المحاضرة الثانية

المحور الأول: مفهوم الصفقة العمومية (أطرافها وخصائصها)

بالنظر إلى الأهمية والأولوية التي نالها موضوع الصفقات العمومية نظير ما تقدمه للاقتصاد والتنمية المستدامة وتحقيق المصلحة العامة، وتلبية حاجيات الأفراد، فقد حاول كل من الفقه والقضاء والتشريع إعطاء تعريف للصفقات العمومية، وتحديد أطرافها والخصائص التي تميزها نبين ذلك فيما يلي:

أولا: تعريف الصفقة العمومية

نتطرق في هذا العنصر إلى التعريف التشريعي والفقهي والقضائي للصفقة العمومية.

1-التعريف التشريعي

عرف المشرع الجزائري من خلال مختلف التشريعات المتعلقة بالصفقات العمومية، الصفقة العمومية بأنها عقد مكتوب، حيث جاء في المادة الأولى من الأمر 90/67 " إن الصفقات العمومية هي عقود خطية تجريها الدولة والمحافظات والبلديات والمؤسسات والدواوين العامة وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وذلك بهدف تحقيق أشغال، أو توريد، أو خدمات" كما عرفها المرسوم 82-145 المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي في المادة 4 بأنها"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" .

أيضا عرفها المرسوم الرئاسي 02-250 في المادة 3 منه "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز أشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة" ما يميز هذا المرسوم أنه أضاف نوع جديد من عقد الصفقة العمومية وهو **صفقة الدراسات** التي تسير جنبا إلى جنب مع عقد صفقة الأشغال.

وعلى العموم فقد استمر تعريف الصفقة العمومية في باقي التشريعات المتعلقة بالصفقات العمومية مع تعديل في المصطلحات ويمكن أن نذكر ما جاء به المرسوم الرئاسي 15-247 " الصفقات العمومية 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 واللوازم والخدمات والدراسات" حيث نلاحظ على هذا التعريف أنه أضاف بأن هذه الصفقات تبرم بمقابل، كما جاء بمصطلح المتعامل الاقتصادي الطرف المقابل للمصلحة المتعاقدة وبالتالي فهذا التعريف أكثر دقة من التعاريف السابقة.

وأخيرا نأتي إلى التعريف الذي جاء به قانون الصفقات العمومية 23-12 في المادة الثانية منه بأن " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل من قبل **المشتري العمومي** المسمى "**المصلحة المتعاقدة**" مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر "**المتعامل المتعاقد**" لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفي التشريع والتنظيم المعمول بهما".

ما نلاحظه على هذا القانون أنه ركز على مجموعة من العناصر الأساسية في تعريف الصفقة العمومية وهي: **الشكل الكتابي للصفقة العمومية، الصفقة عقد يبرم بمقابل، أطراف الصفقة هما المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، وموضوع الصفقة ينصب على صفقة الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات المتعلقة بإنشاء وتموين وتسيير المرافق العامة من أجل تحقيق المصلحة العامة.**

2-التعريف الفقهي

يمكن القول أن التعريف الفقهي للصفقات العمومية اعتمد على العديد من المعايير التي تخص العقد الإداري والمتمثلة في المعيار العضوي والموضوعي والمعيار الشكلي والمالي، ولم يضع تعريفا دقيقا ومباشرا للصفقة، حيث اعتبر العقود التي تبرمها الإدارة عندما تتعامل مع الأشخاص دون استعمالها لامتيازات السلطة العامة عقود عادية تخضع لأحكام القانون الخاص، أما إذا استعملت أثناء إبرامها للعقود **امتيازات السلطة العامة** فتصنف على أنها عقود إدارية تخضع لأحكام القانون العام.

3-التعريف القضائي للصفقة العمومية

حاول مجلس الدولة الجزائري تعريف الصفقة العمومية بأنها "عقد يربط الدولة بالخواص حول المقاولة أو انجاز مشروع أو أداء خدمة" وهو تعريف قاصر يفتقد إلى الدقة والشمولية، ولم يتطرق إلى جميع جوانب الصفقة العمومية، واقتصر على ذكر المصلحة المتعاقدة، متمثلة في الدولة فقط دون المؤسسات والهيئات الإدارية الأخرى، كما أهمل الجانب الشكلي واستعمل مصطلح المقاولة الذي يعنى به القانون الخاص.

وبشكل عام يمكن تعريف العقد الإداري على ضوء اجتهاد القضاء والفقه الإداري الفرنسي والمصري بأنه" الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام، بصفته سلطة عامة قصد تسيير وإدارة مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام، بتضمينه شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص"

ثانيا–أطراف الصفقات العمومية وأهم خصائصها

بحسب ما تم تقديمه حول العقد الإداري والتعاريف التي خصت بها الصفقة العمومية، فقد اعتبرها المشرع الجزائري بأنها عقود مكتوبة وهذا هو التكييف القانوني الذي يحدد الطبيعة القانونية للصفقة العمومية وأطرافها المتعاقدة وأهم الخصائص التي تميزها عن باقي العقود.

1––أطراف الصفقة العمومية

ورد في المادة الثانية من القانون 23–12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية أن "الصفقات العمومية عقود مكتوبة تبرم بمقابل من قبل المشتري العمومي المسمى "المصلحة المتعاقدة" مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر والمسمى "المتعامل المتعاقد" وهذا ما يمثل مجال تطبيق الصفقات العمومية:

أ–المصلحة المتعاقد: ورد في المادة 9 " تطبق أحكام هذا القانون على الصفقات العمومية محل النفقات:

–الدولة ممثلة في الهيئات والإدارات العمومية،

–الجماعات المحلية

–المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون العام

–المؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية المكلفة من قبل الدولة أو الجماعات المحلية بالإشراف المنتدب على المشروع

–المؤسسات العمومية الخاضعة للقواعد التجارية فيما يخص إنجاز عملية ممولة مباشرة، كليا أوجزئيا، من قبل ميزانية الدولة أو ميزانية الجماعات المحلية.

ب–المتعامل المتعاقد: المتعامل الاقتصادي كما سماه القانون في المادة 3 يمكن أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين ملتزمين بالصفقة بصفة فردية وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات وقد يكون وطنيا أو أجنبيا بحسب أشكال طلب العروض والصفقة المبرمة.

2-خصائص الصفقة العمومية

أ-الصفقات العمومية عقود إدارية أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام.

ب-الصفقات العمومية عقود مكتوبة.

ج-الصفقات العمومية عقود تبرم وفق إجراءات خاصة حددها التشريع المتعلق بالصفقات العمومية.

د-الصفقات العمومية عقود تبرم بمقابل بين المصلحة المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين.

هـ-الصفقات العمومية عقود إدارية تبرم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة محددة بنص القانون.

(قرار المنح المؤقت في الصفقات العمومية). بخلاف العقود في القانون الخاص الذي يلجئ في حالة الاخلال ببنود العقد للقضاء العادي للفصل بين أطرافها.

وعليه يمكن تعريف العقد الإداري بأنه" **الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام بصفته سلطة عامة، قصد تسيير أو إدارة مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص**"، أو هو " العقد الذي تكون الإدارة طرفا فيه، ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة، وتأخذ فيه الإدارة بأسلوب القانون العام بما تضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد".

للإشارة فإنه ليس كل العقود التي تبرمها الإدارة هي عقود إدارية، بل الإدارة يمكن لها أن تبرم عقودا في إطار القانون الخاص، عندما يخول لها القانون إبرامها وتنفيذها دون استعمالها **لامتيازات السلطة العامة** مثل العقود المبرمة في إطار القانون المدني لشراء عقارات مبنية، أو غير مبنية والمشار إليها في قانون الأملاك الوطنية، والذي يلزم الإدارة باللجوء إلى الطرق العادية لاقتناء العقارات قبل اللجوء إلى إجراء نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.

تعتبر الصفقات العمومية من أهم أنواع العقود الإدارية وتمثل الوسيلة الأساسية التي تضبط مشاريع التنمية والحياة الاقتصادية للبلاد، كما تكمن أهميتها بصورة واضحة وجلية في صلتها الوثيقة بالخزينة العامة، ترصد لها اعتمادات مالية ضخمة بحكم تعدد وتنوع الهيئات الإدارية من جهة، وبحكم تنوع الصفقات العمومية من جهة أخرى.

كما يشكل مجال الصفقات العمومية أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة، لذلك يعد مجالا حيويا للفساد بكل صوره، وهو ما أدى إلى اهتمام تنظيم الصفقات العمومية بوضع الأسس القانونية والإجرائية المنتهجة في إبرام الصفقات العمومية، وباعتبار الصفقات العمومية نفقة من النفقات العمومية، فهي تخضع وجوبا لرقابة واسعة بهدف مطابقة الصفقة للأهداف المتوخاة من وراء إبرامها، ومطابقتها للأنظمة والقوانين الجاري بها العمل، وبالتالي فحماية المال العام من الإهدار الذي تسببه الصفقات المشبوهة، هو أول تدبير يجب اتخاذه إذا أرادت الدولة الوصول إلى تنمية حقيقية ومستدامة.

نحاول ضمن هذه المادة المقررة التعرض لمضمون موضوع الصفقات العمومية بشيء من التفصيل كما هو مبين في البرنامج المقرر على الأرضية.