

الاختلالات المعيارية في تحديد مفهوم الصفقات العمومية حسب المرسوم الرئاسي 247/15
Standard imbalances in defining the concept of a public transaction in the light of the
organization of public transactions Presidential Decree 15/247

الدكتور قوتال ياسين (*)

جامعة عباس لغرور خندشلة

Yacine881@yahoo.com

تاريخ القبول: 2019/06/16

تاريخ المراجعة: 2019/06/11

تاريخ الإيداع: 2019/04/11

الملخص:

تعتبر الصفقات العمومية من أهم الوسائل القانونية الفعالة والناجعة في انجاز وتنفيذ المشاريع ذات البعد الاستراتيجي في مختلف المجالات الماسة باقتصاد الدول ، لهذا نجد في هذا الصدد اشكالية تحديد مفهوم الصفقة العمومية وفقا لوجود اختلالات معيارية ، وتحديد ما يتعلق بمسألة الضبط الدقيق لمفهوم الصفقة من حيث الأطراف وتحديد المصلحة المتعاقدة في صورة المؤسسة العمومية وبعض الصور القريبة منها ، زد على ذلك اشكالية اخرى متعلقة بموضوعها ، وخاصة ما تعلق بمسالتين مهمتين وهما : الجانب المالي والأسعار المرتبطين بها .

الكلمات المفتاحية: المتعامل المتعاقد - المصلحة المتعاقدة - المعيار الشكلي - أسعار الصفقة - سلطة المختصة بتوقيع الصفقة - المعيار المالي .

Abstract:

Public transactions are considered to be the most effective legal means in the execution and implementation of the economic projects with a strategic dimension in various areas of the countries ,

For this we find the following problematic: Define the concept of public transaction according to the existence of standard imbalances.

In particular the question of strict control of the transaction in terms of parties , in particular the contracting interest in the form of the public institution and some cases close to it.

Moreover, there is another problem related to its subject, especially regarding two important issues: the financial aspect and the associated prices.

Keywords : Contractor - contracting interest - formal standard - transaction prices - competent authority to sign the transaction - financial standard.

(*) المؤلف المراسل.

مقدمة :

ان التطور الحاصل على مستوى وظيفة الدولة الحديثة⁽¹⁾، والذي مس مختلف المجالات وخاصة الاقتصادي والاجتماعي ، ادى الى عملية زيادة نفوذ هذه الاخيرة في شتى الميادين ، وحتم عليها في المقابل تطوير وسائلها من اجل احداث توازن بين الوعاء الاجتماعي والوظيفي، وبين التصرفات ذات الطابع الاقتصادي والتجاري . هذا الواقع الاقتصادي الجديد الزم الدول بضرورة وضع سياسيات قانونية مختلفة عن السابق في مختلف المجالات الموكلة لها بسبب ما نشهده من تغير حاصل على المستوى الاقتصادي العالمي المبني اساسا على عملية فتح الاسواق وتحرير رؤوس الاموال⁽²⁾ ، الامر الذي نجم عنه تطوير الدولة الحديثة لوسائلها القانونية مواكبة ومسيرة للتطور الاقتصادي والاجتماعي العالمي الحاصل ، وبالتالي ايجاد نوع من الاستقرار والرقى الاجتماعي، و تطوير في محصلة المنظومة القانونية، وخاصة فيما تعلق بالعقود الادارية، وتحديد الصفقات العمومية ، هذه الاخيرة التي يعود لها الفضل في تحقيق وتلبية مختلف حاجيات المنتفعين ، واحداث نقلة نوعية في الادوات والوسائل القانونية المودعة لوظيفة المرافق العامة⁽³⁾

لذلك فان الهدف الأسمى من وراء هذه الدراسة البحثية النقدية هو تسليط الضوء أكثر على مضمون أهم النصوص القانونية والدراسات المنظمة لهذا المجال، بالنظر لارتباطه المباشر بجانب حماية الأموال العامة للدولة ، والمساعدة من اجل التطوير والنهوض باقتصاديات الدول ، إلى جانب محاولة توضيح بعض مواطن الثغرات المتعلقة بموضوع الدراسة وخاصة على المستوى التشريعي ، من اجل الوصول إلى اعتماد مفهوم شامل للصفقات العمومية. كما ان المنهج المناسب لمثل هذه الدراسة التي تتضمن التحليل والنقد والاستنتاج، هو المنهج الاستدلالي واستعنا بالمنهج الاستدلالي في تحليل النصوص من أجل إبراز الإنجازات المحققة ، والنتائج المسجلة والصعوبات التي واجهتها ، والسلبيات التي أفرزتها والتي لا تزال تميز هذا المجال ومدى انعكاسه السليبي على تحديد مفهوم الصفقة . كما ان هذه الدراسة البحثية النقدية بالأساس تنبني على اشكالية اساسها : الى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تحديد مفهوم جامع ومانع للصفقة العمومية انطلاقا من التعديل الجديد لتنظيم الصفقات 247/15 ومقارنة مع مختلف الاشكالات التي تطرحها المعايير القانونية المتعلقة بمفهوم الصفقة العمومية وبخاصة من حيث الأطراف، وتحديد المصلحة المتعاقدة في صورة المؤسسة العمومية وبعض الصور القريبة

(1) - " ينظر الى الدولة الحديثة في صورة الادارة العامة ، انها الاداة التي تقوم بها هذه الاخيرة العديد من النشاطات ذات الطابع المادي والقانوني وبالتالي التأثير على المراكز القانونية للأشخاص القانونية ، من خلال استخدام العديد من الاليات والتي من بينها العقود الادارية ، باعتبارها وسيلة مثلى وناجعة للإدارة والدولة الحديثة اقتصاديا " لمزيد من التفصيل انظر الى : نسيم بني عامر ، مقال بعنوان " فسخ العقد الإداري من جهة الإدارة " ، مجلة محاماة نت " مجلة قانونية الكترونية " ، www.mohamah.net ، تاريخ التصفح " 2017/10/09 ساعة 10.45 " .
(2) - " سجل تغير في وظيفة الدولة والسبب يعود الى تغير في الاوضاع المحيطة بها خاصة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، وهو مادي الى تغير في دور الدولة من حراسة الى متدخلة الى اشتراكية الى رأسمالية " لمزيد من التفصيل انظر الى : سبكي ربيحة ، مذكرة ماجستير " سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معا في مجال الصفقات العمومية " ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، سنة 2013 ، ص:04.

(3) - " تلعب العقود الادارية في صورة الصفقات العمومية الدور الريادي في احداث قفزة نوعية اقتصادية من خلال المشاريع الاستراتيجية المحققة من خلالها " لمزيد من التفصيل انظر الى : فأكلي نعمة ، مذكرة ماجستير " النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر " ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، سنة 2013 ، ص: 02 .

لها ، إلى جانب نقطة أخرى متعلقة بتعريف الصفقة متمثلة في موضوع الصفقة وخاصة ما تعلق بمسالتين مهمتين وهما : الجانب المالي والأسعار . وسيتم مناقشة وتحليل هذه الاشكالية وفقا للخطة التالية :

المبحث الأول : الاختلال المعياري الشكلي في تحديد مفهوم الصفقة العمومية .

المبحث الثاني : الاختلال المعياري المادي " الموضوعي " في الصفقة العمومية .

المبحث الأول : الاختلال المعياري الشكلي في تحديد مفهوم الصفقة العمومية .

يختلف فقه القانون الإداري في الاتفاق على تحديد معيار جامع مانع يحدد مفهوم العقد الإداري¹ ، بما فيه الصفقة العمومية ، وان كان السبب الرئيس في هذا يعود إلى الطبيعة التكوينية الخاصة للعقد أو للصفقة . ومن بين المعايير المعتمدة في تحديد مفهومها نجد المعيار الشكلي العضوي⁽²⁾ ، والذي يأخذ بعين الاعتبار الإطار الشكلي المكون للصفقة من خلال التركيز على طريقة الكتابة أو تحريرها ، وهذا عنصر مهم في مسالة إثبات العمل التعاقدية ، إلى جانب أطراف الصفقة باعتباره عنصر مميز للعقود الإدارية وللصفقة عن العقود المدنية ، والتي يدخل في إطارها أشخاص القانون العام ، رغم ما يسجل على هذين العنصرين من تذبذب وتباين لموقف المشرع الجزائري في مختلف نصوص الصفقات العمومية من 1969⁽³⁾ إلى غاية المرسوم الرئاسي 247/15 .

لذلك سنتناول هذه الجزئية من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : طريقة الإثبات التعاقدية في الصفقة " كتابة " .

المطلب الثاني : أطراف الصفقة - المصلحة المتعاقدة - .

المطلب الأول : طريقة الإثبات التعاقدية في الصفقة " كتابة " .

من منطلق أن التعريف التشريعي يعلو على بقية التعريفات الأخرى ، و بالنظر للدور الكبير والرائد للقضاء الإداري في تكريس هذا التعريف ، كان علينا أن نسوق أولا التعريف التشريعي للصفقة العمومية من طرف المشرع الجزائري وسنبين النقاط التي تكون محل إشكالات من حيث المفهوم القانوني في النقاط التالية :

عرف المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية المرسوم 236/10 في مادته 04 الصفقة على النحو التالي :

(1) لمزيد من التفصيل انظر الى : د/ عمار مسعودة ، دراسة نقدية لمفهوم الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي الجديد 247/15 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، العدد 01 ، السنة 2011 ، جامعة البليدة 02 ، ص ص : 27- 33 .

(2) تعريف المعيار الشكلي " هو النظر إلى الشيء المعرف من الناحية العضوية أي بالنظر إلى الصفة أو شكل الشخص الذي اتخذ الإجراء أو مارس النشاط فان كان التصرف صادر من شخص يتخذ الشكل الإداري يكون الإجراء إداري " لمزيد من التفصيل انظر الى .

(3) التسلسل الزمني لتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا على النحو التالي:

- قانون الصفقات الأول أمر 90/67 .

- المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي (82-145) .

- المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لسنة 343/91 .

- المرسوم الرئاسي 250-02 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

- المرسوم الرئاسي 236-10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

- المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

" الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، وتبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة " . وهو نفس التعريف الموجود في المادة 02 من المرسوم 247/15 ، إلا أننا نسجل الإضافة التالية "تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين..... " .

- انطلاقا من هذا التعريف التشريعي في المادتين ، فإننا نسجل الملاحظات التالية :

01- المشرع الجزائري أكد الصفة الشكلية في الصفقات العمومية وهي الكتابة⁽¹⁾ ، على أساس أن الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية ، وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية ، لذا وجب وبالنظر لهذه الزاوية أن تكون مكتوبة .

02- الاستثناء الوارد على القاعدة :

أ- الوارد في نص المادة 07 من المرسوم الرئاسي 247/15 والمادة من المرسوم 236/10 ، والتي تستثني من هذا الإطار التصرفات العقدية المبرمة بين الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها، رغم أن العقد مكتوب واحد أطرافه شخص من القانون العام ، الأمر الذي يطرح إشكالية التكييف القانوني لها من جهة ومن جهة أخرى الإجراءات المطبقة على هذا التصرف العقدي ، والجهة القضائية المختصة عند النزاع ، إلى جانب طرح إشكال فقهي يتمثل في أن كل العقود الإدارية ليست صفقة عمومية على عكس الصفقة هي عقد إداري بامتياز².

ب- إذا كان المشرع الجزائري قد شدد على عنصر الكتابة في مختلف قوانين الصفقات العمومية كما رأينا للأسباب المذكورة ، فإنه أورد استثناءا على القاعدة حددته المادة 07 من المرسوم الرئاسي 236/10 بقولها : " تبرم الصفقات العمومية قبل أيّ شروع في تنفيذ الخدمات وفي حالة وجود خطر يهدد الاستثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة ، يمكن للوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي المعني أن يرخص بمقرر معلل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة ، ترسل نسخة من هذه الرخصة إلى الوزير المكلف بالمالية " .

كما تنص المادة 12 من المرسوم الرئاسي 247/15 " ...في حالة الاستعجال الملح بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ... أو الأمن العمومي يمكن الهيئة العمومية ... أو رئيس المجلس الشعبي البلدي ... وترسل نسخة من المقرر ... إلى مجلس المحاسبة والى وزير المالية " .

انطلاقا من نص المادتين أعلاه يتبين لنا أنّ المشرع جعل الأصل والقاعدة في الصفقة العمومية في هذا الصدد أنّ يكون التنفيذ عملية لاحقة على الإبرام ، وهذا الأخير مرهون بالكتابة طبقا لمادة 03 من المرسوم 247/15 ، فلا تنفيذ إلا بعد توقيع الصفقة من الجهة المخولة قانونا بذلك .

(1) - لقد تناول المشرع الجزائري موضوع الكتابة كدليل إثبات في الباب السادس المتعلق بإثبات الالتزام من الكتاب الثاني المعنون بالالتزامات والعقود من المادة 323-332 من القانون المدني 10/05 .

(2) - لمزيد من التفصيل انظر الى : ملاتي معمر ، قراءة في تنظيم المتعلق بالصفقات العمومية الجزائري عن ماهية الصفقة العمومية ، مجلة الفكر ، العدد 14 ، السنة 2017 ، كلية الحقوق ، جامعة بسكرة ، ص ص : 504-500 .

غير أنّ المشرّع منح ترخيصاً للمصلحة المتعاقدة مكّنها من إجراء تنفيذ العقد أو الصفقة قبل عملية الإبرام ، وعلّق الأمر على ترخيص يمنح من الوزير الوصي على القطاع المعني بالصفقة أو الوالي المختص إقليمياً أو مسؤول الهيئة المستقلة وهذا بموجب مقرّر معلّل ، وأضاف إلى ذلك مسؤول الهيئة العمومية بدل مسؤول الهيئة المستقلة ورئيس المجلس الشعبي البلدي⁽¹⁾ حسب التعديل الأخير لقانون الصفقات ، وان يحتوي المقرر على جملة من الأسباب تسوغ اللجوء للتنفيذ قبل مباشرة عملية الإبرام .

ولا شك أنّه لا يمكن اللجوء لهذا الأسلوب أو هذا الترخيص إلا في حالات محدّدة، لذلك جاء نص المادة أعلاه بعبارة: "... في حالة وجود خطر يهدد الاستثمار أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة..." وأضاف في التعديل الأخير " ...في حالة الاستعجال الملح بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدانأو الأمن العمومي ." ويبقى للمصلحة المتعاقدة أن تتحرك لدى الجهات المخولة بالترخيص ، ويقع عليها عبء تبرير وجه الخطر ونطاقه وأثاره . كما تبين في حالات أخرى جانب المساس بالملك محاولة منها لإقناع الجهات المعنية (الوزير أو الوالي أو مسؤول الهيئة العمومية أو رئيس المجلس البلدي) ، بهدف إصدار الترخيص .

وإذا صدر الترخيص من الجهة المركزية أو المحلية وجب إرسال نسخة منه لوزير المالية أو مجلس المحاسبة⁽²⁾ ، بما يعكس أثر الصفقة العمومية على الخزينة العامة ، وإلا ما كان أن يلزما لوزير المعني أو الوالي المختص إقليمياً أو مسؤول الهيئة العمومية بإرسال نسخة من الترخيص لوزير المالية أو مجلس المحاسبة .

كما فرضت المادة 07 من المرسوم 236/10 إعداد صفقة تصحيحية خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ التوقيع على المقرر إذا كان موضوع الصفقة يفوق المبالغ المذكورة في المادة 06 /ف/ 01 ، بما يؤكد مرة أخرى على أهمية الكتابة . فرغم أنّ التنفيذ بدأ وقطع شوطاً معتبراً ، فهذا لا يعني إهمال عنصر الكتابة بل لا بدّ من إجراء وإعداد صفقة تصحيحية ، إلا أن المشرّع في المادة 12 / 04 من المرسوم الرئاسي 247/15 مدد أجل تصحيح الصفقة إلى مدة 06 أشهر من تاريخ التوقيع ، واصطاح على هذا العمل بالصفقة العمومية على سبيل التسوية .

ج - كما أن المشرّع في المرسوم 247/15 أضاف حالة أخرى تدخل ضمن استثناءات الكتابة في الصفقة العمومية وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 23 بعنوان الإجراءات الخاصة بالصفقات العمومية والتي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار ، خاصة في مجال استرداد المنتجات والخدمات ، وان كان الاعتبار هنا هو طبيعة المنتج وتقبل الأسعار ووفرته في السوق ، على أن يقوم الوزير المعني بالتنسيق مع لجنة تؤسس لهذا الغرض برئاسة المصلحة المتعاقدة باختيار المتعامل الاقتصادي ، ثم تصحح هذه الإجراءات بصفقة تسوية⁽³⁾ خلال مدة 03 أشهر من تاريخ الشروع في تنفيذ الخدمة .

(1) - المادة 04 من المرسوم الرئاسي 247/15 حددت السلطة المختصة بالموافقة والتوقيع " الأمر بالصرف " من خلال " مسؤول الهيئة العمومية -

الوزير - الوالي - رئيس المجلس الشعبي البلدي - المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية - الجهة المفوضة بالتوقيع " .

(2) - تعريف مجلس المحاسبة " يعتبر مجلس المحاسبة المؤسسة العليا للرقابة البعيدة لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومي ، حيث يتمتع باختصاص إداري وقضائي في ممارسة المهمة الموكلة إليه . كما يتمتع بالاستقلال الضروري، ضماناً للموضوعية والحياد والفعالية في أعماله " .

(3) - المشرّع في تنظيم الصفقات العمومية استخدم مصطلحين لاستدراك عنصر كتابة في الصفقة هما :

" صفقة التسوية و صفقة تصحيحية " لمزيد من التفصيل انظر الى : د/عمارة مسعودة ، المرجع السابق ، ص: 49 .

المطلب الثاني : أطراف الصفقة – المصلحة المتعاقدة -

في إطار تحديد تعريف للصفقة من طرف المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية للصفقة العمومية، لم يتم هذا الأخير بتحديد كل العناصر الواجب توافرها في تعريف جامع مانع للصفقة في نص المادة 04 و 02 ، والتي حددنا عليها الملاحظات السابقة عليها ، المشرع اغفل في تعريف في المادة السابقة 04 و 02 تحديد أطراف الصفقة وان كان البعض يرى انه مذكور بموجب كلمة عقد أي طرفي العقد ، لكن مادامنا في مجال القانون الإداري والذي يجب أن يتم فيه تحديد المصطلحات بدقة ، إلى جانب خطورة وأهمية مجال الصفقات من الناحية المالية، لذا وجب الاحتراس بتحديد طرفي الصفقة العمومية .

المشرع اشر إلى هذه النقطة في نص المادة 02 من المرسوم 03/13 والمادة 06 من المرسوم 247/15 ، وان كنا نسجل الملاحظات التالية على هذه المادة :

أ- الأصل أن المادة 02 تأتي من حيث الترتيب بعد المادة 04 من المرسوم 236/10 ، على اعتبار أن هذه الأخيرة تحدد شق من تعريف الصفقة والمادة 02 تحدد الشق الثاني ، وان كان المشرع استدرك هذا الأمر في المرسوم 247/15 .

ب- المادة 02 من المرسوم 03/13 تم احداث تغيير جذري عليها ، ومن ثم تعديلها في العديد من المرات ، وفي كل مرة يخرج علينا المشرع بقائمة محددة على سبيل الحصر بأطراف الصفقة ، وكان آخرها المادة 06 من المرسوم 247/15 .

ج- المشرع الجزائري في نص المادة 02 قام بالعديد من الإضافات في أطراف الصفقة ، دون أن يأخذ بعين الاعتبار مسالة الطبيعة الإدارية لعقد الصفقة العمومية ، وخصوصية هذا المجال ، وان كنا نسجل في القانون الجديد 247/15 دقة أكثر في التعداد رغم وجود نفس الإشكال السابق لكن على نطاق ضيق .

د- المشرع لم يحدد كل أطراف الصفقة وإنما قام بتحديد طرف الأساس فيها ألا وهو المصلحة المتعاقدة¹ ، وان كان قد حدد المتعامل المتعاقد في نص آخر وهو المادة 21 والمتعامل الثانوي في نص المادة 107 ، وفي المرسوم 247/15 بتسمية أخرى في المادة 02 بالمتعامل الاقتصادي .

هـ- المشرع بموجب نص المادة 02 حدد المصلحة المتعاقدة بشكل عام دون أن يحدد بدقة طرفي المصلحة المتعاقدة بما يتفق مع بقية المواد في المرسوم والتطبيق العملي ، وهنا اقصد تحديد الجهة المسؤولة على الموافقة على الصفقة خاصة بعد عملية الإرساء النهائي لصفقة والمنح المؤقت لها ، وان كان انه أشار إليها بموجب المادة 08 من نفس المرسوم والمادة 04 من المرسوم 247/15 ، ومن جهة الثانية المصلحة المتعاقدة وهي الهيئة صاحبة المشروع وهي المشرفة بالكامل على الصفقة العمومية² .

و- المشرع في نص المادة الثانية من المرسوم 03/13 حدد مستويات المصلحة المتعاقدة ، وان كان هذا التحديد محل انتقاد وملاحظات منها :

(1) - تعطي للمصلحة المتعاقدة العديد من السلطات تحدد في : " متابعة تنفيذ الصفقة وتوقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة " لمزيد من التفصيل انظر إلى : سبكي ربيحة ، المرجع السابق .

(2) - " تعطي للمصلحة المتعددة ممثلة في نص المادة 04 من المرسوم 247/15 حق التمثيل القضائي في منازعات المتعلقة بالصفقة لعمومية في حالتي الإرساء المؤقت والنهائي " لمزيد من التفصيل انظر الى : خلف الله كريمة ، مذكرة ماجستير بعنوان " منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري " ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة ، سنة 2012/2013 ،

• المشرع أقحم نفسه في تحديد المصالح المتعاقدة ومختلف أنواعها مثل الإدارات العامة – الهيئات الإدارية المستقلة – الجماعات المحلية – المؤسسات العمومية .

• فيما يتعلق بالمؤسسات العمومية حسب القاعدة العامة وعلى اعتبارها مرافق عامة تمتاز بكل الخصائص المطلوبة في أي مرفق عام من النظام القانوني ، إلا أن المميز فيها أن المؤسسات العمومية تتنوع وتحدد في ثلاث أنواع وهي :

المؤسسة العمومية الإدارية والمؤسسة العمومية الصناعية التجارية ، وهذين النوعين من المؤسسات العمومية من حيث التطبيق القانوني تختلف ، فنجد المؤسسة العمومية الإدارية تخضع لقواعد القانون الإداري ، بينما المؤسسة الصناعية التجارية ذات تطبيق المختلط للقانون ، وإن كان القانون الخاص هو المطبق في تعاملاتها ، وهنا يطرح إشكال بالنسبة للمؤسسات غير خاضعة للقانون الإداري محل إعرابها القانوني كطرف في الصفقة العمومية ، طبيعة المؤسسة لا تسمح بذلك ومن جهة أخرى المشرع تجاوز كل هذا ونص عليها في نص المادة 02 .

• بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي من حيث عملية إصدارها للقرارات لا يمكن إضفاء الصفة الإدارية عليه هذا من جهة ، ومن جهة أخرى على الطاقم البشري العامل بها ، وهذا الأمر ينسحب على منازعاتها بالنظر للمعيار العضوي الشكلي المحدد لأطراف المنازعة في المجال الإداري، طبقا لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008.

لذا نجد أن هذا التصنيف الذي يأخذ الطابع العام والشامل لتحديد الأطراف الرئيسية في الصفقة ، خاصة المصلحة المتعاقدة والمكرّس بموجب المادة 02 من المرسوم الرئاسي 13-03 سيؤدي إلى العديد من الإشكالات ذات الطابع العملي والقضائي المعقدة ، خاصة إذا كانت المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تعد احد الأطراف المكونة للمصلحة المتعاقدة ، وكان الأمر يتعلّق باستثمار مموّل من قبل ميزانية الدولة ، وهذا ما يتطابق مع نص المادة 02 من المرسوم 02-250 ،

لذلك نجد أن هذا العقد والذي تكون فيه المؤسسة العمومية الصناعية التجارية طرفا يخضع من حيث التنظيم للصفقات العمومية ، سواء من حيث طرق الإبرام أو الإجراءات أو الرقابة أو التنفيذ أو ممارسة السلطات (سلطات المصلحة المتعاقدة) .

وإزاء هذا الوضع القانوني نطرح إشكال حول الجهة التي تكون مختصة بالنظر في المنازعات ، إذا ما كان احد أطرافها مؤسسة صناعية تجارية ؟

* إذا ما قلنا أن المنازعة تؤول للقضاء العادي ، على اعتبار أن الأطراف المشكلة لها من أشخاص القانونية العادية والغير المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وهذا تكريسا للمعيار العضوي المعتمد عليه في قانون المرافعات أو الإجراءات ، في المقابل نجد أن هناك نص خاص يظهر في شكل قانون الصفقات العمومية يختلف من حيث الطبيعة والتنظيم والعمل على نصوص القوانين العادية المدنية والتجارية ، وهنا نجد أن القاضي العادي يجد نفسه بين خيارين الأرجح أن يميل هذا الأخير إلى تحديد طبيعة المنازعة إلى منازعة تؤول للقضاء العادي .

* ولكن من جهة أخرى نجد أن تنظيم الصفقات العمومية والذي ينظم مثل هذه الأعمال الإدارية يعطي الاختصاص للقضاء الإداري ، رغم لما لهذا التحديد من مخاطرة في إيجاد اختلال في المعيار العضوي لتحديد قواعد الاختصاص الإداري ، لهذا نجد أن الدكتور محمد الصغير بعلي يرى أن هذا التعداد يعد شكلا من أشكال التعداد المفترط دون جدوى ، والمكرس في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 03/13 بعدم الجدوى¹ .

* ونحن نؤيدّه فيما ذهب إليه وما سجله من ملاحظات، وندعو المشرع إلى إخراج المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والصناعي من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية. رغم التعديلات المسجلة من قبل المشرع في التعديل 247/15 وفي المادة 06 ، إلا أننا نسجل أنه حافظ على الوضع السابق شرحة ، لكنه أضاف ما يسمى بالمؤسسات العمومية التي تخضع للتشريع التجاري ، كأن المشرع أحسن بأنه في إخراج في تحديد المؤسسات العمومية الصناعية أو التجارية الصناعية ، رغم أنه استثنى في ذلك المؤسسة الاقتصادية بنص المادة 09 ويبقى على المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية المعنية بالمادة 06 و08 وبنفس الإشكال السابق في مسألة الاختصاص القضائي⁽²⁾ .

بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نجد الاختصاص يؤول للمحكمة الإدارية بالفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، فهذه الفقرة 02 من المادة 804 اعترفت باختصاص المحكمة الإدارية بالنظر في الدعاوى المتعلقة بعقد الأشغال العامة ، وحددت اختصاص المحكمة بمكان التنفيذ ، كما أن الفقرة 03 من ذات المادة أعطت الاختصاص للمحكمة الإدارية في مجال العقود الإدارية عامة ، بغض النظر عن طبيعتها ، وإن كان الأساس يعطى لمكان إبرام العقد أو تنفيذه .

إلا أنه وبالنظر للتعارض بين التشريعين في قانون الإجراءات الإدارية والمدنية والصفقات ، إلا أن قانون الإجراءات مازال يستخدم التقسيم الكلاسيكي السابق للمؤسسة والمحدد في المادة 800 من خلال المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية ، وبالتالي إخراج كل الأصناف الخاصة المذكورة في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15 . وهذا الأمر سيطرح العديد من الإشكالات العملية بتفعيل قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، خاصة بين المحاكم الإدارية والعادية، إذا ما كانت أحد الأطراف المؤسسات المذكورة في المادة 02 والخارجة عن نطاق المحصور في قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

- المشرع في المرسوم السابق 236/10 في المادة 02 ادخل المؤسسات الصناعية في مجال الصفقات العمومية كطرف أساس في الصفقة كمصلحة متعاقدة ، وهو الأمر الذي يطرح إشكالية مقارنة بالمؤسسات الصناعية التجارية ، رغم استدراكه في التعديل الأخير المرسوم 03/13 في المادة 02 المعدلة والتي عدلت ، وإن كان المشرع أعلن القطيعة مع المؤسسات العمومية الصناعية في مجال الصفقات إلا أنه حافظ وبطريقة غير مباشرة على نفس القواعد الناظمة للصفقات إذا ما تعلق بالأطراف المذكورة في المادة السابقة ، رغم تأكيد على هذا الوضع باستبعاد المؤسسة الاقتصادية من هذا المجال في المرسوم 247/15 في المادة 09 .

(1) د/ بعلي محمد الصغير ، الوجيز في المنازعات الإدارية ، دار العلوم ، غناية الجزائر ، سنة 2005 ، ص: 235 - 236 .

(2) د/ بعلي محمد الصغير ، المرجع السابق ، ص: 237 - 239 .

* لمزيد من التفصيل انظر : ملاتي معمر ، المرجع السابق ، ص: 502-504 .

- كذلك المشرع في نص المادة 02 من المرسوم 03/13 ، أضاف أنواعا أخرى تلحق بالمصالح المتعاقدة دون أن يحدد المعيار الذي على أساسه يمكن التمييز فيما بينها ، مقارنة بمختلف معايير التمييز بين باقي المرافق الأخرى ، وهنا اقصد مثلا : النظام القانوني أي القواعد المنظمة لهذا المرفق ، لهذا فإننا نكون أمام هذه الأنواع في حيرة وتساؤل حول أساس هذا الفرز للمرافق بهذه الطريقة مثل : مراكز البحث والتنمية والمؤسسات ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات ذات الطابع العلمي والمهني أو العلمي والتقني ، وان كان الهدف من وراء ذلك هو تضيق دائرة التعامل المالي لها ، وحمايتها ومراقبتها ، وتقليل عمليات الفساد المالي الذي يمس مثل هذه الصفقات والمؤسسات ، وان كان هذا على حساب تحديد مفهوم دقيق للصفقة العمومية ، رغم أن هذه الحالة مستبعدة في المادة 06 من المرسوم 15/247⁽¹⁾ *

المبحث الثاني : الاختلال المعياري المادي " الموضوعي " في الصفقة العمومية .

إذا كان المعيار العضوي الشكلي يطرح العديد من الإشكالات العملية والنظرية " القانونية " في مجال الصفقات العمومية ، فان الأمر يدفعنا للرجوع إلى معيار آخر كوسيلة أخرى لتحديد دقيق لمفهوم الصفقة العمومية وهذا من خلال المعيار الموضوعي المادي .

هذا المعيار ورغم اعتماده على العديد من الجوانب في تحديده لمفهوم التعاقد الإداري في الصفقة ، إلا انه اصطدم بدوره بالعديد من الإشكالات القانونية النابعة من تنظيم الصفقات ورؤية المشرع لهذا المجال ، والتي تظهر في : طرق ومجالات إبرام الصفقة والعتبة المالية وأسعار الصفقة .

لذلك سنتناول هذه الجزئية وفقا للمطالب التالية :

المطلب الأول : مجالات وطرق إبرام الصفقة .

المطلب الثاني : الجانب المالي – العتبة المالية - في الصفقة .

المطلب الثالث : أسعار الصفقة العمومية .

المطلب الأول : مجالات وطرق إبرام الصفقة

المشرع الجزائري من خلال المادة 04 و02 من المرسومين 236/10 و247/15 على التوالي ، حدد مجالات التي تكون فيها الصفقة العمومية ، وهي بدورها المنصوص عليها في نص المادة 13 من المرسوم 236/10 والمادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 وهي :

انجاز الأشغال – اقتناء اللوازم – انجاز الدراسات – تقديم الخدمات² .

في هذه النقطة نسجل ملاحظتين هامتين :

أ- المشرع في تحديده لمجالات الصفقات العمومية بموجب المادة 13 و29 ، نص وحدد على الإطار العام الموضوعي لكل مجال سواء تعلق الأمر بصفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات بل وفصل فيها إلا انه ما يعاب على المشرع انه اغفل مجال الخدمات بالتحديد وان اعتمد على التحديد السلبي " تعريف الخدمات بالخدمات " ، أي انه

(2) لمزيد من التفصيل انظر الى : د/ الكاهنة زواوي ، ابرام الصفقات العمومية في ظل القانون 247/15 ، مجلة الشريعة والاقتصاد ، العدد 12 ، ديسمبر 2017 ، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة . ص ص : 26-50 .

ما يخرج من مجال الأنواع الأخرى فإنه يدخل في مجال الخدمات ، وان كان هذا تحديد غامض يجب تداركه بما يسمح من توضيح مجالات هذه النقطة ، والتي تفتح باب الاجتهاد ومن ثم التضارب بين مختلف المصالح المتعاقدة عند اللجوء إلى هذه العملية .

ب- المشرع عندما أقحم نفسه في مجال تعريف الصفقة العمومية ومن ثمة تحديد مجالاتها ، اغفل في هذا السياق ولو بالإشارة إلى نقطة اعتبرها مهمة في تحديد الإطار المفاهيمي للصفقة العمومية وهي: طرق إبرام الصفقة ما دام انه تطرق إلى مجالات الصفقة العمومية ، وهنا المشرع يحيلنا إلى المادة 25 من المرسوم 236/10 و المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، والتي تحدد طريقتين للإبرام حسب حرفية النص وهما : المناقصة كقاعدة عامة أو طلب العروض⁽¹⁾ ، إلى جانب التراضي كإجراء استثنائي ، وهنا نسجل الملاحظات التالية :

المشرع الجزائري وطيلة التسلسل الزمني والتطور لقانون الصفقات العمومية من سنة 1967 إلى يومنا هذا مازال يصر على مصطلح المناقصة كطريقة لإبرام الصفقة ، وان كانت هذه التسمية منتقدة من طرف العديد من فقهاء القانون الإداري ، كونها لا تستقيم من الناحية اللغوية ولا الاصطلاحية ولا القانونية ، والسبب أن كل التشريعات المقارنة بما فيها المشرع الفرنسي تستخدم مصطلح المنافسة أو طلب العروض في كل الانواع المختلفة ، وهذا الأمر تؤكد المادة 26 من نفس القانون المرسوم 236/10 بحيث انها تقصد من وراء المناقصة اختيار العروض المقدمة من قبل المترشحين .

كما أن هذا المصطلح لا يستقيم قانونيا نظرا للتداخل بين مفهوم المناقصة كقاعدة عامة وبقية الأنواع الأخرى التي تندرج في إطاره مثل : المزايدة والاستشارة الانتقائية والمسابقة والمحددة في نص المادة 28 من المرسوم ، وان كان المشرع استدرك هذا الأمر بموجب التعديل الأخير لقانون الصفقات العمومية في المادة 39 منه وكرس التسمية الدقيقة والتي تتماشى مع هذا المجال ، إلا انه ادخل العديد من الأنواع المنضوية تحت إطار طلب العروض تختلف من حيث التسمية عن التسميات السابقة انطلاقا من نص المادة 42 من المرسوم 247/15 .

المطلب الثاني : الجانب المالي - العتبة المالية - في الصفقة .

لما كان للصفقات العمومية صلة وثيقة بالخرينة العامة ،وجب حينئذ ضبط حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية ، ذلك أنه من غير المعقول إلزام جهة الإدارة على التعاقد بموجب أحكام قانون الصفقات العمومية في كل الحالات، وأيا كانت قيمة و مبلغ الصفقة بما ينطوي عليه إبرام الصفقة في مراحل طويلة. لاشك أن إجبار الإدارة على التعاقد في كل الوضعية والحالات بحسب الكيفية المبينة في قانون الصفقات العمومية وما تفرضه من إشهار وإجراءات ورقابة وقيود سيبعث ببطء كبير في أداء العمل الإداري ، ذلك أن الإدارة كما تتعاقد بمبالغ كبيرة وضخمة تتعاقد أيضا بمبالغ بسيطة ، وإن كان إلزامها بالخضوع لأحكام تنظيم الصفقات مقبولا وسائغا ومطلوبا بل وضروريا، فإن الأمر لا يكون كذلك إن تعلق الأمر بمبلغ بسيط ، ويعود من حيث الأصل للمشرع صلاحية تحديد الحد الأدنى المالي المطلوب لإعداد صفقة عمومية ، مع إمكانية تغيير هذا الحد بين الفترة والأخرى لأسباب

(1) تعرف المادة 40 طلب العرض بأنه " هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث مزايا الاقتصادية استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء ."

اقتصادية. ومع إمكانية تغيير هذا الحد بين صفقة وأخرى فما صلح كحد لعقد الخدمات لا يصلح كحد لعقد الأشغال العمومية بما تتطلبه هذه الأخيرة من أموال ضخمة.

ويبدو الهدف من وراء فرض حد مالي أدنى باعتبار العقد صفقة عمومية تخضع لقانون الصفقات هو ترشيد النفقات العامة ، فكلما كان المبلغ كبيرا تحملت الخزينة أعباءه ، ووجب أن يخضع العقد لأصول وأحكام إجرائية تكشف للجمهور وتعلن من حيث الأصل ، كما تخضع لأطر رقابة محددة⁽¹⁾ .

أما إذا كان المبلغ الناتج عن التعاقد بسيطا ، فلا داعي لإرهاق جهة الإدارة وإجبارها على التعاقد وفق قانون الصفقات العمومية عند ما تريد مثلا شراء مستلزمات مكتبية بمبالغ بسيطة.

لكنه في المقابل يطرح إشكالية من الناحية الفقهية ، كون انه من خصائص الصفقة العمومية الاعتبار المالي أو ما يعبر عنه بالعتبة المالية ، باعتبارها العنصر المميز في الصفقة العمومية ، وكما اشرنا إليه سابقا رغم سعي المشرع على تحديد هذا السعر بحسب نوع المجال المخصص للصفقة وتطوره تبعا ، حسب التطورات الاقتصادية والتضخم المسجل في الدولة إلا أننا نسجل الملاحظات التالية :

أ- المشرع في تحديد لعتبة المالية في نص المادة 06 من المرسوم 03-13 و المادة 13 من المرسوم 247/15 يقول :
ب- " كل عقد أو طلب يساوي مبلغه أو يقل عنه..... لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم " ، وهنا نسجل حسب المادة أن أي صفقة تساوي أو تقل عن العتبة المالية المحددة في نص المادة 06 و 13 لا يجوز إبرام صفقة عمومية، وكان بالأحرى على المشرع توخي الدقة في استخدام مصطلح يساوي والاكتفاء فقط بمصطلح يقل كصفقة احتساب العتبة المالية في الصفقة .

ت- العتبة المالية في الصفقة تعطي لنا إشكالية الفرق بين الصفقة العمومية والعقد الإداري أي الجدلية بين هل كل صفقة عمومية عقد إداري أم أن كل عقد إداري صفقة ؟ وان كانت الإجابة على هذه الجدلية على النحو التالي :

* ليس كل عقد إداري صفقة عمومية والعكس صحيح ، على أساس أن الفارق الجوهرى بينهما هو الاعتبار المالي ، كون العقود الإدارية لا تشترط عتبة مالية معينة ، على عكس الصفقات تشترط ذلك .

ث- سلطة وزير المالية في تحيين⁽²⁾ مبالغ الصفقة :

نص المشرع على هذه المسألة في المادة 06 من المرسوم 03/13 و المادة 22 من المرسوم 247/15
"يمكن تحيينها بصفة دورية بموجب قرار من وزير المالية وفق معدل التضخم المسجل رسميا " . انطلاقا من هذه الفقرة نجد أن المشرع لم يراع ويحترم التدرج القانوني في مسألة تعديل قانون الصفقات وقاعدة توازي الأشكال بحكم أن قانون الصفقات صدر بموجب مرسوم ، والتعديل يكون بنفس الأداة ، لكن المشرع أجاز لوزير المالية تعديل

¹ - اكرور ميريام ، مذكرة ماجستير " السعر في الصفقات العمومية " كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 2008/2007 ، ص : 01 و 02 .

⁽²⁾ - تعرف تحيين أسعار الصفقة " هو عبارة عن عملية إعادة حسابية للسعر، إلى جانب إعادة تفعيله وتأهيله ومراجعتة قبل تنفيذ الأشغال أو صدور ods " .

* التضخم " هو الزيادة المجمععة في المعروض من المال في الدخل المالي أو الأسعار. او التضخم هو الارتفاع المفرط في المستوى العام للأسعار."



القانون فيما يتعلق بالعتبة المالية للصفقة، وتعيينها بما يتفق مع معدل التضخم بموجب قرار إداري، وكان بالأحرى تعديل هذه النقطة بموجب مرسوم رئاسي¹.

المطلب الثالث : أسعار الصفقة العمومية

السعر في الصفقة العمومية هو الدافع للتعاقد، إلى جانب أنه الالتزام الأساس للمصلحة المتعاقدة والحق الرئيس للمتعاقل المتعاقد، لهذا نجد أن المشرع الجزائري في قانون الصفقات اهتم بهذا المجال، باعتباره كما اشرنا سابقا العنصر المميز للصفقة العمومية عن العقود الإدارية.

وان كان المشرع لم يقم نفسه في تعريف السعر إلا أن المتفق عليه أن السعر هو المقابل المادي لخدمة معينة أو المقابل المالي الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة⁽²⁾.

بالنسبة لأسعار الصفقة هنا نسجل الملاحظات التالية³:

* أسعار الصفقة تنصرف لمسالتين هما : اجر المتعاقل المتعاقد والى مسألة التسوية المالية أي كفيات الدفع، كون هناك خلط بين المسالتين، وكان الأخرى بالمشرع وخاصة في مسألة اجر المتعاقل في نص المادة 63 و96 من المرسوم 247/15 الدقة في المصطلح والقول " تحديد أسعار الصفقات العمومية وفقا للكفيات الآتية".

* من بين أنواع أسعار الصفقة السعر الجزافي هذا الأخير يمتاز بالتحديد المسبق والنهائي كنتاج للاتفاق، دون أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الطارئة على الصفقة، رغم تفضيل المشرع هذا النوع على بقية الأنواع الأخرى، لكن بالرجوع إلى دفتر شروط الأشغال العامة لسنة 1964، نجد أن هذه الصرامة تخف مع إمكانية مراجعة أو تعديل السعر. خاصة إذا تعلق الأمر بأشغال إضافية لحسن تنفيذ الصفقة المادة 30 من دفتر الشروط، أو التغيرات الطارئة الماسة بالصفقة العمومية، خاصة إذا ما تعلق بممارسة الإدارة لامتيازاتها.

* رغم أن السعر الجزافي الإجمالي يعتبر حل مسكن للتأخر في التكنولوجيا، والذي يحتاج إلى إدارة تتمتع بالكفاءة والقدرة على الرقابة، ومن جانب آخر يعتبر عاما استقرار مالي ضد التحولات التي تطرأ على الصفقة، كما انه يعتبر سببا مقيدا للصفقات العمومية طويلة الأجل. ومن ثمة فهو وسيلة طرد للمستثمرين الأجانب خاصة أن الكثير من هؤلاء يلتجئون إلى العديد من مكاتب الدراسات التي تؤكد على سلبية هذه الطريقة، كما أن هذه الطريقة وان كانت محبذة عند المشرع إلا أنها تعتبر خطيرة في مجال عقود التراضي، عندما يفرض المحتكر مبالغ كبيرة حسب تقديره ترهق الدولة.

* إلى جانب السعر الجزافي، هناك كفيات أخرى لتحديد سعر الصفقة، وان كانت تحمل في طياتها خطورة على المصلحة المتعاقدة وجب إعادة النظر فيها من قبل المشرع الجزائري مثل : الأسعار على أساس نققات المراقبة والتي

(1) تحيين مبالغ الصفقة من قبل الوزير المالية يعد مساسا مع مبدأ الحدود أو الأسقف المالية المحددة في تنظيم الصفقات العمومية المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15. لمزيد من التفصيل انظر الى : د/حمدي محمد، تعديل السعر في الصفقات العمومية " التحيين والمراجعة"، دراسة في اطار المرسوم 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 09، مارس 2018، المجلد 01. كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة.

(2) الفرق بين الأسعار والتسوية المالية " كفيات الدفع " : هو أن الأسعار هي المبالغ المالية المحددة لعرض المتعهد أو المتعاقل الاقتصادي، أما كفيات الدفع هي كيفية تسديد المصلحة المتعاقدة المستحقات المالية للمتعاقل بعد تنفيذه للأشغال المرتبطة بالصفقة.

(3) - اكرور ميريام، المرجع السابق، ص ص : 35-41.

تمتاز بعدم التحديد في سعرها قبل تنفيذ الصفقة خروجاً عن القواعد العامة في تحديد السعر قبل التنفيذ، وهذا لطبيعة موضوع الصفقة في حد ذاته، فتكتفي الإدارة بمراقبة كل نفقات المتعامل إلى جانب هامش الربح من أجل تحديد السعر النهائي للصفقة، ورغم الخطورة المحدقة بالصفقات القائمة على هذا النوع خاصة الصعوبات الميدانية والتعقيد والصعوبات المالية، والتي تتطلب إدارة على أعلى مستوى من التقنية والمراقبة لتجنب التلاعب المتعامل بأسعار الصفقة.

* أسعار الصفقات المختلفة والخاضعة لمسألة التعديل فيها من خلال تفعيل بند المراجعة والتحيين، ففي مسألة المراجعة نجد أنها تطرح العديد من الإشكالات والتي تشكل عائق في تنفيذ الصفقة منها:

- مسألة المراجعة في حد ذاتها لا تحترم مبدأ المنافسة بحكم تغير في السعر الأولي للصفقة بالزيادة أو النقصان.

- المراجعة لا تأخذ بعين الاعتبار ثوابت الثمن أو بعض العوامل الداخلية مثل: الأرباح الإنتاجية أو اللجوء إلى المتعامل الثانوي.

كما أن المراجعة تعترضها صعوبات تتمثل في ما يلي:

* تأخر في نشر الأرقام الاستدلالية⁽¹⁾ المادة 69 من المرسوم 23/12 و 103 من المرسوم 247/15.

* وان تم نشر الأرقام الاستدلالية يتطلب تفعيلها موافقة وزير المالية والوزير المعني وهذا تعارض مع القاعدة العامة في النشر في الجريدة الرسمية المادة 04 القانون المدني.

* مجال تطبيق المراجعة زمنياً محدد بموجب المادة 67 من المرسوم 236/10 و 101 من المرسوم 247/15، إلا أنه يطرح إشكالات في هذا السياق فيما يتعلق بمسألة نهاية الأجل التعاقدية والأشغال لم تنته، وسجل تأخر هنا القاعدة العامة:

- أن المراجعة تتم حسب الأجل السابقة قبل انتهاء الأجل التعاقدية، لكن بعد هذه الأجل والصفقة لم تنته هنا نجد أن المشرع لم ينص على عدم مراجعة الأسعار، وإنما الأسعار المفعلة هي الأسعار السابقة قبل انتهاء الأجل إذا كان الخطأ من قبل المتعامل حسب المادة 71 من المرسوم 236/10 و 105 من المرسوم الرئاسي 247/15.

- أما الإشكال إذا كان الخطأ أي التأخر بسبب المصلحة المتعاقدة أو خارج إرادة المتعاقدين لا نجد نصاً صريحاً في ذلك، لكن بمفهوم المخالفة لنص المادة 71 و 105 يجوز له المطالبة بذلك.

- أما مسألة التحيين فنجد إشكالية تطرح فيها تتمثل في:

تحديد نقطة انطلاق عملية التحيين ومدنها الزمنية إذا تعلق الأمر بمسألة الفترة التي تغطيها صلاحية العروض والمحددة بنص المادة 67 من المرسوم 236/10، خاصة أننا نجد اختلافاً وتبايناً في هذه المسألة في الكثير من التطبيقات العملية للمصالح المتعاقدة، وغالباً تحددها من تاريخ آخر أجل لإيداع العروض إلى غاية انتهاء المدة الزمنية المحددة في إعلان المنافسة، والبعض يسميها بمدة التزام المتعهدين، إلا أنه من المنطق أن تكون بداية احتسابها من تاريخ الإيداع وليس من تاريخ آخر أجل للإيداع حتى نعطي قوة وصرامة وجدية في الترشح، ومن ثم

(1) - الأرقام الاستدلالية تعرف على أنها " مجموعة أرقام مرتبطة بمعاملات لبعض الأدوات التي تستخدم في عملية تنفيذ الصفقة وتستهمل هذه الأرقام في تحيين ومراجعة أسعار الصفقة خاصة في مجال البناء والأشغال والري " .

الالتزام ببند الصفقة بالنسبة للمتعهدين لاحتمالية انسحاب المتعهد الفائز بالصفقة ، ومن ثمة إمكانية الرجوع إلى بقية المتعهدين ، وفائدة أخرى فيما يتعلق بإمكانية تغير الأسعار في الفترة الممتدة بين تاريخ الإيداع وأخر أجل للإيداع ومن ثم إمكانية حرمان المتعهد من مسألة تحيين الأسعار ، إلا أن المشرع في القانون الجديد المرسوم 247/15 وفي المادة 02/100 حدد المجال بتاريخ أخر لصلاحيّة العرض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية.

الخاتمة :

ان مسألة تحديد مفهوم الصفقة العمومية انطلاقا من مختلف الزوايا التي تطرحها معاييرها وتأسيسا على النصوص التشريعية والتنظيمية المنظمة لها ، تطرح إشكالية أي معيار مناسب لتحديد مفهومها واكثرها مسايرة للمنظومة القانونية القضائية ، وهو ما يظهر من خلال دراستنا وموقف المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات والذي يبين مدى التنوع في المعايير المعتمدة لدى المشرع الجزائري ومدى تأثيرها على ضبط توجه محدد وموقف ثابت له لتحديد مفهوم جامع ومانع للصفقة العمومية ، مما سيؤثر لا محالة على جانب اخر وهو عند تفعيل وتطبيق القانون وحدوث منازعات بين طرفي الصفقة ، ما ينتج عنه العديد من الإشكالات في ما يتعلق في الجهة القضائية المختصة في منازعة الصفقات العمومية ، ومدى تسايرها مع القوانين الناظمة لعملية التقاضي أي قانون الاجراءات المدنية والادارية .

بناء على ما سبق بيانه ، فان مسألة تحديد مفهوم الصفقة العمومية بناء على المعيار الشكلي والموضوعي تطرح العديد من الإشكالات القانونية خاصة إذا تعلق الأمر بمسالتين مهمتين في عقد الصفقة وهما : أطراف الصفقة والجانب المالي ، إلى جانب الطبيعة أو التكييف القانوني لها .

لذا نقترح بعض الاقتراحات لحبذا أن يأخذ بها المشرع الجزائري منها :

01- إعادة النظر في تصنيفات المصالح المتعاقدة الواردة في نص المادة 06 ، بما يتفق ومعيار الاختصاص الإداري لها .

02- إعادة دمج أنواع الصفقات العمومية مع باقي عناصر تعريف الصفقة الوارد في نص المادة 02 .

03- تصحيح اللغوي لمصطلح تحديد العتبة المالية : أكثر من بدل اقل أو يساوي .

04- إعادة النظر في مسألة تحيين الأسعار وأرقامها الاستدلالية والتأخر المسجل فيها وخاصة مسألة إصدارها وتفعيلها على ارض الواقع .

05- إعادة النظر في الإطار الزمني لعملية التحيين لتشمل تاريخ إيداع العروض وليس أخر أجل لإيداع العروض .

06- إدراج مادة في قانون الصفقات في مجال المراجعة الأسعار، تعالج الفراغ القانوني الوارد في حالة التأخير في الأشغال وفوات الأجل التعاقدية وكان هذا بسبب المصلحة المتعاقدة أو خارج عن إرادة المتعاقدين .

المصادر والمراجع :

أولاً- القوانين :

- المرسوم المتعلق بصفقات التعامل العمومي (82-145) .
- المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لسنة 343/91 .
- المرسوم الرئاسي 250-02 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .
- المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .
- المرسوم الرئاسي 15/247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

ثانيا- الكتب :

- د/ بعلي محمد الصغير ، الوجيز في المنازعات الإدارية ، دار العلوم ، عناية الجزائر ، سنة 2005 .

ثالثاً-المجلات :

- د/ عمار مسعودة ، دراسة نقدية لمفهوم الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي الجديد 247/15 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، العدد 01 ، المجلد 06 ، السنة 2011 ، جامعة البليدة 02 .
- د/حمدي محمد ، تعديل السعر في الصفقات العمومية " التحيين والمراجعة " ، دراسة في اطار المرسوم 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية ، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد09 ، مارس 2018 / المجلد 01 . كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المسيلة .
- ملاتي معمر ، قراءة في تنظيم المتعلق بالصفقات العمومية الجزائري عن ماهية الصفقة العمومية ، مجلة الفكر ، العدد14 ، السنة2017 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة .

رابعاً - الرسائل الجامعية :

- اكرور ميريام ، مذكرة ماجستير " السعر في الصفقات العمومية " كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 2008/2007
- سبكي ربيعة ، مذكرة ماجستير " سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية " ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، سنة 2013 .
- أكلي نعمة ، مذكرة ماجستير " النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر " ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، سنة 2013 .
- خلف الله كريمة ، مذكرة ماجستير بعنوان " منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري " ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة ، سنة2012/2013 ،

خامساً- المواقع الإلكترونية :

- 01- نسيم بني عامر ، مقال بعنوان " فسخ العقد الإداري من جهة الإدارة " ، مجلة محاماة نت " مجلة قانونية الكترونية " ، www.mohamah.net ، تاريخ التصفح " 2017/10/09 ساعة 10.45 " .