

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق و العلوم السياسية

فرع: قانون عام

تخصص: قانون إداري



كلية: الحقوق و العلوم السياسية

قسم : الحقوق

رقم: 77.

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالب: مروان سفار طبي

تحت عنوان

طرق إبرام الصفقات العمومية و عقود تفويض المرافق

العامة بين الحرية و التقيد

لجنة المناقشة:

حمزة خضري

نادية ضريفي

عبد الرحمن بوكثير

رئيسا

جامعة: محمد بوضياف المسيلة

مشرفا و مقررا

جامعة: محمد بوضياف المسيلة

مناقشا

جامعة: محمد بوضياف المسيلة

السنة الجامعية: 2017/2016



قائمة المختصرات:

أ = أستاذ.

د = دكتور.

(ج.ر) = الجريدة الرسمية.

(د.د.ن) = دون دار النشر.

(د.ط) = دون طبعة.

ص = الصفحة.

الإهداء

إلى من كلفه الله بالصيبة والوقار .. إلى من علمني العطاء بدون انتظار .. إلى من أحمل اسمه بكل افتخار .. أرجو من الله أن يمد في عمرك لتري ثماراً قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوم أهدتي بها اليوم وفي الغد

والى الأبد

والدي العزيز

إلى ملائكي في الحياة .. إلى معني الحب وإلى معني العنان و التفاني. إلى

بسمة الحياة وسر الوجود

إلى من كان دماغها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أختي العجايب

أمي الحبيبة

إلى من كانوا يضيئون لي الطريق ويساندوني ويتنازلون عن حقوقهم

لإرضائي والعيش في هناء

إخوتي و أخواتي فايز، محمد، ريمة، راضية، مروة

أحبكم حبا لو مر على أرض قاحلة لتفجرت منها ينابيع المحبة.

إلى ينابيع الصدق الصافي، إلى من معهم سعادت في دروب الحياة الحلوة و الحزينة

أختي أصدقائي علي، رامي، علي، العربي، علي، نبيل.

إلى من كانوا معي على طريق النجاح و الخير زملائي و زميلاتي العياشي، رياض،

رقية، شمرة.

إلى كل صديق ساندني و شجعني في مشواري العلمي و ما أكثرهم

إلى كل من سقط من قلبي سهوا..

مروان سفار طربي

شكر و عرفان

الشكر و الثناء للواحد الفتح المعين المنير ، نحمده حمدا كثيرا على نعمه التي من بها

علينا و وفقني في مساري الدراسي، و في إتمام هذا العمل المتواضع.

وعلا بقوله صلى الله عليه و سلم: " من صنع إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما

تكافؤونه به فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه "

و إقرارا مني بالجميل أتقدم بأسمى معاني الشكر و العرفان إلى أستاذتي المشرفة

"خريفي نادية" التي لم تخذل علي بتوجيهاتها و نذاتها القيمة التي كانت عوناً لي في

إتمام هذا البحث، فلما مني كل التقدير و الاحترام.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى جميع أساتذة الحقوق بجامعة محمد بوضياف، و أخص

بالذكر أساتذة كلية الحقوق تخصص القانون الإداري الأستاذ بركات محمد، خريفي

حمزة، قاوي السعيد، بوكثير عبد الرحمن، لجلط فواز.... إلى كل من علمني حرفاً من

بداية مساري الدراسي

الشكر موصول إلى كل من ساعدني في إتمام هذا العمل من قريب أو بعيد ولو بدعاء....

شكراً جميعاً...

مروان سفار طربي

مقدمة

يعتبر القرار الإداري الصادر عن إرادة الإدارة المنفردة، أنجع وسائل القانون العام التي تتسلح بها الإدارة لأداء واجباتها المتعددة، غير أن الإدارة كثيرا ما تلجأ إلى طريقة الاتفاق الودي مع الأفراد، وذلك إذا ما قدرت أن هذه الطريقة أنجع في تحقيق الأهداف العامة، فبنشأ بينها وبينهم عقد يحدد واجبات كل من الطرفين، ثم إن سبيل القرار الإداري إذا كان ممكنا ضد المواطنين، فإنه يقصر عن تناول غير المواطنين، إذ العقد هو الطريقة الوحيدة للتعاون بينهم وبين الدولة التي لا يحملون جنسيتها.¹

فالإدارة تستعين بالعقد الإداري الذي استقرت أحكام مجلس الدولة سواء في فرنسا أو في مصر على تعريفه بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وان تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير مرفق عام...".²

ويعد أسلوب التعاقد الأسلوب الملائم لحصول الإدارة على ما تريد من أشغال، مقتنيات، خدمات ودراسات وغيرها مما تحتاجه الإدارة في نشاطاتها المختلفة، غير أن العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني موحد، فهي إما أن تبرم عقودا تخضع فيها لأحكام القانون الخاص وهذه التعاقدات لا تختلف فيها الإدارة عن الأفراد في شيء فهي تتمتع بنفس الحقوق وتلتزم بنفس الواجبات الملقاة على الأفراد بموجب العقد والقانون وتسمى هذه الأخيرة بعقود الإدارة و هذا النوع الأول من العقود التي تبرمها الإدارة.

أما النوع الثاني فهي العقود التي تبرمها الإدارة مع غيرها من الأفراد والهيئات أو الإدارات الأخرى، والتي تهدف إلى تنظيم أو تسيير مرفق عام أو إشباع حاجات الجمهور المختلفة، وتتميز هذه العقود عن غيرها من عقود الإدارة بأن الإدارة تتصرف فيها بوصفها صاحبة سلطة وسيادة على خلاف عقود الإدارة إذ تتجرد من هذه الصفة، ففي النوع الثاني -وهو موضوع بحثنا- من العقود التي تبرمها الإدارة يكون لهذه الأخيرة الحق في أن تعدل العقد زيادة أو نقصانا وان تغير بعض شروط تنفيذه وأن تفرض جزاءات ذات طابع مالي على

¹ د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، 2005، ص 25

² عائشة خلدون، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015 - 2016، ص 3.

المتعاقد معها وان تفسخ العقد بإرادتها المنفردة إلى غير ذلك من السلطات والامتيازات.³ وتأخذ هذه الأنواع من العقود الإدارية عدة صور منها، إبرام صفقة عمومية وذلك عندما يتعلق العقد بإنجاز أشغال أو اقتناء لوازم أو انجاز دراسات أو تقديم خدمات، كما يمكن أن يكون تفويض مرفق عام و ذلك في حالة إبرام الإدارة مع المتعاقد معها إما لعقد امتياز أو إيجار أو وكالة محفزة أو عقد تسيير.

ونظرا لأهمية الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فقد أولاهها المشرع الجزائري أهمية كبيرة وذلك من خلال وضع منظومة قانونية للصفقات العمومية بداية من سنة 1967 بمقتضى الأمر 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967 حتى عام 2015 حين صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 10 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إذا كان في كل مرة يجتهد في ضبط التعريفات و الكيفيات لتقادي الثغرات والأخطاء الموجودة في القانون السابق، ونظرا لإجراءات الصفقات العمومية المعقدة فقد تحرى المشرع بشرح وتوضيح كل نقطة مهما كانت بسيطة، بما فيها كيفيات وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، والجديد الذي جاء به المرسوم الرئاسي رقم 247/15 هو إضافة تفويضات المرفق العام وذلك في الفصل الثاني منه تحت عنوان الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، غير أنه لم ينظم طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام مثلما نظمته في طرق إبرام الصفقات العمومية، بل نظم ذلك بموجب مراسيم تنظيمية مستقلة عن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

أسباب اختيار الموضوع:

و يعود سبب اختياري لهذا الموضوع إلى ندرة الدراسات السابقة و المتخصصة في موضوع أساليب التعاقد الإداري خاصة في التشريع الوطني أي الجزائر، و إن وجدت فهي تعتبر جزء بسيط من الدراسات المتعلقة بالنشاط الإداري وبالتالي لم تفصل و تشرح كما يجب، خاصة بالنسبة لطرق إبرام عقود تفويض المرفق العام.

كما يعتبر الدافع الشخصي سبب من أسباب اختياري هذا الموضوع لأنه موضوع عملي تطبيقي أكثر من نظري، بحيث فيه نوع من الحيوية و التشويق أين يستطيع الباحث في مجال الصفقات العمومية الإيداع ووضع لمستة الشخصية.

³ _علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة محمد خيذر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2003 - 2004، ص 1.

أهمية الموضوع:

تعتبر الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أهم أنواع العقود الإدارية لاسيما عملية إبرامها التي أولاها المشرع أهمية كبيرة، وهذا من أجل ضمان سيرورة مرافق الدولة بانتظام واضطراد والحفاظ على المال العام، والحيلولة دون حدوث اتفاقات غير مشروعة بين المتعاقدين أنفسهم من جهة وبين المترشحين والإدارة معهم من جهة أخرى.

الأهمية التي تكتسبها الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر باعتبارها أصبحت أداة أساسية تستعملها الإدارة لتطور الاقتصاد الوطني، لذا أحاطها المشرع الجزائري سواء بموجب تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أو بموجب القوانين التنظيمية المستقلة عنه، لذا فقد عرف تعديلات وتطورات إلا انه مازال يثير عدة تساؤلات و إشكاليات على المستوى العملي وهذا ما دفعني لاختيار هذا الموضوع لكي أثير هذه التساؤلات وأقدم حلول الإشكالات التي وقع فيها المشرع الجزائري.

أهداف الموضوع:

من خلال هذه المعالجة البحثية أردت تحقيق جملة من الأهداف :

- توضيح المبادئ التي تحكم طرق الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- تفصيل طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري وفق تنظيم المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .
- إبراز ما نص عليه المشرع الجزائري فيما يتعلق بالقيود الواردة على حرية الإدارة وحريتها في اختيار المتعاقد معها طبقا للمراسيم التنفيذية المنظمة لطرق إبرام عقد تفويض المرفق العام.

إشكالية الموضوع:

والإشكالية التي يثيرها الموضوع :

ماهي خصوصية تنظيم طرق إبرام الصفقات العمومية و عقود تفويض المرفق

العام ؟ وهل نظمها المشرع بنفس الطريقة؟ ووفق ما تقتضيه المبادئ الضابطة

للطلب العمومي؟

منهج البحث:

اتبعت في بحثي هذا المنهج التحليلي و ذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في

تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، و خصوصا طرق إبرام الصفقات

العمومية، كما قمت بتحليل المواد القانونية للمراسيم التنفيذية المنظمة لطرق إبرام عقود تفويض المرافق العامة.

الدراسات السابقة:

موضوعي محل الدراسة توجد فيه بعض الدراسات السابقة على غرار أطروحة الدكتوراه للطالبة عائشة خلدون التي تحمل عنوان أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية، و مذكرة الماجستير للطالب مانع عبد الحفيظ بعنوان طرق إبرام الصفقات العمومية و كيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري.

غير أنه لا توجد دراسة سابقة لطرق إبرام الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام في آن واحد و في ظل المرسوم 15-247.

صعوبات البحث:

لكل موضوع بحث صعوبات ومشاكل تعترض مساره وبصفتي صاحب هذا البحث فقد تعرضت لبعض المشاكل التي زادت من صعوبة البحث وهي:

إن معظم المراجع المتعلقة بموضوع الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تعرضت للمفاهيم العامة ولم تتناول بعض المواضيع الأساسية وخاصة فيما يتعلق بالمبادئ.

قلة الكتب الجزائرية المتخصصة في الموضوع إن لم نقل شح المراجع، فإن وجدت فهي مراجع أجنبية (مصرية، أردنية...) وهذا ما دفعني في الكثير من الأحيان الاعتماد على المذكرات و الأطروحات.

خطة البحث:

قسمت بحثي إلى ثلاثة فصول حيث يتضمن الفصل الأول شمولية المبادئ الضابطة لإبرام الصفقات العمومية و عقود تفويض المرفق العام، مقسم إلى أربعة مباحث على التوالي، مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، مبدأ الشفافية وحرية العطاءات ومبدأ المنافسة الحرة، أما الفصل الثاني بعنوان: طرق إبرام الصفقات العمومية بين الحرية و التقييد وقسمته إلى مبحثين الأول بعنوان طلب العروض كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية، والمبحث الثاني التراضي كطريقة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية، أما الفصل الثالث فعنوانه طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام بين الحرية و التقييد فقد ارتأيت أن اقسمه إلى مبحثين المبحث الأول مفهوم تفويض المرفق العام أما المبحث الثاني فعنوانه كفاءات إبرام عقود تفويض المرفق العام في القانون الجزائري.

الفصل الأول: شمولية المبادئ الضابطة لإبرام الصفقات العمومية و عقود تفويض المرفق العام

إن العقود المبرمة بين الأشخاص تتميز بالبساطة و السهولة سواء في إجراءاتها أو الشروط و الأحكام التي تحكمها -العقد شريعة المتعاقدين- ، على عكس العقود التي تبرمها الإدارة وخاصة لما تتصرف بوصفها صاحبة سلطة و سيادة، إذ في هذه الحالة تتمتع بصلاحيات غير مألوفة في القانون الخاص و بين العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص فيما بينهم، و تتبع إجراءات و مراحل ألزم المشرع إتباعها، كما ألزم أيضا من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام جملة من المبادئ حيث نصت المادة 5 من المرسوم على : " لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الاجراءات، ضمن احترام هذا المرسوم"¹.

فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة حذا حذو التشريعات المقارنة ، ففي مصر مثلا نصت المادة الثانية من قانون رقم 89 لسنة 1998 المتعلق بالمناقصات و المزايدات على ذلك من خلال نصها التالي: "تخضع كل من المناقصة العامة و الممارسة العامة لمبادئ العلانية و تكافئ الفرص و المساواة و حرية المنافسة"².

و بالإضافة إلى التشريعات التي نصت على هذه المبادئ، فقد كرسها القضاء من خلال أحكامه القضائية، نذكر على سبيل المثال ما جاء في حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 21 أبريل 1957، إذ نص على ما يلي: " من بين المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة الإعلان و حرية المنافسة و المساواة بين المتنافسين و المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم للمناقصة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بإجراء سواء أكان عاما أم خاص."²

¹ _المرسوم الرئاسي رقم 247.15، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 55، بتاريخ 6 ذو الحجة عام 1436 هـ الموافق لـ 20 سبتمبر سنة 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

² _ خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014-2015، ص126.

و تجدر الإشارة إلى أن هذه المبادئ التي سوف نتطرق لها في الفصل الأول المعنون بالمبادئ الأساسية التي تحكم إبرام الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام إنما هي مبادئ تطبق على إبرام الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على حد سواء. و بناء على ما سبق ذكره تتمثل هذه المبادئ في حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة و شفافية الإجراءات، و مبدأ المنافسة، و التي سنتناولها بالدراسة من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (العلنية).

المبحث الثاني: مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

المبحث الثالث: مبدأ الشفافية و سرية العطاءات.

المبحث الرابع: مبدأ المنافسة الحرة.

المبحث الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

سنتناول في هذا المبحث مفهوم المبدأ في المطلب الأول ثم التكييف القانوني للإعلان و الأثر المترتب على مخالفة إجراءات الإعلان في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

حتى نتمكن من تحديد مفهوم حرية الوصول للطلبات العمومية يجب تناول عنصرين تعريف هذا المبدأ (الفرع الأول) ومضمونه (الفرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

تعتبر حرية الوصول للطلبات العمومية - مبدأ العلنية - سواء في إبرام الصفقات العمومية أو في تفويضات المرفق العام القاعدة الجوهرية في هذا المجال،¹ أو تتمثل في ضرورة الإعلان عن المناقصات و المزايدات حتى يكون جميع المتخصصين في نوع النشاط المطلوب على بينة منها إن شاءوا تقدموا لها²، فاعلان الإدارة عن رغبتها بالتعاقد شرط ضروري لضمان فرص متساوية للراغبين في التعاقد، إذ يستوجب على الإدارة أن تضع مواصفات تفصيلية كاملة وجداول الكميات التي تبين للأفراد البنود والاجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ العقد.³

ومبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية لم يوضع لمصلحة الإدارة فقط وإنما أيضا لمصلحة الراغبين في التعاقد معها، حيث أن العلنية 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 تحد من تعسف الإدارة التي قد تلجأ للتعاقد مع أشخاص معينين بحجة أنهم وحدهم من تقدموا للتعاقد.⁴

فحرية الوصول الى الطلبات هي فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين

تتحقق فيهم الشروط المطلوبة لتقديم عروضهم للهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية،

¹ عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا و فقها و اجتهادا (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2013، ص13.

² محمد ماهر ابو العينين، العقود الادارية و قوانين المزايدات و المناقصات، الكتاب الأول(إبرام العقد الإداري)، د.ط، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 2003، ص 197 .

³ مزعاش مرزاق، طرق إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247.15، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، 2015-2016، ص15.

⁴ عائشة خلدون، المرجع السابق، ص21.

ويجد هذا المبدأ ركيزته في أحكام القضاء الإداري الفرنسي، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 23 ماي 1998 فبينت مغزى هذا المبدأ بما يلي" إن المقصود بحرية المنافسة حق الافراد في التقدم الى المناقصة العامة دون منع الادارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى ارساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا.¹

الفرع الثاني: مضمون الإعلان

يتضمن الإعلان جميع المعلومات الأساسية التي تمكن الراغبين من الاشتراك في المناقصة مع التعرف على موضوع المناقصة، وطريقة اجرائها والمكان الذي يستطيعون الاطلاع فيه على دفتر الشروط الخاص بها، ومكان اجرائها وتاريخه باليوم والساعة والمهلة الزمنية المعطاة لتقديم العروض.

وهناك من يرى أن هذه المعلومات لا تشكل كل ما يجب معرفته حول العقد المراد إبرامه وإنما تشكل الحد الأدنى لتكوين فكرة عامة أولية عن الإدارة المتعاقدة، ومحل العقد، ومواعيد ومكان تسليم العروض، بحيث يمثل هذا الحد الأدنى للبيانات الجوهرية الواجب وصولها الى علم المتنافسين المحتملين والتي نص المشرع على وجوب أن يتضمنها الاعلان، مع ترك السلطة التقديرية للإدارة في إضافة ما تشاء اليها.²

ولتكريس هذا المبدأ يجب على الإدارة فتح المجال أمام جميع المتنافسين للمشاركة وذلك من خلال إعلامهم عن طريق الاعلان الصحفي ووضع دفاتر بشروط تتناسب والمشاريع المراد إنجازها بحيث لا تكون هذه الشروط تعزيرية لبعض المشاركين.

وهذه الدفاتر تتكون حسب المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام من:

- دفاتر البنود الإدارية العامة الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.
- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال او اللوازم او الدراسات او الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

¹ محمد العيد عماري، الصفقة العمومية بين الطبيعة التعاقدية و القيد التشريعي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق، 2014.2015، ص 49 .

² عائشة خلدون، المرجع السابق، ص 49 .

- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية.¹

المطلب الثاني: التكيف القانوني للإعلان والأثر المترتب على مخالفة اجراءات

الاعلان

الفرع الاول: التكيف القانوني للإعلان (طبيعة الإعلان)

اختلف الفقه في التكيف القانوني حيث يرى جانب من الفقه ان الإعلان هو مجرد دعوة إلى التعاقد ومن ثم انه لا يمثل إيجاباً تتقدم به الإدارة الى المتعاقد معها.

وهناك جانب آخر من الفقه يرى بأن الإعلان ليس إيجاباً وفي الوقت ذاته ليس دعوة للتعاقد، إنما هو التزام على جهة الادارة مصدره القانون، و تقديم العطاء من قبل المورد أو المقاول و هو الآخر مصدره القانون.

كما يذهب جانب فقهي ثالث إلى أنه وإن كان الإعلان التزاماً مصدره القانون إلا ان التقدم بالعطاء ليس مصدره القانون، وإنما يعد إيجاباً من قبل المورد أو المقاول بإرادته المنفردة يلتزم بموجبه بالبقاء عليه حتى تصدر جهة الإدارة قرارها النهائي باعتماد قرار الإرساء حيث ينعقد العقد.²

و حسب رأيي شخصي أرى بأن الإعلان هو دعوة للتعاقد من الادارة تهدف من خلاله الحصول على أكبر قدر ممكن من المتعاقدين (المتنافسين)، على ان يختار احدهم بحيث يكون هذا الاختيار وفق معايير حددها القانون و دفتر الشروط .

الفرع الثاني: الأثر المترتب على مخالفة إجراءات الاعلان

بداية نشير إلى ان الإعلان المسبق هو مبدأ جوهري يؤدي إغفاله أو المس بقواعده الأساسية إلى إلغاء المناقصة من حيث أنها معيبة بجوهرها ذاته (باعتبارها العموم) على حد تعبير مجلس الشورى الفرنسي.

ويستتبع ذلك أن أي تعديل يطرأ على دفتر الشروط الخاص بالمناقصة، بعد نشر الإعلان عنها، يخضع لشروط الإعلان ذاتها التي خضع لها دفتر الشروط الخاص الأساسي. غير أنه ينبغي تمييزهما بين الشكليات الجوهرية، والشكليات الثانوية في إطار ما توصل إليه الاجتهاد في هذا الخصوص، فإن كان المس بمبدأ الاعلان المسبق او بمدته يشكل عيباً

¹ _ مرسوم رئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

² _ عائشة خلدون، المرجع السابق، ص49.

يترتب عليه إلغاء المناقصة، فإن وقوع أخطاء طفيفة في الإعلان كالأخطاء في بعض الأرقام، مما يسهل على العارضين اكتشافها، لا يشكل عيباً جوهرياً، فتبقى المناقصة عندئذ بمنأى عن الطعن والالغاء.¹

المبحث الثاني: مبدأ المساواة في معاملة المرشحين

استقر الفقه والقضاء على أن المقصود بالمساواة أمام القانون المقرر، هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية، وليس المقصود بها المساواة بين من لم تتساوى مراكزهم القانونية، كطائفة المقاولين وطائفة الموظفين.²

وسوف تتناول في هذا المبدأ عنصرين:

- المساواة كمبدأ دستوري في المطلب الأول.
- المساواة في إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المساواة كمبدأ دستوري:

تأتي منظومة الحقوق الأساسية كآلية لتجسيد مبادئ حقوق الإنسان داخل النظام القانوني الداخلي، وأهم هذه الحقوق الحق في المساواة، التي نصت على احترامه جميع المواثيق الدولية للحقوق، وهذا لأهميته في استقرار وديمومة الأنظمة السياسية، لذا لجأت الدساتير الحديثة إلى تأسيس مبدأ المساواة لضمان احترامه من قبل جميع المؤسسات والإدارات العمومية و حتى من طرف منتجي النصوص القانونية عند سنهم لتلك النصوص.³

وقد نص على هذا المبدأ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 في المادة الثانية حيث جاء فيها: "لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في الإعلان دونما تمييز من أي نوع لاسيما بسبب تمييز العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي،..... أو أي وضع آخر...".⁴

والشيء نفسه أكدته التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 حيث نص في المادة 32 على ما يلي: "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى

¹ _ عبد اللطيف قطيش، المرجع السابق، ص 26 .

² _ عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة وإجراءات الصفقات والعقود، د.ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2003، ص 32.

³ _ محمد منير حساني، " الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري " ، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، العدد الخامس عشر، جوان 2010، ص 188.

⁴ _ الاعلان العالمي لحقوق الانسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 .

المولد، أو العرق أو الرأي، أو أي ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي".¹
يتبين من ذلك أن مبدأ المساواة هو من المبادئ العامة للقوانين، وهو يدخل في نطاق ما يسمى بالقانون الطبيعي الذي تستقى منه المجتمعات البشرية قواعد تنظيم شؤونها، على كافة المستويات.²

كما أن المجلس الدستوري يحتم على المشرع عند سنه للقواعد القانونية، الأخذ بعين الاعتبار جميع موجبات المبادئ الدستورية الأخرى المنصوص عليها في الدستور، لكي يتوصل من خلال تقاطع تلك المبادئ إلى تحقيق أعلى درجات مبدأ المساواة، الأمر الذي يقلل إلى حد بعيد التمييز والتفضيل ما بين المواطنين لأن التطبيق العملي لمبدأ المساواة لا يسعى إلى تحديد ماهية المساواة بحد ذاتها بل إلى وجوبية المعاملة لكل بالمساواة حسب مراكزهم القانونية.³

المطلب الثاني: المساواة في إبرام الصفقات العمومية و تفويض المرافق العامة

يقوم هذا المبدأ على أساس عام، هو المساواة بين المتنافسين، بمعنى أن لكل من يملك قانونا أن يتقدم إلى المناقصة العامة، الحق في الاشتراك فيها على قدم المساواة مع باقي المتنافسين، و ليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بين المتنافسين،⁴ بحيث يجب وضع المتنافسين في إطار قانوني بحيث لا يمكن التمييز لأن ذلك يقلص من عدد المتنافسين و بالتالي طلب العروض غير مجدي، فعلى الإدارة التفريق بين المتعاقدين بتأن على معايير مالية وتقنية وتجارية فقط وذلك حسب دفتر الشروط وقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.⁵

غير أن هذا المبدأ لا يؤخذ في جميع الأحوال حيث أن الإدارة لها امتيازاتها التي تتمتع بها تجاه المتنافسين إذ تستطيع أن تفرض شروط إضافية على المتقدمين إليها ، كأن تضمن توفر خبرات خاصة أو تطلب وثائق أو شهادات معينة لا تتوفر إلا لفئة من الراغبين في

¹ قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق لـ 6 مارس سنة 2016، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، بتاريخ 27 جمادى الأولى عام 1437 الموافق لـ 7 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري.

² عبد اللطيف قطيش، المرجع السابق، ص 39 .

³ محمد منير حساني، المرجع السابق، ص 191.

⁴ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 237 .

⁵ ساهل ميلود، المرجع السابق ، ص 32.

التعاقد، كما أن الإدارة تملك الحق في إعفاء بعض المتقدمين من بعض الشروط.¹ والنتيجة المترتبة عن هذا المبدأ أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى وسائل للتمييز بين المتقدمين، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين، سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية. وهي ملزمة بوضع معايير موضوعية تتعلق أساسا بـ:

- شروط تقدم التعهدات التي تتضمنها إعلانات الصفقة العمومية أو تفويض المرفق العام.
- معايير إرساء الصفقة كآليات لتقديم العروض.

ويستند هذا المبدأ على دعامة أخرى، من خلال تكافؤ الفرص بين المتعاقدين، بإلزامهم بتقديم عروض سرية مجهولة الهوية، بما يضيء 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 و تقييم العروض أو بحكم مشاركتهم في إعداد دفاتر الشروط الخاصة بالصفقات.²

كما يعتبر خروجاً عن مبدأ المساواة في حال ما إذا وضعت الإدارة وسائل قانونية أو واقعية للتمييز بين المترشحين، كذلك لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين من دفع التأمين أو من تقديم وثيقة من الوثائق المطلوبة أو واقعية كإقدام المصلحة المتعاقدة على خلق وضع قانوني يضع بعض المتنافسين في وضع أفضل أو في وضع أسوأ من غيرهم، ويحدث هذا عادة بطريقة غير مباشرة عن طريق عدم إتباع وسائل الإعلان بالأساليب التي نص عليها القانون، وفي الحالتين سواء كانت وسائل التمييز قانونية أو واقعية فهي غير مشروعة.³

أما فيما يخص النصوص القانونية المكرسة لمبدأ المساواة في القانون الجزائري فقد نصت المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أنه " يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد و وزن كل

¹ _ بعبط عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013-2014، ص 21.

² _ خرشي يوسف، طرق إبرام الصفقات العمومية بين الحرية والتقييد ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق، 2014 ، 2015 ، ص 10.

³ _د. خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 126.

منهما ، مرتبط بموضوع الصفقة وغير تمييزية "1.

كما نصت على هذا المبدأ المادة 89 من نفس المرسوم 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 ردي، لاسيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية "2.

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر مبدأ المساواة بين المتنافسين في حكم صدر في 21 أبريل سنة 1957 ، جاء فيه ما يلي:
"من بين المبادئ الأساسية التي تخضع لها المنافسة العامة الإعلان وحرية المنافسة و المساواة بين المتنافسين".

ورغم أهمية مبدأ المساواة إلا أنه يعد أكثر المبادئ عرضة للانتهاك من خلال ما يتعرض له من تصرفات احتيالية على المستوى العملي، والتي ثبت فيها تواطئ كل من موظفي المصالح المتعاقدة والمتعاقدون مع الإدارة على حد سواء مما جعل مرحلة إبرام الصفقات العمومية مجالا لجرائم الرشوة والمحاباة،³ ولهذا فقد أضيفت للوثائق التي يقدمها المرشحون للصفقة وثيقة أخرى تسمى اكتاب بالتصريح بالنزاهة ، يتعهد فيه المترشح عموما بالامتناع عن اللجوء لهذه الأساليب الممنوعة من أجل الحصول على الصفقة أو عقد أو ملحق⁴.

وفي الأخير ما يمكن قوله بخصوص مبدأ المساواة أنه رغم الترسانة القانونية التي سنها المشرع الجزائري من أجل الحد من خرق هذا المبدأ، إلا أنه على أرض الواقع يوجد تجاوز و انتهاك للمبدأ وهذا راجع لذهنية الموظف الذي يعمل في الإدارة أو المرفق العام من جهة وإلى المتعاقد مع الإدارة من جهة أخرى.

¹ _المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المرجع السابق.

² _المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المرجع السابق.

³ _ عائشة خلدون ، المرجع السابق ، ص 50 .

⁴ المرجع نفسه ، ص 50.

المبحث الثالث: مبدأ الشفافية و سرية العطاءات

سنتناول في هذا المبحث مبدأ الشفافية في المطلب الأول ثم مبدأ سرية العطاءات في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مبدأ شفافية الإجراءات

مبدأ شفافية الإجراءات يعني وضوح الإجراءات، و الإعلام المسبق للمتنافسين بمعايير الاختيار، و ضرورة الإعلان عنها بالطرق المحددة، و تمكين المرشحين من إيصال عروضهم، و حضور جلسات فتح العروض، و الاطلاع على نتائج التقييم و الاختيار، و فتح مجال الطعن في القرارات المتخذة و الأعمال المتعلقة بإجراءات الطلبية العمومية.¹

تعتبر شفافية الإجراءات في اختيار المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية أمرا جوهريا لأنه يسمح بممارسة الرقابة سواء الإدارية منها أو المالية بفعالية وعلى مستوى جميع مراحل إجراءات إبرام الصفقة العمومية والواقع أنه لا يمكن تسليط الجزاءات المختلفة على الإخلال بالتنظيم الخاص بالصفقات العمومية إلا إذا كان إبرام الصفقة ظاهريا ومرئيا، ولا يتأتى ذلك إلا بوجود وتبني إجراءات خاصة باختيار المتعامل المتعاقد.²

وقد أورد قانون المنافسة أمثلة عن الأعمال الغير نزيهة في هذا المجال ومنها:

- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها.
 - إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود، سواء بطبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.
 - السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة.³
- و مبدأ الشفافية في الإجراءات يعني:
- إجراءات واضحة و مفصلة.
 - التأشير المسبقة لدفتر الشروط.

¹ د. خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، د.ط، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة القديمة الجزائر، 2011، ص493.

² مراد بلعبيبات، "مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري" مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني السادس الذي نظّمته كلية الحقوق جامعة د. يحي فارس بالمدينة، الموسوم بعنوان: دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، يوم 20 ماي 2013. ص 4 .

³ خرشي النوي، المرجع السابق، ص 394.

- فتح الأظرفة في جلسة علنية.
- نشر المعلومات للنتائج في إعلان المنح المؤقت.
- تقديم نفس الأجوبة و طلب التوضيحات لكافة المترشحين.
- حق الطعن.

كما أن المشرع الفرنسي يكرس مبدأ الشفافية في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، ويرى أنه يجب معاملة كل المترشحين بطريقة محددة، وذلك بالنظر إلى الشروط المتعلقة بالمعلومات حول الصفقة المراد إبرامها، كما أن هذا المبدأ يعني أن إجراءات إبرام الصفقات العمومية يجب أن تتم في شفافية، في مختلف مراحل إبرامها بأن تمنع أي نوع من التجاوزات وتفسح المجال للمنافسة الشرعية بين مختلف المترشحين.¹

المطلب الثاني : سرية العطاءات

المناقصة التي يتم الإعلان عنها بالطريقة التي يحددها القانون، يترتب عنها تقديم عطاءات من طرف المتناقصين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، بحيث يشترط في هذه العطاءات تطبيق مبدأ السرية الذي يتحقق عن طريق تقديم المتناقصين لعطاءاتهم في مظاريف مغلقة، بحيث يظل محتواها مجهولا للإدارة و لقبية المتناقصين حتى ميعاد فتح المظاريف، بواسطة لجنة الفتح المختصة على النحو الذي نص عليه القانون.²

إن المشرع الجزائري منعا لأية تحايل تهدر مبدأ المنافسة و المساواة بين أصحاب العطاءات أكد على مبدأ سرية العطاءات، في تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و هذا في المادة 64 حيث نصت المادة على مايلي: " يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:.....تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض و مراجعة طلب العروض".³

¹ _ زوزو زوليخة، جرائم الصفقات وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2011-2012 ، ص51.

² _ عائشة خلدون، المرجع السابق، ص 111.

³ _ مرسوم رئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

المبحث الرابع: مبدأ المنافسة الحرة

المنافسة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تعد من الشروط الأساسية التي تتوقف عليها نجاعة الطلبات العمومية، فالمنافسة بما تثيره من تعدد في العروض وتنوع الخيارات، تسمح للإدارات العمومية استخدام الموارد العمومية استخداما عقلانيا رشيدا، ويضفي على طلباتها قدرا من الشفافية والنزاهة، ولهذا أولى المشرع لموضوع حماية المنافسة عناية خاصة وذلك من خلال قانونين هما قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي يهدف إلى تحديد الإحكام الخاصة بالمنافسة، وقانون المنافسة الذي يرمي إلى تنظيم المنافسة وتحديد قواعد حمايتها.¹

وسوف نتطرق في هذا المبحث إلى عنصرين أساسيين تعريف مبدأ المنافسة في المطلب الأول واستثناءات تطبيق هذا المبدأ في المطلب الثاني.

المطلب الأول : تعريف مبدأ المنافسة الحرة

حرية المنافسة في فتح المجال للأشخاص الطبيعية و المعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط المحددة سلفا، فلا يوجد أي مانع لإشراك أي منافس متى توافرت فيه الشروط القانونية، وفي إطار الشكالية الواجب إتباعها للدخول في المنافسة،² ومهما يكن فإنه يجب أن يفسح المجال لأكبر عدد ممكن من المتنافسين.³

وفقا لهذا المبدأ فإن الإدارة ملزمة باستدعاء كل المقاولين أو المتعهدين إلى المنافسة

المقترحة وذلك باستثناء بعض الطوائف الممنوعة لأسباب قانونية أو تقنية.⁴

ويجد هذا المبدأ ركيزته في أحكام القضاء الإداري الفرنسي، الذي يشكل المصدر الأساسي للقانون الإداري، وفي هذا المقام أقرت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في

¹ _ جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ،جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون ، القسم العام ، 2013 ، 2014 ، ص 15.

² _ تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2013-2014، ص 62.

³ _ ساهل ميلود، طرق إبرام الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة خميس مليانة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013-2014، ص32.

⁴ _ مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية و كيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2007-2008، ص54.

23 ماي 1938 التي بينت مغزى هذا المبدأ بقولها: " إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا...".
فلو رغبت المصلحة المتعاقدة التعاقد، فإن أول إجراء تتقيد به هو ضرورة تحقيق المنافسة بين الراغبين في التعاقد معها، ممن تتوفر فيهم المؤهلات اللازمة التي تمكنهم فيما بعد تنفيذ المشروع الموكل لهم، ولا يتحقق التنافس إلا إذا تم إعلام المعنيين بإتباع الوسائل المحددة قانونا.¹

وفي نظر الأستاذ Delaubadere يقوم مبدأ المنافسة على فكرة المساواة بين الأفراد في حالة الانتفاع من خدمات المرافق العامة.²
وفيما يتعلق تطبيقات مبدأ المنافسة في القانون الجزائري فقد نص عليه المشرع الجزائري في قانونين :

الفرع الأول: قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

في المادة الخامسة منه التي جاء فيها: "... يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول الى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات".³

من خلال تحليلي لهذه المادة استنتجت:

أن المشرع في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 لم يذكر مبدأ المنافسة صراحة - هذا إذا نظرنا إلى المادة نظرة سطحية- لكن لو تعمقنا في فحواها نجد أن المشرع ذكر المبدأ بصفة ضمنية، بحيث يتحقق مبدأ المنافسة باحترام المبادئ الثلاث المذكورة في المادة.

بدليل أننا في تعريف مبدأ المنافسة قلنا بأنه: "فتح المجال للأشخاص الطبيعية و المعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط للتقدم بعروضهم".

وفتح المجال للأشخاص لا يتحقق إلا بحرية الوصول للطلبات العمومية ، وهذا يعني تمكين المتنافسين من العلم بالصفة العمومية أو تفويض المرفق العام، وبذلك فسح المجال

¹ _ تياب نادية، المرجع السابق، ص 63.

² _ بعيث عائشة، المرجع السابق ، ص 20.

³ _ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المرجع السابق.

لأكبر عدد من المتنافسين زيادة على ذلك المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات هذا لتحقيق المنافسة النزيهة.

الفرع الثاني: قانون المنافسة

كرس المشرع الجزائري مبدأ المنافسة في تعديل القانون المتعلق بالمنافسة لسنة 2010 حيث جاء في المادة 2 منه:

"...تطبيق أحكام هذا الأمر على ما يأتي ... الصفقات العمومية ، بدءا بنشر الاعلان عن الإعلان المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية".¹

وإذا قلنا أن مبدأ المنافسة معناه إتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيهم الشروط لتقديم عروضهم، هذا لا يعني انعدام سلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين و كفاءتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة، فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في استبعاد غير الأكفاء من التعاقد حيث لها الحق في استخدام، ولها أن تستعمل هذا الحق في كافة مراحل العملية التعاقدية، شرط أن يكون ذلك بنصوص قانونية ووفق دفتر الشروط.²

وهذا ما يعرف بالاستثناءات على مبدأ المنافسة الحرة وسنتطرق إليها في المطلب الثاني بشكل موجز.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المنافسة

إن تطبيق مبدأ حرية المنافسة العامة لا يأخذ على إطلاقه فثمة قيود (استثناءات) ينص عليها القانون أو تضعها لإدارة لما لها من سلطة تقديرية، تؤدي إلى حرمان بعض الأفراد أو الشركات من دخول المناقصة العامة، دون أن يعد ذلك إخلالا بمبدأ المنافسة الواجب توافره في إجراء المناقصة أو التفويض.³

¹ قانون رقم 05.10 مؤرخ في 05 رمضان عام 1431 الموافق لـ 13 غشت 2010 المعدل والمتمم لأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1924 الموافق م 13 يوليو، سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 46 بتاريخ 08 رمضان عام 1943، الموافق لـ 18 غشت سنة 2010.

² حميد أحمد سرير، "الصفقات العمومية وطرق إبرامها"، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني السادس الذي نظّمته كلية الحقوق جامعة د يحي فارس بالمدينة، الموسوم بعنوان: دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، يوم 20 ماي 2013، ص9.

³ عائشة خلدون، المرجع السابق، ص 66.

الفرع الأول: الحرمان لأسباب قانونية

- وهي حالات محددة على سبيل الحصر في القانون ولا يمكن للإدارة أن تضيف أي حالة نذكر ما جاء في المادة 75 من تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام " يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون:
- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و 74 أعلاه،
 - الذين هم في حالة الإفلاس أو تصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،
 - الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو تصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،
 - الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية و الشبه الجبائية،
 - الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم،
 - الذين قاموا بتصريح كاذب،
 - المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع،
 - المسجلون في قائمة المتعاملون الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم،
 - المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش و مرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع و التنظيم في مجال الجبائية و الجمارك و التجارة،
 - الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل و الضمان الاجتماعي،
 - الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم
- توضح كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من وزير المكلف بالمالية "1.
- كما حدد القرار الوزاري الصادر عن وزير المالية بتاريخ 28 مارس 2010 عن كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية 2.

1_ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

2_ أنظر إلى القرار الوزاري المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس 2011 الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 24 بتاريخ 16 جمادي الأول عام 1432 الموافق لـ 20 أبريل 2011 .

رجوعا لمقتضيات القرار الوزاري المذكور نجده قد صنف حالات الإقصاء إلى صنفين، إقصاء مؤقت و إقصاء نهائي، وصنف الإقصاء المؤقت بدوره إلى إقصاء تلقائي و آخر بموجب مقرر، و اعترف للوزير المعني أو مسؤول الهيئة المستقلة أو للوالي المختص إقليميا بإصدار مقرر الإقصاء.¹

الفرع الثاني: الحرمان الموقع من الإدارة:

أولا: الحرمان الجزائي الموقع من قبل الإدارة:

إذ تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية، وذلك في الحالة التي تصدر فيها الإدارة قرارات الحرمان كجزاء يوقع على المتعامل معها نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، مثل ارتكاب أخطاء في تنفيذ ارتباطات سابقة مع الإدارة.²

ثانيا: الحرمان الوقائي بمقتضى السلطة التقديرية للإدارة

في هذه الحالة تستخدم جهة الإدارة سلطتها التقديرية في حرمان بعض الأشخاص من التقدم للمناقصة بسبب كونهم غير مؤهلين للتعاقد، و عدم كفايتهم أو ضعف قدراتهم الفنية أو المالية لأداء الأعمال المرجوة من التعاقد، ولم يقيد المشرع الإدارة بحالات معينة، كما لم يفرض عليها انتهاج سلوك معين فهذا الحرمان نوع من مظاهر السلطة العامة التي تمارسها جهة الإدارة و غير مقيدة في ذلك إلا بدواعي المصلحة العامة.³

¹ _ د عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة، جسر للنشر و التوزيع، المحمدية الجزائر، 2011، ص 136 .

² _ عائشة خلدون، المرجع السابق، ص73.

³ _ المرجع نفسه، ص 84-85 .

خلاصة الفصل الأول:

تقوم الدولة بإبرام العقود الإدارية تحقيقا للمصلحة العامة لذا وجب عليها احترام و مراعاة مجموعة من المبادئ و الأحكام، و ذلك لإضفاء المشروعية على هذه العقود التي تبرمها، و تتمثل هذه المبادئ في حرية الوصول للطلبات العمومية أو كما يعبر عنه بمبدأ العلنية و المساواة و الشفافية و المنافسة.

و من خلال تحليلي لنص المادة 5 من تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام تمكنت من التوصل إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على مبدأ المنافسة الحرة صراحة رغم أهميته و لكن نص على ذلك ضمنا بحيث-حسب رأيي الشخصي- يتحقق هذا المبدأ بتطبيق المبادئ الثلاثة التي نص عليها في هذه المادة (العلنية و المساواة و الشفافية).
فبواسطة العلنية أي حرية الوصول للطلبات العمومية، يتمكن كل من يرغب في التعاقد مع الإدارة من معرفة الصفقة أو العقد التي تود الإدارة أن تبرمه.

أما مبدأ المساواة بين المتنافسين، يعتبر مبدأ دستوري قبل أن يتحدث عليه تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، فمن خلاله نضمن اجتناب كل تصرف يؤدي إلى التمييز بين المتنافسين.

و من خلال مبدأ المنافسة الحرة، يتسنى لكل من تتوفر فيه الشروط المحددة للدخول في طلب العروض أو تفويض المرفق العام، فكلما زاد عدد المتنافسين كلما كانت حظوظ الإدارة أكبر في الحصول على أحسن عرض من جميع النواحي (المالية، الفنية...).

و لمنع الإدارة من التلاعبات في تعاملاتها إذ قد يسود معاملاتها الغموض و عدم الثقة، ألزمها المشرع باحترام مبدأ الشفافية و الوضوح في الإجراءات و ذلك بتمكين المرشحين من إيصال عروضهم و حضور جلسات فتح العطاءات و الاطلاع على نتائج التقييم ...
وبالرغم من أن المشرع كرس مبدأ العلنية فقد أكد على سرية العطاءات و الذي يتحقق عن طريق تقديم المتنافسين لعطاءاتهم في مظاريف مغلقة، بحيث يبقى محتواها مجهولا للإدارة و لبقية المتنافسين.

فلكي يكون العقد الذي تبرمه الإدارة عقدا صحيحا و غير مشوب بعدم المشروعية، يجب على المصلحة المتعاقدة احترام كل هذه المبادئ، بحيث المبادئ المذكورة كلها مهمة و لكل مبدأ مغزى، فهي تكمل بعضها البعض.

الفصل الثاني: طرق إبرام الصفقات العمومية بين الحرية و التقيد

رغم ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة في إبرامها للصفقات العمومية من امتيازات و صلاحيات تجعلها في مركز متميز عن المتعاملين معها، إلا أنها لا تملك الحرية المطلقة في اختيار الشخص المتعاقد فهي ملزمة بإتباع طرق إبرام و إجراءات حددها و نظمها المشرع في تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام لا سيما في المواد 39 و ما بعدها .

فقد جعل أسلوب طلب العروض هو القاعدة العامة بما كفل به حق المشاركة لكل العارضين، كما قيد جهة الإدارة بجملة من الإجراءات تؤدي في مجملها لفقد الإدارة حريتها في اختيار المتعامل المتعاقد معها لأسباب موضوعية يأتي على رأسها ترشيد النفقات العمومية و إبعادها عن المعاملات المشبوهة و تفضيل عارض عن آخر، و كذلك إضفاء المبادئ التي تقوم عليها طرق إبرام الصفقات العمومية (و التي تم دراستها في الفصل الأول) .

غير أنه و لأسباب موضوعية يتعين الاعتراف لجهة الإدارة باختيار المتعاقد معها في ظروف و حالات محددة و مبينة في النص دون الحاجة لإجراءات الإشهار و النشر و دون أدنى داع لإعلام الغير و هذا في أسلوب التراضي .

فما المقصود بطلب العروض و التراضي و ما هي إجراءات كل من الأسلوبين ؟

للإجابة على هذا التساؤل قسمنا هذا الفصل لمبحثين المبحث الأول طلب العروض كقاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية و المبحث الثاني تحت عنوان التراضي كطريقة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية .

المبحث الأول: طلب العروض كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية

لقد أصبح أسلوب طلب العروض أسلوبا مفضلا في الوقت الراهن نظرا لما يتصف به من مميزات ايجابية عن باقي الأساليب، غير أن الجزائر لم تتوصل فعليا إلى اعتماد هذا الأسلوب إلا بعد صراعات طويلة في قوانينها المتعلقة بالصفقات العمومية ، فبعد أن كانت تعتمد كقاعدة عامة في أول قانون لها للصفقات العمومية¹، تراجعت عنه في المرسوم رقم 82-145 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.²

واستمر التخلي عن هذا الأسلوب إلى أن جاء المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن قانون الصفقات العمومية إذ انه ورغم نص المشرع في المادة 20 على أنه، "تبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة التي تعتبر القاعدة العامة..." فطبقا لهذه المادة فإن إجراء المناقصة هو الذي يعد القاعدة العامة ، غير أنه بتفحصنا للنص الفرنسي³ نجد القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية هي إجراء طلب العروض " l'appel d'offres " وليس إجراء المناقصة .

وما يؤكد ذلك المادة 21 من نفس المرسوم حيث أن التعريف الذي جاءت به ينطبق على إجراء طلب العروض وليس على إجراء المناقصة،⁴ حيث أن إجراء المناقصة تخصص بموجبه الصفقة لأحسن عرض من الناحية المالية فقط، بينما إجراء طلب العروض تخصص الصفقة بموجبه لأحسن عرض من جميع النواحي.⁵

ولم ينتبه المشرع الجزائري للخطأ الذي وقع فيه لا في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ولا في التعديلات التي تلت المرسوم المذكور (تعديل رقم 11-98 والتعديل رقم 11-222 والتعديل رقم 12-23 والتعديل رقم 13-03)، إلا بعد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

¹ _ انظر للمادة 42 من الامر رقم 67-90 مؤرخ بتاريخ 27 جوان 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية الصادر بالجريدة الرسمية عدد 52 بتاريخ 28 نوفمبر 1967.

² _ انظر للمادة 26 من المرسوم رقم 82-143 الصادر بتاريخ 10 أفريل 1982 المتضمن قانون الصفقات العمومية الصادر في الجريدة الرسمية عدد 15 بتاريخ 13 افريل 1982.

³ _ " les marchés publics sont passés selon la procédure d'appel d'offres....." Art 25

⁴ _ المادة 20 من المرسوم رقم 02-250 "المناقصة هي اجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض".

⁵ مانع عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 52.

المطلب الأول: مفهوم طلب العروض

سنتناول في هذالمطلب فرعين، الأول تعريف طلب العروض و في الفرع الثاني أشكال طلب العروض.

الفرع الأول: تعريف طلب العروض

أولاً: التعريف القانوني

عرفه المشرع الجزائري في المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقيضات المرفق العام على أنه "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات ، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء".¹

ثانياً : التعريف الفقهي

يعرف الفقيه روبر موغني طلب العروض على أنه : " طريقة إبرام صفقات تتميز بمنح الصفقة من طرف الهيئة العمومية لصالح المتنافس الذي يستجيب أكثر للشروط التالية: السعر، تكلفة الاستعمال، القيم التقنية، آجال الخدمات، الضمانات المقدمة من طرف المتنافس واعتبارات أخرى تحدد مسبقاً من طرف الإدارة".²

الفرع الثاني: أشكال طلب العروض:

- حددت المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أشكال طلب العروض اذ جاء فيها : "يمكن أن يكون طلب العروض وطنياً / أو دولياً، ويمكن أن يتم حسب الأشكال الآتية:
- طلب العروض المفتوح.
 - طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.
 - طلب العروض المحدود.
 - المسابقة.³

وسنتناول في هذا المطلب كل الأشكال المحددة في المادة:

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تقيضات المرفق العام، المرجع السابق.

² كالمي مختار، إبرام الصفقات العمومية ونظام مراقبتها في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم علوم التسيير، 2007-2008، ص 45.

³ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تقيضات المرفق العام، المرجع السابق.

أولاً: طلب العروض المفتوح.

عرفه المشرع في المادة 43 من المرسوم رقم 15-247 كما يلي : "طلب العروض

المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً."

واضح من النص أعلاه أن هذا الأسلوب (الشكل) يكفل لكل عارض مؤهل تقديم عرضه، وهو ما يفتح باب المنافسة بين العارضين، فليس هناك شروط انتقائية أو اقصائية، وبإمكان من توفرت فيهم الشروط المعلن عنها المشاركة وتقديم العرض، بل إن طلب العروض قد تتسع دائرته فيضم أطرافاً أجنبية إذا كان طلب العروض وطنياً و أجنبياً حسب المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.¹

و تلجأ الإدارة إلى هذا النوع من طلب العروض في المشاريع أو الأعمال التي تتطلب خبرة فنية دقيقة و معمقة كالأشغال و التنظيف و الصبغ و التجهيز و تتم الإحالة في مثل هذا النوع من طلب العروض على نحو آلي من حيث المبدأ على صاحب أقل عرض لأنه من المفترض أن جميع المقاولين أو الموردين قادرين على تنفيذ العمل محل الصفقة مادام لا يتضمن جوانب فنية معقدة، و مع ذلك فإن الإدارة لا تفقد سلطتها التقديرية في تقييم العروض فنياً أو قيمياً، فإذا تبين لها أن من يريد التعاقد غير متقن لعمله من خلال المعاينة الفنية للعرض في مقدرة الفنية أو وجدت المناقص سيء السمعة جاز لها استبعاده من طلب العروض.²

ثانياً: طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:

عرفه المشرع في المادة 44 كما يلي : " هو إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة".³

من خلال المادة سالفة الذكر يتبين أن طلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا (مناقصة

¹ _ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 134

² _ د. خصري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة محمد خيذر، بسكرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2002_2003، ص 15.

³ _ المرسوم الرئاسي رقم 16-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، المرجع السابق.

محدودة سابقا) هو إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا، ويعد شكل خاص من أشكال طلب العروض تفرضها بعض التعاقدات التي تتطلب كفاءات فنية خاصة، حيث يقتصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معينين أو فنيين بذواتهم، وتختارهم الإدارة لثبوت كفاءتهم الفنية والمالية، غير أن الإدارة ملزمة باحترام مبدأ التنافس في هذا النوع من طلب العروض كما ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بإعلان من طلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا بنفس كيفية طلب العروض المفتوح،¹ لان التساوي بالمنافسة يعتبر مبدأ عام في جميع أنواع طلب العروض فهو من النظام العام.²

وتلجأ الإدارة إلى طلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا في الحالات التالية (مثلا) :

1- في المشاريع الإنتاجية والاستثمارية مثل المصانع والمحطات الكهربائية

2- المشاريع التي تتطلب بسرعة في انجازها.

3- تقديم خدمات فنية كاختيار المكاتب الاستشارية ومكاتب التفتيش.³

ثالثا: طلب العروض المحدود

عرفه المشرع في المادة 5 من الأمر 247/15 كما يلي:

"طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد...".⁴

حيث يتمثل هذا الشكل من طلب العروض في انتقاء أولي تقوم به المصلحة أو الإدارة المتعاقدة من خلال إجراء تنافس بين مجموعة المترشحين وبعد اختيار وانتقاء عدد منهم، يرخص لهم دون سواهم، بتقديم عروضهم وتعهداتهم للتعاقد بالنهاية مع واحد منهم.⁵

ويتميز اجراء طلب العروض المحدودة عن غيره كونه إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عروض فيه المدعون خصيصا للقيام بذلك بعد الانتقاء أولى، وتنفذ المصلحة المتعاقدة الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بعمليات معقدة

¹ _ زوزو زليخة، المرجع السابق ص 41.

² _ د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1938، ص69.

³ _ محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 69.

⁴ _ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

⁵ _ أ. د محمد الصغير بعلي، العقود الادارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2005، ص 31.

أو ذات أهمية خاصة ويجري اللجوء إلى طلب العروض المحدودة على أساس:

- مواصفات تقنية مفصلة معدة على أساس مقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها.
- برنامج وظيفي استثناء، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها.

كما يمكنها اللجوء إلى طلب العروض المحدود بمناسبة انجاز عمليات هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري¹.

رابعاً: المسابقة

عرفها المشرع في المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 كما يلي:

" المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة، وتمنح الصفقة بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية..."²

كما حدد المشرع في هذه المادة الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة للمسابقة :

1- حالة تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة

2- حالة معالجة المعلومات

وما يعرف عن نظام المسابقة في الأنظمة القانونية العالمية أنه شكل من أشكال طلب العروض يستخدم في صفقات للخدمات الفكرية، وقد تم تكييف إجراء طلب العروض بإرفاقه بالمسابقة ليتلاءم مع طبيعة الخدمة ، إذ في كثير من الحالات لا تستطيع الإدارة تحديد الخدمة مسبقاً كما هو معروف في القاعدة العامة، وبالتالي فإنه لا يمكن اللجوء إلى المسابقة إلا إذا كانت هناك أسباب تقنية أو مالية أو جمالية تستدعي إقامة أبحاث خاصة.³

المطلب الثاني: إجراءات (مراحل) طلب العروض

إن عملية إبرام الصفقة العمومية تمر بأربعة مراحل أساسية تتمثل المرحلة الأولى في

¹ د. خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 96.

² المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

³ قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006، ص 83.

الإعلان وظهور الصفقة للعلن ثم تليها مرحلة إيداع العروض ثم مرحلة فتح و تقييم العروض وفي الأخير تأتي مرحلة منح أو اعتماد الصفقة.

غير أن المصلحة المتعاقدة لا تستطيع مباشرة هذه المراحل إلا بعد حصولها على الاعتماد المالي أو ما يطلق عليه اسم "رخصة البرنامج"، إذ أنها غير قادرة على التعاقد أو تحمل التزامات مالية إلا إذا كان هناك هذا الاعتماد الذي يغطي هذه الالتزامات، وهذا ما هو إلا تطبيق للمبدأ العام الذي يقضي بأن أي اتفاق عام يتوجب ان يكون له اعتماد مالي.¹

الفرع الأول: مرحلة الإعلان وظهور الصفقة للعلن.

تتقسم هذه المرحلة إلى مرحلتين هما مرحلة إعداد دفتر الشروط ثم مرحلة الإعلان عن الصفقة. أولاً: مرحلة إعداد دفتر الشروط.

يعرف دفتر الشروط بأنه وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها وكيفيات اختيار المتعاقد معها".² أما فيما يخص أنواع دفتر الشروط فهي ثلاث وقد تم تناولها في الفصل الأول.

ويجسد دفتر الشروط مظهراً من مظاهر ممارسة السلطة العامة، كيف لا وإن الإدارة عندما تضع شروطها ما في دفتر الشروط لا يجوز للعارض التفاوض بشأنها أو طلب تعديلها.³

وبعدما يتم إعداد دفتر الشروط يحال إلى لجنة الصفقات العمومية للمصادقة عليه وبعد المصادقة عليه تأتي مرحلة الإعلان عن الصفقة.

ثانياً: مرحلة الإعلان في الجرائد ونشرة الصفقات العمومية.

تم تناول هذه المرحلة في الفصل الأول (المبادئ الأساسية التي تحكم إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ولهذا سوف نتطرق لها بإيجاز). حفاظاً على مبدأ الشفافية في إبرام العقود الإدارية، أوجبت المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15 على الإدارة المتعاقدة إعلان المناقصات المزمع إبرامها، وذلك من خلال النشر والإعلان الواسع، وفي سبيل ذلك تحرير إعلان المناقصة متضمناً أهم البيانات المتعلقة

¹ _ مانع عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 69.

² _ أ.د. عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 150.

³ _ المرجع نفسه ، ص 151.

بها باللغة العربية واللغة الأجنبية، ونشره في جريدين يوميتين على الأقل.¹
في حين حددت المادة 61 الحالات التي يكون فيها اللجوء إلى الإشهار الصحفي إجباري، كما بينت المادة 62 من نفس المرسوم البيانات الإلزامية التي يجب أن يحتويها الإعلان عن طلب العروض.²

الفرع الثاني: مرحلة إيداع العروض

يمكن تعريف العطاءات بأنها العروض التي يتقدم بها الأشخاص في الصفقة التي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في ملف الصفقة، وكذلك تحديد السعر الذي تقترحه والذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة.³

كما يعني إتاحة الفرصة أمام المتنافسين في إيداع عروضهم لدى جهة الإدارة المتعاقدة، وكحماية للمنافسة بين العارضين أوجب التنظيم أن يكون الإيداع في مكان واحد وفي مجال زمني موحد، بالإضافة إلى إحالة مضمون العروض بالسرية، وعدم جواز الاطلاع عليها من قبل الغير حتى الميعاد المقرر للتقييم، وذلك بفرض إيداع العروض في ظرف عادي مغلق لا يدل على اسم صاحبه.⁴

وينبغي تقديم العطاءات أو العروض خلال المدة التي حددتها المصلحة المتعاقدة، ويبدأ تقديمها من تاريخ أول صدور للإعلان عن طلب العروض، على أن يسري الأجل إلى اليوم الموالي لنشر الإعلان وفقا للقواعد العامة.⁵

ويتضمن العطاء عناصر فنية وقانونية في آن واحد، فالعناصر الفنية تشمل الخرائط والرسومات والمواصفات والمفردات العمل والمدة اللازمة للتنفيذ وكذلك الملاحق التي يمكن أن تضاف إليه مستقبلا وهذه العناصر يجب أن تكون متطابقة مع ما وضعته الإدارة في دفتر الشروط، أما العنصر القانوني في العطاء، فيتمثل من حيث كونه إيجابا ملزما لصاحبه لا يجوز له الرجوع عنه، ويكون ذلك الإلزام مبتدأ منذ لحظة صدور العطاء من صاحبه بغض

¹ _ علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 306.

² _ انظر للمواد 61،62،65 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

³ _ د.سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 226.

⁴ _ علاء الدين عشي، المرجع السابق، ص 306.

⁵ _ د.سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 226.

النظر عن قبول الإدارة و هذا يعتبر امتيازاً من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة.¹

نصت المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247 على ما يلي : "يجب أن تشمل

العروض ملف الترشيح و عرض تقني و عرض مالي، بحيث يوضع ملف الترشيح و العرض التقني و العرض المالي في أظرفة منفصلة و مقفلة بإحكام، يبين كل منها تسمية المؤسسة و مرجع طلب العروض و موضوعه و تتضمن عبارة "ملف الترشيح" أو "عرض تقني" أو "عرض مالي"، حسب الحالة، و توضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام و مغفل و يحمل عبارة "لا يفتح" إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض-طلب العروض رقم...- موضوع طلب العروض".²

الفرع الثالث: مرحلة فتح الأظرفة وتقييم العروض

في السابق أي في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كانت لجنتان: لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض.³

أما حالياً أي في المرسوم الرئاسي 15/247 توجد لجنة واحدة أستند لها المشرع مهمة فتح الأظرفة وتقييم العروض.⁴

أولاً: مرحلة فتح الأظرفة

تقوم بهذه المهمة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ولهذا سوف نتناول في هذا الفرع الأساس القانوني وتشكيلة اللجنة ثم اختصاصاتها فيما يتعلق بفتح الأظرفة.

أ - الأساس القانوني للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

نصت المادة 16 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على ما يلي:

"تحدث المصلحة المتعاقدة ، في إطار الرقابة الداخلية ، لجنة دائمة واحدة او أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض..."

ب - تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

نصت المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15-247 على مايلي: "...وتتشكل هذه اللجنة

¹ د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق ، ص 85.

² المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

³ انظر للمادتين 121 و 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، المرجع السابق.

⁴ انظر للمادتين 71 و 72 من مرسوم رئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام،

المرجع السابق.

من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة ، يختارون لكفاءتهم..."

كما نصت الفقرة الأولى من المادة 162 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر على ما يلي: "يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض و قواعد تنظيمها و سيرها و نصابها...".¹

من نص المادتين يتبين لنا أن المشرع الجزائري ألح على مبدأ الجماعية في متابعة وتسيير الصفقة ، فلم يكلف بالزام مسؤولها الأول (الوزير، الوالي، رئيس، مدير المؤسسة المستقلة....) بتشكيل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المتضمنة عطاءات العارضين دون أن يفرض النص تأهيلا فيما خص الجانب البشري للجنة.

ويرى الأستاذ الدكتور عمار بوضياف أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما منح المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في اختيار لجنة فتح الاظرفة، وهذا بسبب اختلاف طبيعة الإدارات العمومية، واختلاف طبيعة العقود الإدارية.²

في حين أنا أرى كموقف شخصي أن المشرع الجزائري لم يصب عندما منح مهمة تحديدا أعضاء لجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض لشخص (مسؤول المصلحة المتعاقدة) لأن هذا الأخير إذا كان سيء النية في إبرامه لصفقة عمومية أو أراد إبرام صفقة مشبوهة سيفعل ذلك ببساطة وبدون رقابة، بحيث يقوم بتعيين أشخاص موالين له أو يعتمد لتعيين أشخاص غير أكفاء وهذا من شأنه أن يسهل له التجاوز وإبرام صفقات مشبوهة .

ولهذا كان الأجدر على المشرع الجزائري أن يستبدل هذه الطريقة بإحدى الطريقتين:

إما أن يشارك مسؤول المصلحة بأشخاص آخرين (كأن يكونوا رؤساء المصالح)، في تعيين تشكيلة اللجنة لأن رؤساء المصالح يعرفون إمكانيات وكفاءة الموظفين أو العاملين أكثر من مسؤول المصلحة، أو يستبدل أسلوب التعيين بأسلوب الانتخاب، وبهذا حسب رأيي الشخصي، تتحقق الشفافية أكثر.

ج- اختصاصات لجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض بصفتها لجنة فتح الاظرفة

حسب المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لها 8 اختصاصات وسنحاول

ذكر الاختصاصات المهمة وهي:

- تثبيت صحة تسجيل العروض،

¹ _ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

² _ عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 173.

- تعد قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ الوصول،
- تحرر محضر أثناء انعقاد الجلسة،
- تدعو المرشحين أو المتعهدين، عند الاقتضاء، كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة، إلى استكمال عروضهم التقنية،
- تقترح على المصلحة المتعاقدة ، عند الاقتضاء في المحضر، اعلان عدم جدوى الاجراء.¹

ثانيا: مرحلة تقييم العروض

بعد فتح الاظرفة من طرف لجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض تتغير صفة هذه الأخيرة لتصبح لجنة تقييم العروض حيث نصت المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على مايلي : " يتم تقييم العروض من طرف لجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض المنصوص عليها في المادة 71 أعلاه ..."

تقوم هذه اللجنة في هذا المجال بإقصاء العروض الغير مطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، كما تقوم كمرحلة أولى بالترتيب التقني مع إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط، وتتولى بعدها دراسة العروض المالية للمتعهدين المؤهلين تقنيا وبصفة مؤقتة بعد فتح العروض المالية، طبقا لدفتر الشروط، بانتقاء أحسن عرض من الناحية الاقتصادية إذا تعلق الأمر بتقديم خدمات معقدة تقنيا أو بانتقاء العرض الأقل ثمنا بالنسبة للخدمات العادية، إذا كان العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا يبدوا منخفضا بشكل غير عادي فانه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن ترفضه بقرار معلل، بعد أن تحقق من التبريرات المقدمة لها بصفة كتابية.²

وما يميز هذه المرحلة صرامة المشرع الجزائري من خلال منعه لأي إجراء تعاوني قد تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة مع المتعهدين، حرصا منه على ضمان الشفافية وتكافئ الفرص بينهم، ومنعا من أي محاباة قد يستفيد منها أحدهم.³

الفرع الرابع: مرحلة منح واعتماد الصفقة

يتم البت في نتائج طلب العروض عن طريق منح الصفقة أو إلغاء إجراءات طلب العروض، من قبل المصلحة المتعاقدة، بناء على ملاحظات لجنة فتح الاظرفة وتقييم

¹ _ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

² _ بعيط عائشة ، المرجع السابق ، ص 43.

³ _ نياي نادبة ، المرجع السابق ، ص 95

العروض.¹ وقبل اعتماد الصفقة ومنحها نهائيا تمر الصفقة بمرحلة المنح المؤقت .

أولاً: مرحلة المنح المؤقت للصفقة

يقصد بالمنح المؤقت للصفقة إرساء الصفقة بصورة مؤقتة على أحد المتنافسين²، إذ يتم

فيها تحديد المتعامل الذي فاز بالصفقة، وإسنادها إليه بالنظر إلى العرض الذي قدمه.³

بعدها يتم إعلام المتنافسين باسم المتعامل الذي وقع عليه الاختيار المؤقت التي ترمع

الإدارة إسناد الصفقة له، مع تضمين الإعلان كل معايير الاختيار.⁴

يجب ان تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مذكورا اجباريا في دفتر

الشروط الخاص بالمناقصة ويستند هذا الاختيار على الخصوص على:

- الضمانات التقنية والمالية.

- السعر والنوعية وآجال التنفيذ.

- شروط التمويل.

- اختيار مكاتب الدراسات بعد المنافسة الذي يجب أن يستند أساسا إلى الطابع التقني

للاقتراحات.

- وكل العوامل الأخرى التي سمحت بإسناد الصفقة.⁵

وبعد أن يقرر مسؤول المصلحة المتعاقدة الفائز بالصفقة العمومية عليه إعلامه شخصيا

بهذا، كما يعلم باقي العارضين عن رفض عروضهم، وفي الحالة الأخيرة ومن أجل السير

الحسن للإدارة عليه أن يوجه إليهم قرارات إدارية يوضح فيها أسباب الرفض، كما يتوجب عليه

إعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية في نفس الجرائد التي نشر فيها الإعلان عن الصفقة،

مع تحديد اسم الفائز بالصفقة وكل المعايير التي سمحت له بالتفوق على باقي العارضين.⁶

وبما أن منح الصفقة مؤقت وليس نهائيا، فإنه يجوز للعارضين الذين رفضوا عروضهم

تقديم الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية ، وفق ما حددته المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم

15- 247 والتي تنص على مايلي: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع

¹ _ خرشي النوي ، المرجع السابق ، ص 212.

² _ المرسوم رئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

³ _ علاء الدين عشي، المرجع السابق ، ص 307.

⁴ _ خرشي النوي ، المرجع السابق ، ص 213 .

⁵ _ زوزو زوليخة ، المرجع السابق ، ص 33

⁶ _ مانع عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 89

المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، وفي إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة ، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات العمومية ..."، أما فيما يخص آجال الطعن فقد حددته الفقرة الثالثة من نفس المادة حيث نصت على ما يلي: "... يرفع الطعن في أجل عشرة (10) أيام، ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت، وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أوفي الصحافة، أو في بوابة الصفقات العمومية، في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و 184 أدناه ...".¹

وبعد فوات الأجل المحدد للطعون، سواء قدمت الطعون وفصلت فيها لجنة الصفقات العمومية المختلفة أو لم يقدم أي طعن، فإن هذه اللجنة تقوم بدراسة مشروع هذه الصفقة العمومية وتقدر بشأنه تأشيرة للمصلحة المتعاقدة، التي تعتبر بمثابة الضوء الأخضر لها لمنح الصفقة العمومية للعارض الفائز بصفة نهائية.²

ثانيا: مرحلة المنح النهائي للصفقة

تعتبر مرحلة الاعتماد الحلقة الأخيرة في إبرام الصفقة العمومية حيث يتم اعتمادها بقرار منتج لإثارة القانونية ويسمى قرار المصادقة على الإرساء، يصدر عن اللجنة المختصة وهي لجنة البث والإرساء، و تصبح نهائية بهذه المصادقة التي يجب تبليغها في أجل شهر.³ وحسب المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة وهي الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي ، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية .

وباعتماد الصفقة وتزكية الانتقاء، تدخل الصفقة العمومية مرحلتها النهائية وتعرف بعد توقيعها من قبل السلطة المخولة بذلك مرحلة جديدة هي مرحلة التنفيذ.⁴

¹ _ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

² _ مانع عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 84

³ _ زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص 54

⁴ _ تياب نادية ، المرجع السابق ، ص 96.

المبحث الثاني: التراضي كطريقة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية

يعتبر طلب العروض بأشكاله المختلفة، الأصل والقاعدة في إبرام الصفقات العمومية، وعلى الرغم من ذلك قد لا تصلح هذه الآلية في الصفقات التي تعتمد على جوانب فنية وتقنية وغيرها من المعايير ذات الطابع المتميز، أو تلك الصفقات التي يتطلب تنفيذها ممن تتوفر لديهم الخبرة والاختصاص، لذلك تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أساليب تتسم بطابعها الخاص وهو ما يتم في إطار الاستشارة الانتقائية والمسابقة، إلا انه في حالات أخرى تحتاج الخروج عن الإجراءات المعروفة في تنظيم الصفقات العمومية، وإتباع أسلوب الأكثر مرونة نتيجة وجود حالات تستدعي السرعة لتغطية الحاجات العامة ويتمثل هذا الأسلوب في التراضي¹. فما المقصود بالتراضي وما هي أشكاله وحالاته وماهي إجراءات إبرام صفقة عمومية عن طريق أسلوب التراضي ؟

المطلب الأول : مفهوم التراضي

لكي يتحدد مفهوم التراضي علينا تعريفه وذكر أشكاله (في الفرع الأول) تم تحديد الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي (في الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التراضي

قبل تعريف أسلوب التراضي ينبغي توضيح بان التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد.²

أما فيما يخص تعريف التراضي فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 41 من تنظيم الصفقات العمومية على ان : "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة."

فالتراضي هو الطريق الاستثنائي لإبرام الصفقات العمومية حيث يتم تخصيص ومنح الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة.³

الفرع الثاني: أشكال وحالات و الحدود القانونية للتراضي

حددت المادة 41 أشكال التراضي حيث جاء فيها ما يلي: "...يمكن ان يكتسي التراضي

¹ _ تياب نادية، المرجع السابق، ص 98.

² _ عمار بوضياف ، المرجع السابق، ص187.

³ _ بومرزوق فائزة ، الصفقات العمومية خلال عمليتي الإبرام والتفويض ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة محمد خيضر ،

بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2014-2017 ، ص 43

شكل التراضي البسيط او شكل التراضي بعد الاستشارة...¹ من خلال مضمون المادة 41 أعلاه يتضح لنا أن المشرع حدد شكلين للتراضي:

أولاً: التراضي البسيط وحالاته وحدوده القانونية

ما يجب ان نفهمه من التراضي البسيط هو أن إبرام الصفقة يكون بدون إقامة أية منافسة ولكن هذا قد يتعارض مع نية المشرع الجزائري عند استعماله عبارة " دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ". كما نصت المادة 41 دون الإعفاء من إقامة المنافسة وإنما الإعفاء في هذه الحالة هو من الإجراءات الشكلية للمنافسة أي الإشهار، لهذا لا يمكن أن يكون المشرع الجزائري قد قصد بإجراء التراضي البسيط الإعفاء من إقامة المنافسة بكل الوسائل الأخرى.² وما يستخلص من تعريف المشرع الجزائري للتراضي أن المنافسة إلزامية في هذه الكيفية فقط، شكلية المنافسة المنصوص عليها في هذا التنظيم هي المستبعدة وتتمثل شكلية المنافسة في إشهار الصفقة بالطرق المحددة قانوناً.³

ويتم التفاوض بعنوان التراضي البسيط مع شخص بعينه دون غيره، ويوفر اللجوء إلى هذه الصيغة بساطة في الإجراءات وبالتالي السرعة في تلبية الحاجات وريحا للوقت، غير أن الاتصال مع شخص واحد والتفاوض معه، يشكل أهم وأخطر العيوب التي تكتنف هذه الصيغة، إذ يفقدها الشفافية المتوخاة في مثل هذه الإجراءات، مع كل ما يمكن أن ينجر على ذلك من مساس بمبدأ العدالة بين المتنافسين.⁴

ولهذا لجأ المشرع لتحديد حالات اللجوء إلى التراضي البسيط على سبيل الحصر حيث نصت المادة 49 على مايلي:

"تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية **و فقط**."

و تتمثل هذه الحالات فيما يلي:

1 - حالة الاحتكار: جعل المشرع حالة الاحتكار إحدى الحالات المبررة للجوء المصلحة

¹ _ مرسوم رئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

² _ مرسوم رئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق. كامل مختار ، إبرام الصفقات العمومية ونظام مراقبتها في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير ، قسم علوم التسيير 2008،2007 ص 87.

³ _ مرسوم رئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق. خدوج حمامة ، المرجع السابق ، ص 117.

⁴ _ خرشي النوي ، المرجع السابق ، ص 165.

المتعاقدة للتراضي البسيط باعتبار هذه الأخيرة لا تملك الخيار أمام انفراد المتعاملين الإقتصاديين بالمواصفات والمقاييس التقنية أو امتلاكه حصرا للطريقة التكنولوجية المطلوبة من قبل المصلحة المتعاقدة.

- 2 - حالة الاستعجال الملح: وقيد المشرع تحققها باشتراط وجود خطر داهما يتعرض له ملك أو استثمار لا يمكن تداركه بلجوء لطلب العروض لطول الإجراءات.¹
- 3 - حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن نتيجة مناورات للمطالعة من طرفها.
- 4 - حالة المشروع ذي الأولوية والأهمية الوطنية : وهذا بعد اخذ موافقة مسبقة من مجلس الوزراء، ويجب ان يكتسي طابع استعجالي ، كما يستلزم مبلغ الصفقة يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج).

- 5 - عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و او الأداة الوطنية للإنتاج
 - 6 - عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية ، يبدو من خلال هذه الحالة أراد المشرع إعطاء الأولوية في مجال التعاقد لبعض المؤسسات العمومية هكذا إطلاقا دون تحديد لطبيعتها.²
- ويلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 قد قيد التراضي البسيط و هذا ما نصت عليه المادة 50، لذا يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحدد حاجياتها في ظل إحترام المادة 27، كما يجب عليها أن تتأكد من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية و المالية و المهنية، هذا الأمر يجعل الإدارة لا تتمتع بالحرية من خلال أسلوب التراضي البسيط.³

ثانيا: التراضي بعد الاستشارة وحالاته و حدوده القانونية

يعتبر التراضي بعد الاستشارة، صيغة تدخل ضمن الصيغ التفاوضية، غير انها تختلف عن صيغة التراضي البسيط في كونها تضمن قدرا ولو قليلا من المنافسة، التي تنعدم نهائيا في التراضي البسيط.⁴

أما فيما يخص الحالات التي تلجأ فيها الإدارة للتراضي بعد الاستشارة فهي خمسة

¹ _ بن محمد محمد ، صفقات التراضي في الجزائر، أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة ، مجلة دفاتر السياسية والقانون ، جامعة قاصدي مرياح ، ورقلة . العدد الثالث عشر ، جوان 2015 ، ص 183.

² _ مرسوم رئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

³ _ مزعاش مرزاق، المرجع السابق، ص66.

⁴ _ خرشي النوي، المرجع السابق، ص 170.

محددة في المادة 51 من تنظيم الصفقات العمومية حيث نصت المادة على ما يلي: "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي ، بعد الاستشارة، في الحالات الآتية:

- 1-عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.
- 2-في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات، الخاصة التي لا تستلزم لبيعها اللجوء إلى طلب عروض..."
- 3-حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة .
- 4-في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.
- 5-في حالة العمليات المنجزة ، في إطار استراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازيين وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك "...¹.

بعد تعداد حالات التراضي بعد الاستشارة، تجدر الإشارة إلى انه ماعدا الحالة الأولى، تكون المصلحة المتعاقدة مضطرة إلى إعداد دفتر شروط قبل الشروع في الاستشارة، كما يجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة عن طريق التراضي بعد الاستشارة محل نشر، هذا الالتزام الزم به تنظيم الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة من خلال المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 محاولا أن يجعله إحدى آليات تكريس الشفافية في إبرام الصفقات بطريق التراضي بعد الاستشارة فقد أوجب إعلان المنح إلى التراضي بعد الاستشارة ليضمن حقوق المتعهدين الآخرين ليتمكنوا من ممارسة حقهم في الطعن إذا ما عارضوا اختيار المصلحة المتعاقدة.²

المطلب الثاني: إجراءات إبرام الصفقة بطريق التراضي

بالرجوع إلى مواد المرسوم الرئاسي 15-247 نجد أن المشرع الجزائري يعطي الإدارة المتعاقدة حق اختيار المتعامل المتعاقد دون الحاجة إلى الإشهار ، فأسلوب التراضي يعفي الإدارة من حيث الأصل من أهم قيد وهو الإعلان، ولا يعفيها من كل القيود الشكلية، إذ أنه يبقى على عاتقها إتباع إجراءات شكلية بسيطة.³

¹ مرسوم رئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

² د. بن محمد محمد ، المرجع السابق، ص 180.

³ بوشي صفية ، النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 10/236 المعدل والمتمم ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة قاصدي مرياح ، ورقلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق، 2013-2014 ، ص 33

الفرع الأول : إجراء اتخاذ الرخصة من جهات معنية

يكون إجراء اتخاذ الرخصة من مجلس الوزراء أو اجتماع الحكومة في حالتين وهما إذا تعلق الأمر بمشروع ذي أولية وذي أهمية وطنية وعندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج والأداة الوطنية للإنتاج ، حيث جاء في المادتين 4 و 5 من المادة 49 ما يلي: "... وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات الى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان المبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار(10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر".¹

وعليه فالمصلحة المتعاقدة إذا كانت في حالة من تلك الحالتين لا يمكنها إبرام العقود دون القيام بهذا الإجراء فهو إجباري.²

الفرع الثاني: إجراء الإعلان عن المنح المؤقت في أسلوب التراضي بعد الاستشارة

إن كان الإجراء الأول يخص التراضي البسيط فالإجراء الثاني متعلق بالتراضي بعد الاستشارة.

تنظيم الصفقات العمومية من خلال المادة 61 نص على هذا الإجراء، حيث نصت على ما يلي: " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاما في الحالات الآتية التراضي بعد الاستشارة ، عند الاقتضاء".³

فالمشرع الجزائري لم يقصر المنح المؤقت على أسلوب طلب العروض، بل مده أيضا لأسلوب التراضي بعد الاستشارة، فطالما كنا أمام منافسة ولو محدودة وهي ضمان حقوق المتعهدين وتمكينهم من ممارسة حق الطعن، وحتى يتحقق ذلك على الإدارة المعنية أولا نشر إعلان المنح المؤقت، ونشير هنا أن التراضي البسيط لا تلتزم الإدارة فيه بنشر إعلان منح الصفقة لمعامل ما لأن المادة 61 السالفة الذكر لم تشر لذلك نظر للطابع الخاص لأسلوب التراضي البسيط، والبساطة يعني عدم التقييد بإجراءات محددة على وجه الغالب.⁴

¹ _ مرسوم رئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

² _ بوشي صافية ، المرجع السابق ، ص 33.

³ _ مرسوم رئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع نفسه.

⁴ _ عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 205.

خلاصة الفصل الثاني

من خلال دراستنا لهذا الفصل يتضح لنا أن عملية إبرام الصفقات العمومية تخضع لنظام قانوني متميز يختلف عن ما هو مألوف في روابط القانون الخاص المعروفة بطابعها المرن، و اعتمد المشرع الجزائري تحديد آليات إبرام الصفقة تحقيا للمصلحة العامة، مستهدفا بذلك تقييد سلطة المصلحة المتعاقدة تقاديا لاستعمالها في غير أغراضها.

بحيث جعل من خلال تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام إجراء طلب العروض القاعدة العامة، و عرفه من خلال المادة 49 منه كما حدد أشكاله في المادة 42 و هي أربعة أشكال(طلب العروض مفتوح، طلب العروض مفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود و المسابقة) عرف كل شكل على حدى، و ذلك في المواد 43 وما بعدها.

أما عن مراحل طلب العروض فهي أربعة مراحل رئيسية (مرحلة الإعلان و ظهور الصفقة للعلن، مرحلة إيداع العروض، مرحلة فتح الأظرفة و تقييم العروض و مرحلة المنح و اعتماد الصفقة).

في حين جعل التراضي الطريق الاستثنائي، كما عرفه و حدد أشكاله من خلال المادة 41، و حدد حالات اللجوء إلى التراضي البسيط في المادة 49 أما فيما يخص حالات اللجوء للتراضي بعد الاستشارة حددها المشرع في المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وما يحسب للمشرع الجزائري أنه قيد حرية المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى التراضي سواء التراضي في شكله البسيط أو التراضي بعد الاستشارة، و خاصة فيما يتعلق بهذا الأخير إذ يفرضه للشروط الرقابية تجعله يقترب لطلب العروض، سواء تعلق الأمر بإعداد لدفتر الشروط أم الإعلان و غيرها من الشروط و الإجراءات الرقابية.

الفصل الثالث: طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام بين الحرية و التقييد

يقدم المرفق العام خدمة عمومية ويهدف إلى تلبية حاجيات الأفراد، فقد عرفه الأستاذ - Boiteau - " المرفق العام هو نشاط ذو نفع عام محقق بواسطة شخص عام أو تحت رقابته بواسطة شخص خاص مع خضوعه وفقا للأحوال لنظام خارق للقانون الخاص".¹

وبما أن حاجيات الأفراد تتطور وتتغير من زمن إلى زمن ومن مكان إلى مكان فلا بد للمرفق العام كذلك يتطور سواء من ناحية نوعية الخدمات التي يقدمها أو من ناحية التسيير. فهناك مرافق لا يمكن أن تتخلى الدولة عن تسييرها وذلك لخصوصيتها ومن الأمثلة على ذلك الدفاع أو القضاء... في حين أن هناك مرافق قابلة للتفويض جزئيا ، وحتى التخلي عنها كليا عن طريق الخصخصة.

وإذا كان متقفا عليه أن التسيير الكلاسيكي كان يعتمد تسيير المرافق العمومية من طرف الدولة أو الجماعات المحلية (الولاية و البلدية) لكن عجزها وعدم استطاعتها السيطرة على جميع المرافق فرض إيجاد مؤسسات عمومية تقوم على مبدأ التخصيص، لهذا ظهرت طريقة جديدة لتسيير المرافق العامة في الجزائر سميت بتفويض المرفق العام، و هذا من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام. فما المقصود بتفويض المرفق العام و ما مدى حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها في هذا الأسلوب من التعاقد ؟

للإجابة على هذا التساؤل قسمت الفصل الثالث إلى مبحثين الأول بعنوان مفهوم تفويض المرفق العام، أما الثاني فعنوانه كفاءات إبرام عقود تفويض المرفق العام في القانون الجزائري .

¹ Jean-Francois Lachaum, Claudie Boiteau, Méléne Pauliat, Grands services publics , édition Armand Colin , 2 ème édition , Paris 2000, p : 12.

المبحث الأول: مفهوم تفويض المرفق العام

إن تفويض المرفق العام هو نظام قانوني يتضمن مجموعة من العقود التي تتشابه في أنها تعهد إلى هيئة خاصة بإدارة المرفق العام، ومن ضمن هذه العقود امتياز المرفق العام بالإضافة إلى عقود إيجار المرفق العام، والوكالة المحفزة وعقود تسيير المرفق العام، وهذه العقود تعد تطويراً لعقد الامتياز التقليدي.¹

تقنية التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، وبعد التطور التشريعي و الاجتهاد الفرنسي لها، لم تعد تعني كل تكليف يصدر عن الجماعة العامة (الدولة ، البلديات) للغير لتحقيق المرفق العام، بل باتت تعني ذلك التكليف الذي يرتبط بمعايير وخصائص معينة تجعله مستقلاً و مميّزاً عن باقي المظاهر الأخرى في تحقيق المرافق العامة.²

المطلب الأول: تعريف وخصائص تفويض المرفق العام

سنتناول في الفرع الأول تعريف المرفق العام ثم خصائص أو أسس تفويض المرفق العام في الفرع الثاني

الفرع الأول: تعريف تفويض المرفق العام

أثارت ظهور فكرة تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي غموضاً في مفهومها، وقد تركّز هذا الغموض حول مضمون هذه الفكرة ومداهها، فقد أثّرت تساؤلات، حول هل أن أي نقل لمهمة تنفيذ مرفق عام يدخل في مضمون فكرة التفويض التي جاء بها المشرع الفرنسي، أم يتحدد مضمون هذه الفكرة بأنواع من العقود تتوفر فيها عناصر محددة، واستناداً لما تقدم تعددت التعاريف الفقهية التي قيلت بصدد تفويض المرفق العام إلى أن حسم المشرع الفرنسي الأمر في نهاية المطاف بإيراده تعريفاً لتفويض المرفق العام.³

وعليه سنتناول في هذا الفرع التعريفات الفقهية لتفويض المرفق العام ثم نتبعها بالتعريفات التشريعية.

أولاً: التعريف الفقهي لعقود تفويض المرفق العام

¹ د. مروان محي الدين القطب ، طرق خصخصة المرافق العامة ، الامتياز ، الشركات المختلطة -bot- - تفويض المرفق العام ، دراسة مقارنة ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2009 ، ص 72 .

² د. وليد حيدر جبار ، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان، 2009، ص 11.

³ د. ابو بكر احمد عثمان ، عقود تفويض المرفق العام ، دراسة تحليلية مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014/ 2015، ص 79.

من التعاريف التي أوردها الفقه الفرنسي تعريف الأستاذ (G.Drou) الذي عرف تفويض المرفق العام بأنه: "عقد مبرم بين شخص عام وشخص خاص وتقوم على الاعتبار الشخصي، بغية تنفيذ مرفق عام ، وهو من ثم يأخذ عدة أشكال هي من صنع القضاء: الامتياز، الإدارة غير المباشرة، إدارة المرفق العام.¹

في حين عرفه الأستاذ (carole chenuand-frazier) على انه : " التقنية التي تسمح بالتعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام حسب العقود المعروفة من قبل (امتياز، إيجار، التسيير...)".²

وعرفه الدكتور مروان محي الدين القطب كالتالي : "يعني تفويض المرفق العام أن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام إدارة واستغلال مرفق عام إلى شخص طبيعي أو معنوي غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص".³

ثانيا: التعريف التشريعي لعقود تفويض المرفق العام

عرفه المشرع الفرنسي بموجب المادة الثالثة من القانون رقم (2001.1128) الصادر بتاريخ 11-12-2001 المسمى بقانون (Murcef) بأنه " عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير (المفوض له) سواء كان عاما أم خاصا تحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق، والمفوض له قد يكون مكلف ببناء منشآت ، وباكتساب أموال لازمة للمرفق".⁴

غير أن المشرع الجزائري لم يعرف تفويض المرفق العام صراحة حيث نصت المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على ما يلي : "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام...".⁵

¹ _ د. ابو بكر احمد عثمان، المرجع السابق، ص 80 .

² _ د. ضريفي نادية ، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة ، د.ط، دار بلقيس ، الجزائر ، 2010 ، ص 128.

³ _ مروان محي الدين قطب ، المرجع السابق ، ص 435.

⁴ _ د أبو بكر أحمد عثمان ، المرجع السابق ، ص 81..

⁵ _ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق..

الفرع الثاني : أسس (خصائص) تفويض المرفق العام

من خلال التعاريف السابقة يمكن استنتاج العناصر الأساسية لتفويض المرفق العام :

أولاً: ضرورة وجود مرفق عام يهدف للمنفعة العامة

وهذا ما يحقق إشباع حاجة عامة أو أداء خدمة، سواء كانت هذه الحاجة معنوية

كالتعليم والثقافة، أو كانت الخدمة عادية كتوفير السلع التموينية.¹

ثانياً: تفويض المرفق العام هو عقد وكالة

توكل الإدارة شخصاً آخر يتولى استغلال المرفق العام فالإدارة العمومية تنشئ المرفق

العام وتنظمه وهي التي توكله وتقوضه لشخص آخر، مع إبقائها لدور أساسي و هو الرقابة (

نوعية الخدمة ، الأسعار ...).²

ثالثاً: السمة العقدية لتفويض المرفق العام

إن تفويض المرفق العام لا يتحقق إلا من خلال علاقة تعاقدية بين الدولة مانحة

التفويض والممنوح له التفويض، لذا فإن الأسلوب الأحادي الصادر من الإدارة المنفردة والذي

يعرف بأسلوب الترخيص لا يدخل في مفهوم التفويض.³

رابعاً: تعلق هذا التفويض باستغلال مرفق عام

يعتبر استغلال المرفق كعنصر معرف لاتفاقية تفويض المرفق ويكون هذا الاستغلال

باستعمال المفوض له سلطاته الكاملة في تسيير المرفق، فهو بهذه الصفة يملك السلطات

التالية :

- يملك نوعاً من الاستقلالية.
- وجود علاقة مباشرة بين المنتفعين والمستغل للمرفق.
- للمفوض له علاقة مباشرة مع الموردين و المقاولين.
- يضمن للمستغل السير العادي للمرفق ويتحمل كل المخاطر والأرباح.

خامساً: أطراف عقد التفويض

يبرم عقد التفويض عادة بين شخص عام وهو مانح التفويض و يقتضي أن يكون شخصاً عاماً

¹ _ رزيقة لشلق ، تفويض المرفق العام للخواص ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2013 ، 2014 ، ص 21.

² _ نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة ، المرجع السابق ، ص 130.

³ _ د. او بكر احمد عثمان ، المرجع السابق ، ص 89.

سواء كان الدولة أو أحد الأشخاص العامة المحلية أو المرفقية، وشخص خاص صاحب التفويض وهو الشخص المكلف بإدارة واستغلال المرفق العام موضوع العقد، ويمكن أن يأخذ صاحب التفويض شكل الشخص الطبيعي أو شكل الشركة التجارية أو الشركة المختلطة أو جمعية، كما يمكن أن يكون شخصا ما كأن يكون مؤسسة عامة يفوض إليها إدارة واستغلال مرفق عام.¹

سادسا: خضوع تسيير المرفق لمبادئ المرفق العام

نصت على ذلك المادة 209 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حيث جاء في الفقرة الثانية منها ما يلي : "وزيادة على ذلك يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، على الخضوع إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية للتكيف".²

سابعا: ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

حتى ولو عهد العقد وفقا لموضوعه وشروطه بمهمة إدارة المرفق العام إلى المتعاقد، فإنه لا يعتبر عقد تفويض مرفق عام إلا إذا كان المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة يرتبط جوهريا بنتائج الاستغلال، وهذا على عكس المقابل المالي في العقود الإدارية الأخرى و يكون في هذه الأخيرة المقابل المالي للمتعاقد يأخذ شكل ثمن، ويتم تحديد هذا الثمن وفقا للتكاليف التي يتحملها المشروع بالإضافة إلى هامش ربح معقول.³

ثامنا: مدة التفويض

يجب أن يحدد عقد التفويض مدة معينة لتفويض المرفق، لأنه ليس مدى الحياة، ومن المتفق عليه أن الامتياز يكون طويل المدى، وهذا لأن صاحب الامتياز يقوم باستثمارات تلزم مدة طويلة لاسترجاع الخسائر، وتحقيق أرباح، عكس الإيجار الذي يكون في أغلب الأحيان قصيرا أو متوسط المدى وهو نفس الحال بالنسبة لعقد التسيير الذي لا يتعدى في أغلب الحالات 03 سنوات.⁴

هذه أهم الخصائص المميزة لتفويض المرفق العام والتي هي في نفس الوقت أسسه.

¹ _ مروان محي الدين القطب، المرجع السابق ، ص 442.

² _ المرسوم الرئاسي رقم 15 ، 247 ، المرجع السابق .

³ هدا ج خالد ، تفويض المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي (247-15) ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة المسيلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2015 ، 2016 ، ص 14 .

⁴ _ د. نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة ، المرجع السابق ، ص 134.

المطلب الثاني: أشكال تفويض المرفق العام

تتعدد أشكال تفويض المرفق العام وتأخذ صور مختلفة، فلم يعد الأمر قاصراً على صورة محددة لها والعقود التي تبرمها الأشخاص العامة، هي تلك التي ترتبط بتنظيم مرفق عام أو تسييره باستخدام وسائل القانون العام، لكن عدم استقرار مفهوم هذه المرافق، لا سيما بعد ظهور ما يسمى بالمرافق العامة الصناعية والتجارية أدى إلى بروز دور القطاع الخاص في إدارة هذه المرافق مع تطبيق واسع للقانون الخاص كمظهر من مظاهر تعدد وتنوع وسائل إدارة المرافق العامة.¹

وقد حدد المشرع الجزائري في المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أشكال تفويض المرفق العام وعرف كل شكل، وعليه سوف نتناول في هذا المطلب كل شكل على حدى، بعرض تعريف المشرع الجزائري ثم عرض التعريف الفقهي وفي الأخير أحاول أن أفرق بين الأشكال من عدة نواحي.

الفرع الاول : الامتياز

أولاً : التعريف التشريعي: " تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام. يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وتحت مسؤوليته ، تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاض عن ذلك أتاوى من مستخدمى المرفق العام ..."²

ثانياً : التعريف الفقهي: لقد اختلف وتطور تعريف امتياز المرفق العام، باختلاف النظرة إلى المرافق العامة، فتقليدياً كان الامتياز يشكل وسيلة خاصة لإدارة المرافق العامة الصناعية والتجارية، ومن قبل شخص خاص، وهكذا جاءت التعاريف الفقهية والاجتهادية متوافقة مع هذه النظرة.³

وقد عرفه الدكتور وليد حيدر جبار كالتالي: " امتياز المرفق العام هو العقد الذي بموجبه تكلف جماعة عامة شخص حقيقي أو معنوي هو في الغالب من أشخاص القانون الخاص بإدارة واستثمار مرفق عام على حسابه ومسؤوليته بواسطة عماله وأمواله وتحت رقابة الإدارة

¹ _ أكلي نعيمة ، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، كلية الحقوق ، 2012 ، 2013 ، ص 9.

² _ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

³ د. وليد حيدر جبار ، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة و الخصخصة، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2009 ، ص 62.

لمدة محددة وطويلة نسبيا، لقاء أجر يتمثل بجعالات يتقاضاها من منتقي المرفق العام، أو تحدده النتائج المالية للاستثمار.¹

كذلك عرفه الدكتور أحمد محيو على أنه: "تمنح الإدارة بموجب هذا العقد ، لصاحب الامتياز حق تسيير المرافق العامة ، مثال : استثمار النقل العام ، دور السينما ... ، ويستثمر صاحب الامتياز المرفق تحت مراقبة الإدارة، ويستلم المبالغ التي يدفعها المتعين من المرفق.² كما أن الأستاذ Bonnadr اعتبر المرافق العامة خلايا مكونة للدولة.³

الفرع الثاني : الإيجار

أولاً: التعريف التشريعي: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض له حينئذ، لحسابه وعلى مسؤوليته تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام."⁴

ثانياً: التعريف الفقهي: عرفه الأستاذ ناصر لباد على انه : " عقد إيجار المرفق العمومي هو اتفاق يكلف بموجبه شخص عمومي شخص آخر يسمى المستأجر، استغلال مرفق عمومي لمدة معينة مع تقديم المنشأة والأجهزة إليه ويقوم المستأجر بتسيير واستغلال المرفق مستخدماً عماله وأمواله وفي مقابل تسيير المرفق العمومي يتقاضى المستأجر مساهمة مالية للشخص العمومي لاسترجاع مصاريف المنشأة الأصلية و الأجهزة الأصلية."⁵

الفرع الثالث : الوكالة المحفزة

أولاً: التعريف التشريعي: " تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير وصيانة المرفق العام، ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته، ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من

¹ _ د. وليد حيدر جبار، المرجع السابق، ص 62 .

² _ د. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ترجم عرب صاصيلا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 5 ، 2009 ، ص 363.

³ _ . Bonnadr , précises droit administrative, 3^{ème} édition, 1943, p 53 .

⁴ _ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

⁵ _ هداج خالد، المرجع السابق ، ص 16 ، نقلا عن ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري، د.ط، دار المجد للنشر والتوزيع ، الطبعة الرابعة ص 125.

الأرياح ، عند الاقتضاء ..."¹.

ثانيا: التعريف الفقهي: عرفها الفقهاء كما يلي : " طريقة من طرق إدارة المرافق العامة، حيث تعهد بموجبها الجماعة المحلية إلى شخص لإدارة مرفق عام، حيث أن هذا الشخص يضمن الاتصال مع المنتفعين من خدمات المرفق العام المعني، ويقوم بتنفيذ الأعمال و يتصرف لحساب الجماعة المحلية لقاء اجر جزافي يدفعه له الشخص المعنوي العام القائم بتفويض المرفق ويدرج مع رقم الأعمال المنجز."².

الفرع الرابع : عقد التسيير

أولاً: التعريف التشريعي: " تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير وصيانة المرفق العام، يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول المرفق العام وتحتفظ بإدارته، ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد نسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية."³.

ثانيا : التعريف الفقهي: تعريف التسيير يشبه الوكالة المحفزة حيث أن نظام الأشغال والسلع متشابه، وتختلف عنه في دفع الأجرة، حيث أن صاحب الوكالة المحفزة يتلقى أجرا، يحدد بحسب نتيجة استغلال المرفق، بينما تقدير مكافأة القائم بالإدارة(المسير)، و لا علاقة له بنتيجة استغلال المرفق.⁴

الفرع الخامس : الفرق بين اشكال تفويض المرفق العام

من خلال التعاريف السابقة لأشكال تفويض المرفق العام سواء التشريعية منها أو الفقهية، يمكن لنا استنتاج الفرقات بينهما ، ولتوضيح ذلك أكثر فصلت كل شكل على حدى، كما هو مبين في الجدول التالي :

¹ _ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

² د. سليمان حاج عزام ، " تفويض المرفق العام في التشريعات المقارنة بين النظرية والتطبيق ."مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الدولي الذي نظمه كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، الموسوم بعنوان الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والتشريعات المقارنة يومي 18-19 أكتوبر 2016.

³ _ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

⁴ د. سليمان حاج عزام ، المرجع السابق .

التسيير	الوكالة المحفزة	الإيجار	الامتياز	الشكل الفرق
	تسيير أو تسيير وصيانة مرفق العام	تسيير مرفق عام وصيانته	انجاز منشآت او اقتناء ممتلكات	من حيث موضوع العقد
	من السلطة المفوضة	عن طريق أتاوى من مستخدم(مستعملي المرفق)		من حيث كيفية تلقي المفوض له حقوقه
بمقابل مالي جزافي	محددة بنسبة مئوية من رقم الأعمال بالإضافة إلى علاوة انتاجية وجزء من الأرباح	تجدد بالحد الأقصى أو بنص قانوني أو اتفاقيا		من حيث تحديد قيمة هذه الحقوق
	الإدارة تحتفظ بإدارة المرفق العام	تراقب تنفيذ العقد وتوقع الجزاءات		من حيث سلطة الإدارة في العقد
	سلطات المفوض له محدودة	تنفيذ العقد يكون على حساب المفوض له وعلى مسؤوليته(سلطاته واسعة)		من حيث حدود سلطات المفرض له

ما يمكن ملاحظته من خلال الجدول هناك تشابه بين الامتياز والإيجار في عدة نواحي، كما توجد نقاط تشابه بين الوكالة المحفزة و عقد التسيير وتختلف عنه في تحديد قيمة حقوق المفوض له فقط حيث صاحب الوكالة المحفزة بتلقي اجرا يحدد نتيجة استغلال المرفق، بينما المسير في عقد التسيير لا علاقة له بنتيجة استغلال المرفق كما بينا سابقا.

المبحث الثاني :كيفية إبرام عقود تفويض المرفق العام في القانون الجزائري (عقد الامتياز كنموذج)

المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لم يتناول بالتفصيل طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام ماعدا إلزام الإدارة بالمبادئ المذكورة بالمادة 5، فالإدارة ملزمة بالعلنية و الشفافية و المساواة و المنافسة، و نظرا لوجود التطبيق الفعلي فقط بالنسبة لعقد الامتياز سنتناول كيفية إبرامه في ظل المراسيم التنفيذية السابقة، في انتظار المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرافق العامة الذي تحدث عنه المشرع في المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. و عليه سنتناول في هذا المبحث كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد (صاحب الامتياز) في بعض النصوص القانونية الجزائرية.

عرف الامتياز تطور من حيث طريقة، اختيار صاحب الامتياز من الحرية الكاملة في النصوص القانونية الأولى إلى تطور نوعي حاول تقييد حرية الإدارة للوصول للاختيار الأحسن، لكن لا يجب أن يفهم أن هناك تطور من حيث الزمان أي أن النصوص القديمة أعطت حرية الاختيار للإدارة و الجديدة قيدت ، بل هناك نصوص قديمة وقيدت حرية الإدارة في اختيار المتعاقد.¹

ماهي النصوص القانونية التي قيدت حرية الإدارة في اختيار المتعاقد وما هي النصوص القانونية التي منحت للإدارة الحرية في ذلك ؟

للإجابة على هذا التساؤل قسمنا المبحث إلى مطلبين و بما أن القاعدة العامة هي حرية الإدارة في اختيار المتعاقد فسنتناول ذلك في المطلب الأول على أن يأخذ الاستثناء، وهو تقييد حرية الإدارة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: حرية الإدارة في اختيار صاحب التفويض

سواء المشرع الفرنسي أو الجزائري،² قد أعطى الشخص العام حرية اختيار صاحب التفويض دون أن يقيد اختيار العارض الأفضل وفقا لمعيار مفاضلة محددة، فيحق التعاقد مع أي عارض مقبول بعد التحقق من توفر الشروط المالية و الفنية والمهنية لديه، وبعد التفاوض معه بحرية¹.

¹ _ د. نادية ضريفي، المرفق العام بن ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية ، حالة عقود الامتياز ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر 1 ، بن يوسف بن حدة ، كلية الحقوق بن عكنون ، 2011 ، 2012 ، ص 254.

² _ المرجع نفسه، ص 255

غير أنه يمكن تقييد هذه الحرية لعدة أسباب منها: أسباب احتكارية (في حالة عدم وجود مؤسسات في المجال تفرض تقييد في إختيار الإدارة) أو تحديد اختصاص مؤسسات معينة أو التقييد بشرط الجنسية.

وسنحاول في هذا المطلب دراسة بعض النصوص القانونية الجزائرية التي منحت للإدارة الحرية المطلقة في اختيار المتعاقد معها .

الفرع الأول : المرسوم التنفيذي رقم 57/08 المتعلق بتحديد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته

بالعودة للمادة 4 من المرسوم² نجدها تنص على ما يلي : " يمنح الامتياز لكل شخص طبيعي أو معنوي ...تتوفر لديه قدرات النقل البحري الضرورية للنشاط و يستوفي الشروط التالية ...".

بعدها وحسب المادة 5 يرسل طلب الامتياز إلى الوزير المكلف بالبحرية التجارية مصحوبا بملف³، على أن يبلغ كتابيا بقبول أو رفض الطلب وهو بمثابة اتفاق مبدئي وهو ما نصت عليه المادة 6 من نفس المرسوم في حين نصت المادة 9 على ما يلي: " عندما يتم قبول طلب الامتياز، يمنح الوزير المكلف بالبحرية التجارية الامتياز لصاحب الطلب لمدة عشرة (10) سنوات"⁴، على أن يوقع اتفاقية مع صاحب الامتياز ومع دفتر الشروط المتعلق بها.⁵

الفرع الثاني: المرسوم التنفيذي رقم 220/11 الذي يحدد كيفيات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه الصالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجات الخاصة
يصر منح هذا الامتياز بما يلي:

أولاً: المادة 3 من المرسوم المذكور : "يوجه طلب الامتياز لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه الصالحة حسب الحالة إلى :
- الوزير المكلف ...

¹ مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق ، ص 488

² _ المرسوم التنفيذي رقم 57-08 مؤرخ في 13 فيفري 2008 ، المتعلق بتحديد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفيات الصادر في ح.ر عدد 9 بتاريخ 24 فيفري 2008.

³ _ المرجع نفسه.

⁴ _ المرجع نفسه.

⁵ _ المادة 13، المرجع نفسه.

- الوالي المختص إقليميا "...¹.

ثانيا: نصت المادة 4 على إلزامية تضمين طلب الامتياز لبعض البيانات،² بعدما يمنح امتياز الموارد المائية لإقامة هياكل لتحلية مياه البحر ونزع الأملاح أو المعادن من المياه الصالحة من نفس الجهة التي وجه لها الطلب، هذا حسب المادة 8 من نفس المرسوم.³

الفرع الثالث: المرسوم التنفيذي رقم 139/06 الذي يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاطات قطر السفن وأعمال المناولة والتشوين في الموانئ

هذا المرسوم فتح المجال للمنافسة وأولها أهمية بالغة،⁴ وهذا واضح من خلال المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 139-06 حيث نصت على ما يلي: "تستمد ممارسة نشاطات قطر السفن وأعمال المناولة والتشوين في الموانئ الى كل شخص طبيعي أو معنوي فاز بالمنافسة عن طريق إعلان المنافسة..."⁵.

وإن كان هناك تطور في المنافسة في المرسوم المذكور وتقييد حرية الإدارة في اختيار المتعاقد خاصة بتوضيح كيفية فتح العروض وتقييمها، الذي يعتبر تطور قانوني هام في النصوص الجزائرية، إلا أن تعديل هذا المرسوم سنة 2008، أعاد تكريس حرية الإدارة من خلال منحها حرية الاختيار بين المنافسة أو التفاوض المباشر مع صاحب الامتياز.

حيث أن المادة⁶ 2 من المرسوم 363-08 عدلت المادة المذكورة وهذا أصبح للوزير المكلف بالموانئ حرية اختيار المتعاقد بين إجراء إعلان المنافسة أو التفاوض، حينما نصت المادة 6 من المرسوم 363-08 على ما يلي: "يقرر الوزير المكلف بالموانئ انطلاق إجراء إعلان المنافسة أو التفاوض المباشر مع أصحاب الطلب من أجل ممارسة النشاطات..."¹

¹- مرسوم تنفيذي رقم 11-220 مؤرخ في 10 ، رجب عام 1432 -12 يونيو 2011 المحدد لكيفيات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه الصالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجات الخاصة، الصادر في ج ر، عدد 34 بتاريخ 19 يونيو 2011.

²- المرجع نفسه.

³- المرجع نفسه.

⁴ _نادية ضريفي المرفق العام بن ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية ، حالة عقود الامتياز ، المرجع السابق ، ص 257.

⁵- مرسوم تنفيذي رقم 139/06 ، يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاطات قطر المعن ، وأعمال المحاولة والتشوين في الموانئ ، الصادر في ج ر عدد 24 بتاريخ 16 افريل 2006.

⁶- مرسوم تنفيذي رقم 363-08 مؤرخ في 08 نوفمبر سنة 2008 ، المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 139-06 ، الصادرة في ج ر عدد 64 بتاريخ 17 نوفمبر سنة 2008.

فحسب هذا التعديل لم تصبح الإدارة مقيدة بالمنافسة واستدراج العروض بل أصبح ذلك اختياري وهو تراجع من حيث مبادئ المنافسة، وكفالة للمستثمر في مجال المرفق العام.² نلاحظ أن عدم تقييد حرية الإدارة في اختيار صاحب التفويض باختيار العارض الأفضل استنادا إلى معيار مفاضلة محدد هو إهدار لمبدأ المنافسة، لأن المنافسة يجب أن تخضع لمعايير موضوعية تفاضل بين العروض المقدمة وتحدد أي عرض منها الأفضل وذلك يهدف الحد من السلطة الاستسابية للإدارة وتحقيق الشفافية في اختيار صاحب التفويض.³ و أنا أرى كموقف شخصي، المشرع الجزائري وقع في تناقض بإهداره لمبدأ من مبادئ الأساسية التي يجب أن يخضع لها تفويض المرفق العام، حيث نص في المادة 200 من المرسوم الرئاسي 1-247 على أنه "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم".⁴ ، وبالعودة لنص المادة 5 نجد نص على مبادئ لا سيما حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات بالإضافة لمبدأ المنافسة وهذا الأخير يتحقق بتطبيق المبادئ الثلاث المذكورة كما بينا سابقا.

إلا أن المشرع الجزائري في قوانين أخرى، لم ينص على هذه المبادئ، وهذا من شأنه أن يساهم في إهدار الأموال العمومية وكذا يفتح المجال لاستبداد و تعسف الإدارة، لهذا اقترح على المشرع الجزائري بأن يعيد النظر في كيفية منح تفويض المرافق العامة وذلك بوضع نظام موحد لكافة التفويضات يراعي فيه المبادئ المذكورة في المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-24.

المطلب الثاني : تقييد حرية الإدارة في اختيار صاحب التفويض

تتمتع الإدارة بحرية واسعة في إبرام عقد تفويض المرفق العام ، إلا أن المشرع قد يقيد هذه السلطة في بعض جوانبها ، وهذا ما فعله المشرع الفرنسي ودول أخرى⁵ على غرار الجزائر، لكن هذه الحرية اعتبرها الكثير من العيوب منها غياب الضمانة في تحقيق التوازن

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 08-363، المرجع السابق.

² - نادية ضريفي المرفق العام بن ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية ، حالة عقود الامتياز ، المرجع السابق، ص 257.

³ - مروان محي الدين قطب ، المرجع السابق ، ص 488.

⁴ _ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

⁵ _ أبو بكر احمد عثمان ، المرجع السابق ، ص 137.

المالي و غياب أو ضعف الرقابة المفروضة من جانب الجماعة العامة... لقد أدت هذه العيوب في الغالب إلى خلل في العلاقات المالية والمصالح لصالح الشخص المكلف بإدارة واستثمار المرفق العام، ليس على حساب الجماعة العامة فقط إنما أيضا على حساب المنتفعين في المرفق العام، وبالنظر لما ينتج عنها من فساد و إهدار المال العام، دفعت بالمشرع الفرنسي بدءا من عام 1992 إلى سن النصوص الكفيلة بضبط عملية التفويض، حتى وصل الأمر إلى وضع الإطار القانوني العام لناحية الإجراءات والضوابط الواجب احترامها.¹

فالإدارة عند اختيار المتعاقد معها فإنها تسعى إلى تحقيق هدفين أساسيين وهما: تحقيق أكبر قدر مالي للخزينة العامة وهذا ما يستلزم بداهة في التزام الإدارة باختيار الشخص الذي يقدم أحسن الشروط والضمانات المالية، و كذا مراعاة المصلحة العامة وهذا يتطلب اختيار أحسن وأكفئ المتنافسين لأداء الخدمة العامة التي يتطلبها المرفق العام.²

ومن المبادئ الحديثة الشفافية والمنافسة وحق تساوي العرض والاستثمار في المرفق العام من طرف الخواص لهذا حاول المشرع الجزائري مسايرة هذا التطور خاصة وأنه يسمح باختيار الأحسن والأفضل، وهذا تفعيلًا للمرفق العام الذي يسيره هذا المتعاقد.

وسنحاول في هذا الإطار معالجة بعض النصوص القانونية التي كرسّت المنافسة في الاختيار من خلال استدراج العروض ولعل أهم المجالات البريد والمواصلات والمياه...

الفرع الأول : المرسوم التنفيذي رقم 01-124 المتضمن تجديد الإجراء المطبق على

المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية و اللاسلكية من خلال عنوان هذا المرسوم يتبين لنا بأنه يكرس تقييد حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها، وقد جاء هذا المرسوم تطبيقًا للمادة 32 من قانون رقم 2000-3 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، إذ جاء فيها ما يلي: " تمنح الرخصة لكل شخص طبيعي أو معنوي يرسى عليه المزاد إثر إعلان المنافسة ويلتزم باحترام الشروط المحددة في دفتر الشروط..."³

¹ _ وليد حيدر جبار ، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 147

² _ نادية ضريفي المرفق العام بن ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية ، حالة عقود الامتياز ، المرجع السابق ، ص 258.

³ _ قانون رقم 2000-03 مؤرخ في 5 غشت 2000 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية الصادر في ج.ر عدد 48 بتاريخ 6 غشت 2000.

ليأتي المرسوم 01-124 تطبيقاً للمادة المذكورة وميز هذا المرسوم من خلال المادة 2 منه بين مرحلتين أساسيتين: " يمكن أن يتجزأ إجراء المزايدة بإعلان المنافسة لمنح رخصة على مرحلة أو مرحلتين¹.

أولاً: المرحلة التمهيديّة :

نص عليها المرسوم التنفيذي رقم 01-124 في الفصل الأول تحت عنوان المرحلة التمهيديّة لإجراء المزايدة من المواد من 4 إلى 8 حاول تفصيل فيها وتوضيح هذه المرحلة. وتتجدد هذه المرحلة أساساً في :

- تجديد مجال الخدمات المطلوب للاستثمار فيها من خلال تقديم طلبات مسببة لسلطة الضبط.
- تقييم ملاءمة من طرف سلطة الضبط.
- الإقرار النهائي من طرف سلطة الضبط.²

ثانياً : مرحلة تنفيذ إجراء المزايدة

فصل هذا المرسوم المرحلة في الفصل الثاني منه تحت عنوان تنفيذ إجراء المزايدة وذلك في المواد من 9 إلى 17. وتتجدد هذه المرحلة في :

- أ- ملف إعلان المنافسة : نصت عليه المادة 13 و 32 من القانون 03/2000 .
- ب- سحب ملف إعلان المنافسة ، المادة 11.
- ج- إنشاء لجنة إعلان المنافسة من طرف سلطة الضبط عن طريق مقرر من مجلس سلطة الضبط وبضبط كفاءات عملها.
- د- فتح الأظرفة، وذلك في جلسة علنية يحدد تاريخها ومكانها نظام إعلان المنافسة.
- هـ-تقييم العروض وتقوم بها لجنة إعلان المنافسة حسب المادة 13، وهذا التقييم لا يكون علني.
- و- الإعلان في رسو المزايدة والرخصة، و الموافقة على الرخصة.
- ح-تبليغ الرخصة للمستفيدين المادة 17 من قبل سلطة الضبط.³

¹ _ مرسوم تنفيذي رقم 01-124 مؤرخ في 9 ماي 2011 يتضمن تجديد الإجراء المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية .

² _نادية ضريفي المرفق العام بن ضمان المصلحة العامة وهدف المرودية ، حالة عقود الامتياز ، المرجع السابق ، ص 260.

³ _ مرسوم تنفيذي رقم 01-124 ، المرجع السابق .

الفرع الثاني : المرسوم التنفيذي رقم 08-11 المحدد لكيفيات منح امتياز توزيع الكهرباء والغاز وسحبها و دفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته

إذ نصت المادة 6 من هذا المرسوم على ما يلي: "... يمنح امتياز توزيع الكهرباء و / أو الغاز من طرف الدولة الممثلة في الوزير المكلف بالطاقة، ويكون منح هذا الامتياز محل طلب عروض تصدره لجنة ضبط الكهرباء والغاز...."¹.

ووضح هذا المرسوم تكوين ملف طلب العروض الموافق عليه من طرف الوزير وكذا الملف المتعلق بمحتوى العروض وفتح الأظرفة ومقاييس المنح، وما يميز الاختيار من خلال هذا المرسوم هو نص المادة 7 منه على بعض المقاييس التي على أساسها يمنح الامتياز وأهمها القدرة التقنية والمالية للمترشح، والخبرة المهنية في ميدان النشاط وكذا مقدرة المترشح على احترام دفتر الشروط والقوانين والتنظيمات.

الفرع الثالث : المرسوم التنفيذي رقم 04-274 المحدد لشروط الاستغلال السياسي للشواطئ المفتوحة للسباحة وكيفيات ذلك

الخصوصية في منح هذا الامتياز جاءت في المادة 4²، حيث ميزت في منح الامتياز بين المزايدة المفتوحة وإعطاء الأولوية للمؤسسات الفندقية المصنفة وكذا يمكن منح الامتياز بالتراضي في حالة عدم جدوى المزايدة المفتوحة وهذا التراضي للمجالس الشعبية البلدية فقط، وقد قيدت المادة 8³، من المرسوم الإدارة في هذا المنح من خلال وضع شروط مسبقة حددتها وخاصة امتلاك الوسائل البشرية والمادية الضرورية.

يعتبر تنظيم المزايدة بواسطة مرسوم خاص في حد ذاته تطور قانوني ايجابي وتكريس فعلي للمنافسة، خاصة إذا كانت الإجراءات القانونية تتسم بالشفافية والمصادقية مما عد ضمانه حقيقية للمستثمرين في مجال المرفق العام خاصة للمستثمرين الأجانب.⁴

¹ _ المرسوم التنفيذي رقم 08-114 الصادر بتاريخ 9 افريل 2008 يحدد كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته ، الصادر في ج.ر عدد 20 بتاريخ 13 افريل 2008.

² _ المرسوم التنفيذي رقم 04-274 المؤرخ في 2 سبتمبر 2004 ، يحدد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة وكيفيات ذلك الصادر في ج.ر عدد 35 بتاريخ 5 سبتمبر 2004

³ _ المرسوم التنفيذي رقم 04-274، المرجع السابق .

⁴ نادية ضريفي المرفق العام بن ضمان المصلحة العامة وهدف المرودية ، حالة عقود الامتياز ، المرجع السابق ، ص 262.

خلاصة الفصل الثالث:

المرفق العام يهدف لتحقيق مصلحة عامة ولتحقيق ذلك تم اعتماد الأسلوب التقليدي المتمثل في التسيير المباشر والمؤسسة العامة، غير أن هذا الأسلوب لم يحقق النجاح المطلوبة خاصة بعد الانفتاح الاقتصادي هذا ما أدى بالجزائر على غرار دول العالم وخاصة فرنسا إلى إحداث طرق جديدة لإدارة وتسيير المرافق العامة تتماشى مع التحولات الجديدة، وتتمثل في تفويض المرفق العام وهذا من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، غير أن هذا المرسوم لم ينظم هذا الأسلوب بل اكتفى بذكر مفاهيم عامة وأغفل نقاط هامة لاسيما طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام، وهذا ما دفعنا لدراسة طرق التفويض من خلال المراسيم التنفيذية عديدة وقد لاحظنا من خلال هذه المراسيم المشرع الجزائري كان تارة يقيد حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها وتارة أخرى يعطي لها الحرية في ذلك.

ويعد ذلك - حسب رأبي - أمر سلبي يحسب على المشرع الجزائري كونه خرق المبادئ التي لطالما نص عليها و كرسها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وغيرها من النصوص القانونية، في انتظار صدور المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرافق العامة.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة المتواضعة لموضوع طرق إبرام الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة، و كإجابة على الإشكالية المطروحة في المقدمة، تبين لي أن الطريقتان يتمتعان بأهمية كبيرة وبالغة وذلك من خلال اعتبارهما الطريقتان الأساسيتان لحصول الإدارة على ما تريد من أشغال ومقتنيات وخدمات ... الخ.

ولاحظت أن المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ورغم نصه على تفويض المرفق العام إلا انه لم يوليهِ الأهمية مثلما أولاها لطرق إبرام الصفقات العمومية بحيث: نظم طرق إبرام الصفقات العمومية وجعل طلب العروض القاعدة العامة والتراضي الاستثناء، إذ حدد أشكال وإجراءات أسلوب طلب العروض، كما نص على أشكال وإجراءات والحالات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي، وقيد التراضي أكثر بنوعيه (البسيط، بعد الاستشارة).

في حين لم ينظم أسلوب إبرام عقود تفويض المرفق العام، إذ نص على التفويض في أربعة مواد، ذكر فيها مفاهيم عامة وأغفل نقاط هامة وخاصة الإجراءات وأحال تطبيق أحكام تفويض المرفق العام لمرسوم تنفيذي.

إلا أن المرسوم التنفيذي الذي تحدث عنه المشرع الجزائري بموجب المادة 207 المرسوم لرئاسي رقم 15-247 لم يصدر لحد الساعة.

ولذلك فقد بقي تنظيم إبرام عقود تفويض المرفق العام للمراسيم التنفيذية الصادرة قبل 16 سبتمبر 2015، و ما لاحظته عن هذه المراسيم هو عدم توحيدها لطرق الإبرام، بحيث هناك من أعطت للإدارة الحرية المطلقة في اختيار المتعاقد معها في حين هناك مراسيم تنفيذية قيدت الإدارة و أجبرتها على إتباع طرق و إجراءات معينة.

ويكمن السر -حسب رأيي- في عدم تنظيم المشرع الجزائري لطرق إبرام عقود تفويض المرفق العام في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 كون هذه الأخيرة كثيرة ومتنوعة فهناك عقود الامتياز وعقود الإيجار والوكالة المحفزة وعقود التسيير، و مواضيع عقود الامتياز وحدها لا تعد ولا تحصى وما يصلح على الامتياز مثلا لا يصلح على الإيجار وما يصلح على نوع من أنواع عقود الامتياز لا يصلح على نوع آخر.

مما سبق وبمناسبة دراستي لموضوع طرق إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تبين لي وجود العديد من العيوب النقائص وقع فيها المشرع الجزائري منها:

1. يعد مبدأ المنافسة من أهم المبادئ التي يخضع لها إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا المبدأ صراحة، وقد بينت بأن هذا المبدأ يتحقق بتطبيق المبادئ الثلاث وهي حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات.
2. المشرع الجزائري لم يصب حينما أوكل مهمة تحديد أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض لمسؤول المصلحة المتعاقدة.
3. المشرع الجزائري حينما نظم طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام بموجب مراسيم تنفيذية في الكثير من الأحيان لم يحترم المبادئ الأساسية التي تقوم عليها عملية الإبرام وهي الإعلان والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات والمنافسة.

وعليه يمكن أن أقدم توصيات كما يلي:

1. إضافة مبدأ المنافسة صراحة كمبدأ رابع يخضع لها إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مثلما ما هو الحال في التشريعات المقارنة على غرار المشرع المصري.
2. يجب على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في كيفية تحديد أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وذلك بإضافة أشخاص آخرين زيادة على مسؤول المصلحة كأن يكونوا رؤساء المصالح، لأنهم هم الذين يعرفون امكانيات الموظفين أكثر من مسؤول المصلحة.
3. تقييد حرية الإدارة أكثر في اختيار المتعاقد معها بمناسبة إبرامها لعقود تفويض المرافق العامة.

قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية

أ - الكتب

1. د. أبو بكر احمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام ، دراسة تحليلية مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر، 2014/ 2015.
2. د. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجم عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 5، 2009.
3. النوي خرشي ، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، د.ط، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة القديمة الجزائر، 2011.
4. حمامة قدوج، عملية ابرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006.
5. عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا و فقها و اجتهادا (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحابي الحقوقية، بيروت لبنان.
6. علاء الدين عشي، مدخل القانون الاداري، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
7. د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة، جسور للنشر و التوزيع، المحمدية الجزائر ، 2011.
8. د محمد الصغير بعلي، العقود الادارية، د.ط، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة ، 2005.
9. د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1938.
10. محمد ماهر ابو العينين، العقود الادارية و قوانين المزادات و المناقصات، الكتاب الأول(ابرام العقد الإداري)، د.ط، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 2003.
11. د. مروان محي الدين القطب ، طرق خصخصة المرافق العامة ، الامتياز ، الشركات المختلطة – boT – تفويض المرفق العام ، دراسة مقارنة ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ببيروت ، لبنان ، 2009.
12. د. نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، د.ط، دار بلقيس، الجزائر، 2010 .
13. عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة وإجراءات الصفقات والعقود، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2003.
14. د. وليد حيدر جبار، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2009.

15. د. وليد حيدر جبار، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة و الخصخصة، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2009.

ب - المقالات و البحوث العلمية:

1. محمد بن محمد ، صفقات التراضي في الجزائر: اسلوب ابرام خاص بضوابط قانونية غامضة ، مجلة دفاتر السياسية والقانون ، جامعة قاصدي مرياح ، ورقلة . العدد الثالث عشر، جوان 2015.
2. محمد منير حساني، " الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري "، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرياح بورقلة، العدد الخامس عشر، جوان 2010.

ج - المداخلات

1. د. سليمان حاج عزام، " تفويض المرفق العام في التشريعات المقارنة بين النظرية والتطبيق"، مداخلات مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الدولي الذي نظمه كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة، الموسم بعنوان الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والتشريعات المقارنة يومي 18-19 أكتوبر 2016.
2. حميد أحمد سرير، "الصفقات العمومية وطرق ابرامها"، مداخلات مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني السادس الذي نظمته كلية الحقوق جامعة د. يحي فارس بالمدينة، الموسم بعنوان: دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، يوم 20 ماي 2013.
3. مراد بلكعبيات، " مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري" مداخلات مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني السادس الذي نظمته كلية الحقوق جامعة د. يحي فارس بالمدينة، الموسم بعنوان: دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، يوم 20 ماي 2013.

د - الأطروحات و المذكرات الجامعية:

أطروحات الدكتوراه:

1. حمزة خضري ، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014-2015.
2. عائشة خلدون، أساليب التعاقد في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2015-2016.
3. نادية تياب ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2013-2014.
4. د. نادية ضريفي، المرفق العام بن ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية ، حالة عقود الامتياز ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر 1 ، بن يوسف بن حدة ، كلية الحقوق بن عكنون ، 2011 ، 2012.
5. مونية جليل ، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ،جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون ، القسم العام ، 2013 ، 2014.

مذكرات الماجستير:

1. د. حمزة خضري ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة محمد خيذر، بسكرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2002_2003.
2. زوليخة زوزو، جرائم الصفقات وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2011-2012 عائشة بعيط ، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق، 2013-2014.
3. عبد الحفيظ مانع ، طرق إبرام الصفقات العمومية و كيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2007-2008.
4. مختار كاملي ، ابرام الصفقات العمومية ونظام مراقبتها في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم علوم التسيير، 2007-2008.
5. نعيمة أكلي ، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، كلية الحقوق ، 2012 ، 2013.

مذكرات الماستر:

1. رزيقة لشلق ، تفويض المرفق العام للخواص ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2013 ، 2014 .
2. صفية بوشي، النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق، 2013-2014.
3. فائزة بومرزوق، الصفقات العمومية خلال عمليتي الإبرام والتنفيذ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق، 2013-2014.
4. محمد العيد عماري، الصفقة العمومية بين الطبيعة التعاقدية و القيد التشريعي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق، 2014-2015.
5. مرزاقة مزعاش، طرق إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة مجمد بوضياف بالمسيلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، 2015-2016.
6. ميلود ساهل ، طرق إبرام الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة خميس مليانة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013-2014.
7. هدا ج خالد، تفويض المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي (15-247)، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015-2016.

8. يوسف خرشي، طرق إبرام الصفقات العمومية بين الحرية والتقييد، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015.
- هـ - النصوص القانونية:
1. الاعلان العالمي لحقوق الانسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.
 2. قانون رقم 01-16 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق لـ 6 مارس سنة 2016، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، بتاريخ 27 جمادى الأول عام 1437 الموافق لـ 7 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري.
 3. قانون رقم 05.10 مؤرخ في 05 رمضان عام 1431 الموافق لـ 13 عشت 2010 المعدل والمتمم لأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأول عام 1924 الموافق م 13 يوليو، سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 46 بتاريخ 08 رمضان عام 1943، الموافق لـ 18 عشت سنة 2010.
 4. قانون رقم 03-2000 مؤرخ في 5 غشتت 2000 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية الصادر في ج.ر. عدد 48 بتاريخ 6 غشت 2000.
 5. الامر رقم 67-90 مؤرخ بتاريخ 27 جوان 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية الصادر بالجريدة الرسمية عدد 52 بتاريخ 28 نوفمبر 1967.
 6. المرسوم الرئاسي رقم 247.15، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 55، بتاريخ 6 ذو الحجة عام 1436 هـ الموافق لـ 20 سبتمبر سنة 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.
 7. المرسوم الرئاسي رقم 82-143 الصادر بتاريخ 10 أفريل 1982 المتضمن قانون الصفقات العمومية الصادر في الجريدة الرسمية عدد 15 بتاريخ 13 افريل 1982.
 8. مرسوم تنفيذي رقم 01-124 مؤرخ في 9 ماي 2011 يتضمن تجديد الإجراء المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية.
 9. مرسوم تنفيذي رقم 11-220 مؤرخ في 10 ، رجب عام 1432 -12 يونيو 2011 المحدد لكيفيات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه الصالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجات الخاصة، الصادر في ج ر، عدد 34 بتاريخ 19 يونيو 2011.
 10. المرسوم التنفيذي رقم 08-57 مؤرخ في 13 فيفري 2008 ، المتعلق بتحديد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفيات الصادر في ح.ر. عدد 9 بتاريخ 24 فيفري 2008.

11. المرسوم التنفيذي رقم 08-114 الصادر بتاريخ 9 افريل 2008 يحدد كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته ، الصادر في ج.ر عدد 20 بتاريخ 13 افريل 2008.
12. مرسوم تنفيذي رقم 08-363 مؤرخ في 08 نوفمبر سنة 2008 ، المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 06-139 ، الصادرة في ج ر عدد 64 بتاريخ 17 نوفمبر سنة 2008.
13. مرسوم تنفيذي رقم 06/139 ، يحدد شروط وكفاءات ممارسة نشاطات قطر المعن، و أعمال المحاولة والتشوين في الموانئ ، الصادر في ج ر عدد 24 بتاريخ 16 افريل 2006.
14. المرسوم التنفيذي رقم 04-274 المؤرخ في 2 سبتمبر 2004 ، يحدد شروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة وكفاءات ذلك الصادر في ج.ر عدد 35 بتاريخ 5 سبتمبر 2004.
15. القرار الوزاري المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق لـ 28 مارس 2011 الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 24 بتاريخ 16 جمادى الأول عام 1432 الموافق لـ 20 افريل 2011.

ثانيا: باللغة الأجنبية

1. Jean-Francois Lachaum, Claudie Boiteau, Méléne Pauliat, Grands services publics , édition Armand Colin , 2 ème édition , Paris 2000 .
2. Didier trichet, label de service public et statut de service public, AJDA1982.

العنوان.....	الصفحة
مقدمة.....	01
الفصل الأول : شمولية المبادئ الضابطة لإبرام الصفقات العمومية و عقود تفويض المرفق العام.....	05
المبحث الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (العلنية).....	07
المطلب الأول: مفهوم مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.....	07
الفرع الأول: تعريف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.....	07
الفرع الثاني: مضمون الإعلان.....	08
المطلب الثاني: التكييف القانوني للإعلان والأثر المترتب على مخالفة إجراءات الاعلان.....	09
الفرع الأول: التكييف القانوني للإعلان (طبيعته الاعلان).....	09
الفرع الثاني: الأثر المترتب على مخالفة إجراءات الاعلان.....	09
المبحث الثاني: مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.....	10
المطلب الأول: المساواة كمبدأ دستوري.....	10
المطلب الثاني: المساواة في ابرام الصفقات العمومية و تفويض المرافق العامة.....	11
المبحث الثالث: مبدأ الشفافية و سرية العطاءات	14
المطلب الأول: مبدأ شفافية الإجراءات	14
المطلب الثاني : سرية العطاءات.....	15
المبحث الرابع: مبدأ المنافسة الحرة.....	16
المطلب الأول : تعريف مبدأ المنافسة الحرة	16
الفرع الأول: قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرافق العامة.....	17
الفرع الثاني: قانون المنافسة.....	18
المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المنافسة.....	18
الفرع الأول: الحرمان لأسباب قانونية.....	19
الفرع الثاني: الحرمان الموقع من الإدارة.....	20
خلاصة الفصل الأول.....	21

22	الفصل الثاني: طرق إبرام الصفقات العمومية بين الحرية و التقييد
23.....	المبحث الأول: طلب العروض كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية
24.....	المطلب الأول: مفهوم طلب العروض
24.....	الفرع الأول: تعريف طلب العروض
24.....	الفرع الثاني: أشكال طلب العروض
27.....	المطلب الثاني: إجراءات (مراحل) طلب العروض
28.....	الفرع الأول: مرحلة الإعلان وظهور الصفقة للعلن
29.....	الفرع الثاني: مرحلة إيداع العروض
30.....	الفرع الثالث: مرحلة فتح الأظرفة وتقييم العروض
33.....	الفرع الرابع: مرحلة منح واعتماد الصفقة
35.....	المبحث الثاني: التراضي كطريقة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية
35.....	المطلب الأول : مفهوم التراضي
35.....	الفرع الأول: تعريف التراضي
35.....	الفرع الثاني: أشكال وحالات و الحدود القانونية للتراضي
38.....	المطلب الثاني : إجراءات إبرام الصفقة بطريق التراضي
39.....	الفرع الأول : إجراء اتخاذ الرخصة من الجهات المعنية
39.....	الفرع الثاني: إجراء الإعلان عن المنح المؤقت في أسلوب التراضي بعد الاستشارة.
40.....	خلاصة الفصل الثاني
41	الفصل الثالث: طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام بين الحرية و التقييد
42.....	المبحث الأول: مفهوم تفويض المرفق العام
42.....	المطلب الأول: تعريف وخصائص تفويض المرفق العام
42.....	الفرع الأول: تعريف تفويض المرفق العام
44.....	الفرع الثاني : أسس (خصائص) تفويض المرفق العام
46.....	المطلب الثاني: أشكال تفويض المرفق العام
46.....	الفرع الأول : الامتياز
47.....	الفرع الثاني : الإيجار
47.....	الفرع الثالث : الوكالة المحفزة
48.....	الفرع الرابع : عقد التسيير
49.....	الفرع الخامس : الفرق بين اشكال تفويض المرفق العام

المبحث الثاني: كلفيات إبرام عقود تفويض المرفق العام في القانون الجزائري (عقد الامتياز

50.....	كنموذج)
50.....	المطلب الأول: حرية الإدارة في اختيار صاحب التفويض.....
	الفرع الأول : المرسوم التنفيذي رقم 57/08 المتعلق بتحديد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل
51.....	البحري وكلفياته.....
	الفرع الثاني : المرسوم التنفيذي رقم 220/11 الذي يحدد كلفيات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة
	هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه الصالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية
51.....	الحاجات الخاصة.....
	الفرع الثالث: المرسوم التنفيذي رقم 139/06 الذي يحدد شروط وكلفيات ممارسة نشاطات قطر السفن
52.....	وأعمال المناولة والتشوين في الموانئ.....
53.....	المطلب الثاني: تقييد حرية الإدارة في اختيار صاحب التفويض.....
	الفرع الأول: المرسوم التنفيذي رقم 01-124 المتضمن تجديد الإجراء المطبق على المزايدة بإعلان
54.....	المنافسة من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية و اللاسلكية.....
	الفرع الثاني: المرسوم التنفيذي رقم 08-11 المحدد لكلفيات منح امتياز توزيع الكهرباء والغاز وسحبها و
56.....	دفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته.....
	الفرع الثالث: المرسوم التنفيذي رقم 04-274 المحدد لشروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة
56.....	للسباحة وكلفيات ذلك.....
57.....	خلاصة الفصل الثالث.....
58.....	الخاتمة.....
60.....	قائمة المراجع.....

المخلص

العقود الإدارية هي وسيلة من الوسائل التي تستعملها الإدارة للتعبير عن إرادتها، و من أهم هذه العقود الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، و جاءت هذه الدراسة لتسليط الضوء على طرق إبرام الصفقات العمومية و عقود تفويضات المرفق العام، و قبل ذلك تناولنا المبادئ الأساسية التي يخضع لها الأسلوبين.

حيث تبين لنا وجود أربعة مبادئ أساسية و هي مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، مبدأ الشفافية و مبدأ المنافسة الحرة، ثم تناولنا طرق إبرام الصفقات العمومية إذ نظمها المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 و جعل طلب العروض القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، في حين جعل التراضي الاستثناء، كما حدد القواعد الحاكمة للأسلوبين، أما الفصل الثالث فقد تناولنا فيه طرق إبرام عقود تفويضات المرفق العام، و الملاحظ أن المشرع لم ينظم لطرق إبرام التفويض في هذا المرسوم مثلما نظم طرق إبرام الصفقة حيث اكتفى بذكر أنواع التفويضات و هي أربعة (الامتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة و التسيير)، بل نظم ذلك بموجب مراسيم تنفيذية، و الملاحظ عن هذه الأخيرة عدم توحيدها لإجراءات و طرق تفويض المرافق العامة، فهناك مراسيم منحت الإدارة الحرية في اختيار المتعاقد معها، في حين هناك مراسيم تنفيذية قيدت حرية الإدارة في ذلك.