

تأثير الوسائل الالكترونية على المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية
*The effect of electronic means on the general principles of concluding
Administrative contracts*



طالبة الدكتوراه/ نعيمة حزام^{1,2}

¹ جامعة أم البواقي، (الجزائر)

² المؤلف المراسل: naima-vitaa@hotmail.com

تاريخ النشر: 2022/04/28

تاريخ القبول للنشر: 2021/12/12

تاريخ الاستلام: 2021/11/19



مراجعة الهقال: اللغة العربية: د. / يوسف العايب (جامعة الوادي) اللغة الإنجليزية: د. / محمد شوشاني عبيدي (جامعة الوادي)

ملخص:

تعدّ الإنترنت من أهم الابتكارات التكنولوجية التي توصل إليها العقل البشري، مما أدى إلى تحول أنماط التعاقد من النمط اليدوي إلى النمط التكنولوجي وأصبحت الإنترنت من أهم الوسائل التي يتم من خلالها إبرام العقود الإلكترونية، مما أثر على المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية ونتج عنه تدعيم وترسيخ مبادئ العلنية وحرية التقدم للمنافسة والشفافية وسرية العطاءات والحد من الفساد، وسننن الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الإلكترونية وخصوصية المبادئ العامة للعقد الإداري الإلكتروني. الكلمات المفتاحية: التعاقد الإلكتروني؛ مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة؛ مبدأ الشفافية؛ مبدأ السرية؛ خصوصية العقود المبرمة عن بُعد؛ الطبيعة القانونية للعقد الإداري الإلكتروني.

Abstract:

The Internet is considered one of the most important technological innovations that the human mind had reached. It had led to the transformation of contracting models from textbooks to technology.

As a result, it affected the general principles to conclude administrative contracts and resulted in the strengthening of the principles of openness, freedom of advancement, competition, transparency, the confidentiality of offers, and reduction of corruption. In this research, we deal also with the legal nature of electronic administrative contracts and the specificity of general principles governing them.

Keywords: Electronic contracting; the principle of free entry to the competition; the principle of Transparency; the principle of confidentiality; The privacy of remote contracts; The legal nature of the electronic administrative contract.

مقدمة:

لقد ساهم التطور التكنولوجي و إدخال الوسائط الإلكترونية في التعاقد الإداري بشكل فعال في تطوير المبادئ العامة لإجراءات إبرام العقود الإدارية التي وضعها المشرع لحماية المتعاقد مع الإدارة ولتحقيق المصلحة العامة.

وجدير بالذكر أن هذه المبادئ قد نصت عليها غالبية قوانين العقود الإدارية، حيث أن التوجيه الأوروبي رقم 2004 -18 الصادر في 2004/03/31 والخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام العقود الإدارية الخاصة بالأشغال والخدمات والتوريد، قد نص في المادة الثانية منه على أن "في إبرام العقود في الدول الأعضاء بين الدولة والجماعات الإقليمية ومنظمات أخرى للقانون العام، يجب احترام سرية وحركة البضائع، شرعية المعاملات والشفافية" (www.legifrance.gouv.fr, 2021).

كما نصت المادة الخامسة من قانون الصفقات العمومية الجزائري على أنه: "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات" (المرسوم الرئاسي رقم 247/15، 2015).

كما نصت المادة الثانية من قانون تنظيم التعاقدات في مصر رقم 182 لسنة 2018 على خضوع طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص. (الجريدة الرسمية العدد 39 مكرر (د)، 2018).

فهذه المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية مماثلة في القانون الفرنسي والمصري والجزائري، إذ وجدت حكومات الدول نفسها ملزمة بمواكبة التطورات التكنولوجية وكان من الطبيعي أن يطال التغيير أعمال الإدارة والمرافق العامة، من خلال التحول من الأساليب الإدارية التقليدية إلى الأساليب الإلكترونية، وعليه سارعت الدول إلى تجسيد هذا التطور في مجال إبرام العقود الإدارية، إلى أي حد أثرت الوسائل الإلكترونية على المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية؟ وهل يمكن القول أن المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية تختلف عن المبادئ التقليدية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سنعتمد على المنهجين التحليلي والوصفي والمنهج المقارن من خلال دراسة النظام القانوني للعقود الإدارية الإلكترونية في الجزائر ومقارنتها بالعقود الإدارية الإلكترونية في فرنسا وبعض الدول العربية، بالإضافة إلى تحليل مختلف النصوص القانونية المتعلقة بهذا المجال. وقد ارتأينا دراسة الموضوع من خلال مبحثين، بحيث سنتطرق إلى الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الإلكترونية الذي سنتناول فيه المعيارين العضوي والمادي، أما المبحث الثاني فسنتطرق فيه إلى خصوصية المبادئ العامة للعقد الإداري الإلكترونية الذي سنخصصه إلى حرية الدخول إلى المنافسة في العقود الإدارية الإلكترونية وقاعدة السرية والشفافية في هذه العقود.

المبحث الأول:

الطبيعة القانونية للعقد الإداري الإلكتروني

إنَّ خصوصية العقود المبرمة عن بعد ومنها العقد الإداري المبرم عبر شبكة الإنترنت تستدعي الإمعان بها، وتحليلها لمعرفة طبيعتها القانونية لهذا سنتناول في هذا المبحث معايير تمييز العقد الإداري الإلكتروني الذي يستوجب دراسة مدى توافر معايير العقد الإداري في العقد الإداري الإلكتروني، ولهذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول المعيار العضوي والمطلب الثاني سنتطرق فيه إلى المعيار الموضوعي.

المطلب الأول: المعيار العضوي للعقد الإداري الإلكتروني

عرف الفقه والقضاء العقد الإداري بأنه ذلك الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما لقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في التعامل بين الأفراد سواء يتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد، أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد (الحلو، 2004، ص 15).

وإذا كان الأصل حسب هذا التعريف، أن العقد الإداري يتم إبرامهم بواسطة شخص من أشخاص القانون العام، إلا أن أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر، أجازت لأشخاص القانون الخاص إبرام عقد إداري لصالح الإدارة على وكالة صريحة أو ضمنية منها، ومع انصراف آثار العمل إلى الشخص المعنوي العام (نمديلي، 2007، ص 51).

وبناء على ذلك فإن الشخص المعنوي العام سواء الدولة أو أحد مؤسساتها، أو الوكيل بموجب وكالة صريحة أو ضمنية يمكنه استعمال شبكة الأنترنت لإبرام العقد الإداري الإلكتروني، كذلك الوكالة الموجودة بينه وبين الشخص المعنوي العام (kesslet, 2002, p19)، لذا فإنه في ظل العولمة والتدويل لا يوجد صعوبة في تحديد العقد الإداري الإلكتروني عن طريق المعيار الشكلي، بحيث يمكن للدول أو أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص عن طريق وكالة صريحة أو ضمنية إبرام العقد الإداري الإلكتروني، لكن ما تجدر الإشارة إليه أن العقود الإدارية في فرنسا تختلف عن العقود الإدارية في مصر، حيث أن هذه العقود محددة بنص القانون (فتوح، 2004، ص 15)، بينما في مصر تعتبر العقود إدارية بطبيعتها ووفقا لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون ولا وفقا لإرادة المشرع (خليفة، 2006، ص 57).

غير أن القضاء الفرنسي توصل إلى أنه لا يعد العقد إدارياً إذا قامت الإدارة بالتدخل في معرض علاقة تعاقدية ما بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، فقد حكم مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر 1974/5/24 في قضية شركة Paul Mille، أن العقد المبرم ما بين أحد المهندسين ومالك لنصب أثري لا يعد إدارياً، على الرغم من تدخل الإدارة في فرض المهندس على مالك النصب، ولا يعد العقد إدارياً ولو استند أطراف العقد على دفتر شروط نموذجي خاص بالإدارة ما لم تكن إحدى الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً في العقد (<https://www.legifrance.gouv.fr>، 2021).

فإذا كانت القواعد العامة في هذا المعيار توجب وجود الشخص المعنوي العام في العقد، إلا أن القضاء الإداري ولاسيما في فرنسا ومصر لم يعد يتشدد في شرط إبرام الشخص العام للعقد بذاته وأخذ يقر بإمكانية إبرامه من خلال شخص آخر بالوكالة، فقد ذهب القضاء الإداري في فرنسا خطوة أبعد بإقراره إمكانية إبرام العقد من قبل أشخاص من القانون الخاص بالإنابة الضمنية عن شخص معنوي عام إذا كان شخص القانون الخاص قد تعاقد لحساب الشخص العام كما لو كان مخولا بذلك، إذ صدر حكم عن محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ 12/1/1970 بمناسبة نظرها في عقد تم تنفيذه من طرف شركة خاصة نيابة عن مرفق الغاز الطبيعي، حيث أجازت لأشخاص القانون الخاص إبرام العقد الإداري لصالح الإدارة بناء على وكالة صريحة أو ضمنية، وبالتالي فإن الشخص المعنوي العام سواء الدولة أو أحد مؤسساتها أو الوكيل بموجب وكالة صريحة أو ضمنية يمكنه استعمال شبكة الأنترنت لإبرام العقد الإداري الإلكتروني، وكذلك يمكنه استعمال التوقيع الإلكتروني والمحركات الإلكترونية لإثبات هذا العقد دون تأثير ذلك على الوكالة الموجودة بينه وبين الشخص المعنوي العام (الحلو، 2004، ص 13).

ونظرا لخصوصية التوجيهات الأوروبية لكونها تنقسم بالطابع الدولي، وبالتالي إمكانية إبرام العقود الإدارية بين دول العالم وبين الدول الأوروبية، فقد كان قانون العقود الإدارية في فرنسا متأثرا إلى حد ما بهذه التوجيهات، وهذا ما يمكن أن نستشفه من خلال نص المادة الثانية إذ أشارت إلى إمكانية إبرام الدول لعقود إدارية مع دولة أو عدة دول في مجال الأشغال والخدمات (www.legifrance.gouv.fr، 2021).

أما بالنسبة للجزائر فإن هذه المعايير هي معايير قضائية النشأة ولعب الفقه دورا كبيرا في تحليلها وتأصيلها، كما أن المعيار العضوي وحده لا يكفي للقول بالطبيعة الإدارية للعقد، فتحديد طرفي العقد في شخص معنوي عام وشخص معنوي خاص يجعلنا نتساءل عن باقي العقود التي تبرمها الإدارة العامة، كتلك التي يكون كلا طرفيها شخصين من أشخاص القانون العام (كما أنه قد ثار خالف فقهي حول الطبيعة القانون للعقود التي تبرم فيما بين إدارتين أو بين الإدارة وإحدى شركات القطاع العام، فذهب فريق إلى اعتباره عقدا إداريا كمبدأ عام إلا إذا انتفت عنه هذه الصفة بالنظر إلى موضوعه أو خصائصه الذاتية وبالمقابل ارتأى فريق آخر في أعقاب حركة التأميم في الستينيات بأنه لم تعد هناك حاجة لتطبيق نظرية العقد الإداري بعد أن اتسع لدينا مجال القطاع العام، وأصبحت معظم العقود التي تبرمها الإدارة تتم بين وحدات أي بين أجهزة إدارية، ذلك أن أحكام العقد الإداري تقررت لتحقيق المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة في تعاقدتها مع أحد أشخاص القانون الخاص الذين يسعون بتحقيق مصالحهم الشخصية، فلم يعد ثمة داع لإجراء طريقة المناقصة أو المزايدة لاختيار المتعاقد مع الإدارة، في حين يذهب البعض للرد على ذلك بالقول بأن العقد الإداري قد يعقد بين سلطة إدارية وأحد أشخاص القانون الخاص كما قد يعقد بين سلطة إدارية وأخرى أو بين سلطة إدارية ومشروع عام، وليست نظرية العقد الإداري حكرا على الحالة الأولى دون الثانية) (الحلو، 2004، ص 08).

المطلب الثاني: المعيار الموضوعي للعقد الإداري الإلكتروني

إنَّ العقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي يتم إبرامه كلياً أو جزئياً عن طريق الأنترنت، إذ لا يختلف عن العقد التقليدي من حيث الأركان والأثار وإنما في طريقة الإبرام وبالتالي فالوسائل الإلكترونية لا تؤثر في مضمون العقد وجوهره (خليفة، 2006، ص 57).

وعليه فإنه وفقاً لرأي الأستاذ الفرنسي تيري ريفيت "فإن العقد الإلكتروني وقبل كل شيء هو عقد تمَّ إبرامه عن طريق وسيط إلكتروني، وهذا لا يتدخل في مضمون العقد الإداري، ممَّا لا يمنع إمكانية وجود عقد إداري يحتوي على شروط استثنائية أو يخضع لنظام استثنائي خاص يميزه عن العقود المدنية، حيث يمكن التعاقد عن طريق عقود نموذجية تضعها الإدارة على موقعها الإلكتروني للسماح للمتعاقد الآخر بمعرفة شروط التعاقد (أحمد، 2002، ص 29).

وطالما يتم إبرام العقد الإلكتروني من خلال وسيط إلكتروني، وبالتالي فإنه لا يوجد ما يمنع من إمكانية وجود عقود إدارية تحتوي على شروط استثنائية أو تخضع لنظام قانوني استثنائي خاص يميزها عن العقود التقليدية، الأمر الذي يعني إمكانية التعاقد عن طريق الإحالة إلى عقود نموذجية تضعها الجهة الإدارية على موقعها الإلكتروني للسماح للمتعاقد الآخر بمعرفة شروط العقد (الحلو، 2004، ص 52).

ووفقاً لاستقراء أحكام القضاء المصري فإتصال العقد بالمرفق يأخذ أحد الصور الآتية:

أن يكلف المتعاقد بتسيير وإدارة المرفق، أن يشارك المتعاقد مع الإدارة في تسيير وإدارة المرفق، أن يكون موضوع التعاقد استغلال المرفق العام وأن يكون موضوع العقد تنفيذ المرفق العام ذاته (صلاح الدين عبد الله، 2013، ص 187).

والواقع أن اتصال العقد بالمرفق العام هو العنصر الذي يبرر إنفراد العقد الإداري بأحكام خاصة، بيان ذلك أن الإدارة العامة تعمل على تحقيق الصالح العام، وترعى الإدارة العامة الصالح العام من خلال المرافق العامة، من هنا كانت المرافق العامة تهدف دائماً لتحقيق الصالح العام، ومن هنا تقررت المبادئ العامة الحاكمة لهذه المرافق، وسعياً لضرورة استمرار هذه المرافق في عملها وبانتظام، قابليتها للتطوير، ثم تحقيق مبدأ المساواة بين المنتفعين بخدماتها، أما الأطراف الأخرى في العقد فهي من أفراد وأشخاص القانون الخاص، وكلها تعمل للصالح الخاص بها، وهكذا يجد عدم المساواة بين أطراف العقد، المتمثل في ظهور الشخص الإداري أحد أطراف العقد، بمظهر السلطة العامة واستخدامه لمميزاتها، دون باقي الأطراف، وتبرير ذلك بأن الشخص الإداري العام يعمل للصالح العام ويستهدفه، في حين يعمل أشخاص القانون الخاص لصالحهم الخاص، ومن هنا فإنه إذا لم يتعلق العقد بالمرفق العام، تحقيقاً للصالح العام، فإنه لا يعتبر عقداً إدارياً، حتى ولو كان أحد أطرافه شخص إداري عام، وعلى هذا الأساس رفضت المحكمة الإدارية العليا بمصر اعتبار العقد الذي أبرمه شخص إداري عام هو "سكك حديد الدلتا مع أحد أشخاص القانون الخاص، بيع كمية من الزلط الموجود في مخازن سكك حديد الدلتا، عقداً إدارياً، ذلك لأنه لا يتصل بتسيير المرفق العام، ولا يعدو أن يكون مجرد بيع مال مملوك للدولة ملكاً خاصاً، تتصرف فيه على نحو ما يتصرف الأفراد في أموالهم طبقاً لأحكام القانون المدني، ولم تعد

المحكمة بقول المرفق البائع أنه يعتمد في سيره على إيرادات بيع هذه المنتجات، وقالت المحكمة أن مجرد عجز إيراد هذا المرفق عن مواجهة مصروفاته، لا يستتبع اتخاذ وسائل القانون العام، كما لا يستقيم عقلاً أن تعتبر هذه العقود إدارية، في حين لا تعد كذلك عقود نقل الركاب والبضائع لهذا المرفق، وهو مظهر نشاطه الأصلي (https://loiarabe.blogspot.com/2019/05/pdf_3.html، 2021).

كما أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إدارياً، فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة، اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام، فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص، فتتبع في شأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة، ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة، ليس هو صفة المتعاقد، بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد (الطماوي، 1975، ص 76).

وفي الواقع ولصعوبة تحديد معايير العقد الإداري الإلكتروني لكون كما ذكرنا سلفاً له طبيعة خاصة على خلاف العقد الإلكتروني الذي يحمل خصائص العقد الإداري من جهة، وخصائص العقد الإلكتروني من جهة أخرى، نرى ضرورة اللجوء إلى القضاء الإداري لتحديد الطبيعة الخاصة لهذا العقد. ونرى بأن العقد الإداري الإلكتروني هو العقد الذي يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً يهدف إلى تسيير أو تنظيم مرفق عام بوسيلة إلكترونية وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

المبحث الثاني:

خصوصية المبادئ العامة للعقود الإدارية الإلكترونية

إن إبرام العقد الإداري إلكتروني هو أحد تطبيقات الحكومة الإلكترونية، فجهة الإدارة تستطيع إجراء المناقصات والمزايدات عبر شبكة الأنترنت وذلك من خلال الإعلان عن المناقصات أو المزايدات عبر الأنترنت على موقع جهة الإدارة ثم يتم التقدم بالعطاءات إلكترونياً وفحص تلك العطاءات واختيار المتعاقد ثم نشر أسعار جميع العطاءات التي قدمت والعطاء الذي وقع عليه الاختيار، ثم إعلان صاحب العطاء الأفضل إلكترونياً وتوقيع العقد معه إلكترونياً أيضاً (صلاح الدين عبد الله، 2013، ص 146). ولقد أدى التطور التكنولوجي وإدخال الوسائل الإلكترونية في التعاقد الإداري إلى تدعيم المبادئ العامة التي تخضع لها هذه العقود، وسنتطرق من خلال هذا المبحث إلى خصوصية مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة ومبدأ السرية والشفافية في العقود الإدارية الإلكترونية.

المطلب الأول: مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة في العقود الإدارية الإلكترونية

يعتبر مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة من أهم المبادئ لإبرام العقود الإدارية وهي دعوة للجمهور للإشتراك في العملية التي تطرحها المصلحة المتعاقدة قصد الوصول للمتعهّد الذي يقدّم أفضل عرض سواء من الناحية المالية أو الفنية، كما أن حرية التقدم تجعل عدد المتنافسين أكثر مما يتيح فرصة اختيار أفضل العروض (الحلو، 2004، ص 62).

وإذا كان التشريع الجزائري وغيره من التشريعات المقارنة قد كفل لجميع المترشحين حق المشاركة في المناقصة وتقديم عروضهم تطبيقاً لمبدأ المساواة بين العارضين فإن ذلك لا يمنع من فرض شروط معينة، وقصرها فقط على من تتوفر فيهم شروط محددة تعلن عنها الإدارة سلفاً، كأن يتعلق الأمر بمناقصة محدودة، فلا يجوز المشاركة فيها إلا للأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المعلن عنها (محمد فؤاد، 2012، ص 315).

ويعتبر حق المشاركة مكفولاً لكل عارض توفرت فيه الشروط المعلن عنها، ما لم يبعد بموجب نص خاص، قانوناً كان أو تنظيمياً، أو بمقتضى قرار قضائي نهائي، ويعتبر مبدأ الدخول إلى المنافسة شديد الإرتباط بمبدأ العلانية في إبرام العقود الإدارية، وهذا الأخير يبين الإجراءات والشروط التي تمكن المتنافسين من التعاقد مع الإدارة على أساسها، كما أن هذا المبدأ يحقق الهدف الذي تسعى الإدارة لتحقيقه من جراء الأخذ بأسلوب المناقصات والممارسات لإبرام العقود الإدارية، حيث توفر أفضل العروض، ونظراً لأهمية مبدأ العلانية، قد نصت عليه غالبية القوانين، إذ نص التوجيه الأوروبي رقم 18-204 في المادة 36 منه على أن: "تطوير المنافسة في مجال العقود الإدارية يستوجب الإعلان الأوروبي عن المناقصات من السلطات المتعاقدة في الدول الأعضاء".

(Article 36: « le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics nécessite une publicité communautaire des avis de marchés établis par les pouvoirs adjudicateurs des états membres les informations contenues dans ces avis doivent permettre aux opérateurs économiques de la communauté d'apprécier si les marchés proposés les intéressent »).

كما أكدت المادة 01 فقرة 02 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي على أنه "...يتطلب ذلك معرفة سابقة لاحتياجات المشتري العمومي، واحترام إلزامات الإعلان وحرية المنافسة، واختيار أفضل العروض من الناحية الاقتصادية..."

(Article (1-2): "...Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public. Le respect des obligations de publicité et de mises en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code).

كذلك الحال في الجزائر فقد نصت المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات الآتية..."

ولقد خصّص المشرع الجزائري الباب السادس للاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، قسم هذا الباب إلى قسمين، جاء القسم الثاني بعنوان تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية ونصت المادة 204 على أنه: "تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية، حسب جدول زمني يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية، حسب الجدول الزمني المذكور سابقاً، هذا ما يدعم حرية المنافسة في العقد الإداري المبرم عبر شبكة الأنترنت، ويدعم مبدأ العلانية في هذا العقد، بالإضافة إلى النشر في الجرائد اليومية، والنشرة الرسمية للصفقات المتعامل العمومي، وجاء الإعلان على شبكة الأنترنت من خلال مواقع الهيئات الحكومية على الشبكة مما سيؤدي إلى فتح باب حرية التقدم إلى المنافسة.

وعليه فإنّ حرية التقدم أو الدخول إلى المنافسة تأكدت أكثر، وتدعمت في ظل العقد الإداري الإلكتروني، ففي ظل هذا العقد يفتح باب التفاوض بين المتعاقد والإدارة من أجل الحصول على أفضل العروض، كما أن الإعلان على شبكة الإلكترونية يعطي فرصة لجميع المؤسسات سواء كانت صغيرة أو كبيرة للاشتراك في العملية التي تطرحها الإدارة، ويسهل التفاوض بينهما عن طريق شبكة الويب أو البريد الإلكتروني أو غرف المحادثة (الحلو، 2004، الصفحات 67 و 68).

كما أن مبدأ حرية التقدم إلى المنافسة يضمن نزاهة المناقصة لأن الإدارة لا تعرف مسبقاً من الذي ستنعقد معه، ولكن مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة ليس مطلقاً بل يتحدد بما للإدارة من سلطة في تقدير حرمان أحد الأشخاص من التقدم للمناقصات العامة التي تمر بها، وقرار الإدارة بالحرمان قد يكون مؤقتاً أو غير محدد المدة، كما يكون مانعاً للشخص من التقدم إلى جميع المناقصات والمزايدات العامة التي تجرّها الإدارة وقد يقتصر على بعضها، وفي كل الأحوال يترتب على قرار الإدارة بالحرمان عدم قبول العطاءات المستوفات لكافة الشروط التي حددتها الإدارة (عياد أحمد، 1983، ص 151).

وحرمان الأفراد والأشخاص المعنوية من دخول المناقصات قد يكون حرماناً جزئياً منصوصاً عليه في القانون كعقوبة أصلية أو تبعية، أو لسبق ارتكاب أخطاء أو جرائم في تنفيذ عمليات سابقة تعاقد عليها مع الإدارة، ولقد نص على ذلك قانون الصفقات العمومية في فرنسا الصادر بموجب المرسوم 15/2004 في المادتين 43 و 44 منه (لقد تم استبدال قانون الصفقات العمومية الفرنسي بقانون الطلب العمومي)، كما تطرقت إلى ذلك المادة 14 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر بنصها "تمسك كل جهة من الجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون، سجلاً لقيد الأسماء والبيانات الكافية للموردين والمقاولين وذو الخبرة والاستشاريين والفنيين، وتمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلاً لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات المذكورة، سواء كان المنع بنص القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقاً لأحكامه، وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات بطريقة النشر المصلحة وبحظر التعامل مع المقيد في هذا السجل" (قانون رقم 89، 1998).

كما قد يكون الحرمان وقائيا وذلك بنص القانون أو بإصدار قرار حرمان الشخص الطبيعي أو المعنوي من الدخول إلى المناقصات العامة، وذلك لأسباب تتصل بالمصلحة العامة.

وإصدار الإدارة قرارا إداريا بحرمان أحد الأشخاص المعنوية أو الطبيعية من المنافسة يخضع لسلطتها التقديرية التي تمارسها تحت رقابة القضاء من أجل تحقيق المصلحة العامة، غير أن مجلس الدولة الفرنسي يرى أن قرارات الإدارة بالحرمان إنما تصدر عن سلطة تقديرية والتي لا يجوز للقضاء أن يعقب عليها مهما كانت الظروف أن يصدر بمناسبتها هذا الحرمان (جاد، 2002، ص 147).

ولقد أدى التطور التكنولوجي بإدخال الوسائط الالكترونية في إبرام العقود بصفة عامة وإبرام العقود الإدارية بصفة خاصة إلى التأثير على مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة، حيث أن من خصائص العقد الإلكتروني أنه ذلك العقد الذي يتم إبرامه عن طريق الوسائط الإلكترونية وخاصة الأنترنت، لذا فإن حرية المنافسة في هذا العقد تكون أكبر وتتيح للإدارة فرصة اختيار أفضل العروض فنيا وماليا، وهذا ما أكدته المادة 12 من التوجيه الأوروبي 2004/18 الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات بقولها: "هذه التقنيات تسمح بتوسيع المنافسة وتطوير فعالية المشتريات العمومية...".

ذلك أنّ المنافسة في إبرام العقود الإدارية الإلكترونية ليست على المستوى الداخلي فقط، بل كذلك على المستوى الدولي وهذا ما يؤدي الى فعالية المنافسة حيث تشارك فيه المؤسسات الصغيرة والكبيرة سواء الدولية منها أو الداخلية، مما يعطي فرصا أكثر للإدارة للاختيار بين العروض.

ونتفق مع الدكتور ماجد راغب الحلوب بأن مبدأ حرية المنافسة قد تأكد أكثر في ظل العقد الإداري الإلكتروني، كونه يفتح مجال التفاوض بين الإدارة والمتعاقد من أجل الحصول على أفضل العروض، فضلا عن أن الإعلان على شبكة الإنترنت يعطي فرصة لجميع المؤسسات للاشتراك في العملية التي تتقدم بها الإدارة، وبالتالي يسهل التفاوض بينهما عن طريق البريد الإلكتروني أو شبكة الويب أو غرفة المحادثة (الحلو، 2004، ص 68).

المطلب الثاني: مبدأ السرية والشفافية في العقد الإداري الإلكتروني

إنّ من أهم المبادئ العامة في إبرام العقد الإداري الإلكتروني هو مبدأ الشفافية والذي نصت عليه غالبية القوانين المقارنة (فقد نصت المادة 02 من قانون التوجيه الأوروبي رقم 2004/18 المتعلق بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات على أن: "... كذلك المبادئ التي ترتبط بها، مثل المساواة، عدم التمييز، التناسب، الشفافية..."، كما نصت المادة الأولى من قانون الصفقات العمومية في فرنسا رقم 2004/15 على أنه: "في العقود الإدارية مهما كانت قيمتها يجب احترام مبادئ حرية الدخول إلى المنافسة، المساواة بين المتعاقدين، والشفافية في الإجراءات"، والذي يعتبر مبدأ مكمل لمبدأ الحرية في دخول المنافسة بين المناقصين.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 05 من قانون الصفقات العمومية رقم 247/15 على أنه: "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".

إنّ استخدام الأنترنت في إبرام العقود الإدارية يتيح مزيداً من الشفافية للمتقدمين للمناقصات وللجهات الرقابية، فجميع الإجراءات والمراحل التي تمر بها المناقصات تتم من خلال الأنترنت وأيضاً يتم نشرها على الأنترنت (صلاح الدين عبد الله، 2013، ص 212).

ذلك أنّ مبدأ الشفافية في الإجراءات يحقق المساواة بين المتعاقدين ويوفر تكافؤ الفرص بينهم، وذلك عن طريق معاملة جميع المتعهدين بالتساوي بالنسبة للإجراءات والمواعيد من جهة، ومن جهة أخرى عن طريق تقديم الموردين عطاءاتهم في مظارييف مغلقة يظل محتواها مجهولاً للإدارة ولبقية الموردين حتى ميعاد فتح المظاريف عن طريق اللجنة المختصة بفتحها، لذا فإن هذا المبدأ يتفاعل مع مبدأ المساواة ومبدأ تكافؤ الفرص بين الموردين ليشكل ضماناً هامة لمنع أي تحايل أو اتفاق جانبي لرفع الأسعار أو إبعاد أحد المتعهدين من المنافسة (بسيوني، 2003، ص 543).

وبعدّ مبدأ سرية العطاءات المقدمة من أهم المبادئ التي تخضع لها المناقصات، خاصة إذا كانت الوسيلة هي الأنترنت، فيجب على جهة الإدارة في ظل التعاقد عبر الأنترنت أن توفر الحماية للعطاءات المرسلّة إلكترونياً، وتتخذ التدابير المناسبة للتحقق من عدم إمكانية تعديلها أو التلاعب بها أو إفسادها أو التأثير فيها بأي شكل، وتضمن عدم الاطلاع عليها حتى يحين الوقت المحدد لفتحها في جلسة علنية.

أما عن تجسيد هذين المبدأين في العقود الإدارية الإلكترونية، نجد أن المصلحة المتعاقدة توفر الحماية للمعلومات أو البيانات وذلك عن طريق ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني، كما أن القانون الفرنسي الخاص بالصفقات العمومية قد أكد مبدأ السرية والشفافية في إجراءات إبرام العقود الإدارية الإلكترونية إذ نصت المادة 07 منه: "على أن الشخص المعنوي العام يستطيع أن يطلب من المترشحين وضع طلباتهم وعروضهم تحت نظام حماية خاص، حيث لا يمكن الاطلاع عليها إلا بعد معرفتهم".

وعليه نستنتج أن التطور التكنولوجي واستخدام الأنترنت في تعاقد الإدارة أدى إلى تدعيم وترسيخ مبدأ العلنية وحرية التقدم للمناقصات والشفافية والمساواة وسرية العطاءات، مما ينعكس عليها بالإيجاب من حيث اختيار أفضل المتقدمين فنياً ومالياً، والحد من الفساد والتلاعب في التعاقدات الحكومية (صلاح الدين عبد الله، 2013، ص 214).

الخاتمة:

لقد تطرّقنا في هذه الدراسة إلى المقاربة بين قواعد العقد الإداري الإلكتروني، وبين ما يثيره من خصوصيات، فقد تناولنا من خلال هذا البحث الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الإلكترونية ومدى توافر معايير العقد الإداري في العقد الإداري الإلكتروني وتأثير الوسائط الالكترونية في مضمون العقد وجوهره، وتطرّقنا إلى المعيارين العضوي والمادي مع تحديد الخصوصية فيه، بتبيان دور الوسائل الإلكترونية في التعاقد الإداري وتدعيمها للمبادئ العامة التي تخضع لها هذه العقود، بما فيها حرية التقدم إلى المنافسة ومبدأ السرية والشفافية التي تأكدت أكثر، وقد توصّلنا إلى النتائج التالية:

- أن معايير العقد الإداري القضائية سواء أكانت وجود شخص معنوي عام في العقد، أو تضمينه شروطاً إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو تعلق العقد بتسيير المرافق العامة غير كافية لتحديد ماهية العقد الإداري الإلكتروني.

- مبدأ حرية المنافسة قد تأكد أكثر في ظل العقد الإداري الإلكتروني لأنه فتح مجال التفاوض بين الإدارة والمتعاقد من أجل الحصول على أفضل العروض، كما أن الإعلان على شبكة الإنترنت يعطي فرصة لجميع المؤسسات للاشتراك وبالتالي يسهل التفاوض بينهما عبر الوسائط الإلكترونية.
- إن استخدام الأنترنت في إبرام العقود الإدارية يتيح مزيدا من الشفافية للمتقدمين للمناقصات وللجهات الرقابية، فجميع الإجراءات والمراحل التي تمر بها المناقصات تتم من خلال الأنترنت وأيضا يتم نشرها على موقع الأنترنت.
- إنّ الوسائط الإلكترونية قد أثرت في إبرام العقود الإدارية فحرية المنافسة تكون أوسع ومدعومة بصورة أكبر من خلال مبدأ العلانية، لأن الإعلان سيتم من خلال شبكة الأنترنت.
- وفي ختام هذا البحث فإننا نقترح مجموعة من التوصيات تتمثل فيما يلي:
- نظرا لصعوبة تحديد معايير العقد الإداري الإلكتروني بسبب طبيعته الخاصة الذي يحمل خصائص العقد الإداري من جهة، وخصائص العقد الإلكتروني من جهة أخرى، ولحل هذه الإشكالية نرى ضرورة اللجوء إلى القضاء الإداري لتحديد الطبيعة الخاصة لهذا العقد.
- إن العقد الإداري الإلكتروني يثير إشكالية إمكانية تعديل العطاءات المرسلّة إلكترونيا وبالتالي يقع على عاتق الإدارة أن توفر الحماية لتلك العطاءات، وتتخذ التدابير المناسبة للتحقق من عدم إمكانية تعديلها أو التلاعب بها وضمان عدم الإطلاع عليها حتى يحين الوقت المحدد لفتحها في جلسة علنية.
- التأكيد على حقوق المتعاملين في مجال التعاقدات الإلكترونية، وعدم الاكتفاء ببعض المواد القانونية في نصوص متفرقة.
- ضرورة مواكبة المشرع الجزائري التطورات التقنية من خلال إصدار قانون متكامل تتميز نصوصه بالمرونة ينظم كافة المعاملات الإلكترونية ووضع قانون خاص بالعقد الإداري الإلكتروني.
- وجوب توفر العديد من المتطلبات التشريعية منها والفنية للانتقال إلى العقد الإداري الإلكتروني.

الإحالات والمراجع:

1. المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50 لسنة 2015.
2. القانون رقم 182 لسنة 2018 المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، الجريدة الرسمية العدد 39 مكرر (د) في 03 أكتوبر سنة 2018.
3. قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 في مصر، جريدة رسمية العدد 19، الصادرة في 1998/05/08.
4. بدرأسامة أحمد، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
5. *Ordonnance N° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique (JORF N ° 281 du 05/12/2018).*
6. *Décret N° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique (JORF N° 0281 du 5 décembre 2018).*
7. بسيوني عبد الغني، النظرية العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003.
8. جمعه صفاء فتوح، العقد الإداري الإلكتروني – الطبعة الأولى- دار الفكر والقانون، المنصورة، 2014.
9. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية الدولية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006.
10. عياد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983.
11. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الاداري الالكتروني-دراسة تحليلية مقارنة – دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
12. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة – الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
13. نصار جابر جاد، المناقصات العامة- دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
14. حازم صلاح الدين عبد الله، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الإنترنت –دراسة مقارنة – دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2013.
15. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
16. محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال الإدارية القانونية –القرار الإداري –دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
17. *Delphine kesslet le contrat administratif face a l'electrique, DEA Droit de l'internet, université Panthéon , Paris 01, Sorbonne, 2002.*
18. www.legifrance.gouv.fr consulté le 28/05/2021.
19. https://loiarabe.blogspot.com/2019/05/pdf_3.html consulté le 10/04/2021.