

سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

نموشي حبيبة

طالبة دكتوراه

كلية الحقوق

جامعة الاخوة منتوري قسنطينة1

ملخص:

لقد قام المشرع الجزائري بالنص على إنشاء ولأول مرة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، إلا أن هناك نقائص تحوم حول هذه الهيئة المستحدثة وهو ما يوجب على المشرع إعادة النظر في هذه المنظومة القانونية.

الكلمات الدالة:

سلطة ضبط - تفويض المرفق العام- الصفقات العمومية

Résumé :

Le législateur algérien a établi pour la première fois la création de l'autorité de régulation des marchés publics et la délégation du service public par le décret présidentiel n ° 15/247 sur la réglementation des transactions publiques et l'autorisation de la facilité générale.

Ce dernier contient plusieurs défaillances concernant le statut juridique de cette autorité ce qu'est nécessite de le revoir.

Mots- clés : l'autorité de régulation - délégation du service public - marchés publics.

مقدمة:

إيماننا من المشرع الجزائري بأن عملية تنظيم القطاع الاقتصادي عن طريق الأساليب التقليدية تنظيم فاشل في ظل أزمة دولة الرفاهية، ومن تم تغير دور الدولة من دولة متدخلة إلى دولة منظمة تعمل على تنظيم الحقل الاقتصادي من خلال أجهزة وكيفيات جديدة كرسست خصيصا من أجل ذلك وتتمثل في سلطات الضبط والتي هي سلطات يتم إنشاؤها لضبط وتنظيم نشاط معين يتعلق بمجال من مجالات الحياة الاقتصادية .

وانطلاقا من الأهمية البالغة لعقود الصفقات العمومية باعتبارها وسيلة من وسائل تجسيد فكرة استمرار المرفق العام والحفاظ على المال العام في الدولة، والدور الذي تلعبه في انتعاش الاقتصاد الوطني والنهوض بالتنمية الشاملة للدولة، كما أن قيام الصفقات العمومية على التمويل المباشر من خزينة الدولة جعلها أكثر المجالات عرضة لجميع أنواع الفساد الإداري .

فنتيجة لكل هذه الاعتبارات تيقن المشرع الجزائري أنه في حاجة ماسة إلى إنشاء سلطة ضبط تحمي الاقتصاد الوطني من جميع أنواع الفساد في الميدان المتعلق بالصفقات العمومية، وإثر ذلك نص على ميلاد سلطة ضبط جديدة تسمى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام وذلك بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، وقد كان إنشاؤها من قبل هذا الأخير يشكل استثناء عن باقي سلطات الضبط التي أنشأها المشرع الجزائري عن طريق أوامر مثل مجلس المنافسة ومجلس النقد والقرض وهذا ما يطرح تساؤلات عن مدى استقلاليتها الفعلية وتمتعها بالشخصية المعنوية.

وبناء على ما سبق نطرح التساؤل حول: مدى فعالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام كهيئة مستحدثة اعتمدت لضبط هذا القطاع ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل يقتضي بنا الأمر محاولة التعرف على : الإطار القانوني المنظم لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام (المحور الأول)، ليطم تطعيم ذلك بدراسة لهذه السلطة من أجل استكمال الصورة المؤطرة لها (المحور الثاني).

المحور الأول: الإطار القانوني المنظم لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

إن العوامل الأساسية التي أدت بالمشروع إلى تنصيب هذه اللجنة على رأس هذا القطاع هي الرغبة في تشديد المحافظة على الأموال العمومية، وما يمكن إضافته بخصوص هذه السلطة المستحدثة هو إحداث أكثر شفافية في إبرام الصفقات العمومية فسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تعتبر هيئة متخصصة يستعان بها في أعمال يمكن القول بأنها تقنية دقيقة ومتخصصة تحتاج إلى درجة كبيرة من الخبرة في مجال إبرام العقود الإدارية وتفويضات المرفق العام، فهي تستخلف الدولة بمفهومها الواسع في بعض المهام التي كانت مخولة لها انطلاقاً من وضع التنظيمات تم السهر على تطبيقها واحترامها، فضلاً عن الدور الذي تقوم به في الجانب الرقابي على الاتفاقيات المبرمة بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين ومدى احترامهم في تعاملاتهم للقوانين والأنظمة المعمول بها، إذ أن كل هذه الاختصاصات منحها إياها المشروع الجزائري من أجل تعزيز آليات عملها .

مع كل هذا وذاك وبالنظر إلى الدور الفعال الذي تقوم به سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام فإن الأمر يقتضي التطرق إلى أهم النقاط التي عالجها المرسوم الرئاسي 247/15 بخصوص إنشاء ولأول مرة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام كالآتي : إبرام الصفقات العمومية والرقابة عليها (أولاً)، تنفيذ الصفقات العمومية (ثانياً)، منازعات الصفقات العمومية (ثالثاً).

أولاً : إبرام الصفقات العمومية والرقابة عليها

من منطلق أن عملية إبرام الصفقات العمومية تخضع لمعايير يتم الاعتماد عليها في إعداد الصفقات العمومية، فقد اعتمد عليها المشروع الجزائري في المرسوم 247/15 إذ أبقى على نفس المعايير المعتمد عليها في التنظيمات السابقة مع إحداث بعض التعديلات في مضمونها، فبالنسبة للمعيار الشكلي الذي يعتبر شرط جوهري في إبرام الصفقات العمومية فبدونه لا يمكن أن تبرم

الصفة العمومية، وقد أكد المشرع الشكلية في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15¹ بأن الصفقات العمومية عقود مكتوبة فالكثابة في الصفقات لا تعد معيارا للتمييز وإنما هي شرط إلزامي. فالدافع من التأكيد على توافر شرط الكثابة يرجع إلى سببين : - انه لا يمكن تصور الصفة بدون كثابة، - كما انه من غير المنطقي أن تكون المبالغ المالية الضخمة التي تصرف بعنوان الصفة العمومية لجهاز مركزي أو مرفقي أو هيئة وطنية مستقلة تتحملها دون تدوين أو كثابة². أما بالنسبة للمعيار العضوي فقد تضمن المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 6 منه الجهات المخولة قانونا لإبرام الصفة والمتمثلة في³:

- الدولة
- الجماعات الإقليمية
- المؤسسات الخاضعة للتشريع الجزائري الذي يحكم النشاط التجاري عندما يكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية.
- فمن خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع قام بتضييق مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية مقارنة مع ما كان منصوصاً عليه في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 236/10، فقد قام بحذف الهيئات الوطنية المستقلة ومراكز البحث والتنمية والمؤسسات الاقتصادية.
- وبخصوص المعيار المالي المتصل بالخزينة العامة نجد أن المشرع قد رفع حدود إبرام الصفة العمومية من 8000.000 دج إلى 12000.000 دج بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم ومن مبلغ 4000.000 دج إلى 6000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات، حيث أن الطلبات التي تقل أو تساوي هذه المبالغ لا توجب إبرام الصفة⁴.

1- تنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 على ما يلي: " 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".

2- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2017، ص35.

3- أنظر المادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15 ' مرجع سابق.

4- اليوم الدراسي حول الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المنعقد بقاعة المحاضرات بمقر ولاية بومرداس، بتاريخ الأربعاء 10 فيفري 2016، لفائدة مسيري الجماعات المحلية لولاية بومرداس، ص12.

ومن أجل قيام الصفقات العمومية يجب تبين موضوع الصفقة المبرمة والمراد إبرامها، إذ ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه أقر على نفس مواضيع الصفقة المنصوص عليها في التنظيمات السابقة بداية من الأمر 90/67 إلى غاية المرسوم 247/15 وأضفى عليها توضيحات أكثر (أنظر المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15)، إذ نص المشرع بصريح العبارة على 4 أنواع للعقود التي تبرمها المصلحة المتعاقدة وأضفى عليها طابع الصفقة دون أن يعطي تعريفا لكل صفقة مكتفيا بتحديد الهدف منها وتمثلت هذه الأنواع فيما يلي¹:

1- صفقة إنجاز الأشغال العامة

2- صفقة اقتناء اللوازم

3- صفقة تقديم خدمات

4- صفقة إنجاز الدراسات

ومن حيث عملية إبرام الصفقات العمومية فالأحكام التي جاء بها المرسوم الرئاسي 247/15 نجد أن المشرع الجزائري انتقل من طريقة المناقصة التي تضمنتها التنظيمات السابقة إلى طريقة الطلب على العروض المنصوص عليها في الأمر 90/67 وجعلها كأصل في إبرام الصفقات العمومية وجعل التراضي كاستثناء²، وتبعاً لذلك يمكن القول أن المشرع اعتمد على طريقتين لإبرام الصفقات العمومية تتمثلان في :

1- الطلب على العروض كأصل

2- التراضي كاستثناء¹

1- الطلب على العروض :

يعتبر الطلب على العروض من بين كفاءات إبرام الصفقة العمومية ، إذ أنه وفقاً لهذه الكيفية فإن المصلحة المتعاقدة تحصل على أفضل عرض بناء على وضع عدة متعهدين في منافسة تحقيقاً

1- تم ذكر هذه الضوابط القانونية المفروضة على المصلحة المتعاقدة من خلال المادتين (13 و 29) من المرسوم الرئاسي 247/15 ، مرجع سابق.

2- تنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية الصادرة في 20 سبتمبر 2015 ' عدد 50 على ما يلي: " تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة، أو وفق إجراء التراضي"

لمبدأ المساواة بين المعتمدين وقد أخذ المشرع بموجب هذه الكيفية من خلال المادة 40 من المرسوم الرئاسي 247/15¹.

هذا وإذا كان الطلب على العروض يسمح للمصلحة المتعاقدة بالحصول على أفضل عرض بضمان المساواة بين المعتمدين فإن المرسوم الرئاسي 247/15 قد قام بحذف المزايدة التي أشارت إليها وتضمنتها التنظيمات السابقة، وبالتالي يكون للإدارة حرية واسعة للتعاقد، وقد نصت المادة 42 من نفس الرسوم على أشكال طلب العروض والتمثلة في :

- المناقصة المفتوحة
- المناقصة المحدودة
- الاستشارة الانتقائية

كما تم تكريس مبادئ يقوم عليها طلب العرض من أجل ضمان شفافية إجراءاته.²

2- التراضي:

لقد أكد المرسوم 247/15 على أن التراضي طريق استثنائي لإبرام الصفقات العمومية وهذا حتى لا تلجأ إليه الإدارة كسبيل للتخلص من القيود القانونية المفروضة عليها في اختيار المتعاقد وحسب المرسوم الرئاسي 247/15 للتراضي صيغتان إما أن يكون تراضي بسيط أو تراضي بعد الاستشارة³

وقد حددت المادتان 49 و 41 حالات كل صيغة من نفس المرسوم.

ولما كانت المبالغ المالية التي تخصصها الحكومة لإشباع الطلبات العمومية المتزايدة عن طريق الصفقات العمومية ضخمة فوجب عليها فرض الرقابة عليها، فقد قام المشرع الجزائري في المرسوم 247/15 بوضع نظام يسمح بتفعيل دور الرقابة من أجل حماية المال العام، وإزالة

1- عرفت المادة 40 من المرسوم الرئاسي 247/15 طريقة الطلب على العروض على أنها : " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية ، تعد قبل انطلاق الإجراء"

2- أنظر المادة 9 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، مرجع سابق

3- تنص المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15 على ما يلي : " ...يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة...."

العوائق التي تعرقل التنمية الاقتصادية وذلك من خلال الرقابة الداخلية التي تمارس لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض وذلك بعد أن تم إدماجها في لجنة واحدة أين كانت عبارة عن لجنتين مستقلتين ، المنصوص عليها في التنظيمات السابقة¹، والرقابة الخارجية القبلية والبعدية والتي تمارسها لجان الصفقات المختصة ورقابة المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة إضافة إلى أشكال أخرى من الرقابة.²

ثانيا: تنفيذ الصفقة العمومية

وعيا من المشرع بأن إبرام الصفقة العمومية وتنفيذها ليس بالأمر الهين ، وأمام الخطورة التي تشكلها هذه العملية وأهمية تحقيق المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة للمتعاقد، إن كان ذلك لا يسوغ للمصلحة المتعاقدة التضحية بتلك المصلحة الفردية كليا³ ورغبة من المشرع الجزائري في حسن تنفيذ الصفقة العمومية⁴ ، قد حدد المرسوم الرئاسي 247/15 الصلاحيات والامتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة ، وكذا حدد من الجانب المتعلق بالمتعامل المتعاقد ما يقع عليه من التزامات والتي وجب عليه تنفيذها وماله من حقوق يتحصل عليها مقابل تنفيذه لهذه الالتزامات .

وبخصوص النقطة الأولى: قد نظم المشرع الجزائري سلطتين يحق للمصلحة المتعاقدة التمتع بهما، إذ بمقتضى الفقرة 3 من المادة 36 من المرسوم الرئاسي 247/15 تملك المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها بصفتها صاحبة الصفقة حق المراقبة والإشراف ويتمثل هذا الحق في : مرافقة الإدارة للمتعاقد معها وتوجيهه وذلك من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة على الشروط المتفق عليها⁵، وبعبارة أخرى سلطة الإشراف والمراقبة تمثل الحد الأدنى لما يمكن الاعتراف به للمصلحة المتعاقدة في مجال رقابتها على تنفيذ الصفقة العمومية ، إذ من واجبها أن تتولى الإشراف

1 - تم ذكر هذه الضوابط القانونية من خلال المواد (162'160'159'72'71).

- تم ذكر هذه الضوابط القانونية من خلال المواد

2(190'189'185'183'181'180'179'177'173'172'171'163'148).

3 - سبكي ربيعة ، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة 3 الماجستير في القانون فرع قانون الإجراءات الإدارية ، جامعة تيزي وزو ، 2013، ص 10.

4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، مصر ، 5ط، 1991، ص 257.

5- سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع نفسه ، ص 257.

على المتعاقد معها حتى تتأكد من قيامه بتنفيذ العقد طبقا للبنود والشروط المتفق عليه¹، كما تملك المصلحة المتعاقدة حق تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر، فهو ليس له الحق أن يحتج أو يعترض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة وإستراتيجية المصلحة العامة وحسن تسيير المرفق العام.²

أما على مستوى سلطات المصلحة المتعاقدة المنصبة في مجال توقيع الجزاء فقد منحت للإدارة صلاحية فرض عقوبات مالية بحق المتعاقد معها بغية ضمان تنفيذ عقودها الإدارية وفق الشروط والمواعيد المتفق عليها في العقد³ كما منحت للإدارة سلطة فسخ الصفقة والأصل أن الصفقات العمومية تنتهي نهاية طبيعية شأنها شأن بقية العقود بنهاية تنفيذ الالتزامات التعاقدية القائمة، أو بانتهاء المدة المحددة في العقد⁴ كما قد تنتهي بطريقة أخرى فقد خول التنظيم الحالي سلطة توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد المقصر، الذي يعتبر أخطر الجزاءات التي يمكن أن توقعها المصلحة المتعاقد وهو يفترض ارتكاب المتعاقد معها خطأ جسيم، أو إخلالا خطيرا بالتزاماته فتقوم المصلحة المتعاقدة بفسخ العقد أي إنهاءه كجزاء له على هذا التقصير الشديد أو الخطأ الجسيم⁵ وذلك بعد أن تقدم له الإدارة إعدارا له أجل محدد ولم يتدارك تقصيره في ذلك الأجل⁶.

وإلى جانب الفسخ الأحادي أجازت المادة 151 من المرسوم الرئاسي 247/15 اللجوء للفسخ التعاقدية حسب الشروط المدرجة في الصفقة بحيث نصت المادة على أنه زيادة على الفسخ من جانب واحد المذكور في المادتين 149 و150 أعلاه، يمكن القيام بالفسخ التعاقدية للصفقة العمومية، عندما يكون مبررا بظروف خارجية عن إرادة المتعامل المتعاقد حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض، وفي حالة فسخ الصفقة جارية التنفيذ باتفاق مشترك يوقع الطرفان وثيقة

1- محمود أبو السعود ، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، 1ع، 1997، ص20.

2- أنظر المواد (135-136-138-139) من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق .

3- على خطار شنطاوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامة التأخير بحق المتعاقد معها ، مجلة الحقوق ، 1ع، جامعة الكويت ، 2000 ص68.

4- ياقوتة عليوات ، تطبيقات النظرية العامة للعقود الإدارية : الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل دكتوراه دولة في القانون العام ، جامعة منتوري ، كلية الحقوق ، قسنطينة ، 2010، ص249.

5- حابي فتيحة ، فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتأمنراست، الجزائر ، العدد9، سبتمبر2015، ص96، 97.

6- تنص المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 على ما يلي : " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته التعاقدية ، توجه له المصلحة المتعاقدة اعذرا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد"

الفسخ التي يجب أن تنصب على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة الباقية تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة¹.

أما بخصوص النقطة الثانية : فقد كرس المشرع للمتعاقل مع المصلحة المتعاقدة بعض الحقوق إذ يتمثل الحق الأول والأساسي في الحق في اقتضاء المقابل المالي فمما لا شك فيه أن المتعاقل مع الإدارة يسعى من وراء تعاقله إلى تحقيق الربح² ، كما يحق للمتعاقل المتعاقل الحق في التوازن المالي إذا زادت أعباءه المالية أثناء تنفيذ الصفقة³ ، وكذا يجوز للمتعاقل طلب التعويض إذا لحقه ضرر جراء عمل قامت به الإدارة⁴.

ومن أجل الحرص على صيرورة وديمومة المرافق العامة وحفاظا على المال العام ألزم المتعاقل المتعاقل بالتزامات تتمثل في:

- الأداء الشخصي للخدمة إلا في حالة المناولة والتي تعتبر حالة استثنائية أجازها المرسوم الرئاسي 247/15 تسمح للمتعاقل المتعاقل بمنح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد المناولة⁵
- أداء الخدمة حسب الكيفيات المتفق عليها في العقد : إذ يجب على المتعاقل المتعاقل أن يتحمل نتيجة تعهده والتزامه بأن ينفذ موضوع الصفقة حسب ما تم التعاقل عليه ، فإن كان الأمر يتعلق بتوريد أو تجهيز أو عتاد فوجب أن يكون حسب الأوصاف والمقاييس المتفق عليها ، وهو الأمر كذلك إذا تعلق موضوع الصفقة بالأشغال⁶
- الالتزام باحترام الوقت المتفق عليه لأداء الخدمة.

1- أنظر المواد 149'150 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، مرجع نفسه.

2- وقد حددت المادة 108 من المرسوم الرئاسي 247/15 كيفيات الدفع حيث تنص على أنه : " تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب ، وبالتسويات على رصيد الحساب "

3- مال الله جعفر عبد المالك الحمادي ، ضمانات العقد الإداري ، ط2، الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ص354.

4- أنظر المادة 140 من المرسوم الرئاسي 247/15.

5- أنظر المادة 141 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، مرجع سابق.

6- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، الطبعة الثالثة ، جسر للنشر والتوزيع ، الجزائر 2011 ، ص299.

حيث تتضمن كل صفقة الأجل المحدد لتنفيذها ومن هذا المنطلق فإن المتعامل المتعاقد مجبر وملزم باحترام الآجال المتفق عليها لانجاز المشاريع أو الصفقة موضوع العقد¹.

ثالثا: منازعات الصفقات العمومية

يقصد بالمنازعات في مجال الصفقات العمومية تلك التي تنشأ بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد بخصوص تنفيذ أو تفسير بنود صفقة ، وهي بذلك لا تشمل المنازعات التي تكون النيابة العامة طرفا فيها والمتمثلة في قضايا الفساد في الصفقات العمومية التي يكون أحد أطرافها شخصا طبيعيا يحمل صفة الموثق العمومي طبقا للمادة 02 من 01/01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

واستثناء هذا النوع من المنازعات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأسس فيها طرفا مدنيا ، كما يمكن أن يكون فيها المتعامل المتعاقد متهما بالمشاركة في الجريمة أو الجرائم المنسوبة للشخص الطبيعي " الموظف العام " -ناجم عن طبيعتها المتميزة عن المنازعات العامة للصفقات العمومية ، فهذه المنازعات تحمل طابعا جزائيا تخضع للقضاء الجزائي ولا ترتبط بالصفقات العمومية إلا بخصوص ارتكاب الجرائم محل المتابعة في إبرام أو تنفيذ الصفقة العمومية ، وهو مجال للدراسة في العلوم الجنائية والقانون الجنائي وليس في قانون الصفقات العمومية ذو المنازعة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد يمكن أن تنشأ حتى قبل إبرام الصفقة من خلال الطعون المخولة للمترشحين للصفقات من أجل المنازعة في المنح المؤقت للصفقة مثلا ، كما يمكن أن تنشأ أثناء سريان الصفقة وهي الأهم بسبب عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته ، كما أن المنازعة يمكن أن تنشأ أثناء تنفيذ الصفقة بسبب تنفيذها على غير النحو المتفق عليه أو خارج الأجل المتفق عليها أو حتى بعد غلق الصفقة بسبب العيوب الخفية ، ويمكن أن تشكل الضمانات المقدمة في إطار الصفقات العمومية في مجال أعمالها أيضا موضوعا للمنازعة في الصفقات العمومية².

والجدير بالتنويه أن المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قد تضمن بعض التدابير والآليات المتعلقة بمكافحة في الصفقات العمومية ، حيث

1- فاضلي سيد علي ، التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية ، مداخلة قدمت ضمن أعمال اليوم الدراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في 23 فيفري 2016، جامعة المسيلة، ص1.

2- بن بوزيد دغبار نورة ، منازعات الصفقات العمومية ، مجلة دفاتر السياسة والقانون ، العدد الخامس عشر ، جوان، 2016، ص 441 و 442 .

خصص القسم الثامن من الفصل الثالث لمكافحة الفساد وهذا في المواد من 88 إلى 94 ، كما أولى المشرع ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 01/06 المعدل والمتمم أهمية خاصة لمسألة مكافحة الفساد في الصفقات العمومية من خلال تجريمه لكافة السلوكيات والأفعال الماسة بنزاهتها وشفافيتها.¹

وبناء على كل ما تقدم يمكن القول أن التعقيد الذي تكتسبه عملية إبرام الصفقات العمومية وكذا إجراءات المنازعة بخصوصها لا يخدم في الحقيقة الغايات المتوخاة من إقرار القانون في ذاته وهو تحقيق للمصلحة العامة ، أننا نعتقد بأن طول إجراءات الإبرام والفسخ والتقاضي فيه هدر للوقت وبالتالي للمال في ظل توجه نحو الحرية الاقتصادية مكرس دستوريا ، وإذا كنا نميل إلى الحفاظ على المال العام ، فإننا نعتقد جازمين بأن الثقة في الإطارات أهم من تعقيد الإجراءات ، ومنهم حرية وحماية تمكنهم من المضي قدما بالمؤسسات التي يديرونها هو أكثر تحقيقا للمصلحة العامة².

المحور الثاني: البعد العملي لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

بعدما تم التطرق في إطار الفقرة السابقة إلى الإطار القانوني المنظم لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام وبيان أهم المستجدات التي جاء بها المرسوم الرئاسي 247/15 مع قياس مدى تجاوزها بأحكام التنظيمات التشريعية السابقة.

ولقد كان الأمر 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية -جريدة رسمية عدد 52 سنة 1967- أول أمر صدر في مجال الصفقات العمومية بعد الاستقلال كان الهدف منه سد النقص والفراغ الذي كانت تعاني منه الجزائر بعد الاستقلال وتماشيا مع النظام الاشتراكي المنتهج ، ثم تم إصدار المرسوم التنفيذي 145/82 المؤرخ 10 أفريل 1982 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي ، جريدة رسمية العدد 15'1982 ، وبعدها تم إصدار المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وذلك من أجل مواكبة التطورات الاقتصادية الحاصلة من أجل مسايرتها والاستجابة لها ، ثم تابع المشرع

1- القانون رقم 11-15 المؤرخ في 2 أوت 2011 ، يعدل ويتمم القانون 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 ، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، ج ر ، عدد 44 ، 2011.

2 - بن بوزيد دغبان نورة ، منازعات الصفقات العمومية ، مرجع سابق، ص 447.

مشواره في تعديل القوانين المنظمة للصفقات العمومية بعد تسجيله للتجاوزات في مجال الصفقات العمومية من فساد ورشوة ، ولتعزيز آليات الوقاية من هذه الجرائم ، ثم إصدار المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 ، وتلاه المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 ، جريدة رسمية عدد 58 سنة 2010 ، ليصدر بعد ذلك آخر تعديل اعتمده المشرع في المرسوم الرئاسي 247/15 يهدف من خلاله إلى إنعاش الاقتصاد الوطني وتدارك النقائص التي عرفت القوانين السابقة ، ومن خلال الجديد الذي جاء به هذا المرسوم والذي وضعناها في المحور السابق بات من الضروري الكشف عن العيوب والنوايا التي احتواها تحت هدف حماية المصلحة العامة و ضمان الشفافية والنزاهة في عقد الصفقة (أولا)، وإثر ذلك سننتقل إلى محاولة وضع تأطير لأهم المرتكزات الكفيلة بجعل هذه الهيئة قادرة على أداء مهامها كبعد استشرافي لهذه الدراسة (ثانيا).

أولا : تقييم محتوى المرسوم الرئاسي 247/15

إن جديد المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالنص على إنشاء ولأول مرة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام ، يؤكد يعزز إرادة المشرع الجزائري في التوجه نحو سد جميع الثغرات في هذا المجال قصد التصدي لجميع الجرائم والمخالفات التي تعتري مجال الصفقات العمومية ، خاصة وأن الصلاحيات الموكلة لهذه الهيئة على درجة كبيرة من الأهمية خاصة فيما يتعلق بالتدقيق على إجراءات إبرام الصفقات العمومية وبتسوية نزاعاتها¹.

ومن أجل تحقيق هذه الأهداف جاء تنظيم الصفقات العمومية بمجموعة من الأحكام التي من خلالها يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد تدارك الثغرات الموجودة في القوانين السابقة المنظمة للصفقات العمومية ومن أهمها²:

- أن المشرع أعاد النظر في تعريف الصفقة العمومية بما يتلاءم والتحوللات .

1- بوسلامة حنان ، سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام ، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني الموسوم بالتفويض كآلية لتسيير المرافق العمومية بين حتمية التوجه الاقتصادي وترشيد الإنفاق العام : قراءة في المرسوم الرئاسي 247/15 ، ص 6.

2- عمارة مسعودة ، دراسة نقدية لمفهوم الصفقة العمومية ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، العدد الحادي عشر ، ص 53.

- أعاد المشرع النظر في أطراف الصفقة العمومية خاصة ما تعلق بالمصلحة المتعاقدة التي حددها حصرا وتماشيا مع ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقضى على الإشكال الذي أثارته المادة 2 من القانون القديم.

- اعتماد المشرع في المرسوم الجديد على المعيار العضوي واستثناء الموضوعي.

- التأكيد مرة أخرى على المتعامل الوطني كفاعل اقتصادي هام في الصفقة العمومية.

- دعم المشرع دور الأجهزة الرقابية ونص على قسم يخص الفساد.

وفي الأخير نقول أن المرسوم 247/15 جاء في إطار الإصلاحات التي باشرتها الدولة الجزائرية والهادفة إلى ترشيد وحماية النفقات العمومية ، كما جاء لتحقيق مجموعة من الأهداف من أهمها التخفيف من حدة الإجراءات البيروقراطية التي تعرفها عملية إبرام الصفقات العمومية¹.

ثانيا: المرتكزات الكفيلة بنجاعة سلطة ضبط الصفقات العمومية

تحريا لتحقيق نجاعة مختلف المشاريع التي تم تنفيذها عن طريق الصفقات العمومية ، وتماشيا والمتطلبات التي تفرضها متغيرات العصر الحديث، بات من الضروري قيام المشرع بتنصيب "سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام" بغية تعزيز مواجهة الفساد في هذا المجال إلى جانب ما تقوم به كل من الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد وكذلك الديوان المركزي لقمع الفساد².

إلا أنه وبالرغم من المقاييس التي حرص المشرع على أخذها بعين الاعتبار عند إحداثه لهذه الهيئة إلا أن هناك بعض الثغرات شابت تنظيم هذه الهيئة³ :

- عدم صدور المرسوم التنظيمي الخاص بسلطة ضبط الصفقات العمومية

1- الكاهنة زاوي، إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون 247/15، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد الثاني عشر، ربيع الثاني 1439هـ، 2017م، ص47.

2- بوسلامة حنان ، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون الضبط الاقتصادي ، 2018، ص242.

3- بوسلامة حنان، سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، مرجع سابق ، ص7.

- منح سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام استقلالية نظرية فقط.

وفي نظرنا فإنه بخصوص **النقطة الأولى** : فإن المشرع على دراية أنه إذا لم يضع مرسوم تنفيذي خاص بهذه الهيئة المستحدثة لن تتمكن من الشروع في مباشرة صلاحياتها واقعيًا ، إذ أنه انطلاقًا من كون فعالية أداء الحكومة وأداء المؤسسات- المتعاملين الاقتصاديين- من جهة ، وحماية المال العام من جهة أخرى مقرون بفعالية نظام الصفقات العمومية ، وتتمحور فعالية نظام الصفقات العمومية لأي دولة حول مدى نجاعة الركائز الأساسية لإدارة الصفقة العمومية والتي تكون مرهونة ليس فقط بالإمكانات المادية والمهنية والتقنية فحسب بل بصورة أساسية بوجود ضوابط تتضمنها مبادئ وأسس.

هذه المبادئ التي تفرض على طرفي الصفقة منذ بدأ تكوينها وحتى مرحلة تنفيذها. وهو الأمر الذي يبقى رهين النصوص التطبيقية لأحكام المرسوم الرئاسي 247/15 التي ستحكم الصفقة العمومية، وكذا لتوجهات المشرع والغايات التي يرمي من خلالها لتجسيد الصفقة على أرض الواقع.

وبالتالي يعتبر إصدار المرسوم التنفيذي التزامًا في ذمة المشرع يستهدف إصداره وضع قواعد قانونية واضحة لدعم سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ولضمان فعاليتها ونجاح تطبيقها في الجزائر. وإن كان من الصعب أن يتم تضمينها ضمن نصوص قانونية إلا أن الفعالية الاقتصادية قد تكون إحدى الفعاليات التي ترد ضمن الصفقة العمومية حسب كل نمط من أنماط الصفقة العمومية.

أما بخصوص **النقطة الثانية** : قيام المشرع بسحب استقلالية هذه الهيئة أثناء مباشرتها لمهامها يعد أكبر معرقل لضبط هذا المجال، فمن المتفق عليه فقها أن الاستقلالية تعني غياب الرقابة على الهيئة¹، أي عدم تبعية السلطة الإدارية المستقلة للسلطة الرئاسية أو الوصاية الإدارية من قبل أي جهة إدارية عليا أي عدم خضوعها للتدرج الإداري² وبالنسبة لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام والتي تعتبر موضوع بحثنا وباستقراءنا لنص المادة 2013 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي نصت على ما يلي : " تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية، سلطة ضبط

1- بوجملين وليد ، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري ، الجزائر ، دار بلقيس، 2011، ص22.

2- حسن حوات ، السلطات الإدارية المستقلة وفعاليتها في نطاق تحديث الإدارة المغربية ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد34، سنة 2000 ، ص236.

الصفات العمومية وتفويضات المرفق العام تتمتع باستقلالية التسيير. وتشمل مرصدا للطلب العمومي " نجد أن المشرع أقر تبعية هذه الأخيرة إلى وزارة المالية وهذا ما يشكل خطرا على استقلالية السلطة المستقلة لأنه كما يقال من يملك المال يملك السلطة¹ علما أن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تمارس صلاحية التدخل المباشر لتنظيم الدولة من خلال وضع قواعد متخصصة في قطاعات النشاط، أين يكون من الضروري الموازنة بين المصالح المتعارضة ، وعليه فإن الضبط لا يكون فعالا إلا إذا كانت الهيئات المسؤولة تتمتع بحرية العمل ضمن هياكل الدولة² ، ولتجسيد أهمية هذه السلطة يجب تدعيمها من خلال منحه الاستقلالية المالية بشكل أكبر مما هي عليه في التشريع الحالي.

لذلك فإن المشرع الجزائري مدعو اليوم إلى توضيح بعض المواد بالتفصيل عن طريق نصوص تنظيمية لأن غموضها قد يحدث تخوفا من المساءلة القانونية والمتابعة القضائية لدى بعض الإطارات مما يدفعهم إلى التهرب من المسؤولية والتسبب والإهمال واللامبالاة ، وذلك ما قد يقلل من نجاعة ممارسة الرقابة على الصفقات العمومية³.

كما أنه على الصعيد الوطني نقول أن الجزائر عرفت عدة إصلاحات هادفة إلى ترشيد وحماية النفقات العمومية ، إلا أنه ورغم التقدم المحرر لا يزال الوقت مبكر للقول بنضجه ، وذلك راجع إلى هيكلية وتسيير سلطة ضبط الصفقات العمومية ، خاصة وأن قيام هذه الأخيرة بمهمتها المتمثلة في ضبط قطاع الصفقات العمومية محفوف بتجاوزها للسلطة والسقوط في الشطط وهذا ما قد يضر بالمصلحة العامة للدولة ككل .

وبالتالي يبدو بالملحوس أن البيئة الاقتصادية للجزائر غير مواتية إلى حد ما ، لذلك يجب على المشرع العمل على إرساء سبل نجاعة هذه الهيئة المستحدثة ، كما يجب التوفيق بين الصلاحيات الممنوحة لها و بين المبادئ التي جاء بها قانون الصفقات العمومية ومقتضيات المصلحة العامة.

1- خميلية سمير، عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق ، مذكرة ماجستير فرع تحولات الدولة ، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2013 ، ص97.

2 - ZOUAIMIA Rachid ,les autorités de régulation indépendantes ,Belkeisse édition ,Alger ,2013,p26.

3- بوسلامة حنان ، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مرجع نفسه ، ص211.

الخاتمة:

تشكل سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام أهمية بالغة للاقتصاد الوطني ، إذ يعتبر إحدى الإستراتيجيات التي تنتهجها الدول المتقدمة كانت أم في طريق التنمية لكونها تقضي على كل مظاهر الفساد وتغلق كل الثغرات الرامية إلى المساس بالمال العام وبالرغم من الاختصار الشديد وما يعتريه المرسوم الرئاسي الذي أنشأ هذه الهيئة، إلا أنه حقق خطوة إيجابية تضبط مجال الصفقات العمومية ، وما يمكن ملاحظته هو تماطل أو إهمال المشرع في إصدار مرسوم تنفيذي يمنع تفعيل دور هذه الهيئة على أرض الواقع ويبقيها مجرد حبر على ورق.

قائمة المراجع:**1- النصوص القانونية:**

1. القانون رقم 11-15 المؤرخ في 2 أوت 2011 ، يعدل ويتم القانون 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، ج ر ، عدد 44 ، 2011.
2. المرسوم الرئاسي 15/247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الجريدة الرسمية الصادرة في 20 سبتمبر 2015 ، عدد 50 .

2- الكتب:

1. بوجملين وليد ، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، الجزائر، دار بلقيس، 2011.
2. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، 2011.
3. علي فيلالي، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
4. عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر ، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، ط1 جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2017

5. مال الله جعفر عبد المالك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، ط2، الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

3- المذكرات:

1. سبكي ربيعة ، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، جامعة تيزي وزو، 2013
2. خميلية سمير، عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق، مذكرة ماجستير فرع تحولات الدولة ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2013.

4- أطروحات الدكتوراه:

1. بوسلامة حنان ، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه " LMD " في القانون العام تخصص قانون الضبط الاقتصادي، 2018.
2. ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقود الإدارية : الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل دكتوراه دولة في القانون العام، جامعة منتوري ، كلية الحقوق، قسنطينة ، 2010.

5-المقالات:

1. الكاهنة زاوي ، إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون 247/15 ، مجلة الشريعة والاقتصاد العدد الثاني عشر، ربيع الثاني 1439هـ، 2017 م .
2. بن بوزيد دغبار نورة ، منازعات الصفقات العمومية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الخامس عشر، جوان ، 2016.
3. حسن حوات ، السلطات الإدارية المستقلة وفعاليتها في نطاق تحديث الإدارة المغربية ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، العدد34، سنة2000 .
4. حابي فتيحة، فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتاثيرات، الجزائر، العدد9، سبتمبر2015.

5. عمارة مسعودة، دراسة نقدية لمفهوم الصفقة العمومية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر.
6. على خطار شنطاوي ، صلاحية الإدارة في فرض غرامة التأخير بحق المتعاقد معها ، مجلة الحقوق، ع1، جامعة الكويت، 2000.
7. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ع 1، 1997.
8. مال الله جعفر عبد المالك الحمادي ، ضمانات العقد الإداري، ط2، الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010.

6- المداخلات:

1. اليوم الدراسي حول الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، المنعقد بقاعة المحاضرات بمقر ولاية بومرداس ، بتاريخ الأربعاء 10 فيفري 2016 ، لفائدة مسيري الجماعات المحلية لولاية بومرداس.
2. بوسلامة حنان ، سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام ، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني الموسوم بالتفويض كآلية لتسيير المرافق العمومية بين حتمية التوجه الاقتصادي وترشيد الإنفاق العام : قراءة في المرسوم الرئاسي 247/15.
3. فاضلي سيد علي، التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية، مداخلة قدمت ضمن أعمال اليوم الدراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في 23 فيفري 2016، جامعة المسيلة.

- Ouvrages :

- ZOUAIMIA Rachid ,les autorités de régulation indépendantes Belkeisse édition ,Alger ,2013.

EXAMPLE