



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
كلية الحقوق والعلوم السياسية (19 مارس 1962)
نيابة العمادة المكلفة بما بعد التدرج
و البحث العلمي و العلاقات الخارجية
رقم: / 2024

مستخرج من محضر المجلس العلمي للكلية
المنعقد بتاريخ 2024/12/03

بناء على طلب المصادقة على تقارير كل من الأستاذ الدكتور ميلوى زين
والأستاذ الدكتور شنة زواوي والأستاذة الدكتورة هوارى ليلي من جامعة
غليزان كخبراء للمطبوعة الجامعية للدكتور زوقار عبد القادر والموسومة
بـ«قانون العقود العامة»، موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر تخصص قانون
عام.

بعد الإطلاع على تقارير الخبرة الذي أكد على قابلية المطبوعة لتكون مرجع
يعتمد عليه الطالب في مساره البيداغوجي.

بعد المناقشة والمداولة أبدى المجلس العلمي رأيه بالموافقة على
المصادقة على تقارير الخبرة وإ اعتمادها كمطبوعة جامعية.

حرر بسيدي بلعباس في 2024/12/03

عميد الكلية

عميد الكلية
أ. د. طيب إدراهموس



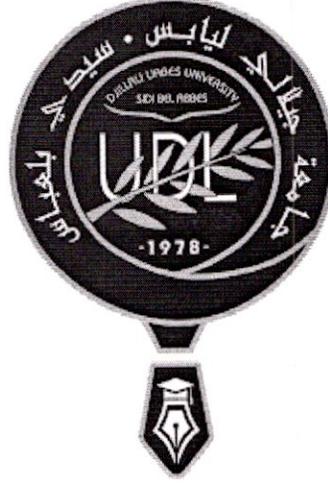
رئيس المجلس العلمي

محمي الدين عبد المجيد
رئيس المجلس العلمي





الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس



كلية الحقوق والعلوم السياسية
19 مارس 1962

محاضرات في مقياس قانون العقود العامة موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر تخصص قانون العام

إعداد الأستاذ:
زوقار عبد القادر

السنة الجامعية:
2024-2023



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



تنقسم الأنجلوسكسونية القانونية في العالم إلى المجموعة اللاتينية الجرمانية والمجموعة الأنجلوسكسونية وبالتالي يمكننا القول أن الأنظمة الإدارية المطبقة في أغلب دول العالم تنقسم إلى قسمين رئيسيين هما:

- أولاً: الأنظمة الإدارية ذات الطابع الأنجلوسكسوني.
- ثانياً: الأنظمة الإدارية ذات الطابع الفرنسي باعتبار فرنسا ممثلة للمجموعة الأوروبية اللاتينية الجرمانية كما شملت بعض الدول العربية ومنها الجزائر، مصر، المغرب، وغيرها.

وتخضع الإدارة في القسم الأول من الأنظمة الإدارية من حيث المبدأ للقانون العادي الذي يخضع له الأفراد حيث لا يوجد قانون خاص للإدارة لأن نظام الحكم في إنجلترا كممثلة للمجموعة الأنجلوسكسونية، قائم على أساس الفلسفة الفردية التي تقدر الحريات والحقوق الفردية والتي تسوي ما بين الإدارة والفرد، وإخضاع الجميع لقانون (واحد وقضاء) - وعليه فالمحاكم العادية في ظل هذا النظام تختص بالنظر في جميع المنازعات التي تقع بين الإدارة والأفراد ويترتب على وحدة القوانين وعلى وحدة القضاء إن الإدارة ليس لديها امتيازات السلطة العامة ولا تتمتع بأية حماية خاصة.

أما في القسم الثاني من الأنظمة الإدارية فإن للإدارة قانونها الخاص الذي يمنحها امتيازات كثيرة تجاه الأفراد ويترتب على ذلك انعدام المساواة بين الإدارة والأفراد وفي الغالب يطبق هذا القانون الخاص بالإدارة من قبل محاكم إدارية غير عادية وبالتالي يمكن وصف النظام الأنجلوسكسوني نظرياً بأنه " نظام المساواة" والنظام الفرنسي هو حسب هوريو (النظام الإداري) الذي يقوم على أساس تفضيل أو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وليس على أساس فكرة التوازن التي تقتضي بضرورة التوفيق بين المصالح العامة والمصالح الخاصة المشروعة.



ومن هذا المنطلق يمكننا تعريف القانون الإداري بأنه القانون الذي يحكم الإدارة أو هو قانون الإدارة، غير أن ما ينبغي التأكيد عليه هو أن للإدارة معنيين: المعنى العضوي والمعنى الوظيفي. فتعريف الإدارة حسب المعنى العضوي هو بأنها مجموعة من المنظمات تقوم بتنفيذ سياسة الدولة المتعلقة بتنظيم الحياة الاجتماعية فيها، ويندرج تحت هذا المدلول السلطات المركزية واللامركزية الإدارية أما الإدارة بالمعنى الوظيفي فيقصد النشاط الذي تمارسه المنظمات الإدارية المقصودة بالمعنى العضوي غير أن ما يجب الوقوف عليه هو التمييز بين نشاط الإدارة وبين بعض صور النشاط كالوظيفة القضائية والتشريعية.

وفي محاولة لوضع الحدود بين النشاط الإداري من ناحية وبين النشاط التشريعي أو النشاط القضائي أو النشاط الحكومي من ناحية أخرى، ففي هذا الصدد يقول الأستاذ ريفيرو أنه يجب التمييز بين الإدارة وبين التشريع والقضاء والحكومة من وجهة النظر المادية أولاً:

أ- أن التشريع يعني وضع قواعد عامة تحكم النشاط العام والخاص على حد سواء وينتهي دور المشرع بمجرد وضعه لهذه القواعد في حين الإدارة تعني الإدارة بالقيام بسلسلة من الأعمال التي يقتضيها تحقيق هدف معين ولهذا فإن العمل الإداري يتميز بالاستمرارية وكونه ملموساً.

ب- ويتميز النشاط الإداري عن نشاط القضاء من حيث أن واجب القاضي هو تطبيق القانون لفض النزاع المعروف عليه أي أن القاضي لا يعمل إلا إذا أثير أيد النزاع أمامه، ودوره ينتهي بتحديد وتطبيق القاعدة القانونية على النزاع المعروف، أما الإدارة وإن كانت هي الأخرى تخضع للقانون، إلا أنها تعمل من تلقاء نفسها بخلاف المحاكم، ودون نزاع، كما أن القانون بالنسبة إليها يمثل قيداً على حريتها وليس هدفاً لها بمعنى تعمل في إطار قانوني بهدف اشباع الحاجات المكلفة بها، مع تمكنها من حرية تقرير ما هو ملائم وما هو غير ملائم بالإضافة إلى وجوب توافر الاختصاص الفني للعمل التي تقوم به، بمعنى أن للإدارة سلطة تقديرية تمكنها من العمل بحرية أوسع من الحرية التي يتمتع بها المحاكم.

ج- قد يصعب في العديد من الأوضاع تمييز العمل الإداري عن العمل الحكومي في حين هناك فرق جوهري في بعض الحالات، كأن تكون الحكومة مختصة بموجب الدستور



باتخاذ قرارات خطيرة تربط مستقبل الشعب بإعلان الحرب وتقرير خطة اقتصادية أو الإلزام إلى حلف عسكري.

ومن تلمحة العملية فإن العمل الحكومي وتوجيه العمل الإداري يقع على عاتق نفس الأجهزة ويؤدي إلى أعمال من طبيعة واحدة ولهذا فإن التمييز بين العمل الحكومي والعمل الإداري لس له وجه قانوني.

وأخيراً يُعرف ريفيرو الإدارة بأنها " تبدو الإدارة وكأنها النشاط الذي تقوم به السلطات العامة من أجل إشباع الحاجات ذات النفع العام مع إمكانية لجوء هذه السلطات إلى استخدام امتيازات السلطة العامة إذا اقتضى الحال ذلك " .

إذا كان الأمر كذلك فيكون القانون الإداري بصفة عامة، مجموعة القواعد التي تتعلق بتنظيم السلطة الإدارية وتكوينها وتحديد اختصاصاتها وتنظيم العلاقات بين هذه السلطات بعضها ببعض من ناحية وبينها وبين الأفراد من ناحية ثانية.

كما عرّف الدكتور الطماوي القانون الإداري بأنه " بصفة عامة ذلك القانون الذي ينطبق على الإدارة بمعنيها السابقين (العضوي والوظيفي) فيحكم الهيئات الإدارية في قيامها بوظيفتها الإدارية".

أما الدكتور ثروت بدوي فقال بأن " القانون الإداري هو ذلك النشاط الذي تمارسه السلطات الإدارية المختلفة، مستخدمة أساليب السلطة العامة (بما تتضمنه من امتيازات والتزامات) لإشباع حاجات ذات نفع عام".

ويتضح مما تقدم أن القانون الإداري يحكم العلاقة بين الأجهزة الإدارية، وبينها وبين الأفراد ولكن يجب الإشارة إلى أنها لا تخضع دائماً لأحكامه لأن بعض الروابط تخضع لأحكام القانون الخاص (المدني أو التجاري) سواء بإرادة السلطة الإدارية أو طبقاً لنص قانوني أو وفقاً لمبدأ قضائي ويقول الأستاذ لوبادير **A. delaubader** بأنه " من الممكن أن يكون للقانون الإداري باعتباره مجموعة من القواعد القانونية معنيان أحدهما واسع والآخر ضيق".



أ- **قالمعنى الواسع:** يكون القانون الإداري هو جميع القواعد القانونية التي تطبق على الإدارة في تنظيمها وممارستها لنشاطها وفي هذه الحالة يفهم القانون الإداري وكأنه قانون الإدارة Droit de l'administration ولكن القواعد التي تطبق على نشاط الإدارة ليست من نوع واحد حيث يوجد نوعان من القواعد التي تحكم هذا النشاط.

- النوع الأول: هي قواعد خاصة تختلف بطبيعتها عن قواعد القانون الخاص وهذه هي التي تكون القانون الإداري بمعناه الضيق.

- النوع الثاني: هي قواعد القانون الإداري الخاص - كقانون الخاص بالمؤسسات الأمنية، أو المؤسسات الاقتصادية والتعليمية وغيرها.

ب- أما في مجال العقود: تلجأ الجهات الإدارية الى التعاقد مع الأفراد والهيئات الخاصة في تسيير إدارة المرافق العامة كما تتفق مع الأفراد لإقامة المنشآت والأشغال العامة أو تكلف أحد الأفراد بالقيام بتنظيم خدمة عامة للجمهور، كما تقوم السلطة بالعديد من الاعمال الأخرى لتحقيق النفع مما يتطلب أن ترتبط برباط قانوني او تعاقدى مع الأفراد.

وتتميز الدولة التي تأخذ بنظام المزدوج (عادي واداري) بين نوعين من العقود الإدارية (عقود مدنية وعقود إدارية)

ج- أما في السلطة التقديرية: يُراد بالسلطة التقديرية، قدرة الإدارة على مباشرة نشاطها الإداري بإرادتها الحرة، فإذا كان للسلطة الإدارية حرية تقدير الظروف والوقائع التي تبرر القيام بالعمل وحرية اختيار نوع العمل الذي تقوم به وحرية تحديد الوقت الذي تعمل فيه وحرية تحديد الأهداف التي ترغب في تحقيقها فإنه يُقال أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في مباشرة وظيفتها أما إذا كان القانون يحدد الظروف والوقائع التي يجب توافرها لمباشرة العمل الإداري وتحدد نوع العمل الذي يتعين على الإدارة القيام به في حالة توافرها هذه الظروف ويحدد الهدف الذي يتعين على الإدارة القيام به في حالة توافر هذه الظروف وكذا تحديد الوقت الذي ينبغي أن يباشر فيه العمل، فيُقال أن سلطة الإدارة مقيدة - وليس للقضاء أن يراقب تقدير الإدارة .



د- أما فيما يخص القرار الإداري: يُعرف القرار بأنه إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة، بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد أحداث أثر قانوني أي مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً، وكذا الباحث ابتغاء مصلحة عامة.

وبهذا المعنى يكون القرار أو الأمر الإداري إبراز مظهر يتجسد فيه سلطان الإرادة، فهي بواسطته، وإيرادتها المنفردة، أن تصدر أوامر ملزمة للأفراد وقد اجمع الفقه والقضاء على أن للقرار الإداري أركاناً يجب توفرها¹ لقيامه وصحته وهي ركن السبب، والافصاح على الإرادة في الشكل الذي يتطلبه القانون وصدوره من شخص مختص بإصداره وأن يكون محله مشروعاً.

وأن تكون غايته مشروعة، هناك قواعد تلزم الإدارة في حالة سحب قراراتها طبعاً ينبغي الإشارة إلى أن القانون الإدارة فرع من فروع القانون العام-

(I) - **فعللاقة القانون الدستوري بالقانون الإداري:** علاقة وثيقة، حيث تدور موضوعات كل منهما حول قاسم مشترك هو الدولة وحقوق الأفراد العامة وذلك بجعل التفرقة بينهما في كثير من الأحيان دقيقة ومتعذرة، غير أن معظم الفقهاء، يذهبون الى التمييز بينهما لوجود فروق جوهرية توجب اعتبار كل منهما مستقل عن الآخر.

فالقانون الدستوري، يحدد حقوق الأفراد بالنسبة للجماعة ويبين نظام الحكم وسلطات الدولة والعلاقة بين هذه السلطة والأخرى.

أما القانون الإداري فإنه يضع المبادئ موضع التنفيذ ويحدد شروط تطبيقها أي أنه يحدد سلطة الإدارة وحدودها ويوضع مدى علاقة السلطة الإدارية بالأفراد مسترشداً بمبادئ القانون الدستوري والقواعد العامة التي يتضمنها دستور الدولة، لذلك قيل بأن القانون الدستوري هو المقدمة الضرورية اللازمة للقانون الإداري بمعنى هو الذي يحدد الاطار العام لهذا الأخير.

(II) - **اما علاقة القانون الإداري بالقانون المدني:** في التقسيم الكلاسيكي للقانون عام وخاص فأنا نلمس علاقة متينة بين الإثنين غير أنه يتميز القانون الإداري عن القانون المدني باحتوائه على نظريات ليس لها ما يقابلها في القانون المدني، فالأوامر الإدارية والتنفيذ المباشر ونظرية

¹ - د. سليمان محمد طماوي، مبادئ القانون الإداري، لسنة 1966، ص: 879، وما بعدها، والنظرية العامة للقرارات الإدارية، سنة 1966، ص 93 وما بعدها.



المركز القانوني... إلخ أحكام لا تجد ما يقابلها في القانون المدني، وإن كان القانون المدني هو الشريعة العامة ووجد قبل القانون الإداري الذي ظهر بظهور مجلس الدولة الفرنسي.

وبالنسبة لنظرية العقد المعروفة في القانون المدني، وجد القضاء الإداري الفرنسي أن تطبيق هذه النظرية على كل عقود الإدارة لا يحقق الصالح العام، ولهذا أجتهد وخلق نظرية العقود الإدارية حيث لا تستطيع الإدارة في ظل أحكامها من تسيير المرافق العامة بانتظام وإطراد.

ومما ينبغي الإشارة إليه هو أن المبادئ التي أنشأها القضاء الإداري لتطبيقها على المنازعات الإدارية، مستوحاة من المبادئ العامة المقررة في القانون المدني، وتعتبر من القانون الإداري لا يغير من طبيعتها أنها مستمدة من المبادئ المدنية لأن المصدر الملزم لمثل هذه المبادئ هو أحكام القضاء الإداري وليس النصوص المدنية¹.

إلى جانب القانون الإداري باعتباره فرع من فروع القانون العام، هناك قانون المالية الذي ينتمي هو الآخر إلى عائلة القانون العام فمصطلح المالية العامة يتضمن شقين، الشق الأول: المالية وهي تعني الذمة المالي والشق الثاني: وصفها بأنها عامة.

كما أن المالية لها جانب إيجابي وهو إيرادات الدولة بما لها من حقوق على الأفراد، وجانب سلبي وهو تلك النفقات العامة التي تتولى الدولة (أي الإدارة العامة) صرفها.

أما كونها عامة، تخص مالية الإدارات والسلطات والإدارات العامة أي الأشخاص الاعتبارية العامة القائمة في الدولة.

وإن كل من الإيرادات العامة والنفقات العامة، يتطلب من الدولة أن تضع برنامجاً ومخططاً محدداً لفترة زمنية محددة وغالباً ما تكون بسنة وهذا البرنامج يسمى الميزانية العامة وهي سنوية طبعاً، حيث توازن بين الإيرادات والنفقات لتجسيد السياسة المالية للدولة والتي هي جزء من سياستها الاقتصادية، أما عن مصادرها فيمكن حصرها في إيرادات الدومين، أو بمفهوم آخر الممتلكات الوطنية، والضرائب والرسوم، القروض والاعانات وهي الأموال التي يقدمها ويتبرع بها الأفراد، داخل الوطن وخارجه، وكذا تبرعات الدول الأجنبية وهذا ما أكده كل

¹ - د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي، سنة 1964، ص: 20، القاهرة، مصر.

من قانون البلدية 10/11 وقانون الولاية 07/12، وتقدير الإنفاق العام وتمويله، يخضع لبعض الضوابط والتي ينبغي على الدولة مراعاتها بهدف اشباع الحاجات العامة وسلطة الإدارة ليست مطلقة في ذلك بل تخضع لاعتبارات قانونية وسياسية واقتصادية وتقنية والذي يهمننا في هذا المقام هي الاعتبارات القانونية.

وهي تلك القيود التي يفرضها القانون، انطلاقاً من الدستور وما تفرضه القوانين من إجراءات معينة كفرض الضرائب أو تعديلها وقواعد القروض العامة وسدادها أو المصادقة على الميزانية من قبل البرلمان، أو المجالس الشعبية المحلية المنتخبة بما يقتضيه قانون البلدية والولاية.

أما إذا قمنا بمقارنة المالية العامة بالمالية الخاصة، فإن الأولى تخضع لقواعد وأسس عامة تختلف عن المالية الخاصة وتستهدف تحقق النفع العام وبالتالي فإن نشاطها وعملياتها تدرج في دائرة المصلحة العامة أو المنفعة العامة أي اشباع الحاجات العامة للمجتمع بما فيه الخدمة العامة أما الثانية فعكس الأولى حيث تسعى الى تحقيق الربح أي ربح مادي خاص.

ومن حيث المسؤولية والرقابة، فمراقبة ومسؤولية المالية العامة فهي أوسع، كونها تتعلق بالمال العام، حيث تحظى بحماية وعناية قانونية متميزة وشديدة وأوسع من المالية الخاصة التي لا تزيد عقوبتها عن الإفلاس إلى جانب تعويض وفق ما يتفق عليه الطرفان المتعاملان، أما عن الرقابة فالأموال العامة تخضع لرقابة آنية وسابقة ولاحقة سواء من السلطة التنفيذية أو القضائية أو التشريعية بينما الرقابة على المالية الخاصة فهي عكس ذلك حيث تعتمد على عنصر التعاقد¹.

أما عن تعريف المال العام: يمكننا القول أن نظرية الأموال العامة تعتبر من موضوعات القانون الإداري وقد كانت محل جدال فقهي في شتى دول العالم على اختلاف نظمها السياسية، حيث يعتبر المركز القانوني للأموال العامة من أكثر الأنظمة القانونية ارتباطاً بالنظم السياسية والاقتصادية الحاكمة في الدول المختلفة حيث يتطور بتطورها.

1- د. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص: 12-13.



وفيما يخص تعريف المال العام فقد عرفها القانون المدني، بأنها أموال الدولة من عقارات ومنقولات مخصصة بالفعل أو بمقتضى نص قانوني (لمصلحة عامة أو لإدارة أو مؤسسة عمومية إلخ) وإنها غير قابلة للحجز أو التملك الخاص، مما لا يسمح بإدخالها في دائرة الملكية الخاصة إلا بموجب نصوص وقواعد قانونية وهي أصلاً تدخل في دائرة الملكية العامة - ومن مشتملات الأموال العامة والخاص بالمال البحري فيظم جميع الأشياء التي أوجدتها الطبيعة أو خلقتها يد البشر وخصت لصالح الملاحة البحرية الصيد كما تظم العديد من العناصر ذات أهمية استراتيجية في المجالات الاقتصادية والحربية ومنها ما هو طبيعي كشواطئ البحار، الإمتداد القاري، البحيرات المالحة، الموانئ وما هو صناعي، كالمنشآت المقامة على شواطئ البحار بقصد تنظيم وتسهيل عمليات الملاحة والصيد ومراقبة السواحل كالموانئ والمنارات... إلخ.

في مجال المال العام الجوي: ونقصد بالمجال الجوي وهي المسافة الجوية التي تعلو إقليم الدولة ويشمل مجالها الجوي، المطارات بشرط ملكيتها لشخص عام وتخصيصها، إما لاستعمال الجماهيري العام أو تتفق وأهداف المرفق العام " المطارات الحربية لخدمة مرفق الدفاع أو المطارات المدنية لخدمة مرفق النقل " .

وفي مجال المال العام البري: فينظم الطرق العامة، خطوط السلك الحديدية، خطوط التليفون، شبكة توزيع المياه والكهرباء والغاز والمال العام العسكري، الآثار التاريخية.

أما عن الأموال العامة الاجتماعية: ونقصد بها المرافق العامة ذات الطابع الاجتماعي وهي المخصصة لتحقيق واشباع حاجات اجتماعية، وتظم المدافن ودور العبادة، الأسواق الحدائق، المغاسل، الحمامات، المذابح - ونقصد طبقاً بالعقارات هي تلك التي تشغل حيز من المكان -

أما عن المنقولات العامة: فالمشعر الجزائري أسوة بنظيره الفرنسي ألحق بعض المنقولات بالعقارات واعتبرها من عناصر الأموال العامة نتيجة التقدم العلمي والتكنولوجي كإدخاله تشغيل مختلف المرافق العامة، أجهزة كهربائية والإلكترونية بالغة التعقيد وصغيرة الأحجام، كالألات الحسوب مثلاً وكذا المباني الإدارية المخصصة للمرافق العامة، والمرافق التجارية والصناعية¹.

1- د.محمد فاروق عبد الحميد، المركز القانوني للمال العام، د.م.ج سنة 1984، الجزائر، ص: 72-83.



القانون الإداري وفكرة المرفق العام: لقد ذهب جمهور من الفقهاء إلى القول بأن القانون الإداري هو قانون المرافق العامة وعلى هذا الأساس عرفوا المرفق العام بأنه " كل نشاط تقوم به هيئة عامة بقصد إشباع حاجات ذات النفع العام" وعند تحليلنا لهذا التعريف نلاحظ ان العنصر الأساسي فيه هو فكرة النفع العام وعليه يبقى أساس القانون الإداري هو المرفق العام وأن مقتضيات المرفق العام هي التي تيرر وتفسر القواعد والنظريات الخاصة بالقانون الإداري.

وبعبارة أخرى أن فكرة المرفق العام هي التي تبين محتوى القانون الإداري غير أن ما يؤخذ على الفكرة أن موضوع القانون الإداري أوسع من المرفق العام ومن ناحية ثانية فإن إدارة المرفق العام لا تقتضي بالضرورة استخدام أساليب القانون الإداري بل قد تلجأ الإدارة الى أساليب القانون المدني، خاصة في مجال العقود، أما أنصار المرفق العام اعتبروا الضبط الإداري من المرافق العامة وأن ظاهرة التجاء الإدارة في تسييرها للمرافق العامة الى أساليب القانون المدني استثناء من الأصل وبالتالي لا يهدم القاعدة العامة، وأن التطورات التي حصلت في الحياة الادارية الفرنسية قد أثرت في نظرية المرفق العام، حيث ظهرت المرافق العامة الاقتصادية والاجتماعية والتجارية التي ساهمت بشكل كبير في بيان الحد الفاصل بين النشاط العام والنشاط الخاص.

وبالتالي فإن هذه المرافق العامة لا تخضع في الكثير من الحالات للقانون الإداري هذا من جهة كما أن الدولة قد عهدت الى مشاريع خاصة بإدارة المرافق العامة من جهة الثانية. وانطلاقاً مما تقدم سوف نعالج موضوع العقود العامة وفق الخطة التالية مع تبيننا التقسيم الثلاثي حيث نقسم البحث الى ثلاث فصول.

الفصل الأول: العقود العامة وأنواعها.

المبحث الأول: تطور العقود العامة ومبادئ إنجازها.

المبحث الثاني: عقود الشراكة.

المبحث الثالث: عقود تفويض المرافق العامة.

الفصل الثاني: تنفيذ العقود العامة.

المبحث الأول: انجاز العقود (التصديق على العقود).



المبحث الثاني: تنفيذ العقود.

المبحث الثالث: آثار العقود.

الفصل الثالث: الرقابة على تنفيذ العقود.

المبحث الأول: الرقابة الإدارية.

المبحث الثاني: الرقابة المالية.

المبحث الثالث: الرقابة القضائية والسياسية.



الفصل الأول

العقود العامة وأنواعه

إذا كن القرار الإداري هو أنجع أسلوب لقيام الإدارة بأداء مهامها، ووظيفتها إلا أن الإدارة، كثيراً ما تلجأ الى التعاقد مع بعضها البعض أو مع الأفراد والهيئات الخاصة في سبيل إدارة المرافق العامة أو تسييرها أو تحقيق الأغراض وغالباً ما تنصب في أداء بعض الخدمات، كما قد تتفق مع الأفراد لإقامة منشآت والأشغال العامة أو تكليف أحد الأفراد بالقيام بتنظيم خدمة عامة للجمهور، وتقوم الدولة بالعديد من الاعمال الأخرى لتحقيق المصلحة العامة، ما يتطلب أن ترتبط برياط قانوني مع الأفراد.

وفي الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزوج (عادي وإداري)، لا تخضع عقود الإدارة كلها لنظام قانوني واحد، لأنها تميز بين نوعين من عقود الإدارة، عقود الإدارة التي يحكمها القانون الخاص وعقود الإدارة بكل معنى الكلمة وهي العقود التي تعرف بالعقود العامة أو العقود الإدارية¹. أما في الدول التي لا تأخذ بنظام القضاء المزوج، فقد ثار الخلاف حول وجود وعدم وجود العقد الإداري ولكننا نستطيع القول أن نؤكد بأن طبيعة الأشياء تقتضي بإقرار فكرة العقود الإدارية، وعليه مثلاً، ففي إنجلترا أجمع الفقه والقضاء على أن سلطة العامة لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تقيد سلطتها التنظيمية بالتعاقد مع الغير، وإن اتجاه الفقه والقضاء إلى التمييز بين العقود الإدارية والعقود للأفراد، فرضته المشاكل الناجمة من صعوبة، بل استحالة تحقيق المساواة بين الإدارة والأفراد، وإن كل ما يمكن عمله في هذا الإطار هو تحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة المشروعة، وهذا ما أكدته نظرية العقود الإدارية من تحقيقه وما دام الأمر كذلك، نطرح السؤال التالي متى يمكننا القول بأن عقداً ما يعتبر من العقود الإدارية؟ وما هي النتائج التي تترتب على كونه منه العقود الإدارية ؟

¹ - A.DeLaubader, traité élémentaire, Droit administratif, 4^{eme} édition, 1967, P291.



والإجابة على هذه الإشكالية سوف نحاول تحديد العقد الإداري ثم الآثار التي تترتب على العقد الإداري.

الشق الأول.

(أ) - تحديد العقد الإداري: إن العقد الإداري نوعان¹: العقود بتحديد القانون وهي تلك العقود التي يفترض المشرع هذه الصفة فيها حيث ينص المشرع على اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر في المنازعات الناشئة عنها.

ففي الجزائر نص القانون 01/98، 02/98 المتعلقان بالقضاء الإداري بعد تبنيه نظام الأزواجية القضائية بموجب دستور 1996، يقضي باختصاص القضاء الإداري (المحاكم الإدارية، ومجلس الدولة) بالنظر في منازعات عقود الأشغال العامة والعقود المتعلقة بالانتفاع بالمال العام (شغل المال العام) وعقود بيع العقارات المملوكة للدولة².

وبذلك يكون قد انتهج منهاج نظيره الفرنسي والمصري في هذا المجال.

(ب) - كما هناك عقود بتحديد القضاء: وهي تلك التي يعتبرها القضاء عقوداً إدارية استناداً إلى المعايير التي ابتكرها القضاء والفقهاء.

1- المعايير والضوابط المميزة للعقد الإداري:

أولاً: المعيار العضوي أو الشكلي: بموجب هذا المعيار يعتبر العقد ادالياً إذا كان أحد طرفيه جهة إدارية، وبهذا توصف جميع العقود التي تبرمها الإدارة بالصفة الإدارية.

ثانياً: المعيار الموضوعي: وبحسب هذا المعيار يكون العقد ادالياً إذا كان موضوعه ادالياً أي إذا كان مضمونه وبطبيعته المستمدة من نصوصه عقداً ادالياً وذلك بغض النظر عن شكل العقد.

وقد تطور القضاء الإداري في فرنسا ومصر حتى انتهت إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي، وأصبح المعيار الإداري يستمد من موضوع العقد وطبيعته الذاتية، وما يتضمنه

¹ - أ.لويادير، المرجع السابق، ص 295.

² -



من نصوص وليس من أسباب أو عناصر خارجية مستمدة مثلاً من صفة الجهة المتعاقدة أو من الشكل الذي أفرغ فيه العقد أو الإجراءات التي اتبعت في إبرامه وعليه استقر كل من القضاء الإداري الفرنسي، المصري ثم الجزائري على أن الضوابط التي تحدد الطبيعة الإدارية لعقد من العقود ثلاثة:

- 1- أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية.
 - 2- أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام من حيث تسييره أو تنظيمه.
 - 3- اتباع وسائل القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.
- إن الشرط الأول يعتبر بديهياً ولا داعي للتوسع في إيضاحه سوى الإشارة إلى أن من الجائز أن يبرم العقد الإداري بين شخصين اعتباريين.
- أما بالنسبة للضابطين الأخيرين فإن القضاء الإداري عرف تذبذباً فيما إذا كان من الضروري توفرهما لاعتبار العقد ذي طبيعة إدارية أم يكفي توفر أحدهما دون الآخر.

(أ) - القضاء الإداري المصرى :

يكفي أحياناً للاعتراف بالطبيعة الإدارية للعقد، تحقق إرتباطه بسير أو تنظيم مرافق عام وكون الإدارة طرفاً فيه دون بحث الشروط الغير المألوفة في عقود القانون بمعنى تبني الضابط الأول والثاني دون الثالث، كونهما متساويان في الأثر الذي يترتب على وجودهما حيث قضى بأنه: "ليس كل عقد تبرمه جهة إدارية، يعتبر عقداً ادارياً، فكثيراً ما تلجأ هذه الأخيرة في ظل استغلال أموالها الخاصة إلى إبرام عقود بينها وبين جهة إدارية أو بينها وبين أشخاص خاصة في ظل قواعد القانون الخاص ويختص بها القاضي العادي الخاص بمعنى أن الشخص الإداري العام قد يبرم عقداً مدنياً كما قد يبرم عقداً ادارياً سواء بسواء، وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، بينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية، إذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة ويجب أن



يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، غير أن مجرد اتصال العقد بالمرفق العام -
وإن كان شرطاً لازماً - فإنها ليست بكافية".

(II) - القضاء الفرنسي الإداري:

ذهب مجلس الدولة الفرنسي في البداية إلى الأخذ بفكرة الشروط الغير المألوفة في القانون الخاص للقول بأن العقد عقداً ادارياً وبعد ذلك أضاف معياراً آخر مستنداً من فكرة المرفق العام بمعنى أخذ بالضابط الأول والثالث وعليه يرى الأستاذ لوبادير أن مجلس الدولة الفرنسي، بقراره هذا قد رد الاعتبار لفكرة المرفق العام في القانون الإداري.

(III) - القضاء الإداري الجزائري:

فقد انتهج منهاج نظيره الفرنسي حيث بدأ مجلس الدولة الجزائري بتطبيق بعض النظريات ومنها نظريات القانون الإداري ومنها نظرية العقود الإدارية وسوف نقف على العناصر التي اعتمدها في تحديد العقد بأنه من العقود الإدارية بالرجوع الى الاحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية نجد أنها قائمة على فكرة المرفق العام بالإضافة الى الشروط الغير المألوفة في القانون الخاص مثل ابرام الإدارة عقد مع أحد المقاولين من أجل انشاء مرفق عام حيث أن هذا العقد أبرمته الإدارة متوسلة في ذلك بأسلوب القانون العام وبشروط غير مألوفة في القانون الخاص (الصفة العمومية).

وقد رددت المحكمة الإدارية المعيارين المتقدمين في أحكامها ومما يجدر ذكره هنا يكفي لتحقيق الشرط الأول أن يكون العقد متصلاً بالمرفق العام على صورة من الصور كما أنه يلزم بالنسبة للشرط الثاني أن تكون الشروط غير مألوفة ومقررة في نفس العقد المبرم بين المتعاقدين وإنما يجوز أن تكون شروطاً مقررة بمقتضى القوانين والأنظمة فتفرض حتى ولو لم يتطرق اليها الطرفان أو تطرقا اليها شفويّاً أي لم يتضمنها محتوى العقد حيث يعتمد في تقريرها طبيعة العقد الإداري على الشروط التي يفرضها نظام المرفق العام وهنا نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالضابط الأول والثالث.

كما يمكن إضافة كما أن لثورة تكنولوجية الاتصال والاعلام أر على تعاقد الإدارة مع المتعاقدين بظهور عقود إدارية تبرم بين غائبين عن طريق الوسائط الالكترونية المعروفة بها



قسطها شبكة الأنترنت وآلة الحاسوب، مما دفع الكثير من الفقهاء الى التعامل مع هذا النوع من العقود لحماية العقد وحماية أطرافه فيرى بعض الفقهاء أن العقد عبر شبكة الأنترنت في الغالب عقداً دولياً وبذلك يكون العقد الإلكتروني وسيلة لتحريك التجارة الإلكترونية والتي عرفت على أنها " المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات بعضها ببعض وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة ".

كما عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997، العقود المبرمة عن بعد بواسطة الاتصالات الإلكترونية بأنها " وسيلة تستخدم في التعاقد ما بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي المتزامن لهما، وذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف¹" غير أن الأشكال الذي قد يطرح هو تحديد هوية المتعاقد وأهليته للتعاقد أثناء التعامل بشبكة الأنترنت²

الشق الثاني: النتائج التي ترتب عن كون العقد من العقود الإدارية

بينما فيما سبق التطرق إليه، أن أحد طرفي العقد الإداري، يكون شخصاً ادارياً يعمل للمصلحة العامة ويعتمد على ما له من حقوق وامتيازات بوصفه سلطة عامة لتحقيق هذه الغاية وأن الطرف الثاني في العقد يشترط بحكم تعاقد مع الطرف الأول في عمله على تحقيق المصلحة العامة، ويرتب القانون الإداري على اعتبار العقد عقداً ادارياً النتائج العملية التالية:

أولاً: للإدارة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه أن تعدل من شروطه بما يزيد أو ينقص من التزامات المتعاقد الآخر دون حاجة بموافقة هذا الأخير ويبرر هذه السلطة على أساس مقتضيات المصلحة العامة، التي يجب أن تعلق على المصلحة الخاصة ويذهب الفقه والقضاء الإداريين الى أن هذه السلطة قائمة بالنسبة لجميع العقود الإدارية دون حاجة للنص عليها في العقد كما لا يمكن للإدارة ان تتنازل عن هذا الحق وإن فعلت كان الاتفاق باطلاً³.

ثانياً: للإدارة حق فسخ العقد في الأحوال التي يخل المتعاقد بالتزاماته فحسب لها، هذه السلطة حتى ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ، إذ ان من المتفق عليه في الفقه والقضاء الإداريين

¹ - ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص: 42.

² - محمود عبد الرحمان الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنت، دار الثقافة، 2011، ص: 65.

³ - لوبادير، المرجع السابق، ص: 442.

المبحث الأول

تطور العقود العامة ومبادئ إنجازها

بشأن نظرية العقد الإداري، نظرية قضائية أنشأها وأرسى مبادئها الاجتهاد القضائي الفرنسي لمجلس الدولة الفرنسي والمحاكم الإدارية في دول القضاء المزدوج، ولم يتدخل المشرع بشأنها إلا بعد فصل القضاء وتسجيل ما قرره من منازعاتها، وهي حديثة النشأة ظهرت في الفترة الأخيرة من القرن الماضي - حيث اعتمد معيار توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية من جهة والقضاء الإداري من جهة أخرى، ففي مصر لم تطهر إلا مع صدور قانون مجلس الدولة، رقم 9 لسنة 1949 والذي نص على اختصاص مجلس الدولة النظر في منازعات عقود الإلتزام والأشغال العامة والتوريد دون غيرها إلى أن شمل اختصاص مجلس الدولة الاختصاص بفض منازعات كافة العقود الإدارية مع صدور قانون مجلس الدولة رقم 165 لعام 1955¹ ، أما في الجزائر فظهرت بصور 1/98، 2/98 الخاص بمجلس الدولة والمحاكم الإدارية بعد تبني الجزائر نظام الازدواجية القضائية بموجب دستور 1996 حيث نص على اختصاص مجلس الدولة بفض منازعات كل العقود الإدارية - معتمداً في ذلك على فكرة السيادة أو السلطة - أما التصرفات العادية التي تقوم بها كأفراد عاديين، فتتبع أو تشتري فإنها تترك لاختصاص المحاكم العادية، لأن التصرفات الإدارية الأولى تتضمن عنصر السلطان وخصائصه، والتي لا نظير لها في القانون الخاص، لأن أصلاً فإن أساس هذه النظرية السلطة والمرفق العام، ومن ثم فإنها تدخل ضمن اختصاص المحاكم الإدارية، دون حاجة الى نص خاص وبذلك تفرض الإدارة بارادتها المنفردة التزامات على الأفراد للعمل أو امتناع الخ.

وفي مطلع القرن الحالي كانت العقود التي تبرمها الإدارة، تعتبر من التصرفات العادية التي تختص بها المحاكم القضائية العادية بتطبيقها قواعد القانون الخاص، مثل المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال وعقود بيع أملاك الدولة والعقود التي تتضمن شغل الدومين العام (الأملاك الوطنية) وقد سمي الفقهاء هذه العقود بـ "العقود الإدارية بتحديد القانون" لان

¹ - د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، مكتبة الهداية، الإسكندرية، مصر، 1989، ص: 274.

اختصاص القضاء الإداري بتلك العقود لم يكن يستند على خصائص ذاتية وإنما يرجع إلى إدارة المشرع في ظل التشريع الجزئي للقانون الإداري.

وبالتالي يمكننا القول أن نشأة العقود في فرنسا مرتّ بمرحلتين، الأولى قبل سنة 1903 وهي مرحلة العقد بتحديد المشرع أما الثانية ما بعد 1903 أي بعد صدور حكم **TERRIER** وهي مرحلة العقد بطبيعته أين ينعقد اختصاص القضاء الإداري يتناوله كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة وعليه فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص، كيفت على أنها تصرفات إدارية بطبيعتها وبالتالي يختص القضاء الإداري بفض كل المنازعات التي تتجم عنها، الأمر الذي ترتب عليه، ربط القانون الإداري بالمرفق العام، أين تبرز فكرة المرفق العام، فالإدارة حرة في اللجوء إلى استعمال وسائل القانون الخاص إذا تبين لها أن تلك الوسائل أنجع في تسيير المرافق العامة¹ ونتج عن ذلك مرونة العقود الإدارية، فهي غير محصورة في عدد معين من العقود، وامتد مجالها إلى كل تعاقد تبرمه الإدارة مع الأفراد بنية حسن تنظيم وتسيير المرفق العام، وبالرجوع إلى الجزائر، كل يدرك أن الجزائر بعد الاستقلال انتهجت مناهج الإدارة الفرنسية في التسيير الإداري والقضائي، ثم في مرحلة لاحقة استقل التشريع ذاتياً بصدور أول أمر ينظم الصفقة العمومية كأهم عقد إداري وهو الأمر 90/67 ثم تالته سلسلة من المراسيم تنظم العقد الإداري ومنها المرسوم 145/82، المتعلق بصفقات المتعامل العمومي واعتبرت الصفقة أداة لتنفيذ المخطط الوطني، ثم المرسوم 431/91، والمرسوم الرئاسي 250/02، 338/08، 236/10 وأخيراً 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

أما عن أركان العقد فيقوم على أربعة أركان أساسية، الرضا، المحل، السبب، بالإضافة إلى الشكلية في التصرفات التي يقررها القانون، كما أن هناك تعاريف شتى للعقد الإداري التي قدمها الفقه والقضاء أو كلها تصب في وعاء واحد حيث يرى الفقه أن تعريف العقد واحد في مختلف فروع القانون وأن النظام القانوني للعقد هو الذي يميز عقد عن آخر فقد عرفه الدكتور ماجد الحلو بأنه: " توافق ارادتين على ترتيب آثار قانونية"² كما عرفه **LAURENT RICHIER**. بأنه: " عمل قانوني يستنتج عن تبادل الرضا ويولد بذاته حقوقاً والتزامات"

¹ - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، 1991، القاهرة، ص: 39
² - LAURENT RICHIER, les contrats administratives, DALLOZ, 1991, P : 09.

وعرفته محكمة القضاء الإداري بأنه " العقد الذي يبرمه شخص من اشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نية الإدارة في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص" وانطلاقاً من التعاريف السابقة فإن العقد الإداري شأنه شأن باقي العقود يقوم على توافق ارادتين وتطابقهما بقصد احداث أثر قانوني يتوجب فيه أن يكون مبنياً على سبب ومحل صحيحين وأن تتوافر في الارادتين كافة الشروط اللازمة لصحتها أي أن يكون محل العقد ممكناً ومشروعاً وإلا وقع العقد باطلاً ويترتب على ذلك نفس الآثار التي تترتب على بطلان العقود الخاصة، كما ان أحكام عيوب الرضا التي تعيب إرادة المتعاقد مع الإدارة يتم تطبيقها في العقود الخاصة كما هو الشأن بالنسبة للغلط والتدليس والغبن والاكراه والتراضي هو تطابق الايجاب بالقبول من أجل إحداث أثر قانوني، وحتى وإن كان هذا الأخير هو أحد الأركان الأساسية من أجل قيام العقد لكنه في الحقيقة هو ركن نسبي في بعض العقود ومنها العقود الإدارية حيث أن الأطراف غير متكافئة - وهذه الأركان هي نفسها في القرار الإداري، كما يشير كل من القرار الإداري او العقد الإداري والعقد الخاص في حسن سير المرفق العام الى درجة الخلط بينها وعليه سوف نميز بينها فيما يلي:

(أ) - العقد الإداري والقرار الإداري:

القرار الإداري عمل قانوني صادر بإرادة منفردة من الإدارة بقصد احداث أثر قانوني بينما العقد الإداري يقوم على تطابق ارادتين على احداث أثر قانوني وكلاهما يتفق عن صدورهما من شخص معنوي عام ويكونا مبنيان على سبب ومحل صحيحين مشروعين، أما الاختلاف يمكن في أن القرار الإداري يخضع لأحكام القانون الإداري بينما يخضع العقد الإداري للقوانين والأنظمة المتعلقة بإبرام الإدارة لعقودها ولأحكام بنود العقد وللأحكام والمبادئ التي قررها الاجتهاد القضائي كما يختص في فض المنازعات الناشئة عن مشروعية القرارات الإدارية والتعويض عنها في غالبية النظم القضائية القاضي الإداري كقاضي إلغاء وقاضي تعويض بينما يكون الاختصاص في فض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية من اختصاص القاضي العادي من الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد.

ب) - العقد الإداري والعقد الخاص:

العقد الإداري يشبه العقد الخاص من حيث العناصر المكونة له، فهو عن توافق ارادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي، ويتميز بأن الإدارة تبرمه وتنفذه بصفتها سلطة عامة تتمتع بامتيازات هذه الأخيرة والتي يتمتع بمثلها المتعاقد معها قصد تحقيق النفع العام أو الخدمة العامة، كما يختلف العقد الإداري عن العقد الخاص في أن الإدارة تعتمد في إبرامه وتنفيذه عن أساليب القانون العام ووسائله، ويكون بتضمينه شروطاً غير مألوفة في العقود الخاصة، سواء كانت مستمدة من ذات العقد أو مقررة بموجب القوانين والأنظمة السائدة أو تقضي بمنح المتعاقد مع الإدارة حقوقاً وامتيازات لا مقابل لها في علاقات القانون الخاص، لأنه لا يعمل لتحقيق مصلحة شخصية أو خاصة فحسب بل يساعد الإدارة ويساهم معها في تسيير مرفق عام أو إدارته أو استغلاله - وإذا كانت مصالح الطرفين في العقد الخاص أو المدني متساوية ومتوازنة فإنها في العقد الإداري غير متكافئة نظراً لتغليب المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة بالإضافة إلى أن العقد الإداري يتميز عن العقد الخاص من حيث أن الإدارة تتبع في إبرامه أساليب معينة كالمناقصة والمزايدة ويخضع لإجراءات وقواعد معينة من حيث الشكل والاختصاص.

مقومات العقد الإداري:

ترتيباً لما سبق فإن نظرية العقد الإداري من وضع الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي ومن خلاله قرر وجوب توافر مقومات لاعتبار العقد عقداً ادارياً وهي كالتالي:

- 1- أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عام.
 - 2- ان يكون العقد متصلاً بنشاط مرفق عام في تسييره وتنظيمه.
 - 3- أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في العقود الخاصة.
- ولا زال القاضي الإداري في مصر يستلزم توفر هذه المقومات لاعتبار العقد ادارياً، بينما قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد عزل هذا الاجتهاد منذ 1956، في قضية زوجة بيرتان

Epoux Birtin فأصبح وجود الشخص المعنوي شرطاً لازماً وتوفر الشرط الثاني أو الشرط الثالث كافياً لاعتبار العقد عقداً ادارياً¹.

المطلب الأول

الشخص المعنوي العام.

كل النظم القضائية في الدول المقارنة تنص على الزامية وجود شخص معنوي طرفاً في العقد لاعتباره عقد ادارياً، سواء تعلق الأمر بالدولة أو بوحدة إقليمية كالولاية، أو البلدية، أو شخص معنوي مرفقي كالهيئة العامة للبترول (سونطراك) أو مؤسسة عامة كالمشفى أو الجمعيات المهنية ك نقابة الأطباء شريطة أن يعترف لها بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية العامة كما يعتبر العقد عقداً ادارياً إذا ابرم من إدارة السلطة التشريعية أو السلطة القضائية كرئاسة المجلس التشريعي أو المجلس الأعلى للقضاء.

وإذا أبرم العقد ما بين شخصين خاصين حتى لو استهدف المصلحة العامة لا يعتبر عقداً ادارياً، إلا إذا كان أحد شخصين أي أحد المتعاقدين يعمل لحساب الدولة او لحساب شخص معنوي عام آخر - عندئذ يعتبر العقد عقداً ادارياً كاستثناء عن القاعدة.

ويبرز هذا الاستثناء في احدى الحالات التالية:

(أ) - ان يكون الشخص الخاص يتصرف بصفته وكيلاً للشخص المعنوي العام حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي والجزائري فكرة الوكالة أساساً، لاعتبار العقد المبرم عقداً ادارياً رغم ابرامه من شخص خاص كما هو الشأن في العقود التي يبرمها صاحب الامتياز لصالح المرفق العام الذي يديره.

1- أما القضية أن العقد المبرم بين الهيئة المدعية عليها محل النزاع أنه قصد به تسيير المرفق العام وهو مرفق العلاج، وكيف على أنه عقد تقديم خدمات المرفق العام، إذ تلتزم بموجب المدعي عليها لقاء تحمل الهيئة نفقات تكوينها وإيوائها أن تلحق لخدمة مستشفاها لمدة خمس سنوات التالية، لدراستها وهذا شرط يعد من الشروط الاستثنائية غير مألوفة في القاتون الخاص وبالتالي فإن العقد يكون قد اتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذة بأسلوب القاتون العام فيما يتضمن من شروط استثنائية.

ب)- إذا تعلق العقد بالأشغال العامة المتعلقة بالطرق العامة والسريعة حيث اعتبر مجلس الدولة أعمال تشييد وبناء الطرق من الأعمال التي تدخل بطبيعتها في نشاطات الدولة التي تباشرها الأشخاص العامة بنفسها بأسلوب الاستغلال المباشر.

وأن العقود التي تبرم في هذا المجال تنفيذاً لهذا الاختصاص، كيفت على أنها عقوداً إدارية. وللقاضي سلطة تقديرية في تكييف العقد وفقاً لظروف كل حالة والاعتبارات المحيطة به.

ج)- أن يقوم الشخص المعنوي بالتصرف والعمل من خلال أحد المتعاقدين الخاصين: أي أن يكون احد المتعاقدين هو الوساطة للإدارة في إبرام العقد وإنجاز العمل - كإبرام معهد لصناعة الأدوية والمواد الصيدلانية لتوفير مواد طبية أو أدوية ضرورية للمستشفيات الحكومية - أن تبرم شركة البترول عقداً لتوريد مواد ضرورية لاستخراج الغاز وتصفيته.

المطلب الثاني

المرفق العام.

يعد العقد عقداً ادارياً عند اتصاله بمرفق عام أي إبرام الإدارة العامة عقداً بأحد المرافق العامة، حيث يخضع للأحكام والمبادئ العامة للعقد وقد يحدث الاتصال عند انشاء المرفق العام كما هو الشأن بالنسبة لعقد الأشغال العامة.

وقد يتعلق بإدارة وتسيير مرفق عام كعقد امتياز المرافق العامة، التوريد، النقل، التموين، الخدمات الخ ونقصد بالأشغال العامة " انشاء الأبنية والطرق والمنشآت، المشاريع الهندسية بمختلف أنواعها ولوازمها، وصيانتها ومتابعة تنفيذها والاشراف عليها كما تشمل الخدمات الفنية التي تتعلق بالدراسات والمواصفات والفحوص المخبرية للوازم.... الخ ". ويتم اتصال العقد الإداري بالمرفق بصور شتى منها:

- أولاً: المساهمة في تنفيذ نشاط المرفق العام.
- ثانياً: كون العقد وسيلة تنفيذ المرفق العام.
- ثالثاً: كون العقد يلزم المتعاقد بالمساهمة المباشرة في تنفيذ مرفق عام اداري..

المطلب الثالث

البنود أو الشروط غير المألوفة في العقد الخاص.

القضاء الإداري في فرنسا اشترط توفر الشرط الثالث لاعتبار العقد عقداً إدارياً وهو تضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي على وجود مثل هذه الشروط فهي مظهر من مظاهر السلطة العامة التي تستبعد تطبيق القانون الخاص.

ويعول مجلس الدولة الفرنسي عن هذا الاجتهاد منذ 1956 حيث أصبح الشرط الأول هو وجود الشخص المعنوي العام ملزماً ويكتفي بأحد الشرطين التاليين، أي تعلق العقد بمرفق عام أو تضمينه بنوداً غير مألوفة في العقود الخاصة، وإن وجدت في العقود الخاصة فهي باطلة لتعارضها مع النظام العام.

وقد عرفها مجلس الدولة الفرنسي بأنها " الشروط أو البنود التي يخول موضوعها الأطراف المتعاقدة حقوقاً أو على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن تقبل بحرية من أي منهم وذلك في ظل القوانين المدنية والتجارية."

غير أنه في بعض الحالات لا تكون الإدارة في وضعية أعلى من المتعاقد مع الإدارة حيث يكون هذا الأخير في مكانة أسمى من الإدارة وذلك عندما تمتع المتعاقد مع الإدارة بامتيازات السلطة العامة، وعليه الأمر يرجع في هذه الحالة إلى القاضي الإداري أو العادي أو قاض تنازع الاختصاص في تقييم الأمر بشأن ما إذا كانت مألوفة أو غير مألوفة في العقود الإدارية، ما لم يكن هذا العقد من العقود المسماة كعقد الامتياز والتوريد والأشغال العامة وغيرها والتي تكون عقوداً إدارية بطبيعتها بغض النظر عند تضمينها لهذه الشروط أو

لا 1.

وقد تتحقق هذه الشروط من خلال سلطة الإدارة في وضع شروط العقد بصفة مستقلة وسلطتها في تعديل تلك الشروط في أي وقت، وإصدار الأوامر والتعليمات للمتعاقد معها خلال تنفيذها لبنود العقد أو إلغائه بإرادتها المنفردة ودون سابق انذار أو تعويض.

وتتحقق كذلك في تضمين العقد بنوداً للمتعاقد مع الإدارة باستعمال امتيازات السلطة العامة كمنحه الحق في إصدار أوامر ملزمة للمتعاملين معه كالموافقة أو المنع أو فرض شروط ما أو السماح له باستعمال الأملاك العامة والخاصة ونزع الملكية للمنفعة العامة واعطائه الحق في تحصيل الرسوم من المنتفعين أو المتعاملين مع المرفق العام وفرض الجزاءات والتنفيذ الجبري وما إلى ذلك من وسائل القانون العام وامتيازات السلطة العامة، وقد استثنى الاجتهاد القضائي الفرنسي عام 1961 العقود التي يبرمها المنتفعون من خدمات المرافق التجارية والصناعية والتي كيفها على أنها عقوداً خاصة حتى ولو تضمنت بنوداً غير مألوفة في العقود العادية، الخاصة وقد انتهج الاجتهاد القضائي المصري نفس منهج نظيره الفرنسي في قضية تركيب واستعمال الهاتف بين هيئة الكهرباء والأفراد بأنه " يخضع للأصل المقرر في شأن العقود التي تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بخدماتها باعتبارها من روابط القانون الخاص لانتهاء مقومات العقود الإدارية وخصائصها التي سبق إشارتها من قبل، وكذلك مثل العقود المبرمة بين الشركة الوطنية للكهرباء والغاز (سونلغاز) وزبائنها - باستغلال الكهرباء والغاز في الجزائر"¹.

إن العقد الإداري تتبع في إبرامه أساليب معينة كالمناقصة أو المزايدة أو الممارسة gré a grés ، ويخضع ذلك لإجراءات وقواعد مرسومة من حيث الشكل والاختصاص وشرط الكتابة فيه، تتخذ عادة صورة دفتر الشروط، ملزم بناء على مناقصة عامة أو تتم بممارسة جاوزت قيمتها قدرأ معيناً.

المبحث الثاني

عقد الشراكة.

إن راهنية الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي عرفها العالم أفرزت بعض الإفرازات والتحويلات الاقتصادية، أين أثرت على استراتيجيات تسيير المؤسسات الاقتصادية وازدادت التحريات، فجعلتها عاجزة على مواجهتها بمفردها، الامر الذي دفعها الى استراتيجية الشراكة كآلة قانونية للتعاون والحد من أثر التحديات ولتحقيق النمو والتوسع الخارجي. وأساس استراتيجية الشراكة، فكرة التعاون التي تبنى على مبدأ المصالح الاقتصادية المشتركة والمتبادلة وتقوم على الثقة المتبادلة بين طرفيها، وبذلك يتحقق التكامل في ظل العولمة باعتبارها خيار اقتصادي علمي جديد مبني على اقتصاد السوق، أين تلاشت الحواجز السياسية والجغرافية وجعلت من العالم قرية صغيرة، تقاربت فيها الأسواق في مختلف العالم، وتتعدد أنماط الشراكة بتعدد مجالاتها، فهناك شراكة تجارية، صناعية، تقنية، خدمانية، مالية ومن حيث الأطراف قد تقوم الشراكة بين أفراد أو شركات أو حكومات أو هيئات حكومية، كما هناك شراكة عمومية، شراكة خاصة، شراكة مختلطة، طبعاً أن مفهوم الشراكة تعدى المجال الاقتصادي ليشمل ميادين أخرى، فالجزائر كباقي دول العالم عرفت متغيرات ترتبت عنها متطلبات، فراجعت بموجبها المنظومة القانونية وجعلتها تتكيف ومتطلبات التحويلات الاقتصادية والاجتماعية، والسياسية بما يتفق والإصلاحات التي باشرتها في مختلف الميادين فسعت هي الأخرى الى توقيع شراكة مع الاتحاد الأوروبي الذي يعد مكسباً سياسياً واقتصادياً متميزاً في ظل مسار برشلونة الذي يحدد السياسة الأوروبية وسماح هذا المسعى الى تعزيز تنافسية الاقتصاد الوطني والاستفادة من تجاربه التجارية، وخبرته في مجال التكنولوجيا الأوروبية الى جانب إقامة منطقة التبادل الحر الذي يعتبر الهدف المنشود من مسار برشلونة سنة 1995، والذي يسمح بانتشار المنتجات الأوروبية التي تتصف بالجودة العالمية، غير أنها ملزمة برفع التحدي من خلال اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي بتأهيل المؤسسة الاقتصادية الوطنية وتأهيل طرق انتاجها وأنظمة تسييرها وبذلك تحسن من أدائها وتقوي تنافسها وبذلك أصبحت الشراكة بين القطاع العام والخاص في الفترة الأخيرة متداولة بشكل واسع على مستوى الإهتمامات القانونية وأدبيات المؤسسات المالية في ظل مراجعة المنظومة القانونية وبناء على ما تقدم سوف نقف على ماهية عقد الشراكة تم

تعريف عقد الشراكة، خصائصه واشكالها تم عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص، والشراكة الأجنبية كم سوف نعالج كيفية إبرام عقد الشراكة وكذا الطبيعة القانونية لعقد الشراكة.

المطلب الأول

ماهية عقد الشراكة وتعريفه.

بعد عجز الأساليب التقليدية على مسايرة التطور في مجال الشراكة كالاقتياز في تحقيق التنمية المستدامة، وكذا التحولات التي عرفها العالم والجزائر بصفة خاصة كان لابد من البحث عن أساليب حديثة تتماشى وتتكيف ومتطلبات المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية، فتبنت نظام عقود الشراكة ونظراً لانتهاج المشرع الجزائري منهاج نظيره الفرنسي، تبني المفهوم الفرنسي لعقد الشراكة الصادر بالأمر 2004/559 الصادر بتاريخ 2004/06/17 والمعدل بمقتضى القانون رقم 2008/735 الصادر في 2008/07/28 حيث عرفت عقد الشراكة بأنه: " تعريف عقود الشراكة هي عقود إدارية تعهد بموجبها الدولة أو المؤسسة العمومية الى شخص خاص لمدة معينة ومحددة تتناسب وحجم الاستثمارات التي تستهدف إنجازها بشمولية مهامها، بحيث تتضمن التمويل والبناء والاستغلال، الى جانب تدبير المرفق العام في بعض الأوضاع وإذا قمنا بتحليل هذا التعريف نجد أنه يعتمد ثلاث عناصر أساسية.

1- من الناحية العضوية: عقود الشراكة تتم بين نوعين من المتعاقدين أشخاص عامة وأشخاص خاصة.

2- من الناحية المادية: موضوع عقد الشراكة هي تلك المهام الملقاة على عاتق المتعاقد والمتمثلة في التمويل والبناء والاستغلال إضافة الى التحضير الأولي للمشروع.

3- من الناحية المالية: المتعاقد مع الشخص العام يتقاضى مقابلاً يتكيف والأهداف المرجوة وكذا التمويل والأداء العمومي.

الفرع الأول

نشأة وتطور عقد الشراكة.

أما عن نشأة عقد الشراكة، كلنا يدرك أننا هناك مجموعتين قانونيتين في العالم، المجموعة الأنجلوسكسونية والمجموعة اللاتينية وعليه سوف نعالج عقد الشراكة في المملكة المتحدة عن المجموعة الأولى ثم فرنسا والجزائر في المجموعة الثانية.

أ- في المملكة المتحدة: ظهر عقد الشراكة في المملكة المتحدة في حكومة تاتشر في الفترة ما بين 1979 - 1990، عندما أوصت بعض الأبحاث والدراسات في عهد ذات الحكومة، بضرورة السماح للقطاع الخاص بالتعاقد مع القطاع العام، بهدف الحد من الإنفاق العام وحسن استغلال المال وحوكمة التسيير، بتحقيق عبء التمويل عن الحكومة أي القطاع العام مما جعل الحكومة تقدم التسهيلات اللازمة للقطاع الخاص، بما فيها الحوافز المادية لغرض الاستثمار في المشاريع العامة، وسبب ذلك هو عجز الحكومة على مواجهة الاحترازمات الاقتصادية، وبسبب تدني سعر البترول وانعكاساته السلبية على وضع الاقتصاد الوطني، مما دفع الحكومة لاتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة هذه الأزمة خاصة في قطاع الصحة، ومجال الطرق العمومية وكذلك المرافق العمومية التي كانت تُمول من طرف القطاع العام، وإنشاء المرافق التعليمية والسجون، والهدف الأساسي من هذه المبادرة هو تسهيل التعاون بين القطاعين العام والخاص من خلال دمج القطاع الخاص بمختلف تخصصاته في المشاريع التي يتولاها القطاع العام من خلال تنفيذها وإدارتها، طبعاً كما سبق أن أشرنا فإنها مجرد أداة تحدثها الدولة بغية تخفيض التزاماتها المالية، ولجوء الحكومة البريطانية لهذا النظام هو اقتصادي بحت من أجل تحديث البنية التحتية الأساسية للدولة، طبعاً مع التقليل من الانفاق العام¹ وقد بلغ في هذا الإطار 563 عقداً الى غاية 2003 ووصل مجمل قيمتها المالية 35.5 مليار ونصف جنيه إسترليني.

¹ - كميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين النظام العام والخاص، دراسة تحليلية، ندوة الاطار القانوني لعقود الشراكة والتحكيم في منازعتها، سنة 2011، مصر، ص:119.

ب- في فرنسا: أما في فرنسا فظهرت عقود الشراكة مع بداية القرن 21 باسم CP ومختصر لكلمة Contrats de Partenariat أي عقود الشراكة وتقتصد اشراك القطاع الخاص في تمويل بعض المشاريع التي تستهدف الدولة انشاءها، وكان ذلك كما سبق الإشارة إليها بموجب الأمر 2004/559 الصادر في 2004/06/17 وبواسطة هذه العقود تمكنت من إضافة مجموعة من المرافق العامة الإدارية، وجاءت لإتمام النقص الموجود في عقود الصفقات العمومية، وعقود تفويض المرافق العامة، على أساس الدفع المؤجل وهذا ما كیفها على أنها عقود إدارية، أما عن أسباب ظهورها فهي أسباب قانونية، وتنقسم هذه الأخيرة الى ثلاث أنواع في عقود الأشغال العامة، وتفويضات المرافق العامة وعقود الشراكة وبذلك يعتبر هذا العقد (الشراكة) على انه يبرم من قبل احد اشخاص القانون العام مع شخص من أشخاص القانون الخاص بهدف انشاء التجهيزات الضرورية للمرفق العام مع استغلاله والاستثمار فيه طول مدة العقد في مقابل ثمن يترتب على عاتق الجهة الإدارية المتعاقدة تدفعه للمتعاقد في شكل دفعات في فترات زمنية متفاوتة طول فترة العقد¹.

ج- في الجزائر: إن الدولة الجزائرية فتحت اقتصادها الوطني إلا في سنة 1989 بعدما كان يتميز بالانغلاق، كونها هي المسير والمسيطر الوحيد على الاقتصاد الوطني، ولكن دستور 1989 فتح الباب وتم الانتقال من الاقتصاد المغلق الموجه الى الاقتصاد السوق المفتوح والانتقال المتسارع من الأحادية السياسية الى التعددية السياسية والذي بموجب هذا الدستور تبنت مبدأ حركية رؤوس الأموال الأجنبية وحرية المبادلات التجارية في اطار قانون الإستثمار والذي كان محل انتقاد من طرف المستثمرين، حيث تضمن العديد من القيود على مختلف الاستثمارات الوطنية والأجنبية، مما يؤدي الى عرقلة الاستثمار، وبالرغم من عدم وجود اطار قانوني ينظم أحكام عقد الشراكة إلا أنه تم ابرام بعض العقود من هذه الصيغة في عدة قطاعات، كقطاع المياه والطاقة والاتصالات والنقل وقد دعمت هذا التوجه بتشريعها عدة نصوص قانونية سواء في شكل مراسيم أو اوامر ونذكر منها:

¹ - رجب محمود طاجن، عقود الشراكة بين القطاعين العمومي والخاص دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص: 36.

- المرسوم التشريعي رقم 12/93 الصادر في 15/10/1993 المتعلق بترقية الاستثمار والذي ألغى القانون رقم 13/82 الصادر في 28/08/1982 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة.

- المرسوم تنفيذي رقم 19/94 المؤرخ في 1994 المتضمن صلاحيات وتنظيم وسير وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها... إلخ.

المطلب الثاني

تعريف عقد الشراكة.

يكتسي مصطلح الشراكة أهمية ذو أبعاد متعددة، منها ما هو قانوني، اداري، اقتصادي، اجتماعي، وقد كان محل جدال بين الفقهاء والدارسين والباحثين في علم القانون، ويقصد به ذلك التعاون من أجل انجاز مشاريع مشتركة بين الدولة والمؤسسات العمومية أو الجماعات الإقليمية والمقاولات الخاصة بواسطة عقد الشراكة ويطلق اصطلاحاً على عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص اسم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت BOT) والمكون من ثلاث كلمات انجليزية البناء (Build) والتشغيل (Operate) ونقل الملكية (Transfert) أما في الجزائر تنظم عقود الشراكة بموجب قانون خاص شأن نظيره الفرنسي والمصري، غير أنه أخضع أحكام عقد الشراكة لقانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار الجديد والمعدل للأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى، كون أن عقد الشراكة يدخل ضمن عقود الاستثمار، حيث تنص المادة الأولى من قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار على انه يهدف الى تنظيم الاستثمارات الأجنبية والوطنية المنجزة من النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات، وكيف عقد الشراكة على أنه نوع من أنواع الاستثمار¹.

وبمراجعتنا للتعريف الجزائري لعقد الشراكة فنجد أنه اعتمد تعريف المشرع الفرنسي المنظم بموجب قانون 559/04 الصادر في 17/06/2004 المتعلق بعقود الشراكة والذي سبق الإشارة إليه والذي ينص على ما يلي "عقود الشراكة هي عقود إدارية، تعهد بموجبها الدولة أو إحدى المؤسسات العمومية الى طرف آخر لفترة محددة تكون على أساس مدى

¹- حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود الشراكة ومشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة: 2013، ص: 48.

انجاز الاستثمارات أو ترتيبات التمويل" حيث ترتبط هذه الأخيرة بتمويل الاستثمارات والأشغال والتجهيزات اللازمة للخدمة العمومية عن طريق البناء، والأشغال، والتجهيز فضلاً عن صيانتها وتشغيلها وتسييرها وعند الإقتضاء توفير خدمات أخرى التي تساهم في انجاز المهام الموكلة اليها من قبل الهيئة العامة¹ مع تحويل ملكيتها للدولة عند انتهاء مدة العقد. وإلى جانب ذلك كانت هناك عدة تعريفات منها تعريف د.سيد أحمد محمود الذي يرى أن الشراكة تعني الجمع بين تلبية حاجة الجمهور الذي يعد هدف القطاع العام وكفاءة القطاع الخاص وموارده لخلق فرص السوق التي يتم من خلالها تلبية حاجة الجمهور والربح في نفس الوقت، وعرف عقد الشراكة بأنه اتفاق يسمى باتفاق المشروع تعهد بموجبه الدولة أو المؤسسة العمومية الى شخص لمدة محددة تتناسب مع حجم الاستثمارات المرتقب إنجازها، كما أنها مهمة شاملة وكلية تتضمن التمويل، والبناء والاستغلال وكذا إدارة المرافق العامة فهي إذا تعني التعاون لانجاز مشاريع مشتركة بين الدولة، أو المؤسسات العمومية أو الجماعات المحلية من جهة والمقاولات الخاصة من جهة أخرى وتنظم هذه الشراكة بواسطة عقد بموجبه تعهد الحكومة الى شركة المشروع لتمويل وانشاء وتجهيز مشروعات البنية التحتية والمرافق العامة... الخ² في ظل استراتيجية عقد الشراكة.

أما فيما يخص تعريف استراتيجية عقد الشراكة:

نقصد بمصطلح الاستراتيجية بعدما كان مرتبطاً بالمجال العسكري، فهي ذلك المنهج المتبع من قبل المؤسسات الاقتصادية من اجل تحقيق أهدافها التنموية في ظل الظروف الخارجية المحيطة بها، بما يتفق وما تمكنه من وسائل وامكانيات لتفعيل أنشطتها الانتاجية والتسويقية، إذاً تعتبر الشراكة الاستراتيجية: تلك الخطوات التي تخطوها المؤسسة الاقتصادية في التعاون مع بعضها البعض قصد تجسيد مشروع معين ومحدد من خلالها تضافر الجهود والكفاءات اللازمة مع تحمل كل ما يترتب على ذلك من أعباء ومخاطر بإنصاف دون أضرار، وقد كانت محل اهتمام الفكر الاقتصادي بصياغة عدة نظريات قصد تحديد وضبط مفهوم لها، فعرفها كل من يفلين نلكيتر **Yvelier Nelecter** على أنها "

¹ - Article n°1 de L'ordonnance, N° :2004-559 du 17/06/2004, sur Les contrats de paiement , JORF N°141, p :10994

² - أحمد سعيد أحمد، التحكيم في عقود الشراكة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2013، ص:11.

تتمثل في كل أشكال التعاون بين المؤسسات أو منظمات لمدة معينة من أجل تحقيق الأهداف التي تحددها مسبقاً ."

وعرفها **BNADFORE** بأنها: " تقول على مؤسسة أنها في حالة الشراكة إذا كانت هذه الأخيرة بين أشخاص معنوية أو طبيعية، بهدف انشاء مؤسسة جديدة وتكون ملكيتها عامة موزعة بين المشاركين بنسب متباينة تحت اشراف مطلق ل احد المتعاقدين"

ومن خلال التعاريف السابقة - كإضافة - يمكننا القول أن الشراكة بانها " عقد أو اتفاق مشروعين أو أكثر أساسه التعاون بين الشركاء المتعاقدين، بحيث لا يقتصر على مساهمة الأطراف في رأس المال وإنما يمتد الى المساهمة الفنية الخاصة بالعملية الانتاجية والتسويق، بتقاسم الأطراف الأرباح المحققة والنتيجة عن هذا التعاون وفق مساهمة كل واحد منهم".

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لعقد الشراكة ومبررات اللجوء اليه وخصائصه.

هنا قد يثار تساؤل حول الطبيعة القانونية لعقد الشراكة فيما إذا كان ينتمي الى القانون العام أم القانون الخاص أو الى طبيعة قانونية متميزة، ثم نحاول الوقوف على مبررات اللجوء الى التعاقد بواسطة عقد الشراكة وكذا خصائصه.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لعقد الشراكة.

يقصد بالطبيعة القانونية هو التكييف القانوني أي تحديد القانون الذي يحكمه والنظام القضائي، الذي ينتمي اليه أو يلجأ اليه في حالة نشوب نزاع الى جانب تصنيفه ضمن عقود القانون الخاص، التي يحكمها القانون المدني والتجاري او يصنف ضمن عقود القانون العام والمتمثلة في العقود الإدارية التي يحكمها القانون الإداري أو هو مزيج بينهما والذي عرفه الفقه بأنها عقود ذات طبيعة قانونية خاصة.

أ- عقد الشراكة من عقود القانون العام:

لقد كانت هذه النظرة محل جدال بين الفقهاء والباحثين، فيرى بعض الفقهاء أن عقد الشراكة من عقود القانون الخاص مبررين ذلك بأن الإدارة كطرق في العقد لا تتمتع بالشروط الاستثنائية المعروفة في القانون الإداري كون طبيعة العقد لا تقبل ذلك.

ويرى البعض الآخر أن عقد الشراكة يقوم على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وذلك نظراً بمفاوضات التي تتم بين الدولة والطرف الخاص وبذلك يحكمها مبدأ سلطان الإرادة، وتقوم على أساس التوازن بين الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد دون أن يكون للحكومة سلطة على الطرف الثاني - وأن متطلبات الاقتصاد والاستثمار يستلزم من الدولة التعاقد وفقاً لأحكام القانون الخاص، دون استعمال الإدارة لسلطاتها وامتيازاتها المحددة في العقود الإدارية والتي لا يرغب فيها المستثمر الأجنبي، وإن اتباع الدولة سياسة التعاقد وفقاً لأحكام القانون العام، الذي يمكنها من سلطات وامتيازات على المستثمر، يتعارض مع جلب الاستثمار خاصة الأجنبي - مما يجعلهم في شك في التعامل مع الدولة بشعورهم بعدم الاطمئنان على البيئة الاستثمارية لهذه الدولة¹.

ب - عقد الشراكة هو عقد اداري:

أساس هذه النظرة، النظرية التقليدية للعقد الإداري، التي مفادها أن كل عقد تكون الإدارة طرفاً فيه، يعد عقداً ادارياً في طبيعته، وتبني هذه النظرية فقهاء القانون الفرنسي، حيث أن المظهر الخارجي لعقد الشراكة يوحي ويستهدف تحقيق أرباح للمستثمر، وهو في الحقيقة يسعى الى إنشاء مرفق عام هدفه، تحقيق المصلحة العامة وأصحاب هذا الاتجاه يرون أن ما دام أن أحد طرفي العقد هو الإدارة التي هي شخص من اشخاص القانون العام، يتمتع بامتيازات السلطة العامة وعدة صلاحيات في هذا العقد والتي كيفت على أنها غير مألوفة في مجال القانون الخاص ومنها المزايا التي تمنحها للمستثمر كالإعفاء الضريبي والرسوم الجمركية وغيرها من المزايا بجلب خاصة الاستثمار الأجنبي.

¹ - شامل هادي نجم القزاوي، التزامات المتعاقد في عقود التشييد ونقل الملكية B.O.T ، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط:1، القاهرة، مصر، 2006، ص:64.

هذا ما أكدته المشرع الفرنسي في المادة الأولى من قانون 2004/559 المتضمن قانون الفرنسي حيث ينص على أن عقد الشراكة يعتبر عقداً ادارياً مادام أن الدولة أو أحد مؤسساتها يتعهد الى طرف آخر لمدة محددة مهمة شاملة، يعتبر العقد عقداً ادارياً وبهذا الموقف نجده قد اعتمد المعيار العضوي، الذي يرى أن حتى يكون العقد ادارياً ينبغي أن يكون أحد طرفيه جهة إدارية.

ج- عقد الشراكة ذو طبيعة خاصة:

إن خصوصية عقد الشراكة وجمعه بين أحكام من القانون العام وأخرى من القانون الخاص بمعنى أن العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر ليست من طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد حيث أن كل عقد يتميز بمدى توفره من أحكام¹. كما يرى البعض الآخر أن العقد ذو طبيعة خاصة وهي أن رغم ارتباط عقد الشراكة بالمرفق العام إلا أنه يفتقر الى توفر الشروط الاستثنائية باعتبارها أساس العقود الإدارية التي تخضع للقانون الإداري الى جانب انعدام وجود تنظيم شامل لهذه العقود².

كما يرى البعض أن عقد الشراكة مزيج بين عقدين كون عقد الشراكة يعتبر عقداً من عقود القانون الخاص من حيث العلاقة ما بين الطرفين ويعتبر في نفس الوقت عقداً ادارياً من حيث طبيعة أطراف العقد الى غير ذلك من الآراء.

ولكن الرأي الراجح هو اعتبار عقد الشراكة عقداً ادارياً للأسباب التالية:

(1)- إن وجود قانون خاص يحكم عقد الشراكة، تطبق أحكامه عليها، والمعمول به في معظم الدول التي لم تضع نظام قانوني يحكم عقود الشراكة منها الجزائر، فإنها تلجأ الى استعمال أساليب القانون العام.

(2)- إن الدولة في معظم الأحيان تتنازل عن بعض الصلاحيات للطرف الاخر الذي يعتبر أحد اشخاص القانون العام بهدف تسهيل أعماله وبالتالي تقوم الإدارة العامة بمنح المتعاقد معها في عقد الشراكة شروط تتضمن شروط امتيازات في مواجهة الغير والتي هي اصلاً من صلاحيات

¹- شامل هدي نجم الغراوي، المرجع السابق، ص: 77.

²- طه محميد جاسم الحديدي، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية منازعات، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2013، ص: 96.

الإدارة العامة مثال ذلك أن يقوم المتعاقد مع الإدارة بإبرام عقود باسم الإدارة العامة ولحسابها والتي تجعل الإدارة هي المتصرف الأصلي وليس المتعاقد معها (كعقد الوكالة) وكذلك استغلال المتعاقد مع الإدارة الخاص لبعض العقارات لمدة محددة دون الرجوع الى ملاكها التي هي الإدارة.

(3)- في عقود الشراكة فإن الشريك الخاص يتقاضى حقوقه المالية من طرف الإدارة العامة في شكل دوري أي على فترات دورية قد تكون كل ستة اشهر أو كل سنة وهذه الطريقة السارية التي من خلالها تقوم الإدارة العامة بمنح الحقوق المالية للمتعاقد بموجب عقد اداري.

الفرع الثاني

مبررات الأخذ بعقد الشراكة.

إن الشراكة من القطاعين العام والخاص، كيفت على أنها إحدى الأساليب المعاصرة لإنشاء المشاريع وزيادة الإستثمارات في مجالات مختلفة من أجل تلبية حاجات المجتمع المتعددة والمتنوعة بأساليب وآليات مستحدثة وعليه فإن أسباب اللجوء الى الشراكة هي كالتالي:

- (1)- عدم قدرة الحكومة على تحقيق التنمية المستدامة بمفردها.
- (2)- ضعف الموارد المالية والبشرية والتكنولوجية لدى القطاع العام نظراً لفتح ورشات كثيرة ومتنوعة في اطار الانتعاش الاقتصادي الوطني والارتقاء بمستوى الدولة الى مصف الدول المصنعة بمشاريع مختلفة يتطلب تنفيذها، وتعمل الشراكة على تخفيف حدة المنافسة في المجالات المرتقبة من خلال تبادل الالتزامات بين الشركاء المتعاقدين.
- (3) - تقسيم المخاطر التي قد تنتج عن هذه العقود بطريقة عادلة بين طرفي العقد، مما يساعد على تحملها وتجاوزها بهدف إنجاح مشاريع الشراكة.
- (4)- تساهم عقود الشراكة في تحقيق فوائد وارباح اقتصادية واجتماعية ومالية وبأقل قدر ممكن من التكاليف العمومية، مقارنة بالعقود التقليدية التي قد تلجأ اليها الدولة والتي تكلفها نفقات عالية.
- (5)- توعية المواطنين باستغلال وتحسين الخدمة العامة المقدمة من قبل المؤسسات الحكومية.

(6)- تشجيع وتزويد الشركاء بحلول مناسبة متكاملة للتصدي للمشاكل التي قد تعترض مشاريع الشراكة.

(7)- مشاركة الشركاء في اتخاذ القرارات الملائمة خدمة للصالح العام.

(8)- التنسيق بين الشركاء فيما يقتضيه الصالح العام، بقبول الشريك العام أو الحكومي للحلول المبتكرة والمقدمة من طرف الشريك الخاص.

(9)- اختلال التوازن المالي لدى المؤسسات العمومية بتضخم ديونها مقارنة مع رأسمالها.

(10)- نقص الخبرة التقنية والفنية وكفاءة إطارات المؤسسات العمومية وإمكانتها المادية، مما يدفعها الى البحث عن مساعدة تقنية عالية وكفاءات مهنية مناسبة لسد عجزها في المجال.

الفرع الثالث

خصائص عقد الشراكة.

عقد الشراكة يتميز عن باقي العقود الإدارية التقليدية كالصفقات العمومية، وعقود امتياز المرافق العامة، بخصائص متعددة وذلك راجع للطبيعة المعقدة والاستثنائية التي تتميز بها، كونها عقد شامل، ويتم تنفيذه لفترة زمنية طويلة، وتقاسم الأخطار بين طرفي العقد من خلال انشاء المشاريع المرتبطة بالبنية التحتية - وتمويل المشروع من طرف الشريك الخاص ويكون أحد طرفي العقد شخص عام .

1- عقد الشراكة عقد شامل: ويقصد بهذه الخاصية أن يكون هدف ابرام عقد الشراكة هو انجاز مشروع ما يحتوي على العديد من العمليات كالتصميم والتمويل والانشاء والتجهيز والتسيير والصيانة فضلاً عن القيام بخدمات إضافية، كل هذه العمليات يتم جمعها في صيغة واحدة شاملة تنتهي بإنجاز المشروع محل عقد الشراكة أي تجمع هذه المراحل ومهام المشروع في صيغة عقدية واحدة تسمى بعقد الشراكة وبذلك تصبح شراكة المشروع هي المسؤولة عن الخدمات وهذا ما يفرض عليها أن تتولى مهمة متكاملة بين مختلف مراحل المشروع¹.

1- مؤتمر العمل العربي، الدورة 38، البند العاشر (10)، تكامل دور القطاعين العام والخاص في التنمية، القاهرة، مصر، 2014.

2- هي وضع قانوني تنظيمي باعتبار العقد شريعة المتعاقدين يكون تنظيمه وفق استراتيجية معينة للشراكة كإكتساب الخبرات والتقنيات والتجارب مع التطور التكنولوجي.

3- تعمل الشراكة على تسهيل الاستثمارات الأجنبية وما يتبع ذلك من تسهيلات جبائية وجمركية.

4- تحقيق الشراكة اقتصاداً فعالاً مبنياً لتخطيط استراتيجي والتقليل من الإنفاق.

5- الشراكة عامل لجلب الاستثمار الأجنبي.

6- الشراكة عقد طويل المدة يلزم الشركاء بمسؤولية مشتركة بما يتفق وضخامة الأشغال المقامة مما يجعلها معقدة، وقد يمتد تنفيذ العقد من 10 الى 30 سنة وطول هذه المدة يزيد من ايجابيتها، لأنه يضمن للشريك العام والسلطة العمومية تقديم خدمة ذات نوعية، واسترجاع التكاليف عن طريق فرض رسوم على خدمات المنتفعين تعود في الأساس الى الشريك العام، وتضمن للشريك الخاص تحقيق الأرباح من خلال المبالغ المالية التي يقدمها الشريك العام طول مدة العقد ولكن طول المدة في بعض الأحيان قد لا يتناسب ومردودية المشروع، مما يصاحبها مراجعة وتحيين التكاليف وبالتالي فإن مراجعة العقود وحتى فسخها أصبحت خاصة تميزها بفعل المستجدات وتقلبات السوق والتغيير في الأوضاع السياسية والاقتصادية، شأن الجزائر في ظل الجزائر الجديدة¹.

7- تمكين الشراكة من تحسين وتطوير النظام الاقتصادي الوطني ومواكبته لدينا ميكية الاقتصاد العالمي وعولمته الى جانب الارتقاء بمستوى العلاقات الخارجية والداخلية الى الأعلى.

8- عقد الشراكة يرتبط بمشاريع البنية التحتية: قبل ظهور عقد الشراكة، كانت تجسيد البنى التحتية ملقاة على عاتق الدولة، بهدف تحقيق التنمية بأنواعها المختلفة، ونظراً لتبنيها مسؤولية انجاز المشاريع، اثقل كاهلها بثقل الإنفاق العام وانعكاساته السلبية على ميزات العمومة في الوقت ازدادت وتنوعت احتياجات المواطنين الذين يصبون الى تحقيق الرفاهية الاجتماعية الأمر الذي دفع الدولة الى اللجوء الى الشراكة والبحث عن شركاء

¹ - فصايم سميرة، عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، جامعة تيزيوزو، الجزائر، 2011/04/12، ص: 30.

يقوم بهذه المهمة والعملية لاتجار مشاريع البنى التحتية التي حملتها الدولة، في فترة سابقة على عاقتها.

الفرع الرابع

عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص والشراكة الأجنبية.

عرفت السياسة العامة في تسيير وتنظيم المرافق العامة ثلاث مراحل تميزت الأولى بالتصرف المباشر ثم مرحلة ثانية بالتخلي لفائدة الخواص وفي المرحلة الثالثة ظهر نوع جديد من العقود هو الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالإضافة الى الانفتاح الخارجي (الشراكة الأجنبية).

وبالتالي نستنتج أن عقد الشراكة يبرم بين طرفين الأول من القطاع العام ويسمى بالشريك العام والثاني من القطاع الخاص ويسمى بالشريك الخاص، ويشير الى الأنشطة الاستثمارية التي يتولى فيها القطاع الخاص، انجاز المشاريع، وأداء الخدمات في المجال البنى التحتية الأساسية، والمشاريع الكبرى، بعدما كانت حكراً على القطاع العام بصفة أحادية. كما أن الأزمة الاقتصادية العالمية كان لها الأثر العميق في مراجعة وتصحيح الأوضاع المالية للتصدي لها والتخفيف من حدتها في بداية تسعينات القرن الماضي والتي كانت وراء التخصيص وانخفاض الاستثمار العام والتخلي عنه لفائدة الشراكة بين القطاع العام والخاص.

أ- الشريك العام: فإن الهيئة المكلفة بإبرام عقد الشراكة التابعة للقطاع العام أو للحكومة تسمى بالشريك العام وتقوم بإبرام عقد الشراكة باسم ولحساب الحكومة ويرتبط الشريك العام بالشخص العام والأشخاص العامة في الجزائر منصوص عليها في المادة: 49 من قانون المدني وهي الدولة، الولاية، البلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري¹ فإذا كان أي من هذه الهيئات طرفاً في عقد الشراكة فيسمى بالشريك العام .

فالدولة يمثلها رئيس الجمهورية بنفسه وقد يمثلها الوزير الأول أو رئيس الحكومة، كما قد يمثلها الوزير المكلف بكل قطاع، والولاية يمثلها الوالي، وبدرجة أقل المدير التنفيذي

¹- نص المادة: 49 من القانون المدني على ما يلي: "الأشخاص الاعتبارية هي الدولة، الولاية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف، كل مجموعة من الأشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية".

المسؤول عن كل قطاع وزاري على مستوى الولاية والبلدية يمثلها رئيس المجلس الشعبي البلدي، أما المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري فيمثلها مديرها التنفيذي، كما يمكن أن يمثل الدولة من طرف شخص عام غير الأشخاص العامة المذكورين في المادة: 49 من القانون المدني، وهي الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI)¹ غير أن ما يمكن الإشارة إليه هو أنه يمكن للدولة أن تكلف شخص من اشخاص القانون الخاص أن يحل محلها في عملية التعاقد وذلك بصفته وكيلًا عنها يتصرف باسمها ولحسابها في عمليتي ابرام العقد وتنفيذه² وفي كل الحالات، تبقى الدولة بأجهزتها وفروعها هي المالكة الحقيقية للمشروع والتي تقوم بمنح الامتيازات للمتعاقدين معها المتمثل في الشركاء الخاص.

ب- الشريك الخاص: ويقصد بالشريك الخاص هو كل شخص سواء كان طبيعي أو معنوي يمارس نشاطه في إطار القانون الخاص بغية تحقيق الربح كما يقصد بالقطاع الخاص هو ذلك الاقتصاد الغير الخاضع لسلطة الحكومة وسيطرتها، ويدار وفقاً لاعتبارات الربحية المالية والمملوك للخواص وتتحكم فيه آليات السوق³ أما عن الأشخاص الخاصة فقد حددتهم المادة 49 من القانون المدني السابقة الذكر وهي الشركات المدنية والتجارية والوقف، والجمعيات وغيرها وتسعى هذه الأخيرة أي الشخص الخاص الى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة مع تحقيق ربح مشروع.

أما عن الشراكة الأجنبية أو الأورو-متوسطية فالجزائر تكيفت ومتطلبات التحولات والمتغيرات الاقتصادية والاجتماعية بتحضير أرضية قائمة بذاتها تتكفل بتطوير الاقتصاد الوطني وتشجيع الاستثمار الأجنبي، بمنحه امتيازات وتسهيلات جبائية وجمركية وغيرها وتعد الشراكة أحد استراتيجيات التي تعتمدها الدولة في تطوير نشاطاتها وعلاقتها الخارجية.

ويمكن تعريفها كما يلي: " الشراكة الأجنبية هي اتفاق تشارك بموجبه الأطراف المتعاقدة المختلفة الجنسية بكل امكانياتها المالية والمادية والبشرية في انجاز مشروع معين تكون

¹ - ANDI : Agence National de Développement d'investissement.

² - شهرزاد سبتي، اتفاقيات الشراكة في إطار قانون الاستثمار الجزائري، ماجستير، الجزائر، كلية الحقوق، 2012/2011، ص: 27.
³ - نوري ياسمين، إمكانية القطاع الخاص المنتج في ظل السياسات التنموية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2015/07/07، ص: 22.

الاستفادة منه حسب مشاركة الأطراف كما يقصد بها ذلك المشروع الذي تشارك في امتلاكه طرفان من دولتين مختلفتين".

تعرف كذلك على أنها تجمع اتفاق بين طرفين أو أكثر من جنسيات مختلفة للمساهمة في تحقيق أهداف معينة ومحدودة الزمن تبنى على أساس الثقة المتبادلة وحسن النية في التعامل بين الأطراف وعليه يعتبر عنصر الثقة أمراً ضرورياً - والتي تفرض ما يلي:

- المعرفة المشتركة المتبادلة للشركاء.
- الإدارة في العمل والتعاقد بصورة دائمة.
- وهي وسيلة فعالة لتنظيم علاقات مستمرة بين طرفين أحدهما أجنبي.¹

مميزات عقد الشراكة عن العقود المشابهة له:

يتميز عقد الشراكة عن باقي العقود الإدارية، بمميزات ذاتية كونه عقد حديث النشأة وتكيفه ومستجدات الاستثمار، وأنه عقد اداري تحكمه قواعد قانونية مختلفة، تختلف عن العقود التقليدية التي تلجأ إليها الإدارة العامة كالصفقات العمومية، وعقود تفويض المرافق العامة بمختلف أنواعها، ويكمن الفرق بينها وبين عقود الشراكة في كيفية حصول المتعاقدين عن المقابل المالي ونظامها القانوني، غير أن ما يمكن الإشارة إليه أن المشروع الجزائري في هذه المسألة هو تنظيمه للصفقات العمومية مع إدارية تفويض المرافق العامة في تقنين واحد.²

أ- تمييز عقد الشراكة عن الصفقات العمومية **Marchés Publics** :

المقابل المالي في عقود الصفقات العمومية، يتحصل عليه المتعاقد مع الإدارة كمقابل لتنفيذ التزاماته التعاقدية، وحسب قانون 247/15 فالصفقات العمومية، تشمل عقود الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات وهذا ما نصت عليه المادة 02 منه، والمتفق عليه في هذه العقود أن المقابل المالي الذي يدفع للمتعاقد بعد تنفيذ التزامات التعاقدية يأخذ صفة الثمن، والذي يكون محل اتفاق بين أطراف العقد عند إبرام العقد. ويعتبر من المسائل الجوهرية ففي حالة تخلفه يعتبر العقد باطلاً.

¹ - فلش عبد الله، أثر الشراكة الأورو- الجزائرية على تنافسية الاقتصاد بالجزائر ، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 4، 2006، ص:02.
² - المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة ج.ر:رقم 50، الصادر في 2015/12/20.

الى جانب خضوع كل من العقدين لمبدأ التفاوض التنافسي بهدف تحديد الإمكانيات الفنية والقانونية والمالية مع احترام مبدأ المساواة بين المترشحين بالنسبة لعقد الشراكة أما الصفقات العمومية فهي الأخرى تخضع لنفس المبدأ في الحالة التي يكون فيها موضوع الصفقة مركباً، بحيث يصعب على الإدارة العامة الوقوف على الجوانب المالية والقانونية للمشروع أو كذا الفنية التي تحتاجها الصفقة¹ كما أن عقد الشراكة والصفقات العمومية تعتبر من العقود الاجمالية، والمركبة كون أن عقد الشراكة يتضمن عدة عمليات كالتصميم والبناء والتمويل والتشغيل والصيانة وكذلك الصفقات العمومية، وقد تتضمن البعض منها غير أنه بالنسبة للشراكة تعتبر قاعدة عامة اما في الصفقات العمومية فهي استثنائية. أما نقاط الاختلاف، فأول اختلاف بينهما يكمن في طريقة حصول المتعاقد مع الإدارة على المقابل المالي المستحق فالنسبة للصفقات العمومية، يحصل المتعاقد على المقابل المالي، وفقاً لثلاث طرق نص عليها المشرع في المادة 108 من قانون 247/15 وهي طريق دفع تسبيقات او الدفع على الحساب أو عن طريق التسويات على رصيد الحساب أما عن مفهوم كل منهما.

- التسبيق: هو كل مبلغ يُدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة.

- الدفع عن الحساب: هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة.

- التسوية على رصيد الحساب: هو الدفع المؤقت والنهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لها (المادة: 109) من قانون 247/15

أما عقود الشراكة فلا تخضع لهذا المبدأ وهو الدفع على فترات بحيث أن الشريك الخاص يتقاضى حقوقه المالية بصفة دورية قد تكون كل ستة أشهر أو كل سنة أو حسب ما اتفق عليه الطرفان في العقد كون عقد الشراكة من العقود الطويلة المدة قد تصل في بعض الأوضاع الى 30 سنة أو أكثر وأن هذه الطريقة لا تتعب خزينة الدولة.

وأن الصفقات العمومية تعتبر قصيرة المدة لا تتجاوز (05) الخمس السنوات إلا في بعض الحالات الاستثنائية وذلك لطبيعتها العقدية التي لا تعتبر مركبة في غالب الأحيان أو غير

¹- رجب محمود طاجن، عقود المشاركة بين القطاعين العمومي والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص: 97.

متضمنة لمهمة شاملة وإنما تقتصر على انجاز الأشغال والتوريدات، أو الخدمات وكذلك في إجراءات إبرام العقد وإن كان كلاهما يخضعان لمبادئ العلانية وحرية المناقصة تكافؤ الفرص والمساواة قصد اختيار أفضل العروض المقدمة.

فإذا كانت الصفقات العمومية منصوص فيها صراحة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تخضع بمناسبة اختيار المتعاقد مع الإدارة الى أسلوب تلقي العروض كما كان يصطلح عليه المشروع في قانون الصفقات العمومية القديم بالمناقصة، فإن عقود الشراكة بالرغم من عدم نص المشرع الجزائري على كيفية اختيار الشريك الخاص المتعاقد مع الإدارة، إلا أن المعمول به في هذا المجال بالاستناد الى الإجراءات المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية في كيفية اختيار المتعاقد معها، حيث يمكن لهذه الأخيرة بناء على المادة 49، 51 من قانون 247/15 ان تلجأ الى استعمال الأسلوب التراضي أو الاتفاق المباشر بنوعيه سواء كان تراضي بسيط أو تراضي بعد الاستشارة وهذا الاجراء يعتبر اجراء استثنائي عن القاعدة العامة، والتي هي تلقي العروض في الصفقات العمومية، غير أن عقود الشراكة لا تخضع لهذا المبدأ، لأن أسلوب التراضي تلجأ اليه الإدارة العامة حالة الاستعجال ويكون المشروع ذات أهمية بالغة، وعليه فإن المشاريع التي تنجز في ظل عقود الشراكة لا تتضمن الطابع الاستعجالي ولا الحالات المذكورة في المادة 49 وبذلك فإن الإدارة العامة في عقود الشراكة لا تلجأ الى أسلوب التراضي.

ب- تمييز عقد الشراكة عن عقود تفويض المرافق العامة *Délégation de Service Public*

تعتبر الصفقات العمومية من العقود الإدارية المرتبطة بمعيار الثمن أما عقود التفويض المرافق العامة مرتبطة بمعيار نتائج الاستغلال وموضوعها الإدارة العامة تفوض المتعامل المتعاقد معها بإدارة مرفق عام وقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من العقود في قانون 247/15، حيث خصص لها باباً كاملاً حيث نصت المادة 207 من نفس القانون " أنه يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره الى مفوض له وبالتالي يمكن تعريف عقود تفويض المرفق العام على أنه عقود إدارية تعهد بموجبها الإدارة العامة الى شخص آخر يمارس نشاطه في مجال القانون الخاص لإدارة وتسيير مرفق العام، بمقابل مالي يحصل عليه المتعامل المتعاقد مع الإدارة من خلال

استغلال للمرفق العام عن طريق فرضه لرسوم يدفعها المنتفعين بالخدمات التي يقدمها هذا المرفق، وعند انتهاء مدة العقد تعود ملكية المرفق العمومي الى الإدارة العامة التي تعتبر المالك الأصلي - ويدخل في عقود تفويض المرفق العام مجموعة من الأنواع وبالرجوع الى المرسوم الرئاسي 247/15 نجد أن المشرع في المادة 210 منه نص على أنه يمكن تفويض المرفق العام في شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير كما يرى البعض الآخر في طائفة هذه العقود - عقود البوت BOT ."

أما عن التشابه: يعتبر كل من عقد تفويض المرفق العام وعقد الشراكة من العقود الإدارية وأساس ذلك وفق النظرية التقليدية انه كلما كانت الدولة متمثلة في الإدارة العامة طرفاً في العقد اعتبر ذلك العقد من العقود الإدارية وبالتالي ففي عقود تفويض المرافق العام الإدارة تفوض شخصاً آخر غالباً ما يكون شخص قاضي يسمى بالمفوض له، بتسيير وإدارة مرفق عام وكذلك بالنسبة لعقود الشراكة، فإن الإدارة تتعاقد مع الشريك الخاص بهدف انجاز مشروع متصل بالمرفق العام ويشترك كل من عقد تفويض المرفق العام مع عقد الشراكة في التخفيف عن الأعباء المالية للدولة، حيث أن الإدارة العامة تكون بعيدة عن عمليات موضوع التفويض مع بقاء ملكية المرفق العام للإدارة العامة هذا ما نجده في عقود الشراكة، بحيث يتكلف الشريك الخاص بإنشاء مرفق عام وتشغيله وصيانته وتجهيزه دون تدخل الدولة مع بقاء ملكية المرفق للدولة.¹

وإن كل من عقد الشراكة وعقد تفويض المرفق العام يعتبران من العقود المركبة والاجمالية، وببرهان لمدة طويلة، فعقود الشراكة تصل الى 30 سنة او تتجاوزها بينما عقود تفويض المرافق العامة قد تصل مدتها على اقصى تقدير 99 سنة ونجد ذلك خاصة في عقود امتياز المرافق العامة ويخضع كل منهما لمبدأ العلانية والحوار التنافسي الذي يسمح بتقديم أكثر من عرض للإدارة الى جانب مراعاة المساواة في التعامل مع العروض من قبل الإدارة العامة.

¹ - حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود الشراكة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2013، ص: 182.

المطلب الرابع

ضوابط إبرام عقد الشراكة والأثار القانونية المترتبة عليه.

إن عقد الشراكة كباقي العقود الإدارية، يشترط توفر شروط يحددها الأطراف الى جانب خضوعها لإجراءات معينة ينبغي اتباعها لإبرام العقد - أما عن شروط إبرام عقد الشراكة فهي كالتالي:

أ- شروط إبرام عقد الشراكة: نظرا لعدم وجود نظام قانوني خاص بعقد الشراكة ينص على الشروط اللازم توفرها لإبرام هذا العقد في التشريع الجزائري، ينبغي كغيره من العقود التي تبرمها الإدارة العامة، أن يتوفر على مجموعة من الشروط حتى تكون أمام عقد شراكة مشروعاً، لأن هذا الأخير يختلف في بعض أحكامه عن العقود الأخرى التي تبرم في مجال القانون العام، خاصة الصفقات العمومية وتفويض المرافق العمومية وعقود البوت، ومن شروط عقد الشراكة ما يتعلق بالشريك العام وما يتعلق بالشريك الخاص وقد سبق دراستها عند معالجتنا لخصائص عقد الشراكة، أما باقي الشروط فمنها ما يتعلق بمدة العقد ومحل العقد والمقابل المالي.

1. أما عن الشروط المتعلقة بمدة العقد: طبعاً مدة العقد في التشريع الجزائري غير محددة بنص قانوني، ولكن بالرجوع الى التشريع الفرنسي والمصري باعتبارهما المصدر الأساسي للنظام القانوني الجزائري، نجد أنها تتراوح ما بين 5 الى 30 سنة كأقصى حد غير أنها بصفة استثنائية قد تتجاوز ذلك في بعض الحالات التي يشترط فيها الحصول على اذن بعض الهيئات الوصية كالوزارة المعنية بموضوع عقد الشراكة أو مجلس الوزراء أو المجلس الوطني للاستثمار في الجزائر وكذا الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، وسبب طول مدة عقد الشراكة هو ارتباط مشاريع عقد الشراكة بالبنى التحتية او إعادة إصلاحها وتحديثها، كما أن المدة المقررة مرتبطة بالعديد من العمليات التي يجب تنفيذها. أما عن استغلال المدة فقد يستغرق إنجاز المشروع من 04 الى 08 سنوات حسب طبيعة المشروع المراد إنجازه، أما ما تبقى من المدة، يستغلها الشريك الخاص في إدارة وتسيير

المرفق المنجز، لصالح الشريك العام على أن لا يتجاوز المدة الاجمالية المتفق عليها في العقد.¹

2. الشروط المتعلقة بمحل عقد الشراكة: محل العقد بصفة عامة هو تلك العملية القانونية التي اتفق عليها الأطراف على تجسيدها أما عم محل عقد الشراكة فهو انجاز مشروع معين من طرف الشريك الخاص بغرض تحقيق هدف الشريك العام، ويتفق طرفا العقد على مجمل الشروط اللازم توفرها لإنجاز المشروع بالتراضي، وينبغي أن يكون محل العقد مشروعاً وفقاً للأحكام القانونية المنصوص عليها في التشريع الجزائري، غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، محققاً للمصلحة العامة وإلا كان عقد باطلاً.

ويتم انجاز محل عقد الشراكة في مرحلتين، فالأولى منها خاصة بالإنجاز والتجهيز، وتتطلب توفير الوسائل اللازمة لذلك، وتمويل المشروع وبالنسبة للتجهيز فيجهز المرفق موضوع المشروع بالوسائل اللازمة المساعدة على تقديم الخدمات واستمراريتها مع الالتزام بالصيانة بانتظام طيلة مدة العقد.

أما المرحلة الثانية فهي مرحلة التشغيل وتعتبر هذه الأخيرة من أطول المراحل من حيث المدة الزمنية من عمر العقد، فمن خلالها يدير الشريك الخاص المرفق المنجز لصالح الشريك العام أي الإدارة المتعاقد معها بحيث تعود العائدات المالية، المحصل عليها للإدارة العامة وليس لصالحه بمعنى أن الشريك الخاص يقوم ببيع الخدمات للمنتفعين لصالح الإدارة العامة².

إلا إذا اتفق الطرفان بالتراضي على تخصيص جزء من عائدات الخدمات للشريك الخاص مع مراعاة النوعية في تقديم الخدمات والتي تعود بالنفع والزيادة في الأرباح بحكم خبرة الشريك الخاص وفعالية تسييره للمرافق العامة.

3. شروط المقابل المالي: المقابل المالي في عقود الشراكة هو ذلك الثمن الذي تدفعه الإدارة العامة للشريك الخاص بصفة دورية بعد مرور مدة زمنية من عمر العقد، يتفق عليها الطرفان. قد تكون شهرياً وهذا الأمر مستبعد كون مدة العقد طويلة وغالباً ما تحدد

1- حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة، المرجع السابق، ص: 72.

2- حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة، نفس المرجع، ص: 70.

بسته 06 أشهر أو بسنة كاملة غير أن ما يجب الإشارة اليه هو العلاقة الثلاثية القائمة بين الإدارة العامة والشريك الخاص، والمنفعين من المشروع المنجز، فالعلاقة بين الشريك العام والخاص، خدماتية حيث يلتزم الشرك الخاص بأداء الخدمات لصالح الإدارة العامة، دون تكييف هذه العلاقة على أنها وكالة، لأن هذه الوضعية تعطي للشريك الخاص القيام بجميع الاعمال نيابة عن الإدارة العامة يعني أنه لا يقوم بأدائها لصالح الأفراد وإنما الإدارة العامة هي والتي تتولى ذلك بما تراه مناسباً مراعية في ذلك ظروف السياسة المنتهجة في هذا المجال، لأن لهذا الأخير صلاحية تأديتها لصالح الإدارة العامة. في مقابل ذلك يلزم الشريك العام بتسديد مستحقات الشريك الخاص بواسطة أجرة دورية تمنحه له بعد مرور المدة الزمنية المتفق عليها.

وما يمكن ملاحظته هو أن العلاقة بين الشريكين، علاقة خدماتية أما علاقة الشريك الخاص بالمنفعين فهي علاقة مباشرة بينهما بالتزام الشريك الخاص بتقديم الخدمات بأحسن الوسائل وأحسن الطرق بما يتلاءم ومصصلحة المنفعين، وهذا عكس علاقة الشريك العام بالأفراد المباشرة والمتمثلة في تقديم الخدمات وبيعها لهم بأسعار مدروسة وفق ظروفهم المعيشية، مما يعفي مسؤولية الشريك الخاص في هذا المجال، غير أنه مسؤول أمام الإدارة عن جودة الخدمات ونوعيتها، وفي حالة عدم التزام الشريك الخاص بذلك يكون للإدارة الحق في طلب التعويض من هذا الأخير كما ليس لها الحق في مراجعة الثمن المقدم للشريك الخاص، لأن هذا الأجر يدخل من الحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة التي لا يمكن تعديله إلا إذا كان هناك اتفاق في بنود العقد على ذلك.¹

4. شروط الطبيعية المركبة والاستعجالية لعقد الشراكة: يعتبر هذان الشرطان من مبررات لجوء الإدارة العامة الى ابرام عقد الشراكة، ولا يشترط توفرهما يكفي توفر أحدهما ومصدرهما التوجه الأوربي رقم CE18-2004 الصادر في 2004/03/31 وكذا قرار مجلس الدولة الفرنسي رقم CD:473/2003 الصادر بتاريخ 2003/06/21 حيث أن التنظيم الفرنسي لعقود الشراكة في مادته الثانية على أنه : " تبرم عقود الشراكة² بعد

1- حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة، المرجع السابق، ص:78.

2- حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة، المرجع السابق، ص:80.

اجراء التقييم بالنظر إلى الطبيعة المركبة لمشروع عقد الشراكة وكذا الطبيعة الاستعجالية له ويجب على الجهة الإدارية في اجرائها للتقييم أن تثبت توفر أحد هذين الشرطين قبل البدء في إجراءات ابرام العقد."

والسمة المركبة لعقد الشراكة من الناحية العملية هي ارتباطها بالجوانب الفنية والتقنية والمالية والاقتصادية والقانونية وكذا العمليات المكونة من تصميم وبناء وتمويل، وتشغيل إضافة الى ما يتعرض له المشروع من عراقيل مادية أثناء تنفيذه وما يمكن ملاحظته هو أن الطبيعة المركبة لمشروع عقد الشراكة، تجعل الإدارة العامة عاجزة على إيجاد الحلول المناسبة والوسائل لإنجاز هذا المشروع مما يدفعها الى التعاقد مع الشريك الخاص المتخصص صاحب الخبرة في هذا المجال.

أما شرط الاستعجال هو أقل أهمية من الشرط الأول في ابرام عقد الشراكة وغالباً ما يستغني عنه، بل يكفي توفر شرط الطبيعة المركبة للمشروع، وعند الضرورة توفير الاستعجال البسيط لا الملح، وهدف هذا الشرط هو التسهيل والإسراع في انشاء المشاريع لتأدية المصلحة العامة والخدمة في ظرف قياسي، والاستعجال له طبيعة خاصة كونه خارج عن إرادة الإدارة العامة.

المطلب الخامس

إجراءات ابرام عقد الشراكة.

إن إجراءات ابرام عقد الشراكة تقيد حرية الإدارة العامة في التعاقد لضمان خدمة عمومية ذات نوعية وجودتها، والتي تتلاءم ورغبة المستفيد منها كشخص قانوني عام يبرم العقد لحساب المصلحة العامة¹ بتحديد كيفية اختيار المتعاقد معها لتحقيق أهداف الإدارة الاقتصادية والاجتماعية، والفنية والمالية، وعليه فالإدارة العامة أو الشريك العام تلجأ الى طرق ووسائل تخضع للنظرية العامة للعقد الإداري، كون عقد الشراكة عقداً ادارياً وتتجسد هذه النظرية العامة في طريقة المناقصة أو طلب العروض والتي توقف ما بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للشريك الخاص.

¹ - عمار عوابدي، القانون الإداري، ج 8، ط1: د.م.ج، الجزائر ، ص: 201، 200.

أما عن مفهوم المناقصة او طلب العروض: المناقصة هي مجموعة من الإجراءات القانونية واللوائح العامة المطبقة بقصد الوصول الى التعاقد الذي يقدم أفضل الشروط المالية والفنية للإدارة¹ بمعنى انتقاء أحسن المتعامل المتعاقد معها، والذي يحقق المصلحة العامة ذات الجودة والنوعية وبأقل تكلفة، وتخضع المناقصة او طلب العروض الى مجموعة من المبادئ وهي مبدأ العلانية المتبع في إجراءات عملية التعاقد وكذا بين مبدأ الحوار التنافسي، والتفاوض، ومبدأ المساواة بين المتنافسين والمترشحين دون انحياز لأحدهم وقد تبناها المشرع الجزائري في اطار ابرام العقود الإدارية، وعالج أحكامها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة، أين تخطى المشرع الجزائري عن مصطلح المناقصة واستبدله بمصطلح طلب العروض وإن كان المدلول واحد، كما طبقه على عقد الشراكة نظراً لعدم إفراد عقد الشراكة بقانون عقود الشراكة تخضع هي الأخرى لنفس الإجراءات التي جاءت في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب المرسوم الرئاسي 247/15.

طبعاً هذا لا يعني أن عقود الشراكة تخضع لكل الأحكام الواردة في قانون 247/15 فالإدارة العامة عند اقدمها على ابرام هذا النوع من العقود تتمتع بنوعية من الحرية شريطة الالتزام بمبادئ العلانية والمنافسة والتفاوض والمساواة والشفافية بين المترشحين وكذا تحقيق المصلحة العامة وعليه يمكننا القول أنه ممكن أن تخضع عقود الشراكة للإجراءات المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية بما يتفق وطبيعتها، طبعاً أن هدف تطبيق إجراءات المنافسة أو طلب العروض في عقود الشراكة يكمن في تجسيد الحياد والنزاهة في انتقاء الشريك الخاص.

الفرع الأول

إجراءات ابرام عقد الشراكة.

تتم إجراءات عملية ابرام عقد الشراكة في مرحلتين، المرحلة الأولى تسبق عملية التعاقد، أما المرحلة الثانية تأتي أثناء عملية التعاقد

¹ - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص: 203.

أ- الإجراءات السابقة على التعاقد: في هذه المرحلة تقوم الإدارة العامة بمجموعة من الإجراءات قبل التعاقد بنظام الشراكة فبعد تحديد المشروع وقبوله من طرف الهيئات المختصة، وبعد دراسته من مختلف الجوانب القانونية، الاقتصادية، المالية، الاجتماعية والفنية كما تقوم باستشارة رجال الفن والخبراء والمختصين، وبعد التأكد من اعتماداتها المالية.

1. اعداد الدراسات لمختلف الجوانب القانونية، المالية، الاقتصادية، والاجتماعية والفنية والتي تبدو لجوئه الى ابرام عقد الشراكة المزمع إنجازه بعد التأكد من توفر الاعتمادات المالية ومدى تأثيرها على ميزانية الدولة، وإن هذه الأخيرة يجب أن تنظر الى الشريك الخاص على أنه شركة تجارية تستهدف قبل كل شيء الربح وترعى مدى استجابة المشرع لاحتياجات المواطنين، يعني تحديد الأولويات في تلبية حاجات المواطنين باعتبارهم ركن من أركان الدولة -التي لا تحقق الا بلجوتها الى خبرة القطاع الخاص - بدون ائقال ميزانيتها العامة وترعى ما مدى مساهمة مشروع عقد الشراكة في التقليل من نسبة البطالة وتوفير مناصب الشغل¹. وبعد الانتهاء من الدراسات يتم عرضها على الهيئة أو الجهة العمومية المسؤولة عن عقود الشراكة لتقديم وإعطاء رأيها فيها والتي تتخذ صورة الاذن - أما في الجزائر فتخضع لجهات الوصية على ذلك كالوزارة الوصية أو مجلس الوطني للاستثمار والذي من اختصاصه دراسة كافة المشاريع الاستثمارية، وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 335/06 المؤرخ في 2006/10/09 المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار-.

2. الاستشارات المسبقة: قد تلجأ الإدارة العامة أو الشريك العام قبل بدء إجراءات عملية التعاقد الى استشارة هيئة ما، أو خبير مختص لأخذ رأي هؤلاء لدراسة إمكانية توظيفها في حالة مطابقتها مع جوانب دراستها القانونية والمالية والاقتصادية لعملية التعاقد، غير أن الرأي الذي تقدمه هذه الهيئات غير ملزم للإدارة العامة إلا

1- حمادة عبد الرزاق حمادة، عقد الشراكة، المرجع السابق، ص: 226.

إذا وجد نص تشريعي يجيزها على ذلك في بعض الحالات الخاصة، كما أنها ملزمة بالاستشارة إذا كانت طبيعة المشروع تقتضي ذلك.

3. توفر الاعتماد المالي:

أ- الإدارة العامة ينبغي عليها في ظل الإجراء، التأكد من توفر الموارد المالية المخصصة للمشروع، والتي يتطلبها تعاقدتها مع الشريك الخاص، بحيث على الإدارة ألا تتجاوز حدود الانفاق المقدرة في ميزانيتها، حتى لا تقع في نزاع مع الشريك الخاص، الذي قد يفسح مجالاً للشك بالنسبة للضمانات المالية، للشريك الخاص المتعاقد مع الإدارة، وتحافظ على الثقة، المتبادلة بين الطرفين وتعرض العقد للفسخ في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد، والذي يعود بالسلب على الإدارة العامة.

ب- الإجراءات الواردة على التعاقد: تعد هذه المرحلة أهم مراحل التعاقد وهي الخطوات التي تخطوها الإدارة العامة للوصول الى الهدف المنشود وهو ابرام العقد، انطلاقاً من الإعلان عن العرض أو المناقصة مروراً بتقديم العطاءات من المترشحين ثم مرحلة التفاوض والحوار التنافسي وصولاً الى عملية ابرام العقد النهائي بعد اجراء مفاوضات أخرى مع من يتم انتقاءه.

1. مرحلة الإعلان عن العرض: يقصد بالإعلان للمنافسة كما يسميها الفقه الفرنسي أو طلب العروض كما سماها المشرع الجزائري بمناسبة تنظيمه للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب القانون رقم 247/15 وهي المرحلة التي تعلن فيها الإدارة العامة عن عرض عقد الشراكة بهدف اعلام كافة الراغبين في الترشح للتعاقد معها، ويتم هذا الاجراء وفقاً لمبادئ العلانية بكل الوسائل الممكنة وذلك عن طريق الصحافة بواسطة الجرائد الوطنية أو في المواقع الالكترونية حيث تنص المادة 65 فقرة 01 من قانون 247/15 أن النشر يتم في جريدتين يوميتين وطنيتين أو عن طريق الموقع الالكتروني الخاص بالإدارة الراغبة في التعاقد والذي يعتبر أفضل وأكثر فعالية حيث يمكن كافة الشركات في أي مكان في العالم للإطلاع على الإعلان من خلال الدخول الى الموقع الالكتروني بالوقوف على

تفاصيل المشروع المرتقب إنجازه، أو عن طريق النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي

Bultin Official des Marchés de l'opérateur Public (BOMP)

وهذه النشرة أسبوعية تحرر باللغتين العربية والفرنسية.

أما عن محتويات الإعلان: فإنه يتضمن الإعلان عن تسمية الجهة أو الهيئة الإدارية التي تسعى الى التعاقد، تم صفتها، عنوانها، وموقعها الإلكتروني، عنوان بريدها، وصيغة الدعوى للتعاقد، وموضوع الإعلان، وكذا بيانات مختصرة عن طبيعة المشروع المراد إنجازه، والاهداف المراد تحقيقها والتكلفة الاجمالية للعقد ومدة انجاز المشروع ومدة العقد الاجمالية ومكان انجاز المشروع بالإضافة الى عنوان الموقع الالكتروني للمشروع، تاريخ آخر أجل التقديم العروض والعطاءات من طرف من يرغب في المترشح ويحرر الإعلان بلغتين أو أكثر بما فيها اللغة العربية باعتبارها الأصل في العقود الإدارية أما عن باقي اللغات فغالبا ما تكون اللغة الفرنسية والانجليزية لما لها من تأثير في التعامل الاقتصادي، أما عن أجل تقديم العروض فالإدارة حرة في تحديده وضبطه بما يتفق ومصحتها في المجال وما ينبغي التركيز عليه هو أن عقود الشراكة لا تتطلب اعداد دفتر شروط ولا يعتبر اجراء مهم يلزم الإدارة العامة على احترامه¹، كون عقد الشراكة يتضمن العديد من الشروط التي تضعها الإدارة كما أنه يخضع لإجراءات تفاوض معقدة وطويلة بين الإدارة العامة والمترشح الذي تم انتقاءه أو اختياره، حيث يتم الاتفاق على العديد من المسائل قبل الابرام النهائي للعقد وهذا ما لا يستدعي اعداد دفتر الشروط وهذا عكس الصفقات العمومية وعقود تفويض المرافق العامة، الذي يعد فيها، اعداد دفتر الشروط من الإجراءات الأساسية في التعاقد. أما إذا رأت الإدارة أن مصحتها تكمن في اعداد دفتر الشروط فلها ذلك باعتبارها الوثيقة التي تتضمن وتبين فيها الإدارة شروطها التي تراها مناسبة لإبرام العقد بما فيها كل المعلومات المتعلقة بالمشروع.

1- حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص: 244

2. مرحلة تقديم العروض: هذه المرحلة تلي مرحلة الإعلان عن العرض من طرف الشريك العام والراغب في التعاقد مع الإدارة يتقدم بعرضه، وعقود الشراكة بحكم انها مركبة واجمالية قيمة مشروعها المرتقب إنجازها موضوع العقد، غالباً ما تكون مرتفعة لا تتحملها إلا المؤسسات ذات رقم الأعمال المرتفع، والذي يسمح للإدارة العامة أن تشتترط حد أدنى لقيمة انجاز المشروع كضمان، وعليه فإن كل عرض تقل قيمته المالية عن القيمة المحددة من طرف الشريك العام يكون معرضاً لعدم القبول بمعنى ينبغي تناسب قيمة العرض المقدم مع القيمة المحددة من طرف الإدارة العامة وغالباً ما تكون مرتفعة عن قيمة الصفقات العمومية والتي حدد المشرع بموجب المادة 13 من قانون 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة " 12 مليون دج للاستغلال واللوازم، و6 ملايين دج للدراسات والخدمات، كما لا يوجد نص قانوني يحدد الحد الأدنى للقيمة المالية المخصصة لعقود الشراكة في التشريع الجزائري- طبعاً وتحديدها للقيمة راجع لاعتبارات خاصة بالدولة وهي عدم إرهاق الخزينة العمومية الى جانب مراعاة الوضع الاقتصادي للبلد".

كما أن عطاءات الراغبين في التعاقد، تقدم قبل انتهاء الآجال القانونية المحددة من طرف الشريك العام مع إمكانية تمديد المدة أو الآجال من قبل الإدارة العامة مراعية في ذلك ظروفها الخاصة - وتكون هذه العطاءات موقعة من أصحابها وتقدم في ظرفين مغلقين أحدها مخصص للعرض الفني والآخر مخصص للغرض المالي يرسلان الى عنوان بريد الإدارة العامة في ظرف واحد مضمون الوصول مع وصل الاستلام أو يقدم الى لجنة تلقي العروض الموجودة على مستوى مقر الإدارة، كما له أن يرسل صاحب العطاء العرض عن طريق البريد الالكتروني أي استغلال الوسائل الالكترونية والتي توفر الكثير من الوقت الى جانب أنه أكثر ضماناً لوصول عرضه بالإضافة الى أنها وسيلة، عصرية تساهم في عصرنه الإدارة العامة- وأن هذه العروض ينبغي أن تتسم بالجدية حتى تكون محل قبول من قبل الإدارة.

وعندئذ تقوم الإدارة كمرحلة، بحصر العروض بعد مراقبتها استبعاد شروط القبول من الجانب الفني والمالي ثم تعرض لاحقاً على لجنة تقييم العروض لدراستها وتحليلها واختيار عرض يحقق الهدف المنشود وتسمى هذه العملية بعملية تأهيل المسبق وتتم في مرحلتين، الأولى منها تسمى حسب قيمتها وحسب استيفائها للشروط وقبول الجدية واستبعاد العروض التي لا تستوفي للشروط أو غير المطابقة لدفتر الشروط أو غير المتحصلة على العلامة الدنيا اللازمة والمشار إليها في دفتر الشروط والتي لا تتوفر فيها المقدرة الفنية والمالية والتكنولوجية والكفاءة اللازمة لتنفيذ المشروع وكذلك الموارد البشرية المتخصصة، وكذلك العروض الناقصة الوثائق المطلوبة، تم يتم دراسة العروض الفنية دون المالية التي تدرس فيما بعد في مرحلة التقييم النهائي وفي المرحلة الثانية تقوم الإدارة بدعوة أصحاب العروض المقبولة بتقديم عطاءهم النهائية وتتمثل في اتماما عروضهم لجميع المستندات والوثائق الضرورية التي تطلبها الإدارة بما فيها ملف الترشيح - وهنا يتم دراسة العروض الفنية مرة أخرى بالإضافة الى العروض المالية ولكن بشكل مفصل وتعرض العروض على لجنة التأهيل التي تقوم بعملية التأهيل النهائي بحيث تتوج أعمالها بقبول العروض الأحسن، من كل النواحي- مع إعطاء الحق لكل من رفض عرضه طلب الطعن في أجل معين تحدده الإدارة، يطلب فيه أسباب إقصائه من التقييم النهائي للعروض، والطعن يمكن أن يقدم من طرف كل شركة على انفراد أم يقدم بصفة تضامنية مع اتحاد شركتين أو أكثر وهذا ما أكدته المادة 81 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العام - والذي سماها المشرع الجزائري بتجمع مؤقت لمؤسسات مشاركة في شكل شركة تضامنية -

3.مرحلة تقييم العروض والحوار التنافسي: بعد فتح الأظرفة من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، تقوم هذه الأخيرة كمرحلة أولى تثبيت صحة تسجيل العروض واعداد وترتيب قائمة المترشحين حسب تاريخ وصول الأظرفة الخاصة بالمترشحين ودعوتهم لاستكمال عروضهم التقنية الناقصة ثم في مرحلة ثانية تقوم

هذه اللجنة بفحص العروض ودراستها تم تستبعد العروض الغير المستوفية للشروط التي وضعتها الإدارة العامة ثم تختار أحسن العروض كما سبق الإشارة إليها. تم في مرحلة أخيرة بفحص وتقسيم هذه العروض المقبولة، على أن يكون عدد العروض المقبولة بين ثلاثة عروض الى خمسة عروض كحد أقصى بمعنى لا يكتفي بعرض واحد أو اثنين كحد أقصى - وبذلك الانتقال الى مرحلة لاحقة قائمة على الحوار التنافسي بين جميع المترشحين المقبولين لاختيار مترشح واحد يتم التفاوض معه حول ابرام العقد بكل حياد وبهده الطريقة تستطيع الإدارة العامة الإطلاع على وضعية كل مترشح والخصائص التي يمتاز بها كل ملف واختيار الملف الأحسن بطريقة موضوعية بعيدة عن التحيز، كما تركز شفافية أكثر وأعمق على عمل الإدارة التي يجنبها الوقوع في الفساد الإداري والمالي وللإضافة فقد هذا المبدأ في فرنسا سنة 1993 بموجب قانون 122/93 المؤرخ في 1993/01/29 والمتعلق بمكافحة الفساد وشفافية الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة والمسمى بقانون . SAPIN

4. مرحلة المفاوضات و ابرام العقد: بعد إجراءات فتح الأظرفة ودراستها من قبل لجنة الأظرفة، والتقييم، تدخل الإدارة العامة مرحلة المفاوضات بينها وبين الشريك الخاص المقبول للاتفاق النهائي على كافة الشروط المقترحة بين الطرفين بتفاصيلها التي يتم بموجبها تنفيذ العقد بمختلف مراحلها بعد تبادل الاقتراحات والمساومات وغيرها تكون قائمة على حسن نية متبادلة بين الطرفين.

وفي حالة عدم اتفاق الطرفين يكون للإدارة، أحد الحلين، الأول أنها ترجع للمترشح الثاني في الترتيب وتتفاوض معه وإلا تلجأ الى الغاء العرض كلياً واللجوء الى طرحه بأسلوب وشكل آخر وبإجراءات أخرى تراها مناسبة كأسلوب الاتفاق المباشر أو ما يعرف بإجراء التراضي.

أما في حالة الانفاق بين الطرفين، تقوم الإدارة العامة، بإصدار قرار متضمن المنح المؤقت للعرض وتقوم بإعلانه ونشره في الأماكن المخصصة لذلك، عن طريق النشرة المخصص لصفقات المتعامل العمومي وفي الجرائد اليومية - وعليه يتم

دعوة الشركة التي ظفرت بالمشروع بالمنح المؤقت للعرض الى الابرام النهائي للعقد بواسطة صياغة وثيقة العقد، مع كيفية صياغة العقد باحترام شكلياتها كتحريرها باللغة العربية إضافة الى لغة أجنبية وغالباً ما تكون بالفرنسية أو الإنجليزية حسب ظروف الشريك الخاص كالجنسية: مثلاً غير أن ما ينبغي التأكيد عليه هو أن الابرام النهائي للعقد مع الشريك الخاص لا يتم إلا بعد صدور قرار الموافقة من طرف الوزير الوصي على القطاع أو وزير الصناعة حسب ما تراه السلطات الوصية مناسباً لذلك في ظل سياسة المركزية الإدارية وعدم التركيز الإداري ويكون العقد مكتوباً أن العقود الإدارية تكون مكتوبة وموثقة لإضفاء الرسمية عليه وبذلك تكون هناك ضمانات أكثر بالنسبة للطرفين.

المطلب السادس

الأثار القانونية المترتبة عن عقد الشراكة.

عقود الشراكة أصلاً هي من العقود الملزمة للجانبين، يتولد عنها مجموعة من الحقوق والالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد، كونها من العقود الإدارية المترتبة لآثار قانونية في ذمة الطرفين.

الفرع الأول

أثار عقود الشراكة بالنسبة للشريك العام.

تتمثل هذه الآثار بالنسبة للشريك العام في تلك الحقوق والالتزامات التي تخصه والتي يسعى من خلالها الشريك العام أو الإدارة العامة الى تحقيق المصلحة العامة.

أولاً: حقوق الشريك العام: وهي متعددة ومتنوعة، فله حق الرقابة والاشراف على الشريك الخاص وتوجيهه وله كذلك الحق في تعديل بنود العقد والحق في استرداد المرافق العام موضوع العقد، وله حق توقيع الجزاءات على الشريك الخاص وسلطة فسخ العقد وانهاؤه.

أ- حق الشريك العام في الرقابة والاشراف: للإدارة العامة الحق في ممارسة الرقابة والاشراف على المتعاقد معها كسلطة عامة وكذا توجيهه والهدف من ذلك تحقيق المصلحة

العامه بشرط عدم انحرافها على مبدأ وعدم تعسفها في ممارسة هذا الحق. ويعرف الفقه الرقابة على انها تدخل جهة الإدارة العامة في تنفيذ العقد بحيث يكون لها تغيير بعض أوضاع التنفيذ¹ بحيث لا يفسح المجال للشريك الخاص ينفذ العقد كما يشاء أو في حالة مطلقة بل لابدا أن يخضع لرقابة الشريك العام، لغرض تجسيد الهدف من التعاقد. وهذه الرقابة قد تكون فنية، إدارية، مالية، أما عن الاشراف التوجيه التي تمارسه الإدارة فهي الاشراف على الكيفيات والوسائل التي يقوم الشريك الخاص بموجبها تنفيذ العقد عن طريق توجيه قرارات، أوامر وتعليمات لازمة الى الشريك الخاص والتي تدخل في اطار تجسيد المصلحة العامة وبذلك لا تتخلى عن مسؤوليتها في ذلك وللإشارة فإن حق الرقابة والاشراف والتوجيه لا يعد من الشروط التعاقدية وانما من الشروط اللاتحوية وبالتالي لا يمكن مخالفتها إلا يعد الأمر باطلاً - طبعاً كما أشرنا حق التعديل ينصب على بنود العقد.

ب- حق الشريك العام في تعديل بعض شروط العقد: كما سبق أن أشارنا فإن سلطة تعديل العقد الممنوحة للإدارة لا تمتد الى موضوع العقد وإنما الى شروط وبنود العقد باعتبار التعديل من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة العامة وتقوم به سواء تم الإتفاق عليه بين الطرفين أو باعتبار أن عقد الشراكة من العقود الإدارية العامة، وللإشارة فإن عقود الشراكة لا تخضع لكل المبادئ التي تحكم العقود الإدارية وانما تخضع للمبادئ التي تناسبها وتتفق وطبيعة عقد الشراكة التي تضمن للإدارة مصلحتها وتجنبها الكثير من الأعباء مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف والمستجدات التي تستدعي مراجعة العقد وتعديله شريطة أن لا يتصل هذا التعديل بالسير الحسن للمرفق العام، ويكون في الحدود المقررة قانوناً ويشمل التعديل شروط البناء، التجهيز والتطوير وما يرتبط بتنفيذ الاعمال والخدمات محل المرفق، كما يرتبط بقواعد تشغيل واستغلال المرفق وأسعار بيع الخدمات ولا يشمل التعديل المقابل المالي لأنه يعتبر من حقوق المالية للشريك الخاص الذي لا يسمح للإدارة المساس به.

ج- حق الشريك العام في توقيع الجزاءات: يعتبر حق توزيع الجزاءات من الضمانات التي تمنح للإدارة العامة، لإجبار الشريك الخاص على تنفيذ التزاماته التعاقدية بحسن نية

¹ - حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود الشراكة، المرجع السابق، ص: 211.

دون اهمال أو تقصير، ويلجأ لتوقيع الجزاءات دون المرور بالقضاء أي بصفة مباشرة أو عن طريق استعمال سلطته في التنفيذ المباشر، لأن هذا الاختلال يمس حسن سير المرافق العام وهذه الجزاءات قد تكون مالية أو جزاءات ضاغطة .

1. الجزاءات المالية: هي مبالغ تطالب بها الإدارة العامة الشريك الخاص المتعاقد معها عند اخلاله بالتزاماته التعاقدية ويتخذ شكل غرامات مالية أو تعويضات يدفعها الشريك الخاص للإدارة العامة جراء خطأ أو الإخلال الذي يرتكبه.

- أما غرامات التأخر: تفرضها الإدارة العامة على الشريك الخاص عند عدم احترامه لمدة الإنجاز المتفق عليها، وهذه الغرامة هي مبالغ مالية معينة يتم الاتفاق عليها في مرحلة التفاوض، شريطة أن يؤثر هذا التأخير على المصلحة العامة أو حسن سير المرافق العام.

- فيما يخص التعويضات: وهي شكل الثاني أو الصورة الثانية من الجزاءات المالية التي يوقعها على الشريك الخاص المتعاقد معها ويشترط في التعويض أن يلحق خطأ الشريك الخاص ضرراً للإدارة وعندئذ يقدر التعويض حسب حجم الضرر مع مراعاة ما أصاب الإدارة من خسارة وما فاتها من ربح أو كسب كما يمكن للمتعاقد أن ينازع الإدارة أمام القضاء، في قيمة التعويض المقدرة من طرفها وللقاضي الإداري أن يقرر مراجعة التعويض بالاعفاء أو يقرر تخفيض قيمته بما له من سلطة تقديرية في ذلك.

ح- الجزاءات الضاغطة: تعتبر هذه الجزاءات، وسائل ضغط واکراه تمارسها الإدارة العامة على المتعاقد معها بهدف اجباره على تنفيذ التزاماته التعاقدية، بطريقة تتناسب وسير المرفق العام وتختلف هذه الجزاءات وفق كل عقد اداري - مثلا في عقود امتياز المرافق العامة، تتمثل في وضع المشروع موضوع العقد تحت الحراسة والمراقبة الدقيقة أما في الصفقات العمومية تتمثل في حلول الإدارة محل المتعاقد معها في تنفيذ الأشغال على حسابه ومسؤولية وفي عقود التوريد تتمثل في الشراء على حساب ومسؤولية المتعاقد مع الإدارة.

د- حق الشريك العام في فسخ وانهاء العقد: يعتبر هذا الحق من أخطر حقوق الإدارة العامة في مواجهة المتعاقد معها لأنه يؤدي الى انهاء العلاقة التعاقدية ويعد هذا الحق من امتيازات السلطة العامة.

1- حق الشريك العام في فسخ العقد: الفسخ هو حل الرابطة العقدية كجزاء لإخلال الطرف الثاني بالتزاماته ولا يكون إلا بخطأ من المتعاقد مع الإدارة العامة ويكون خطيراً بحيث لا يمكن أن تتعامل معه الإدارة وفقاً لإجراء توقيع الجزاءات، ويكون كذلك جسيماً وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 149 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قانون 247/15، بموجب الاتفاق الحاصل بين الطرفين والذي تم في مرحلة المفاوضات وعلى كل الحالات التي يتم على أساسها فسخ العقد، وهذا ليس معناه أن الإدارة العامة لا يحق لها الفسخ في غير هذه الحالات وإنما التزامها بهذه الحالات قد يجنبها المثل أمام القضاء ورقابته، ولا اللجوء اليه لاستصدار حكم يقضي بفسخ العقد - وعليها كذلك أن تسبب قرار الفسخ حتى عند عدم خطأ المتعاقد وهذا ما ورد في المادة 150 من قانون 247/15 طبعاً هذا القرار ينبغي أن يؤخذ في ظل الإجراءات المنصوص عليها قانوناً كالإعذار مثلاً الى جانب اعطاء فرصة للشريك لاستدراك الخطأ أو العطب وهذا ما ورد في المادة 149 من قانون 247/15 وليس لهذا الأخذ طلب تعويضه عن فسخ التعاقد معه

2- حق الشريك العام في انهاء العقد: إذا كان للإدارة حق فسخ العقد بسبب خطأ المتعاقد معها، فإن حقها في انهاء العقد يكون بدون خطأ من الشريك الخاص المتعاقد معها وتلجأ اليه الإدارة بإرادتها المنفردة، دون موافقة الشريك الخاص، وقبل انتهاء مدة العقد، شرط أن تكون مقتضيات المصلحة العامة أو طبيعة المرفق العام تستلزم هذا الاجراء وإذا كان عكس ذلك يكون القرار معيباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة مما يعرضه للطعن فيه والغائه من قبل القاضي الإداري وبالتالي يمكن القول أن سلطة الإدارة في الانهاء مقيدة ونسبية وليست مطلقة وفي حالة لجوء الإدارة الى هذا الإجراء فإنها تلتزم بتعويض المتعاقد معها ليشمل كل ما لحقه من خسارة وما فاتته من ربح من جراء هذا القرار الذي أنجزته الإدارة.

ثانيا: التزامات الشريك العام: في مقابل الحقوق التي يتمتع بها الشريك العام، يلتزم ببعض الالتزامات، حيث يسعى هذا الأخير في تمكين شركة المشروع من انجاز أعمالها على أكمل وجه وبالتالي يلتزم بمجموعة من الالتزامات، وذلك باحترامه لشروط العقد وتنفيذه بحسن نية وتبسيط الإجراءات القانونية والإدارية لصالح الشريك الخاص وتلتزم بتقديم ضمانات وحماية قانونية للشريك الخاص.

أ- الالتزام باحترام بنود العقد وتنفيذها بحسن نية : تلتزم الإدارة العامة باحترام كل بنود العقد المتفق عليها بين طرفي العقد أثناء إبرام العقد وتنفيذها ابتداءً من تاريخ إبرام العقد، ومن بين البنود توفير البيئة المناسبة والمناخ الملائم لشركة المشروع لإنجازه على أحسن وجه ويكون عن طريق تسليمها موقع المشروع وحيازته لها طيلة مدة العقد واحترام الإدارة العامة لآجال تسديد المستحقات المالية للشريك الخاص وبالقدر المتفق عليه، وذلك بحسن نية الذي يعتبر من المبادئ الجوهرية في العقود الإدارية وغيرها من العقود كالعقود المدنية والتجارية والدولية....الخ.

ب- الإلتزام بتبسيط الإجراءات الإدارية والقانونية ومنح المزايا: يتمثل هذا الإلتزام في تسهيل الدولة كافة الإجراءات الإدارية وكذا القانونية بهدف تسهيل عمل شركة المشروع وذلك بإزالة كافة العراقيل التي تعيق تنفيذها لمهامها، والاستفادة من المزايا كالإعفاءات الضريبية وغيرها لتسهيل عملية استخراج كافة التصاريح والتراخيص اللازمة، بهدف البدء في انجاز المشروع، أن عقد الشراكة يعتبر من عقود الاستثمار وعليه فالجزائر أخذت بهذا المبدأ ونصت عليه في أحكام القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار.

ج- الإلتزام بتقديم ضمانات للشريك الخاص: الدولة حتى تتمكن من جلب المستثمرين الأجانب وتشجيع الاستثمار، ينبغي عليها اتخاذ كل التدابير اللازمة لضمان استثمار الأجنبي لأمواله في الدولة المضيفة وتجنبه كل العوائق التي يمكن أن تعترضه وبذلك تستفيد من رؤوس الأموال الخارجية مقابل توفير الحماية القانونية اللازمة لهم، وذلك عن طريق تقديم ضمانات لهم، إذ أن المستثمر لا يجازف بنقل أمواله الى دولة أجنبية دون أخذه الضمانات الكافية لحماية أمواله وتعتبر هذه الضمانات من العوامل الجوهرية التي يبني عليها المستثمر الأجنبي ومن بين الضمانات معاملة كل من المستثمر الوطني

والمستثمر الأجنبي، معاملة واحدة على قدر من المساواة، دون تمييز وتحيز والمساواة المقصودة هنا هي المساواة في الحقوق والالتزامات الى جانب ضمان حماية رأسا المال الشريك الخاص وعدم حرمانه من تحويل أرباحه وكذا الأموال التي يتكون موضوعة ومخصصة للتحويل الى خارج الدولة المضيفة وهذا ما نصت عليه المادة 25 من قانون 09/16 الخاص بترقية الاستثمار.

ومن بينهما كذلك عدم نزع ملكية المشروع الاستثماري من المستثمر بمختلف اشكالها كالاستيلاء أو المصادرة الإدارية مثلاً أي عدم تجريد الشريك الخاص أو المستثمر من سلطته على المشروع الاستثماري قبل المدة المحددة من العقد. مقد عالج المشرع هذا المبدأ في الفقرة الأولى من المادة 23 من القانون 09/16 السابق الذكر.

الفرع الثاني

أثار عقد الشراكة بالنسبة للشريك الخاص.

الشريك الخاص شأنه شأن الشريك العام يتمتع ببعض الحقوق ويلتزم ببعض الالتزامات، فمعظم العقود الإدارية، تساوي الحقوق والالتزامات فيها، إلا عقد الشراكة نظراً لخصوصيته فالشريك الخاص فيها يعتبر عنصراً ضعيفاً في العلاقة كونه أقل تمتعاً بالحقوق والأكثر تحملاً للالتزامات ومرجع ذلك تحمل الشريك الخاص كذلك العبء الأكبر في تنفيذ موضوع العقد من خلال إنشاء المشروع وإدارته

أولاً: حقوق الشريك الخاص في عقد الشراكة

أول حق يتمتع به الشريك الخاص هو حصوله على المقابل المالي، وبحكم أن عقد الشراكة نوع من عقود الاستثمار، يتمتع الشريك الخاص بكل المزايا المقررة في النصوص القانونية في مجال الاستثمار في الدولة المضيفة وتحقيقه للربح، غير أن طول مدة عقد الشراكة، قد تعرضه لبعض الظروف المخلة بالتوازن المالي للعقد، مما يجعل الشريك الخاص يطالب بالتعويض المناسب بجبر هذا التوازن.

أ-حق الشريك في الحصول على المقابل المالي: إن تسديد المقابل المالي لشريك الخاص في الوقت المحدد المتفق عليه، يشكل التزاماً بالنسبة للشريك العام، وهذه العملية تأخذ صورة الحق

بالنسبة للشريك الخاص، مقابل المهام الموكلة له ويكون هذا التسديد بأقساط كل ستة 06 أشهر أو كل سنة، وللإشارة فإن الشريك الخاص هو الذي يتكفل بتمويل المشروع من أمواله الخاصة، مع إمكانية منح مساعدات ومساهمات مالية للشريك الخاص والتي تعتبر جزء من المقابل المالي الذي يتحصل عليه من الإدارة العامة لتغطية نفقاته وتسديد ديونه¹ وهو عبارة عن مبلغ يدفعه الشريك العام بعد مرور المدة المتفق عليها على فترات مثل ما هو معمول به في مجال الصفقات العمومية ولا يمكن أن يتخذ شكل الرسوم المتحصل عليها من المستفيدين من خدمات المرفق مثل ما هو معمول به في عقد الامتياز أو عقود البوت وبالتالي يمكننا القول أن المقابل المالي في عقود الشراكة غير مرتبط بمردودية الاستغلال وإنما هو مرتبط بتكلفة الإنجاز

وإن المقابل المالي من الشروط التعاقدية التي لا يمكن للإدارة تعديله بإرادتها المنفردة، وإنما بموافقة المتعاقد معها، نظراً لارتباطه بالحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة العامة والمتفق عليها.

ب- حق الشريك الخاص في التمتع بحوافز الاستثمار: الشريك الخاص كونه مستثمر يتمتع بالمزايا والتسهيلات والاعفاءات من القيود التي تفرضها النصوص القانونية في الدولة المضيفة وخاصة إذا كان أجنبياً، والاستثمار يمكن تكييفه على أنه عملية تؤدي إلى نقل رؤوس الأموال الأجنبية من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، كما يكفل زيادة الإنتاج وتحقيق التنمية المستهدفة في الدولة المضيفة.

ج- حق الشريك الخاص في ضمان إعادة التوازن المالي للعقد: في حالة تضرر الشريك الخاص جراء تصرف غير مشروع من قبل الإدارة العامة عند البدء في عملية إنجاز المشروع، فإن هذه الأخيرة تلتزم بتعويضه عن الضرر الذي ألحق بمصلحة المتعاقد معها، وعند رفضها يمكن للمتعاقد (الشريك الخاص) اللجوء إلى القضاء لمسائلتها طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية ومطالبتها بتعويضه.

وفي حالة تضرر الشريك الخاص، دون أن يكون للإدارة يد فيها، وحتى لا يعطل إنجاز المشروع، والإدارة العامة لا تتهرب من مسؤوليتها عن الأفعال المضرة سواء عن طريق إصدارها لعملي قانوني مشروع أو عن طريق وقوع حوادث فجائية تضر بمصلحة المتعاقد معها

¹ - حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود الشراكة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص: 256.

بحجة أن لا يد لها في هذه الاحداث، مما قد يؤدي الى اختلال التوازن المالي له، فقد أوجد مجلس الدولة الفرنسي نظريتين تعترفان بوجوب مسؤولية لدى الإدارة العامة في هذه الاحداث، أن تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها أما عن النظريتين هي نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة.

1. نظرية فعل الأمير: لقد فصل في وضعية الإدارة العامة عند قيامها بعمل اداري غير مشروع بسبب ضرراً بمصلحة المتعاقد معها، فإنها تلتزم بتعويضه، وفي حالة قيامها بعمل اداري مشروع وسبب هو الآخر ضرراً بمصلحة المتعاقد معها، فهنا يدخل نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير ومحتوى هذه النظرية انه في حالة قيام الإدارة بعمل اداري مشروع سبب ضرراً للمتعاقد معها، فتلتزم الإدارة بتعويضه كذلك، وليس لها التمسك بعدم المسؤولية لأن العمل الذي قامت به مشروعاً، ويعتبر هذا من باب العدالة، كون لا يحق لها أن تتركه في ضيق بل يجب أن تتحمل معه الأعباء عن طريق تدخلها يجبر هذا الضرر.

وقد عرف الدكتور عمار بوضياف نظرية الأمير بانها: يقصد بها جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية المتعاقدة وتؤدي الى الإضرار بالمركز المالي للمتعاقد¹، ويجد مبدأ التوازن المالي أساسه في القانون 247/15 أنه تنص المادة 153 منه على ما يلي " يساوي النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في اطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين "

وعليه فإن المشرع الجزائري بموجب هذه المادة 153 تبني نظرية الأمير واعتبرها من ضمن الحلول الودية لحسم النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية غير أن تطبيق هذه النظرية يتطلب الشروط التالية:

1- ينبغي أن تكون بصدد عقد اداري حيث لا تطبق إذا كان العقد خاصاً.

¹- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، س، ن، ص: 238.

2- أن يكون الفعل الضار صادر عن جهة الإدارة المتعاقدة، كإصدار الإدارة قراراً يهدف الى تعديل بعض بنود العقد بحيث يؤدي هذا التعديل الى الاضرار بمصلحة المتعاقد معها، كزيادة الالتزامات أو الإنقاص من حقوقه.

3- أن يكون العمل القانوني الصادر عن الإدارة مشروعاً وأن يحدث ضرراً للمتعاقد معها كالزيادة في الأعباء المالية للمتعاقد معها والتعويض يجب أن يشمل ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة ويشمل كافة النفقات والمصاريف الإضافية التي تكبدها المتعاقد وإذا لم تلتزم الإدارة بذلك، يحق عندئذ للطرف المتعاقد معها طلب فسخ العقد.

2. نظرية الظروف الطارئة: إن النظرية الثانية التي بموجبها يستطيع المتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتوازن المالي للعقد، إذا كان الضرر الذي يلحق المتعاقد مع الإدارة في ظل نظرية الأمير يكون بسبب الإدارة، فإن الضرر في نظرية الطارئة ليس للإدارة يد فيه، وإنما يكون بسبب أجنبي، خارج إرادة الإدارة، وهذه النظرية من وضع القضاء الفرنسي، حيث تقوم عند حدوث ظروف لم يتوقعها المتعاقد، وإذا وقعت يصعب عليه التصدي لها، مما تجعل تنفيذ الالتزامات المتعاقد مع الإدارة مرهقاً قابلاً للتجسيد أي ليس مستحيل وهذا ما يميز الظروف الطارئة عند القوة القاهرة التي تجعل من تنفيذ العقد مستحيلاً وتطبيقها مرهون بتوفر الشروط التالية: - فضلاً عن وجود عقد اداري -

أ- وقوع ظروف أو حوادث استثنائية غير متوقعة والتي تطرأ أثناء تنفيذ العقد فيؤدي اختلال في الإمكانات المالية للمتعاقد مع الإدارة وقد يكون الظرف اقتصادياً كارتفاع الأسعار أو وقوع أزمات اقتصادية أو طبيعية كالزلازل أو الفيضانات أو الحريق أو سياسياً كوقوع حرب.

ب- أن يكون الظرف الطارئ خارج عن إرادة المتعاقدين ولا يمكن مواجهته، أي لا يد لأحدهما فيه.

وإذا راجعنا المادة 107 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري تبني هذه النظرية بقولها " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة

بحسب طبيعة الالتزام، غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها، أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف ويعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق الى حد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك " بحيث لا يتحمل المتعامل المتعاقد الأعباء المالية لوحدته وذلك بما يتماشى ومبادئ العدالة.

ثانياً: التزامات الشريك الخاص في عقد الشراكة.

يلتزم الشريك الخاص في عقد الشراكة بمجموعة من الالتزامات، تختلف عن تلك التي يلتزم بها المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية الأخرى كالصفقات العمومية، فبالإضافة عن تنفيذه العقد تنفيذاً شخصياً ووفق البنود والشروط المتفق عليها، وكذا احترامه للأجال المحددة، يلتزم بنقل التكنولوجيا الحديثة، كون الشريك الخاص يتمتع في مجال تخصصه بقدرات وخبرات عالية، كما أنه يلتزم بالتشغيل والصيانة الدورية للمرفق، وأخيراً يلتزم بنقل ملكية المرفق بعد انتهاء المدة المتفق عليها.

أ- الالتزام بالتنفيذ الشخصي وفقاً للشروط المتفق عليها: وهذا الالتزام فحواه أن يلتزم الشريك الخاص بتنفيذ موضوع العقد بنفسه ولا يكلف شخصاً آخر بتنفيذه مكانه أو أن يحل محله أو التنازل للغير لتنفيذ لمصلحته¹ وترتب على الشريك الخاص في حالة اخلاله بهذا الالتزام مسؤوليته العقدية والتي تسمح للشريك العام بفسخ العقد وعليه فالشريك الخاص ملزم بتنفيذ العقد ابتداءً من التصميم الى غاية نقل ملكية المشروع الى الشريك العام بمعنى قيامه بكل مراحل التنفيذ إلا إذا تبين للإدارة العامة أن التنازل لصالح الغير يخدمها ويحقق لها مصلحة خاصة فيمكن لها الموافقة على ذلك، بناء على سلطتها التقديرية، والتنازل قد يكون كلياً في كافة حقوقه والتزاماته لصالح الغير، وقد يكون جزئياً عن طريق تعاقد من الباطن، لأن معيار الاعتبار الشخصي هو الأساس في هذه المسألة في الحالة الأولى يكون هناك اخلال بالإعتبار الشخصي أما التعاقد عن طريق الباطن لا يؤدي الى الاخلال لفكرة الاعتبار الشخصي حيث لا توجد علاقة بين المتعاقد من الباطن مع الإدارة العامة.

¹ - حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص: 286.

ب-الالتزام بتنفيذ العقد في المدة المحددة: إن التزام الخاص باحترام مدة العقد يعد التزاماً جوهرياً، وعليه ينفذ موضوع العقد في الأجل المتفق عليه وان تجاوز المدة وقع تحت طائلة حق الشريك العام في توقيع جزاءات على الشريك الخاص كجزاء لتأخره في تنفيذ التزاماته في المدة المتفق عليها للشريك العام فسخ تعاقدته مع الشرك الخاص إلا في حالة منحه مهلة إضافية تمكنه من اكمال ما تبقى له من التزامات في حالة توفر الظروف التي تبرر التأخير كالقوة القاهرة أو الظروف الاستثنائية أو تأخر يكون سببه من طرف الشريك العام.

ج-الالتزام بنقل التكنولوجيا الحديثة: من البنود التي يتضمنها عقد الشركة، هي التزام الشريك الخاص المتعاقد باستعمال وسائل التكنولوجيا الحديثة في انجاز المشروع وتشبيد المرفق العام، والمقصود بالتكنولوجيا حسب المفهوم الاقتصادي والذي يهمننا في هذه الدراسة هي مجموع المعارف اللازمة لتحويل عناصر الإنتاج الى سلع وخدمات والمنبثقة عن عمليات البحث والتطوير كما هنالك تعريف لمنظمة اليونيدو التكنولوجيا¹ على أنها مجموعة المعارف والخبرات والمهارات اللازمة لتخطيط وتصميم وتنفيذ وتشبيد أحد المرافق العامة بالإضافة الى الجوانب الإدارية والتنظيمية والتسويق ذات صلة بالمرفق المنشود والتزام المتعاقد مع الإدارة لا يقف عند حد استعمال وسائل التكنولوجيا وإنما يمتد الى تدريب وتكوين العمال الوطنيين على استخدام الأساليب التكنولوجية المتطورة وذلك بتكوين إطارات محلية تضمن استمرار نجاح هذه المشاريع بعد انتهاء مدة عقد الشراكة.

د-الالتزام بالتشغيل والصيانة الدورية للمرفق العام: وهي المرحلة التي تلي مرحلة بناء المشروع أي مرحلة تشغيله أو هي مرحلة تهتم طرفي العقد، حيث يحرص الشريك الخاص على بلوغها لكي يسترد أمواله التي صرفها في بناء المشروع من الشريك العام، أما هدف هذا الأخير من الوصول الى هذه المرحلة هو اشباع رغبات الجمهور من خلال الخدمات التي يقدمها هذا المرفق وتحقيق التنمية المستهدفة.

وعملية تشغيل المرفق العام تتم وفق القواعد والشروط المتفق عليها في العقد، وغالباً ما يشمل هذا الاتفاق على جدول ومواصفات التشغيل الفنية مع مراعاة القوانين واللوائح السارية

1- إن كلمة تكنولوجيا، TECHNOLOGY مركبة من TCHNO وتعني الفن و LOGY وتعني العلم والدراسة وبالتالي فالكلمة يعني علم الفنون المتعلقة بالصناعة .

كقواعد الأمان والأحكام الخاصة بالتشريعات البيئية والتي بموجبها تضمن خدمات ذات نوعية وبأقل تكلفة الى جانب المحافظة على المرفق العام المنشأ، غير أن ما ينبغي الإشارة اليه هو ان الإدارة العامة في عقد الشراكة لا يمكن بها أخذ ثمن الخدمات التي قامت ببيعها الى الجمهور وإنما يكون ذلك في عقد البوت (BOT) ، لأن هذه المستحقات من حق الشريك الخاص لتغطية نفقات انجاز المرفق العام، وهذا الفرق الجوهرى بين عقد الشراكة وعقد البوت، والى جانب ذلك يلزم الشريك الخاص أو شركة المشروع بالصيانة الدورية لها خلال مواعيد محددة والتي تضمن استمراريته في تقديم الخدمات العامة التي شيدت من أجلها والتزام الشريك الخاص بتسليم المشروع المنجز بحالة جيدة وسليمة وحديثة وصالحة للاستغلال والاستعمال.

هـ-الالتزام بنقل ملكية المشروع: وعند انتهاء مدة العقد يلتزم الشريك الخاص بنقل ملكية المرفق العام الى الشريك العام (الإدارة العامة)، على أن يكون المرفق العام بحالة جيدة معاصرة وإن كانت أصلاً ملك الدولة، أما الذي ينتقل الى شركة المشروع وهو حيازة الأرض والمباني والمعدات التي تقوم بإنشائها، هذا الالتزام ينبغي الاتفاق عليه في عقد الشراكة صراحة، منذ لحظة توقع العقد أي في مرحلة المفاوضات، ومن منطلق أن المشروع المقام ممول بالمال العام وبناء ذلك يكتسب صفة المال العام ويترتب عليه عدم جواز تملك الغير لهذه الأموال أو التصرف فيها¹ ويترتب على هذه القاعدة عدم جواز ترتيب أي حقوق عينية أو تبعية على المال العام - وبالتالي لا يمكن أن يكون مشروع عقد الشراكة محملاً برهن رسمي أو رهن حيازي- كما أن نقل الملكية يشمل الأصول والممتلكات التي حصلت عليها شركة المشروع لاحقاً، أثناء عملية تشغيل المرفق، وإن عملية نقل الملكية تكون بدون مقابل لأن مقابل الشريك يكون قد استرده من الشريك العام خلال الفترة الزمنية المنفق عليها في عقد الشراكة طول مدة العقد، طبعاً نقل الملكية تتم بتسليم كل المستندات والوثائق الخاصة بالمرفق العام لصالح الشريك وكذا تسليم مواصفات التشغيل والمخططات الخ وفي الأخير الإدارة حرة في كيفية استغلاله إما عن طريق عقد الامتياز مع إعطاء الأولوية للشريك الخاص لضمان حسن سير المرفق العام واستمراريته بنفس الطريقة مع استغلال تجربته في التسيير.

1 - تنص المادة 03 من القانون 30/90 الصادر في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، على أنه لا يمكن أن تكون الأملاك الوطنية الحكومية، محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها، تنص المادة 04 : أن الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف ولا التنازل ولا الحجز.

المبحث الثالث

عقود تفوض المرافق العامة.

يشهد العالم في الفترة الأخيرة تحولات اقتصادية واجتماعية وسياسية في ظل نظام العولمة، باعتباره خيار اقتصادي عالمي حر أين تترتب عليه، نهضة اقتصادية كبيرة وشاملة تجلت في سعي حكومات معظم الدول، الى مراجعة منظوماتها القانونية وجعلتها تتكيف ومتطلبات التحولات والمتغيرات، من أجل تحقيق مستوى معيشي أفضل وأحسن لمواطنيها، بتقديم خدمات عامة ذات نوعية وبأقل تكلفة، وذلك من خلال تحقيق قدر من التنمية الاقتصادية عن طريق قيام بإصلاحات مست جميع الميادين الاقتصادية مع عصرنتها للإدارة العامة والمرافق العامة، بأساليب تسير حديثة مبتكرة تتماشى والمصلحة العامة في سياسة الحكم الراشد، بحسن استغلال المال العام والحد من الاتفاق العام، بمعنى ضمان خدمات عامة ذات نوعية وبأقل تكلفة، الأمر الذي دفع التشريعات ومنها التشريع الجزائري الى مراجعة قانون الصفقات العمومية واصداره لقانون 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 والمتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة.

وعليه فإن البرامج والخطط التنموية التي تضعها السلطات المركزية المختصة، يقع تجسيدها على عاتق الإدارة، لأجل تحقيق هذه المشاريع تقوم هذه الأخيرة بإبرام عقود إدارية ترقى لمرتبة الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة، إذ تخضع في ابرامها لإجراءات جد مميزة ومعقدة تتبعها قواعد رقابية خاصة، داخلية وخارجية، من خلالها تمارس المصلحة المتعاقدة مجموعة من السلطات الاستثنائية والغير مألوفة في العقود الأخرى، لهذا كان على المشرع إحاطتها بأسس شاملة ودقيقة، حتى يمكن المصالح المتعاقدة من معرفة العقود التي تبرمها وفق أحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية، والإجراءات التي تتبعها في ذلك، والذي أفرد لها قانون مستقل خاص، هو تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية، مما يعكس الأهمية القصوى التي أولها لهذه العقود، ويعتبر المرفق العام مصالح عمومية هامة وحيوية في حياة المواطن اليومية، فبواسطتها يحظى المواطن بخدمات عمومية في مختلف المجالات، وله علاقة مباشرة بالمواطنين سواء كان ذلك بواسطة المرافق



المبحث الثالث



عقود تفويض المرافق العامة.

يشهد العالم في الفترة الأخيرة تحولات اقتصادية واجتماعية وسياسية في ظل نظام العولمة، باعتباره خيار اقتصادي عالمي حر أين تترتب عليه، نهضة اقتصادية كبيرة وشاملة تجلت في سعي حكومات معظم الدول، الى مراجعة منظوماتها القانونية وجعلتها تتكيف ومتطلبات التحولات والمتغيرات، من أجل تحقيق مستوى معيشي أفضل وأحسن لمواطنيها، بتقديم خدمات عامة ذات نوعية وبأقل تكلفة، وذلك من خلال تحقيق قدر من التنمية الاقتصادية عن طريق قيام بإصلاحات مست جميع الميادين الاقتصادية مع عصرنتها للإدارة العامة والمرافق العامة، بأساليب تسير حديثة مبتكرة تتماشى والمصلحة العامة في سياسة الحكم الراشد، بحسن استغلال المال العام والحد من الاتفاق العام، بمعنى ضمان خدمات عامة ذات نوعية وبأقل تكلفة، الأمر الذي دفع التشريعات ومنها التشريع الجزائري الى مراجعة قانون الصفقات العمومية واصداه لقانون 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 والمتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة.

وعليه فإن البرامج والخطط التنموية التي تضعها السلطات المركزية المختصة، يقع تجسيدها على عاتق الإدارة، لأجل تحقيق هذه المشاريع تقوم هذه الأخيرة بإبرام عقود إدارية ترقى لمرتبة الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة، إذ تخضع في ابرامها لإجراءات جد مميزة ومعقدة تتبعها قواعد رقابية خاصة، داخلية وخارجية، من خلالها تمارس المصلحة المتعاقدة مجموعة من السلطات الاستثنائية والغير مألوفة في العقود الأخرى، لهذا كان على المشرع إحاطتها بأسس شاملة ودقيقة، حتى يمكن المصالح المتعاقدة من معرفة العقود التي تبرمها وفق أحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية، والإجراءات التي تتبعها في ذلك، والذي أفرد لها قانون مستقل خاص، هو تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية، مما يعكس الأهمية القصوى التي أولاها لهذه العقود، ويعتبر المرفق العام مصالح عمومية هامة وحيوية في حياة المواطن اليومية، فبواسطتها يحظى المواطن بخدمات عمومية في مختلف المجالات، وله علاقة مباشرة بالمواطنين سواء كان ذلك بواسطة المرافق



هذه الأخيرة والصناعية أو بصفة غير مباشرة في شتى المجالات، وتخضع هذه الأخيرة لإشراف الإدارة المركزية أو في فروعها في الولايات والبلديات بإعتبارها أقرب مرفق من المواطن، فضلاً عن كونها تشكل صورة من صور اللامركزية الإدارية وتمثل قاعدة لها كما ورد في مسودة الدستور للجزائر الجديدة.

فإذا كان من البديهي عدم تخلي الدولة عن بعض المرافق بخصوصيتها وطبيعتها، ففي المقابل توجد أخرى يمكن تفويضها للخواص، لتسيير أكثر فعالية وتحقيقاً لأهداف المرفق العام والمتمثلة في تحقيق المصلحة العامة، ومرجع ذلك فشلها في الاستجابة لحاجيات المواطنين من خدمات تلك المرافق العامة، بالأساليب التقليدية لسير المرافق العامة سواء بأسلوب الاستغلال المباشر أو أسلوب المؤسسات العامة مما دفعها الى فتح المجال أمام القطاع الخاص ليساهم في الدفع بالحركة التنموية للإمام.

حيث ارتبط مصطلح التفويض في القانون الإداري لمدة طويلة باختصاص السلطة الإدارية، غير أنه انتقل حديثاً الى مجال إدارة واستغلال المرافق العامة، فإذا كان الأول يدخل في نطاق القرارات الإدارية فإن التفويض في إدارة واستغلال المرفق العام يشكل طائفة من العقود الإدارية الذي يكون موضوعها، تكليف الدولة في إطار القانون أحد أشخاص القانون العام أو شخص من اشخاص القانون الخاص بتسيير المرفق العام على نفقته، وذلك بتوفير اليد العاملة وكل ما يلزم المرفق العام، لتقديم خدمة عمومية للجمهور، مقابل أن يتقاضى رسومه من المنتفعين.

وللاشارة فإن المشرع الفرنسي هو الذي وضع الإطار القانوني لتفويض المرفق سنة 1993 بموجب قانون سابان، كما حدد الاجتهاد القضائي الفرنسي عقود التفويض في أربع أنواع، تتمثل في أساساً في عقد الامتياز الذي يعتبر جوهر التفويض، عقد ايجار المرفق العام، عقد الاستغلال المباشر، عقد التسيير.

وعليه انتظر المشرع الجزائري سنة 2015 ليشرع قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة. وكان نتيجة الضغوطات المالية التي عانت منها الجزائر في تلك الفترة بتدني أسعار البترول لتكرس الدولة الجزائرية هذه التقنية بوضع الاطار القانون لها.



المطلب الأول

ماهية المرفق العام وتعريفه.

فكرة المرفق العام هي من الأفكار الأساسية لنظريات ومبادئ القانون الإداري، وأساس تحديد نطاقه وتطبيق أحكامه، ومعياراً لتحديد اختصاص كل من القضاء الإداري والقضاء العادي.

وتعد المرافق العمومية المظهر الإيجابي لنشاط الإدارة والتي تسعى من خلال تقديم الخدمة العامة، لإشباع الحاجات العامة سواء على مستوى البلدية أو الولاية باعتبارهما هيئات محلية منتخبة، وتقدم خدماتها لسكان الإقليم البلدي وفق لقانون البلدية والولاية، كالنقل والكهرباء والمياه والاتصالات والتربية ... الخ¹.

كما أنه نجد ان المساحة التي تستغلها المرافق العامة من النشاط الإداري زادت اتساعاً في مجال الضبطية الإدارية، حتى قيل أن الضبط الإداري هو نشاط مرفقي يشبع حاجة عامة وقد اهتم الفقه الفرنسي بنظرية المرفق العام، وجدت كذلك أنصاراً لها في الفقه العربي، ومؤيدي نظرية المرفق العام، يرون أن هذه النظرية، في كل المبادئ ونظريات القانون الإداري وحصروا قواعده في نطاق المرفق العام فقط.

وأن العقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة متميزة عن قواعد العقود المدنية لأنها تتعلق بالمرفق العام ونشاطه والأموال المملوكة له والتي تكتسي صفة أموال عامة، تتمتع بحماية خاصة وأحكام مستقلة عن الأموال الخاصة. والمسؤولية الإدارية تخضع لأحكام مختلفة عن قواعد المسؤولية المدنية وكان لهذه الأخيرة تأثير في قواعد المسؤولية الإدارية حتى أصبحت من سماتها.

ويكتسب القضاء الإداري هذه الصفة، نظراً لاختصاصه بالفصل في المنازعات المتعلقة بنشاط المرفق العام، وأرسى القضاء الإداري الفرنسي أساس نظرية المرفق العام في الحكم الشهير لمحكمة التنازع عرف بحكم بلانكو (BLANCO).

¹ - حمدي القبيلات، القانون الإداري، دار وسائل النشر، ط1، الأردن، 2008، ص:270.

الفرع الأول

تعريف المرفق العام.

إن فكرة المرفق العام، هي معيار النظام الإداري نظراً لارتباطها بالعمليات السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في الدولة وقد اعتمد الفقه والقضاء على معيارين أساسيين في تعريف المرفق العام وهما المعيار العضوي والموضوعي.

حيث يُعرف على أنه " نشاط تتولاه الإدارة لأداء خدمة عامة " مع التركيز على النشاط باعتباره العنصر الموضوعي، في حين يعرفه البعض الآخر بأنه " مشروع تتولاه الإدارة لأداء خدمة عامة وإن كلمة المشروع للدلالة على المنظمة أو الجهاز أو الهيئة تعبيراً عن العنصر العضوي الذي يعتمد المرفق العام".

أولاً: مدلول عنصر العضوي (الشكلي): يقصد بالمرفق العام حسب هذا المدلول بأنه كل منظمة عامة أو هيئة عمومية تخضع لإدارة الدولة بقصد تحقيق مصلحة عامة ومنها أعتبر كل من القضاء، الأمن، الصحة، الدفاع، التعليم، وغيرها مرافق عامة ويتصف هذا المعنى بالشمولية والإطلاق¹.

ثانياً: مدلول العنصر الموضوعي (المادي-الوظيفي): يقصد بالمرفق العام بهذا المعنى، النشاط، أو الوظيفة أو الخدمة العامة التي تلبى الحاجات العامة وتحقيق المصلحة العامة للمواطنين، فحسب رأي فدال VEDEL أن التعريف الموضوعي أو المادي للمرفق العام مرتبط بطبيعة النشاط، ومستقل عن الهيئة التي تمارس ذلك النشاط.

أما الأستاذ أحمد محيو فيرى أن " مفهوم المرفق العام لا يكون له معنى قانوني إلا إذا كانت الغاية منه تحقيق هدف اقتصادي أو اجتماعي " الأمر الذي حال دون إعطاء مفهوم دقيق للمرفق العام ولكن الرأي الراجح هو الجمع بين المدلولين أي بين المعيارين الشكلي والموضوعي، لتعريف المرفق العام وعليه نجد الفقيه الفرنسي ليون دوجي دمج بين المعيارين،

¹ - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار النشر والتوزيع، ط:3، 2015، الجزائر، ص:44



وبالتالي فإن كل التعاريف التي تناوله المرفق العام تصب في وعاء واحد لأداء خدمة عامة.¹

أ- أما عن عناصره يمكن حصرها فيما يلي:

1- ينشأ المرفق العام من أجل تحقيق مصلحة عامة، وبالتالي فإن للسعي وراء تجسيد وتحقيق الصالح العام هو العنصر الجوهرى المعتمد في تعريف المرافق العام وهو تلبية حاجات الأفراد الأساسية وتقديم خدمات عمومية للمواطنين كتوريد الماء والكهرباء، توفير وسائل المواصلات وتقديم المساعدات الاجتماعية - كالصحة، التعليم، العدالة، وقد تكون المصلحة العامة لها طابع معنوي، كتوفير الأمن من المرافق الدفاع والأمن ويترتب على ذلك، مجانية المرافق العامة، بمعنى لا يسعى المرفق العام الى تحقيق الربح - وهذا خلافاً للمقاولات الخاصة كالتعليم المجاني بصفة نسبية مع إمكانية دفع رسوم دون الاخلال بشرط الصالح العام كما هو الشأن بالنسبة للرسوم القضائية والرسوم الجامعية، كأعباء عامة يتحملها المواطنون بمساهماتهم في نفقات المرفق العمومي.

2-الجهة المقررة لوجود الصالح العام: الجهة تتجسد في السلطات العمومية أي أن هذه الأخيرة هي التي تقرر وتقدر إذا كانت هناك حاجة عامة ينبغي تحقيقها، وبالتالي إنشاء مرفق عمومي أم لا - وبذلك يصبح المرفق العام احتكاراً للدولة وبالموازات يمكن للسلطات العمومية السماح للأشخاص الخاصة ممارسة نشاطات المرفق العام في نفس المجالات مثل التعليم، الصحة، لتحقيق نفس الحاجات.

ب-خضوع المرفق لسلطة الدولة: الدولة وهيأتها تمارس جملة من السلطات على المرفق سواء من حيث تنظيمه وهيكلته أو من حيث نشاطه، فهي التي تنشئ المرفق وتحدد نشاطه وقواعد تسييره وعلاقته بالجمهور المنتفعين، وكذا تعيين موظفيه، تمارس الرقابة على نشاطه.

1- محمد الصغير بعلی، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص:206



ج- المرفق العام مشروع أو تنظيم عام: يقتضي وجود مرفق عام إقامة تنسيق وتنظيم بين مختلف مكوناته (البشرية والمادية) بالشكل الذي يسمح له بأداء دوره في تلبية الحاجات العامة.

د- الخضوع لنظام قانوني استثنائي: لما كانت المرافق العامة هي أساس القانون الإداري حتى يقال أن القانون الإداري هو قانون المرفق العام، فهي تخضع لنظام قانوني متميز ومعايير النظام القانوني الذي يحكم مشروعات القطاع الخاص وأنشطة الأفراد.

الفرع الثاني

المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة.

لقد استقر الفقه والقضاء الفرنسي على عدد من المبادئ من احكام القضاء الإداري الفرنسي، التي كيفت على أنها القواعد الجوهرية التي تفرضها الاعتبارات العلمية وتمليها العدالة الاجتماعية وحصرت فيما يلي:

1. ضمان استمرارية سير المرفق العام بانتظام واطراد.
2. المساواة أمام المرافق العامة.
3. مسايرة المرافق العامة للتغيير والتعديل وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة المتغيرة.

أولاً: مبدأ استمرارية المرافق العامة

من أهم التزامات السلطة الإدارية أن تعمل لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ذلك بتوفير الخدمة العمومية للمنتفع في الزمان والمكان المحدد لأدائها طبقاً لتلبية حاجاته الأساسية، التي وجد من أجلها المرفق العام - بطريقة مستمرة ومنظمة إلا في العطل الرسمية وحالة القوة القاهرة التي تحول دون تأدية المرفق للخدمة المرجوة - وأن أهمية هذا المبدأ تنبع من طبيعة المرفق ذاته وما يعول عليه للاستفادة من خدماته - وبالتالي يمكن تكييف المبدأ على انه يمثل شريان المرافق العامة أو استمرارية روح المرفق العام ويترتب على تطبيق هذا المبدأ عدة نتائج منها تنظيم الاضراب، تنظيم استقالة الموظفين العموميين،



نظرية الموظف الفعلي، نظرية الظروف الطارئة عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام

ثانيا: مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة.

أساس هذا المبدأ هو التزام الجهات القائمة على إدارة المرفق بتأدية خدماتها للجمهور، بدون تمييز وبإنصاف بالنسبة للذين تتوفر فيهم شروط الاستفادة، سواء بسبب السن، الجنس، اللون، اللغة، العرق، او المركز الاجتماعي أو الاقتصادي.

ويستمد هذا المبدأ أساسه من الديانات السموية والمواثيق واعلانات، حقوق الانسان ودساتير الدولة التي تقضي بمساواة الجميع أمام القانون، الكل سواسية أما القانون أما عن المشرع الجزائري تبني هذا المبدأ في جميع الدساتير الجزائرية منذ 1963 الى غاية 2016 وحتى مسودة الدستور للجزائر الجديدة تضمنت هذا المبدأ والمساواة تخص الحقوق، كالحق في الاسنفادة من الخدمة، والالتحاق بالوظيفة العمومية، المساواة كذلك في الالتزامات والاعباء.

الفرع الثالث

مبدأ قابلية المرفق للتعديل والتغيير.

تسعى الإدارة من خلال تسييرها للمرافق العامة على اشباع الحاجات للأفراد تحقيقاً للنفع العام - حيث تقود الخدمة بكفاءة وفعالية، الأمر الذي يتطلب مواكبة المرفق العام للتطورات والمتغيرات والتحولت، سواء كانت ذات طبيعة قانونية أو اقتصادية أو تقنية التي تطراً على المرافق العمومية، بما يدفع السلطة الإدارية على تكييف نشاطها ومتطلبات هذه المتغيرات حيث أن مبدأ تكييف الخدمات المرفقية مرهون ببقاء واستمرار المرفق العمومي.

المطلب الثاني

أساليب إدارة المرافق العامة.

تختلف طرق إدارة المرافق العامة، تبعاً لاختلاف وتنوع المرافق وطبيعة النشاط الذي تؤديه، وكذا تدخل الدولة في مختلف المجالات، أما عن تفويض المرافق العامة، تبني

المشروع الجزائري تفويض المرفق العام كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة، حيث شرعت مجموعة من القوانين تتعلق بهذا الموضوع، ومنها قانون 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية وبعد دخوله حيز التنفيذ، صدر المرسوم التنفيذي رقم 199/18 الذي يحدد كيفية تفويض المرفق العام المحلي، كآلية جديدة نحو حوكمة المرافق العامة المحلية، وذلك بغرض تشجيع المسيرين على المستوى المحلي، على القيام باختيار نمط التسيير الأنسب والتفاوض مع الشريك، حول الشروط المثلى لتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام في احسن الظروف وبأقل تكلفة، الى جانب التوجه نحو الفاعلية وإرساء قواعد جديدة هدفها تشجيع روح المبادرة وعصرنة طرق التسيير والعمل على تقليص دور تدخل الجماعات الإقليمية في التسيير المباشر لحاجات المواطنين¹ كما يمكن لهذه الأخيرة أن تلجأ الى أسلوب التفويض في المجالات الآتية: التزويد بالمياه الصالحة للشرب، النقل المدرسي، الأسواق الجوارية، موقف السيارات، ... الخ.

أما عن الهيآت أو المؤسسات المعنية بتطبيق أحكام تفويضات:

المرافق العامة المنظمة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام والمعنية كذلك بتطبيق احكام المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرافق العامة، نجد أن المادة 207 من المرسوم 247/15 نصت على ما يلي " يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره الى مفوض له...".

وبالرجوع الى المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 نجدها تنص "تطبيقاً لأحكام المادتين 207-210 من قانون 247/15، يهدف هذا المرسوم الى تحديد شروط وكيفيات تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية.

وبالرجوع الى قانون البلدية 10/11 نجد ان المادة 150 منه أجازت للبلدية تسيير بعض المصالح عن طريق الامتياز، وهذه المصالح نصت عليها المادة 149 من نفس القانون، أما المادة 2/155 من نفس القانون نصت على أن "الامتياز يخضع لدفتر شروط نموذجي

¹ - CLAUD, Boiteau, les conventions de délégation de service public, imprimerie nationale, Paris, France, 2004,P :177.

عن طريق التنظيم"، أما المادة 149 من قانون رقم 07/12 المتعلق بالولاية نصت على أنه "إن استغلال المصالح العمومية الولاية المذكورة في المادة 146 أعلاه لدقت شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم ويصادق عليه حسب القواعد والإجراءات المعمول بها". أما باقي الهيآت الإدارية، الأخرى مهما كانت طبيعتها وباقي المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري غير التابعة للجماعات الإقليمية، كالمستشفى وباقي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، كالجرائية للمياه والمؤسسات العمومية ذات الطابع المحلي والثقافي والمهني، كالجامعات ومراكز البحث، شركة سونلغاز وشركة سنطراك وباقي أشخاص القانون العام والهيئات والمؤسسات العمومية الأخرى مهما كانت طبيعتها القانونية فلا تخضع لأحكام الباب الثاني من المرسوم 247/15 والذي جاءت تحت عنوان "الاحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام " وكذا أحكام المرسوم 199/18 المتعلق "بتفويض المرفق العام" وإذا أرادت هذه الهيئات أو المؤسسات المذكورة أعلاه أن تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام فترجع الى قانون الأساسي الذي ينص على التفويض فمثلاً المادة 2/101 من القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه نصت " يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنوية خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليه عن طريق التنظيم... الخ".

وقد تم تعريف امتياز الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشرب: أنه يتمثل امتياز الخدمة العمومية للتزويد بالمياه الشرب في ضمان التزويد بالمياه عن طريق الاستغلال والصيانة والتجديد وإعادة تأهيل وتطوير منشآت هياكل الحشد والمعالجة والربط والتخزين وتوزيع ماء الشرب...."

ب-المبادئ التي تقوم عليها إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد.

الهدف من هذه المبادئ الخاصة باختيار وانتقاء المتعامل المتعاقد، هو تحقيق أفضل تعاقد من حيث الفعالية والجودة والسعر من خلال اعمال إجراءات الدعوة للمنافسة، لا سيما ضمان علنية المعلومات المتعلقة بإجراءات عقود الصفقات والتفويضات عن طريق النشر والاشهار والاعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء باعتماد معايير موضوعية ودقيقة



أحسن وأفضل المترشحين للتعاقد على أساس المساواة في التعامل مع كل

المشاركين.

أما بخصوص العقود الإدارية محل إيرادات الدولة والمتمثلة في اتفاقيات تفويض المرفق العام، فتخضع لنفس مبادئ الإبرام حيث نصت المادة 209 من المرسوم 247/15 تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها الى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم 247/15 بمعنى أن المادة 209 والمادة 3 من المرسومين أعلاه قد احوالتا الى المبادئ الثلاثة (3) المنصوص عليها في المادة 05 أعلاه وكذلك هذه المبادئ تهدف الى ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام المتمثل في الإيرادات المحصلة عليها من جراء تفويض المرفق العام، كما أضاف المنظم مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف وهذا ما ورد في المادة 2/209 أعلاه "زيادة على ذلك، يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه على الخصوص الى استمرارية والمساواة وقابلية التكيف" وهي نفس المبادئ التي تضمنتها المادة 03 من قانون 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام والتي تنص "... يجب ان يتم تفويض المرفق العام في اطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف مع ضمان الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية" بمعنى أن المفوض له الذي ابرم اتفاقية تفويض المرفق العام مع الشخص العام، يكون ملزما بضمان الاستمرارية والمساواة والقابلية للتكيف، والجودة، والنجاعة في الخدمة العمومية، أي أن يتم تنفيذ اتفاقية في ظل هذه المبادئ التي سبق الإشارة.

ج- مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (مبدأ حرية المنافسة).

إن أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15 وأحكام المرسوم 199/18 تبينان بوضوح طرق الرقابة، والطعن في حالة عدم احترام مبادئ الإبرام والمقصود لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية هو مبدأ حرية المنافسة أما المقصود بمبدأ المساواة هو معاملة كافة المرشحين بحياد وموضوعية أما مبدأ شفافية الإجراءات، يعني أن تتم إجراءات الإبرام في العلانية وليس في السرية.

الأصل أن المصالح المتعاقدة ملزمة باتباع إجراءات وطرق محددة عند إبرامها للعقد الإداري، وغالباً ما تبدأ بالإعلان عن الطلب العمومي ثم تلقى العروض وفحصها دون تمييز ثم إرساء العقد والاعلان عند المنح المؤقت.

1- الاطار القانوني والتنظيمي لمبدأ حرية المنافسة.

إن تضمين المشروعية الإدارية لقانون المنافسة أدى الى تطوير قانون العقود العامة وقد ظهر هذا القانون عند انتهاج الجزائر نظام اقتصادي حر تكون المنافسة احدى ركائزه ومقوماته مع استحداث مجلس المنافسة 1995 من خلال الامر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة الا أن هذا الامر سرعان ما ألغي بموجب الامر رقم 03/03 حيث فصل المشرع الجزائري بين الممارسات التجارية والتي أفرد لها قانون خاص يتمثل في القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وخصص قانون المنافسة للأحكام المتعلقة بمبادئ المنافسة والهيئة المشرفة على تطبيق قواعدها والمتمثلة في مجلس المنافسة.

ومبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في ظل المرسوم 247/15 والمادة 05 منه أشارت الى خضوع إجراءات تفويضات المرفق العام لنفس المبادئ التي تحكم إجراءات ابرام الصفقات العمومية وهذا ما أكدته المادة 209 من القانون 247/15 الخاص بتفويضات المرافق العمومية بقولها " تخضع اتفاقيات تفويض المرافق العامة لإبرامها الى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من القانون " وعليه، على المصالح المتعاقدة لنيل اتفاقية التفويض أن تتأكد أن المتعاقد لم يستخدم ممارسات منافية للمنافسة.

أما عن تعريف مبدأ المنافسة: فهو مجموعة القواعد القانونية والتنظيمية التي تنظم وتؤطر عملية التزاحم والاختيار النزيه بين المتعاملين الاقتصاديين¹.

إن أعمال مبدأ حرية المنافسة الحرة في العقود الإدارية (الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة) يعد من القيم الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية والمنافسة بما تثيره من تعدد في العروض وتنوع في الخيارات، تسمح للإدارة بحسن استغلال المال

1- غنية باطلي، نطاق تطبيق قانون المنافسة في الجزائر، مجلة الفكر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، مجلد 10، عدد 12 مارس 2015، ص: 335.

العام واستخدامه عقلانياً بما يتفق وحوكمة التسيير والانفاق، وبإعمال قواعد المنافسة، تفعل آليات اقتصاد السوق والحرية الاقتصادية، وعليه، التزام المصلحة المتعاقد والمتعامل المتعاقد الاقتصادي على احترام مبدأ المنافسة الحرة في التعاقد، ويقصد بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية أو مبدأ حرية المنافسة فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الوطنية والأجنبية لتقديم عروضهم بشرط استيفائهم للشروط المطلوبة وبذلك يفتح الباب أمام كل راغب في الترشح والاشتراك، للوصول إلى الطلب العمومي دون تمييز أو تحيز.

مبدأ المساواة في معاملة المترشحين:

يعتبر مبدأ المساواة من المبادئ الأساسية العامة، نظراً لما يكتسيه من أهمية وقد نصت عليه مختلف المواثيق والدساتير والتشريعات الوطنية والذي يلتزم القاضي بتطبيقه في كل النزاعات المعروضة عليه، غير أنه ينفي التمييز ما بين المساواة ومبدأ العدالة أو العدل فالعدل أشمل وأوسع من مبدأ المساواة وهذا الأخير وسيلة لتحقيق العدل، ومبدأ المساواة لا يكون بصورة مطلقة وإلا انحرف على مبدأ العدل أو مساره، فمبدأ المساواة الذي يجسد العدل هو المساواة بين المتساوين في المراكز القانونية بمعنى تطبيق وتجسيد الانصاف.

ويجد مبدأ المساواة أساسه القانوني في النظام القانوني الجزائري في الدستور والمنصوص عليه كذلك في قانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وقانون 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية وفي المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام.

نطاق وحدود مبدأ المساواة في معاملة المترشحين:

لكل قاعدة استثناء يدعم الأصل ومبدأ المساواة هو الآخر يخضع لبعض الاعتبارات الاقتصادية، فأمام المنافسة القوية التي يمارسها المتعاملون الأجانب في مواجهة القطاع الوطني الذي يفتقر إلى الكفاءة التقنية والفنية في بعض المجالات مع ضعف الإمكانيات المادية لإنجاز المشاريع وخاصة تلك التي تعرض ضمن المنافسة الدولية، والتي غالباً ما تلجأ إليها المصالح المتعاقدة، إلى جانب ضغط ممثلي القطاع الخاص والعام الوطني، أين



المشروع نفسه مجبراً بإدراج نصوص لحماية القطاع العام الوطني، وهذا ما تجسد بموجب المرسوم الرئاسي 247/15، بتنظيم مبدأ المساواة حتى يتكيف والمصلحة العامة الاقتصادية بإعطاء الأفضلية للمنتج الوطني الى جانب اجبار الأجنبي على الالتزام بالاستثمار في اطار الشراكة، مع رفع هامش الأفضلية الوطنية الى 25% بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري وهذا ما ورد في المادة 83 من قانون 247/15 والتي تنص " ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج" نصت كذلك " يمنح هامش للأفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المائة 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري وللمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري... الخ" بقصد التقليل من حصة المتعاملين الأجانب.

المطلب الثالث

طرق وإجراءات ابرام اتفاقيات تفويض المرفق العام والرقابة عليها.

سوف نتطرق في هذا المطلب الى طرق وإجراءات ابرام اتفاقيات تفويض المرفق العام في فرع ثم نعالج الرقابة على إجراءات الابرام في فرع الثاني.

الفرع الأول

طرق وإجراءات ابرام اتفاقيات تفويض المرفق العام.

إذا ما رجعنا المادة 08 المرسوم الرئاسي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام وجاء تشريع هذا النص التنظيمي بعد دخول قانون 247/15 حيز التنفيذ التي تنص "تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام لإحدى الصيغتين، الطلب على المنافسة والذي يعتبر القاعدة العامة ثم التراضي الذي يمثل الاستثناء."

أولاً: اجراء الطلب على المنافسة.

الطلب على المنافسة في اتفاقية تفويض المرفق العام - على خلاف ما هو معمول به في الصفقات العمومية - يكون وطنياً، طبقاً للمادة 10 من قانون 199/18.

أما المقصود بالطلب على المنافسة: فهو إجراء يهدف للحصول على أحسن عرض من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة في التعامل معهم والموضوعية في معايير اختيار وانتقائهم دون تحيز، وعندئذ يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض بأحسن الضمانات المهنية والتقنية والفنية المالية وفق ما هو وارد في دفتر الشروط من سلم التقييم وطبقاً للمادة 12 من القانون رقم 199/18 فإن طلب المنافسة يتم في مرحلتين:

1-المرحلة الأولى: تتم في الإنتقاء الأول للمترشحين على أساس الترشح، حيث يتأكد من وجود الوثائق المطلوبة والمكونة بملف الترشح، والمحددة في دفتر الشروط وعنوانه " دفتر ملف المترشح" في لوح الإعلان عن العرض.

2-المرحلة الثانية: تتمثل في دعوة المترشحين الذين تم اختيارهم في المرحلة الأولى الى سحب دفتر الشروط المتضمن البنود التنظيمية والبنود التعاقدية لتفويض المرفق العام والتي تبين كفاءات ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها. ويشمل دفتر الشروط جزأين:

أ-الجزء الأول: عنوانه " دفتر ملف الترشح".

يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشح وكذا كيفية تقديمها ومعايير انتقاء المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة بالقدرات المهنية والتقنية، والفنية، والمالية

ب-الجزء الثاني: " دفتر العروض"

ويتضمن هو الآخر البنود الإدارية والتقنية المتمثلة في كل المعلومات المتعلقة بكفاءات تقديم العروض تقديم واختيار المفوض له، والبنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المعنى كل البيانات التقنية والفنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض كما يتضمن كذلك (دفتر الشروط) البنود المالية التي تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض لها، ولفائدة السلطة المفوض له أو ذلك يدفعه عند الاقتضاء، مستعملو

المرفق العام المعني بالتفويض ويجب أن تحدد هذه البنود حالات التفويض لصالح المفوض له وكيفية حسابها¹.

وعند اعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى، يعاد نفس الاجراء للمرة الثانية وفق الأشكال التي سبق الإشارة إليها وفي حالة اعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، تلجأ السلطة المفوضة الى اجراء التراضي. أما عن حالات اعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى² والثانية، فقد نصت المادة 15 من القانون 199/18، والجدير بالذكر انه في حالة استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية، ويتبين أنه عرض مطابقة لدفتر الشروط فإنه يكون قابل للمتابعة واكمال الإجراءات.

ثانيا: إجراء التراضي.

كما هو جاري في الصفقات العمومية، فإن التراضي في اتفاقية تفويض المرفق العام يمكن أن يأخذ صورتين: الأولى التراضي البسيط والثانية التراضي بعد الاستشارة طبقاً للمادة 16 من المرسوم 199/18.

أ- التراضي البسيط: طبقاً للمادة 18 من قانون 199/18 هو اجراء تقوم به السلطة المفوضة باختيار المفوض له مؤهل لضمان سير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية والفنية وطبقاً للمادة 20 من نفس المرسوم، فإن اللجوء الى التراضي البسيط يكون إما في الخدمات التي لا يمكن ان تكون محل تفويض لا ترشح واحد يحتل وضعية احتكارية وإما في الحالات الاستعجالية وهي الحالات في المادة 21 من القانون الرئاسي 199/18.

ب- التراضي بعد الاستشارة : طبقاً للمادة 17 من المرسوم 199/18 فإن التراضي بعد الاستشارة هو اجراء تقوم به السلطة المفوضة باختيار المفوض له من بين ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل وطبقاً للمادة 19 من نفس المرسوم فإن السلطة المفوضة تلجأ الى التراضي بعد الاستشارة عند اعلان عدم جدوى الطلب على

¹ - المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المتعلق بتفويض المرفق العام.

² - المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 السابق الذكر.

المنافسة للمرة الثانية وكذلك عند تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي اجراء الطلب على المنافسة ويتم تحديد هذه المرافق العمومية بموجب قرار مشترك بين وزير المالية ووزير المكلف بالجماعات الإقليمية وفي هذه الحالة يتم اختيار المفوض له، ضمن قائمة تعدها مسبقاً السلطة المفوضة بعد التأكد من قدراتهم، التقنية والمهنية والتي تمكنهم من تسيير المرفق العام للمعني.

وبعد إجراءات الأشهر وابداع العروض المنصوص عليه في المواد من 26 إلى 30 المرسوم 133/18 تقوم لجنة اختيار وانقاء العروض المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم 199/18 في جلسة علنية وفي مرحلة أولى بفتح الأطراف وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين ثم تقوم هذه اللجنة في مرحلة ثانية وفي جلسة مغلقة، بدراسة ملفات الترشيح ابتداءً من اليوم التالي أو الموالي لجلسة فتح الأطراف، على إثر هذه المرحلة تقوم اللجنة بإعداد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التأهيل طبقاً للجزء الأول من دفتر الشروط والمعايير المحدد في الطلب على المنافسة¹ وطبقاً للمادة 42 من المرسوم 199/18، يمكن لأي مترشح شارك في الطلب على المنافسة أو التراضي البسيط أو بعد الاستشارة أن يحتج على قرار المنح المؤقت للتفويض برفع طعن لدى لجنة تفويضات المرفق العام المنصوص عليه في المادة 78 في أجل لا يتعدى عشرون (20) يوماً، ابتداءً من تاريخ اشهار قرار المنح المؤقت للتفويض، وتقوم لجنة تفويضات المرفق العام بدراسة ملف الطعن واتخاذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى عشرون يوماً (20) ابتداءً من تاريخ استلامها الطعن.

الفرع الثاني

رقابة ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام.

طبقاً للمادة 74 من المرسوم الرئاسي 199/18 تخضع تفويضات المرفق العام لرقابة قبلية وأخرى بعدية وزيادة على الرقابة الخارجية المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يخضع تفويض المرافق العام لرقابة السلطة المفوضة وتتعلق بمرحلة ابرام العقد الإداري دون

¹ - للاستفسار أكثر راجع إلى المواد من 31 إلى 41 من المرسوم 199/18، ص: 128.

مرحلة تنفيذها، وبالرجوع الى المادة 75 و78 من المرسوم 199/18 فإن الرقابة القبلية لتفويضات المرفق العام تنقسم الى رقابة قبلية داخلية ورقابة خارجية.

أولاً: الرقابة القبلية الداخلية لتفويضات المرفق العام.

تقوم السلطة المفوضة في إطار الرقابة الداخلية، بإنشاء لجنة لاختيار وانتقاء العروض تقوم طبقاً للمادة 77 من المرسوم 199/18 باقتراح مترشح لتسيير المرفق العام، وتتكون اللجنة من (06) موظفين مؤهلين، من بينهم الرئيس يعينهم مسؤول السلطة المفوضة ويمكن للجنة أن تستعين بكل شخص يمكنه مساعدتها بأرائه بحكم قدرته وكفاءته لتسييرها في أشغالها، ويتم اختيار أعضاء اللجنة من بين الكفاءات المتواجدة والتابعة للسلطة المفوضة لمدة ثلاث (03) سنوات قابلة للتجديد.

ولجنة اختيار وانتقاء العروض مهمتها تنحصر في فتح العروض وفحص ملفات التعهد وفحص العروض كما لديها مهام عند المفاوضات.

1. مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض عند فتح العروض: والتي وردت في المادة 77 من المرسوم 199/18 وهي كالتالي:

- التأكد من تسجيل ملفات التعهد أو العروض في سجل خاص والقيام بفتح الأظرفة.
 - اعداد القائمة الاسمية للمترشحين أو المترشحين الذين تم انتقاءهم حسب الحالة، تاريخ وصول الأظرفة، اعداد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل ملف تعهد أو عرض... الخ
2. مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض عند فحص ملف التعهد: المهام التي تقوم بها اللجنة في هذه المرحلة هي كالتالي:

- دراسة الضمانات المالية والمهنية والتقنية للمترشحين وكفاءتهم وقدرتهم وصلاحياتهم التي تسمح لهم بحسن سير المرافق العام وفق المعايير المحددة مسبقاً في دفتر الشروط.
- اقصاء ملفات التعهد الغير المستوفية للشروط.
- اعداد قائمة المترشحين المقبولين لتقديم عروضهم وتبليغها للسلطة المفوضة... الخ.

3. مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض عند فحص العروض: المهام المخصصة لهذه المرحلة اللجنة هي كالتالي:

- دراسة عروض المترشحين المقبولين.
- اقضاء العروض الغير المستوفية للشروط.
- اعداد قائمة العروض المستوفية للشروط وترتيبها حسب الأفضلية والألوية.
- اقتراح المترشح الذي قدم أحسن عرض على السلطة المفوضة لمنحه التفويض.

ثانيا: الرقابة القبلية الخارجية لتفويضات المرفق العام

تقوم السلطة المفوضة في إطار الرقابة الخارجية بإنشاء لجنة تفويضات المرفق العام يحدد النظام الداخلي لهذه اللجنة بموجب مقرر من مسؤولة السلطة المفوضة وذلك طبقاً للمادة 78 من المرسوم 199/18 وتتشكل لجنة تفويضات المرفق العام من عدة إدارات عمومية.

1. تشكيل لجنة تفويضات المرفق العام: تتشكل لجنة تفويضات المرفق العام بعنوان

الولاية وأخرى بعنوان البلدية - أي اللجنة الولائية ولجنة البلدية.

أ- تشكيل اللجنة الولائية لتفويضات المرفق العام وهي:

- ممثل عن الوالي المختص اقليمياً رئيساً.
- ممثلين (02) عن السلطة المفوضة.
- ممثل عن المجلس الشعبي الولائي (1)
- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية (1).
- ممثل عن المدير الولائي للأملاك الوطنية.
- ب- تشكيل لجنة البلدية لتفويضات المرفق العام.
- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي رئيساً.
- ممثلين عن السلطة المفوضة - ممثل عن المجلس الشعبي البلدي (1).
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للأملاك الوطنية.
- ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية.

وكما سبق الإشارة إليه فإن التعيين يكون بموجب مقرر من السلطة المفوضة بناء على اقتراح من السلطات التي ينتمون إليها - لمدة (03) ثلاث سنوات قابلة للتجديد¹

2. مهام لجنة تفويضات المرفق العام:

إذا ما رجعنا المادة 81 من المرسوم 199/18 نلاحظ أنه تكلف لجنة تفويضات المرفق العام بالمهام التالية:

- الموافقة على مشاريع دفتر الشروط.
- الموافقة على مشاريع اتفاقيات تفويض المرفق العام.
- وذلك من خلال مراقبة الإجراءات المتبعة في اختيار المفوض له.
- الموافقة على مشاريع ملاحق اتفاقيات تفويض المرفق العام.
- منح التأشير اللازمة للاتفاقيات المبرمة.
- دراسة الطعون المودعة لديها من قبل المترشحين غير المقبولين والفصل فيها.
- طبعاً هناك جهة مختصة بالرقابة على الصفقات العمومية وجهة أخرى مختصة بالرقابة على تفويضات المرفق العام كما يوجد جهة رقابة مشتركة بينهما تسمى بسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حيث جاءت في المادة 213 من المرسوم رقم 247/15 " تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية، سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير وتشمل مرصداً للطلب العمومي، وهيئة وطنية لتسوية النزاعات، وتتولى هذه السلطة الصلاحيات التالية:
- اعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه وتصدر بهذه الصفة رأياً موجهاً للمصالح المتعاقدة وهيأت الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية لنزاعات المتعاملين الاقتصاديين.
- اعلام ونشر وتصميم كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام.
- المبادرة ببرامج التكوين وترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

¹ - المادة 79 من المرسوم 199/18.

- اجراء إحصاء اقتصادي للطلب العمومي سنوياً.
- تحليل المعطيات المتعلقة بالجانبين الاقتصادي والتقني للطلب العمومي وتقديم توصيات للحكومة.
- تشكيل مكان لتشاور في إطار مرصد الطلب العمومي.
- التدقيق أو تكليف من يقوم بتدقيق في إجراءات ابرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتنفيذها بناء على طلب من سلطة مختصة.
- البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب.
- تسيير واستغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية.
- إقامة علاقات تعاون مع الهيئات الأجنبية والهيئات الدولية المتدخلة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- يحدد تنظيم وكيفيات سير سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب مرسوم تنفيذي".

الفرع الثالث

الأساليب الخاصة لإدارة المرافق العامة.

نصت المادة 210 من المرسوم التنفيذي رقم 247/15 المتعلق بالصفقات وتفويضات المرفق العام يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام شكل الامتياز أو الايجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير...

أولاً: عقد الامتياز.

أ. تعريفه: نصت المادة 210 من المرسوم التنفيذي 247/15، الامتياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له، إما انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام، يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته تحت مراقبة السلطة المفوضة ويمول

المفوض له بنفسه الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام.

لا يمكن ان تتجاوز المدة القصوى للامتياز ثلاثين (30) سنة ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معمل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية شريطة ألا تتعدى مدة التعهد أربع (04) سنوات كحد أقصى¹.

ب. عناصر وخصائص عقد الامتياز: أطراف عقد الامتياز هم الجهة الإدارية المختصة من جهة وشخصاً اعتبارياً عاماً أو خاصاً من جهة ثانية سواء أكان فرداً أو شركة خاصة.

أما عن الجهة الإدارية المختصة: يمنح الامتياز تختلف باختلاف المرفق العمومي محل الامتياز - قد يكون منح امتياز المرافق العمومية وطنياً فعندئذ يكون من اختصاص السلطة المركزية ممثلة في شخص الوزير المختص وهو ما أكدته وترجمته الكثير النصوص القانونية.

ونظراً لأهمية وحساسية وخطورة وامتياز المرافق العامة الوطنية من الناحية الاقتصادية والسياسية والقانونية أوجب المشرع الجزائري ضرورة المصادقة على هذه الاتفاقيات بمقتضى مراسيم تتخذ في مجلس الحكومة بناء على تقرير مشترك بين الوزراء المكلفين بالداخلية والمالية والأشغال العمومية وهذا ما ورد مثلاً في المادة 03 المرسوم التنفيذي 308/96 المؤرخ في 08 سبتمبر 1996 والمتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة وبعد المصادقة على اتفاقيات الامتياز، تضي عليها الرسمية والقانونية وقبل المصادقة لا تعدو أن تكون مجردة مشروع اتفاقية.

أما بالنسبة للجهة الإدارية المختصة بامتياز المرافق العامة المحلية وتأجيرها تتمثل بما يلي:

1. البلدية: وهذا ما أكده قانون 10/11 المتعلق بالبلدية.

2. الولاية: أكده قانون 07/12 المتعلق بالولاية.

¹ - المادة 52 من المرسوم التنفيذي، المتعلق بتفويضات المرفق العام رقم 199/18، ص:10.

أما الطرف الثاني في الامتياز: قد يكون الطرف الثاني في الامتياز فرداً أو شركة خاصة، وبذلك تستبعد الأشخاص العمومية بهدف ابعاد الدولة والجماعات الإقليمية وكل شخص عمومي عن تسيير المرافق العامة.

ج. خصائص عقد الامتياز: وهي كالتالي:

- انه عقد اداري يربط سلطة إدارية وبين أحد الأفراد أو الشركات مع إمكانية أن يربط عقد الامتياز بين شخص اداري وشركة من القطاع العام.
- الإدارة في هذا العقد تتمتع بامتيازات السلطة العامة الاستثنائية بصفتها شخص من أشخاص القانون العام وهذا يفرض حماية فئة المستفيدين.
- يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتسيير المرفق العام محل العقد وبتقيد بكل الشروط الواردة فيه بما فيها المالية وتجسيد مبدأ المساواة بين فئة المنتفعين.
- يتحمل الملتزم من عقد الامتياز النفقات المترتبة عن تسيير المشروع وحسن تسييره بانتظام وبالمقابل تلتزم الإدارة في حالة اختلال التوازن المالي، بأن تغير هذا التوازن وهذا ما أقره القضاء المقارن¹

ثانياً: عقد الايجار.

عقد ايجار المرفق العام هو ذلك العقد الذي بمقتضاه يقوم شخص معنوي عام، يسمى يسعى المؤجر بتفويض شخص آخر يسمى المستأجر بتسيير مرفق عام، على أن يقدم له التجهيزات الضرورية ويتلقى الشخص المعنوي (المؤجر) مقابل مالياً من المستأجر كأجرة عن المنشآت التي يقدمها الأول للثاني وأن المادة 210 من المرسوم رقم 247/15 عرفت عقد الإيجار بأنه "العقد الذي تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، بحيث يقوم هذا الأخير بتسييره على حسابه وعلى مسؤوليته ويقوم بدفع مقابل مالي للسلطة المفوضة عن طريق الإتاوات المفروضة على مستعملي المرفق العام، تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام"²

¹ - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، ط3، الجزائر، 2015، ص:06.
² - المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 الصادر في 2015/09/16، والمتعلق بالصفقات الصومية وتفويضات المرفق العام.

كما نصت المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام: "الإيجار هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، مقابل إتاة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة.

وقد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال، وكذا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الاستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام، تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويتقاضى المفوض له أجراً من تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام، وتحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الإيجار بخمسة عشر (15) سنة كحد أقصى ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية، شريطة ألا تتعدى مدة التمديد ثلاث (03) سنوات كحد أقصى¹ وإن كان كل من عقد الامتياز وعقد الإيجار، يتشابهان في أن المفوض له في كلاهما يقوم بتسيير واستغلال المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته ويتلقى المقابل المالي من الأتاوات التي يدفعها المستفيدين من المرفق العام، غير أنهما يختلفان فيما يلي:

أ- في أسلوب الامتياز المقابل المالي المحصل من المنتفعين يبقى لصاحب الامتياز دون أن يدفعه للسلطة المفوضة حيث يحتفظ به لنفسه أما في عقد الإيجار فالمستأجر يلتزم بدفع مقابل مالي للإدارة من أجل استرجاع مصاريف المنشآت والتجهيزات الأولية.

ب- يتولى المستأجر في عقد الإيجار باستغلال المرفق العام وتسييره فقط فهو غير مسؤول عن انشاء الهياكل الأساسية، بينما في عقد الامتياز فالملتزم يقوم بالإنشاء والتجهيز مع استغلال المرفق وتسييره.

- عقود الامتياز هي عقود طويلة المدة بينما عقد الإيجار من العقود القصيرة المدة².

¹- المرسوم الرئاسي 247/15، الصادر في 2015/09/16، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
²- فوناس سوهيلة، عقود تفويض المرفق العام المحلية الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، عدد: 2، جامعة بجاية، 2014.

ثالثاً: عقد الوكالة المحفزة والتسيير.

هو العقد الذي توكل من خلاله السلطة العامة بتسيير وصيانة المرفق العام لشخص آخر، قد يكون شخصاً عاماً أو خاصاً يتولى التسيير لحساب السلطة العامة ولا يتحصل على المقابل المالي، من إتاوات المنتفعين بل بأجر محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحققة من استغلال المرفق وبالرجوع الى المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 نجد أنها¹ حددت المعايير التي تحدد المقابل المالي بحيث يدفع أجر المفوض له من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصة من الأرباح عند الاقتضاء²

وتحدد الرسوم التي يدفعها مستخدم المرفق العام من طرف السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له.

أما عن خصائص عقد الوكالة المحفزة فهي كالتالي:

أ- الاستغلال يكون لحساب الهيئة المفوضة.

ب- استقلالية محدودة للمسير مع توسيع صلاحيات الإدارة.

ج- المقابل المالي الذي يتحصل عليه المسير مرتبط بنسبة مئوية من رقم الأعمال بالإضافة الى العلاوات الإنتاجية وهو بذلك مرهون بأرباح وخسائر تسيير المرفق العام.

د- هناك حد مضمون كضمان للمسير جزافاً من العقد.

هـ- مخاطر الاستغلال تتحملها علاوات مرتبطة بالتسيير الفعال وبالمرودية الانتاجية³

وهذا ما أكدته المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام بالإضافة الى أن يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته ورقابته الكلية.

¹ - فوناس سوهيلة، عقود تفويض المرافق العام، المجلة الأكاديمية، للبحث القانوني، كلية الحقوق، عدد 02، جامعة بجاية، 2014، ص: 259

² - المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المرجع السابق.

³ - طريطي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص: 157-158.

أما عقد التسيير: هو عقد مبرم بين السلطة المفوضة وشخص من القانون العام أو الخاص هدفه ضمان حسن سير المرفق العام وعدم تحمل أعباء البناء والتجهيز، بحيث يعمل المفوض له باسم وحساب السلطة المفوضة وبالتالي لا يتحمل أرباح وخسائر تسيير المرفق العام وعندئذ يتلقى المفوض له، مقابل مالي من قبل السلطة المفوضة بواسطة منحة، تحدد بنسبة مئوية من رقم، الأعمال، تُضاف إليها منحة إنتاجية، تتفرد السلطة المفوضة بتحديد التعريفات التي يدفعها مستعملي المرفق العام وهذا ما نصت عليه المادة: 210 من المرسوم الرئاسي 247/15.

الفصل الثاني

إبرام العقود العامة وتنفيذها

يقوم العقد الإداري شأنه شأن، العقد الخاص بتلاقي ارادتين أو أكثر على احداث أثر قانوني غير أنه يختلف من خلال القيود والإجراءات، التي تحكم إبرام الإدارة لعقودها، فهي ليست مطلقة الحرية كما هو الشأن في العقود الخاص، كما تختلف عن الأساليب التي يقرها المشرع والاحكام القانونية لمباشرتها والتي تميزها عن أساليب التعاقد الخاص، ونظراً لتعلق العقود الإدارية بتحقيق المصلحة العامة، يتم تمويلها وتنفيذها بالمال العام ويتمتع بحماية خاصة، فالمشرع أحاط إبرام العقود الإدارية بمجموعة من الإجراءات الشكلية وحدد بدقة السلطة المختصة بإبرام العقد بالنظر الى موضوعه وقيمه المالية وسعى المشرع كما سبق أن أشرنا، لضمان التوازن بين المبادئ التي تحكم عملية التعاقد بما يحقق المساواة بين المترشحين للتعاقد مع الإدارة وتحقيق الصالح العام وحماية المال العام نظم الطرق المتبعة في إبرام العقود الإدارية والحالات التي تندرج ضمن كل أسلوب من أساليب التعاقد.

أولاً: القيود والإجراءات التي تحكم إبرام العقد.

1- القيود الشكلية: يفرض المشرع على الإدارة احترام شكلاً معيناً في العقد، الذي تبرمه أو اجراء يجب القيام به قبل إبرام العقد، كأن يشترط المشرع كتابة العقد أو أخذ رأي جهة إدارية أخرى أو سلطة عامة أخرى أو الحصول على إذن أو ترخيص من سلطة عامة أي سلطة إدارية مركزية عليا، وعدم احترام الإدارة لهذا الشكل، يكون العقد عرضة للإبطال وباطلاً بطلاناً مطلقاً فيما إذا أغلقت الإدارة المتعاقدة الحصول على الاذن أو الموافقة في القانون.

2- احترام قواعد الاختصاص: يحرص المشرع على تحديد السلطة المختصة، بإبرام العقد كما يتم احترام قواعد الأهلية بالنسبة للشخص الخاص المتعاقد مع الإدارة بأن يتم التعاقد من خلال السلطة العامة المختصة موضوعياً ومكانياً وزمانياً وفق القانون والخروج وعدم

احترام قواعد الاختصاص من شأنها أن تجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أما عن السلطة هي:

- الوزير حسب القطاع.
- الوالي.
- رئيس البلدية.
- مدير المؤسسة العمومية.

وهناك لجنة الصفقات العمومية الوطنية، الولائية والبلدية وفق قانون الصفقات العمومية.

وهناك الاختصاص النوعي، المكاني للنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بين القضاء العادي والإداري وفي هذا الإطار نعالج:

1- قواعد الاختصاص في مجال العقود الإدارية:

كلنا يدرك أن هناك ارتباط وثيق بين فكرة العقد الإداري وبين قواعد الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وانعكس ذلك حينما كان الاختصاص للمحاكم القضائية طبقت قواعد القانون الخاص، وطرحت فكرة العقود الإدارية والعكس الصحيح. وبالرجوع الى ما درسناه نجد فكرة العقد الإداري بنيت على هذا الأساس وعليه نتناول في محورين أساسيين:

أ- حدود الاختصاص بين المحاكم القضائية والإدارية.

ب- طبيعة اختصاص القضاء الإداري في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

أ- مدى اختصاص كل من جهتي القضاء في مجال العقود الإدارية:

العقود الإدارية لا تخضع كلها لنظام قضائي واحد وبالتالي فالمنازعات المتعلقة بها لا تدخل في اختصاص جهة قضائية واحدة، الأمر الذي يثير فكرة التخصص وعليه فإن فكرة القانون الواجب التطبيق هو الذي يحدد الجهة صاحبة الاختصاص، بمعنى الفصل في منازعات العقود الإدارية الخاصة تكون لجهة القضاء العادي بينما يكون الاختصاص القضاء الإداري في حالة العقود الإدارية العامة وهذا الأمر يتجلى من خلال نظرة موقف القضاء الفرنسي، غير أن القضاء المصري لم يعالج مثل هذه وحسن ما فعل، لأنه ترتب

عن هذه الفكرة إشكالات كثيرة وخاصة في الحالات التي تتفق فيها قواعد الاختصاص مع طبيعة العقد الذاتية مما دفع مجلس الدولة الفرنسي الى الخروج عن نصوص القوانين (تحت ستار التفسير) لكي يقيم الوضع القانوني السليم.

أما عن العقود الإدارية بطبيعتها: هي تلك التي تتوفر فيها الشروط التي سبق الإشارة إليها ومن تم فإن المحاكم الإدارية في مصر لا تختص بالفصل إلا في المنازعات المتعلقة بعقد اداري بطبيعته وكذلك الشأن بالمحاكم القضائية فهي لا تفصل إلا في المنازعات المتعلقة بعقد من عقود القانون الخاص وطبيعته وهناك استثنائيين هامين يجب الوقوف عندهما وهما :

- أولاً: فكرة المسائل الأولية: الذي ينبغي الفصل فيها قبل الفصل في الموضوع عند اثارته، أما إحدى الجهتين (القضائية والادارية) عند النظر في النزاع يدخل في اختصاصها نزاع يتعلق بمسألة أولية، حيث يمكن الفصل فيها إلا بعد حسمها، بإحالتها أمام جهة أخرى للحصول على حكم في المسألة الأولية مثال يثار أمام المحاكم القضائية نزاع يتعلق بمدى صحة عقد اداري أو تفسير نص من نصوصه أو بمجال تطبيقه.

فإذا قدرت المحكمة القضائية أو النزاع المطروح، له علاقة وطيدة بموضوع الدعوى، اعتبرت تصفيته مسألة أولية أو أحالت في شأنها إلى جهة القضاء الإداري المختصة، مثال آخر من الجهة الأخرى أن يثار أمام المحاكم الإدارية، عند التصدي لموضوع يتعلق بعقد اداري.

- نزاع ينصب على عقد من عقود القانون الخاص أو يتصل بموضوع العقد، مما يدخل في اختصاص المحاكم القضائية، كالفصل في ملكية أو تغيير عقد من عقود القانون الخاص... الخ هنا أيضا يجري القضاء الإداري على الإحالة الى الجهة القضائية المختصة قبل الفصل في الموضوع.

ولا شك أن هذه الفكرة تتصل بالأسس العامة التي تحكم نظام المحاكم الإدارية ونقصد بها فكرة التخصص.

- ثانياً: فكرة القرارات الإدارية المنفصل: غالباً أن عقود الإدارة سواء أكانت عامة أو خاصة تبرم بطريقة خاصة تقتضي صدور قرارات إدارية وهي التي يطلق عليها القرارات الإدارية المنفصلة والنظر عند الطعن فيها ينعقد للقضاء الإداري بإعتباره جهة الاختصاص الأصيل والعام في قضاء الإلغاء.

وفي حالة الخلاف يلجأ الى محكمة التنازع بالنسبة للنظام الذي يأخذ بالازدواجية القضائية في الفصل وتحديد الجهة صاحبة الاختصاص بالنسبة لتنازع الاختصاص الإيجابي أو السلبي.

ومن المسلم به، أن قواعد الاختصاص هي قواعد أمرة من النظام العام، لا يجوز مخالفته وعليه فإن الإدارة لا تستطيع أن تعدل في قواعد الاختصاص عن طريق القرارات الإدارية بل يتعين أن يتم ذلك بقانون - وكل تعديل بأداة أقل منه يصبح غير مشروع أما الاختصاص المكاني فمجلس الدولة الفرنسي تساهل في الاتفاق على مخالفته.

3- إقرار شروط العقد وتوقيعه: الأصل أن العقد نهائي وواجب التنفيذ بمجرد التوقيع عليه ما لم يشترط القانون التصديق عليه من سلطة أخرى غير السلطة التي أبرمته كالسلطة الرئاسية أو سلطة الوصاية لدى هيئات اللامركزية أو السلطة التشريعية.

أ- التأكيد من توفير الاعتماد المالي: اشترط المشرع لصحة العقد التأكيد من توفر الاعتماد المالي (أي الغلاف المالي) اللازم لإبرام العقد ومواجهة الأعباء المالية المترتبة على تنفيذه في موازنة الدولة والبلدية أو المؤسسة العامة ويتحقق ذلك فيما يخص اللوازم العامة والخاصة بإشراف وزارة المالية وعضويتها في اللجان المختصة عن طريق ممثليها (1 المراقب المالي (2 أمين الخزينة (3 المحاسب أما فيما يخص الأشغال العامة فلا يتم الإعلان عن طرح أي عطاء أو إجراء أي امتياز أو التزام إلا إذا كانت المخصصات المالية متوفرة لتنفيذه أو كان هناك التزام بتوفيرها من الجهة الممولة بقرار من مجلس الوزراء.

ب- قيود تتعلق باختيار المتعاقد: لقد نص المشرع الجزائري على قيود تتعلق باختيار المتعاقد مع الإدارة حرصاً منه على حماية المال العام وضمان الجودة وتحقيق المساواة بين المتعاقدين وفقاً لاعتبارين:

الإعتبار الأول: يهدف الى ضرورة المحافظة على المال العام وتحقيق أكبر وفرة مالية للخبزينة العامة أي اختيار من يقدم أفضل الشروط المالية.

الاعتبار الثاني: يضع في المقام الأول المصلحة الفنية والتقنية للإدارة وبالتالي يمكن الإدارة من اختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة.

بغض النظر عن الاعتبارات المالية وقد حرص المشرع على تحديد الأسس الواجب مراعاتها لعمليات شراء اللوازم وهي:

- اعتماد مبدأ المنافسة في جميع عمليات الشراء .
- مراعاة الحصول على أجود اللوازم وبأفضل الأسعار .
- عدم تجزئة اللوازم الى صفقات متعددة في جميع عمليات شراء اللوازم المتشابهة

الفرع الأول

طرق إبرام العقود الإدارية.

إن إجراءات التعاقد يتم وفق أساليب متباينة تتفق مع احترام مبدأ المنافسة الحرة، بينما توفق الطرق الأخرى بين الحافطة على المال العام وضمان الجودة ومصصلحة الإدارة في اختيار المتعاقد معها والسرعة في إبرام العقد.

أولاً: أسلوب طلب العروض أو المناقصة قديماً والمزايدة

يعتبر أسلوب طلب العروض والمزايدة بمثابة الطريقة القانونية العادية لاختيار المتعاقدين مع الأشخاص المعنوية العامة لتزويد الإدارة أو المرافق العامة بما يلزمها، من مواد وخدمات أو لقيامها ببيع أو تأجير أموالها فتلجأ الإدارة الى أسلوب طلب العروض فيما إذا أرادت شراء أو استئجار مواد أو خدمات، وطلب عروض يستهدف من يتقدم بأقل عرض، أما المزايدة فتزعم الى التعاقد مع الشخص الذي يقدم أعلى عرض والاحكام القانونية بين

الأسلوبين واحدة، ويستعمل اصطلاح الارساء للدلالة عليهما معاً وتهدف الإدارة من خلال اتباع أسلوب طلب العروض والمزايدة الى ضمان وجود منافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، بغرض تمكينها من الحصول على أقل عرض طلب العروض وأكبر عرض في حالة المزايدة بطريقة سرية وحيادية، والأخذ بهذا الأسلوب يضمن احترام مجموعة من المبادئ كالمساواة، الحرية، المصلحة العامة ولطلب العروض والزيادات صور متعددة يحكمها نظام قانوني واحد.

أ- المبادئ العامة لأسلوب طلب العروض والمزايدة: قد يعرقل أسلوب طلب العروض والمزايدة، نشاط الإدارة إذ من شأنه أن يرغمها على التعاقد مع منافس ضعيف أحياناً، كما هناك حالات تجد الإدارة نفسها أمام أوضاع تعاقدية مقلقة، كما تجد نفسها أمام متعاقدين أو متزايدين منقنين على الأسعار المقترحة أو تكون فئة منهم يحتكرون النشاط أحياناً أخرى أو عزوف المؤسسات المختصة عن المشاركة بسبب انعدام الثقة بالإدارة، وعليه اعتمدت المبادئ التي تحكم طلب العروض والمزايدة وهي كالتالي:

أ- المساواة: يحرص المشرع على تحقيق مبدأ المساواة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، لذلك ينص على الإعلان عن موضوعها وتنظيمها في الجريدة الرسمية والصحافة المحلية ومقر الإدارة وفقاً للأسلوب والوقت المحدد ويشمل الإعلان في ظل الشفافية في التعاقد على كل ما يتعلق بموضوع العقد وشروطه، حتى يتحقق العلم لكل من يعنيه الأمر كما يستلزم تحقيق مبدأ المساواة أن تتعامل الإدارة مع جميع الطلبات المقدمة على قدم المساواة فيما يخص الشروط المالية والفنية والوثائق اللازمة والمواعيد المقررة دون محاباة أو تمييز.

ب- الحرية: يحكم طلب العروض والمزايدات حرية المنافسة والذي يقتضي بإتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيه شروط التقدم لطلب العروض والمزايدة غير أن تطبيق هذا المبدأ يتوقف على نوع المناقصة أو المزايدة إذا كانت عامة أو محلية أو محدودة أو مقيدة، كما يتطلب من الإدارة احترام سرية طلب العروض، لمنع أي تحايل أو تلاعب بين المتعاقدين لرفع الأسعار أو حتى استبعاد أحد العارضين أو المزايديين من المنافسة غير أن مبدأ حرية المنافسة، لا يعني السماح للجميع بالمشاركة في طلب العروض أو المزايدة فمن التشريعات

ومنها الجزائرية ما تسمح للإدارة باستبعاد بعض الأفراد أو الشركات من المشاركة لأحد الأسباب التالية:

- الحرمان من المشاركة كجزاء لإخلال المتنافس الممنوع بالتزاماته التعاقدية السابقة اخلالاً جسيماً كالتجائه للغش والتحايل والتلاعب والمماطلة والتنازل عن العقد للغير دون موافقة الإدارة

- الحرمان بسبب سحب الإدارة العمل من المتنافس أو العارض قبل اتمامه.

- الحرمان حماية للمصلحة العامة، إذا كان المتنافس سيئ السمعة غير جدير بالثقة.

- الحرمان كعقوبة تبعية عند المتنافس المحكوم عليه بالسجن أو الذي تم إفلاسه.

- الحرمان بسبب كون المتنافس موظفاً عاماً يحضر عليه الإشتغال بالأعمال التجارية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة .

- الحرمان بسبب جنسية المتنافس فمن طلبات العروض ما تتناقض واسنادها لأجنبي إما لسريتها أو لخطورتها، عل الأمن الداخلي أو لكونها تستهدف الى تشجيع الاستثمار المحلي.

1. تحقيق الصالح العام: يتحقق الصالح العام أو المصلحة العامة من خلال طلبات العروض التي تسمح للإدارة الحصول على الخدمات والمواد بأقل الأسعار، مع توفر الجودة المناسبة والمطلوبة وبالتالي يتم المحافظة على الأموال العامة ويتحقق كذلك من خلال إعطاء الأولوية للعارضين المحليين مع تشغيل الأيدي العاملة الوطنية، غير ان ذلك يتطلب ضمان سرية العطاءات ومراقبة الإداريين المعنيين بشؤون طلب العروض لكي لا تصبح محلاً للرشوة لأي سبب من الأسباب.

ثانياً: صور وأشكال العروض والمزايدات.

العقد الإداري مقيد بمجموعة من القيود التي فرضها المشرع على الإدارة للحد من حريتها في اختيار المتعاقد معها، وعليه تتنوع طلبات العروض الى طلب العروض العامة، مفتوحة: تفرض قيوداً كبيرة على حرية الإدارة في الاختيار وطلب عروض خاصة أو محدودة، ومحلية: تمنح الإدارة بعض السلطات التقديرية في اختيار من يرسو عليه العطاء .

فالرجوع الى المادة 42 من المرسوم الرئاسي 247/15 نجدها قد حددت أشكال اجراء طلب العروض حين نصت " يمكن أن يكون طلب العروض وطنياً أو دولياً ويمكن أن يتم حسب الأشكال الآتية:

1- طلب العروض المفتوح.

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات فنية.

3- طلب العروض المحدود.

4- المسابقة.

ومن خلال دراسة هذا الأشكال نستنتج أن المشرع أضاف شكل جديد لإجراء طلب العروض مقارنة بالمرسوم الرئاسي رقم 236/10 ويتمثل في طلب العروض المفتوح من اشتراط قدرات دنيا، والشئى الثاني الذي استدركه المشرع من خلال قانون 247/15 هو أنه كان دائماً يدرج "المزايدة ضمن أشكال المناقصة" في حين أن المزايدة تتعلق بالإيرادات، بمعنى أن المصلحة المتعاقدة تلجأ لهذا الاجراء عندما تكون عارضة للسلع والخدمات، ولكن الصفقات العمومية لا تتعلق بالإيرادات وإنما بالنفقات العامة.

1- طلب العروض المفتوح: بالرجوع الى المادة 43 من المرسوم الرئاسي 247/15 نجدها عرفت اجراء طلب العروض المفتوح على أنه " طلب العروض المفتوح هو اجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً بعد الإعلان عنه وفق ما ينص عليه القانون أو النظام فيكون مفتوحاً أمام الجميع وتلتزم الإدارة بموجبه باختيار أفضل العروض من حيث الشروط المالية مع مراعاة الجودة وقد تكون داخلية، تقتصر على المواطنين والأجانب المقيمين في الدولة، وقد تكون مفتوحة خارجية تعلن عنها، خارج الدولة أو داخلها".

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قرارات دنيا APPEL D'OFFRE RESTREINT :

من خلال التسمية نلاحظ أن الاجراء مفتوح بصفة نسبية، بمعنى يتقدم للمنافسة إلا المتعامل الاقتصادي الذي تتوفر فيه شروط معينة تشترطها المصلحة المتعاقدة في مفتر الشروط وهو ما نصت عليه المادة 44 من المرسوم رقم 247/15 والتي جاء فيها "

طلب العروض المفتوح مع اشتراط قرارات دنيا هو اجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً قبل إطلاق الاجراء بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمترشحين من طرف المصلحة المتعاقدة".

أما الفقرة 02 من المادة 44 فحددت الشروط المؤهلة بالقدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع¹.

3- طلب العروض المحدود: هو عكس الأول: وهو طلب العروض المقيد لأن الاشتراك فيه يقتصر على عدد محدود من المتنافسين، تم انتقائهم بعد الاستشارة الانتقائية من المدعويين وحدهم لتقديم تعهد وذلك طبقاً للمادة 2/45 من المرسوم 247/15، سواء داخل الدولة أو خارجها، وتحرص على الموازنة بين الشروط المالية والفنية والتقنية والاجتماعية وحسن السمعة، فلا ينظر للثمن وحده بل الى جودة العينة المعروضة فنياً وتقنياً وما يمكن أن تحققه الصفقة من مزايا اجتماعية على صعيد التشغيل والاستثمار. ويتم التعاقد بطريق طلب العروض المقيد من المشاريع الضخمة التي تتولى الإدارة إنشاؤها أو في المزايدات المتعلقة بخصخصة القطاع العام حسب الجودة والكفاءة وحسن السمعة المالية والمزايا الاجتماعية تكون مطلوبة ولا تستطيع الإدارة المغامرة بشأنها، كما أن التعاقد بهذه الطريقة يتم بقرار من السلطة المختصة باعتماد الصفقة.

4-المسابقة: المسابقة هو اجراء يضع رجال الفن في المنافسة قصد انجاز عملية تشمل جوانب فنية أو إحصائية أو جمالية أو فنية خاصة، تمنح فيها الصفقة بعد المفاوضات التي تجرى من لجنة التحكيم للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية.

وتلجأ المصلحة المتعاقدة الى هذا النوع من الاجراء أي المسابقة إذ تعلق الأمر بمجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية أو معالجة المعلومات.

أو إذا كان يتعلق موضوعها بالتدخل في مبنى قائم أو تنشأ بنية تحتية والتي لا تحتوي على مهام تصميم كما تكون المسابقة محدودة أو مفتوحة من اشتراط قدرات دنيا وبالإضافة الى ذلك هناك:

5- طلب العروض المحلي: لا يختلف طلب العروض المحلي عن المقيد إلا من حيث شرط اقتصاره على المشاركين المحليين أي أبناء الإقليم، الذين ترغب الإدارة في التعاقد معهم ويكونوا من المقيدون في السجل الخاص بالمناقصات لدى الإدارة ويجوز أي توجه الدعوة كذلك الى غير المقيدون بقرار من السلطة الإدارية المختصة باعتماد طلب العرض.

النظام القانوني لطلبات العروض والمزايدات.

نص المشرع على نظام قانوني خاص بطلب العروض (المناقصة قديماً) في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

أولاً: الإعلان عن اجراء طلب العروض: وتتمثل هذه المرحلة بداية الإجراءات وبموجبها، يجب أن يعلن عن طلب العروض او المزايدة وفق الطريقة التي حددها المشرع من حيث النشر في الجريدة الرسمية والجرائد اليومية مع احترام الأجال المقررة، وعدد الصحف والأيام الواجب النشر فيها ولغة النشر العربية والفرنسية، ويجب أن يشتمل الإعلان عن موضوع وشروط المناقصة والسلطة المكلفة بإجرائها وما إذا كانت مفتوحة أو مقيدة أو محلية وتعين الفئة التي يحق لها الاشتراك، ومن ثمن نسخة طلب العروض وآخر أجل للحصول على نسخة العروض وتسليمها للجهة الإدارية المختصة والمعينة، وما إذا كان هناك سعراً معيناً تقبل الإدارة التعاقد به ليطم التنافس على أساس هذا السعر - ولا يمثل هذا الإعلان ايجابياً من لدن الإدارة، ينتظر حصوله على قبول من أحد المعارضين بل هو بمثابة قرار اداري للدعوة للتعاقد ويعد من القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، التي يطعن فيها أما قاضي الإلغاء فيها إذا تضمن الإعلان أي مخالفة للقانون أو للنظام-

ثانياً: تقديم العروض من المعارضين أو المتناقصين: يتقدم كل من تتوفر فيه الشروط المطلوبة بعرضه مطبوعاً أو مكتوباً بخط واضح دون أي محو أو كشف أو تعديل أو فراغ أو إضافة في

ظرف مغلق ومختوم يتضمن السعر الذي يوافق عليه لإجراء الصفقة ويتم استرداده في حالة رفض العرض، وإذا انتهت المدة المحددة لإرساء العطاءات ولم يبت فيها، أما إذا قام العارض أو المتناقص بسحب عرضه قبل فتح الأظرفة فإنه يفقد التأمين ويعتبر تقديم العرض بمثابة ايجاب صادر بالإرادة المنفردة لمقدم العرض.

ثالثاً: صدور قرار بإرساء طلب العروض أو المزايدة: تقوم الجهة الإدارية المختصة بفتح صندوق العروض وفق أختام الأظرفة في الساعة والتاريخ المحددين في الإعلان عن طلب العروض (المناقصة) في جلسة علنية يحضرها أعضاء اللجنة المختصة ومن يرغب من العارضين (المتناقصين) وتقوم بتوقيعها وتفحص مدى مطابقة العروض للشروط والمواصفات وتستبعد كل عرض لا يتوفر على الشروط والمواصفات المطلوبة ويثبت ذلك في المحاضر الموقعة من الإدارة المكلفة بهذه العملية ثم تبدأ اللجنة بدراسة العروض وتحليلها واختيار العرض الذي قد أرخص الأسعار آخذة بعين الاعتبار كفاءته من الناحية المالية والفنية وإذا تساوت العروض في الشروط والمواصفات والجودة، تتم التوصية بتوزيع العطاء بين المتنافسين بالتساوي ثم ترفع التوصيات ومحاضر طلب العروض موقعة من أعضاء اللجنة الإدارية المشرفة على فتح الأظرفة ودراسة العروض، والمنشأة بموجب المادة 160 من المرسوم رقم 247/15 الى الإدارة المختصة بإبرام العقد، وبعد قطع الصفقة لتلك الأشواط الإجرائية المعقدة، تأتي مرحلة مهمة والمتمثل في الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة، حيث أن اجراء المنح المؤقت هو عبارة عن قرار اداري منفصل عن الصفقة ويخضع للنظرية العامة للقرارات الإدارية، سواء من ناحية نهايته الإدارية او القضائية، وإن منح الصفقة مؤقتاً لا تعد المرحلة الأخيرة لتدخل حيز التنفيذ، بل لا بد من اعتمادها نهائياً والموفقة عليها من طلب السلطات المختصة المنصوص عليها في المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 وذلك بعد استنفاد طرق الطعن أمام لجنة الطعن المختصة¹

رابعاً: المصادقة على إرساء طلب العروض: وتتمثل في مصادقة السلطة المختصة على توصية لجنة البت في العروض المرفوعة اليها خلال (05) خمسة أيام من تاريخ الإحالة النهائية وتقوم بإبرام العقد الإداري مع الفائز بالعطاء والذي يتوجب عليه أن يتقدم بكفالة

¹ - وهو ما نصت عليه المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

مصرفية أو تحويل كضمان لقيامه بواجبات والتزامات العطاء ويعد القرار الصادر بالموافقة بمثابة القبول الذي يقابل الايجاب المتمثل في تقديم طلب العرض لغرضه ويعد هذا القرار وكذا القرارات الصادرة بإلغاء أو تعديل أو قبول طلب العرض من عارض أو متنافس وحيد من القرارات الإدارية المنفصلة عنه والتي يختص القاضي بالإلغاء بإلغائه.

خامساً: يجوز للجهة المختصة أن تتخذ قراراً بالعدول على التعاقد وإلغاء طلب العروض بما يتفق والمصلحة العامة بناء على توجيه لجنة البت في الحالات التالية:

- (1)- إذا اقترنت العطاءات كلها أو غالبيتها بتحفظات أو شروط واحدة.
- (2)- إذا كانت قيمة العطاء الأفضل تزيد عن القيمة السوقية ويجوز للسلطة المتعاقدة اعتماد العرض الوحيد في الحالتين:

أ- إذا كانت حاجة العمل لا تسمح بإعادة طلب العروض او لا تكون ثمة فائدة ترجى من ذلك.

ب- أن يكون العطاء الوحيد مطابقاً للشروط ومناسباً من حيث السعر.

ثانياً: إجراء التراضي كأسلوب ثاني.

طلب العروض بأشكاله المختلفة هو القاعدة في إبرام عقود الصفقات العمومية ولا تبرم هذه الأخيرة عن طريق إجراء التراضي إلا في حالات استثنائية محددة حصراً في التنظيم¹ وفي هذه الحالة يتم تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة² واتباع هذا الأسلوب الأكثر مرونة لا يكون إلا في الحالات التي تستدعي الشكلية في تقديم الخدمات وذلك عن طريق إجراء التراضي وهو الأسلوب الثاني التي تلجأ الإدارة اليه، وهو ما يطلق عليه بأسلوب الممارسة أن تتفاوض الإدارة مع عدد من الأشخاص المعنوية أو الطبيعية للتعرف على الأسعار التي يقدمونها بخصوص محل العقد بهدف اختيار من تتعاقد معه من بينهم فهي لا تحتاج الى إجراءات طويلة كما هو الحال في طلب العروض وعرف المشرع الجزائري إجراء

¹ - المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15.

² - محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2010، ص:75.

التراضي « Gré à gré » من خلال المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 التي جاء فيها " التراضي هو اجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية الى المنافسة"

والتراضي قد يكون بسيطاً، وقد يكون بعد الاستشارة وهو ما نصت عليه المادة 41 أعلاه - وعليه " إن اجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لابرام العقود، لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من المرسوم 247/15 وهي كالتالي:

- 1-العقود المتعلقة بمواد صناعتها أو استيرادها من جهة واحدة.
- 2-العقود المتعلقة بمواد لا توجد إلا لدى شخص معين بالذات.
- 3- العقود المتعلقة بمواد لا يمكن تحديد مواصفاتها بدقة.
- 4-العقود المتعلقة بأعمال استشارية أو فنية يتطلب ابرامها اشراف خبراء او فنيين.
- 5-العقود التي تتعلق بأمور استعجالية أو تقتضي المصلحة العامة أي تتم بصورة سرية.
- 6-العقود التي قدمت عنها عطاءات تزيد عن أسعار السوق ولا يسمح الوقت بإعادة طرحها في طلب العروض.

1-إجراء التراضي البسيط:

الحالات التي تلجأ فيها الإدارة المتعاقدة للتراضي البسيط هي حالات محددة على سبيل الحصر في المادة 49 من المرسوم 247/15، أما المادة 50 حددت إجراءات التعاقد بأسلوب التراضي البسيط بحيث تقوم المصلحة المتعاقدة بتحديد حاجاتها، كما تتأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي كما هو وارد في المادة 54 من نفس المرسوم، وتختار المصلحة المتعاقدة متعاملاً اقتصادياً ويقدم عرضاً له مزايها من الناحية الاقتصادية كما هو محدد في المادة 72 لنفس المرسوم، وتنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليه في 6/52 من نفس المرسوم وتؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية-

2-اجراء التراضي بعد الاستشارة:

أما الحالات بعد الاستشارة، فهي محددة على سبيل الحصر في المادة 51 من المرسوم 247/15 والسلطة المختصة هي سلطة مقيدة وليست تقديرية بمعنى يتم التعاقد في ظل

الحالات المحددة، في المادة 51 أعلاه أما إجراءات التعاقد بأسلوب التراضي بعد الاستشارة حددتها المادة 52 من المرسوم 247/15 وهي كالتالي:

- تقوم المصلحة المتعاقدة باستشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة وبنفس دفتر الشروط ويمكن للمصلحة المتعاقدة تقليص مدة تحضير العروض ولا يخضع دفتر الشروط في هذه الحالة لدراسة لجنة الصفقات العمومية، أما إذا رغبت الإدارة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، فإنه يجب عليها نشر الإعلان عن الاستشارة وهو ما أشارت إليه المادة 2/52 وإذا كان دفتر الشروط يحتوي على تدابير جديدة، عندئذ يجب عرضه على لجنة الصفقات العمومية وإطلاق طلب عرض جديد المادة 3/52 من المرسوم 247/15.

ثالثاً: الأسلوب الثالث الشراء المباشر.

يتيح هذا الأسلوب للإدارة التعاقد مباشرة مع الشخص الطبيعي أو المعنوي بحرية عامة وبدون أي إجراءات سابقة، لذلك حدد المشرع والفقهاء الحالات والضوابط التي تحكم هذا الأسلوب نظراً لما يشكله من خطر على المال العام ولما يتيح من عدم المساواة وتكافؤ العرض.

أ- حالات شراء المباشر: حدد الفقهاء الحالات التي تجيز للإدارة اتباع أسلوب التعاقد المباشر وهي كالتالي:

1- حالات الاستعجال التي لا يتسنى للإدارة خلالها اتباع أسلوب طلب العروض أو الممارسة (التراضي)

2- الحالات التي يوجد فيها احتكار فعلي أو قانوني لدى المتعاقد في موضوع العقد.

3- إذا كان موضوع العقد يكتسي سرية يفرضها الصالح العام للدولة كسواء المواد الكيماوية خاصة مثلاً.

4- إذا كان يتعلق بعقود يغلب عليها الاعتبار الشخصية.

5- إذا كان يتعلق بمنتجات محلية حددت السلطة الحكومية أسعارها (الجمعات المحلية-

SNVI - شراء الجرارات والحافلات وغيرها) تعاقد وزارة الداخلية مع الشركة.

6- إذا وجد نص قانوني أو اتفاقية دولية توجب شراء اللوازم مباشرة في إطار شراء سيارات (SONACOM قديماً).

7- إذا كانت الخدمات المراد شراؤها تشتمل على أعمال الصيانة أو اصلاح أو استبدال دون أن يكون حجم العمل معلوماً عند الشراء.

وهناك حالات حددها المشرع الجزائري كغيره من المشرعين العرب مثلاً لجوء الإدارة لأسلوب الشراء المباشر للوازم العامة في الحالات التالية:

1. إذا كانت اللوازم مطلوبة لمواجهة حالة عامة طارئة لا تسمح بالقيام بإجراءات طلب العروض أو استدراج العروض، ويتم ذلك من الوزير المختص وموافقة مجلس الوزراء.

2. إذا كانت المواد المراد شراؤها قطعاً بديلية أو أجزاء مكملة لا تتوافر لدى أكثر من مصدر واحد بناء على تقرير من ذوي الاختصاص وما يماثلها.

3. شراء المواد العلمية كالأقلام والمخطوطات وما يماثلها من مواد التشغيل المحاجر العلمية المتخصصة.

4. إذا طرح عطاء أو تم استدراج عروض ولم يكن بالمستطاع الحصول خلال أي منها على عروض مناسبة أو لم تكن الأسعار معقولة، أو عند تعذر الحصول على كامل الكمية من اللوازم المراد شراؤها.
ضوابط اللجوء لأسلوب التعاقد المباشر.

نص المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العام على مجموعة من الضوابط التي تجبر من اللجوء لهذا الأسلوب وتتعلق هذه الضوابط بالسلطة المختصة بإصدار القرار الخاص به، والشكليات التي يجب أن تصاحب القرار المتخذ وربط ذلك بقيمة الصفقة المتعلقة بالأشغال.

الفرع الثاني

آثار العقد الإداري.

يرتب العقد الإداري على المتعاقد إلتزامات يجب عليه الوفاء بها، كما يضمن له حقوق واردة في العقد وأخرى مستمدة من القانون والأعراف لم يتم التطرق لها في العقد.

أولاً: الإلتزامات المتعاقد مع الإدارة

يلتزم المتعاقد بما التزم وفق الشروط الواردة في العقد والقواعد العامة المقررة بهذا الشأن من نصوص قانونية ولائحية أو أوامر إدارية وأعراف ذات صلة بالأعمال التجارية أما عن الإلتزامات العامة هي:

- أ- ان يقوم المتعاقد بتنفيذ الإلتزاماته بنفسه وعلى مسؤوليته.
- ب- أن يلتزم بما ورد من شروط في العقد، أخذا بعين الاعتبار الشروط التي تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة.
- ج- أن يلتزم بحسن النية عند تنفيذه للإلتزاماته مع احترامه للأوقات المحددة للوفاء بالإلتزام.
- د- الا يتمتع عن الوفاء بالإلتزاماته بحجة تقصير الإدارة، ما دام هذا الوفاء ممكناً وإلا كان عرضة للجزاءات.

ثانياً: حقوق المتعاقد مع الإدارة

المتعاقد يستمد حقوقه من العقد وأنه يسعى لتحقيق الربح، فإذا كانت حقوق الإدارة استثنائية مستمدة من اتصال العقد الإداري بالمرفق العام فإن القضاء الإداري قرر للمتعاقد مع الإدارة حقوق توازيها حتى لا تؤدي تلك الامتيازات على تخوف الأفراد من التعاقد مع الإدارة فتنقذ بذلك وسيلة من أنجع الوسائل في تسيير المرافق العام، وعليه فالإدارة ملزمة باحترام الإلتزاماتها التعاقدية، كما أنها ملزمة بضمان التوازن المالي للعقد.

- أ- احترام الإلتزامات التعاقدية: الإلتزامات الإدارية تعتبر حقوقاً للمتعاقد لان العقد المبرم بينهما ملزم للطرفين وسلطة الإدارة في التعديل بالزيادة أو النقصان ليست مطلقة فهي

مرتبطة بشروط معينة وبقصد تحقيق أهداف معينة تتعلق بحسن سير المرفق العام، وتحقيق الصالح العام.

ب- جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية: فإن الجزاءات متنوعة ومتعددة التي تفرضها الإدارة، فالأمر يختلف عند اخلال الإدارة بالتزاماتها فلا سبيل للمتعاقد سوى اللجوء الى القضاء فهو كذلك لا يستفيد من الدفع بعدم التنفيذ المقررة في العقود الخاصة، فلا يستطيع المتعاقد الامتناع عن تنفيذ التزاماته التعاقدية بحجة تفسير الإدارة في الوفاء.

ج- سلطات القاضي إزاء الإدارة المقصرة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية:

1- لا يستطيع القاضي إلغاء القرارات الصادرة من الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد ولا أن يأمر الإدارة القيام بعمل معين استناداً لمبدأ الفصل بين السلطات، كما لا يجوز تهديدها بالجزاءات المالية وإن كان مجلس الدولة الفرنسي يسمح لنفسه أن يخير الإدارة بين الوفاء بالتزاماتها داخل أجل محدد أو دفع التعويض المحكوم به.

2- يستطيع القاضي ان يحكم على الإدارة بالتعويض المناسب وذلك وفقاً لدرجة الضرر الذي لحق بالمتعاقد معها مع مراعاة دور كل من الطرفين في ارتكاب الخطأ أي الخطأ المشترك كان الضرر مشتركاً.

3- يملك القاضي أن يحكم بفسخ العقد لخطأ الإدارة، ولما كان الفسخ هو اخطر من الجزاءات التي تتعرض لها الإدارة فإن القاضي لا يحكم به، إلا في حالة الخطأ الجسيم، فمجلس الدولة الفرنسي لا يحكم بالفسخ، إذا تأخرت الإدارة في دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد معها وتكتفي بالتعويض ومن الأخطاء المبررة للفسخ، عدول الإدارة على المشروع موضوع العقد، وتأخر الإدارة كثيراً في بدء التنفيذ، وتوقيف للأعمال موضوع العقد مدة طويلة دون مبرر معقول ضف إلى أن لجوء الإدارة الى توقيع الجزاءات على المتعاقد بدون مبرر، فالعقد يُفسخ على حساب مسؤولية الإدارة مع إلغاء الجزاءات وتعويض الكامل للمتعاقد المتضرر من تاريخ رفع الدعوى كما لحقه من خسارة وما فاته من ربح مع مراعاة ما يكون قد نفده في المدة ما بين رفع الدعوى وصدور الحكم بالفسخ مضافاً اليه فوائد التأخير.

د-الحصول على المقابل المالي المتفق عليه.

يعتبر هذا الحق من اهم حقوق المتعاقد على الإطلاق، بحكم أنه يستهدف الربح ويتخذ هذا المقابل المالي صور متعددة قد يكون:

1-مرتباً شهرياً كعقد التوظيف.

2-ثمناً للبضائع والخدمات.

3-مزاي كضمان حد أدنى من الربح أو التزام الإدارة باقتراض المتعاقد معها .

4-أن تكون ضامنة لدى البنك في الحصول على القروض أو اعفاءات ضريبية.

ومرد حصانة الشروط المتعلقة بالمقابل المالي اعتبارين هما:

1-اعتبار عملي مرجعه نفور الافراد من التعاقد مع الإدارة فيما إذا كان لها الحق في تعديل الشروط من طرف واحد ورجماً على إرادة المتعاقد معها.

2-اعتبار قانوني مرجعه أن سلطة التعديل تركز على مقتضيات سير المرافق العام بانتظام واطراد وبالتالي فهي لا تتصب إلا على الشروط اللائحية وليس من بينها الشروط التي تتعلق بالمقابل المالي في العقد.

هـ- ضمان التوازن المالي:

يترتب على سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، وقد تواجه المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية لم تكن متوقعة ومن شأنها أن تزيد من اعبائه المالية، وقد تحدث ظروفأ أو احداث طارئة لم تكن في الحسبان لحظة التعاقد فتلحق بالمتعاقد أعباء مالية لا قبل له بتحملها، وتخل بالتوازن المالي للعقد كذلك فإن الاجتهاد القضائي قد قرر للمتعاقد تعويضاً يضمن له التوازن المالي.

أولاً: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ارتأيت قبل الخوض في نظرية الصعوبات المادية، أنه من المفيد تحديد قواعد الاحكام الأساسية لفكرة التوازن المالي للعقود الإدارية وهي كالتالي:

1. لا تعني قاعدة التوازن المالي الحسابي، ولكن التوازن الشريف بين الالتزامات والحقوق كما يقول بعض الفقهاء.

2. تفسير فكرة التوازن المالي للعقد: التعويض الذي يحكم به للمتعاقد إذا ما كان مرجع الضرر الى خطأ الإدارة على الأقل في نطاق نظرية الأمير، إذا كان خارج عن عمل الإدارة فإن فكرة التوازن للعقد وحدها لا تكفي لتبرير الضرر، ومن ثم أضيف فكرة أخرى الى جانب فكرة التوازن المالي للعقد، مبدأ التعويض بلا خطأ حتى يمكن تناول جميع صور التعويض التي يحكم بها للمتعاقد دون خطأ من قبل الإدارة.

3. يرجع كثير من الفقهاء أن أساس فكرة التوازن المالي إلى النية المشتركة بين الطرفين المتعاقدين والنص عليها في العقد على ضمان الإدارة للتوازن المالي، أما في غير هذه الحالة فإن مرجع هذه القاعدة إلى العدالة والصالح العام ومصصلحة المرفق العام وذلك بتعويض المتعاقد المتضرر هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هذا الحق المقرر لصالح المرفق العام، لأنه يمكن المتعاقد بالوفاء بالتزاماته، كما أنه يشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة بمعنى يفترض مصداقية الإدارة.

وبالرجوع إلى الصعوبات المادية نلاحظ عند تعريفها، إذا صادفت صعوبات مادية ذات طبيعة غير عادية ولم يكن بالإمكان توقعها عند إبرام العقد، فيكون من حق المتعاقد أن يطلب تعويض كاملاً لضمان التوازن المالي. مثال في عقد الأشغال العامة حين يواجه المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد للأشغال أرضاً صخرية صلبة من شأن ذلك كله أن يزيد من الأعباء والمصروفات مما يؤدي إلى تحمله خسارة تخل بالتوازن المالي للعقد عند التعاقد وقد تدخل القاضي فقرر للمتعاقد تعويضاً كاملاً عن الأعباء المالية التي تحملها بفعل هذه الصعوبات وعلى أساس القصد المشترك للمتعاقد.

شروط نظرية الصعوبات المادية.

1- أن تكون الصعوبات التي يواجهها المتعاقد ذات طبيعة مادية.

2- أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند التعاقد.

3- أن تكون الصعوبات ذات طبيعة استثنائية وليس باستطاعته التغلب عليها بأي وسيلة كانت أي أن تتجاوز المخاطر العادية التي قد يتعرض لها أي متعاقد أثناء تنفيذ العقد، ويرجع ذلك لتقدير القاضي الإداري

ثانياً: نظرية الظرف الطارئ.

تعد نظرية الظروف الطارئة من ابداعات القضاء الإداري الفرنسي لضمان حسن سير المرافق العامة، خاصة بعد التوسع في انشاء المرافق العامة التجارية والصناعية ومساهمة الأفراد في عملية التسيير الكامل كما في عقد الامتياز أو بالمساعدة من خلال عقود النقل والتوريد التموين والتوظيف.

تعريفها: أنه في العقود الإدارية الطويلة الأمد قد تطرأ ظرفاً بعد التعاقد أو أثناء تنفيذ العقد الإداري لم تكن متوقعة عند التعاقد ولا دخل لأحد المتعاقدين فيها حيث يكون لهذا الظرف الطارئ أو الحادث مساس بمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري فيلحق خسارة غير مألوفة للمتعاقد التي يتحملها.

ففي هذه الحالة يحق للمتعاقد المتضرر أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في الخسارة ومنحه تعويضاً جزئياً إذا لم يوافق على تعديل شروط العقد لإعادة التوازن المالي، ما دام الأمر لا يدخل في نطاق القانون الخاص، الذي تضبطه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي توجب التنفيذ طالما أن الأحداث لم تبلغ درجة القوة القاهرة التي يتحلل بموجبها المتعاقد مع الخسارة.

إلا أن العقود الإدارية ولتعلقها بتسيير المرافق العام التي ينبغي أن تستمر في أداء مهامها بانتظام واطراد حتمت على القاضي الإداري أن يقرر تعويضاً للمتعاقد مع الإدارة يضمن التوازن المالي للعقد الإداري.

شروطها:

- 1- أن يكون هناك ظرف طارئ لم يكن متوقعاً وقت التعاقد.
- 2- أن لا يكون لاحد الطرفين يد في إحداث الظرف الطارئ أما إذا كان الظرف ناجم عن تقصير أو اهمال المتعاقد فلا مجال للتعويض أما إذا نجم عن فعل السلطة الإدارية المتعاقدة يتم التعويض على أساس نظرية الأمير.
- 3- أن يؤدي الظرف الى قلب التوازن المالي للعقد يصعب تنفيذه من طرف المتعاقد وإذا تحققت الخسارة الغير المألوفة والغير المتوقعة يصبح المتعاقد خارج العقد، منذ اللحظة التي تجاوزت الخسارة الأعباء العادية للمتعاقد مع الإدارة أقصى حد.
- 4- أن تكون الظروف الطارئة لفترة مؤقتة، أي لا تستمر وضعية المتعاقد لفعلها إلى ما لا نهاية.
- 5- ان يستمر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد ويشترط الاجتهاد القضائي أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد إذا أراد أن يستند من التعويض الذي تقرره نظرية الظروف الطارئة وإذا توقف عن التنفيذ فإن الاجتهاد القضائي سمح للإدارة اللجوء للتنفيذ المباشر للعقد.

حسبان التعويض عن الظروف الطارئة.

- يستحق المتعاقد تعويضاً عن الخسارة التي لحقت به ليس من لحظة حدوث الظرف وإنما من اللحظة التي فاقت فيها الأسعار الحد الأقصى الذي كان متوقعاً وقت التعاقد ولا يدخل فيها ما فات المتعاقد من ربح ولا الخسارة التي تكيدها بفعله وخطئه، كما لا يجوز اجراء مقاصة بين الخسارة التي تسببت فيها الظروف الطارئة والأرباح التي حصل عليها من مشروع آخر.
- ولا يؤدي للمتعاقد تعويضا كاملاً عن تلك الخسارة بل يتحمل نسبة منها، تتراوح ما بين 20% - 25% .
- ولا يتدخل القاضي الإداري إلا إذا استعصى الأمر بين الطرفين.

- وقد يكون التعويض مبلغاً من المال أو زيادة في ائمان الخدمات التي يوفرها المتعاقد مع الإدارة للأفراد، غير أن إشكالية تحمل المتعاقد نسبة من الخسارة أثارت جدلاً فقهيّاً واسعاً.

كون أن المتعاقد مع الإدارة يساعدها على تشغيل المرافق العام وضمان الخدمة العامة، ثم التعويض يعتبر منحة من الإدارة وليس حقاً للمتعاقد.

وعليه يجب الإشارة الى أن مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة قد تناقص أمام القضاء بفعل التفصيلات التي أصبحت ترد في التشريعات وفي العقد المبرم ودفتر الشروط المصاحب له والتي تنظم ما يمكن أن يحدث في حالة حصول ظرف الطارئ.

الفصل الثالث

الرقابة على تنفيذ العقود الإداري.

سنحاول الوقوف على تنفيذ العقود الإدارية من خلال الرقابة على اجراءات ابرام الصفقات العمومية حيث خصص المشرع الجزائري فصلاً كاملاً، سماه: "رقابة الصفقات العمومية" باعتبارها من العقود الإدارية، حيث جاء في المادة 156 من المرسوم الرئاسي 247/15 " تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعدها وتمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة الوصاية " والتي تكيف على أنها رقابة إدارية.

أولاً: الرقابة الداخلية: في المادتين 159-160 من المرسوم 147/15 نلاحظ أن الرقابة الداخلية تقوم بها هيئتين الأولى بمثابة جهة رقابة عامة أما الهيئة الثانية فتخصص للرقابة على الصفقات العمومية.

1-الرقابة العامة: وهي الرقابة التي نصت عليها المادة 159 أعلاه والتي تتم وفق النصوص التي تنظم مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية، فعندما تكون المصلحة المتعاقدة خاضعة لسلطة وصية، فإن هذه الأخيرة تضبط تصميماً نموذجياً يتضمن تنظيم رقابة الصفقات ومهمتها، والمقصود بهذه الرقابة هي تلك الرقابة التي تقوم بها الرؤساء على المرؤوسين في إطار رقابة مشروعية الأعمال الإدارية بمعنى أن هذه الرقابة تطبق على مختلف النشاطات الإدارية بما فيها الصفقات العمومية، هذا سبب تسميتها بالرقابة العامة والتي تقوم بها مختلف مصالح الجهات المتعاقدة وتقابلها الرقابة الخاصة.

2-اللجنة الدائمة لفتح الأظرفة وتقييم العروض: على غرار الرقابة العامة على الصفقات العمومية، تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية عند الاقتضاء تدعى " لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض " وتتشكل همه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون لكفاءتهم، وهي اللجنة التي نصت عليها المادة 160 من المرسوم الرئاسي 247/15 وتقوم هذه اللجنة برقابة خاصة على الصفقات العمومية عكس الرقابة العامة - لأن هذه اللجنة أنشأت خصيصاً لهذه المهمة، فهي تقوم بعمل اداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة أما اجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة فتح الأظرفة تكون صحيحة مهما يكون عدد أعضائها الحاضرين. ويجب أن تسهر المصلحة المتعاقدة على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمان شفافية الاجراء وتقوم اللجنة بتسجيل أشغالها المتعلقة بفتح الأظرفة وتقييم العروض في سجلين خاصين يرقمها الأمر بالصرف ويؤشر عليهما بالحروف الأولى¹ والملاحظ هنا هو دمج اللجنتين السابقتين في لجنة واحدة وهذا طبعاً بهدف تبسيط الاجراءات ويعتبر هذا أحد آليات حوكمة المرافق العامة في الجزائر.

وأن لهذه اللجنة مهام عند فتح الأظرفة وتقييم العروض، مراعية في ذلك المساواة في التعامل مع المترشحين حيث تقوم بإقصاء الترشحات والعروض غير المطابقة لمفتر الشروط المعد، أو لموضوع الصفقة، كما تقوم بالترتيب التقني للعروض مع اقتصاد العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط، كما تقوم في مرحلة ثانية بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولى تقنياً، كما تقوم بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية وتقدم على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا تبين أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفاً في وضعية هيمنة على السوق أو قد تسبب في اخلال المنافسة في القطاع المعني وللإشارة فإن المادة 88 من المرسوم 247/15 مكنت سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من اعداد المدمونة الخاصة بالأعوان العموميين الذين

1- المادتين 161-162 من المرسوم الرئاسي 247/15.

يتدخلون في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وذلك بهدف حماية المال العام، وتحقيقاً لمبادئ الطلب العمومي.

ثانياً: الرقابة الخارجية: الى جانب الرقابة الداخلية التي تستهدف الرقابة من الوقوع في أخطاء أو انحرافات هناك الرقابة الخارجية، حيث تنص المادة 163 من المرسوم 247/15 " تتمثل غاية الرقابة الخارجية، في هذا المرسوم وفي اطار العمل الحكومي، في التحقيق من مطابقة الصفقات العمومية المعروضة على الهيئات الخارجية المذكورة في القسم الثاني من هذا الفصل ، للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وترمي الرقابة الخارجية أيضاً الى التحقيق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية وتخضع الملفات التي تدخل في اختصاص لجان الصفقات للرقابة البعدية طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها"

ومن خلال تحليلنا لهذا النص نلاحظ أن المشرع الجزائري قد توخى واتجه نحو ضمان المساواة والشفافية وفتح باب المنافسة الواسعة للراغبين في المشاركة في طلب العروض والحد من حرية المصلحة المتعاقدة في اتخاذ قرار الفسخ والاقضاء منها، ومن هنا تظهر أهمية الرقابة الخارجية القبليية في التأكد من موضوعية وحياد وشفافية طلب العروض - وبالمناسبة قسم المرسوم 247/15 اللجان المكلفة بالرقابة الخارجية الى قسمين القسم الأول: بلجان الصفقات للمصالح المتعاقدة والقسم الثاني يتعلق باللجنة القطاعية للصفقات العمومية¹

1-لجان الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة: تقوم هذه اللجان بالمساعدة لتحضير الصفقات العمومية، ودراسة دفاتر الشروط والصفقات والملاحق، ومعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون حسب ما هو وارد في المادة 82 من المرسوم 247/15 وتتمثل هذه اللجان في اللجان الجهوية للصفقات العمومية (أ) لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركزة للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري (ب) اللجنة الولائية للصفقات العمومية (ج) اللجنة البلدية للصفقات (د) لجنة الصفقات العمومية المحلية والهيكل غير الممركزة للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.

¹ - حمد حمودي، دور هيئات الرقابة الخارجية في ضمان شفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية، دراسة في اطار المرسوم 247/15، مجلة دفاتر السياسة والقانون ، ورقة، العدد 1، جوان 2019، ص: 29.

أ- اللجنة الجهوية للصفقات: تختص هذه اللجنة حسب المادة 184، 139 من المرسوم الرئاسي 247/15 بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية، وتتشكل من الوزير المعني أو ممثله رئيساً، ممثل المصلحة المتعاقدة، ممثلين (02) عن الوزير المكلف بالمالية لمصلحة الميزانية والمحاسبة، ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، تحدد قائمة الهياكل التي يسمح لها بإنشاء هذه اللجنة بموجب قرار من الوزير المعني¹.

ب- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهياكل غير الممركزة للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري:

وتختص هذه اللجنة بنفس صلاحية اللجنة الجهوية وتتركب من نفس الأعضاء المحددة في اللجنة الجهوية على مستويات متباينة والتي تضمنتها نفس المواد 184، 139 من نفس المرسوم 247/15.

ج- اللجنة الولائية للصفقات: تختص هذه اللجنة هي الأخرى بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة والمصالح الخارجية للإدارات المركزية غير تلك المذكورة في المادة 172 من المرسوم 247/15 وذلك ضمن المستويات المحددة في الفقرات من 01/ إلى 04 من المادة 184 وفي المادة 139 من نفس المرسوم 247/15 حسب الحالة كما تختص كذلك بدراسة دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية التي يساوي مبلغا أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الخدمات وعشرون مليون دج (20.000.000 دج) بالنسبة للدراسات، كما تختص هذه اللجنة بدراسة ورقابة الملاحق التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية ضمن حدود المستويات المحددة في المادة 139 من المرسوم 247/15 وتتشكل هذه اللجنة من الوالي أو ممثله رئيساً ، ممثل المصلحة

¹ - المادة 71 من المرسوم رقم 247/15.

المتعاقدة، ثلاث (03) ممثلين عن مجلس الشعبي الولائي، ممثلين (02) اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الخزينة، ومصلحة المحاسبة) مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)، مدير التجارة بالولاية.

د-اللجنة البلدية للصفقات: تختص لجنة البلدية للصفقات بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالبلدية ضمن حدود المستويات المنصوص عليها، حسب الحالة في المادتين 139، 173 من المرسوم 247/15 وتتشكل هذه الأخيرة من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيساً، ممثل عن المصلحة المتعاقدة، منتخبين (02) يمثلان المجلس الشعبي البلدي، ممثلين (02) عن وزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة) ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري).¹

هـ-لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية والهيكلي غير الممركزة للمؤسسات العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري:

وهي تلك المؤسسات غير المذكورة في المادة 172 أعلاه حيث تختص هذه اللجنة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمؤسسة، ضمن حدود المستويات المنصوص عليها حسب الحالة في المادتين 139، 173 من المرسوم الرئاسي 247/15 وتتشكل هذه الأخيرة من ممثل السلطة الوصية رئيساً، المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله، ممثل منتخب عن المجموعة الإقليمية المعنية، ممثلين (02) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية، ومصلحة المحاسبة) ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) وعندما يكون عدد المؤسسات العمومية المحلية التابعة لقطاع واحد كبير، فإنه يمكن للوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني حسب الحالة تجميعها في لجنة واحدة أو أكثر للصفقات العمومية ويكون المدير العام أو المدير للمؤسسة العمومية عضواً فيها حسب الملف المبرمج وللإضافة يمكن حسب المادة 178 من المرسوم

¹ - المادة 174 من المرسوم الرئاسي 247/15.

247/15¹ أن تعتمد لجنة الصفقات العمومية النظام الداخلي النموذجي الموافق عليه وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 183 من نفس المرسوم.

وبالرجوع الى المادة 178 من نفس المرسوم 247/15 فإن الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة تتوج بمقرر منح التأشيرة أو رفضها خلال أجل أقصاه عشرين (20) يوماً ابتداءً من تاريخ إيداع الملف كاملاً لدى كتابة هذه اللجنة ويمكن الطعن في قرار رفض منح التأشيرة طبقاً للأجال المحددة في المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15 وطبقاً لهذه المادة فإن آجال الطعن محددة بعشرة (10) أيام، وتقوم لجنة الصفقات المختصة بإصدار قرارها في أجل خمسة عشر (15) يوماً، ابتداءً من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام المذكورة أعلاه ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

ثانياً: اللجنة القطاعية للصفقات العمومية:

طبقاً للمادة 179 من المرسوم 247/15 فإنه يحدث لدى كل دائرة وزارية لجنة قطاعية للصفقات، تكون مختصة في حدود مستويات مالية معينة، أما المادة 180 من نفس المرسوم فقد حددت صلاحيات اللجنة القطاعية للصفقات، والممثلة في مساعدة المصالح المتعاقدة التابعة لها في مجال تحضير الصفقات العمومية واتمام ترتيبها، والمساهمة في تحسين ظروف مراقبة وصحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية، كما تختص اللجنة القطاعية بدراسة الملفات التابعة لقطاع آخر، عندما تتصرف الدائرة الوزارية المعنية في اطار صلاحيتها لحساب دائرة وزارية أخرى.

كما تختص هذه الأخيرة في مجال الرقابة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق والطمعون المنصوص عليها في المادة 82 من المرسوم 247/15 والمتعلقة بكل المصالح المتعاقدة التابعة للقطاع المعني، وتقتصر النظام الداخلي النموذجي الذي يحكم عمل لجان الصفقات، وتتوج الرقابة التي تمارسها في أجل أقصاه 45 يوماً، ابتداءً من تاريخ إيداع الملف كاملاً لدى كتابة هذه اللجنة وآجال تقديم الطعون ودراستها

¹ - المادة 175 من المرسوم الرئاسي 247/15.

تكون وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة 82 من المرسوم 247/15 وتصادق اللجنة القطاعية للصفقات على النظام الداخلي النموذجي الذي تتم الموافقة عليه بموجب مرسوم تنفيذي.

ثالثاً: رقابة الوصاية: هدف رقابة الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية، هو التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل في إطار البرامج وأولويات القطاع - وكذا التأكد من تحقيق الفعالية، بمنح المشروع لأحسن عارض، بما يضمن المحافظة على المال العام وبالرجوع الى المادة 164 من المرسوم 247/15 بفقراتها الأربع (04) نلاحظ انه لا يوجد ما يفيد بانها رقابة اختيارية على العكس من ذلك إذا ما دققنا في محتواها نلاحظ أنها تحمل في طياتها إجراءات اجبارية-

II- انقضاء العقد الإداري :

العقد الإداري كأى عمل أو تصرف قانوني أو مادي عرضة للزوال، وقد يتم بدون تدخل السلطات العامة، فينتهي، وقد يكون بتدخلها فيتم انهاءه بإرادة الإدارة المنفردة.

نهاية العقد: فالعقد قد ينتهي انتهاءً طبيعياً بتنفيذه أي بإنهاء مدته كما قد ينتهي نهاية غير عادية، تتعلق باتفاق الطرفين على ذلك أو استحالة تنفيذه بسبب من الأسباب.

أولاً: النهاية الطبيعية: ينتهي العقد نهاية طبيعية وبشكل تلقائي في الحالات التالية:

- 1-التنفيذ الكامل للالتزامات الناشئة عنه وتأدية الإدارة المتعاقدة الثمن الكامل المطلوب.
- 2-انتهاء المدة في العقود المحددة لمدة معينة كعقد الامتياز وعقد التوظيف وعقود الأشغال العامة المتعلقة بالصيانة لمدة محددة.
- 3-بانتهاء العقد الإداري بتحقق شروط معينة منصوص عليها في العقد أو إذا تحققت أسباب معينة منصوص عليها في القوانين أو اللوائح.

ثانياً: **النهاية غير الطبيعية:** ينتهي العقد الإداري نهاية غير عادية في الحالات التالية:

- 1- باتفاق الإدارة مع المتعاقدين على انهائه.
 - 2- بهلاك محل العقد سواء أكان السبب خارجي عن أطرافه كتدمير مشروع بسبب الحرب أو بسبب يتعلق بطرفي العقد كمصادرة المادة المستوردة أو اتلافها.
 - 3- انتهاء العقد الإداري من طرفي العقد بفعل القوة القاهرة أدت الى استحالة تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد.
 - 4- صدور نص قانوني أو قرار سياسي عام يقضي بنهاية العقود التي أبرمتها الإدارة.
- يتم إنهاء العقد الإداري بتدخل الإدارة أو القاضي الإداري واتخاذها اجراء يقضي بفسخ العقد.

أولاً: الانهاء بإجراء اداري:

يتم فسخ العقد نتيجة خطأ المتعاقد أو بإنهائه من السلطة الإدارية المتعاقدة تحقيقاً لمقتضيات المصلحة العامة.

أ-الفسخ الإداري: هو انتهاء الإدارة للعقد إذا قصر المتعاقد أو أهمل أو ارتكب خطأ جسيماً في تنفيذه لالتزاماته حيث تقرر الإدارة فسخ العقد كعقوبة وقد تفرض على المتعاقد جزاءات أخرى منصوص عليها في العقد.

وقد يرد نص على حق الإدارة بفسخ العقد الادري في حالات معينة في العقد ذاته ولا يسلبها ذلك الحق في فسخ العقد في حالات أخرى بمعنى رغم النص على الحالات إلا أن الإدارة تحتفظ بحقها في فسخ العقد في غير المنصوص عليها في العقد، حتى ولو نظمتها القوانين واللوائح، لأن هذا الحق ثابت لها كون المصلحة العامة مصادرة مع تمتعها بالأولوية بالنسبة للمصلحة الخاصة، حيث تنوب عن جهة الإدارة من ناحية وتقابلها المصلحة الخاصة للأفراد من ناحية أخرى أن تكون متكافئة بين أطراف العقود المدنية، في حين السلطة العامة تخرج عن مبدأ المساواة من المتعاقدين.

ب-إنهاء الإداري: قد تقتضي المصلحة العامة نظراً لمتغيرات الظروف أن تصدر الإدارة قراراً بإنهاء العقد وفي هذه الحالة يستحق المتعاقد تعويضاً، يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من ربح

الفسخ القضائي:

هو وسيلة لإنهاء العقد، يقرها القاضي الإداري بحكم، بناء على طلب أحد الطرفين، ويصدر القاضي الإداري حكمه بفسخ العقد بفعل القوة القاهرة، وفيما إذا تجاوزت الإدارة حدوداً معينة بسلطتها في تعديل العقد أو نتيجة اخلالها بالالتزامات التعاقدية فقد استقر الاجتهاد القضائي على فسخ العقد في حالة القوة القاهرة، وقد يحكم القاضي بفسخ العقد فيما إذا تجاوزت الإدارة سلطتها في التعديل (الحد المعين) متى كان ثابتاً أنه قد حال بين المتعاقد والبدء في تنفيذ العملية ويترتب على الحكم بفسخ العقد نتيجتان:

- 1-نهاية العقد بأثر رجعي يرتد الى تاريخ رفع الدعوى.
- 2-استحالة المتعاقد للتعويض كما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب فسخ العقد.

والله ولي التوفيق.

المراجع

- 1- د.سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، سنة 1966، القاهرة، مصر.
- 2- د.سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، سنة 1966، القاهرة، مصر.
- 3- د.محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي، سنة 1964، القاهرة، مصر.
- 4- د.محمد الصغير بغلي، المالية العامة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2003.
- 5- د.محمد فارق عبد الحميد، المركز القانوني للمال العام، د.م.ج، 1984، الجزائر.
- 6- A.DELAUBADERE, Traité élémentaire du droit administratif, 4^{eme}, 1967.
- 7- د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، مكتبة الهداية، الإسكندرية، 1989.
- 8- د.سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.
- 9- د.ماجد الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعة، الإسكندرية، 1982.
- 10- LAURENT RICHIER, Les contrats administratives, DALLOZ, 1991.
- 11- كاميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين النظام العام والخاص، دراسة تحليلية، ندوة الاطار القانوني لعقود الشراكة والتحكيم في منازعاتها، 2011، مصر.
- 12- رجب محمد طاجين، عقود الشراكة بين القطاعين العمومي والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 13- حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود الشراكة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- 14- Article N°1 de L'ordonnance 2004/559 du 17/16/2004 sur les contrats de partenariat JORF N°141.
- 15- شامل هادي نجم الغزاوي، التزامات المتعاقد في عقود التشييد ونقل الملكية، BOT، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط:1، القاهرة، مصر، 2016.

- 16- طه محييد جاسم الحديدي، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية منازعاتها، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.
- 17- قصايم سميرة، عقود البوت، اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2011.
- 18- شهرزاد سبتي، اتفاقات الشراكة في اطار قانون الاستثمار الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية.
- 19- نوري ياسمين، مكانة القطاع الخاص المنتج في ظل السياسات التتموية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.
- 20- فلش عبد الله، أثر الشراكة الأورو جزائرية على تنافسية الاقتصاد الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 04، سنة 2006.
- 21- المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 2015/09/16، المنظم للصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة، ج.ررقم: 50 الصادر في 2015/12/20.
- 22- رجب محمود طاجين، عقود الشراكة بين القطاعين العمومي والخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2010.
- 23- د.عوايدي عمار، القانون الإداري، ج8، ط:1، د.م.ج، الجزائر.
- 24- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 25- حمدي القبيلات، القانون الإداري، دار وائر للنشر، ط:1، الأردن، 2008.
- 26- CLAUDI Boiteau, les conventions de délégation de service public, Paris, France, 2004, imprimerie nationale.
- 27- غنية باطلي، نطاق تطبيق قانون المنافسة في الجزائر، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، مجلد 10، عدد 12، مارس 2015.
- 28- فوناس سوهيلة، عقود تفويض المرفق العام، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، عدد 02، جامعة بجاية، 2014.
- 29- ضريف نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.

30- محمد حمدي، دور هيآت الرقابة الخارجية في ضمان شفافية إجراءات ابرام الصفقات العمومية، دراسة في اطار المرسوم 247/15، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ورقلة، الجزائر، العدد:2، جوان 2019.

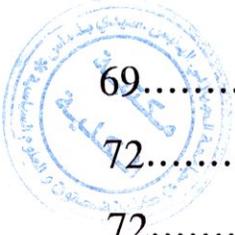
31- أحمد سيد أحمد، التحكيم في عقود الشراكة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013.



الفهرس



01.....	مقدمة
11.....	الفصل الأول: العقود العامة وأنواعها
17.....	المبحث الأول: تطور العقود العامة ومبادئ إنجازها
21.....	المطلب الأول: الشخص المعنوي العام
22.....	المطلب الثاني: المرفق العام
23.....	المطلب الثالث: البنود أو الشروط غير المألوفة في العقد الخاص
25.....	المبحث الثاني: عقود الشراكة
26.....	المطلب الأول: ماهية عقد الشراكة وتعريفه
27.....	الفرع الأول: نشأة وتطور عقد الشراكة
29.....	المطلب الثاني: تعريف عقد الشراكة
31.....	المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لعقد الشراكة ومبررات اللجوء اليه وخصائصه
31.....	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد الشراكة
34.....	الفرع الثاني: مبررات الأخذ بعقد الشراكة
35.....	الفرع الثالث: خصائص عقد الشراكة
37.....	الفرع الرابع: عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص والشراكة الأجنبية
43.....	المطلب الرابع: ضوابط ابرام عقد الشراكة والآثار القانونية المترتبة عليه
46.....	المطلب الخامس: إجراءات ابرام عقد الشراكة
54.....	المطلب السادس: الآثار القانونية المترتبة عن عقد الشراكة
54.....	الفرع الأول: آثار عقود الشراكة بالنسبة للشريك العام
59.....	الفرع الثاني: آثار عقد الشراكة بالنسبة للشريك الخاص
66.....	المبحث الثالث: عقود تفويض المرافق العامة
68.....	المطلب الأول: ماهية المرفق العام وتعريفه
69.....	الفرع الأول: تعريف المرفق العام



- 69..... الفرع الثاني: المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة.
- 72..... الفرع الثالث: مبدأ قابلية المرفق للتعديل والتغيير.
- 72..... المطلب الأول الثاني: أساليب إدارة المرافق العامة.
- 78..... المطلب الثالث: طرق إجراءات اتفاقيات تفويض المرفق العام والرقابة عليها.
- 78..... الفرع الأول: طرق وإجراءات إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام.
- 81..... الفرع الثاني: رقابة إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام.
- 85..... الفرع الثالث: الأساليب الخاصة لإدارة المرفق العام.
- 91..... الفصل الثاني: إبرام العقود العامة وتنفيذها.
- 95..... الفرع الأول: طرق إبرام العقود الإدارية.
- 100..... النظام القانوني لطلبات العروض والمزايدات.
- 106..... الفرع الثاني: آثار العقد الإداري.
- 113..... الفصل الثالث: الرقابة على تنفيذ العقود.
- قائمة المراجع.