

قراءة في جديد تعريف الصفقة العمومية و تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي الجديد 15-247:

عماري العربي / طالب دكتوراه سنة رابعة

جامعة طاهري محمد / بشار - كلية الحقوق والعلوم السياسية (قسم : الحقوق)

- البريد الإلكتروني: larbiesgn@gmail.com

الملخص:

يشكل قطاع الصفقات أداة محورية في رسم التطلعات الاستراتيجية التي تساهم في تحقيق أهداف السياسة العامة للدولة. لهذا يبقى التكيف الدائم مع المحيط الاقتصادي و القانوني من الضروريات. يعتبر المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام آخر الإصلاحات التي يسعى من خلالها الناظم مساندة البنيان الاقتصادي و الاجتماعي. إن مفهوم الصفقة العمومية من منظور التشريعات السابقة و مقارنته بما تضمنه قانون الصفقات العمومية الجديد يفيد باستنساخ نفس المعايير مع بعض التغييرات و التعديلات. الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، تفويضات المرفق العام، المرسوم الرئاسي 15-247.

Abstract :

Aujourd'hui, les marchés publics sont de plus en plus utilisés dans la perspective stratégique, visant à poursuivre des divers objectifs de politiques publiques. En effet une adaptation constante à l'évolution de l'environnement économique et juridique s'impose.

La reforme la plus récente vient avec le décret présidentiel 15-247 tente de parfaire cette transformation profonde de la structure économique et sociale.

L'étude analytique de la notion « marché public » prévue dans l'ancienne réglementation des marchés publics d'une part, et sa comparaison en quelques aspects avec le nouveau code d'autre part, a montré qu'ils partagent les mêmes critères, avec quelques modifications et amendement.

Mots clés : Marchés publics – délégation de service publics – décret présidentiel 15-247.

مقدمة :

مما لا شك فيه أن الصفقات العمومية تشكل أحد أهم الوسائل لأجل إشباع الحاجيات العمومية بالدرجة الأولى من قبل الإدارة ومختلف المصالح العمومية في الدولة، والتي نص تنظيم الصفقات العمومية على خضوعها لأحكامها، وذلك في مختلف النصوص القانونية التي تدرجت زمنيا، مع الاختلاف بينها في إدراج المؤسسات العمومية المعنية بخضوعها لأحكام تنظيم الصفقات العمومية.

فقد عرفت الجزائر صرحا تنظيميا للصفقات العمومية منذ 1967 اول قانون منظم للصفقة العمومية تلتته جملة من النصوص القانونية لم يعرف فيها المشرع استقرارا من خلال مرسوم 1982 ثم المرسوم 1991 في ظل الإصلاحات التي عرفت الجزائر، فالمرسوم 02-250 عرف تعديلين في سنة 2003 و 2008 ثم تلاه المرسوم 10-236 الذي هو الآخر لحقه ثلاث تعديلات 2011، 2012 و 2013 لكن سرعان ما استبدل بالمرسوم الرئاسي الأخير 15-247.

وقد تضمن المرسوم الرئاسي الحالي جملة من القواعد الجديدة التي أدخلها المشرع الجزائري بموجبه ومن أهمها النص ولأول مرة على تفويضات المرفق العام، وكذا الاهتمام بمجال الاستثمار وعلاقة الصفقات العمومية بالاستثمار ودورها في التنمية الاقتصادية طبقا لما ورد في المادة 66 من قانون المالية بهدف توسيع قاعدة الانتاج الصناعي و الفلاحي و السياحي، مما وسع معه المشرع الجزائري مجال ودور الصفقات العمومية.

غير أن البحث في موضوع الصفقات العمومية يعد من البحوث الصعبة والمعقدة، ويرجع ذلك أساسا إلى تعدد الاختصاصات الداخلة فيه وكذا تعقيد وغموض وعدم تجانس أو تعارض الكثير من النصوص القانونية والمصطلحات التي تحكم هذا الميدان.

فالمنتبع للإطار المفاهيمي و المعايير التي اعتمدها الناظم من خلال القوانين السابقة، يكتشف مدى تأثير تعريف الصفقة العمومية في بعض المراحل الزمنية التي صاحبها التعديلات، بسبب الحركية الاقتصادية و كثرة الأحداث التي أثرت في هذا النظام القانوني طبقا للتصورات المجسدة للقرار العمومي في سعيه لتلبية الحاجيات الاجتماعية واستهداف تحقيق النمو الاقتصادي والتنمية الاقتصادية، و ارتباطا بالظروف الاجتماعية الاقتصادية والسياسية من جهة، وبقدرات المنظومة القانونية و التشريعية في الارتقاء بآلية الصفقات العمومية للحوكمة والابتعاد عن منافذ الفساد بكل أشكاله، من جهة أخرى.

لهذا يمكن وصف الإصلاحات الجديدة التي أحدثها المشرع بالنقلة النوعية الهامة في المرسوم الرئاسي 15-247¹، من خلال إعادة تعريف الصفقات العمومية وفق النظرة الجديدة تماشيا مع تحقيق نجاعة الطلب العمومي من جهة و حوكمة الصفقات العمومية من جهة أخرى، و بالتالي رسم جديد لمجال التطبيق و شموليته للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، فضلا على تبني مبدأ شمولية مبادئ الطلب العمومي في كل العقود التي تبرمها المصلحة المتعاقدة مهما كان مبلغها²، و التي يكون محلها أموالا عمومية³.

الإشكالية :

إلى أي مدى قد وفق المشرع في وضع تعريف للصفقة العمومية يتماشى مع متطلبات الحوكمة و ترشيد الإنفاق العام من جهة، و تكريس مرونة على مجال التعاقد الإداري في مجال الطلب العمومي من جهة أخرى؟ سنتناول الإجابة على هذه الاشكالية من خلال اتباع الخطة التالية :

المبحث الأول: المعايير التي اعتمدها المشرع في تعريف الصفقة العمومية

المطلب الأول: تطور الاطار المفاهيمي للصفقة في تشريعات الصفقات

المطلب الثاني: المعايير المعتمدة في تعريف الصفقة بين الاستسناخ و التجديد على ضوء المرسوم الرئاسي الجديد -15-247

المطلب الثالث: أهمية تحديد مدلول الصفقة العمومية

المبحث الثاني: تفويض المرفق العام كأسلوب مستحدث في المرسوم الجديد.

المطلب الأول: ظهور تفويض المرفق العام

المطلب الثاني: إخضاع تفويضات المرفق العام لأحكام المرسوم 15-247 كآلية لحماية المال العام.

المبحث الأول المعايير التي اعتمدها المشرع في قانون الصفقات العمومية

إن كلمة "صفقة" لغة هي العقد أو البيعة ويقال صفقة رابحة أو خاسرة⁴، أما في الاصطلاح فكلمة "صفقة" دلالة على نقل السلع أو الخدمات من شخص لآخر، كما يتضمن المفهوم أيضا صيغة تجارية بحثه احتكرتها اللغة الاقتصادية وتداولته كمصطلح خاص بعالم المال والأعمال⁵.

أما الصفقات العمومية في المفهوم الاصطلاحي فهي صورة من صور العقود الإدارية، لكن تطلق تسمية الصفقات العمومية على العقود ذات الأهمية، و يبقى اصطلاح العقد الإداري وارد على تلك العقود المعتادة و التي ليست لها أهمية كبيرة و غطاء ماليًا يماثل ما هو معمول به في الصفقات العمومية⁶.

إن كل من المشرع والقضاء⁷ قدم تعريفا للصفقة العمومية كنوع من أنواع العقود الإدارية، في حين تم الإشارة إلى مصطلح العقد الإداري في المادة 804 في فقرتها الرابعة من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: " خلافا لأحكام المادة 803 أعلاه، ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:

2- في مادة الأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

3- في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه....".

أما بخصوص التعريف التشريعي للصفقات العمومية فقد شهد اختلاف في صياغته في ظل النصوص المنتظمة للصفقات العمومية بين مرحلة و أخرى⁸، تدرّج وتطور بتطور مراحل الدولة الجزائرية طبقا للتصورات المجسدة للقرار العمومي في سعيه لتلبية الحاجيات الاجتماعية واستهداف تحقيق النمو الاقتصادي والتنمية الاقتصادية، و ارتباطا

بالظروف الاجتماعية الاقتصادية والسياسية من جهة، وبقدرات المنظومة القانونية والتشريعية في الارتقاء بآلية الصفقات العمومية للحوكمة والابتعاد عن منافذ الفساد بكل أشكاله⁹.

المطلب الأول: تطور تعريف الصفقة العمومية في القانون الجزائري

عرفت المادة الأولى من الأمر 67-90 الصفقات العمومية كما يلي " إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون". ولعل أهم ما ميّز نظام الصفقات العمومية خلال تلك الفترة هي تجسيد طابع الدولة المصنعة والمستثمرة والزراعة، من خلال ما كان يعرف بالثورات الصناعية والزراعية والتربوية والثقافية والصحية، أي أن تلك المرحلة كانت فيها النفقات العمومية هي الفاعل الأساسي للقيام بالحاجيات المجتمعية، والأمر هاهنا لا يتعلق بسرد تاريخي لتلك المرحلة بقدر ما يتعلق بالبحث عن بذور إهدار النفقات العمومية والتأسيس لعدم التوازن بين فواعل المجتمع، بحيث تم تغليب القطاع العام ومنحه الفرص الكاملة والشمولية في التصرف في المال العام، مع تقليص مساهمات ودور القطاع الخاص والتضييق عليه في غياب مجتمع مدني حقيقي لعل ذلك مرتبط أيضا بانعدام الوعي في الحفاظ على المال العام، وكذلك التوجه إلى الصناعات المصنعة باستغلال موارد قطاع المحروقات كأساس للمال العام، وهو ما أسس أيضا لذهنية الاعتماد على التمويل الريعي، واعتبار أن المال العام هو عائدات الجباية البترولية دون بقية الموارد الأخرى.

كما عرفت المادة الرابعة من المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي الصفقات العمومية على أنها: " صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات". تعتبر هذه الفترة من أصعب الفترات في مسيرة الدولة الجزائرية بعد الأزمة الاقتصادية الخانقة، وبعد انكشاف زيف شعارات من أجل حياة أفضل، فأدى ذلك إلى إعادة النظر في الإطار القانوني للصفقات العمومية، وتم إصدار المرسوم التشريعي 145/82. و من مستجدات هذا المرسوم هو رفع السقف من 2000 دج الى 500.000 دج، و إعطاء الأولوية في التعاقد إلى الصيغ التفاوضية على حساب الصيغ التنافسية و التي جاءت مرتبة ثانيا، بالنظر إلى كون أغلب المؤسسات تابعة للدولة، إلى جانب النص صراحة إلى أن التراضي هو القاعدة عندما يتعلق الأمر بمتعامل اقتصادي، و هذا ما جعله محل انتقاد في مجال حماية المال نتيجة اهمال مبدأ المنافسة¹⁰.

و لقد تماشى المرسوم التنفيذي رقم 91-343 المؤرخ في 9 نوفمبر 91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية مع سابقه كثيرا، وتضمنت المادة الثالثة منه تعريفا للصفقات العمومية كما يلي: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة ". من منطلق ترتيب الأولويات، فإن هذه المرحلة التي عرفت إجمالا بمرحلة المأساة الوطنية (تعرض الإطار المؤسسي للدولة وللمجتمع برمته لتحديات العنف والتحطيم والتخريب في ظل انهيار واسع للقطاع العمومي، وتغيير قواعد التوجه الاقتصادي والمالي، في إطار اتفاقيات إعادة الهيكلة المبرمة مع صندوق النقد

الدولي والهيئات المالية والخضوع للمديونية الدولية التي بلغت 34 مليار دولار)، فكان لابد من إيجاد إطار قانوني في تلك المرحلة يتعلق بالنفقات العمومية تجسد في المرسوم التنفيذي 343/91.

و بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 02-250 ، نجد أن المادة الثالثة منه قد عرفت الصفقات العمومية بقولها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقد". و من مستجدات هذا المرسوم في مجال ترشيد المال العام أنه أعطى تفسير مغايرا للمعيار العضوي في المادة 2 منه، بحيث وسع من مجال الرقابة على الصفقات العمومية ليشمل كل الصفقات الممولة من المال العام.

ثم بعد صدور المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم تم تعريف الصفقة في نص المادة الرابعة منه على أنها : " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم و الخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة ". عرفت هذه الفترة زيادة حجم الانفاق و برامج الاستثمارات العمومية و رصدت لها مبالغ ضخمة لتجسيدها ، تمثلت في ثلاث برامج أساسية:

- برنامج دعم الإنعاش الاقتصادي (2001-2004)¹¹: تم رصد غلاف مالي قدر ب 525 مليار دولار من أجل توفير السكن، فتح مناصب شغل توفير المنشآت القاعدية عبر التراب الوطني لجلب المستثمرين الأجانب و المحليين، لذلك فهو يعتبر أهم مشروع يوضع حيز التنفيذ بالنظر إلى المجالات الكثيرة والقطاعات الحيوية التي طالها و خصص لها مبالغ مالية ضخمة لتنفيذها، بحيث كان لقطاع الأشغال العمومية الحصة الأكبر قدرت ب 4503 مليار¹² و هو ما يجعل الصفقات العمومية محرك رئيسي لتنفيذ هذا المخططات خلال هذه الفترة.
- البرنامج التكميلي لدعم النمو الاقتصادي (2005-2009): لقد تم رصد غلاف مالي مقدر ب 4202,7 دينار جزائري، مع تقسيم هذا البرنامج إلى خمسة برامج فرعية. كل هذه المشاريع التنموية التي برمجت من خلال البرنامج التكميلي لدعم النمو، و التي أنجزت بواسطة الصفقات العمومية، قدمت مردودا معتبرا في جميع القطاعات كالصحة و التعليم و البنى التحتية و تحسين الظروف المعيشية ، لتواصل الجزائر مسارها التنموي و تنفيذ مشاريعها.
- برنامج التنمية الخماسي (2010-2014) : تضمن هذا البرنامج استكمال المشاريع الكبرى الجاري إنجازها خاصة في قطاعات السكة الحديدية و الطرق و المياه ، إضافة إلى إطلاق مشاريع جديدة في مختلف القطاعات، بحيث استلزم تنفيذ هذه المشاريع تمويل الدولة بميزانية شاملة، تم تكريس غلاف مالي معتبر جدا قدر ب 286 مليار دولار.

و قد كان لقطاع الصفقات العمومية الأثر البالغ في المساهمة في نجاح تلك البرامج ، من خلال المنشآت الكبرى و البنى التحتية و الهياكل القاعدية التي تم إنجازها عن طريق الصفقات العمومية، وهو ما أدى إلى عدم استقرار نظام الصفقات العمومية، فتم إيجاد المرسوم الرئاسي 02/250 ، والذي عرف العديد من التعديلات والتغييرات بما يؤشر على

عدم استيعاب هذه الآلية لحجم الأموال العمومية المرصودة والمرتبطة أساسا بالارتفاع المذهل في عائدات الجباية البترولية، فكان التعديل الثاني بالمرسوم الرئاسي 236/10.

أما تعريف الصفقة في ظل المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 فقد جاء في نص المادة الثانية منه على أنها "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات".

وهو التعريف الذي يمكن إبداء بشأنه بعض الملاحظات في صياغته الجديدة، والمعايير التي اعتمدها في تحديد مفهوم الصفقة، وهذا يتطلب تجزئة النص وتقطيع أوصاله الى جمل مستقلة بعضها عن بعض الآخر وبيان مضمونها ثم جمعها في معنى مترابط ضمن الاطار العام لتحديد مفهوم الصفقة العمومية:

المطلب الثاني: المعايير المعتمدة في تعريف الصفقة بين الاستنساخ و التجديد على ضوء المرسوم الرئاسي الجديد -15-247-

من خلال القراءة الظاهرية للتعريف الذي حملته المادة الثانية بخصوص الصفقة العمومية المشار إليها أعلاه يبدو أن هذا النص يحمل شقا ثابتا مقارنا بالتعريفات السابقة و هو ما يوحي باستنساخ المعايير التقليدية في التعريفات السابقة، و جزء آخر من التعريف يتسم بالحدثاثة و التغيير، و هو ما يقودنا بالوقوف على خلفيات ومبررات التوجه الجديد للناظم في المعايير المعتمدة لتحديد مدلول الصفقة.

1- اعتماد المعيار الشكلي Critère formel :

إذا كان التعبير عن إرادة الإدارة يتسم بالطابع الموضوعي ، فإن ذلك لا يمنع من أن تبرم عقدها خارج كل صيغة، و دون أن يؤثر ذلك على شرعية العقد، و بالتالي يستطاع القول أن العقود الإدارية كما العقود المدنية لا تعتبر من حيث الأصل من قبيل العقود الشكلية، و إنما يكفي اتفاق الإرادتين لكي تولد الحقوق و الالتزامات. لذلك فغن المبدأ العام (المتفق عليه فقها و قضاء في فرنسا و مصر) يتجسد في عدم إلزام الإدارة باستخدام الصيغة المكتوبة عند إبرامها لعقودها إلا عندما يفرضها القانون صراحة¹³.

و بناء عليه يلاحظ أن استنساخ المشرع للمصطلحات الدالة على الطابع الكتابي¹⁴ للصفقة، من خلال عبارة: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به" وعبارة "وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم"، أي وجوب إفراغ عقود الصفقات العمومية في شكل مستندات مكتوبة ، تحدد حقوق و التزامات الأطراف المتعاقدة وفقا لشكليات محددة بموجب النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم الصفقات.

ويقصد بالكتابة طبقا لنص المادة 02 الكتابة الإدارية العادية على ورق عادي موقع من قبل أطراف الصفقة العمومية ومختوم ويحمل تاريخا معيناً¹⁵، مع احتوائه على مجموعة من البيانات على سبيل الإلزام، حددها المرسوم 15-247¹⁶.

غير أن التحول من نمط التسيير الإداري التقليدي إلى النمط الإلكتروني أصبح ضرورة حتمية التي يجب أن تسعى إلى تطبيقها كل دولة عصرية، و بالتالي الحديث عن بداية ذوبان الكتابة الورقية بالمفهوم التقليدي في زخم التكنولوجيا. فالمعاملات الإلكترونية أحدثت انقلابا في مفاهيم وأساليب الإدارة لاسيما في مجال العقود الإدارية بصفة عامة و الصفقات العمومية بشكل خاص. وفي هذا السياق جاء المشرع الجزائري ولأول مرة في المرسوم الملغى رقم 10-236 بالنشر الإلكتروني للصفقات العمومية وخصص له الباب السادس تحت عنوان " الاتصال وتبادل المعلومات بطريقة الكترونية " ، غير أنه لم يخصص له إلا مادة واحدة عقيمة¹⁷، على عكس المرسوم الجديد الذي أعطى مساحة معتبرة و أبدى اهتمام متزايد من أجل تعزيز التعامل بالطريق الإلكتروني لمسايرة التطورات التكنولوجية¹⁸. و قد تأثر المشرع الجزائري في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي اعتمد مبدأ نزع الطابع المادي عن الصفقات العمومية (Dématérialisation des marchés publics)، و التي يقصد بها إمكانية إبرام صفقات عمومية بالطريق الإلكتروني، إما باستعمال الرسائل الإلكترونية أو استخدام أرضية على شبكة الأنترنت¹⁹. هذا التوجه الذي ينبئ عن عزم السلطات العمومية على وضع الصفقات العمومية ضمن المجالات المعنية بسيرورة الانتقال التدريجي، بحيث تضمن المرسوم الجديد بوادر الانتقال من الإدارة الورقية إلى الإدارة الإلكترونية في هذا المجال²⁰ و هو ما يقودنا إلى التوجه نحو إعطاء مفهوم جديد للكتابة مغاير عما يعتمده المشرع حاليا.

الملاحظة التي يمكن إبدائها في هذا الشأن أن الإعلان الإلكتروني غير ملزم للمصالح المتعاقدة عكس الإعلان الصحفي والإعلان في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي ويتضح ذلك من إستعمال المشرع لكلمة "يمكن" في المادة 204 من المرسوم الرئاسي الأخير رقم 15-247 في الفقرة الثالثة ، و هو عكس ما يتجه نحوه المشرع الفرنسي في هذا المجال، بحيث أنه تحت تأثير قانون الاتحاد الأوروبي (التعليمية رقم 2014/24 ، الصادرة عن البرلمان الأوروبي)، و وضعت فرنسا مخطط زمني من أجل نزع الطابع المادي عن الصفقات العمومية عن طريق الأمر رقم 899-2015²¹ المؤرخ في 23 جويلية 2015 ، و المرسوم رقم 360-2016²² المؤرخ في 25 مارس 2016 المتضمن قانون الصفقات العمومية ، متبوعة بمجموعة من المقررات آخرها صادر بتاريخ 12 أفريل 2018. كلها تصب نحو بداية التزام الإدارة ابتداء من 01 أكتوبر 2018 بالنشر الكترونيا لكل طلبات العروض التي تساوي قيمتها أو تتجاوز 25.000 أورو²³.

2- اعتماد المعيار الموضوعي أو المادي Critère matériel :

حافظ المشرع الجزائري في المادة 02 من المرسوم الجديد على تعداد أنواع الصفقات العمومية والتي تضمنها المرسوم الرئاسي الملغى باستخدام عبارة : "في مجال الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات". وهو التعريف الذي أكدته كذلك المادة 29 من نفس المرسوم، ينطوي على الحاجات التي يمكن أن تكون موضوع الصفقة، و هي:

1- صفقة إنجاز الأشغال la réalisation de travaux

2 - صفقة اقتناء اللوازم l'acquisition de fournitures

3 - صفقة إنجاز الدراسات la réalisation d'études

3 - صفة تقديم الخدمات la prestation de services

إن حصر الحاجات التي تعتبر بمفهوم المرسوم صفة جاءت محددة، بمعنى إبعاد إطلاق صفة الصفة على كل العقود التي تبرمها المصلحة المتعاقدة و تخرج عن نطاق ما حدده المرسوم، فضلا عن الحالات التي نص عليها صراحة بعدم إخضاعها لأحكام الصفقات، و بالتالي استثنائها من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية²⁴.

3- اعتماد المعيار المالي **Critère financier** :

إن وضع المشرع لمعايير الصفقات العمومية من خلال التنظيم المتعلق بهذه الأخيرة يزيل الإبهام في تحديد طبيعة العقود المبرمة فيما إذا كانت تعتبر صفة أم لا. فاستنادا إلى المعيار المالي المحدد لقيمة الصفة يكون من غير المنطقي أن تخضع الإدارة في كل عقودها مهما بلغت العتبة المالية إلى "الإجراءات الشكلية **Procédures formalisées**"²⁵ التي تتسم بالتعقيد و طول الأمد، على عكس العقود التي يقل فيها الحد المالي عما حدده المرسوم الرئاسي 15-247 و التي تخضع في طرق إبرامها إلى ما يسمى ب "الإجراءات المكيفة **Procédures adaptées**"²⁶، لتجنب إرهاق الإدارة و إجبارها على التعاقد وفق قانون الصفقات العمومية.

فالناظم قد حافظ على هذا المعيار في تحديد مفهوم الصفة و تمييزها عن باقي العقود، و هو الذي تضمنه النظام القانوني السابق للصفقات العمومية، مع الإشارة إلى الاختلاف في تحديد العتبة المالية في كل مرحلة رافقت النظام القانوني المتبع. و هو ما يعد أمرا طبيعيا أخذا بعين الاعتبار المتغيرات الاقتصادية المتحركة التي تؤثر مباشرة على قيمة العملة المحلية، و ما يصاحبها من آثار جانبية على معدل التضخم و ارتفاع الأسعار.

بمفهوم المرسوم الرئاسي 15-247 تم تحديد السقف المالي في نص المادة 13 الذي رفع من العتبة المالية التي كانت أقل في ظل المرسوم 10-236 الملغى²⁷، بقولها: "كل صفة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار للدراسات أو الخدمات ، لا تقتضي وجوبا إبرام صفة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب، وبهذه الصفة تعد المصلحة المتعاقدة إجراءات داخلية لإبرام هذه الطلبات وعندما تختار المصلحة المتعاقدة أحد الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا المرسوم فإنه يجب عليها إبرام الطلب بنفس هذا الإجراء".

يبدو الهدف من وراء رسم حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفة عمومية ليخضع لقانون الصفقات العمومية هو ترشيد النفقات، فكلما كان المبلغ كبير تحملت الخزينة أعباءه ووجب أن يخضع العقد لأصول أحكام إجرائية تكشف للجمهور وتعلن من حيث الأصل، كما تخضع لأطر رقابة محدودة.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن استثناء العقود المنصوص عليها في المادة أعلاه من الإجراءات الشكلية المتبعة في الصفقات العمومية بمفهوم التنظيم يصب في هدف إضفاء مرونة أكثر على عملية الإبرام و تخفيف الإجراءات لا غير. فهذا لا يعني إعفائها من الالتزام باحترام المبادئ الأساسية للصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 05 من نفس المرسوم، كما يجب أن تكون محل إشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين كتابياً لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية²⁸. وبالتالي، على الرغم من إعفاء المنظم المصلحة المتعاقدة من الخضوع

لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في الصفقات المذكورة أعلاه، إلا أنه أخضعها لذات المبادئ التي تقوم عليها الصفقات وهذا لضمان نجاعة الطلب العمومي و حسن استعمال المال العام.

4- اعتماد المعيار العضوي **Critère organique** :

تعتبر الصفقة عقد كباقي العقود من حيث وجود طرفي العلاقة التعاقدية، و هي المقاربة التي عبر عنها المشرع في نص المادة 02 من المرسوم 15-247 السالفة الذكر من خلال تبيان أطراف العلاقة العقدية في الصفقة العمومية. هذه العلاقة التي تنشأ على شكل صفقة أو عقد بين كل من "المصلحة المتعاقدة" من جهة، و "المتعاملين الاقتصاديين" من جهة أخرى كمصطلح مستحدث بموجب هذا المرسوم.

فعلى ذكر الجانب العضوي في تحديد مفهوم الصفقة و مجال التطبيق، جاءت المادة 06 من المرسوم 15-247 تحدد كقاعدة عامة المصلحة المتعاقدة المقصودة في نص المادة 02 السالفة الذكر، و تحديد الجهات التي تعتبر عقودها المبرمة صفقات عمومية، و بالتالي تخضع لأحكام هذا المرسوم و الإجراءات الشكلية الواجبة التطبيق. والعكس صحيح بالنسبة للعقود التي لا يكون أحد الجهات المحددة بموجب المادة 06 طرفا فيها، تكون مستثناة من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية، و هو ما سنتناوله لاحقا فيما يخص العقود المستثناة من مجال تطبيق قانون الصفقات).

تنص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 على مايلي : "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات

العمومية محل نفقات :

- الدولة؛
 - الجماعات الإقليمية؛
 - المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري؛
 - المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.
- و تدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة".

لقد شهدت هذه المادة تطورات و تحولات عديدة عبر التاريخ التشريعي لقانون الصفقات العمومية في الجزائر من 1967 إلى 2015. و بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 الساري نجد أن المشرع اختزل نوعا ما هذه الهيئات²⁹. أ-الدولة كطرف في الصفقة : المقصود بالدولة هنا كأحد أهم أشخاص القانون العام ، السلطة المركزية، أي المفهوم الضيق و ليس المفهوم الواسع الذي نعرفه في القانون الدستوري³⁰. و ينطوي تحت مفهوم الإدارة المركزية عادة على المصالح الإدارية الموجودة في قمة الهرم الإداري، و تشمل رئاسة الجمهورية، الوزارة الأولى، الوزارات و مصالحها الخارجية التابعة لها على مستوى الولايات (المديريات التنفيذية مثل مديرية التربية، مديرية التجارة، مديرية السياحة، مديرية الأشغال العمومية،... إلخ)³¹.

ب-الجماعات الإقليمية : تنص المادة 16 من دستور 1996 المعدل و المتمم على ما يلي : "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية". و هي تمثل مظهر الإدارة المحلية (اللامركزية) في الجزائر، و هي مجموعة إقليمية متمتعة بالشخصية المعنوية و تحدث بموجب قانون.

ج-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري: عرف المشرع المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري في المادة 02 من الأمر 06-03 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية كما يلي :

"يقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير الممركزة التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي"

إن المؤسسات العمومية هي أسلوب من أساليب تسيير المرافق العامة لإشباع حاجات الجمهور، تتمتع بالشخصية المعنوية مستقلة عن الدولة، و هي نوعان بحسب وسيلة الانشاء و الامتداد : مؤسسة عمومية وطنية ، ومؤسسة عمومية محلية³². لهته المؤسسات ميزانية خاصة تعد غالبا على نمط ميزانية الدولة، وتلحق بها وتجري عليها أحكامها³³ ، وتعتبر أموالها بحسب الأصل من الأموال العامة. و هي تتميز عن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري من حيث طبيعة النشاط التي تمارسه كلا منهما و القانون الذي تخضع له كل فئة، فحيث يكون النشاط خدمة عامة نكون بصدد هيئة عامة ذات طابع إداري ، وحيث يكون النشاط من نوع الأنشطة الاقتصادية التي ينبغي إدارته بالوسائل التجارية نكون بصدد مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري أو مؤسسة عمومية اقتصادية.

غير أن هذا التمييز ليس معيارا حاسما لأن المؤسسات العمومية التجارية و الصناعية و إن كانت تخضع لأحكام القانون التجاري فإن هذا الخضوع جزئيا يتعلق بعلاقات الإنتاج و البيع و لكنها تبقى خاضعة لأحكام القانون الإداري و قواعد سير المرافق العامة فيما يتعلق بعلاقتها مع الدولة. كما أن المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية يمكن أن تخضع في بعض الحالات لأحكام القانون الخاص، عندما تتجرد من معيار السلطة العامة و تتعامل وفق أساليب القانون الخاص، خاصة في ظل التحولات و الحركية الاقتصادية التي تشهدها الجزائر.

د- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية:

أن أغلب التعريفات للمؤسسة العمومية المقصودة في الفقرة السابقة³⁴ تقوم على مصطلح "الهيئة" وذلك نتيجة الخلط الذي وقع فيه المشرع الجزائري في الترجمة بين "الهيئة" و "المؤسسة"، هذه الأخيرة التي يتضح لنا تعريفها جليا من خلال ما جاء به الأمر 01-04 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق ل 20 أغسطس سنة 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصائصها في تعريفه للمؤسسة العمومية الاقتصادية في مادته

الثانية على النحو التالي: "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام، أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة. وهي تخضع للقانون العام." فالمرجع الجزائري قد استخدم مصطلح "مؤسسة" للهيئات العمومية الإدارية المشار إليها سابقا كطرف في الصفقة، وكذا للمؤسسة العمومية الاقتصادية. ونتيجة لهذا الاستعمال الخاطئ أفرز لنا خطأ ونقلا غير صحيح لما استعمل في النظام الفرنسي حيث أطلق هذا الأخير مصطلح « Etablissement » على الهيئة بينما أطلق مصطلح « Entreprise » على المؤسسة. ورغم وجود عدة معايير³⁵ للتمييز بينهما، إلا أنه و لإزالة اللبس سنقوم بمقارنة بسيطة بين المؤسسة العمومية الاقتصادية والهيئات العمومية ليتضح لنا الأمر:

-تتشأ المؤسسة العمومية الاقتصادية بعقد توثيقي طبقا لما جاء في المادة 05 من الأمر 01-04 بينما تتشأ الهيئات العمومية بمرسوم؛
-المؤسسة العمومية الاقتصادية تمتاز بخصائص مختلفة (المتاجرة - العمومية) فإنها تخضع لأحكام ومبادئ مستمدة من القانون التجاري كتاجر، وكشخص عام تستمد بعض الأحكام والمبادئ من القانون العام حسب المادة 02 من الأمر 01-04 ، ومنه فهي تخضع تارة لأحكام القانون التجاري وتارة أخرى لأحكام القانون العام بينما تخضع الهيئات العمومية للقانون العام.

إن المطلع على القانون والمراسيم الحديثة التي خصت فئة المؤسسات العمومية تجدها تستعمل مصطلح "مؤسسة" في تقسيماتها، لذا نعتبر أن القانون التوجيهي 88-01 هو القانون الوحيد الذي استعمل عبارة "هيئة"، وجاء ذلك من خلال بابه الثالث، بحيث نجد كلمة "هيئة" عوض "مؤسسة"، و ميز بين المؤسسات العمومية الاقتصادية والهيئات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي من جهة و بين الهيئات العمومية ذات الطابع الإداري من جهة أخرى³⁶.

فمن خلال هذا التمييز البسيط بين المؤسسة العمومية الاقتصادية والهيئة يمكننا استخلاص أن مصطلح مؤسسة هو أقرب للاقتصاد منه للقانون، يطلق فقط على المؤسسة العمومية الاقتصادية. و قد استخدم الناظم نفس المصطلح "مؤسسة عمومية" كأحد أطراف الصفقة في المرسوم الرئاسي في المادة 06 للتعبير عن المؤسسة من منظور اقتصادي من خلال عبارة: "المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري"، و هو التعريف الذي يتطابق إلى حد بعيد مع المادة 02 من الأمر 01-04 ، كما أنه تقاديا للاستعمال المكثف للمصطلحات التي استخدمها في المرسوم الرئاسي الملغى 10-236 ، التي تثير الخلط بين أنواع المؤسسات، اختزل "المؤسسات العمومية الاقتصادية" من جهة و "المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري" من جهة أخرى تحت اسم المؤسسات التي يخضع نشاطها لنفس القانون و هو القانون التجاري.

و في هذا السياق تجدر الإشارة إلى عدم استقرار الناظم في مجال الصفقات العمومية على اعتبار المؤسسة العمومية الاقتصادية طرفا في الصفقة عندما تكون ممولة كليا أو جزئيا من طرف الدولة، بحيث أنه نص عليها بموجب

المرسوم الرئاسي 10-236، ثم استثنائها بموجب المرسوم الرئاسي 13-03 الذي عدل المرسوم 10-236 ، ليعود و يدرجها ضمن المرسوم الرئاسي الجديد 15-247.

وعليه فإن مختلف النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية استبعدت المؤسسة العمومية الاقتصادية من مجال تطبيقها ، وهو حال الأحكام التي عالجتها هذا الجانب في نص المرسوم الرئاسي رقم 13-03 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية. و في هذا الإطار هناك من يؤيد هذا الاستثناء و يرى فيه استرجاع المؤسسة العمومية الاقتصادية قدرتها للتعاقد بكل حرية في إطار أحكام القانون المدني والقانون التجاري، غير أن الحاجة إلى حماية المال العام الذي ينفق عبر قنوات الصفقات العمومية يعتبر مبررا أقوى من سابقه، و هو ما استدعى وضع ضوابط إلى جانب شمولية المبادئ الأساسية في جميع الصفقات و العقود في إطار حوكمة الصفقات و ترشيد الإنفاق العام.

5- معيار الأجر (المقابل المالي) كمعيار جديد:

يظهر جليا من خلال الصياغة الجديدة التي تضمنتها المادة 02 المشار إليها سابقا، المتضمنة تعريف الصفقات العمومية استحداث الناظم لعبارة "تبرم بمقابل" « **passés à titre onéreux** » في تعريفه للصفقة. إن استخدام المشرع لهذا المصطلح الجديد يقودنا إلى القول باستحداث معيار آخر تبناه الناظم في المرسوم الرئاسي الجديد يتطلب الخوض في خلفياته و مبرراته.

للقوف على مدلول هذه العبارة ينبغي الرجوع إلى النظام القانوني الفرنسي الخاص بالعقود الإدارية بصفة عامة و نظام الصفقات العمومية على وجه الخصوص، نظرا لتأثر المشرع الجزائري بمضامينه و محتواه. فالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية الفرنسي³⁷ نجد أن هذا المصطلح قد تضمنته المادة الرابعة منه على النحو التالي :

Art 04 : « Les marchés sont les contrats conclus **à titre onéreux** par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services » .

انطلاقا من هذا التصميم القانوني للمشرع الفرنسي القائم على الأجر (La rémunération) كمعيار، تم تعريف الصفقة العمومية على أنها العقود التي يحصل فيها المتعاقد على الأجر مباشرة من طرف الإدارة مقابل تنفيذه للبنود التعاقدية³⁸. و هو المعيار الذي يعتبر في فرنسا حاسما للتمييز بين الصفقات العمومية و بين تفويضات المرفق العام. هاته الأخيرة التي يختلف فيها عنصر الأجر عن الصفقة، بحيث يرتبط الأجر فيها إلى حد كبير بنتيجة استغلال المرفق، يتحصل عليه المفوض إليه نتيجة لعائدات استغلال المرفق من طرف المنتفعين به و ليس من الإدارة مباشرة³⁹.

و لقد جرى الفقه على اعتبار الأجر (La rémunération) عنصرا لتعريف العقدين، فُعرفت الصفقات العمومية على أنها: "العقد الذي يُدفع فيه الأجر بواسطة السعر (prix) " ، وُعرف تفويض المرفق العام على أنه: "العقد الذي يدفع فيه الأجر بواسطة الإتاوات (redevances) التي يدفعها المرتفقون. واعتبر الفقه أن غياب السعر دليل على انعدام الصفقة⁴⁰.

و قد عمد المشرع الجزائري شكليا على تمييز الصفقة العمومية عن عقود تفويضات المرفق العام التي استحدثها لأول مرة في هذا المرسوم الجديد 15-247، بحيث تضمن جزئين منفصلين: جزء للصفقات العمومية وجزء لتفويض المرفق العمومي، ندرك من ورائها أن المشرع أنهى الخط الدائر في بعض الأوساط الفقهية من اعتبار لبعض عقود تفويض المرفق العمومي خاصة عقد الامتياز على أنها صفقة عمومية⁴¹.

المطلب الثالث: أهمية تحديد مدلول الصفقة العمومية

ولما كانت الصفقات العمومية تبرم بطرق خاصة وتحكمها إجراءات معقدة وتخضع لأنواع كثيرة من الرقابة، وأنها تتيح لجهة الإدارة ممارسة جملة من الامتيازات أو السلطات، وجب حينئذ وبالنظر لهذه الأسباب خاصة إعطاء تعريف للصفقات العمومية، حتى يتسنى معرفة العقود التي تبرمها جهة الإدارة والمعنية بطرق الإبرام وبإجراءاته المحددة لتنظيم والمعنية بالرقابة المحددة في قانون الصفقات العمومية بأنواعها المختلفة. و بناء على ذلك فإن إعطاء تعريف للصفقات العمومية يمكننا من الناحية القانونية من معرفة العقود الإدارية المشمولة بقانون الصفقات العمومية⁴².

مما لا شك فيه أن تحديد الإطار المفاهيمي للصفقة العمومية من منظور قانون الصفقات العمومية يكتسي أهمية خاصة في مجال الرقابة القضائية، بالنظر إلى دور هذه الأخيرة في تكريس حماية المال العام و مراقبة مدى شرعية الصفقات المبرمة وفق أحكام المرسوم 15-247، بين القاضي الجزائري و القاضي الإداري.

باعتبار أن نزاعات الصفقات العمومية تقوّل إلى القاضي الإداري صاحب الاختصاص الأصيل طبقا للقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أساس المعيار العضوي كأصل عام، و المعيار المادي كمعيار ثان فيما يخص منازعات بعض الصفقات العمومية، و هذا استنادا إلى نص المادة 02 من المرسوم 15-247 عند ما يتعلق الأمر بالصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

من جهة أخرى، إن القاضي الجزائري الناظر في جرائم الصفقات العمومية بمفهوم قانون الفساد 06-01⁴³ يتوجب عليه الإلمام التام بالمصطلحات المرتبطة بالصفقات وطرق إبرامها وتحديد مفهوم الموظف العمومي ، هاته المصطلحات التي تنتمي أصلا إلى فرع القانون الإداري ، وهنا يجد هذا القاضي نفسه أمام خيارين ، أولهما الرجوع إلى قانون الصفقات العمومية باعتباره القانون الأصل في تحديد هذه المفاهيم، وثانيهما تحديد موقع هذه المصطلحات بالنظر إلى الغاية المنشودة من النص الجنائي على ضوء المصلحة محل الحماية.

وعليه، يكتسي تحديد مفهوم الصفقة و تحديد مختلف الإجراءات التي يجب إتباعها و المبادئ التي يجب مراعاتها في مجال الصفقات العمومية أهمية بالغة بالنسبة للقاضي الجزائري. غير أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن القاضي الجزائري في فحصه لمشروعية الصفقة العمومية (L'examen de la légalité du marché public) غير ملزم بالتكليف الإداري لهذه العقود الإدارية (Indépendance du juge face aux qualifications contractuelles)

administratives)44، سواء ذلك الذي اعتمده الإدارة (المصلحة المتعاقدة) كأساس في تحديد الإجراءات الواجبة التطبيق أثناء الإبرام، أو ذلك التكيف الذي توصل إليه القاضي الإداري بمناسبة نظره أو فصله في نزاع متعلق بصفقة. و في الحقيقة أن نطاق تلك المبادئ يشمل كل النفقات العمومية، مهما كانت بسيطة، فمادامت تشكل جزء من المال العام و جبت حمايتها تحقيقا للمصلحة العامة، لأن مناط الحماية هنا هي النفقة العمومية محل الصفقات بغض النظر عن شكل العقد الذي يتضمنها. و هو ما جعل من المشرع أن يشمل جميع العقود الإدارية التي تنطوي على المال العام بالمبادئ الأساسية المتعلقة باحترام مبدأ المساواة، و حرية المنافسة و شفافية الاجراءات ، التي نصت عليها المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247.

المبحث الثاني : تفويضات المرفق العام كأسلوب تعاقد إداري جديد

يبقى استحداث تقنية التعاقد عن طريق تفويض المرفق العام و إدراجها في قانون الصفقات العمومية في الجزائر من المسائل القانونية الجديرة بالدراسة. و بهذا المقام فإنه من الأهمية بمكان الوقوف على ماهية تفويضات المرفق العام على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247 باعتباره أسلوبا جديدا للتعاقد تبناه المشرع الجزائري ضمن استراتيجية انفتاح الإدارة على الخارج و تعزيز الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص كمفهوم جديد للإدارة الحديثة في مجال تسيير المرفق العام، و تمييزه عن الصفقة العمومية.

المطلب الأول : ظهور فكرة تفويض المرفق العام «L'émergence de la notion Délégation de service public »

بالرغم من أن معالم ظهور فكرة تفويض المرفق العام امتدت تاريخيا إلى بداية القرن 19 ، إلا أن المفهوم الحديث للتسيير المفوض والشراكة بين القطاعين العام والخاص نشأ في بداية الثمانينات من القرن الماضي في فرنسا، أين تم تطوير نماذجه. و في سياق التطورات التي شهدتها توسيع فكرة المرفق العام في فرنسا⁴⁵ و تنوع سبل استغلاله رافقه تكريس المشرع الفرنسي لفكرة تفويض المرفق العام من خلال سن القانون رقم 93-122 الصادر بتاريخ 1993/01/29 المتعلق بالوقاية من الفساد ودعم شفافية الحياة الاقتصادية و الإجراءات العمومية⁴⁶ أو ما يعرف بقانون "Sapin"، الذي يعتبر الإطار المرجعي القانوني لفكرة تفويض المرافق العامة. بموجب هذا القانون تم اخضاع تفويض المرفق العام إلى اجراءات التنافس التي تحكم الصفقات العمومية.

غير أن الانتقاد الذي وجهه الفقه في فرنسا لقانون "Sapin" هو غياب تعريف لتفويضات المرفق العام، مما شكك في مرجعيته نظرا للغموض الذي شاب مجال هذا النوع من العقود بالتحديد⁴⁷، إلى غاية ظهور قانون "MURCEF"⁴⁸ الذي تضمن تعريفا تشريعا لهذه الفكرة في المادة 03 منه، و هو التعريف الذي ارتبط بالمفهوم الفقهي للمرفق العام⁴⁹، عرف كما يلي :

تفويض المرفق العام هو العقد الذي من خلاله يعهد شخص معنوي عام تسيير مرفق عام بكل مسؤولياته، إلى المفوض إليه سواء كان شخص معنوي عام أو خاص، بمقابل مالي يتحصل عليه مباشرة من عائدات استغلال المرفق. يمكن للمفوض إليه أن يكلف بإنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير المرفق.

Article 03 de Loi n° 2001-1168 : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

باعتبار فرنسا مهد نظرية الامتياز فقد ارتبطت فكرة تفويضات المرفق العام (Délégation de service public) فيها بفكرة الامتياز (Concession)، ليكون نظرية جديدة في تسيير المرفق العام والذي وإن كان لا يختلف في جوهره عن الامتياز رغم بعض الخصوصيات وشمولية تفويض المرفق العام، و هو ما يفسر موقف المشرع الفرنسي في آخر تعديل للأمر رقم 65-2016⁵⁰ المتعلق بعقود الامتياز الذي نص صراحة في المادة 59 منه على استبدال عبارة "تفويض المرفق العام" بعبارة "عقد امتياز" التي تضمنها التقنين العام للجماعات المحلية « CGCT » في المادة L.1425-1⁵¹. أما في بعض الدول وخاصة منها الدول الانجلوسكسونية فقد تطور الامتياز إلى ما يعرف اليوم بعقود البوت « BOT »⁵².

أما المنظمات الدولية و منها الأمم المتحدة ، فقد ذهبت في العقد الأخير من القرن العشرين، إلى وضع دراسات و توصيات من خلال لجانها و هيئاتها تتعلق بالاستثمارات في القطاع الخاص ، لاسيما في مشاريع البنى التحتية و دور القطاع الخاص في تمويلها. و على الرغم من أن دول العالم تنتمي إلى تيارين مختلفين في المجال القانوني ، إحداهما الأنجلوسكسوني و الثاني تيار القانون الروماني "اللاتيني"، إلا أن إحدى لجان و هيئات الأمم المتحدة « CNUDCI » ، قد توصلت في دورتها الثالثة و الثلاثين من شهر جويلية عام 2000 ، إلى وضع تقرير تم تبيينه كإطار و مرجع لعمليات بناء و استثمار مشاريع البنى التحتية في دول العالم، بالرغم من التفاوت والاختلاف في المدارس القانونية⁵³.

أما بالنسبة للجزائر فقد كانت الهيمنة في النهج الاشتراكي تعود للدولة، حيث لا يسمح هذا النظام بإشراك الخواص في تسيير المرافق العامة، إلا أنه مع تغير النظام الاقتصادي وتبني النظام الرأسمالي الذي يركز على النهج الاقتصادي الحر وانسحاب الدولة من الساحة الاقتصادية والاكتفاء بالدور الرقابي، بدء التفكير في إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة بغية تطويرها وتخفيف العبء عن الدولة و ربح النفقات، ويعد عقد الامتياز من أهم الأساليب التي تكفل هذا الأمر.

لهذا تطورت الشراكة بين القطاع العام والخاص في تسيير المرفق العام بشكل كبير بسبب عدة اعتبارات، وأخذت عدة أشكال ومفاهيم قانونية وإن كانت تنطلق كلها من فكرة الامتياز الذي تعود إليه كل الأنواع من حيث التطبيق، لكن الاختلاف يكمن في التقنية والتسمية والوجه القانوني لباقي العقود.

المطلب الثاني: إخضاع تفويضات المرفق العام لأحكام المرسوم 15-247 كآلية لحماية المبادئ الأساسية

أول مرة استعمل مصطلح تفويض المرفق العام كان في قانون الولاية والبلدية لسنة 1990 ، وتلتها قوانين أخرى، ثم في القانون المتعلق بالمياه رقم 05-12 في نص المادة 101 منه⁵⁴. هذا الأخير الذي يعتبر الإطار القانوني لتطبيق

هذا النوع من العقود على خدمات المياه والتطهير، و الذي شهد نجاح عدة نماذج و فشل تجارب أخرى⁵⁵. كما تم استخدام هذا المصطلح في قانون البلدية 10-11 في المادة 150⁵⁶ و في الفصل الرابع تحت عنوان "الامتياز و تفويض المصالح العمومية"⁵⁷.

و مما لا شك فيه أن استعمال المشرع الجزائري لمصطلح تفويض المرفق العام لم يكن مطابقا للمفهوم الفرنسي لتفويض المرفق العام بل أعطاه مفهوما جزائريا خالصا وخصوصا. ففي القانون 05-12 المتعلق بالمياه تناول هذا القانون عقدين أساسيين لتسيير مرفق المياه وهما : عقد الامتياز و تفويض مرفق المياه والرخصة⁵⁸. و انطلاقا من التأصيل التاريخي لفكرة تفويض المرفق العام كما رأينا في فرنسا، نجد أن عقد الامتياز هو نوع من عقود تفويض المرفق العام و تطور ليصل بالشكل الذي هو عليه حاليا، و هو ما يؤدي بنا إلى القول أن مكانة هذا النوع الجديد من العقود في التشريع الجزائري أصله عقد الامتياز الذي تبنته الدولة كوسيلة مفضلة لتسيير المرفق العام منذ بداية فتح السوق على الاستثمار الخاص سنة 1989 في عدة قطاعات⁵⁹.

و قد تعددت التعريفات القضائية و الفقهية في تحديد الاطار المفاهيمي للامتياز (Concession) إلا أننا نكتفي بما أخذ به الدكتور سليمان الطماوي، الذي اعتبره "عقد إداري يتولى الملتزم -فردا كان أو شركة- بمقتضاه و على مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي و استغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز"⁶⁰.

و عرف جانب من الفقه في الجزائر عقد الامتياز بأنه : عقد أو اتفاق ، تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية او البلدية بموجبه شخصا طبيعيا (فرد) أو شخصا معنويا من القانون العمومي (بلدية مثلا) او من القانون الخاص (شركة مثلا) يسمى صاحب الامتياز، بتسيير و استغلال مرفق عمومي لمدة محددة ، و يقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله و أمواله و متحملا المسؤولية الناجمة ذلك، و في مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي، يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق⁶¹.

أما في مجال الصفقات العمومية فيعتبر المرسوم رقم 15-247 أول نص عام في الجزائر يعرف عقود تفويض المرفق العام ويحدد أنواعه ليؤكد على نظام التفويض كوسيلة أساسية لتسيير المرافق العمومية وهذا في الباب الثاني منه في المواد من 207 الى 210. وبالرغم من الاختصار الشديد وما يعتره من نقص إلا أنه خطوة إيجابية لتوحيد النظم القانونية المتعلقة بالمرفق العام ، خاصة من حيث التعريف والأنواع والتي سبقتنا إليه تشريعات مقارنة عديدة.

و قد عرف تنظيم الصفقات العمومية تفويض المرفق العام بشكل عام في نص المادة 207 منه بقولها : "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام ، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف.

يتم التكفل بأجر المفوض له ، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.

وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق

العام بموجب اتفاقية.

وبهذه الصفة، يمكن السلطة المفوضة ان تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام".

وفقا لمضمون هذا نص المادة أعلاه يمكن القول أن عقد تفويض المرفق العام شأنه شأن عقود الصفقات العمومية، يرتكز على ازدواجية عنصرين: الأساس الأول عضوي (Organique) يتمحور حول الأطراف التي تخضع لتنظيم الصفقات العمومية في إبرامها لعقد التفويض، و الثاني موضوعي مادي (Matériel) يجد أساسه من فكرة خطر الاستغلال (Le risque d'exploitation) و موضوع العقد (L'objet de contrat) الخاضع لتنظيم الصفقات العمومية.

1- من حيث الأطراف : إن تفويض المرفق العام باعتباره عقداً، يفترض وجود أطراف متعاقدة وهي السلطة المفوضة مانحة التفويض⁶² والمفوض له المكلف بتسيير واستغلال المرفق العام.

فالسلطة المفوضة هي مانحة التفويض فهي بذلك شخص معنوي خاضع للقانون العام، يمكن أن تكون الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التي تكون مسؤولة عن تنظيم وتسيير المرفق. المفوض له هو صاحب التفويض، الذي يتولى تسيير واستغلال المرفق العام على أحسن صورة حتى يتحقق الهدف المرجو، وهو تحقيق المنفعة العامة حيث لا يوجد شكل قانوني خاص به فيمكن أن يكون المفوض له شخصا طبيعياً أو معنوياً⁶³.

2- من حيث الموضوع : يجب أن يكون محل عقد التفويض هو تسيير واستغلال المرفق العام وتشغيله وفقاً

للهدف من إنشائه، وذلك من طرف صاحب التفويض لكن تحت إشراف ورقابة السلطة مانحة التفويض.

يقتضي أسلوب التعاقد أن ترد مخاطر التشغيل على عاتق صاحب التفويض⁶⁴ أما إذا أراد هذا الأخير تقاسم مسؤولية المرفق ومخاطره مع السلط المفوضة فيلجأ إلى أسلوب الوكالة المحفزة أو عقود التسيير⁶⁵.

على هدي ما سبق، يمكن استنتاج شروط تفويض المرفق العام ، كما يلي:

- الشرط الأول : يجب أن ينصب محل التفويض على مرفق عام، ويجب أن يكون محل التفويض مرفقاً عاماً قابلاً للتفويض، فلا يجوز تفويض المرافق التي ترتبط بوظائف الدولة الجوهرية، وهي التي يطلق عليها اسم المرافق السيادية Les services régaliens ، كما هو الحال في مرفق الشرطة ومرفق الدفاع.

- الشرط الثاني : يجب أن يترتب عن التفويض نشوء علاقة تعاقدية بين الشخص المعنوي العام القائم بالتفويض والشخص المفوض له.

- الشرط الثالث : يجب أن يتضمن اتفاق تفويض المرفق العام استغلال المرفق العام ، و إدارته لا نقل ملكيته، وبهذا المعنى فإن عملية التفويض لا تقود إلى خصخصة المرفق Privatisation du service ، بل إن الإدارة تحتفظ دائماً بسيادتها عليه، وكل ما في الأمر أن المتعاقد يدير هذا المرفق ويستغله فترة زمنية محدودة بدلاً من الإدارة العامة.

- الشرط الرابع : وأن يرتبط المقابل المالي للمفوض إليه بنتائج الاستغلال على شكل اتاوات «Redevances» ، و هو ما يجعل المفوض له يتحمل المخاطر المرتبطة باستغلال المرفق العام «Le risque d'exploitation».

فإذا كان المشرع قد أخضع عقود تفويض المرفق العام كأسلوب تعاقدى إداري جديد لنفس الأحكام المطبقة على الصفقات العمومية لأن ما يجمعهما أكثر مما يفرقهما. إلا أن هذا لا يعني تطابقهما من الناحية الفنية، كما أنه يمكن استخلاص الفرق الجوهرى بينهما من خلال اعتماد معيار الأجر كأساس لتكييف طبيعة العقد، و بالنتيجة التمييز بين الأحكام و الإجراءات المطبقة على كل عقد، و بصورة أدق تحديد مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية.

غير أن الملاحظة العامة التي يمكن أن نبديها في هذا الخصوص في ظل المرسوم الجديد هي أن صرف وإنفاق المال العام مقيد بضرورة احترام المبادئ الأساسية المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم⁶⁶، وذلك مهما كانت الوسيلة القانونية في التعاقد، سواء على شكل صفقة أو تفويض مرفق عام، و مهما كان مبلغ العقد، وبذلك يكون المشرع قد ارتقى بتنظيم الصفقات العمومية، حيث رسخ قيم الشفافية وعزز آليات المنافسة بمبادئ أخرى كعدم التمييز والمساواة و النزاهة و طرق الطعن كدعامات لدولة الحق والقانون.

وبهذا يكون المشرع قد أنهى الجدل القائم حول عدم اخضاع هذا الشكل من العقود ذات الطابع الإداري على شكل امتياز، لمبدأ التنافس في كثير من الحالات التي كانت تتمتع فيها الإدارة بنوع من الحرية في التعاقد وامتلاكها السلطة التقديرية في الاختيار دون اللجوء لقواعد المنافسة والشفافية وفي بعض الأحيان اللجوء إلى أسلوب التراضي وفق ما تمليه بعض القوانين، وهو ما اعتبر منفذا للتلاعب بالمال العام تحت عنوان هذه العقود التي يتوجب من خلالها الموازنة بين تحقيق المصلحة العامة و حسن تسيير المرفق العام.

كذلك الحال كانت عليه عقود تفويض المرفق العام في فرنسا، فالنصوص القانونية الفرنسية لم تكن تقيد اختيار المتعاقد مع الإدارة، بل كانت تملك الإدارة السلطة التقديرية في الاختيار دون اللجوء لقواعد المنافسة والشفافية، لكن مع صدور قانون « Sapin » 1993 حاول هذا القانون تقييد حرية الإدارة واشترط مراعاة المنافسة والشفافية في منح الامتيازات، و اعتبر خرق هذه القواعد من قبيل الجرائم الماسة بقواعد المنافسة والنزاهة في قانون الصفقات العمومية، لا سيما جنحة المحاباة، وأكدت على ذلك جميع النصوص القانونية والتنظيمية التي تلتها بنصوص صريحة، آخرها الأمر رقم 65-2016 الصادر في 29 جانفي 2016، المتعلق بعقود الامتياز⁶⁷.

الخاتمة :

خلاصة القول أن الصفقات العمومية هي من أكثر العقود أهمية و قد جاء القانون الجديد لتحقيق مجموعة من الأهداف من أهمها التخفيف من حدة الإجراءات البيروقراطية التي تعرفها عملية إبرام الصفقات العمومية، زيادة على إدماج عقود تفويضات المرافق العامة ضمن تنظيم الصفقات العمومية في إطار السياسة الاقتصادية للدولة الرامية للتنازل عن تسيير بعض المرافق و المؤسسات العمومية لصالح القطاع الخاص.

يتبين لنا من خلال الدراسة أهمية موضوع الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الجديد 15-247، وذلك كون الصفقات العمومية تتسم بحساسية كبيرة خاصة في ظل الوضع الاقتصادي الراهن الذي تعرفه الجزائر، ويبدو جليا أن

المشروع الفرعي قد تأثر إلى حد بعيد بهذه العوامل بما يكفل تحقيق التوازن بين تنفيذ البرامج التنموية عن طريق الصفقات و تعزيز الشراكة بين القطاع العام و الخاص من جهة، و بين الحفاظ على النظام القانوني الذي يضمن حوكمة الصفقات العمومية و ترشيد الانفاق.

و أهم مظاهر التأثير على المستوى التنظيمي تجلت في التصميم القانوني لتعريف الصفقة العمومية، التي نراها أعطت البعد الاقتصادي و القانوني لعقود الصفقات العمومية بما يمكن اعطائها الوصف الذي تستحقه و هو اعتبارها من قبيل عقود الأعمال العامة (Les contrats publics d'affaires)، كما أن هذا التعريف الجديد أنهى الجدل القائم حول الفصل بين الصفقة العمومية كعقد إداري و بين بعض العقود الأخرى، على رأسها عقد الامتياز الذي أخذ شكل تفويض المرفق العام.

كما أن المشروع لأول مرة ميز بين العقود التي تهف لتلبية حاجات المرفق العام والتي تخضع لأحكام الصفقة العمومية و العقود التي تهدف إلى تسيير و استغلال المرفق العام التي أخضعها لأحكام التفويض المرفق العام، غير أن الملاحظة العامة التي يمكن أن نبديها في هذا الخصوص في ظل المرسوم الجديد هي أن صرف و إنفاق المال العام مقيد بضرورة احترام المبادئ الأساسية، و ذلك مهما كانت الوسيلة القانونية في التعاقد، سواء على شكل صفقة أو تفويض مرفق عام، و مهما كان مبلغ العقد، و بذلك يكون المشروع قد ارتقى بتنظيم الصفقات العمومية حيث رسخ قيم الشفافية و عزز آليات المنافسة بمبادئ أخرى كعدم التمييز و المساواة و النزاهة و طرق الطعن كدعامات لدولة الحق والقانون.

و في الأخير، نخلص إلى القول بأن تحديد مفهوم للصفقة هو بمثابة مفتاح أساسي في يد الأجهزة الرقابية بكافة أنواعها (إدارية أو قضائية، داخلية أو خارجية)، إذ لا يمكن لأي جهاز رقابي أن يمارس رقابته في فحص مدى مطابقة العقد بصفة عامة للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها في مجال الطلب العمومي، لا سيما أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 مالم يحدد طبيعة هذا العقد، هل ينطبق عليه وصف الصفقة العمومية أو تفويض مرفق عام؟، و هل يخضع للإجراءات الشكلية أو الخاصة؟ و هو ما يقتضي الرجوع إلى تحديد المفاهيم و من تم تحديد الاجراءات الواجب اتباعها من طرف المصلحة المتعاقدة.

1 - المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16-09-2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام، ج ر: رقم 50 الصادرة في 20 سبتمبر 2016.

2 - المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15-247: " لا تخضع المؤسسات العمومية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب. ومع هذا يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصياتها، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب و المساواة في التعامل مع المرشحين و شفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية".

3 - المادة 11 من المرسوم 15-247: " كل هيئة غير خاضعة لقواعد المحاسبة العمومية ولأحكام هذا المرسوم مهما كان وضعها القانوني تستعمل أموالا عمومية بأي شكل كان، ملزمة بإعداد إجراءات إبرام الصفقات، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب و المساواة في التعامل مع المرشحين و شفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها

المؤهلة". ويقصد هنا كل الهيئات غير الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية ولقانون الصفقات العمومية ولكن تستعمل أموالاً عمومية، فهي تبقى ملزمة أيضاً باحترام مبادئ الطلب العمومي.

- 4 - قاموس ومعجم المعاني، عربي عربي، الموقع الإلكتروني (Tweets about. Almaany. Com).
- 5 - فاروق حجي مصطفى، "مفهوم الصفقة في لغة الشرع والسياسة"، موقع الأوان 2006 (www. Alawma. Org).
- 6 - علاء الدين عشي "مدخل القانون الإداري"، دار الهدى عين مليلة - الجزائر - 2012 - ص 293.
- 7 - بالنسبة لمجلس الدولة الجزائري فإنه عرف الصفقة العمومية في قرار له غير منشور، المؤرخ في 17-12-2002، تحت رقم 6215، والذي جاء فيه: "... وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقابلة أو انجاز مشروع أو أداء خدمات...".
- 8 - إن تنظيم الصفقات العمومية مر بعدة مراحل منذ الاستقلال، كما يلي:
 - الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 الجريدة الرسمية عدد 52 لسنة 1976.
 - المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 افريل 1982 الجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 1982.
 - المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 الجريدة الرسمية 57 لسنة 1991.
 - المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 الجريدة الرسمية 52 لسنة 2002.
 - المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 اكتوبر 2010 الجريدة الرسمية 58 لسنة 2010.
 - وصولاً إلى إصدار آخر مرسوم رئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 نوفمبر 2015 الجريدة الرسمية 50 لسنة 2015.
- 9 - يتضح من خلال النصوص السابقة والتي صدرت في حقبة زمنية مختلفة و في مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة على مدى إصرار المشرع الجزائري على إعطاء تعريف للصفقات العمومية وإن اختلفت صياغته بين مرحلة وأخرى، و ذلك لارتباطها بالمال العام و لما لها من أهمية في اقتصاد البلاد، إضافة إلى الأسباب الآتية:
 - 1- إن الصفقات العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة ولإجراءات في غاية من التعقيد، لذا وجب إعطاء تعريف لها لتمييزها عن باقي العقود الأخرى.
 - 2- إن الصفقات العمومية تخضع لأطر رقابية خاصة داخلية وخارجية.
 - 3- إن الصفقات العمومية تخول جهة الإدارة مجموعة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في عقود أخرى. (عمار بوضياف- شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 37).
 - 10 - غيتاوي عبدالقادر، " دور قانون الصفقات العمومية في ترشيد الإنفاق العام"، مداخلة في إطار المشاركة في الملتقى الدولي الموسوم بالصفقات العمومية و تفويض المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 و التشريعات المقارنة، جامعة محمد بوضياف - المسيلة يومي: 18-19 أكتوبر 2016، ص 04.
 - 11 - تم الإعلان عن برنامج الإنعاش الاقتصادي من طرف رئيس الجمهورية بمناسبة خطابه في افتتاح الندوة الوطنية لإطارات الأمة بتاريخ 26 أفريل 2001، يهدف إلى دعم إنعاش التنمية في البلاد لسنوات ما بين 2001-2004، إضافة إلى اعتماد مخطط استعجالي لتمية ولايات الجنوب.
 - 12 - دحماني عبد الكريم، "تمويل نفقات الاستثمار العمومي للدولة، دراسة حالة برامج دعم النمو الاقتصادي"، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، الدولة و المؤسسات العمومية، 2011-2012، ص 60.
 - 13 - مهند مختار نوح، "الإيجاب و القبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2013، دمشق (سوريا)، ص 408.

- 14 - يرجع سبب اشتراط الكتابة و التأكيد عليها في مختلف القوانين المنظمة للصفقات العمومية لسببين إثنين:
- 1- أن الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية و المحلية و مختلف البرامج الاستثمارية، لذا يجب ان تكون مكتوبة؛
- 2- إن الصفقات العمومية تتحمل اعبائها المالية الخزينة العامة، فهي ترتبط بقواعد المحاسبة المالية العمومية التي تشترط الكتابة.
- 15 - عمار بوضياف، "شرح تنظيم الصفقات العمومية"، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 2011، ص 59.
- 16 - المادة 95 من المرسوم 15-247 : "يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع المعمول بهما و إلى هذا المرسوم. و يجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:....."
- 17 - المادة 174 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى.
- 18 - عزز المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 من سبل عصرنه الإدارة في مجال الصفقات العمومية و خصص القسم الأول و الثاني من الفصل السادس لأحكام التعامل الإلكتروني في هذا المجال (المواد من 203 إلى 206).
- 19 - خيرة مقطف، مداخلة بعنوان "المعاملات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية" الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ديجي فارس المدينة يوم 20 ماي 2013، ص 04.

20 - تنص المادة 02/ 204 من المرسوم 15-247 : " كل عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن ان تكون محل تكييف مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية"

21 - Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF N° 0169 du 24 juillet 2015

22 - Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics JORF n°0074 du 27 mars 2016 texte n° 28.

23 - Mes Laurent FROLICH et Justine DEUBEL, Avocats « Une dématérialisation généralisée à compter du 1^{er} octobre 2018 », article publié sur la page: <http://www.village-justice.com/marchés-publics-une-dematerialisation-generalisee-compter-1er-octobre-2018,28419.html> , consulté le : 13/03/2018.

24 - المادة 07 من المرسوم 15-247 : " لا تخضع لأحكام هذا الباب، العقود الآتية:.....".

25 - الإجراءات الشكلية هي إجراءات معينة بدقة لضبط أغلب آليات إبرام الصفقات العمومية فيما أسماها بالإجراءات الشكلية، بحيث يجب أن يرتبط إبرام وتطبيق الصفقات بشكليات محددة وبعينها ولا بد منها لصحتها، وإلا اعتبرت لاغية، بداية من تحديد للحاجات بصورة عقلانية، صادقة ودقيقة، ومهما كانت طبيعة الصفقة أو موضوعها (أشغال، لوازم، دراسات أو خدمات) ومهما كان مداها، ومهما كان نمط إنجازها (صفقة بحصة وحيدة، أو محصنة، عقد برنامج، صفقات طلبات، صفقة بأقساط، صفقة عمالة) وعلى حسب تعقيدها أو تعقيد مواصفاتها التقنية، ثم تحضير دفتر شروط يؤشر عليه، وكذلك مهما كان نمط الإبرام إما على أساس القاعدة: طلب عروض أو تبعا للاستثناء ممثلا في التراضي، ثم إيداع العروض وكيفياته، فتح الأطراف وشروطه، تقييم العروض ومعاييرها، فترة الطعون وكيفياتها وأنواعها وتسوية النزاعات، تفعيل الرقابة الخارجية للجنة الصفقات، الرقابة المالية المسبقة للصفقات الملتمزم بها (مشروع الصفقة)... كل ذلك بخصوصياته وحتى الفترات البيئية اللازمة كشرط للمرور من نقطة إلى نقطة موالية ضمن معالم هذا الميكانيزم، حدد ملامحها ناظم الصفقات العمومية في إخراجها الأخير لمنظومة الصفقات. والقصد من هذا هو إخضاع صفقات الصفقات العمومية لمبادئ حرية الوصول للطلب العمومي وشفافية الإجراءات والمساواة في معاملة المرشحين.

26 - كل العقود التي تبرمها الإدارة يكون مبلغها أقل من السقف المالي المحدد في نص المادة 13 من المرسوم 15-247 لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الاجراءات الشكلية، فيمكن أن تعد المصلحة المتعاقدة إجراءات داخلية لإبرام هذه الطلبات، بمعنى تحديد أو إعداد إجراءاتها الداخلية المعتمدة من طرفها في شكل أشبه ما يكون بنظام داخلي

عليها إتباعه بشأن الإجراءات المكيفة. غير أنه إذا ما اعتمدت المصلحة المتعاقدة في هذا على أحد الإجراءات الشكلية الشكلية، أو أكثر فإنه يجب عليها مواصلة الإبرام بنفس الشكل.

27 - لا نكون أمام صفقة معينة تخضع لإجراءات إبرامها للمرسوم الرئاسي 10-236 (الملغى) إلا إذا تعلق الأمر ببيع مالية محددة و مبينة في المادة 06 منه، فهذا الأخير حدد عتبة مالية بوجودها نكون أمام صفقة و تحرر الإدارة المعنية من الخضوع لإجراءات الإبرام المحددة في هذا المرسوم، بقولها : "كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار جزائري أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم و أربعة ملايين دينار لخدمات الدراسات أو الخدمات، لا يقتضي و جوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم".

28 - المادة 14 من المرسوم 15-247 .

29 - في ظل المرسوم الرئاسي الملغى 10-236 المعدل و المتمم بموجب المرسوم الرئاسي 12-23 بتاريخ 2012/01/18، ج.ر عدد 04 بتاريخ : 2012/01/26 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ثم تعديله بموجب المرسوم الرئاسي 13-03 بتاريخ 2013/01/13 ، ج.ر عدد 02 صادرة بتاريخ: 2013/01/13 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية. كانت الهيئات المعنية كالاتي : الهيئات الوطنية المستقلة - الولايات - البلديات - المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري - مراكز البحث التتمية و المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

30 - الدولة في القانون الدستوري هي : الشعب ، الإقليم، السلطة، أي شعبي يقطن رقعة جغرافية معينة و يخضع لسلطة سياسية.

31 - عمار بوضياف، "التنظيم الإداري في الجزائر"، جسور للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى 2010 ، ص 49.

32 - يتم إنشاء المؤسسات العمومية الوطنية من قبل السلطات الإدارية المركزية المختصة (الوزير الأول/الوزير) مثل : الجامعات، المستشفيات الجامعية ، الدواوين الوطنية...الخ. وبناء عليه فإن إنشاء المؤسسات العمومية الوطنية يبقى أصلاً من اختصاص التنظيم، ماعدا مجال فئات المؤسسات الذي يعود لاختصاص القانون؛ أما المؤسسات العمومية المحلية يتم إنشاؤها بمداولة المجالس الشعبية و الولائية، مثل المؤسسات العمومية الولائية و المؤسسات العمومية البلدية.

33 - فريجة الحسين، "شرح القانون الإداري، دراسة مقارنة"، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى 2010 الجزائر، ص 212.

34 - المشار إليها في المطبة الثالثة من المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 باعتبارها هيئة عمومية ذات طابع إداري.

35 - اختلف الفقه في تحديد المعيار الواجب اتباعه للتمييز بين النوعين ، طرحت عدة معايير منها : معيار الخضوع لأحكام القانون الخاص، معيار الربح، معيار طبيعة النشاط، المعيار القضائي). انظر مسعود شيهوب، محاضرات في المنازعات الإدارية ، غير منشورة، ص 15.

36 - الهيئات العمومية ذات الطابع الإداري حسب ما جاء في المادة 43 من القانون 88-01 أن "الهيئات العمومية الإدارية تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة، ولمبدأ التخصص".

تتمتع هذه الهيئات بنفس النظام المالي والحسابي المطبق على الإدارة ما لم توجد قاعدة خاصة مرتبطة باستقلالية سيرها وتسييرها...."

كذلك نجد لبسا كبيرا بالنسبة للدارس في التفرقة بين الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الذي نص عليه القانون 01-88 والمؤسسات العمومية الاقتصادية، فالمادة 44 من القانون 01-88 تزيل نوعا ما اللبس القائم، والتي تنص: "عندما تتمكن هيئة عمومية من تمويل أعبائها الاستغلالية جزئيا أو كليا عن طريق عائد بيع إنتاج تجاري، ينجز طبقا لتعريفه معدة مسبقا، ولدفتر الشروط العامة الذي يحدد الأعباء والتقييدات التي تعود على عاتق الهيئة والحقوق والصلاحيات المرتبطة بها، وكذا عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين فإنها تتخذ تسمية "هيئة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري"

³⁷ - Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics - Texte en vigueur depuis le 1^{er} Avril 2016.

³⁸ - Stéphane Braconnier, « **Précis du droit de la commande publique** », Edition LE MONITEUR, Antony, 2017, P 112.

³⁹ - FLORIAN Linditch, « **Le droit des marchés publics** », Dalloz, 5^{ème} édition 2009, P20.

⁴⁰ - MAUGÛE Christine, « **La Distinction Entre Marchés Publics et Délégation de Service Public en Droit Français et en Droit Communautaire** », Petites affiches, 02 février 2000 n° 23, P. 26.

41 - نادية ضريفي، مداخلة بعنوان: "توسيع مجال الصفقات العمومية وإعادة هيكلة و تنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية" في اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف- المسيلة، ص 05.

42 - محاضرات الأستاذ الدكتور عمار بوضياف - مادة القانون الإداري - المحور العقود الإدارية / الصفقات العمومية - ص 03.

⁴³ - قانون 01-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالفساد و مكافحته، المعدل و المتمم، ج رقم 14 بتاريخ 2006.03.08، عدل بموجب: الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26.08.2010، ج ر عدد 50 بتاريخ 2010.12.01 وعرف تعديل اخر بموجب القانون 11-15 المؤرخ 02.08.2011، ج ر عدد 44 بتاريخ 10.08.2011.

⁴⁴ - Catherine Prebissy-Schnall, «La pénalisation du droit des marchés publics», Librairie Générale de Droit et de jurisprudence -L.G.D.J, édition 2002, Paris, page 246.

⁴⁵ - François WILINSKI, « **L'évolution du droit de la commande publique en France et en Italie à l'aune du partenariat public-privé** », THÈSE Pour obtenir le grade de Docteur en Droit, L'Université Lille 2 - Droit et Santé, soutenue publiquement le 12 décembre 2015, P 73.

⁴⁶ - Loi n° 93-122 du 29/01/1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF n° 25 du 30/01/1993.

⁴⁷ - FLORIAN Linditch, Op cit, P 21.

⁴⁸ - Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, J.O. 12 décembre 2001.

⁴⁹ - Grégory Kalfleche, « **Des marchés publics à la commande publique** », L'évolution du droit des marchés publics. Droit. Université Panthéon-Assas Paris 2, 2004, P162. <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01423737>.

⁵⁰ - Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n°0025 du 30 janvier 2016 texte n° 66.

⁵¹ - Au IV de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales, les mots: « une délégation de service public » sont remplacés par les mots: « un contrat de concession ».

⁵² - LYONNET DU MOUTIER (M), « **Financement sur projet et partenariat Public-Privé: La relation entre concédant et concessionnaire dans les BOT d'infrastructure** », Revue trimestrielle, politique et management public, Volume 21, N° 01, mars 2003, P5.

53 - علي عبد الأمير قبلان، "أثر القانون الخاص على العقد الإداري"، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، الطبعة الثانية 2014، الجزء الثاني، بيروت - لبنان، ص 354.

54 - قانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه، ج.ر عدد 60 الصادرة بتاريخ 04 سبتمبر 2005 معدل و متمم بموجب القانون رقم 08-03 المؤرخ في جانفي 2008 ، ج.ر عدد 04 الصادرة بتاريخ 27 جانفي 2008 ، معدل و متمم بموجب الأمر رقم 09-08 المؤرخ في 22 جويلية 2009 ، ج.ر عدد 44 ، الصادرة بتاريخ 22 جويلية 2009.

جاء نص المادة 101 منه كالتالي : "يمكن الدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم، كما يمكنها تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب اتفاقية"

55 - لقد تم تجسيد أسلوب التسيير المفوض لخدمات المياه والتطهير لأول مرة بالجزائر العاصمة، وذلك بناء على الاتفاق المبرم بين الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير من جهة والشركة الفرنسية المسماة «Suez-Environnement» ، وذلك بمبلغ العقد قدر ب 552.295 مليون أورو، وقد توج ذلك باستحداث فرع "سيال" في شكل شركة ذات أسهم تمتلك الجزائرية للمياه 20 بالمائة منها، بينما يمتلك الديوان الوطني للتطهير النصف المتبقي، وقد دخل هذا العقد حيز التنفيذ منذ 08 مارس 2006 و ذلك لمدة خمس سنوات (02) و ستة أشهر، بعد أن تم اختيار الشريك الفرنسي عن طريق التراضي. و من المفيد التنويه في هذا الإطار إلى أنه بعد انتهاء أجال العقد في أبريل 2011 تم تجديده في سبتمبر من السنة نفسها لمدة خمس سنوات انقضت في شهر أوت 2016. (صدراتي عدلان "حوكمة المياه كخيار استراتيجي لتحقيق أهداف التنمية المستدامة: دراسة مقارنة بين الجزائر وكندا"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2013/2012، ص 193).

56 - المادة 150 من القانون 11-10 المتعلق بالبلدية: " يكيف عدد وحجم المصالح المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه، حسب إمكانيات ووسائل و احتياجات كل بلدية. و يمكن تسيير هذه المصالح.....عن طريق الامتياز أو التفويض"

58 - نادية ضريفي، " المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة و هدف المردودية حالة -عقود الإمتياز-"، أطروحة دكتوراه في الحقوق ،قسم القانون العام، جامعة الجزائر 1 -، 2012/2011، ص 83.

59 - عرف تبني الامتياز في تسيير المرفق في عدة قطاعات في الجزائر عبر عدة مراحل زمنية، أهمها:
-مرفق المياه (القانون 12-05)؛

- الطرق السريعة: المرسوم التنفيذي 96-308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة؛
- خدمات النقل البحري: المرسوم التنفيذي رقم 08-57 الذي يحدد شروط منح الامتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفية ته ، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 08-58 الذي يحدد مبلغ حقوق امتياز استغلال خدمات النقل البحري؛
- توزيع الكهرباء و الغاز: من خلال القانون 02-01 و المرسوم التنفيذي 08-114 المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء و الغاز؛

-القانون 03-02 الذي يحدد القواعد العامة للاستعمال و الاستغلال السياحيين للشواطئ؛

-القانون 01-11 المتعلق بالصيد البحري و تربية المائيات؛

-المرسوم التنفيذي 09-19 المؤرخ في 20 جانفي 2009 يتضمن تنظيم نشاط جمع النفايات الخاصة.

مجلة القانون و العلوم سياسية المجلد الرابع العدد 02 الرقم التسلسلي 08 جوان 2018 الموافق ل 8 رمضان 1439

- 60 - سليمان الطماوي، "الأسس العامة للعقود الإدارية- دراسة مقارنة"- دار الفكر العربي، الطبعة 2011، ص 106.
- 61 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق ، ص 98.
- 62 - محمد محمد عبد اللطيف، "تفويض المرفق العام"، دار النهضة العربية، مصر، 2000 ، ص 9 .
- 63 - محمد محمد عبد اللطيف، نفس المرجع ، ص 109.
- 64 - مروان محي الدين القطب، "طرق خصخصة المرافق العامة، دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009 . ص 442
- 65 - انظر المادة 210 من المرسوم 15-247.
- 66 - المادة 209 من المرسوم 15-247 : " تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام ، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم".

⁶⁷ - Article 01 de L'Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « Les contrats de concession soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».