

المحاضرة الرابعة

ج - المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية :

جاء تكريس هذه المبادئ في قانون الصفقات العمومية وكان ذلك بصفة ضمنية في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250 السابق الذكر، ويأتي التكريس الفعلي لها بموجب المرسوم الرئاسي 08-338 ليتم التأكيد عليها في أحكام المرسوم الرئاسي 10-236 (الملغى) وبموجب المادة 3 منه، التي جاء فيها : " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم." وهو ما كرسه بدوره المرسوم الرئاسي 15-247 من خلال المادة 5 منه والتي جاءت بنفس العبارات التي جاءت بها المادة 3 من المرسوم الرئاسي 10-236.

وعليه تقوم إجراءات إبرام الصفقات العمومية حسب المرسوم الرئاسي 15-247 على مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية (1) المساواة في معاملة المرشحين (2) وشفافية الإجراءات (3)

1 – مبادئ حرية الوصول للطلبات.

يفرض مبدأ اللجوء للمنافسة تنظيما اقتصاديا قائما على اقتصاد السوق قوامه تعدد العروض أمام الطلب. فلا يمكن تصوره في منظومة تنكر الحرية الفردية.

- **مفهوم المبدأ :** يقضي مفهوم هذا المبدأ الهام في نطاق إجراء طلبات العروض (المناقصات سابقا) إفراح المجال لجميع الأفراد والأشخاص الذين يهمهم أمر هذه الطلبات والذين تتحقق فيهم وتنطبق عليهم الشروط المطلوبة للظفر بطلبات العروض.¹

وتقتضي حرية الوصول للطلبات العمومية أن تتبع الإدارة المعنية إجراءات الإشهار، فلا تكون صفقاتها سرية. إذ كيف يتسنى للعارض تقديم العرض إذ لم يتم إفصاح من جانب الإدارة عن موضوع الصفقة، والعرض محل المنافسة، وهو ما قد يترتب عليه تقديم أكثر من عرض أمامها على الوضع الغالب للتولي تقييم أي عرض. ولقد أثبتت الدراسات أن للمنافسة فوائد عدة سواء بالنسبة للسوق أو بالنسبة للعارضين ولها أيضا فائدة للإدارة المتعاقدة.²

2 – مبدأ المساواة في المعاملة :

يقضي هذا المبدأ بأن كل من يملك حق المشاركة في الصفقات المعلن عليها، أن يتقدم قدم المساواة مع باقي المتنافسين.³ بمعنى أن مبدأ المساواة يهدف إلى تحقيق المعاملة المتساوية بين كافة المتنافسين، وذلك عن طريق نفس الأحكام والشروط على جميع المشاركين دون تفضيل أثناء التعاقد.

وقد قيل عن هذا المبدأ: "يعتبر مبدأ المساواة ملازم لقانون الصفقات العمومية، ولا ينشئ أي ابتكار جديد من طرف القاضي الإداري، وهذا المبدأ يحكم دائما الإجراءات المتعلقة بقانون الصفقات العمومية لأنه موجود لضمانة هذا القانون."⁴

وأن حرص المشرع الجزائري على مبدأ المساواة في قانون الصفقات العمومية⁵ جاء تطبيقا لإحكام الدستور.⁶

وعليه فالنتيجة المترتبة عن هذا المبدأ أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى وسائل للتمييز بين المتقدمين، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية.⁷ فهذا لا شك يخل بمبدأ المساواة ويحق لكل مترشح ممارسة كل طرق الطعن في حالة الإخلال بمبدأ المساواة وعدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.⁸

ولا يعمل بمبدأ المساواة في الصفقات العمومية بصفة مطلقة، بل ترد عليه استثناءات تضمنها المرسوم 15-247 يمكن الإشارة بعض منها :

أ- تخصيص هامش الأفضلية:

ب- تخصيص أحكام خاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة:

3 - مبدأ شفافية الإجراءات :

تم تكريس هذا المبدأ من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وبالتحديد في المادة 5 منه : " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."

- 3

- 4

- 5

- 6

- 7

- 8

وأن تكريس مبدأ الشفافية في إجراءات مبدأ الصفقات العمومية نابع من مبدأ ديمقراطي والذي يعترف به الدستور كلما زادت نسبة الفساد.

ولتكريس اكبر لهذا المبدأ، وإضافة لما ورد في المادة 5 من المرسوم 15-247 وبالتحديد في المادة 61، أوجب المشرع الجزائري على المصلحة المتعاقدة احترام مبدأ العلانية (الإشهار) وجعله إلزاميا في حالات محددة حصرا ضمن المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر.

أ- مبدأ العلانية : إن إعلان المصالح المتعاقدة عن رغبتها في التعاقد شرط ضروري لضمان فرص متساوية للراغبين في التعاقد، حيث يمكنهم هذا الإجراء من الاطلاع على المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة.

***مضمون مبدأ العلانية :**

ويقصد بالإعلان إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة، ومكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال طلب العروض.⁹

وعليه وبمقتضى مبدأ العلانية يتعين على المصالح المتعاقدة إعلام المتعاملين بإجراء طلب العروض، وإبلاغهم بشكلها والوثائق اللازمة للمشاركة فيها، وكيفية الحصول على دفتر الشروط المتعلق بها، واجل إيداع العروض، على أن يتم ذلك في الوقت المناسب، ويتم ذلك باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل.¹⁰

ويكون اللجوء للإشهار الصحفي إلزاميا حسب ما جاء في المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر في الحالات التالية:

- طلب العروض المفتوح،
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،
- طلب العوض المحدود،
- المسابقة،

- التراضي بعد الاستشارة، عند الاقتضاء.¹¹

كما اوجب المشرع على أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي،

- كيفية طلب العروض،
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي،
- موضوع العملية،
- قائمة منجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة،
- مدة صلاحية العرض،
- إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر،
- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة " لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" ومراجع طلب العروض،
- ثمن الوثائق، عند الاقتضاء.¹²

ب- وسائل تكريس مبدأ العلانية.

وفي الحقيقة أن مبدأ العلانية يتحقق بكل وسيلة تؤدي إلى علم المتعاملين الاقتصاديين بطلب العروض، وتجنباً لتراخي المصالح المتعاقدة فقد تكفل المشرع بتحديد وسائل تكريس مبدأ العلانية، والمتمثلة في الإشهار الوطني والإشهار المحلي.¹³

ويكون طلب العروض محل إشهار وطني، من خلال النشر الإجمالي في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين موزعتين على المستوى الوطني.¹⁴

وتجدر الإشارة إلى أنه يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكناً.¹⁵

كما قد يكون طلب العروض محل إشهار محلي إذا تعلق موضوعها بعروض الأشخاص الإقليمية والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري، على التوالي، مائة مليون دينار جزائري (100.000.000 دج) أو يقل عنها وخمسين مليون دينار جزائري (50.000.000 دج) أو يقل عنها، ويتم الإشهار المحلي بنشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين، وإصاقه بمقر الولاية أو البلديات

¹² -

¹³ -

¹⁴ -

¹⁵ -

التابعة لها وغرفة التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية والحرف، والفلاحة للولاية، وكذا المديرية التقنية المعنية في الولاية.¹⁶

2 - عقود تفويضات المرفق العام:

بالإضافة لعقود الصفقات العمومية والتي تعتبر مجالا لتطبيق المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، تطبق كذلك بعض الأحكام هذا المرسوم على أنواع أخرى من العقود لم يتم النص عليها في جميع قوانين الصفقات العمومية التي عرفتها الجزائر طيلة المراحل السابقة، والتي تتمثل في عقود تفويضات المرفق العام.

أ - تعريف عقود تفويض المرفق العام:

تعرف عقود المرفق العام على أنها: "هي العقود التي بمقتضاها يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أو السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام، إبرام اتفاقية تفويض مع شخص يسمى المفوض له، ينصب موضوعه على تفويض تسييره أو انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمله، وذلك في إطار احترام مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف، لقاء اجر يحصل عليه المفوض له من استغلال المرفق العام محل التفويض، على أن تؤول كل استثمارات وممتلكات هذا الأخير عند نهاية عقد التفويض إلى ملكية الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المعني".¹⁷

من خلال هذا التعريف نستخرج عناصر عقد تفويض المرفق العام والتي تتمثل في :

- أطراف عقد التفويض:

إن تفويض المرفق العام باعتباره عقدا، يفترض وجود أطراف متعاقدة وهي من جهة السلطة المفوضة المانحة لتفويض المرفق العام والتي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام المسؤول عن المرفق العام (الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومي ذات الطابع الإداري)، و المفوض له المكلف بتسيير واستغلال المرفق العام، والذي قد يكون من شخص من أشخاص القانون العام أو شخص من أشخاص القانون الخاص من جهة ثانية، وهنا تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يوضح لنا من خلال من المرسوم الرئاسي 15-247¹⁸ من هو

- 16

-17

-18

المفوض له، ولعل السبب في ذلك فسخ مجال التعاقد أمام كل من متعامل تتوافر فيه الشروط والمعايير اللازمة للتفويض سواء كان من الوطنيين أو الأجانب.¹⁹

– موضوع عقد تفويض المرفق العام :

ينصب موضوع عقد تفويض المرفق العام على إنشاء أو معاونة أو تسيير مرفق عام وذلك من خلال انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل هذا المرفق أو تسييره، مما يفهم منه أن هذا النوع من العقود لا يؤدي إلى نقل ملكية المرفق محل التفويض.

وتجدر الإشارة في هذا المقام أن المشرع الجزائري قد حظر اللجوء إلى التفويض في حالة وجود نصوص تشريعية تمنع ذلك، على اعتبار أن بعض المرافق العامة يحظر تفويضها كالمرافق السيادية في الدولة.

– **المقابل المالي في عقد تفويض المرفق العام:** يعتبر المقابل المالي من أبرز حقوق المفوض في هذا النوع من العقود، ولا يأخذ صورة الإقساط أو الثمن كما هو عليه الشأن في عقود الصفقات العمومية، وإنما يأخذ صورة، أجر يحصل عليه من استغلال المرفق العام محل التفويض بصفة أساسية.

– **مدة عقد تفويض المرفق العام:** من المستقر عليه فقها وقضاء وقانونا إن عقد تفويض المرفق العام من العقود المؤقتة المدة، وهو الأمر الذي أكدته المشرع بمقتضى المادة 208 من المرسوم الرئاسي 15 – 247.²⁰

ب - أشكال عقد تفويض المرفق العام: تضمنت المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 الأشكال التي يجب أن يكون عليها عقد تفويض المرفق العام، وقد حدد المشرع من خلال هذه المادة هذه الأشكال على سبيل المثال لا الحصر، وذلك أن تقنية تفويض المرفق العام يمكن أن يأخذ أشكالا أخرى غير المذكورة في المادة 210 السابقة الذكر، وعليه يمكن وحسب هذه المادة أن نتناول الإشكال الآتية:

– عقد امتياز المرفق العام:

تعريفه: * **التعريف الفقهي:** يعتبر عقد الامتياز من أشهر عقود التفويض، ولقد أعطيت له عدة تعاريف سنبينها فيما يلي:

عرف عقد الامتياز على أنه: " اتفاق يجمع بين الإدارة المعنية والملتزم، يتعهد بمقتضاه هذا الأخير، سواء كان فردا أو شركة بإدارة مرفق اقتصادي

واستغلاله، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين²¹. وعرفه البعض الآخر على أنه: "عقد أو اتفاق، تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجه شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً من القانون العام أو القانون الخاص، يسمى صاحب الامتياز بتسيير واستغلال مرفق عام لمدة محددة، ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدماً عماله وأمواله متحملاً المسؤولية الناجمة عن ذلك، وفي مقابل القيام بهذه الخدمة، أي تسيير المرفق العام يتقاضى صاحب الامتياز مقابلاً مالياً يحدد في العقد، يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق."²²

نستنتج مما سبق من تعاريف لعقد الامتياز، وبمقارنة التعريف الأخير للتعريفين السابقين نجد أن : التعريف الأخير أنه تعرض لأهم العناصر التي يتعين توفرها في عقد الامتياز والتي تميزه عن غيره من العقود.

العرف القانوني: أما المشرع الجزائري فقد عرف عقد الامتياز على أنه : "...تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلاله المرفق العام، يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاضى على ذلك أتاوى من مستخدمى المرفق العام.يمول المفوض له الانجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه."²³

وبالرجوع للمرسوم الرئاسي 15-247 نجد أن المشرع الجزائري قد حدد لنا الشروط الأساسية التي يجب أن يتضمنها عقد الامتياز.

– عقد إيجار المرفق العام:

يعتبر عقد إيجار المرفق العام أحد أهم أساليب تسيير المرافق العامة، كما أنه من بين الإشكال القديمة لتفويض المرفق العام. لقد أعطيت له عدة تعاريف نوجزها فيما يلي:

يعرف عقد الإيجار على أنه: "عقد يلتزم بموجبه مستثمر من القطاع الخاص القيام بتشغيل مرفق عام وتقديم خدماته للجمهور مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات، وذلك مقابل يدفعه للسلطة المفوضة، ويلتزم هذا المستثمر بتقديم خدمة / خدمات المرفق لجمهور المستهلكين وفق ضوابط عقدية متفق عليها بين الجهة المفوضة والمستأجر أهمها تحديد سعر رسوم الخدمة التي يتقاضاها المستثمر من

²¹ -

²² -

²³ -

جمهور المستهلكين بالإضافة لالتزامه بصيانة المرفق طوال فترة العقد، التي عادة ما تكون قصيرة أو متوسطة.²⁴

وعرف كذلك على أنه: "عقد يكلف بموجبه شخص عمومي (المؤجر) شخصا آخر (المستأجر) باستغلال مرفق عمومي لمدة معينة مع تقديم المنشآت والأجهزة، ويقوم المستأجر بتسيير واستغلال المرفق مستخدما عماله وأمواله، ويتقاضى مقابل ما ليا يحدده العقد ويدفعه المنتفعون عن شكل إتاوات مقابل الخدمة التي يقدمها وقد يدفع المستأجر مقابل ما ليا للشخص العمومي لاسترجاع مصاريف إنشاء المرفق العام.

وقد عرفه المشرع الجزائري بأنه: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له وتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له، حينئذ، لحسابه وعلى مسؤوليته. تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام ويدفع اجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام"²⁵

– عقد الوكالة المحفزة:

يعد عقد الوكالة المحفزة من أهم طرق و أشكال تفويض المرافق العامة، وقد تبناه المشرع الجزائري من أجل الاستعانة بالقطاع الخاص في تسيير المرافق العمومية وصيانتها، في ضوء التحديات الاقتصادية التي تواجهها البلاد بفعل تراجع أسعار النفط في السوق العالمية.²⁶ وقد عرف عقد الوكالة المحفزة من خلال المرسوم الرئاسي 15- 247 السابق الذكر كما يلي:

"تعهد السلطة المفوضة للمفوض لع بتسيير او بصيانة المرفق العام. ويقوم المفوض باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته. ويدفع اجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصة من الأرباح، عند الاقتضاء. تحدد السلطة المفوضة، بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام. ويحصل المفوض له تعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية."²⁷

- **عقد التسيير:** تعهد الإدارة بموجب عقد التسيير المتعاقد معها بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، لكن لحساب الإدارة، حيث أن هذه الأخيرة هي التي

- 24

25 - المادة 210 الفقرة 3 من المرسوم الرئاسي 15-247.

- 26

27 - المادة 210 الفقرة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247.

تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته ويتلقى مقابل مالي بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال وتضاف إليها منحة إنتاجية.

ولقد أعطيت لعقد التسيير عدة تعاريف أهمها:

عرف عقد على أنه ذلك : " العقد الذي بموجبه يضع المالك (السلطة المفوضة) كل أو بعض من أملاكه تحت تصرف شخص آخر يسمى المسير(المفوض له) ويمنحه سلطة القيام بكل عمل مادي وقانوني لحسابه وهذا بهدف تثمين هذه الأملاك."28

وعرف أيضا عقد تسيير المرفق العام : " اتفاق بين شركة مالكة للعقارات والتجهيزات الخاصة بنشاط المؤسسة تعهد التسيير إلى شركة أخرى متخصصة في النشاط المرغوب ممارسته يكون لديها قدر مهم من الخبرة، المعرفة الفنية والمهارة ويرى بان هذا العقد الجديد يمنح للشركة المسيرة سلطة الإدارة ورقابة الاستغلال ويدفع لها على هذا الأساس الأجرة على كل نسبة بصيغة معينة."29

أما المشرع الجزائري فقد عرف عقد تسيير المرفق العام كما يلي: "... تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام. ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته.

ويدفع اجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية، وفي حالة العجز، فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى اجرا جزافيا ويلتزم بتحصيل التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية."30