الجزء الثاني
العقود الإدارية

كما أشرنا لذلك في بداية هذه الدراسة، أن الأعمال القانونية للسلطة الإدارية، تتجلى في الأعمال والتصرفات التي تصدر عن الإدارة، وأن هذه الأعمال والتصرفات تأخذ صورتين.

أما صورة عمل انفرادي صادر عن الإدارة بإرادتها يتضمن إلزام الأفراد وهو ما يعرف بالقرار الإداري الذي تطرقنا له سابقا.

إما صورة عمل إرادي، بناء على إرادة الإدارة والمتعاقدين معها وهو ما يعرف بالعقد الإداري مجال دراستنا حاليا.

وتخضع العقود الإدارية لنظام قانوني متميز ومختلف تماما عن النظام القانوني للعقود المدنية، وذلك راجع إلى أن الإدارة على عكس الأفراد الذين يتعاقدون لتحقيق مصالحهم، فإنها تتعاقد من أجل تحقيق الصالح العام لذلك، وجب الاعتراف لها بمجموعة من الامتيازات والسلطات التي لا مثيل لها في القانون الخاص من جهة.

ومن جهة أخرى تختلف عملية تكوين العقد الإداري عن العقد المدني إذا يفرض القانون على الإدارة إتباع مجموعة من الإجراءات ومراعاة شكليات من أجل أن تختار المتعاقد معها.

والحقيقة أن أحكام العقد الإداري هي أحكام قضائية، لعب مجلس الدولة الفرنسي دورا مهما في صنع نظرياتها المكونة لها، قبل أن يتدخل القانون ويقنن هذه الأحكام في شكل نصوص قانونية.

وتشكل العقود الإدارية في الوقت الحالي، أهمية كبيرة، بسبب الاتجاه إلى الاقتصاد الحر وتشجيع القطاع الخاص لبناء مشروعات البني التحتية وتشغيل المرافق، وحصر دور الدولة في مجالات ضيقة.

وكذلك تتأكد أهمية العقود الإدارية في مجال الاستثمارات الأجنبية، حيث تتطلب إقامة بعض المشاريع أو تسيير بعض المرافق تكنولوجيا غير متوفرة على المستوى المحلي، مما يستوجب ضرورة اللجوء إلى الخبرات الأجنبية للحصول على هذه التكنولوجيا، وهو ما لا يمكن تحققه إلا عن طريق إبرام عقود إدارية، ومن أجل التطرق إلى موضوع العقود الإدارية، وأحكامها نقسم دراستنا إلى الفصول التالية:

- ماهية القرار الإداري.
- كيفيات إبرام العقد الإداري.
- تنفيذ العقد الإداري.
- نهاية القرار الإداري.

الفصل الأول

ماهية العقد الإداري

كأصل عام فإنه لا تخضع جميع العقود التي تبرمها الإدارة لنظام واحد، كما أنه لا تعد جميع عقودها عقود إدارية، فبالنسبة لعقود الإدارة وجب التمييز بين نوعين أو طائفتين:

الطائفة الأولى عقود تخضع للقانون الخاص "عقود الإدارة المدنية"

أما الثانية: فتخضع للقانون العام وتسمى "بالعقود الإدارية"

ولم تظهر العقود الإدارية للوجود دفعة واحدة بل مر ذلك بمراحل في فرنسا مع القضاء الإداري وبالخصوص مجلس الدولة، حيث كانت في البداية العقود الإدارية تعتبر من قبيل الأعمال العادية التي تخضع للقانون الخاص مثلها مثل عقود الأفراد، غير أن تطور كبير حدث حيث تدخل القانون ليحدد طائفة من العقود باعتبارها عقود إدارية بتحديد القانون، كما وضع القضاء مجموعة من المعايير تحدد العقود الإدارية، كما أنه يوجد العديد من أنواع العقود الإدارية، لذلك سوف نقسم هذا الفصل على النحو التالي:

مفهوم العقد الإداري: ويتضمن: - ظهور فكرة العقد الإداري في فرنسا. - تعريف العقد الإداري وتمييزه عن العقد المدني.

معايير وأنواع العقود الإدارية: ويتضمن- معايير تحديد العقد الإداري. - أنواع العقود الإدارية.

المبحث الأول

مفهوم العقد الإداري

في البداية سوف نتطرق إلى نشأ العقود الإدارية خاصة في فرنسا نظرا لتأثر القانون الجزائري بهذا الأخير، ثم نميز العقد الإداري عن العقد المدني.

المطلب الأول: نشأة العقود الإدارية في فرنسا.

كما أسلفنا فإنه يرجع الفضل إلى مجلس الدولة الفرنسي في وضع اللبنة الأولى المتعلقة بأصول وقواعد نظرية العقد الإداري كما هي مطبقة في فرنسا والجزائر وذلك في القرن التاسع عشر، فقد كان المعيار المتبع في تحديد وتوزيع الاختصاص بين محاكم القضاء الإداري التي تختص بالقضايا الإدارية وتطبق القانون العام، وبين محاكم القضاء العادي، هو معيار السيادة أو السلطة.

وعليه فالأعمال التي تظهر فيها الإدارة بمظهر السيادة والسلطة، كنزع الملكية أو فرض التزام بإرادتها المنفردة على الأفراد بعدم فعل أو فعل شيء ما أو بالاستيلاء على ملك الأفراد، هي وحدها التي يختص بها القضاء الإداري ويطبق عليها القانون الإداري والقانون العام.

أما الأعمال التي تتشابه مع أعمال الأفراد كالبيع والشراء ومختلف عقود الإدارة فهي تخضع لاختصاص منازعاتها للقضاء العادي وتطبق عليها قواعد القانون المدني.

وعليه كانت العقود عبارة عن تصرفات عادية تخضع للقانون الخاص ولم تكن هناك ما يعرف بفطرة العقود الإدارية لكونها ليست من امتيازات السلطة العامة.

لكن هذا التطبيق أدى إلى نتائج شاذة حيث كانت الإدارة تعامل مثل الأفراد في عقودها، مما أدى إلى عرقلة عملها عند إبرامها للعقود بالرغم من أنها تتعاقد من أجل الصالح العام، عكس الأفراد الذين يتعاقدون لتحقيق مصالحهم الخاصة.

وعليه كأول مرحلة تدخل القانون وحدد طائفة من العقود التي تبرمها الإدارة واعتبرها عقود إدارية تخضع للاختصاص القضاء الإداري، وكانت البداية مع عقود الأشغال العامة بمقتضى قانون 28 بليفوز للسنة الثامنة، وقام مجلس الدولة الفرنسي بتوسيع بيع اختصاصه عن طريق القياس، فمد اختصاصه بنظر العديد من العقود التي لم يرو في شأنها كعقود إدارية كعقود توزيع الغاز والمياه، وعقود تنظيف الشوارع قياسا على عقد لأشغال العامة كونها تحوز على عناصر الأشغال العامة، لكن بالرغم من ذلك ظلت الكثير من العقود الإدارية تعتبر من قبيل العقود المدنية (الخاصة).

أولا ظهور فكرة العقود الإدارية بظهور معيار المرفق العام: مع منتصف القرن التاسع عشر، بدأ القضاء الفرنسي يهجر معيار السلطة العامة كونه غير واضح ولا يمكن أن يعتبر فاصل كونه لا يوجد معيار فاصل ودقيق للتمييز بين ما يعتبر عمل سلطة عامة وما لا يعتبر كذلك، كما أنه يطبق من مجال القانون الإداري، ومن هنا ظهر معيار جديد لتوزيع الاختصاص وهو معيار المرفق العام وعليه كل عمل متعلق بتسيير موقف عام أو تنظيمه، يعتبر من قبيل الأعمال الإدارية التي تخضع منازعاتها للقضاء الإداري وتطبق عليها أحكام القانون الإداري وباعتبار العقد متعلق بإنشاء مرفق أو سيره فإنه يعتبر عمل إداري يخضع للقانون الإداري ونزاعاته يختص بها القضاء الإداري.

وكانت البداية مع قرار تيري Terrier الصادر عن مجلس الدولة في 1903/02/06 وتتلخص وقائع القضية في أن إحدى البلديات أعلنت عن مكافئة مالية لمن يشارك في حملة التخلص من الأفاعي باصطيادها وذلك نظرا لانتشارها وخطرها على حياة المواطنين.

قام السيد تيري بناء على ذلك باصطياد أفاعي، وعندما تقوم إلى مصالح البلدية فوجئ برفضها تسليمه مكافئة بحجة نفاذ الاعتمادات المالية.

لجأ تيري إلى القضاء الإداري مخاصما البلدية كونها خالفت شروط العقد الذي تم بينها وبين السكان.

وقد قدم مفوض الدولة روميو تقريره بشأن هذه القضية، أي اختصاص القضاء الإداري يخص كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرفق العام، سواء كان وطني أو محلي، والعقود التي تبرمها الإدارة في هذا الخصوص هي أعمال إدارية بطبيعتها.

وبناء على ذلك انتهى مجلس الدولة إلى تأكيد اختصاصه بنظر النزاع على أساس أو الوعد بجائزة تعتبر إيجابا من البلدية، وأن قيام السيد تيري باصطياد الأفاعي يعتبر قبولا، وعليه فإن عقد تم بين البلدية وتيري، وهذا العقد تعلق بمرفق عام (بلدية) ومن ثم تختص المحاكم الإدارية بنظره ويعتبر عمل إداري تطبق عليه أحكام القانون الإداري.

وقد ترتب عن ذلك أن اتسع نطاق اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وبسبب هذا المعيار المرن فكل عقد تتوافر فيه صفة التعلق بالمرفق العام، ورغبة الإدارة باتباع أساليب القانون العام يعتبر منن قبيل العقود الإدارية التي تختص به المحاكم الإدارية وهي ما يعرف بالعقود الإدارية بطبيعتها أي بتوافر شروطه دون حاجة إلى نص القانون على أنواع العقود الإدارية (العقود الإدارية بنص القانون).

المطلب الثاني تعريف العقد الإداري وتمييزه عن العقد المدني:

أولا تعريف العقد الإداري: يمكن تعريف العقد الإداري بأنه اتفاق ما بين جهتين إحداهما إدارية لإنجاز أعمال تتعلق بمرفق عام أو تسييره لصالح أحد أشخاص القانون العام، ووفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن العقد الإداري "هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه الإدارة نيتها الأخذ بأحكام القانون العام، بتضمين العقد بنود وشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية 1962/03/31 "إن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا، ومتصلا بمرفق عام، ومتضمنا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقدا إداريا يختص به القضاء الإداري".

ثانيا تمييز العقد الإداري عن العقد في القانون الخاص: العقد بصفة عامة هو اتجاه إرادتين أو أكثر إلى إحداث أثر قانوني أو تعديله أو إنهائه، ولا يخرج العقد الإداري عن ذلك ، ويتشابه العقد المدني مع العقد الإداري في نقاط عدة من بينها أنه يتمثل في توافق إرادتين بالرغم من أن تعبير الإدارة عن إرادتها يأخذ شكل عملية، مركبة غير أن العقد الإداري يتميز عن العقد المدني في عدة نقاط يمكن إجمالها في:

1- من حيث اعتماد وسائل القانون العام: فيعتمد الشخص العام عند إبرامه للعقود الإدارية وتنفيذها على وسائل وأساليب القانون العام، وتتمثل في سلطات لا وجود لمثيلها في القانون الخاص.

2- من حيث السلطات الممنوحة للمتعاقد مع الإدارة: فيمنح المتعاقد مع الإدارة حقوقا هو كذلك لا مقابل لها في القانون الخاص، كونه يعمل لتحقيق الصالح العام، ويعاون الإدارة في إدارة المرفق العام، مثاله: عقد تفويض المرفق يمنح للشخص تسيره وحينها تعطى له سلطات وحقوق لا مثيل لها في القانون الخاص.

3- من حيث مراكز أطراف العلاقة: ففي العقد المدني يحتل أطرافه مرتبة واحدة ولا امتياز لطرف على طرف، فلا يمكن تغليب مصلحة المستأجر عن المؤجر ولا البائع عن المشتري. أما في العقود الإدارية فبما أن إحدى أطرافه سلطة عامة (إدارة) فوجب الاعتراف لها بمركز متميز عن مركز المتعاقد معها، لكونها تهدف لتحقيق المصلحة العامة.

4- من حيث إجراءات الإبرام: بالنسبة للعقد المدني فيحكمه مبدأ حرية التعاقد، فيملك المتعاقد حرية كاملة في اختيار مع من يتعاقد وله واسع النظر في تحديد محتوى عقده.

بالنسبة للعقد الإداري فإن القانون تدخل وحدد كيفية إبرام عقد الإدارة وكيفية اختيار المتعاقد مع الإدارة، خاصة في عقد الصفقات العمومية، حيث على الإدارة السير وفق إجراء طلب العروض كأصل أو التراضي سواء البسيط أو بعد الاستشارة.
وفي حالة مخالفة هذه الإجراءات وأساليب التعاقد فإن ذلك يمكن أن يشكل جريمة إبرام صفقة مخالفة للتشريع بهدف منح امتيازات غير مبررة المعاقب عليها بالمادة 26 ف 1 ق 01-06.

5- من حيث الهدف من التعاقد: فالهدف من العقود في القانون الخاص (المدني) هو تحقيق مصلحة ذاتية، فالبائع من مصلحته الحصول على الثمن بينما المشتري مصلحته الحصول على الشيء المبيع.
أما العقود الإدارية فالهدف منها هو توفير الحاجيات العامة وتحقيق الصالح العام، فالإدارة عندما تتعاقد على بناء سكنات اجتماعية فإن الهدف منها توفير حاجيات المواطنين من السكن.
وعندما تبرم عقد تفويض مرفق نقل فإن الخدمة يستفيد منها المواطن عن طريق توفير النقل.

6- من حيث السلطات الممنوحة للإدارة: ففي العقد المدني الأطراف متساويين ولا يملك أي طرف سلطات اتجاه طرف الآخر.
بينما تمنح في العقود الإدارية للإدارة سلطة الإشراف وتوجيه والرقابة على تنفيذ العقد وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته وتعديل العقد بالإرادة المنفردة بل وحق الفسخ من جانبها دون اللجوء إلى القضاء.

7- من حيث الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع: فإذا قام نزاع متعلق بعقد مدني، فإن القضاء العادي هو من يختص بنظر هذا النزاع.
بينما النزاع المتعلق بالعقد الإداري كأصل عام يختص بنظره القضاء الإداري.

8- من حيث سلطة القاضي الفاصل في النزاع: فالمبدأ في الخصومة المدنية أن الخصومة ملك للأطراف وعلى القاضي أن لا ينحاز أي لا يتدخل في تقديم الدليل بل عليه فقط تقدير ما يقدمه للخصوم من أدلة.
كما أنه لا يملك أن يجبر الخصم على تقديم دليل ضد نفسه إلا في حالتين: حالة الدليل المشترك- والأمر بتقديم دفاتر التجار ليأخذ منها دليل ضد التاجر- وحالة تقديم الأدلة أمام القضاء فيجوز للقاضي أن يستعملها دليل ضد من قدمها، خارج هذه الحالات لا يمكن إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه.
أما في الخصومة الإدارية يستطيع جبر الإدارة على تقديم قرار وهو ما أشارت إليه المادة 819 ق ج ق إج إ وهنا يمكن أن يكون في هذا القرار ما يدين الإدارة.

المبحث الثاني

معايير تحديد العقد الإداري وأنواع العقود الإدارية

وسوف نتطرق إلى المعايير المحددة للعقد الإداري، ثم نبين أنواع العقود الإدارية.

المطلب الأول معايير تحديد العقد الإداري (معايير تمييز العقد الإداري): نظرا لعدم تحديد القانون لمفهوم العقد الإداري كتصرف قانوني تلجأ إليه الإدارة من أجل تسيير مرافقها العمومية وبغية إشباع حاجيات الأفراد، واكتفائه بذكر وتنظيم بعض الأنواع من هذه العقود وبالخصوص عقد الصفقة العمومية.

فإنه كان من اللازم البحث عن معايير تساهم في تحديد العقود الإدارية وتمييزها عن غيرها من العقود، وهو ما تولاه القضاء الإداري.

ووفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن العقد الإداري "هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه الإدارة نيتها الأخذ بأحكام القانون العام، بتضمين العقد بنود وشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية 1962/03/31 "إن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا، ومتصلا بمرفق عام، ومتضمنا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقدا إداريا يختص به القضاء الإداري".

وعليه من خلال هذه التعارف وغيرها فإنه لنكون أمام عقد إداري وجب توافر ثلاث شروط أو اجتماع معايير ثلاثة تتمثل في:

أولا- أن يكون أحد أطراف العلاقة شخص من أشخاص القانون العام.

ثانيا- اتصال (تعلق) العقد بمرفق عام.

ثالثا- أن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

رابعا- المعايير الأخرى المتعلقة بالعقود (الصفة العمومية).

أولا- أن يكون أحد أطراف العلاقة شخص من أشخاص القانون العام: ويعرف بالمعيار العضوي غير أنه في الجزائر ترد عليه استثناءات.

أ:(معيار عضوي): فلكي يكون العقد إدارية وجب أن يكون أحد طرفيه شخص معنوي عام، وهو ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا المصرية "أنه من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية، ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد أو الهيئات الخاصة".

ورجوعا لقانون الصفقات العمومية باعتباره قانون ينظم أهم أنواع العقود الإدارية، وليس أدل على ذلك من المبالغ المخصصة لإبرام هذا النوع من العقود فنجد المرسوم 247/15 في مادته السادسة نص على: لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة. - الجماعات الإقليمية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري.

عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة:

وعليه من خلال هذه المادة فنجد أن قانون الصفقات اشترط أن يكون أحد أطراف الصفقة، شخص من أشخاص القانون العام، ما عدا استثناء متعلق بالمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري (قانون التجارة) التي تعد من أشخاص القانون الخاص لا العام.

1- الدولة: ويدخل تحت هذا الوصف الأجهزة المركزية ذلك أن شخصيتها المعنوية من شخصية الدولة، وتشمل رئاسة الجمهورية – الوزارة الأولى – الوزارات المختلفة.

وقد كان المرسوم السابق 10-236 يشير إليها تحت مصطلح الإدارات العمومية ونظن أن مصطلح الدولة أدق كون أن مصطلح الإدارات العمومية واسع ويمكن أن يضم جهات أخرى.

2- الجماعات الإقليمية: وتشمل الولاية والبلدية.

2-1- الولاية: تعتبر جماعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلالية المالية وبذلك هي منفصلة عن شخصية الدولة.

وللولاية وجود مستقل مكرس بمختلف القوانين (القانون المدني 49، 50) وقانون الولاية لسنة 2012) في مادته الأولى.

وقد خضعت الولاية في عقودها لقانون الصفات وهو ما ورد في جميع القوانين المنظمة للصفقات المتعاقبة.

وتحتاج الولاية للدخول في معاملات عن طريق إبرام عقود لتحقيق برامجها التنموية وخدمة الجمهور.

ورجوعا للمادة 135 قانون 07/12 (الولاية) "تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها ذات الطابع الإداري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية".

2-2- البلدية: تعتبر البنية القاعدية في التنظيم الإداري وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وهي منفصلة عضويا وقانونيا عن الدولة الولاية.

3- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري: وقد عوض بهذا المصطلح مجموعة من المؤسسات المتخصصة المتمثلة في: مراكز البحث والتنمية- المؤسسات ذات الطابع العلمي والتكنولوجي- الهيئات الوطنية المستقلة.

تاريخيا خضعت المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري لقانون الصفقات العمومية كون أن نشاطاها لا يهدف للربح وبحكم تمويلها من الخزينة العمومية.

4- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري مع شرط التمويل عن طريق الدولة أو الجماعات المحلية: وتعتبر هذه الطائفة استثناء على خضوع أشخاص القانون العام فقط لقانون الصفقات العمومية، فقانون الصفقات متعلق فقط بأشخاص القانون العام (دولة، ولاية، بلدية، مؤسسات عمومية ذات طابع إداري).

والأصل أن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تخضع للقانون الخاص كأصل عام، وبذلك تخضع عقودها للقانون التجاري، وإذا حدثت خصومة أو منازعة بينها وبين الأفراد فإنها تخضع الاختصاص القضاء العادي.

لذلك هذا النزاع من المؤسسات عبارة عن تاجر يهدف لتحقيق الربح يخضع للقانون التجاري، ولا يتمتع بامتيازات السلطة العامة من إصدار القرارات بالإرادة المنفردة، ولا يتمتع بسلطات واسعة عند تعاقده كما أن عماله ليسوا بموظفين.

لذلك قطف هذه المؤسسات عند إبرامها لعقودها كأصل عام للقانون التجاري وهو ما عبر عنه مجلس الدولة الجزائري 2002/11/05.

"ولكن حيث أن المادة 59 ق 11/88 قد نصت على أن المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لا تخضع لمقتضيات الأمر رقم 90/67 المتعلق بالصفقات العمومية".

غير أنه إذا كانت العقود التي تبرمها هذه المؤسسات ممولة كليا أو جزئيا بصفة مؤقتة أو نهائية من طرف الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية فإنها تخضع لقانون الصفقات العمومية، وهذا يعتبر جزءا من الأصل.

والصلة في ذلك أن هذا النوع من المؤسسات عندما يتعاقد من ميزانيته فإنه يتعاقد وفقا للقانون التجاري باعتبارها تاجر.

أما عند تمويلها من طرف الخزينة العمومية (الدولة أو الولاية أو البلدية) فهنا وجب الخضوع لقانون الصفقات العمومية من أجل المحافظة على المال العام وترشيد إنفاقه.

ب - الاستثناءات: هناك طائفة من العقود بالرغم من أنها يمكن أن تبرم من طرف أشخاص القانون العام غير أنها لا يحكمها قانون الصفقات وقد ورد النص عليه بالمادة 7 من مرسوم 247/15 ونذكرها فيماي لي:

1- العقود المبرمة بين الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري: فالأصل أن عقود الهيئات والإدارات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري تخضع لقانون الصفقات، غير أن التعاقد فيما بين نفس هذه الجهات لا يخضع لقانون الصفقات العمومية، كونها لا يثير شبهة الفساد.

2- العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري، عندما تزاول نشاطك خاضعا للمنافسة: ويعتبر ذلك هو الأصل في عقودها حيث تخضع للقانون الخاص.

3- المتعلقة بالإشراف المنتدب: والمقصود بها تفويض صاحب المشروع، صاحب المشروع المنتدب، مشروع أو برنامج عن طريق اتفاقية الإشراف المنتخب لتنفيذ أو إنجاز كل أو جزء من المشروع أو البرنامج.

ويحكم هذه العملية المرسوم التنفيذي 19-320 المتعلق بالإشراف على المشروع والإشراف المنتدب على المشروع.

4- اقتناء أو تأجير العقارات: هذه لا تخضع لقانون الصفقات العمومية.

5- اتفاقيات مبرمة مع بنك الجزائر: وذلك راجع إلى أن أموال بنك الجزائر لذلك لا داعي من إخضاع عقود الإدارات مع بنك الجزائر لقانون الصفقات.

6- العقود الممولة من طرف الهيئات والمنظمات الخارجية: وذلك راجع إلى كون أن التمويل يتم من طرف هيئات أجنبية، لذلك تخضع هذه العقود الاتفاقية المبرمة مع الجهة الممولة.

غير أنه لم تتعارض بنود هذه الاتفاقية مع إخضاع هذا النوع من العقود لقانون الصفقات فلا مانع من إخضاعه له طبقا للمذكرة رقم 42 لسنة 2006 الصادرة عن المديرية العامة للميزانية.

7- خدمات الصلح والتحكيم: والصلح والتحكيم من بين طرق قضى النزاعات البديلة عن اللجوء إلى القضاء، يمكن أن تلجأ إليها الأشخاص العامة بالنسبة لعلاقاتها الاقتصادية الخارجية وبالنسبة للصفقات، غير أن إبرام عقود متعلقة بخدمات الصلح والتحكيم لا يخضع لقانون الصفقات العمومية.

8- العقود المبرمة مع المحامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل: ينظم مهنة المحاماة القانون 13-07 والذي يمنع على المحامي وفقا للمادة 12 منه السعي لجلب الزبائن أو القيام بالإشهار لنفسه أو بالإيجار بذلك وقد نصت المادة 24 من المرسوم 15-547 (ق.ص.ع.ج) على أنه إذا رغبت المصلحة المتعاقدة التعاقدية مع محامين فإنه تتبع في ذلك الإجراءات المكيفة.

9- المبرمة هيئة مركزية للشراء: وذلك حينما تتصرف هذه الهيئة المركزية بالحساب المصالح المتعاقدة فلا تخضع لقانون الصفقات العمومية.

ثانيا- اتصال العقد بمرفق عام: إن مجرد وجود الأشخاص العامة كطرف في العقد غير كافي لوحده لإضفاء الطابع الإداري على العقد، بل وجب أن يرتبط مضمون هذا العقد أو أن يكون الغرض منه تسيير مرفق عام أو تعلقه بمرفق عام.

والحقيقة أن تعلق العقد بتسيير المرفق العام أو إنشائه أو تنظيمه هو الذي يمنحه صفقة عقد إداري ذلك تعلق العقد بالمرفق العام هو الذي يبرر الامتيازات الممنوحة للإدارة والتي لا مثيل لها في القانون الخاص، ومرد ذلك لضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد.

ذلك أن السر وراء منع امتيازات الإدارة كطرف في العقد إنما يعود إلى كون الإدارة تهدف من وراء تعاقدها إلى تنظيم وسير مرفق عمومي بانتظام واطراد، ولو كان ذلك لخضعت عقودها للقانوني الخاص.

وقد ظهرت هذه النظرية على يد محكمة التنازع في قضية بلانكو عام 1973 حيث اعتبرت أن كل ما يتعلق بالمرافق العامة يعتبر عملا إداريا ويخضع للقضاء الإداري في منازعاته.

واستمر القضاء الفرنسي على تأكيد ذلك في أحكامه القضائية نذكر من ذلك:

- حكم الدولة الفرنسي 1935/10/25 وجاء "العقد الذي لا يتعلق أو لا تهدف لتنفيذ مرفق عام تعتبر من قبيل عقود القانون الخاص".

- حكم محكمة التنازع الفرنسية لـ 1955/03/27: "عقد الأشغال العامة يهدف تحقيق غرض من أغراض المرفق العام".

أما في مصر فنجد حكم المحكمة الإدارية العليا 1981/12/19: جاء فيه "تستمد الإدارة امتيازاتها في مجال العقود الإدارية، لا من نصوص هذه العقود، ولكن من طبيعة المرفق العام، واتصال العقودية، ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره بما يحقق المصلحة العامة".

أ- صور اتصال العقد الإداري بالمرفق العام: يأخذ اتصال العقد بالمرفق العام، عدة صور نذكر منها.

1- صورة تنظيم واستغلال مرفق عام: وهنا يتصل العقد بالمرفق حيث يتم إبرام العقد الإداري من أجل تنظيم المرفق وحسن سيره واستغلال ومن أجل العقود في هذا الصدد (متعلقة بتسيير واستغلال المرافق) عقد الامتياز، عقد التسيير، عقد تفويض المرفق العام.

لذلك اعتبرت الإدارية العليا بمصر أن عقد قصد به تسيير مرفق العلاج، فهو عقد تقديم خدمات لمر فق عام، والتزمت بموجب هذا العقد هيئة عامة بنفقات تعليم وإيواء طالبة، لتلتحق بالمستشفى لاحقا لمدة 5 سنوات يعتبر عقد إداري من حيث اتصاله بمرفق عام (تقديم خدمات).

2- صورة تقديم المعاونة في تسيير مرفق عام: هنا يتصل العقد بالرفق في صورة تقديم معونة لتسيير المرفق العام مثاله: عقد التوريد حيث يلتزم المورد بتوريد مواد الإدارة بهدف تسيير المرفق العام.

3-عقد خدمات: والهدف منه تقديم خدمات سواء مادية أو فكرية سير المرفق العام.

لذلك اعتبرت الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1968/05/18 أن عقد التأليف المبرم بين وزارة التربية والتعليم وبين بعض المؤلفين، هو عقد إداري لأنه يسلك في تسيير مرفق التعليم، وقد انطوى على شرط استثنائي.

ثالثا- أن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص: لا يكفي مجرد إبرام الشخص العام لعقد متعلق بمرفق العام ليعتبر عقدا إداريا، بل أكثر من ذلك وجب أن تظهر في ذلك نية الأخذ بوسائل القانون العام، أو بعبارة أخرى أن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

فبعد أن ساء ولفترة طويلة معيار المرفق العام، وكانت قواعد القانون الإداري متعلقة بالمرفق العام، بما فيها العقود الإدارية.

وذلك حينما كان هناك نوع واحد من المرافق وهي المرافق الإدارية وعليه كان يكفي أن يتصل العقد بمرفق عام حتى يكون إداريا، وذلك لكون أن المرافق الإدارية تخضع للقانون العام وحده.

لكن بعد ظهور أنواع جديدة من المرافق العامة، ممثلة في المرافق الاقتصادية التي لا تخضع للقانون العام (الإداري) بل تخضع للقانون الخاص، بما فيها عقودها التي يحكمها القانون الخاص.

ومن هنا لم يعد معيار المرفق العام وحده كافي لتحديد نطاق القانون الإداري ولم تعد كل العقود المرتبطة بالمرفق العام تعتبر من قبيل العقود الإدارية، فكان لابد من إضافة معيار جديد وهو معيار رغبة الإدارة في اللجوء إلى قواعد القانون العام ومعنى ذلكم تضمين عقودها شروط لا مثيل لها في القانون الخاص.

وهذا ما نجده في حكم الإدارية العليا في 1961/05/13: "من المسلم به أن العقد الإداري تميز باحتوائه على شروط غير مألوفة في العقود المدنية، الغرض منها ضمان حسن سير المرافق العامة، ومن ثم فإن البند الذي يخول الإدارة الحق في توقيع العقوبات زعلى المخالف جائز قانونا".

وتعرف الشروط الغير مألوفة: بأنها تلك الشروط التي تمنح أحد طرفي العقد حقوقا أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يتحملها المتعاقد في نطاق القانون الخاص.

ونجد أمثلة هذه البنود والشروط لغير مألوفة في القانون الخاص.

1- حق الإدارة في إعطاء الأوامر والتوجيهات والتعليمات للمتعاقد معها لضمان تنفيذ التزامه على أكمل وجه خلال الآجال المحددة م 147 فقرة 5.

2- حق الإدارة في اللجوء إلى فسخ العقد بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى الإذن من القضاء.
وهو ما نجده في نص المادة 149: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد".
وكذلك أضافت المادة 150: "أنه يجوز للإدارة (المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة حتى دون خطأ من المتعامل المتعاقد".
3- حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية.
مثاله نص المادة 147 ق ص ع ج التي نصت على أنه: "ينجر على عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية".
رابعا- المعايير الأخرى: سوف نتطرق من خلال هذا العنوان إلى معايير أخرى متعلقة بأهم العقود الإدارية التي نظمها القانون الجزائري وهي عقد الصفقة العمومية، وتتمثل هذه المعايير في المعيار الشكلي (الكتابة) والمعيار المالي المتعلق بالسقف المالي لإبرام عقد الصفقة، أما بالنسبة للمعيار الموضوعي فتتطرق إليه ضمن عنوان مستقل متعلق بأنواع العقود الإدارية.
أ- المعيار الشكلي (الكتابة): لقد ساد في القديم رأي يعتمد على عنصر الشكلية للتمييز بين العقود الإدارية وبقية العقود الأخرى غير أن هذا الرأي قد تم هجره لكونه مبالغا فيه.
وقد ذهبت لذلك محكمة القضاء الإداري المصرية بأن المدعى عليه بتقديمه إلى الحكومة للحصول على أذونات لتسلم الدقيق لمصنع المعكرونة، يكون في الواقع قد قبل جميع ما نصت عليه القرارات الوزارية والأوامر الخاصة بصناعة هذا الصنف وعليه يكون قد نشأ بينه وبينها عقد إداري غير مكتوب.
لكن هذا الكلام غير ذي سند في العصر الحالي، كون أن العقد غير المكتوب غير مألوف في المجال الإداري، وذلك راجع إلى جنوح الإدارة إلى كتابة عقودها، وذلك من أجل سهولة التصرف على بنود العقد وتجنب ما قد ينشأ عن الاختلاف حولها.
في فرنسا: نجد قانون الصفقات الفرنسي يشترط أن يتم كتابة الصفقات العمومية وينص على وثائق عديدة مكتوبة تستخدم عند إبرام الصفقة بل أكثر من ذلك حرص القانون الفرنسي على وجوب أن الكتابة باللغة الفرنسية.
في مصر: أوجب قانون المناقصات والمزايدات بالمادة 32 وجوب تحرير العقد حتى بلغ قيمة 50 ألف جنيه أما ما قل عن ذلك فيجب إقرار مكتوب من المتعاقد.
في الجزائر: فنص المادة 2 من المرسوم 15-247 نصت بوضوح على أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة.
دور الحكمة من اشتراط الكتابة هي سهولة التصرف على بنود العقد بكل سهولة مما يخيب في حالة النزاع الإبهام في التعرف على بنود العقد.

كما أن الإدارة تنظيمها يفرض أن تكون تعاملاتها موثقة لتسهيل الرقابة عليها وذلك في قرارا له صادر بتاريخ 2001/05/14 متعلق بنزاع بلدية بوزريعة/ مقاولة وجاء فيه من "من المقرر قانونا وفقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي 91-494 (تقابلها المادة الأولى من المرسوم 247/15) فإنها تعتبر الصفقات العمومية عقودا مكتوبة وأنه يلزم تحت طائلة البطلان أن تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر، بما يستفاد منه أن الكتابة شرط لانعقاد الصفقة العمومية وتتعلق بالنظام العام.

وقد ورد في المادة 95 ق. ص. ع. ج مجموعة من البيانات وجب أن يتضمنها عقد الصفقة العمومية.

ب- المعيار المالي: من أجل منح مرونة أكثر على عقود الإدارة فإن القانون لم يساوي بين جميع عقودها بل تطلب ضرورة اتباع مجموعة من الإجراءات الإبرام الصفقة العمومية إذا بلغت حدا ماليا معينا، أما ما قل فيخضع وإجراءات أخرى، وهو ما يعرف بالحد المالي.

وقد حددت المادة 13 من ق. ص. ع. ج هذه الحدود المالية.

بالنسبة لصفقات الأشغال والتوريدات (اللوازم ما يزيد القيمة التقديرية عن 12000.000 دج.

بالنسبة لصفقات الخدمات والدراسات ما يزيد قيمتها التقديرية عن 6000000 دج.

وأعطت المادة 22 لوزير المالية سلطة تحيين هذه المبالغ وفق معدل التضخم المسجل رسميا.

بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم: التي تقل قيمتها عن 12000000 دج وتزيد عن 1000000 دج.

بالنسبة لصفقات الخدمات والوريدات التي تزيد قيمتها عن 500.000 دج ونقل عن 6000000دج.

فإنها تبرم وفق الإجراءات المكيفة، عن طريق إشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلة لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

إذا تكررت هذه العمليات لأكثر من مرة في السنة المالية وتعدت السقف المالي المطلوب لإبرام صفقة فيتم إبرام صفقة تدرج فيها الطلبات السابقة وتعرض على هيئات الرقابة الخارجية.

بالنسبة للمبالغ المالية التي نقل عن 1000000 دج بالنسبة للأشغال واللوازم و500000 دج بالنسبة للدراسات والخدمات.

فهذه لا تكون محل استشارة وجوبا وإنما يتم اللجوء مباشرة إلى متعامل اقتصادي الأحسن جون شكليات ولا استشارات.

مع مراعاة اللجوء إلى نفس المتعامل الاقتصادي، عندما يمكن تلبية الخدمات من طرف متعاملين اقتصاديين آخرين.

المطلب الثاني:أنواع العقود الإدارية.

- عادة ما يميز الفقه بين نوعين من العقود الإدارية، النوع الأول عقود إدارية مسماة سماها القانون وخصص لها أحكام خاصة بها.
نوع ثاني غير مسماة لم يخصص لها أحكام مستقلة بها.
وسوف نتطرق إلى بعض أنواع هذه العقود بالخصوص في القانون الجزائري بداية بعقد الصفقة العمومية وكذلك عقد تفويضات المرفق العام الذي يعتبر من بين التدابير الجديدة التي جاء المرسوم 15-247.
وسوف نبدأ بعقد الصفقة ثم عقد تفويضات المرفق العام.
أولا- أنواع الصفقات العمومية: رجوعا للمادة 29 ق. ص. ع. ج نجده حدد أربعة أنواع اعتبرها تدخل ضمن عقود الصفقات العمومية وتشمل:
- صفقة إنجاز الأشغال العامة. - صفقة اقتناء اللوازم (توريد).
- صفقة تقديم خدمات. - صفقة إنجاز الدراسات.
أ- صفقة إنجاز الأشغال العامة: حاول القانون بالمادة 29 من ق.ص.إعطاء تعريف لعقد صفقة إنجاز الأشغال العامة بأنها "تهدف إلى إنجاز منشأة أم أشغال بناء و هندسة مدنية من طرف مقاول".
والحقيقة أن هذا ليس بالعريف وإنما هو هدف صفقة الأشغال، وعرفه الفقه بأنه "اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لمصلحة شخص عام في نظير مقابل مالي".
وعليه وجب توافر ثلاث عناصر:
العنصر الأول: أن ينصب موضوع العقد على عقار: فيشترط عقد الأشغال العامة أن سنصب موضوعه على إنشاء أو ترميم أو صيانة أحد العقارات العامة، وعليه إذا انصب موضوع العقد الإداري على منقول حتى وإن كان من الأموال العامة، فإن العقد لا يعتبر عقد أشغال عامة.
العنصر الثاني: أن يتم العمل لحساب شخص معنوي: إضافة إلى وجوب تعلق العقد بعقار فإنه ليكون العقد إداري عقد أشغال عامة، وجب أن يتم العمل الوارد على العقار لمصلحة شخص معنوي عام كدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات طابع الإداري.
العنصر الثالث: أن يكون الفرض من الأشغال موضوع العقد تحقيق النفع العام: فالهدف من العقد الإداري عموما والصفقة بالخصوص هو تحقيق وتلبية حاجيات الأفراد ولاشك أن عقد الأشغال العامة هدفه هو تحقيق المصلحة العامة.
وإذا اجتمع في عقد واحد أشغال عمومية والخدمات أو غيره فإنه يعتبر عقد أشغال إذا كان الموضوع الرئيسي للصفقة متعلق بأشغال.
ب- صفقة اقتناء اللوازم (عقد التوريد): جاء في المادة 29 ف 6 أنه "تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجاز بخيار أو دون خيار الشراء من طرف

المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد"

وعرفه الفقه بأنه عقد بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة لشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل صمن معين.

ومن هنا فقد التوريد ينصب على منقول، كما أنه عقد تنفيذه يتم دوريا أي أن توفير اللوازم يتم دوريا بصفة متكررة.

ج- صفقة (عقد) إنجاز الدراسات: لم يتم الإشارة لهذا النوع من الصفقات في قانون 67-90 و 82-145 والمرسوم التنفيذي 91-434.

غير أن المرسوم الرئاسي 02-26 نص عليه صراحة في المادة 3 منه وعلى نفس المنوال سار المرسوم 10-236 والمرسوم الحالي 15-247.

وعرفته المادة 29 ف 10 ق. ص. ع "تهدف الصفقات العمومية للدراسات إلى إنجاز خدمات فكرية".

ثم فصلت الفقرة التالية لها بأن تشمل مهمات المراقبة التقنية أو الموثقية والإشراف على إنجاز الأشغال ومساعدة صاحب المشروع.

د- صفقات الخدمات: وهي اتفاق بين الإدارة المتعاقد وشخص آخر (معنوي أو طبيعي) بقصد توفير خدمات للإدارة تتعلق بسير المرفق مقابل نظير مالي.

ثانيا- صور تفويض المرفق العام: من بين الإضافات التي جاء بها المرسوم الجديد 15-247 هي خصص الباب الثاني لنوع جديد من العقود وهو تفويض المرفق العام.

وجاء في المادة 207: "أنه يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، ويتم التكفل بأجر المفوض له أساسا من استغلال المرفق العام".

وقسمت المادة 210 ق. ص. ع. ت. م. ع وبينت صور تفويض المرفق العام وتتمثل في الامتياز- الإيجار- الوكالة المحفزة- التسيير.