

مقدمة:

تلجأ السلطات الإدارية في ممارستها لأنشطتها المختلفة إلى طرق متعددة، بعضها مادي والبعض الآخر قانوني، فالأعمال المادية هي مجرد وقائع تصدر عن الهيئات الإدارية بدون أن يصاحبها قصد ترتيب أثر قانوني معين مثل رصف طريق، حادث مرور، هدم منزل، أما الأعمال القانونية فإن مناطتها اتجاه الإدارة إلى إحداث آثار قانونية معينة.

ولقد قد ظهرت نظرية العقود الإدارية تاريخيا باعتبارها أعمالا إدارية قانونية بعد القرار الإداري، وهذا عندما تنازلت الإدارة عن جزء من امتيازاتها لتبحث لها عن معاونين اقتصاديين واجتماعيين للتكفل بالمشاركة الاجتماعية والمساهمة في تسيير المرافق العامة وتنفيذ الخدمات العمومية التي يحتاجها المواطنون، وذلك لسببين اثنين هما تخفيف الأعباء عن الإدارة ثم الانفتاح على النشاط الخاص بإشراكه في الشأن العام.

ويتفرع العقد الإداري إلى عدة أقسام، فهناك عقود الإشغال العامة وعقود الامتياز وعقود العمل، إلا أن أهمها وأبرزها هي عقود الصفقات العمومية.

أما نظرية العقد الإداري في الجزائر فقد شهدت تطورا سائرا تطور النظام الاقتصادي المتبع في البلاد، حيث صدر أول قانون منظم للصفقات العمومية في سنة 1967 بموجب الأمر رقم 67-90 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ثم تلاه بعد ذلك المرسوم رقم 82-145 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ثم تم إلغاؤه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وقد تم إلغاء الأمر 67-90 والرسوم التنفيذية 91-434 بموجب المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومي والذي وبعده المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 والذي خضع لتعديلات أربع وكان أولها بموجب المرسوم الرئاسي 11-98 ثم تلاه المرسوم 11-222 المؤرخ في 16 جوان 2011 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 34 لسنة 2011 أما التعديل الثالث فهو المرسوم الرئاسي 12-23، وكان آخر هذه التعديلات المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013 الجريدة الرسمية عدد 2 لسنة 2003.

ولإنعاش الاقتصاد الاقتصادي الوطني وتدارك ما شاب التنظيمات السابقة المنظمة للصفقات العمومية من نقائص وكذا تكريس المبادئ التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية، اصدر المشرع الجزائري المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 20 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام. وتطبيقا لأحكام هذا الأخير وخاصة ما تعلق بالمادتين 7 و10 منه اصدر المشرع المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتقويض المرفق العام المؤرخ في 02 أوت 2018.

وللخوض أكثر في هذا الموضوع و من خلال هذه المطبوعة سوف نقف عند المحاور

الآتية:

المحور الأول: العقد الإداري.

المحور الثاني: ماهية الصفقات العمومية.

المحور الثالث: أساليب إبرام الصفقات العمومية.

المحور الرابع: تنفيذ الصفقة الصفقات العمومية.

المحور الخامس: الرقابة على الصفقات العمومية.

أولا : تعريف العقد الإداري.

تتنوع عقود الإدارة إلى عقود مدنية تخضع لقواعد القانون الخاص وعقود إدارية تخضع لقواعد القانون العام، والإدارة حرة في اختيار نوع العقد الذي تراه ملائما لتلبية المرفق العام، وعليه سنقف عند تعريف العقد لغة (أ) واصطلاحا (ب) و التعريف الفقهي (ج) قانونا (د) كما يلي:

أ - **تعريف العقد الإداري لغة :** يعرف العقد لغة بأنه كل ما يفيد الالتزام بشيء عملا أو ترك، من جانب واحد أو من جانبيين وهو كلمة تطلق على ما فيه ربط بين أطراف الشيء، كما يراد بها الضمان والعهد، فالأصل في هذه الكلمة هو الربط الحسي بين أطراف الشيء إلا أن العرب قد استعملوها للربط المعنوي للكلام، سواء أكان توثيقا و تقوية لكلام صادر من جهة واحدة أو كان ربطا بين كلام شخصين، فيقال عقد بيع و زواج، والإجازة... الخ¹

ب - **تعريف العقد اصطلاحا :** الملاحظ أن الاجتهاد الإداري الفرنسي لم يستقر على مبدأ محدد في تعريف العقد الإداري، بحيث ينطلق تارة في تعريفه من مبدأ تسيير المرفق العام وبصفة خاصة تعتبر عقودا إدارية تلك العقود التي تنظمها الإدارات العامة والأجهزة العامة التابعة لها بقصد تسيير المرافق العامة وتأمين ديمومتها، وينطلق تارة أخرى عن طبيعة الشروط الخاصة التي تضعها الإدارات العامة قصد تسيير المرافق العامة والتي تتحدد قصد الإدارة بتنظيم عقود إدارية.

1 - عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري : الصفقات العمومية في الجزائر، دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2008-2009، ص 16.

وعليه تم تعريف العقد الإداري من طرف الاجتهاد الإداري الفرنسي على أنه: "العقد الذي تبرمه الإدارات العمومية من الأجهزة التابعة لها أو الأفراد وتضمينه شروطا غير مألوفة في العقد المدني أو التجاري بتحديد الحقوق والالتزامات المتعاقدة معها وذلك لضمان حسن تسيير المرافق العامة.

ج - تعريف العقد فقها : عرف الأستاذ سليمان محمد العقد الإداري بأنه: " ذلك الذي يبرمه خص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، و أية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"²

أما الأستاذ إبراهيم طه الفياض فعرف العقد الإداري على أنه: " العقود الإدارية هي عقود تبرمها الإدارة مع غيرها من الأفراد أو الهيئات أو الإدارات الأخرى تهدف إلى تنظيم وتسيير مرفق عام، على أن تتضمن هذه العقود شروطا لا مثيل لها في عقود القانون الخاص تستأثر الإدارة بموجبها بامتيازات وتخضع لقيود لا قبل لأشخاص القانون الخاص بها في علاقات بعضهم، وتخضع فيها الإدارة والمتعاقد معها لنظام قانون متميز هو القانون الإداري."³

كما عرفه الأستاذ محمد الصغير بعلي بأنه: " الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام، وفقا لأساليب القانون العام، بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص."⁴

د - تعريف العقد قضاء:

حسب ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإن: " العقد الإداري هو كل اتفاق يبرمه احد الأشخاص المعنوية العامة بغرض تسيير مرفق عام، على أن تظهر في الاتفاق نية الشخص المعنوي العام في الأخذ بوسائل وإحكام القانون العام، أما بتضمين الاتفاق شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو بالسماح لها للتعاقد - وهو احد أشخاص القانون الخاص - بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام " وعلى ذات النمط استقر قضاء مجلس الدولة المصري في الكثير من أحكامه.⁵

د - تعريف العقد قانونا: عرف العقد الإداري في القانون المدني الجزائري على أنه: "هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو عدم فعل شيء ما"، كما أشار المشرع الجزائري إلى مصطلح العقد الإداري في المادة 804 في فقرتها الرابعة من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008، والتي نصت على أنه: "خلافا لإحكام المادة 803 أعلاه، ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:

- في مادة الأشغال العمومية، أما المحكمة التي يقع في إدارة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

²- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة - الطبعة الثالثة 1975، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 50.

³ - إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1964، ص 9.

⁴- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر، عنابة، الجزائر، 2005، ص 7.

⁵ - محمد الشافعي أبو رأس، المرجع السابق، ص 17.

- في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، أما المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد.

ثانياً: أركان العقد الإداري.

العقود التي تبرمها الإدارة سواء كانت إدارية أو مدنية وأن كانت تخضع لنظامين مختلفين فإن الأحكام الضابطة للعقد بالمعنى الفني تكون واحدة كضرورة توافر أركان العقد من رضا ومحل وسبب، وقد يضيف القانون أو المتعاقدان إلى الأركان الثلاث ركناً رابعاً هو الشكل، وأن كان للعقد الإداري أحكامه الخاصة، بحيث أن الأهلية في العقد الإداري تختلف عن أهلية الشخص الطبيعي في الحكم، لأن الإدارة تتمتع بشخصية معنوية مستقلة وما يترتب عن ذلك من نتائج.⁶

وستتناول هذه الأركان على التوالي :

1 - الرضا: يوجد الرضا بوجود إرادتين متوافقتين ويتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما - الإيجاب والقبول - مع مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينة يجب إتباعها.⁷

والرضا بالنسبة للإدارة كطرف في العقد يجب أن يكون صادراً من الجهة المختصة بالتعاقد وفقاً للنظم المقررة من حيث الاختصاص والشكل.⁸

وإبرام العقود باسم الإدارة لا يملكه إلا أشخاص يحددهم المشرع و وفقاً للقواعد العامة بحيث لا يجوز لغيرهم ممارسته، كما لا يجوز تفويض غيرهم في ممارسته إلا في الحدود وبالقيد التي يضعها المشرع.⁹

ومن جانب آخر لا يكفي وجود الرضا من جانب ممثل الإدارة فحسب بل يقتضي أن يكون هذا الرضا سليماً خالياً من عيوب الرضا المنصوص عليها في القانون المدني وهي الغلط والتليس والإكراه والغبن، إضافة إلى عيوب الأهلية.

ويقصد بالإرادة أن يكون الشخص مدركاً لما هو مقدم عليه. ولذا ربط القانون بين الإدراك والتميز، فالشخص عديم الإرادة أي فاقد الإدراك، فاقد التميز كالصغير غير المميز والمجنون فاقد الوعي لسكر أو تخذي راو من انعدمت إرادته الذاتية بتأثير التنويم المغنطيسي أو الإيحاء، كل أولئك معدومي الإرادة.¹⁰

6 - عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص 76

7 - محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة لثانية، 1977، ص 6.

8 - لؤي عبد الكريم، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ديبالي، العدد الثالث والخمسون، جامعة بغداد 2011، ص 5.

9 - نفس المرجع، نفس الصفحة.

10 - عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص 77

2 - المحل : يقصد بحل العقد، العملية القانونية التي يراد تحقيقها من حيث إنشاء حقوق والتزامات متقابلة للمتعاقدين فيشترط به أن يكون موجودا أو ممكنا، معينا أو قابلا للتعين ومما يجوز التعامل به¹¹.

كما يعرف محل العقد بأنه الشيء الذي يلتزم المدين، ويشترط فيه أن يكون ممكنا (غير مستحيل)، ومعينا أو قابلا للتعين تعيينا نافيا للجهالة، ومشروعا غير مخالف للقانون ولا للنظام العام أو الآداب، محل العقد هو محل الالتزام الذي ينشئه، ولذلك نجد أن محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التي تنتج عنه، فالبيع يولد التزامين أساسيين أحدهما على البائع، وهو الالتزام بنقل الملكية، وثانيهما على المشتري، وهو الالتزام بدفع الثمن فمحل عقد البيع هو المبيع والثمن.¹²

والقضاء الإداري يطبق القواعد المدنية بهذا الشأن ما تستلزمه طبيعة العقود الإدارية فمحل العقد يحدده الطرفان غير أن الإدارة قد تعدله بإرادتها المنفردة استنادا إلى الامتيازات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد.¹³

ومن أهم شروط صحة المحل شرط المشروعية وذلك بان يكون محل العقد مما يجوز التعامل به، فإذا كان غير مشروع يعد العقد باطلا لمخالفته للنظام العام، ومن الأمثلة على ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر سنة 1966 التي أبطلت عقدا إداريا أبرمته الإدارة مع احد الموردين لتوريد شوك وسكاكين وملاعق طبقا لعينة تحتوي على نسب عالية من المواد الضارة فقالت المحكمة في هذا الصدد ((.....ومن حيث أن الثابت من التحليل أن من شأن استعمال المواد محل العقد تعريض سلامة المستهلكين لخطر التسمم وهو أمر في ذاته مخالف للنظام العام، فإن للنفس حرمة لا يجوز انتهاكها.....)).¹⁴

كذلك الحال بالنسبة لشروط صحة المحل الأخرى فإنها تخضع للقواعد العامة الواردة في مجال القانون المدني بالإضافة إلى ما تقتضيه في بعض الأحيان طبيعة العقود الإدارية

3 - السبب: إذا وجد الرضا كركن في العقد وكان صحيحا سالما من العيوب وأنصب

هذا

العقد على محل جائز وممكن فإنه لا يكفي لتمام العقد ما لم يكن له سبب مشروع، والسبب سواء أكان مباشرا أم غير مباشر يفترض وجوده في كل عقد، إداريا كان أم مدنيا وإذا خلا العقد منه عد باطلا لتخلف ركن من أركان العقد.

ويقصد بالسبب باعتباره ركنا في العقد أو ركنا في الالتزام الغاية أو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه التعامل بالالتزام، ففي عقد المفاوضة مثلا يرتضي المفاوض تحمل التزام بتنشيد قاعة متعددة الخدمات بهدف الحصول على المقابل الذي تلتزم الإدارة

11 - حلمي محمود، المرجع السابق، ص 8 .

12 - عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص 86 .

13 - الشريف عزيزة، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، دون سنة نشر ص 17 .

14 - عبد الكريم لوي، المرجع السابق، ص 6 .

بتسليمه، ومن جهة أخرى تلتزم الإدارة بتحمل دفع الثمن رغبة منها في الحصول على القاعة المتعددة الخدمات.¹⁵

وتجدر الإشارة إلى أنه من النادر أن ينعدم السبب في تصرفات الإدارة، كما يندر أن تتعاقد الإدارة دون سبب أو بسبب باطل، وذلك أن الدوافع التي تبعث الإدارة على التعاقد تتمثل دائما بتحقيق المصلحة العامة وضرورات سير المرافق العامة.¹⁶

هذا ويتميز سبب العقد عن محله، بحيث أن السبب يتمثل في الغرض من التعاقد أما المحل فيتمثل في الشيء أو العمل أو امتناع يلتزم المتعاقد به، وفي هذا يقول فقهاء القانون المدني، يتمثل السبب في الإجابة على السؤال التالي: بماذا تعاقد...أو لماذا التزم المتعاقد؟. بينما يتمثل المحل في الإجابة على السؤال الثاني، بماذا تعاقد...أو بماذا التزم المتعاقد؟.¹⁷

وأحكام القضاء الإداري الخاصة بركن السبب في العقد الإداري قليلة جدا و أول حكم يشير بصراحة إلى ركن السبب هو حكم مجلس الدولة الفرنسي سنة 1947، وأساس هذا الحكم تتلخص في قضية عقد تطوع ابرمه أحد الفرنسيين بقصد القتال في جبهة معينة ولكنه جند في وحدة عسكرية غير مقاتلة وعندما طالب الشخص بإلغاء عقد التطوع لفقدان ركن السبب رفض المجلس الدعوى، وعد أن إلحاقه في وحدة عسكرية غير مقاتلة أمر لاحق لإبرام العقد.¹⁸

ويشترط القانون المدني الجزائري مشروعية السبب في العقود المدنية إلا أنه سكت عن شرط وجود السبب بحيث لم ينص على ضرورة وجود سبب إذ نص على أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا ولم ينص على أن الالتزام القائم على غير أو دون سبب أو على سبب مخالف للنظام العام والأداب يجعل العقد باطلا.¹⁹

وبطلان السبب في العقود الإدارية يمكن أن يتمسك به الطرفان في أية مرحلة من مراحل الدعوى ولمحكمة الموضوع إبطال العقد من تلقاء نفسها متى وجدت أن للعقد سببا غير مشروع وذلك لمخالفته للنظام العام والأداب كما رأينا أعلاه.

4 - الشكلية : الأصل في العقود أنها تتم بالتراضي ولا يشترط أن يفرغ العقد في شكل معين إلا إذا نص عليه القانون والعقود الإدارية تخضع للقواعد العامة في القانون المدني بهذا الصدد فلو وهب شخص قطعة ارض إلى جهة إدارية معينة وجب إتباع الشكلية المقررة لعقود بيع العقار التي تتمثل بالتسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري، كإجراء طلب العروض و قرار الإرساء وتقتضي أن يكون العقد المبرم مكتوبا.²⁰

والعقود الإدارية لا يشترط لصحتها شكل معين، فتوافق إرادتين كاف لصحة العقد، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ولقد كان رأي قديم في الفقه يعمل على الشكليات لتمييز العقود الإدارية عما عداها من عقود الإدارة، ولكن محكمة التنازع قضت على هذه الفكرة في أحكامها ²¹TEMPLIER لاسيما حكمها الصادر في أول مايو 1926 في قضية

15 - عليوات ياقوتة، ص 87.

16 - الشريف عزيزة، المرجع السابق، ص 16 .

17 - عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص 87 .

18 - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 335 .

19 - المادة 97 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 20 .

20 - الطماوي سليمان، المرجع السابق، ص 336.

21 - عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص 88.

ومن بين العقود التي اوجب المشرع الجزائري الشكلية فيها الصفقات العمومية بنصه في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام: " 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.²²

وعليه نخلص مما تقدم إلى أن العقد الإداري كالعقد المدني من حيث وجوب توافر أركان العقد جميعا حتى يمكن أن ينتج أثرا قانونيا ورأينا أن قواعد القانون المدني هو المرجع في ذلك وهذا يعود إلى الأحكام الضابطة للعقد التي تستلزمها العدالة ولا يختلف في تطبيقها بين روابط القانون الخاص والعام. ومن جانب آخر فإن بطلان العقود الإدارية أوسع نطاقا من العقود المدنية وذلك لتعلق العقود الإدارية بالصالح العام.²³

²² - المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق .

²³ - عبد الكريم لوي، المرجع السابق، ص8 .