

المجال الجديد لتطبيق إجراءات الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي الجزائري 15-247

Le nouveau champ d'application Des procédures des marchés publics Conformément au décret présidentiel Algérien 15-247

تاريخ إرسال المقال : 2018/01/12 تاريخ قبول المقال للنشر : 2018/02/22

د. بلغول عباس / جامعة محمد بن أحمد - وهران 2

ملخص :

قام المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2016 بتعديل مجال تطبيق إجراءات الصفقات العمومية الوارد في المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى ، لأسباب سياسية واقتصادية مستفيدا من المادة 2 والمادة 3 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 2006 .

جاء هذا التعديل لمجال تطبيق إجراءات الصفقات العمومية واردا في المادتين 6 و 7 من المرسوم الرئاسي 15-247 مستعملا في ذلك المشرع الجزائري معياره الأصلي ألا وهو المعيار العضوي .

فحدد في المادة 6 مجال تطبيق المرسوم الرئاسي في الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية الإدارية ، كما استعمل المعيار المادي أيضا بصورة استثنائية في الفقرة الأخيرة من نفس المادة ، وربط المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري بمجال تطبيق إجراءات الصفقات العمومية ، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

في حين أن المشرع الجزائري حدد في المادة 7 العقود العامة التي لا تخضع لإجراءات وأحكام قانون الصفقات العمومية في قائمة تعدادية ، معتمدا على المعيار المادي كأساس ليخرج مجموعة من العقود الإدارية من قائمة العقود الإدارية التي كان بالإمكان أن تكون خاضعة لإجراءات وأحكام قانون الصفقات العمومية .

الكلمات المفتاحية : الصفقات العمومية ، المعيار العضوي والمادي ، الإشراف المنتدب على المشاريع ، المنافسة ، العقود .

Résumé:

Dans le décret présidentiel 15-247 du 16 Septembre 2016 , Le législateur Algérien a modifié le champ d'application des procédures de passation des marchés publics contenues dans le décret présidentiel 10-236 abrogée, pour des raisons politiques et économiques et en se basant sur l'article 2 et 3 de la loi des marchés publics françaises de 2016.

Cette modification est comprise dans les articles 6 et 7 du décret présidentiel du 15-247 en utilisant son critère d'origine ; le critère organique.

Dans l'article 6, les dispositions du décret présidentielle sont applicables exclusivement aux marchés publics, objet des dépenses de l'Etat et des collectivités territoriales et des établissements publics a caractère administratif.

Le législateur Algérien a également utilisé le critère matériel exceptionnellement dans le dernier paragraphe du même article pour soumettre les établissements publics à la législation régissant les activités commerciales , lorsque ceux-ci sont chargés de la réalisation d'une opération financée , totalement ou partiellement , sur concours temporaire ou définitif de l'Etat ou des collectivités territoriales.

Bien que dans l'article 7 du même décret , le législateur Algérien a défini les contrats non soumis aux dispositions de la loi des marchés publics en se basant sur le critère matériel et en les faisant sortir du champ d'application un ensemble de contrats administratifs de la liste des contrats administratifs qui pouvaient être soumis aux procédures et aux dispositions de la Loi des marchés publics.

Mots clés: transactions publiques, critères organiques et physiques, supervision de projet, concurrence, contrats.

مقدمة :

إن قراءة نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2016 المنظم للصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة ، تسمح لنا من تحديد مجال تطبيق أحكام وإجراءات الصفقات العمومية ، وهذا التحديد لمجال التطبيق سيبين لنا مفهوم الصفقة العمومية .

هذا المفهوم للصفقة العمومية مبني على أساسين مزدوجين، الأساس الأول هو عضوي يدور حول المتعاقدين الذين يطبق عليهم قانون الصفقات العمومية.

الأساس الثاني، هو مادي يعرف من خلال الخصائص ومحتوى العقود المعنية بتطبيق قانون الصفقات العمومية.

وفي ذلك ، حدد المشرع الجزائري في المادة 6 المصالح المتعاقدة في قائمة تعدادية ، وهو في نفس الوقت تعداد أقل من ما كان عليه التعداد في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المنظم للصفقات العمومية الملغى^{2,1}، الشيء الذي يدفعنا للتساؤل حول مصير المصالح المتعاقدة التي لم يتم الإشارة إليها مثل الهيئات الوطنية المستقلة والمؤسسات العمومية المتخصصة التي ليس لها طابع اقتصادي ولا تجاري ولا صناعي .

ثم يضيف المرسوم 15-247 المادة 7 التي لم تكن لها مادة أخرى في المرسوم الرئاسي 10-236 تماثلها ليستثني مجموعة من العقود الإدارية من الخضوع لأحكام وإجراءات قانون الصفقات العمومية .

هذه القائمة التعدادية جاءت على سبيل الحصر تقوم هي الأخرى على أساسين، الأساس الأول عضوي يرتبط بالمصلحة المتعاقدة، والأساس الثاني مادي أو موضوعي يقوم على طبيعة العقود الإدارية المقصاة.

لذلك سأبحث في مجال تطبيق إجراءات وأحكام قانون الصفقات العمومية الجديد والمجالات المستثناة من تطبيقه .

وفي ذلك ، سأعتمد على خطة ثنائية من مبحثين :

المبحث الأول : الأشخاص الخاضعة لقانون الصفقات العمومية

المبحث الثاني : العقود المبرمة من الأشخاص العامة وغير الخاضعة لقانون الصفقات العمومية.

المبحث الأول : الأشخاص الخاضعة لقانون الصفقات العمومية

حدد المشرع الجزائري في المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام ، أربع مجالات لتطبيق إجراءات قانون الصفقات العمومية محل نفقات . ويتعلق الأمر بالدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية ، ومستعملاً أسلوبه المعهود - الأسلوب غير مباشر في قوانين الصفقات العمومية السابقة لتحديد محل النفقات في الصفقات العمومية .

الفرع الأول : الدولة

بموجب المادة 6 السالفة الذكر ، تخضع نفقات الدولة لإجراءات المرسوم الرئاسي 15-247 .

إن الدولة شخص عام يتمتع بالشخصية القانونية المعنوية طبقاً للمادة 49 و50 من القانون المدني الجزائري.

ومفهوم الدولة يشمل الأجهزة المركزية كرئاسة الجمهورية والوزارة الأولى والوزارات المختلفة وتشمل أيضاً أجهزتها اللامركزية ، وبعض المصالح الخارجية للوزارات المتمثلة في المديرية على مستوى المديرية التنفيذية على مستوى الولايات التي تتمتع بالطابع الإداري ، والتي لا تعتبر سوى امتداد للإدارة المركزية على المستوى الإقليمي والمحلي .

هذه الأجهزة اللامركزية تفتقد لأي استقلالية فهي غير مستقلة عن الدولة وليست لها الشخصية القانونية المعنوية، بل هي تابعة للدولة وتعمل باسم الدولة ولحسابها وتحت رقابتها، ومهمتها تتمثل في تطبيق القرارات وسياسية المنتهجة من طرف الأجهزة المركزية. لقد اتبع المشرع الجزائري في ذلك المشرع الفرنسي الذي نص في مادته الثانية على أن فقط الدولة ومؤسساتها العمومية الإدارية والجماعات الإقليمية ومؤسساتها العامة³ ، وأيضاً المشرع التونسي في المرسوم الرئاسي 3158-2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتضمن قانون الصفقات العمومية التونسي المعدل والمتمم في فقرته الثالثة من المادة الأولى منه⁴ .

لقد كان قانون الصفقات العمومية لسنة 1967⁵ السابق في نص في مادته الأولى على أن تطبيق مجال إجراءات الصفقات العمومية يكون على الدولة والعمالات والبلديات والمؤسسات والمكاتب العمومية .

ثم بعد ذلك تراجع في المرسوم 82-145⁶ عن كلمة الدولة ، واقتصره في المادة 5 منه على عبارة جميع المؤسسات والهيئات العمومية ، وهو نفس ما نص عليه المشرع الجزائري في

المرسوم التنفيذي في حين أن المرسومين الرئاسيين 250-02 و 236-10 لم يذكروا كلمة الدولة واستعملوا الإدارات العمومية التي تتسم بشمولية والإطلاق في حين أن كلمة الدولة أكثر دقة ووضوح.

◀ موقف المرسوم الرئاسي 15-247 من الهيئات الوطنية المستقلة :

أورد المرسوم التنفيذي 91-434⁷ في مادته الثانية على عبارة تطبيق الصفقات العمومية على الهيئات الوطنية المستقلة وهو ذات الوصف في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 250-02 والمادة 2 من المرسوم الرئاسي 236-10.

ويقصد بالهيئات الوطنية المستقلة البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة ، والمجلس الدستوري والمحكمة العليا ومجلس الدولة ومجلس المحاسبة والهيئات الاستشارية الوطنية كالمجلس الاقتصادي والاجتماعي وهي تمارس نشاط وطنيا على كامل إقليم الدولة.

لم ينص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 على تطبيق إجراءات الصفقات العمومية على الهيئات الوطنية المستقلة ، فهل هو تراجع عن خضوع هذه الأخيرة لإجراءات قانون الصفقات العمومية ؟ في حقيقة الأمر حتى وإن كانت هذه الهيئات تتمتع ببعض الاستقلالية ، فإنها لا تتمتع بشخصية قانونية مختلفة عن الشخصية القانونية للدولة ، وبالتالي فهي تخضع لإجراءات قانون الصفقات العمومية .

وعدم نصها المشرع الجزائري في المادة 6 ليس تراجع وإنما تأكيد على أنها أشخاص قانونية تتمتع بنوع من الاستقلالية غير أنه هذه الاستقلالية لا تخرج عن الشخصية القانونية للدولة.

ففي فرنسا ومنذ قرار مجلس الدولة في قرار المجالس النيابية المؤرخ في 5 مارس 1999 اعترف للمجالس النيابية بسلطة مرتبطة بسلطة الدولة إلى جانب الهيئات الوطنية المستقلة وبالتالي خضوعها لإجراءات الصفقات العمومية في مجال نفقاتها.⁸

الفرع الثاني: الجماعات الإقليمية

عبارة الجماعات الإقليمية عرفها القانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية⁹ في مادته الأولى: « البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة... » ، وقانون رقم 07-12 المؤرخ في 21 فبراير سنة 2012 المتعلق بالولاية¹⁰ في مادته الأولى : « الولاية هي الجماعة الإقليمية للدولة ».

في حين كان ينص دستور سنة 1996 على مفهوم جماعات محلية ، ومفهوم الجماعات الإقليمية لم يعرفه المؤسس الدستوري إلا في الدستور الجزائري الجديد

ينص في مادته 16 في فقرتها الأولى على أن الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية. فكلًا من البلدية والولاية مجموعتان إقليميتان تتمتعان بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ووحدتان منفصلتان عن الدولة انفصالا عضويا وقانونيا ، اعترف لهما المشرع بأساس قانوني بأتهما : جماعات إقليمية.

فهما يشكلان كيانا ذاتيا ولهما وجود مستقل كرسه القانون المدني في المادة 49 و 50¹¹ ، والمادة الأولى من قانون البلدية بنصها : « وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية ... » .

والمادة الأولى الفقرة الثانية من قانون الولاية بنصها : « ... وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة » .

منحت هذه القوانين الثلاثة للبلدية والولاية الشخصية القانونية المعنوية والاستقلال المالي ، ومنحت لهما ميزانية مستقلة عن ميزانية الدولة ودمثان مستقلتان عن ذمة الدولة ، ولهما من الوسائل المادية والبشرية ما يسمح لهما بالتعاقد.

إن البلدية والولاية بتمتعهما باستقلالية مالية يكونان مؤهلان لتسيير الشؤون المحلية وأهلية التعاقد ووظيفتها داخل التنظيم الإداري للدولة وأعبائها المختلفة تفرض عليها الدخول في علاقات عقدية لتنفيذ مشاريع تنمية وخدمة الجمهور ، وعقودهما من قبيل العقود الإدارية وتعتبر صفقات عمومية متى توفرت على شروط مالية وموضوعية وعضوية.

ومن أجل ذلك خص المشرع الجزائري في قانون البلدية 189 من قانون البلدية بنصها : « يتم إبرام صفقات اللوازم والأشغال أو تقديم الخدمات التي تقوم بها البلدية والمؤسسات العمومية البلدية ذات الطابع الإداري طبقا للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفقات العمومية » .

وخص في قانون الولاية نص المادة 135 من قانون الولاية بنصها : « تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية » .

وما هو إلا تأكيد على نص المادة 6 في فقرتها الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 .

الفرع الثالث : المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

بصفة عامة ، المؤسسات العمومية الإدارية هي وسيلة المباشرة في تسيير المرافق العامة ، فالدولة تخلت عن التسيير المباشر للمرفق العام فلجأت لإنشاء هيئة إدارية خصيصا لتسيير مرفق معين .

إن اللجوء إلى مثل هذا الطريقة تجعل المرفق العام يسير بأكثر مرونة واستقلالية لتأقلم

مع الأوضاع الجديدة .

يمنح النص التنظيمي المنشأ لهذه المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الشخصية القانونية المعنوية . لذلك ، فهي مستقلة استقلالاً وظيفياً وعضوياً عن الدولة والجماعات الإقليمية رغم ما قد يباشره من رقابة ووصاية إدارية ومالية عليها. وللمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري استقلالية مالية ، وفي ذلك هي تمتلك ذمة مالية مستقلة عن ذمة المالية للدولة والجماعات الإقليمية ، ولها وسائل مادية وبشرية خاصة بها زيادة على ميزانية عامة خاصة بها ومستقلة عن ميزانية الدولة والجماعات الإقليمية.

والمشرع حينما أخضع المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري لإجراءات الصفقات العمومية أخضع المال العام لإجراءات حمايته من أي شكل من أشكال الفساد المالي.

◀ موقف المرسوم الرئاسي 15-247 من المؤسسات العمومية المتخصصة التي ليس لها طابع اقتصادي ولا تجاري ولا صناعي :

حمل المرسوم الرئاسي لسنة 2002 إضافة إلى جانب المؤسسات العمومية الإدارية ذكر مؤسسات عمومية وطنية لها طابع غير اقتصادي وغير تجاري وغير صناعي وهي مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي ، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الثقافي ، والمؤسسات العمومية ذات الطابع المهني وهو ما أكدته المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى ، غير أن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 تراجع وأغفل عن ذكر هذه المؤسسات والمراكز المتخصصة .

فهل يعني ذلك أنه أقصاها من تطبيق عليها إجراءات الصفقات العمومية ؟ بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي 99-256 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 المحدد لكيفيات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها¹² ، والرسوم التنفيذية رقم 99-257 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 المحدد لكيفيات إنشاء وحدات البحث وتنظيمها وسيرها¹³ ، فإننا نجد أنها مؤسسات عمومية وطنية تهدف إلى تحقيق مصلحة وخدمة عامة سواء كانت خدمة علمية أو تكنولوجية أو ثقافية أو حتى مهنية بصفة مجانية باستعمال امتيازات السلطة العامة ، مثلها في ذلك مثل المؤسسات العمومية الإدارية. وبالتالي فهي لا تستهدف تحقيق الربح ، والربح ليس سببا في وجودها وتنظيمها وعملها.

كما أنها ممولة من طرف الميزانية الدولة بمعنى مالها مال عام ، وتخضع للمحاسبة العمومية مما يجعلها مؤسسات عمومية إدارية ذات طابع خاص لها نفس مميزات وخصائص المؤسسات العمومية الإدارية. فالمؤسسات العمومية المتخصصة لها نفس خصائص المؤسسات العمومية الإدارية من حيث الهدف والغاية والتمويل والمحاسبة والرقابة .

وبالتالي ينطبق عليها ما ينطبق على المؤسسات العمومية الإدارية من حيث خضوعها لإجراءات الصفقات العمومية.

إن القضاء الإداري الفرنسي يعتبر هذه المؤسسات مؤسسات عمومية إدارية مرتبطة بالدولة ، إلى جانب غرفة التجارة والصناعة وغرفة الفلاحة تزاوّل نشاطا متخصصا في مجال فني واحد .¹⁴

الفرع الرابع : المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري

أخضع المشرع الجزائري ومنذ قانون الصفقات العمومية 10-236 المؤسسات ذات طابع صناعي وتجاري لقانون الصفقات العمومية لما تكون ممولة جزئيا أو كليا من طرف الدولة أي من مال الخزينة العمومية بمعنى استثمار ممول من قبل ميزانية الدولة فإن العقد يخضع من حيث طرق الأبرام أو الإجراءات أو التنفيذ أو ممارسة سلطات المصلحة المتعاقدة .

حافظ المشرع الجزائري على هذا المنهج في المادة 6 الفقرة الأخيرة حينما أخضع 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.

في حقيقة الأمر هذه الفقرة تطرح عدة ملاحظات :

- الملاحظة الأولى : استبعاد المؤسسات العمومية الاقتصادية بنص

إن المشرع الجزائري لم يستعمل عبارة المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري وإنما استعمل عبارة المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري وهو ما يفهم منه أن المشرع وسع من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية على كل المؤسسات العمومية الخاضعة في نشاطها للقانون التجاري لتشمل المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، غير أنه سرعان ما نصطدم بتراجع من المشرع الجزائري في المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص صراحة على أن المؤسسات العمومية الاقتصادية لا تخضع لأحكام إبرام الصفقات العمومية.

فإذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة 6 هي النص العام وهي الأصل فإن المادة 7 هي النص الخاص والاستثناء ، لذلك نتساءل حول محتوى التعديل وإضافة المؤسسات العمومية الاقتصادية للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، ليتنازل عن إخضاع المؤسسات العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية بنص واضح لا يقبل الاستثناء ، فالمؤسسات العمومية الاقتصادية لا تخضع لقانون الصفقات العمومية سواء مولت المشروع من رأس مالها أم مولت كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة.

- الملاحظة الثانية : توسيع المال العام للدولة والجماعات الإقليمية

إن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 وسع من مجال التمويل العام من ميزانية العامة للمؤسسات العمومية الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري ليشمل التمويل الجزئي أو الكلي الدولة والجماعات الإقليمية بعدما كان في المرسوم الرئاسي 10-235 يشمل التمويل الجزئي أو الكلي من طرف الدولة فقط ، ورغم ذلك فإن المشرع الفرنسي كان أكثر اتساعا بحيث إلى جانب الدولة والجماعات الإقليمية يضيف تمويل الهيئات العمومية الإدارية.

- الملاحظة الثالثة : التباين النسبي للمواقف بين المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي

إن موقف المشرع الفرنسي من إخضاع هو نفس موقف المشرع الجزائري الذي يخضع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لقانون الصفقات العمومية كأصل عام عندما تكون ممولة من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية أو هيئات عمومية إدارية وتهدف لتحقيق مصلحة عامة .

ويضيف المشرع الفرنسي أيضا كاستثناء على هذه القاعدة خضوع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لقانون الصفقات العمومية حينما تفوق المبالغ المصروفة الحد الأقصى المحدد في قانون الاتحاد الأوروبي حتى ولو لم تمول من ميزانية الدولة أو الجماعات الإقليمية أو هيئات عمومية إدارية ، فإنها تخضع لقانون الصفقات العمومية بناء على المادة 8 من قانون 11 ديسمبر 2001 المعدل لقانون المؤرخ في 3 جانفي 1991 لا سيما في مادته 9.¹⁵

الملاحظة الرابعة : في فرنسا إمكانية خضوع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الارادي لقانون الصفقات العمومية

فالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الفرنسية لها الامكانية الخضوع إراديا لقانون الصفقات العمومية لإخضاع بعض مشترياتهم لقانون الصفقات العمومية تطبيقا لقانون 11 ديسمبر 2001 الذي يسمح ويعطي الامكانية الارادية لكل مؤسسة عمومية غير خاضعة لقانون الصفقات العمومية أن تختار إراديا تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية .

غير أن الاجتهاد القضائي الفرنسي يلزم بأن كل الاجراءات الواردة في قانون الصفقات العمومية تحترم من البداية إلى النهاية الاجراءات.¹⁶

المبحث الثاني : العقود المبرمة من الأشخاص العامة وغير الخاضعة لقانون الصفقات العمومية

بالرجوع إلى المقاربة التعدادية للمشرع الجزائري في نص المادة من قانون الصفقات العمومية 15-247 نجده أن المشرع الجزائري أقصى من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية مجموعة من العقود بسبب موضوعها بمعنى الاعتماد على المعيار الموضوعي المادي.

وهو في الحقيقة سوى منقول من نص المادة 3 الفقرة من 3 إلى 11 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي ما يفرق قانون الصفقات العمومية الملغى عن 15-247 أن الأول أدرج الاستثناءات في نفس المادة 2 حينما حدد مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية على موضوعات محددة في حين أن قانون الصفقات العمومية الجديد وضع لمجالات تطبيق قانون الصفقات العمومية المادة 6 في حين خص المادة 7 للاستثناءات مستعملا أسلوب النفي :

« - لا تخضع لأحكام هذا الباب ، العقود الآتية ... » .

الفرع الأول : العقود المبرمة بين الهيئات والمؤسسات والإدارات العمومية فيما بينها

لقد جاء تكريس هذا المبدأ في المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 لقد استبعد المشرع تطبيق قانون الصفقات العمومية على مثل هذه الصفقات بسبب عدم وجد إشكالية الفساد المالي على اعتبار أن المال لم يخرج من الخزينة العمومية . فهما كانت الإدارة أو الهيئة أو المؤسسة عمومية فإن لها حساب جاري على مستوى الخزينة وبالتالي المال العام الذي استعمل في العملية انتقل من حساب إلى حساب دون أن يخرج من الخزينة العمومية وفي ذلك عدم خوف على المال العام بالعكس لو أبورم العملية مع مؤسسة خاصة أو حتى مع مؤسسة عمومية اقتصادية أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري فإن لها حساب بنكي وبالتالي سيقع خروج للمال العام من الخزينة العمومية إلى حساب البنكي لهذه المؤسسة العمومية أو ذات الطابع الصناعي والتجاري.

غير أن البعض يرى أن ذلك يخالف مبدأ حرية المنافسة والمساواة لا سيما المادة 3 من المرسوم الرئاسي 08-338 نفسه الذي جاء بالمبدأ والمادة 3 من المرسوم الرئاسي 10-236 والمادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 : « 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 » .

فهذا الاجراء قد يقصي هيئات وإدارات ومؤسسات عمومية إدارية من التنافس فيما بينها على صفقات عمومية قد يحول دون الوصول إلى النجاعة على اعتبار أنه من الممكن جدا أن الطلبات العمومية قد تلبها أكثر من هيئة أو إدارة أو مؤسسة عمومية ، ويتم اللجوء إلى الأقل

خبرة ونجاعة لتقديم العقد وهو ما يؤثر على النجاعة المرجوة رغم المحافظة على الاستعمال الحسن للمال العام رغم أن المشرع في المادة 5 سبق النجاعة على حسن استعمال المال العام.

الفرع الثاني: العقود المبرمة من المطعة 2 إلى المطعة 8

من المادة 7 من المرسوم الرئاسي 15-247

هي عقود جاءت على سبيل الحصر تستثني عقود محددة حصرا سواء بسبب المصلحة المتعاقدة أم بسبب طبيعة العقد الإداري.

أولا: العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية المنصوص عليها في المطعة الأخيرة من المادة 6 أعلاه عندما تزاوّل هذه المؤسسات نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة

تقضى وفق الفقرة الثانية من المادة 7 من المرسوم الرئاسي 15-247 من تطبيق إجراءات وأحكام قانون الصفقات العمومية كل العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري .

في حقيقة الأمر هذه مؤسسات تخضع في نشاطها للقانون التجاري ، كما أنها تخضع للمنافسة ، غير أنه ووفق المطعة الأخيرة من المادة 6 تكون هذه المؤسسات خاضعة لقانون الصفقات العمومية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية. في حين الفقرة الثانية من المادة 7 تقضي العقود المبرمة من طرف هذه المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية عندما تكون هذه المؤسسات العمومية تستفيد بموجب تنظيمات من إنتاج أو عمل حصري لا تخضع فيه للمنافسة.

هذا التنظيم يسمح لها بالعمل أو بالإنتاج الحصري ، وبالتالي حينما تريد المصلحة المتعاقدة الخاضعة لإجراءات وأحكام الصفقات العمومية من إبرام عقد مع هذه المؤسسات ، لا تخضع لإجراءات وأحكام قانون الصفقات العمومية لأنها أصلا مؤسسات في عمل أو إنتاج حصري لا يخضع لأي نوع من المنافسة.

ثانيا: العقود المتعلقة باقتناء أو تأجير أراض أو عقارات

أقصى المشرع الجزائري في الفقرة الرابعة منه من المرسوم الرئاسي 15-247 العقود المرتبطة باقتناء أو تأجير أراض أو عقارات من تطبيق إجراءات وأحكام قانون الصفقات العمومية ، كما تقضى أيضا أي حق يرتبط بهذه الحقوق .

فحسب الفقه الفرنسي ، فإن هذه العقود المقصاة من تطبيق قانون الصفقات العمومية لا تخص العقود المبرمة حالة الانتهاء من البناء أو عقود الإيجار المرهونة إداريا ، حيث أن تطبيق الحالة لا يكون إلا على الأموال العقارية الموجودة والثابتة¹⁷.

في حقيقة الأمر ، هذه العقود هي أصلا عقود لا تخضع لقانون الصفقات العمومية وهي عقود مقصاة من تطبيقه بحيث أن من تعريف الصفقة العمومية وتعريف عقد الأشغال العامة نستنتج أنه وجوبا لا بد أن تكون المصلحة المتعاقدة هي صاحبة المشروع ويكون المشروع لحسابها ومصلحتها ، في حين أن عملية الاقتناء والتأجير للأراضي والعقارات لا تتوفر على هذا الشرط الأساسي لعقد الصفقة العمومية.

ثالثا : العقود المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع

تسمح هذه العقود للشخص العام وهو صاحب المشروع من طلب المناقصة سواء من أشخاص القانون الاعم أو أشخاص القانون الخاص من أجل مساعدته والوقوف إلى جانبه وتمثيله بموجب عدة أصناف في تسيير عقد أشغال عامة لتحقيق مصلحة عامة .

وظيفة صاحب المشروع تتمثل في التأكد من الفرصة المتاحة للعملية المقترحة ، يكون مكلف بتحديد المنطقة للأشغال وتحديد البرنامج وتوفير الغلاف المالي الاحتمالي والتأكد من من التمويل للمشروع واختيار الاجراءات والخطة التي سيتم بها إنجاز المشروع مع المقاول الذي وقع الاختيار عليه .

يجب أن تتوفر في صاحب المشروع المنتدب ثلاثة شروط:

- 1- الشخص العام يجب أولا أن يتحمل مسؤولية البناء والأشغال ، ويجب أن تكون تحمله لهذه المسؤولية إلى جاب إدارة التقنية للأشغال وعمليات استقبال الأشغال.
- 2- المشروع يجب لأن يتم بناؤه حسب احتياجات الشخص العام المسؤول عن العملية .
- 3- المشروع يجب أن يصبح ملكية الشخص العام بعد الانتهاء من الأشغال.¹⁸

رابعا : العقود المبرمة مع بنك الجزائر

تقصى من تطبيق إجراءات وأحكام قانون الصفقات العمومية كل عمليات القرض المالي من البنك المركزي وكذا عمليات التغطية المالية أو تقديم خدمات لصالح البنك المركزي . كما تستثنى كل العمليات البنكية مع البنك المركزي من تطبيق إجراءات وأحكام قانون الصفقات العمومية.

خامسا : العقود المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية أو بموجب الاتفاقات الدولية عندما يكون ذلك مطلوبا

تقضى من تطبيق إجراءات وأحكام قانون الصفقات العمومية العقود المبرمة وفق اتفاقات أو تعهدات أو التزامات نصت عليها أو فرضتها منظمات أو هيئات دولية منظمة إليها للجزائر وعضوه فيها ، أو نصت عليها وفرضتها اتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر والتزمت بتطبيقها دون تحفظات مرتبطة بموضوع العقود.

سادسا : العقود المتعلقة بالصلح والتحكيم

تقضى من تطبيق أحكام وإجراءات المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة العقود التي تكون موضوعاتها عملية الصلح والتحكيم التي تقوم بها أشخاص أو هيئات أو شركات خاصة وطنية أو دولية ، فأتعاب هذه الأشخاص ومهما بلغت لا تعد صفقات عمومية ولا تخضع لأحكام هذا القانون.

غير أن المشرع الجزائري بهذا الموقف خالف المشرع الفرنسي الذي لم يقضي هذا النوع من العقود الإدارية المرتبطة بالصلح والتحكيم من تطبيق قانون الصفقات العمومية.¹⁹

سابعا : العقود المبرمة مع محامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل

تقضى من تطبيق أحكام وإجراءات المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة العقود التي تكون موضوعاتها أتعاب المحامي سواء كان شخص أم شركة مدنية وسواء كان هذا الشخص وطني أم أجنبي وسواء تعلق الأمر بالتمثيل في المحاكم أم المساعدة بالاستشارة القانونية في أعمال وأشغال المصلحة المتعاقدة.

الفرع الثالث : العقود المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لقانون الصفقات العمومية

نص المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 7 على أن العقود المبرمة بين الهيئات والمصالح والمرافق وبين هيئاتها المركزية لا تعد من قبيل العقود الخاضعة في إبرامها وتنفيذها لقانون الصفقات العمومية وما هو إلا تكريس لاجتهاد قضائي فرنسي قائم هو أيضا على اجتهاد قضائي أوروبي.

لقد اتفق الفقه والقضاء الفرنسي على تسمية هذا النوع من العقود غير الخاضعة لإجراءات قانون الصفقات العمومية بالعقود المنزلية ، بمعنى أنها عقود داخلية بين الهيئة الأم والهيئات والمصالح التابعة والخاضعة لها.

وعلى هذا المستوى من التفكير ، فإنه تقصى من تطبيق إجراءات قانون الصفقات العمومية ، عقود الأشغال العامة وعقود اقتناء اللوازم وعقود الخدمات وعقود الأشغال التي تكون مبرمة بين المصالح والهيئات المتعاقدة وبين الهيئات المركزية للشراء أي الملبية للطلبات والحاجات .

ولتكون الهيئة هيئة مركزية بمفهوم الفقرة الأخيرة من المادة 7 لا بد من توافر شروط ثلاثة مجتمعة :

الشرط الأول : يجب أن تكون للهيئة المركزية للشراء سلطة الوصاية والرقابة على الهيئة أو المصلحة المتعاقدة صاحبة الطلب أو من ترغب تلبية حاجاتها ، وهذه الوصاية والرقابة يجب أن تكون نفس الوصاية والرقابة التي تمارسها المصلحة والهيئة المتعاقدة على مصالحها هي.

كما يجب أن لا تمتلك هذه المصلحة والهيئة المتعاقدة أي استقلالية اتجاه الهيئة المركزية للشراء.

غير أن درجة الاستقلالية ليست معياراً للقول أن هذه الهيئة أو المصلحة المتعاقدة لا يمكنها إبرام صفقات عمومية مع الهيئة المركزية للشراء ، إذ أن الوصاية والرقابة ليس مقياساً لقول ذلك، وأحسن مثال على ذلك علاقة الولاية بالبلدية ، أين الأولى تمتلك الوصاية والرقابة على الثانية في حين أن العقود المبرمة بينهما ليست عقود صفقات عمومية ليس بسبب أن الولاية هيئة مركزية للشراء على البلدية صاحبة الحاجة والطلب وإنما أن العقد بين هئتين عموميتين إداريتين .

الشرط الثاني : في عدم الاعتماد على الاستقلالية بين المصلحة أو الهيئة المتعاقدة والهيئة المركزية للشراء يجب الأخذ بعين الاعتبار شرط ثاني مجتمع مع الشرط الأول ، ويتمثل الشرط الثاني في ضرورة أن تنجز الهيئة أو المصلحة المتعاقدة أغلب وأهم نشاطاته مع الهيئة المركزية للشراء .

بمعنى آخر ، أن يرتبط نشاط المصلحة أو الهيئة المتعاقدة بنشاط الهيئة المركزية للشراء ويكون لصالحها ومصالحها.

فزيادة على الوصاية العضوية لا بد أن يرتبط نشاط المصلحة أو الهيئة المتعاقدة بنشاط ولصالح وللمصلحة الهيئة المركزية للشراء.

وهذا الشرط أكدته المشرع الجزائري في المادة 7 الفقرة الأخيرة حينما أكد أن من شروط عدم اعتبار العقود المبرمة بين المصالح أو الهيئات المتعاقدة والهيئة المركزية للشراء عقود صفقات عمومية أن تنصرف الأولى لحاسب الثانية.

الشرط الثالث: فزيادة على الوصاية وارتباط نشاط المصلحة المتعاقدة ولحساب الهيئة المركزية للشراء ، هناك شرط ثالث مجتمع مع الشروط الاثنين السابقتين هو وجوب أن تكون الهيئة المركزية للشراء هي نفسها من الأشخاص العامة الخاضعة لقانون الصفقات العمومية وفق المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

وهو ما أكدته المشرع في المادة 7 من نفس المرسوم الرئاسي حينما أكد أن لا تخضع لقانون الصفقات العمومية ، العقود المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لأحكام الصفقات العمومية.²⁰

الفرع الرابع: خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية للمنافسة في السوق

يبدو أن إقصاء المؤسسات العمومية الاقتصادية من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية في المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15-247: «لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب».

ويرجع السبب في هذا الإقصاء أن المؤسسات العمومية الاقتصادية تخضع للقانون التجاري ، وبالتالي لمنافسة السوق من طرف المؤسسات الخاصة.

فلا يعقل إخضاع هذه المؤسسات التنافسية لإجراءات قانون الصفقات العمومية المعقدة والطويلة فمثال مؤسسة نقل وهران للحافلات مؤسسة عمومية اقتصادية منشأة من طرف الولاية ، تخضع لمنافسة السوق من طرف المؤسسات الخاصة للنقل. وبالتالي هي ملزمة بتحقيق المردودية والربح ، في مجال التنافس فيه مع المؤسسات النقل الخاصة كبير جدا .

فمن غير المعقول إخضاع هذه المؤسسة لإجراءات قانون الصفقات العمومية في عملية شراء قطع الغيار مثلا ، والتي ستأخذ على أقل 6 أشهر بتحضير دفتر الشروط والدعوة للمنافسة عن طريق النشر في يوميتين وطنيتين ثم فتح الأظرفة والتقييم التقني والمالي والمنح المؤقت وانتظار الطعون وصولا لمنح النهائي للصفقة وبداية تنفيذها. في حقيقة الأمر، هذا الإقصاء يطرح بعض التساؤلات على اعتبار أن المرسوم الرئاسي 10-236 المنظم للصفقات العمومية أدرج المؤسسات العمومية الاقتصادية ضمن المصالح المتعاقدة الخاضعة لقانون الصفقات العمومية في عقود الأشغال العامة واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات .

غير أن قضايا الفساد التي ظهرت في سنة 2010 وما طرحت من إشكاليات قانونية تدور حول ما مدى خضوع شركة سونا طراك لقانون الصفقات العمومية في إجراءات إبرامها لصفقاتها أو تخضع لإجراءات خاصة داخلية .

وكان جواب المحاكم الجزائرية أن سونا طراك تخضع لقانون الصفقات العمومية بوصفها مؤسسة عمومية اقتصادية ولا تخضع لأي إجراءات خاصة داخلية ، ومن تم تمت متابعة الأشخاص الذين أبرموا صفقات بناء على هذه الإجراءات الخاصة الداخلية ودون احترام لقانون الصفقات العمومية . الأمر الذي دفع بشلل في هذه الشركة على أساس أن الكل أصبح يرفض المشاركة في إبرام الصفقات العمومية ، فتدخل المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي بموجب المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 يناير 2013 معدلا المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 ومخرجا المؤسسات العمومية الاقتصادية من قانون الصفقات العمومية ، وهو في الحقيقة الأمر كان لإخراج شركة سونا طراك من تطبيق هذا القانون بوصفها مؤسسة عمومية اقتصادية.

الخاتمة :

عالج المشرع الجزائري في المرسوم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2016 في المادة 6 الأشخاص الخاضعة لقانون الصفقات العمومية وحدده في قائمة تعدادية وحصرها في الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية الإدارية والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

كما أن الهيئات الوطنية المستقلة إلى جانب المؤسسات العمومية المتخصصة التي ليس لها طابع اقتصادي ولا تجاري ولا صناعي ورغم عدم النص عليهم في هذا القانون ورغم أن المرسوم الرئاسي 10-236 كان ينص عليهما ، فإنهما يبقيان خاضعان لأحكام وإجراءات قانون الصفقات العمومية ولا يعد عدم النص عليهما تراجع من جانب المشرع الجزائري.

في حين أن المشرع الجزائري عالج الأشخاص والعقود العامة التي لا تخضع لإجراءات وأحكام قانون الصفقات العمومية في قائمة تعدادية معتمدا على أساسين ، هما الأساس العضوي والأساس المادي أو الموضوعي ليخرج مجموعة من العقود الإدارية من قائمة العقود الإدارية التي كان بالإمكان أن تكون خاضعة لإجراءات وأحكام قانون الصفقات العمومية .

يبقى أن نشير أن كلا من المادة 6 والمادة 7 هي نقل حرفي لقانون الصفقات العمومية الفرنسي لا سيما المادتين 2 و3 منه.

الهوامش :

- 1 الجريدة الرسمية رقم 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.
- 2 الجريدة الرسمية رقم 28 المؤرخة في أكتوبر 2010.
- 3 Bernard Castaing .Rosan Noguellou et Catherine Prebissy-Schnall : Les marchés Publics , Notion .Modalités de gestion,Exécution,LITEC,Édition du Juris-Classeur,Paris,2002,p: 6.
- 4 BEN KHALIFA Faouzi : Le droit des marchés publics ,Édition CLE, Tunis, 2005.p.p :37-38.
- 5 الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 ، الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 1967
- 6 المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 ، الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 23 أفريل 1982
- 7 المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 ، الجريدة الرسمية رقم 57 لسنة 1991.
- 8 CE .Assemblée ,5 mars 1999,président de l'assemblée nationale: Les grands Arrêts ,n°118 ; CJEG,1999,p 18.concl C.Bergeal ,RFDA,1999p.333,concl.C.Bergal ;AJDA,1999,p.409,Chr F.Raynaud et P.Fombeur,JCP G,1999,II , N 10090 ,note Dessclodures.
- 9 الجريدة الرسمية رقم المؤرخة في جوان 2011.
- 10 الجريدة الرسمية رقم 12 المؤرخة في 29 فبراير سنة 2012.
- 11 بوضياف عمار:شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسور للنشر والتوزيع ، 2011، ص.ص: 50-51 .
- 12 الجريدة الرسمية رقم 82 ، المؤرخة في 1999.
- 13 نفس الجريدة الرسمية.
- 14 CE ,13 janvier 1995 ,Chambre de commerce et d'industrie de la Vienne , Rec.p.26- CE 9 dec 1987 , Chambre d'agriculture des deux-Sèvres,Rec.p.403. LAJOYE Christophe:
- Droit des marchés publics ,5 édition , Gualino Lextenso éditions ,2002 p.50.
- 15 Bernard Castaing .Rosan Noguellou et Catherine Prebissy-Schnall :...Op.Cit ,p7.
- 16 CE 21 sept 1992,Cne Bagnoles-sur-Cèzec/SARL Alpha Ambulances;Juris-Data N°1992-047099.Rec.CE,p.1105-CAA Paris 27 sept2001,Cne Papeeté c/ Dieumegard : Contrats marchés publics 2002.comm.n°8,note V.HAIM. Bernard Castaing .Rosan Noguellou et Catherine Prebissy-Schnall :...Op.Cit ,p8
- 17 Bernard Castaing .Rosan Noguellou et Catherine Prebissy-Schnall :...Op.Cit ,p.31.
- 18 BRACONNIER Stéphane : Droit des marchés publics ,Imprimerie Nationale, Éditions techniques „Paris 2002,p.p:102-106.
- 19 BRACONNIER Stéphane : ...Op.Cit ,p:83.
- 20 BRACONNIER Stéphane :...Op.Cit ,p.p:60-61.