجه ضد الأمر القضائي، الذي يرفض الاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي، كما يوجه ضد الأمر القاضي بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، هذا ويكون الاستئناف بناء على الحالات الواردة في المادة 1056 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المذكورة سابقاً<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادتين 1055 و1056 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 1059 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر المادتين 1059 و1060 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر المادة 02/1058 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>5</sup> عبد الحق غلاب، التحكيم في الصفقات العمومية وفقاً للتشريع الجزائري- في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2017، ص.142.

إن الطعن في أحكام التحكيم له أثر موقف التنفيذ، وتكون القرارات الصادرة بشأنها قابلة للطعن بالنقض<sup>1</sup>، على الرغم من أن المشرع لم يبين جهة الطعن بالنقض، مما جعلنا نتساءل عن الجهة التي يؤول لها الطعن بالنقض في الأحكام التي طعن فيها بالاستئناف أمام مجلس الدولة؟

نموذج عن حكم تحكيمي تم الطعن فيه أمام مجلس الدولة، قضى: "مجلس الدولة في قضية ولاية سوق أهراس ممثلة بالوالي ضد شركة نيكاس المجرية لتجارة منتوجات الصناعات الثقيلة والذي يتعلق بإبرام صفقة عمومية لإنجاز 1700 مسكنا بولاية سوق أهراس، فقام الوالي باستئناف الحكم التحكيمي الصادر عن المحكمة التحكيمية، والقاضي بقبول طلب التحكيم، وإلزام المدعى عليها ولاية سوق أهراس بدفع غرامات التأخير، الناجمة عن حذف الأشغال التكميلية، وفوائد التأخير، حيث أن مجلس الدولة فصل في الموضوع ببطلان الحكم التحكيمي، وذلك على أساس:

- أن اللجوء إلى التحكيم، لم يتم بمبادرة من والي ولاية سوق أهراس، بل بطلب من خصمها، وهو مخالف لما جاءت به المادة 976 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)<sup>2</sup>، التي نصت على أنه عندما يكون التحكيم متعلقا بالإدارة، فيتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير أو الوزراء المعنيين أو من الوالي.

- أن الحكم المطعون فيه، هو حكم تحكيمي دولي صادر في الجزائر، لأن أحد أطرافه أجنبيا<sup>3</sup> وليس كما ادعت به المستأنفة عليها.

<sup>1</sup> أنظر المادة 1061 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> نصت المادة 976 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، على أن: " أحكام التحكيم المنصوص عليها بهذا القانون تطبق أمام القضاء الإداري، وإذا تعلق التحكيم بالدولة يكون اللجوء إليه بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين، وإذا خص الأمر لولاية أو البلدية، يكون بمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، وإذا تعلق بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يكون بمبادرة من ممثلها القانوني أو من ممثل السلطة الوصية لها"، المصدر السابق.

<sup>3</sup> أنظر القرار رقم 118846، المؤرخ في 07 ديسمبر 2017، قضية ولاية سوق أهراس ضد شركة نيكاس المجرية لتجارة منتوجات الصناعات الثقيلة، أنظر الموقع الإلكتروني: [https://www.conseildetat.dz] ، تاريخ الاطلاع: 2020/12/10.

### ثالثا: أثر التحكيم على خصائص الصفقات العمومية

إن إجازة المشرع للتحكيم كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية، يؤثر على مركز الإدارة وامتيازاتها، نتيجة حرية أطراف المنازعة في اختيار القانون الإجرائي والموضوعي الواجب التطبيق واختيار هيئة التحكيم، إذ أنه قد يتفق الأطراف إلى تطبيق قانون أجنبي، لا يراعي طبيعة الصفقات العمومية، على اعتبار أنها عقودا إدارية، أو أنه لا يفرق بينها وبين العقود الخاصة، كما أن اتفاقية التحكيم قد تؤثر على الصفة ومركز الإدارة فيها، متى طبق قانون لا يعترف بامتيازات الإدارة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها أو العكس<sup>1</sup>.

لهذا حرص المشرع في المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على ضرورة أن تشير كل صفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما، وهذا دليل على عدم إمكانية استبعاد المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في التطبيق، متى تم الاتفاق عليه من قبل أطراف المنازعة، كما أن المشرع كذلك فصل في مسألة الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة التحكيمية<sup>2</sup>.

إذا كان التحكيم طريقة من الطرق البديلة التي استحدثها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون رقم 09/08 المعدل والمتمم)، واعترف بها صراحة لحل النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، حيث كرست هذه الطريقة كذلك في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، كآلية لحل النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة بين المتعاملين الأجانب، من خلال فسخ لإرادة الأطراف لتنظيم التحكيم الدولي، إلا أنه لم يحظ بمعالجة قانونية كافية أو حتى مستقلة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من خلال الأشخاص المعنية بالتحكيم أو موضوعه أو حتى من الجانب الإجرائي.

وعليه، في حالة ما إذا فشلت وعجزت طرق التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، يتم اللجوء إلى التسوية القضائية.

<sup>1</sup> عبد الحق غلاب، التحكيم في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. ص. (152).

<sup>2</sup> أنظر المادة 1043 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.



### المطلب الثالث: التسوية القضائية للمنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية

في حالة فشل وعجز طرق التسوية الودية للمنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية يتم بالضرورة اللجوء إلى القضاء لفض النزاعات، حيث أن المشرع أتاح إمكانية اللجوء لمختلف الجهات القضائية لتسوية النزاعات في مادة الصفقات العمومية.

كما أنّ الدعاوى المرفوعة في مجال الصفقات العمومية، لا تقتصر على دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل، فقد أدخل المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 (المعدل والمتمم) دعوى الاستعجال في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية (الاستعجال قبل التعاقدية)، في المادتين 946، 947 من نفس القانون، ولكن هذه الدعوى الاستعجالية تتعلق بالمنازعات الناتجة عن إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

يجدر بنا الإشارة على أن منازعات الصفقات العمومية، هي من اختصاص القضاء الإداري سواء فيما تعلق بإعدادها وتكوينها وكذا تنفيذها، ولكن ما يعنينا في الدراسة هي المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية.

إضافة إلى ما سبق، فإن المشرع لم يتطرق بصريح العبارة في المرسوم التنفيذي رقم 199/18 يتعلق بتفويض المرفق العام، إلى رقابة القاضي الإداري (سواء قاضي الموضوع أو القاضي الاستعجالي)، لا على مستوى إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، ولا على مستوى تنفيذها.

على هذا الأساس، سنتطرق إلى إجراءات التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية أمام القاضي الاستعجالي (الفرع الأول)، إجراءات التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية أمام القاضي الإداري (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: إجراءات التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية أمام القاضي الاستعجالي**

وضع المشرع تحت تصرف الأطراف المتنازعة نوعاً آخر من إجراءات الخصومة الإدارية تلبية الحاجة الملحة لهم، والتي لا يمكن للإجراءات العادية تلبيتها، وهذا ما يطلق عليه بالتدابير الاستعجالية، والتي تهدف إلى مواجهة المنازعات التي تتطلب السرعة، ولا تتحمل التأخير حماية للحقوق والمراكز القانونية للأطراف المتنازعة.

على هذا الأساس، سنتناول شروط رفع الدعوى الاستعجالية بصفة عامة (أولاً)، ثم نتناول سلطات القاضي الإداري الاستعجالي في مادة التسبيق المالي (ثانياً).

### أولاً: شروط رفع الدعوى الاستعجالية

يمكن تقسيم شروط رفع الدعوى الاستعجالية إلى شروط عامة، وشروط خاصة، والتي سنتناولها تباعاً.

#### 1- الشروط العامة لرفع الدعوى الاستعجالية

نص المشرع على شروط عامة ومشاركة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا بد من توافرها حتى ينعقد الاختصاص لقاضي الاستعجال النظر في النزاع المطروح أمامه، والتي تتمثل في الصفة، المصلحة، الأهلية، شرط التمثيل القانوني بمحام.

##### 1.1 الصفة

حسب المادة 13 من القانون رقم 09/08، يتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية (المعدل والمتمم)، اشترط المشرع توفر شرط الصفة لرفع الدعوى القضائية بصفة عامة<sup>1</sup>، ومن بينها الدعوى الاستعجالية، فالمشرع اعتبر هذا الشرط جوهرى لقبول الدعوى، حيث يترتب على مخالفتها أن تقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى.

##### 2.1 المصلحة

يشترط في المدعي فضلاً عن صفته في التقاضي، أن يكون له مصلحة من وراء رفعه لدعوى استعجالية، واشترط المشرع أن تكون المصلحة قانونية، كما أنه لم يقتصر على المصلحة القائمة لقبول الدعوى، بل وسّع من دائرتها لتشمل المصلحة المحتملة، فالمصلحة القانونية والمشروعة، هي المصلحة التي يقرها القانون، ويجب ألا تكون مخالفة للنظام العام في الدولة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 13 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> حنان عطوي، دور قاضي الاستعجال في منازعات الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه علوم، تخصص: قانون عام كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2020/2019، ص.187.

### 3.1 الأهلية

تعتبر الأهلية شرطاً يخص كل أطرافها من مدعي ومدعى عليه، فهي لا تقتصر طرفاً دون الآخر، وأهلية التقاضي يقصد بها قدرة الشخص على مباشرة الدعوى أمام القضاء، والقيام بجميع الأعمال الإجرائية للخصومة، وهذا ما جاء به المشرع في نص المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون رقم 09/08 المعدل والمتمم)، حيث أنه جعل شرط أهلية الخصوم، إلى جانب شرط التفويض لممثل الشخص المعنوي أو الطبيعي، شرطان لصحة الإجراءات من حيث موضوعها<sup>1</sup>.

#### 4.1 التمثيل القانوني بمحام

يعتبر المحامي مساعد لمرفق القضاء، من خلال ما يقدمه من خدمات لصالح المتقاضي عن طريق تمثيله أمام هذا المرفق والتقاضي باسمه<sup>2</sup>، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 826 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم).

أما بالنسبة لجهة الإدارة فالأصل أنها حرة في التقاضي، فلا يشترط القانون تمثيلها أمام القضاء بمحام، بل يتم تمثيلها عن طريق ممثلها القانوني<sup>3</sup>.

لكن بالرجوع لنص المادة 900 مكرر 01 الفقرة 02، نجد أن المشرع نص على التمثيل الوجوبي بمحام (على الرغم من أن صياغة المادة غير دقيقة، لأنها نصت على أن الخصوم يجب تمثيلهم بمحام والخصوم يعني المدعي والمدعى عليه)، وذلك تحت طائلة عدم قبول العريضة، أما بالنسبة للأشخاص العامة، فقد تم الإحالة إلى نص المادة 827 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، والتي استثنت الأشخاص الواردة في نص المادة 800 منه، من التمثيل بمحام، ونفس الوضع بالنسبة للتقاضي أمام مجلس الدولة، كما أشارت إليه المادة 905 من نفس القانون.

أما الأشخاص الذين استثنتهم المادة 02/800 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم) من التمثيل الوجوبي هم: الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية

<sup>1</sup> أنظر المادة 64 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> فهيمة بلول، " المستجدات الإجرائية في المادة الإدارية -دراسة على ضوء القانون رقم 13/22 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 09/08-"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 07، العدد 04، جامعة زيان عاشور، الجلفة ديسمبر 2002، ص. 506.

<sup>3</sup> أنظر المادة 827 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

أو الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية، حيث أن الجديد الذي جاءت به هذه المادة هو إدراج الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

إضافة إلى الشروط العامة والمشاركة، والتي يجب توافرها في جميع الدعاوى القضائية، ومن بينها الدعوى الاستعجالية، إلا أنه نظرا لخصوصية الدعوى الاستعجالية، فقد وضع الفقه والقضاء شروطا خاصة لا بدّ توافرها لرفع الدعوى الاستعجالية.

## 2- الشروط الخاصة لرفع الدعوى الاستعجالية

لا ينعقد الاختصاص لقاضي الاستعجال في المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية إلا إذا توافرت شروط معينة، والتي تتمثل أساسا في عنصر الاستعجال، وعدم المساس بأصل الحق، والجدية في المنازعة.

### 1.2 شرط الاستعجال

عرّف الفقه الإداري، الاستعجال على أنه: "الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا أو أنه الخطر المباشر الذي لا يكفي في اتقائه رفع الدعوى بالطريق المعتاد حتى مع تقصير المواعيد"<sup>1</sup>.

كما يقصد بالاستعجال، هو "الخطر المحدق المطلوب رفعه بإجراء وقتي، لا تعسف فيه وفق إجراءات التقاضي العادية، ويتحقق ركن الاستعجال إذا استبان لقاضي الأمور المستعجلة، أن الإجراء الوقتي المطلوب منه، هو اتخاذه محافظة على الحق الذي يخشى عليه أمره، لا يحتمل الانتظار حتى يعرض أصل النزاع على قاضي الموضوع"<sup>2</sup>.

يملك القاضي الفاصل في الدعوى الاستعجالية، سلطة تقدير مدى وجود حالة الاستعجال من ظاهر الأوراق، ومن طبيعة الحق ذاته، ومن الظروف المحيطة بالدعوى<sup>3</sup>.

وعلى ذلك، فإن شرط الاستعجال هو الذي يبرر اختصاص القاضي الاستعجالي وقبول الدعوى، وبالتالي في حالة انعدام هذا الشرط، يتم رفض الدعوى طبقا للمادة 924 من القانون رقم

<sup>1</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.146.

<sup>2</sup> كريمة خلف الله، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 01، السنة الجامعية 2012/2013، ص.213.

<sup>3</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.146.

09/08 (المعدل والمتمم)<sup>1</sup>، لعدم الاختصاص النوعي، ولعدم توفر حالة الاستعجال، ويؤول الاختصاص لقاضي الموضوع للفصل في المنازعة.

## 2.2 عدم المساس بأصل الحق

يجد هذا الشرط أساسه القانوني في نص المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون رقم 09/08)، والتي نصت على أن: "قاضي الاستعجال يأمر بالتدابير المؤقتة، ولا ينظر إلى أصل الحق ويفصل في أقرب وقت".

وعليه، فإن المقصود بأصل الحق، الذي يتمتع على القاضي الاستعجالي المساس به هو "السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر، ولا يجوز أن يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتفسير والتأويل، الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني بينهما، كما أنه ليس له أن يغيّر أو يعدّل من مركز أحد الطرفين أو أن يعرض في أسباب حكمه إلى الفصل في موضوع النزاع أو يؤسس قضاءه في الطلب الوقتي على أسباب تمس بأصل الحق"<sup>2</sup>، بمعنى أن القاضي الاستعجالي، لا يجوز له أن يفصل في أصل الحقوق والالتزامات، وإنما يتركها لقضاة الموضوع المختصين وحدهم للفصل فيها.

وقد أقر مجلس الدولة هذا الشرط في قراره، حيث أنه وفي إطار إيصال قنوات صرف المياه القذرة إلى قرية "تالة" من قبل بلدية "شلاطة"، عارض ملاك الأراضي إتمام الأشغال، فرفعت البلدية دعوى أمام القاضي الاستعجالي، طالبت فيها بتوجيه أمر للملاك بعدم التعرض لإتمام الأشغال فصرح قاضي أول درجة بعدم اختصاصه، على اعتبار أن الطلب المستأنف يمس بأصل الحق، ثم تمّ استئناف الحكم أمام مجلس الدولة، فقضى على أنه: "في الحالة التي عليها الدعوى يجب القول أن القاضي الإداري الفاصل في المسائل الاستعجالية غير مختص بالفصل في الدعوى الأصلية للمجلس الشعبي البلدي المستأنف لمساسه بأصل الحق"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نصت المادة 924 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، على أن: "...إذا كان الطلب ليس من اختصاصه يحكم بعدم الاختصاص النوعي"، المصدر السابق.

<sup>2</sup> حسين طاهري، قضاء الاستعجال فقها وقضاء -مدعما بالاجتهاد القضائي المقارن-، (دون طبعة)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص.12.

<sup>3</sup> أنظر القرار رقم 043277، المؤرخ في 12 ديسمبر 2007، قضية بلدية شلاطة ضد ملاك الأراضي، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009، ص.125.

يتضح من قرار مجلس الدولة، أن توجيه أمر للملاك بعدم التعرض لإتمام الأشغال، والذي تم رفضه من قبل القاضي الإداري الاستعجالي، على أساس أنه يمس بأصل الحق، يتناقض مع ما ورد في المادة 946 من القانون رقم 09/08، يتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية (المعدل والمتمم)<sup>1</sup> والتي تمنح للقاضي الإداري الاستعجالي الذي يفصل في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، سلطة توجيه أمر بضرورة الامتثال للالتزامات المتعلقة بقواعد المنافسة والإشهار، مع تحديد أجل لذلك، وكذلك يمكن للقاضي الإداري الاستعجالي أن يحكم بالغرامة التهديدية.

### 3.2 شرط الجدية

لرفع الدعوى الاستعجالية، لا بد أن يكون هنالك احتمال لوجود حق، وهو ما يثبت جدية طلب المدعي، فإن لم يكن الأمر كذلك، وجب على القاضي عدم قبول الدعوى الاستعجالية<sup>2</sup>. وعليه، فإنه يقصد بشرط الجدية، " تلك الأسباب التي يؤسس عليها المدعي دعواه، وتوحي لأول وهلة بإلغاء القرار المطلوب إيقافه"<sup>3</sup>.

تم النص على هذا الشرط في المادة 919 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، حيث أنه إذا تعلق الأمر بقرار إداري، وكان موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي، جاز للقاضي الاستعجال الأمر بوقف تنفيذه، متى كانت ظروف الاستعجال تبرّر ذلك، ومتى ظهر من التحقيق وجود وجه خاص، من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار<sup>4</sup>.

على الرغم، من أن المشرع استحدث في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 (المعدل والمتمم) للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، والتي تعد آلية قانونية تخوّل للقاضي استعمال صلاحياته الممنوحة له قانوناً، بهدف فرض احترام مبدأ المشروعية والحفاظ على التوازن بين متطلبات المصلحة العامة، والحفاظ على حقوق الأفراد في مواجهة الإدارة، خاصة مع حجم الامتيازات الممنوحة لها في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، ولهذا فإنّ هذه الدعوى تعد من الوسائل التي وضعت للمتعاقدین

<sup>1</sup> أنظر المادة 946 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص.147.

<sup>3</sup> حسينة غواس، " دور القاضي الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد التسلسلي 28، جامعة محمد خيضر، بسكرة، نوفمبر 2021، ص.149.

<sup>4</sup> أنظر المادة 919 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

بهدف حماية حقوقهم المهددة، والتي يباشرها القاضي الاستعجالي عند مخالفة قواعد المنافسة والإخلال بالتزامات الإشهار، التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية.

لهذا، مادامت دراستنا تقتصر على التسوية القضائية للمنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، فإننا نستبعد دراسة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، التي نص عليها المشرع في المادتين 946، 947 من القانون رقم 09/08، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية (المعدل والمتمم) حيث تم التطرق إليها سابقا في عنصر فرض الرقابة على مرحلة إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، وعليه سنتناول سلطات القاضي الإداري الاستعجالي في مادة التسبيق المالي.

### ثانيا: سلطات القاضي الإداري الاستعجالي في مادة التسبيق المالي

أحيانا تنثور نزاعات بين الإدارة وبين منفعدي المشاريع بصفة خاصة، والمتعاملين بصفة عامة سواء أثناء مرحلة الإنجاز أو عند الانتهاء منه، خاصة فيما يتعلق بتسديد مستحقات المقاولين فعادة ما تتعاس الإدارة على دفع أموالهم رغم ثبوت الدين، الأمر الذي يؤدي بهم إلى رفع دعوى القضاء الكامل أمام المحاكم الإدارية<sup>1</sup>.

لهذا جعل المشرع المطالبة بالتسبيق المالي من اختصاص القضاء الاستعجالي، وهذا ما جاء به في المواد من 942 إلى 945 من القانون رقم 09/08، يتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية (المعدل والمتمم).

### 1- الشروط الخاصة بالدعوى الاستعجالية في مادة التسبيق المالي

بالرجوع لنص المادة 942 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، نلاحظ أن المشرع قد أخضع هذه الدعوى لشروط معينة، سنتناولها على النحو التالي.

#### 1.1 أن ترفع الدعوى من طرف الدائن

بمعنى أن يكون المدعي دائئا للإدارة، ولإثبات هذه الصفة، لا بد أن يرفق بدعواه جميع المستندات المؤكدة للدين، والمبررة له كالعقد الذي يثبت إسناد المشروع إليه، ومحضر إنجازه وتنفيذه للمشروع واستلام الإدارة له.

<sup>1</sup> موساوي فاطمة، " دور القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، سبتمبر 2018، ص. 267.

## 2.1 وجوب رفع دعوى في الموضوع

لكي يجوز للقاضي الاستعجالي أن يأمر بالتسبيق المالي، لا بد أن يرفع المعني دعوى في الموضوع أمام الجهات التي ينتمي إليها القضاء الاستعجالي، ولا بد أن تكون الغاية من دعوى الموضوع هو الحصول على الحكم بإدانة مالية<sup>1</sup>.

### 3.1 ألا يكون الدين المتنازع فيه بصفة جدية

يقصد بهذا الشرط، ألا يكون الالتزام بالدفع في ذمة الشخص العمومي المدعى عليه ثابتا أو غير متنازع فيه بصفة جدية، وعليه لا يكفي لانقضاء هذا الشرط أن يكون الالتزام منازعا فيه، بل يتعين أن تكون هذه المنازعة جدية<sup>2</sup>.

وعليه، تطبيقا للقواعد العامة، يقع على المدعي في طلب التسبيق المالي، إثبات أن الدين الذي يدّعيه غير منازع فيه بصفة جدية، بينما يقع على المدعى عليه عبء إثبات أن الالتزام بالدفع يستند إليه المدعي تعتريه منازعة جدية.

أما فيما يخص مقدار الدين، فإنه في حالة غياب منازعة حول مقدار الدين، فإن ذلك لا يمنع القاضي من منح التسبيق المالي مع إخضاعه لتقديم الضمان<sup>3</sup>.

في مجال الدفعات على الحساب **les acomptes**، يمكن لصاحب الصفقة في حالة رفض الجهة الإدارية دفعها له، أن يطلب من قاضي الاستعجال منحه تسبيقا عنها، غير أنه في حالة ما إذا ثبت للقاضي من التحقيق، أن المدعي يمكن أن يتعرض إلى عقوبات مالية، نتيجة التأخر في تنفيذ الصفقة، فإنه يقضي برفض طلب التسبيق لقيام منازعة جدية حول وجود الدين<sup>4</sup>.

## 2- الاختصاص القضائي بطلب استعجال التسبيق المالي

انطلاقا من شروط رفع الدعوى الاستعجالية في مادة التسبيق المالي في مجال الصفقات العمومية، والتي من بين شروطها هي وجوب رفع دعوى في الموضوع قبل أن يأمر القاضي

<sup>1</sup> أنظر المادة 942 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> بشير الشريف شمس الدين، " قضاء الاستعجال في مادة التسبيق المالي - مقارنة مقارنة بين القانونين الجزائري والفرنسي -"، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 17، العدد 01، جامعة الشهيد حمدة لخضر، الوادي، 2020، ص. 113.

<sup>3</sup> أنظر المادة 02/942 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>4</sup> بشير الشريف شمس الدين، المرجع السابق، ص. 116.



الاستعجالي بالتسبيق المالي<sup>1</sup>، وبما أن دعوى الموضوع هي دعوى القضاء الكامل، فإن الجهة المختصة نوعياً بنظر هذه الدعوى هي المحكمة الإدارية<sup>2</sup>، وهذا فيما يخص الاختصاص النوعي مهما كانت طبيعة الشخص المعنوي العام (الدولة، البلدية، الولاية المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، الهيئات العمومية الوطنية، المنظمات المهنية الوطنية)، وبالتالي فالمشرع جعلها تدخل ضمن اختصاص المحكمة الإدارية على غرار دعوى القضاء الكامل، والتي أدرجها المشرع ضمن الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية مهما كانت طبيعتها وطبيعة أطرافها.

أما بخصوص الاختصاص الإقليمي للمحكمة الإدارية، فهو يخضع للأحكام المنصوص عليها في المادتين 803 و804 من القانون رقم 09/08، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية (المعدل والمتمم)، والملاحظ أن المشرع لم يلزم المحكمة الإدارية إذا ما عاينت عدم اختصاصها الإقليمي بالطلب بإحالاته إلى المحكمة الإدارية المختصة، مما يؤدي بها أن تقضي بعدم الاختصاص في هذه الحالة، وهذا أمر ينافي مقتضيات حسن إدارة العدالة الإدارية، ومن شأنه إرهاب المتقاضين ماليا وتأخير الفصل في الطلبات<sup>3</sup>.

كما أن اختصاص النظر في الدعوى الاستعجالية الإدارية، ينعقد للتشكيلة القضائية الجماعية المنوط بها الفصل في دعوى الموضوع، وهذا ما جاءت به المادة 917 من القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية (المعدل والمتمم).

### 3- سلطة القاضي في الحكم في طلب استعجال التسبيق المالي

يتمتع القاضي الإداري الاستعجالي بسلطة منح التسبيق أو رفض منحه، كما له سلطة تقييد منح التسبيق بتقديم ضمان.

### 1.3 سلطة منح التسبيق المالي أو رفضه

للقاضي الاستعجالي سلطة منح التسبيق المالي إلى المدعي أو رفضه، بشرط توافر شروطه والتأكد من وجود أو غياب منازعة جدية حول وجود الدين، حسب المادة 942 من القانون رقم 09/08، يتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية (المعدل والمتمم).

<sup>1</sup> أنظر المادة 942 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 801 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>3</sup> بشير الشريف شمس الدين، المرجع السابق، ص.117.

وعليه، إذا ثبت للقاضي من التحقيق أن الدين المدعى به منازع في وجوده بصفة جدية فإنه يرفض طلب المدعي، أما إذا ظهر له أن هذا الدين ثابت، وليس منازعا فيه بصفة جدية، فإنه يمنح له التسبيق المالي.

### 2.3 سلطة القاضي الاستعجالي في تقييد منح التسبيق بتقديم ضمان

حسب المادة 02/942 من القانون رقم 09/08، يتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية (المعدل والمتمم)، نص المشرع على أنه يمكن للقاضي الاستعجالي، أن يخضع دفع التسبيق المالي إلى المدعي لتقديم ضمان، وعليه، يتمتع القاضي بسلطة تقييد منح التسبيق بتقديم الضمان من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأطراف.

إن الهدف من الضمان، هو تأمين المدعى عليه ضد خطر عدم إمكانية استرجاعه مبلغ التسبيق المدفوع أو جزء منه، خاصة في حالة ما إذا فصل قاضي الموضوع، بعدم وجود الدين كله أو جزئه في ذمة المدعى عليه، وكان المدين غير ملئ من الناحية المالية<sup>1</sup>.

#### 4- الطعن في الحكم الصادر في طلب استعجال التسبيق المالي

يجوز الطعن في الأمر الصادر بمنح التسبيق وبرفضه، أمام المحكمة الإدارية للاستئناف خلال أجل 15 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي بالأمر<sup>2</sup>.

كما يجوز لمجلس الدولة عند نظره كجهة استئناف، وللمحكمة الإدارية للاستئناف بمناسبة نظرها كجهة ابتدائية أو في الاستئناف، أن يمنح تسبيقا ماليا إلى الدائن الذي طلب ذلك، شرط عدم وجود منازعة فيه بصفة جدية.

إضافة لذلك، يمكن لهما أن يخضعا دفع هذا التسبيق لتقديم ضمان، وفقا لما جاء به نص المادة 02/944 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المعدل والمتمم).

في ظل تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بموجب القانون رقم 13/22، أجاز المشرع للمحكمة الإدارية للاستئناف أو لمجلس الدولة، على حسب كل حالة، أن يأمران بوقف تنفيذ الأمر

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص.122.

<sup>2</sup> أنظر المادة 943 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

المتضمن منح التسبيق المالي، إذا كان من شأن تنفيذه أن يؤدي إلى نتائج لا يمكن تداركها والأوجه المثارة في التحقيق تبدو جدية<sup>1</sup>.

مما سبق، يمكن الاستفادة من الدعوى الاستعجالية في التسبيق المالي، عند امتناع المتعامل العمومي عن دفع المبالغ المتفق عليها في الصفقة للمتعامل المتعاقد معها، إلا إذا ادّعت الإدارة بوجود نزاع جدي حول أصل المبلغ (الدين).

الفرع الثاني: إجراءات التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية أمام القاضي الإداري (دعاوى القضاء الكامل)

من المتعارف عليه في العمل القضائي والدراسات الفقهية والنصوص التشريعية، أن القضاء الإداري يتمتع بولاية القضاء الكامل، حيث أنه صاحب الاختصاص الأصلي في منازعات العقود الإدارية ومنها الصفقات العمومية، وهو اختصاص شامل ومطلق، يهدف إلى تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التي نشأت عنها، وعليه، فإنه لا يخرج عن سلطة القضاء الكامل إلا القرارات القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية.

كما أن القاضي الإداري، في إطار القضاء الكامل يتمتع بسلطات وصلاحيات واسعة وشاملة لا يتمتع بها القاضي الإداري في دعوى الإلغاء.

على هذا الأساس، سنتطرق إلى قواعد اختصاص القاضي الإداري في منازعات الصفقات العمومية (أولاً)، وصور دعاوى القضاء الكامل المتعلقة بالمنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية (ثانياً).

**أولاً: اختصاص القضاء الكامل في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية**

يملك القاضي الإداري في دعاوى القضاء الكامل، الاختصاص الأصلي بالفصل في منازعات الصفقة العمومية، فهو اختصاص شامل ويمتد اختصاصه بالفصل في جميع الطلبات المتعلقة بالحقوق والالتزامات المتولدة عن الصفقة العمومية، لذلك فهو يتمتع بسلطات واسعة من أجل الفصل في النزاع المطروح أمامه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> انظر المادة 945 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> حنان عطوي، " إشكالات الاختصاص النوعي لمادة الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مجلة آفاق علمية المجلد 11، العدد 02، المركز الجامعي تمارست، 2019، ص. 204.

## 1. الاختصاص النوعي

اعتمد المشرع على المعيار العضوي، كأصل عام في تحديد الاختصاص القضائي، وذلك حسب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، حيث أنه أكد على أن المحاكم الإدارية، هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، حيث أنها تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون، الدولة، الولاية، البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية طرفاً فيها، فالتعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 13/22، أدرج في المادة 02/800 من نفس القانون، كل من الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية ضمن اختصاص المحكمة الإدارية (بعدما كانت اختصاص هذه الهيئات الوطنية يؤول إلى مجلس الدولة ويفصل فيها بصفة ابتدائية نهائية)، إضافة إلى اختصاصها في المنازعات الإدارية، التي تكون طرفاً فيها كل من الدولة، الولاية البلدية، وكذا المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

كما حدّد المشرع في المادة 801 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، طبيعة الدعاوى التي تفصل فيها المحاكم الإدارية (اعتمد على المعيار الموضوعي)، والتي تتمثل في:

• دعاوى الإلغاء للقرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية.

- البلدية.

- المنظمات المهنية الجهوية.

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.

• دعاوى القضاء الكامل.

• القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة.

بعد معرفة الجهة القضائية المختصة نوعياً بالفصل في منازعات الصفقات العمومية بصفة عامة، والمتمثلة في جهة القضاء الإداري كقاعدة عامة، هذا استناداً إلى المعيار العضوي، الذي تبناه المشرع الجزائري ضمن المادة 800 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، إلا أن هذه القاعدة

العامّة تعترّيتها إشكالية قانونية ناتجة عمّا تضمنته المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15

يتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي تظهر فيما يلي:

" لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة.

- الجماعات الإقليمية.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية

ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

تدعى في صلب النص " المصلحة المتعاقدة".

من خلال نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، نلاحظ أن المشرع إضافة

للهيئات الأخرى، أخضع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لتنظيم الصفقات

العمومية من جهة، ومن جهة أخرى، عدم ذكرها في نص المادة 800 من القانون رقم 09/08

(المعدل والمتمم)، والاقتصر فقط على المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، والهيئات العمومية

الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية، وبالتالي عدم اعتبار منازعاتها من ضمن المنازعات الإدارية

وبالتالي فهي من اختصاص القاضي العادي.

لذلك، فعلى الرغم من التعديل الذي شمل نص المادة 800 بموجب القانون رقم 13/22

(المعدل والمتمم للقانون رقم 09/08)، إلا أن هذا التعديل مازال لا يتماشى بما جاءت به المادة 06

من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وهذا يعني أن المحكمة الإدارية ستقضي بعدم اختصاصها في

حال فصلها في منازعة أحد أطرافها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، على اعتبار أن

المحكمة الإدارية هي جهة الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

أما عن موقف القضاء الإداري حول هذه المسألة، فهو غير مستقر، فنجده أحياناً يرفض

الاختصاص بالفصل في المنازعات التي تكون فيها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

طرفاً في النزاع، تمسكاً بالمعيار العضوي، كما هو الحال في قضية الصندوق الوطني للتأمينات

الاجتماعية ضد مؤسسة أشغال البناء، حيث قررت المحكمة العليا، من خلال الغرفة التجارية والبحرية

في قرارها الصادر بتاريخ 06 فيفري 2008، أن الاختصاص النوعي يعود للقضاء العادي للفصل في

المنازعات الناجمة عن صفقة عمومية مبرمة بين شخصين خاضعين للقانون الخاص، استنادا للمعيار العضوي للفصل في النزاع<sup>1</sup>.

أحيانا أخرى، يكون القاضي الإداري مختصا للبت في النزاعات الناشئة عن الصفقات العمومية المبرمة من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي والممولة جزئيا أو كليا من ميزانية الدولة، حتى في غياب أشخاص القانون العام بالنظر إلى مصدر تمويل المشروع وهذا ما جاء في قضية وزير النقل ضد الشركة (ذ. م. م) ومن معها<sup>2</sup>.

في نفس السياق، ما جاء في قرار مجلس الدولة في قضية الشركة ذات الشخص الوحيد "أشغال البناء العمومي" ضد الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره AADL، حيث قضى بأن المنازعة المنصبة على صفقة مبرمة بين شركة خاصة وبين الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره (عدل) المشرفة على إنجاز مشروع استثماري (بناء سكنات)، ممولة من طرف الدولة تدخل في اختصاص القاضي الإداري<sup>3</sup>، بمعنى أنه ما دام توفّر شرط إنجاز مشروع استثماري ممول من طرف الدولة، فإن القاضي الإداري هو المختص، فالقاضي الإداري هنا لم يعتد بالمعيار العضوي.

## 2. الاختصاص الإقليمي

بصفة عامة، احتفظ المشرع ضمن إجراءات القضاء الإداري بالقاعدة العامة للمعيار المحدد للاختصاص الإقليمي أمام جهة القضاء العادي، إذ نجده أنه نص ضمن المادة 803 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالإحالة على المادتين 37، 38 من نفس القانون<sup>4</sup>، والتي تحدد المعيار المتبع في تعيين الاختصاص الإقليمي أمام جهات القضاء العادي، والمتمثل في موطن المدعى عليه وفي حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمي إلى الجهة التي يكون في دائرة اختصاصها أحد المدعى عليهم.

<sup>1</sup> حنان عطوي، " إشكالات الاختصاص النوعي لمادة الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، المرجع السابق ص.200.

<sup>2</sup> أنظر القرار رقم 087067 + 087241، المؤرخ في 09 جانفي 2014، قضية وزير النقل ضد الشركة (ذ. م. م) "سوتريب" ومن معها، مجلة مجلس الدولة، العدد13، 2015، ص.76.

<sup>3</sup> أنظر القرار رقم 058475، المؤرخ في 10 مارس 2011، قضية الشركة ذات الشخص الوحيد " أشغال البناء العمومي" ضد الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، مجلة مجلس الدولة، العدد12، 2014، ص.98.

<sup>4</sup> أنظر المادتين 38، 39 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

أورد المشرع على هذا المعيار استثناءات، سواء تلك المنصوص عليها في المادتين 3940 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 (المعدل والمتمم)<sup>1</sup>، فيما يتعلق بجهات القضاء العادي أو تلك المنصوص عليها في المادة 804 من نفس القانون<sup>2</sup>، والتي تتعلق بالإجراءات المتعلقة أمام جهات القضاء الإداري.

أما بالنسبة للقواعد المحددة للاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية، ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، فإن المشرع اعتمد على ثلاثة معايير كاستثناءات على القاعدة العامة، وذلك طبقاً لنص المادة 804 في الفقرات الثانية والثالثة والسادسة من نفس القانون، وذلك على النحو التالي:

• الاختصاص الإقليمي في مادة الأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.

• الاختصاص الإقليمي في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

• الاختصاص الإقليمي في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه، إذا كان أحد الأطراف مقيماً به.

مما سبق، نجد أن المشرع وقع في تنازع للاختصاص الإقليمي، فيما يخص المنازعات المتعلقة بصفقة الأشغال العمومية، فهل يعود الاختصاص الإقليمي إلى:

المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التنفيذ؟، أم يعود إلى المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان الإبرام أو التنفيذ إذا كان أحد أطرافها مقيماً بذلك المكان؟

نستنتج أن القاعدة التي على أساسها يتم تحديد الاختصاص الإقليمي للقاضي الإداري المختص بالفصل في منازعات الصفقات العمومية، والتي من بينها المنازعات الناتجة عن تنفيذ هذه الصفقات في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية تختلف بحسب طبيعة موضوع الصفقة العمومية.

<sup>1</sup> أنظر المادتين 39، 40 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 804 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، المصدر السابق.

### 3. شروط رفع دعوى القضاء الكامل في مادة الصفقات العمومية

لابد من توافر شرطين أساسيين، حتى يختص القضاء الكامل في هذا النوع من المنازعات إضافة إلى الشروط العامة الواجب توافرها في جميع الدعاوى الإدارية، وهما:

**1.3 أن تصدر القرارات عن الإدارة بوصفها جهة تعاقدية،** بمعنى يجب أن يصدر القرار عن الإدارة باعتبارها السلطة المختصة بإصدار هذا القرار<sup>1</sup>، وأن تكون كطرف في الصفقة العمومية وهذا ما جاءت به المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، كما سبق وأن تناولناها بالشرح المفصل.

**2.3 أن يتصل القرار بالصفقة،** ويقصد بذلك القرارات المركبة والمتصلة بالعملية الإدارية العقدية في مرحلة الإبرام وتنفيذ الصفقة والداخلة في تكوينها، وأن تصدر في مواجهة المتعامل المتعاقد، وذلك لنسبية آثار العقد وشخصية دعاوى العقود الإدارية، باعتبارها من دعاوى القضاء الكامل التي تنتمي لدعوى قضاء الحقوق<sup>2</sup>.

بعدما تم تحديد الاختصاص النوعي والإقليمي للقاضي الإداري في المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية، وعلى اعتبار أن سلطات القاضي الإداري في دعاوى القضاء الكامل واسعة إلى حد أنه لا يمكن تحديدها وحصرها، سنتعرض لأهم صور دعاوى القضاء الكامل.

#### ثانياً: صور دعاوى القضاء الكامل المتعلقة بالمنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية

إن الدعوى القضائية التي تحرك خلال مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، تكون نتيجة أسباب متعددة، لهذا فإن موضوع دعوى القضاء الكامل يختلف بحسب الموضوع أو السبب الذي تبنى عليه الطعون، والتي تكون سبباً لانعقاد الاختصاص الواسع للقاضي الإداري (القضاء الكامل)، والذي لا يمكن حصره.

على هذا الأساس، فإنه يدخل تحت هذا النوع من القضاء، دعاوى يثيرها أطراف الصفقة العمومية، وهي عديدة، نتناولها تباعاً.

<sup>1</sup> سهام شقظمي، المرجع السابق، ص. 116.

<sup>2</sup> عبد اللطيف رزيقية، " دعاوى الصفقات العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08 العدد 01، المركز الجامعي تمارست، 2019، ص. ص. (269، 270).



## 1. دعوى المطالبة بالحصول على مبالغ مالية

إن دعوى الحصول على مبالغ مالية، يكون إما في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد، أو لأي سبب من الأسباب التي ترد في مجال العقود الإدارية، والتي تؤدي إلى الحكم بمبلغ من المال<sup>1</sup>.

تعد الدعوى المتعلقة بالحصول على المبالغ المالية من أكثر الدعاوى شيوعاً، إذ أنها تكاد تغطي على بقية المنازعات الأخرى، نذكر منها على سبيل المثال:

### 1.1 المنازعات المتعلقة بتحديد الأسعار

إن التحيين يسمح بتغيير السعر القاعدي للصفقة، وذلك بسبب التغييرات الاقتصادية والتحيين يمكن قبوله حتى في الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة، وغير قابلة للمراجعة، ولا يطبق التحيين إلا في الفترة الممتدة بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر ببدء التنفيذ<sup>2</sup>.

### 2.1 المنازعات المتعلقة بالتأخر في تسديد المستحقات المالية للصفقة

عند التسليم النهائي للصفقة، تقوم المصلحة المتعاقدة بتسوية حساب الرصيد النهائي، ورد اقتطاعات الضمان، وشطب الكفالات، وذلك في أجل 30 يوماً من استلام الكشف أو الفاتورة<sup>3</sup>.

وقد جاء في القرار الصادر عن مجلس الدولة، بمناسبة نظره في قضية مؤسسة ضد البلدية ما يلي: "أن الحساب العام والنهائي هو الحساب الأخير لتحديد المبلغ الإجمالي للصفقة، وما دام أنه تم التوقيع على الحساب النهائي يوم 1997/12/29، من طرف كل من المقاول ومكتب الدراسات والمؤسسة المستأنفة، والذي جاء فيه أن المبلغ المتبقي للدفع هو 513.162.32 دج، وبالتالي ينبغي على المؤسسة التي تمضي على الحساب العام النهائي، أن تطلب فقط المستحقات الواردة في هذا الحساب العام النهائي أي أنها تطالب إلا بما تم تحديده في هذا الحساب"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سهام شقظمي، المرجع السابق، ص.117.

<sup>2</sup> عبد اللطيف رزايقية، المرجع السابق، ص.271.

<sup>3</sup> أنظر المادة 01/122 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>4</sup> أنظر القرار رقم 008072، المؤرخ في 15 أبريل 2003، قضية المؤسسة (غير وارد اسمها ولا طبيعتها) ضد البلدية، مجلة مجلس الدولة، العدد 08، (دون سنة نشر)، ص.171.

### 3.1 المنازعات المتعلقة بالفوائد التأخيرية

قد تتأخر المصلحة المتعاقدة في صرف الدفعات على الحساب في أجل 30 يوما من تاريخ استلام الكشف أو الفاتورة، ولهذا خوّل المشرع للمتعاقد المتعاقد حق الاستفادة من فوائد التأخير<sup>1</sup>.

### 4.1 المنازعات المتعلقة بالأشغال الإضافية

قد تطلب المصلحة المتعاقدة من المتعاقد المتعاقد أشغالا إضافية غير مدرجة في بنود الصفقة، ودون الاتفاق على السعر المحدد لها.

وقد قضى مجلس الدولة في قراره المتعلق بقضية (و. ع. ب) ضد (مديرية الشباب والرياضة لولاية بويرة)، بما يلي: "حيث أن (و. ع. ب) قام باستئناف قرار المحكمة الإدارية القاضي بعدم تسديد ثمن الأشغال الإضافية من طرف صاحب المشروع، لأنه لم يأمر بها، فقضى مجلس الدولة بإلغاء القرار المستأنف والفصل في الموضوع من جديد، على أساس أن تسديد ثمن الأشغال الإضافية الضرورية لمنشأة ما يكون مستوجبا للدفع للمؤسسة، حتى في حالة انعدام طلب من صاحب المشروع عندما تكون منجزة وفقا للقواعد المقررة"<sup>2</sup>.

### 5.1 المنازعات المتعلقة بالتعويض عن الضرر

هذا النوع من المنازعات، يشكّل القضاء الأصيل في منازعات عقود الصفقات العمومية حيث أن المشرع منح للمتعاقد المتعاقد حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء تصرفات المصلحة المتعاقدة، بشرط ألا يكون هو المتسبب فيها، ومن أهم الأسباب التي تخوّل له هذا الحق متعددة، نذكر منها:

- اختلال التوازن المالي للمتعاقد المتعاقد، وذلك بفعل الإدارة أو لأسباب خارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة (تم تناولها سابقا).
- قيام المتعاقد المتعاقد بأشغال إضافية غير واردة في بنود الصفقة، لكنها ضرورية ومفيدة للمصلحة المتعاقدة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 03/122 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر القرار رقم 22350، المؤرخ في 12 جويلية 2005، قضية (ق. ع. ب) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، مجلة مجلس الدولة، العدد 08، (دون سنة نشر)، ص.92.

- إخلال المصلحة التعاقدية وعدم الوفاء بالتزاماتها إزاء المتعامل المتعاقد، كما هي محددة في دفتر الشروط وبنود الصفقة<sup>1</sup>.

• كما أنه يجوز للمصلحة التعاقدية في حال إخلال المتعامل المتعاقد بأحد التزاماته التعاقدية المطالبة بمبالغ تعرف على أنها جزاءات مالية، وقد تكون إما على شكل تعويضات تدفع للإدارة نتيجة الضرر الذي لحق بها، بسبب تقصير المتعاقد أو في شكل غرامات، تكون بسبب تأخر المتعاقد في إنجاز المشروع خلال المدة المحددة (دعوى توقيع الجزاءات المالية والإدارية).

## 2. دعوى إبطال تصرفات الإدارة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية

تختلف دعوى بطلان الصفقة عن دعوى إبطالها، في كون الدعوى الأولى تؤدي إلى بطلان كل الصفقة، لوجود عيب في أركانها (عدم مشروعية الصفقة)، أما دعوى إبطال تصرفات الإدارة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية، فإن الصفقة صحيحة، غير أن الإدارة المتعاقد قامت بتصرفات غير مشروعة خارجة عن التزاماتها التعاقدية، فيقوم القاضي بإبطال هذه التصرفات بطلب من المتعامل المتعاقد، دون أن يمس ذلك بمشروعية الصفقة<sup>2</sup>.  
وعليه، فإن الغير المتضرر من التصرفات التي قامت بها الإدارة تنفيذا لالتزاماتها التعاقدية، وفقا لبنود الصفقة العمومية، له حق رفع دعوى الإلغاء، وهذا لكونه ليس طرفا في الصفقة، وليس له حق شخصي.

## 3. دعوى فسخ الصفقة العمومية

أجاز المشرع للمتعامل المتعاقد أثناء مرحلة التنفيذ، طلب فسخ الرابطة التعاقدية سواء على أساس القوة القاهرة، أو على أساس الإخلال بالالتزامات أو تجاوز الحدود القانونية في سلطة الإدارة في التعديل<sup>3</sup>.

نظرا لما تتمتع به المصلحة التعاقدية من امتيازات السلطة العامة، يمكن لها فسخ الصفقة بإرادتها المنفردة، ودون إذن من القضاء في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته أو في حالة ما

<sup>1</sup> عبد اللطيف رزايقية، المرجع السابق، ص.273.

<sup>2</sup> حكيم طيبون، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص: الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية 2012/2013، ص.117.

<sup>3</sup> شوقي يعيش تمام، أحمد أسعد توفيق زيد، " الرقابة القضائية على الصفقات العمومية"، المرجع السابق، ص.173.

اقتضت دواعي المصلحة العامة ذلك<sup>1</sup>، إلا أن المتعامل المتعاقد، لا يمكن فسخ الصفقة العمومية بإرادته المنفردة، بل يجب عليه اللجوء إلى القضاء (القاضي الإداري).

كما أن المشرع، أجاز لكل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الاتفاق على فسخ الصفقة العمومية، عندما يكون مبرراً بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد (الفسخ الاتفاقي)<sup>2</sup>.  
لكن سنركز على الفسخ القضائي للصفقة العمومية، والذي يكون لثلاثة أسباب: الفسخ القضائي بسبب الإخلال بالالتزامات التعاقدية، الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة، الفسخ القضائي في مقابل حق الإدارة في تعديل الصفقة العمومية.

### 1.3 الفسخ القضائي بسبب الإخلال بالالتزامات التعاقدية

يمكن لأي طرف في الصفقة العمومية، رفع دعوى أمام القضاء المختص (المحكمة الإدارية) للحصول على حكم يقضي بفسخ الصفقة، إذا بلغت المخالفة حداً كبيراً من الجسام<sup>3</sup>.  
بالنسبة للمتعامل المتعاقد، لا بد من اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يقضي بالفسخ، بشرط إذا تثبت القاضي من ارتكاب الإدارة لخطأ جسيم، كما يجوز للقاضي الحكم له بالتعويض، عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، لأن الجزء في مجال مسؤولية الإدارة التعاقدية هو التعويض.  
أما الإدارة، فهي كذلك تستطيع اللجوء إلى القضاء لفسخ الصفقة العمومية، نتيجة لخطأ المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته، على الرغم من أن المشرع منح لها سلطة فسخ الصفقة بإرادتها المنفردة (الفسخ الجزائي)، إلا أنها تختار اللجوء إلى الفسخ القضائي، حتى تضمن عدم رجوع المتعامل المتعاقد عليها بالتعويض، في حالة ما إذا ثبت أنها أساءت استعمال هذا الحق مثلاً<sup>4</sup>.

### 3. الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة

كما سبق وأن تطرقنا لنظرية القوة القاهرة، والتي هي حادث خارجي غير متوقع، لا دخل للمتعامل المتعاقد فيه ولا للإدارة المتعاقدة، والتي تؤدي إلى الاستحالة المطلقة لتنفيذ الصفقة، ففي هذه الحالة يجوز للمتعامل المتعاقد اللجوء إلى القضاء الإداري لطلب فسخ الصفقة.

<sup>1</sup> أنظر المادتين 149، 150 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر المادة 151 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> عادل بوعمران، المرجع السابق، ص. 224.

<sup>4</sup> مونية جليل، المرجع السابق، ص. 182.

### 3.3 الفسخ القضائي في مقابل حق الإدارة في تعديل الصفقة العمومية

إن المصلحة المتعاقدة باعتبارها الطرف الذي يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، لذلك فهي تملك سلطة في زيادة التزامات المتعامل المتعاقد أو إنقاصها، لكن بالمقابل، فإن هذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بضوابط، كأن لا تتجاوز تلك التعديلات حدوداً معينة، وألا تؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة العمومية أو تغيير جوهرها، بحيث يصبح المتعامل المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد<sup>1</sup>.

على هذا الأساس، يجوز للمتعامل المتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ الصفقة العمومية.

### 4. دعوى إعادة التوازن المالي للصفقة

في مجال الصفقات العمومية، قد تطرأ بعد إبرام عقد الصفقة وأثناء تنفيذه، ظروف غير متوقعة خارجة عن إرادة الطرفين في الصفقة، ويكون من شأنها التأثير في اقتصاديات العقد، على نحو يخل مع التوازن المالي للصفقة، خلافاً لما كانت عليها لحظة إبرامها<sup>2</sup>، ولذلك قد يلجأ أحد الأطراف إلى رفع دعوى قضائية أمام القضاء الإداري، يطالب فيه بإعادة التوازن المالي للصفقة على أساس ذلك ظهر في القضاء والفقهاء الفرنسيين نظريات تعالج الظروف غير المتوقعة، التي قد ينتج عنها إخلال في التوازن المالي للصفقة.

تم تناول هذه النظريات سابقاً بشكل مفصل في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الثاني (التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية).

### 5. دعوى بطلان الصفقة العمومية

إن الإدارة تخضع في عقودها للشروط الموضوعية والإجرائية التي نص عليها المشرع، فإذا ما تخلف أحد هذه الأركان أو ورد عيب يؤثر في سلامة العقد، جاز للمتعاقد مع الإدارة مطالبة القاضي الإداري بالحكم ببطلان الصفقة.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص. 183.

<sup>2</sup> شوقي يعيش تمام، أحمد أسعد توفيق زيد، " الرقابة القضائية على الصفقات العمومية"، المرجع السابق، ص. 172.

### 1.5. تعريف دعوى بطلان الصفقة العمومية

يمكن تعريف دعوى بطلان العقد الإداري، على أنها: "دعوى يقيمها أحد أطراف العقد بهدف القضاء بإلغاء العقد الإداري، حين يشوبه عيب يتعلق بتكوينه أو صحته أو مخالفته لشكل أوجب القانون استيفائه"<sup>1</sup>.

انطلاقاً من تعريف دعوى بطلان العقد الإداري، وعلى اعتبار أن الصفقة العمومية هي عقد إداري، فيمكن استنتاج خصائص دعوى بطلان الصفقة العمومية، والتي تتمثل فيما يلي:

- موضوع دعوى البطلان يكون متصلاً بعيب في الصفقة العمومية، أي أنها موجهة للصفقة العمومية، وليس للقرار الإداري، لأن دعوى بطلان الصفقة العمومية تندرج ضمن دعوى القضاء الكامل، والتي تؤسس على بنود الصفقة لا على الطعن في عدم مشروعية القرار الإداري، وهي كانت هذه الالتزامات الجديدة تفوق قدرته.

- دعوى يكون لصاحب المصلحة رفعها، وهو المتعامل المتعاقد باعتباره من يملك الصفة، كونه طرفاً في الصفقة، دون الغير الذي يعتبر أجنبياً عن هذا العقد.

- تخضع دعوى بطلان الصفقة العمومية لاختصاص القضاء الكامل، إذا كان أساسها عيب في إجراءات تكوين الصفقة أو شروط صحتها وأركان انعقاد الصفقة العمومية.

### 2.5 البطلان لمخالفة أركان الصفقة العمومية

تعتبر الصفقات العمومية من أهم أشكال العقود الإدارية، وهي لا تختلف عن عقود القانون الخاص، من حيث أنها تستوجب توافر أركان العقد، والمتمثلة أساساً في ركن الرضا، المحل والسبب.

#### 1.2.5 ركن الرضا

إن طريقة تعبير الإدارة عن إرادتها أثناء إبرام الصفقة العمومية، يتم في إطار تنظيمي يتسم بنوع من التعقيد والشكليات الخاصة<sup>2</sup>، حيث أن إرادة المصلحة المتعاقدة تكون دائماً مرتبطة بإجراءات خاصة (الإعلان عن الصفقة، تلقي العروض...)، فهي ليست تلقائية مثل المتعامل المتعاقد، كونها

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 328.

<sup>2</sup> زبير بن النوي، "التسوية القضائية للمنازعات الناتجة عن الصفقات العمومية المخالفة للقانون"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 02، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ديسمبر 2022، ص. 1092.

## الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق عام

مرتبطة باحترام هذه الإجراءات لتحقيق المصلحة العامة وضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراداً<sup>1</sup>.

كما أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة بالتعبير عن إرادتها، في حدود اختصاصها، ما يعرف بمبدأ الاختصاص في العقود الإدارية، والأهلية في العقود المدنية، فالأهلية في الصفقات العمومية تتمثل في الاختصاص بالنسبة للأشخاص المعنوية، إضافة لاختصاص السلطة الوصية على المصلحة المتعاقدة، وهذا طبقاً لما جاءت به نص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، إذ لا تصح الصفقة العمومية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المحددة في هذه المادة المذكورة، وهي: مسؤول الهيئة العمومية، الوزير، الوالي رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.

وعليه، فإن التعبير السليم عن إرادة المصلحة المتعاقدة في الصفقات العمومية، يكون إذا صدر عن الجهة الإدارية المختصة، وفي حدود صلاحياتها، التي حوّلتها إياها القانون ووفق الشكليات والإجراءات المحددة في قانون الصفقات العمومية. إضافة إلى ما سبق، يشترط أيضاً في الرضا، أن يكون سليماً من كل العيوب المعروفة في القانون المدني، والمتمثلة في التدليس والإكراه والغبن.

### 2.2.5 ركن المحل

إن القضاء الإداري قد طَبَّقَ القواعد المتعارف عليها في القانون الخاص على محل الصفقة العمومية، مع مراعاة طبيعة العلاقة التعاقدية، لذلك فقد أخضع صحة المحل لمجموعة من الشروط هي:

- يجب أن يكون محل الصفقة موجوداً وقت إبرام العقد أو ممكن الوجود.
- يجب أن يكون محل الصفقة معيناً بذاته أو بنوعه أو بمقداره، أو قابلاً للتعيين.
- أن يكون مشروعاً<sup>2</sup>.

تشمل الصفقة إحدى العمليات الآتية أو أكثر، والتي تمثل المحل في الصفقات العمومية:

<sup>1</sup> حكيم وعيل، "ارتباط الصفقات العمومية بالتشريع المعمول به في القانون الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية المجلد 11، العدد 02، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، سبتمبر 2020، ص. 243.

<sup>2</sup> سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 2008، ص. 376.

- إنجاز الأشغال.
- اقتناء اللوازم.
- إنجاز الدراسات.
- تقديم الخدمات<sup>1</sup>.

وعليه، يبدو في الغالب أن المحل في الصفقة العمومية لا يثير أي إشكال، لأن الإدارة لا يتصور أن تتعاقد على محل غير موجود، أو مستحيل التحقيق، أو محل غير مشروع، وهذا بالنظر إلى الإجراءات والمراحل التي تمر بها الصفقة أثناء تحضيرها وإعدادها، وكذلك إبرامها.

### 3.2.5 ركن السبب

إن السبب هو الهدف الذي دفع بالإدارة إلى إبرام العقد، ومن ثم يكون السبب لازماً لصحة عقد الصفقة العمومية، وبالتالي فالسبب الدافع لإبرام الصفقة العمومية، هو تحقيق المصلحة العامة من خلال إشباع حاجات المرفق العام والحفاظ على حسن سيره بانتظام واضطراد.

لكن أحياناً، قد تحيد الإدارة عن هذه الأهداف، وتبرم صفقة بغرض تحقيق أهداف شخصية لمسيرها بصفة غير مباشرة، كأن يستهدف المسؤول عن المصلحة المتعاقدة تشييد مسكن فردي خاص على الرغم من أن الصفقة موجهة لتنفيذ مشروع عمومي، أو إبرام صفقة توريد معدات لمرفق عمومي والحقيقة هي أن هذه المعدات موجهة لمشروع خاص، فيكون السبب في هذه الحالة غير مشروع، مما يستلزم بطلان الصفقة<sup>2</sup>.

### 4.2.5 ركن الكتابة

حسب نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، فإن المشرع اعتبر الصفقة العمومية عقداً مكتوباً.

وعليه، فالصفقات العمومية هي عقود شكلية، تتطلب الكتابة، والتي تشكل ركناً لانعقاد الصفقة، فهي ليست فقط شرطاً لصحتها وللإثبات، وبالتالي في حالة تخلفها تكون الصفقة باطلة مما يجعلها غير منتجة لآثار في مواجهة المصلحة المتعاقدة.

<sup>1</sup> أنظر المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>2</sup> زبير بن النوي، المرجع السابق، ص.1093.



المشرع اشترط وجوب كتابة الصفقة، لكونها أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية، كما أنها عقود ملزمة للجانبين، وجب كتابتها لمعرفة المركز التعاقدى لكل طرف في الصفقة ماله وما عليه، كذلك تتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص<sup>1</sup>.

بالرجوع لنص المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، نجد أن المشرع نص على ضرورة تضمين الصفقة لبيانات إلزامية، وأخرى تكميلية.

كما أنه كذلك اشترط أن يكون الملحق مكتوبا حتى ينتج آثاره، على اعتبار أن الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية<sup>2</sup>، وفق ما تم تناوله سابقا في العنصر المتعلق بشروط إبرام الملحق.

### 3.5 الآثار المترتبة على دعوى بطلان الصفقة العمومية

يترتب على دعوى البطلان جملة من الآثار، حيث أن دعوى بطلان الصفقة العمومية يجعلها عديمة الأثر سواء تعلق بالآثار المستقبلية أو بالآثار التي تكون قد ترتبت، وهو ما يعرف بالأثر الرجعي للبطلان، والتي تتمثل في:

- اعتبار الصفقة كأن لم تكن، فتعود الأطراف المتعاقدة إلى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد ومن ثم يلتزم كل واحد من الأطراف المتعاقدة بأن يرد للطرف الآخر ما جناه بمقتضى الصفقة الباطلة.
- نظرا لانعدام الصفقة الباطل، لا يمكن قانونا للطرف المضرور في حالة تنفيذ الصفقة الاستناد عليها في الرجوع على الإدارة بالاحتجاج بالمسؤولية العقدية، كون أن الصفقة العمومية أصبحت باطلة، فهي معدومة، ولم يترتب عليها أي أثر.
- ليس من حق المتعامل المتعاقد أن يحتج بالمسؤولية التقصيرية، إلا في حالة الخطأ الصادر عن الإدارة، وحدث ضرر للمتعامل المتعاقد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، المرجع السابق، ص.123.

<sup>2</sup> أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المصدر السابق.

<sup>3</sup> سفير حاجة كحلة، بطلان الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن خلدون، تيارت، السنة الجامعية 2021/2020، ص.315.

## خلاصة الفصل الثاني من الباب الثاني

إذا كان قد تقرر للإدارة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جملة من السلطات والامتيازات الاستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، في مواجهة المتعامل المتعاقد معها فإن المشرع أوجب على الإدارة التزامات اتجاه المتعامل معها، فهذا الأخير، عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة أو تفويض المرفق العام، صار من حقه الحصول على المقابل المالي وفق الكيفية التي حددها القانون، ويختلف شكل المقابل المالي باختلاف نوع الصفقة أو تفويض المرفق العام.

كما أن المشرع حدّد كفاءات دفع المقابل المالي، فالأصل أن يكون الدفع بعد الأداء والإنجاز الفعلي لمضمون الصفقة، لكن هذا لا يعني عدم خروج المشرع عن القاعدة العامة، بإقراره لمنح المتعامل المتعاقد مع الإدارة أقساطاً تمنح مسبقاً، مقابل التنفيذ الجزئي لموضوع الصفقة، وفقاً لنظام الدفع على الأقساط أو الدفع على الحساب.

إضافة لذلك، يقع إلزاماً على الإدارة بتفويض المتعامل المتعاقد معها، في حال إخلالها ببند الصفقة أو عند تعسفها في استعمال السلطات الممنوحة لها، كما أنه قد تتعدّد مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن تفويض المتعامل المتعاقد معها على أساس الخطأ أو دون خطأ.

كذلك، قد ينجم عن تنفيذ الصفقة أحداث أو وقائع من شأنها إرهاب المتعامل المتعاقد معها تسبّب له تأثيراً كبيراً على مركزه المالي، لهذا منح المشرع له حق المطالبة بإعادة التوازن المالي وتعتبر نظرية التوازن المالي، نظرية قضائية يعود للقضاء الفرنسي في إظهارها إلى حيز الوجود والتي اعترفت للمتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي، في إطار نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة، أو نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أو نظرية القوة القاهرة.

كما أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة باللجوء للتسوية الودية للنزاعات، الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، خاصة أنها تساهم بشكل كبير في حل العديد من هذه المنازعات وتقليل التكاليف، وتخفيف الضغط على اللجان الوطنية والقطاعية، كما أنها تسرّع في الإجراءات بعيداً عن تعقيدات القضاء، على الرغم من أنها قراراتها غير ملزمة للمصلحة المتعاقدة ولا للمتعامل المتعاقد، الأمر الذي يجعلنا نتساءل ما الحكمة من وجود هذه اللجان؟

إضافة إلى ما سبق، فإن المشرع نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (09/08 المعدل والمتمم)، على التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي، حيث أجاز للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إليه كوسيلة بديلة عن القضاء لحل المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية، على الرغم من التناقض الموجود بين المادتين 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المعدل والمتمم)، والمادة 975 من نفس القانون، وبين هذه المواد والمادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15.

لكن رغم الآليات التي وقّرها المشرع، من خلال لجنتي التسوية الودية للمنازعات والتحكيم إلا أنه قد لا تؤدي إلى حل ودي بين الأطراف المتعاقدة، مما يترتب عليهما اللجوء إلى القضاء، من خلال تحريك دعوى قضائية أمام جهة القضاء الإداري.

من خلال دراسة موضوع "الحرية التعاقدية للإدارة في عقود الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر"، اتضح لنا جلياً مدى اهتمام المشرع وحرصه على سنّ نصوص قانونية تتلاءم مع التحوّلات الجذرية التي شهدتها الجزائر، خاصة في ظل تبني الجزائر لسياسة الانفتاح في المجالين السياسي والاقتصادي، حيث تمّ اعتماد ذلك في التعديل الدستوري لسنة 1996، الذي كرّس في مبادئه الحرية في المجال الاقتصادي، وحماية المنافسة وتحرير الأسعار وضمان الشفافية، وقد تجسّد الأمر أكثر بصور الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، الذي جاء ليكرّس قواعد المنافسة في مجال الأنشطة الاقتصادية من إنتاج وتوزيع وخدمات، ليمتدّ إعمال تطبيق قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية في مرحلة إبرامها في القانون رقم 12/08، المعدّل والمتمّم للأمر رقم 03/03 وبهذا يكون المشرع قد خطا خطوة في اعتماد آليات اقتصاد السوق في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، والذي يعدّ من الشروط الأساسية لنجاح الطلبات العمومية وضمان نجاعتها وترشيد استعمال المال العام، وكلّ هذه الإصلاحات التشريعية كان لها الأثر على الحرية التعاقدية للإدارة، من خلال التأطير القانوني لعملية إبرام الصفقات العمومية، وتفويض المرفق العام، وعدم اتّباع مبدأ الحرية التعاقدية المبني على أساس السماح لها باختيار المتعاقد بكلّ حرية وبدون قيود، وكذلك تقييد هذه الحرية في مرحلة التنفيذ من خلال امتيازات السلطة العامة الممنوحة للإدارة، والتي تتجلى بصورة واضحة على مستوى هذه المرحلة، والتي تستند على بنود الصفقة والاتفاقية، وعلى أحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

**وفي هذا الإطار، فقد أوصلتنا الدراسة للموضوع إلى النتائج التالية، التي سنورد ها كما يلي:**

• نطاق الحرية التعاقدية للإدارة أثناء تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، مرتبط بجملة من القيود التي وضعها المشرع ليس فقط في مرحلة إبرام هذه العقود، بل حتى في المرحلة السابقة على التعاقد من خلال ما يلي:

✓ أصبحت الحرية التعاقدية للإدارة مقيدة بقانون المنافسة، والضبط الاقتصادي لضمان إرساء منافسة حرة ونزيهة، فالحرية التعاقدية أصبح لها مفهوم جديد يتقاطع مع مبدأ سلطان الإرادة وسلطان الضوابط القانونية الاقتصادية في ظل قانون المنافسة.

✓ ترسيخ المشرّع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، لقيم الشفافية وعزّز من آليات تكريس المنافسة، من خلال توسيع تطبيق المبادئ العامّة لإبرام الصفقات العموميّة إلى عقود تفويض المرفق العام، عن طريق إلزام الإدارة بالتقيّد بمبدأ حرية الوصول للطلبات العموميّة، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات عند إبرامها للصفقة العمومية وتفويض المرفق العام، رغم أن المبدأ المعروف في العقود الإدارية هو حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها.

✓ إن تنظيم المنافسة في الصفقات العمومية، لا يهدف فقط إلى ترسيخ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين أمام فرص الظفر بها، وإنما هو أيضا وسيلة لضمان شفافية إبرام الصفقات العمومية وفعالية النفقات المرصودة لإنجاز الأعمال اللازمة لسير المرافق العامة.

✓ عند التركيز في المرحلة التي تسبق عملية إبرام الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام بداية من مرحلة إلزامية التحديد المسبق للحاجات العمومية وصولا لمرحلة إعداد دفاتر الشروط نجد أن التنظيم كرس تطبيق المنافسة، ومنع على المصلحة المتعاقدة عند تحديد حاجاتها بالأ تكون موجّهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد، على أساس أن نجاح الطلب العمومي مرهون بنسبة كبيرة بهذه المرحلة، ولهذا فإن التحديد المسبق للحاجات العمومية إلزاميًا بالنسبة للإدارة المعنيّة، ولا بدّ أن يخضع لضوابط توطّره بشكل دقيق، لما له أثر على أطراف الصفقة العموميّة وعلى ترشيد المال العام.

ولا يقف الأمر عند هذا الحدّ، بل يتعدّاه إلى ضرورة توافر الاعتماد المالي بالنسبة للصفقة العمومية، أما بالنسبة لاتفاقيات تفويض المرفق العام، ففكرة توافر الاعتماد المالي تختلف عن تلك المتعلقة بالصفقات العموميّة، لكن بالمقابل، لم يرتب المشرّع أي جزاء على الإدارة في حالة عدم توفّر الاعتماد المالي، كما أن الإدارة تنفرد في إعداد دفاتر الشروط، ولا يجوز بأي حال من الأحوال التفاوض بشأنها أو طلب تعديلها.

✓ حرية الإدارة مقيدة في اختيار أسلوب إبرام الصفقة العموميّة، بحيث جعل طلب العروض هو القاعدة العامة في كميّات إبرام الصفقة العموميّة، والتراضي كاستثناء عن القاعدة العامة، كما حدّد لكلا الأسلوبين إجراءاته وأشكاله، وقيد الإدارة بحالات محددة قانونا لشكلي التراضي، على الرغم من أن هذا الأخير تظهر فيه هامش لحرية الإدارة، خاصة في حالات التراضي البسيط، إلا أنه قيدها عند

لجئها إلى هذا الإجراء بحالات محدّدة حصراً، رغم أن أحكامه جاءت بعبارات مرنة وفضفاضة غير مضبوطة، تسمح للإدارة بالتلاعب والتذرع في كل مرة بضرورة استعمال هذا الإجراء، إضافة لذلك، قيّد المشرّع الإدارة عند لجئها لإجراء التراضي البسيط، بتحديد حاجاتها الواجب تلبيتها قبل الشروع في أي إجراء، وفقاً لما جاءت به المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وأن تختار المتعامل الاقتصادي الذي قدّم عرضاً له مزايا من الناحية الاقتصادية، وأن تنظّم المفاوضات، وفقاً للشروط المحددة في هذا المرسوم.

✓ إن تقييد الإدارة في عقود تفويض المرفق العام، بمبادئ المنافسة والشفافية، ليس الهدف منه هو تقييدها في حرية تسيير مرافقها، بل الأمر يتعدى ذلك، ويتعلّق بإضفاء الشفافية على إجراءات المنح، وتبقى سلطة الاختيار والتفاوض ممنوحة للإدارة يمكن استعمالها، وهي مرحلة أساسية في إجراء الطلب على المنافسة عند اختيار المفوض له، وكون أن الإدارة في عقود تفويض المرفق العام تتمتع بسلطة إنشاء المرافق العامة وتنظيمها، ومن ثمّ تحديد طرق ووسائل إدارتها واستغلالها إذ تستند إلى سلطتها التقديرية في الاختيار بين أسلوب الإدارة المباشرة أو أسلوب الإدارة غير المباشرة (التفويض) كما أن السلطة المفوضة ليست لها الحق في اللجوء إلى صيغة التراضي، إلا في الحالات المحددة بموجب القانون، فعلى الرغم، من أن هذه الصيغة جاءت للتخفيف من تقييد حرية السلطة المفوضة في التعاقد، إلا أنها وجدت نفسها أكثر تقييداً بتحديد المشرع لحالات اللجوء إلى هذا الإجراء.

✓ لا تملك الإدارة حرية واسعة في اختيار المتعاقد أو التفاوض معه، فيمنع عليها التفاوض في الإجراءات الشكلية (طلب العروض)، مع مراعاة ما استثناه المشرّع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، بينما سمح لها بالتفاوض في الإجراءات الاستثنائية للتعاقد (أسلوب التراضي)، وفي أسلوب المسابقة.

✓ تظهر سلطة الإدارة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، من خلال إقصائها لبعض المتعاملين الاقتصاديين، وحرمانهم من التقدم للصفقة أو الاتفاقية، وذلك لأسباب وضعها وحدّدها تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام أو من أجل تحقيق المصلحة العامة

كما أنها تستطيع المفاضلة بين المتعاملين الاقتصاديين من خلال تخصيص هامش الأفضلية للمنتج الوطني.

✓ لم يدرج المشرع إجراء المنح المؤقت في الحالات التي يقوم عليها التراضي البسيط، بل أعطى للمصلحة المتعاقدة صلاحية إصدار قرار المنح النهائي مباشرة، وهذا ما يشكّل إجحافاً في حق المتعهدين الآخرين (حقهم في الطعن)، مما يؤدي إلى غياب الشفافية، وتكريس الفساد، على خلاف المنح المؤقت في حالة التراضي بعد الاستشارة، الذي ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بضرورة نشر المنح المؤقت للصفحة، ما عدا في حالة الخدمات الخاصة بالخارج، والخدمات التي تكتسي طابعاً سرياً.

✓ لم تقتصر حدود الحرية التعاقدية للإدارة على ضوابط إبرام الصفقة العمومية واتفاقية تفويض المرفق العام وفقاً للمبادئ العامة لحرية المنافسة، بل امتدّت إلى حدود هذه الحرية في تكريس شروط المنافسة، من خلال ضرورة تقيّد الإدارة بحظر الممارسات المقيدة لها، عن طريق إلزامها بعدم خلق أي ممارسات مقيدة للمنافسة، والكشف عن هذه الممارسات أو أي تواطؤ بين المتعاملين الاقتصاديين لأن هذه الممارسات تخلق نزاعاً تنافسياً، يكون موضوعه محلّ متابعة من مجلس المنافسة، تحت رقابة القضاء.

✓ تمّ تحديد أجل للطعن في التدابير المؤقتة الصادرة عن مجلس المنافسة في أجل 20 يوماً دون تحديد ذلك بالنسبة للأوامر التي ترمي إلى وضع الحد للممارسات المقيدة للمنافسة.

✓ إجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة، والتي نص عليها قانون المنافسة، لا تتماشى مع القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون رقم 09/08 المعدل والمتمم)، ونفس الأمر بالنسبة لاختصاص مجلس المنافسة في وقف تنفيذ قراراته في حالات الاستعجال.

✓ إن القيود التي فرضها المشرع على الإدارة، والتي تتعلق بكيفيات وإجراءات إبرام الصفقات العمومية لن تبلغ مبتغاها في غياب آليات الرقابة، ولهذا نجد أن المشرع قد فرض رقابة بمختلف

أنواعها على الصفقات العمومية، لحماية المال العام والحدّ من أشكال الفساد، الذي تشكل الصفقات العمومية مجالاً خصبا له.

✓ غياب شرط الاستعجال في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، والاكتفاء بشرط المصلحة وأن يكون الضرر نتيجة إخلال بالإشهار بقواعد المنافسة.

✓ سلطات القاضي الإداري الاستعجالي في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد واسعة، تتمثل في الأمر بتأجيل إبرام الصفقة العمومية، في حالة مخالفة قواعد المنافسة والإشهار إلى غاية الفصل في مدى صحة وجديّة أسباب الدعوى الاستعجالية، كما للقاضي كذلك، الأمر بتصحيح الخلل، في حالة ارتكاب الإدارة لخطأ ناتج عن سوء تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية بما يخلّ بهذه القواعد وكذلك خولّ المشرع للقاضي بإمكانية الحكم بالغرامة التهديدية كأسلوب ضغط مالي.

✓ عدم فصل المشرع في مدى قابلية القرارات الإدارية المنفصلة، الصادرة من قبل الإدارة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية للطعن فيها بدعوى الإلغاء، خاصة مع تردّد موقف القاضي الإداري من خلال أحكامه، فتارة يحكم بقابلية الطعن فيها بالإلغاء، وتارة أخرى، يحكم بعكس ذلك.

• تعتبر مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية واتفاقية تفويض المرفق العام من أهم المراحل، كونها تبرز بوضوح امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة، والتي تؤثر بصورة مباشرة على المركز القانوني للمتعاقل المتعاقد، ولهذا فإن حرية الإدارة تتقلص إلى حدّ بعيد، ويظهر ذلك من خلال:

✓ على الرغم من تفوق الإدارة في مرحلة تنفيذ الصفقة وتفويض المرفق العام، نظرا لما تتمتع به من سلطات واسعة في مواجهة المتعاقل المتعاقد، والتي تنوّعت بين سلطة الإدارة في الإشراف والرقابة والتوجيه لضمان سير تنفيذها على النحو المتفق عليه، و بين سلطتها في تعديل شروط الصفقة العمومية واتفاقية تفويض المرفق العام، بما يحقّق المصلحة العامة، فضلا عما تملكه من حق توقيع جزاءات إدارية على المتعاقل المتعاقد في حالة عدم احترامه آجال التنفيذ أو تنفيذها خلافا للمواصفات التقنية والفنية المنصوص عليها في دفتر الشروط، إلا أنّ هذا لا يمنع من تقييدها وفقا لضوابط معينة



نصّ عليها تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ودفتر الشروط وحتى بنود الصفقة أو الاتفاقية، إضافة إلى خضوع القرارات التي تتخذها الإدارة بهذا الشأن لرقابة القضاء الكامل.

✓ إذا كان قد تقرّر للإدارة في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، جملة من السلطات والامتيازات الاستثنائية في مواجهة المتعامل المتعاقد معها، فإنه ألزم الإدارة بجملة من الالتزامات اتجاهه، فالمتعامل المتعاقد عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة وتفويض المرفق العام، صار من حقه الحصول على المقابل المالي وفق الكيفية التي حددها القانون، ويختلف شكل المقابل المالي باختلاف نوع الصفقة أو تفويض المرفق العام.

إذ أن المشرّع حدّد كميّات دفع المقابل المالي، فالأصل أن يكون الدّفع بعد الأداء والإنجاز الفعلي لمضمون الصّفقة، لكن هذا لا يعني عدم خروج المشرّع عن القاعدة العامة، وإقراره بمنح المتعاقد مع الإدارة أقساطاً تمنح قبل الإنجاز، مقابل التنفيذ الجزئي لموضوع الصّفقة، وفقاً لنظام الدفع على الأقساط أو الدفع على الحساب.

✓ كما يقع التزاما على الإدارة بتعويض المتعامل المتعاقد معها، في حال إخلالها ببند الصفقة أو عند تعسّفها في استعمال السلطات الممنوحة لها، كما أنّه قد تتعدّد مسؤوليّة المصلحة المتعاقدة عن تعويض المتعامل المتعاقد معها على أساس الخطأ أو دون خطأ.

✓ الرقابة البعدية لمجلس المحاسبة على الصفقات العمومية، تسمح بالكشف عن مدى نظاميّة الحسابات مع تقييم نوعيّة التسيير، وفي حالة معاينة مخالفات للتشريع والتنظيم المعمول بهما، يتّخذ مجلس المحاسبة الإجراءات القانونية اللازمة.

✓ استكمالاً لمبدأ التقاضي على الدرجتين، ولمسار الإصلاح القضائي، تمّ إنشاء محاكم إدارية للاستئناف كجهة استئناف للأحكام الصّادرة عن المحاكم الإدارية، إلا أنه لم يفرد المشرّع لهذا النوع من المحاكم قانوناً خاصاً بها، كما فعل ذلك بالنسبة للمحاكم الإدارية (تم إلغاؤه بموجب المادة 39 من القانون العضوي رقم 10/22، يتعلق بالتنظيم القضائي)، ومجلس الدولة ومحكمة التنازع.

✓ إسناد اختصاص للمحاكم الإدارية للاستئناف للجزائر كاختصاص استثنائي، بالفصل كدرجة أولفي دعاوى إلغاء وتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية، وبالتالي تم إعادة الاختصاصات الأصلية لمجلس الدولة بالفصل في الطعون بالنقض في الأحكام والقرارات الصادرة نهائيا عن الجهات القضائية الإدارية، كما يختص كذلك بالفصل في الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة، بعد إعفائه من الاختصاص الابتدائي النهائي، واختصاص الاستئناف ضد الأحكام والأوامر الصادرة ابتدائيا عن المحاكم الإدارية، وبالتالي تم تخفيف الضغط عليه عما كان عليه في السابق.

✓ قد ينجم عن تنفيذ الصفقة أحداثا أو وقائعا من شأنها إرهاب المتعامل المتعاقد معها، تسبب له تأثيرا كبيرا على مركزه المالي، لهذا منح المشرع له حق المطالبة بإعادة التوازن المالي.

• أما بالنسبة لضمانات تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، فقد نص المشرع على آليات للتسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذهما، إضافة إلى التسوية القضائية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، على النحو الآتي:

✓ وفق المشرع في تبني التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام سواء عن طريق التسوية الودية ولجان التسوية المختصة والتحكيم في المنازعات، التي تتعلق بتنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، حيث أن هذه الطرق تمكن الأطراف من إيجاد حل ودي يضعون من خلاله حدا للنزاع بعيدا عن القضاء وتعقيدات إجراءاته، لضمان عدم تعطّل المشاريع والسير الحسن والمنظم للمرافق العامة، وحماية لحقوق الأطراف المتعاقدة، ويتجلى ذلك من خلال إلزام المصلحة المتعاقدة في تنظيم الصفقات العمومية بالبحث عن الحل الودي للنزاعات التي قد تطرأ عند التنفيذ.

✓ الرأي الصادر عن لجنة التسوية الودية للنزاعات لا يتمتع بالقوة الإلزامية لأطراف الصفقة أو اتفاقية تفويض المرفق العام، وهذا ما يحّد من فعاليتها.

✓ اعتمد المشرّع على آلية التحكيم في مجال الصفقات العموميّة، وهو الأمر الذي لم يكن موجودا قبل صدور القانون رقم 09/08، ولا المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وسمح باعتماد هذه الآلية، عندما يكون المتعامل المتعاقد شخصا قانونيا أجنبيا، ولم يتطرق إلى إمكانية التحكيم، عندما يكون المتعامل المتعاقد جزائريا، على الرغم من أنه خصّ المنازعات مع المتعاملين المتعاقدين الجزائريين بإمكانية التسوية أمام لجان التسوية الودية، دون المنازعات التي يكون فيها الطرف المتعاقد أجنبيا.

✓ إجازة المشرّع للتحكيم كآلية لتسوية منازعات الصفقات العموميّة، قد يؤثّر على مركز الإدارة وامتيازاتها، خاصّة بالنسبة للتحكيم الدولي، لما لأطراف المنازعة من حرية في اختيار القانون الواجب التطبيق عليها، ونتيجة لذلك اختيار هيئة التحكيم، فقد يؤدي اللجوء إلى التحكيم إلى تطبيق قانون أجنبي قد لا يراعي طبيعة وخصوصية الصفقات العمومية.

✓ مساهمة القضاء الإداري في تعيين هيئة التحكيم، ومساهمته في مهر أحكام التحكيم بالصيغة التنفيذية، كما أن القضاء يتدخل في أحكام التحكيم المخالفة للنظام العام، عن طريق الاستئناف في أحكام التحكيم الداخلي، مما يترتب عليه أن اللجوء إلى التحكيم من دون جدوى، خاصة عندما يعاد النظر من جديد في النزاع من طرف مجلس الدولة كجهة استئناف.

✓ في حال فشل الطرق الودية، فإن آلية اللجوء إلى التسوية القضائيّة، من خلال القضاء الإداري، والتي أخضعها المشرّع للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، على اعتبار أن المشرّع لم ينصّ على ذلك، لا في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، ولا في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، فإن الجهات المختصة بذلك هي المحاكم الإداريّة، والتي تدخل في اختصاصها دعاوى القضاء الكامل، والتي تمارس أكثر في مرحلة تنفيذ الصفقة العموميّة.

✓ يمكن للقاضي الاستعجالي أن يمنح التسبيق المالي المطلوب للمدّعي، دون حاجة إلى وجوب تبرير ذلك بوجود حالة استعجاليّة، على خلاف ذلك في الدعوى الاستعجاليّة التي تتطلّب ضرورة توافر حالة الاستعجال كشرط لرفعها.

وانطلاقاً من النتائج التي تم التوصل إليها، ارتأينا وضع بعض الاقتراحات، والمتمثلة في:

✓ نقترح على المشرع إعطاء أهمية للمرحلة السابقة على التعاقد، من خلال ضبط مرحلة التحديد المسبق للحاجات وفق معايير محددة ودقيقة، والتركيز على مرحلة إعداد دراسات الجدوى وإعداد دفاتر الشروط، لمنع التحايل والغش، ولتجنب التعديلات المتعددة على الصفقة، التي تسبب في هدر أموال الدولة وإرهاق قدرات المتعامل المتعاقد من جهة، وأن يرتب المسؤولية ليس فقط على المكلفين بإنجاز المشاريع ومراقبة التنفيذ، ولكن أيضاً على أولئك الذين قاموا بإعداد الدراسات المختلفة، وتحديد الحاجات المسبقة من جهة أخرى.

✓ ضرورة وضع دفتر شروط يتماشى مع المعطيات الجديدة للنشاط الإداري، والإسراع في إصدار دفاتر البنود الإدارية العامة الخاصة بباقي أنواع الصفقات العمومية الأخرى، كما سبق وأن أصدر المشرع للمرسوم التنفيذي رقم 219/21، يتعلق بالموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

✓ ضرورة إعادة النظر في تشكيلة لجنة تقييم وفتح الأظرفة، وضبط كل ما يتعلق بتشكيلها وتحديد النصاب القانوني لصحة اجتماعاتها (الاستقلال العضوي)، وضرورة إعادة النظر في اختصاصها (الاستقلال الوظيفي)، لضمان دورها الفعال في فرض رقابتها الإدارية القبلية على الصفقات العمومية.

✓ نقترح إعادة النظر في الثغرات القانونية المسببة للفساد المقتن، من خلال ضبط صيغ إبرام الصفقات العمومية، عن طريق توضيح الحالات الاستثنائية التي تؤدي إلى حالة الاستعجال الملح وحالة التراخي البسيط، والتي عادة ما تكون فرصة للتلاعب والفساد ولخدمة مصالح شخصية معينة، وبالتالي غياب المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين.

✓ ضرورة إدراج المنح المؤقتة في الصفقة العمومية المبرمة بالتراخي البسيط، مثلما هو الحال عليه في المنح المؤقت لتفويض المرفق العام، خاصة في ظل غياب الشفافية ومبدأ المنافسة في هذا الأسلوب، حماية للمال العام، وسد كل الثغرات القانونية التي تؤدي لحدوث الفساد وتوسيع مجاله.

✓ نقترح على المشرع ضرورة منح أهمية أكثر لاتفاقيات تفويض المرفق العام، والأخذ بعين الاعتبار التنسيق بين مختلف النصوص القانونية المنظمة للنشاط الاقتصادي والمنظمة للقطاع العام نظرا لوجود العديد من الثغرات القانونية في أحكام المرسوم التنفيذي رقم 199/18، ومعظم أحكامه جاءت تتسم بالعمومية.

✓ ضرورة تدارك المشرع عند التعديل اللاحق لقانون المنافسة (الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم)، مسألة إدراج عقود تفويض المرفق العام ضمن العقود التي تحكمها قواعد المنافسة، وهذا طبقا لما جاء به المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والرسوم التنفيذية رقم 199/18، يتعلق بتفويض المرفق العام.

✓ نظرا لتشعب وتعدد القوانين القطاعية المنظمة لعقد امتياز المرافق العامة، كأحد أهم تطبيقات تفويض المرفق العام، لابد من تعديلها وفقا لما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 199/18 فيما يخص الاعتماد على صيغة الطلب على المنافسة كقاعدة عامة، والتراضي كاستثناء على هذه القاعدة، مع مراعاة خصوصية كل مرفق.

✓ ضرورة تحديد أجل للإعلان عن الطلب على المنافسة، لأن القول بخلاف ذلك، يفسح المجال أمام الإدارة في التعسف في استعمال سلطتها التقديرية في تحديد أجل نشر الإعلان.

✓ ضبط وتحديد الحالات التي توجب على السلطة المفوضة من اللجوء إلى التفاوض، حتى لا تتعسف هذه السلطة في اختيار المفوض له، وتحديد عن الغاية من إبرام عقود تفويض المرفق العام وتتحول إلى مصالح شخصية ومحاباة.

✓ تفعيل وتكريس رقابة القضاء الإداري على مرحلة إبرام عقود تفويض المرفق العام، لأنها تشكل ضمانا لحماية المنافسة، وضبط إجراءاتها، والمنازعات التي تدخل في اختصاصه.

✓ ضرورة توسيع سلطات القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في عملية إبرام عقود تفويض المرفق العام، وتحديد المنازعات التي تدخل ضمن القضاء الاستعجالي، وهذا من أجل تفعيل دوره في تكريس الشفافية.

✓ ضرورة تفعيل وتشجيع استخدام التكنولوجيا الحديثة فيما يتعلق بالنشر الإلكتروني، وتبادل المعلومات والوثائق الكترونياً، من خلال الإسراع في تفعيل البوابة الالكترونية في عملية إبرام الصفقات العمومية وفي تفويض المرفق العام، وجعل اللجوء إلى النشر الإلكتروني إلزامياً، وليس اختيارياً، كما هو منصوص عليه في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وضرورة وضع نظام حماية دقيق، لحماية تعرّض المعلومات والوثائق إلى القرصنة، وكذا العمل على زيادة تدفق الانترنت لضمان المساواة بين المتنافسين في تقديم تعهّدهم وإضفاء الشفافية وتبسيط إجراءات التعاقد، كما أن التّعامل الإلكتروني يجعل من الصعب على الموظّفين التّلاعب بفترات النّشر ونطاقها، وحجم المعلومات المتعلّقة بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

✓ إعادة النظر في بعض الأحكام المنصوص عليها في القانون المتعلق بالمنافسة، بشكل يجعلها أكثر وضوحاً وبعيدة عن مختلف التأويلات (على سبيل المثال المواد 45، 48، 63)، ولا بدّ من إضفاء صفة الإلزامية على بعض أحكامه، لأنه طغت على مهام مجلس المنافسة صفة الجوازية مجرّد إمكانية، وهذا ما يفرغ مجلس المنافسة من الغاية التي أنشأ من أجلها في سبيل حماية المنافسة الحرّة والنزاهة، وضبط السوق.

✓ ينبغي على المشرّع توحيد مدّة الطّعن المتعلّقة بكل من الأوامر والتدابير المؤقتة الصادرة عن مجلس المنافسة، حتى لا تفقد الأوامر لطابعها الاستعجالي.

✓ ضرورة إعادة النّظر في إجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة، والتي نصّ عليها قانون المنافسة، لتتماشى مع القواعد الإجرائية التي نصّ عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، ونفس الأمر بالنسبة للاختصاص، لأن مجلس المنافسة منح الاختصاص لرئيس مجلس قضاء الجزائر في وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة في حالات الاستعجال، وهو ما يشكّل خروجاً عن القواعد العامة التي تنظّم القضاء الاستعجالي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، والذي منح الاختصاص للقضاء الاستعجالي للغرفة الاستعجالية لمجلس قضاء الجزائر.

✓ ضرورة إعادة النظر في سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام وذلك من خلال تنظيم أحكامها بدقة، وضبط حالات إعمالها، وبالتالي النصّ على الجزاء المترتب على الإدارة في حالة إساءة استعمالها لهذه السلطة.

✓ ضرورة مراجعة النصوص القانونية المتعلقة بالملحق، خاصة فيما يتعلق بمسألة التوازن المالي للصفقة، والسقف المالي للملحق، من خلال تسقيف النسب المئوية، التي لا يجب في أي حال أن يتجاوزها أي ملحق الذي يجب على الإدارة عدم تجاوزه، وتحديد الجزاء المترتب على مخالفتها.

✓ ضرورة إخضاع جميع الملاحق لرقابة هيئات الرقابة الخارجية القبلية للصفقات، ضمانا لمشروعية إبرامها، وحماية المال العام.

✓ تفعيل الرقابة القضائية بأنواعها في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

✓ ضرورة تعديل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 01/06 (المعدل والمتمم)، من حيث إدراج عقود تفويض المرفق العام ضمن القانون، ومعاقبة مرتكبي الجرائم المنصوص عليها، في حال ما توافرت أركان الجريمة.

✓ ضرورة سنّ قانون خاص بالمحاكم الإدارية للاستئناف، يتضمّن جميع الأحكام الخاصة بهذه الهيئة، على غرار القوانين العضوية المتعلقة بمجلس الدولة ومحكمة التنازع والمحاكم الإدارية.

✓ نقترح إسناد الاختصاص الابتدائي للمحكمة الإدارية للاستئناف للجزائر إلى المحاكم الإدارية على اعتبار أنها صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية، ويبقى اختصاص الاستئناف للمحكمة الإدارية للاستئناف في الجزائر.

✓ نقترح على المشرع أو القاضي الإداري، الفصل في مسألة مدى قابلية القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة عن الإدارة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، للطعن فيها بدعوى الإلغاء مقارنة بمجلس الدولة الفرنسي الذي فصل في هذه المسألة.

✓ ضرورة مراجعة المشرع لنص المادة 202 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، في تعديلاته اللاحقة، والتي تتعلق بتجاوز مقرر رفض التأشير، في حالة مخالفة التنظيم، لما تشكّله من خطورة

كبيرة في مجال إبرام الصفقات العمومية، عند مخالفة الإدارة للمبادئ العامة المقررة في المادة 05 منه، وللقواعد المتعلقة بمنح الصفقة العمومية، وللرقابة.

✓ ينبغي على المشرع النص صراحة في المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على ضرورة لجوء أطراف الصفقة العمومية إلى التسوية الودية لحل النزاعات، ولا يقتصر الأمر فقط بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، فالأمر وجوبي بالنسبة لكل طرف في الصفقة، وهذا ما أخذ به المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 199/18، يتعلق بتفويض المرفق العام، حيث أنه ألزم الطرفين إلى اللجوء إلى لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة.

✓ ضرورة تفعيل دور لجان التسوية الودية للنزاعات، من خلال إبراز القيمة القانونية للرأي وإلزام أطراف العلاقة التعاقدية به.

✓ ضبط الإجراءات الخاصة بطلب التحكيم بالنسبة للتحكيم الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون رقم 09/08 المعدل والمتمم)، واشتراط الموافقة المسبقة لمجلس الحكومة بناء على اقتراح من الوزير المعني، بما يتماشى مع ما جاء به تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، خاصة لما للتحكيم الدولي من خطر على سيادة الدولة، وعلى استبعاد قانونها من التطبيق.

✓ إزالة التناقض الموجود بين المادتين 03/1006 والمادة 975، مع مراعاة التعديل الوارد على المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، بتوحيد مجال التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة.

✓ ضبط كل القواعد الموضوعية والإجرائية للتحكيم في مجال الصفقات العمومية، خاصة أن المشرع أخضع المنازعة المطروحة للتحكيم إلى نفس الأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية، وهذا ما يجعلنا نتساءل، هل الخصومة التحكيمية هي نفسها الخصومة القضائية؟

✓ تعديل المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حتى تتكيف أحكامها مع أحكام المادة 800 من القانون رقم 09/08 المعدل بموجب القانون رقم 13/22، حيث أنه من غير المنطقي أن تكون المؤسسات العمومية التي تخضع للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة



أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية خاضعة لأحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وفي حالة النزاع يؤول فيها الاختصاص للقضاء العادي.

✓ ضرورة تعديل المادة 804 من القانون رقم 09/08 (المعدل والمتمم)، ورفع التكرار عنها حيث أن المشرع نجده في تحديده للاختصاص الإقليمي لمنازعات الأشغال، قام بتكرار هذا الاختصاص في ثلاث حالات، حتى لا يقع المتقاضي في إشكالات عملية في تحديد الجهة المختصة التي يرفع أمامه دعواه.

في إطار جملة الاقتراحات المتعلقة بالتعديل في أحكام العديد من النصوص القانونية، التي كانت لها علاقة بدراستنا، يمكن اختصار ذلك ب: ضرورة التنسيق بين مختلف النصوص القانونية منعا للتناقض والتضارب والغموض، لاسيما ما يتعلق بالمرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمرسوم التنفيذي رقم 199/18، يتعلق بتفويض المرفق العام، والأمر رقم 03/03، يتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، والقانون رقم 09/08، يتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية (المعدل والمتمم)، والقانون رقم 01/06، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (المعدل والمتمم).

✓ ضرورة الحرص على تكوين فعلي للموظفين عن طريق دورات تكوينية دورية، من خلال العمل على تدريبهم، وإعادة رسكلة معلوماتهم بما يتلاءم والتغيرات المعرفية والعملية، خاصة في مجال التعاقد الإلكتروني، وبرمجة تظاهرات علمية تتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام والاهتمام ببناء فرد على أسس أخلاقية.

في الأخير، فإن العنصر المميز للحرية التعاقدية في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، هو الإطار التشريعي، فلا تخلو كل مرحلة من مراحل إبرام الصفقات العمومية، إلا ونجد أن المشرع قد تدخل وفرض قيودا وإجراءات صارمة في إطار احترام مبدأ حرية المنافسة بهدف تحقيق المصلحة العامة، حتى فيما يخص الأحكام الموضوعية المتعلقة بمرحلة تنفيذ الصفقة العمومية واتفاقية تفويض المرفق، فالحرية التعاقدية للإدارة مقيدة على الرغم من تمتعها بامتيازات السلطة العامة، التي لا نظير لها في القانون الخاص.

إذ أن الحرية التعاقدية للإدارة كغيرها من الحريات، تخضع للتقييد من أجل حماية المصلحة العامة، ولهذا فهي مقيدة بأحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وبينود الصفقة والاتفاقية، وكذلك مقيدة بما تضمنه دفتر الشروط من شروط تتعلق بالإبرام والتنفيذ، لضمان حسن تنفيذهما.

**تم بحمد الله وعونه.**

## أولاً: المصادر والمراجع باللغة العربية

### \*المصادر

#### 1. النصوص التشريعية الوطنية

##### • الدستور

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية، العدد76، الصادرة في 08 ديسمبر 1996.
- 2- القانون رقم 01/16، المؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد14، الصادرة في 07 مارس 2016.
- 3- المرسوم الرئاسي رقم 442/20، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، الجريدة الرسمية، العدد82.

##### • القوانين العضوية

- 1- القانون العضوي رقم 01/98، المؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة، الجريدة الرسمية، العدد37، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 13/11، المؤرخ في 26 جويلية 2001، الجريدة الرسمية، العدد43، الصادرة في 03 أوت 2001، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 11/22، المؤرخ في 09 جوان 2022، الجريدة الرسمية، العدد41، الصادرة في 16 جوان 2022.

##### • الأوامر

- 1- الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية (الملغى)، الجريدة الرسمية، العدد47، الجريدة الرسمية، الصادرة في 09 جوان 1966.
- 2- الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات (المعدل والمتمم) السنة الثالثة، الجريدة الرسمية، العدد49، الصادرة في 11 جوان 1966.
- 3- الأمر رقم 90/67، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية (الملغى)، الجريدة الرسمية، العدد52، الصادرة في 27 جوان 1967.

4- الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، العدد78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05، المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية، العدد44، الصادرة في 26 جوان 2005، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، العدد31.

5- الأمر رقم 59/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية، العدد78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 20/15، المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، الجريدة الرسمية، العدد71، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/22، المؤرخ في 05 ماي 2022، الجريدة الرسمية، العدد32، الصادرة في 14 ماي 2022.

6- الأمر رقم 20/95، المؤرخ في 17 جويلية 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية، العدد 39، الصادرة في 23 جويلية 1995، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/10 المؤرخ في 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية، العدد50، الصادرة في 01 سبتمبر 2010.

7- الأمر رقم 03/03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، الجريدة الرسمية، العدد43، الصادرة في 20 جويلية 2003.

8- الأمر رقم 03/06، المؤرخ في 15 جويلية 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد46.

9- الأمر رقم 15/11، المؤرخ في 02 أوت 2011، يعدل ويتمم القانون رقم 01/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، العدد44، الصادرة في 10 أوت 2011.

#### • القوانين العادية

1- القانون رقم 08/90، المؤرخ في 11 أفريل 1990، يتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد15 ملغى بموجب القانون رقم 10/11، المؤرخ في 22 جوان 2011، الجريدة الرسمية، العدد37 الصادرة في 03 جويلية 2011.

2- القانون رقم 21/90، المؤرخ في 15 أوت 1990، المتعلق بالمحاسبة العمومية (المعدل والمتمم)، الجريدة الرسمية، العدد35.

- 3- القانون رقم 10/03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية، العدد 43، الصادرة في 20 جويلية 2003.
- 4- القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (المعدل والمتمم)، الجريدة الرسمية، العدد 41.
- 5- القانون رقم 12/05، المؤرخ في 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية، العدد 60 الصادرة في 04 سبتمبر 2005، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/08، المؤرخ في 23 جانفي 2008، الجريدة الرسمية، العدد 04، الصادرة في 27 جانفي 2008، وبالقانون رقم 02/09، المؤرخ في 22 جويلية 2009، الجريدة الرسمية، العدد 26، الصادرة في 26 جويلية 2009.
- 6- القانون رقم 01/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (المعدل والمتمم)، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.
- 7- القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المعدل والمتمم)، الجريدة الرسمية، العدد 21.
- 8- القانون رقم 03/09، المؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الجريدة الرسمية، العدد 15.
- 9- القانون رقم 01/09، المؤرخ في 25 فيفري 2009، يعدل ويتمم الأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة في 08 مارس 2009.
- 10- القانون رقم 12/08، المؤرخ في 25 جوان 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 36، الصادرة في 02 جويلية 2008.
- 11- القانون رقم 13/22، المؤرخ في 12 جويلية 2022، الجريدة الرسمية، العدد 48، الصادرة في 17 جويلية 2022، يعدل ويتمم القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

• المراسيم الرئاسية

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 44/96، المؤرخ في 17 جانفي 1996، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة (الملغى)، الجريدة الرسمية، العدد 05.

- 2- المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (الملغى)، الجريدة الرسمية، العدد 52، الصادرة في 28 جويلية 2002.
- 3- المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 58، الصادرة في 07 أكتوبر 2010.
- 4- المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

• المراسيم التنفيذية

- 1- المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (الملغى)، الجريدة الرسمية، العدد 57، الصادرة في 13 نوفمبر 1991.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 414/92، المؤرخ في 14 نوفمبر 1992، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلزم بها، الجريدة الرسمية، العدد 82.
- 3- المرسوم التنفيذي رقم 227/98، المؤرخ في 13 جويلية 1998، يتعلق بنفقات الدولة للتجهيز الجريدة الرسمية، العدد 51، الصادرة في 15 جويلية 1998.
- 4- المرسوم التنفيذي رقم 219/05، المؤرخ في 22 جوان 2005، المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، الجريدة الرسمية، العدد 43.
- 5- المرسوم التنفيذي رقم 53/08، المؤرخ في 09 فيفري 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلقة به، الجريدة الرسمية، العدد 08، الصادرة في 13 فيفري 2008.
- 6- المرسوم التنفيذي رقم 148/09، المؤرخ في 02 ماي 2009، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 227/98، المؤرخ في 13 جويلية 1998، يتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، الجريدة الرسمية العدد 26، الصادرة في 03 ماي 2009.
- 7- المرسوم التنفيذي رقم 242/11، المؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، الجريدة الرسمية، العدد 39.
- 8- المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المؤرخ في 02 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام الجريدة الرسمية، العدد 48، الصادرة في 05 أوت 2018.

- 9- المرسوم التنفيذي رقم 219/21، المؤرخ في 20 ماي 2021، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، الجريدة الرسمية، العدد 50 الصادرة في 24 جوان 2021.
- 10- المرسوم التنفيذي رقم 435/22، المؤرخ في 11 ديسمبر 2022، يحدد دوائر الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 84، الصادرة في 14 ديسمبر 2022.

• القرارات الوزارية

- 1- القرار، المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال والنقل، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة في 19 جانفي 1965.
- 2- القرار، المؤرخ في 28 مارس 2011، يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24 الصادرة في 20 أبريل 2011.
- 3- القرار، المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره الجريدة الرسمية، العدد 24، الصادرة في 20 أبريل 2011.
- 4- القرار، المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد نموذج الالتزام بالاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 24، الصادرة في 20 أبريل 2011.
- 5- القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 07 مارس 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ، الجريدة الرسمية، العدد 48، الصادرة في 24 أوت 2011.
- 6- القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 02 أوت 2011، يحدد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم بطبيعتها اللجوء إلى طلب العروض، الجريدة الرسمية، العدد 06، الصادرة في 12 فيفري 2012.

- 7- القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 27 نوفمبر 2013، يحدد كميّات تطبيق الالتزام بالاستثمار بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الأجانب، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة في 09 أبريل 2014.
- 8- القرار، المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد كميّات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 17، الصادرة في 16 مارس 2016.

### • التعليمات

- 1- التعليمات الوزارية رقم 842/3.94، المؤرخة في 07 سبتمبر 1994، الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.

### II. نصوص التشريعات المقارنة

- 1- الأمر عدد 1039 لسنة 2014، المؤرخ في 13 مارس 2014، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادر في 18 مارس 2014، المعدل والمتمم بالأمر الحكومي، عدد 416 لسنة 2018، الصادر في 11 ماي 2018، عدد 38.
- 2- المرسوم رقم 2-12-349، المؤرخ في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013)، يتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، رقم 6140، الصادرة في 04 أبريل 2013.
- 3- ظهير شريف رقم 1.06.15، الصادر في 14 فيفري 2006، بتنفيذ القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة.

## \* المراجع

### III. الكتب

- 1- إبراهيم صباح رحيم، معوقات تنفيذ العقود الإدارية وآثارها في تنفيذ العقد، الطبعة 01 منشورات الزين الحقوقية، العراق، 2020.
- 2- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام -دراسة تحليلية مقارنة-، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2014.
- 3- آسية الحراق، الإدارة الإلكترونية بالمغرب (الصفقات العمومية نموذجاً)، الطبعة 01، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، (دون سنة النشر).
- 4- إلياس ناصيف،، عقد B.O.T، (دون طبعة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006.



- 5- النوي خرشي، الصفقات العمومية-دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية- (دون طبعة)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
- 6- إيمان بن وطاس، مسؤولية العون الاقتصادي في ظل التشريعين الجزائري والفرنسي (دون طبعة)، دار هومة للطباعة، الجزائر، 2012.
- 7- بشار جميل عبد الهادي، العقد الإداري-الجوانب القانونية والإدارية والأدبية- دراسة تحليلية وحلول مقترحة-، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015.
- 8- بشير علي باز، السلطات الاستثنائية لجهة الإدارة في العقد الإداري-دراسة مقارنة- الطبعة 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2018.
- 9- بلعيد بلجيلالي، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، (دون طبعة) النشر الجامعي الجديد، تلمسان، 2018.
- 10- حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال بين ضيق نصوص قانون المناقصات والمزيادات ورحابة الواقع العملي، (دون طبعة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2015.
- 11- حسين طاهري، قضاء الاستعجال فقها وقضاء - مدعما بالاجتهاد القضائي المقارن- (دون طبعة)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 12- خالد بالجيلالي، الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية، (دون طبعة)، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017.
- 13- خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، (دون طبعة) دار الخلدونية، الجزائر، 2017.
- 14- دحو كراش، الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري والفرنسي، (دون طبعة) النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2017.
- 15- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها- دراسة مقارنة-، الطبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

- 16- ريم علي إحسان محمد الغزاوي، وسائل إبرام العقود الإدارية وصورها - دراسة مقارنة-، (دون طبعة)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2017.
- 17- زهير مصطفى صالح، مظاهر سلطات الإدارة في عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) - دراسة مقارنة-، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، (دون سنة نشر).
- 18- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري-دراسة مقارنة-، (دون طبعة)، دار الفكر العربي مصر، 2007.
- 19- \_\_\_\_\_، الأسس العامة للعقود الإدارية، (دون طبعة)، دار الفكر العربي، مصر 2008.
- 20- سمير عبد العالي، الصفقات العمومية والتنمية، الطبعة 01، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، المغرب، 2010.
- 21- سهام بن دعاس، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، (دون طبعة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019.
- 22- شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد، الطبعة 01، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2013.
- 23- صادق موريس، قانون المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، (دون طبعة)، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1999.
- 24- صفاء فتوح جمعة، الطبيعة الاستثنائية للجزاءات في العقود الإدارية والقيود الواردة على الإدارة في توقيعها" تقاضي بلا قاض"، الطبعة 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر 2019.
- 25- عبد الحق غلاب، التحكيم في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري- في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15-، (دون طبعة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2017.
- 26- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية- الإبرام، التنفيذ، المنازعات- (دون طبعة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.

- 27- \_\_\_\_\_، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما (دون طبعة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 28- عثمان ياسر علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، الطبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015.
- 29- علاء الدين عشي، مدخل للقانون الإداري، (دون طبعة)، دار الهدى للنشر والتوزيع الجزائر، 2012.
- 30- علي حمزة عباس الغانمي، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، الطبعة 01، دار السنهوري، لبنان، 2016.
- 31- علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء 02، الطبعة 02 مكتبة الظين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2014.
- 32- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة 02، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، 2007.
- 33- \_\_\_\_\_، الصفقات العمومية في الجزائر-دراسة تشريعية وقضائية وفقهية- الطبعة 02، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 34- \_\_\_\_\_، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15 القسم الأول، الطبعة 05، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- 35- \_\_\_\_\_، المرجع في المنازعات الإدارية- دراسة مدعمة بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع-، القسم الثاني: الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية، الطبعة 03، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
- 36- عمارعوابدي، القانون الإداري، (دون طبعة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- 37- \_\_\_\_\_، القانون الإداري (النشاط الإداري)، (دون طبعة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 38- \_\_\_\_\_، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، (دون طبعة)، دار هومة، الجزائر، 2004.

- 39- \_\_\_\_\_، القانون الإداري، الجزء 02، الطبعة 06، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2016.
- 40- عمر غول، عقد الامتياز البلدي في القانون الجزائري، (دون طبعة)، النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2020.
- 41- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، (دون طبعة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2016.
- 42- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المناقصة العامة والإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري- دراسة مقارنة-، (دون طبعة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018.
- 43- مجدي الشامي، العقد الإداري بين سلطة التعديل والرقابة القضائية، الطبعة 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2018.
- 44- محمد أحمد الأرنؤوط، دور القاضي الإداري في حماية حقوق وسلطات الإدارة ومدى جواز تعديل المقابل المالي للمتعاقد في أطراف العقد الإداري-دراسة مقارنة-، الطبعة 01، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018.
- 45- محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، (دون طبعة) دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- 46- محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر رقم 03/03 والقانون رقم 02/04، (دون طبعة)، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 47- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، (دون طبعة)، دار العلوم، الجزائر، 2005.
- 48- \_\_\_\_\_، القرارات والعقود الإدارية، (دون طبعة)، دار العلوم للنشر والتوزيع عناية، الجزائر، 2017.
- 49- محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، (دون طبعة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 50- محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الطبعة 01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

- 51- محمد علي الخلايلة، القانون الإداري (الكتاب الثاني) -الوظيفة العامة، القرارات الإدارية العقود الإدارية، الأموال العامة-، (دون طبعة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015.
- 52- محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، الطبعة 01، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
- 53- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010.
- 54- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، (دون طبعة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 55- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري-دراسة مقارنة-، الطبعة 02، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
- 56- مونية جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية-وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15- المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
- 57- نبيل ازرايب، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري الطبعة 01، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، 2018.
- 58- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية-دراسة تطبيقية-، الطبعة 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
- 59- هيبه سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، الطبعة 01، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، مصر، 2009.
- IV. أطروحة الدكتوراه**
- 1- الشريف شريفي، النظام المالي للعقد الإداري-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014/2013.
- 2- ببو خلاف، حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2020/2019.

- 3- بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2014/2013.
- 4- جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمّر، تيزي وزو، السنة الجامعية 2013/2012.
- 5- سعاد بن سريّة، الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص: إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2019/2018.
- 6- حبيبة عتيق، القرارات الإدارية المنفصلة-دراسة نظرية تطبيقية-، أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2019/2018.
- 7- حسام الدين بركيبة، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، رسالة دكتوراه (ل.م.د) في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2019/2018.
- 8- حنان خمليشي، المنازعات المتعلقة بصفقات الأشغال، أطروحة دكتوراه علوم، فرع: التجريم في الصفقات العمومية، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجيلالي ليايس سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2020/2019.
- 9- حنان عطوي، دور قاضي الاستعجال في منازعات الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه علوم تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2020/2019.
- 10- سفير حاجة كحلة، بطلان الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن خلدون، تيارت، السنة الجامعية 2021/2020.

- 11- سليم قديان، سلطة القاضي الإداري في مراقبة التوازن العقدي في ظل قانون الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص: القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 السنة الجامعية 2022/2021.
- 12- سمير بوعنق، تفويض المرفق العام في ضوء قانون الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص: القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، السنة الجامعية 2022/2021.
- 13- سمية سلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في الحقوق، تخصص: قانون إداري، السنة الجامعية 2021/2020.
- 14- صونية نايل، التسيير المفوض لمرفق الري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه (ل.م.د) في الحقوق، فرع: القانون الإداري، تخصص: نشاط إداري والمسؤولية الإدارية، جامعة العربي التبسي، تبسة، السنة الجامعية 2017/2016.
- 15- عائشة خلدون، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية -دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2016/2015.
- 16- عبد الرزاق مرابط، التراضي في إبرام الصفقات العمومية - دراسة في القانون المقارن الجزائر وفرنسا-، أطروحة دكتوراه (ل.م.د)، تخصص: قانون المرفق العام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، السنة الجامعية 2019/2018.
- 17- عبير مزغيش، الآليات القانونية لحماية المنافسة الحرة من الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات الاقتصادية، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2016/2015.
- 18- فوزية هاشمي، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين-دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه علوم، تخصص: علوم قانونية، فرع: التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2018/2017.

16- كمال العطاروي، دور القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة السنة الجامعية 2018/2017.

17- مليكة موساوي، المؤسسة العمومية الاقتصادية بين تطبيق قانون الصفقات العمومية وحرية التعاقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2018/2017.

#### V. رسائل الماجستير

1- ثامر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في استعمال صلاحياتها في تعديل العقد الإداري-دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2011.

2- حكيم طيبون، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه تخصص: الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، السنة الجامعية 2013 /2012.

3- سهام شقطني، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، الفرع: القانون العام، التخصص: قانون إداري، جامعة باجي مختار عنابة، السنة الجامعية 2011/2010.

4- فايزة عمايدية، مبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص: قانون الإدارة العامة، كلية العلوم السياسية والقانونية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2013/2012.

5- كريمة خلف الله، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص: قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، السنة الجامعية 2013/2012.

6- مراد زوايد، النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري مذكرة ماجستير، شعبة: الحقوق الأساسية والعلوم السياسية، تخصص: إدارة ومالية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2012/2011.



7- ياسين بوشارب، الصفقات العمومية والبيئية، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص: قانون البيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف2، السنة الجامعية 2018/2017.

## VI. المقالات العلمية

1- أسماء بن لشهب، " مجلس المنافسة كآلية لترقية وحماية المنافسة من الممارسات المقيدة لها" مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 01، العدد 01، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1 ديسمبر 2016.

2- أسماء بنور، قويدر منقور، " الحدود الفاصلة بين أحكام الصفقات العمومية وتقيضات المرفق العام"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 28، جامعة محمد خيضر، بسكرة، نوفمبر 2021.

3- الخير بوضياف، "الرقابة الداخلية في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الدراسات القانونية والبحوث القانونية، المجلد 03، العدد 04، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018.

4- الزهرة حقريف، أحمد قداري، زكرياء مسعودي، " إبرام الصفقات العمومية عن طريق طلب العروض في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مجلة الدراسات التجارية والاقتصادية المعاصرة، المجلد 02، العدد 02، جامعة بن خلدون، تيارت، جويلية 2019.

5- السعيد سليمان، " التسوية الودية للنزعات في مجال تقيض المرفق العام المحلي"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، جوان 2021.

6- الشريف شريفي، " الصفقة العمومية بناء على إجراء التراضي- قراءة في تقنين الصفقات العمومية-" مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 02، جامعة محمد بوضياف المسيلة، جوان 2016.

7- إلهام زاير، " تقديم العروض كإجراء أولي لإبرام الصفقات العمومية واحترام قواعد المنافسة" مجلة الباحث في العلوم القانونية والسياسية، العدد 02، جامعة محمد الشريف مساعدي، سوق أهراس 2019.

8- آمنة مخانشة، " الممارسات المنافية للمنافسة: بين الحظر والإباحة"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 01، العدد 01، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، ديسمبر 2016.

- 9- \_\_\_\_\_، " الحماية المؤسسية لمبدأ المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 04، العدد 01، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 01، جوان 2019.
- 10- أمينة لميز، " التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مجلة الحوار الفكري، الطبعة 13، العدد 15، جامعة أحمد درارية، أدرار جوان 2018.
- 11- إيمان بعلي، " القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية في التشريع الجزائري- قرار المنح المؤقت نموذجاً-، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01 جامعة محمد بوضياف، المسيلة، جوان 2021.
- 12- بدرة لعور، " حماية المنافسة من التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة للمستهلكين وفقا لقانون المنافسة الجزائري" مجلة المفكر، المجلد 09، العدد 01، جامعة محمد خيضر بسكرة، جانفي 2014.
- 13- بدير يحي، " تحريك مسؤولية الإدارة عن إخلالها بالضوابط القانونية لاختيار المتعاقد معها- حماية الغير لمبدأ المشروعية في المرحلة السابقة على التعاقد-"، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 04، العدد 02، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سبتمبر 2019.
- 14- بشير الشريف شمس الدين، " قضاء الاستعجال في مادة التسبيق المالي-مقاربة مقارنة بين القانونين الجزائري والفرنسي-"، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 17، العدد 01، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2020.
- 15- بوزيد بن محمود، " تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 06، المركز الجامعي تمنراست، نوفمبر 2018.
- 16- تافرونت عبد الكريم، " القواعد المنظمة لمبادئ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري" مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 03، العدد 01، جامعة عباس لغرور، خنشلة جانفي 2016.
- 17- جلال مسعد، " دور مجلس المنافسة في ضبط السوق وتوجيه سلوك الأعوان الاقتصاديين" مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، جامعة محمد خيضر، بسكرة، أكتوبر 2021.

- 18- حبيبة عتيق، " أهم المبادئ المؤطرة لعملية اختيار المتعامل المتعاقد"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس، المدينة سبتمبر2017.
- 19- حسينة غواس، " دور القاضي الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد13، العدد التسلسلي 28، جامعة محمد خيضر، بسكرة، نوفمبر2021.
- 20- حكيم وعيل، " ارتباط الصفقات العمومية بالتشريع المعمول به في القانون الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد11، العدد02، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي سبتمبر2020.
- 21- حكيمة حمدي، ياسين قوتال، " القيود الواردة على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعامل الاقتصادي-الضمانة القضائية نموذجاً-"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد09 العدد01، جامعة عباس لغرور، خنشلة، 2022.
- 22- حليلة بروك، " دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية"، مجلة المفكر، العدد11، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سبتمبر2014.
- 23- حمزة خضري، " الإجراءات السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد04، العدد03، المركز الجامعي، تمنراست سبتمبر2015.
- 24- حميدة سهتالي، سامية حساين، " دور لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض في التصدي للممارسات المنافسة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة المجلد07، العدد02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، جوان2021.
- 25- حنان عطوي، " إشكالات الاختصاص النوعي لمادة الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مجلة آفاق علمية، المجلد11، العدد02، المركز الجامعي، تمنراست، 2019.
- 26- حنان مسكين، بن أحمد الحاج، " تدخل الدولة في عملية تحديد الأسعار كقيد لحرية المنافسة في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد32، العدد04، جامعة محمد خيضر، بسكرة ديسمبر2021.

- 27- حورية جاوي، " حماية البيئة في إطار الصفقات العمومية"، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، المجلد 03، العدد 01، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2015.
- 28- خديجة قاسمي، نبيل صالح عرباوي، " دور القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 02، المركز الجامعي صالح أحمد النعام، جوان 2018.
- 29- خيرة بن سالم، " تفعيل الاستثمار الأجنبي في عقود الصفقات العمومية-قراءة في نص المادة 84 من المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"- مجلة الحقوق والحريات، العدد 03، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ديسمبر 2016.
- 30- \_\_\_\_\_، " نحو ترشيد النفقات وتعزيز مبادئ عقود الصفقات-قراءة في مرسوم رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"-، مجلة صوت القانون المجلد 05، العدد 01، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، أبريل 2018.
- 31- رافع لموي، "مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري"، مجلة الشريعة والاقتصاد المجلد 08، العدد 01، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، جوان 2019.
- 32- رشيد شمشم، محمد لمين مجرالي، " التحكيم كضمان قانوني لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية في مجال الصفقات العمومية"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 05 جامعة يحيى فارس، المدية، جوان 2018.
- 33- زبير بن النوي، " التسوية القضائية للمنازعات الناتجة عن الصفقات العمومية المخالفة للقانون"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 02، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ديسمبر 2022.
- 34- سامية حساين، " قراءة نقدية في تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15 والمرسوم التنفيذي 199/18"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 02 جامعة بن خلدون، تيارت، 2019.
- 35- سعاد بن زيان، "التراضي إجراء استثنائي في إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري" مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، جامعة محمد خيضر، بسكرة، أكتوبر 2021.

- 36- سعاد بن سريّة، " أسلوب الطلب على المنافسة كقاعدة عامة لإبرام عقود تفويضات المرفق العام في الجزائر"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 08، العدد 01، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف 2022.
- 37- سعاد رايح، " تقنية تفويض المرافق العامة في التجربة القانونية الجزائرية"، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد 04، العدد 01، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، جانفي 2018.
- 38- سعد لقليب، النوي بن الشيخ، " حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 247/15"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 06، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، جوان 2017.
- 39- سلام بن حفاف، ساعد العقون، " مظاهر تفوق الإدارة في مرحلة تنفيذ عقد الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2021.
- 40- سليم بلحاج، " سلطات المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 05، العدد 01، المركز الجامعي، بركة، 2022.
- 41- سليمان رمضاوي، " الحرية التعاقدية للأشخاص العامة"، مجلة معارف، السنة 08، العدد 16، جامعة البويرة، جوان 2014.
- 42- سليمة جدي، "منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة الإشراف والمراقبة"، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد 10، جامعة باتنة 01 جانفي 2017.
- 43- سمية سلامي، " الإجراءات السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، العدد 04، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020.
- 44- سميرة بن خليفة، " الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 09، العدد 02، جامعة غرداية، 2016.

- 45- سناء منيغر، عبد الغاني بوالكور، " ضبط وتحديد الحاجات بمناسبة إبرام الصفقات العمومية"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 02، العدد 03، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، 2017.
- 46- سهام بن دعاس، "سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية بين التقدير والتقييد"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 14، العدد 01، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة 2022.
- 47- \_\_\_\_\_، "أحكام فسخ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، المركز الجامعي، تيبازة، 2020.
- 48- شوقي يعيش تمام، " سلطات القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية في النظام القانوني الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 09، جامعة عباس لغرور، خنشلة، جانفي 2018.
- 49- صليحة بن عودة، " تفعيل دور التحكيم كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية"، مجلة أكاديميا، العدد 04، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2016.
- 50- عادل قرانة، فارس بوحديد، " مبدأ التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، المجلد 15 العدد 02، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2021.
- 51- عبد الحق غلاب، " التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد 04، المركز الجامعي، تندوف، جوان 2018.
- 52- عبد الحفيظ مانع، " الآثار المترتبة على قرار إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة ومدى خضوعها للرقابة القضائية"، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد 08 العدد 02، جامعة الجيلالي ليايس، سيدي بلعباس، ديسمبر 2022.

- 53- عبد الحليم مجدوب، " سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة" المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 02، العدد 02، جامعة أبو بكر بلقايد، جامعة تلمسان سبتمبر 2017.
- 54- عبد الحليم بوقرين، "حظر الممارسات المقيدة للمنافسة"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية العدد 06، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، نوفمبر 2011.
- 55- عبد المالك بوفلجة، " الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام"، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 15، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سبتمبر 2015.
- 56- عبد النور زيدان، " الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية"، مجلة صوت القانون، المجلد 05، العدد 01، جامعة خميس مليانة، أبريل 2018.
- 57- عماد عجابي، " تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 04، جامعة الحاج لخضر، باتنة 01، ديسمبر 2014.
- 58- عمر خالدي، بشير بن مالك، " سلطة الرقابة كآلية لحماية المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 06، العدد 04، جامعة زيان عاشور الجلفة 2021.
- 59- عبد اللطيف رزايقية، " دعاوى الصفقات العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08، العدد 01، المركز الجامعي تمنراست، 2019.
- 60- عبد الوهاب دراج، " دور إعمال المنافسة في مرحلة تكوين الصفقة العمومية في الحفاظ على المال العام من خلال المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 10، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، جوان 2018.
- 61- عبد الوهاب علاق، "آثار هامش الأفضلية على مبدأ المنافسة في الصفقات الدولية"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 13، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2017.

- 62- فارس بن ررقق، فاروق سحنون، "دور المحاسب العمومي في الرقابة على الصفقات العمومية في الجزائر"، المجلة الجزائرية للأبحاث الاقتصادية والمالية، المجلد 02، العدد 02، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2019.
- 63- فارس بوكروخ، "الالتزام بالاستثمار في قانون الصفقات العمومية الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد 01، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2020.
- 64- فاطيمة عاشور، "طرق إبرام الصفقات العمومية ضمانا قانونية لتحقيق مبدأ المنافسة والشفافية"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 04، العدد 01، جامعة يحي فارس، المدية جانفي 2018.
- 65- فاطمة محمودي، "القرارات الفاصلة في الأوامر والتدابير المؤقتة الصادرة عن مجلس المنافسة"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 09، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، مارس 2018.
- 66- فاطمة موساوي، "دور القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، جامعة محمد بوضياف، المسيلة سبتمبر 2018.
- 67- فهيمة بلول، "المستجدات الإجرائية في المادة الإدارية -دراسة على ضوء القانون رقم 13/22 الذي يعدل ويتم القانون رقم 09/08-"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 07 العدد 04، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ديسمبر 2002.
- 68- فوزية هاشمي، "سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها" المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 01، جامعة عمار ثلجي، الأغواط 2018.
- 69- كوثر بن ملوكة، "النظام القانوني للملحق في الصفقات العمومية-دراسة مقارنة بين المرسوم الرئاسي 247/15 والمرسوم الرئاسي رقم 236/10-الملغى-"، مجلة مجاميع المعرفة، المجلد 03 العدد 02، المركز الجامعي، تندوف، أكتوبر 2017.
- 70- ليندة بلحارث، "دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة"، مجلة المعارف، المجلد 11 العدد 21، ديسمبر 2016.



- 71- محمد أمين تيراوي، " تفعيل مبدأ التنافس في مجال الصفقات العمومية كآلية لترشيد الإنفاق العام"، مجلة دفاتر البحوث العلمية، المجلد 07، العدد 01، المركز الجامعي، تيبازة، جوان 2019.
- 72- محمد بودالي، رقية برباوي، " التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 03 العدد 05، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت، جوان 2018.
- 73- محمد حمودي، " تعديل السعر في الصفقة العمومية -التحيين والمراجعة- دراسة في إطار المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 09، جامعة محمد بوضياف، المسيلة مارس 2018.
- 74- محمد دحماني، "طرق إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15" المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، الطبعة 04، العدد 02، جامعة أبو بكر بلقايد، جامعة تلمسان سبتمبر 2019.
- 75- محمد دمانة، مريم الحاسي، " تبرير الاتفاقات المقيدة للمنافسة وفقا للأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 02، جامعة عمار ثلجي، غرداية جوان 2015.
- 76- محمد عبد الوهاب، جمال رواب، " الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 03 العدد 01، جامعة زيان عاشور، الحلقة، مارس 2018.
- 77- محمد عيساوي، توفيق بوسبعين، " مبدأ المنافسة الحرة في الصفقات العمومية بأسلوب طلب العروض"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، ديسمبر 2020.
- 78- محمد لمين مجرالي، " التحكيم في منازعات الصفقات العمومية كضمان قانوني لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 13، جامعة الحاج لخضر باتنة 01، جويلية 2018.

- 79- مصطفى زناتي، " ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية-حجر الزاوية في عقلنة وترشيد الطلب العمومي-"، مجلة البحوث السياسية والإدارية، جامعة زيان عاشور، المجلد 07 العدد 01، أكتوبر 2018.
- 80- مليكة موساوي، " التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 09، المركز الجامعي، تمنراست، سبتمبر 2015.
- 81- نادية ضريفي، منيرة مغني، " تحول التراضي البسيط في ظل المرسوم الرئاسي 247/15" مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 06، العدد 01، جامعة عمار تليجي، الأغواط، ماي 2022.
- 82- نادية ضريفي، فواز لجلط، " إبرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي ومبدأ المنافسة أي جديد؟ وفق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مجلة صوت القانون، المجلد 06، العدد 02 جامعة خميس مليانة، نوفمبر 2019.
- 83- نادية ضريفي، سمية سلامي، " المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام"، مجلة صوت القانون، المجلد 07، العدد 02، جامعة خميس مليانة، نوفمبر 2020.
- 84- نادية ضريفي، " التحكيم في مجال الصفقات العمومية في ظل القانون الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، المركز الجامعي مرسلبي عبد الله، تيبازة 2020.
- 85- نجية عراب ثاني، " الحماية الجزائرية للصفقات العمومية"، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 01، العدد 01، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، مارس 2016.
- 86- نوال مجدوب، أحمد باعزیز، " الجرائم الماسة بالصفقات العمومية في ضوء النظام القانوني الجزائري"، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 02، جامعة أحمد درارية، ديسمبر 2017.
- 87- هجيرة سراط، " التحضير لإجراء طلب العروض وتجهيزات ما قبل الإيداع"، مجلة الحقيقة المجلد 17، العدد 02، جامعة أحمد درارية، أدرار، سبتمبر 2018.

- 88- هيبة سردوك، " ماهية طلب العروض في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 12، العدد 03، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020.
- 89- وسيلة نقيب، عصام حوادي، " مدى قبول الطعن بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري في مرحلة تنفيذه"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 07، العدد 01، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، جوان 2022.

## VII. المداخلات

- 1- العربي عماري، " التصميم القانوني الجديد (التجمع والتخصيص) كمظهر لتعزيز الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي الجديد رقم 247/15"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني الأول الموسوم بـ: "الجوانب العملية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15"، المنعقد يومي: 12، 13 ديسمبر 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل.
- 2- إلهام فاضل، "تكريس مبدأ الإشهار في مجال الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني تحت عنوان: "الإطار القانوني لعقود الإشهار التجاري وآثارها على الاقتصاد الوطني والمستهلك"، المنعقد يوم: 05 ديسمبر 2018، جامعة 8 ماي 1945، قالمة.
- 3- بدرة لعور، "الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مداخلة أقيمت بمناسبة اليوم الدراسي، الموسوم بـ "التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام" المنعقد يوم: 17 ديسمبر 2015، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
- 4- بوقرورة صلاح، طيوب علي، " الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية وآليات مكافحتها في إطار التشريع الجزائري"، بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: "قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام"، المنعقد يومي: 23 24 ماي 2017، جامعة البليدة 2، مخبر التنمية الاقتصادية والبشرية في الجزائر، الجزء الأول، الطبعة 01 دار التل للطباعة، البليدة، 2018.

5- رشيد سالمى، حسين جلاخ، " إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام القانون 247/15" بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: " قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام"، المنعقد يومي: 23، 24 ماي 2017، جامعة البليدة 2 مخبر التنمية الاقتصادية والبشرية في الجزائر، الجزء الأول، الطبعة 01، دار التل للطباعة، البليدة 2018.

6- سراح حليتم، إيمان فاطمة الزهراء، " تطوير إبرام الصفقات العمومية وفق نظام المعلوماتية" بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: " قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام"، المنعقد يومي: 23، 24 ماي 2017، جامعة البليدة 2 مخبر التنمية الاقتصادية والبشرية في الجزائر، الجزء الأول، الطبعة 01، دار التل للطباعة، البليدة 2018.

7- سعدية بوخاري، مصطفى بوشامة، " الجرائم المرتكبة في مجال الصفقات العمومية"، بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: " قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام"، المنعقد يومي: 23، 24 ماي 2017، جامعة البليدة 02، مخبر التنمية الاقتصادية والبشرية في الجزائر، الجزء الأول، الطبعة 01، دار التل للطباعة، البليدة 2018.

8- سلوى بومقورة، " رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول: " دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، المنعقد يوم: 20 ماي 2013، جامعة يحيى فارس، المدية.

9- سوريّة ديش، " جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية"، بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: " قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام" المنعقد بجامعة البليدة 02، يومي: 23، 24 ماي 2017، الجزء الأول، الطبعة 01، دار التل للطباعة، البليدة، 2018.

10- شوقي يعيش تمام، أحمد أسعد توفيق زيد، " الرقابة القضائية على الصفقات العمومية-رقابة القاضي الإداري واختصاص القاضي الجزائي في مجال الصفقات العمومية-"، بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني - قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في

- صرف المال العام- المنعقد بجامعة البلديّة 02، يومي: 23، 24 ماي 2017، الجزء الأول الطبعة 01، دار التل للطباعة، البلديّة، 2018.
- 11- غزلان فليج، عليوة كامل، "الرقابة على النفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: "قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام"، المنعقد بجامعة البلديّة 02، يومي: 23، 24 ماي 2017، الجزء الأول، الطبعة 01، دار التل للطباعة، البلديّة، 2018.
- 12- محمد تفرورت، "إجراءات إبرام الصفقات العمومية -دراسة حالة طلب عروض-"بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: "قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام"، المنعقد يومي: 23، 24 ماي 2017، جامعة البلديّة 02، مخبر التنمية الاقتصادية والبشرية في الجزائر، الجزء الأول، الطبعة 01، دار التل للطباعة، البلديّة 2018.
- 13- محمد فقير، "رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن-آلية وقائية لحماية المال العام-"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، المنعقد يومي: 20 21 ماي 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المديّة.
- 14- مسامح وفاء، خلادي راضية، "صيغة طلب العروض في إبرام الصفقة العمومية في ضوء المرسوم 247/15"، بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: "قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام"، المنعقد يومي: 23، 24 ماي 2017، جامعة البلديّة 2، مخبر التنمية الاقتصادية والبشرية في الجزائر، الجزء الأول، الطبعة 01، دار التل للطباعة، البلديّة، 2018.
- 15- نجمة عباس، لطفي حصروري، "الرقابة على الصفقات العمومية في ظل القانون الجديد"بحوث وأوراق المؤتمر العلمي الوطني حول: "قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام"، المنعقد بجامعة البلديّة 02، يومي: 23، 24 ماي 2017، الجزء الأول، الطبعة 01، دار التل للطباعة، البلديّة، 2018.
- 16- نذير العلواني، "أسلوب التراضي وحماية المال العام في الصفقات العمومية، أي جديد في المرسوم الرئاسي رقم 247/15"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني الموسوم بـ"الجوانب

العملية لمستجدات الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15"، المنعقد يومي: 11، 12 ديسمبر 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن محمد الصديق بن يحيى، جيجل.

## VIII. القرارات

### أ- قرارات مجلس الدولة الجزائري

- 1- القرار رقم 078275، المؤرخ في 05/12/2013، قضية مؤسسة (م.ي) لأشغال البناء ضد وزارة السكن والعمران ومن معها، مجلة مجلس الدولة، العدد 11، 2013.
- 2- القرار رقم 077702، المؤرخ في 05 ديسمبر 2013، قضية مقاوله أشغال الري والتجهيز ضد بلدية مرسط، مجلة مجلس الدولة، العدد 11، 2013.
- 3- القرار رقم 043277، المؤرخ في 12 ديسمبر 2007، قضية بلدية شلاطة ضد ملاك الأراضي، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009.
- 4- القرار رقم 412 (غير منشور)، الصادر في 08/03/1999، قضية (ب. ت) ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء 01، 2003.
- 5- القرار رقم 008072، المؤرخ في 15 أبريل 2003، قضية المؤسسة (غير وارد اسمها ولا طبيعتها) ضد البلدية، مجلة مجلس الدولة، العدد 08، (دون سنة نشر).
- 6- القرار رقم 22350، المؤرخ في 12 جويلية 2005، قضية (ق. ع. ب) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، مجلة مجلس الدولة، العدد 07 (دون سنة نشر).
- 7- القرار رقم 063683، المؤرخ في 12 جانفي 2012، قضية بلدية العلمة ضد (ح.ع) العدد 12، 2014.
- 8- القرار رقم 072357، المؤرخ في 13 ديسمبر 2012، قضية والي ولاية عنابة ضد مؤسسة أشغال البناء جميع هياكل الدولة، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، 2014.
- 9- القرار رقم 077626، المؤرخ في 21 نوفمبر 2013، قضية مقاوله أشغال البناء (ب.م) ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية المدية، مجلة مجلس الدولة، العدد 11، 2013.

- 10- القرار رقم 058475، المؤرخ في 10 مارس 2011، قضية الشركة ذات الشخص الوحيد "أشغال البناء العمومي" ضد الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، مجلة مجلس الدولة العدد 12، 2014.
- 11- القرار رقم 077702، المؤرخ في 05 ديسمبر 2013، قضية مقابلة أشغال الري والتجهيز ضد بلدية مرسط، مجلة مجلس الدولة، العدد 11، 2013.
- 12- القرار رقم 087067 + 087241، المؤرخ في 09 جانفي 2014، قضية وزير النقل ضد الشركة (ذ. م. م)، "سوتريب" ومن معها، مجلة مجلس الدولة، العدد 13، 2015.
- 13- القرار رقم 078275، المؤرخ في 05/12/2013، قضية مؤسسة (م.ي) لأشغال البناء ضد وزارة السكن والعمران ومن معها، مجلة مجلس الدولة، العدد 11، 2013.
- 14- القرار رقم 118846، المؤرخ في 07 ديسمبر 2017، قضية ولاية سوق أهراس ضد شركة نيكاس المجرية لتجارة منتجات الصناعات الثقيلة، أنظر الموقع الإلكتروني: <https://www.conseildetat.dz>، تاريخ الاطلاع: 2020/12/10.
- 15- القرار رقم 137243، المؤرخ في 07 فيفري 2019، قضية والي ولاية بسكرة ضد مؤسسة أشغال البناء، مجلة مجلس الدولة، العدد 17، 2019.
- ب- قرارات المحكمة العليا**
- 1- القرار رقم 99694، المؤرخ في 10 أكتوبر 1993، قضية (د.ح) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، المجلة القضائية، العدد 01، 1994.
- 2- القرار رقم 124356، الصادر في 06 جويلية 1997، قضية (والي تيزي وزو) ضد (م. م) المجلة القضائية، العدد 01، 1998.
- ج- قرارات وآراء مجلس المنافسة الجزائري**
- 1- القرار رقم 2016/02، الصادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يومي: 21 و 22 ديسمبر 2016.
- الموقع الإلكتروني [https://www.conseil-concurrence.dz]، تاريخ الاطلاع: 2022/10/27.

2- القرار رقم 2018/06 الصادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يوم: 19 جويلية 2018.

الموقع الالكتروني [https://www.conseil-concurrence.dz]، تاريخ الاطلاع: 2022/10/27.

3- القرار رقم 2021/01، الصادر في 10 جانفي 2021، المتعلق بطلب الترخيص لعملية التجميع الاقتصادي رقم 2020/01، المودع من طرف الشركة ذات أسهم " سانوفي س1" والشركة ذات المسؤولية المحدودة " شيبيلفارم"، يتعلق الطلب بتحويل ملكية عنصر من عناصر أصول شركة " سانوفي"، وحصول شركة " شيبيلفارم" على مراقبة جزئية مباشرة- شراء المحل التجاري-.

4- رأي رقم 2018/02، الصادر عن مجلس المنافسة، في الجلسة المنعقدة في: 19 جويلية 2018، حول سوق الحواجز الأمنية المعدنية Glissière de sécurité métallique، الموقع الالكتروني: [https://www.conseil-concurrence.dz]، تاريخ الاطلاع: 2020/10/10.

#### IX. النشرة الرسمية للمنافسة

-الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مجلس المنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة، العدد رقم 25، الجزائر.

#### X. المواقع الالكترونية

1. ليث رافع خلف، يعرب ثائر حبيب، " أثر القيود الموضوعية السابقة على إبرام العقد الإداري على عمل سلطة الإدارة المتعاقدة في القانون العراقي"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 45، 2018.

الموقع الالكتروني: [https://search.emarefa.net]، تاريخ الاطلاع: 2021/10/20.

2. حليلة هلال، دفتر شروط جديد لعقد الصفقات العمومية- لقاء بين وزير السكن والشركاء الاقتصاديين لإثرائه-.

الموقع الالكتروني: [www.elbilad.net]، تاريخ الاطلاع: 2020/09/07.

[https://www.conseil-concurrence.dz].4

[https://www.conseildetat.dz.5]



## ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية

### **I. Les lois**

1. Décret n°2016-360, du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, JOF n° 74, du 27 mars 2016. Voir sur cite: [www.légifrance.com].

### **II. Les ouvrages**

1. Aoudia Khaled, Lalleem Mohamed, Sabri Mouloud, **Guide de gestion des marchés publics**, Edition du Sahel, Alger, 2000.

2. Baise Jean Bernard, **Droit des affaires**, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1996.

3. brahim boulifa, **marchés publics- manuel méthodologiques contenu conforme au nouveau code des marchés publics**, volume 01, Deuxieme édition, Berti edition, Alger.

4. Bretzner Jean-Daniel, **le boycottage face à l'impérialisme du seuil de sensibilité**, recueil Dalloz Paris, 2000, n° 28.

5. : Christophe Lajoye, **Droit du marché public**, Berti, Alger, 2007.

6. Rachid Zouaimia, **le droit de la concurrence**, Maison d'édition Belkeise, Alger, 2012.

7. Yves Gaudemet, **Traité de droit administratif**, Tome1, 16 éditions Paris, 2001.

### **III. Les Articles**

1. Rachid Zouaimia, " Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence", revue critique de droit et sciences politiques, Volume 07, n°01, 2012.

2. Daniel Tasciyan, La négociation dans la passation des marchés publics et concessions, Voir sur le site:  
[ <https://www.village-justice.com>], 1/10/2018.

3. Djohra Barkat, Aissaoui Azedine, " La Régulation Des Marchés Publics Par Le Conseil De La Concurrence", Les Annales de l'université d'Alger1 Volume36, N° 01, 2022.

الصفحة	العنوان
أ - ي	مقدمة
12	الباب الأول: حدود الحرية التعاقدية في تكوين عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
14	<b>الفصل الأول: الأحكام العامة النازمة لمبدأ حرية المنافسة في إبرام عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام</b>
15	المبحث الأول: مظاهر تكريس مبدأ حرية المنافسة في إبرام عقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
16	المطلب الأول: قيد إلزام الإدارة بإعمال المبادئ المشتركة المؤطرة لعملية إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
16	الفرع الأول: مفهوم مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية
17	أولاً: تعريف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية
18	ثانياً: أسس مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية
20	الفرع الثاني: مبدأ المساواة في معاملة المترشحين
21	أولاً: تعريف مبدأ المساواة
24	ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة في معاملة المترشحين
31	الفرع الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات
32	أولاً: تعريف مبدأ شفافية الإجراءات
32	ثانياً: أهمية مبدأ شفافية الإجراءات في تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
35	المطلب الثاني: القيود الواردة على الحرية التعاقدية للإدارة قبل إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
35	الفرع الأول: إلزامية التحديد المسبق لحاجات المصلحة المتعاقدة قبل الشروع في إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
37	أولاً: مراحل تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة
42	ثانياً: آليات تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة
51	الفرع الثاني: توافر الاعتماد المالي

52	أولاً: تعريف الاعتماد المالي
53	ثانياً: شروط منح الاعتماد المالي
57	ثالثاً: جزاء مخالفة قيد الاعتماد المالي
58	الفرع الثالث: سلطة المصلحة المتعاقدة في إعداد دفاتر الشروط بإرادتها المنفردة
59	أولاً: مفهوم دفتر الشروط
61	ثانياً: الطبيعة القانونية لدفتر الشروط
62	ثالثاً: أنواع دفاتر الشروط
66	<b>المطلب الثالث:</b> التحديد التشريعي لكيفيات إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام كقيد على الحرية التعاقدية للإدارة
67	الفرع الأول: طلب العروض كقاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية
67	أولاً: تعريف طلب العروض
68	ثانياً: أشكال طلب العروض
71	ثالثاً: إجراءات طلب العروض
85	الفرع الثاني: طلب المنافسة كقاعدة لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام في الجزائر
85	أولاً: تعريف طلب المنافسة
86	ثانياً: مراحل الطلب على المنافسة
84	<b>المطلب الرابع:</b> التراضي كطريقة استثنائية لاختيار المتعامل المتعاقد في إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
89	الفرع الأول: التراضي في الصفقات العمومية
89	أولاً: تعريف التراضي في الصفقات العمومية
90	ثانياً: تقييد حرية الإدارة من خلال تحديد حالات اللجوء إلى إجراء التراضي
98	ثالثاً: استعمال التفاوض لتحديد المتعاقد في إجراء التراضي
102	الفرع الثاني: التراضي كاستثناء عن القاعدة العامة في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام
103	أولاً: تعريف التراضي كمظهر لحرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له
103	ثانياً: أشكال التراضي في اتفاقيات تفويض المرفق العام

106	المبحث الثاني: حدود حرية الإدارة في تكريس شروط المنافسة
107	المطلب الأول: الحظر النسبي للممارسات المقيدة للمنافسة
108	الفرع الأول: الاتفاقات المحظورة
108	أولاً: تعريف الاتفاقات المحظورة
109	ثانياً: شروط حظر الاتفاقات غير المشروعة
110	ثالثاً: حظر جميع الاتفاقات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية
113	الفرع الثاني: التعسف في وضعية الهيمنة
114	أولاً: تعريف وضعية الهيمنة
114	ثانياً: شروط حظر التعسف في استغلال وضعية الهيمنة
118	الفرع الثالث: عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفياً
118	أولاً: تعريف عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفياً
118	ثانياً: شروط حظر عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفياً
121	الفرع الرابع: مراقبة التجميعات الاقتصادية
122	أولاً: تعريف التجميعات الاقتصادية
123	ثانياً: شروط خضوع التجميعات لرقابة مجلس المنافسة
126	ثالثاً: نتائج الرقابة على التجميعات الاقتصادية
128	المطلب الثاني: دور مجلس المنافسة والقضاء في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات المخالفة للقانون
128	الفرع الأول: تدخل مجلس المنافسة كهيئة ضابطة لمتابعة الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات المخالفة للقانون
130	أولاً: إخطار مجلس المنافسة
135	ثانياً: مباشرة إجراء التحقيق المتبع من طرف مجلس المنافسة
142	ثالثاً: العقوبات المطبقة على مرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات المخالفة للقانون
148	الفرع الثاني: تدخل القضاء في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات المخالفة للقانون

149	أولاً: دور القضاء العادي في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة
153	ثانياً: دور القاضي الإداري في إلغاء قرار مجلس المنافسة المتعلق برفض التجميعات الاقتصادية
153	ثالثاً: دور القاضي الجزائي في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة
154	المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة على حظر الممارسات المقيدة للمنافسة
154	الفرع الأول: الاستثناءات الواردة للاعتبارات القانونية
154	الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة للاعتبارات الاقتصادية
156	خلاصة الفصل الأول من الباب الأول
159	<b>الفصل الثاني: فرض الرقابة على الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام</b>
160	المبحث الأول: الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
160	المطلب الأول: الرقابة الإدارية الداخلية
160	الفرع الأول: لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض للصفقات العمومية
160	أولاً: تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض
161	ثانياً: مهام لجنة فتح وتقييم العروض
168	الفرع الثاني: لجنة اختيار وانتقاء العروض لتفويض المرفق العام
169	أولاً: تشكيلة لجنة اختيار وانتقاء العروض
169	ثانياً: مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض
172	المطلب الثاني: الرقابة الوصائية
173	الفرع الأول: تعريف الرقابة الوصائية
173	الفرع الثاني: الرقابة الوصائية في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
174	المطلب الثالث: الرقابة الإدارية الخارجية القبلية والبعدية
174	الفرع الأول: الرقابة الإدارية الخارجية القبلية
175	أولاً: لجان المصالح المتعاقدة
180	ثانياً: اللجنة القطاعية
185	ثالثاً: رقابة المراقب المالي على الصفقات العمومية

187	رابعاً: رقابة المحاسب العمومي على الصفقات العمومية
189	الفرع الثاني: الرقابة الإدارية الخارجية البعدية
190	أولاً: رقابة المفتشية العامة للمالية على الصفقات العمومية
191	ثانياً: رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية
194	المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
194	المطلب الأول: رقابة القاضي الإداري في مجال الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
194	الفرع الأول: رقابة قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد
195	أولاً: تعريف الاستعجال ما قبل التعاقد
196	ثانياً: الشروط الخاصة لقبول دعوى القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد
197	ثالثاً: سلطات القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية
199	الفرع الثاني: رقابة قضاء الإلغاء في مجال الصفقات العمومية
199	أولاً: الاختصاص في دعوى الإلغاء
203	ثانياً: نطاق دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية
209	المطلب الثاني: رقابة القاضي الجزائي على الصفقات العمومية
209	الفرع الأول: جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية "جنحة المحاباة"
209	أولاً: أركان جريمة المحاباة
213	ثانياً: العقوبات المقررة لجريمة المحاباة
215	الفرع الثاني: جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية
216	أولاً: أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية
217	ثانياً: العقوبات المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة
219	الفرع الثالث: جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية

220	أولاً: أركان جريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية
220	ثانياً: العقوبات المقررة لجريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية
222	الفرع الرابع: جريمة تلقي الهدايا
222	أولاً: أركان جريمة تلقي الهدايا
223	ثانياً: العقوبات المقررة في جريمة تلقي الهدايا
224	الفرع الخامس: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية
225	أولاً: أركان جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية
226	ثانياً: العقوبات المقررة لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية
228	خلاصة الفصل الثاني من الباب الأول
232	الباب الثاني: حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
234	<b>الفصل الأول: تحديد سلطات الإدارة في مواجهة المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام</b>
235	المبحث الأول: سلطات الإدارة في الرقابة وفي توقيع الجزاءات الإدارية على المتعامل المتعاقد معها
235	المطلب الأول: سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه على تنفيذ الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام
235	الفرع الأول: تعريف سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام
235	أولاً: المعنى الضيق لسلطة الرقابة
238	ثانياً: المعنى الواسع لسلطة الرقابة
240	الفرع الثاني: ضوابط ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة
240	أولاً: ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة في إطار احترام مبدأ المشروعية
241	ثانياً: ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة
241	ثالثاً: وجوب ألا يؤدي ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة إلى تعديل مضمون العقد
242	رابعاً: خضوع القرارات الصادرة من الإدارة في إطار ممارستها لسلطة الرقابة للرقابة القضائية

242	الفرع الثالث: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية
242	أولاً: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العمومية
244	ثانياً: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة اللوازم
246	المطلب الثاني: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية على المتعامل المتعاقد
246	الفرع الأول: مفهوم الجزاءات الإدارية
246	أولاً: تعريف الجزاءات الإدارية
247	ثانياً: خصائص الجزاءات الإدارية
249	الفرع الثاني: حدود سلطة الإدارة في اختيار الجزاءات الإدارية
249	أولاً: السلطة التقديرية للإدارة في اختيار الجزاءات الإدارية
270	ثانياً: خضوع الجزاءات الإدارية للرقابة القضائية
274	المبحث الثاني: سلطة الإدارة في التعديل والإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية وتفويض المرفق العام
274	المطلب الأول: سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للصفقة العمومية واتفاقية تفويض المرفق العام
274	الفرع الأول: شروط ممارسة سلطة التعديل الانفرادي
274	أولاً: صدور التعديل في حدود القواعد العامة لمبدأ المشروعية
274	ثانياً: تزامن قرار التعديل مع سريان الصفقة العمومية
276	ثالثاً: ألا يخل التعديل بالتوازن المالي للصفقة العمومية
276	رابعاً: ألا يؤدي التعديل إلى تغيير الصفقة العمومية
278	خامساً:
280	الفرع الثاني: نطاق سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للصفقة
280	أولاً: التعديل في مقدار وحجم التزامات المتعامل المتعاقد
280	ثانياً: التعديل في طرق ووسائل التنفيذ
281	ثالثاً: التعديل في مدة التنفيذ
282	الفرع الثالث: الملحق كآلية لتعديل الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام



283	أولاً: تعريف الملحق في الصفقات العمومية
284	ثانياً: أنواع الملاحق
287	ثالثاً: شروط إبرام الملحق في الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام
296	المطلب الثاني: سلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادي لدواعي المصلحة العامة للصفقة العمومية واتفاقية تفويض المرفق العام
297	الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري
297	أولاً: الأساس القانوني القائم على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرفق العام
298	ثانياً: الأساس القانوني القائم على فكرة السلطة العامة وامتنيازات القانون العام
299	ثالثاً: الأساس القانوني القائم على الجمع بين فكرة السلطة العامة وامتنيازات السلطة العامة
300	الفرع الثاني: شروط ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الإفرادي لدواعي المصلحة العامة
300	أولاً: أن يكون إنهاء العقد الإداري صادراً من أجل تحقيق المصلحة العامة
301	ثانياً: أن يكون قرار الإنهاء مستوفياً لجميع عناصر المشروعية
301	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة
302	أولاً: انقضاء العلاقة التعاقدية
304	ثانياً: حق المتعاقد في التعويض الكامل عن إنهاء عقده
306	الفرع الرابع: رقابة القضاء على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة
306	أولاً: الطعن ضد قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة من طرف المتعامل المتعاقد
307	ثانياً: الطعن ضد قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة من طرف غير المتعامل المتعاقد
310	خلاصة الفصل الأول من الباب الثاني
312	الفصل الثاني: تحديد التزامات الإدارة اتجاه المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
312	المبحث الأول: التزام الإدارة بدفع المقابل المالي المتفق عليه
313	المطلب الأول: تحديد السعر وتعديله في الصفقات العمومية
313	الفرع الأول: تحديد السعر في الصفقات العمومية
314	أولاً: كفاءات تحديد السعر في الصفقات العمومية

317	ثانيا: كفيات دفع السعر في الصفقات العمومية
326	الفرع الثاني: تعديل السعر في الصفقات العمومية
326	أولا: ثبات السعر كأصل عام
327	ثانيا: أنماط تعديل السعر في الصفقة العمومية
335	ثالثا: تحديد السعر مؤقتا كاستثناء
336	المطلب الثاني: ارتباط المقابل المالي لاتفاقية تفويض المرفق العام بنتائج الاستغلال
337	الفرع الأول: تحديد المقابل المالي في عقد الامتياز
337	الفرع الثاني: تحديد المقابل المالي في عقد الإيجار
337	الفرع الثالث: تحديد المقابل المالي في عقد الوكالة المحفزة
338	الفرع الرابع: تحديد المقابل المالي في عقد التسيير
339	المبحث الثاني: التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية وتفويض المرفق العام وتعويض المتعامل المتعاقد معها
340	المطلب الأول: التزام الإدارة بضمان التوازن المالي للصفقة العمومية وتفويض المرفق العام
340	الفرع الأول: تعريف التوازن المالي
341	الفرع الثاني: وسائل التوازن المالي للعقد الإداري
342	أولا: نظرية فعل الأمير
346	ثانيا: نظرية الظروف الطارئة
354	ثالثا: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
359	رابعا: نظرية القوة القاهرة
364	المطلب الثاني: التزام الإدارة بتعويض المتعامل المتعاقد معها
365	الفرع الأول: مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها على أساس الخطأ
366	الفرع الثاني: مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها دون خطأ
366	أولا: التعويض على أساس الأشغال الإضافية
370	ثانيا: التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري

372	المبحث الثالث: التسوية الودية والقضائية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
373	المطلب الأول: التسوية الودية كآلية لحل النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام المبرمة بين متعاملين اقتصاديين جزائريين
373	الفرع الأول: ضوابط التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام
373	أولاً: احترام المصلحة المتعاقدة للتشريع والتنظيم المعمول بهما
374	ثانياً: إيجاد التوازن في تحمّل التكاليف بين الطرفين
374	ثالثاً: التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة
374	رابعاً: البحث عن تسوية نهائية في أقرب وقت وبأقل تكلفة
375	الفرع الثاني: اللجنة المختصة بالتسوية الودية للنزاعات
375	أولاً: تشكيلة اللجان المختصة بالتسوية الودية للنزاعات
378	ثانياً: صلاحيات اللجان المختصة بالتسوية الودية للنزاعات
378	ثالثاً: الإجراءات المتبعة أمام لجان التسوية الودية للنزاعات
381	المطلب الثاني: إجراء التحكيم كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية المبرمة بين متعاملين اقتصاديين أجنب
381	الفرع الأول: مفهوم التحكيم في مجال الصفقات العمومية
382	أولاً: تعريف التحكيم في مجال الصفقات العمومية
384	ثانياً: خصائص التحكيم في مجال الصفقات العمومية
386	الفرع الثاني: نطاق التحكيم في مجال الصفقات العمومية
386	أولاً: طبيعة منازعات الصفقات العمومية التي يجوز التحكيم فيها
387	ثانياً: الأشخاص الذين يجوز لهم اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية
389	الفرع الثالث: إجراءات التحكيم الدولي في مجال الصفقات العمومية
390	أولاً: إجراءات التحكيم الداخلي
392	ثانياً: إجراءات التحكيم الدولي
398	ثالثاً: أثر التحكيم على خصائص الصفقات العمومية

399	المطلب الثالث: التسوية القضائية للمنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية
399	الفرع الأول: إجراءات التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية أمام القاضي الاستعجالي
400	أولاً: شروط رفع الدعوى الاستعجالية
405	ثانياً: سلطات القاضي الإداري الاستعجالي في مادة التسبيق المالي
409	الفرع الثاني: إجراءات التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية أمام القاضي الإداري (دعاوى القضاء الكامل)
409	أولاً: اختصاص القضاء الكامل في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية
414	ثانياً: صور دعاوى القضاء الكامل المتعلقة بالمنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية
424	خلاصة الفصل الثاني من الباب الثاني
426	الخاتمة
441	قائمة المصادر والمراجع
472	الفهرس

تناول الموضوع دراسة نظرية تحليلية حول الحرية التعاقدية للإدارة في عقود الصفقات العمومية وتقييُضات المرفق العام في الجزائر، من خلال التطرُق لحدود هذه الحرية في مرحلة تكوين هذه العقود من حيث الأحكام العامة الناظمة لمبدأ المنافسة، قبل العملية التعاقدية وعند عملية إبرام بكل ما تتضمنه من مبادئ عامة مؤطرة لعملية إبرام هذه العقود، وتأطير قانوني معقد لإجراءات إبرام عقود الصفقات العمومية وتقييُض المرفق العام، إضافة إلى ذلك، تمّ تناول حدود الحرية التعاقدية للإدارة في تكريس شروط المنافسة، من خلال منع أية ممارسة مقيدة للمنافسة أو أي تجميع اقتصادي مخالف للقانون، ومتابعتها عن طريق تدخل مجلس الدولة كهيئة ضابطة للسوق، وكذلك من خلال تدخل القضاء العادي والإداري، كما تمّ التطرُق في هذا الموضوع أيضا إلى فرض الرقابة على هذه العقود والتي تعددت ما بين الرقابة الإدارية والرقابة القضائية كقيد على حرية الإدارة.

لا يقف الأمر عند هذا الحدّ، بل تمّ تناول كذلك فكرة الموازنة بين الحرية التعاقدية للإدارة وامتيازات السلطة العامة في تنفيذ الصفقات العمومية وتقييُض المرفق العام، وما تتمتع به الإدارة من سلطات في مواجهة المتعامل المتعاقد معها، وما يقابلها من التزامات اتجاهه، كما تمّ التطرُق إلى الضمانات الكفيلة لحسن تنفيذ الصفقات العمومية وتقييُض المرفق العام، عن طريق التسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ هذه العقود، والتحكيم، والتسوية القضائية.

في الأخير، خلصنا إلى أن الحرية التعاقدية للإدارة شأنها شأن أي حرية، لا بد من تقييدها لهذا قيدها المشرع بينود الصفقة وبدفاتر الشروط وبأحكام تنظيم الصفقات العمومية وتقييُضات المرفق العام، وحرصنا في نهاية هذه الدراسة، على وضع جملة من الاقتراحات لحلها، ومحاولة استدراك كل الثغرات القانونية، التي وضحناها في موضوع دراستنا.

## **Abstract**

We are dealing through this topic with an analytical theoretical study pertaining to the contractual freedom of administration in contracts relating to public transactions and public service delegation in Algeria, all the way through addressing the limits of this freedom at the stage of the formation of such contracts in terms of the general provisions governing the principle of conclusion, prior to the contractual process and at the time of concluding contracts, with all the general principles contained therein framing the contracts-conclusion process, together with the complex legal framing of the procedures pertaining to concluding the contracts relating to public transactions and public service delegation. In addition, the limits of the contractual freedom of the administration in embodying the conditions of competition were addressed through preventing any restrictive practice of competition or any economic grouping contrary to the law, along with following-up the same through the intervention of the State Council as a market control entity, as well as through the intervention of the ordinary and administrative judiciary. More to the point, the imposition of control over these contracts has alike been addressed through this topic, which varied between administrative control and judicial control as a restriction on the freedom of administration.

Nonetheless, this matter is far from being limited thereto, as it addressed as well the idea of balancing between the contractual freedom of administration and the privileges of the public authority in the execution of public transactions and public service delegation, in addition to the powers of administration in the face of the contracting customer, along with the corresponding obligations towards him, as well as the guarantees to ensure the proper execution of public transactions and public service delegation, through the amicable settlement of disputes arising from the execution of such contracts, arbitration and judicial settlement.