

جامعة مولود معمري تيزي وزو
كلية الحقوق و العلوم السياسية
مدرسة الدكتوراه للقانون و العلوم السياسية



تقييم دور الرقابة القضائية على منازعات الصفقات العمومية

رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون

تخصص: قانون

تحت إشراف:
أ. د / معاشو عمار

إعداد الطالبة:
شريف سمية

لجنة المناقشة

أ.د/ بوبشير محند امقرن، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....رئيسا
أ.د/ معاشو عمار، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....مشرفا ومقررا
د/ بركاني اعمر، أستاذ محاضر أ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.....ممتحنا
د/ بودة محند واعمر، أستاذ محاضر أ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.....ممتحنا
د/ هنوني نصر الدين، أستاذ محاضر أ، جامعة علي لونيبي البلدية.....ممتحنا
د/ قلي أحمد، أستاذ محاضر أ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2021/10/21

إهداء

إلى من كانا سبب وجودي في هذه الحياة، و سبب تعلقي
وحبي لطلب العلم والمعرفة، امتنانا، تقديرا، وعرفانا

والدي الكريمين،

إلى إخوتي و أخواتي: عبد الغاني، زهية، فهيمة،

جمال الدين، أحمد،

إلى أبناء أخوتي: مروة، ملاك، محمد، و رسيم،

إلى زميلتي وصديقتي الدكتورة حوت فيروز

أهدي ثمرة جهدي

سمية 

كلمة شكر

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

أشكر الله تعالى الذي بلغني لهذا وما كنت لأبلغه لولا
نعمته وفضله علي.

كما أتقدم بعظيم الشكر والامتنان إلى الأستاذ "عمار
معاشو" لقبوله الإشراف على هذه المذكرة وتعهدها
بالتصويب والتصحيح في جميع مراحلها.
فجزاه الله عني كل خير

سمية



قائمة أهم المختصرات

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

OPU: Office de publications universitaires.

RFDA : Revue française de droit administratif.

RDI : Revue de droit public.

J F F S A E R : JOURNAL FORUM FOR STUDIES AND ECONOMIC RESEARCH.

مقدمة

يكتسب نشاط الإدارة العامة في دولة نامية أهمية خاصة، فالدول السائرة في طريق النمو لها خصائص مشتركة لعل أبرزها طابعها التدخلية، حيث تُبقي الدولة على كاهلها مهام تلبية حاجات الجمهور وتحقيق التنمية وتحسين الخدمة العمومية وتقريبها من المواطن، ولا يسمح للقطاع الخاص أو المبادرة الفردية إلا بدور محدود في هذا المجال.

لم تخرج الدولة الجزائرية عن هذه القاعدة، فرغم بواذر الانفتاح الاقتصادي وتحرير المبادرة الفردية، إلا أن سمات الدولة المتدخلة لا تزال واضحة معالمها، ولا تزال الإدارة العمومية بنشاطها ووسائلها محور الحياة الاجتماعية والاقتصادية في الدولة.

إن اتساع نشاط الدولة يزيد من فرص احتكاكها بالأفراد الطبيعية والمعنوية، فاتسعت رقعة المنازعات بين الطرفين، وظهرت ضرورة وضع نظام حمائي، لفائدة الأشخاص العادية من تجاوزات الإدارة وتعسفها في استخدام وسائل نشاطها.

تعددت بذلك أشكال الرقابة المفروضة على الإدارة والمتمثلة في الرقابة الإدارية، الرقابة السياسية والرقابة القضائية، وبالرغم من تنوع مظاهر ووسائل الرقابة الإدارية والسياسية، إلا أنه تقليديا عرفت الرقابة القضائية بأنها الرقابة الأكثر فعالية وحسما في وقف تجاوزات الإدارة، نظرا لتعدد مزاياها المتمثلة أساسا في إجبار الإدارة على احترام القانون وكذا جبر الأضرار التي تسببها للأشخاص العادية.

تعد رقابة القضاء على أعمال ونشاطات الإدارة العامة قيمة اجتماعية وقانونية، بل إنها معيارا للحكمة، وهي رقابة أصلية، وقاعدة دستورية، تستمد أساسها من الدستور مباشرة حيث تنص المادة 168 من الدستور 1996: "ينظر القضاء في الطعون في قرارات

السلطات الإدارية⁽¹⁾.

تستمد الرقابة القضائية فعاليتها من خصائصها كرقابة خارجية ومحاييدة واسعة النطاق إذ تشمل معظم تصرفات الإدارة، وقد شكلت هذه المزايا ضمانات شجعت الأفراد على اللجوء إليها في كل نزاع مع الإدارة.

أصبح القضاء الإداري في الجزائر منذ تكريس نظام الازدواجية القضائية ههما مستقلا إلى جانب هرم القضاء العادي، يختص بالرقابة على ما تقوم به الإدارة من أعمال مادية، وما تصدر من تصرفات قانونية، بالنسبة للأعمال المادية، فهي الأعمال التي لا تهدف الإدارة من خلالها إلى إحداث أثر قانوني، أما التصرفات القانونية فهي التصرفات التي تهدف إلى إحداث تغيير في المراكز القانونية، تصدر الإدارة تصرفاتها القانونية إما بإرادتها المنفردة، وهنا نكون أمام قرار إداري، كما قد يكون التصرف القانوني صادرا بتوافق إرادتين، ويتعلق الأمر في هذه الحالة بالعقد الإداري.

تعتبر الصفقات العمومية النموذج الأكثر شيوعا للعقود الإدارية في الجزائر، ويرجع ذلك لسببين أساسيين: كثرة لجوء الإدارة في الحياة العملية لهذا النوع من العقود، فالدولة وجدت في أسلوب الصفقات العمومية الوسيلة المثلى لتحقيق النمو البشري الاقتصادي والاجتماعي، عن طريق استغلال مداخل المحروقات في إنجاز البرامج التنموية التي هدفت إلى وضع بنية تحتية وتحسين خدمة المرافق العامة.

(1) - دستور الجزائر لسنة 1996، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بنشر نص الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بالقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل 2002، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 36، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 16/01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر عدد 14 صادر في 07/03/2016، معدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 في ج ر ج د ش، ج ر عدد 82 صادر في 30 ديسمبر 2020.

ولكون الصفقات العمومية من أكثر العقود التي لقيت اهتماما من المشرع، فهي من العقود القليلة المسماة التي حظيت بتنظيم قانوني خاص، فقد عرف التنظيم الجزائي أول قانون للصفقات العمومية بموجب الأمر 67-90⁽¹⁾، ثم توالى النصوص القانونية، حيث ألغى هذا الأمر وحل محله المرسوم 82-145⁽²⁾ الذي تم إلغاؤه بصدر المرسوم التنفيذي 91-434⁽³⁾ ثم ألغى وحل محله المرسوم الرئاسي 02-250⁽⁴⁾، الذي وضع المنظم- انطلاقا منه- عرف وضع أحكام الصفقات العمومية في قالب تنظيمي متمثل في مرسوم رئاسي، وقد استمر العمل به إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي 10-236⁽⁵⁾، هذا الأخير ميزته سمة التعديلات المتلاحقة فكان آخرها سنة 2013، ليتم أواخر سنة 2015 إلغاؤه كليا واستبداله بالمرسوم الرئاسي 15-247⁽⁶⁾ الساري المفعول حاليا.

ميز المرسوم الرئاسي الأخير التطور الواضح الذي أحدثه في مجال تنظيم الصفقات العمومية بسبب حجم وعمق التغيرات التي حملها في طياته.

(1) - أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر، عدد 52، صادر في 27 يونيو 1967، (ملغى).

(2) - مرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 10 أبريل 1982، يتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج ر عدد 15، صادر في 13 أبريل 1982، معدل ومتمم (ملغى).

(3) - مرسوم تنفيذي رقم 91-434، مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57، صادر في 11 نوفمبر 1991، معدل، (ملغى).

(4) - مرسوم رئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، صادر في 28 جويلية 2002، معدل، (ملغى).

(5) - مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، صادر في 7 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 1 مارس 2011، ج ر عدد 14، صادر في 6 مارس 2011، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 11-222، مؤرخ في 16 يونيو 2011، ج ر عدد 34، صادر في 19 يونيو 2011، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23، المؤرخ 18 يناير 2012، ج ر عدد 4، صادر في 26 يناير 2012، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03، مؤرخ في 7 يناير 2013، ج ر عدد 2، صادر في 13 يناير 2013.

(6) - مرسوم رئاسي 15/247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، صادر في 20 سبتمبر 2015.

تهدف هذه التعديلات بوجه عام، إلى تحقيق غايتين: تحديث وتطوير نظام الصفقات العمومية حتى يواكب ما توصلت إليه التشريعات المقارنة، من جهة، وإحكام الرقابة بمختلف أنواعها على الصفقات العمومية من أولى مراحل إبرامها إلى نهاية تنفيذها من جهة أخرى. وإن كان تعديل أو استبدال تنظيم الصفقات العمومية بآخر مسألة جد مألوفة لدى المنظم، بالنظر إلى التطور التاريخي لتنظيم الصفقات المشار إليه، إلا أن المرسوم الرئاسي الأخير 247/15، له أثره الخاص بالنظر لحجم التطورات التي حملها في طياته، بل إنه أحدث تغييرات في مسائل اعتبرت من الثابت في جميع تنظيمات الصفقات العمومية منذ الاستقلال.

فعند الحديث عن رفع التنظيم الجديد الحدود المالية أو العتبة المالية لإبرام الصفقات، لتصبح أكثر من اثني عشر مليون دينار لصفقات الأشغال أو صفقات اللوازم، وأكثر من ستة ملايين دينار لصفقات الخدمات أو صفقات الدراسات⁽¹⁾، فهذا ليس بالتغيير الجذري، فهو مجرد مسايرة لتطور المؤشرات الاقتصادية، فليس له أسباب ودوافع قانونية إنما نتيجة حتمية لعوامل التضخم وتأثيراته على قيمة العملة الوطنية.

لكن ما يعد غير مألوف، تلك المستجدات التي مست إبرام ورقابة وتنفيذ الصفقات حيث نجد بداية، وقبل الاطلاع على مضمون المرسوم الرئاسي 15-247، أنه لأول مرة لم يعد للصفقات العمومية تنظيم خاص مستقل، إنما جمع المنظم نوعين متميزين من العقود الإدارية في نص قانوني واحد، وهي تفويضات المرفق العام إلى جانب الصفقات العمومية.

أما بالاطلاع على مضمون أحكامه، فإن المتغيرات المستجدة عديدة لعل أبرزها: -ضبط المصطلحات بشكل يضمن مسايرة التطورات القانونية والتسميات المعتمدة في القوانين المقارنة، ولعل أفضل مثال لذلك الاستغناء عن مصطلح "المناقصة" -الذي طالما كان محل انتقاد من الباحثين والمختصين - واعتماد مصطلح "طلب العروض".

(1) - المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15.

-توسيع مجال تطبيق تنظيم الصفقات قانون الصفقات العمومية، عن طرق إضفاء الشمولية على المبادئ الأساسية التي تحكم إبرام الصفقات العمومية لتشمل كل أشكال الطلب العمومي.

-إدخال مفاهيم جديدة تضمن مرونة إبرام الصفقات العمومية كالإجراءات المكيفة وإنجاز الخدمة قبل إبرام الصفقة.

-إعادة هيكلة و/أو استحداث هيئات ولجان الرقابة الداخلية والخارجية وكذا هيئات فض النزاعات، وهي تغييرات عديدة لعل أبرزها استحداث سلطة ضبط في مجال الصفقات العمومية تحت تسمية: "سلطة ضبط الصفقات وتفويضات المرفق العام"، كوجه جديد لإشراف ورقابة الدولة على مجال الصفقات العمومية.

تحتل الصفقات العمومية في الجزائر مكانة مميزة، بل كانت ولا تزال المرآة العاكسة لوضع الاقتصاد الوطني، فمنذ السنوات الأولى للاستقلال إلى يومنا هذا ارتكزت السياسة الاقتصادية والتنمية للدولة الجزائرية على الصفقات العمومية كأداة قانونية لتنفيذ المشاريع والمخططات الحكومية، الأمر الذي أدى إلى تأثر الصفقات العمومية بميزانية الدولة وبالتحديد مداخلها.

فقد ازدهر مجال الصفقات في فترات ارتفاع أسعار المحروقات، حيث شهدت فترة السبعينات من القرن الماضي على سبيل المثال توسع في اللجوء إلى الصفقات العمومية في الجزائر في صيغة "عقود المفتاح باليد"، ليتكرر الأمر مع بداية الألفية الثالثة حيث بلغت أسعار المحروقات أعلى قيمة لها وعرفت الجزائر تحسنا كبيرا في وضعها المالي، فكان التوجه نحو توسيع الإنفاق العام للخروج من الأزمة، حيث شهدت الفترة الممتدة من 2001 إلى 2014 برمجة العديد من المشاريع التي لا يمكن إنجازها إلا باللجوء إلى المتعاملين الخواص، وطنيين أو دوليين وبالتالي الارتباط بالصفقات، وهذا من أجل إنشاء بنية تحتية تكون ركيزة لبناء اقتصاد وطني متين.

بالمقابل ظهر أثر في فترات الانكماش الاقتصادي للدولة -بدوره- على مجال الصفقات العمومية، وإن ترجم هذا الانكماش في السابق بخفض نفقات التجهيز وتضييق نطاق اللجوء إلى الصفقات، إلا أنه خلال أزمة انهيار أسعار المحروقات لسنة 2014، حيث شهد النصف الثاني من عام 2014 فقدان أسعار النفط لجزء هام من قيمتها منذ 20 جوان حتى منتصف ديسمبر من نفس السنة.

حاولت الدولة الجزائرية التخفيف من وطأة الأزمة على مجال الصفقات العمومية، وذلك بالاتجاه نحو ترشيد الإنفاق ومحاربة مظاهر التبذير فيه بدل إلغائه، حيث ظهرت ضمن أحكام المرسوم الرئاسي 247/15 مفاهيم "عقلنة الإنفاق العمومي" و"الاستعمال الحسن للمال العام" للحد من مظاهر التقشف وخفض الإنفاق.

عرفت الصفقات العمومية على مر المراحل المتعاقبة تطورا ملحوظا، نظرا لتغير التوجهات الاقتصادية والاجتماعية للدولة، فلم تعد تلك العقود الإدارية التقليدية البسيطة، تجسد هذا التطور في مظهرين أساسيين:

أولهما: أصبحت الصفقات العمومية من أكبر قنوات صرف الأموال العمومية، يظهر ذلك من خلال الأغلفة المالية الضخمة المخصص لها، فقد عرفت الجزائر مشاريع وصفت بصفقات القرن صرفت فيها مبالغ قياسية، اجتذبت إليها أكبر الشركات الدولية.

ثانيهما: طغيان الجانب الاقتصادي والاجتماعي على الصفقات العمومية، الأمر الذي كانت له انعكاسات على المنظومة القانونية للصفقات، يظهر ذلك بوضوح من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 الذي كرس حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات كمبادئ جوهرية وجب مراعاتها لضمان نجاعة الطلبات العمومية والحفاظ على المال العام، بل إنه فرض تطبيق هذه المبادئ على كافة الطلبات الممولة بالأموال العمومية مهما كانت قيمتها.

أثرت مظاهر التطور الذي عرفته الصفقات العمومية بشكل مباشر على رقابة القضاء على منازعاتها، ورفعت حجم التطلعات والتحديات المنتظرة من القاضي الإداري، فنظرا

لارتبط الصفقات بالخزينة العمومية، فقد أنيط بالقاضي الإداري الرقابة على مدى احترام الإدارة للمبادئ التي تحكم إبرام الصفقات، أصبح ينتظر منه أن يلعب دورا أساسيا في الرقابة على المال العام بالتأكد من الرشد في استعمال المبالغ المالية المخصصة لإنجاز الصفقات، والتأكد من احترام طرق وإجراءات الإبرام وفقا للنصوص السارية، واستفادة كل متنافس من حظوظه الكاملة لنيل الصفقة.

بشكل عام يتأكد القاضي الإداري من أن إبرام الصفقة يسير وفق الطريق الذي رسمه المشرع لهذه العملية، كل هذا فضلا عن دوره التقليدي في الفصل في مختلف المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية.

تعد المنازعة الناشئة عن صفقة عمومية، منازعة إدارية وفقا للمعيار العضوي المكرس كمعيار أساسي لتحديد الطبيعة الإدارية للمنازعة، إذ تنص المادة 800 من القانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها"⁽¹⁾.

كما حددت المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 15-247 أشخاص العامة المؤهلة بإبرام صفقات عمومية بنوع من التفصيل. وبالنتيجة يمكن التأكيد على الطابع الإداري لمنازعات الصفقات العمومية وبالتالي انعقاد الاختصاص للقاضي الإداري للنظر والبت فيها.

غير أنه ينافس القاضي الإداري في الجزائر في مجال رقابة وفض منازعات الصفقات العمومية العديد من الهيئات والوسائل البديلة، فنجد أولا بالنسبة للهيئات القضائية، القاضي العادي الذي يختص بالرقابة على جانب هام من المنازعات التي تثيرها الصفقات العمومية،

(1) - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

ويتعلق الأمر باختصاص القاضي الجنائي بالرقابة على جرائم الصفقات العمومية، الذي تأكد منذ صدور الأمر 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽¹⁾، كما نجد سلطتي ضبط تختصان بالرقابة على مجال الصفقات وهما مجلس المنافسة، وكذا سلطة ضبط المنشأة خصيصا للإشراف على مجال الصفقات (سلطة ضبط الصفقات وتفويضات المرفق العام)، كما نجد هيئات رقابة المال العام متمثلة في مجلس المحاسبة ومختلف مصالح وزارة المالية.

كما سمح المشرع من خلال المادة 1006 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، باللجوء إلى الطرق البديلة لفض النزاعات، باتفاق الأطراف على الالتجاء إلى هيئات التحكيم الدولية.

في ظل هذا التعدد غير المسبوق لهيئات وآليات الرقابة وفض النزاعات في مجال الصفقات العمومية، أصبح من الأهمية بمكان إجراء دراسة تقييمية نقدية لدور القضاء الإداري في فض منازعات الصفقات العمومية.

تعد المواضيع والإشكالات التي تثيرها الصفقات العمومية على تنوعها، مجالا خصبا للمناقشة والدراسة لأكثر من سبب:

- الأهمية العملية للصفقات العمومية في بلادنا، الناتجة عن كثرة لجوء الإدارة للصفقات، فقد أصبح مصطلح الصفقات العمومية من أكثر المصطلحات شيوعا، لا يقتصر استعماله على الباحثين والمختصين، بل إنه مادة إعلامية هامة للصحافة الوطنية، وحتى المواطن البسيط.

- ظاهرة اللامن لقانون الصفقات العمومية، التي تتطلب ضرورة متابعة التطور المستمر للمنظومة القانونية للصفقات العمومية ومسايرة مستجداتها، فالمشرع الجزائري قد

(1) - قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، ج ر عدد 14 الصادر في

08 مارس سنة 2006، معدل و متمم بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد 50، صادر في 1

سبتمبر 2010.

اهتم بالتنظيم القانوني للصفقات العمومية اهتمام لم يحظى به أي عقد إداري آخر، ولا أدل على ذلك ترسانة النصوص القانونية التي نظمت الصفقات العمومية منذ الاستقلال، الأمر الذي جعل من الصفقات العمومية كمادة بحث موضوعا متجددا لا يعرف الجمود.

- عدم وصول القضاء الإداري في الجزائر إلى بلورة اجتهاد قضائي واضح وثابت للإشكالات التي تثيرها منازعات الصفقات العمومية، فرغم معالجته للعديد من المسائل المرتبة بالصفقات العمومية من خلال القضايا التي عرضت عليه، غير أنه على عكس القضاء الإداري في فرنسا ومصر لم تعرف العديد من الإشكالات التي تثيرها الصفقات العمومية موقفا واضحا للقضاء الإداري، وهو ما يدعوا إلى تسليط الضوء على هذه المسائل، إما بمحاولة تحليل النصوص القانونية أو الاطلاع على ما توصلت إليه الأنظمة القضائية المقارنة.

تتعدد الأسباب لاختيار هذا الموضوع أهمها، الضرورة العملية، إذ يواجه مختلف الفاعلين في مجال الصفقات العمومية، من أعوان الإدارة المكلفين بعمليات الإبرام، متابعة التنفيذ والرقابة على الصفقات، وكذا المتعاملون الاقتصاديون، إشكالات عملية لا حصر لها، مردها حالات غموض النصوص أو عموميتها أو عدم تطرقها لبعض المسائل، الأمر الذي يجعل من الأهمية بمكان وضع دراسة تصنيفية للنزاعات التي يمكن أن تثيرها الصفقات العمومية، ثم تحديد سبل الطعن القضائي المناسبة لها، حتى تكون مرشدا عمليا لمختلف هؤلاء الفاعلين.

- متابعة تطور تنظيم الصفقات العمومية ودراسة المستجدات التي جاء به المنظم، لتقييمه وتحديد نقاط القوة والضعف فيه.

- وعلى غرار أي دراسة، تهدف هذه الرسالة إلى إثراء المكتبة القانونية، في مجال من الأهمية بمكان، وهو مجال الصفقات العمومية.

الإشكالية المطروحة تتمثل في: مدى نجاعة رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية.

تتطلب خصوصية الموضوع المتمثلة في ارتباطه بجوانب نظرية بحتة وأخرى عملية، اللجوء إلى عدة مناهج للبحث، بدأ بالمنهج الوصفي، الملائم لإبراز أهم جوانب النظرية العامة للعقود الإدارية، أما دراسة النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية، وكذا الاجتهادات القضائية لمجلس الدولة الجزائري فقد تطلبت اللجوء إلى المنهج التحليلي.

وبالنظر لخصوصية تنظيم الصفقات العمومية، كان من الضروري الاستعانة بالمنهج المقارن للاطلاع على النصوص القانونية المقارنة ومعرفة ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في الأنظمة القضائية المقارنة، وللوقوف على تطور المنظومة القانونية للصفقات العمومية في الجزائر، فضلا عن إتباع المنهج التاريخي لإبراز التطور الذي عرفه التنظيم القانوني والاجتهاد القضائي في مجال منازعات الصفقات العمومية.

تقتضي إن تقييم رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية التطرق إلى مسألتين: رقابة القاضي الإداري على منازعات إبرام الصفقات العمومية (الباب الأول)، من خلال دراسة النظام القانوني للتصرفات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة خلال مرحلة إبرام الصفقة، وتحديد طبيعة رقابة القضاء الإداري على هذه التصرفات.

وكذا التطرق إلى رقابة المنازعات التي قد تثور في مرحلة التنفيذ سواء تعلق الأمر بالمنازعات القائمة في حالة التنفيذ العادي للصفقة، أو في حالة فسخها (الباب الثاني).

الباب الأول

الرقابة القضائية على المنازعات الناشئة عن إبرام الصفقات العمومية

تمر العقود الإدارية بمرحلة أولية هي مرحلة الإبرام، تتميز هذه المرحلة في مجال الصفقات العمومية -كإحدى أهم نماذج العقود الإدارية- بأهمية خاصة ومميزة، فبالنظر إلى أهمية الصفقات بمختلف جوانبها الاقتصادية والاجتماعية، فقد أحاط المرسوم الرئاسي 247-15 عملية إبرامها بالعديد من القيود والإجراءات.

ألفت المادة الثالثة من المرسوم على المصلحة المتعاقدة التزاما عاما بضرورة مراعاة عند إبرام كل صفقة مبادئ: حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، المساواة بين المتنافسين وشفافية الإجراءات، لذلك فإن الطريق الأصلي لإبرام الصفقات (طلب العروض) يستلزم المرور بعدة مراحل متسلسلة للوصول إلى الإبرام النهائي للعقد، أما الطريق الاستثنائي (التراضي) فهو بدوره يتطلب توفر الحاجة الملحة لإتباعه واحترام الحد الأدنى من شروط الإبرام التي حددها تنظيم الصفقات.

لا تتمتع المصلحة المتعاقدة، في كل مراحل الإبرام، بنفس القدر من الحرية التي يتمتع بها الأفراد العاديون في إبرام عقودهم، فهي ملزمة بإتباع الطرق والإجراءات التي ينص عليها القانون، وبأن تتم عملية إبرام الصفقة العمومية في جو من الشفافية يضمن حماية المال العام والمساواة التامة بين المتنافسين.

تباشر المصلحة المتعاقدة إجراءات إبرام الصفقة باستخدام تصرفات قانونية انفرادية، أي أنها تلجأ إلى أسلوب القرارات الإدارية، وبالتالي فإن رقابة القاضي الإداري على منازعات مرحلة إبرام الصفقة هي في جوهرها، رقابة على قرارات إدارية.

يتطلب تقييم دور الرقابة القضائية في مرحلة إبرام الصفقات العمومية الإحاطة بالنظام القانوني لمجموع القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة (فصل أول)، من جهة، وبناء عليه تتحدد طبيعة الرقابة القضائية التي يمكن فرضها على هذه القرارات، من جهة أخرى (فصل ثاني).

الفصل الأول

النظام القانوني لإبرام الصفقات العمومية

تعد العقود الإدارية من أبرز مظاهر النشاط القانوني للإدارة، إذ يلعب العقد الإداري دوراً محورياً في تسيير النشاط الإداري حيث أنه أداة الإدارة لإنشاء واستغلال وصيانة المرافق العامة حتى تؤدي خدماتها تجاه المتفاعلين بها بصورة دائمة، ومنظمة تحقيقاً للمصلحة العامة.

تكون الإدارة المتعاقدة في مرحلة إبرام العقد الإداري في مركز المتعاقد القوي، وذلك بما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة، لكن بالموازاة يقيد بها عدة ضوابط قانونية تهدف إلى ضمان الحصول على أفضل الخدمات أو أقلها تكلفة حسب الحاجة.

تباشر الإدارة التعاقد في مجال الصفقات العمومية بهدف لاختيار المتعاقد معها، مستخدمة سلطاتها الممنوحة لها ضمن تنظيم الصفقات العمومية، فهي في الواقع مقيدة بتطبيق الشروط التي وضعها القانون، الذي لم يمنحها الحرية في ممارسة هذا الاختصاص، تتعدد هذه القيود من طرق التعاقد وإجراءاته ومعايير اختيار المتعاقد.

فتمر مرحلة إبرام الصفقة العمومية في حد ذاتها بسلسلة من الإجراءات القانونية، حيث يحصل الاحتكاك بين المصلحة المتعاقدة وجمهور المتنافسين الذين تزداد درجة ارتباطهم بالصفقة كلما تقدمت إجراءات الإبرام.

نميز من خلال دراسة النظام القانوني لإبرام الصفقات العمومية، بين مجموعتين من التصرفات المتعلقة بالإبرام، التصرفات التحضيرية لإبرام الصفقة (مبحث أول)، وكذا التصرفات الرامية إلى إبرام الصفقة أو العدول عنها (مبحث ثاني).

المبحث الأول:

الإجراءات التحضيرية للمصلحة المتعاقدة لإبرام الصفقة

تعد عملية إبرام صفقة عمومية تصرفا بالغ الأهمية من جانب المصلحة المتعاقدة، هذه العملية لا تتم بعمل قانوني بسيط إنما هي تصرف مركب تتخذ المصلحة المتعاقدة بصدد عدة تصرفات قانونية انفرادية، وفقا تسلسل منطقي يهدف في جوهره إلى اختيار متعاقد توكل له مهمة تنفيذ موضوع الصفقة.

تتطلق عملية الإبرام بداية بإجراءات إدارية داخلية، تتميز بكونها إجراءات غير ظاهرة للغير من الجمهور لكونها تخص الإدارة فقط (مطلب أول)، وبالموازاة قد تتخذ المصلحة المتعاقدة إجراءات تهدف إلى لاستبعاد بعض المتعاملين الاقتصاديين من المشاركة في الصفقات العمومية (مطلب ثاني)، لتصل أخيرا لأول إجراء تظهر به الصفقة للعلن وهو إجراء الإعلان (مطلب ثالث).

المطلب الأول:

الإجراءات الأولية لإبرام الصفقات العمومية

تتضمن عقود الصفقات العمومية في موضوعها تجسيد عمليات هامة تخصص لها اعتمادات مالية هائلة، لاسيما عندما يتعلق الأمر ببعض الصفقات المركزية، وإذا كان قرار تجسيد مشروع ما قرارا تتخذه السلطة الإدارية بإرادتها المنفردة بوصفها سلطة عامة مكلفة بأعباء تسيير المرافق العمومية وتلبية الحاجات العمومية، إلا أن الوصول إليه ليس بهذه البساطة، فلضمان فعالية ونجاعة الإنفاق العمومي لابد من التريث وتحري العقلانية عند اتخاذها، فلا بد من تحديد الحاجات وإنجاز الدراسات اللازمة (فرع أول)، ثم اتخاذ الإجراءات الإدارية اللازمة لتجسيد المشروع (فرع ثاني).

الفرع الأول:

تحديد الحاجات وإنجاز الدراسات

يلاحظ المتتبع لتطور تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر جليا أن المنظم طالما أغفل مرحلة تحديد الحاجات، وبقي هذا الإشكال أحد أهم الثغرات التي تعترى تنظيم الصفقات العمومية وتحد من فعاليته في ضمان الشفافية والمحافظة على المال العام، ولم يتفطن المنظم لهذه الثغرة إلا بصدور المرسوم الرئاسي 236/10 الذي أفرد لهذا الموضوع قسما خاصا، ثم جاء المرسوم الرئاسي 247/15 الذي نظم بصفة أكثر تفصيلا عملية تحديد الحاجيات العمومية (أولا)، فضلا عن إجراءات الدراسات اللازمة (ثانيا).

أولا - تحديد الحاجات

تتطلب عملية تحديد الحاجات العمومية بداية، حصر هذه الحاجات، وكذلك تخصيصها إذا أمكن ذلك، كما تستلزم تنسيق الطلبات العمومية.

أ- ضبط الحاجيات:

يحقق مبدأ التحديد المسبق للحاجات تدبيرا هاما لحماية المال العام ومكافحة ظاهرة التبذير، لا أدل على ذلك من أن المشرع قد نص عليه ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁽¹⁾، فقد جاء في المادة 9 منه: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية. ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص:....

- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء

(1) - قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ج ر عدد 14 الصادر في 08 مارس سنة 2006 معدل ومتمم بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 غشت سنة 2010 ج ر عدد 05 صادر بتاريخ 01 سبتمبر 2010 متمم بالقانون 10-11 المؤرخ في 27 أكتوبر 2010 ج ر عدد 66 صادر في 03 نوفمبر 2010 معدل ومتمم بالقانون رقم 11-15 مؤرخ في 02 أوت 2011 ج ر عدد 44 صادر في 10 أوت 2011.

جسد تنظيم الصفقات العمومية قاعدة التحديد المسبق للحاجات⁽¹⁾، كأول إجراء في مسار إبرام الصفقات⁽²⁾، من خلال المادة 1/27: "تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيةها، مسبقا، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية. يحدد مبلغ حاجات المصالح المتعاقدة استنادا إلى تقدير إداري صادق و عقلاني، حسب الشروط المحددة في هذه المادة".

تتسم الحاجات التي تعرب عنها مختلف المصالح المتعاقدة بالتنوع والتشعب، هذا التنوع يؤثر بلا شك على قدرة المتعاملين الاقتصاديين على لاستجابة لهته الطلبات، فضلا عن ذلك يمكن أن تقوم المصلحة المتعاقدة بممارسات تهدف إلى منع المشاركين من دخول إلى غمار المنافسة، فيسمح ضبط الحاجات مسبقا بتقادي كل هذه المظاهر. كما تظهر أهمية تحديد الحاجات في كون المصلحة المتعاقدة بعد قيامها بعملية التحديد، لن تشتري سلع أو لوازم أكثر من حاجياتها، كما لا يمكن أن تشتري سلعاً رديئة لأنها تختار الأحسن والأجود منها، مع السعي إلى التعاقد مع من يقدم أحسن وأفضل الأسعار⁽³⁾، إذ يشمل نجاعة الطلب العمومي تحقيق أهداف المرفق العام بأقل قدر ممكن من الوسائل والأموال العمومية⁽⁴⁾، بالمقابل فإن عدم تحديد الحاجيات بدقة وبشكل شمولي من طرف المصالح المتعاقدة غالبا ما يؤدي إلى إبرام مجموعة من الصفقات بصفة متلاحقة من أجل تلبية نفس الحاجات⁽⁵⁾.

(1) - DUPUIS George, GUEDON Marie-José, CHRTIEN Patrice, Droit administratif, 10 ed, DALLOZ, PARIS, 2007, p 441.

(2) - بن سالم خيرة، "نحو ترشيد النفقات وتعزيز مبادئ عقود الصفقات قراءة في مرسوم 247/15 المتضمن تنظيم

الصفقات وتقويضات المرفق العام"، مجلة صوت القانون، المجلد 5، العدد 1، جامعة خميس مليانة، 2018، ص 35.

(3) - خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في

القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015، ص 22.

(4) - EMERY Cyrille, Passer un marché public, 2 ed, LE MONITEUR, PARIS, 2004, p 43-44.

(5) - بن سالم خيرة، "نحو ترشيد النفقات وتعزيز مبادئ عقود الصفقات..."، مرجع سابق، ص 35.

أيقن المنظم ضرورة التفصيل أكثر في ضبط مبدأ التحديد المسبق للحاجات لضمان الشفافية والنجاعة للطلبات العمومية، فخلافا المادة 11 من المرسوم الرئاسي 236/10⁽¹⁾، عززت المادة 27 من التنظيم الساري⁽²⁾ هذه المبدأ بضوابط أخرى كرست معايير أكثر صرامة من خلال:

- تحديد مبالغ الحاجات استنادا إلى تقديرات إدارية صادقة وعقلانية.
- الاستناد إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد.
- ضبط المبلغ الإجمالي للحاجات لتحديد اختصاص لجان الصفقات.
- فتح المجال أمام المتعهدين لتقديم بدائل للمواصفات التقنية، بالنسبة للخدمات المعقدة تقنيا، مما يسمح باستفادة من عروض أقل تكلفة.
- إعطاء المتعهدين صورة واضحة عن حاجات المصلحة المتعاقدة مما يسمح لهم بتقديم إجابة كافية⁽³⁾.

(1) - تنص المادة 11 من المرسوم الرئاسي 236/10: " تحدد حدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيةها، المعبر عنها بحصة وحيدة أو بحصص منفصلة، مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة. ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها، وكميتها بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية. تضبط المصلحة المتعاقدة، لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات، المبلغ الإجمالي للحاجات مع أخذ ما يأتي وجوبا بعين الاعتبار:

- القيمة الإجمالية لأشغال نفس العملية، فيما يخص صفقات الأشغال،
-تجانس الحاجات، فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات..."
(2) - تنص المادة 4/27: "يجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهما بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية. ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد..."

(3) - تنص المادة 64 من المرسوم الرئاسي 15-247: "يحتوي ملف استشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة، لاسيما ما يأتي:
-الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة..."

- تثبيت وتحديد قواعد المنافسة والشروط التعاقدية، - توضيح معايير وأشكال اختيار المتعاملين الاقتصاديين.

- إبراز الصعوبات الواجب احترامها (سواء تقنية أو مالية أو قانونية)....، - تحديد الأهداف المراد الوصول إليها عند انتهاء الخدمة المطلوبة⁽¹⁾.

ب - تخصيص الحاجات:

يعد تنفيذ الصفقة العمومية من قبل متعامل متعاقد واحد إجحافا في حقوق المتنافسين الآخرين، فضلا عن أنه يربط نتائج سلبية على التنفيذ كالتأخر في عملية الإنجاز في الآجال المحددة، أو توقف المشاريع بسبب عسر المتعامل⁽²⁾، لذلك جاء تنظيم الصفقات بآلية التخصيص للحد من احتكار منح الصفقات، وتجد فكرة التخصيص تطبيقا واسعا في الأشغال والمشاريع العمومية الكبرى نظرا لحجم الأشغال والوقت المتطلب في إنجازها إذ يمكن تخصيص الحاجات المصلحة المتعاقدة من تقادي مشاكل التعاقد من الباطن، والحصول على أحسن الخدمات كما يحقق تلبية فعالة للحاجة العمومية⁽³⁾.

تنص المادة 31 من المرسوم الرئاسي 247/15 أنه: "يمكن تلبية الحاجات المذكورة في المادة 27 أعلاه، في شكل حصة وحيدة أو في شكل حصص منفصلة. وتخصص الحصة الوحيدة لمتعامل متعاقد، كما هو محدد في المادة 37 من هذا المرسوم. وتخصص الحصص المنفصلة إلى متعامل متعاقد أو أكثر. وفي هذه الحالة، يجب تقييم العروض حسب كل حصة كما يمكن المصلحة المتعاقدة، عندما يكون ذلك مبرر، تحديد عدد الحصص الممكن منحها لمتعهد واحد..."

(1) - سلامي سمية، "الإجراءات السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة

الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، العدد 04، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، ص 41.

(2) - شكلاط رحمة، "الصفقات العمومية: مقارنة تشريعية جديدة"، الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على

المنظومة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر - 01 ديسمبر 2011، ص 113.

(3) - زناتي مصطفى، "ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية -حجر الزاوية في عقلنة وترشيد الطلب

العمومي"، مجلة البحوث السياسية والإدارية، العدد 01، المجلد 07، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، ص 44.

فالصفقة المجزأة تهدف إلى تقديم الأشغال المراد إنجازها في شكل مجموعات منفصلة، موزعة على عدة متعاملين متعاقدين مختلفين، بحيث يختص كل متعامل متعاقد منهم بتنفيذ قسم معين من المشروع وبصورة مستقلة عن المتعامل المتعاقد الآخر⁽¹⁾.

تقوم فكرة التخصيص على شرط جوهري يلزم المصلحة المتعاقدة على عدم اللجوء إلى تجزئة المشروع إلا بناء على دفتر شروط الصفقة وهيكله رخصة البرنامج في حصص بموجب مقرر التسجيل الذي يعده الأمر بالصرف المعني⁽²⁾.

وكما سبق القول فإن لآلية للتخصيص عدة مزايا على عملية تنفيذ الصفقات، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن مدى حرص المنظم على إلزام المصلحة المتعاقدة باللجوء إليه.

توضح قراءة المادة 31 من تنظيم الصفقات العمومية جليا، أن المنظم كان مرنا في إلزام المصلحة المتعاقدة بتخصيص صفقاتها، فقد استعمل المنظم عبارة: "يمكن تلبية الحاجات.... في شكل حصة وحيدة أو في شكل حصص منفصلة"، كما نصت المادة أن اللجوء إلى التخصيص يتوقف على بعض متغيرات منها أهمية وطبيعة المشروع، وأكثر من ذلك ذكرت المادة صراحة أن التخصيص من اختصاص المصلحة المتعاقدة.

إن الأهمية العملية التخصيص تستدعي اتجاه أكثر نحو التشدد في إلزام المصالح المتعاقدة بتخصيص صفقاتها، ورغم ذلك ترك تنظيم الصفقات العمومية المسألة تدرج ضمن السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، على خلاف ذلك كان تشريع الصفقات الفرنسي أكثر اهتماما بمسألة التخصيص بإلزامه كل مشتري عمومي بتسبيب قراره بعدم تخصيص الصفقة⁽³⁾.

(1) - سلامي سمية، "الإجراءات السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية..."، المرجع السابق، ص 42.

(2) - المادة 4/31 من المرسوم الرئاسي 247/15.

(3) - Art 12 -1 de décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « - L'acheteur qui décide de ne pas allouer un marché public répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée motive ce choix ».

ج-تنسيق الطلبات العمومية:

تنسيق الطلب العمومي هي آلية تهدف إلى توحيد طلبات مجموعة من المصالح المتعاقدة نظرا لاشتراكها في نفس الحاجات المراد تلبيتها.

نظم المشرع عملية تجميع الطلبات العمومية بموجب المادة 36 من المرسوم الرئاسي 247/15⁽¹⁾، حيث سمح للمصالح المتعاقدة المكلفة بتلبية نفس الطلبات العمومية أن تنسق إبرام صفقاتها عبر تشكيل مجموعات طلبات فيما بينها.

توقع المصالح المتعاقدة في هذه الحالة، اتفاقية تشكيل مجموعة الطلبات، بحيث تحدد كفاءات سيرها، وتقوم بتكليف إحدى المصالح المتعاقدة المشكلة للمجموعة بالتوقيع على الصفقة وتبليغها، وتكون كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن حسن تنفيذ الجزء من الصفقة الذي يعينها.

استنسخ المنظم آلية تنسيق الطلبات العمومية عبر تشكيل مجموعات الطلبات من قانون الصفقات الفرنسي، إلا أنه وبسبب التقليد الانتقائي، ترك عدة ثغرات في تنظيم مسألة تنسيق الطلبات، فالمادة 36 من المرسوم الرئاسي 247/15، لم تشير إلى أدنى ضوابط أو شروط لصحة عملية التنسيق، فالمصالح المتعاقدة تختلف طبيعتها القانونية ومهامها (مرافق صناعية وتجارية ومرافق إدارية...)، فتختلف بالنتيجة احتياجاتها، لذلك نجد أن المشرع الفرنسي حدد المصالح المتعاقدة والمؤسسات العمومية التي يمكنها تنسيق وتجميع طلباتها فيما بينها⁽²⁾، إدراكا منه لعدم منطقية جمع طلبات مصالح متعاقدة مختلفة النشاط والأعباء، اشترط اشتراك المصالح المتجمعة في الطبيعة القانونية.

(1) - تنص المادة 36: "يمكن المصالح المتعاقدة أن تنسق إبرام صفقاتها عبر تشكيل مجموعات طلبات فيما بينها. ويمكن المصالح المتعاقدة التي تنسق إبرام صفقاتها أن تكلف واحدة منها، بصفقتها مصلحة متعاقدة منسقة، بالتوقيع على الصفقة وتبليغها.

كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن حسن تنفيذ الجزء من الصفقة الذي يعينها".

(2) - زناطي مصطفى، "ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية..."، مرجع سابق، ص 45.

ثانيا - إنجاز الدراسات اللازمة

يقصد بالدراسات في مجال الصفقات العمومية: "مجموع الدراسات التي تقوم بها الإدارة قبل تنفيذ أي مشروع تسمح لها بتقدير دقيق للاحتياجات المطلوبة ما يجعلها تتخذ القرار النهائي بتنفيذ المشروع بصفة سليمة من الأخطاء، وإنجاز المخططات المطلوبة بكل وضوح، وتعهد به إلى مكتب دراسات مختص وفق إطار قانوني تعاقدى يفرغ في شكل صفة دراسات"⁽¹⁾.

تعتبر الدراسة الأولية سببا رئيسيا في نجاح أو فشل الصفقة، أيا ما كان مجال المشروع، فالدراسة الشاملة الجدية تسمح بتفادي احتمالات الوقوع في أخطاء سابقة، وتشمل: دراسات الجدوى الاقتصادية، دراسات الملاءمة، الدراسات البيئية والدراسات الجيوتقنية.

أ- دراسة الجدوى : تتمثل دراسة الجدوى الاقتصادية في مجموعة دراسات تسعى إلى تحديد مدى صلاحية المشروع المقترح في شكل أساليب علمية لتقدير احتمالات نجاح أو فشل مشروع معين قبل التنفيذ الفعلي، وذلك في ضوء قدرة المشروع على تحقيق أهداف معينة⁽²⁾.
بذلك تحقق هذه الدراسات عدة مزايا:

- تسمح بمناقشة كل الاختيارات المطروحة لإنجاز المشروع واختيار البديل المناسب لتنفيذه.
- دراسة مدى نجاعة المشروع في تحديد المزايا التي سيحققها في حالة إنجازه.
- دراسة ملاءمة المشروع مع المحيط الذي سينجز فيه، وذلك من خلال تحديد مدى تلاؤم المشروع مع المحيط الذي سينجز فيه طبيعيا واجتماعيا من جهة وتحديد مدى تلبية الحاجات العامة المطلوبة في ذلك المحيط من جهة أخرى⁽³⁾.

(1) - بوالكور عبد الغني، منيغز سناء، "ضبط وتحديد الحاجات بمناسبة إبرام الصفقات العمومية"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 03، جامعة عبد الحق بن حمودة جيجل، الجزائر، 2017، ص 174.

(2) - سلامي سمية، "الإجراءات السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية ..."، مرجع سابق، ص 43.

(3) - خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 32-33.

ب- **دراسة الملائمة:** تتمحور هذه الدراسة حول تقييم المشروع المراد إنجازه، من حيث أهميته ومردوديته من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، بالمقارنة مع التكاليف المخصصة له والفوائد الاقتصادية المرجوة منه، بالإضافة إلى الدور الاجتماعي لتخلص هذه الدراسة إلى تحديد إيجابيات وسلبيات المشروع من خلال ربطها بالأهداف التنموية⁽¹⁾.

ج- **دراسة تأثير المشروع على البيئة:** تهدف إلى معرفة مدى تأثير هذا الأخير على البيئة، حيث تم النص على هذه الدراسة من خلال القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، كما نصت عليه المادة 95 من المرسوم الرئاسي 247/15⁽²⁾، تهدف هذه الدراسة إلى إدماج البعد البيئي في الصفقات العمومية، وتمكين المصلحة المتعاقدة من وضع شروط ذات بعد بيئي من أجل تحقيق التنمية المستدامة من خلال تضمين الصفة شروطا تتعلق بحماية البيئة⁽³⁾.

الفرع الثاني:

الإجراءات الإدارية لتجسيد الصفقات العمومية

بعد تحديد الحاجات وإنجاز الدراسات اللازمة، تستمر المصلحة المتعاقدة في المرحلة التمهيديّة لإبرام الصفة، وإذا كان الجزء الأول من المرحلة التمهيديّة يغلب عليه الطابع الفني والتقني، فإن الجزء الموالي يتضمن إجراءات إدارية بحتة، تتمثل في تسجيل المشروع، ثم التأكد من توفر الاعتماد المالي، وأخيرا إعداد دفاتر الشروط.

(1) - بوالكور عبد الغني، منيغز سناء، "ضبط وتحديد الحاجات بمناسبة إبرام الصفقات ..."، مرجع سابق، ص 175.

(2) - تنص المادة 95: "يجب أن تشير كل صفة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم. ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:

.....

البنود المتعلقة بحماية البيئة والتنمية المستدامة...."

(3) - بوزيدي خالد، "إدماج البعد البيئي في مجال الصفقات العمومية بين متطلبات تحقيق التنمية المستدامة وحماية

البيئة"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 04، جامعة المسيلة، الجزائر، 2019، ص 423-424.

أولا - تسجيل المشروع:

تباشر المصالح المتعاقدة، بعد تمام إنجاز الدراسات الأولية، إجراءات تسجيل المشروع لدى المصالح الإدارية المختصة، حتى يصبح محل دعوة للتعاقد في إطار الصفقات العمومية لاحقا، للتسجيل دور هام في المحافظة على المال العام من خلال إلزام المصلحة المتعاقدة بالقيام بعدة إجراءات قانونية، تتوج بمنحها رخصة لتنفيذ المشروع، والتي تسمح بالتأكد من أن المشروع المراد انجازه هو مشروع جدي يعود بالنفع العام على المواطنين، مما يشكل مبررا لتمويل إنجازه بالمال العام⁽¹⁾.

يرصد الوعاء المالي للصفقة أحيانا على حساب الاعتماد المالي للدولة، ويقيد أحيانا أخرى في ميزانية الإدارة المعنية، أو ما يسمى بميزانية القطاع.

1 - تسجيل البرامج المركزية:

تمول الصفقة عن طريق ميزانية الدولة في حالة المشروع ذو النفع العام، كإنجاز إقامة جامعية أو فضاء بيداغوجي⁽²⁾، إذ نظم المرسوم التنفيذي التنفيذي رقم 227/98⁽³⁾ المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، إجراءات تسجيل المشاريع المركزية.

فحسب المادة 5 منه⁴، تتعلق المشاريع الممركزة بتجهيزات الإدارات المركزية والمؤسسات العمومية الإدارية والمؤسسات التي تتمتع بالاستقلال المالي والإدارات المتخصصة، التي تتولى تسجيل هذا النوع من المشاريع العمومية طبقا لمجموعة من الإجراءات حددتها المواد 6، 7، 8، 9، 10 و 11 من هذا المرسوم، تتمثل فيما يلي:

(1) - خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 51.

(2) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، جسر، الجزائر، 2017، ص 240.

(3) - مرسوم تنفيذي رقم 227-98 مؤرخ في 13 يوليو سنة 1998، يتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، ج ر عدد 51، صادر في 15 يوليو 1998، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 148-09 مؤرخ في 2009/05/02، ج ر عدد 26 صادر في 03 ماي 2009.

(4) - تنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي 227/98: "تخص التجهيزات العمومية الممركزة، تجهيزات الإدارات المركزية والمؤسسات العمومية الإدارية والمؤسسات التي تتمتع بالاستقلال المالي والإدارات المتخصصة...".

- 1- تسجيل برامج التجهيز الممركزة ومشاريعها في ميزانية الدولة للتجهيز شرط أن يسمح اكتمالها الكافي بالانطلاق في إنجازها خلال السنة، وعلى أن يتم التأكد من أن ملف المشروع المقدم من الجهة المختصة يتوفر على الشروط اللازمة (المادة 6).
- 2- إصدار مقرر توزيع البرامج القطاعية من طرف الوزير المكلف بالمالية بعد اعتماده من طرف الحكومة (المادة 7).
- 3- يتولى الوزراء حسب اختصاصاتهم، تبليغ الأمرين بالصرف الموضوعين تحت وصايتهم، بالأعمال والمشاريع محل البرامج في حدود المحتوى المادي الملحق بمقررات البرامج (المادة 8)
- 4- بعد ذلك يباشر الآمرون بالصرف عملية إعداد الملف التقني للمشروع المطلوب تسجيله والذي يجب أن يحتوي على:
عرض الأسباب ودواعي إنجاز المشروع، إنجاز بطاقة تقنية تتضمن على وجه الخصوص المحتوى المادي للمشروع وكلفته بالدينار ورزنامة الإنجاز والمدفوعات، دراسة إمكانية التنفيذ، ودراسات التأثير على البيئة، تحديد إستراتيجية الإنجاز والاختيار المقرر في ظل احترام أهداف التنمية، التنسيق الضروري فيما بين القطاعات، تقرير تقديري يبرز عند الاقتضاء مقارنة مختلف البدائل المطروحة للمشروع، نتائج المناقصات، تقويم كلفة المشروع بالعملة الصعبة وكيفية تمويلها (المادة 9).
- يلاحظ على هذه الشروط أن المشرع وضع ضمن شروط تسجيل مشاريع الهيئات الممركزة شرط يتعلق بتقديم نتائج طلبات العروض ضمن ملف المشروع المراد تسجيله وهو شرط غير منطقي كون أن المبدأ العام هو أن طلب العروض لا يتأتى إلا بعد الحصول على التأشيرة من لجنة الصفقات المختصة على دفتر الشروط وهي مرحلة لاحقة لعملية التسجيل⁽¹⁾.

(1) - خريشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، (د ت ن)، ص 89.

5- يصدر الوزراء المختصون أو مسؤولو المؤسسات والإدارات المتخصصة مقرر التفريد الذي يتضمن أفراد المشروع باسم الأمر بالصرف أو المكلف بالإنجاز.

6- رصد اعتمادات الدفع المتعلقة بالتجهيزات العمومية للدولة التابعة للبرنامج القطاعي المركز لصالح الوزراء المختصين ومسؤولي المؤسسات التي تتمتع بالاستقلال المالي والإدارات المتخصصة بموجب مقرر من الوزير المكلف بالمالية حسب كل قطاع فرعي لتصنيف الاستثمارات العمومية، ويكون ذلك في شكل رأسمال من ميزانية الدولة للتجهيز طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما (المادة 11).

2- تسجيل البرامج غير الممركزة:

تدرج هذه المشاريع ضمن برامج التجهيز المسجلة باسم الوالي ضمن البرنامج السنوي للتجهيز الذي تعتمد عليه الحكومة، حيث تسلم رخص هذا النوع من البرامج بموجب مقرر من الوزير المكلف بالمالية حسب كل قطاع فرعي، على أن يخضع تسجيل المشاريع المنبثقة على البرامج القطاعية المسجلة باسم الوالي إلى إجراءات ورد ذكرها في المواد 17 و 19 من المرسوم التنفيذي 227/98 كآلاتي:

1- يصدر الوالي قرار أفراد للمشاريع التي بلغت الاكتمال الكافي الذي يسمح بالانطلاق في إنجازها خلال السنة، وذلك بعد التأكد من توافر عدة الشروط وهي: الأرض التي يقام عليها البناء، الدراسات والعناصر التي تثبت جدوى المشروع، تقويم المشروع حسب نتائج الدراسات المسبقة، آجال الانجاز والدفع، وكذا نتائج المناقصات والاستشارات المتصلة بالعملية المعنية طبقاً لأحكام قانون الصفقات العمومية (المادة 17).

2- تنفيذ مقررات أفراد المشاريع التي تتوافر فيها الشروط، وذلك بتخصيص الوزير المكلف بالمالية لاعتمادات الدفع للولاية حسب كل قطاع فرعي، ويقوم الوالي بدوره بتوزيع هذه الاعتمادات حسب كل فصل بموجب مقرر، وفي ذات الوقت يتولى إنجاز هذه العمليات على مستوى الميزانية والإدارة حسب الإجراءات القانونية والتنظيمية الجاري العمل بها (المادة 19) ويقع على الوالي توزيعها حسب كل فصل بموجب مقرر. كما يمكن له القيام بتحويلات

مالية من قطاع فرعي إلى قطاع فرعي آخر، ضمن نفس القطاع، وذلك في حدود اعتمادات الدفع المبلغة له.

3- تسجيل برامج البلديات:

يتعين على المصالح المختصة للبلدية إتباع مجموعة من الإجراءات القانونية لتسجيل المشاريع المنطوية ضمن مخططات التنمية البلدية¹ والمتمثلة في ما يلي:

1- إصدار الوزير المكلف بالمالية رخصة البرامج المتعلقة بالتجهيزات العمومية التابعة لمخططات التنمية البلدية في شكل رخصة برنامج شاملة حسب الولاية، بعد التشاور مع المصالح المركزية المكلفة بالجماعات المحلية.

2- يتولى الوالي تبليغ عمليات تجهيز برامج التنمية البلدية للمجلس الشعبي البلدي حسب الطرق القانونية قصد تنفيذها.

3- تبلغ اعتمادات الدفع المخصصة لمخططات التنمية البلدية بصورة شاملة بموجب مقرر من الوزير المكلف بالمالية، حسب الإجراءات المقررة، ويكلف الوالي بعد استشارة المصالح الولائية المختصة بتوزيع هذه الاعتمادات حسب الأبواب والبلديات مع مراعاة توجيهات التنمية وأولوياتها⁽²⁾.

ثانيا - التأكد من توفر الاعتماد المالي

لا يمكن للإدارة أن تبرم عقدا وأن تلتزم بمبلغ معين إلا إذا وجد الاعتماد المالي اللازم لمواجهة الأعباء الجديدة، ولا يقتصر هذا الأمر على النشاط الإداري الخاص بالعقود الإدارية إنما يشمل كل نشاط إداري تقوم به الإدارة ويترتب عليه الالتزام بدفع مال⁽³⁾، هذا الاعتماد

(1) - سلامي سمية، "الإجراءات السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية..."، مرجع سابق، ص 47-48.

(2) - تنص المادة 2/22 من المرسوم التنفيذي 227/98: "...تبلغ اعتمادات الدفع المخصصة لمخططات التنمية

البلدية بصورة شاملة بموجب مقرر من الوزير المكلف بالمالية حسب الإجراءات المذكورة، ويكلف الوالي بعد استشارة المصالح الولائية المختصة بتوزيع هذه الاعتمادات حسب الأبواب والبلديات مع مراعاة توجيهات التنمية وأولوياتها"

(3) - شريفي الشريف، النظام المالي للعقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2013/2014، ص 11.

هو عبارة عن تخصيص محدد في الميزانية معلوم المقدار ومحدد بدقة ومدرج للإنفاق تحت الباب أو المحور الذي يتعلق به تنفيذه من أبواب أو محاور الميزانية⁽¹⁾.

ألزم المنظم في هذا السياق، المصالح المتعاقدة بالحصول على تأشيرة المراقب المالي قبل الشروع في تنفيذ المشاريع والعمليات الممولة كلياً أو جزئياً بميزانية الدولة بما في ذلك الصفقات العمومية.

كما نصت المادة 58 من القانون 21/90 المتعلق بالمحاسبة العمومية⁽²⁾، أن من بين أهداف الرقابة السابقة على النفقات العامة لاسيما في مجال الصفقات العمومية، هو التأكد من توافر الإعتمادات المخصصة لإنجاز العمليات الممولة بميزانية الدولة.

ثالثاً - إعداد دفتر الشروط:

تعد دفاتر الشروط وثائق جوهرية تابعة للصفقة، وتنقسم وفق لتنظيم الصفقات العمومية إلى ثلاثة أنواع، وبالنظر إلى أهميتها فإن إعدادها يخضع لعدة ضوابط.

1- تعريف دفاتر الشروط:

تعرف دفاتر الشروط بأنها: "وثائق مكتوبة تابعة للصفقة العمومية *Pièces de marché* تحتوى على شروطها، وتعتبر بالنسبة لتنفيذ الصفقة كلا لا يتجزأ"⁽³⁾.

كما يعرفها الأستاذ "بوضياف عمار" بأنها: "وثيقة رسمية تضعها الإدارة المعنية بالصفقة أو المشروع بإرادتها المنفردة، وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها، وكيفيات اختيار المتعاقد معها"⁽⁴⁾.

(1) - زناتي مصطفى، "ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية..."، مرجع سابق، ص 48.

(2) - قانون 21/90 مؤرخ في 15 أوت 1990 يتعلق بالمحاسبة العمومية، ج ر عدد 35 صادر في 1990/08/15.

(3) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 359.

(4) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم 01، مرجع سابق، ص 242.

من خلال هذه التعاريف تبرز أهمية دفاتر الشروط ومكانتها، فهي المرآة العاكسة للصفقة العمومية، تتضمن موضوع الطلب ومدى جديته⁽¹⁾، وتحدد بصورة دقيقة ومفصلة الحاجات وجميع الشروط والإجراءات الواجب إتباعها عند طلب العروض، وكذا كيفية إبرام وتنفيذ الصفقات في إطار الأحكام التنظيمية⁽²⁾، فتعتبر بذلك أساس تكوين الصفقة، يتم إعدادها من طرف المصلحة المتعاقدة قبل إبرام أية صفقة، لتسحب من طرف المرشحين بغرض اطلاعهم على الشروط العامة للصفقة.

ب- أنواع دفاتر الشروط:

تتنوع دفاتر الشروط حسب ترتيب أهميتها وأسبقيتها⁽³⁾، إلى ثلاثة أنواع، حددتها المادة 26 من المرسوم الرئاسي 247/15، ب:

دفاتر البنود الإدارية العامة، دفاتر التعليمات التقنية المشتركة ودفاتر التعليمات الخاصة.

1- دفاتر البنود الإدارية العامة:

تتضمن الأحكام المطبقة على كل أنواع الصفقات العمومية (أشغال، لوازم، دراسات، خدمات)، وقد جاءت بصيغة الجمع (دفاتر) مما يوحي بإمكانية وضع بنود إدارية لأي مجال من المجالات الأربع للصفقات⁽⁴⁾، غير أن المادة 6 من الأمر رقم 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ميزت بين نوعين من دفاتر الشروط الإدارية العامة

(1) - تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص74.

(2) - ZOUAMIA Rachid, ROUALT Marie Christine, Droit administratif, BERTI éditions, ALGER, 2009, p 183.

(3) - سهام بن دعاس، "فعالية قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص3.

(4) - ضريفي نادية، دراج عبد الوهاب، "المركز الممتاز للمصلحة المتعاقدة في مرحلة تكوين الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 1، المجلد 4، جامعة المسيلة، 2019، ص 47.

يتم الموافقة عليهما بموجب مرسوم، دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات اللوازم، ودفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال.

هذه الأخيرة تضمنها القرار الصادر في 1964/11/21⁽¹⁾، الذي لا يزال ساري المفعول⁽²⁾، وهو نص قانوني في غاية الأهمية إذ يعد جزءاً ضمنياً من قانون الصفقات ووثيقة أساسية منظمة للعلاقات التعاقدية الناجمة في إطار التعاقد مع هيئة عمومية⁽³⁾.

2- دفتر التعليمات التقنية المشتركة:

تتضمن الأحكام ذات الطبيعة التقنية التي تطبق على نوع واحد من الصفقات، فهناك دفاتر تعليمات تقنية مشتركة خاص بصفقات الأشغال، وآخر خاص بصفقات اللوازم، وكذلك بالنسبة لصفقات الدراسات وصفقات الخدمات⁽⁴⁾.

لم تعمل السلطة التنظيمية على إصدار دفاتر التعليمات الإدارية المشتركة، ما نتج عنه أن النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر عموماً والنظام الخاص بدفاتر الشروط على وجه الخصوص يعرف عجزاً فادحاً في موضوع دفاتر التعليمات الإدارية المشتركة لكل نوع من الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة، وهو ما يحدث فراغاً قانونياً

(1) - قرار وزاري مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج ر عدد 6، صادر في 19 يناير 1965.

(2) - رغم أهمية هذه الوثيقة، لم يلحقه أي تعديل منذ صدوره ونفاذه في ظل مختلف تنظيمات الصفقات العمومية التي عرفت الجزائر بدأ بالأمر 90/67، وعلى اعتبار الاختلافات الهامة الموجودة بين تنظيم وآخر، فإن عدم تحيين قرار 1964 أمر غير مقبول، إذ لم يعد يواكب المنظومة القانونية الحالية أو حتى المنظومات السابقة، إذ يستخدم مصطلحات لم يعد لها أي وجود، كمصطلح المناقصة الذي استبدل بمصطلح طلب العروض وغيرها، بل وأكثر من ذلك فإنه يشير بصريح العبارة ضمن مقتضياته للمراسيم الصادرة أثناء الفترة الاستعمارية، إن هذا الوضع يترجم عدم اهتمام المشرع بهذه الوثيقة الهامة، مما جعل منها عبئاً قانونياً يعرقل تطور النظام القانوني للصفقات العمومية.

(3) - كاملي مختار، إبرام الصفقات العمومية ونظام مراقبتها في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع نقود ومالية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006/2007، ص 164.

(4) - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، 2005، ص 49.

يحد من فعالة جهود الوقاية من الفساد ومكافحته وإضفاء الشفافية في مجال الصفقات العمومية.

3-دفاتر التعليمات الخاصة:

تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة فهي أكثر الدفاتر تخصيصاً لأنها تحتوي على الشروط المتعلقة بكل عقد معين، فتكمل كل الشروط التي لم تتضمنها دفاتر الشروط العامة ودفاتر التعليمات المشتركة فيما يخص الصفقة المراد إبرامها، كما يمكن أن تعدل أو تتم الأحكام العامة الواردة فيهما بما يكيف أحكامها مع موضوع التعاقد المحدد، وذلك في حدود معقولة⁽¹⁾.

ج - موجبات إعداد دفاتر الشروط:

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط، إذ يثور الجدل حول ما إذا كانت البنود التي تحتويها ذات طابع تنظيمي فيكون لها نفس الآثار التي تترتب عن القانون، أم أنها ذات طابع تعاقدية (شريعة المتعاقدين)⁽²⁾، إلا أنه يبقى مبدأ الخضوع لدفاتر الشروط الخاصة المميزة لعقود الإدارية، إذ تعد المرجع الأساسي لتحديد صلاحية العرض للمنافسة، ومكانته بين باقي العروض، ويقع على المصلحة المتعاقدة التزام تحري العناية في إعدادها حيث يجب أن تحقق ضمانات ثلاث وهي، تحقيق الأهداف التنموية، عقلنة الإنفاق العام وحماية المنافسة في الصفقات.

1-تحقيق الأهداف التنموية:

يتم تجسيد مبدأ التحديد المسبق للحاجات (الذي سبق التطرق إليه في الفرع السابق) عملياً عن طريق دفاتر الشروط، إذ أن تحديد فعلي دقيق للحاجات ضمن دفاتر الشروط

(1) - مسقم مريم، "دفاتر الشروط كآلية لتحقيق شفافية الإجراءات في الصفقات العمومية"، مجلة المقار للدراسات

الاقتصادية، العدد 3، المركز الجامعي تيندوف، 2018، ص 121.

(2) - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 49.

يضمن صفقة عمومية ناجحة ذات بعد تنموي⁽¹⁾، بالمقابل فإن سوء تقدير الحاجات يساوي إهدار المليارات من الأموال العمومية بالعملة الوطنية أو الأجنبية، وهو الأمر الذي عرفتة الجزائر خلال السنوات الأخيرة، حيث تم تجسيد عدة مشاريع عمومية لم تحقق أية أهداف تنموية، ويرجع الباحثون ذلك لضعف الإجراءات المتعلقة بتحديد الحاجات.

ب - عقلنة الإنفاق العمومي:

ألقى الوضع الاقتصادي الحرج للجزائر والعالم عامة، بظلاله على تنظيم الصفقات العمومية، إذ وضع المرسوم الرئاسي 247/15 خلال فترة أزمة انخفاض أسعار المحروقات، فقد أعلنت الحكومة صراحة اتجاهها نحو سياسة ترشيد نفقات التسيير والتجهيز على السواء، فجاء تبني مبدأ عقلنة الإنفاق العمومي الذي تضمنه المرسوم الرئاسي الساري⁽²⁾ الواجب تجسيده من خلال دفاتر الشروط، التي يتعين أن تتحرى التقدير الإداري الصادق والعقلاني للحاجات، قصد التوظيف الأمثل من قبل العون العمومي للموارد المتاحة للهيكل الذي ينتمي إليه وتطوير أساليب العمل لتحقيق الأهداف المنتظرة من الهيكل بأقل تكلفة ممكنة⁽³⁾.

ج - احترام مبادئ إبرام الصفقات:

تجسد دفاتر الشروط أهم مظاهر السلطة العامة، على اعتبار أن الإدارة تضع بإرادتها المنفردة شروطا معينة وما على الراغب في التعاقد معها إلا قبولها كما وضعت أو رفضها. إلا أن هذا لا يعني بأي حال أن للإدارة مطلق الحرية في وضع بنود دفاتر الشروط، حيث أن مبادئ إبرام الصفقات العمومية المكرسة بوضوح ضمن المرسوم الرئاسي 247/15

(1) - خضري حمزة، "آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 19.

(2) - المادة 2/27 من المرسوم الرئاسي 247/15.

(3) - غانم ياسمين، إجراءات إبرام الصفقات العمومية ومتطلبات الحوكمة الرشيدة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سوسة، تونس، السنة الجامعية 2016/2017، ص 19.

لاسيما المادة 5 منه، هي قيود على إرادة الإدارة يسري مفعولها حتى قبل إبرام عقودها أي في المرحلة التحضيرية.

تكون دفاتر الشروط ضمانا لتحقيق مبادئ المنافسة والشفافية عن طريق تحديدها السابق على التعاقد، لشروط المشاركة في المنافسة للحصول على الصفقة وقواعد انتقاء المتعامل المتعاقد⁽¹⁾، هذه القواعد التي يجب أن تستند إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، فيجب ألا تكون شروط التعاقد موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد.

تخالف المصلحة المتعاقدة مبادئ إبرام الصفقات في إعدادها دفاتر شروط بعدة طرق منها:
- عدم تضمن دفاتر الشروط جميع المعلومات التي تمكن الراغبين في تقديم تعهدات من تحقيق أهداف الصفقة⁽²⁾، وفي هذا الإطار أفرزت الممارسات العملية عدة مظاهر للتلاعب بدفاتر الشروط، كالتقصير من آجال تقديم العطاءات بما لا يسمح للمتعاملين بإعداد عروضهم، وهذا لفائدة متعامل متفق معه مسبقا، كذلك ظاهر التقليل من حجم الصفقة، فالعملية المعلنة في دفتر الشروط أقل من العملية الفعلية، حيث يتم توسيع العملية وفقا لقيمتها الحقيقية لاحقا بعدة أساليب أبرزها آلية الملحق⁽³⁾.

- وضع أحكام انفرادية لمفاضلة مرشح أو مؤسسة بذاتها⁽⁴⁾، وذلك باختيار بعض المعايير المقدمة لنيل الصفقة، والتي تؤدي إلى التقييد التعسفي للمنافسة، كأن تكون مؤسسة أو بعض المؤسسات هي التي يمكن أن تتوفر فيها وحدها هذه المعايير دون غيرها من المؤسسات أو موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد.

(1) - مسقط مريم، "دفاتر الشروط كآلية لتحقيق شفافية الإجراءات في الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 126.

(2) - رحمانى راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه طور ثالث في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية 2016/2017، ص 42.

(3) - SLIMANI kahina, DEBIANE Mouloud, «Intitulé de l'article : Etendue et limites des mesures de lutte contre la corruption dans les marchés publics», JFFSAER, n 02, 2017, p19.

(4) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم 01، مرجع سابق، ص 246.

المطلب الثاني

الإجراءات المتعلقة بالاستبعاد من مجال الصفقات العمومية

يعد من أهم الالتزامات المفروضة على المصلحة المتعاقدة خلال مرحلة إبرام الصفقة، التزام خلق جو صالح لمنافسة فعلية ومشروعة، للوصول إلى تحقيق هذا الهدف يتعين، أولاً، استبعاد كل الأشخاص الذين يثبت عدم صلاحيتهم وجدارتهم بالمنافسة.

تدخل المنظم، لوضع إجراءات الاستبعاد من المشاركة في الصفقات العمومية، من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 وبعض النصوص التطبيقية له، من خلالها يمكن تصنيف قرارات الاستبعاد إلى نوعين من القرارات، قرار ينصب على العرض، أي قرار رفض العرض (فرع أول)، وقرار يمس شخص المتعاقد نفسه (فرع ثاني).

الفرع الأول

قرار رفض العرض

يعد قرار المصلحة المتعاقدة برفض عرض مقدم من مرشح ما، قرار موضوعياً، فهو قرار لا يمس شخص مقدم العطاء، بل هو قرار ينصب على موضوع العرض نفسه⁽¹⁾، لمخالفته الشروط والضوابط التي حددها المرسوم الرئاسي 15-247 لقبول العرض، ومن خلال دراسة نصوصه لاسيما الأقسام الثالث، الرابع، والخامس منه المعنونة على التوالي: "إجراءات الإبرام"، "حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية"، "اختيار المتعامل المتعاقد" يمكننا أن نميز بين نوعين من الشروط الواجب توافرها في العرض تحت طائلة استبعاده، شروط شكلية (أولاً)، وأخرى موضوعية (ثانياً).

(1) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 98.

أولاً: استبعاد العروض المخالفة للشروط الشكلية

تخضع العروض للعديد من القواعد المتعلقة بشكل العرض، تتميز بكونها قواعد ملزمة

في الغالب، وانطلاقاً منها يمكن تحديد حالات رفض العروض:

1- التعهدات التي لا تتضمن مشتملات العرض:

حددت المادة 67 مشتملات العرض، وفقاً لهذه المادة فإن أي عرض للمشاركة في المنافسة يجب أن يتضمن ثلاثة أطراف، ظرف ملف الترشيح، ظرف العرض التقني، وظرف العرض المالي، يضاف إليها ظرف الخدمات في حالة المسابقة.

أ- ملف الترشيح: حاول المنظم التقليل قدر المستطاع من الوثائق المكونة له، وهذا باستبدال كثرة الشهادات والوثائق بالتصريحات:

- تصريح بالترشيح: يصرح من خلاله المتعهد بجملة من المعلومات المتعلقة باستقامته وسلامة وضعيته الجبائية، التجارية والقضائية⁽¹⁾.

- تصريح بالنزاهة، وضع نموذج بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية⁽²⁾.
يضاف إليهما، القانون الأساسي للشركات، الوثائق التي تتعلق بالتفويضات التي تسمح للأشخاص بإلزام المؤسسة، وكذا كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المرشحين أو المتعهدين أو عند الاقتضاء، المناولين، المتعلقة بقدراتهم المهنية، والمالية، والتقنية.

ب- العرض التقني: ويتضمن العرض التقني:

1- تصريح بالاكنتاب: الذي تم تحديد نموده بقرار من الوزير المكلف بالمالية⁽³⁾.

2- كل وثيقة تسمح بتقييم العرض التقني: أي أية وثيقة تبين قدرات المؤسسة التقنية،

(1)-(2)-(3) - قرار وزاري مؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد نماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشيح والتصريح بالاكنتاب ورسالة التعهد والتصريح بالمناول، ج ر عدد 17 صادر في 16 مارس 2016، (نموذج التصريح بالنزاهة ص 16-17، نموذج التصريح بالترشيح ص ص 18-22، نموذج التصريح بالاكنتاب ص ص 23-26).

لاسيما المذكرة التقنية التبريرية، وهي وثيقة جوهرية، إذ تأكد المادتان 67 و71 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أهميتها في العرض المالي، تبعا لذلك فإن قسم الصفقات بوزارة المالية أوضح من خلال عدة مراسلات توضيحية للمختلف المصالح المتعاقدة، أن المذكرة التقنية التبريرية من مكونات العرض التقني ولا يمكن أن تكون محل طلب استكمال، بالتالي على المصلحة المتعاقدة إقصاء العروض التي لا تحتوى هذه الوثيقة مباشرة دون الحاجة لدعوة المتعهد المعني لاستكمال عرضه.

3- كفالة التعهد: هذه الكفالة خاصة بصفقات الأشغال واقتناء اللوازم، تعد هذه الكفالة من قبيل التأمينات الأولية الغرض من اشتراط تقديمها هو ضمان جدية المتعهد، فضلا عن كونها ضامنة لحقوق المصلحة المتعاقدة في حال انسحاب المتعهد أو امتناعه عن التوقيع بعد منحه الصفقة⁽¹⁾، تصدر هذه الكفالة بالنسبة للمؤسسات الجزائرية، من بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية⁽²⁾، أما إذا تعلق الأمر بالمؤسسات الأجنبية فيجب أن تصدر من بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى، مبلغ هذه الكفالة يجب ألا يقل عن 1% من مبلغ العرض.

تلزم المصلحة المتعاقدة برد هذه الكفالة وذلك على النحو التالي:

- إذا لم يقبل المتعهد، ولم يقدم طعنا، بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن.
- إذا لم يقبل المتعهد، وقدم طعنا، فتزد كفالاته عند تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة.

(1) - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2018، ص150.

(2) - تم إنشاؤه بموجب المرسوم التنفيذي 67/98 المؤرخ في 1998/02/21، يتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، ج ر عدد 11 صادر في 1998/02/28، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06/08 المؤرخ في 2008/01/19، ج ر عدد 05، الصادر في 2008/01/30.

- وترد كفالة الحاصل على الصفقة بعد تقديمه كفالة حسن التنفيذ⁽¹⁾.

3- دفتر الشروط: يحتوي في آخر صفحاته عبارة "قرئ وقبل" مكتوبة بخط اليد⁽²⁾، ولا بد من الانتباه لعملية سحب دفتر الشروط، فالمادة 63 من المرسوم الرئاسي 247/15 تنص على وجوب سحب دفتر الشروط من طرف المرشح أو المتعهد أو من ممثل بوكالة خاصة، وفي حالة تجمع مؤقت لمؤسسات، يسحب من طرف الممثل المعين لهذا الغرض، ويمكن إرسال دفتر الشروط إلى المتعامل بناءً على طلبه، ويرفض العرض المتضمن دفتر شروط لم يسحبه المتعهد بهذه الطريقة القانونية كأن يحصل عليه من متعامل آخر أو بتصوير نسخة عنه.

ج- العرض المالي: ويتضمن الوثائق التالية:

-رسالة تعهد: ⁽³⁾، جدول الأسعار بالوحدة، تفصيل كمي وتقديري، وتحليل السعر الإجمالي والجزافي، ويمكن أن تطلب المصلحة المتعاقدة التفصيل الفرعي للأسعار بالوحدة، التفصيل الوصفي التقديري المفصل.

تعد هذه الوثائق بصفة عامة إلزامية في كل عرض، غير أنه يتوجب على المصلحة المتعاقدة الأخذ بعين الاعتبار الحالات الخاصة، كالصفقات المبرمة مع المؤسسات الصغيرة، بحيث يمكن إعفاءها من تقديم بعض الوثائق⁽⁴⁾.

(1) - تنص المادة 125 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...ترد كفالة المتعهد الذي لم يقبل، والذي لم يقدم طعنا، بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن كما هو محدد في المادة 82 أعلاه،
ترد كفالة المتعهد الذي لم يقبل، والذي قدم طعنا، عند تبليغ قرار رفض الطعن، من طرف لجنة الصفقات المختصة.
ترد كفالة الحاصل على صفقة عمومية بعد وضع كفالة حسن التنفيذ"

(2) - تنص المادة 67 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...يتضمن العرض التقني ما يأتي...."

-دفتر الشروط يحتوي في آخر صفحاته على العبارة "قرئ وقبل" مكتوبة بخط اليد..."

(3) - انظر القرار وزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد نماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشح والتصريح بالاكتمال ورسالة التعهد والتصريح بالمناول، (نموذج رسالة التعهد ص ص 27-30).

(4) - في إطار سعي المشرع لدعم وتشجيع المؤسسات الوطنية لاسيما الصغيرة منها، فقد نص المرسوم الرئاسي 15-247 على عدة تسهيلات لصالحها، من بينها إعفاءها من تقديم بعض الوثائق، فعلى سبيل المثال تنص المادة 87 منه:

د - ظرف الخدمات:

يقدم هذا الظرف في حالة إبرام الصفقة بطريق المسابقة، وبالنظر لخصوصية العملية المطلوب إنجازها في المسابقات، فإن المشرع لم يحدد مضمونه، بل ترك تحديده لدفتر الشروط الخاص بالصفقة⁽¹⁾.

يجب أن يتضمن العرض كل وثيقة نص عليها القانون (مع مراعاة خصوصية كل صفقة)، بحيث تدرج كل وثيقة في الظرف الخاص بها وهذا تحت طائلة رفض العرض، فعلى سبيل المثال، يرفض العرض في حالة ورود معلومة تتعلق بمبلغ العرض المالي في ظرف العرض التقني.

يقتضي إبرام الصفقة عن طريق طلب العروض المحدود، أو إجراء الاستشارة الانتقائية، أن يتم انتقاء أولي للمرشحين، وفي مرحلة ثانية يتم دعوة المرشحين الذين اجتازوا الانتقاء الأولي لتقديم عروضهم⁽²⁾، خلال المرحلة الثانية يقدم المرشحون المختارون عرضين، عرض تقني نهائي، وعرض مالي، وفي هذه الحالة يجب ألا ترد أية معلومة تتعلق بمبلغ العرض المالي في أظرفة العروض التقنية، تحت طائلة إقصاءه⁽³⁾.

كما يتوجب إقفال هذه الأظرفة بإحكام، وأن توضع كلها في ظرف مغلق يكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض-طلب العروض

"يجب على المصلحة المتعاقدة أن لا تشترط على المؤسسات المصغرة المنشأة حديثاً التي لا يمكنها أن تقدم، على الأقل، حصيلة السنة الأولى من وجودها، إلا وثيقة من البنك أو من الهيئة المالية، كما لا تشترط عليها المصلحة المتعاقدة المؤهلات المهنية المماثلة للصفقة المعنية، بل تأخذ بعين الاعتبار تلك المثبتة بالشهادات".

(1) - تنص المادة 67 فقرة ما قبل الأخيرة: "في حالة المسابقة، يحتوي العرض، بالإضافة لأظرفة ملف الترشيح والعرض التقني والعرض المالي، على ظرف الخدمات الذي يحدد محتواه في دفتر الشروط".

(2) - تنص المادة 45 من المرسوم الرئاسي 247/15: "طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد".

(3) - تنص المادة 10/46 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...يجب ألا ترد أي معلومة تتعلق بمبلغ العرض المالي في أظرفة العروض التقنية، تحت طائلة رفض هذه العروض"

رقم.....-موضوع طلب العروض⁽¹⁾. إن أي عرض لا يحترم هذا التنظيم الشكلي المشار إليه يخول للمصلحة المتعاقدة استبعاده مباشرة.

2-العروض غير المكتملة:

يتميز تنظيم الصفقات العمومية بين نوعين من الوثائق، وثائق قابلة للاستدراك بحيث يدعى المتعهد لاستكمالها ولا يرفض عرضه إلا إذا انتهت الآجال الممنوحة له قبل إيداعها، ووثائق يشكل غيابها وحده مبررا لرفض العرض مباشرة.

فيكون المتعامل الحائز على الصفقة ملزما بتقديم الوثائق المبررة للمعلومات التي يحتويها التصريح بالترشح، خلال عشرة أيام من تاريخ إخطار المرشح، وقبل نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة، ففي حالة عدم تقديمها أو تقديمها غير مطابقة للمعلومات المذكورة في التصريح، فإن ذلك يبرر استبعاد العرض مباشرة، وتستأنف إجراءات منح الصفقة⁽²⁾.

- كذلك الوثائق الخاصة بالعرض التقني الناقصة أو غير الكاملة، يجب استكمالها في أجل 10 أيام من تاريخ فتح الأظرفة، ويستثنى من هذه الوثائق:

- وثيقة "المذكرة التقنية التبريرية"، فباعتبارها وثيقة محورية فإن عدم وجودها في العرض يؤدي إلى رفضه مباشرة ودون إخطار ودون منح المرشح أجل لإيداعها.

- الوثائق الصادرة من المتعهد المتعلقة بتقييم العرض⁽³⁾، حيث يبدو أنه من وجهة نظر المنظم لا يعذر المتعهد عندما يتعلق الأمر بوثيقة تصدر هو بنفسه، فلا تتطلب منه السعي لاستصدارها لدى هيئة أو إدارة ما.

(1) - حسب ما تنص عليه المادة 2/67 من المرسوم الرئاسي 247/15.

(2) - تنص المادة 1/69 من المرسوم الرئاسي 247/15: "لا تطلب الوثائق التي تبرر المعلومات التي يحتويها التصريح بالترشح إلا من الحائز على الصفقة العمومية الذي يجب عليه تقديمها في أجل أقصاه عشر (10) أيام، ابتداء من تاريخ إخطاره، و على أي حال، قبل نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة".

(3) - تنص المادة 8/71 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...تدعو المرشحين أو المتعهدين عند الاقتضاء، كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة، إلى استكمال عروضهم التقنية، تحت طائلة رفض عروضهم، بالوثائق الناقصة أو غير

3- مخالفة حضر التقدم بأكثر من عرض:

لا يسمح للمتعهّد بتقديم أكثر من عرض، وتمنع كل الطرق الاحتيالية المؤدية لذلك، كتقديم عرض منفرد وعرض آخر في إطار تجمع، أو تقديم عرض كمتعاقد أصيل وآخر كنائب أو ممثل لحساب الغير⁽¹⁾.

تبرز الحكمة من هذا الحظر في احترام مبادئ المنافسة والمساواة بمنع الممارسات الاحتكارية، ولم يبين تنظيم الصفقات الإجراء الواجب القيام به من المصلحة المتعاقدة في حالة مخالفة هذا الحظر، فهل ترفض كل العروض، أم يقبل أحدها؟ وعلى الأرجح أنه تستبعد جميع العروض.

4- حالة عدم احترام المرشح للأجال والكيفيات المحددة لإيداع العروض:

لا تقبل سوى العروض المستلمة من المصلحة المتعاقدة قبل التاريخ والساعة المحددين لتلقي العروض⁽²⁾، ويرفض كل عرض خارج هذه الآجال⁽³⁾، كما أنه إذا حددت المصلحة المتعاقدة طريقة معينة لإيداع العروض، كما لو أوجبت إيداعها عبر البريد فقط أو إيداعها لدى المصلحة المتعاقدة مباشرة، فيجب احترام الطريقة المحددة، وللمصلحة المتعاقدة أن ترفض مباشرة كل عرض ورد بغير الطريقة المطلوبة.

الكاملة المطلوبة، باستثناء المذكرة التقنية التبريرية، في أجل أقصاه عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ فتح الأظرفة.

ومهما يكن من أمر، تستثنى من طلب الاستكمال كل الوثائق الصادرة عن المتعهد و المتعلقة بتقييم العروض،...

(1) - تنص المادة 77: "لا يمكن متعهداً أو مرشحاً، وحده أو في إطار تجمع، أن يقدم أكثر من عرض واحد في كل إجراء لإبرام صفقة عمومية. ولا يمكن نفس الشخص أن يمثل أكثر من متعهد أو مرشح في نفس الصفقة العمومية.

(2) - مع مراعاة تمديد الأجل إذا صادف آخر يوم محدد لتحضير العروض يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، حيث تمتد مدة تحضير العروض إلى أول يوم عمل موالي.

(3) - LATRECHE Arnaud, Marchés public : Les droits des opérateurs économiques évincés, TERRITORIAL, BOURGOIN JALLLIEU, 2016, p 16.

ثانيا: استبعاد العروض المخالفة للشروط الموضوعية

تتعلق الشروط الموضوعية بمضمون العرض، فيترتب على مختلف حالات مخالفة مضمون العرض للقواعد التي يطلبها تنظيم الصفقات ودفاتر الشروط، استبعاده فورا، ومن أبرز هذه الحالات:

1- حالة العرض غير المطابق لدفاتر الشروط

وفقا لتنظيم الصفقات العمومية فإن مخالفة أو عدم مطابقة العرض لمحتوى دفاتر الشروط، يعد سببا مبررا لإقصائه⁽¹⁾، وهو أمر منطقي إذ أن جوهر الصفقة تتضمنه محتوى هذه الدفاتر، فمن غير المعقول قبول عرض لا يستجيب لمتطلبات دفاتر الشروط.

تستبعد كذلك عروض المتعاملين الذين لا تتوفر فيهم الشروط الاقتصادية الدنيا التي يتطلبها دفتر الشروط⁽²⁾، وهي حالة عدم حصول العرض على العلامة الدنيا اللازمة، فإذا نص دفتر الشروط على وجوب حصول المتعهد على نقطة معينة كحد أدنى لقبول عرضه، فإنه لا يمكن النزول عن هذه النقطة، ويترتب على عدم حصول العرض عليها إقصاؤه من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض⁽³⁾، وكذا حالة العروض التي لا تستوفي متطلبات البرنامج الوظيفي و/أو المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفاتر الشروط⁽⁴⁾.

(1) - تنص المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...تقوم لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض بالمهام الآتية:

- إقصاء الترشيحات غير المطابقة لمحتوى دفاتر الشروط المعدة طبقا لأحكام هذا المرسوم..."

(2) - LATRECHE Arnaud, Marchés public : Les droits des opérateurs économiques évincés, Op cit, p 15.

(3) - المادة 5/72 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...وتقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط..."

(4) - تنص المادة 7/46 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...وتقترح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، على إثر هذه المرحلة، على المصلحة المتعاقدة إقصاء عروض المرشحين الذين لا يستوفون متطلبات البرنامج الوظيفي و/أو المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط..."

2- حالة العرض المتضمن خرقاً لمبدأ المنافسة:

تعد المنافسة أحد المبادئ التي تركز عليها إجراءات إبرام الصفقات، وقد حظيت باهتمام بالغ من المشرع ضمن تنظيم الصفقات العمومية وبعض التشريعات ذات الصلة، يقصد بها في مجال الصفقات العمومية: "فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط المحددة مسبقاً، وإخضاعهم لنفس القواعد والظروف ونفس معايير الاختيار"⁽¹⁾، وذلك تماشياً مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة. تلزم المادة 72 المصلحة المتعاقدة ألا تقف موقفاً سلبياً إزاء تصرفات المتعهدين التي قد تضر بالمنافسة، وذلك من خلال منح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض إمكانية اقتراح رفض العرض المتضمن إخلالاً بالمنافسة، ويبقى القرار النهائي برفض العرض من اختصاص المصلحة المتعاقدة وحدها، وتتمثل هذه التصرفات في: التعسف في وضعية الهيمنة، الإخلال بالمنافسة، وتقديم عرض منخفض بشكل غير عادي.

أ- حالة التعسف في وضعية الهيمنة:

حددت المادة الثانية فقرة ج من القانون 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽²⁾، وضعية الهيمنة بكونها الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه، وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيها، تلتزم المصلحة المتعاقدة

(1) - قاصدي فايزة، "المبادئ الأساسية للصفقات العمومية"، المعيار، المجلد 06، العدد 01، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2015، ص 343.

(2) - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 2003/07/19 يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، الصادر في 2003/07/20، معدل ومتمم بالقانون رقم 12-08، المؤرخ في 2008/06/25، ج ر عدد 36 الصادر في 2008/07/02، معدل ومتمم بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 2010/08/15، ج ر عدد 46، صادر في 2010/08/18.

بالتالي، حماية لمبدأ المنافسة النزيهة بأن ترفض عروض المتعهدين الذين يخلقون ممارسات مقيدة للمنافسة تهدف إلى احتكار السوق.

ب- الممارسات المخلة بالمنافسة:

تنص المادة 06 من القانون 03-03 على حظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، ومن أمثلة الأعمال المدبرة جمع مؤسسات ترغب في المشاركة في طلب عروض لاسيما في مجال البناء والأشغال، بحيث يهدف هذا التجمع إلى التملص من المنافسة، إذ تتفق هذه المؤسسات مسبقا على اقتسام الصفقات العمومية في السوق بتعيين مؤسسة تقترح أفضل عرض وذلك بالتداول، من أجل اقتسام المنافع فتتخذ المصلحة المتعاقدة بهذا العمل المدبر⁽¹⁾.

تشير صياغة المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15، وذلك بمقارنتها بالمادة المقابلة لها ضمن المرسوم الرئاسي 10-236، وهي المادة 125.⁽²⁾

يحظر المنظم من خلال المادة 125 على المصلحة المتعاقدة تجعل من سلطتها في منح الصفقة سببا لخلق حالة هيمنة أو احتكار غير مشروع في السوق، وبالتالي افتراض سوء النية في الإدارة ومنح لجنة تقييم العروض آلية لردع أية ممارسات سلبية

(1) - شروط حسين، شرح قانون المنافسة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 28.

(2) - تنص المادة 125 من المرسوم الرئاسي 236/10: "...غير أنه، يمكن لجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا أثبتت أنه تترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأية طريقة كانت...". أما المادة 72 من المرسوم 15-247 فتتص: "...تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية الهيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت. ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط...".

على المنافسة قد تحدثها المصلحة المتعاقدة، وعلى خلاف ذلك تماماً فإن المادة 72 تفترض أن الإخلال يكون دائماً من قبل المتعاملين الاقتصاديين المتنافسين، فيكون رفض العرض سببه "ممارسات المتعهد المعني" التي تشكل تعسفاً في وضعية الهيمنة.

يكن الإشكال عملياً، في كون المنظم عقد مهمة لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض، فبدل أن تدقق اللجنة في الإجراءات المتخذة من طرف المصلحة المتعاقدة، وكذا الوثائق المطروحة من قبلها (لاسيما دفاتر الشروط) لإثبات وجود إخلال بالمنافسة، وذلك أمر هين لكونها تدقق في وثائق وإجراءات هيئة تنتمي إليها، فإنها أصبحت ملزمة بالتدقيق والبحث في تصرفات المتعهدين، وإثبات أن ممارساتهم هي المسببة للإخلال بالمنافسة.

فقد جانب المنظم الصواب في صيغته للمادة 72، ذلك أن وضعية الهيمنة والاحتكار تخلقها المصلحة المتعاقدة بعدة صور، كأن تختار تقنية معينة أو إجراء معين لإبرام الصفقة غير مبرر بطبيعة وموضوع الصفقة وإنما يخلق احتكاراً لمؤسسة أو تجمع معين.

أما المتعامل الاقتصادي فإن الممارسة التي يمكن أن يخل عن طريقها بالمنافسة في السوق هي خفض مبلغ العرض بشكل غير عادي، وهي الحالة التي تنص عليها الفقرة الموالية من المادة (الفقرة 9)، وبذلك كان من الأفضل أن يترك الوضع كما كانت عليه المادة 125 من المرسوم الرئاسي 236/10 إذ كانت صياغتها أكثر شمولاً تتضمن فقرتين أحدهما تتعلق بتصرفات المصلحة المتعاقدة والأخرى بتصرفات المتعاملين.

وقد قضت المحكمة الإدارية لنيس، استناداً إلى فكرة التعسف في الهيمنة على السوق، أن واقعة تنظيم الصفقة في حصة، مما أدى إلى أيلولة هذه الصفقة إلى مجموعة واحدة من شأنه أن يحول دون تحديد الأسعار بموجب سعر السوق الحرة، وذلك بالنشجيع على تقديم سعر واحد⁽¹⁾.

(1) - كـتـو محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص 78.

ج- تقديم عرض منخفض بشكل غير عادي:

وفقا للمادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15، إذا لاحظت لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض أن العرض المالي للمتعهد منخفض بشكل واضح، وهذا بإجراء عملية حسابية بسيطة⁽¹⁾ بمقارنته بمرجع الأسعار، فإنها تطلب منه كتابيا وعن طريق المصلحة المتعاقدة، تقديم التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة، وتقوم بدراسة هذه التبريرات وتقديرها فإذا ارتأت أنها غير معقولة من ناحية اقتصادية فإنها تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض، ويكون الرفض بقرار معلل⁽²⁾.

3- حالة تعديل العرض بموجب جواب:

بعد تقديم المتعهد لعطاءه، فإنه يبقى ملتزما به إلى غاية البت في جميع العروض، كما تلتزم المصلحة المتعاقدة خلال مرحلة تقييم العروض بعدم الدخول في أية مناقشات أو تفاوض مع مقدم العطاء، فتحكم على العروض كما وردت فقد نصت المادة 80 من المرسوم الرئاسي 247-15 أنه: "لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض. ويسمح بالتفاوض في الحالات المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم فقط..."، يرجع سبب هذا المنع إلى مبدأي شفافية الإجراءات والمساواة بين المتنافسين، ذلك أن طلب العروض يقوم على فكرة سرية العروض حيث يتقدم كل منافس بشروطه الخاصة انطلاقا من قدراته وإمكانياته، ليتم المفاضلة بين العطاءات كما وردت⁽³⁾، عند حلول مرحلة تقييم العروض، فيتحدد مركز وترتيب

⁽¹⁾ - BRACONNIER Stéphane, NOGUELLOU Rozen, « Marché présentant un "intérêt transfrontalier certain" et offres anormalement basses », RDI, n°8, 2008, p 383.

⁽²⁾ - تنص المادة 12/72 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع الأسعار، تطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة، كتابيا، التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة. وبعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية. و ترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل".

⁽³⁾ - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 282.

كل واحد من متنافسين، بالنسبة للآخر، وفق منافسة نزيهة ولا يحق للمصلحة المتعاقدة بعدها أن تمس بهذه المراكز أو أن تغيير من ترتيب المتنافسين وذلك بالتفاوض والاتفاق مع أحدهم، إلا فإنه تكون بذلك قد أهدرت الحكمة من إبرام الصفقة عن طريق طلب العروض.

غير أنه، فتحت المادة 80 من المرسوم الرئاسي 15-247 مجالا لإمكانية الاتصال بمقدم العطاء للسماح بمقارنة العروض، وذلك بأن تطلب المصلحة المتعاقدة من المتعهدين كتابيا توضيح وتفصيل فحوى عروضهم، فيقدم المتعهد مجرد توضيح وتفصيل للغموض أو الإيجاز الذي قد يشوب محتوى عرضه، فلا يصح له تجاوز هذا الحد، بأن يضيف بنود وأحكاما جديدة لتدعيم عرضه، وتغيير شروط المنافسة التي قدمها بداية، فهذا التعديل يعد إخلالا واضحا بالمنافسة، فقد نص المنظم بأن ضبط الصفقة وإعادة التفاوض بشأن شروط العرض المقدم، لا يتم إلا بعد منح الصفقة وبشرط عدم إعادة النظر في شروط المنافسة⁽¹⁾.

تتجه أغلب القوانين المقارنة لتوسيع دائرة حظر اللجوء للتفاوض فالمشرع المصري، مثلا، بعد أن كان يفتح مجال للتفاوض في حالتين: الحالة مفاوضة مقدم العطاء الأقل، المقترن بتحفظ أو تحفظات، للنزول عن كل تحفظاته أو عن بعضها بما يجعل عطاءه متفقا مع شروط الصفقة بقدر الإمكان. وحالة مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسعره إلى مستوى أسعار السوق. وقد فسر القضاء المصري هذا النص بأنه لا يحق للإدارة بأي حال مناقشة البنود المتعلقة بالأسعار المقدمة⁽²⁾، إلا أن القانون الجديد لسنة 2018، ينص على إلغاء المناقصة أو المنافسة في هاتين الحالتين بقرار مسبب يبلغ لمقدم العطاء⁽³⁾.

(1) - تنص المادة 80 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...يمكن المصلحة المتعاقدة، للسماح بمقارنة العروض، أن تطلب من المتعهدين كتابيا توضيح وتفصيل فحوى عروضهم. ولكن لا يمكن بأي حال من الأحوال، أن يسمح جواب المتعهد بتعديل عرضه أو التأثير في المنافسة...".

(2) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 281.

(3) - تنص المادة 37 من قانون رقم 182 لسنة 2018 يتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، ج ر عدد 39 مكرر (د) صادر في 03 أكتوبر 2018: "...ويجوز الإلغاء في أي من الحالات الآتية:

2.... - إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات.

3 - إذا كانت قيمة العطاء الأقل تجاوز القيمة التقديرية،....".

وقد أحسن المنظم بترك إمكانية التفاوض مع المتعهد لمرحلة ما بعد تقييم العروض، فلم يترك بذلك أي مجال لهدر قواعد المنافسة، إذ أن التفاوض لا يتم إلا بعد اختيار أحسن عرض، فلا يكون له أي دور في اختيار العرض.

بعد دراسة تنظيم قانون الصفقات لقرار رفض العرض، لابد من الوصول إلى نتيجة، مفادها أن المنظم لا يرسم لنا صورة واضحة لقرار رفض العرض، فلم ينظمه ككيان واضح أو تصرف قانوني له تكييفه قائم على مكونات وأركان وشروط صحة، لذلك لابد من الاطلاع على كل مواده واستخلاص حالات رفض العرض، وإذا لم يكن مطلوباً من المنظم تنظيم تصرف رفض العرض في قالب معين أو تكييف التصرفات وتحديد عناصرها وأركانها باعتبارها وظيفة الباحث، إلا أنه يقع عليه تحديد العناصر الأساسية ذات التأثير المباشر على المراكز القانونية للمخاطبين بالتصرف.

على سبيل المثال لا الحصر نجد أن المشرع الفرنسي وضع بموجب المادة 99 من مرسوم 25 مارس 2016⁽¹⁾ على عاتق المتعامل العمومي التزاماً عاماً بتسبيب أي قرار يتضمن استبعاد عرض من المنافسة، ويرى الفقه في فرنسا أن هذا الالتزام يسري على جميع طرق إبرام الصفقات⁽²⁾، بينما لا يشير المرسوم الرئاسي 247/15 إلى التعليل سوى في حالة رفض العرض المتضمن مبلغ منخفض بشكل غير عادي.

(1) - Art 99: « Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou son offre ».

(2) - LATRECHE Arnaud, Marchés public : Les droits des opérateurs économiques évincés, Op cit, p 21.

الفرع الثاني:

قرار استبعاد متنافس

يعد قرار استبعاد أو إقصاء متنافس، قرارا شخصيا يوجه إلى شخص معين بذاته معنويا كان أو طبيعيا⁽¹⁾، يهدف إلى حرمانه من الاشتراك في كافة الصفقات المعلن عنها. أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر على أصالة سلطة الإدارة في الإقصاء من المشاركة في المناقصات العامة، فقد ذكرت في أحد قراراتها: "...يشترط دائما في من يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعا بحسن السمعة،...للإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعاده من قائمة عملائها ممن لا يتحلون بحسن السمعة، ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق..."⁽²⁾.

استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر، على أن الإدارة تتخذ إجراءات الاستبعاد من المشاركة في الصفقات في ثلاث حالات: حالة عدم قدرة المتعامل الفنية أو المالية لإنجاز العمل المطلوب، حالة عدم تقديم التأمين المؤقت، فضلا عن الاستبعاد كعقوبة⁽³⁾. يتم الاستبعاد للشخصي لشخص طبيعي أو معنوي من المشاركة في الصفقات وفقا لتنظيم الصفقات العمومية، إما بالإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية أو بالتسجيل في قائمة الأشخاص ممنوعين من المشاركة في الصفقات.

أولا - الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

يقصد بالإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية: "حرمان المتعهد من المشاركة في المنافسة وعدم قبول العطاءات التي يتقدم بها ولو كانت مستوفية لكافة شروط الصفقة بسبب وجوده في وضعية غير قانونية"⁽⁴⁾.

(4) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 98.

(2) - المرجع نفسه، ص 99.

(3) - أنظر: الطماوي سليمان ، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 238 وما يليها.

(4) - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 154.

يحدد القانون حالات الإقصاء، في هذا سياق، تنص المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247، على حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، وإن تعددت هذه الحالات فهي تدور في مجملها حول، سببين:

1- مخالفة المتعامل الاقتصادي لبعض الالتزامات: وهذه الالتزامات، إما تجاه المصالح المتعاقدة، كالتزام الجدية بشأن العرض المقدم في إطار صفقة ما، أو التزام النزاهة بخصوص التصريح الشرفي، أو التزام الاستثمار في الشراكة بالنسبة للمتعامل الأجنبي، أو التزامات المتعلقة بتنفيذ الصفقة، وقد تكون التزامات عامة تجاه الأنظمة القانونية، تتعلق بوضعية المتعامل الاقتصادي تجاه التشريع الجبائي والجمركي والتجاري وكذا تشريع العمل والضمان الاجتماعي.

2- الوضعية القانونية للمتعامل: أي وجوده في وضعية قانونية تمنع بالضرورة قيامه بتصرفات قانونية ومنها إبرام الصفقات، ويتعلق الأمر بـ: حالات الإفلاس والتصفية والتوقف عن النشاط والتسوية القضائية أو الصلح، أو حالة التسجيل في قائمة الأشخاص ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، حيث تقتضي المصلحة العامة وحماية المال العام استبعاد المتعاملين الاقتصاديين في هذه الحالات لصعوبة وضعهم المالي⁽¹⁾.

أحالت الفقرة الأخيرة من المادة، تطبيق هذه المادة إلى قرار وزاري يصدره الوزير المكلف بالمالية، تطبيقاً لهذه الإحالة صدر القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2015⁽²⁾، يحدد كفايات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، وهو القرار الذي حل محل القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011⁽³⁾.

(1) - بغلول عباس، "الإقصاء في قانون الصفقات العمومية الجزائري"، حوليات كلية الحقوق، المجلد 6، العدد 1، جامعة محمد بن أحمد، وهران، 2014، ص 42.

(2) - قرار وزاري مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كفايات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 17، صادر في 16 مارس 2016.

(3) - قرار مؤرخ في 28 مارس سنة 2011، يحدد كفايات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 24، صادر في 20 أبريل 2011 (ملغى).

١- أنواع الإقصاء من الصفقات العمومية:

ينقسم الإقصاء من الصفقات إلى نوعين، إقصاء مؤقت وإقصاء نهائي، على أن كل نوع يتخذ صورة مختلفة، فنجد الإقصاء المؤقت التلقائي، الإقصاء المؤقت التلقائي بعنوان صفقات المصلحة المتعاقدة، الإقصاء المؤقت التلقائي الذي يتم بمقرر، كما نجد الإقصاء النهائي التلقائي.

1- الإقصاء المؤقت التلقائي:

تتخذ المصالح المتعاقدة إجراء الإقصاء المؤقت التلقائي، ضد المتعاملين الاقتصاديين:

-الذين هم في حالة التسوية القضائية أو الصلح، إلا إذا أثبتوا أنهم مرخصون من قبل العدالة بمواصلة نشاطاتهم.

-الذين هم محل إجراء التسوية القضائية أو الصلح، إلا إذا أثبتوا أنهم مرخصون من قبل العدالة بمواصلة نشاطاتهم.

-الذين لم يستوفوا واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية

-الذين لم يستوفوا الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.

-الذين تمت إدانتهم بصفة نهائية من قبل العدالة بسبب غش جبائي أو تصريح كاذب أو مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.

-الذين تمت إدانتهم بصفة نهائية من قبل العدالة بسبب مخالفة الأحكام الآتية:

*أحكام المادتين 19 و 23 من القانون رقم 10 - 81 المؤرخ في 11 يوليو سنة 1981

والمترلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، المعدل.

*أحكام المواد 7 و 13 و 15 و 16 و 24 من القانون رقم 14 - 83 المؤرخ في 2 يوليو

سنة 1983 والمترلق بالتزامات المكلف في مجال الضمان الاجتماعي، المعدل والمتمم .

* أحكام المواد 37 و 38 و 39 من القانون رقم 07 - 88 المؤرخ في 26 يناير سنة 1988 والمتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل.

* أحكام المواد 140 و 144 و 149 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم.

* أحكام المادتين 24 و 25 من القانون رقم 19 - 04 المؤرخ في 25 ديسمبر سنة 2004 والمتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل⁽¹⁾.

2- الإقصاء المؤقت التلقائي بعنوان صفقات المصلحة المتعاقدة:

يخص هذا الإقصاء المصلحة المتعاقدة التي بادرت بالإجراء ويتخذ ضد المتعاملين الاقتصاديين:

-الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض، بدون سبب مبرر.

-الذين قاموا بتصريح كاذب، ويقصد المشرع بالتصريح، كل من التصريح بالنزاهة، التصريح بالترشح، التصريح بالاكتتاب، رسالة التعهد والتصريح بالمناول.

-الذين كانوا محل أول قرار فسخ لصفقاتهم تحت مسؤوليتهم⁽²⁾.

3 - الإقصاء المؤقت التلقائي بمقرر:

نصت المادة السادسة من القرار الوزاري على (إقصاء مؤقت تلقائي يتم بمقرر)!

يخص المتعاملين الاقتصاديين المسجلين في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها، بعد أن كانوا محل مقررين اثنين للفسخ، على الأقل، تحت مسؤوليتهم.

يستعمل المنظم عبارة "الإقصاء التلقائي الذي يتم بمقرر"، وهي عبارة تحمل في دلالتها اللغوية وحتى المصطلحية تناقضا واضحا، فإذا كان الهدف من تقسيم الإقصاء المؤقت

(1)- المادة 03 من القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2015.

(2)- المادة 04 من القرار الوزاري المؤرخ في 15 ديسمبر 2015.

إلى إقصاء تلقائي وإقصاء بمقرر، هو التمييز بين الحالتين: الحالة التي يتم فيها الإقصاء تلقائياً لمجرد تواجد المتعاقد في وضعية قانونية معينة، والحالة التي لا يثبت فيها الإقصاء بمجرد ارتكاب مخالفة ما بل لابد من صدور قرار الإقصاء لتثبيت حالة الإقصاء من الصفقات، فكيف يمكن الحديث عن إقصاء تلقائي يتم بمقرر؟

4 - الإقصاء النهائي التلقائي:

يطبق على المتعاملين الاقتصاديين - طالما لم يتم رد الاعتبار لهم - المتواجدين في إحدى الحالات الآتية⁽¹⁾:

- الذين هم في حالة إفلاس أو تصفية قضائية أو توقف عن النشاط.
- الذين هم محل إجراء إفلاس أو تصفية قضائية أو توقف عن النشاط.
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.
- الأجانب الذين أخلوا بالتزامهم المحدد في المادة 84 من المرسوم الرئاسي 247/15⁽²⁾.

ب - مدة الإقصاء:

- حدد المنظم مدة الإقصاء المؤقت كما يلي:
- ستة أشهر، عندما يتعلق الأمر بالإقصاء المؤقت التلقائي بعنوان المصلحة المتعاقدة التي بادرت بالإجراء.
 - سنة واحدة في حالة التسجيل في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها.
 - سنتين في حالة الإدانة بصفة نهائية من طرف العدالة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.

(1) - المادة 07 من القرار الوزاري المؤرخ في 15 ديسمبر 2015.

(2) - تنص المادة 84 : "يجب أن تنص دفاتر شروط الدعوات للمنافسة الدولية، في إطار السياسات العمومية للتنمية، بالنسبة للمتعهدين الأجانب، على الالتزام بالاستثمار في الشراكة، عندما يتعلق الأمر بالمشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني....".

-ثلاث سنوات في حالتها الإدارية بصفة نهائية من طرف العدالة بسبب مخالفة تمس بالنزاهة المهنية وبسبب التصريح الكاذب، وفي حالة التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية⁽¹⁾.

أما بالنسبة للإقصاء النهائي فلم ينص المنظم صراحة على مدته، فهل يفهم من تسميته أنه قرار حاسم لا رجعة فيه؟، الواقع أنه من غير المعقول التسليم بهذا الفرض، ففي جميع حالات الإقصاء تنتهي مدة سريان قرار الإقصاء بمجرد رد الاعتبار للمتعامل المقصي وفقا للشروط المحددة في التشريع المعني حسب حالة الإقصاء، وهو ما يفهم ضمنا من الفقرة الأولى من المادة 7 التي تنص: "يطبق الإقصاء النهائي التلقائي على المتعاملين الاقتصاديين الآتي ذكرهم إلا إذا تم رد الاعتبار لهم حسب الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما.....".

ج- آثار الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

حدد القرار الوزاري آثار قرار الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، من خلاله قرر آثارا عامة تنطبق على جميع حالات الإقصاء، وتقتصر بعض الآثار على حالات محددة من حالات الإقصاء، تتمثل هذه الآثار في:

- سريان قرار الإقصاء على كل الصفقات المعلن عنها وتلتزم به كل المصالح المتعاقدة طيلة فترة سريانه، وهو أمر منطقي لأن أسباب إقصاء متعامل اقتصادي من صفقة ما هي أسباب عامة تجعل هذا المتعامل غير جدير بالاشتراك في كل الصفقات.

غير أنه يقتصر سريان أثر الإقصاء على صفقات المصلحة المتعاقدة المتخذة لإجراء للإجراء، في الحالات التالية:

(1) - المادة 04 من القرار الوزاري المؤرخ في 15 ديسمبر 2015.

-الحالات الثلاث للإقصاء المؤقت التلقائي المنصوص عليها في المادة 04 من القرار⁽¹⁾.
-المتعاملين الاقتصاديين المسجلين في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها، لأنهم كانوا محل مقررين للفسخ تحت مسؤوليتهم⁽²⁾.
على أنه قد يتسع مجال سريان الإقصاء، بموجب مقرر يصدره مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي ليشمل ليس فقط المصلحة المتعاقدة متخذة الأجراء إنما كل المصالح المتعاقدة التي تتبع سلطته، ويجب تبليغ هذا المقرر للمتعامل الاقتصادي المعني وللمصالح المتعاقدة المعنية وينشر في مواقعهم الإلكترونية وفي البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية.

إن مقارنة القرار الوزاري الساري مع القرار السابق يثير عدة ملاحظات:

-**الملاحظة الأولى:** بخصوص ضبط وتصنيف الحالات المبررة للإقصاء، فإن القرار السابق كان أكثر تنظيماً ووضوحاً من القرار الحالي، فالقرار السابق يصنف حالات الإقصاء في أربع أنواع ببساطة، فنجد الإقصاء المؤقت والإقصاء النهائي وكل منهما يكون بمقرر أو تلقائي، أما ضمن القرار الحالي فنجد، الإقصاء المؤقت التلقائي، الإقصاء المؤقت التلقائي بعنوان صفقات المصلحة المتعاقدة، الإقصاء المؤقت التلقائي بمقرر، وكذا الإقصاء النهائي التلقائي.

(1) - تنص المادة 04: "يخص الإقصاء المؤقت التلقائي بعنوان صفقات المصلحة المتعاقدة التي بادرت بالإجراء، المتعاملين الاقتصاديين:

-الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض، بدون سبب مبرر،

-الذين قاموا بتصريح كاذب،

-الذين كانوا محل قرار فسخ لصفقاتهم تحت مسؤوليتهم، إلا إذا أثبتوا أن الأسباب التي أدت إلى هذا الفسخ قد زالت".

(2) - تنص المادة 06: "يخص الإقصاء المؤقت التلقائي الذي يتم بمقرر، المتعاملين الاقتصاديين المسجلين في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها، بعد أن كانوا محل مقررين اثنين (2) للفسخ، على الأقل، تحت مسؤوليتهم...".

ما يمكن قوله أن المنظم لم يكن منهجيا في تقسيم حالات الإقصاء، وأكثر نقطة ينتقد فيها القرار الوزاري الحالي (لسنة 2015) كونه ينص على حالات الإقصاء النهائي التلقائي دون التطرق إلى الإقصاء النهائي بمقرر وذلك على خلاف القرار السابق (لسنة 2011)، ويبدو أن الإقصاء النهائي بمقرر قد سقط سهوا في القرار الحالي بدليل وجود الإقصاء النهائي التلقائي الذي يعني بالضرورة وجود نظيره بمقرر⁽¹⁾.

الملاحظة الثانية: تحدد المادة 5 من القرار مدة الإقصاء²، وذكرت في فقرتها الأخيرة مدة الإقصاء في حالة التسجيل في قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات، تثير هذه الفقرة نقطتين، أولهما من الناحية الشكل، إذ لم يسبق ذكر حالة التسجيل في القائمة أو تصنيفها ضمن أي نوع من أنواع الإقصاء من الصفقات.

أما من ناحية الموضوع، هل من المعقول تحديد مدة معينة لإقصاء المرشح المسجل أصلا في قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات؟

عند تسجيل متعامل ما في القائمة المذكورة، فإن الأثر المباشر لهذا الإجراء هو منع المتعامل بصفة نهائية من الاشتراك في المنافسة المتعلقة بجميع الصفقات العمومية المعلن عنها عبر التراب الوطني، ويبقى أمام المتعامل المعني طريقي الطعن الإداري والقضائي، فإذا كانت نتيجة الطعن لصالح المتعامل وتم سحب اسمه من القائمة فإنه يرفع الإقصاء مباشرة، أم إذا كانت نتيجة الطعن في غير صالحه، وتم تثبيت اسمه في القائمة فإن الإقصاء يبقى قائما، هنا يطرح التساؤل ما محل مدة الثلاث سنوات في كلتا الحالتين؟

(1) - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 161.

(2) - تنص المادة 5 من القرار الوزاري: "يتخذ الإقصاء المؤقت من المشاركة في الصفقات العمومية لمدة:

...

- ثلاثة (3) سنوات في حالي الإدانة بصفة نهائية من طرف العدالة بسبب مخالفة تمس بالنزاهة المهنية وبسبب التصريح الكاذب في حالة التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية"

الملاحظة الثالثة: بالنسبة لآثار الإقصاء، كان القرار السابق يتميز بشمولية أثر الإقصاء، فأيا كان نوعه (مؤقت أو نهائي) فإنه يؤدي إلى إقصاء المعني من جميع الصفقات التي تعلنها أية مصلحة متعاقدة عبر التراب الوطني، وهو الجزاء الأصح لأن المتعامل الذي يخل بالتزاماته أو يقدم تصريحاً كاذباً أو يتنازل عن تنفيذ الصفقة، يكون بذلك قد أظهر عدم جديته أو عدم استقامته وبالتالي عدم جدارته بنيل أية صفقة تعلنها أي مصلحة متعاقدة، فلا يقتصر الإقصاء على صفقات المصلحة متخذة الإجراء، أما القرار الحالي فإنه يميز بين الإقصاء ذو الأثر الشامل والإقصاء ذو الأثر النسبي.

والأخطر من هذا ما نص عليه المنظم من إعطاء مسؤول المصلحة المتعاقدة صلاحية تمديد إجراء الإقصاء في حالات معينة إلى جميع المصالح المتعاقدة التي تتبع سلطته، دون أن يقيد بأدنى شروط، فيخضع قرار التمديد للسلطة التقديرية لمسؤول المصلحة المتعاقدة، الأمر الذي يفتح مجال واسع للمحسوبية والرشوة وغيرها من مظاهر الانحراف بالسلطة.

الملاحظة الرابعة: نسجل خلال هذه الملاحظة، عدم تطرق القرار الوزاري للمتعامل الثانوي أو المناول فقد كانت المادة 15 من القرار الوزاري السابق⁽¹⁾ تنص على تطبيق أحكام الإقصاء من المشاركة في الصفقات على المتعامل الثانوي في حال إخلاله بالتزام الحصول على الموافقة المسبقة من المصلحة المتعاقدة، وحسن فعل المشرع بذلك، ذلك أن موقفه السابق كان منتقداً لسببين، أولهما، أن المخالفة تقع من جانب المتعاقد الرئيسي الذي لم يصرح بالمناول، وثانيهما، لا توجد علاقة مباشرة بين المصلحة المتعاقدة والمناول تخول لها إصدار قرارات تمس مركزه القانوني.

(1) - تنص المادة 15: "طبقاً لأحكام المادة 109/2 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق لـ 7 أكتوبر سنة 2010 والمذكور أعلاه، تطبق أحكام هذه المادة كذلك على المتعامل الثانوي".

ثانيا - التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات:

سبق للمنظم أن نص على قائمة الأشخاص ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية ضمن المرسوم الرئاسي 10-236، فالجديد الذي حملته المرسوم 15-247 هو نقل صلاحية مسك هذه القائمة من مصالح وزارة المالية إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽¹⁾، غير أنه وبعد مرور أكثر من خمسة سنوات على صدور المرسوم الرئاسي 247/15، لم يتم إنشاؤها فعليا، لعدم صدور النص القانوني.

لم يأتي المرسوم الحالي بأي جديد بخصوص الأخطاء التي تبرر تسجيل المتعامل الاقتصادي في هذه القائمة المتعلقة أساسا بأفعال الغش والفساد، ولا يتخذ هذا الجزاء إلا بعد استفتاء الإجراءات القانونية، للوصول في نهاية المطاف لترتيب آثاره.

أ - أسباب التسجيل في قائمة الأشخاص ممنوعين من المشاركة في الصفقات

تعد التسجيل في قائمة الأشخاص ممنوعين من المشاركة في الصفقات تدبيرا ردعيا لمرتكبي أفعال الغش والفساد وكل الممارسات غير النزيهة للحصول على الصفقات، حيث تنص المادة 89 من المرسوم الرئاسي 15-247 على: "...أفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه

(1) - استحدثت المادة 213 من المرسوم الرئاسي 247/15 سلطة ضبط مكلفة بمجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومنحت لها بعض الصلاحيات ذات طبيعة غير تقريرية تدور حول إعلام ونشر وتعميم كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذا الاهتمام بمجال برامج التكوين والترقية، والإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي وغيرها، لمزيد من التفصيل راجع: بن جيلالي عبد الرحمن، "انتقاء استقلالية ونجاعة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر (قراءة في نص المادة 213 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر)"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 2، المجلد 4، جامعة المسيلة، 2019، ص 1109 وما يليها.

أو لبيان آخر، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته، أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه".

ب- إجراءات التسجيل في قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات:

نظرا لخطورة إجراء التسجيل في قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، فإنه لا بد من اتباع عدة إجراءات حددها القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2015⁽¹⁾، هدفها ضمان حق الدفاع للمتعاقل الاقتصادي المعني.

- عند اكتشاف الأفعال المحددة في المادة 89 من المرسوم الرئاسي 15-247 والمتعلقة بالغش أو الفساد، تقوم المصلحة المتعاقدة أو ممثلها أو كل هيئة مختصة بإرسال تقرير مفصل إلى مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني (المادة 2 من القرار الوزاري).

- يقوم مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني قبل الفصل في الوقائع المعروضة عليه، بدعوة المتعاقل الاقتصادي المعني بإرسال رسالة موصى عليها مع طلب إشعار بالاستلام، تتضمن هذه الرسالة الوقائع المنسوبة للمتعاقل المعني، وتهدف للحصول على جوابه حول الأفعال المنسوبة إليه، في أجل 10 أيام. تجسد هذا الإجراءات ضمانات جوهرية لصالح المتعاملين، تمنع تعسف المصلحة المتعاقدة، تتمثل هذه الضمانات في حق الإعلام، حق الدفاع، وضمان تعليل القرارات الإدارية.

- إذا لم يجب المتعاقل الاقتصادي المعني في الأجل المحدد أو لم يعطى عناصر إجابة مقنعة، يمنعه مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بصفة مؤقتة، من المشاركة في الصفقات العمومية بمقرر معلل يبلغ للمتعاقل.

(1) - قرار وزاري مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كميّات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 17، صادر في 16 مارس 2016.

- بعد تبليغ المتعامل المعني بالقرار، يفتح أمامه مجال الطعن القضائي، وهو ضمانه أخرى تركز حماية حقوق المخاطب بمقرر المنع⁽¹⁾، إذ يمكنه اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة للطعن ضد مقرر الإقصاء المؤقت، ونكون في هذه الحالة أمام ثلاثة احتمالات، إما عدم تقديم طعن، إما تقديم طعن وصدور حكم بتأييد مقرر التسجيل في القائمة، أو تقديم الطعن وصدور قرار بإبطال المقرر:

في الحالتين الأولى والثانية، يسجل المتعامل الاقتصادي المعني في قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية بمقرر من مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني يبلغ إلى المتعامل (المادة 4)، أما في الحالة الثالثة، فيرفع المنع من المشاركة في الصفقات بمقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني (المادة 5).

ج- آثار التسجيل في قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية

- يبلغ مقرر التسجيل في قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، (المادة 1/6).

- تبلغ قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات إلى جميع المصالح المتعاقدة، وتنتشر في البوابة الإلكترونية للصفقات، وهذا لتسهيل عملية تعميم تطبيق قرار المنح من المشاركة في الصفقات على جميع المصالح المتعاقدة، كما أن هذا الإجراء يعد كجزء من العقوبة المسلطة على المتعامل⁽²⁾ لأثره السلبي على سمعته في السوق.

- يسري مفعول التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات على كل المصالح المتعاقدة (المادة 7).

(1) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 218-219.

(2) - المرجع نفسه، ص 219.

المطلب الثالث:

قرار الإعلان عن الصفقة

بعد التحضير للصفقة باختيار المشروع وفقا للحاجات الاجتماعية والاقتصادية، وكذا دراسة إمكانية تنفيذه من الناحية الفنية واستكمال الإجراءات الإدارية لاعتماد الصفقة، تتجه المصلحة المتعاقدة إلى إجراء آخر، هو إعلان الصفقة، إذ يقتضي مبدئي المنافسة، والمساواة، وجوب إعلام الجمهور بعزم الإرادة على إبرام صفقة ما، ويتم ذلك عبر إصدار إعلان يضمن إيصال القدر الكافي من المعلومات لتمكين المتعاملين من إعداد عروضهم في أحسن الظروف، الأمر الذي يقتضي تحديد مفهوم الإعلان (الفرع الأول)، وطرق إعلان الصفقة سواء في الحالات العادية (الفرع الثاني)، أو في الحالات الخاصة (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

مفهوم الإعلان عن الصفقة

يسبق إبرام الصفقة كأصل دعوة للمنافسة، وذلك بإيصال خبر رغبة المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقة إلى علم كل من تتوفر فيه متطلبات تنفيذ موضوع الصفقة⁽¹⁾ لإضفاء الشفافية على العمل الإداري⁽²⁾، يعد الإعلان عن الصفقة أول إجراء تظهر به رغبة المصلحة المتعاقدة في إبرام صفقة للعلن، وهو الوسيلة المثالية لنقل الحرية في الترشح من الجانب النظري إلى التطبيق العملي، إذ في غياب الإعلان لا وجود لمجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد⁽³⁾، كما أنه من زاوية أخرى أهم قيد يفرض على المصلحة المتعاقدة في إبرام صفقاتها.

(1) - محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري المقومات الإجراءات الآثار، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص 118.

(2) - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 36.

(3) - بن سالم خيرة، "نحو ترشيد النفقات وتعزيز مبادئ عقود الصفقات..."، مرجع سابق، ص 38.

يعرف الأستاذ "محمود خلف الجبوري" الإعلان بأنه: "إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة"⁽¹⁾.
فيجب ألا يكون إبرام المناقصات سرياً، مما يتيح معرفة الكافة أن الدولة سوف تشتري أو تقوم بشغل عام، أو طلب خدمة، فلا تبرم الصفقات في أجواء تشوبها الريبة ويحوم حولها الشك، لأن سرية التعاقد تحرم الراغبين في التعاقد من التنافس⁽²⁾.
وبذلك تتعدد مزايا الإعلان منها أنه:

- يجنب الإدارة أجواء الشك والريبة في التعامل.
 - يحقق المنفعة المادية عبر خلق منافسة مشروعة بين عدد غير محدود من المرشحين، مما يمكن الإدارة من إحالة العقد على أنسب العروض من ناحية السعر والنوعية.
 - تعزيز مبدأ حرية التجارة والعمل، ومساواة الأفراد في ذلك.
- نظراً لأهمية الإعلان عن الصفقة فقد أصدرت لجنة هيئة الأمم المتحدة للقانون التجاري في جلستها السادسة والعشرين المعقودة في فيينا سنة 1993 قانوناً موحداً للمناقصات أطلق عليه القانون النموذجي للأمم المتحدة الخاص بالمناقصات، حيث أن من أهم مبادئ هذا القانون دعوة أكبر عدد من المرشحين للمشاركة في المناقصة⁽³⁾.

لذلك يلاحظ أنه وإن اختلفت طريقة تنظيم عملية الإعلان عن الصفقات في التشريعات المقارنة في بعض تفاصيلها، إلا أنها تتفق جميعها على وجوب أن يضمن هذا التنظيم وصول الإعلان عن الصفقات إلى علم أكبر عدد ممكن من الأشخاص حتى تتحقق الغاية المرجوة من التعاقد بطريق المناقصات، فالمعيار الحاسم للحكم على مدى احترام مبدأ الشفافية في إبرام

(1) - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 56.

(2) - مركان فريدة، "طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 4.

(3) - خضري حمزة، "الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية"، دفا تر السياسة والقانون، العدد 07، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، 2012، ص 178.

الصفقات يتمثل في المعلومة التي يجب أن تكون متاحة لجميع المتعاملين وفي الوقت المناسب حتى تسمح لهم بمعرفة وجود الصفقة وإجراءات المشاركة فيها⁽¹⁾.

أما عن الطبيعة القانونية للإعلان، فيرى جانب من الفقه أن الإعلان عن المناقصة ما هو إلا دعوة للتعاقد وليس إيجاباً من طرف جهة الإدارة حيث يتمثل الإيجاب في العطاء الذي يتقدم به صاحبه نتيجة لتلك الدعوة، ومن ثمة إذا لقي هذا الإيجاب قبولا من قبل جهة الإدارة بصدور قرار اعتماد الإرساء وتبليغ صاحب العطاء به ينعقد العقد.

يرى بالمقابل جانب آخر من الفقه، أن الإعلان ليس إيجاباً ولا دعوى للتعاقد وإنما هو التزام على جهة الإدارة مصدرة القانون، وأن تقديم العطاء من قبل المورد أو المقاول مصدره القانون.

وأخيراً ذهب جانب من الفقه إلا أنه وإن كان الإعلان التزاماً مصدرة القانون، فإنه يعد إيجاباً من طرف المورد أو المقاول بإرادته المنفردة، يلتزم بموجبه بالبقاء عليه حتى تصدر جهة الإدارة قرارها النهائي باعتماد قرار الإرساء حتى ينعقد العقد⁽²⁾.

حرص القضاء الإداري المصري على تكييف الإعلان كدعوة للتعاقد فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 1967/12/03: "... إن إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزيدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة للتعاقد..."⁽³⁾.

(1) - حططاش عبد الكريم، زيتوني هند، "مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية لتجسيد برنامج الاستثمارات العامة للفترة 2001-2004"، أبحاث المؤتمر الدولي حول تقييم آثار برامج الاستثمارات العامة وانعكاساتها على التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2004، أنظر: WWW.univ-ecose.tif.com/Article-546.ht، ص 10.

(2) - لكساني سيد احمد، "مبدأ العلانية في الصفقات العمومية"، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية، العدد 7، 2017، ص 803.

(3) - الواشني مريم، "مراحل إبرام المناقصة في الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 2.

الفرع الثاني:

الإعلان عن الصفقة في الحالات العادية (طلب العروض والتراضي)

تختلف إجراءات إعلان الصفقة مرونة وتعقيدا حسب طريقة إبرامها، وبصفة عامة يميز في كيفية الإعلان، بين الصفقات التي يغلب عليها الطابع التنافسي، وتلك التي يغلب عليها الطابع التفاوضي (التراضي)، إلا المرسوم الرئاسي 247/15 يجمع كل من الطريق الأصلي لإبرام الصفقات (طلب العروض)، وأحد أنواع الطريق الاستثنائي (التراضي بعد الاستشارة) في طريقة الإعلان (أولا)، في حين يخضع التراضي البسيط لقواعد مغايرة تماما (ثانيا).

أولا - إعلان الصفقات في حالة طلب العروض والتراضي بعد الاستشارة

تعلن صفقات طلب العروض والتراضي البسيط بالإشهار الصحفي أو الإعلان المحلي، ويجب أن يحتوي الإعلان على البيانات اللازمة.

أ - الإشهار الصحفي:

تتميز قوانين الصفقات العمومية في الجزائر، منذ الاستقلال بكونها تعتبر الإشهار الصحفي أفضل طريقة للمصلحة المتعاقدة لتبين وتأكد احترامها لمبدأي الشفافية والعلنية⁽¹⁾.

تنص المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247 بصراحة أن اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامي في الحالات، طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة والتراضي بعد الاستشارة.

1- طلب العروض المفتوح: وهو إجراء يمكن خلاله لأي مرشح مؤهل أن يقدم تعهدا⁽²⁾.

(1) - فقد نص المشرع على الإشهار الصحفي في أول قانون للصفقات العمومية، حيث نصت المادة 33 من الأمر 67-90

"تجرى المناقصة دائما بعد اللجوء إلى المنافسة بواسطة الصحافة..."

(2) - المادة 43 من المرسوم الرئاسي 247/15.

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا: وهو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل انطلاق الإجراء، بتقديم تعهد⁽¹⁾.

3- طلب العروض المحدود: هو إجراء لاستشارة انتقائية، يكون فيه المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل، مدعويين وحدهم لتقديم تعهد⁽²⁾.

4- المسابقة: هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة⁽³⁾.

5- التراضي بعد الاستشارة: التراضي بصفة عامة هو إجراء استثنائي لإبرام الصفقات، يتم من خلاله تخصيص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة⁽⁴⁾، يتخذ التراضي شكلين، التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة، هذا الأخير يتم من خلاله اختيار المتعاقد بعد استشارة، تتم بأية وسيلة مكتوبة وذلك في حالات محددة حصرا نصت عليها المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247.

إن إلزام المنظم المصلحة المتعاقدة بإجراء الإشهار الصحفي في حالة التراضي بعد الاستشارة هو الجديد الذي جاء به المرسوم 15-247، وقد وفق المنظم بتوسيع مجال الإشهار الصحفي للصفقات العمومية، ذلك أن الحكمة من الإشهار الصحفي تتحقق في حالة طلب العروض، بإعلام كل من يعنيه الأمر برغبة المصلحة المتعاقدة في طرح الصفقة للمنافسة، كما تتحقق في حالة التراضي، وذلك بإعلام الجمهور بلجوء المصلحة

(1) - المادة 44 من المرسوم الرئاسي 15/247.

(2) - المادة 45 من المرسوم الرئاسي 15/247.

(3) - المادة 47 من المرسوم الرئاسي 15/247.

(4) - تنص المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15/247: "التراضي هو إجراء تخصيص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة...".

المتعاقدة إلى الطريق الاستثنائي لإبرام الصفقات، وبالتالي إلزامها بتبرير هذا القرار، ومنح الفرصة لكل شخص يري أنه قد تضرر من هذا القرار لإتباع مختلف طرق الطعن ضده⁽¹⁾.

يتم الإشهار الصحفي بنشر إعلان الصفقة في جريدتين يوميتين موزعتين على المستوى الوطني، وكان من الأحسن لو اشترط المنظم النشر في جريدتين إحداها تكتب باللغة العربية والأخرى باللغة الأجنبية، لوصول الإعلان إلى أكبر عدد من المتعاملين. يحرر الإعلان وفقا للمادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247، باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، ومن الواضح أن المشرع قد قصد من خلال تحديد اللغة التي يتوجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرر بها قرارها المتضمن الإعلان عن الرغبة في التعاقد، هو ضمان تسهيل الاطلاع عليه وفهم مضامينه وأبعاده من الفئات المستهدفة به، فضلا عن تعزيز الشفافية وتوسيع مجال المنافسة بما يعود بالإيجاب على نوعية العروض المقدمة⁽²⁾.

غير أنه من المنتقد قصر اللغة الأجنبية في إعلان الصفقات على اللغة الفرنسية وحسب، فعندما يتعلق الأمر بالصفقات الدولية، فإنه تظهر معطيات السوق الدولية أن اللغة الأكثر شيوعا هي الانجليزية، ورغم ذلك تشبث المنظم باللغة الفرنسية كلغة أجنبية وحيدة للإعلان.

وما يثبت عدم تماشي موقف المنظم مع معطيات العملية، إصدار رئيس الحكومة تعليمية رقم 8 مؤرخة في 2006/12/16، مضمونها وجوب نشر الإعلانات المتعلقة بالصفقات الدولية باللغة الانجليزية فضلا عن اللغة العربية والفرنسية.

(1) - كانت المادة 45 من المرسوم الرئاسي 10-236 تقصر إجراء الإشهار الصحفي على حالات المناقصة بكل أنواعها، دون إجراء التراضي بنوعيه.

(2) - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 147.

عمليا لا تقوم المصالح المتعاقدة بالنشر الصحفي بالتعامل المباشر، إنما توكل الأمر إلى الوكالة الوطنية للنشر والإشهار⁽¹⁾.

ب- الإعلان المحلي للصفقات:

يتميز الإعلان الصحفي للصفقات بطول وتعقيد إجراءاته، لذلك أوجد المنظم استثناء، بمنح بعض التسهيلات لإعلان طلبات العروض المحلية⁽²⁾.

إذ يمكن لطلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها، والتي تتضمن صفقات الأشغال أو اللوازم و الدراسات أو الخدمات يساوى مبلغها تبعا لتقدير إداري، على التوالي مائة مليون د ج أو يقل عنها، وخمسين مليون د ج أو يقل عنها، أن تكون محل إشهار محلي، وذلك كما يأتي:

*نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين.

*إصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية: للولاية، لكافة بلديات الولاية، لغرف التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية والحرف، والفلاحة للولاية، للمديرية التقنية المعنية في الولاية⁽³⁾.

فضلا عن الإشهار إما الصحفي أو المحلي هناك إجراء إعلامي ثاني يتمثل في: -النشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي(ن ر ص م ع): تصدر هذه الأخيرة بصفة دورية، وينشر فيها جميع الإعلانات القانونية أو التنظيمية المتعلقة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي⁽⁴⁾، فالإعلان عن الصفقة فيها هو إجراء إجباري

(1) - **بعيط عائشة**، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص دولة ومؤسسات، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2013-2014، ص 39.

(2) - استحدث المنظم طريقة الإعلان المحلي بموجب المرسوم 301-03 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 236/10.

(3) - المادة 3/65 من المرسوم الرئاسي 247/15.

(4) - **عميري أحمد**، "دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 18، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2017، ص 230.

وفقا للمادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247، والمادة 3 من المرسوم 84-116⁽¹⁾.

ج - محتوى الإعلان:

يتضمن الإعلان البيانات اللازمة لتمكين المخاطبين بإجراءات الصفقة من العلم بها⁽²⁾، فحتى لا يكون إشهار الصفقة العمومية مجرد إجراء صوري تقوم به المصلحة المتعاقدة، فقد قيدها المشرع ببيانات إجبارية⁽³⁾، حددت هذه البيانات المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247⁽⁴⁾.

(1) - تنص المادة 03 من المرسوم رقم 84-116 مؤرخ في 12 ماي 1994، يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد 20، صادر في 15 ماي 1984: "ينشر في النشرة الرسمية الخاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ما يأتي:

- كل الإعلانات القانونية أو التنظيمية المتعلقة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي لاسيما المناقصات والمزايدات...".

(2) - ريم علي إحسان محمد العزاوي، وسائل إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014، ص 42.

(3) - طباع نجاة، "الحماية القانونية للمال العام من جانب اختيار المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية بين الامتيازات والعراقل"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 5.

(4) - تنص المادة 62: "يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة، وعنوانها، ورقم تعريفها الجبائي،

- كيفية طلب العروض،

- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي،

- موضوع العملية،

- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة،

- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض،

- مدة صلاحية العروض،

- إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر،

- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" ومراجع طلب العروض،

ويطرح التساؤل هنا هل تعد البيانات الوارد تعدادها في المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247 كفيلة بضمان الإعلام الحقيقي والكامل بالصفقة؟ وبالتالي هل تعتبر المصلحة المتعاقدة قد وفّت كل التزامات العلانية والشفافية فيما يخص محتوى الإعلان بمجرد تضمن إعلانها عن الصفقة هذه البيانات؟

هناك من يرى أن البيانات التي يحددها القانون لا تشكل كل ما يجب معرفته حول العقد المراد إبرامه، وإنما تشكل الحد الأدنى لتكوين فكرة عامة أولية عن الإدارة المتعاقدة، ومحل العقد، ومواعيد وطرق استلام العروض، وهذا الحد الأدنى يمثل البيانات الجوهرية التي يجب أن تصل إلى علم المتنافسين المحتملين⁽¹⁾.

الواقع أن لكل صفقة مميزاتها الخاصة، فالصفقات تختلف من جوانب عدة، من حيث موضوعها، بساطة وتعقيداً، من حيث مداها (محلية، وطنية أو دولية)، من حيث الظروف الزمنية والمكانية المحيطة بها... وغيرها، بالتالي لا يمكن حصر البيانات الكفيلة بتعريف كل صفقة على حدا، ولذلك كان من الأجدر بالمشروع أن يضيف على صياغة المادة 62 طابعاً مرناً، بحيث يضمنها عبارة تفيد أن هذه البيانات مذكورة على سبيل المثال لا الحصر، فيتسع التزام العلنية المقيد للمصلحة المتعاقدة ليشمل كل معلومة ضرورية تضمن للمتعاملين أحسن ظروف لتحضير عروضهم، وعلى سبيل المقارنة جاء في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 في العراق: "...أي بيانات أو مستندات أخرى تتطلبها طبيعة العمل المطلوب تنفيذه أو المواد المطلوب تجهيزها أو الاستشارات المطلوب تقديمها".

يعتبر القضاء الإداري المدد المحددة في الإعلان عن الصفقة من البيانات الجوهرية وجب مراعاتها لسلامة إجراءات المناقصة، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن المقدم

- ثمن الوثائق، عند الاقتضاء.

(1) - ريم علي إحسان محمد العزاوي، وسائل إبرام العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 43

من المقاولين الذين استبعدوا من المناقصة نتيجة خطأ في الإعلان⁽¹⁾، لذلك يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعمل على السماح لأكبر عدد ممكن من العارضين بالمشاركة، وأن تتجنب جعل المدة التي يستغرقها صدور الإعلان أو إتمام النشر سببا في سقوط حق العارضين في المشاركة أو إنقاص بعض الأيام بسبب عملية النشر، ويجب كذلك إشهار تمديد مهلة صلاحية تقديم العروض إذا رأت أن الظروف غير كافية لإقامة المنافسة⁽²⁾.

* لا يقتصر مبدأ العلنية على الدعوة للمنافسة التي تحررها المصلحة المتعاقدة، بل تمتد لتشمل بقية الوثائق المتعلقة بالصفقة، لاسيما دفتر شروط الصفقة، وملف الاستشارة.

ثانيا - غياب الإعلان في حالة التراضي البسيط

نص المنظم على التراضي البسيط في المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247، وحدد حالات اللجوء إليه من خلال المادة 49 منه، تتعلق في مجملها بحالات وظروف استثنائية وخاصة جدا يظهر من خلالها عدم إمكانية تطبيق مبدأ المنافسة، حيث يضافي على الصفقة طابع العقد الرضائي فتختفي الشكليات⁽³⁾.

تتمتع المصلحة المتعاقدة بقدر حرية يقترب من القدر الذي يتمتع به المتعاقدون في القانون الخاص بسبب عدم وجود القواعد الإجرائية التي تحكم الصور الأخرى للتعاقد⁽⁴⁾، إلا أن ذلك لا يبرر التغيب الكلي للعلانية، وذلك لسببين:

-
- (1) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال...، مرجع سابق، ص 100-101.
- (2) - زيات نوال، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2013/2012، ص 23.
- (3) - عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقود الإدارية (الصفقات العمومية في الجزائر)، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2008-2009، ص 72.
- (4) - مدين أمال، "مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي"، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، العدد 2، المجلد 1، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 42.

أولهما مبدأ شفافية الإجراءات، وهو مبدأ عام جاءت به المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 15-247 كمبدأ عام جوهري واجب الاحترام في جميع أنواع الطلب العمومي دون استثناء⁽¹⁾، فمن باب احترام هذا المبدأ إطلاع الجمهور على لجوء المصلحة المتعاقدة إلى تخصيص الصفقة إلى متعامل واحد عن طريق التراضي البسيط.

وثانيهما، مبدأ إخضاع تصرفات الإدارة للرقابة، رغم غياب المنافسة في حالة التراضي البسيط إلا أن حرية المصلحة المتعاقدة في اللجوء إليه تبقى مقيدة بالحالات المحددة على سبيل الحصر ضمن المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247⁽²⁾، لاسيما وأن المادة توضح تشدد المنظم في التنبيه على المصلحة المتعاقدة بابتعاد عن المخالفات التي من شأنها خلق حالات استعجال وهمية لتبرير اللجوء إلى التراضي البسيط، وبالتالي يعد الإعلان عن الصفقة في هذه الحالة أمر ضروري لممارسة حقوق الطعن المختلفة. الواقع أن المنظم لم يلزم المصلحة المتعاقدة بأدنى إجراء للإعلان عن الصفقات المبرمة بطريق التراضي البسيط، وهي ثغرة قانونية تجسد تعارض حقيقي مع الحكمة التي يصبو إليها من خلال المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 15-247 وهي تعميم المبادئ الأساسية لإبرام الصفقات دون أي استثناء من شأنه الانتقاص من قيمة هذه المبادئ.

قد يقال في هذا الشأن أن اللجوء إلى التراضي البسيط أمر حتمته ظروف الاستعجال الملحة التي تقتضي جعل الإجراءات أكثر مرونة، وبالتالي فاللجوء إلى الإعلان عن الصفقة يؤدي إلى فقدان هذه الميزة، إلا أن هذا القول مردود عليه لسببين:

(1) - ضريفي نادية، "توسيع مجال قانون الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية"، يوم دراسي حول الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، جامعة المسيلة، يوم 23 فيفري 2016، <https://www.univ-msila.dz>، ص 6.

(2) - تنص المادة 49: "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط..."

أولهما أن الحفاظ على مرونة وبساطة الإجراءات لا يمنع اعتماد المصلحة المتعاقدة على إجراءات مبسطة تمثل الحد الأدنى للعناية، لإعلام الغير بصفقاتها المبرمة عن طريق التراضي البسيط، وهي الفكرة التي يجسدها أحد القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا في مصر: "...مبدأ التعاقد في مجال العقد الإداري عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر يخضع لقاعدة حرية الإدارة في اختيار المتعاقد، وإن كانت هذه الحرية في الاختيار لا يتنافى معها إخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانوني معين..."⁽¹⁾.

ثانيهما، أن الممارسة العملية كشفت واقع مغاير تماما للصورة التي رسمها المشرع لأسلوب التراضي البسيط، حيث أضحى أسلوب إبرام واسع الانتشار ينافس القاعدة (طلب العروض)، كما أنه كان السبب والطريق الأساسي لتمرير الممارسات غير النزيهة⁽²⁾.

الفرع الثالث:

الإعلان عن الصفقة في الحالات الخاصة، بين الانعدام والمرونة

لا تختزل الصفقات العمومية الطلب العمومي، إذ أن هناك عقود أقرب ما تكون للصفقات العمومية، غير أنها تقتقد المعيار المالي الذي حدده تنظيم الصفقات العمومية لاعتبار طلب ما صفقة⁽³⁾، انطلاقا من المادتين 6 و13 من تنظيم الصفقات العمومية يمكن

(1) - على الدين زيدان، محمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، نظرية العقود الإدارية - صيغ الدعوى الإدارية -، ج 4، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، (د ت ن)، ص 86-87.

(2) - لمزيد من التفصيل أنظر: سحنون سمية، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2012-2013، ص 111 وما يليها.

(3) - تنص المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15: "كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات، لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب..."

تحديد نوعين من الطلبات العمومية التي لا تخضع لأحكام إبرام الصفقات العمومية، وهي الطلبات العمومية التي يقل مبلغها العتبة المالية التي تحددها المادة 13، وعقود المؤسسات العمومية التي يحكمها النشاط التجاري، وهذا عندما لا تكلف بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من جماعات إقليمية.

أولاً-الطلبات التي تقل عن العتبة المالية Les Bons de Commande:

يتميز تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر في تعريفه للصفقات العمومية، بالاعتماد على المعيار المالي، إذ يحدد المشرع عتبة مالية، يتوقف عليها إخضاع الطلب لتنظيم الصفقات، وقد رفعت المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 العتبة المالية للصفقة، حيث يجب أن يكون المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة أكثر من اثني عشر مليون دينار للأشغال أو اللوازم وستة ملايين دينار للدراسات أو الخدمات حتى تعد العملية صفقة. أما إذا كان المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة يساوي أو أقل من اثني عشر مليون دينار للأشغال أو اللوازم وستة ملايين دينار للدراسات أو الخدمات، فنحن بصدد طلب عمومي وليس صفقة، فلا تلزم المصلحة المتعاقدة باتباع إجراءات الإبرام المقررة ضمن أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، فكيف يتم الإعلان عن هذه الطلبات؟

تجاهل تنظيم الصفقات العمومية السابق (المرسوم 10-236) هذا النوع من الطلب العمومي ولم يحدد له أي ضوابط، وإذا أخذنا بعين الاعتبار أن المنظم الجزائري اعتمد دائماً على الرفع من السقف المالي في ظل التعديلات المتكررة لتنظيم الصفقات، فقد ساهم بذلك في إخراج مجموعة كبيرة من الطلبات من تطبيق أحكام تنظيم الصفقات العمومية وقنن بذلك إخراجها من مجال الرقابة⁽¹⁾.

(1) - حمودي محمد بن هاشمي، "الاستشارة كآلية لإبرام الطلبات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن

تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 9 العدد 2، جامعة غرداية،

يعتبر هذا الاستثناء من عملية الإشهار خطرا كبيرا على مبدأ المنافسة وعلى حماية المال العام، ذلك أن المشرع ترك هامش حرية كبير للمصلحة المتعاقدة لاختيار المتعامل المتعاقد، بل أمكن القول بأنها حرية مطلقة⁽¹⁾، وخيمة العواقب، حيث يمكن التواطؤ مع المقاول والقيام باستشارة شكلية بين ثلاث متنافسين وهميين، ويسند العقد لمقاول محدد سلفا وبسعر أعلى بكثير من السعر الذي يمكن الحصول عليه لو كانت المنافسة نزيهة وفعلية⁽²⁾. أما المرسوم الحالي فإنه حدد طريقة لإعلان الطلبات العمومية، فوفقا للمادة 13 تعد المصلحة المتعاقدة إجراءات داخلية لإبرام هذه الطلبات، على أنه إذا اختارت أحد الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247، وجب عليها في هذه الحالة مواصلة إجراءات إبرام الطلب بنفس هذا الإجراء.

إذن فطريقة الإعلان عن الطلب العمومي الذي يقل عن السقف المالي يعود إلى المصلحة المتعاقدة كأصل، فلم يقيد المشرع بطريقة محددة⁽³⁾، ورغم منح المشرع قد منح قدر من الحرية للمصلحة المتعاقدة، إلا أن هذه الحرية تبقى نسبية، فالأصل دائما هو التقييد بالمبادئ العامة لإبرام الصفقة⁽⁴⁾، كما أوجب المشرع قيام المصلحة المتعاقدة بإشهار ملائم، وكذا استشارة المتعاملين اقتصاديين مؤهلين كتابيا⁽⁵⁾.

الأمر الذي يضيق مجال الممارسات غير القانونية للأعوان الإداريين من رشوة، محسوبية، وتبديد المال العام، وتعد أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، رد فعل من المنظم لهذه المظاهر

(1)- TESSIER André, « L'nouvelle refonte du code des marchés public », JURIS CLASSEUR , n° 4, 2004, p 8.

(2) - حظا طاش عبد الكريم، زيتوني هند، "مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية..."، مرجع سابق، ص 12.

(3) - وإن كانت المادة 13 نصت على تطبيق أحكام المادة عن طريق قرار وزاري يصدره الوزير المكلف بالمالية، وهذا كإجراء يهدف إلى توحيد طريقة الإعلان عن هذه الطلبات، إلا أن المصلحة المتعاقدة تبقى غير ملزمة قانونا بإتباع أي نموذج.

(4) - ضريفي نادية، "توسيع مجال قانون الصفقات العمومية..."، مرجع سابق، ص 7.

(5) - المادة 1/14 من المرسوم الرئاسي 247/15.

التي أدت إلى عرقلة المشاريع العمومية، إذ تنتم أحكام المرسوم بطابع شمولي يستوعب كل عمليات الطلب العمومي مهما قل مبلغها.

ثانيا - عقود المؤسسات العمومية التجارية والاقتصادية:

إن تحديد مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية من حيث الأشخاص لا يثير أي إشكال عندما يتعلق الأمر بأشخاص القانون العام التقليدية، غير أنه عندما يتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية الاقتصادية فإنه لا يمكن التسليم ببساطة بخضوعها لتنظيم الصفقات العمومية⁽¹⁾.

من خلال المواد 6، 8 و 9 من المرسوم الرئاسي 247/15 وضع المنظم نظاما قانونيا مركب ومتشعب لإجراءات إبرام عقود المؤسسات العمومية غير الإدارية:

(1) - من الناحية التاريخية فإن تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر عرفا تذبذبا، ليس فقط بخصوص إخضاع هذه المؤسسات لتنظيم الصفقات بل حتى بالنسبة لتسميتها، فالأمر 67-90 قد تميزت المادة الأولى منه بالتناقض إذ استبعدت الفقرة الأولى منه تطبيق تنظيم الصفقات على المؤسسات الاقتصادية، لتتص الفقرة الثانية منها على صدور مرسوم يحدد كليات تطبيقه على الشركات الوطنية ذات الطابع الصناعي والتجاري، غير أن هذا المرسوم الذي لم يصدر، بل تم تعديل الأمر 67-90 بموجب الأمر 74-09 الذي نص صراحة على سريان تنظيم الصفقات على المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي (المزيد من التفصيل أنظر بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، ط 2، جسور، 2009، ص ص 13 - 25).

أما المرسوم 82-145 فقد نصت المادة الخامسة منه على تطبيق أحكامه على الصفقات التي تبرمها المؤسسات التي يكون جل رأس مالها عموميا، وخلافا لذلك تماما أخرج المرسوم التنفيذي 91-434 المؤسسات الاقتصادية تماما من مجال تطبيقه بموجب المادة الثانية منه.

ومنذ صدور المرسوم 02-250 اتخذ تنظيم الصفقات معيارا جديدا لتحديد مدى خضوع هذه المؤسسات لتنظيم الصفقات، وهو المعيار الموضوعي أو معيار طبيعة النشاط، إذ نصت المادة الثانية منه على خضوع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بانجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، وهو نفس المعيار الذي اعتمده كل من المرسوم الرئاسي 10-236، وتم توسيعه في المرسوم الرئاسي 15-247، حيث تدخل المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري في مجال قانون الصفقات عندما تكلف بانجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، فبعد أن كانت المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 تنص على خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة فقط، جاءت المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 لتتص على عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية أيضاً.

أولاً، يميز تنظيم الصفقات العمومية بين مؤسسات عمومية خاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، ومؤسسات اقتصادية، بل ويرتب على هذا التمييز نظامان قانونيان مختلفان لإبرام العقود، بالنسبة المؤسسة الخاضعة للتشريع التجاري، فإما أن تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، في هذه الحالة تأخذ حكم المؤسسة العمومية الإدارية، بحيث تخضع كلياً لقانون الصفقات العمومية فتلتزم بأحكام الإبرام ومنها أحكام الإعلان عن الصفقة التي سبق التطرق إليها⁽¹⁾.

أما عندما تكلف بإنجاز عملية بغير الصفة السابقة، أي غير ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، فإنها تبرم هذه العقود وفقاً لتنظيم تعدد هيئاتها المؤهلة، بحيث تكيف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية⁽²⁾، أي أنها تضع تنظيمًا خاصاً لإبرام عقودها يكون تنظيم الصفقات العمومية نصاً مرجعياً له، هذا التنظيم هو الذي يحدد قواعد إعلان عقودها، ويهدف المنظم بذلك، إلى تحقيق هدف مزدوج، حيث يراعي خصوصية الطبيعة القانونية لهذه المؤسسات المختلفة عن المؤسسات العمومية الإدارية، لكن مع إضفاء قواعد المنافسة والشفافية التي تطبع تنظيم الصفقات⁽³⁾.

أما بالنسبة للمؤسسات الاقتصادية، فيمكن القول أن المنظم تقريباً أصبغ عليها نفس حكم المؤسسات الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، حيث أن المادة 9 من المرسوم الرئاسي 247/15 نصت صراحة على أنها لا تخضع لأحكام إبرام الصفقات، وأنها تقوم بإعداد إجراءات إبرام خاصة بها تراعي خصوصيتها، لكن هذه الإجراءات يجب أن تضمن المبادئ

(1) - تنص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15: "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل

نفقات:....

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية".

(2) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 114.

(3) - المادة 1/8 من المرسوم الرئاسي 247/15.

الأساسية للصفقات العمومية، وهي حرية الوصول للطلب العمومية، المساواة بين المتنافسين، وشفافية الإجراءات.

ثالثا - انعدام الإعلان للصفقات المبرمة في إطار حالة الاستعجال الملح:

عرف المنظم الاستعجال الملح ضمن المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15-247⁽¹⁾، بكونه خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، أو وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي، لا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة للاستعجال، وألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

يعد إبرام صفقة دون إجراءات شكلية إجراء استثنائي بغاية الخطورة يجب تحديده بدقة حتى لا يخرج عن الغاية التي وضع من أجلها هذا الاستثناء، حيث يرخص مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات، قبل إبرام الصفقة وبالتالي دون أية إجراءات شكلية للإعلان عنها.

رابعا - انعدام الإعلان في حالة الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار:

تعفي المادة 23 من المرسوم الرئاسي 15/247⁽²⁾، الصفقات العمومية لاستيراد المنتجات أو الخدمات، التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلبات السريعة في أسعارها ومدى توفرها وكذا الممارسات التجارية المطبقة

(1) - تنص المادة 12: "في حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها....".

(2) - تنص المادة 23 من المرسوم الرئاسي 15/247: "تعفى من أحكام هذا الباب، لاسيما ما يتعلق منها بطريقة الإبرام، الصفقات العمومية لاستيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلبات السريعة في أسعارها ومدى توفرها، وكذا الممارسات التجارية المطبقة عليها و التي لا تكون كافية مع هذه الصفقات....".

عليها، من كل الأحكام المتعلقة بإبرام الصفقات، بما فيها أحكام الإعلان عن الصفقة، وبذلك تتعلق هذه الحالة، بصفقات اللوازم أو صفقات الخدمات وحسب⁽¹⁾.

خامسا - انعدام الإعلان للصفقات المتضمنة خدمات ضرورية والمبرمة في ظل جائحة كورونا:

أثر انتشار فيروس (كوفيد 19) على السير العادي للحياة الاقتصادية والاجتماعية في جميع دول العالم، ولم تكن الجزائر في منأى من آثار الجائحة، التي ألقت بظلالها على مجال الصفقات، وفي هذا الشأن صدر المرسوم الرئاسي 20-237، تضمن "تدابير خاصة مكيفة" لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته⁽²⁾.

نص المرسوم الرئاسي المذكور صراحة على إمكانية تجاوز أحكام المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 247/15، التي تحضر إنجاز الخدمات قبل إبرام الصفقة، فيمكن من الشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة، لكن بتوفر شرطين لازمين:

- 1- يتم الترخيص بالشروع في تنفيذ الخدمات بقرار معلل، ولا يختص بإصدار هذا الترخيص إلا: مسؤول الهيئة العمومية، أو الوزير أو الوالي، حسب الحالة.
- 2- أن تقتصر الخدمات المرخص بها على ما هو ضروري للتمكين من مواجهة انتشار الوباء، دون غيرها من الخدمات⁽³⁾.

(1) - قمار خديجة، "تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقات (حقائق وتناقضات)"، مجلة صوت القانون، المجلد 06، العدد 02، جامعة خميس مليانة، 2019، ص 808.

(2) - مرسوم رئاسي 237/20 مؤرخ في 31 غشت 2020، يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته، ج ر عدد 51، صادر في 31 غشت 2020.

(3) - المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 237/20.

بالاطلاع على مضمون المرسوم الرئاسي 237/20، وظروف إصداره، فإنه تثار بعض الملاحظات، بداية، لابد من طرح تساؤل حول مدى ضرورة إصدار هذا النص.

الواقع أن المرسوم الرئاسي 247/15 قد نص على حالة الشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة من خلال المادة 12 منه، لكن هذه المادة تميزت بالقصور، حيث ربطت حالة الاستعجال الملح، بشرط تهديد ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، أو وجود خطر يهدد ملك أو استثمار للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي.

الأمر الذي جعل هذه المادة عاجزة عن استيعاب حوادث وطوارئ غير متوقعة لكنها ممكنة الحصول، كانتشار الأوبئة والأمراض المعدية، مما تطلب إصدار نص جديد لمواكبة ظروف انتشار فيروس كورونا المستجد، الأمر الذي يجب أن يحث المنظم على أخذ مثل هذه الثغرات بعين الاعتبار عند أول تحيين أو مراجعة لتنظيم الصفقات.

يلاحظ كذلك بالمقارنة بين المادتين 12 من المرسوم الرئاسي 247/15 والمادة 2 من المرسوم الرئاسي 237/20، فإن هذه الأخيرة تستثني رئيس المجلس الشعبي البلدي من الاختصاص بإصدار مقرر الترخيص بالشروع في الخدمة قبل الإبرام، وهو أمر غير مبرر، حيث تشترك المادتان المذكورتان في الأسباب وهي ظروف الاستعجال والخطر فما الداعي لحرمان رئيس المجلس الشعبي البلدي من هذه الصلاحية؟.

كذلك يلاحظ تأخر صدور المرسوم الرئاسي 237/20، فعلى اعتبار أن الدولة بدأت تعميم إجراءات الوقاية من انتشار الوباء أواخر شهر مارس 2020، فكيف يعقل يتأخر صدور النص المنظم لإجراءات إبرام الخدمات الضرورية لمواجهة الوباء إلى نهاية شهر أوت؟

المبحث الثاني

قرارات الإبرام أو العدول عن الإبرام

تتخذ المصلحة المتعاقدة قرار إعلان الصفقة، فتظهر لأول مرة للعلن، بعد أن كانت قيد الإجراءات التحضيرية الداخلية، يترتب عن ذلك بداية اتصال المتعاملين الاقتصاديين بالصفقة المعلن عنها، وبالنظر لأهمية وخطورة عملية إبرام الصفقة، فإنه لا تكتمل هذه العملية إلا باتخاذ عدة خطوات.

قد تسير الأمور وفقا للأهداف المسطرة والظروف السائدة وقت طرح الصفقة على الجمهور، وفي هذه الحالة تصدر المصلحة المتعاقدة قرارات تهدف السير قدما في عملية الإبرام.

تبدأ هذه المرحلة بقرار المنح المؤقت للصفقة (المطلب الأول)، ثم قرار إبرام الصفقة، غير أنه قد تقرر المصلحة لسبب ما العدول عن الإبرام فتصدر قرار إلغاء الصفقة (المطلب الثاني)، كما يتطلب القانون بالنسبة لبعض الصفقات صدور قرار التصديق من الجهة الوصية (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

قرار المنح المؤقت للصفقة

تتلقى المصلحة المتعاقدة بعد إعلانها عن الدعوة للمنافسة، عروض المتعاملين الذين استجابوا لإعلان الصفقة، وهذا ليتم اختيار أحد هذه العروض واتخاذ قرار المنح المؤقت للصفقة لأحد المتنافسين، غير أن الوصول لهذا القرار تسبقه إجراءات داخلية تبدأ بتشكيل لجان مختصة تتولى تلقي العروض التي يقدمها المتعهدون (فرع أول)، لتقوم بتقييمها لاختيار أحسنها وفقا لنظام قانوني حدده المرسوم 15-247 (فرع ثاني)، ليتسنى للمصلحة المتعاقدة في النهاية اتخاذ قرار المنح المؤقت للصفقة (فرع الثالث).

الفرع الأول:

تشكيل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وسير عملها

نظم المشرع الجزائري إجراءات داخلية يجب أن تعتمد عليها المصلحة المتعاقدة للوصول إلى انتقاء أحسن عرض، وتعد هذه العملية من أشد مراحل إبرام الصفقة حساسية، إذ أنه بناءا عليها تتخذ المصلحة المتعاقدة أهم قرار هو قرار تخصيص الصفقة لأحد المتنافسين، حيث تتم دراسة العروض من قبل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، تحكم عملها ضوابط تلتزم بها المصلحة المتعاقدة بدأ بالتشكيل القانوني للجنة، وتنظيم عملها.

أولا- التشكيل القانوني للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض:

يدخل قرار إنشاء اللجنة ضمن صلاحيات مسؤول المصلحة المتعاقدة، أي الأمر بالصرف وذلك بموجب مقرر⁽¹⁾، تنص المادة 160 من المرسوم الرئاسي 247/15:

(1) - بوضياف الخير، "الرقابة الداخلية في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 3، العدد 4، جامعة المسيلة، 2018، ص 98.

"تحدث المصلحة المتعاقدة، في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية، عند الاقتضاء، تدعى في صلب النص "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض..."

مبدئياً، يستوقفنا التغيير الواضح الذي جاء به المرسوم الرئاسي 15-247، فمنذ صدور أول تنظيم للصفقات العمومية في الجزائر (الأمر 90/67)، وإلى غاية المرسوم السابق 10-236، اعتمد المنظم الجزائري على مبدأ ازدواجية اللجان المختصة بفحص العطاءات، وكنتيجة له قيام حالة التنافي في عضوية اللجنتين، واعتبر أغلب الأساتذة والباحثين في الجزائر أن مبدأ الجماعية أو التعددية للجان فحص العطاءات، من أهم ضمانات شفافية ونزاهة تصرفات المصلحة المتعاقدة⁽¹⁾، إذ تعزز العقلانية في اتخاذ القرار، وتمنع التواطؤ بين الأعضاء اللجنتين المستقلتين عن بعضهما.

أما المرسوم الساري فقد دمج اللجنتين لتصبح لجنة واحدة مع إمكانية إنشاء أكثر من لجنة⁽²⁾، هذا ما يدفعنا دون شك للتساؤل عن مدى سلامة الموقف الجديد للمنظم.

يتضح من خلال تحليل نصوص المرسوم 15-247 اتجاه المنظم فيما يخص أحكام الرقابة الداخلية لبعث مرونة وبساطة في الإجراءات ربحاً للوقت⁽³⁾، بتقادي القيود التي تحد من سرعة اتخاذ القرار الإداري، وهنا لا يمكن بأي حال إنكار وجود معضلة تواجه المنظم في عند وضع أحكام تنظيم الصفقات المتمثلة في الموازنة بين متضادين، ضرورة رفع القيود

(1) - أنظر على سبيل المثال آراء كل من: **عمار بوضياف**، شرح تنظيم الصفقات العمومية (القسم الأول)، مرجع سابق، ص 165 وما يليها، **علاق عبد الوهاب**، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2003/2004، ص 15، **خضري حمزة**، "الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات..."، مرجع سابق، ص 179.

(2) - **هشام محمد أبو عمرة**، **عليوة كامل**، "الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الإدارية والمالية، المجلد 01، العدد 01، جامعة الوادي، الجزائر، 2017، ص 76.

(3) - **جمال سليمان**، "دور رقابة لجان الصفقات العمومية في الوقاية من الفساد ومكافحته في الجزائر"، دراسات في الوظيفة العامة، المجلد 3 العدد الأول، المركز الجامعي بالبيضاء، 2018، ص 123.

عن الأعوان الإداريين المسيرين لتحقيق مرونة الإجراءات وعدم تعطيل المشاريع العمومية، من جهة، وتشديد إجراءات الرقابة لسد كل الثغرات التي يمكن استغلالها لمخالفة المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقات، من جهة أخرى، ولذلك يظهر بعض الاختلال في تنظيم الصفقات العمومية.

إن إلغاء ازدواجية لجان الصفقات العمومية بهدف تسريع إجراءات دراسة العروض وتقييمها أمر غير موفق، لما قد ينتج عنه من مخالفات سببها تجميع صلاحيات فتح الأظرفة وتقييم العروض ومنحها لنفس العون الإداري، فتسهل عملية التلاعب بنتائج تقييم العروض. من جهة أخرى أضفى المرسوم الرئاسي على هذه اللجنة صفة الديمومة، فلم تعد لجنة مؤقتة كما كان عليه الحال سابقا، مع إمكانية تغيير التشكيلة من حين لآخر⁽¹⁾.

يتم اختيار الأعضاء من بين الموظفين التابعين للمصلحة المتعاقدة، إذ يعود إليها اختيارهم، فتحدد تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بموجب مقرر، كما تحدد قواعد تنظيمها وسيرها ونصابها بنفس الطريقة⁽²⁾، والملفت للانتباه أن المنظم لم يفسح مجال عضوية اللجنة لأشخاص غير تابعين للمصلحة المتعاقدة.

الأمر الذي يدعو للتساؤل عن حالة افتقاد المصلحة المتعاقدة لكفاءات مؤهلة لدراسة عروض مقدمة لإنجاز مشروع ذو طابع تقني خاص. يظهر الحل لهذا الإشكال من خلال الفقرة الثانية من المادة 160 إذ نصت على إمكانية إنشاء لجنة تقنية إلى جانب لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض مهمتها إعداد تقرير تحليل العروض وتقديمه إلى اللجنة وبطبيعة الحال تضم اللجنة التقنية أعضاء غير تابعين للمصلحة المتعاقدة.

(1) - بن السي حمو محمد المهدي بن عبد الله، "الرقابة الداخلية على إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"،

مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 10 العدد 1، جامعة العقيد أحمد دراية، أدرار، 2017، ص 331.

(2) - تنص المادة 162 من المرسوم الرئاسي 15-247: "يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، تشكيلة

لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وقواعد تنظيمها وسيرها ونصابها، في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها..."

ما يعاب على تنظيم عضوية لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، هو السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة لمسؤول المصلحة المتعاقدة فيما يخص تنظيم اللجنة، وكذا عدم تنوع العضوية، فضلا عن ذلك لم يشترط المنظم الجزائري أية مؤهلات أخرى لاسيما الأقدمية، وعدم تقييدها بوجوب التغيير الدوري للأعضاء.

حيث يلاحظ عدم وضع أية شروط سوى الكفاءة، وحتى هذا الشرط يخضع بطبيعة الحال للسلطة التقديرية لمسؤول المصلحة المتعاقدة، كذلك جعل الأصل في تشكيلة اللجنة هو انتماء أعضائها للمصلحة المتعاقدة، خلافا لذلك نجد التشريعات المقارنة وضعت تنظيما أكثر تفصيلا لتشكيل اللجنة المكلفة بدراسة العروض، مع تنويع عضوية اللجنة خارج أعضاء الإدارة المتعاقدة نفسها.

حرص المشرع المصري، على سبيل المثال، عن فكرة تنوع عضوية لجان الصفقات من خلال المادة 28 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، حيث تنص: "...تضم عناصر فنية ومالية وقانونية وفق لأهمية وطبيعة التعاقد..."، كما نصت على إشراك أعضاء خارج المصلحة المتعاقدة في تشكيلة اللجنة حسب حالات معينة، كإشراك ممثل وزارة المالية إذا تجاوزت قيمة الصفقة مليون جنيه، واشتراك عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا تجاوزت قيمة الصفقة مليوني جنيه، وغيرها من الحالات⁽¹⁾.

كذلك نص المشرع المغربي على تشكيلة متنوعة العضوية للجنة طلب العروض وذلك ضمن مرسوم 20 مارس 2013 الذي نص تشكيلة مختلفة لكل من صفقات الدولة وصفقات المؤسسات العمومية وكذا صفقات العمالات والأقاليم، فتتشكل لجنة صفقات الدولة مثلا من ممثل صاحب المشروع رئيسا، ممثلان آخران لصاحب المشروع عضوين ينتمي أحدهما على الأقل إلى المصلحة المعنية بالصفقة، ممثل عن الخزينة العامة للمملكة

(1) - المادة 29 من القانون رقم 186 لسنة 2018، متعلق بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، ج ر عدد 39 مكرر (د)، صادر في 03 أكتوبر سنة 2018.

وكذا ممثل للوزارة المكلفة بالمالية إذا كان مبلغ الصفقة يفوق 50 مليون درهم⁽¹⁾.

ثانيا - سير عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

تقوم اللجنة بمهامها بعقد اجتماعات، تنص المادة 162 أنه يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر تشكيل اللجنة وقواعد سيرها ونصابها على أن اجتماعاتها تصح مهما يكن عدد أعضائها الحاضرين، وعلى المصلحة المتعاقدة أن تسهر على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمان شفافية الإجراء.

فهل من المعقول منح سلطة تقديرية واسعة جدا لشخص واحد هو مسؤول المصلحة المتعاقدة، ثم ترك حماية الشفافية للمصلحة المتعاقدة؟

فالواقع أن المنظم قد فتح باب واسع للممارسات غير النزيهة، من خلال تمكين مسؤول المصلحة المتعاقدة من كامل الصلاحية لاختيار أعضاء اللجنة، والسكوت تماما عن مسألة صحة اجتماعات فتكون جلسات اللجنة صحيحة مهما كان نصابها، فقد يحدث أن تقوم المصلحة المتعاقدة بتشكيل لجنة من عدد معين، ليحضر الاجتماع عضو أو عضوان وبذلك قد أعطى المنظم غطاء قانوني لقيام هذا المسؤول باختيار الموظفين الموالين له، والتواطؤ معهم للتلاعب بعمليتي فتح الأظرفة وتقييم العروض، لاسيما وأن لجنة واحد هي من تتولى العمليتين.

الفرع الثاني:

دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في انتقاء أحسن عرض

تجتمع اللجنة في اليوم والساعة الموافقين لآخر يوم وساعة لإيداع العروض لتباشر أشغالها في جلسة علانية يحضرها المتعهدون، إذ يحكم عملية فتح الأظرفة مبدأ العلانية، إعمالا لمبدأ شفافية الإجراءات، فوفقا للمادة 70 من المرسوم الرئاسي 247/15 ألزم

(1) - باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج 2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2015، ص 109.

المنظم المصلحة المتعاقدة، بدعوة كل المرشحين أو المتعهدين لحضور جلسة فتح الأظرفة، من خلال إعلان المنافسة أو عن طريق رسالة موجهة للمرشحين أو المتعهدين المعنيين، ويشمل مبدأ العلانية عملية فتح الأظرفة دون عملية تقييم العروض، فهذه الأخيرة يمنع فيها حضور المرشحين.

تتميز هذه المرحلة بأهميتها، وتتولى اللجنة في المرحلة الأولى المهام التالية:

- إثبات صحة تسجيل العروض.
 - إعداد قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم أو عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.
 - إعداد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض.
 - توقع بالأحرف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال.
 - تحرير محضر شامل خاص بالعملية أثناء انعقاد الجلسة يوقع عليه من قبل الأعضاء.
 - دعوة المرشحين عند الاقتضاء إلى استكمال عروضهم بالوثائق الناقصة أو غير الكاملة.
 - اقتراح إعلان حالة عدم الجدوى في حالة توفر شروطها.
 - إرجاع الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها⁽¹⁾.
- تراعي اللجنة في مرحلة فتح الأظرفة الأحكام الخاصة بفتح الأظرفة بخصوص بعض الصفقات وهي:

1- حالة طلب المحدود: يتم فتح عرض المتنافسين التقنية أو العروض التقنية النهائية والعروض المالية على مرحلتين⁽²⁾.

2- حالة المسابقة: يتم فتح عروض المتنافسين التقنية وعروض الخدمات والعروض المالية

(1) - تنص المادة 71 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...ترجع عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين، عند الاقتضاء، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم".

(2) - المادة 70 الفقرة 3 من المرسوم رقم 247/15: "...وفي حالة طلب العروض المحدود، يتم فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض التقنية أو العروض التقنية النهائية والعروض المالية على مرحلتين..."

على ثلاث مراحل، ولا يتم فتح أظرفة الخدمات في جلسة علنية، ولا تفتح العروض المالية إلا بعد تقييم الخدمات من قبل لجنة التحكيم.

يتضح من خلال هذه المهام، أهمية مرحلة فتح الأظرفة، لكونها تفصل في القائمة الإسمية للمتنافسين وتحدد هويتهم ووثائقهم و تثبتهم في سجل خاص⁽¹⁾، ويقع على عاتق المصلحة المتعاقدة كامل المسؤولية فيما يخص الحفاظ على سرية العروض المالية، التي يتوجب عليها وضعها في مكان آمن⁽²⁾.

ب -تقييم العروض

بعد فتح الأظرفة تأتي عملية تقييم العروض، يتميز دور اللجنة في مرحلة تقييم العروض بالأهمية البالغة، إذ أناط بها تنظيم الصفقات مهمة تكريس مبادئ المنافسة وبذلك تكون اللجنة النواة الأساسية الضابطة للمنافسة في مرحلة تقييم العروض⁽³⁾.

تقوم في مرحلة أولية بإقصاء العروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط أو لموضوع الصفقة، وهي العروض التي تبتعد كثيرا في مضمونها عن الحاجيات التي تطلبها المصلحة المتعاقدة، فلا جدوى من دراسة هذه العروض لعدم جديتها، أما بالنسبة للعروض الباقية فإنها تمر بمرحلتين:

١-التقييم التقني أو الفني:

يبدأ التقييم التقني للعروض بإقصاء العروض غير المطابقة لدفاتر الشروط و/أو لموضوع الصفقة، ولا داعي لفتح الأظرفة التقنية والمالية وظرف الخدمات إن وجد بالنسبة لهذه العروض المقصاة.

(1) - بوسلامة حنان، "الرقابة على الصفقات العمومية في القانون الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 47، جامعة منتوري، قسنطينة، 2017، ص 156.

(2) - تنص المادة 6/70 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...ويتعين على المصلحة المتعاقدة أن تضع في مكان مؤمن وتحت مسؤوليتها، الأظرفة المتعلقة بالعروض المالية إلى غاية فتحها..."

(3) - جليل مونية، "دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 31، العدد 1، الجزائر، 2017، ص 395.

أما باقي العروض المقبولة تقنيا، فإنها تنتقل إلى المرحلة مالية تدرج دائما في إطار التقييم التقني، حيث يتم تحليلها على أساسا المعايير والمنهجية المعلنة في دفتر الشروط، وترتب على هذا الأساس، وفقا لسلم التقييط المنصوص عليه في دفتر الشروط، وهنا قد تظهر عروض لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة، يتم إقصاؤها مباشرة⁽¹⁾. فتنتهي هذه العملية بإعلان العروض المؤهلة تقنيا، وهو ما يسمح لأصحاب هذه العروض بالانتقال إلى المرحلة التالية وهي مرحلة تقييم العروض المالية.

ب - التقييم المالي:

بعد التقييم الفني للعروض، يتم فتح العروض المالية المصاحبة لها، فلا تفتح الأظرفة المالية إلا للعروض المؤهلة تقنيا، وبالتالي فإنه بعد قبول العروض من الناحية التقنية يعود الفصل للمعيار المالي، فتقوم اللجنة بالمفاضلة بين العطاءات للتوصل لترتيب العطاءات وتحديد أحسن عرض، فوفقا للمادة 40: " طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية...".

تتمثل هذه المعايير وفقا لنص المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 في:

1/الأقل ثمنا بين العروض المالية للمرشحين المختارين، عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك، وفي هذه الحالة، يستند تقييم العروض إلى معيار السعر فقط،

2/الأقل ثمنا بين العروض المؤهلة تقنيا، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية. وفي هذه الحالة، يستند تقييم العروض إلى معيار السعر فقط.

3/الذي تحصل على أعلى نقطة استنادا إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر، إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات، هذه المعايير

(1) - تنص المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...وتقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازم المنصوص عليها في دفتر الشروط"

متعددة وتختلف أهميتها حسب طبيعة الصفقة وظروفها من بينها: النوعية، آجال التنفيذ والتسليم، الكلفة الإجمالية للاقتناء والاستعمال، الطابع الجمالي والوظيفي، النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين... ويجب أن توضح المعايير التي تستند إليها المصلحة المتعاقدة الاختيار أحسن عرض ووزن (قيمة) كل معيار، انطلاقا من موضوع الصفقة وأن لا يكون الغرض منها تمييز غير مشروع بين المتنافسين، وهذا إعمالا لمبدأ المساواة بين المتنافسين الذي يعد أساسا للقانون العام ولعقود الشراء بشكل خاص⁽¹⁾.

جعل المنظم من خلال المادة 72، معيار السعر معيارا رئيسي في تحديد أفضل عرض، فهو إما معيار حاسم، في حالة الصفقات العادية، وإما معيار يؤخذ بعين الاعتبار إلى جانب معايير أخرى في الصفقات ذات الطابع التقني. وهذا ليس بالأمر الغريب، فنظام طلب العروض أو المناقصات يقوم أساسا على فكرة حصول الإدارة على الخدمات اللازمة لسير المرفق العام بأقل ثمن، رغم ما يعترض هذا النظام من سلبيات، تتمثل أساسا في تقييد الإدارة بثمن العرض على حساب نوعية الخدمة، ورغم محاولة المشرع التخفيف من مساوئ معيار السعر، وذلك بالاعتماد على المعيار التقني، إلا أنه من الناحية العملية، فإن المصالح المتعاقدة تعتد بمعيار السعر (le moi disant) كمعيار أساسي لاختيار أحسن عرض، وذلك لعدة أسباب، منها تاريخية، تتمثل في ترسخ معيار السعر كأقدم المعايير المعتمدة من طرف المشرع ضمن جميع القوانين المتعاقبة للصفقات العمومية في الجزائر، دون أن ننسى عامل تخوف المسيرين من المتابعات الجزائية التي قد تنتج عن عدم اختيار أقل العروض ثمنا، ويعد هذا الإشكال من أهم العيوب التي تعيق حصول الإدارة على خدمة ذات جودة، إلا أن اختيار السعر الأقل لا يعتبر الحل الأمثل للدولة في كل الحالات نظرا لوجود جوانب أخرى لا تقل أهمية عن العرض المالي

⁽¹⁾ - ALLAIRE Frédéric, L'essentiel du droit des marchés publics, 2^{ème} ed, LEXTENSO EDITIONS, p 22.

المقدم في ظل المظاهر السلبية التي أصبحت تميز العديد من المشاريع العمومية خلال وبعد فترة الإنجاز، كعدم مطابقة المعايير التقنية الدولية المتعارف عليها في مجال الأشغال، والنتيجة عن إعطاء الأولوية للعرض الأقل دون النظر في قوة وكفاءة باقي العروض⁽¹⁾. عند قيام اللجنة بتقييم العروض فإنها يجب أن تراعي الأفضليات والامتيازات التي أقر تنظيم الصفقات لفئات معينة، فلا يمكن استبعادها وتتمثل في:

- 1- **هامش الأفضلية:** منح المنظم في هذا الإطار المنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأس مالها جزائريون امتياز هامش الأفضلية⁽²⁾، فيكفي التعامل أن يثبت أنه ينتمي إلى نطاق تطبيق هامش الأفضلية ليستفيد من مبلغ قدره 25% من قيمة الصفقة، يضاف إلى مبلغ تعهده بشرط أن يكون مقبولا تقنيا، لأن تطبيق هامش الأفضلية يكون في مرحلة تقييم العروض المالية⁽³⁾.
- 2- **تخصص الخدمات المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفيين:** نظرا لما تكتسيه هذه الخدمات من طابع فني، فمن الطبيعي أن ينحصر الطلب على فئة الحرفيين.

- 3- **تخصيص الخدمات للمؤسسات المصغرة:** عندما يمكن تلبية بعض حاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات المصغرة كما يحددها التشريع الخاص بها⁽⁴⁾، فإنه يتوجب على المصلحة المتعاقدة إلا استثناء تخصيص هذه الخدمات لها حصرا، وتلزم المصلحة المتعاقدة بتبرير الاستثناء في التقرير التقديمي لمشروع الصفقة أو الاستشارة، وذلك

(1) - بورحلة مولود، لحلول كمال، لعيسوف سمير، "معايير اختيار العرض الأمثل بين المزايا المالية أو الاقتصادية أو التقنية في مجال صفقات الأشغال"، مجاميع المعرفة، المجلد 1، العدد 1، ص 45.

(2) - أنظر القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011 يتعلق بكيفية تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ج ر عدد 24، صادر في 20/04/2011.

(3) - **علاق عبد الوهاب، "آثار هامش الأفضلية على مبدأ المنافسة في الصفقات الدولية"**، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 13، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2017، ص 42.

(4) - قانون 17-02 مؤرخ في 10 يناير 2017 يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج ر عدد 02 صادر في 11 يناير 2017.

في حدود 20% على الأكثر من الطلب العمومي، وتلجأ هذه المؤسسات إلى التمويل من الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، وذلك لضمان ديمومتها وعدم اتجاهها نحو الإفلاس وفشل المشروع، وفي حال مخالفة إلزامية منح 20% من المشاريع، تقوم الوكالة بإخطار الجهات المعنية لتجميد منح الصفقة، إلا أن هذه الأحكام في الواقع، تظل حبرا على ورق⁽¹⁾. فعلى الرغم من وضوح الطابع الإلزامي للأحكام المتعلقة بالامتيازات والأولويات الممنوحة للمؤسسات والإنتاج الوطني، إلا أن الواقع أثبت عدم التطبيق العملي لهذه الأحكام، حيث تعاني المؤسسات الصغيرة والمتوسطة من التهميش، ومن الممارسات التعسفية للمصالح المتعاقدة، التي تعتمد حصر نشاطها في أشغال بسيطة جدا أو طلبات ضعيفة القيمة، مما يحد من تطور المؤسسة الوطنية، وجعل غايات وجهود الحكومة الرامية لجعل المؤسسات الصغيرة نواة الاقتصاد الوطني تبدوا بعيدة التحقيق على أرض الواقع.

باستكمال عمليتي التقييم الفني والمالي يتوج عمل اللجنة بالوصول لاختيار أحسن عرض، يصدر في شكل رأي مبرر، يعرض على المصلحة المتعاقدة، وتتولى هذه الأخيرة اتخاذ إجراء المنح المؤقت للصفقة، أو أي إجراء آخر تراه مناسبا حسب الحالة.

الفرع الثالث:

إصدار قرار المنح المؤقت للصفقة

إن الدور الذي تقوم به لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض والذي يتوج باختيار أفضل عرض، لا يعد قرارا إداريا نهائيا بإرساء الصفقة على مقدم هذا العرض، لأن عمل اللجنة له طابع استشاري وقراراتها تعتبر اقتراحات غير ملزمة للمصلحة المتعاقدة⁽²⁾، التي يعود لها

(1) - إيمان فاطمة الزهراء رزوق، "تجليات تطبيق مبدأ المنافسة الحرة على إجراء المنح المؤقت لمشروع الصفقة (نظام

طلب العروض)"، مجاميع المعرفة، المجلد 02، العدد 01، المركز الجامعي تيندوف، الجزائر، 2016، ص 62.

(2) - براهيم عبد الرزاق، "مدى فعالية الرقابة القبلية الداخلية على الصفقات العمومية في الحد من ظاهرة الفساد

الإداري"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 3، العدد 4، جامعة المسيلة، 2018، ص 203.

اتخاذ القرار النهائي.

يطلق على قرار إرساء الصفقة في تنظيم الصفقات العمومية "المنح المؤقت للصفقة"، ويعد إجراء استحدث لأول مرة ضمن المرسوم الرئاسي 250/02، ليتم تكريسه في جميع تنظيمات الصفقات العمومية التي جاءت بعده، ومنها المرسوم الحالي 15-247، حيث أقر المنظم الجزائري للإدارة سلطة اختيار المتعامل المتعاقد معها إذا ما استوفى جملة المعايير المعلن عنها، حسب نص المادة 76 من المرسوم الرئاسي 247/15.

يعرف الأستاذ "عمار بوضياف" المنح المؤقت للصفقة على أنه: "إجراء إعلامي، بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرضين التقني والمالي"⁽¹⁾.

يتضح من خلال تسمية قرار المنح المؤقت، أنه ليس بالقرار الحاسم والنهائي لإبرام الصفقة مع المتنافس الذي وقع عليه الاختيار، الأمر الذي دفع بعض الفقه إلى انتقاد إجراء المنح المؤقت واعتباره إجراء بيروقراطي ينتج عنه طول إجراءات إبرام طلبات العروض⁽²⁾، إن هذا الرأي، وإن صح، لا يبرر إلغاء نظام المنح المؤقت لما له في المقابل من مزايا، فإجراء المنح المؤقت على الرغم من أنه يطيل بعض الشيء في إجراءات إبرام الصفقة، إلا أنه يضيف شفافية أكثر من خلال الإعلان عن الفائز المؤقت للصفقة⁽³⁾.

والأهم من ذلك أن المنح المؤقت، عمليا، خطوة تفصل بين اختيار المصلحة المتعاقدة لأحسن عرض وإبرامها الصفقة بشكل نهائي، وبما أن عملية اختيار أحسن عرض من المحتمل أن يشوبها خطأ، لأي سبب كغش المتنافس أو عدم نزاهة أعوان المصلحة المتعاقدة... الخ.

(1) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم 01، مرجع سابق، ص 296.

(2) - سرودك هيبية، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، دار الوفاء للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 183.

(3) - جابر زيد، ديجي وهيبية، "إجراءات وطرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مجاميع المعرفة، المجلد

1، العدد 1، المركز الجامعي تيندوف، الجزائر، 2017، ص 161.

فالمنح المؤقت للصفقة قبل إبرامها النهائي يضع حيز زمنيا مما يعطي فرصة للمتضررين في رفع طعونهم ضد الاختيار الذي أقدمت عليه المصلحة المتعاقدة، باعتبار الطعن طريقا لترسيخ قيم الشفافية وتعزيز آليات المنافسة، لذلك نصت المادة 82 أنه يجب على المصلحة المتعاقدة السماح للمتعهدين بممارسة حقوق الطعن⁽¹⁾.

أقر تنظيم الصفقات بوضوح صلاحية المصلحة المتعاقدة بإصدار قرار المنح المؤقت للصفقة من خلال المادة 76 التي تنص: "تختص المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقدين..."، على أنها ملزمة بتبرير قرارها عند كل رقابة تمارسها أية سلطة مختصة، وذلك بإعداد ملف كامل يرفق بوثيقة تسمى "بطاقة التقديم"، التي تتضمن ملخص عن كل الإجراءات التي سبقت المنح المؤقت، وتبرير من خلالها عملية الاختيار⁽²⁾.

وفي جميع الحالات لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تخصص الصفقة إلا لمؤسسة "يعتقد" أنها قادرة على تنفيذ على تنفيذها⁽³⁾، لذلك تتأكد المصلحة المتعاقدة من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل تقييم العروض التقنية، كما تقوم بالاستعلام أثناء تقييم الترشيحات عن قدرات المتعهدين حتى يكون اختيارها سديدا وذلك بالاستعانة بأية وسيلة قانونية، لاسيما التقصي عن المرشح لدى مصالح متعاقدة أخرى

(1) - هزيل جلول، "المنح المؤقت جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية"، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 1، العدد 2، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016، ص 16.

(2) - بن شعلال محفوظ، "إجراءات إبرام الصفقات العمومية: ضمانات للشفافية أم حواجز تقليدية؟"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 9، المركز الجامعي لتامنغست، 2015، ص 84.

(3) - تنص المادة 53 من المرسوم الرئاسي 15-247: "لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها، كيفما كانت طريقة الإبرام المقررة"، تتضمن صياغة المادة تناقض واضح مغل بالمعنى، فالمشرع أراد من خلال نص المادة أن يؤكد على أن القرار الأخير باختيار المتعامل يعود للمصلحة المتعاقدة، وأن هذه الأخيرة تعدد بقدرة المؤسسة على تنفيذ الصفقة كمعيار حاسم، فاستهل المنظم المادة بعبارة تفيد الإلزام بوضوح (لا يمكن أن تخصص)، لكنه استخدم بعدها عبارة (يعتقد) التي لا مكان لها هنا، فالموضوع لا يحتمل عدم الدقة والشك، لأن المصلحة المتعاقدة ملزمة بعدم منح الصفقة إلا لمؤسسة تأكدت بأنها قادرة على تنفيذ الصفقة، وذلك عن طريق الوسائل القانونية المخولة لها للاستعلام عن قدرات المؤسسات.

وإدارات وهيآت مكلفة بمهمة المرفق العام وكذا الممثلات الجزائرية في الخارج.

لتسهيل مهمة المصلحة المتعاقدة في الاستقصاء عن قدرات المرشحين فقد نص تنظيم الصفقات على مسك بطاقة وطنية للمتعاملين الاقتصاديين وبطاقات قطاعية وبطاقة على مستوى كل مصلحة متعاقدة، تحين بانتظام، ونصت المادة على أن يحدد محتوى هذه البطاقات وشروط تحيينها بقرار من الوزير المكلف بالمالية⁽¹⁾.

يخضع قرار المنح المؤقت لمبدأ العلانية، لذلك يجب على المصلحة المتعاقدة إعلان المنح المؤقت بنشر كل البيانات المتعلقة به بدأ بسمية حائز الصفقة وكذا موضوعها وسعرها وآجال الإنجاز، وكل المعلومات التي تبرر اختيار حائز الصفقة، تذكر كل هذه العناصر بدقة تفاديا لأي غموض أو لبس حتى يتمكن باقي المتنافسين من ممارسة حقوق الطعن⁽²⁾، ويدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض⁽³⁾.

المطلب الثاني:

قرار إبرام أو رفض إبرام الصفقة

رغم أهمية مرحلة تقييم العروض والمنح المؤقت للصفقة، إلا أنه من الناحية القانونية لا يعد قرار منح الصفقة قرارا نهائيا بإبرامها مع المرشح الذي اختير عرضه كأفضل عرض، ذلك أن القرار النهائي بإبرام الصفقة هو قرار لاحق لقرار المنح المؤقت، يصدره الممثل القانوني للمصلحة المتعاقدة.

(1) - تنص المادة 58 من المرسوم الرئاسي 247/15: "تمسك بطاقة وطنية للمتعاملين الاقتصاديين وبطاقات قطاعية، وبطاقة على مستوى كل مصلحة متعاقدة، وتحين بانتظام، وحدد محتوى هذه البطاقات وشروط تحيينها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"

(2) - هزيل جلول، "المنح المؤقت جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية ..."، مرجع سابق ص 10.

(3) - المادة 2/65 من المرسوم الرئاسي 247/15.

الفرع الأول:

مفهوم قرار إبرام الصفقة

يعرف قرار إبرام الصفقة بأنه، القرار الذي يكون محله اعتماد نتائج الإرساء من قبل جهة الإدارة المختصة بعد صدور قرار اللجنة المكلفة بالإرساء، يؤدي هذا القرار إلى إنشاء العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، وبه يكتمل رضا طرفي العقد⁽¹⁾.

يعد قرار إبرام الصفقة القرار الذي تعبر به المصلحة المتعاقدة عن إرادتها النهائية بتخصيص الصفقة لواحد أو أكثر من المرشحين وهو ما عبر عنه المشرع ضمن المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص على أنه: "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة...".

من الناحية العملية يتم إبرام الصفقة بتوقيع مسؤول المصلحة المتعاقدة على وثيقة التصريح بالاككتاب (l'acte d'engagement)، مع إدراج بيان أساسي هو التاريخ، ويعد هذا التاريخ هو تاريخ ميلاد الصفقة فمن هذا التاريخ تكون الصفقة قائمة ومبرمة بين طرفيها⁽²⁾.

لكن التساؤل الذي يطرح، إذا كانت المصلحة المتعاقدة هي الجهة المخولة وحدها بإبرام الصفقة، فهل تملك سلطة مطلقة بخصوص إبرام الصفقة تخول لها رفض إبرامها مع المتعاقد المختار من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض كصاحب أفصل عرض؟

لم ينص تنظيم الصفقات على هذه الحالة، غير أن مجلس الدولة قد عالج هذه المسألة في بعض المناسبات، فقد جاء في قراره الصادر في 2007/06/15 بخصوص

(1) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 102.

(2) - Cyril Emery, Passer un marché public, Op.cit, p 79.

قضية بلدية (العلمة) ضد السيد (ه ن) أن منح الصفقة لمكتب دراسات رفضته لجنة تقييم العروض، يعد خرقاً مستوجباً للتعويض، فعند فصله في الاستئناف المرفوع أمام من طرف البلدية، التي أعلنت عن مناقصة وطنية مفتوحة قصد إنجاز دراسة معمارية لمجمع مدرسي ومسكن وظيفي، فقام المستأنف عليه بتقديم عرضه خلال المدة المعلن عنها (15 يوم)، وأعلنت لجنة فتح الأظرفة عن وجود 12 عرض، وبعد اجتماع لجنة تقييم العروض، تفاجئ المعارضان المقبولان ومن بينهما السيد (ه ن) بإعلان تدعو فيه المصلحة المتعاقدة المعنية مقاولاً للتقرب من مكتب دراسات من جانب لجنة تقييم العروض⁽¹⁾، ففضى مجلس الدول حين فصله في القضية باعتبار تصرف المصلحة المتعاقدة من قبيل الخطأ الذي استوجب إلزامها بالتعويض.

الفرع الثاني:

الاختصاص بإبرام الصفقة

تتعلق قواعد الاختصاص في العقود الإدارية، بالنظام العام، فهي تحدد مسبقاً بنص تشريعي صريح ودقيق، بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بأي حال فلا يمكن لشخص أن يبرم عقداً باسم الإدارة إلا إذا تم تخويله هذه الصلاحية من قبل المشرع، ولا يجوز له أن يحل غيره أو يفوض اختصاصه إلا في إطار الضوابط التي حددها المشرع، وهذا مجرد تطبيق للقواعد العامة للقانون الإداري⁽²⁾، ولا تخرج قواعد الاختصاص عن كونها أحد أهم الضوابط التي يضعها المشرع للحد من حرية الأجهزة الإدارية حتى لا تحيد عن إطار المشروعية⁽³⁾.

(1) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 174.

(2) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 344.

(3) - فنيش محمد الصالح، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى تعاقدها، بحث لنيل درجة الماجستير، فرع إدارة ومالية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، (د ت ن)، ص 98.

يعرف الفقه قواعد الاختصاص بوجه عام بأنها: "تلك القواعد التي تحدد الأشخاص أو الهيئات التي تملك إبرام التصرفات العامة، سواء تعلق الأمر بالأعمال القانونية الانفرادية (القرارات الإدارية) أو كان متعلقا بالأعمال القانونية الرضائية أو الاتفاقية (العقود)"⁽¹⁾.

اهتم المنظم بوضع قواعد الاختصاص بالتعاقد، بهدف تقييد حرية الأجهزة الإدارية، فلا يملك إبرام الصفقات باسم هذه الأجهزة إلا أشخاص محدّدون خصهم المشرع بهذه الصلاحية، في هذا الإطار، قسم الفقه الإداري تحديد قواعد الاختصاص إلى تحديد صريح، حيث يحدد المشرع الجهة المختصة بالقيام بالتصرف وصفة الشخص المخول بالصلاحية، وتحديد ضمني، وهنا لا يحدد المشرع صاحب الاختصاص صراحة وإنما ينعقد الاختصاص للشخص الذي يتفق هذا الاختصاص مع واجبات وظيفته.

أولاً: الأشخاص المخولة بإبرام الصفقات العمومية

يتطلب تحديد الاختصاص بإبرام الصفقات تعيين الهيئات المخولة لها بإبرام الصفقات، وكذا تحديد الممثل القانوني لهذه الهيئات.

خولت المادة 06 من تنظيم الصفقات⁽²⁾ اختصاص إبرام الصفقات لكل من:

(1) - فنينش محمد الصالح، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى تعاقدها، مرجع سابق، ص 97.

(2) - تنص المادة 06: "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، كلياً أو

جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة".

١- الدولة:

يقصد المنظم بالدولة، السلطات الإدارية المركزية، وهي مجموع الإدارات العامة المتمركزة على مستوى عاصمة البلاد وهي:

1- رئاسة الجمهورية: باعتبارها مرفقا عاما يضم مجموعة كبيرة من الإدارات التي عن طريقها يدار مرفق الرئاسة، تتمثل في: الأمانة العامة للرئاسة، اللجان، المديريات العامة المتواجدة على مستوى رئاسة الجمهورية⁽¹⁾.

2 الوزارة الأولى: وهي مرفق إداري يتكون بدوره من عدة إدارات، وهي الأمانة العامة، المديريات العامة، الديوان، ومختلف المصالح الإدارية التي تكون إدارة الوزارة الأولى، يضاف إليها سائر الوزارات الأخرى.

تخول جميع هذه الإدارات بإبرام صفقات عمومية باسم الدولة، والملاحظ أنه على خلاف تنظيمات الصفقات العمومية السابقة، أدرج لأول مرة مصطلح الدولة.

ب- الجماعات الإقليمية: تتمثل الجماعات الإقليمية أو المحلية في البلدية والولاية⁽²⁾:

1- البلدية: تعد البلدية قاعدة الإدارة المحلية في الجزائر، وهي وحدة إدارية منفصلة عن الدولة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وبكل الآثار الناتجة عن الشخصية المعنوية، ومنها أهلية التقاضي، إذ تفرض وظيفتها ضمن التنظيم الإداري للدولة ومهامها المختلفة والمتنوعة الدخول في علاقات عقدية من القانون العام، بهدف قيامها بأعباء التنمية المحلية وخدمة الجمهور⁽³⁾، وقد أكدت المادة 189 على خضوع صفقات اللوازم

(1) - بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، نيزي وزو، 2011، ص 219-220.

(2) - تنص المادة 17 من دستور 1996: "الجماعات المحلية للدولة، هي البلدية والولاية".

(3) - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (القسم الأول)، مرجع سابق، ص 104.

والأشغال أو الخدمات التي تبرمها البلدية إلى تنظيم الصفقات العمومية، ويدخل ضمن اختصاص البلدية، الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية الإدارية التي تنشئها البلدية.

2- **الولاية:** وهي مجموعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، كما تتمتع بدورها بأهلية التعاقد، وقد أكدت المادة 135 من القانون 07/12 المتعلق بالولاية خضوع الولاية لتنظيم الصفقات العمومية.

ج- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:

تاريخيا طالما كانت المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أحد أشخاص القانون العام المخولة بإبرام الصفقات العمومية بحكم نشاطها الذي يخلو من العمليات الربحية، واتصالها بالخزينة العامة واعتمادها على التمويل العام فيما يخص ميزانيتها⁽¹⁾.

د- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري:

يتم تحديد طبيعة المؤسسة، والقانون الذي يخضع له نشاطها باللجوء إلى القانون الأساسي المتضمن إنشاءها وتنظيمها وكيفية عملها، وأمثلة هذه المؤسسات متعددة كالشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية والوكالات العقارية⁽²⁾.

يتوقف خضوع هذه المؤسسات لتنظيم الصفقات، على شرط تكليفها بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، فكلما تعلق الأمر بتمويل تتحمله الخزينة وجب ضبط النشاط العقدي وتقييده بطرق إبرام وإجراءات طويلة وهو ما يضمنه تنظيم الصفقات العمومية⁽³⁾.

(1) - **عمار بوضياف**، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (القسم الأول)، مرجع سابق، ص 106.

(2) - **مانع عبد اللطيف**، طرق إبرام الصفقات، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، فرع قانون عام، السنة الجامعية 2008/2007، ص 20.

(3) - **عمار بوضياف**، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 109.

ثانياً: الاختصاص الشخصي

يقصد بالاختصاص الشخصي في مجال إبرام الصفقات تحديد شخص معين بصفته، يخول له اختصاص إبرام الصفقة، فلا تعد الصفقة مبرمة إلا بعد موافقته.

حددت المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 247/15 الأشخاص المختصة بإبرام الصفقة بنصها: "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة:

-مسؤول الهيئة العمومية،

-الوزير،

-الوالي،

-رئيس المجلس الشعبي البلدي،

-المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية..."

يلاحظ من خلال نص المادة أنه بصفة عامة يعود الاختصاص بإبرام الصفقة إلى الموظف الذي يشغل الدرجة الأعلى في قمة الهرم الوظيفي لإدارته⁽¹⁾، أي رؤساء الهيئات التي تخضع عقودها إلى أحكام الباب الأول من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

كما نص المنظم ضمن المادة 36 من المرسوم الرئاسي 15-247 على إمكانية تنسيق مجموعة من المصالح المتعاقدة إبرام صفقاتها عن طريق تشكيل ما يسمى بـ "مجموعات الطلبات"، وهو إجراء يهدف إلى ترشيد الإنفاق وتفاذي كثرة إجراءات المنافسة، عن طريق انتظام هيئات إدارية في تجمع يهدف للحصول مجموعة من الطلبات العمومية المشتركة⁽²⁾، وفي هذه الحالة لمن يعود الاختصاص بالموافقة على الصفقات المبرمة من

(1) - سرودك هيبية، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مرجع سابق، ص 190.

(2) - ALLAIRE Frédéric, L'essentiel du droit des marchés publics, Op.cit, p 30.

قبلها؟ حددت المادة الرابعة من القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011⁽¹⁾ صاحب الاختصاص في هذه الحالة، وفقا لها يمكن أن تكلف المصالح المتعاقدة المكونة للمجموعة إحدى المصالح المتعاقدة -بصفتها مصلحة متعاقدة منسقة- بالاختصاص بالتوقيع أو الموافقة على الصفقة (عن طريق الممثل القانوني للمصلحة المتعاقدة المنسقة وذلك وفقا لما تنص عليه المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 15-247)، أو أن توقع كل مصلحة متعاقدة على الجزء الذي يعنيها من الصفقة.

ثالثا - تفويض اختصاص إبرام الصفقة

يقصد بتفويض الاختصاص: "أن يعهد صاحب الاختصاص بممارسة جانب من اختصاصه في مسألة معينة أو في نوع معين من المسائل إلى فرد آخر"⁽²⁾. يشترط لصحة التفويض شرطان أساسيان، وجود نص قانوني يرخّص بالتفويض، فلا تفويض إلاّ بنص القانون، وصدور قرار التفويض، فلا يتم التفويض بصفة آلية إنما لا بد من صدور قرار إداري تنفيذا للنص القانوني الذي سمح بالتفويض⁽³⁾. سمح المنظم بتفويض اختصاص إبرام الصفقات من خلال المرسوم الرئاسي 15-247، إذ تنص المادة الرابعة منه في فقرتها الأخيرة: "...ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين، بأي حال إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

وبالعودة لموقف المنظم من تفويض الاختصاص في مجال إبرام الصفقات العمومية

(1) - قرار وزاري صادر عن الوزير المكلف بالمالية بتاريخ 28 مارس 2011، يحدد كفايات تشكيل وسير مجموعات الطلبات، ج ر عدد 24 صادر في 20 أبريل 2011.

(2) - الطماوي محمد سليمان، القضاء الإداري، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، ط 6، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص 615.

(3) - بوضياف عمار، القرار الإداري -دراسة تشريعية قضائية فقهية مدعمة بأحدث القرارات القضائية-، جسر، الجزائر، 2009، ص ص 115-117.

ضمن المرسوم الرئاسي 10-236، فقد حددت المادة الثامنة منه الأشخاص المختصين بإبرام الصفقة أي صاحب الاختصاص الأصلي، كما نصت الفقرة الأخيرة من نفس المادة على إمكانية تفويض هؤلاء الأشخاص لاختصاصهم.

غير أن هذه الفقرة حددت مجال التفويض بتحضير الصفقات وتنفيذها، لذلك فإن قراءة نص هذه الفقرة بمفهوم المخالفة، يقتضي القول بأن المشرع منع تفويض الجهة المختصة بإبرام الصفقة لاختصاص الموافقة، وبغياب النص القانوني الذي يشكل أول شرط لصحة التفويض، فإن كل قرار بتفويض اختصاص الموافقة على الصفقة هو قرار غير مشروع.

وكان من الأفضل لو بقي المشرع على موقفه السابق بحضر تفويض مسؤول المصلحة المتعاقدة لاختصاص إبرام الصفقة، فقرار إبرام الصفقة، هو أهم وأخطر قرار يتخذ في إطار الصفقة نظرا لما ينجر عنه من آثار مالية، فلا يعقل من الناحية الواقعية أن يتخلى مسؤول المصلحة المتعاقدة عن اختصاصه باتخاذ قرار بحجم قرار إبرام الصفقة إلى أحد الموظفين مهما كان منصبه ضمن الجهاز الإداري.

إن ما يرجح هذا الرأي، هو أن فقه الإدارة العامة يجمع على أن المجال الطبيعي للأعمال القابلة للتفويض، إنما ينحصر في تصريف الشؤون الجارية أو الأعمال اليومية الروتينية للإدارة العامة، أما القرارات الكبرى الأساسية، فلا يجوز لقيادات المنظمة تفويضها، فهذه القرارات التي تؤثر في حياة الإدارة العامة ومستقبلها يجب أن تتركز في قيادة المنظمة وحدها تعبيراً عن وحدة التنظيم ووحدة الأهداف والقيادة⁽¹⁾.

الفرع الثالث:

قرار رفض إبرام الصفقة

بعد أن تقرر المصلحة المتعاقدة إبرام صفقة ما وتباشر إجراءات التعاقد، من إعلان الصفقة وتلقي العروض وصولاً إلى اختيار أحسن عرض والمنح المؤقت للصفقة

(1) - سردوك هيبية، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مرجع سابق، ص 192.

لصاحب هذا العرض، فمن الطبيعي أن تكون الخطوة أو الإجراء اللاحق هو إبرام الصفقة مع هذا المرشح المختار وفقا للإجراءات التي حددها القانون، فهل يمكن للمصلحة المتعاقدة وبعد أن تصل إلى هذه المرحلة أن تقرر التراجع عن إبرام الصفقة؟ وهل يعد هذا الموقف السلبي قرار إداريا قائما بذاته و يجوز الطعن فيه أمام القضاء؟

القاعدة العامة أن المصلحة المتعاقدة تتمتع في إبرام صفقاتها بسلطة تقديرية تخول لها رفض المضي قدما في إبرام صفقاتها، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك أو في الحالات التي أوجب فيها القانون هذا الرفض، على أنه يبقى قرار رفض إبرام العقد قرارا إداريا تلزم فيه بالتقييد بالمشروعية، فإذا امتنعت عن إبرام الصفقة لأسباب غير مشروعة، فإن قرارها يكون كأى قرار إداري آخر معرض للطعن ضده أمام القضاء شأنه شأن أي قرار مشوب بعدم المشروعية.

وفقا لتنظيم الصفقات العمومية فإنه لا يسوغ للمصلحة المتعاقدة إلغاء الإبرام إلا في حالتين، الحالة التي تقتضي فيها المصلحة العامة إلغاء الإجراء (أولا)، وحالة عدم الجدوى (ثانيا).

أولا - قرار إلغاء إجراء إبرام الصفقة للمصلحة العامة:

تبرم المصلحة المتعاقدة الصفقة لتحقيق المصلحة العامة، فهي الغاية التي يجب أن تبرر تصرفات وأعمال الإدارة العامة، ومنها العقود التي تبرمها، فتكون المصلحة العامة بذلك المعيار الذي يحدد رغبة الإدارة في المضي قدما في تصرفاتها أو إلغاؤها.

بتطبيق هذه القاعدة على الصفقة العمومية، يكون للمصلحة المتعاقدة حق إلغاء إجراء إبرام الصفقة إذ تغيرت الظروف وأصبح موضوع الصفقة لا يحقق المصلحة العامة⁽¹⁾، بل إنه يصبح من قبيل الالتزام على المصلحة المتعاقدة إلغاؤها، ولم ينكر القضاء الإداري

(1) - قطيش عبد اللطيف، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا (دراسة مقارنة)، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص 28.

عليها هذه السلطة، لكنه يشترط بعض الضوابط، فيجب أن يكون سبب الإلغاء هو الاستغناء نهائيا عن الصفقة، فلا يسوغ للمصلحة المتعاقدة إلغاء الصفقة بحجة أنها لم تعد تخدم المصلحة العامة، ثم تقوم بإعادة طرحها للمنافسة وإبرامها مع متعاقد آخر، كما يشترط أن يحصل الإلغاء بقرار مسبب من مسؤول الإدارة المتعاقدة⁽¹⁾.

أشار المرسوم الرئاسي 247/15 على عكس تنظيمات الصفقات العمومية التي سبقته، إلى سلطة المصلحة المتعاقدة في إلغاء أي إجراء لإبرام الصفقة للمصلحة العامة، حيث أجازت المادة 73 منه صراحة قيام المصلحة المتعاقدة في أي مرحلة من مراحل الإبرام بإلغاء أي إجراء لمنح الصفقة أو إبرامها مع المتعامل، دون أن يثير هذا الإلغاء مسؤولية المصلحة المتعاقدة وبالتالي عدم أحقية المتعهد في المطالبة بالتعويض جراء هذا الإلغاء.

يثور التساؤل في هذا الشأن، حول الأسباب الواقعية التي تعد من قبيل المصلحة العامة، والتي تقتضي إلغاء صفقة ما، فالمادة 73 خولت المصلحة المتعاقدة كامل السلطة التقديرية لتحديد ما هو من قبيل المصلحة العامة التي تبرر لها إلغاء الصفقة.

بإجراء المقارنة مع تنظيم المشرع المغربي لمسألة إلغاء الصفقة للمصلحة العامة، نجد أن هذا الأخير على غرار المشرع الجزائري أجاز للسلطة المختصة دون أن تتحمل أية مسؤولية إزاء المتنافسين وفي أي مرحلة من مراحل إبرام الصفقة إلغاء طلب العروض، غير أن المادة 45 من مرسوم 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية ألزمت صاحب المشروع بأن يخبر كتابة نائل الصفقة بإجراء إلغائها، وبأن يؤسس قرار الإلغاء على حالات محددة على سبيل الحصر وهي:

-تغير المعطيات الاقتصادية أو التقنية للأعمال موضوع طلب العروض تغيرا جوهريا.

(1) - على الدين زيدان، محمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 97.

- إذا حالت ظروف استثنائية دون ضمان التنفيذ العادي للصفقة.
- إذا تجاوز مبلغ العروض المتلقاة، الإعتمادات المالية المخصصة للصفقة⁽¹⁾.
- إذا تم الكشف عن عيب في المسطرة (الصفقة) أو إذا لم تكن ثمة منافسة.
- في حالة شكاية مبنية على أسس قدمها متنافس إلى صاحب المشروع طبقا للشروط المحددة في نظام الصفقات، إذا لاحظ أن إحدى قواعد إبرام الصفقات لم يتم احترامها.
- وبهذا الصدد فقد ناقشت المحكمة الإدارية بالمغرب الطعن بإلغاء قرار الإدارة القاضي بإلغاء نتائج طلب عروض لاتسام القرار بالتعسف والشطط في استعمال السلطة وعيب السبب، وجاء في قرارها: "...فإنه يتبين للمحكمة أنه ولئن أرادت الإدارة إتباع نظام المناقصة من أجل الوصول إلى أفضل العروض... فإن ذلك ليس من شأنه تقييد حريتها في إلغاء عرض الأثمان متى بدا لها عدم ملاءمته... مما يستوجب... أن تترك للإدارة سلطة تقديرية في إبرام العقد حتى لا يفرض عليها التعاقد إذا تبين عدم ملاءمة ذلك لظروف تتعلق بمصلحة المرفق العام من الناحية الإدارية أو المالية، ولا يبقى للمحكمة استنادا إلى ما سبق إلا مراقبة القرار المطعون فيه حول ما إذا كان مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة..."⁽²⁾.

إن الحالات التي ذكرها المنظم المغربي لتبرير إلغاء إبرام الصفقة تتميز بالاتساع بحث تشمل كل حالة واقعية تتطلب إلغاء إجراء الإبرام للمصلحة العامة، وكان يستحسن لو اتبع المنظم الجزائري نفس منهج المنظم المغربي، بحيث يعدد الحالات التي يستدل بها لتحديد الظروف التي تستدعي إلغاء الصفقة، وبالتالي تكون تسهيل الرقابة على ملاءمة استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية.

ثانيا - قيام حالة عدم الجدوى

عدم الجدوى هو إحدى الحالات المبررة للمصلحة المتعاقدة للتراجع عن إبرام

(1) - باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية ...، ج 2، مرجع سابق، ص 146-147.

(2) - نقلا عن محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية ...، ج 2، مرجع سابق ص 147.

الصفقة، يمكن تعريفها بكونها حالة عدم وصول المصلحة المتعاقدة إلى تحقيق الغاية من إعلان إرادتها في إبرام الصفقة، وهي الحصول على عدد كافٍ من العروض للتمكن من إقامة المنافسة بينها واختيار أحسنها، فتقوم هذه الحالة عند عدم استلام الحد الأدنى من عدد العروض الصالحة الذي تطلبه القانون.

تنص المادة 40 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247: "...ويعلن عن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات."

بالمقارنة مع المرسوم الرئاسي 10-236 نلاحظ التغيرات الهامة التي طرأت على تنظيم حالة عدم الجدوى، فالمقارنة بين نص المادتين 44 من المرسوم الرئاسي 10-236⁽¹⁾، والمادة 40 من المرسوم 15-247 تظهر الملاحظات التالية:

1- تقوم حالة عدم الجدوى ضمن المرسوم الرئاسي 10-236 في حالتين حالة عدم استلام أي عرض أو عدم التأهيل التقني لأي عرض وحالة استلام عرض وحيد أو التأهيل التقني لعرض وحيد، أما ضمن المرسوم الرئاسي 15-247، فلا تقوم حالة عدم الجدوى إلا في حالة عدم استلام أي عرض أو عدم التأهيل التقني لأي عرض.

2- أضاف المشرع الجزائري لحالتي عدم الجدوى ضمن المرسوم 15-247 حالة ثالثة وهي حالة عدم إمكانية ضمان تمويل الحاجات.

بشأن هذه التغيرات، فإنه بالنسبة لاعتبار المشرع حالة استلام عرض واحد أو التأهيل التقني لعرض واحد لا تستدعي إعلان حالة عدم الجدوى، فمن الواضح أن هدف

(1) - نصت المادة 44 من المرسوم الرئاسي 10-236: "...وإذا تم استلام عرض واحد فقط، أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط، بعد تقييم العروض المستلمة، فإنه يتعين إعادة الإجراء..."

المشرع هو التقليل من تكرار حالة عدم الجدوى في حال تقديم عرض وحيد، الأمر الذي يمكن أن يؤثر على برنامج الانجاز في بعض القطاعات واستعمال الاعتمادات المفتوحة⁽¹⁾، ورغم ذلك، كان من الأفضل لو أبقى على موقفه السابق ضمن المرسوم الرئاسي 10-236، لأن استلام أو تأهيل عرض واحد يقيد المصلحة المتعاقدة التي تكون في هذه الحالة مجبرة على التعاقد مع مقدم هذا العطاء، وبالتالي هدر مبدأ المنافسة وهو أساس طلب العروض⁽²⁾، فضلا عن أن إعلان عدم الجدوى يترتب عنه إعادة طرح الصفقة للتنافس، وبما أن أسباب عدم استلام عروض في المرة الأولى قد ترجع إلى ظروف معينة صادفت الإعلان الأول للصفقة، فإن كل هذه المعطيات قد تتغير في حالة إعادة طرح إعلان الصفقة، وبطبيعة الحال فإن عدم إعلان حالة عدم الجدوى، يؤدي إلى عدم إعادة الإعلان.

أما بالنسبة لإضافة المشرع الجزائري حالة عدم إمكانية تمويل الحاجات كسبب لعدم جدوى الصفقة، فهو شرط غير منطقي لتناقضه مع مبادئ قانون المالية، التي تقتضي عدم إمكانية الالتزام بنفقة غير مسجلة في الميزانية⁽³⁾.

ومن أهم الأحكام الجديدة التي جاء بها المرسوم 15-247 هو تحديد مجال قيام حالة عدم الجدوى، حيث يشمل طلب العروض وحتى في حالة المسابقة، وكذا الإجراءات المكيفة، أي إبرام الصفقة عن طريق الاستشارة، ويمتد إلى حالة التراضي بعد الاستشارة⁽⁴⁾.

يترتب على قيام حالة عدم الجدوى آثار قانونية هامة:

(1) - لعور بدرة، "الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتقيضات المرفق العام، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015، ص 24.

(2) - سرودك هيبه، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مرجع سابق، ص 187.

(3) - خرشي النوي، الصفقات العمومية (دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2018، ص 151.

(4) - المواد 40، 7/48، 7/52، 51 من المرسوم الرئاسي 247/15.

1- عند قيام حالة عدم الجدوى لأول مرة، تلتزم المصلحة المتعاقدة بإعادة إجراء طلب العروض بإعادة إعلان الصفقة، وفي هذه الحالة تلتزم بجميع إجراءات الإعلان كما قامت بها في أول إعلان، مع التوضيح في إعلان المنافسة الجديد أو في رسالة الاستشارة، ما إذا كان الأمر يتعلق بإعادة للإجراء بعد إلغاء الإجراء، أو بعد إعلان عدم الجدوى⁽¹⁾.

2- إذا نتج عن طلب العروض الثاني قيام حالة عدم الجدوى للمرة الثانية، يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة⁽²⁾ نظرا لفشل الأسلوب التنافسي.

غير أن المادة 7/48 تنص: "...يتم إعلان عدم جدوى المسابقة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من هذا المرسوم، وفي هذه الحالة، يمكن المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي، بعد الاستشارة في ظل احترام أحكام هذه المادة...".

تحمل هذه المادة تناقضا وعدم انسجام مع المادة 1/51 التي تنص أن اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة لا يكون إلا بعد إعلان عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، فإذا كان أسلوب المسابقة أحد أشكال طلب العروض، فإنه تسري عليه هذه القاعدة، في حين تنص المادة 7/48 أنه يمكن اللجوء للتراضي بعد الاستشارة فور قيام حالة عدم الجدوى للمرة الأولى، فإن كانت المادة 51 تشكل قاعدة عامة يمكن أن يرد عليها استثناء،

(1) - تنص المادة 6/82 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...في حالات إعلان عدم الجدوى وإلغاء إبرام الصفقة أو إلغاء إبرام الصفقة أو إلغاء منحها المؤقت، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلم برسالة موصى عليها مع وصل استلام، المرشحين أو المتعهدين بقراراتها، ودعوة أولئك الراغبين منهم في الاطلاع على مبررات قراراتها، الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام، ابتداء من تاريخ استلام الرسالة المذكورة أعلاه، لتبليغهم هذه النتائج كتابيا. وعندما تطلق المصلحة المتعاقدة الإجراء من جديد، توضح في إعلان المنافسة أو في رسالة الاستشارة، حسب الحالة، إذا كان الأمر يتعلق بإطلاق للإجراء، بعد إلغاء الإجراء أو بعد إعلان عدم جدواه...".

(2) - تنص المادة 51 من المرسوم الرئاسي 247/15: "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة، في الحالات الآتية:

1- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية....".

فإنه كان على المنظم صياغة المادة 48 بحيث يشير صراحة أنه وضع استثناء على القاعدة التي جاءت بها المادة 51.

3- إلزام المصلحة بإعلام المرشحين بقرار عدم الجدوى: يشمل تطبيق مبدأ العلنية أغلب الإجراءات والقرارات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة في إطار عملية إبرام الصفقة، ومن هذه الإجراءات قرار عدم الجدوى، بحيث تلزم المصلحة المتعاقدة بإعلام المتعهدين بقرارها، وبالنسبة لكيفية الإعلام فهو يتم برسالة موصى عليها مع وصل استلام، لا يعد الإعلام مجرد إجراء شكلي يبرر تصرفات المصلحة المتعاقدة، لأن هذه الأخيرة ملزمة بدعوة المرشحين الراغبين في الإطلاع على مبررات قراراتها، الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة أيام ابتداء من تاريخ استلام الإرسال المضمن، لتبليغهم هذه النتائج كتابيا.

4- فتح مجال الطعن الإداري: وسعت المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 مجال الطعن ضد قرارات المصلحة المتعاقدة المتخذة في إطار إبرام الصفقة لتشمل قرار عدم الجدوى⁽¹⁾، بعد أن كانت المادة 114 من المرسوم الرئاسي 10-236، تحصر مجال الطعن ضمن قرار منح الصفقة، ويرفع الطعن في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ استلام الرسالة الموصى عليها المتضمنة إعلام المرشح أو المتعهد، أمام لجنة الطعن المختصة⁽²⁾.

حيث تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة للصفقات، تكلف أساسا بالرقابة الخارجية للصفقات، ومن مهامها أيضا معالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون في بعض الحالات

(1) - تنص المادة 1/82 من المرسوم الرئاسي 247/15: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة".

(2) - تنص المادة 5/82 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...عندما تطلق المصلحة المتعاقدة الإجراء من جديد، توضح في إعلان المنافسة أو في رسالة الاستشارة، حسب الحالة، إذا كان الأمر يتعلق بإطلاق للإجراء بعد إعلان عدم جدواه، ويرفع الطعن في أجل عشرة (10) أيام، ابتداء من تاريخ استلام رسالة إعلام المرشحين أو المتعهدين..".

منها حالة عدم الجدوى⁽¹⁾، حددت المواد 171 إلى 175 هذه اللجان، وهي اللجنة الجهوية، لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، اللجنة الولائية، اللجنة البلدية. وإذا تم إرسال طعن إلى لجنة صفقات عن طريق الخطأ، يقوم رئيس اللجنة بإعادة توجيهه إلى لجنة الصفقات المختصة، مع إخبار المتعهد مقدم الطعن بذلك، ويأخذ بعين الاعتبار، عند حساب الأجل، تاريخ استلامه الأول⁽²⁾.

المطلب الثالث

قرار التصديق على الصفة

يعد التصديق بمفهوم القانون الإداري من أشكال الرقابة الإدارية تمارس تجاه بعض الجهات الإدارية، فالسلطة الإدارية المركزية (الوصاية) يجب أن تزاوّل نوعاً من أنواع الرقابة على الهيئات المحلية، هذه الرقابة يمكن أن تنتصب على الأشخاص ويمكن أن تنتصب على الأعمال، فتكون رقابة على الأشخاص عندما يأذن المشرع للسلطة المركزية بإيقاف بعض الهيئات المحلية أو حلها، كما يمكن أن تنتصب هذه الرقابة على الأعمال، فيخضع القانون قرارات معينة للإذن السابق، أو التصديق اللاحق، فلا يجوز للمجلس أو الهيئة المحلية إصدار قرار في شأن معين قبل حصول موافقة الإدارة المركزية.

(1) - تنص المادة 169 من المرسوم الرئاسي 247/15: "تختص لجنة الصفقات بتقديم مساعدتها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبها، ودراسة دفاتر الشروط والصفقات والملاحق ومعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون..."

(2) - تنص المادة 6/82 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...إذا تم إرسال طعن إلى لجنة الصفقات، عن طريق الخطأ، يجب على رئيس هذه اللجنة أن يعيد توجيهه إلى لجنة الصفقات المختصة، وخبر المتعهد المعني بذلك. ويأخذ بعين الاعتبار، عند دراسة الطعن، تاريخ استلامه الأول..."

الفرع الأول:

قرار التصديق على الصفقة في الأنظمة القانونية المقارنة:

تخضع بعض المصالح المتعاقدة في عملية إبرام صفقاتها إلى رقابة الوصاية تمارس في صورة التصديق على الصفقة، سواء تعلقت هذه القرارات بالترخيص أو التصديق على العقد الإداري، أو كانت تهدف إلى رفض إبرام العقد الإداري، ذلك أنه في هذه القرارات الإدارية تبرز إرادة الإدارة الوصية المنفردة أي سلطة الأمر⁽¹⁾.

أولا - في فرنسا:

اعتبر الفقه الإداري الفرنسي قرار التصديق عملا منفصلا وبالتالي يمكن الطعن فيه على حدة، وبهذا المعنى يقول "رينيه شابوي" *"René Chapus"* إن قرار التصديق على العقد يعتبر قابلا للانفصال سواء بالنسبة لأطراف العقد أم بالنسبة للغير⁽²⁾.

غير أن مسألة خضوع العقد الإداري للتصديق تعود للتشريع، فالتشريع وحده يمكنه أن يقر أو يلغي خضوع عقود بعض المصالح المتعاقدة للتصديق، في هذا الصدد، ألغى التشريع في فرنسا سلطة الدولة في التصديق على العقود التي تجريها المجالس المحلية (مجلس بلدي، مجلس إدارة...) وذلك بموجب القانون الصادر في 1982/03/02 بشأن حقوق وحريات الهيئات المحلية، (des communes, des départements et des régions)، هذا القانون أحل نظام الرقابة القضائية محل نظام الوصاية الإدارية على أعمال الهيئات المحلية وسمح ذلك القانون لممثل الدولة بالطعن

(1) - معاليقي فاروق محمد ، نظرية الأعمال المتصلة والمنفصلة وتطبيقاتها في المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة

للكتاب، طرابلس، لبنان، 2014، ص ص 299-300.

(2) - معاليقي فاروق محمد ، نظرية الأعمال المتصلة والمنفصلة وتطبيقاتها، مرجع سابق، ص 308.

بالإلغاء على العقود نفسها التي تبرمها تلك الهيئات وكذلك الطعن ضد القرارات القابلة للانفصال عن تلك العقود⁽¹⁾.

نتيجة لهذا القانون أصبحت عقود الهيئات المحلية، نافذة بمجرد إقرارها من قبل هذه المجالس ونشر هذه القرارات أو إبلاغها إلى أطراف العلاقة وإلى ممثل الدولة لهذه المجالس⁽²⁾، تتم رقابة الوالي لصفقات المجالس المحلية على النحو التالي:

ترسل المداولة مع الملف الكامل للصفقة من قبل الجماعات الإقليمية إلى الوالي الذي يتولى رقابة صحة إجراءات الصفقة وله مهلة شهرين لاتخاذ القرار، وفي حالة عدم وجود أي خلل يكتفي بعدم اتخاذ أي إجراء.

أما في حالة وجود اختلال محتمل، فإنه يتخذ واحد أو أكثر من الإجراءات التالية، رسالة تنبيه للمستقبل، طلب تصحيح الخلل الموجود، تحويل الصفقة أمام القاضي الإداري لإبطالها، فالوالي ليس له صلاحية إبطال المداولة لأن القاضي وحده يملك إبطالها⁽³⁾.

وفي حالة إقرار التشريع بالزامية المصادقة على الصفقات، فإن الإشكال يثور حول الحجية القانونية للمصادقة، والأثر القانوني للمصادقة أو عدم المصادقة على المراكز القانونية للأطراف.

يري الأستاذ "جيز" أن العقد الخاضع للتصديق، وفي حالة عدم المصادقة عليه يكون منعما فلا ينتج رابطة عقدية تربط المتعامل بالإدارة، وقد ساند مجلس الدولة الفرنسي هذا الرأي فقد اعتبر أن العقد الذي لم يصادق عليه، لا تكون له صفة نهائية، فهو مجرد مشروع تعاقد لا يولد أية رابطة عقدية، ويكون العقد في هذه الحالة بصدد فترة انتظار يظل

(1) - يحي محمد مرسي النمر، "التطورات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة -دراسة مقارنة-"، مجلة كلية القانون

الكويتية العالمية، العدد 2، 2017، ص 173.

(2) - معاليقي فاروق محمد ، نظرية الأعمال المتصلة والمنفصلة وتطبيقاتها...، مرجع سابق، 308.

(3) - فرقان فاطمة الزهراء، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع

الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية 2006/2007، ص49-

خلالها بلا مضمون قانوني مهدد بمخاطر عدم التمام، حتى تتم المصادقة عليه. غير أن الأستاذ "دي لوبادير" انتقد هذا الموقف، حيث يري أن رأي الأستاذ "جيز" يؤدي إلى اعتبار المصادقة ركنا في العقد، على أنه يري أنه يمكن إقرار هذا الرأي في حالة واحدة فقط، وهي الحالة التي تكون فيها السلطة المختصة بالمصادقة على العقد ترتبط بالسلطة المختصة بإبرام العقد، وتظهر هذه الحالة في إبرام صفقات الدولة، حيث تتطابق أعمال المصادقة مع أعمال توقيع الصفقة، أما في الحالة التي تكون فيها المصادقة صادرة عن سلطة وصاية خارجة عن السلطة الإدارية التي أبرمت العقد، ويتعلق الأمر بمصادقة سلطة الوصاية على الأعمال الصادرة عن الجماعات المحلية، فلا يمكن قبول هذا الرأي، لذلك يفضل الأستاذ "دي لوبادير" اعتبار المصادقة شرطا واقفا، فلا يصبح العقد نافذا إلا بالمصادقة عليه، ولكنه موجود قانونا متى أبرمه ووقع عليه طرفاه. يؤيد هذا الرأي الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة، الصادر بتاريخ 17 جانفي 1951 الذي أقر بأنه: "...من أجل معرفة التاريخ الذي تم فيه تحديد الأثمان، فإنه يتعين البحث عن اللحظة التي أصبحت الصفقة مبرمة على إثر قبول الإدارة للأثمان وأنه إذا كانت مصادقة الوصاية تعطي للعقد طابعا نهائيا، فإنها لا يمكنها بأي حال من الأحوال أن تنقل تاريخ اتفاق الأطراف حول أثمان الصفقة إلى تاريخ حصول المصادقة"⁽¹⁾.

يترتب عن هذا الاتجاه، أنه إذا كانت مصادقة سلطة الوصاية على الصفقة تضيف على الصفقة طابعا نهائيا، ولا يكون لها أي أثر على تاريخ اتفاق الأطراف الذي يحسب من تاريخ التوقيع على الصفقة وليس من تاريخ المصادقة عليها، أنه لا يحق للأطراف المطالبة بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية في غياب المصادقة على الصفقة، ولا يعنى ذلك السماح للأطراف بالتوصل من التزاماتهم، ومن جانب آخر لا يحق للمصلحة المتعاقدة أن تعرقل المصادقة على الصفقة تعسفيا، وإلا قامت مسؤوليتها العقدية عن الإخلال بالتزاماتها.

(1) - محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج 2، مرجع سابق، ص 158.

ثانيا: في لبنان

اعتبر القضاء الإداري في لبنان أنه إذا كانت البلديات كأشخاص معنوية إقليمية تتمتع بالاستقلال المالي والإداري في الدولة، فإن هذا الاستقلال ليس مطلقا، بل تخضع لرقابة الوصاية، ويعد التصديق من أهم مظاهر الرقابة الوصائية على أعمال المجالس البلدية. ويقصد به موافقة سلطة الوصاية الإدارية على مقررات المجالس البلدية، ويكون التصديق لاحقا للعمل أي بعد اتخاذ القرار من جانب البلديات، وذلك بالموافقة أو عدم الموافقة، ومن قبيل القرارات التي تخضع لتصديق: إجازة صفقات اللوازم والأشغال والخدمات عندما تزيد قيمتها عن عشرة آلاف ليرة ولا تتجاوز المائة ألف ليرة وتصديق دفاتر الشروط الخاصة العائدة لها⁽¹⁾.

فتخضع عقود الإدارات الإقليمية لسلطة الوصاية، على خلاف التشريع الفرنسي، فالتشريع في لبنان لم يلغى سلطة الوصاية بالمصادقة على العقود، إذ يعتبر مجلس شورى الدولة: "أن قرار محافظ جبل لبنان بالتصديق كسلطة وصاية على العقد وكذلك قرار وزير الشؤون البلدية والقروية يقعان في إطار القرارات المنفصلة عن العقد ذاته"⁽²⁾.

أما عن القيمة القانونية للتصديق، فقد أكد المشرع اللبناني في قانون البلديات أن القرارات الخاضعة للتصديق لا تكون نهائية إلا من تاريخ التصديق عليها، على أن القرار الخاضع للتصديق يظل قرار الهيئة المحلية، فتصديق الوصاية عليه لا يجبر البلدية على إصداره ولها أن ترجع فيه بعد التصديق، وبما أن القرار هو أصلا قرار الهيئة المحلية، فإن ما يرتبه هذا القرار من أضرار يرتب مسؤوليتها هي وليس مسؤولية السلطة المركزية.

ويتفق القضاء اللبناني مع موقف القضاء الفرنسي الذي استقر على أن القرار الخاضع للتصديق يعد أنه صدر في تاريخه الأصلي وليس اعتبارا من تاريخ التصديق اللاحق، فقرار الهيئة المحلية يصدر معلقا على شرط واقف، فإذا تحقق الشرط اعتبر وكأنه

(1) - إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، 1997، ص 286.

(2) - معاليقي فاروق محمد، نظرية الأعمال المتصلة والمنفصلة وتطبيقاتها في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، 308.

صدر في تاريخه الأصلي⁽¹⁾.

وبخصوص سلطة الإدارة المركزية تجاه قرار الإدارة المحلية، فقد أكد مجلس شورى الدولة اللبناني وبشكل جازم أن سلطة الوصاية على أعمال المجالس البلدية، تعني الموافقة عليها أو عدم الموافقة، أي إلغائها بالشروط الموضوعية، ولا يمكن بأي حال أن يمتد التصديق إلى تعديل هذه التصرفات، فلا يجوز لسلطة الوصاية الموافقة على شطر من القرار البلدي دون شطر آخر، إذ يعد ذلك تعديلاً له وهو أمر لا تملكه سلطة الوصاية⁽²⁾.

ثالثاً: في المغرب

أخضعت السلطة التنظيمية نوعاً محدداً من الصفقات، وهي صفقات الجماعات الترابية، لضرورة المصادقة عليها، إذ وفقاً للمرسوم المتعلق بالصفقات لا مناص من استفتاء إجراء المصادقة⁽³⁾، وقد اعتبر المرسوم السلطة المختصة بالمصادقة على الصفقات العمومية للجماعات الترابية حرة في إعطاء المصادقة أو رفضها، إذ يمكن أن ترفض السلطة المختصة بالمصادقة على الصفقة بسبب عدم الملاءمة أو عدم المشروعية، على أنها ينبغي ألا ترتكب خطأ فادحاً في التقدير عند رفضها المصادقة على الصفقة⁽⁴⁾.

ويقع على السلطة التي أبرمت الصفقة التزام بالألا تسعى إلى الحيلولة دون حصول المصادقة على تلك الصفقة، بل على العكس يجب عليها السعي إلى تسهيل الحصول على المصادقة على صفقاتها، وأن تبلغ هذه المصادقة إلى الحائز على الصفقة.

(1) - مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص 143-144.

(2) - معاليقي فاروق محمد، نظرية الأعمال المتصلة والمنفصلة...، المرجع السابق، 310.

(3) - تنص المادة 1/152 من المرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 20 مارس 2013 يتعلق بالصفقات ج ر عدد 6140 صادر في 04 أبريل 2013: "لا تعتبر صفقات الأشغال أو الخدمات أو التوريدات صحيحة ونهائية إلا بعد المصادقة عليها من طرف السلطة المختصة".

(4) - باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج 2، مرجع سابق، ص 148.

أما عن القيمة القانونية للمصادقة، فإنه وفقاً للمرسوم المنظم للصفقات العمومية، لا تعتبر الصفقات صحيحة ونهائية إلا بعد المصادقة عليها من طرف السلطة المختصة، إذ يؤيد الاتجاه الفقهي للأستاذ "دي لوبادير"، فيعتبر الصفقة غير المصادق عليها قائمة من الناحية القانونية لكنها غير نافذة، أي أن العقد يكون معلقاً على شرط واقف⁽¹⁾.

أرسى القضاء الإداري المغربي كنتيجة لهذا الموقف، مجموعة المبادئ المتعلقة بآثار الإخلال بإجراء المصادقة، فقد أقر أنه إذا قام المتعاقد بتنفيذ صفقة غير مصادق عليها، فإنه يقوم بذلك التنفيذ على حسابه، فالمتعاقد الذي يشرع في الأشغال دون انتظار المصادقة على الصفقة ودون التوصل بالأمر بالخدمة من الجماعة الترابية لا يمكنه المطالبة بأداء مقابل إنجاز الأعمال حتى في حالة عدم اعتراض الجماعة الترابية على تلك الأعمال عند التنفيذ.

أما إذا قامت الجماعة الترابية بتنفيذ صفقة عمومية غير مصادق عليها من خلال إصدار أمر بالخدمة، فإنها بذلك قد ارتكبت خطأ، لكن هذا الخطأ لا يؤدي إلى إعمال مسؤولية الجماعة الترابية، إلا في حالة تأثيره على حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة.

يمكن أن يشكل التأخير في حصول المصادقة على الصفقة خطأ، هذا الخطأ يفتح المجال للمتعاقد للمطالبة بالتعويض، لكن يجب على المتعاقد إثبات أن لهذا التأخير تأثيره السلبي على شروط تنفيذ الصفقة العمومية.

تجسيدا لهذه المبادئ قضت المحكمة الإدارية بالمغرب أنه: "... ولئن كان تنفيذ الصفقة المبرمة بين الطرفين يتوقف على الموافقة المبدئية للوزارة الوصية، فإن الثابت من أوراق الملف أن المدعية لم تشرع في إنجاز الأشغال المتفق عليها بمقتضى عقد الصفقة إلا بعد ما توصلت بالأمر ببدايتها من طرف الوكالة الجماعية المستقلة لتوزيع

(1) - باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج 2، مرجع سابق، ص 157.

الماء والكهرباء، لذا فإن كان هنالك خطأ في إبرام الصفقة فإن تبعاته لا تتحملة المقاوله (المستأنف عليها)، وأن إنجازها لجزء كبير من الأشغال حسب الثابت من تقرير الخبرة يجعل المدعية محقة في المطالبة بالتعويض عنها"⁽¹⁾.

الفرع الثاني:

قرار التصديق على الصفقة في الجزائر

الملاحظ أن تنظيم الصفقات العمومية سواء المرسوم الرئاسي 247/15 أو جميع تنظيمات الصفقات التي سبقته، لم يتطرق صراحة لقرار التصديق على الصفقة، فرغم اهتمام النظم بقرار الإبرام، إلا أنه بالمقابل أغفل قرار التصديق، رغم أن مبادئ العمل الإداري تفرض على بعض أشخاص القانون العام إلزامية خضوع تصرفاتها للمصادقة من طرف سلطة الوصاية.

وبالرجوع إلى المادة 164 من المرسوم الرئاسي 15-247 فقد احتفاظ المنظم للوصاية بسلطتها تجاه المجالس المحلية، ووفقا للمادة 164 تخضع الصفقات العمومية المبرمة لرقابة الوصاية قبل دخولها حيز التنفيذ، وتهدف هذه الرقابة إلى التحقق من مطابقة إبرام الصفقات لأهداف الفعالية والاقتصاد والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة، تدخل فعلا في إطار البرامج والأسبقيات المرسومة للقطاع⁽²⁾.

من أمثلة قرارات التصديق على الصفقة، ما نصت عليه المادة 149 من قانون 11-10 المتعلق بالبلدية⁽³⁾، فوفقا لهذه المادة: "يصادق على محضر المناقصة والصفقة العمومية عن طريق مداولة المجلس الشعبي البلدي.

(1) - باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج 2، مرجع سابق، ص 159.

(2) - تنص المادة 164 من المرسوم الرئاسي 15-247: "تتمثل غاية رقابة الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية، في مفهوم هذا المرسوم، في التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد، والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلا في إطار البرامج و الأسبقيات المرسومة للقطاع...".

(3) - قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 يونيو 2011 يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37، صادر في 03 يوليو سنة 2011.

يرسل محضر المناقصة والصفقة العمومية إلى الوالي مرفقان بالمدولة المتعلقة بهما".
يجب على البلدية تمكين الوصاية من أداء رقابتها، حيث يلتزم رئيس المجلس الشعبي البلدي بإرسال المدولة للوالي في ظرف 8 أيام من تاريخ التصويت عليها⁽¹⁾، مع الملف الكامل للصفقة بدأ من محضر المصادقة على دفتر الشروط، والإعلان عن المناقصة في الجرائد الوطنية وتعليقها بلوحة إعلانات البلدية، وصولاً إلى التأشير الممنوحة من هيئات الرقابة الخارجية، بالإضافة إلى الصفقة المتعلقة بالمشروع، وترسل مع كل هذه الوثائق المدولة الخاصة بالصفقة المعنية، تتضمن هذه المدولة مختلف المراحل التي مرت بها الصفقة والمؤسسة الحائزة على المشروع ومبلغ الصفقة، ويتأكد الوالي أيضاً من وجود النفقة المتعلقة بالصفقة، وإذا تم حقا منح المشروع للعارض الذي قدم أحسن أو أقل عرض حسب الحالة⁽²⁾.

للوالي مهلة 21 يوم من تاريخ إرسالها للمصادقة عليها والتقرير في صحتها، وينتج عن رقابة الوصاية إما:

- المصادقة على الصفقة، وبالتالي ترجع المدولة إلى البلدية مصادقا عليها من قبل الوالي ويتم تعليقها في مقر البلدية، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمنح أمرا بانطلاق الأشغال للمؤسسة التي حصلت على الصفقة.

- تقويم أو تدارك الأخطاء القابلة للتصحيح، إذا كانت المدولة أو ملف الصفقة يحوي بعض الأخطاء التي يمكن تداركها كونها لا تؤثر في مضمون الصفقة، في هذه الحالة لا يتم إبطال المدولة وإنما تطلب الولاية من البلدية تصحيحها.

(1) - أنظر المادة 55 من قانون البلدية

(2) - فرقان فاطمة الزهراء، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مرجع سابق، ص 48.

-إبطال المداولة، وهذا في حالة وجود مخالفة في المداولة أو في الوثائق التعاقدية أو في إجراءات إبرام الصفقة، يقرر الوالي إبطال المداولة بقرار معلل⁽¹⁾.

إذا لم يصدر الوالي قراره في أجل 21 يوما، فإن المداولة تنفذ بحكم القانون⁽²⁾.
كما تبطل مداولات المجلس الشعبي البلدي (ما تعلق منها بالصفقات أو غيرها) بحكم القانون في حالة اتخاذها خرقا للدستور وغير مطابقة للقوانين والتنظيمات، أو مساسها برموز الدولة وشعاراتها، أو تحريرها بغير اللغة العربية.
يعلن بطلان المداولة في هذه الحالات بقرار من الوالي⁽³⁾، وبالمقابل يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي اللجوء إلى التظلم الإداري، أو الطعن أمام القضاء الإداري ضد قرار الوالي بإبطال المداولة أو قراره بعدم المصادقة عليها⁽⁴⁾.

(1) - فرقان فاطمة الزهراء، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مرجع سابق، ص 48..

(2) - تنص المادة 56 من قانون البلدية: "مع مراعاة أحكام المواد 57 و59 و60 أدناه، تصبح مداولات المجلس الشعبي البلدي قابلة للتنفيذ بقوة القانون بعد واحد و عشرين (21) يوما من تاريخ إيداعها بالولاية".

(3) - تنص المادة 59 من قانون البلدية: "تبطل بقوة القانون مداولات المجلس الشعبي البلدي:

-المتخذة خرقا للدستور وغي المطابقة للقوانين والتنظيمات،

التي تمس برموز الدولة وشعاراتها،

-غير المحررة باللغة العربية،

-يعاين الوالي بطلان المداولة بقرار".

(4) - تنص المادة 61 من قانون البلدية: "يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي وفقا للشروط والأشكال المنصوص عليها قانونا، أن يرفع إما تظلما إداريا، أو دعوى قضائية أمام الجهات المختصة، ضد قرار الوالي الذي يثبت بطلان أو رفض المصادقة على مداولة.

الفصل الثاني

التطبيقات القضائية للرقابة على قرارات إبرام الصفقات العمومية

لا تخرج منازعات الصفقات العمومية عن كونها منازعة إدارية، وعندما يتعلق الأمر بالمنازعة الإدارية فإن الفصل في طبيعة رقابة القاضي الإداري على تصرف ما، بقصد تحديد نوع الدعوى القضائية التي يمكن توجيهها ضد هذا التصرف تتوقف على تحديد طبيعة هذا الأخير.

يعرف القضاء الإداري دعويين أساسيتين هما، دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل، تاريخيا، ووفقا لقواعد تحديد الاختصاص القضائي التي وضعها مجلس الدولة الفرنسي، فإنه لا مكان لقضاء الإلغاء في مجال منازعات العقود الإدارية، فلا تقبل دعوى الإلغاء الموجهة ضد العقود الإدارية، وتكون دعوى القضاء الكامل أساسا لفض منازعات العقود الإدارية، على اعتبار أن الخصومة القائمة في إطارها تتعلق بحق شخصي وذاتي، حيث يفترض قيام الإدارة المتعاقدة بالاعتداء على حق المتعاقد معها مما يستوجب وقف هذا الاعتداء والتعويض عنه.

غير أن موقف القضاء الإداري قد تغير لاحقا، إذ تم الاعتراف لسلسلة القرارات التي تتخذها الإدارة المتعاقدة في مرحلة الإبرام، بأنها قرارات إدارية قائمة بذاتها تتوفر فيها كل مقومات وأركان القرار الإداري، وباستقلالها عن العقد، وبالتالي إمكانية الطعن ضدها بالإلغاء، بذلك فرض قاضي المشروعية رقابته على قرارات إبرام الصفقات (المبحث الأول)، وفي مرحلة لاحقة وضع التشريع دعوى قضائية خاصة للرقابة على التصرفات المتعلقة بإبرام الصفقات، وهي دعوى الاستعجال قبل التعاقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

رقابة المشروع

يباشر القاضي الإداري رقابة المشروع على تصرفات الإدارة العامة بموجب دعاوى المشروع، وهي الدعوى التفسيرية، دعوى فحص المشروع، ودعوى الإلغاء، وتسمى هذه الأخيرة كذلك دعوى تجاوز السلطة، وتبقى أكثر الدعاوى شيوعاً في الحياة العملية، لكونها أهم دعوى إدارية تضمن حماية مبدأ المشروع، حيث تتيح للقاضي الإداري التصدي مباشرة للقرارات الإدارية غير المشروعة، باعتبارها عمل قانوني صادر عن سلطة إدارية عامة بغرض التأثير في المراكز القانونية، إنشاء أو إلغاء أو تعديلاً.

يوجه الطعن بالإلغاء أساساً ضد كل عمل قانوني صادر عن سلطة إدارية عامة بإرادتها المنفردة، بقصد إحداث أثر ما على المراكز القانونية.

يشترط إذن في العمل الإداري حتى يكون محلاً لدعوى الإلغاء عدة شروط منها أن يكون صادراً عن سلطة إدارية عامة، وأن يكون نهائياً ومن شأنه إحداث أثر قانوني.

غير أن القضاء الإداري أقر بجواز الطعن في أعمال أخرى لا تعد في الأساس قرارات إدارية، وذلك بفصل التصرفات الانفرادية للسلطة الإدارية عن العملية المركبة، إعمالاً لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، والتي تعد الصفقات العمومية النموذج الأوضح والمجال الأهم لتطبيقها.

المطلب الأول:

نظرية القرارات المنفصلة أساس رقابة المشروع لقرارات إبرام الصفقات

تنقسم القرارات الإدارية من حيث تكوينها إلى نوعين، قرارات إدارية بسيطة، وهي القرارات التي تصدر بصفة مستقلة قائمة بذاتها وغير مرتبطة بعمل آخر وتشكل أغلب القرارات الإدارية، وقرارات إدارية مركبة أو ما يسمى بالأعمال المختلطة، وهي القرارات الإدارية التي تصاحب

أعمالاً إدارية أخرى قد تكون سابقة على صدور القرار أو معاصرة له أو لاحقة لصدوره مع وجود صلة ارتباط بينهما، ارتبطت هذه القرارات بنظرية سمحت بفصل كيائها عن العملية الكلية وهي نظرية القرارات الإدارية المنفصلة (الفرع الأول)، تعد القرارات المصاحبة لعملية إبرام العقود الإدارية من أبرز أمثلة هذه القرارات (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

نشأة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة

يرجع الفضل لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في إنشاء وبلورة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، إلا أن ظهورها جاء بالتدرج وبعد انتقال من نظرية إدماج إلى نظرية فصل مغايرة تماماً، لتتشكل بتوالي الاجتهادات القضائية معالم هذه النظرية.

أولاً - الانتقال من منهج الإدماج إلى نظرية الفصل:

اتبع القضاء الإداري الفرنسي لتحديد طبيعة الرقابة على منازعات إبرام العقود الإدارية منهج تركيبياً أي نظرية الإدماج أو نظرية القرارات المركبة، التي تقتضي أن كل عقد إداري هو وحدة قانونية واحدة غير قابلة للتجزئة، لذلك فكل قرار إداري تصدره الإدارة المتعاقدة يتعلق بالعقد يندمج فيه، فيفقد ذاتيته، ويدخل الاختصاص بنظر منازعاته ضمن الاختصاص الكلي لقاضي العقد، وتم تبرير هذا المنهج بحجتين:

حجة الدعوى الموازية : مفادها أنه لا تقبل دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري إذا كان المدعى يملك دعوى قضائية أخرى تكون لها نفس الفعالية وتسمح له بالدفاع عن نفس مصالحه⁽¹⁾، إذ تعتبر دعوى الإلغاء دعوى احتياطية، لا يتم اللجوء إليها إلا عندما لا يجد الطاعن أي طريق طعن آخر⁽²⁾، وبذلك لا يمكن أن ينظر في منازعات العقد الإداري إلا قاضي العقد.

(1) -DEBBASCH Charles, RICCI Jean Claude, Contentieux administratif, 6^{em} édition, DALLOZ, PARIS, 1994, p 580.

(2) - Ibid, p 580.

حجة احترام قاعدة الحقوق المكتسبة: تقتضي هذه الحجة أنه بمجرد اكتمال العقد وتشكل كيانه القانوني بصورة نهائية، فإنه يتولد عنه حقوق مكتسبة لطرفي العقد وأن أي مساس بالقرارات التي ساهمت في تكوين العقد يؤدي إلى المساس بالحقوق المكتسبة.

تعرض موقف مجلس الدولة الفرنسي إلى انتقاد الفقه، ذلك أن الحجج التي استند عليها هي حجج واهية تقوم على اعتبارات ظرفية وغير صحيحة، فبالنسبة لحجة اشتراط انتفاء الدعوى الموازية فإنه شرط لا وجود له في الحقيقة، فلا وجود لدعوى موازية وفقا للشروط التي وضعها مجلس الدولة لتحديد هذه الدعوى، كما يعد اشتراط انتفاء الدعوى الموازية لقبول دعوى الإلغاء حجة ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي لأسباب عملية بحتة⁽¹⁾.

أما بالنسبة لحجة عدم المساس بالحقوق المكتسبة فلا تتأثر الحقوق الشخصية المكتسبة من العقد الإداري بإلغاء القرارات التي بني عليها، لأن إلغاء القرار الإداري لا يؤدي إلى سقوط العقد، إذ يبقى العقد قائما ومنتجا لآثاره.

بدأ مجلس الدولة الفرنسي -تحت وطأة هذه الانتقادات- يتراجع تدريجيا عن التمسك بمنهجه التركيبي، لصالح منهج انفصالي وتعني الانفصالية "عزل تصرف عن مجموع التصرفات الأخرى التي تتمتع بنظام قانوني متميز، وذلك بهدف إخضاع التصرف القانوني المنعزل إلى نظام قانوني آخر، وبالتالي تأكيد استقلاليته اتجاه العملية التي تم إصداره لإتمامها أو بمناسبتها"⁽²⁾.

فتوصل إلى إحداث نظرية متكاملة، هي نظرية القرارات المنفصلة، وفقا لهذه النظرية، قبل القضاء الإداري دعوى الإلغاء الموجهة ضد كل قرار إداري مرتبط بتكوين عقد إداري طالما

(1) - Voir : DEBBASCH Charles, RICCI Jean Claude, Contentieux administratif, Op.cit, p 580-583.

(2) - شتوان حنان، "مدى تطبيق نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية في القضاء الإداري الجزائري"، مجلة إلبيز للبحوث والدراسات، العدد 03، إلبزي، 2018، ص 292.

أمكن النظر إلى هذا القرار كجزء منفصل عن العقد⁽¹⁾، لاسيما أن فصل عنصر عن مجموع ما لا يعني بالضرورة جعل هذا العنصر متميزا عن المجموع الذي يحتضنه، بل يعني فقط منحه نوعا من الاستقلالية النسبية وذلك لغاية مراقبته قضائيا⁽²⁾.

ثانيا: تحديد القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية

يقتضي المنهج التحليلي الذي جاءت به نظرية القرارات الإدارية المنفصلة وجوب تمييز القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة المتعاقدة عن العملية العقدية الكلية، وإذا كانت عملية الفصل تبدو بسيطة بالنسبة لبعض القرارات، إلا أنها تمتاز بالدقة في حالات أخرى، لذلك وضع الفقه العديد من المحاولات لتعريف القرارات الإدارية المنفصلة، كما قام ببلورة المعايير التي اعتمدها القضاء لتحديد قابلية القرار للانفصال عن العقد.

أ: تعريف القرارات المنفصلة

تعددت محاولات الفقه لتعريف القرار المنفصل، فوجد الأستاذ محمد "سليمان الطماوي" يعرف القرارات المنفصلة على أنها: "قرارات إدارية تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه"⁽³⁾.

أما الأستاذ "كمال حشيش" فيعرفها بأنها: "قرارات تكون جزءا من بنیان عملية قانونية، تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء على ولايته الكاملة، أو تخرج عن اختصاص أية جهة قضائية ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية، ويقبل الطعن فيها بالإلغاء على انفراد"⁽⁴⁾.

(1) - PEISER Gustave, Contentieux administratif, 10^e édition, DALLOZ, PARIS, 1997, p 158.

(2) - شتوان حنان، "مدى تطبيق نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال..."، المرجع السابق، ص 292.

(3) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، (دراسة مقارنة) ط 05، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 208.

(4) - أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص 17-18.

ويري الأستاذ "جورجي شفيق ساري" أن القرارات المنفصلة هي: "عبارة عن تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها -أو السلطات العامة بصورة عامة- في إطار عملية مركبة مع إمكان تجنّب هذه التصرفات، لتمثّل على حدّا قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني معين، كتصرف قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته، دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية ودون أن يؤثر على كيان العملية ذاتها أو يعطل أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها، أي النتائج القانونية التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية"⁽¹⁾.

من جانبه عرف الدكتور "محمد كامل ليله" القرارات المنفصلة بأنها: "القرارات الإدارية من جانب واحد، الداخلة في العقد، ولكن يمكن فصلها عنه والنظر إليها على استقلال، ويجوز على هذا الأساس الطعن فيها بدعوى الإلغاء مباشرة"⁽²⁾.

أما الأستاذ "عمار عوابدي" فيعرفها بكونها: "القرارات الإدارية التي لا تصدر قائمة بذاتها ومستقلة عن عمل قانوني آخر، بل تصدر مرتبطة ومصاحبة لأعمال إدارية أخرى فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لعمل إداري قانوني آخر مرتبطة به"⁽³⁾.

كما يعرفها الأستاذ "عمار بوضياف": "هي القرارات التي تصاحب أعمالا إدارية أخرى، فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لصدوره مع وجود صلة ارتباط بينهما"⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الإداري من مسألة تعريف القرارات المنفصلة، فإن القضاء عموما لا يميل إلى وضع التعاريف على اعتبار أنها وظيفة الفقه، ورغم ذلك نجد أن المحكمة الإدارية العليا في مصر قد وضعت تعريفا للقرارات المنفصلة بمناسبة صدور حكمها المؤرخ في 05 أبريل 1975، جاء في هذا الحكم أنه: "ينبغي التمييز في مقام التكيف بين ما إذا كانت

(1)- أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 18.

(2)- المرجع نفسه.

(3)- عوابدي عمار، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هوم، الجزائر، 1999، ص 93.

(4)- بوضياف عمار، القرار الإداري دراسة تشريعية قضائية فقهية مدعمة بأحدث القرارات القضائية، مرجع سابق، ص 60.

القرارات مكونة للعقد أو تهىء لميلاده، ذلك أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنيا أو إداريا فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته من حيث كونه إفصاحا عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقا لمصلحة عامة يتغياها القانون مثل هذه القرارات وإن كانت تساهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنيا أو إداريا وتنفصل عنه، ومن ثمة يجوز لذي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالا...⁽¹⁾.

على ضوء التعاريف السابقة، يمكن تعريف القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية على أنها: القرارات الإدارية التي تتخذ بمناسبة إبرام صفة عمومية، تهدف للتمهيد لإبرام الصفقة أو لإبرامها أو عدم إبرامها، تصدر هذه القرارات عن المصلحة المتعاقدة نفسها أو عن الجهة التي خولها القانون سلطة إصدارها، تكون هذه القرارات رغم صلتها بالصفقة، قائمة بذاتها وقابلة لإحداث آثار قانونية منفصلة عنها، فتقبل الطعن فيها استقلالا أمام قاضي تجاوز السلطة.

ب: معايير تحديد القرارات الإدارية المنفصلة

إذا كان القضاء الإداري وسع نطاق رقابة المشروعية المفروضة على عمل الإدارة ليمتد إلى رقابة القرارات التي يمكن فصلها عن العقد الإداري، إلا أن الإشكال هو متى يعتبر القرار الصادر في إطار عملية عقدية منفصلا عنها؟ أي ما هي المعايير التي يستند إليها القاضي الإداري ليقرر ما إذا كان القرار الإداري المرتبط بعقد منفصلا أم متصلا به؟

حدد الفقه على ضوء أحكام مجلس الدولة الفرنسي المعايير المعتمدة لتحديد القرارات المنفصلة عن العقد الإداري وتتمثل في المعيار الشخصي (الذاتي)، والمعيار المادي (الموضوعي).

(1) - على الدين زيدان، محمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 71.

1- المعيار الذاتي لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة

يقوم المعيار الذاتي أو الشخصي على أساس الاعتبار الشخصي والصفة الشخصية لرافع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة غير المشروعة⁽¹⁾، فالقرار المنفصل وفقا للمعيار الشخصي هو القرار الذي لا يملك المدعي أي طريق للطعن فيه غير دعوى الإلغاء، فهذا المعيار يستند إلى فكرة الدعوى الموازية⁽²⁾.

يشتمل المعيار الذاتي على عدة عناصر منها عنصر صفة الغير بالنسبة للعقد، عدم إمكانية الدفاع عن الحقوق والمراكز القانونية أمام القضاء الإداري إلا بواسطة الطعن بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، عنصر استعمال دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية الغير مشروعة أمام قاضي الإلغاء أصلح وأفيد لرافعها في حماية حقوقه أكثر من استعمال دعوى القضاء الكامل في منازعات العقد الإداري⁽³⁾.

طبق القضاء الإداري الفرنسي المعيار الشخصي الذاتي لتحديد القرارات المنفصلة عن العقد الإداري في عدة أحكام، أهمها حكمه الشهير الصادر بتاريخ 05 أوت 1905 في قضية مارتن (MARTIN)⁽⁴⁾، إذ اعتبر أن مداولات المجلس العام غير مشروعة بسبب مخالفتها لركن الشكل والإجراءات التي تقوم عليها القرارات الإدارية، فقبل المجلس دعوى الإلغاء بسبب عدم شرعية هذه المداولات إذ تمثل إخلالا بقاعدة إجرائية، لأن مدير المقاطعة لم يخطر أعضاء المجلس بموضوع المداولة قبل ثلاثة أيام كما هو مقرر في القانون⁽⁵⁾.

(1) - عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، نظرية الدعوى الإدارية، ج 2، ط 3، د م ج، الجزائر، 2004، ص 442.

(2) - معاليقي فاروق محمد، نظرية الأعمال المتصلة والمنفصلة وتطبيقاتها...، مرجع سابق، ص 172.

(3) - عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 442.

(4) - RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, 2^e édition, LGDJ, PARIS, 1999, p 160.

(5) - عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 443.

كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرارا منفصلا وفقا للمعيار الشخصي، اللائحة العامة التي ترمي إلى إلغاء عقد إداري، فأجاز للطرف المتضرر من هذه اللائحة أن يطعن فيها بالإلغاء رغم اتصال هذه اللائحة بالعملية العقدية.

2- المعيار الموضوعي لتحديد القرارات المنفصلة

يعتمد المعيار الموضوعي لتحديد القرارات المنفصلة على طبيعة ومضمون القرار نفسه بغض النظر عن طبيعة الشخص المخاطب بهذا القرار، ففي مجموعة من الأحكام التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي بين سنتي 1903 و 1906، اعتبر أن كل قرار إداري لا يتعلق ببند العقد واشتراطاته يعد قرارا منفصلا عن العقد⁽¹⁾.

يتألف المعيار الموضوعي من عدة عناصر مادية، ظهرت بصورة متدرجة ضمن تطبيقات القضاء الإداري تتمثل هذه العناصر في:

1- عنصر مدى أهمية دور القرار الإداري في تكوين ووجود العقد الإداري، ويعتمد هذا العنصر على تقدير ما إذا كان القرار الإداري جزءا أساسيا وجوهريا في عملية تكوين العقد الإداري، فإذا كان القرار الإداري جزءا لا يتجزأ من العقد الإداري، فإن هذا القرار يكون قرار إداري مركب غير منفصل، أما إذا كانت مكانة ووظيفة القرار غير جوهريّة في تكوين العقد ووجوده بل هو جزء مساعد، فإن هذا القرار يشكل قرارا إداريا منفصلا⁽²⁾.

تطبيقا للمعيار الموضوعي، اعتبر القضاء الإداري القرارات التمهيدية والسابقة لعملية إبرام عقد إداري، كقرارات وضع شروط المناقصات والمزايدات والإعلان عنها وقرارات الترخيص للهيئات والسلطات الإدارية بالتعاقد وقرارات إرساء الصفقات، قرارات إدارية منفصلة يمكن الطعن في عدم مشروعيتها استقلالا عن العقد.

(1) - DEBBASCH Charles, RICCI Jean Claude, Contentieux administratif, Op.cit, p 583.

(2) - عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 446.

بالمقابل فإن القرارات الإدارية المتصلة بالعملية العقدية والصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري أي القرارات المساهمة في تنفيذ العقد، هي قرارات إدارية متصلة بالعقد وليست منفصلة عنه. وهو ما يؤكد قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في الصادر بتاريخ 1966/12/16 في قضية شركة "هيتزل" «Sté. Hétzel»، إذ اعتبرت المحكمة القرارات التي تهدف إلى ضمان حسن تنفيذ صفقة الأشغال العامة، قرارات إدارية متصلة وغير منفصلة، فرفضت دعوى الإلغاء المقدمة من شركة "هيتزل" لعدم قابليتها للانفصال عن صفقة الأشغال العامة⁽¹⁾.

2 - عنصر مدى ملائمة وأفضلية دعوى الإلغاء لرافعها مقارنة بدعوى القضاء الكامل من حيث درجة الفعالية في تحقيق حماية جدية لحقوق ومصالح رافع دعوى الإلغاء ومن حيث سهولة إجراءات التقاضي.

3 - عنصر نوعية القرارات الإدارية، إذ يعتبر القضاء الإداري القرارات العامة واللوائح الإدارية المركبة دائما قرارات إدارية منفصلة، على اعتبار أنها قرارات إدارية عامة ومجردة تتعلق بمراكز قانونية عامة من حيث الإنشاء أو التعديل أو الإلغاء للمراكز.

4 - عنصر الاختصاص القضائي، إذ أن القرار المنفصل هو قرار إداري، وعلى غرار أي قرار إداري آخر يعود الاختصاص بالنظر في منازعاته إلى جهة القضاء الإداري على اعتباره من أهم وسائل النشاط الإداري، بذلك فإن اختصاص القضاء الإداري أو عدم اختصاص القضاء العادي هو أحد عناصر تحديد القرار المنفصل.

مما سبق، فقد انطلقت القرارات الإدارية المنفصلة من مفهوم تقليدي يجسده المعيار الشخصي المتأثر بفكرة الدعوى الموازية، ثم تطور هذا المفهوم بظهور معيار موضوعي، يقوم على عناصر مغايرة تماما، غير أن بعض الفقه انتقد لجوء القضاء إلى اعتماد معايير محددة لتحديد القرارات المنفصلة، على اعتبار أن تقدير مدى قابلية القرار الإداري للانفصال عن العقد

(1) - عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق ص 463-464.

هي من اعتبارات الملائمة التي يعود أمر تقديرها للقاضي، وفي هذا الشأن يقول مفوض الدولة "لابيتول" «LABETOULLE» أنه: "لا توجد أعمال بروحيتها منفصلة أو غير منفصلة بل توجد أعمال يقوم القاضي إما بفصلها أو عدم فصلها"⁽¹⁾.

الحقيقة أن سلبيات وضع المعيارين الذاتي والموضوعي لتحديد القرارات المنفصلة، تتعدى كونها تنفي الدور الإنشائي للقاضي الإداري، بل إن وضع المعيارين أدّى إلى استبعاد بعض تصرفات المصلحة المتعاقدة من دائرة القرارات المنفصلة، وبالتالي عدم إمكانية الطعن فيها استقلالا، يتعلق الأمر على الخصوص بقرارات فرض الجزاءات المختلفة على المتعاقد، فرغم أنها قرارات إدارية كاملة الخصائص، وهو ما أكدته العديد من أحكام القضاء الإداري، إلا أن اعتبار هذه القرارات غير منفصلة ذاتيا أو موضوعيا عن العقد، أدّى إلى بقاء رقابة منازعاتها ضمن اختصاص قاضي العقد وبالتالي عدم خضوعها للرقابة الأصلية التي تفرض على منازعات القرارات الإدارية.

الفرع الثاني:

قابلية قرارات الإبرام للانفصال عن الصفقة العمومية وفقا للقضاء الإداري

بتطبيق معايير تحديد القرارات المنفصلة أمكن التمييز بين تصرفات المصلحة المتعاقدة، حيث أن أغلب التصرفات المتخذة في مرحلة الإبرام تعد قرارات منفصلة، قبل القضاء دعوى الإلغاء الموجهة ضدها، في حين أخرج تصرفات معدودة من مجال تطبيق النظرية.

أولا - التصرفات التي تخضع لرقابة قاضي المشروعية

تشمل القرارات القابلة للانفصال عن العملية الكلية (الصفقة)، كل من: قرار الإعلان عن الصفقة، قرار الاستبعاد من المنافسة، قرار المنح المؤقت، قرار الإبرام أو العدول عن الإبرام وكذا قرار التصديق.

(1) - معاليقي فاروق محمد، نظرية الأعمال المتصلة والمنفصلة وتطبيقاتها ...، مرجع سابق، ص 186.

١- قرار الإعلان عن الصفقة:

يعتبر قرار الإعلان عن الصفقة من القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، تدخل في بناء الصفقة، ورغم الرابطة بين الصفقة وقرار الإعلان، فالقاعدة العامة وفقا لنظرية القرارات القابلة للانفصال هي إمكانية فصل قرار الإعلان عن الصفقة، وبالتالي إمكانية الطعن ضده لوجود وجه من أوجه عدم المشروعية⁽¹⁾، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن المقدم من المقاولين الذين استبعدوا من المناقصة نتيجة خطأ في الإعلان⁽²⁾.

ب- قرارات الاستبعاد من المشاركة في الصفقات العمومية:

تتنوع القرارات التي تتضمن في محتواها الاستبعاد من المشاركة في الصفقات العمومية (سبق التطرق إليه من خلال المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول)، فقد يكون قرار الاستبعاد شخصي موجه إلى شخص معين، أو موضعي موجه إلى العطاء المقدم لمخالفته إجراءات تقديم العطاءات وضوابطها، كما قد يكون قرار الاستبعاد مؤقت أو نهائيا... وغيرها من أنواع قرارات الاستبعاد، غير أن هذا التنوع لا يؤثر على طبيعة قرار الاستبعاد من حيث اعتباره قرار إداريا منفصلا عن العقد.

فإذا كان قرار الاستبعاد قرارا شخصيا يتمثل في إقصاء المتعامل أو تسجيله في قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات، فإنه قرار منفصل، يمكن للمعني به الطعن ضده بالإلغاء، إذا كان الحرمان مبنيا على نص قانوني وأثبت المتعامل عدم انتمائه إلى الفئات المحددة في النص، أو أثبت إلغاء النص أو تعديله، وإذا تعلق الأمر باستبعاد العرض لسبب ما فهو كذلك قرار منفصل، يمكن الطعن ضده بالإلغاء إذا ما تجاوزت الإدارة القوانين والأنظمة المعمول بها بشأن قبول أو رفض العروض⁽³⁾.

(1) - أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية ...، مرجع سابق، ص 34.

(2) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 101.

(3) - يعيش تمام شوقي، "سلطات القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية في النظام القانوني

الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 09، خنشلة، 2018، ص 344.

يتميز قرار الحرمان من التقدم للصفقات بأنه أكثر القرارات المتخذة بمناسبة إبرام عملية تعاقدية ما، سهولة للفصل عن العقد، نظرا لوضوح ضعف الرابطة بين قرار الاستبعاد والعملية التعاقدية، حتى أن بعض الفقه في فرنسا قد انتقد مجلس الدولة حينما قرر بأنه يجوز الطعن بالإلغاء ضد قرارات الاستبعاد تطبيقا لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، لأنه حسب رأيه لا تعد قرارات الاستبعاد جزءا من العملية العقدية، إنما هي قرارات عامة يجاوز سريانها مدة العملية العقدية.

في حين يرى فريق آخر بأن قرارات الاستبعاد تعد تطبيقا كاملا لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة لأنه لا يمكن أن يثار الطعن فيها بالإلغاء إلا بمناسبة عقد ما استبعد منه الطاعن، ويضيف هذا الرأي أنه إذا صح بأنها قرارات يجاوز سريانها مدة العملية العقدية إلا أنها لا تثور إلا بمناسبة عملية عقدية أخرى⁽¹⁾.

أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر على قابلية هذه القرارات للطعن حيث جاء في أحد قراراتها أن: "...قرارات الحرمان أو الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الإداري، ويجوز الطعن فيها أمامه بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة..."⁽²⁾.

ج - قرار المنح المؤقت للصفقة:

يعتبر القضاء الإداري قرار منح الصفقة قرارا إداريا منفصلا لتوافره على خصائص القرار الإداري⁽³⁾، يمكن بالتالي لذوي الشأن الطعن فيه استقلالا، فقد قررت المحكمة الإدارية «CHALON SUR MARNE» بطلان صفقة الدراسات المبرمة بتاريخ 6 أكتوبر 1993، لأن قرار المنح المؤقت جاء بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقديم العروض⁽⁴⁾.

(1) - أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية ...، مرجع سابق، ص 35-36.

(2) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 99.

(3) - DEBBASCH Charles, RICCI Jean Claude, Contentieux administratif, Op.cit, p 584.

(4) - بزاجي سلوى، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية (دعوى الإلغاء نموذجا)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون إداري ومؤسسات دستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2007، ص ص 110-111.

د - قرار إبرام الصفقة:

يتميز قرار إبرام الصفقة عن غيره من القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة إبرام الصفقة، بصعوبة الاعتراف به، فمن الصعب القول بوجود قرار قائم بذاته يفصل بين الاختيار النهائي للمتعاقد والعملية العقدية ذاتها، إن هذه الصعوبة لها مبرراتها، حتى أن بعض الفقه وصف قرارات الإبرام أو عدم الإبرام بالقرارات الوهمية⁽¹⁾.

ورغم أنه لا يمكن إنكار صعوبة فصل قرار الإبرام عن العقد ذاته إلا أن الأهمية العملية لهذا الفصل، جعلت القضاء والفقه الإداري في فرنسا يدافع عن وجود قرار منفصل عن العقد، فقد اعتبر قرار إبرام العقد قرار منفصلا، وذلك للسماح بتوجيه دعوى الإلغاء ضده، حتى لا يظل قرارا محصنا نتيجة عدم إمكانية توجيه دعوى أخرى ضده⁽²⁾، لأنه إذا اعتبر قرارا متصلا بالعقد لا يمكن لغير المتعاقد الطعن فيه، وعلى فرض أنه صدر غير مشروع وأن المتعاقد هو المستفيد منه فسيفلت هذا القرار من الرقابة.

انطلق القضاء الإداري -لفصل قرار إبرام الصفقة عن الصفقة ذاتها - من فكرة التمييز بين العقد الإداري نفسه باعتباره توافق إرادتين، هما إرادة المصلحة المتعاقدة وإرادة المتعامل المتعاقد معها، فالعقد لا يقبل الطعن فيه بالإلغاء، أما القرار الضمني الذي يسبق إبرام العقد فهو قرار إداري يقبل بطبيعته الطعن فيه بالإلغاء، يرى العميد "هوريو" في هذا الشأن أنه عندما يبرم العمدة عقدا فإن الأمور تسير كما لو اتخذ قرارا مسبقا يعلم بموجبه الكافة أنه يقوم بإبرام العقد، هذا القرار الضمني يسبق العقد وينفصل عنه⁽³⁾.

أيد القضاء الإداري في مصر صراحة موقف القضاء والفقه الفرنسيين، وهو ما عبر عنه

(1) - بلشهب يوسف ، "إشكالية المصادقة على صفقات الجماعات الترابية" مقال منشور على الرابط:

<https://www.marocdroit.com>

(2) - DEBBASCH Charles, RICCI Jean Claude, Contentieux administratif, Op.cit, p 584.

(3) - Quand le maire conclut un contrat de droit civil, les choses se passent comme s'il prenait au préalable un arrêté par lequel il déclarerait publiquement qu'il va passer le contrat dans telle ou telle conditions. Cette décision administrative implicite qui précède le contrat est séparable du contrat » معاليقي فاروق محمد، نظرية الأعمال المتصلة والمنفصلة وتطبيقاتها في المنازعات الإدارية، مرجع سابق. « contrat »

بوضوح قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر: "...يجب التفرقة بين العقد الذي يقوم على الرضا اللازم كركن لانعقاده والذي أساسه الإرادة الحرة المتبادلة للمتعاقدين وبين التكليف الصادر بناءً على قرارات فرضت دون التفاوض مع الطرف الثاني..."⁽¹⁾.

تظهر خصوصية قرار إبرام الصفقة والتي تتعلق بصعوبة إثبات انفصاليتها، من خلال تشدد القضاء الإداري في قبول الطعن ضده، فوفقاً أحكام مجلس الدولة لا يبرر الطعن في قرار الإبرام إلا لسببين، إما عدم الاختصاص بتوقيع العقد، أو عدم إتباع المختص بالتوقيع الإجراءات الشكائية التي تطلبها القانون⁽²⁾، تطبيقاً لذلك قبل المجلس الطعن ضد قرار المدير بإبرام العقد وفحص مدى تجاوزه للوكالة المخولة له من المجلس المحلي، كما قضي في حكم آخر بإلغاء القرار الذي قام بمقتضاه الوزير بالتوقيع على الاتفاقية لمخالفة الشكليات التي حددها القانون.

هـ - قرار رفض الإبرام:

قبل القضاء الإداري الطعن أمام قضاء المشروعية ضد القرارات الصادرة بالتراجع عن إبرام العقد الإداري على أساس أنها قرارات إدارية مستقلة عن عملية التعاقد ذاتها، إذ جاء في أحد قرارات المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه: "...تختص المحكمة بالفصل فيما يثور من منازعات في المرحلة التمهيدية للتعاقد، وبالفصل فيما إذا كان العقد قد أبرم أو لم يبرم، ويتصفية العلاقات في كلتا الحالتين..."⁽³⁾.

و - قرار التصديق على الصفقة

يشكل قرار الوصاية بالتصديق أو عدم التصديق على الصفقة قراراً منفصلاً عن الصفقة، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي دعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الصادرة عن سلطة الوصاية السابقة لإبرام الصفقة والممهدة لها على الرغم من أن الطاعنين كانوا أطرافاً في العقد وكان

(1) - على الدين زيدان، محمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 88.

(2) - أشرف خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 106.

(3) - المرجع نفسه، ص 94.

يمكنهم اللجوء إلى القضاء الكامل⁽¹⁾.

كما يعتبر كذلك، قرار رفض التصديق قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة، وهو ما يؤكد حكم الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/04/18 في قضية شركة اتحاد النقل والمشاركة، فقد اعتبرت المحكمة القرار الصادر عن الوصاية والمتضمن رفض المصادقة على مداولة مجلس محلي متعلقة بعقد إداري، قرارا إداريا منفصل، ومن ثمة قبلت دعوى الإلغاء المرفوعة من الشركة⁽²⁾.

ثانيا - التصرفات التي لا تعد قرارات إدارية منفصلة عن الصفقة العمومية:

تمر الصفقة العمومية كما سبق التطرق إليه بمرحلة تحضيرية، وهي مرحلة إدارية محضة، تتميز بمساعي الإدارة العمومية أو المؤسسة لإخراج مشروع صفقة إلى الحياة، والقول أنها مرحلة إدارية بامتياز لأنه لا تظهر خلالها سوى الإرادة المنفردة للإدارة، فالطرف الثاني لم يظهر بعد لا بصفته متعاقد ولا حتى مرشح محتمل للتعاقد.

وإذا كان القانون قيد الإدارة في مجال تكوين الصفقات العمومية بمجموعة من الإجراءات التي تهدف إلى المحافظة على المال، وذلك في شكل إجراءات وقيود يتعين على الإدارة الالتزام بها أثناء عملية التعاقد، فهل يعني ذلك عدم وجود احتمال قيام النزاع بشأن تصرفات المصلحة المتعاقدة الصادرة في هذه المرحلة؟ وهل المخالفة التي ترتكبها الإدارة هي أخطاء وظيفية تسأل عنها مسؤولية تأديبية وحسب، وإذا افترضنا عكس ذلك، هل تعد هذه التصرفات قرارات إدارية منفصلة قابلة للطعن بالإلغاء؟

أ - تحديد الحاجات:

يلزم تنظيم الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بالتحديد المسبق لحاجاتها، لكن هل يمكن للقاضي الإداري فرض رقابة المشروعية على مدى مراعاة الإدارة ضوابط تحديد الحاجات؟

(1) - حمدي حسن حلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، 120، ص 108.

(2) - عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 464.

يجب التمييز بين المصالح التي تتضرر من مخالفة شروط تحديد الحاجات، فإذا خالفت الإدارة الأحكام المتعلقة بتحديد الاحتياجات الفعلية، بشكل يمس التنظيم الإداري نفسه، كالتعاقد على أصناف تزيد عن الاحتياجات الفعلية، أو بقصد استتفاف الإعتمادات المالية، أو في الشهر الأخير من السنة المالية دون ضرورة تستلزم ذلك، هنا اختلف الفقه حول أثر المخالفة، فذهب اتجاه أن الإدارة ملزمة باحترام إرادة المشرع وكل مخالفة لهذا الحظر يؤدي إلى بطلان التعاقد، بينما يذهب جانب آخر أن مخالفة الإدارة لأحكام تحديد الحاجات لا تؤدي سوى لقيام المسؤولية التأديبية⁽¹⁾، وعلى أي حال فإنه لا مكان لرقابة قضاء الإلغاء في هذه الحالة.

أما إذا كانت مخالفة الإدارة لأحكام تحديد الحاجات تتضمن مساساً مباشراً بالمراكز القانونية للمتعاملين الاقتصاديين، وهذا بتحديد الحاجات على نحو يخل بالشفافية والمساواة بين المتنافسين، هنا يظهر بوضوح اختصاص قضاء الإلغاء، الذي يتدخل لفرض رقابته، لكن لا توجه الدعوى ضد إجراءات تحديد الحاجات، وإنما ضد قرار عدم قبول عرض المتنافس.

قضت محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة بوردو الفرنسية - عند فصلها في استئناف رفعته شركة الحمامة «MPS» للمطالبة بإلغاء الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية «LIMAGES» المتضمن رفض طلبها الرامي إلى إلغاء القرار الذي أصدره رئيس مقاطعة «ليموزين» في 21 أكتوبر 2005 الملغي لعرضها المقدم بعد دعوة إلى المنافسة، للتعاقد من أجل تقديم خدمات المساعدة القضائية - أن تضمين دفاتر الشروط مجالات تدخل المتعاقد لإنجاز المشروع أو تقديم الخدمات محل العقد، وشكل هذه الأشغال والخدمات وأنماط القيام بها وآجال تنفيذها، كاف للتأكد من أن المصلحة المتعاقدة قد احترمت مقتضيات المادة الخامسة من قانون الصفقات العمومية، المتعلقة بضرورة تحديد الحاجات المراد تلبيتها⁽²⁾.

(1) - ليث رافع خلف، يعرب نائر حبيب، "أثر القيود الموضوعية السابقة على إبرام العقد الإداري على عمل سلطة الإدارة المتعاقدة في القانون العراقي"، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 45، العدد 4، الأردن، 2018، ص 255.

(2) - خضري حمزة، "الإجراءات السابقة على التعاقد في الصفقات العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 9، المركز الجامعي لتانغست، 2015، ص 55.

ب - الدراسات السابقة:

تتميز الدراسات السابقة بأهمية خاصة فهي تساهم في الحفاظ على المال العام، لذلك لا بد من أن نتساءل عن دور القاضي الإداري في الرقابة على إنجاز وصحة الدراسات المسبقة.

حتى يكون للقاضي دور في الرقابة على إنجاز الدراسات، لابد أولاً من وجود نص قانوني ينطلق منه لإلزام المصلحة المتعاقدة بإنجاز الدراسات، غير أن تنظيم الصفقات العمومية الساري لا يشير أبداً لإلزام المصلحة المتعاقدة بالقيام بالدراسات السابقة، بل إنه يعتبر أن مطابقة مشروع الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد ومدى دخول العملية موضوع الصفقة ضمن الأسبقيات والبرامج المرسومة للقطاع، هي مسائل تدخل في صلب اختصاص رقابة الوصاية⁽¹⁾.

لكن، بالعودة إلى المرسوم التنفيذي رقم 227/98 المؤرخ في 13 يوليو 1998 والمتعلق بنفقات الدولة للتجهيز المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 198/96، فقد نصت المادة 17 منه، أنه لتسجيل المشاريع المتعلقة بتجهيزات الإدارات العمومية غير الممركزة التابعة للدولة، يتعين على المصالح المتعاقدة تقديم الدراسات والعناصر التي تثبت الجدوى الاقتصادية للمشروع وتقويم المشروع حسب نتائج الدراسات.

بالمقابل يلاحظ أن المشرع وهو بصدد تنظيمه لإجراءات تسجيل المشاريع المنجزة من طرف مصالح الدولة غير الممركزة اكتفى باشتراط القيام بالدراسات التي تثبت الملاءمة دون التطرق إلى ضرورة القيام بالدراسات المتعلقة بالجدوى الاقتصادية للمشروع.

(1) - تنص المادة 164 من المرسوم الرئاسي 247/15: "تتمثل غاية رقابة الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية، في مفهوم هذا المرسوم، في التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد، والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلاً في إطار البرامج والأسبقيات المرسومة للقطاع...".

والحال نفسه بالنسبة للمشاريع المنطوية ضمن مخططات التنمية البلدية المتعلقة بالأعمال ذات الأولوية في التنمية المحلية، ومنها على الخصوص التزويد بماء الشرب والتطهير والطرق والشبكات وفك العزلة التي لم يشترط المشرع لتسجيلها في هذا المرسوم التنفيذي إعداد دراسات الجدوى الاقتصادية واكتفى بإلزام الإدارة المحلية باستشارة الهيئات التقنية المختصة على المستوى المحلي⁽¹⁾.

تقتضي المبادئ التي يركز عليها القضاء الإداري، أنه مبدئيا حتى ولو لم ينص القانون صراحة على رقابة القضاء على تصرف إداري ما، لا يعني بالضرورة إفلاتها من رقابة القضاء الإداري، فهذا الأخير وضع معايير وشروط في حال توفرها في تصرف ما، فإنه يفرض رقابته عليه بغض النظر عن موقف التشريع.

لذلك لا يمكن التسليم بعدم إخضاع التزام الإدارة بإجراء الدراسات لرقابة القاضي الإداري، فإن لم تكن قرارات إدارية، فإنها إجراءات تساهم في اتخاذ و صياغة قرار إداري، وهو قرار إبرام الصفقة، وبالتالي يمكن للقاضي الإداري فرض رقابته عليها بمناسبة رقابة رقابته على قرار الإبرام.

وهو الموقف الذي اتخذته مجلس الدولة الفرنسي، إذ قرر إخضاع دراسات الجدوى لرقابة قاضي الإلغاء أو قاضي تجاوز السلطة، على أساس أن القانون عادة ما ينص على إلزام المصالح المتعاقدة على القيام بهذه الدراسات كشرط لتسجيل المشاريع العمومية، وكشرط للحصول على رخصة إنجاز المشروع.

فتكون بذلك القرارات المتضمنة الترخيص بإنجاز مشروع عمومي دون القيام بدراسات الجدوى الاقتصادية أو لعدم احترام دراسة الجدوى لمقتضيات القانون، محلا للإلغاء لوجود عيب من عيوب لا مشروعية القرار الإداري والتي تجعله معرضا للإلغاء وهو عيب مخالفة القانون.

(1) - خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 33-34.

أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا الموقف في حكمه صادر سنة 1983 بإلغاء ترخيص بناء مساحة كبيرة في منطقة عمرانية، لأنه مصحوب بدراسة جدوى كان مضمونها غير كاف بالنسبة لمتطلبات قانون 10 يوليو 1976، الذي فرض على الإدارة تقديم دراسات جدوى تأييدا لمشاريع الأشغال التي تنفذها أو ترخص بها، وبذلك فإن منح هذا الترخيص كان مخالفا للقانون⁽¹⁾.

ورغم وجود تطبيقات للقضاء الإداري المقارن لاسيما مجلس الدولة الفرنسي تتضمن إمكانية الطعن ضد الإدارة المتعاقدة لإخلالها بالتزام إنجاز الدراسات، إلا أن خصوصية النظام القانوني لالتزام إنجاز الدراسات في الجزائر تجعل من المستبعد فرض رقابة القضاء عليه، حيث يتميز تنظيم الصفقات بإغفاله لموضوع إنجاز الدراسات، كما تتجه إرادة المنظم بوضوح إلى ترك تقدير جدوى المشروع وأولويته للسلطة التقديرية للوصاية، أي خضوعها لرقابة إدارية لا قضائية.

ج - توفر الاعتماد المالي:

لا يمكن للإدارة التعاقد قبل حصولها على الاعتماد المالي اللازم لإبرام العقد، فهي مقيدة في تصرفاتها وتعاقداتها بالاعتمادات المالية التي تقررها السلطة التشريعية⁽²⁾، لكن إذا خالفت المصلحة المتعاقدة هذا الالتزام هل يبطل ذلك تدخل قاضي الإلغاء للرقابة على تصرفاتها؟ القاعدة أنه إذا كان القانون المالي وثيق الصلة بالقانون الإداري فإن المسلم به أن القانون المالي مستقل عن القانون الإداري، ويتربط على ذلك أن جزاء مخالفة القواعد المالية مقصور على نطاق القانون المالي⁽³⁾، فقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على فصل قواعد المشروعية المالية عن قواعد المشروعية الإدارية⁽⁴⁾، ويرتب القانون الفرنسي على الفصل بين مجالي كل من القانونين المالي والإداري نتيجتان قانونيتان هما:

(1) - خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 36.

(2) - ليث رافع خلف، يعرب ثائر حبيب، "أثر القيود الموضوعية السابقة على إبرام العقد الإداري..."، مرجع سابق، ص 254.

(3) - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 48.

(4) - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 472.

أولاً: إذا خالفت الإدارة القواعد الخاصة بالاعتماد المالي لا ينتج عنه إبطال التصرف الإداري، ومن ثمة فإن الإدارة إذا تعاقدت برغم عدم وجود اعتمادات مالية فإن العقد يكون سليماً وملزماً للإدارة في مواجهة من تعاقد معها من الأفراد، ويستوي في ذلك أن يكون الاعتماد المالي غير موجود كلياً أو تكون الالتزامات التعاقدية تزيد عن المبلغ المسموح به⁽¹⁾.

يبرر الفقهاء موقف القضاء بالاستناد إلى حالة الاستحالة التي يتواجد فيها المتعاقد مع الإدارة من حيث عدم إمكانية تأكده مقدماً من وجود الاعتمادات المالية، لأن هذا الشرط مطلوب تحقيقه من الإدارة وليس من حق من يرغب في التعاقد مع الإدارة الاستفسار منها عما إذا سلكت تلك الإجراءات أو تحققت من توافر ذلك الشرط، فتعتبر الإدارة مرتكبة لخطأ بتعاقدتها دون مراعاة قواعد المالية العامة واحترامها فتقوم مسؤوليتها عن هذا الخطأ.

ثانياً: إن اعتماد المبالغ اللازمة للتعاقد في الحالات التي يتعين فيها على جهة الإدارة المتعاقدة الحصول على هذا الاعتماد مسبقاً لا يلزم هذه الإدارة بالتعاقد، سواء كان الاعتماد يصدر في صورة قانون من البرلمان أو قرار من مجلس من المجالس، فبالرغم من صدور الاعتماد فإن جهة الإدارة المتعاقدة تستطيع أن تعدل عن التعاقد إذا وجدت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك لأن فتح الاعتماد ليس إلا مجرد إذن غير ملزم بالصرف ولا تقتصر هذه القاعدة على العقود الإدارية، بل هي قاعدة عامة، وأن وجود الاعتمادات المالية في ميزانية الإدارة لا يعني إلزامها بصرف هذه الاعتمادات وللإدارة سلطة تقديرية في صرف تلك الاعتمادات في الغرض الذي خصصت له ما لم يرد نص قانوني يلزمها باستعمال تلك الاعتمادات، هذا ما أكدته حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1953/11/13 في قضية «chambre syndicale des industries de chasse»⁽²⁾.

(1) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، 319-320.

(2) - المرجع نفسه، 321-322.

إذن، لا تدخل مخالفة الإدارة لالتزام توفير الإعتماد المالي، ضمن نطاق رقابة قاضي الإلغاء، بل تستدعي رقابة القضاء الكامل إذا أثبت المتعاقد حدوث ضرر له⁽¹⁾، حيث يمكنه المطالبة بفسخ العقد والتعويض المناسب إذا كان لذلك مقتضى⁽²⁾.

د - دفاتر الشروط:

تعد دفاتر الشروط من الإجراءات الشكلية التي تميز العقود الإدارية، وباعتبارها وثيقة رسمية تضعها الإدارة المعنية بالصفقة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد إبرام العقد و تنفيذه، يثار التساؤل عن إمكانية الطعن ضد بنود هذه الوثيقة.

يتفق الرأي الراجح في القانون الإداري بخصوص الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية أن تكييفها يتم على أساس التمييز بين:

1- الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد: وهي مجرد نماذج لا تلزم المتعاقد إلا بتوقيعه على العقد، وبمجرد توقيعه على العقد يشار فيه إلى دفتر من دفاتر الشروط العامة، وتكون بذلك الشروط الواردة بذلك الدفتر جزءا لا يتجزأ من العقد، وتكون تلك الشروط ملزمة للإدارة، إذ يتعين عليها احترامها عند التعاقد باعتبارها ذات طبيعة لائحية "un caractère réglementaire" ولا تستطيع الإدارة التعديل في تلك الشروط عند التعاقد إلا في الحدود المسموح بها، ويترتب على التكييف السابق نتائج هامة:

- يجب على الإدارة المتعاقدة أن تشير إلى دفاتر شروط معين صراحة في العقد، حتى تكون بنود دفتر الشروط المعني ملزمة، ذلك أنه لو أهملت الإدارة الإشارة إلى دفتر الشروط فإنها لا تستطيع التمسك بتلك الشروط في مواجهة المتعاقد بعد ذلك.

(1) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 39.

(2) - **BRACONNIER Stéphane, NOGUELLOU Rozen**, « Les droit à indemnité du cocontractant en cas de nullité du contrat », *RDI*, N° 8, 2008, p 385.

-جري التقليد في فرنسا، أن الإدارة عند إبرامها عقودها، تملك أن تشير إلى دفتر شروط عامة خاص بوزارة أو مصلحة أخرى فتلك الدفاتر مجرد نماذج، كما أن للوزارة عند إبرامها لصفقة معينة كصفقة أشغال عامة، أن تشير إلى دفتر شروط عامة خاص بصفقة أخرى كصفقة توريد.

-إذا عدلت الإدارة دفتر شروط عامة سبق أن أشارت إليه في عقد من العقود، فإن دفتر الشروط العامة القديم هو الذي يحكم العلاقة التعاقدية لتلك الشروط في مواجهة المتعاقد.

2- الشروط التي تتعلق بإبرام العقد: توضح لأعوان الإدارة كيفية إبرام العقد وتعتبر بذلك ذات طبيعة لائحية «clauses réglementaires» باعتبارها قرارا صادرا من الوزير، هذه الشروط في معظمها من قبيل الأوامر و الإجراءات الداخلية (تنظيمية)⁽¹⁾.

منذ صدور الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 21 نوفمبر في قضية "جمعية الملاكين والملزمين" أصبح بالإمكان الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز الإدارة المتعاقدة في استعمال السلطة ضد كل قرار يتخذ خرقا للشروط التنظيمية المتضمنة في دفاتر الشروط، ثم تطور موقف المجلس حيث أقر بمجموع غرفه بتاريخ 10 يوليو 1996، حيث تغير اتجاه الاجتهاد القضائي في قضية "كاييزيل" فأصبح بالإمكان الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة ضد شروط العقد التنظيمية⁽²⁾.

المطلب الثاني :

النظام القانوني لدعوى إلغاء القرار المنفصل عن الصفقة

يمكن للمتضرر من أحد القرارات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة أثناء عملية إبرام الصفقة، الطعن ضده بدعوى الإلغاء، وبشكل عام يخضع القرار المنفصل المطعون فيه للنظام القانوني لدعوى الإلغاء التقليدية كأى قرار إداري عادي من حيث الشروط، مع اختلافات بسيطة، (الفرع الأول)، أما من حيث آثار إلغاء القرار، فيتميز القرار الإداري المنفصل بقواعد خاصة تخرج عن القواعد المعروفة لآثار إلغاء القرار الإداري في الحالات العادية (الفرع الثاني).

(1) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ص 360-362.

(2) - باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج 2، مرجع سابق، ص ص 20-21.

الفرع الأول:

شروط دعوى إلغاء القرار المنفصل عن الصفقة

يشترك القرار الإداري المنفصل عن الصفقة في الشروط إلغائه مع القرار الإداري بشكل عام كونه قرار إداريا، بغض النظر عن انفصاله عن العقد إذا كان هنالك وجه للطعن، لذلك يتم التطرق فقط إلى الشروط التي تتضمن نوع من الخصوصية لدعوى إلغاء القرار المنفصل، دون الشروط الإجرائية العامة لدعوى الإلغاء.

أولا - شرط تقديم الطعن من غير المتعامل المتعاقد

تقبل دعوى إلغاء القرار المنفصل إذا رفعت من غير المتعاقد. الذي تضرر بالقرار المطعون فيه بالإلغاء⁽¹⁾، إذ يلزم الغير فقط أن يكون له مصلحة مباشرة وشخصية ومشروعة⁽²⁾. فلا تقبل هذه الدعوى من المتعامل المتعاقد نفسه، لأنه يملك اللجوء إلى قاضي العقد بدعوى القضاء الكامل.

يستمد غير المتعاقد الحق في طلب إلغاء القرار المنفصل عن الصفقة، من كون هذا القرار قد أثر سلبا على مركزه القانوني، من ثمة تكون له مصلحة في للطعن فيه بالإلغاء. إن القاعدة العامة المعمول بها بالنسبة لآثار العقد هي "نسبية هذه الآثار"، بمعنى اقتصرها على أطراف العقد فقط وفي نطاق الحقوق والالتزامات الواردة فيه⁽³⁾، وبذلك فإن الغير لا يحق له أن يتدخل فيه إذ أن آثار العقد تنحصر مبدئيا بين الإدارة والمتعاقد معها، فما هي الوسيلة القانونية التي تسمح بتدخل الغير؟ هذا الإشكال دفع القضاء الإداري الفرنسي مؤيدا بآراء الفقه إلى ترك نظرية الكل الذي لا يتجزأ والتحول إلى نظرية القرارات الإدارية المنفصلة.

(1) - بوضياف عمار، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية: دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 85.

(2) - رزايقية عبد اللطيف، "دعوى الصفقات العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 8، العدد 1، المركز الجامعي لمتنرست، 2019، ص 263.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، الجزء 1، الطبعة 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 438.

رفض القضاء الإداري بالمقابل، فصل القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري عن العقد نفسه، لأن الطاعن في هذه المرحلة هو أحد أطراف الرابطة العقدية فهو يحمل صفة المتعاقد وبالتالي ليس أمامه سوى دعوى القضاء الكامل استنادا إلى قاعدة نسبية آثار العقد، ولكون القرار الإداري في هذه المرحلة يتصل بالعقد، وتطبيقا لهذا المبدأ رفض القضاء طلبات الإلغاء الموجهة من المتعاقد إلى القرارات الصادرة تنفيذا للعقد كقرارات توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد⁽¹⁾.

لكن التساؤل الذي يتبادر في هذه الحالة، من هو هذا الغير الذي يعتبره القضاء الإداري صاحب مصلحة كافية للطعن في قرار يخص العقد؟

يعد في فرنسا، المواطن المكلف، "الغير" المتضرر من إبرام عقد، وقد يكون المتعهدين أو الموردين، فقد يحدث أن يتضرر الغير من إجراء إبرام العقد الإداري بسبب عدم قانونية الإجراءات المتبعة من قبل البلدية لإجراء صفقة معينة، كأن تكون الصفقة قد أجريت عن طريق المفاوضات بينما كان من المفترض أن تبع طريق المناقصة العامة واستدراج العروض، في هذه الحالة يمكن للمواطن المكلف على الصعيد البلدي، أو المتعهدين أو الموردين، أن يطعنوا بعدم قانونية الإجراءات المتبعة من قبل المجلس البلدي لإبرام العقد، أو إذ حصلت مخالفات في عملية منح الصفقة كعدم مراعاة العلنية في المناقصات العمومية⁽²⁾.

فالغير في العقد الإداري هو كل شخص طبيعي أو معنوي أجنبي عن العقد، أي كل شخص لم يكن طرفا في العقد الإداري، لكن آثار هذا الأخير انصرفت إليه، إما بإنشاء حقوق أو ترتيب التزامات، فهم الخارجون عن العقد ولهم مصلحة جادة ومشروعة في إلغاء القرار المنفصل عن العملية المركبة⁽³⁾.

(1) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 143 - 145.

(2) - معاليقي فاروق محمد، نظرية الأعمال المتصلة والمنفصلة ...، مرجع سابق، ص 312-313.

(3) - عتيق حبيبة، القرارات الإدارية المنفصلة (دراسة نظرية تطبيقية)، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2018/2019، ص 116.

بالعودة إلى المرسوم الرئاسي 15-247، نلاحظ اختلاف صفة الغير التي تجعل الأشخاص الطبيعية أو المعنوية المتصفة بها في وضعية ملائمة لرفع دعوى الإلغاء ضد القرار المنفصل، بحيث تختلف الصفة المطلوب توفرها في المتقاضي حسب نوع القرار المنفصل المخاصم، فقد يكون الغير : المتعامل الاقتصادي، أو المرشح، أو المتنافس ، أو المتعهد.

المتعامل الاقتصادي: العون الاقتصادي أو المتعامل الاقتصادي، هو كل فرد أو مجموعة من الأشخاص، طبيعيين كانوا أم معنويين يعتبر كمركز مستقل في صنع القرار الاقتصادي من إنتاج أو استهلاك أو ادخار أو استثمار أو تبادلية مع العالم الخارجي.

المتنافس: ويطلق على كل شخص دخل فعليا في المنافسة على نيل الصفقة.

المرشح: هو كل شخص مؤهل لتقديم عرض للمشاركة في إجراء طلب عروض أو استشارة، ويستخدم المنظم هذا المصطلح إما بصفة عامة للتعبير عن أي شخص تتوفر فيه الشروط الدنيا لتقديم عرض أو بصفة خاصة، عندما يستخدم للتعبير عن الأشخاص المختارين بعد إجراء انتقاء أولي (المرشحين الذين تم انتقاؤهم الأولي).

المتعهد: هو كل شخص طبيعي أو معنوي قدم عرضا استجابة للدعوة لإبرام صفقة أعلنت عنها المصلحة المتعاقدة في شكل إجراء إبرام تنافسي.

تعد صفة متعهد، شرطا لازما لقبول دعوى إلغاء القرار المنفصل في حالة رفض عرض مثلا، ولا تقبل دعوى إلغاء لقرار المنفصل في حالة الاستشارة الانتقائية أو المناقصة المحدودة أو حالة المسابقة، إلا ممن تتوفر صفة مرشح، وبالتالي وحدهم الأشخاص الذين شاركوا في الإجراء الأولي للانتقاء، لهم الحق في الطعن ضد قرار منح الصفقة⁽¹⁾.

غير أنه استثناء من قاعدة وجوب توفر صفة الغير في رافع دعوى الإلغاء القرار المنفصل عن الصفقة، يمكن للمتعامل المتعاقد أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء، إذا ما صدر القرار

(1) - RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op cit, p 161.

الإداري الغير مشروع عن المصلحة المتعاقدة وكان اتخاذها للقرار مستندا إلى القوانين أو التنظيمات السارية، أي أنها لا تستند في إصداره إلى بنود الصفة، بل يوجه القرار إلى المتعاقد بصفته مواطنا كسائر المواطنين ملزم باحترام القوانين واللوائح ويمكن أن تصدر ضده قرارات إدارية في حالة مخالفته لهذه القوانين، فالقرار الصادر في هذه الحالة لا تربطه علاقة مباشرة بالعقد⁽¹⁾.

حدد مجلس الدولة الفرنسي أن معيار التفرقة بين الحالتين بالأساس الذي تستند إليه الإدارة في إصدار القرار، فقد ذكر في حكمه الصادر في 1908/12/16 أنه يجب التفريق بين حالة صدور القرارات الإدارية استنادا إلى الشروط الواردة في دفاتر الشروط، وهنا يتعين على الشركة المتعاقدة والطرف الآخر في الدعوى أن تسلك طريق القضاء الكامل أمام قاضي العقد المختص، أما إذا أصدرت القرارات المطعون فيها استنادا إلى القوانين واللوائح، فإن تلك الشركة تلجأ إلى القضاء للإلغاء للرقابة على مشروعية قرارات الإدارة ذاتها بغض النظر عن العقد وأحكامه⁽²⁾، يعد من أهم القرارات التي قبل القضاء الإداري دعوى الإلغاء الموجهة رغم صدورها عن المصلحة المتعاقدة وتأثيرها على العقد:

1 - قرار شطب اسم المتعهد من قائمة الموردين: يعتبر من القرارات النهائية التي تصدر بعد انتهاء العقد الإداري، وتنطبق عليه الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية، حتى أن اتجاه فقهي قد ذهب فيما يخص قرارات الحرمان من التقدم للصفقات، أن هذه القرارات ليست جزءا من العملية العقدية ولكنها قرارات عامة يتجاوز سريانها مدة العملية العقدية، بحيث تمتد آثارها إلى كافة العمليات التي تتم أثناء نفاذها سواء كان الاستبعاد دائما أو مؤقتا⁽³⁾.

2 - القرارات التي تتخذها الإدارة استنادا إلى سلطة الضبط الإداري وفقا للقوانين واللوائح لحماية الأمن والسكينة والصحة العمومية والتي يكون لها أثر على المتعاقد.

(1) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 219.

(2) - المرجع نفسه.

(3) - أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية ...، مرجع سابق، ص 35.

3- القرارات التي تصدر عن سلطة الوصاية في غير حالة الحلول، أبرزها قرارات الترخيص أو التصديق على الإجراءات التي تتخذها الإدارة المتعاقدة والمتعلقة بتنفيذ العقد أو فسخه⁽¹⁾.

ثانيا - أن يكون القرار نافذا

يتعين لقبول الطعن بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية -شأنه شأن أي قرار إداري آخر - أن يكون قرارا نافذا⁽²⁾، أي أنه محدث لأثر قانوني، بتغيير المراكز القانونية إنشاء، تعديلا أو إلغاء⁽³⁾، وهو الأمر الذي يتحقق في حالتين:

- صدور القرار من جهة لها حق إصداره دون الحاجة إلى تصديق جهة أخرى.

- صدور القرار من جهة لها حق الاقتراح ثم يتأكد هذا القرار بالتصديق عليه من الجهة الوصية بالشكل الذي يحدده القانون⁽⁴⁾.

تتضمن عملية إبرام الصفقة العمومية إصدار عدة قرارات، فالعبرة بالقرارات النهائية، فهي وحدها القرارات التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء، أما ما يسبق القرار من إجراءات تعتبر قرارات غير نهائية⁽⁵⁾.

على سبيل المثال يعد قرار المنح المؤقت للصفقة قرارا مبنيا على عدة إجراءات، إذ تعتمد المصلحة المتعاقدة لإصداره على أعمال وتصرفات متلاحقة، يتم إصدارها قبل اتخاذ القرار النهائي، وبذلك فإن قرار لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض باختيار أحسن عرض ، ورغم

(1) - **PEISER Gustave**, Contentieux administratif, Op.cit, p 159.

(2) - **RICHER Laurent**, Droit des contrats administratifs, Op.cit, p162.

(3) - **رشا عبد الرزاق جاسم**، "الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري"، مجلة الحقوق، المجلد 04، العدد 13، كلية القانون، جامعة المستنصرية، بغداد، 2011، ص 197.

(4) - **محمد سمير محمد جمعة**، "مدى قول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 49، مصر، 2011، ص 202.

(5) - **محمد الشافعي أبو راس**، القضاء الإداري، عالم الكتب، القاهرة، د ت ن، ص 206.

أهميته، لا يعد قرارا تنفيذيا (نهائيا) فهو مجرد رأي أو اقتراح، لأن قرار اختيار أحد المتعهدين بصفة قانونية وقطعية تتخذه المصلحة المتعاقدة وليست اللجنة⁽¹⁾.

كما أن اشتراط الخاصية التنفيذية للقرار الإداري المنفصل حتى يكون محلا للطعن بالإلغاء، يخرج من مجال دعوى الإلغاء الطعون الموجهة إلى القرارات الصادرة عن الجهة المختصة والتي تكون في حاجة إلى تصديق السلطة الوصية، لأنها لا تكون قابلة للتنفيذ إلا من تاريخ التصديق عليها من السلطة الوصية.

لا يمكن وضع قاعدة عامة لتمييز القرارات التنفيذية عن الإجراءات التمهيدية، فلا بد من الرجوع إلى النصوص القانونية لتحديد طبيعة التصرفات، فبالنسبة لقرارات اللجنة المختصة بإرساء الصفقة مثلا، فإن القضاء المصري مؤيدا بآراء الفقه، يقبل الطعن بالإلغاء ضدها، على اعتبارها قرارا تنفيذيا بنص القانون، فقد قضت المحكمة الإدارية في مصر أنه يجوز لصاحب العطاء المرفوض إقامة دعوى بإلغاء القرار الصادر عن لجنة البت برفض عطائه⁽²⁾.

على خلاف ذلك، فإن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لا يجيز الطعن ضد قرارات لجنة تقييم العروض المتضمن إرساء الصفقة أو إلغائها أو إقصاء العروض، لأن أعمالها لا ترقى إلى درجة القرارات النهائية، بل يوجه الطعن إلى قرار المصلحة المتعاقدة، باعتباره قرار نهائيا يمكن أن يؤثر على المركز القانوني لصاحب العرض المستبعد.

إلا أنه إذا كانت القرارات أو الإجراءات التمهيدية السابقة على صدور القرار النهائي (التنفيذي) غير قابلة للطعن فيها بالإلغاء، فإن القضاء الإداري يعتمد في فحصه لمدى مشروعية القرار النهائي، على فحص القرارات أو الإجراءات السابقة على إصداره، وهو بذلك يراقب صحة

(1) - المادة 76 من المرسوم الرئاسي 247/15.

(2) - قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر، أشار إليه: خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 361.

أركان القرار الإداري ومنها صحة تسبيب القرار لأنها تعتبر من مكونات هذا القرار، فإذا كانت هذه الإجراءات مشوبة بأحد عيوب المشروعية، فإن القرار النهائي الذي اعتمد عليها يكون معيباً⁽¹⁾، وبالتالي فإنها لا تفلت من رقابة القضاء.

ثالثاً: تأسيس الطلب على عدم مشروعية القرار المنفصل

1- عدم مشروعية القرار المنفصل عن الصفة

يتعين لقبول الطعن بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن الصفة، شأنه شأن أي قرار إداري آخر أن يؤسس طلب الإلغاء على كون القرار مشوباً بأحد عيوب المشروعية (عيب عدم الاختصاص، عيب مخالفة الشكل والإجراءات، عيب مخالفة القانون، وعيب الانحراف بالسلطة)

أ - عيب عدم الاختصاص:

يعد الاختصاص الركيزة الأساسية للأعمال الإدارية، وقد عرفه الفقه على أنه: "القدرة أو المكنة أو الصلاحية المخولة لشخص أو جهة إدارية للقيام بعمل معين على الوجه القانوني"⁽²⁾، فيكون القرار الإداري مشوباً بعيب عدم الاختصاص كلما صدر من شخص أو جهة تتعدم القدرة أو الأهلية أو الصفة القانونية للممارسة وإصدار قرار معين باسم ولحساب الإدارة العامة⁽³⁾.

نظراً لأهمية تحديد الاختصاص بإصدار القرارات الإدارية، فإن القانون يحرص على تحديد وبصفة واضحة الشخص المختص بإصدار القرار باسم الإدارة ولحسابها، وذلك بصفة حاسمة لا تدع مجالاً للتأويل.

لا يختلف الأمر في مجال الصفقات العمومية، حيث يتحدد الاختصاص بإصدار القرارات المنفصلة المتعلقة بإبرام الصفقة بنص القانون، (سبق الإشارة خلال الفصل الأول إلى

(1) - على عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري، مبدأ المشروعية - دعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 196.

(2) - بعلي محمد الصغير، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 49.

(3) - عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، مرجع سابق، ص 192.

الاختصاص بإصدار قرارات إبرام الصفقة) ويعد الاختصاص من النظام العام حيث يمكن إثارته مباشرة من طرف القاضي الإداري بعد عرض نزاع عليه، في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرارا منفصلا غير مشروع، كل قرار صادر عن سلطة غير مختصة، أو غير مشكلة تشكيلا صحيحا (كالتشكيكة غير الصحيحة للجنة فتح الأظرفة)، وغيرها من عيوب المشروعية الداخلية⁽¹⁾، نتيجة لذلك ألغى المجلس قرار التصديق الصادر عن المدير باعتباره سلطة وصاية، وقد تضمن القرار التصديق على قرار المجلس البلدي دون موافقة مجلس ديوان المديرية، وذلك مخالفة لما ينص عليه القانون⁽²⁾.

كما جاء في فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر المقدمة بخصوص صحة قرار مجلس الدولة بالموافقة على إبرام العقد بأسلوب الاتفاق المباشر: "...الحاصل في العقد الماثل أنه أبرم بالأمر المباشر على الرغم من قيمته الباهظة وبمنأى عن كل قواعد القانون وبخروج سافر عليها... وبموافقة رئيس مجلس الوزراء على هذا الإسناد رغما عن أن القانون لم يخوله اختصاصا في هذا الشأن، فقد جاءت هذه الموافقة ممن لا يملكها... وتمثل استثناء لا يملكه إلا السلطة التشريعية التي أناط بها الدستور سن التشريعات"، وخلصت الجمعية العمومية إلى أن العقد المذكور جرى إبرامه بالمخالفة لأحكام القانون⁽³⁾.

ب - عيب الشكل:

ركن الشكل والإجراءات في القرار الإداري هو مجموعة الشكليات والإجراءات المطلوب توفرها قانونا عند إصدار قرار إداري معين⁽⁴⁾، فيكون عيب الشكل بذلك، عدم الالتزام مصدر

(1) - RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op.cit, p 162.

(2) - حمدي حسن حلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص 102-103.

(3) - ريم علي احسان محمد العزاوي، وسائل إبرام العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 445-446.

(4) - عمار عابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، مرجع سابق، ص 193.

القرار بالشكليات المطلوب توافرها قانونا عند إصدار القرار الإداري، كشكليات تسبب القرار، وكتابته، وتحديد تاريخ إصداره ونشره، وشرط المصادقة والتوقيع عليه... الخ.

يستلزم تنظيم الصفقات العمومية لإصدار أي قرار يتعلق بالصفقة إتباع إجراءات معينة، تعد هذه الشكليات ضمانا أساسية لازمة لحسن سير الإدارة المتعاقدة، من جهة، ولضمانة لحماية المتنافسين وصيانة حقوقهم من جهة أخرى.

وإذا كان القضاء الإداري يرى أنه يتعين التخفيف من حالات إبطال القرارات الإدارية لعيب الشكل، وذلك باعتماد فكرة التمييز بين الأشكال والأوضاع الجوهرية والأشكال الثانوية، بحيث يقتصر جزاء الإلغاء على حالات مخالفة الإجراءات والشكليات الجوهرية.

نجد في أحكام القضاء الإداري عدة أمثلة لحالات قبول قاضي الإلغاء الطعون المرفوعة ضد قرارات إدارية منفصلة عن الصفقة لعدم مراعاة مصدرها للأوضاع الشكلية، فقد اعتبرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر في 1969/11/28 في قضية «SR Grain» قرار إرساء مناقصة التي أعلنتها البلدية على طرف أجنبي، قرارا إداريا غير مشروع لاختلال ركن الشكل والإجراءات في هذا القرار⁽¹⁾.

كما قبل الطعن بالإلغاء في قرار المجلس المحلي بإبرام العقد لوجود عيب في الشكل، ذلك أن هذا القرار لم يسبق بتقرير مدير الإقليم، كما لم يوزع هذا التقرير مطبوعا قبل الجلسة بثمانية أيام، ونظرا لضرورة توفر هذا التقرير قبل إصدار القرار الإداري، فإن غيابه يعيب القرار شكلا ويجعله محلا للطعن بالإلغاء⁽²⁾.

قضت محكمة القضاء الإداري في مصر: "...ببطلان لائحة المناقصات والمزايدات التي أعدتها وزارة المالية على أساس أن مجلس الدولة لم يقر بصياغته، ومن ثمة تكون قد جاءت مشوبة بعيب الشكل..."⁽³⁾.

(1) - عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ج 2، مرجع سابق، ص 464.

(2) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 119.

(3) - المرجع نفسه.

ج- عيب المحل:

يقصد بعيب المحل أو عيب مخالفة القانون، خروج القرار الإداري في مضمونه عن أحكام ومبادئ قواعد القانون في معناه العام الواسع⁽¹⁾، فهذا العيب يكمل العيوب الثلاث الأخرى فهو الضمان الأكثر فعالية لحماية المشروعية، وتكمن أهميته في جعله خرق القانون خرقاً للمشروعية بوجه عام⁽²⁾.

حتى تكون قرارات إبرام الصفقة مشروعة، يجب أن لا تخالف المصلحة المتعاقدة عند إصدارها أحكام تنظيم الصفقات العمومية، ويتعين على وجه الخصوص مراعاة مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، المساواة بين المتنافسين وشفافية الإجراءات، فقد قبل مجلس الدولة الجزائري في أحد قراراته، دعوى الإلغاء المرفوعة ضد قرار المصلحة المتعاقدة إبرام الصفقة، لخرقها المادة 38 من المرسوم الرئاسي 250-02 التي تنص على لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة، عندما يتضح أن الدعوى للمنافسة غير مجدية⁽³⁾.

كما يجب عليها الالتزام بكل القوانين ذات الصلة، وكذا احترام المبادئ العامة للقانون الإداري، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي دعوى الإلغاء عندما تعلق الأمر بصدور القرار المنفصل خرقاً لقواعد قانون التعمير (قرار نادي اليخوت الدولية)، أو صدوره مخالفاً لقاعدة الحقوق المكتسبة⁽⁴⁾.

تختلف طبيعتها رقابة القضاء الإداري على عيب مخالفة القانون، وفقاً لسلطة الإدارة التي يحددها القانون، فإذا نظم القانون بنص صريح سلطات الإدارة في القيام بالتصرف القانوني، فإن رقابة القاضي الإداري هي رقابة مشروعية، فيقتصر دوره على التأكد من عدم خروج الإدارة عن

(1) - عوابدي عمار، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، مرجع سابق، ص 194

(2) - علي شفيق، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية (دراسة مقارنة)، مركز البحوث، 2002، ص 142.

(3) - قرار رقم 44954+44746 صادر بتاريخ 2009/02/11 عن مجلس الدولة، في قضية مقالة الأشغال العمومية ضد ولاية الشلف ومن معها (قرار غير منشور).

(4) - RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op.cit, p 163.

الإطار القانوني المحدد مسبقاً، أما إذا لم ينظم القانون بصراحة سلطات الإدارة ولم يحدد قيود معينة لإصدار القرار الإداري، فإن رقابة القاضي الإداري تقتصر على رقابة الملائمة، للتأكد من عدم غلو الإدارة في تقدير الوقائع المادية عند إصدارها للقرار.

يكون مجال السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية جد محدود، ذلك أن المشرع حرص على أن ينظم بكل دقة الضوابط القانون التي تلتزم المصلحة المتعاقدة باتباعها عند إصدار أي قرار يتعلق بإبرام الصفقة، سواء قرار الإعلان عنها، أو قرار الاستبعاد من المشاركة في الصفقات العمومية، أو قرار منح الصفقة... الخ، وبالتالي فإن رقابة القاضي الإداري على هذه القرارات هي رقابة مشروعية لا رقابة ملائمة.

د - عيب الانحراف في استعمال السلطة:

يشترط لصحة أي قرار إداري أن يستهدف في نتيجته النهائية تحقيق غاية مشروعة، بحيث تأخذ هذه الغاية صورتين، فيجب أن يتجه القرار الإداري إلى تحقيق المصلحة العامة من حيث الاستجابة لمتطلبات الجمهور، كما يجب في بعض الحالات أن يسعى إلى تحقيق هدف معين حدده القانون (قاعدة تخصيص الأهداف).

فيكون القرار الإداري مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمالها، نظراً لاتجاه هدفه وغايته إلى تحقيق مآرب وأغراض شخصية أو سياسية أو مالية، أو أي هدف آخر خارج مقتضيات المصلحة العامة، أو الهدف المخصص بموجب نصوص القانون⁽¹⁾.

أقرت المحكمة الإدارية العليا في مصر إمكانية الطعن في قرارات الإدارة المتعاقدة على أساس إساءة استعمال السلطة، إذ جاء في أحد قراراتها أن: "...الوزارة لها حق وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها في أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال، وقرارها في هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها

(1) - بعلي محمد الصغير، القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 84-85

التقديرية، ولا يطعن عليه إلا إذا شابه عيب إساءة استعمال السلطة، وفي هذه الحالة يجب أن يكون لهذا الطعن أدلة تسنده وتكون مستمدة من أوراق الدعوى...⁽¹⁾.

قبل مجلس الدولة الجزائري كذلك دعوى إلغاء القرار المنفصل، إذ ناقش طلب المدعي إلغاء قرار المصلحة المتعاقدة المتضمن رفض عرض أحد المتعهدين، فقد جاء في حيثيات القرار الصادر في 14 نوفمبر 2007 أنه: "...حيث بالرجوع إلى القرار المستأنف فإنه رفض دعوى المستأنف بذكره أن المناقصة المنشورة في جريدة الجمهورية في 2003/10/1 جاء فيها أن تودع العروض بمديرية التعمير والبناء بالبيض في ظرف مغلق وأن الظرف الخارجي لا يحمل اسم المتعهد ومن هنا لما قام بإرسال الظرف عن طريق البريد يكون قد خالف صراحة ما جاء في الإعلان بالمناقصة وأن الإدارة لم تقم بإقصائه تعسفياً..."⁽²⁾.

كما جاء في حكم محكمة العدل العليا في الأردن: "...إن قرار مجلس البلدية بشراء لوازم تزيد قيمتها عن مائة دينار دون إجراء مناقصة كما توجب المادة (42) من قانون البلديات... وقرار وزير الشؤون البلدية والقروية والمبينة بالمصادقة على هذا القرار هما قراران مخالفان للقانون ويتعين إلغاؤهما..."⁽³⁾.

مما سبق، فإن جواز الطعن في القرار المنفصل لوجود عيب في القرار المنفصل نفسه هو أمر لا جدال فيه، ويتعلق سبب الطعن بأوجه الطعن التي يقرها القانون للطعن بالإلغاء بوجه عام، فالقرار الإداري المنفصل يمكن إلغاؤه إذا صدر معيباً بأحد عيوب المشروعية.

2- مدى قبول القضاء الإداري الطعن بالإلغاء لمخالفة القرار المنفصل بندا عقدياً في الصفقة لا يثير إلغاء القرار المنفصل عن الصفقة أي إشكال في حالة القرار الإداري المنفصل المشوب بعيب من عيوب المشروعية التقليدية.

(1) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 255.

(2) - قرار رقم 38061 صادر بتاريخ 2007/11/14 عن مجلس الدولة، قضية السيد (ح م) ضد والي ولاية البيض (قرار غير منشور).

(3) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال...، مرجع سابق، ص 120-121.

لكن في الحالة التي يكون فيها الطعن بالإلغاء مؤسسا على عدم مشروعية العملية العقدية التي يرتبط بها القرار، أين يكون الخلل هو مخالفة القرار لنص عقدي (لبنود الصفقة)، فهل يمكن اعتبار الشروط التعاقدية لصفقة عمومية مصدرا من مصادر المشروعية بحيث توجب على القرارات الإدارية مراعاتها؟.

الأصل أنه لا يجوز الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المنفصل عن الصفقة لمخالفته نصا عقديا، غير أنه إذا كان أساس الطعن هو عدم مشروعية بنود الصفقة المتصل بها القرار، كأن يصدر قرار إبرام الصفقة مخالفا للنظام العام، فإن قاضي الإلغاء يضطر لبحث مدى مشروعية العملية العقدية ذاتها، لتقدير مدى سلامة القرار محل الطعن، وقد أيد غالبية الفقه هذه السلطة⁽¹⁾.

لكن القضاء الإداري لم يقبل الشروط التعاقدية مصدرا للمشروعية بشكل مطلق، إنما ميز بين صدور القرار مخالفا لنص عقدي، وصدوره تطبيقا لبنود عقدي غير مشروع.

1- إذا كان القرار المنفصل مخالفا لبند مشروع في الصفقة

تتحقق هذه الحالة عندما تتخذ المصلحة المتعاقدة قرار إداريا متعلقا بالصفقة، مخالفا لما نصت عليه من حقوق والتزامات، فالقرار المنفصل هنا، يخالف نصا عقديا وليس قانونيا.

استقر القضاء الإداري على عدم قبول دعوى إلغاء القرار المنفصل المؤسسة على مخالفة الإدارة للنصوص العقدية⁽²⁾، ويقول المفوض "JOSSE" في هذا الشأن أنه لا تقبل الطعون بالإلغاء لتجاوز السلطة، إذا كانت القرارات محل الطعن تؤدي إلى حرمان الشركة من الحقوق التي تستمدّها من العقد⁽³⁾، وقد اتخذ القضاء الإداري المصري نفس الموقف، فقضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 1952/04/15: "...من الثابت أن القرار

(1) - حمدي حسن حلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص 105.

(2) - PEISER Gustave, Contentieux administratif, Op.cit, p 159.

(3) - حمدي حسن حلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، المرجع السابق، ص 104.

المطعون فيه يكون في الواقع إجراء تعاقدية مستمداً من نصوص العقد، وليس قرار إداري يرد عليه قضاء الإلغاء...⁽¹⁾.

كما سار القضاء الأردني على نفس نهج القضاء الإداري الفرنسي، حيث رفض طلب إلغاء القرار الإداري إذا استند على مخالفة بنود العقد الإداري، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة العدل العليا الأردنية في أحد أحكامها: "...إذا مارست الإدارة عملاً تعاقدية وليس كسلطة عامة، ففي هذه الحالة لا يعتبر هذا التصرف من قبيل القرارات الإدارية ولا تختص محكمة العدل العليا بالنظر في دعوى إلغائها..."، كما قضت في حكم آخر: "...إن قرار القائد العام للقوات المسلحة بشراء اللوازم التي تقتصر الشركة المستدعية على توريدها وذلك بالممارسة وبالشكل الذي يترتبه سنداً لنصوص العقد، هو تصرف عقدي، وليس قرار إداري، ويكون الطعن فيه خارجاً عن اختصاص محكمة العدل العليا..."⁽²⁾.

يمكن تبرير موقف القضاء بأنه، إذا أصدرت المصلحة المتعاقدة قراراً بالمخالفة لبند في الصفقة فإنها تكون قد أخلت بالتزاماتها العقدية، وبالتالي يكون خطأها المتجسد في القرار المخالف لبنود العقد، خطأً عقدياً، ومن ثمة، فإن هذا القرار يثير مسؤوليتها العقدية لا التقصيرية، فتدخل المنازعة بشأنه في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء.

غير أنه إذا كان القضاء الإداري حاسماً في موقفه بشأن عدم قبول الطعن في القرار المنفصل المخالف للبنود التعاقدية المشروعة، فإن موقف الفقه لم يكن موافقاً بشكل تام، فرغم أن أغلب الفقه اتجه نحو تأييد موقف القضاء إلا أن هناك رأي مخالف، ولكل فريق حجته. يبرر الاتجاه المؤيد للقضاء موقفه بحجتين:

أولهما - الطبيعة الموضوعية لدعوى الإلغاء، إذ يعد إلغاء القرار الإداري بوجه عام جزءاً مخالفاً للمشروعية، أي جزءاً مخالفاً القاعدة القانونية العامة والمجردة التي ترتب حقوقاً عامة

(1) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 119-120.

(2) - المرجع نفسه.

وليس حقوقا ذاتية شخصية، بينما العقد الإداري يولد حقوقا شخصية وذاتية تقتصر آثارها على أطرافه.

وثانيهما: فكرة الدعوى الموازية، إذ بمقتضى شرط انتفاء الدعوى الموازية، لا يجوز لقاضي الإلغاء أن يفحص نصوص العقد الإداري لكي يستخلص منها أسباب عدم مشروعية القرار الإداري، ولا يستطيع بالتالي إلغاء قرار إداري لمخالفته لنص عقدي⁽¹⁾.

وبالمقابل انتقد الجانب الآخر من الفقه هذا المسلك، فيرى أنه لا يوجد ما يمنع من بناء الطعن بالإلغاء على مخالفة القرار الإداري لنص عقدي، وهذا لسببين:

أولهما: تشمل قواعد القانون التي يتعين مراعاتها، كل التزام قانوني يرتب المشرع جزاء على مخالفته، أيا كان مضمون هذا الالتزام، فكما توجد قواعد قانونية عامة، توجد قواعد قانونية ذاتية، منها الالتزامات العقدية⁽²⁾، فالعقد يولد التزامات واجبة الاحترام على أطرافه، ويرتب جزاء على مخالفتها، ولا يوجد ما يمنع من وصفها بالقاعدة القانونية.

ثانيهما: أن مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية، يعتبر مخالفة لقاعدة قانونية هامة، هي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽³⁾.

يمكن ترجيح سلامة هذا الموقف، ذلك أن دور قاضي الإلغاء هو حماية المشروعية بوجه عام، الأمر الذي يقتضي التزام الإدارة حكم القانون في كل تصرفاتها⁽⁴⁾، وبالتالي فإن مبدأ المشروعية، مطلق وغير قابل للتجزئة، فكما أن الإدارة ملزمة باحترام المشروعية في تصرفاتها الانفرادية (القرارات الإدارية)، فإنها ملزمة باحترام المشروعية في تصرفاتها الثنائية (العقود الإدارية).

(1) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 116.

(2) - حمدي حسن حلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص 103.

(3) - المرجع نفسه.

(4) - محمد الشافعي أبو راس، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 21.

2- إذا صدر القرار الإداري تطبيقاً لبند غير مشروع في الصفقة

قد يكون سبب الطعن ضد القرار المنفصل عدم مشروعية بنود الصفقة المرتبط به هذا القرار، كصدور قرار من مجلس محلي بإبرام صفقة يتضمن شرطاً مخالفاً للنظام العام، أو أن يرد تصديق سلطة الوصاية على صفقة غير مشروعة، فالقاضي هنا يبحث في مدى مشروعية العملية ذاتها لتقدير سلامة القرار المطعون فيه، في هذه الحالة استقر القضاء الإداري على أحقية قاضي الإلغاء بفحص سلامة العملية العقدية على اعتبارها تشكل ركن السبب في القرار الإداري⁽¹⁾.

أيد أغلب الفقه سلطة قاضي الإلغاء بفحص مدى سلامة العملية التعاقدية للتحقق من مشروعية القرار الإداري، على اعتبار أن التحقق من سلامة أركان القرار الإداري محل الطعن تعد من صميم ولاية قاضي الإلغاء، ونظراً لكون الظروف الواقعية أو القانونية التي تسبق القرار الإداري وتكون في الأساس سبب إصداره تشكل ركن السبب لهذا القرار، وبإسقاط ذلك على القرار المنفصل، تشكل العملية العقدية ركن السبب للقرار المنفصل، ومن هذه الزاوية تتأكد سلطة قاضي الإلغاء على رقابتها.

فالقضاء الإداري يراقب أعمال السلطة الإدارية المتعاقدة (المصلحة المتعاقدة) فيما إذا كان لها الحق بتضمين العقد شروطاً معينة، وما إذا كانت هذه الشروط لا تخالف قواعد الاختصاص، ومن ثمة إبطال العملية العقدية التي تتضمن المخالفة، وبالتالي يمكن فصل هذه الأعمال عن العقد⁽²⁾.

أكد مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 10 جويلية 1996 أن الشروط التنظيمية للعقد، يمكن توجيه دعوى الإلغاء ضدها مباشرة على عكس الشروط التعاقدية⁽³⁾، كما قبل الطعن

(1) - حمدي حسن حلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص 105.

(2) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 121.

(3) - PEISER Gustave, Contentieux administratif, Op.cit, p 159.

بالإلغاء ضد قرار سلطة الوصاية بالتصديق على مداولات المجلس البلدي بإبرام عقد امتياز غير مشروع وألغى العقد.

كما تمسك القضاء الإداري في مصر بسلطته في رقابة مدى سلامة العملية العقدية لتقدير مشروعية القرار الإداري، فقد قبلت المحكمة الإدارية العليا الطعن بإلغاء القرار الصادر بالاستيلاء على عدد من السيارات المملوكة لإحدى الشركات تنفيذا للقانون الصادر بإسقاط التزام ترخيص النقل عن مؤسسة (أ ر)، وكان فحص القرار يستلزم البحث في ملكية الشركة الطاعنة للسيارات، وقد رفضت المحكمة دفع الحكومة بعدم الاختصاص فجاء في قرارها: "...أما القول بأن الفصل في هذه الدعوى يستلزم التطرق إلى بحث مستندات الملكية، وهو بحث يخرج عن اختصاص محكمة القضاء الإداري فإنه مردود عليه بأن صحة القرار الإداري تتحدد بالأسباب التي قام عليها، ومدى سلامتها على أساس الأصول الثابتة في الأوراق، ومدى مطابقتها للنتيجة التي انتهت إليها، وبحث ذلك يدخل بهذه المثابة في صميم اختصاص المحكمة للتحقق من مطابقة القرار الإداري للقانون وللتأكد من مشروعيته..."⁽¹⁾.

كما قبلت محكمة العدل العليا الأردنية الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل عن العملية العقدية، وكان سبب الطعن هو مخالفة العملية العقدية في ذاتها لنصوص القانون⁽²⁾.

لا يخالف الفقه ما استقر عليه القضاء الإداري بشأن قبوله الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل متى كان أساس الطعن هو عدم مشروعية العملية العقدية، بشرط أن يكون وجه الطعن عيباً شاب القرار ذاته أو شاب العقد الإداري كله وانعكس أثره على القرار المنفصل.

يجعل المنهج الذي اتخذه القضاء الإداري الفرنسي المتبوع بالقضاء الإداري في العديد من الدول العربية، من إلغاء القرار المنفصل عن الصفقة من جانب أساس قبول الطعن بالإلغاء مسألة دقيقة ومعقدة إذا ما قورنت بإلغاء قرار إداري في الحالات العادية، وبغض النظر عن

(1) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 121-122.

(2) - المرجع نفسه.

التسبب الذي قدمه القضاء وكذا الحجج التي دعم بها الفقه الموافق له هذا المنهج، يبقى هذا التعقيد أمرا لا يصب في مصلحة الخواص عند منازعتهم لتصرفات الإدارة المتعاقدة، على اعتبار أن القضاء الإداري قد قلص نطاق رقابته على قرارات إدارية سبق واعترف بكيانها المستقل عن الصفة، أي أن قاضي الإلغاء من جهة ينظر إلى هذه القرارات على أنها قرارات إدارية قائمة بذاتها، إلا أنه لا يحيطها برقابة المشروعية، التي هي من صميم سلطاته.

الفرع الثاني:

أثر إلغاء القرار المنفصل على الصفة العمومية

يعتبر إعدام آثار القرار الإداري، النتيجة الحتمية لصدور حكم إلغاءه، فبمجرد استفتاء حكم الإلغاء لطرق الطعن، فإنه يكتسب حجية مطلقة في مواجهة كافة، فيصبح هذا القرار كأنه لم يكن، ولا يمكن التمسك بأية حقوق، ولا التقيد بأية التزامات ناشئة عنه. فالمتعارف عليه أن حكم الإلغاء يأتي بالجديد، إذ يقلب التنظيم القانوني بما يتطلبه من استكمال مجموعة متتالية من القرارات التي تهدف إزالة التعديلات التي يكون قد أحدثها القرار الملغى في هذا التنظيم.

كما يكتسب حكم الإلغاء حجية تمنع إثارة النزاع مرة ثانية أمام نفس الجهة التي أصدرته، ذلك بتوفر شروط، وحدة الخصوم، وحدة المحل ووحدة السبب، تسري هذه الحجية على كافة، ويترتب عليها انعدام القرار الإداري من يوم صدوره، إذ يلزم حكم الإلغاء الإدارة بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وبما أن دعوى الإلغاء هي دعوى مخاصمة القرار الإداري ذاته، فإن الحكم فيها بالإلغاء يعدم القرار الإداري في مواجهة الأفراد جميعا، فمن غير المعقول أن يكون القرار معدوما بالنسبة للبعض وقائما بالنسبة للبعض الآخر⁽¹⁾.

(1) - غربي أحسن، "النظام القانوني للحكم بالإلغاء"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، جامعة مولود معمري،

إذا كان من السهل تطبيق هذه النتيجة في حالة القرار الإداري البسيط، فإنه إذا تعلق الأمر بالقرار المنفصل، فإن المسألة ليست بهذه السهولة، لأنه قرار ساهم في تكوين عملية كلية، هي العقد، فإذا كان القضاء الإداري قد قبل فصل بعض القرارات عن العقد، فذلك لا يعني انتفاء أية صلة للقرار بالعقد، فهو يبقى جزءا منه، بالتالي فإن إشكالية آثار حكم إلغاء القرار المنفصل تكمن في تحديد مدى تأثير حكم إلغاء القرار المنفصل على العقد.

لتحديد آثار إلغاء القرار المنفصل على العقد، لا بد من أن نميز بين فرضيتين، ذلك أن إلغاء القرار المتصل قد يتم قبل إتمام انعقاد العقد، كما قد يكون بعد إتمام انعقاده.

أولا - حالة صدور حكم إلغاء القرار الإداري المنفصل قبل إبرام الصفقة العمومية:

في حالة الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل قبل إتمام الصفقة بصورة نهائية، أي أنها لا تزال في طور التكوين، لا يثور أي إشكال، إذ يمكن ترتيب الآثار القانونية التي تضي على الحكم بالإلغاء حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وإعدام كل آثار القرار الملغى وذلك بأثر رجعي، وفي هذه الحالة لا تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تمضي قدم في إجراءات التعاقد لأنها بذلك تكون قد خالفت الحجية المطلقة وقوة الشيء المقضي به التي اكتسبها حكم الإلغاء.

فإذا تعينت المصلحة المتعاقدة وتمسكت بتنفيذ القرار المحكوم بإلغائه، يعتبر هذا التصرف اعتداء ماديا، فتلزم بالتعويض فضلا عن مسؤوليتها عن الأضرار التي يسببها تنفيذ القرار لأي شخص، ويستوي أن يكون الطعن بالإلغاء قد قدم من الغير أو من المتعاقد المحتمل، فجوهر الحجية المطلقة لحكم الإلغاء أن ينتج أثره في مواجهة الكافة.

يمكن تحقيق هذه النتيجة (صدور حكم الإلغاء قبل إتمام إبرام العقد) وذلك في حالة وقف تنفيذ القرار الإداري المنفصل المطعون فيه إذا ما طلبه صاحب المصلحة عن طريق دعوى استعجالية بحيث يسبق حكم إلغاء القرار المنفصل المطعون فيه انعقاد العقد بصفة نهائية، غير

أن فرصة تحقق هذا الاحتمال من الناحية العملية ضعيفة جدا لأنه عادة ما يتم إبرام الصفقة قبل صدور الحكم في دعوى إلغاء القرار الإداري⁽¹⁾.

ثانيا - حالة صدور الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل بعد إبرام العقد الإداري

هذه الفرضية أكثر شيوعا من الناحية العملية، وهي الحالة التي تثير الكثير من الإشكاليات حول أثر الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل على الصفقة ذاتها.

ارتكز قضاء مجلس الدولة الفرنسي في بادئ الأمر على التمييز بين حالتين الاحتجاج أو عدم الاحتجاج بحكم الإلغاء من قبل أحد أطراف العقد:

1- حالة الاحتجاج بحكم الإلغاء من قبل أحد أطراف الصفقة أمام قاضي العقد

في حالة احتجاج أحد أطراف العقد بحكم إلغاء القرار المنفصل أمام قاضي العقد، يمكن أن يستعمل حكم الإلغاء كوسيلة لإبطال الصفقة نفسها من قبل أحد طرفيها⁽²⁾، فيبني حكم بطلان الصفقة على أساس حكم إبطال القرار المنفصل الذي ساهم في تكوينها، إذ يتمتع حكم الإلغاء بحجية مطلقة أمام قاضي العقد.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي كان يميل للحفاظ على استقرار العلاقات التعاقدية، فقد سمح بالتصحيح الرجعي للقرار المنفصل الملغى إذا كانت لامشروعية القرار ترجع إلى إهمال قاعدة شكلية⁽³⁾، أما إذا تعلق الأمر باللامشروعية الداخلية فلا مجال للتصحيح.

(1) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 126-127.

(2) - أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية ...، مرجع سابق، ص 39.

(3) - سمح مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية التصحيح الرجعي للقرار المنفصل لأول مرة في قراره الصادر بتاريخ 8 جوان 2011، بمناسبة فصله في قضية تتعلق بعقد بيع أملاك تابعة لبلدية، فبعد إلغاء المداولة التي رخصت بالبيع من طرف القضاء الإداري بسبب غياب الرأي الاستشاري لمصلحة أملاك الدولة، أصدر المجلس البلدي مداولة ثانية مبنية على الرأي الموافق لمصلحة أملاك الدولة وهو ما سمح باستمرار العقد المبرم بين البلدية والشركة المتعاقدة معها، لمزيد من التفصيل أنظر:

LUCIENNE Erstein, « Régularisation rétroactive d'un acte détachable annulé », *Revue LA SEMAINE JURIDIQUE*, N° 25, 2011, p 1210-1211.

كما أن أثر حكم الإلغاء ليس رجعياً، فإذا أدى حكم الإلغاء إلى بطلان العمل القانوني المترتب عنه، فإن البطلان لا يمتد إلى التصرفات السابقة عليه طالما كانت سليمة، فإذا ألغى القاضي قرار إبرام الصفقة لصدوره من غير مختص، فلا يؤدي هذا الحكم إلى بطلان قرار اختيار المتعاقد أو قرار الترخيص بالتعاقد⁽¹⁾.

ب - حالة عدم الاحتجاج بحكم الإلغاء من أحد أطراف الصفقة

وفقاً للقضاء التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي -الذي تبناه القضاء الإداري في الكثير من الدول العربية⁽²⁾ (مصر، لبنان، الأردن...)-⁽³⁾ لا يمكن للغير أن يحتج بإلغاء القرار المنفصل لإبطال العقد طالما تمسك طرفا العقد بالاحتفاظ به، لأن القاضي يكون ملزماً بالحفاظ على استقرار العلاقات التعاقدية⁽⁴⁾.

أجابت على هذا التساؤل في مصر، إدارة الفتوى بمجلس الدولة قائلة أنه إذا لم يتم الإعلان عن المناقصة ورغم ذلك تم إرساؤها، فإن قرار الترسية يعد باطلاً، إلا أنه لا يؤثر على صحة العقد الذي تم بناء عليه، إذ يظل هذا العقد -على الرغم من ذلك- صحيحاً وناظراً وملزماً لجانبه، وقد أسست فتاها على أنه: "... ينبغي التمييز في مقام التكيف بين العقد الذي تبرمه الإداري وبين الإجراءات التي تمهد بها لإبرام هذا العقد أو تهئ لمولده، ذلك أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً، فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة له

(1) - حمدي حسن حلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص 112.

(2) - على خلاف أغلب الدول العربية، فإن القضاء الإداري في العراق، ورغم حدثاته مقارنة بهذه الدول قد تبني منذ البداية موقفاً أكثر إيجابية بشأن ترتيب آثار حكم إلغاء القرار المنفصل على الصفقة، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في إحدى أحكامها إلى إلغاء القرار الإداري الصادر بإحالة المزايدة على أحد المزايدين بسبب بطلان إجراءات المزايدة وتعسف الجهة الإدارية في ذلك، ولم تكتفي المحكمة بذلك بل ألزمت الإدارة المتعاقدة بوجوب إعادة إجراءات المزايدة من جديد بعد إلغاء قرار التصديق على الإحالة وإبطال العقد. أنظر: أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، مرجع سابق، ص 44.

(3) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 129.

(4) - LAFIAIX Jean-François, « Réflexions sur la sanction des règles relatives aux procédures de passation des contrats public », RFDA, N°1,2010,p 92.

خصائص القرار الإداري ومقوماته من حيث كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناءً على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة يتغياها القانون.

ومثل هذه القرارات القرار الصادر بإرساء المناقصة - وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً كان أو إدارياً وتنفصل عنه وبالتالي لا يؤثر بطلان تلك القرارات - إن هي صدرت باطلاً - في صحة انعقاد العقد الذي أبرم بناءً عليها، إذ يظل على الرغم من ذلك صحيحاً وقائماً وملزماً لجانبه...⁽¹⁾.

لا يؤدي بالتالي إلغاء القرار الإداري برسو المناقصة، إلى إهدار العلاقة التعاقدية التي نشأت عنه، ولا يستطيع قاضي الإلغاء أن يعلن إرساء المناقصة على المدعي، ولا أن يأمر الإدارة بذلك، فقاضي الإلغاء هو المختص بترتيب الآثار القانونية الناتجة عن إلغاء القرار الإداري المنفصل إذا لجأ إليه طرفا العقد لهذا الغرض⁽²⁾.

غير أن هذه القاعدة لا تؤدي إلى إهدار كل فائدة لحكم الإلغاء، لأنه لا يملك غير أطراف العقد أية وسيلة للدفاع عن مصالحهم، إلا اللجوء إلى قاضي الإلغاء لتعذر إمكانية الطعن في العقد بسبب قاعدة نسبية آثار العقد التي تقتضي قصر آثار العقد على طرفيه فقط، بالتالي فإن الغير يمكنه في حال حصوله على حكم بإلغاء القرار المنفصل أن يثير مسؤولية الإدارة غير العقدية عن قرارها الغير المشروع، باعتبار أن هذا الخطأ يشكل ركن الخطأ في جانب الإدارة، مما قد يرتب له الحق في التعويض إذا اجتمعت باقي أركان المسؤولية الإدارية⁽³⁾.

(1) - رمضان بطيخ، "التزامات ما قبل التعاقد في مجال العقود الإدارية"، ندوة الإدارة بالتعاقد، أيام 20 إلى 24 فيفري، مصر،

2005، ص 9.

(2) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 128.

(3) - حمدي حسن حلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص 112 - 114.

مما سبق فإن لحكم الإلغاء أثر محدود يقتصر على القرار الذي صدر بشأنه، فتظل الصفقة المبنية على هذا القرار قائمة ومنتجة لآثارها طالما لم يطلب أحد أطرافها إبطاله أمام قاضي العقد، وقد برر القضاء هذه القاعدة بفكرة الحفاظ على استقرار الأوضاع التعاقدية⁽¹⁾.

أثار موقف مجلس الدولة الفرنسي القاضي بمحدودية آثار حكم إلغاء القرار المنفصل عدة صعوبات، لاسيما لما يكون القرار المقضي بإلغائه هو قرار إبرام الصفقة نفسه، إذ لا يوجد في الحقيقة سوى عمل قانوني موحد وهو العمل الذي قضي بإلغائه، ما أدى إلى التقليل من قيمة نتائج الإلغاء، فما الفائدة من إلغاء القرار غير المشروع إذا ظلت الصفقة التي بنيت عليه قائمة. يقول المفوض "روميو" في هذا الصدد: "إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق وقد يبقى العقد برغم الإلغاء إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضي الموضوع بطلب فسخ العقد..."⁽²⁾.

أيد بعض الفقه مسلك القضاء الإداري، ويستند هذا الاتجاه إلى القول بأنه في حالة إبطال الصفقة نتيجة إلغاء القرار المنفصل، فإن ذلك يؤدي إلى زعزعة استقرار التعامل من جهة، وإهدار قواعد الاختصاص من جهة أخرى، إذ يؤدي إلى اعتداء قاضي الإلغاء على اختصاص قاضي العقد، ذلك أن منازعة العقد الإداري مجالها القضاء الكامل⁽³⁾.

يقول الفقيه "دو لوبادير أندري" «*DE LEBADER André*»: "إذا تم الحكم بالإبطال، فإنه لا يبطل سوى العمل المنفصل وليس كل العملية، على سبيل المثال في العملية العقدية، وحده العمل التابع (المداولة أو التصديق) يتم إبطاله، بينما يستمر سريان العقد بشكل قانوني"⁽⁴⁾.

(1) - RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op.cit, p 165.

(2) - نقلا عن الطماوي محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 212.

(3) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 129-130.

(4) - «...Si l'annulation est prononcée, elle ne fait tomber que l'acte détachable attaqué et non l'ensemble de l'opération ; par exemple dans le cas de l'opération contractuelle, seul est annulé l'acte accessoire (délibération, approbation) juridiquement le contrat lui-même subsiste...», Voir: **DE LAUBADERE André**, Traité théorique et pratique de contrats administratif, LGDJ, 1956, p 487.

بالمقابل، انتقد أغلب الفقه موقف القضاء الإداري، إذ يرى أن القرار الإداري وإن كان قابلاً للانفصال عن الصفقة، إلا أنه يكون مع مجموع القرارات الأخرى كلاً لا يتجزأ، فهو مرحلة من مراحل العملية المركبة يتوقف على سلامته سلامة العملية العقدية بأكملها، لذلك فإن إلغاء القرارات المنفصلة يؤدي إلى إلغاء ما يترتب عنها، فيجب أن يترتب على إلغاء قرار إرساء المناقصة إلغاء الصفقة حتى لا تبقى قائمة على تصرف باطل ومخالف للقانون، ذلك أن إبرام الصفقة يجعل الإدارة تخالف التزامها بوجوب إصدار تصرفاتها مطابقة للقانون.

فضلاً عن ذلك، يتجافى موقف القضاء مع المنطق، فما الداعي لقبول دعوى إلغاء القرار المنفصل، طالما أن حكم الإلغاء لن يترتب آثاره الكاملة، فلن ينتج عنه سوى الحصول على التعويض، كما أن المدعي يملك اللجوء مباشرة إلى دعوى التعويض، فيبحث القاضي في مشروعية القرار المنفصل على اعتبار أنه يشكل عنصر الخطأ في مسؤولية الإدارة⁽¹⁾.

ونظراً لهذه الانتقادات، سعى الفقه إلى إيجاد حلول لإشكالية محدودية أثر إلغاء القرار المنفصل، وقد توصل في هذا الصدد لاقتراح أحد الحلين:

أ- إما السماح لغير أطراف الصفقة بالمطالبة بإبطالها أمام قاضي العقد، وذلك بعد الحصول على حكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة، فصاحب العطاء الذي لم ترسو عليه الصفقة لسبب غير مشروع يمكنه أن يلغي قرار الإرساء بحكم من قاضي الإلغاء، ثم يلجأ بعد ذلك إلى قاضي العقد ليطلبه بإبطال الصفقة استناداً إلى عدم مشروعية القرار، وتطبق هذه القاعدة كذلك إذا كان الطعن مؤسساً على عدم صحة العملية التعاقدية ذاتها.

ب- وإما اللجوء إلى قاضي الإلغاء والسماح له بترتيب كافة النتائج المنطقية المبنية على إلغاء القرار الإداري، بما في ذلك إبطال العقد نفسه⁽²⁾.

(1) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 120.

(2) - نفس المرجع، ص 134.

المبحث الثاني:

رقابة الاستعجال قبل التعاقد

قامت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة على فلسفة محددة، تتمثل في التوفيق بين الحقوق المكتسبة (لطرفي العقد)، وحق التقاضي (لغير المتعاقدين)، تكريسا لمبدأ المشروعية، وهو الأمر الذي أثر سلبا على دور قاضي الإلغاء، مست هذه النظرية بحجية حكم الإلغاء وآثاره، وتعتبر هذه النتيجة نقطة ضعف نظرية القرارات الإدارية المنفصلة وسبب انتقاد الفقه لها، فقد وصفت بأنها ناقصة في بنائها الفكري، لأنه ليس من المنطق القانوني أن تبقى الصفقة قائمة برغم من صدور حكم إلغاء القرارات التي بنيت عليها بحكم قضائي.

وبسبب قصور هذه النظرية تم استبدالها بدعوى الاستعجال قبل التعاقد، بحيث تضمن هذه الدعوى الكثير من المزايا التي أهلتها لأن تعوض دعوى الإلغاء، حيث تداركت دعوى الاستعجال قبل التعاقد كل عيوب ونقائص دعوى الإلغاء إذ جاءت بمفاهيم وأحكام مغيرة منحتها مفهوما خاصا (المطلب الأول)، حيث نظمت أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية شروط هذه الدعوى (المطلب الثاني)، وكذا صلاحيات قاضي الاستعجال (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

مفهوم دعوى الاستعجال قبل التعاقد

يعرف القضاء الإداري ثلاثة أصناف من الدعاوى، هي دعاوى المشروعية، دعاوى القضاء الكامل، والدعاوى الاستعجالية، وهي دعاوى يمكن وصفها بالتقليدية لقدم نشأتها، بالمقابل تعد دعاوى الاستعجال قبل التعاقد، دعوى مستحدثة وحديثة مقارنة بالدعاوى المذكورة، الأمر الذي يستدعي دراسة أصل نشأتها (الفرع الأول)، والتعرف على الخصائص المميزة لها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نشأة دعوى الاستعجال قبل التعاقد

تعد دعوى الاستعجال قبل التعاقد ذات أصل تشريعي أوربي بلا شك، فقد تشدد المشرع الأوربي بشأن احترام قواعد العلنية والمنافسة في مجال إبرام عقود الشراء العام، وفي سبيل ذلك أصدر توجيهي التوريدات والأشغال المتعلقين بتنسيق الأحكام التشريعية التي تحكم قواعد المنافسة والعلانية عند إبرام عقود التوريدات والأشغال، وذلك لتحقيق التجانس التشريعي بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي في مجال قواعد العلنية والمنافسة، لاسيما عندما تبلغ هذه العقود قيمة معينة.

لكن المشرع الأوربي لاحظ أن وجود قواعد صارمة لحماية العلنية والمنافسة وحده غير كافي، لأنه عمليا تبقى هذه القواعد غير كافية بسبب غياب دعوى قضائية فعالة تؤمن احترام الأحكام الأوربية في مجالي المنافسة والعلنية وكذا فرض الجزاء في حالة مخالفة هذه الأحكام، ولتدارك هذا الإشكال تم إصدار التعلية 89- 665 المؤرخة في 21 نوفمبر 1989، المتعلقة بتنسيق الأحكام التشريعية والتنظيمية بين الدول الأعضاء بشأن إيجاد دعوى قضائية تعزز من مشروعية العلنية والمنافسة وذلك على ضوء توجيهي الأشغال والتوريدات (التي تم إلغاؤها لاحقا)، ويمنح حق رفع هذه الدعوى لأي شخص له مصلحة في إبرام العقد، ويمكن أن يضار من المخالفات المرتكبة في مجالي العلنية والمنافسة كما حددها توجيهي الأشغال والتوريدات⁽¹⁾.

تبنى المشرع الفرنسي التوجه الذي جاءت به هذه التعلية بإصدار قانون داخلي وهو القانون 92-10 المؤرخ في 1992/01/04 المتعلق بالصفقات المبرمة في القطاعات الخصوصية في مجالات (الطاقة، المياه، النقل والاتصالات)، كما تم إدراج بعض أحكام هذا

(1) - مهنت مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 842-843.

القانون في قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف وكذا قانون القضاء الإداري⁽¹⁾.

اصطلح على الدعوى الاستعجالية في هذه الحالة، تسمية "الاستعجال قبل التعاقد"، ويقصد بها: "إجراء قضائي تحفظي مستعجل وخاص، الهدف منه حماية قواعد العلنية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة"⁽²⁾.

كان تبني المشرع الفرنسي لدعوى الاستعجال قبل التعاقد أمرا بديها يندرج ضمن احترام الدولة الفرنسية لالتزاماتها القانونية تجاه الاتحاد الأوروبي، (التزام إدراج التعليمات الصادرة عن البرلمان الأوروبي ضمن قوانينها الداخلية)، إلا أن هناك عوامل أخرى خاصة بالبيئة القانونية الفرنسية فرضت على المشرع الفرنسي التعجيل بإدراج هذا الإجراء القضائي ضمن المنظومة القانونية، يتمثل في إدراكه لوجود فراغ تشريعي يجسده عدم وجود دعوى وقائية سابقة على إبرام العقد، ذلك أن الدعوى المتاحة للمتضرر من إبرام العقد هي دعوى الإلغاء⁽³⁾.

في الجزائر، عرفت المنظومة القانونية العديد من المستجدات، أظهرت اتجاه المشرع نحو الاهتمام بالمنافسة كقيمة قانونية، وهذا في جميع المجالات ولاسيما مجال الصفقات العمومية، وقد ظهر هذا الاتجاه بداية مع صدور الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، الذي نص في المادة الثانية منه أن قانون المنافسة يطبق على الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المنافسة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، كذلك صدر قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وهو القانون 01-06 الذي وضع قواعد لتجريم أفعال الفساد في مجال الصفقات العمومية⁽⁴⁾.

(1) - بزاجي سلوى، "رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، المجلة

الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الأول، بجاية، 2012، ص 31، 32.

(2) - مهني مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 845-846، ص 32.

(3) - مهني مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 844.

(4) - بن النوي الزبير، "الحماية القانونية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 7، المجلد 2، جامعة المسيلة، 2017، ص 562.

هذا فضلا عن مصادقة الجزائر على أهم المواثيق الدولية التي تعنى بموضوع حماية المنافسة، وتجريم الفساد (1).

لتنج هذه القوانين بصدور القانون 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي نص حالة الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات، حيث استحدثت المشرع من خلاله دعوى الاستعجال قبل التعاقد، التي يظهر من خلال أحكامها التأثير الواضح بالقانون الفرنسي.

الفرع الثاني

خصائص دعوى الاستعجال قبل التعاقد

تتميز دعوى الاستعجال قبل التعاقد وفقا لما جاء به التشريع الفرنسي (تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف) بجملة من الخصائص:

1- هي دعوى أصلية:

تعد دعوى الاستعجال قبل التعاقد دعوى قائمة بذاتها، وليست دفعا أو دعوى فرعية، فهي ترفع وتقبل بصفة مستقلة عن أية دعوى موضوعية أخرى، خلافا لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري بصفة مستعجلة، التي يشترط لقبولها سبق تسجيل دعوى الموضوع (2).

(1) - صادقت الجزائر في مجال مكافحة الفساد على كل من الاتفاقيات الدولية الآتية:

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 128/04 المؤرخ في 19 أبريل 2004، ج ر عدد 26 صادر في 25 أبريل 2004.

- اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمكافحة الفساد، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 137/06 المؤرخ في 10 أبريل 2006، ج ر عدد 24 صادر في 16 أبريل 2006.

- الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 249/14 المؤرخ في 08 سبتمبر 2014، ج ر عدد 54 صادر في 21 سبتمبر 2014

(2) - رزيق عمار، شمس بشير الشريف، "قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية في الجزائر"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، 2017، ص 629.

2- هي تقنية قضائية وقائية:

استحدثت دعوى الاستعجال قبل التعاقد بهدف إخطار المحكمة قبل توقيع العقد، أي أنها تثار في المرحلة السابقة على إبرام العقد لمنع كل مخالفات العلنية والمنافسة المتعلقة بإبرامه، وهي بذلك ذات طابع وقائي وليس تصحيحي⁽¹⁾، الهدف منها إصلاح المخالفات قبل فوات الأوان حتى لا يجد المتضرر نفسه أمام الأمر الواقع، بسبب استكمال عملية إبرام العقد، لذلك كان التقنين الفرنسي ينص على رفض هذه الدعوى إذا كان العقد قد أبرم.

3- هي دعوى تخول القاضي سلطات هامة:

حيث تتميز هذه الدعوى بالصلاحيات استثنائية وغير مألوفة، تخرج عن القواعد التي تحكم القضاء الإداري، إذ يتمتع القاضي الإداري في إطار هذه الدعوى بسلطة الأمر، والوقف والإلغاء، وحتى إبطال بعض الشروط التعاقدية، غير أنه لا يملك سلطة منح التعويض.

4- هي دعوى تندرج في إطار القضاء المستعجل:

رغم تميز هذه الدعوى بعدة خصائص إلا أنها لا تخرج عن قضاء الاستعجال، حيث يتم الفصل فيها من طرف قاضي فرد الذي يبيت في الدعوى في أول وآخر درجة، وهذا في آجال معجلة.

5- هي دعوى تسمح لقاضي الاستعجال أن يبيت في الموضوع:

حيث يفصل القاضي في موضوع النزاع المعروض عليه⁽²⁾، تشكل هذه الخاصية أهم ما يميز دعوى الاستعجال قبل التعاقد عن الدعوى الاستعجالية العادية، حيث أنه على خلاف

(1) - هلال مسعود، بن ساعد محمد أنور، "الدعوى المستحدثة في إبرام العقود والصفقات في التشريع الجزائري - قراءة في

أحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية -"، مجلة التراث، المجلد 01، العدد 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة

2019، ص 78.

(2) - المرجع نفسه، ص 79.

هذه الأخيرة يصدر القاضي في دعوى الاستعجال أحكاما فاصلة في الموضوع، وهي تكتسب قوة الشيء المقضي به⁽¹⁾.

وإذا كانت هذه هي الخصائص المميزة لدعوى الاستعجال قبل التعاقد، وفقا للإجراء الأصلي الذي استحدثه التشريع الفرنسي، فإن المشرع الجزائري، قد شذ عن القاعدة بمخالفته لخصائص هذه الدعوى في نقطتين، أولهما، الخروج عن الطابع الوقائي للدعوى، حيث يمكن أن ترفع قبل أو بعد تنفيذ العقد وفقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فجعلها بذلك ذات طابع مزدوج وقائي وتصحيحي. أما ثانيهما، فهو إسناد الفصل في الدعوى الاستعجالية للتشكيلة الجماعية العادية وليس إلى قاض فرد⁽²⁾.

كما تتميز دعوى الاستعجال قبل التعاقد في التشريع الجزائري من حيث نطاقها، فقد وسع المشرع نطاق تطبيقها ليشمل كل العقود الإدارية، وعلى خلاف ذلك يشير التشريع الفرنسي (المادتان L22 و L23 من قانون المحاكم الإدارية الفرنسية) إلى تطبيق هذه الدعوى على نوعين من العقود هما الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽³⁾.

وحسنا فعل المشرع بجعله دعوى الاستعجال قبل التعاقد ضمانا قضائية لكل العقود الإدارية التي تخضع لقواعد العلانية والمنافسة، على أنه من حيث صيغة المادة، يشير المشرع إلى "العقود الإدارية والصفقات" وهو التعبير الذي يصلح لو أن الصفقات العمومية ليست عقودا إدارية، وعلى الأرجح أن المشرع قصد أن يخص الصفقات العمومية بالذكر ليؤكد على أنها الفئة الأساسية من العقود المستهدفة بدعوى الاستعجال قبل التعاقد، نظرا لمكانة وأهمية قواعد المنافسة والعلنية في عملية إبرامها.

(1) - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 845-846.

(2) - بخوش زين العابدين، "القضاء المستعجل في الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، التواصل في الاقتصاد والإدارة

والقانون، المجلد 24، العدد 02، 2018، ص 38.

(3) - المرجع نفسه، ص 39.

المطلب الثاني

شروط دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

حددت المادة 946 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾، الإطار العام لدعوى الاستعجال قبل التعاقد، من خلالها يمكن استنتاج شروط هذه الدعوى وتتلخص في وجوب توفر الصفة في المدعي، وجود حالة إخلال بقواعد العلنية والمنافسة، إضافة إلى ميعاد رفع الدعوى.

الفرع الأول:

شروط توفر الصفة في المدعى

تعتبر الصفة شرطا لازما لرفع أية دعوى قضائية، تثبت الصفة في حالة دعوى الاستعجال قبل التعاقد لصاحب المصلحة وللوالى، والجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري أخذ بأحكام شرط الصفة تماما كما نص عليها المشرع الفرنسي دون أي اختلاف يذكر، حيث تثبت الصفة بحكم المصلحة (أولا)، ولممثل الدولة على مستوى الولاية (ثانيا).

أولا - صاحب المصلحة:

لا تقبل دعوى الاستعجال قبل التعاقد إلا إذا توفرت الصفة لدى الطاعن، تثبت هذه الصفة لجميع الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام الصفقات العمومية، من عارضين أو متنافسين، وذلك بسبب تضررهم من الإخلال بقواعد العلنية والمنافسة، حيث تنص المادة 946 من

(1) - تنص المادة 946 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، و ذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية.

يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد و الذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سبب من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية. يجوز إخطار المحكمة قبل إبرام العقد....".

القانون 08-09 "...يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال..."، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادتين 22 و 23 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف في فرنسا⁽¹⁾، إذ يستخدم القاضي الإداري في فرنسا مصطلح "المتنافس المستبعد" "concurrent évincé" على كل متعامل اقتصادي استجاب للإعلان عن صفقة عمومية ولم يتم اختيار عرضه⁽²⁾.

وتتمثل المصلحة في دعوى الاستعجال المتعلقة بمادة إبرام الصفقات العمومية، في تمكين المتنافس من استقاء حقه في الاشتراك في المنافسة ونيل حظوظه كاملة للفوز بالصفقة، على قدم المساواة، بالتالي تتضرر المصلحة بمجرد وجود إخلال بقواعد العلنية والمنافسة يؤدي إلى الانتقاص من فرصة المتنافس في نيل الصفقة.

فلا يستلزم إثبات وجود ضرر أحدثه عيب العلنية والمنافسة، بل يكفي أن يملك المعني بالدعوى فرصة جدية للظفر بالعقد المطلوب إبرامه فيما لو أن هذا الخرق لم يرتكب⁽³⁾.

وعلى ضوء اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي، فإن توفر الصفة لرفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد يكون وفق التفصيل التالي:

1- ثبوت المصلحة للمرشح المتنافس:

تثبت صفة لرفع دعوى الاستعجال بسهولة ودون أي إشكال للمتعامل الذي اشترك في المنافسة بتقديم عرضه، مبدئياً تعتبر هذه المصلحة وفق هذا المعنى، حدا أدنى لا يمكن النزول

(1) - لعلام محمد مهدي، "القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية"، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 5، مصر، 2015، ص 21.

(2) - GERMAIN Jérôme, « Les recours juridictionnels ouverts au concurrent évincé contre un marché public communautaire après sa conclusion en France et en Allemagne », RFDA, N° 1, 2009, p 51.

(3) - محمد سعيد غندور، "دعوى القضاء المستعجل السابقة للتعاقد في فرنسا"، المنارة، المجلد 2، العدد 2/أ، جامعة آل البيت، الأردن، 2014، ص 335.

عنه، فلا تقبل الدعوى ممن ليست له أية فرصة للاشتراك في المنافسة، أو أنه غير قادر فعليا على إبرامها لعدم امتلاكه المؤهلات المالية والمادية والتقنية للقيام بذلك، فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أنه: "...لا يمكن للأشخاص غير المؤهلين لإبرام العقد أن يخطر القاضي الاستعجالي لما قبل التعاقد..."⁽¹⁾.

كما قضى في قراره الصادر في 16 ديسمبر 1996 في قضية (المنظمة الجهوية للمهندسين المعماريين لماريتيك)، بأنه لا يمكن اللجوء إلى الاستعجال ما قبل التعاقد من قبل أشخاص غرباء كلياً عن العقد، كمنظمة مهنية، والتي ليست مؤهلة لإبرام العقد، أو مكلف بالضريبة محلي، أو جمعية، أو متعاقد من الباطن، كما قضت المحكمة الإدارية لران في 31 مارس 1994 بعدم قبول الاستعجال قبل التعاقد المرفوعة من قبل منتخب بلدي⁽²⁾.

2- ثبوت المصلحة لغير المرشح المتنافس

إن السؤال الذي يطرح، إذا كان صاحب المصلحة هو المرشح المستبعد، فإنه بالتالي لا صفة لمتعامل اقتصادي لم يقدم عرضاً لمخاصمة قرار منح الصفقة.

لكن هل يمكن الجزم بأن أي متعامل لم يقدم عرضاً لا تثبت له الصفة لرفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد بأي حال؟

الحقيقة أن العدل يقتضي أن تمنح الصفة في إخطار المحكمة للشخص الذي أدت مخالفة المصلحة المتعاقدة -لقواعد العلانية والمنافسة- إلى عدم ترشحه، بشرط أن تتوفر فيه الشروط المطلوبة لإمكانية إبرام الصفقة⁽³⁾.

(1) - كنتاوي عبد الله، "أطراف دعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية -دراسة مقارنة-"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 17، جامعة الوادي، 2018، ص 290.

(2) - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، ج 2، دار هوم، الجزائر، 2016، ص 156.

(3) - بدران مراد، "القضاء الاستعجالي قبل التعاقد: آلية جديدة نحو حوكمة العقود والصفقات العامة"، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 3، العدد 2، جامعة أبي بكر بكايد، تلمسان، 2018، ص 62-63.

فيجب أن يكون المدعى قد استبعد من الدخول في المنافسة دون وجه حق أو نتيجة لخلل في الإعلان عن الصفقة⁽¹⁾، فإذا لم يقدم المتعامل عرضاً وذلك فقط بسبب الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة، فإن ذلك يستدعي ثبوت المصلحة له لرفع الدعوى، بل وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أبعد من ذلك، إذ اعتبر في قراره الصادر في 08 أوت 2008 في قضية منطقة **Bourgogne** أنه يكفي تخصص شركة ما لإثبات مصلحتها في إبرام العقد، والادعاء أمام قاضي الاستعجال قبل التعاقد، حتى دون إثبات أنها قد منعت من تقديم ترشحها⁽²⁾.

كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 25 جانفي 2006، بخصوص قضية شركة «**La Coccinelle**»، أن مجرد كون الشركة كانت مرشحة لنيل الصفقة المنازع فيها، وأنها مؤهلة لإنجاز نمط الأشغال المطلوبة بموجب الصفقة، فإن ذلك يجعل الشركة معرضة للتضرر من أي إخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة التي يخضع لها إبرام العقد، فرغم استبعاد عرض الشركة من طرف لجنة تقييم العروض على أساس أنها لا تحوز جميع الصفات المطلوبة والتي حددها إعلان الصفقة، إلا أنها تعد من الأشخاص المؤهلين للادعاء أمام قاضي استعجال ما قبل التعاقد.

وفي قضية (شركة **Sita FD**) قضى أنه بإمكان مؤسسة مستشارة أن تتنازع في الإجراء أمام قاضي الاستعجال، حتى ولو كانت المؤسسة الوحيدة التي يمكن أن تمنح لها الصفقة بالنظر لغياب منافسين آخرين، أي في حال إبرام بطريق الاستشارة، ودون اللجوء إلى الإشهار والوضع في المنافسة، فإن ذلك لا يعني أن لا يكون للمتعامل الاقتصادي الوحيد المعني بالإجراء الصفقة الحق في مخاصمة ذلك الإجراء⁽³⁾.

(1) - بزاجي سلوى، "رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 36.

(2) - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 157.

(3) - المرجع نفسه، ص 158.

3- ثبوت المصلحة في حالة تجمع المؤسسات والصفقات المحصنة

في حالة إبرام صفقة بأكثر من حصة، فإن للمؤسسة التي قدمت عرضاً بخصوص حصص معينة من الصفقة، أن تتنازع في الجزء المشترك لإجراء إبرام الصفقة المحصنة، فرغم أن الشركة لم تترشح إلا بخصوص أربعة من أصل خمسة حصص تتكون منها الصفقة، إن أنه لا يسوغ للإدارة صاحبة الصفقة أن تتمسك بكون قاضي الاستعجال قد ارتكب خطأ عند قبوله طلب الشركة بإبطال جميع إجراءات إبرام الصفقة برمتها (قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 11 ماي 2007، في قضية منطقة قوادلوب)⁽¹⁾.

كما عالج مجلس الدولة الفرنسي، في سياق دعوى الاستعجال قبل التعاقد، قضية تتعلق بكون المدعى في الدعوى يتمثل في مؤسسات مشكلة في نمط تجمع اقتصادي، وقضى بأن لها صفة التقاضي، بل وثبتت هذه الصفة لكل مؤسسة تعد عضو في التجمع المرشح لإبرام العقد، ولا يشترط بأي حال أن ترفع الدعوى من وكيل التجمع (قرار مجلس الدولة الفرنسي في 10 أكتوبر 2001، قضية منطقة لارينيون، وقضية غرفة التجارة والصناعة لكالي Calais)⁽²⁾.

على ضوء هذه الاجتهادات القضائية لمجلس الدولة، استطاع الفقه الفرنسي حصر الأشخاص المؤكد ثبوت المصلحة فيهم كآلاتي:

- 1- المتعاقدون القدماء لذات العقد والذي تم تجديده، وتقدموا بعروضهم وترشيحاتهم.
- 2- كل متعهد مرشح استبعد في مرحلة إجراءات إبرام العقد بدون وجه حق من جانب الإدارة.
- 3- وكيل المتعهدين الذين اجتمعوا ضمن مجموعة بهدف تنفيذ التعهد.
- 4- المرشحون الذين حال خرق التزامات العلانية والمنافسة دون اشتراكهم بالتعهد.

(1) (2) - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 159.

5- المتعهد الذي رسا عليه العقد (ولما يبرم بعد)، يمكنه إقامة هذه الدعوى إذا كان العقد قد رسا عليه دون طرح التعهد للإعلان أو المنافسة وكان له مصلحة في عدم استمرار العقد¹.

يلاحظ من خلال قضاء مجلس الدولة الفرنسي، توسع هذا الأخير قدر المستطاع في قبول دعوى الاستعجال قبل التعاقد بإقراره ثبوت الصفة لمجرد وجود علاقة سببية بسيطة بين المخالفة المرتكبة من المصلحة المتعاقدة والنتيجة المتمثلة في استبعاد العرض المقدم من المتنافس أو حتى عزوفه عن تقديم العرض أساسا.

وقد جاءت هذه الأحكام الصادر عن القضاء الإداري الفرنسي لمسايرة موقف مجلس العدل للمجموعة الأوروبية الذي أوجد مبدأ عاما لتسهيل اللجوء إلى قاضي الاستعجال قبل التعاقد، وذلك بضمان حق الطعن لكل شخص له مصلحة أو قد تكون، في إجراء منح صفقة عمومية، والذي تضرر أو يمكن أن يتضرر من إخلال بقواعد الإشهار والوضع في المنافسة، وبالتالي تجنب المغالاة في شرط المصلحة بحصرها في صفة المتعهد أو المرشح⁽²⁾.

ثانيا - ممثل الدولة على مستوى الولاية:

تنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "...يتم هذا الإخطار من قبل.... وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية...".

فالمدعي في هذه الحالة لا يكون من أحد المتنافسين أو المرشحين المتقدمين بالعروض، إنما يكون من أحد الأشخاص العامة الرسمية التي منح لها القانون صراحة الحق في تحريك دعوى استعجال قبل التعاقد في حال خرق قواعد العلانية والمنافسة من أجل حماية المال العام ومكافحة الفساد.

(1) - Rivero Jean , Waline Jean, droit administrative, Dalloz, 20ed, Paris, 2004, p 119.

(2) - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص ص 157-160.

ووفقا للمادة 110 من القانون 07/12 المتعلق بالولاية¹، فإن الوالي هو ممثل الدولة على مستوى الولاية.

يتمتع الوالي بحكم القانون بالصفة التي تخوله إخطار قاضي الاستعجال في حالة الإخلال بقواعد العلنية والمنافسة التي تخضع لها إبرام الصفقات، وذلك إذا تعلق الأمر بصفقات الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية المحلية، والواقع أن منح المشرع الجزائري صفة التقاضي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد للوالي، لا يعدو أن يكون مسايرة لما ذهب إليه المشرع الفرنسي، من منح صفة الإدعاء أمام قاضي الاستعجال قبل التعاقد للمحافظ (Le préfet) عندما يتعلق الأمر بصفقات الجماعات المحلية.

هنا يثور التساؤل حول الحكمة التي ارتأى المشرع تحقيقها من خلال هذا النقل لأحكام القانون الفرنسي، فالمشرع الفرنسي في الواقع يعطي صلاحية رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد للمحافظ لضبط المخالفات المرتكبة لقواعد العلنية والمنافسة في المرحلة السابقة لإبرام العقد، تكملة للاختصاص الممنوح له برقابة أوجه المشروعية في عقود الجماعات المحلية في مرحلة ما بعد إبرام العقد، الذي منح له بموجب قانون 1982/03/02⁽²⁾، فالمحافظ في القانون الفرنسي يملك دعويين لمراقبة مشروعية عقود الجماعات المحلية، بحيث تكون الدعوى الأولى وقائية سابقة على إبرام العقد، في حين يكون للدعوى الثانية طابع علاجي، وهي لاحقة لإبرام العقد، أي دعوى الإلغاء.

إلا أن الفقه الفرنسي يري أنه يأخذ على النظام القانوني لدعوى الاستعجال قبل التعاقد، عدم إيجاد آليات كفيلة بإعلام المحافظ بارتكاب مخالفات لقواعد الإشهار والمنافسة، إذ لم يلزم الجماعات المحلية بإخطار المحافظ بها، فلا يمكن له أن يعلم بهذه المخالفات، إلا بموجب شكاوى المرشحين المستبعدين، أو عن طريق مداوالات المجالس المحلية بشأن إبرام العقد، ونتيجة لذلك أثبت الواقع العملي أنه نادرا ما يلجأ المحافظون إلى رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد، ليس فقط

(1) - تنص المادة 110: "الوالي ممثل الدولة على مستوى الولاية..."

(2) - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ص 850-851.

لصعوبة علمهم بالمخالفات المرتكبة، وإنما لأنهم يفضلون اللجوء، بعد توقيع الصفقة، إلى قاضي الموضوع بموجب دعوى القضاء الكامل⁽¹⁾.

ربط المشرع الجزائري سلطة الوالي في إخطار المحكمة بخرق قواعد العلانية والمنافسة، بالصفقات والعقود المبرمة أو التي سيتم إبرامها من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، وتتمثل الجماعات المحلية في التنظيم الإداري الجزائري في كل من البلدية والولاية، باعتبارهما وحدتي التنظيم الإداري اللامركزي في الجزائر.

أما المؤسسات العمومية المحلية، فهي المصالح العمومية الولائية التي تنشأها الولاية قصد تلبية الاحتياجات الجماعية لمواطنيها وذلك في مختلف الميادين النقل، الصحة، التعليم، الصناعات التقليدية والحرف⁽²⁾، وقد ذكرت المادة هذه المؤسسات دون تخصيص، ومن المعلوم أن المؤسسات العمومية (محلية كانت أو مركزية) تنقسم وفقا لمبادئ التنظيم الإداري إلى قسمين:

أ- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:

نجد عدة أمثلة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري على مستوى الولاية، منها المؤسسات التعليمية التي لها شخصية قانونية كالثانويات والمراكز الجامعية، والمؤسسات الصحية كالمستشفيات ومركز الصحة الجوارية، في مجال الثقافة نجد قصور الثقافة ودور الشباب... إلخ، كما نجد الهيئات غير الممركزة للدولة التي هي محل تفويض بميزانية التسيير كالإقامات الجامعية مديريات الخدمات الجامعية، مديريات الحماية المدنية الولائية، مديريات التربية... وغيرها.

ب- المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي:

وهي تلك المرافق التي تتولى نشاط اقتصادي، تسعى لتحقيق الربح، سواء كانت مؤسسات ذات طابع تجاري، كدواوين الترقية والتسيير العقاري المتواجدة على مستوى الولاية، فروع المؤسسات التجارية نفطال، أو سونلغاز وغيرها، أو ذات طابع صناعي، كالمؤسسة الصناعية سوناكوم⁽³⁾.

(1) - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 160.

(2) - أنظر نص المادة 141 من القانون 07-12 المتعلق بالولاية.

(3) - بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، مرجع سابق، ص 50.

والواقع أن تمييز المشرع بين صفقات الإدارة المحلية وصفقات الإدارة المركزية يثير إشكال، بحيث خص المشرع الأولى وحدها بإمكانية تحريك رقابة القاضي الاستعجالي من طرف الوالي، هذا التمييز لا يقوم على مبررات منطقية إذ أن الرقابة على الصفقات هي مسألة هامة وضرورية سواء تعلق الأمر بالصفقات المحلية أو المركزية.

بعد دراسة شرط توفر الصفة لرفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد، يتضح أن هذا الشرط هو الآلية المحددة من طرف المشرع لتحريك رقابة القضاء الإداري على التصرفات المخالفة لتنظيم الصفقات، وقد نقله المشرع الجزائري عن التشريع الفرنسي، دون أن يضيف عليه مزايا أو آليات لتفعيله، ونظرا لصعوبة توصل الوالي أو حتى المتعاملين الاقتصاديين بهذه المخالفات، فإن النتيجة هي ندرة حالات تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد أمام القضاء.

الفرع الثاني:

شرط وجود إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة

أدرج المشرع الجزائري ما يصطلح عليه بـ "دعوى الاستعجال قبل التعاقد" ضمن الفصل الخامس المعنون: "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات، من الباب الثالث المعنون: "في الاستعجال"، من الكتاب الرابع المعنون: "الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية".

فمن خلال موقع المواد المتعلقة بهذه الدعوى ضمن القانون 09/08 يتضح أن الأمر يتعلق بتنظيم دعوى هي في الأصل دعوى إدارية استعجالية، وبالتالي لا تخرج هذه الدعوى في شروطها عن أية القواعد العامة للدعوى الاستعجالية، بحث يكون أول شروطها هو الحالة الواقعية التي استوجبت رفع دعوى خاصة بإجراءات معجلة، وهي حالة الاستعجال، وهي واقعة مادية تخضع لتقدير القضاء، وليست محددة في القانون.

غير أنه وبخصوص إبرام الصفقات العمومية، فقد حدد المشرع حالة الاستعجال بكونها حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات

العمومية، أي أننا بصدد حالة استعجال محددة تحديدا قانونيا، فقاضى الاستعجال في مادة الصفقات العمومية ليس معنيا بالبحث عن توفر عنصر الاستعجال في النزاع إنما يكفي بوجود أي خلل في إجراءات الإشهار والمنافسة.

أولى مجلس الدولة الجزائري أهمية بالغة لهذا الشرط، بل واعتبره أساس ومعيار اختصاصه، وهذا ما يتضح من خلال قراره الصادر في 2011/03/10 في قضية (ش ذ ش م المسماة أشغال البناء العمومي "كوجديب" "COGDIB") ضد الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره "عدل" "AADL" ومن معها، حيث دفعت هذه الأخيرة بعدم اختصاص القضاء الإداري بحجة أنها ليست من الأشخاص التي حددتها المادة 800 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد جاء في القرار: "...حيث أنه وزيادة على كل هذا فإن المشرع وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء بالمادة 946 والتي تجيز لكل شخص لإخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية ومن ثمة فإن المشرع في هذه المادة لم يشترط أن يكون أحد أطراف النزاع من الأشخاص المشار إليهم في المادة 800، وإنما بنا الاختصاص على المعيار الموضوعي، وهو الإخلال بعمليات إبرام الصفقات العمومية، وهذا يعني أن المشرع أراد أن يجعل من القضاء الإداري هو المختص لمراقبة إبرام الصفقات العمومية من طرف الأشخاص المشار إليهم في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 02-250 ومن بينهم المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي..."⁽¹⁾.

وقد أحسن مجلس الدولة في تفسير وتطبيق المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لأن توسيع نطاق اختصاص قاضى الاستعجال الإداري هو أكبر ضمان لحماية قواعد العلانية والمنافسة في الصفقات العمومية.

(1)- قرار رقم 058475 فهرس 299 صادر بتاريخ 2011/03/10 عن مجلس الدولة الجزائري، قضية ش ذ ش والمسماة أشغال البناء العمومي "كوجديب" "COGDIB" ضد الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره "عدل" "AADL" ومن معها (غير منشور).

أولاً - أشكال الإخلال بقواعد العلانية والمنافسة:

انطلاقاً من قواعد التي رسمها المشرع لإبرام الصفقات العمومية يمكن إيجاد تصنيف يحدد التصرفات التي قد تقوم المصلحة المتعاقدة أو تمتنع عن القيام بها بحيث تشكل خرقاً لقواعد العلانية والمنافسة، يعتمد هذا التصنيف على المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية، بحث يشكل أي خرق لهذه المبادئ مخالفة لقواعد العلانية أو المنافسة.

1- خرق قواعد العلانية:

تشمل العلانية أغلب إجراءات إبرام الصفقة، ولا ينحصر نطاق تطبيقها على قرار الإعلان عن رغبة المصلحة المتعاقدة في إبرام صفقة ما، بل يشمل فضلاً عن إعلان الصفقة ذاتها بكل مشتملاتها، الوثائق ذات الصلة، وكذا بعض الإجراءات اللاحقة وهي قرار المنح المؤقت للصفقة، قرار إلغاء وقرار عدم الجدوى.

فسلطة المصلحة المتعاقدة في مجال العلانية مقيدة، فهي لا تتمتع إلا بهامش ضئيل من السلطة تقديرية، وتتعدد مظاهر المخالفة فقد أهمها:

أ - عدم إعلان الصفقة نهائياً:

وهو خطأ جسيم من جانب المصلحة المتعاقدة، إذ في هذه الحالة ينعدم احترام مبدأ العلانية، بعدم إعلان مكان وزمان إبرام العقد فلا يتسنى بذلك للعارضين المهتمين تقديم عروضهم في الوقت والشكل المطلوب⁽¹⁾، ونظراً لفداحة هذا الخطأ يستبعد قيام هذه الحالة في الواقع، إذ أنه على العموم تلجأ بعض المصالح المتعاقدة إلى التحايل على القانون بطرق خفية أكثر، كاللجوء إلى تجزئة الطلب العمومي بحيث لا تبلغ قيمة العقد العتبة المالية لإبرام صفقة أو للإعلان عنها بطريقة ما، أو اللجوء إلى استخدام تقنية الملحق لتمكين متعامل ما من إنجاز الصفقة دون حاجة للمرور على إجراءات الإعلان عنها.

(1) - محمد سعيد غندور، "دعوى القضاء المستعجل السابقة للتعاقد في فرنسا"، مرجع سابق، ص 327.

ب - الإعلان المعيب للصفقة:

وهي الحالة الأكثر شيوعا في الواقع العملي، تقوم عند الإعلان عن الصفقة ولكن مع وجود خلل في هذا الإعلان نتيجة خرق أحد الطرق أو الضوابط التي حددها المشرع للإعلان عن الصفقة، والأمثلة عديدة منها:

1- خرق المادة 61 المتعلقة بالإلزامية بالإشهار الصحفي: وفقا لهذه المادة يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في حالة طلب العروض بجميع أشكاله فضلا عن التراضي بعد الاستشارة.

2- خرق المادة 62 المتعلقة بالبيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها إعلان طلب العروض.

3- خرق الضوابط المنظمة لكيفية تحرير إعلان الصفقة.

4- إغفال قاعدة النشر الإلزامي لإعلان طلب العروض، سواء تعلق الأمر بالنشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن ر ص م ع)، أو بالنشر في جريدتين يوميتين موزعتين على المستوى الوطني.

6- عدم احترام قواعد تحديد أجل تقديم العروض، كتحديد آجال قصيرة غير متناسبة وعناصر الصفقة، أو إهمال بيان الآجال كليا، كذلك قبول عرض بعد فوات الأجل، أو تمديد الأجل دون إعلام المتعهدين⁽¹⁾.

ج - سرية الوثائق التي تشتمل عليها الصفقة:

يفرض تنظيم الصفقات العمومية شفافية تامة لإجراءات إبرام الصفقات بحيث تنتفي هذه الشفافية عند تحري المصلحة المتعاقدة إخفاء بعض الوثائق أو عدم تضمينها البيانات الكافية، يمكن أن تتخذ هذه السرية عدة مظاهر أبرزها:

1- عدم تمكين المتعاملين من دفاتر الشروط و/أو أي وثيقة متعلقة بالصفقة (لاسيما ملف استشارة المؤسسات).

(1) - تونسي سعاد، "الإخلال بقواعد المنافسة والإشهار في الصفقات العمومية"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 03، العدد 01،

جامعة طاهر مولاي، سعيدة، 2016، ص 47.

2- عدم تضمين ملف استشارة المؤسسات على المعلومات الضرورية التي تكفل للمتعهدين تقديم عروض مقبولة.

2- خرق قواعد المنافسة:

وله عدة مظاهر، ومن أبرزها:

1- عدم استخدام تقنيات الإبرام وفقا لما هو محدد في القانون⁽¹⁾، كالجوء إلى التراضي -رغم عدم توفر أحد حالاته- بدل طلب العروض.

2- الحرمان اللامشروع من المنافسة على نيل الصفقة، أو عدم حرمان متعامل يستوجب حرمانه، ويكون ذلك إما برفض عرض ما دون سبب مشروع أو دون احترام إجراءات إصدار قرار الرفض، وإما بإصدار قرار شخصي ضد متعامل معين، يقضي بإقصائه من المشاركة في المنافسة أو بتسجيله في قائمة الأشخاص ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية دون وجه حق، كما يعد من قبيل الإخلال بالمنافسة تقاعس المصلحة المتعاقدة عن إصدار قرارات رفض العرض، أو الإقصاء أو التسجيل في قائمة الأشخاص ممنوعين من المشاركة في الصفقات لمتعامل يستوجب صدوره في حقه.

3- عدم احترام قواعد منح الصفقة، كعدم تشكيل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، عدم اعتماد المعايير القانونية لاختيار أحسن عرض (السعر، النوعية، آجال التنفيذ).

4- السماح بأية ممارسات مقيدة لحرية المنافسة أو خلقها:

ألزم المنظم المصلحة المتعاقدة بالعدول عن منح الصفقة لمتعامل ما، وفي حال ثبوت أن منحها له سيؤدي إلى هدر المنافسة⁽²⁾، لأن نيلها كان بطرق غير مشروعة أو لأسباب غير مشروعة كالهيمنة على السوق⁽³⁾.

(1) - هلالي مسعود، بن ساعد محمد أنور، "الدعوى المستحدثة في إبرام العقود والصفقات ..."، مرجع سابق، ص 83.

(2) - تنص المادة 10/72 من المرسوم الرئاسي 15-275 على أنه: "تقتصر على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا ثبتت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأية طريقة كانت...".

(3) - كتو محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 77.

5- قبول العرض المنخفض بشكل غير عادي: تخرق المصلحة المتعاقدة مبادئ المنافسة في حالة قبولها عرض رغم ثبوت صدور ممارسات تزيف المنافسة من المتعامل الاقتصادي⁽¹⁾، وهذا عن طريق حيلة العرض المنخفض جدا⁽²⁾، وإن كان من الناحية العملية من الصعب تقدير العرض المنخفض بشكل غير عادي، على اعتباره العرض الذي لا يتوافق مع الواقع الاقتصادي⁽³⁾.

يتضح من خلال دراسة صور الإخلال بالمنافسة، أن المنازعات الناشئة عن الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة محل رقابة قاضي الاستعجال، هي القرارات الإدارية التي تتخذها المصلحة المتعاقدة في مرحلة الإبرام، ذلك أن خرق قواعد الإشهار والمنافسة، يعني صدور قرارات: الإعلان عن الصفقة، المنح المؤقت، التصديق، الإبرام معيبة لعدم مراعاتها مبادئ الإشهار والمنافسة.

بذلك تتم رقابة منازعات الصفقات العمومية الناشئة في مرحلة الإبرام بسبب الإخلال بقواعد العلنية والمنافسة، بالطعن في إحدى القرارات الإدارية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة⁽⁴⁾، وهي القرارات التي تم الاعتراف باستقلالية منازعاتها بتطبيق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة.

(1) - تنص المادة 10/72 على أنه: "...إذا كان العرض الإجمالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع الأسعار، تطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة، كتابيا، التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة، وبعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض، إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية...".

(2) - كتو محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 79.

(3) - ROUYEYRAN Thomas, RICCI Nathalie, « un an de contentieux des marches publics », LAGAZETTE , Paris, 2012 p 22.

(4) - كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2011-2012، ص 127.

وبالنتيجة فإن رقابة كل من قاضي الإلغاء وقاضي الاستعجال على منازعات إبرام الصفقة، تنصب على نفس التصرفات، وهي القرارات الإدارية المنفصلة، وهو ما يدفعنا للتساؤل عن خصوصية رقابة القاضي الإداري في دعوى الاستعجال قبل التعاقد بالمقارنة مع ما كانت عليه الرقابة التقليدية لقاضي تجاوز السلطة.

ثانيا - القواعد المستجدة لتنظيم رقابة قاضي الاستعجال قبل التعاقد

تتميز رقابة قاضي الاستعجال قبل التعاقد بتعدد مصادر القاعدة القانونية التي يمكن أن يستنبط منها وجود إخلال بقواعد المنافسة والإشهار.

1- تعدد مصادر القاعدة القانونية:

شهدت السنوات الأخيرة من القرن العشرين تزايد الأصوات المطالبة بتعميم علاقات الوضوح والشفافية في كل نواحي الحياة الإدارية، وجميع التصرفات القانونية التي تقوم بها الإدارة، وذلك لتجسيد ما اصطلح عليه "إدارة من زجاج" *"L'administration de verre"*، وقد أثبت الواقع أن العقود الإدارية، لاسيما الصفقات العمومية، من أهم أوجه النشاط الذي تتولاه الإدارة العامة والمعرض في نفس الوقت لمظاهر الفساد المختلفة لاسيما في مرحلة إبرامها. كما أنه لا يمكن أن يجسد حق الخواص في مزاولة أنشطتهم كفاعلين اقتصاديين، على أرض الواقع إلا إذا كانت شروط المنافسة من أجل ولوج أسواق المعاملات التجارية مؤطرة بضمانات قانونية نافذة وحماية قضائية ناجعة⁽¹⁾، من هذا المنطلق ظهرت الحاجة لتوسيع تطبيق قانون المنافسة ليشمل مجال الصفقات العمومية، وهكذا أصبحت قواعد قانون المنافسة مصدرا جديدا للقواعد القانونية المطبقة من طرف القاضي الإداري.

وقد تم إدماج مفهوم المنافسة في مجال الصفقات العمومية من قبل المشرع الجزائري، بأسلوبين، الأول مباشر، حيث تضمن تنظيم الصفقات مفهوم المنافسة في طياته، والثاني غير مباشر، حيث تضمن قانون المنافسة قواعد تدخل الصفقات العمومية ضمن مجال تطبيقه.

(1) - محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 373.

1- المنافسة كمبدأ واجب الاحترام في عقود الصفقات العمومية:

شكل تطبيق قانون المنافسة في مجال المشروعية الإدارية تطوراً هاماً في قانون العقود العامة⁽¹⁾، فمنذ صدور المرسوم الرئاسي 338/08 لم تعد المنافسة ذلك المفهوم الغريب عن تنظيم الصفقات العمومية، فقد نصت المادة الثانية مكرر منه بأن الصفقات العمومية يجب أن تراعي مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، لتكرس هذه المبادئ مجدداً في المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 247/15، فقد أوجد المنظم تلازماً بين الصفقات العمومية وتطبيق قواعد المنافسة من خلال إخضاع الأشخاص العامة لقواعد المنافسة⁽²⁾.

ويقصد بالمنافسة في قانون الصفقات، من جهة، إتباع جملة من الإجراءات الإدارية لاختيار المتعاقد بهدف تلبية متطلبات المرفق العام، و من جهة أخرى، هي حرية التعامل في الوصول للطلبات العمومية، بينما ينظر إلى المنافسة في القانون المتعلق بها على أنها حرية الدخول في السوق لكل المؤسسات ومنع الممارسات المقيدة لها⁽³⁾، ورغم الاختلاف بين المفهومين إلا أن المشرع قد أقام علاقة بينهما وأدخل مفاهيم قانون المنافسة ضمن قانون الصفقات.

إن فكرة منع الممارسات المقيدة للمنافسة على سبيل المثال، هي من الأفكار الأصلية لقانون المنافسة، الأمر الذي يدفعنا للقول بأن قانون الصفقات أخذ بالمنافسة بمفهوم واسع، ولم يكتفي بالمفهوم التقليدي لها في القانون الإداري، وهو ما يعد تطوراً هاماً لقانون الصفقات، له

(1) - جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2015، ص 136.

(2) - إرزيل الكاهنة، "التناسب القائم بين المنافسة والصفقات العمومية"، مجلة الحقوق والحريات، العدد 5، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018، ص 104.

(3) - عطوي مريم، بن شيخ نور الدين، "قواعد المنافسة في إطار الصفقات العمومية وفقاً للقانون الجزائري"، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد 4، العدد 2، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2019، ص 103.

انعكاسات إيجابية على دور قاضي الاستعجال الإداري، الذي يراقب تصرفات الإدارة من زاوية قانون المنافسة، ما أدى إلى ظهور فرع جديد لقانون المنافسة يعرف بالقانون العام للمنافسة.

دعا في هذا الشأن، محافظ الدولة «*STAHL Jacques Henri*» إلى ضرورة مواكبة القاضي الإداري لهذا الفرع الجديد من القانون، وذلك بالمحافظة على مفاهيمه التقليدية يضيف إليها مفاهيم قانون المنافسة، وهو ما أكدته في خاتمة تقريره بمناسبة قضية «*Million et Marais*»⁽¹⁾.

وقد كان لمجلس الدولة الفرنسي فرصة للتأكيد على الدور الجديد للقاضي الإداري، إذ قرر بشأن إحدى القضايا المعروضة أمامه، أن المفاوضات وإن تم الترخيص بها بموجب تقنين الصفقات العمومية، فإنه على المصلحة المتعاقدة احترام المادة L420 من التقنين التجاري، فعلي الإدارة الالتزام بعدم جعل المؤسسة المستفيدة من منح للصفة، في وضعية هيمنة عن طريق وضع أحكام تعاقدية مخالفة للمادة L420 ولاتفاقية روما، ومن جانب المؤسسة الحائزة على الصفة أن لا تستغل وضعها لترغيب الجماعات العمومية المتعاقدة في تمديد التعاقد عن طريق ملاحق لمنع إقامة منافسة للمشاركة في الصفقات⁽²⁾.

ب - شمول مجال تطبيق قانون المنافسة عقود الصفقات العمومية:

أكد المشرع الجزائري لأول مرة مبدأ إخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة بموجب نص صريح، على إثر صدور القانون 12/08 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق

(1) - « ...continuer à jouer son rôle dans l'élaboration du droit des services publics ... les mutations technologiques et économiques, l'ouverture des économies de marché, le droit communautaire de la concurrence conduisent de toute façon, croyons-nous, à repenser les relations du service public et de son environnement concurrentiel. Le débat est d'ores et déjà ouvert et nous croyons qu'il importe que vous puissiez y mêler votre voix. Pour cela encore faut-il que vous acceptiez d'ajouter à votre conception traditionnelle du service public centrée sur l'utilisateur, une autre dimension, celle des rapports avec l'environnement économique et le droit de la concurrence » - Voir : **CABANES Christophe, NEVEU Benoît**, Droit de la concurrence dans les contrats public, LE MONITEUR, PARIS, 2008, p 227.

(2) - **CYRILLE Emery**, Passe un marché public, 2^{éd}, LEMONITEUR, Paris, 2004, p 40.

بالمنافسة⁽¹⁾ سنة 2008 إدراج الصفقات العمومية ضمن مجالات تطبيقه، وذلك بعد تعديل المادة 2 من الأمر 03/03، التي عدلت مرة أخرى بموجب القانون رقم 05/10 المعدل والمتمم للأمر 03/03 التي أصبحت تنص "...تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:

- الصفقات العمومية، بدأ بنشر الإعلان، عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة...."، الأمر الذي أدى إلى سريان القواعد والضوابط المنظمة للمنافسة على الصفقات العمومية من تاريخ الإعلان عنها إلى غاية المنح النهائي⁽²⁾.

2- توسيع مجال تطبيق المبادئ الكبرى لإبرام الصفقات على كافة أشكال الطلب العمومي

نصت المادة 05 فضلا عن مواد عديدة أخرى لاسيما المادتان 08،09 من المرسوم الرئاسي 15-247 على المبادئ الكبرى التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية (حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، شفافية الإجراءات، المساواة بين المتنافسين).

وإذا كان النص على هذه المبادئ ليس بالأمر الذي استحدثه المرسوم الرئاسي 15-247، فقد ذكر المشرع هذه المبادئ لأول مرة ضمن آخر تعديل للمرسوم الرئاسي 02-250 سنة 2008⁽³⁾، غير أن الجديد الذي جاء به المرسوم 15-247 هو إعطاء هذه المبادئ طابع شمولي، فقد وسع مجال تطبيقها ليشمل كل أشكال إبرام الطلب العمومي، فلم يعد المعيار المالي أو بلوغ سعر الطلب العمومي سقف معين شرط للإلزامية تطبيق هذه المبادئ.

(1) - قانون رقم 08-12، المؤرخ في 25/06/2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 ج ر عدد 36 الصادر في 2008/07/02.

(2) - بودريوه عبد الكريم، "مدي مسابقة قانون الصفقات العمومية للنهج الإصلاحي دولة متدخلة أم ضابطة أم مترددة"، الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر - 01 ديسمبر 2011 ص 163.

(3) - مرسوم رئاسي رقم 08 - 338 مؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 المؤرخ في 24 يوليو سنة 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

إن ربط تطبيق مبادئ الشفافية، المساواة والحرية بالصفقات التي تفوق السقف المالي الذي حدده المشرع، أفرز تطبيق شكلي غير فعال لم يضمن الاحترام الفعلي لهذه المبادئ¹، بل وخلق ثغرات شجعت الممارسات غير النزيدة وسوء استخدام المال العام، يظهر من خلال المرسوم الأخير تفتن المشرع إلى الخلل الذي كان يشوب النظام القانوني لإبرام الصفقات العمومية.

بالنتيجة، يمكن القول أن ما يميز رقابة القاضي الإداري على القرارات المنفصلة بموجب دعوى الاستعجال قبل التعاقد، هو تطور هذه الرقابة على المستوى التشريعي باحتوائها مفاهيم جديدة يعود أصلها لقواعد القانون الخاص، فلا يكتفي بالرقابة على العيوب التقليدية للقرارات الإدارية، إنما يراقب فضلا عنها مدى احترام قواعد المنافسة والعلانية، وهو الأمر الذي انعكس مباشرة على دور القاضي الإداري في الرقابة على المنازعات قبل التعاقدية، إذ حتمت عليه تطوير رقابته لتكون في مستوى التطور التشريعي.

ثالثا - النطاق الزمني لرفع الدعوى:

لم يفصل المشرع بدقة في مسألة النطاق الزمني الذي يسمح فيه برفع دعوى الاستعجال في حال الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة، فالملاحظ أن المادة 946 من القانون 08-09 تحمل تناقضا واضحا في مضمونها، فبعد أن نصت على إمكانية إخطار المحكمة الإدارية "...إذا أبرم العقد أو سيبرم..."، بالتالي تظل إمكانية رفع الدعوى قائمة، حتى بعد إبرام العقد، فإنها ذكرت في الفقرة الموالية: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد"، وفي ظل شح الاجتهاد القضائي في منازعات إبرام الصفقات يصعب تحديد موقف مجلس الدولة الجزائري من هذه المسألة.

وإذا كان الوضع في الجزائر يقتضي في كل مسألة تدخل المشرع لتحديد وتوضيح مختلف الأحكام المتعلقة بأي دعوى إدارية، فإن الوضع يختلف في فرنسا، فالمشرع الفرنسي لم يحدد الإطار الزمني الذي تقبل فيه دعوى الاستعجال قبل التعاقدية، ففي المراحل الأولى لهذه

(1) -LINDITCH Florian, Le droit des marchés publics, 4^{ed}, DLLUZ, Paris, 2006, p 28.

الدعوى، قبلت بعض المحاكم الإدارية الدعوى حتى بعد إبرام العقد، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي سرعان ما غير هذا الاجتهاد القضائي، إذ أصبح يرى أن تطرق قاضي الاستعجال قبل التعاقد إلى مشروعية العلانية والمنافسة بعد إبرام العقد يجعله يتجاوز رقابة المشروعية الوقائية ويدخل في مجال رقابة المشروعية العلاجية، ونتيجة لذلك استقر الرأي القانوني العام في فرنسا على مبدأ حصر المجال الزمني لرفع دعوى الاستعجال في الفترة السابقة على إبرام الصفقة العمومية⁽¹⁾.

غير أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي المتسم بالتغير والتطور المستمر في اتجاه حماية الحقوق والحريات، وتوسيع سلطان رقابته على تصرفات الإدارة، لا يمكن أن يعرف الجمود، إذ سرعان ما لاحظ أن المبدأ الذي رسخه بعدم إمكانية رفع الدعوى المستعجلة إلا قبل إبرام العقد، كان يعطي منفذا للالتفاف على نزاهة إبرام العقود، حيث يمكن الإسراع في إنجاز إبرام العقود، بقصد حجب رقابة القاضي عن المخالفات المرتكبة، وفي هذا ما يناقض روح هذه الدعوى⁽²⁾.

لذلك فقد عرفت السنوات الأخيرة اجتهادا حديثا بمقتضى قراره الصادر في 2017/07/16 في قضية «société Tropic travaux signalisation»، وتتمثل وقائع القضية في أنه على إثر دعوى للمنافسة قبلت غرفة الصناعة والتجارة بـ «Tropic» -باعتبارها أحد المرشحين المقدمين لعرض لنيل الصفقة- دعوى استعجالية تطلب فيها إلغاء كل من قرار رفض العرض المقدم من طرفها، قرار منح الصفقة للمتعامل «Rugoway»، قرار إمضاء الصفقة، الصفقة ذاتها⁽³⁾، رفض القاضي الإداري الاستعجالي الدعوى بموجب قرار صادر في 2006/03/02، تأسيسا على أن الدعوى أصبحت دون محل بعد تمام إجراءات إبرام العقد ونفاذه، وعلى إثر استئناف

(1) - كنتاوي عبد الله، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القوانين الجزائري والفرنسي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2017/2018، ص 205.

(2) - محمد سعيد غندور، "دعوى القضاء المستعجل السابقة للتعاقد في فرنسا"، مرجع سابق، ص 341.

(3) - بزاجي سلوى، "رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 39.

قدمته الشركة صدر قرار مجلس الدولة مقرا بأنه: "...يمكن للغير المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد إبرامها بالتبعية لحقهم في مخاصمة العقد ذاته..."⁽¹⁾.

لم يكتفي هذا القرار بتوسع نطاق رقابة قاضي الاستعجال زمنيا، ليشمل مرحلة ما بعد إبرام الصفقة فضلا عن المرحلة السابقة لإبرامها، بل وأعطى للغير الحق في مخاصمة العقد ذاته، بعد أن كان من المسلم به ومنذ زمن أنه لا يحق بأي غير طرفي العقد الطعن في العقد.

يقدم لنا هذا التطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بخصوص نطاق اختصاص قاضي الاستعجال قبل التعاقد ونفوذه في مواجهة التصرفات التي قد ترتكبها الإدارة المتعاقدة خرقا لقواعد الإشهار والمنافسة في إبرام العقود الإدارية، نموذجا متميزا وجليا بالتقدير لهذه الهيئة التي لم تتوانى في مواجهة اللامشروعية، حيث اتخذت منهاجنا مرنا قابلا للتوسع بحسب ما تقتضيه حماية المشروعية، فقواعد القانون الإداري يصوغها القاضي الإداري وفقا لمقتضيات المصلحة العامة المتغيرة، ومن الخطأ التمسك بحرفية النصوص القانونية والامتناع عن تطوير رقابة القضاء الإداري إلا بناء على نص صريح.

المطلب الثالث:

سلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد.

توصف السلطات الممنوحة للقاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية، بأنها استثنائية وغير تقليدية، فإذا كانت المصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطات استثنائية عند إبرام العقود الإدارية، فإن مجابهة تلك الامتيازات يستدعي منح القاضي الإداري صلاحيات أوسع. نصت المادة 946 ق ا م ا على سلطات قاضي الاستعجال في الدعوي الاستعجالية المتعلقة بحالة الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة في مجال الصفقات العمومية، يقابل هذه المادة في قانون العدالة الإدارية الفرنسي⁽²⁾ نص المادتين L551-1 و L551-2⁽¹⁾، تتمثل هذه

(1)- براجي سلوى، "رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 40.

(2)- Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, sur :

السلطات في: سلطة الأمر (أولا)، سلطة التأجيل (ثانيا)، وسلطة فرض الغرامة التهديدية (ثالثا).

الفرع الأول:

سلطة الأمر لقاضي الاستعجال قبل التعاقد

استقر القضاء الإداري في فرنسا على أن القاضي لا يأمر الإدارة، إذ يحكم القاضي الإداري مبدأ "القاضي يحكم ولا يدير"، وذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات⁽²⁾، لكن هذا الموقف قد تغير لاحقاً حيث أقر التشريع سلطة الأمر للقاضي الإداري (أولاً)، كما حدد بوجه عام طبيعة الأوامر التي يمكن أن يصدرها قاضي الاستعجال قبل التعاقد (ثانياً).

أولاً - تطور القضاء الإداري من مبدأ عدم جواز توجيه أوامر للإدارة إلى إقرار سلطة الأمر:

سلطة الأمر (L'injonction)، هي سلطة تمنح للقاضي الإداري قصد إلزام الإدارة بالقيام بعمل معين أو الامتناع عنه⁽³⁾، وقد كان مبدأ عدم جواز توجيه أوامر للإدارة إلى وقت قريب

Mhtml://D:User/DATA/Bureau/jj/LOI no 2000-597 du 30 juin 2000 relatives au référé devant les juridictions administratives.

⁽¹⁾ - **Art.L. 551-1:** « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ».

Art.L. 551-2: « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages ».

Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.

Voir : [Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009](#) relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique).

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnArticleDeCode?commun=CJUSAD&art=L551-1>

⁽²⁾ - بزاجي سلوى، "رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 42.

⁽³⁾ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق ص 871-872.

قاعدة تحكم سلطات القاضي الإداري، يرجع أصل هذه القاعدة أساساً للقضاء الإداري الفرنسي، هذا الأخير كرسها بناءً على سببين:

أولهما: التفسير الفرنسي لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي يهدف إلى عدم تدخل المحاكم العادية في الشؤون الإدارية وهو التفسير الذي تبناه القضاء.

ثانيهما: هدف الإدارة هو تحقيق الصالح العام، ولا ينبغي للقضاء عرقلة تحقيق هذا الهدف بالتدخل في شؤونها⁽¹⁾.

تكرست، كنتيجة لهاتين الحجتين، قاعدة مفادها أن القاضي الإداري لا يجوز له أن يأمر جهة الإدارة بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل، كما لا يجوز له يحل محل جهة الإدارة في القيام بعمل معين هو من صميم اختصاصها، ولا يقتصر الحظر على قاضي الموضوع بل يشمل كذلك قاضي الاستعجال⁽²⁾.

شكلت بذلك فإن قاعدة عدم جواز إصدار القاضي أوامر للإدارة قيماً على عمل القاضي الإداري، تجعل رقابته على عمل الإدارة تفتقد في كثير من الأحيان للفعالية، فمن نتائج هذه القاعدة، مبدأ عدم جواز حلول القاضي محل الإدارة، والذي يقصد به أن القاضي يقوم بالفصل في الدعوى المطروحة عليه، دون أن يحل محل جهة الإدارة في القيام بأي عمل من الأعمال التي تدخل في اختصاصها.

فأصبح القاضي لا يخرج عن ممارسة الوظيفة القضائية التي لا تتعدى إنزال حكم القانون على المنازعة المعروضة عليه، وليس له تجاوز هذا الدور بأن يحل محل الإدارة في ممارسة الأعمال الإدارية، أو أن يتولى أعمال تقديره على مسألة من المسائل تتطلب في أصلها تقدير

(1) - يعيش تمام آمال، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون العام، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2011-2012، ص 22.

(2) - سي العربي عبد العزيز، صلاحية القضاء في أمر الإدارة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017، ص 6.

جهة الإدارة، صراحة أو ضمنا، فلا يمكنه ممارسة الوصاية على جهة الإدارة، فإذا امتنعت عن إصدار ترخيص معين فليس له أن يمنح هو هذا الترخيص⁽¹⁾.

نظرا للنتائج السلبية التي أفرزتها هذه القاعدة، فإنه سرعان ما تغير الوضع في فرنسا، وذلك بفضل تدخلات المشرع الفرنسي والتي كان أبرزها قانون 1995/02/08، الذي سمح للقاضي توجيه أوامر للإدارة⁽²⁾، لذلك فإن صلاحية الأمر -التي شكلت تجاوزا على بعض المحظورات التقليدية في النظام القضائي الإداري الفرنسي- تشريعية النشأة، فقد استحدثت بموجب قانون 1992/01/04 الذي أدخل المادة L220 إلى تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية.

فيستطيع القاضي المختص بدعوى المادة L220 أن يأمر الإدارة بأن تراعي التزاماتها المفروضة عليها قانونا في مجال العلنية والمنافسة في إبرام عقد الشراء العام، أو عقد تفويض، كأن يأمرها بالقيام بتصرفات محددة، من شأنها جعل إجراءات إبرام العقد متطابقا مع منطق المنافسة كما يفرضه القانون، سواء تعلق الأمر بالقواعد المنصوص عليها في التشريعات الوطنية أو الأوروبية على حد سواء⁽³⁾.

وقد وضع مجلس الدولة الفرنسي هذه السلطة موضع التطبيق العملي عدة مرات، فقد أمر رئيس المحكمة الإدارية لمدينة (ستراسبورغ) بإعادة الإجراء المتعلق بقبول الترشيحات في طلب عروض مقيد بمراعاة ما يقتضيه تقنين عقود الشراء العام لمشروعية مثل هذا الإجراء، حيث استخدمت الإدارة المتعاقدة إجراء مقيدا في حين كانت معطيات العملية التعاقدية تشير إلى ضرورة اللجوء إلى إجراء منافسة مفتوحة، ونوهت المحكمة إلى ضرورة مراعاة قانون عقود الشراء العام، لمشروعية مثل هذا الإجراء⁽⁴⁾.

(1) - يعيش تمام أمل، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، مرجع سابق، ص 30.

(2) - لعلام محمد مهدي، "القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 30.

(3) - RICHER Laurent, droit des contrats administratif, LGDJ, 1995, p143.

(4) - حمدي علي عمر، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2018، ص 245.

كما ألغى مجلس الدولة قرارا صادرا عن رئيس المحكمة الإدارية (لغرينوبل) بتاريخ 1995/05/05، لأن هذا الأخير قد رفض أن يأمر الإدارة بأن تراعي الالتزامات التي فرضها القانون بشأن المنافسة⁽¹⁾.

أما في الجزائر، فإن الملاحظ لقرارات مجلس الدولة الجزائري، لا بد أن يتوصل إلى أنه وكقاعدة عامة فقد انتهج القضاء الإداري في الجزائر نفس منهج القضاء الفرنسي، إذ تبنى مبدأ حضر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة، وذلك بصفة تلقائية، رغم أن موقف القضاء الفرنسي جاء كنتيجة لظروف محددة تخص النظام القضائي الفرنسي دون غيره⁽²⁾.

إذ لم تتضمن النصوص القانونية، لاسيما الأمر 66-154 المتعلق بالإجراءات المدنية⁽³⁾، أية مادة قانونية تحضر تدخل القاضي الإداري -بمناسبة خصومة إدارية معروضة عليه- إصدار أوامر للإدارة المخاصمة، وحتى بعد التعديل الدستوري لسنة 1996، الذي كرس الازدواجية القضائية وأسس بوضوح هرم القضاء الإداري مستقلا عن القضاء العادي، فقد ظل متخذا من موقف مجلس الدولة الفرنسي -المؤيد لفكرة منع القاضي الإداري من توجيه أوامر للإدارة- منهجا وعرفا لا يحيد عنه، أي أنه وضع لنفسه قيда ذاتيا، لم يوجد له أي أساس قانوني أو حتى مبرر فقهي.

أكدت الأحكام الصادرة عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ثم عن مجلس الدولة هذا الاتجاه، فعند رقابة القاضي الإداري للقرار الصادر عن الإدارة يكتفي بإلغائه في حالة عدم مشروعيته دون إصدار أية أوامر للإدارة، فقد جاء في أحد قرارات مجلس الدولة أنه: "لا يمكن

(1) - مختار مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 874.

(2) - وهي الظروف التي كانت سائدة في السنوات الأولى للثورة الفرنسية، لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع راجع: آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، مرجع سابق، ص 69 وما يليها.

(3) - أمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 47، صادر في 9 يونيو 1966، معدل ومتمم بقانون رقم 90-23 مؤرخ في 18 أغسطس 1990، ج ر عدد 36، صادر في 22 أغسطس 1990، (ملغى).

للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة⁽¹⁾، ومن الواضح أنه في ظل هذه المعطيات لم يكن من الممكن التعويل على القضاء الإداري ليتخذ موقفا حاسما يعزز به رقابته وصلاحياته في مواجهة التصرفات غير المشروعة للإدارة.

نتيجة لهذا الموقف السلبي من جانب القضاء الإداري الاستعجالي بشكل خاص، فقد الأفراد ضمانات جوهرية لحماية حقوقهم في مواجهة التصرفات الغير قانونية للإدارة، وإذا كان تقليص من صلاحيات قاضي الاستعجال الإداري قد يجد له تفسيراً في السنوات الأولى للاستقلال، إذ أن حداثة الإدارة دفع المشرع للميل نحو حمايتها وتعزيز مكانتها ولو على حساب حقوق الأفراد، هذا فضلا عن تداعيات النهج الاشتراكي الذي كان في أوج سيطرته أيام صدور قانون الإجراءات المدنية (1966)، الذي تضمن فلسفة حماية القطاع العام.

هذه المبررات زالت كليا ولم يعد لها أي وجود بعد تحول الدولة إلى نهج الاقتصاد الحر⁽²⁾، وإذا كان من الواضح أن الدولة قد بذلت مجهودات منذ بداية التسعينات من أجل ترسيخ مبادئ النظام اللبرالي من خلال الاعتراف والتكريس لمبادئ المنافسة والشفافية في المجال الاقتصادي⁽³⁾، غير أن المشرع الجزائري لم يواكب هذا التطور على الفور، ذلك أن قانون الإجراءات المدنية تضمن العديد من الأحكام التي لا تتلاءم خصوصية المرحلة الجديدة.

لم يحدث المشرع الجزائري التغيير المطلوب إلا سنة 2008 بصور القانون 08-09 والذي حمل تغيير جوهري في دور القضاء الإداري الاستعجالي، وكان أبرز مظهر هذا التغيير منح المشرع قاضي الاستعجال الإداري صراحة صلاحية توجيه أوامر للإدارة.

(1) - لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، ط 4، دار هوم، الجزائر، 2009، ص 446-449.

(2) - نجيمي جمال، "القضاء الإداري الاستعجالي بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي"، الفكر البرلماني، العدد 11، الجزائر، 2006 ص 109.

(3) - بودريوه عبد الكريم، "مدى مساهمة قانون الصفقات العمومية للنهج الإصلاحية..." مرجع سابق، ص 162.

من الواضح أن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي حددت صلاحيات قاضي الاستعجال في مادة الصفقات، قد حملت في طياتها ثورة على مفاهيم مترسخة في مجال صلاحية القاضي الإداري، إذ يوجد ما يكفي من المبررات التي دفعت المشرع إلى اعتماد هذا الاتجاه الجديد منها:

- التطبيق الفعلي لمتطلبات دولة القانون وحماية مبدأ المشروعية وذلك بتمكين القاضي الإداري من توجيه أوامر للإدارة.

- إلزام الإدارة بالتنفيذ وتجنب تهريبها منه، وذلك تحت طائلة الجزاء.

كما أن السماح للقاضي بتوجيه أوامر للإدارة لا يؤدي إلى شل أعمالها وعرقلتها بالشكل الذي يمس المصلحة العامة أو النظام العام، لأن هذه السلطة الممنوحة للقاضي لا تتعدى إعادة الأمور إلى نصابها دون أن تصل إلى درجة حلول القاضي محل الإدارة⁽¹⁾.

ثانياً: طبيعة الأوامر التي يصدرها قاضي الاستعجال بين النظامين الفرنسي والجزائري:

إن الأوامر الصادرة عن القاضي الإداري، هي في حقيقتها تدابير لا تهدف إلى مجازاة مخالفات العلنية والمنافسة المرتكبة، بقدر ما تهدف إلى إصلاح هذه المخالفات قبل إتمام إبرام العقد⁽²⁾، وهي ذات طبيعة موضوعية، أي أنها تدابير نهائية تمس أصل الحق وليست مجرد تدابير تحفظية مؤقتة⁽³⁾، وهذا ما يجعل دعوى الاستعجال في مجال الصفقات العمومية دعوى ذات طبيعة خاصة فهي دعوى متميزة عن دعوى الاستعجال العامة، لافتقادها عنصر أساسي من عناصر الدعوى الاستعجالية العامة، هو عنصر عدم المساس بأصل الحق.

(1) - خضري حمزة، "الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر"، مجلة الفكر القانوني، المجلد 11، العدد 1، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016، ص 205.

(2) - مهند مختار نوح، "القاضي الإداري والأمر القضائي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية، المجلد 20، العدد 02، سوريا، 2004، ص 199.

(3) - كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 133.

يتفق التشريعان الفرنسي والجزائري في منح صلاحية الأمر لقاضي الاستعجال قبل التعاقد، إلا أنهما يختلفان بشكل واضح حول المدى الذي تصل إليه هذه السلطة.

1- صلاحيات محدودة نسبيا لقاضي الاستعجال وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية

وفقا لما نصت عليه المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تتضمن سلطة الأمر لقاضي الاستعجال قبل التعاقد، إمكانية إلزام المصلحة المتعاقدة بالامتثال للالتزامات الإشهار والمنافسة التي أخلت بها، وبذلك تنتوع هذه الأوامر، كالأمر بنشر الإعلان عن الصفقة بالإشهار الصحفي، إعادة النشر مستوفيا للشروط القانونية كالبيانات الإلزامية، أو بقبول مرشح تم استبعاده دون مبرر مقبول، أو استبعاد مرشح مقبول لعدم توفر شروط قبوله، هذه الأوامر تكون متبوعة بالأجل الذي يجب أن تلتزم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ الأمر خلاله.

من خلال بعض أحكام القضاء الإداري في الجزائر فقد وضعت المحاكم الإدارية في بضع مناسبات سلطة الأمر حيز التطبيق، كقرار المحكمة الإدارية بالجلفة، في قضية الديوان الوطني للخدمات الجامعية، ومديرية الخدمات الجامعية بالجلفة من جهة، ضد عدة متعاملين منهم السيد (م ع) صاحب مؤسسة تجارة بالجملة للحوم الحمراء من جهة، والسيد (س م) صاحب مؤسسة التجارة بالجملة للمنتجات المرتبطة بتغذية الإنسان⁽¹⁾.

تتلخص وقائع القضية في كون المدعى عليها (مديرية الخدمات الجامعية) قامت بالإعلان عن مناقصة لأجل تموينها باللحوم الحمراء والبيضاء، وحدد تاريخ 2017/12/04 كآخر أجل لاستلام العروض، فقام المدعيان بسحب دفتر الشروط بعد دفع مستحقاته، ولما حاول كل منهما إيداع عرضه بتاريخ 2017/12/04، رفضت المدعى عليها استلامها، مبررة ذلك بكون العرض لا يقبل استلامه إلا من الممثل القانوني للعارض أو من ينوب عنه بوكالة أو تكليف بمهمة.

(1) - قرار رقم 17/01308، صادر عن المحكمة الإدارية بالجلفة، بتاريخ 2017/12/19، قضية السيد (م ع) صاحب مؤسسة التجارة بالجملة للحوم الحمراء، ضد الديوان الوطني للخدمات الجامعية، ومديرية الخدمات الجامعية بالجلفة، (غير منشور).

فقضت المحكمة الإدارية بخصوص قضية السيد (م ع) أنه: "حيث أن محضر إثبات حالة المتضمن حضور عملية فتح أظرفة المناقصة المحرر بتاريخ: 2017/12/04 على الساعة 19 س 30 دقيقة يؤكد منع بعض ممثلي الممومنين من تسليم أظرفة العروض وكذا الدخول إلى القاعة وحضور عملية الفتح بسبب عدم حيازتهم على وكالات رسمية (من قبل موثق أو من قبل مصالح البلدية) وذلك حسب تصريح ممثل الملتزمة منهم أسماؤهم (م ع - س م - ع م - شركة لاطراكو - شركة الكريمة - الشركة الجزائرية للحوم الحمراء).

وحيث من ذلك يتضح أن المدعي قد حرم من المشاركة رغم حضور وكيله قبل إقفال عملية إيداع العروض مع أنه دفع المستحقات واستلم دفتر الشروط.

وحيث أن المدعي عليه أكد في جوابه بأنه لا يقبل إيداع العروض إلا من الأشخاص الذين تأكد سحبهم لدفاتر الشروط، ولأن المدعي قد سحب دفتر الشروط وحضر وكيله فإن منعه من المشاركة يكون بدون مبرر، الأمر الذي يجعل من عملية إيداع العروض وفتح الأظرفة غير قانونية وفيه حرمان للمدعي من المنافسة الأمر الذي يجعل طلبه مؤسس، ويتعين التصريح بإلغاء عملية إيداع العروض وفتح الأظرفة والأمر بإعادة عملية إيداع العروض وفتح الأظرفة".

كما توصلت المحكمة إلى نفس الحكم فصلا في قضية السيد (س م) بتاريخ 2017/12/19 فجاء في حكمها: "... ولأن المدعي قد سحب دفتر الشروط وحضر وكيله فإن منعه من المشاركة يكون بدون مبرر الأمر الذي يجعل من عملية إيداع العروض وفتح الأظرفة غير قانونية وفيه حرمان للمدعي من المنافسة"⁽¹⁾.

(1) - قرار رقم 17/01400، صادر عن المحكمة الإدارية الجلفة، بتاريخ 2017/12/10، قضية السيد (س م) صاحب مؤسسة التجارة بالجملة للمنتجات المرتبطة بتغذية الإنسان، ضد الديوان الوطني للخدمات الجامعية، ومديرية الخدمات الجامعية بالجلفة، (غير منشور).

خلصت المحكمة إلى القضاء بإلغاء إجراءات المناقصة ابتداء من عملية الإعلان عنها إلى غاية عملية فتح الأظرفة وإعادة جدولتها من جديد.

غير أن ما يؤسف له أن مجلس الدولة قد ألغى الحكمين الصادرين عن المحكمة الإدارية، لصالح المدعين السيد (م ع)⁽¹⁾ والسيد (س م)⁽²⁾، وذلك بحجة أنهما قد خالفا المادة 36 من تنظيم الصفقات العمومية التي تنص على أن تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط والوثائق المنصوص عليها في المادة 64، وأنه يجب أن يسحب دفتر الشروط من طرف المرشح أو المتعهد أو من طرف ممثليهم المعيّنين لذلك، وبالرجوع للقواعد العامة فإن التمثيل يكون بوكالة قانونية تحرر أمام الجهات المخول لها ذلك قانوناً، والتالي فإن توكيل المستأنف ضدهما مخالف للقواعد العامة.

فقضي المجلس بأنه: "...خالفاً لما توصل إليه قضاة الدرجة الأولى فإن المستأنفان احترماً لإجراءات المنافسة المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247... ودفتر الشروط المرفق بالملف، مما يتعين إلغاء الأمر المستأنف والقضاء من جديد برفض الطلب لعدم التأسيس".

تعقيباً على ما خلص إليه قرار مجلس الدولة، يلاحظ أن هذا الأخير قد تمسك بمخالفة العارضين للإجراءات القانونية لسحب دفاتر الشروط، وفي المقابل غض الطرف عن خطأ المصلحة المتعاقدة المتمثل في تسليم دفاتر الشروط عندما طلبها العارضان دون إثارة مسألة التوكيل القانوني، لتعود وتثيرها في مرحلة تقييم العروض.

(1) - قرار رقم 152116، صادر عن الغرفة الخامسة لمجلس الدولة بتاريخ 2018/01/09، قضية الديوان الوطني للخدمات الجامعية و من معه، ضد السيد (م ع)، (غير منشور).

(2) - قرار رقم 152115، صادر عن الغرفة الخامسة لمجلس الدولة بتاريخ 2018/01/09، قضية الديوان الوطني للخدمات الجامعية ومن معه، ضد السيد (س م)، (غير منشور).

إن خطأ المصلحة المتعاقدة هذا فوت على العارضين إمكانية تصحيح الإجراء في أوانه، وبالتالي ضيع عليهما فرصة المشاركة في المنافسة على نيل الصفقة، وهي حالة واضحة للإخلال بقواعد المنافسة والشفافية التي تخضع لها عملية تلقي العروض.

كان على مجلس الدولة أن يؤيد قرار المحكمة الإدارية لأن الشرط الأساسي لقبول دعوى الاستعجال قبل التعاقد المتمثل في مخالفة قواعد العلانية والمنافسة، متوفر في صورة تفويت فرصة المشاركة في المنافسة، ففي رأيي فإن المجلس جانب الصواب في قراره، فقد أساء تقدير الواقعة وتطبيق القانون عليها، كما أنه لم يتخذ موقفا إيجابيا لتكريس حماية الشفافية والنزاهة، بل اتبع موقفا سلبيا بعدم التوسع في تحديد مفهوم مخالفة المنافسة، مما يعكس عدم ترسخ المفهوم الحديث لدور القاضي الإداري في حماية المنافسة.

2- صلاحيات واسعة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد وفقا لقانون العدالة الإدارية:

تشمل التدابير النهائية الممنوحة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد في فرنسا سلطتي الإلغاء والإبطال، أي إلغاء القرارات ذات الصلة بتكوين العقد، وإبطال أو حذف الشروط التعاقدية أو التعليمات المتضمنة محاباة لصالح أحد المتنافسين.

1 - إلغاء القرارات ذات الصلة بتكوين العقد:

تصدر الإدارة المتعاقدة في سبيل إبرام العقد مجموعة من القرارات التي تعبر عن إرادتها ونيتها في الارتباط بعلاقة تعاقدية مع أحد المتعاملين، هذه القرارات هي جوهر عملية إبرام العقد، يتمتع القاضي الإداري بموجب دعوى الاستعجال قبل التعاقد بسلطة هامة تجاه هذه القرارات هي سلطة الإلغاء، بموجب هذه الصلاحية، يستطيع القاضي الاستعجالي إلغاء القرارات الإدارية المتصلة بإبرام الصفقة، والتي تنطوي على مخالفات للالتزامات العلانية والمنافسة، وهي في الغالب قرارات إقصاء المرشحين أو قرارات رفض العروض⁽¹⁾.

(1) - LE FOYER DE COSTIL Louis, « Le référé précontractuel », Voir : <https://louislefoyerdecostil.fr/le-refere-precontractuel/>

تحقق سلطة الإلغاء الممنوحة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد نتيجة هامة، وهي استرجاع رقابة القاضي الإداري على القرارات المساهمة في تكوين العقد لفعاليتها ولدورها الحساس في حماية مبدأ المشروعية وصيانة حقوق الأفراد في مواجهة الإدارة العامة⁽¹⁾، وهي الأدوار الهامة التي فقدتها رقابة القضاء الإداري في ظل دعوى الإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري.

تعد صلاحية الإلغاء سلطة هامة وخطيرة في نفس الوقت، لأنها تؤدي إلى الوقف التام لعملية إبرام الصفقة، لكن رغم خطورة هذه السلطة، فإن مجلس الدولة الفرنسي لم يعمل على الحد منها، بل إنه قرر صراحة أنه لا يشترط إثبات صعوبة إصلاح الضرر الذي قد ينتج عن تنفيذ القرار الملغى، لأنه بتقرير هذا الشرط سيحد من فعالية سلطة القاضي الاستعجالي⁽²⁾.

ب - حذف الشروط أو التعليمات المتضمنة محاباة لصالح أحد المتنافسين:

تجعل هذه السلطة الممنوحة لقاضي الاستعجال في فرنسا رقابة القضاء الإداري تصل إلى درجة هامة من الفعالية إذ تمنح قاضي الاستعجال تدبير جد فعال في مواجهة تصرفات الإدارة⁽³⁾، فوفقاً للفقرة الأخيرة من المادة L551-2 يمكن للقاضي الإداري أن يبطل أو يعدل بعض الشروط التي تسري على العقد الذي سيتم إبرامه، إذا كانت هذه الشروط تتطوي على عنصر تفضيلي لمصلحة أحد المتنافسين⁽⁴⁾.

شكلت سلطة الأمر بحق ثورة على المبادئ التقليدية التي تضبط حدود رقابة القضاء الإداري على العقود الإدارية، إذ أصبحت الإدارة المتعاقدة خاضعة للرقابة في مجال الشروط التعاقدية.

(1) - دهمه مروان، "القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية"، مجلة التمكين الاجتماعي، المجلد 2،

العدد 3، جامعة عمار تليجي، الأغواط، 2020، ص 133.

(2) - مختار مهند، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 874-875.

(3) - GRELIER BESSMANN Patricia, Mémento des marchés publics, 2^e édition, EYROLLES, 2003, p 133.

(4) - DE BAECKE Pierre, Comprendre simplement les marché public, LE MONITEUR, PARIS, 2013, p246.

رغم أن المشرع الجزائري قد جاء بأحكام الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات مقتديا بالتجربة الفرنسية في ذات المجال، إلا أنه خلافا للتشريع الفرنسي لم ينص على ما إذا كان للمحكمة سلطة حذف البنود الواردة في العقد، والتي يمكن أن تتخذ مطية لعدم تكافؤ الفرص بين المرشحين⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تأجيل إمضاء العقد

يتمتع القاضي الاستعجالي بسلطة الوقف أو تأجيل إمضاء العقد، وتهدف هذه السلطة إلى تقادي حصول نتائج يصعب تداركها عن طريق التريث إلى غاية صدور الأمر⁽²⁾، وتشمل كل إجراء أو قرار يهدف إلى إبرام العقد، فوفقا لنص المادة L521-1 من قانون العدالة الإدارية، يستطيع القاضي الإداري الحكم بوقف أي قرار إداري يتعلق بإبرام الصفقة شرط أن يبرر الوقف بحالة استعجال⁽³⁾.

يكفي، وفقا لمجلس الدولة الفرنسي وجود أسباب جدية لتقرير هذا الوقف تطبيقا لنص المادة L521-1 من قانون العدالة الإدارية⁽⁴⁾.

نص المشرع الجزائري على سلطة تأجيل إمضاء العقد بموجب المادة 946 من القانون 08-09، حيث يمكن لقاضي الاستعجال أن يأمر المصلحة المتعاقدة بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية إتمام الإجراءات التي أمر بها، ولمدة لا تتجاوز 20 يوما، ويعد هذا التأجيل بحد ذاته

(1) - بوكحيل ليلي، "دور القضاء الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة"، الملتقى الوطني حول حرية المنافسة في القانون الجزائري، جامعة باجي مختار عنابة، يومي 03-04 أفريل 2013.

(2) - لعلام محمد مهدي، "الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 210.

(3) - AUBY Jean-Bernard, « Un acte administratif ne peut affecter les contrats en cours », *Juris Classeur, Droit administratif*, N° 5, 2004, p 17.

(4) - L'article L521-1 : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ».

وسيلة ضغط على الإدارة لتفي بالتزاماتها⁽¹⁾، وهو إجراء خطير يؤدي إلى شل عملية إبرام الصفقة، وبالتالي المساس بسير المرفق العام بانتظام واطراد.

الفرع الثالث

الحكم بالغرامة التهديدية

تظهر الممارسة العملية أن الإدارة في كثير من الأحيان لا تستجيب لأحكام القضاء، وبذلك لا يستبعد تماطل المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الأوامر التي أصدرها القاضي الاستعجال قبل التعاقد خلال المدة المحددة، تقاديا لذلك وضمانا لمصادقية قوة الشيء المقضي به ودعمًا لحقوق الأفراد، يتجه فقه القانون الإداري في مختلف دول القضاء المزدوج كفرنسا، مصر، الجزائر، إلى ضرورة الأخذ بنظام الغرامة التهديدية كإجراء يستهدف ضمان تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية.

استخدم المشرع الجزائري مصطلح الغرامة التهديدية في القانون المدني وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ورغم ذلك لا نجد في أي منهما تعريفا قانونيا للغرامة التهديدية، والواقع أن هذا الأمر ليس بالغريب، فالمشرع الجزائري غالبا ما يمتنع عن تقديم التعريف باعتبارها وظيفة الفقه.

يمكن تعريف الغرامة التهديدية على أنها: "إجراء الهدف منه ضمان تنفيذ الأحكام القضائية، حيث إن القاضي يستطيع بناء على هذا الإجراء أن يأمر المدين بتنفيذ التزامه عينا خلال مدة معينة، فإذا تأخر، كان ملزما بدفع غرامة تقدر على أساس مبلغ معين عن كل فترة زمنية من الإخلال بالالتزام"⁽²⁾.

(1) - فقير محمد، "رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن -آلية وقائية لحماية المال العام"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 16.

(2) - قاسمي خديجة، عرباوي نبيل صالح، "نطاق اختصاص القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية"، مجلة القانون والأعمال، <https://www.droitentreprise.com/?p=11079>.

أما وفقا للقانون المدني وكذا قانون الإجراءات المدنية فتعرف الغرامة التهديدية بأنها عقوبة مالية، يحدد مبلغها قاضي الاستعجال أو القاضي المختص بموضوع الدعوى للضغط على الطرف المحكوم عليه ودفعه لتنفيذ الحكم في أقرب الآجال، يقدر مبلغها بالنظر لعدد أيام التأخر في التنفيذ، ويرجع في هذا المجال إلى المادة 174 من القانون المدني وكذا المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾.

يلجأ القاضي الإداري إلى فرض الغرامة التهديدية كوسيلة قانونية للضغط على المصلحة المتعاقدة لتنفيذ الأوامر التي يصدرها، حيث يأمر المدين بتنفيذ التزامه عينيا خلال مدة معينة، فإذا تأخر، كان ملزما بدفع غرامة تقدر على أساس مبلغ معين عن كل فترة أو وحدة زمنية يتأخر فيها بتنفيذ التزامه⁽²⁾.

كان القضاء الإداري في الجزائر قبل صدور القانون 08-09، مترددا في إمكانية فرض القاضي الإداري الغرامة التهديدية على الإدارة، وذلك نتيجة لمبدأ عدم جواز توجيه أوامر للإدارة، إذ أن هذا المنع لا يتوقف عند حد امتناع القاضي الإداري عن إصدار أوامر تنفيذية، بل يمتد ليدخل في نطاقه حضر وسائل التهديد المالي أو الغرامة المالية بتنفيذ الحكم، فقد سلم في حالات نادرة بإمكانية الحكم بالغرامة التهديدية، لكنه في أغلب الأحيان، كان يرفض فكرة جواز فرض الغرامة التهديدية إعمالا لمبدأ "عدم جواز توجيه أوامر للإدارة"، فقد قضت المحكمة العليا بأن "... الغرامة التهديدية غير مبررة ضد الدولة أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ..."⁽³⁾.

(1) - براهيم سهايم، براهيم فايزة، "الاعتراف القانوني للقاضي الإداري بمواجهة الإداري في تنفيذ الأحكام القضائية"، دفاثر السياسة والقانون، العدد 10، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص 215.

(2) - جيلالي عبد الحق، "الغرامة التهديدية كآلية لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة ضدها"، الملتقى الدولي الثامن حول التوجهات الحديثة للقضاء الإداري، ودوره في إرساء دولة القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، يومي 06-07 مارس 2018، ص 274.

(3) - نقلا عن حسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، ط 4، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 499.

وقد جانب مجلس الدولة الصواب، في قراره رقم 014989، بشأن نزاع بين وزارة التربية الوطنية والسيد (ك م)، عندما اعتبر فرض الغرامة التهديدية من قبيل العقاب الجزائي، فتخضع بالتالي لمبدأ "شرعية الجريمة والعقوبة"، حيث جاء فيه "...حيث أنه، وفي الأخير، وبما أن الغرامة التهديدية التزام ينطق به القاضي، فإنه، فإنه ينبغي أن يطبق عليها مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات وبالتالي يجب سنّها بقانون.

حيث أنه لا يجوز للقاضي في المسائل الإدارية النطق بغرامة تهديدية مادام لا يوجد أي قانون يرخّص صراحة بها وأن القرار المستأنف قرار الطرد بغرامة تهديدية قد تجاهل هذا المبدأ مما يستوجب بالنتيجة قبول طلب وقف التنفيذ..."⁽¹⁾.

عرفت صلاحية فرض التهديد المالي (الغرامة التهديدية) في فرنسا تطورا مخالفا تماما عن الوضع في الجزائر، حيث تم تقنين الغرامة التهديدية في فرنسا، كتدبير يتخذه القاضي الإداري لحث الإدارة على الاستجابة لأحكام الصادرة ضدها، أي أن المشرع الفرنسي اعترف للقاضي الإداري بصلاحية التهديد المالي للإدارة قبل صدور قانون العدالة الإدارية.

وبالتحديد منذ سنة 1980، مع صدور القانون 539/80 المؤرخ في 1980/07/16، المتعلق بالغرامات التهديدية المقررة في المجال الإداري لضمان تنفيذ الأحكام القضائية من طرف الأشخاص المعنوية العامة والملاحظ أن هذا القانون أعطى صلاحية فرض التهديد المالي لمجلس الدولة دون غيره من جهات القضاء الإداري الأدنى، غير أن الوضع لم يبقى على حاله بعد صدور القانون رقم 120/95 المؤرخ في 1995/02/07 الذي أعطى للقضاء الإداري بمختلف درجاته حق توجيه أمر للإدارة مقرونا بإمكانية فرض غرامة تهديدية⁽²⁾.

وبالتالي فقد جاء تكريس الغرامة التهديدية في التشريع الفرنسي كضمان عام لتنفيذ الأحكام القطعية الصادرة عن أية جهة من جهات القضاء الإداري، وذلك مهما كان موضوع النزاع المعروض أمام القضاء الإداري.

(1) - مجلة مجلس الدولة، العدد 03، 2003، ص 177-178.

(2) - مختار مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 879.

أما بالنسبة للقضاء الإداري في المغرب، فإنه لم يجد صعوبة في تطبيق قواعد المسطرة المدنية وبالتحديد الفصل 448 الذي يؤسس للغرامة التهديدية، فقد جاء في الحكم الصادر في 1997/03/06: "...حيث إن المحاكم الإدارية تطبق القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية ما لم ينص قانون على خلاف ذلك طبقا للمادة 7 من القانون 41/90، وحيث لا يوجد أي نص يستثني الإدارة من فرض غرامة تهديدية عليها في حال امتناعها عن تنفيذ حكم قضائي صدر في مواجهتها، يتعلق بالالتزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل"⁽¹⁾.

بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لم يدع المشرع الجزائري أي مجال للجدل بشأن سلطة قاضي الاستعجال في فرض الغرامة التهديدية على المصلحة المتعاقدة، حيث منحته المادة 946 منه الأساس القانوني لهذه الصلاحية، وبهذا الإقرار القانوني وضع المشرع الجزائري حدا لمرحلة طويلة ساد فيها الاعتقاد بعدم إمكانية إجبار الإدارة العامة على احترام أحكام القضاء بواسطة الغرامة التهديدية⁽²⁾.

(1) - نقلا عن: قاسمي خديجة، عرياوي نبيل صالح، "تطابق اختصاص القاضي الاستعجالي...، مرجع سابق.

(2) - لعلاونة سليمان، "تفعيل سلطات القاضي الإداري في مواجهة الإدارة العامة من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية

الباب الثاني

الرقابة على منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

تدخل الصفقة بعد إتمام إبرامها من طرف المصلحة المتعاقدة وفقا للخطوات التي يتطلبها القانون وبمراعاة الإجراءات اللازمة، مرحلة جديدة هي مرحلة التنفيذ، أي دخول العقد المبرم بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد حيز التطبيق.

يسعى خلال هذه المرحلة كل طرف إلى تحقيق أهدافه من إبرام الصفقة، فهدف المصلحة المتعاقدة هو تحقيق المصلحة العامة، لذلك فإنها تضغط على المتعامل المتعاقد باعتبارها صاحبة المشروع -بكل الوسائل التي تملكها- لحثه على تنفيذ الصفقة وفقا للكيفية التي تراها محققة للمصلحة العامة، أما المتعامل المتعاقد، فإن هدفه هو الحصول على أكبر ربح ممكن، فيؤدي هذا التعارض في المصالح إلى قيام المنازعة بين طرفي الصفقة.

يتعلق موضوع منازعات إبرام الصفقة بإخلال أحد الأطراف بالتزاماته، ذلك أن الصفقة عقد يولد حقوق والتزامات متبادلة في ذمة الطرفين، لذلك يعد إخلال أحد الأطراف بالتزاماته اعتداء على حقوق الطرف الآخر.

تخضع هذه المنازعات لرقابة قاضي العقد، فالصفقة العمومية هي عقد بنص القانون⁽¹⁾، ويعد العقد تصرفا ناتجا عن توافق إرادتين، فيولد للمتعاقد حقوق شخصية، فأيا كان محل المنازعة القائمة بين طرفي الصفقة، فإن المتعامل يهدف من خلال تحريك رقابة القاضي الإداري إلى طلب تحديد مركزه الذاتي أو الشخصي أي تحديد حقوقه بصفة كاملة للحصول على جبر الضرر الذي أصابه.

(1) - تنص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة، في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

يتفق محل منازعات الصفقات العمومية مع طبيعة القضاء الكامل، وبذلك استقر القضاء والفقهاء الإداريين على أن رقابة القاضي الإداري على منازعات العقود الإدارية ومنها الصفقات العمومية هي رقابة القضاء الكامل، كما اصطلح على إطلاق تسمية قاضي العقد على القاضي الإداري الفاصل في منازعة العقد الإداري، ذلك أن القاضي الإداري يختص بالنظر في كل منازعة ناشئة عن العقد بمجرد إبرامه، وهذا إذ تم تنفيذ الصفقة بشكل عادي (الفصل الأول)، كما يراقب منازعات الصفقة في حالة فسخها (الفصل الثاني).

الفصل الأول

رقابة قاضي العقد على منازعات التنفيذ العادي للصفقات

تعد رقابة قاضي العقد الرقابة الأصلية للفصل في منازعات العقود الإدارية بصفة عامة، ولا تعد الصفقات العمومية استثناء عن هذه القاعدة، بذلك فإن أية منازعة تقوم بين طرفي الصفقة، تخضع لاختصاص قاضي العقد، أي أن القاضي الإداري تنظر في هذه المنازعة باعتبارها من دعاوى القضاء الكامل.

غير أن الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يشر صراحة في أي نص قانوني على طبيعة رقابة القاضي الإداري على منازعات تنفيذ الصفقة، ولم يتغير هذا الوضع حتى بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي نص على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في دعاوى القضاء الكامل، دون أن يفصل في أنواع الدعاوى التي تندرج في مجال القضاء الكامل، ومن المعلوم أن القضاء الكامل يشمل إلى جانب دعاوى العقود الإدارية أنواع أخرى منها دعوى المسؤولية، على خلاف هذا الوضع فقد ورد اختصاص القضاء الكامل في القانون المصري بمنازعات العقود الإدارية بنص صريح.

إن دراسة موضوع رقابة القضاء الإداري على منازعات تنفيذ الصفقات العمومية تتطلب العودة إلى قواعد رقابة القضاء على تنفيذ العقود الإدارية التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي، والتي أصبحت قواعد عامة اتبعتها العديد من الأنظمة القضائية المقارنة ومنها القضاء الإداري في الجزائر، من خلال هذه القواعد يتوزع الاختصاص برقابة منازعات تنفيذ الصفقة في حالة التنفيذ العادي للصفقة، بين قاضي الموضوع (المبحث الأول)، وقاضي الاستعجال الإداري (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

رقابة قاضي الموضوع على منازعات تنفيذ الصفقة

يراقب القاضي الإداري ويفصل في المنازعات الموضوعية الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية، تدرج هذه المنازعات ضمن دعوى القضاء الكامل، ويتعلق مجالها بعملية تنفيذ الصفقة العمومية، إذ يشتمل تنفيذ الصفقة العمومية على حقوق والتزامات تقع على طرفي الصفقة، فإذا أخل أي طرف بالتزاماته ينشأ الحق للطرف الآخر للمطالبة بتنفيذ هذه الالتزامات على اعتبار أن التزامات كل طرف تعد حقوقا للطرف الآخر.

إلا أن مركز طرفي الصفقة العمومية باعتبارها عقدا إداريا غير متساوي، فالمصلحة المتعاقدة تمثل سلطة إدارية، وتتمتع بنتيجة بامتيازات السلطة العامة التي يقرها القانون العام، في حين يعد المتعامل المتعاقد من أشخاص القانون الخاص، فيحتل المركز الأضعف في العلاقة التعاقدية، يترتب عن هذا التباين بين طرفي العقد أن المصلحة المتعاقدة تملك الوسائل الكفيلة بإلزام المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته، دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، عكس المتعامل المتعاقد فليس أمامه سوى اللجوء إلى القضاء الإداري لاقتضاء حقوقه، سواء تعلق الأمر بالحقوق المالية (المطلب الأول)، أو بمنازعة التصرفات المصلحة المتعاقدة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية (المطلب الثاني)، أو المنازعات الناشئة عن سوء استخدام سلطاتها (المطلب الثالث).

المطلب الأول

منازعات الإخلال بالتزام دفع مستحقات المتعامل المتعاقد

تعد المبالغ التي يتلقاها المتعامل من المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ موضوع الصفقة من أهم حقوقه، إذ تشكل الدافع الرئيسي لإقبال المتعاملين على إبرام الصفقات، تلزم

المصلحة المتعاقدة-تحت طائلة فرض رقابة قاضي العقد - بدفع المبلغ الأصلي للصفقة (الفرع الأول)، كما تلزم بتعديل سعر الصفقة إذا تحققت الشروط اللازمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

منازعات الإخلال بالتزام دفع مقابل تنفيذ الصفقة

يتلقى المتعامل المتعاقد مقابل التنفيذ المطابق، الثمن المتفق عليه مسبقا ضمن بنود الصفقة، فالمتعامل الذي أنجز موضوع الصفقة على النحو المطلوب، يكون مدينا للمصلحة المتعاقدة بالمقابل المتفق عليه.

والواقع أن القانون لم يترك مجال لنشوء المنازعة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل بخصوص مسألة دفع مقابل التنفيذ، فالمرسوم الرئاسي 15-247⁽¹⁾ ألزم كل مصلحة متعاقدة بأن تحدد حاجياتها الواجب تلبيتها مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة، كما أنه وفقا لمبادئ قانون المحاسبة (مبدأ التخصيص النفقات العامة)، لا يحق للإدارة الالتزام بنفقة لا اعتماد لها في الميزانية، فيمنع عليها توقيع اتفاق من شأنه أن يرتب نفقات لم يسبقها اعتماد⁽²⁾، يحقق الالتزام بهذه القاعدة مزاياه لطرفي الصفقة، فبالنسبة للمصلحة المتعاقدة فإنها تتفادى الالتزام بأعباء تفوق قدرتها المالية، أما بالنسبة للمتعامل المتعاقد فإنه يتوقى مخاطر تماطل المصلحة المتعاقدة في الدفع.

بالتالي يمكن القول أنه، نظريا، يستبعد قيام منازعة تتعلق بدفع مستحقات المتعامل المنفذ لالتزاماته على نحو مرض، لسد القانون كل الأسباب المؤدية لها، غير أن التطبيق العملي يعكس واقعا مغايرا تماما، إذ تعد منازعة دفع مقابل تنفيذ الصفقة من أكثر المنازعات

(1) - تنص الفقرة الأولى من المادة 27 من المرسوم الرئاسي 15-247: "تحدد حاجيات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، مسبقا، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية..."

(2) - فنيش محمد الصالح، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى تعاقدتها، مرجع سابق، ص 10-11.

شيوعا بين طرفي الصفقة، فكثير ما ترفض المصالح المتعاقدة دفع الحقوق المالية للمتعاقد، بحجة عدم توفر المبالغ اللازمة.

ورغم أن القانون واضح وصارم في مسألة تسديد المستحقات، إذ يمكن للمقاول تقديم وضعيات الأشغال المنجزة فيحدد أجل الدفع بمدة أقصاها 30 يوما من تاريخ إيداع الوضعيات⁽¹⁾، إلا أن واقع قطاع الأشغال العمومية أثبت أن المقاولات تعاني من الناحية المالية بسبب التأخر المستمر في تسديد مستحقاتها المالية وتراكم التأخرات، ما أدى إلى وقوعها غالبا في دائنة مالية، فتجبر إما على توقيف الأشغال، أو فسخ الصفقة، أو الدخول في نزاع مع المصلحة المتعاقدة، أو في أحسن الأحوال إلى تخفيض وتيرة الإنجاز، فالنتيجة الحتمية تكون التأخر الكبير في إنجاز الأشغال⁽²⁾.

تلجأ المصلحة المتعاقدة في حالات أخرى إلى التهرب من الدفع باستعمال أساليب بيروقراطية، فقد ترفض الدفع متذرة بعدم التأشير على الفاتورة، رغم أنه وكما أكد مجلس الدولة فإن العبرة في الدفع بتنفيذ الالتزام تنفيذا مطابق لما اتفق عليه⁽³⁾، وفي نزاع آخر دفعت البلدية بأنها: "قامت بإعداد حوالات الدفع للمستأنف عليه و أرسلتها لأمين الخزينة من أجل التسديد، إلا أن هذا الأخير رفض ذلك، وأنها بذلك كانت قد وفّت بالتزاماتها"، فاعتبر مجلس الدولة أن: "...مثل هذا الدفع لا يجدي ولا يمكن قبوله، لأن الغرض منه التهرب من المسؤولية فقط، حيث أن من الثابت قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين.... حيث أن الاتفاق

(1) - تنص المادة 1/122 من المرسوم الرئاسي 247/15: "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية، في أجل لا يمكن أن يتجاوز ثلاثين (30) يوما، ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة. غير أنه يمكن تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من الوزير المكلف بالمالية".

(2) - حطّاش عبد الكريم، زيتوني هند، "مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية لتجسيد برنامج الاستثمارات العامة للفترة 2001 - 2004"، مرجع سابق، ص 21.

(3) - قرار رقم 066331، صادر بتاريخ 2012/03/15، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة الجزائري، في قضية مكتب الدراسات BETARS ضد ولاية بومرداس (قرار غير منشور).

المنعقد... لا يمكن أن يمتد إلى أمين الخزينة لأن هذا الأخير لم يكن طرفا فيه....⁽¹⁾.

غير أن المجلس أكد مرارا في أحكامه، أن التنفيذ ما لم يكن له ما يثبت، يصبح عند المنازعة حوله أمام القضاء دون جدوى⁽²⁾.

يتضح من خلال أحكامه أهم المسائل التي تجعل المتعامل في وضع قانوني يرجح كفة المنازعة لمصلحته وتتمثل في :

* الحرص على الحصول على وثيقة أمر الشروع في الخدمة (ODS) بالنسبة لصفقات الأشغال، أو سند الطلب بالنسبة لصفقات التوريد، فغالبا ما يجهل المتعاقدون لاسيما عندما يتعلق الأمر بالمقاولات حديثة العهد بمجال الصفقات العمومية، والمؤسسات الصغيرة التي لا تملك موارد بشرية تكلف بالجوانب القانونية أهمية هذه الوثيقة، فالتوقيع على الصفقة لا يعد سندا كافيا للمتعاقد للانطلاق في التنفيذ، بل لابد من حصوله على الوثيقة اللازمة حسب نوع الصفقة، لأنه بدونها لا يمكن إلزام المصلحة المتعاقدة بالدفع مهما كان التنفيذ سليما⁽³⁾.

* التأكد من مطابقة مضمون الوثائق المتعلقة بما طلبته الإدارة من أشغال أو توريدات مع الوثائق التي يملكها المتعامل، إذ أكد مجلس الدولة أنه: "... باختلاف مضمون الوثائق في معاملات مختلفة... فإنه يؤدي حتما إلى القول أن المعاملات التي يطالب المستأنفة

(1) - قرار رقم 091247، صادر بتاريخ 2016/01/07، عن مجلس الدولة الجزائري، قضية بلدية بسكرة ضد (ح ع) (قرار غير منشور).

(2) - قرار رقم 045576، صادر بتاريخ 2009/03/18، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة الجزائري، قضية رئيس بلدية أنسيغة ولاية خنشلة (قرار غير منشور).

(3) - قرار رقم 049432، صادر بتاريخ 2009/12/10، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة الجزائري، في قضية مقالة الأشغال العمومية والعمارات والري (س أ) ضد والي ولاية وهران ومن معه، (قرار غير منشور).

تسديد مقابلها جاءت مخالفة للقوانين...⁽¹⁾، كما جاء في قرار آخر: "أن التأشير على الفواتير لا يمكنه الأخذ بها مادام لم يثبت سابق الأمر مطابقة السندات لمحتوى الفواتير"⁽²⁾

* الحرص على الحصول على الوثائق والتأشير عليها من الموظف المؤهل، فلا يكفي أن يكون الموظف منتميا إلى المصلحة المتعاقدة، بل يجب أن يكون مختص بالقيام بالتصرف، فقد أكد مجلس الدولة في أحد قراراته أن: "... الوثائق التي قدمتها المستأنف عليها لمطالبة مستحققاتها تعتبر غير رسمية لأنها وردت من طرف شخص غير مؤهل لأن طلب الشراء يكون ممضى من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الأمين العام و أن وصول الاستلام تكون ممضية من طرف رئيس المخزن و المكلف بالعتاد..."⁽³⁾

* استرداد مبلغ الضمان منوط بإجراء التسليم النهائي للصفقة، فعلى المتعاقد السعي للحصول على محضر التسليم النهائي، وحينها تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة برد الكفالة في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم الثابت في المحضر.

* إعدار المصلحة المتعاقدة المدينة بدفع المستحقات لتفادي سقوط الحق بالتقادم، لأن إثبات الإعدار كاف لقطع التقادم⁽⁴⁾.

(1) - قرار رقم 048888، صادر بتاريخ 2009/12/10، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة الجزائري، في قضية شركة اللافتات وإشارات الطرق والبيئة ش ذ م م ضد ولاية الجزائر، (قرار غير منشور).

(2) - قرار رقم 050305، صادر بتاريخ 2009/12/10، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة الجزائري، في قضية بلدية رأس العيون ضد مقالة الاتصالات (ط ع) (قرار غير منشور).

(3) - قرار رقم 04529، صادر بتاريخ 2009/02/11، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة الجزائري، في قضية بلدية حاسي الرمل ضد مؤسسة "ف" للتجهيزات المكتبية والكهرومنزلية (قرار غير منشور).

(4) - قرار رقم 049432، صادر بتاريخ 2009/12/10، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، في قضية مقالة الأشغال العمومية والعمارات والري (س أ) ضد والي ولاية وهران ومن معه، (قرار غير منشور).

لا يتوجب على المصلحة المتعاقدة الالتزام بأداء المقابل المادي للصفقة فحسب بل تلتزم أيضا بعدم التأخر في الوفاء بهذا الالتزام⁽¹⁾، إذ تلتزم في إطار تنفيذ العقد، بوجوب احترام المدد والآجال القانونية المتعلقة بالوفاء بثمن العقد، تكمن أهمية هذه الآجال في ارتباطها بحق المتعاقد، فمن شأن التأخر في صرف ثمن العقد الإضرار بمصالح المتعاقد، والتي يكون فيها لصرف الثمن في الآجال المتفق عليها اعتبار مهم⁽²⁾.

في حالة الإخلال بهذا الالتزام فإن المتعامل المتعاقد لا يستحق مبلغ الصفقة الأصلي فقط، إنما يستحق كذلك مبالغ تغطي فترة تأخر المصلحة المتعاقدة في الدفع.

لذلك منح المشرع للمتعامل من خلال المادة 122 من المرسوم الرئاسي 15-247 - ودون إلزامه بأي إجراء - الحق في الاستفادة من الفوائد التأخير التي تزداد قيمتها طالما لم تصرف المصلحة المتعاقدة مبالغ الدفع على الحساب، فوفقا للمادة 122 يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تحدد أجل صرف الدفعات الذي لا يتجاوز 30 يوما، ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة، ولا يمتد هذا الأجل إلا استثناءا وذلك في بعض أنواع الصفقات وبقرار من الوزير المكلف بالمالية، وفي هذه الحالة لا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل شهرين، تحسب فوائد التأخير على أساس نسبة الفائدة التوجيهية لبنك الجزائر زائد نقطة واحدة، ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية أجل الدفع حتى اليوم الخامس عشر الذي يلي تاريخ صرف الدفعات.

الفرع الثاني:

منازعات الإخلال بالالتزام تعديل سعر الصفقة

يفهم من نص المادة 97 من المرسوم الرئاسي 15-247، أن الصفقات وفقا لسعرها نوعان، صفقات ذات سعر ثابت، وصفقات ذات سعر قابل لإعادة النظر فيه، إذ تشير

(1) - خليفة عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 102.

(2) - شريف الشریف، النظام المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 277-278.

المادة صراحة إلى إمكانية تحيين السعر الأصلي للصفقة أو مراجعته، إذا توفرت شروط معينة، فتثور المنازعة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها بسبب رفض المصلحة المتعاقدة تطبيق صيغة التحيين أو المراجعة.

أولا - منازعات الإخلال بالتزام تحيين سعر الصفقة:

يفصل بين تاريخ إيداع العروض، وتاريخ الانطلاق في تنفيذ الصفقة أو تاريخ إصدار الأوامر بالشروع في الإنجاز، مدة زمنية، قد تكون قصيرة، فلا يثور أي إشكال، كما قد تطول هذه المدة، بحيث يكون تاريخ بداية تنفيذ الأشغال متأخرا عن تاريخ إبرام الصفقة⁽¹⁾، هنا قد يلحق المتعامل المتعاقد ضرر مالي جراء ارتفاع الأسعار⁽²⁾، فالتحيين يعد بذلك آلية تسوية مالية تفرضها دواعي اقتصادية، يتم باستبدال السعر الابتدائي بسعر جديد⁽³⁾.

وفقا للمادة 97 من المرسوم الرئاسي 15-247، فإن تحيين سعر الصفقة يخضع لعدة شروط حددتها المواد 98، 99، 100، و105، تتمثل هذه الشروط فيما يأتي:

1- توفر الصفقة على بند التحيين

تتعلق أكثر المنازعات التي عرضت أمام القضاء الإداري بخصوص تحيين سعر الصفقة، بإمكانية العمل بصيغة التحيين في حالة عدم وجود بند صريح في الصفقة ينص على إمكانية تطبيق التحيين، فهل يمكن لقاضي العقد إلزام المصلحة المتعاقدة بتحيين سعر الصفقة في هذه الحالة؟

تنص المادة 100 من المرسوم الرئاسي 15-247: "...إذا ورد في الصفقة بند ينص على تحيين الأسعار، فإن تطبيق هذا البند يتوقف على الشروط الآتية..."، من خلال هذه

(1) - أكرور ميريام، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية، 2007-2008، ص 70.

(2) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم 2، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 38.

(3) - بلحاج نصيرة، "تحديد السعر في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 4.

المادة أضفى المنظم صراحة على التحيين طابعا اتفاقي، أي لابد من وجود بند تحيين الأسعار أولا، والذي يمكن تطبيقه إذا توفرت باقي الشروط.

غير تنظيم الصفقات فتح إمكانية تحيين الأسعار حتى بالنسبة للصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة، وذلك فقط إذا كان التأخر في بدأ تنفيذ الصفقة لم يتسبب فيه المتعاقد نفسه، فوفقا للفقرة الأخيرة من المادة 100، يقع على المتعاقد عبئ إثبات أن التأخر خارج عن نطاقه، ويستوي في ذلك أن تكون المصلحة المتعاقدة هي المتسببة فيه، أو أنه راجع لطرف آخر، أو ظروف وعوامل أخرى.

2- مرور فترة بين تاريخ إيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة⁽¹⁾ :

حدد المشرع الإطار الزمني لتطبيق تحيين الأسعار⁽²⁾، إذ يغطي الفترة التي تمتد من وضع الأسعار أي آخر أجل لإيداع العروض، إلى غاية تاريخ تقديم الأمر بالشروع في تنفيذ الصفقة وقبل أي شروع في الإنجاز الفعلي للخدمات⁽³⁾، وقد أكد مجلس الدولة على هذا الشرط في قراره المؤرخ في 15 أبريل 2003 الذي قضى: "...تحيين الأسعار يمكن قبوله إذا كان الأجل يفوق مدة صلاحية العرض التي تفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العرض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة..."⁽⁴⁾.

ويشترط تنظيم الصفقات أن تكون المدة الفاصلة بين التاريخين تفوق مدة تحضير العروض زائد ثلاثة أشهر⁽⁵⁾، ولا يتم تحيين السعر أكثر من مرة واحدة.

(1) - لا تشير المادة 98 سوى للأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، إلا أنه يحل محله في صفقات التوريد وثيقة وصل الطلب.

(2) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم 2، مرجع سابق، ص 39.

(3) - أكرور ميريام، الأجر في الصفقة العمومية للأشغال، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 01 كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014-2015، ص 96.

(4) - قرار رقم 006052، صادر في 2003/04/15، صادر عن مجلس الدولة، قضية (ق ع) ضد بلدية متليلي، مجلة مجلس الدولة العدد 4، 2003، ص 71-73.

(5) - تنص المادة 98 من المرسوم الرئاسي 15-247: "يمكن قبول تحيين الأسعار التي يحدد مبلغها طبقا للمادة 100 من هذا المرسوم، إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، أجل يفوق مدة تحضير العرض زائد ثلاثة (3) أيام أشهر، وكذلك إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك".

وفي حالة تمديد آجال صلاحية العروض، بحيث لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة منح الصفقة وتبليغها قبل انقضاء آجال صلاحية العروض، فإن مجرد تجاوز هذا الأجل يعطي المتعامل الحق في تحيين لأسعار بصرف النظر عن مدة التمديد⁽¹⁾.

3- تغير الظروف الاقتصادية:

لا يكفي لتحيين أسعار الصفقة، أن يكون هناك تأخر في تقديم الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات، بل يجب أن يقترن بحدوث تغييرات وتطورات في المعطيات الاقتصادية المحيطة بانجاز الصفقة⁽²⁾، بحيث تؤثر التقلبات الاقتصادية سلبا على الأسعار المتعاقد بشأنها⁽³⁾.

4 - ألا تكون الصفقة أبرمت بإجراء التراضي البسيط:

لا نجد أثر لهذا الشرط بالرجوع إلى تنظيمات الصفقات العمومية السابقة، فقد استحدثه المنظم من خلال المرسوم الرئاسي 15-247، حيث نصت عليه بكل وضوح الفقرة الثانية من المادة 98 التي جاء فيها: "الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي البسيط غير قابلة للتحيين".

ثانيا- منازعات الإخلال بتطبيق صيغة المراجعة

يهدف وضع شرط المراجعة إلى جعل الثمن المحدد في الصفقة مناسبا مع الظروف الجديدة والمحددة في العقد، وهي ظروف معروفة قبل وقوعها، لهذا تنظم مسبقا⁽⁴⁾، فالسعر الأولي الناتج عن الدعوة إلى المنافسة هو حصيلة توقعات في فترة معينة ولا يمكن أن يظل قائما لفترة طويلة، خاصة في مجالات ذات تحولات مختلفة وسريعة وفي ظل اقتصاد يتسم بالتطور السريع، وبذلك فإن الأجر الذي سيتقاضاه المتعامل المتعاقد، يجب أن يتضمن

(1) - المادة 99 من المرسوم الرئاسي 15-247: "...فإن تجاوز مدة صلاحية العروض يعطي للمتعهّد المعني الحق في تحيين الأسعار حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 100 أدناه".

(2) - أكرور ميريام، السعر في الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 74.

(3) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (القسم 02)، مرجع سابق، ص 38.

(4) - معاشو عمار، النظام القانوني لعقود "المفتاح في اليد" بالجزائر، د م ج، الجزائر، 1998، ص 105.

جميع التكاليف الإضافية التي تكبدها لمواصلة تنفيذ الصفقة، ما يتطلب لتحقيق العدالة المالية، تعديل السعر الأولي.

فالمراجعة هي تعبير عن رغبة حائية للسلطات العمومية إزاء المتعاقدين معها وذلك بحمايتهم من التضخمات المحتملة في السوق ومنحهم الإمكانية لتكييف سعر الصفقة مع تكاليف الشغل⁽¹⁾.

تتم المراجعة بواسطة صيغ حسابية، بمراعاة الأهمية المتعلقة بكل خدمة تتضمنها الصفقة، والأرقام الاستدلالية الرسمية التي تعبر عن تطور الأسعار المتعلقة بها، وعلى غرار التحيين لا تطبق صيغة المراجعة إلا بتوفر شروطها.

1- وجود بند مراجعة الأسعار

تتميز المراجعة بطابعها الاتفاقي، وهو ما يستشف من نص المادة 97 من المرسوم الرئاسي 15-247: "عندما يكون السعر قابلاً للمراجعة، يجب أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته..."، أكد مجلس الدولة على اشتراط وجود بند المراجعة، حيث قضى بأنه: "فيما يتعلق بالوضعيات... المتعلقة بمراجعة الأسعار فإن المادة 3/4 من العقد الرابط بين الطرفين تنص على عدم مراجعة الأسعار ويتعين عدم إجابة المستأنف لطلبه المتعلق بهذه الوضعيات"⁽²⁾.

وفضلاً عن شرط تضمن الصفقة بند المراجعة يجب كذلك مراعاة الشروط التالية:

2 - حدوث تغيرات اقتصادية بعد تبليغ الأمر بالخدمة.

3 - الأداء الفعلي للخدمات

(1) - أكرور ميريام، الأجر في الصفقات العمومية للأشغال، مرجع سابق، ص 106.

(2) - قرار متعلق بقضية (ق ع ا) ضد بلدية غرداية، أشارت إليه أكرور ميريام، السعر في الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 87.

على عكس التحيين ترتبط المراجعة بالإنجاز الفعلي للخدمات، فلا تراجع إلا أسعار الخدمات المنفذة فعلا وفق شروط الصفقة⁽¹⁾، ولا تمس المراجعة التسبيقات المدفوعة، كما أنه لا مجال لتطبيق الفوائد التأخرية التي نصت عليها الماد 122 من المرسوم الرئاسي 247/15، عندما يتعلق الأمر بالتأخر في دفع مبلغ مراجعة الأسعار، وهذا ما أكدته مجلس الدولة في أحد قراراته⁽²⁾: "...حيث أنه يستخلص مما سبق أن فوائد التأخير تخص صرف الدفعات على الحساب للسعر المنصوص عليه في الصفقة وليس على السعر بعد المراجعة... أن طلب فوائد التأخير عن عدم دفع وضعية مراجعة الأسعار طلب غير مؤسس ويتعين رفضه..."

4 - أن تكون المراجعة خارج فترة صلاحية العرض وخارج الفترة التي يغطيها التحيين، وألا تكون أكثر من مرة واحدة كل ثلاثة أشهر ما لم يوجد اتفاق على تحديد فترة أقصر.

قضى مجلس الدولة بأن: "مراجعة الأسعار تكون لأسباب اقتصادية ويشترط بحكم تطبيقها ضرورة أن تتم المراجعة داخل الآجال المحصورة بين التاريخ الفعلي لإنجاز الأشغال موضوع الصفقة وتاريخ الانتهاء من الأشغال..."⁽³⁾، كما جاء في قرار آخر: "أن المطالبة بمراجعة الأسعار يكون أثناء تنفيذ الصفقة وليس بعد الغلق النهائي للحساب..."⁽⁴⁾.

(1) - عماري عصام، "حقوق المتعامل الاقتصادي في قانون الصفقات العمومية 247/15"، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلة 8، العدد 19، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2019، ص 148.

(2) - قرار رقم 00112، صادر بتاريخ 2019/06/19، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، في قضية مقاوله أشغال البناء الكبرى ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية خنشلة (قرار غير منشور).

(3) - قرار رقم 045359، صادر بتاريخ 2009/02/11، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، في قضية بلدية بطيوة ضد مؤسسة الأشغال العمومية بوهران (قرار غير منشور).

(4) - قرار رقم 045619، صادر بتاريخ 2009/03/18، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، في قضية الشركة الوطنية لكبريات أشغال الطرق بالرغاية ضد ولاية ورقلة (قرار غير منشور).

المطلب الثاني

المنازعات الناشئة عن الإخلال بالالتزامات الحمائية للصفقة

لا تخرج الصفقة العمومية عن كونها عقداً، وبذلك فإنها تستفيد من حماية قانونية للرابطة التعاقدية الناشئة عنها تحقيقاً لسلامة واستقرار المعاملات، تتعدد القواعد الحمائية التي يقرها القانون للعقد، فمنها ما يعود أساسه للقواعد العامة لقانون العقود (المدنية منها والإدارية)، أبرزها مبدأ "حسن النية"، كما تستفيد الصفقة من المبادئ الحمائية الخاصة بالعقود الإدارية، فقد أنشأ القضاء الإداري في هذا الشأن، مبدأ "حماية التوازن المالي للعقد".

يضمن احترام وتفعيل هذين المبدأين قاضي العقد، من خلال تمكينه من الرقابة على الإخلال بالتزام بتنفيذ الصفقة بحسن نية (الفرع الأول)، وكذا الإخلال بحماية التوازن المالي للصفقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

المنازعات الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ الصفقة

تطبيقاً للقواعد العامة لتنفيذ العقود، تتحمل المصلحة المتعاقدة التزاماً عاماً بتنفيذ الصفقة بحسن النية، ويعد هذا الالتزام من أبسط واجبات المصلحة المتعاقدة.

يلقي مبدأ حسن النية على عاتق المصلحة المتعاقدة عدة التزامات، وهذا تحت طائلة فرض رقابة قاضي العقد، لذا لابد من التطرق إلى التزام تمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ كأبرز مقتضيات مبدأ حسن النية، هذا بتحديد عناصره الأساسية، وهي تسليم موقع العمل، تسليم المواد والأدوات والأصناف المتفق عليها، وكذا تسليم التراخيص اللازمة.

أولاً- الرقابة على تسليم موقع العمل في الوقت المناسب خالياً من أية عوائق:

تلتزم المصلحة المتعاقدة -لأسيما في صفقات الأشغال العمومية- بتسليم المتعامل موقع العمل المتفق عليه في الصفقة⁽¹⁾، وأن يكون خالياً من أية عوائق تجبر المتعامل على

(1) - خليفة عبد العزيز، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 95.

إعادة تجهيزه وإزالة ما به من عوائق وهو ما يتطلب منه بذل جهد إضافي بصرف مبالغ لم تتضمنها الصفقة أصلا، فضلا عن استهلاك جزء من مدة تنفيذ الصفقة.

اعتبر القضاء الإداري إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزام تسليم موقع العمل خاليا من أية عوائق، خطأ عقديا يقيم مسؤوليتها الإدارية، فيعود الاختصاص بهذه المنازعة إلى قاضي العقد، الذي يلتزم الإدارة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمتعاقدين، فقد ذكرت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه: "...يولد هذا العقد في مواجهة جهة الإدارة التزامات عقدية أخصها أن تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل... فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يكون خطأ عقديا في جانبها يخول المدعي أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه..."⁽¹⁾، حدد القضاء الإداري أهم حالات الإخلال بالتزام تسليم موقع العمل منها:

1- عدم تسليم الموقع أو الخرائط أو المخططات الخاصة بالعملية⁽²⁾، وهو يشكل عائقا ماديا، فالمتعامل يحتاج هذه الوثائق للحصول على المعلومات التي تمكنه من اتخاذ احتياطاته ليكون على دراية بطبيعة موقع التنفيذ⁽³⁾، إن إخلال المصلحة بهذا الالتزام يكلفها أضرارا هي في غنى عنها، ففي قضية الشركة الجزائرية التي تعاقدت مع شركة أمريكية من أجل إنجاز خط حديدي وأرصفة، المشروع الذي يتطلب خرائط طبوغرافية للمناطق التي سيجري فيها العمل، ورغم سعي الشركة للحصول على هذه الخرائط إلا أن محاولاتها بقيت دون جدوى لسنوات، فكانت النتيجة، تأخرا كبيرا في إنجاز المشروع فضلا عن تحمل الطرف الجزائري مبالغ هامة في شكل تعويضات عن الإخلال بالتزام تقديم المستندات⁽⁴⁾.

(1) - نقلا عن حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 282.

(2) - المرجع نفسه، ص 283.

(3) - معاشو عمار، النظام القانوني لعقود "المفتاح في اليد" بالجزائر، مرجع سابق، ص 96.

(4) - لمزيد من التفاصيل حول هذه القضية ارجع: معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص 182-183.

2- عدم الإخلاء ومنع التعرض وإتمام إجراءات نزاع الملكية⁽¹⁾.

3- عدم إزالة الشوائب التي قد توجد بالموقع.

ثانيا - الرقابة على تسليم المتعامل مواد أو أدوات لازمة لتنفيذ الصفقة:

يتكفل المتعامل في الأصل بتنفيذ الصفقة وبتوفير ما يتطلبه التنفيذ من مواد وأدوات، غير أنه في حالة إصدار المصلحة المتعاقدة قرارا بسحب العمل من المقاول المتعاقد الأصلي، فإنها تقوم بجرد محتويات موقع العمل من مواد ومعدات وتلتزم بعد ذلك بتسليمها للمتعامل الجديد⁽²⁾، ويعد إخلالها بهذا الالتزام خطأ عقديا.

ثالثا - الرقابة على مساعدة المتعامل في الحصول على التراخيص اللازمة:

يحتاج تنفيذ الصفقات إلى تراخيص وموافقات من جهات إدارية غير المصلحة المتعاقدة، ورغم أن مساعدة المتعامل في الحصول على التراخيص الإدارية يخدم بالدرجة الأولى مصلحة الطرف العام، إلا أنه في كثير من الحالات يترك المتعامل دون هذه المساعدة، ما يؤدي إلى تأخر في انطلاق الأشغال، لاسيما بالنظر إلى النمط البيروقراطي الذي يتسم به نشاط الهيآت الإدارية⁽³⁾.

الفرع الثاني:

منازعات الإخلال بحماية التوازن المالي للصفقة

يتعرض المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه للعقد الإداري لزيادة في التزاماته أو إنقاصها، فهي التزامات تتسم بالمرونة، لذلك من الضروري إضفاء صفة المرونة على حقوقه المستمدة من العقد، نظرا للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه، فالمتعاقد عندما يقبل الالتزام يضع في الحسبان ضمانه لحقوق معينة، وما دامت التزاماته قابلة للزيادة فيجب أن يكون الأمر كذلك بالنسبة للحقوق المقابلة لها، يعبر الفقه والقضاء عن هذه "المعادلة" بفكرة التوازن

(1) - حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، مرجع سابق، ص 283.

(2) - المرجع نفسه، ص 98.

(3) - معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، مرجع سابق، ص 184.

المالي للعقد الإداري «La notion d'équilibre financier» أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته «l'équivalence honnête des prestations».

أولاً: مضمون فكرة التوازن المالي

تعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية محضة يعود للقضاء الفرنسي الفضل في إرسائها من خلال القضايا التي عرضت عليه⁽¹⁾، وظهرت لأول مرة في عقود الامتياز، حيث قام بصياغتها المفوض "ليون بلوم" في التقرير الذي قدمه بمناسبة قضية Cie «française des tramways» والتي صدر فيها حكم مجلس الدولة المؤرخ في 11 مارس 1910، الحكم الذي أصبح استعمال اصطلاح التوازن المالي دارجا بعده⁽²⁾، ثم لعب الفقه بعده دوره في بلورة فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية⁽³⁾.

غير أنه ليس من السهل وضع نطاق وحدود التوازن المالي للعقد، فقد عرفت النظرية انقسام الفقه، فبينما جعل بعض الفقهاء النظرية ذات صبغة عامة، بمعنى أن الإدارة تلتزم بضمان التوازن المالي للعقد في كل حالة يختل فيها هذا التوازن، سواء كان ذلك بفعل الإدارة أو لأمر خارج عن إرادتها، ويعد الفقيه "دي سوتو" «De Sito» من أهم المدافعين عن هذا الاتجاه، بالمقابل ذهب رأي آخر إلى ضرورة الحد من نطاق النظرية، بل إن الدكتور "ثروت بدوي" دعا إلى ضرورة التخلص من فكرة التوازن المالي لأنها في نظره فكرة "خطرة" و"غير صحيحة"، تكمن الخطورة حسبه إلى الطابع العام الذي يريد بعض الفقه إضفاءه عليها، وإرجاعهم إليها كل تعويض يستحقه المتعاقد حتى لو اختل التوازن المالي بغير عمل الإدارة.

(1) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم 2، مرجع سابق، ص 49.

(2) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 584-585.

(3) - يطلق على فكرة التوازن المالي اصطلاح "اشتراطات الهاردشيب" وقد استخدم هذا المصطلح في العقود الدولية منذ بداية القرن العشرين، ثم بدأ في التوسع والانتشار بسبب كثرة التقلبات الاقتصادية والأزمات العالمية، وكانت العقود الطويلة الأمد هي الميدان الخصب لهذه الاشتراطات، راجع في ذلك: معاشو عمار، النظام القانوني لعقود "المفتاح في اليد" بالجزائر، مرجع سابق، ص 171 وما يليها.

أما عن عدم صحة النظرية فيرى أن التعويض الذي يحكم به للمتعاقد لاختلال توازن اقتصاديات العقد، لا يتطابق في جميع الحالات مع التوازن المالي الذي تم مراعاته عند التعاقد، ففي حالة ارتفاع الأسعار بعد التعاقد، فإن القضاء يأخذ بالاعتبار عند الحكم بالتعويض الأسعار الجديدة لا تلك التي أبرم العقد على أساسها⁽¹⁾.

بغض النظر عن آراء الفقه وحججه، إن فكرة حماية التوازن المالي للعقد الإداري عموما والصفقات العمومية بوجه أخص أصبحت في الوقت الحالي أكثر من مجرد حق مكتسب للمتعاقد، فالواقع يفرض مبدأ التدخل لحماية اقتصاديات العقد حتى لا يتوقف تنفيذ الصفقة، إذ أنه عند الوصول إلى مرحلة التنفيذ، يكون تدخل المصلحة المتعاقدة لدعم المتعامل المتعاقد ماليا مقابل إلزامه بمواصلة تنفيذ العملية، أفضل بكثير من الدخول معه في نزاع يفسد العلاقات الودية بين الطرفين، فلا يبقى مجال لإعمال مبدأ حسن النية.

ثانيا: النظريات المفسرة للتوازن المالي للصفقة العمومية

لخص الفقه الإداري أسباب اختلال التوازن المالي للصفقة في ثلاث أسباب: هي فعل الأمير، الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، وهي النظريات التي يجب التطرق لكل منها بشيء من التفصيل.

أ: نظرية فعل الأمير

تعد نظرية فعل الأمير من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي، وقد انتشرت في القضاء الإداري وكتب الفقهاء على نطاق واسع جدا⁽²⁾.

1- المقصود بنظرية فعل الأمير:

يعرف الأستاذ "الطماوي سليمان" فعل الأمير بكونه: "عمل يصدر من سلطة عامة، دون خطأ من جانبها، ينجم عنه أن يسوء مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء

(1) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 584-585

(2) - المرجع نفسه، ص 597.

ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد⁽¹⁾.

كما عرفتة محكمة القضاء الإداري في مصر على أنه: "كل إجراء تتخذه السلطات العامة، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه الفقه بصفة عامة المخاطر الإدارية، وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة"⁽²⁾.

يرى للفقه، أن أساس الحكم بالتعويض عن فعل الأمير هو مبدأ المساواة بين المواطنين أمام الأعباء والتكاليف العامة، الذي يتنافى معه أن يتحمل المتعاقد أعباء كل إجراءات وأفعال الأمير، في حين يستفيد المواطنون من خدمات المشروع محل العقد، فتتحقق المساواة بأن تتحمل الخزنة العامة الأعباء التي أضافتها أعمال الأمير، وبذلك يتحمل كل المواطنين نصيب من هذه الأعباء، من خلال ما يدفعونه من ضرائب للخزنة العامة⁽³⁾.

يمثل لهذه المخاطر بصدور تشريع يفرض ضرائب على نشاط المتعاقد لم تكن مفروضة، أو صدور قانون أو لائحة يفرض على المتعاقد أسلوب عمل يتميز بتكلفته المرتفعة، وكذا صدور تشريع يرفع الحد الأدنى لأجور العمال، أو تخفيض ساعات العمل، وصدور قرار يرفع أسعار المواد الأولية المستخدمة في تنفيذ العقد، وغيرها من الأمثلة⁽⁴⁾.

2- شروط نظرية فعل الأمير:

بلور الفقه، على ضوء أحكام القضاء الشروط الواجب توافرها لإعمال نظرية فعل الأمير، وتتلخص فيما يلي:

(1) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 598.

(2) - محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، (دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 1998، ص 71.

(3) - محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، (د ب ا)، ص 107.

(4) - المرجع نفسه، ص 105-106.

-ألا تتنافى الإجراءات المتخذة من المصلحة المتعاقدة مع المشروعية، لأن الأعمال التي لا توصف بهذا الوصف يستند التعويض فيها على مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ.

-أن يصدر الإجراء عن السلطة الإدارية المتعاقدة، فالإجراءات الصادرة عن السلطات الأخرى لم تعد مناطا لهذه النظرية بعد أن كانت تشملها في بدايات ظهورها ذلك لان القضاء قد قام بإدراجها ضمن نظرية الظروف الطارئة عوضا عن نظرية فعل الأمير.

-ألا يكون الإجراء الصادر من الإدارة متوقعا عند إبرام العقد، وأن يتضرر جرائه المركز المالي للمتعاقل المتعاقد.

-مواصلة المتعاقد تنفيذ الصفقة دون تعطيل أو تراخي أو توقف، ويعد ذلك أحد أبرز الشروط المطلوبة لاستحقاق التعويض⁽¹⁾.

ب: نظرية الظروف الطارئة

الأصل في القواعد التي تحكم تنفيذ العقود أن العقد شريعة المتعاقدين، وهي القاعد التي يترتب عنها عدة أحكام، من ضمنها أنه لا يعفى أحد المتعاقدين من التزاماته قبل الطرف الآخر إلا في حالة القوة القاهرة، التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

لا يمكن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها في مجال العقود الإدارية، لذلك أنشأ مجلس الدولة الفرنسي حالة وسط، بين الحالة التي يستطيع المتعاقد أن يفي بالتزاماته بصورة عادية، وبين القوة القاهرة التي يستحيل فيها تنفيذ الالتزام إطلاقا، بحيث يستطيع المتعاقد في هذه الحالة الوسيطة أن يفي بالتزامه لأن الوفاء ممكن في ذاته، لكنه يسبب إرهاق مالي كبير.

1- المقصود بنظرية الظروف الطارئة:

يقصد بالظروف الطارئة ظهور أحداث مفاجئة لدى تنفيذ الصفقة في شكل أزمات اقتصادية بصورة مفاجئة، تجعل مواصلة تنفيذ الصفقة مرهقا⁽²⁾، ويطلق عليها أيضا

(1) - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 211.

(2) - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 92.

المخاطر الاقتصادية، أي تلك الظروف الاستثنائية، التي تقع أثناء التنفيذ عقد إداري ولا دخل لإرادة الإدارة ولا المتعاقد في حدوثها، يكون من شأنها أن يصبح تنفيذ العقد مرهقا⁽¹⁾.

2- شروط نظرية الظروف الطارئة: لا تقوم نظرية الظروف الطارئة إلا بتوافر شروطها

1- أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه:

يحمل كل عقد بعض المخاطر، يستطيع أي متعاقد حذر أن يقدرها ويتوقعها وقت إبرام العقد، فإذا قصر في ذلك فعليه أن يتحمل نتائج تقصيره، فالظرف الذي يتطلب تأمين المتعاقد هو الظرف الذي يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه المتعاقدان، ويترتب عن كون الحادث غير متوقع أنه لا يمكن دفعه⁽²⁾.

من أبرز الحالات التي اعتد بها مجلس الدولة الفرنسي كحادث طارئ، حالة الحرب، وذلك إذا أبرم العقد في وقت كان نشوب الحرب فيه أمرا غير وارد، فأول قضية نشأة بها نظرية الظروف الطارئة تتعلق بظرف الحرب وهي (قضية غاز بوردو)، كذلك الأزمات الاقتصادية المؤدية لتقلبات الأسعار وتغير قيمة العملة، فقد جاء في أحد أحكام المجلس: "...إن الارتفاع الذي طرأ على سعر مازوت زيت الوقود بالنسبة للعقود الدولية لزيت الوقود المنزلي ابتداء من شهر مايو 1973 يجيز للشركة إذا استمرت في تنفيذ التزاماتها التعاقدية أن تقدم ... طلبا للتعويض تأسيسا على وجود ظرف غير متوقع..."⁽³⁾.

2- أن يكون الظرف مستقلا عن إرادة المتعاقدين:

إذا كان الظرف راجعا لتصرف المصلحة المتعاقدة، فإن الأمر يستلزم إعمال نظرية أخرى هي نظرية فعل الأمير⁽⁴⁾، كذلك لا يمكن للمتعاقد المطالبة بالتعويض إذا كان هو

(1) - محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 109.

(2) - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، مرجع سابق، ص 206.

(3) - المرجع نفسه، ص 263.

(4) - عزوزي فؤاد، دور القضاء الإداري في حماية حقوق أطراف العقد الإداري، مقال منشور على الرابط:

https://www.bibliotdroit.com/2017/10/blog-post_58.html، ص 39.

المتسبب في إحداث الظرف الذي خلق الصعوبة في التنفيذ، أو كان في استطاعته أن يتفادى وقوعه أو إحداث آثاره، ولم يفعل.

فيعتبر المدين الذي يماطل في تنفيذ التزامه حتى تستجد ظروف طارئة أو تتفاقم آثار الظرف الطارئ، مسؤولاً عن حدوث هذا الظرف الطارئ أو تفاقم آثاره، إذ لولا مماطلته في التنفيذ لما كان هناك مجال للحديث عن الظرف الطارئ.

أكدت المحكمة العليا الليبية على هذا الأمر في نزاع يتعلق بعقد حفر بئرين، حيث تقاعست الشركة المتعاقدة عن حفر البئر مما دفع الجهة المتعاقدة إلى سحب المشروع من الشركة، غير أنها تراخت في منح المشروع لمتعاقد جديد، لمدة قاربت اثنين وعشرين شهراً، فكانت حرب أكتوبر 1973، مما أدى إلى ارتفاع الأسعار بصورة ملحوظة، فأرادت جهة الإدارة أن ترجع على الشركة المتعاقدة الأولى بمقدار كل الزيادات التي حدثت في الأسعار، فرفضت المحكمة طلب الإدارة وجاء في قرارها: "...إن قيام الحرب يعتبر من قبيل الظروف الطارئة... ولكن التراخي الكبير في البدء بإجراءات التنفيذ على الحساب يشكل خطأ في جانب الإدارة... فإنه وإن كانت الشركة المتعاقدة ملزمة بنص العقد بتحمل الفروق المالية الناتجة عن التنفيذ على الحساب، إلا أن هذا الخطأ من جانب الإدارة قد أسهم في زيادة حجم الآثار المترتبة على إخلال الشركة بتنفيذ نص العقد..."⁽¹⁾.

3- أن يؤدي الظرف إلى إخلال جسيم باقتصاديات العقد:

إذ يشترط أن ينتج عن الظرف الطارئ خسارة للمتعاقد تتعدى توقعاته، تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، فقضت محكمة التمييز العراقية بأنه: "ليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أن يستند إلى ذلك ويطلب زيادة في الأجر حتى لو بلغ هذا الارتفاع مداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً مادام لم ينهار التوازن الاقتصادي بين التزامات

(1) - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، مرجع سابق، ص 269-270.

الطرفين انهيارا تاما بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد⁽¹⁾.

وتعد مسألة قلب اقتصاديات العقد فكرة نسبية يتعين بحثها في كل حالة على حدة، إذ تختلف من متعاقد لآخر بحسب قدرات كل متعاقد في مواجهة هذا الظرف، فالمعيار الذي يؤخذ به شخصي يتصل بالمتعاقد ومدى تأثره بالظرف الطارئ الذي اعترض تنفيذ العقد، فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي عدة اعتبارات كضوابط لمدى تأثر المتعاقد بالأضرار التي تنتج عن الظرف الطارئ منها، رقم أعمال الشركة المتعاقدة ومقدار احتياطياتها، مدى سهولة حصول المتعاقد على الأموال اللازمة لممارسة نشاطه⁽²⁾.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه: "...يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد...مراعاة جميع العناصر التي يتألف منها إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة..."⁽³⁾.

ج - نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

تقوم نظرية الصعوبات المادية عندما يصادف المتعامل أثناء تنفيذ الصفقة لاسيما في صفقات الأشغال العمومية صعوبات مادية ذات طابع استثنائي تجعل تنفيذ الصفقة مرهقا.

1- المقصود بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

عرفها الفقيهان الفرنسيان "جورج فوديل" *George Faudel* و"بيير دلفولفويه" *Pierre Dulvolovier* « بأنها: "نظرية خاصة في مقاولات الأشغال العامة، تفترض صعوبات مادية لا يستطيع الفريقان توقعها، ترمي بثقل أعباء خطيرة، وغير طبيعية على عاتق المقاول، مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق"، عرفت كذلك

(1) - حسن محمد علي حسن البنان، "أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري-دراسة مقارنة-"، مجلة الرافدين

للحقوق، المجلد 16، العدد 58، العراق، 2018، ص 186-187.

(2) - حسن محمد علي حسن البنان، "أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري"، مرجع سابق، ص 187.

(3) - لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2013، ص 141.

بكونها: "النظرية التي تقوم على تعويض المتعاقد مع الإدارة ضد المخاطر الطبيعية التي يواجهها أثناء التنفيذ، وتجد هذه النظرية تطبيقها بوجه خاص في عقود الأشغال العامة (المقاولات)، وعلى المتعاقد في هذه الحالة الاستمرار في تنفيذ التزامه، مقابل تحمل الإدارة النفقات الإضافية الناجمة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة عند إبرام العقد"⁽¹⁾.

2- شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

تفترض نظرية الصعوبات المادية أن يواجه المتعامل عقبات، يشترط فيها شرطان، أولها أن تكون مادية، لأنها إن لم تكن مادية فإنها، إما أن تكون تشريعاً أو قراراً مما يجعلها في طائفة شروط نظرية فعل الأمير، وإما أن تكون ظروفًا اقتصادية، مما يدخل في شروط نظرية المخاطر الاقتصادية أو الظروف الطارئة⁽²⁾، وتنتج الصعوبات المادية غالباً عن ظواهر طبيعية، ومثال ذلك الطبيعة الصخرية للأرض، أو وجود خزانات مياه أرضية تحتاج إلى جهود غير عادية لسحبها، كما قد ترجع الصعوبات المادية إلى عمل الغير مثل وجود خرسانات لم تكن في الحسبان تحتاج إلى جهود إضافية للتخلص منها⁽³⁾.

يشترط كذلك في العقبات أن تكون استثنائية، أي من نوع غير مألوف لا يتسنى إدراجها ضمن المخاطر العادية التي يصادفها المتعاقد عادة عند التنفيذ، ويرجع للقاضي تقدير طبيعة المخاطر، أخذاً بعين الاعتبار أن القضاء الإداري المقارن ولاسيما مجلس الدولة الفرنسي، تشدد بخصوص إضفاء الطابع الاستثنائي على العقبات التي تواجه المتعاقد⁽⁴⁾.

يوجب القضاء كذلك في العقبات أن تكون غير متوقعة من طرفي العقد، فلو كانت المصلحة على دراية بها ولم تحط المتعاقد معها علماً بها، فإنها بذلك ارتكبت خطأ عقدياً،

(1) - لمياء هاشم سالم قبيع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 178-188.

(2) - محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 115.

(3) - حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 169.

(4) - شريف الشريف، النظام المالي للعقد الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 318.

في حين تعفى من تعويض المتعاقد متى تبين علمه المسبق بالصعوبات أو أن جهله بها مرده رعونته وعدم بذله العناية اللازمة، وتقدير كل ذلك متروك للقاضي، الذي يستند لعناصر عدة كالجهود المبذولة من المتعاقد، والدراسات الأولية التي أنجزها يخص الطبيعة الجيولوجية وخصائصها المناخية⁽¹⁾.

فضلا عن الشروط المتعلقة بالصعوبات التي تواجه المتعاقد، يشترط بطبيعة الحال وعلى غرار جميع نظريات التوازن المالي للعقد، استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته طالما أن التنفيذ ما يزال ممكنا.

ثالثا - آثار نظريات التوازن المالي:

استحدثت نظريات التوازن المالي للعقد الإداري بهدف مواجهة أشكال الطوارئ التي قد تؤدي إلى عرقلة تنفيذ العقد، لذلك فإن تطبيق هذه الحماية يؤدي إلى نتائج هامة.

أ- بقاء المتعاقد ملزما بتنفيذ العقد:

فالهدف الرئيسي المشترك من تطبيق نظريات التوازن المالي الثلاث هو تمكين المتعاقد من تنفيذ التزاماته مادام ذلك ممكنا، لضمان ديمومة سير المرفق العام بانتظام واطراد، فالمتعاقد يجب أن يستمر في تنفيذ العقد مادام ذلك غير مستحيل، فإذا توقف عن التنفيذ بحجة ما اعترضه من مستجدات واجهته، فإنه يكون مخطأ ويتحمل نتيجة هذا التوقف، إذ يجوز للإدارة توقيع الجزاءات عليه⁽²⁾.

هذا في حالة التوقف كلية عن التنفيذ، أما في حال مجرد التأخر فإنه يجوز إعفاء المتعاقد من الغرامات التأخيرية إذا ما كانت المستجدات التي طرأت هي السبب في هذا التأخير، فهي وإن لم تؤدي إلى استحالة التنفيذ إلا أنها جعلته عسيرا مما يبرر التأخر في التنفيذ⁽³⁾.

(1) - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 218.

(2) - حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق ص 171-172.

(3) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 627.

ب - نشوء حق الفسخ:

إن تطبيق نظريات التوازن المالي يهدف إلى مواجهة ظروف مؤقتة، لذلك أقر القضاء الإداري حق الفسخ متى ثبت استحالة عودة التوازن المالي للعقد وأن المتعاقد لا يمكنه الاستمرار في تنفيذ التزاماته إلا بمعاونة دائمة من الإدارة.

فبالنسبة لنظرية فعل الأمير، يمكن للمتعاقد طلب الفسخ، إذ ترتب عن فعل الأمير زيادة الإرهاق المالي بدرجة كبيرة لا تتحملها إمكانياته المالية¹، أو استحالة التنفيذ كأن تصدر الإدارة قرارا بإلغاء استيراد سلعة معينة يتعهد المتعاقد بتوريدها²، أما في نظرية الظروف الطارئة فالأمر أكثر تعقيدا نوعا ما، إذ يتقرر حق المطالبة بالفسخ إذا استحال زوال الظرف الطارئ أي أنه اتصف بالديمومة، وهنا لكل من طرفي العقد أن يطلب من القاضي تسجيل تلك الحالة، فتحرر الإدارة من التزامها بالتعويض، وعلى الطرفين في هذه الحالة محاولة التفاهم على إعادة النظر في شروط العقد بما يجعله قابلا للحياة، فإذا عجز الطرفان عن إيجاد هذا الحل فلكل من الطرفين، أن يطلب من القاضي فسخ العقد⁽³⁾.

ج - نشوء حق التعويض عن اختلال التوازن المالي

يقدر القاضي قيمة التعويض المستحق للمتعاقد على حسب أساس اختلال التوازن وذلك كما يلي:

1- بالنسبة لفعل الأمير:

يحكم قاضي العقد للمتعاقد بتعويض كامل عن الضرر الذي أصابه⁽⁴⁾، فيشمل التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب⁽⁵⁾.

(1) - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2001، ص 95.

(2) - لمياء هاشم سالم قبيع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 81.

(3) - الطماوي سليمان، المرجع السابق، ص 676-677.

(4) - صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العلوم الإدارية والمالية،

كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 1983 - 1984، ص 88.

(5) - نفس المرجع، ص 89.

2- بالنسبة الظروف الطارئة:

يحكم قاضي العقد للمتعاقل في حالة الظرف الطارئ بالتعويض جزئي، فيتحمل المتعاقل جزءا من الخسارة وتحمل المصلحة الجزء الآخر⁽¹⁾، ولكي يمكن للقاضي الحكم بالتعويض فإنه يجب عليه إجراء ثلاث عمليات متتابعة، أولها تحديد نقطة بدأ الظرف الطارئ، وهي النقطة التي يبدأ فيها التزام الإدارة بمعاونة المتعاقد، بعد ذلك يحدد الخسائر والنفقات غير العقدية التي تكبدها المتعاقد بسبب الظرف الطارئ، وأخيرا توزيع عبئ الخسارة بين المتعاقد والإدارة⁽²⁾.

لم يعتمد مجلس الدولة الفرنسي نسبة محددة توزع على أساسها الخسارة بين طرفي الصفقة، غير أنه جرى العمل على أن يتحمل الطرف العام النصيب الأكبر من الخسارة⁽³⁾، وبذلك يشمل التعويض الذي يتلقاه المتعاقل الجزء الأهم من الخسائر الفعلية التي لحقت⁽⁴⁾.

3- بالنسبة للصعوبات المادية غير المتوقعة:

تؤدي إلى تعويض المتعاقل المتعاقد تعويضا كاملا، مع بقاءه ملزما بتنفيذ موضوع الصفقة، ولا يعفى من هذا الالتزام إلا إذا أصبح التنفيذ مستحيلا، وفي هذه الحالة يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة⁽⁵⁾.

يلزم قاضي العقد المصلحة المتعاقدة بدفع تعويض بدفع كافة النفقات الإضافية التي تحملها المتعاقل لمواجهة الصعوبات⁽⁶⁾، إلا أنه يمكن أن يخصم منه قيمة الخسائر التي تسبب فيها المتعاقد بأخطائه، كإهماله دراسة التربة والموقع الذي سينفذ عليه العقد رغم

(1) - ZOUAIMIA Rachid, ROUALT Marie Christine, Droit administratif, Op cit, p 190.

(2) - لمزيد من التفاصيل حول هذه العمليات أنظر، حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد

الإداري، مرجع سابق، ص ص 198-205.

(3) - حلمي محمود، العقد الإداري، مرجع سابق، ص ص، 130-132.

(4) - صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص ص 123-124.

(5) - حلمي محمود، العقد الإداري، المرجع السابق، ص ص 135-136.

(6) - الطماوي محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 626.

إمداده من الإدارة بالمعلومات أو عدم استخدامه الوسائل الفنية الحديثة والمتعارف عليها في تنفيذ العقود⁽¹⁾.

رابعا - مكانة الرقابة القضائية على منازعات التوازن المالي للصفقة

كما سبق التطرق إليه، فإن منازعات التوازن المالي للعقود الإدارية (الذي تم بلورته في ثلاث نظريات)، أنشأت أسسها وترسخت ضوابطها بفضل القضاء الإداري، لكن المنظم جعل طريق آخر غير القضاء، وهو التسوية الودية طريقا أصليا لحل النزاعات المتعلقة بالتوازن المالي للصفقة، أي تجنب اللجوء إلى القضاء، والحقيقة أنه موقف يساير الواقع العملي الذي يفرضه تنفيذ الصفقات، حتى لا تتعطل المشاريع العمومية، وحتى يُمكن أطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم يضعون به حدا لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ، ويتم بهذا الحسم في أمر المنازعة ومواصلة التنفيذ بما يضمن في النهاية استلام المشروع في آجاله، الأمر الذي يتماشى وهدف خطة الصفقات العمومية في القطاعات المختلفة للدولة⁽²⁾.

تنص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار 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 هذا الحل بما يأتي :

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين،

- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة،

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة... "

أول ما يمكن ملاحظته من صياغة المادة، حرص المنظم على التأكيد بأن السعي للتسوية الودية للنزاعات يتعلق بمنازعات تنفيذ الصفقة، حتى أن عبارة "عند تنفيذ الصفقة"

(1) - حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 172.

(2) - فاضلي سيد علي، "التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية"، مقال منشور على الرابط: <https://cte.univ->

/setif2.dz/moodle/pluginfile.php/18092/mod_resource/content/1، ص 2.

تكررت في كل من الفقرتين الأولى والثانية من المادة 135، ومعلوم أن الصفقة تتضمن نوعين من المنازعات، منازعات الإبرام ومنازعات التنفيذ.

إن تخصيص منازعات التنفيذ دون منازعات الإبرام بالزامية اللجوء إلى الطريق الودي لحلها هو منطق سليم، لوجود اختلاف شديد بين أحكام إبرام الصفقات وأحكام تنفيذها، فالأولى يغلب عليها الطابع التنظيمي، أما الثانية فيظهر فيها الطابع الاتفاقي بشكل أكبر.

تكون المصلحة المتعاقدة خلال مرحلة إبرام الصفقة في قمة مركزها الممتاز، فتطرح طلب العروض للمنافسة، وتتشأ علاقة تنظيمية بين المصلحة المتعاقدة وعدة متعاملين، كل منهم مجرد مرشح، يقع على الجميع التزام احترام إجراءات الإبرام ومبادئ المنافسة، وهنا يكون القضاء السبيل الأمثل للفصل في المنازعة.

أما في مرحلة التنفيذ فالوضع مختلف، حيث تقل سلطة المصلحة المتعاقدة في ظل علاقة ثنائية تعاقدية، في المقابل تتعزز مكانة المتعامل المتعاقد، فهو من يجسد في الواقع العمليات موضوع الصفقة، في هذا الوضع، إذا كانت مطالبه التعاقدية مشروعة فلا جدوى من التعنت في الاستجابة لها، فلن تجني المصلحة المتعاقدة من هذا التعنت سوى عرقلة سير المرافق العامة بانتظام واطراد وتعطيل إنجاز مختلف المشاريع والمخططات التنموية.

جعل المنظم من التسوية الودية التزاما تعاقديا، من خلال إلزام المصلحة المتعاقدة بإدراج البحث عن تسوية ودية للنزاع في دفتر الشروط، ما يربط تقييد حق المتعامل المتعاقد في اللجوء إلى القضاء بضرورة البحث عن حل ودي للنزاع قبل ذلك⁽¹⁾.

يشير تنظيم الصفقات إلى طريقين وديين لحل النزاع بعيدا عن القضاء، أولهما محاولة حل النزاع بين طرفي الصفقة أنفسهم، حيث تلزم المصلحة المتعاقدة بالبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة. وفي هذه الحالة يوجد احتمالان، فقد تكون المصلحة

(1) - بن بوزيد دغبارة نورة، "منازعات الصفقات العمومية"، دفا تر السياسة والقانون، العدد 15، جامعة قاصدي مرباح،

ورقلة، 2016، ص 446.

المتعاقدة هي من تختصم المتعاقد لإخلاله بالتزاماته التعاقدية، كما قد تكون متلقية لشكواه، أي أنها تكون بصدد تظلم ولائي.

أما الطريق الودي الثاني، فهو اللجوء إلى لجان التسوية الودية، وهي اللجان المنشأة بموجب المادة 154 من المرسوم الرئاسي 247/15، وتختلف التسوية الودية بالاتفاق بين الطرفين، عن التسوية أمام لجان التسوية المختصة، في كون الطريقة الأولى تخص كل المتعاملين الاقتصاديين الوطنيين منهم والأجانب، أما الطريقة الثانية فلا تخص إلا المتعاملين الاقتصاديين الوطنيين⁽¹⁾، فالواقع يفرض لجوء المتعاملين الأجانب، في حالة فشل التسوية الودية الاتفاقية بين الطرفين، إلى طريق بديل وهو التحكيم.

المطلب الثالث:

المنازعات الناجمة عن استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطاتها أثناء التنفيذ

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة بامتياز فرض إجراءات، تؤثر على عملية التنفيذ، وعلى مركز المتعامل المتعاقد، وهذا بإرادتها المنفردة، لذلك فإنه كثيرا ما تكون هذه الإجراءات محل منازعة بينها وبين المتعاقد معها، وذلك بسبب انحراف أو غلو المصلحة المتعاقدة في ممارسة هذه السلطات والخروج بها عن إطار المشروعية، مما يستدعي تدخل رقابة قاضي العقد، تتدرج امتيازات المصلحة المتعاقدة من حيث أهميتها وخطورتها بدأ بسلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة (الفرع الأول)، ثم سلطة التعديل الانفرادي للصفقة (الفرع الثاني)، لتصل إلى أشد الامتيازات خطورة وهي سلطة فرض مختلف أشكال الجزاءات (الفرع الثالث).

(1) - تنص المادة 1/154: "تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل وال لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين..."

الفرع الأول:

المنازعات الناجمة عن سوء استخدام سلطتي الإشراف والرقابة

تلجأ المصلحة المتعاقدة في صفقاتها إلى الاستعانة بشخص خاص طبيعي أو معنوي لتنفيذ أشغالها العامة، وذلك لا يعني تخليها عن دورها الأساسي المتمثل في تحقيق الصالح العام وهذا عن طريق فرضها للرقابة على نشاط الشخص المنفذ لتلك المشاريع، فهذا الأخير يبقى هدفه الأساسي من وراء تنفيذ الأشغال العامة هو تحقيق مصلحته الخاصة المتمثلة في الربح المادي، الذي يسعى للحصول على أكبر قدر منه، مما قد يدفعه إلى استخدام المواد الأقل كلفة، وبالتالي الأسوأ من حيث النوعية أو استعمال أساليب في التنفيذ غير مكلفه، وبالتالي أقل نجاعة، لأنه لا يهتم بالجانب الفني⁽¹⁾.

أولاً-المقصود بسلطة الإشراف والرقابة في الصفقات العمومية:

يقصد بسلطة الإشراف، تحقق الإدارة من أن المتعاقد يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه، أما سلطة الرقابة فهي حق الإدارة في التدخل في تنفيذ العقد وتوجيه الأعمال، واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط والكيفيات المتفق عليها في العقد⁽²⁾. تعد سلطتي الإشراف والرقابة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، يترتب عنه أنه لا يجوز للإدارة التنازل عنها، كما أنها سلطة أصيلة لا تتطلب النص عليها في العقد، كأصل عام⁽³⁾.

ثانياً - آليات لممارسة سلطة الإشراف والرقابة:

تمارس المصلحة المتعاقدة عملية الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة عن طريق

(1) - بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية، 2011-2013، ص 29.

(2) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم 2، مرجع سابق، ص 7.

(3) - سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 17.

الأوامر المصلحة، وكذا إجراءات استلام الصفة.

1-الأوامر المصلحة:

تتمثل في الأوامر التي تصدرها المصلحة المتعاقدة إلى المقاول المتعاقد بقصد تنفيذ الصفة، وتصدر من بعض الفنيين في الإدارة لاسيما المهندسين المكلفين بالإشراف على تنفيذ الصفة، والأمر المصلحة هو قرار إداري استنادا لما للإدارة من امتياز التنفيذ المباشر، فهذه الأوامر تتمتع بقوة نفاذ ملزمة للمقاول، فالإدارة تملك أن تجبر المقاول على تنفيذ ما تريده دون اللجوء إلى القضاء، وتتميز الأوامر المصلحة بالخصائص الآتية:

1-ملزمة للمقاول كونه قرار تنفيذي يتعين عليه احترامه، فإذا أراد الاعتراض عليه يجب عليه أن يسلك طريق النظم الإداري أو اللجوء إلى القضاء، فإذا لم يفعل ذلك في الآجال المسموحة كان الأمر ملزما له⁽¹⁾، فقد نصت المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة: "...يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري..."، كما تنص كذلك "...فإنه ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه...".

2-يجب أن تصدر الأوامر المصلحة في شكل كتابي، فلا تلزم المقاول ما يصدر إليه من أوامر شفوية حتى ولو كانت من السلطة المختصة، وإن كان هناك إجماع على وجوب صدور الأوامر المصلحة مكتوبة، إلا أنه لم يحدد لها أي نموذج أو صورة معينة تلتزم الإدارة بالتقيد بها، وعليه فقد تتخذ صورة مذكرة، أو خطاب، أو برقية أو أي شكل آخر⁽²⁾. أكدت المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة الطابع الكتابي للأوامر المصلحة "... يتعين أن تصدر أوامر المصلحة كتابة ويجب أن تكون مؤرخة ومرقمة ومسجلة...".

3-الأوامر المصلحة قابلة للاعتراض عليها، فإذا كان المقاول ملزما بتنفيذ أوامر

(1) - بختي سهام، التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في

القانون، فرع القانون العقاري، جامعة الجزائر 01 كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013-2014، ص 68.

(2) - بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 53.

المصلحة، فإن ذلك لا يكون على حساب حقوقه، فإذا قدر بأن آثار تنفيذ الأمر يتجاوز الالتزامات المقررة بالعقد فله الحق أن يعترض عليها، ولكن يجب أن يقدم هذا الاعتراض في المواعيد المقررة وهي عشرة أيام يبدأ حسابها من تاريخ الاستلام الذي يثبتته المفاوض على النسخة الثانية من الأمر المصلي⁽¹⁾.

ولا يحق للمفاوض خلال هذه الفترة التوقف عن التنفيذ بناء على الطلب الذي قدمه بل يجب عليه الاستمرار في التنفيذ فإن رأى أن مقتضيات الأمر على درجة عالية من الجسامة، فإن له حق طلب الفسخ أو طلب التعويض إن كان له محل، لأن الأمر مصلي في حد ذاته لا يتولد عنه الحق في التعويض، وإنما إذا نتج عنه ما يستوجب التعويض ببلوغه درجة معينة من الضرر أما إذا كان ضررا بسيطا فهو من الأمور التي يتحملها المفاوض باعتبارها من المخاطر العادية التي وضعها في الحساب حين أبرم العقد.

يجب على الإدارة ألا تستغل قصر مدة التقادم، وتوجه أوامر تعسفية للمفاوض من شأنها أن تحرمه من بعض حقوقه، بحجة عدم اعتراضه عليها خلال الأجل المحدد، وإن كان قصر الأجل الذي حدد المشرع له ما يبرره، وذلك حتى تستقر الأوضاع، وتتقدم الأشغال ولا تبقى رهينة احتمال قيام المنازعات بشأنها⁽²⁾.

يختلف مضمون الأوامر المصلحية من: بدء الأشغال، وتحديد خطوات سير العمل، هدم وإعادة بناء الأشغال المعيبة، ووقف الأشغال.

1- الأمر ببدء الأشغال:

يعد نقطة انطلاق تنفيذ الصفقة العمومية من طرف المفاوض، وبداية حساب أجل التنفيذ المحدد في الصفقة، فلا يمكن للمفاوض المباشرة في تنفيذ موضوع الصفقة إلا بعد تسلمه لهذا الأمر بطريقة رسمية، ذلك أن للإدارة كامل الحرية في تحديد زمن انطلاق الأشغال وبالنتيجة تسليم موقع العمل للمفاوض.

(1) - المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

(2) - بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 55-56.

2- الأمر بتحديد خطوات سير العمل:

تحدد فيه الإدارة جدول إنجاز الأشغال على فترات، ويلتزم المقاول بتسيير وتيرة إنجاز الأشغال مع هذا الجدول.

3- الأمر بهدم وإعادة بناء الأشغال المعيبة:

تستند الإدارة في إصدارها لهذا الأمر، إلى الاستنتاجات، والملاحظات المدونة في محاضر الورشة التي تمت في مواقع الورشة بحضور الجهة المكلفة بمتابعة الأشغال والمقاول، والتي تبين التحفظات المسجلة على الأشغال المنجزة، وتتم عملية الهدم وإعادة البناء على حساب ونفقة المقاول المقصر⁽¹⁾.

غير أن ما يعاب على المنظم هو تقريره جواز الأمر بالهدم لمجرد شك المهندس في فساد البناء⁽²⁾، وكان الأصح أن يقرر ذلك بعد التأكد من عدم سلامة البناء، حتى يمنع التعسف الذي يمكن أن يتعرض له المقاول، لأن المهندس الرئيسي ليس جهة محايدة⁽³⁾.

4- الأمر بوقف الأشغال:

تمارس به الإدارة سلطتها في تأجيل الأشغال نظرا لاعتبارات خاصة بالإدارة نفسها كظهور ظروف تمنع مواصلة المشروع (كإكتشاف خطأ في المخططات الأولية للمشروع)، أو لاعتبارات خاصة بالمقاول كأن يتبين أن المقاول غير مؤهل لإتمام المشروع نظرا لظهور عيوب جسيمة في الأشغال المنجزة⁽⁴⁾، ويكون وقف الأشغال بصفة نهائية أو مؤقتة⁽⁵⁾.

(1) - بختي سهام، التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، مرجع سابق، ص 70-71.

(2) - أنظر المادة 26 من دفا تر الشروط الإدارية العامة.

(3) - بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق ص 62.

(4) - بختي سهام، التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، مرجع سابق، ص 71.

(5) - ففي حالة الأمر بتوقيف تنفيذ الأشغال بصفة نهائية يعني ذلك فسخ العقد إذ تنص المادة 34 من دفا تر الشروط الإدارية العامة "...-عندما تأمر الإدارة بتوقيف الأشغال بصفة مطلقة تفسخ المفاولة فورا..."، وهو فسخ من جانب واحد يقرر من الإدارة المتعاقدة، أما إذا كان الأمر بتأجيل التنفيذ لفترة زمنية معينة، فيجوز للمقاول طلب الفسخ، إذا امتد التوقف لأكثر من سنة شرط أن يعبر عن رغبته في ذلك كتابيا، وفي خلال أربعة أشهر من تاريخ تبليغه أمر المصلحة بالتوقف.

2- إجراءات استلام الصفقة:

حدد المنظم ضوابط الاستلام وكيفية من خلال المادة 148 من المرسوم الرئاسي 247/15، من خلالها نستنتج أن الاستلام تختلف على حسب طبيعة الصفقة، بحيث يتم الإجراء مرة واحدة أي الاستلام دفعة واحدة، وهو الأصل، أو الاستلام على مرحلتين، ويخص الصفقات التي تتضمن مدة ضمان⁽¹⁾.

ثالثا - ضوابط استخدام سلطتي الإشراف والرقابة:

تستمد المصلحة المتعاقدة سلطة الإشراف والرقابة من المبادئ العامة للعقود الإدارية، وضمنا لعدم خروجها عن الأهداف التي منحت من أجلها هذه السلطة، فإنها تتقيد بضوابط.

1- يجب أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة:

يجب أن تمارس المصلحة المتعاقدة الرقابة بدافع تحقيق المصلحة العامة، من خلال ضبط أداء المتعامل المتعاقد على نحو يحقق مطابقة العمل لما تم الاتفاق عليه في الصفقة، فيشوب رقابة المصلحة المتعاقدة عيب الانحراف بالسلطة كلما حادت عن تحقيق المصلحة العامة من هذه الرقابة، ونظرا لأهمية متابعة المصلحة المتعاقدة تنفيذ الصفقة والرقابة عليه، فإنه يجب أن تتخذ مسلكا وسطا، فلا تتراخى في الرقابة ولا تفرط فيها على نحو يعرقل المتعامل المتعاقد⁽²⁾.

2- صدور القرارات الخاصة بالرقابة في إطار المشروعية:

تعد القرارات الصادرة بصدد ممارسة سلطة الرقابة قرارات إدارية، تخضع هذه القرارات لما تخضع له القرارات الإدارية عموما من ضرورة صدورها في حدود قواعد المشروعية⁽³⁾.

(1) - تنص المادة 6/148 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...في حالة الصفقات العمومية التي تتضمن مدة ضمان، فإنه يتم إجراء استلام الصفقة على مرحلتين، استلام مؤقت واستلام نهائي...".

(2) - جدي سليمة، "منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة الإشراف والمراقبة"،

المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد 10، جامعة لحاج لخضر، باتنة، 2017، ص 538.

(3) - سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها، مرجع سابق، ص 27.

3- يجب ألا تؤدي ممارسة سلطة الرقابة إلى تغيير مضمون الصفقة:

ليس للمصلحة المتعاقدة -في إطار استعمال سلطة الرقابة- أوامراً من شأنها أن تؤدي إلى تغيير طبيعة أو مضمون الصفقة، أو أن تتجاوز الحدود الطبيعية المعقولة.

وإذا كان تجاوز المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطة الرقابة والتوجيه يسيراً، فإن ذلك التجاوز لا يشكل خطأً من جانبها وإن كان يترتب التزامها بتعويض المتعاقد معها عن النفقات الإضافية التي تكبدها بسبب هذا التجاوز، لا على أساس الخطأ، إنما إعمالاً لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري الذي يمثل أحد صور مسؤولية الإدارة العقدية دون خطأ⁽¹⁾.

رابعاً: ممارسة القاضي الإداري للحد الأدنى من الرقابة على سلطة الإشراف والرقابة:

تعد القرارات الصادرة من المصلحة المتعاقدة بناءً على سلطة الإشراف والرقابة قرارات إدارية، على أنها قرارات متصلة بالصفقة، فوفقاً لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة تعد القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، قرارات غير قابلة للانفصال، فأوامر المصلحة المتعاقدة الصادرة بمناسبة ممارسة سلطتي الإشراف والرقابة أوامر ملزمة، كما أنها محصنة من خلال عدم الاعتراف للقاضي الإداري باختصاص إبطال أوامر التنفيذ أو إيقاف الآثار الناتجة عنها⁽²⁾.

يقتصر بالتالي، دور القاضي الإداري على رقابة المشروعية، بالتأكد من احترام المصلحة المتعاقدة لضوابط سلطتي الإشراف والرقابة، بحيث يكون قرارها غير مشروع إما لحيدته عن الغاية من الحق في الرقابة والتوجيه، بأن يصدر القرار قصد الإضرار بالمتعاقدين دون أن يكون له منفعة للمرفق العام، أو لتجاوزه حدود حق الرقابة، ففي صفقة الأشغال العمومية يحق للمصلحة المتعاقدة اتخاذ إجراءات للتأكد من استعمال المقاول المواد المتفق

(1) - جدي سليمة، "منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة..."، مرجع سابق، ص 539.

(2) - أكرور مريم، الأجر في الصفقة العمومية، مرجع سابق، ص 137.

عليها في الصفقة، وتتجاوز سلطتها إذا قرارات استبدال تلك المواد بمواد أخرى⁽¹⁾.
لا يملك القاضي الإداري في حالة ثبوت عدم مشروعية قرارات الإشراف والرقابة إلغائها، إنما يقتصر دره على منح المتعامل المتعاقد تعويضا عن النفقات الإضافية التي تكبدها بسبب تجاوز المصلحة المتعاقدة لسلطتها⁽²⁾.

أما إذا كان تجاوز المصلحة المتعاقدة لضوابط الإشراف والرقابة مسبب لضرر جسيم للمتعامل المتعاقد فإنه يترتب له حق الفسخ.

الفرع الثاني:

الرقابة على سلطة التعديل الانفرادي للصفقة

يعد من أهم مبادئ القانون العام المطبقة على العقد الإداري أثناء تنفيذه مبدأ تعديل العقد بالإرادة المنفردة للإدارة، وهو من أبرز الخصائص المميزة للعقد الإداري عن عقود القانون الخاص، إذ يندرج ضمن الشروط الغير مألوفة في العقود، تمارس الإدارة المتعاقدة هذه السلطة حتى ولو لم يتم النص عليها صراحة ضمن شروط العقد⁽³⁾، فهي مستمدة من مبادئ القانون العام ذاته، ومن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري⁽⁴⁾.

أولا- مفهوم سلطة التعديل الانفرادي

يكون بإمكان المصلحة المتعاقدة بمقتضي سلطة التعديل بالنسبة لكافة العقود الإدارية، ومنها الصفقات العمومية، أن تقوم بتعديل شروط العقد أثناء التنفيذ، وبالتالي تعديل التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو بالنقصان، على بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام الصفقة، وذلك

(1) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 110.

(2) - المرجع نفسه.

(3) - DE LAUBADERE André, GAUDMET Yves, Traité de droit administratif, Op.cit, p 404.

(4) - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2000، ص 61-62.

بإرادتها المنفردة⁽¹⁾.

أما عن أساس سلطة التعديل، فقد بررها الفقه والقضاء بضرورة تكيف المرافق مع الظروف المستجدة²، فلما كانت العقود الإدارية منذ نشأتها أحد أهم الوسائل القانونية التي تستعملها الإدارة لتنظيم مرفقها وتسيير شؤونها المختلفة من جهة، ولما كانت الأوضاع والظروف الاقتصادية والمالية المحيطة بالإدارة المتعاقدة في تغير مستمر من جهة أخرى، فكان لا بد من وجود نظام قانوني مرن يحكم العقود الإدارية يسمح لها بالتكيف والتلاؤم مع المستجدات.

فالعقد الإداري له حياة خاصة ذات متغيرات تقنية ومالية وإنسانية، وبالتالي فإن الإدارة لا يمكن أن تركز دائما إلى مزاعم المتعاقدين القائمة على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، وتترك إنجاز العمل يسير وفقا لخطة أو شروط لم تعد ملائمة لحاجات المرفق⁽³⁾.

ثانيا - ضوابط سلطة التعديل:

إذا كانت سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقات العمومية بإرادتها المنفردة سلطة أصيلة، تمارس حتى دون النص عليها، إلا أن هذا لا يعنى أبدا التسليم بأنها سلطة مطلقة لا تحدّها ضوابط معينة، فمن الواضح أن سلطة الإدارة تبلغ هنا مداها لأن حق الإدارة يهاجم قاعدة إلزام العقد لطرفيه في الصميم وهي جوهر الرابطة التعاقدية.

تكمن خطورة سلطة التعديل في كون الإدارة لا تتدخل في مجال غير متطرق له في العقد إنما تغير في الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد، لذلك وضع القضاء والتشريع الضوابط التي تلتزم بها الإدارة، وتتمثل في:

(1) - سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها ...، مرجع سابق، ص 44.

(2) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 12.

(3) - مختار مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 117-118.

١- توفر الأسباب الموضوعية لتعديل الصفقة:

تبرم المصلحة المتعاقدة الصفقات في ظروف معينة، وقد تتغير في فترة من فترات التنفيذ، لاسيما في الصفقات التي تتطلب بطبيعتها زمنا طويلا للتنفيذ، فإذا تغيرت الظروف وجب الاعتراف للمصلحة المتعاقدة بحق تعديل الصفقة بما يجعلها تتماشى مع الوضع الجديد⁽¹⁾.

فهناك عدة حالات تتيح للإدارة المتعاقدة ممارسة سلطة التعديل منها:

- إذا كان عدم تعديل العقد قد يفضي إلى تأخير في العمل أو الإضرار بالمرفق من الناحية الاقتصادية والفنية، أو عدم الاستفادة من العقد.

- إذا كان تعديل العقد يؤدي إلى توفير مبالغ كبيرة للإدارة⁽²⁾.

غير أننا إذ سلمنا بأن توفر عنصر تغير الظروف، شرط ملزم للإدارة، بدونه لا مجال للحديث عن سلطاتها في تعديل العقد، فما هو الحل إذا في حالة عدم تغير الظروف ولكن الإدارة اكتشفت خطأ في تقدير حاجاتها، كأن تعلن مديرية الخدمات الجامعية عن بناء إقامة جامعية بسعة معينة ثم تكتشف أنها تحتاج إلى زيادة سعة استيعاب الإقامة الجامعية، أو بالعكس قد يظهر أنها تحتاج إلى سعة أقل.

هناك من يري أنه على الإدارة في هذه الحالة أن تتحمل نتيجة الخطأ الذي وقعت فيه حينما أغفلت تقدير حاجة المرفق تقديرا سليما وقت إبرام العقد⁽³⁾، لأنه كان عليها أن تتخذ احتياطاتها من أول الأمر.

(1) - ازرايب نبيل، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، 2018، ص 114.

(2) - عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، "القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري"، جامعة النهرين كلية الحقوق، العراق، 2006، ص 31.

(3) - عيسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري، د م ج، الجزائر، 1985، ص 17.

على خلاف ذلك تماما، يرى فريق آخر أن سلطة التعديل مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة، ومنها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير، حيث يرى الأستاذ **سليمان الطماوي** أن المرفق العام يقبل التغيير في كل وقت متى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها للمنتفعين، وسواء كانت الإدارة مخطئة في تقديراتها أو غير مخطئة، إذ يجب أن نمكنها من تنظيم المرفق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن، لأننا لسنا بصدد عقاب الإدارة على خطئها، وإنما بصدد إعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة⁽¹⁾.

من الواضح أن الرأي الثاني هو الرأي الراجح، لأن الرأي الأول يدافع عن مبدأ استقرار العقود الذي يهدف إلى حماية مصلحة خاصة وهي مصلحة المتعاقد، حيث يرى الأستاذ **رياض عيسى** أنه: "إذا كان مبدأ ثبات العقد من النظام العام في القانون المدني فإنه ليس كذلك في القانون الإداري"⁽²⁾، في حين أن الرأي الثاني يدافع عن مبدأ تكييف المرافق العام الذي يهدف إلى حماية المصلحة العامة، ومن الأولى تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري.

ب- صدور قرار التعديل في حدود المبدأ العام للمشروعية الإدارية:

تقوم المصلحة المتعاقدة بتعديل الصفقة بإصدار قرار إداري، هذا القرار كسائر القرارات الإدارية يجب أن تتوفر فيه جميع الأركان ليكون مشروعا⁽³⁾، فيجب أن يصدر عن السلطة المختصة وفقا للإجراءات المنصوص عليها في القواعد القانونية والتنظيمية، تبعا لذلك لا يجوز للمصلحة المتعاقدة تعديل شروط العقد التي تقررت بنصوص تشريعية، كما يجب أن تتقيد باعتبارات المصلحة العامة، وإلا عد ذلك انحرافا في استعمال السلطة⁽⁴⁾.

(1) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 444-445.

(2) - عيسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري، مرجع سابق، ص 17.

(3) - ازرايب نبيل، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 115.

(4) - عيسى رياض، المرجع السابق، ص 17.

ج- احترام الحدود الممكنة لإجراء التعديل

يجب أن تمارس التعديلات في إطار العقد الأصلي وألا تؤدي إلى تغييره تغييرا جذريا بشكل يatal مضمونه جوهريا ويغير من طبيعته، فيجعل المتعاقد أمام عقد جديد لا يتلاءم مع قدراته وتطلعاته، حيث ما كان ليقبل به لو عرض عليه في أول الأمر⁽¹⁾، لاسيما وأن المتعاقد عندما أقبل على قبول الالتزام بتنفيذ مضمون العقد فإنه قد راعى حدود إمكانياته المالية والفنية⁽²⁾.

فيرى الفقه، بخصوص المعيار المعتمد لمعرفة ما إذا كانت الأعمال التي أضافها التعديل، تدخل ضمن إطار العقد الأصلي أم لا، أن ما يلقي على المتعامل المتعاقد من أعباء جديدة بعد التعديل يجب ألا يتجاوز الحدود الطبيعية والعادية في نوعها وأهميتها، أي ألا يمس التعديل جوهر العقد ذاته بدرجة قد تغير من طبيعته فيصبح موضوعه كأنه موضوع جديد، أو أن المعيار يتمثل في مدى الاتصال أو الانفصال مع موضوع العقد، بمعنى أن التعديل ينبغي اقتصره على أعمال من ذات جنس ونوع وقيمة الأعمال المتعاقد عليها⁽³⁾.

لا تملك الإدارة المتعاقدة التذرع بحجة المصلحة العامة لتمير تعديل يغير من طبيعة العقد، فمثل هذا التغيير غير جائز ولو اقتضاه تحقيق المصلحة العامة، لأن تحقيق المصلحة العامة وإن كان غاية مشروعة إلا أنه يجب أن يتم من خلال وسيلة مشروعة وذلك إعمالا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود⁽⁴⁾.

(1) - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 188.

(2) - ازرايب نبيل، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 116.

(3) - محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014، ص 54.

(4) - المرجع نفسه، ص 54.

ثالثا - تعديل الصفقة العمومية عن طريق آلية الملحق

تكتسي سلطة الإدارة المتعاقدة في التعديل الانفرادي لعقودها أهمية خاصة في مجال الصفقات العمومية، إذ أنها لم تبقى سلطة أقرها الفقه والقضاء، بل إن المنظم يتدخل عادة لتكريس هذه السلطة وإعطائها نظام قانوني خاص، حيث يقر بسلطة الإدارة في تعديل صفقاتها «Le pouvoir de modification» بموجب آلية يطلق عليها "الملحق" «L'avenant».

نص تنظيم الصفقات العمومية على إمكانية تعديل الصفقات عن طريق الملحق⁽¹⁾، فقد جاء في نص المادة 135 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: "يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم"، ويبرم الملحق بهدف زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة⁽²⁾.

1- شروط إبرام الملحق

1- وجود الالتزام التعاقدى الجديد:

يجب أن يصدر الملحق في صيغة كتابية ومصادقا عليه من قبل السلطة المختصة، فلا يقبل أي طلب من المتعامل المتعاقد في إطار منازعة ناجمة عن تعديل الصفقة بعد تلقيه وعودا من سلطات غير مختصة⁽³⁾، وبما أن الملحق ليس سوى امتداد للصفقة فإن السلطة التي توافق على الصفقة هي نفسها التي توافق على الملحق المرتبط بها⁽⁴⁾.

(1) - «L'avenant est un contrat qui a pour objet de modifier un contrat en cours», **RICHER Laurent**, Droit des contrats administratifs, 2^e édition, LGDJ, PARIS, 1999, p 208.

(2) - تنص المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع

الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة"

(3) - شقطي سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون إداري، جامعة باجي مختار عنابة، السنة الجامعية 2010-2011.

(4) - كراش دحو، الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري والفرنسي، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر،

2017، ص 114.

غير أن الالتزام بهذا الشرط بصفة مطلقة، يثير من الناحية العملية إشكالا، إذ أنه لا يمكن إعداد ملحق للصفقة إلا بعد إكمال المشروع وتعيين الأشغال التي تتدرج ضمن الملحق وحساب كميتها، بالمقابل لا يمكن للمتعاقل المشروع في إنجاز العمليات الملحقة إلا إذا تم إعداد ملحق وتمت المصادقة عليه من طرف اللجان المختصة وكذا المراقب المالي، وأخيرا يصدر أمر بالخدمة للمتعاقل للمشروع في الإنجاز.

لتجاوز هذه الإشكالية، فإنه يتم إلزام المتعاقل المتعاقد من قبل المصلحة المتعاقدة بمباشرة الأشغال الإضافية التي قد تكون مبالغها هامة مقارنة بمبلغ الصفقة الأصلية دون أن يملك أي وثيقة رسمية تسمح له بفوترة مبالغ تلك الأشغال، وبعد انتهاء المشروع تبدأ عملية إعداد الملحق من طرف الموظف المكلف بالدراسة والمتابعة ليمر على العديد من المصالح والهيئات الرقابية⁽¹⁾، ليتم في النهاية المصادقة على الملحق ومنح المتعاقل أمرا شكليا للانطلاق في أشغال الملحق، وبالتالي حرمان المتعاقل من مبالغ هامة لفترة زمنية طويلة، الأمر الذي يؤثر سلبا على التوازن المالي للصفقة، ولأن المتعاقل لا يملك الوثائق اللازمة لإثبات تنفيذ الالتزامات الناجمة عن الملحق، فإنه لا جدوى من اللجوء إلى رقابة قاضي العقد، لأنه في حال غياب هذه الوثائق يعتبر القاضي طلبات المتعاقل غير مؤسدة.

من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 حاول المنظم تجنب هذه الإشكالات، فقد نص لأول مرة على إمكانية الترخيص بمباشرة تنفيذ العمليات موضوع الملحق قبل تمام إجراءات إعداد الموافقة عليه، حيث نصت المادة 136/ف 4 أنه عندما لا يمكن للكميات المحددة في الصفقة تحقيق موضوعها، لاسيما في حالة صفقات الأشغال، باستثناء الحالات التي ترجع لمسؤولية المؤسسة، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة، في انتظار إنهاء الملحق، إصدار أوامر بالخدمة تسمح بالأمر بخدمات إضافية و/أو تكميلية، على أنه يجب تسوية الخدمات والأعمال التي تمت عن طريق أوامر الخدمات بموجب ملحق يعد لاحقا.

(3) - حططاش عبد الكريم، زيتوني هند، "مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية..."، مرجع سابق، ص 23.

2- ألا يؤثر الملحق بصورة أساسية على موضوع الصفقة وتوازناتها

لا يمكن للملحق أن يؤثر بصورة أساسية على توازن الصفقة، فعندما تبرم المصلحة المتعاقدة ملحقا ذا طابع مالي، عليها الأخذ بعين الاعتبار الشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة، أي الأسعار الأصلية التي تم العمل بها أثناء التعاقد، إلا إذا تعذر الأخذ بالأسعار الأصلية، فيمكن تحديد أسعار جديدة⁽¹⁾.

كما لا يمكن للملحق أن يغير موضوع الصفقة أو مداها، ويعد هذا الشرط تجسيدا للقاعدة التي وضعها الفقه والقضاء الإداريان لممارسة الإدارة المتعاقدة سلطة التعديل الانفرادي للعقود الإدارية، وهي قاعدة وجوب عدم بلوغ التعديل حد تغيير طبيعة العقد.

كما أن التعديل الجوهرى للصفقة العمومية من الناحية العملية يفتح مجال الفساد المالي خاصة أن إجراءات الملحق بشكل عام بسيطة مقارنة مع إجراءات طلب العروض الطويلة والمعقدة⁽²⁾.

3- خضوع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة:

يخضع الملحق للشروط الأساسية التي سبق الاتفاق عليها وتحددتها في الصفقة، وإذا تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة، بالنسبة للخدمات التكميلية الواردة في الملحق (باعتبارها خدمات لم يسبق الاتفاق على أسعارها ضمن الصفقة) يمكن تحديد أسعار جديدة⁽³⁾.

(1) - إبن خليفة سميرة، "الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 9، العدد 2، جامعة غرداية، 2016، ص 201.

(2) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (القسم 2)، مرجع سابق، ص 18.

(3) - المادة 137 من المرسوم الرئاسي 15-247.

4- عدم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة

يكون الملحق ذو آثار على الصفقة الأصلية سواء بالزيادة أو النقصان، ولكن يجب أن لا يمس بالمنافسة التي يكون ضمانها صعبا عند إبرام الصفقة والحفاظ عليها عند تنفيذ الخدمات أصعب لهذا فإنه يمنع الإساءة إليها لاحقا بموجب ملحق⁽¹⁾.

حدد المنظم نسبة 15% من المبلغ الأصلي للصفقة لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات، و20% في حالة صفقات الأشغال، كحد أقصى لمبلغ الملحق، عند تجاوزه تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة بأن تبرر لدى لجنة الصفقات المختصة، أنها لم تمس بالشروط الأصلية للمنافسة، وأنها لم تتراجع فيها، وأن إعلان إجراء جديد، بعنوان الخدمات بالزيادة، لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للآجال والسعر⁽²⁾.

4- احترام آجال إبرام الملحق:

نصت المادة 138 من المرسوم الرئاسي 5-247 القاعدة العامة، وهي أن الملحق يبرم خلال الآجال التعاقدية: "لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية..."، غير أنه يمكن تجاوز هذا الشرط استثناء في ثلاث الحالات الخاصة التي نصت عليها نفس المادة وهي:

1- حالة الملحق عديم الأثر المالي:

يتعلق بإدخال بند و/أو تعديل بند تعاقدى أو أكثر، غير البنود المتعلقة بآجال التنفيذ، كأن يكون موضوع الملحق يتضمن تصحيح خطأ مادي وقع في الصفقة الأصلية أو إضافة أو تعديل شرط يتعلق بالتسليم وظروفه مثلا⁽³⁾.

(1)- LIBERT Xavier, «Les modifications du marché au cours d'exécution», AJDA, Numéro spécial, 1994, p65.

(2) - الفقرة الأخيرة من المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15.

(3) - كراش دحو، الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري و الفرنسي، مرجع سابق، ص 119.

ب - حالة الأسباب التقنية غير المتوقعة:

قد تظهر أثناء مرحلة التنفيذ وقائع وأحداث لم تكن في الحسان عند التعاقد، فيؤدي وجودها إلى اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبرا، وقد يؤثر ذلك على عمر الصفقة وآجال التنفيذ، لذلك أجاز المنظم إبرام ملحق، ويكون ذلك خارج آجال التنفيذ التعاقدية⁽¹⁾.

ج - حالة إقفال الصفقة نهائيا:

قد يتم لأي سبب من الأسباب إنهاء الصفقة باتفاق طرفيها، عند حصول الفسخ الاتفاقية، ما يجري من الناحية العملية في هذه الحالة، أنه يتم إعداد الحساب العام والنهائي ما بين طرفي الصفقة، ثم يفرغ هذا الحساب في ملحق يسمى ملحق الغلق، فهذا النوع من الملحق يمكن إبرامه خارج آجال التنفيذ التعاقدية بصفة استثنائية طالما القصد منه هو غلق الصفقة بصفة نهائية⁽²⁾.

5- إخضاع الملحق للرقابة:

على خلاف المرسوم الرئاسي 236/10 الذي جعل خضوع الملحق لأي نوع من الرقابة التي تخضع لها الصفقة الأصلية استثناء⁽³⁾ وفي حالات محددة، فإن المرسوم الرئاسي 247/15، كرس قاعدة خضوع الملحق لهيئات الرقابة كأصل، ونص على حالات خاصة يسمح فيها بإبرام الملحق دون خضوعه لفحص هيئة الرقابة الخارجية.

فوفقا للمادة 139 لا يخضع الملحق إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز، زيادة أو نقصانا، نسبة عشرة

(1) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط 3، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2011، ص 209.

(2) - BOULIFA Brahim, Marchés publics, Berti, Alger, 2013.

(3) - شقطني سهام، الرقابة على الملحق في الصفقات العمومية في الجزائر، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس، المدية، يوم 20 ماي 2013، ص 3.

في المائة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة، كما لا يخضع للرقابة الملحق المتعلق بخدمات إضافية و/أو تكميلية، لا يتجاوز مبلغها (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة.

الفرع الثالث:

منازعات الاستعمال التعسفي لسلطة فرض الجزاءات على المتعاقد

تعد سلطة المصلحة المتعاقدة في فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، من أخطر الامتيازات ومظهرا من مظاهر السلطة العامة، فلا يمكن تصور وجود هذه السلطة في العقود المدنية القائمة على أساس المساواة بين طرفي العقد، في حين تكون المصلحة المتعاقدة في الصفقة في مركز متميز عن المتعامل المتعاقد.

غير أن سلطة فرض الجزاءات ليست مطلقة بل تحدّها عدة قيود، كما أن المتعامل المتعاقد يتمتع في مواجهة هذه السلطة بضمان أساسي متمثل في الرقابة القضائية على ممارسة سلطة فرض الجزاءات.

يراقب قاضي العقد مخالفة المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها التعاقدية في حالة الاستعمال التعسفي لسلطتها في توقيع الجزاءات، سواء تعلق الأمر بالجزاءات المالية أو الضاغطة.

أولا - الرقابة على قرارات توقيع الجزاءات المالية

تعرف الجزاءات المالية بأنها مبالغ يحق للإدارة أن تحصلها من المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية⁽¹⁾، وتتمثل في: غرامة التأخير، مصادرة الضمان والتعويض.

أ- الرقابة على فرض غرامة التأخير

تعرف غرامة التأخير بأنها: "مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مسبقا، وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخر في تنفيذ العقد"⁽²⁾، كما يرى

(1) - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 509.

(2) - المرجع نفسه، ص 512.

بعض الفقه أنها: "تعويض جزافي منصوص عليه في العقد توقعه الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية"⁽¹⁾.

نص تنظيم الصفقات على إمكانية فرض الغرامة التأخيرية من خلال المادة 147 منه: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية...".

1- شروط الغرامة التأخيرية:

يتوقف فرض الغرامة التأخيرية على توفر شرطي الاتفاق المسبق وخطأ المتعامل المتعاقد.

1- الاتفاق المسبق على غرامة التأخير:

يثير هذا الشرط مسألة الأساس القانوني لغرامة التأخير، وهي مسألة اختلف بشأنها الفقه، بين من يسند أساسها إلى العقد نفسه أي الأساس التعاقدي، ومن يردّها إلى أساس غير تعاقدية، فوفقاً لأصحاب نظرية الأساس التعاقدية لغرامة التأخير، فإن المصلحة المتعاقدة تستمد سلطتها في فرض الغرامة من بنود العقد، ونتيجة لذلك لا مجال لفرضها إذ لم يتم الاتفاق عليها مسبقاً، على خلاف ذلك يرى أنصار نظرية الأساس غير التعاقدية للغرامة التأخيرية، أن الغرامات المالية توجد بحكم القانون، فالمصلحة المتعاقدة تستطيع فرضها حتى ولو يتم الاتفاق عليها، و هذا بالرجوع إلى النصوص القانونية التي تمنحها سلطة فرضها⁽²⁾.

يستشف موقف المنظم من غرامة التأخير من المادة 2/147 من المرسوم الرئاسي

15-247 التي تنص: "... تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات

(1) - سحر جابر يعقوب، "الجزاءات المالية في العقد الإداري"، مجلة كلية الفقه، المجلد 3، العدد 5، جامعة الكوفة، كلية الفقه، ص6.

(2) - عباد صوفية، "الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على امتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري"، مجلة حقيقة، مجلد 17 العدد 3، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2018، ص ص 278-281.

فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية...".

من الواضح أن المنظم يشدد على الطابع الاتفاقي للغرامة التأخيرية، فقد ترك مسألة فرضها وتحديد مقدارها للأحكام التعاقدية للصفقة، على خلاف ذلك نجد أغلب التشريعات العربية تتولى تحديد غرامة التأخير⁽¹⁾، لذلك يتعين على المصلحة المتعاقدة ألا تغفل عن إدراج بند الغرامة نظرا لأهميتها في حث المتعامل على تنفيذ التزاماته، كما لا يمكن لها أن تفرض غرامة تفوق المقدار المتفق عليه في الصفقة أو في دفاتر الشروط حتى لو كان حجم الأضرار التي لحقتها يفوق قيمة الغرامة.

2- خطأ المتعامل المتعاقد:

استقر القضاء الإداري على أن مجرد الخطأ في التنفيذ كاف لفرض الغرامة وإن لم يترتب عليه ضرر، ولا يقبل من المتعاقد إثبات عدم حصول الضرر لأنه أمر منوط بتقدير جهة الإدارة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة⁽²⁾، وفي مفهوم المادة 147 من تنظيم الصفقات العمومية، فإن الخطأ المبرر لفرض الغرامة يقع في حالتين:

أ- حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه:

(1) - على سبيل المثال تنص المادة 48 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري لسنة 2018:

"...إذا تأخر المتعاقد أثناء تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له بالجدول الزمني أو مدة التنفيذ المحددة بالعقد... يحصل

مقابل للتأخير يحسب من بداية المهلة دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر وفق الآتي:

1- في مقاولات الأعمال بما لا يجاوز مجموع مقابل التأخير نسبة (10%) من قيمة العقد إذا لم تتجاوز مدة التأخير

نسبة (10%) من المدة الكلية للعملية، ويزيد مقابل التأخير إلى نسبة (15%) إذا تجاوزت مدة التأخير ذلك..."

(2) - حسن محمد هند، محمد حسن على حسن، الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات، دار الكتب

القانونية، مصر، 2004، ص 339.

لا تخفى أهمية عنصر الزمن في تنفيذ الصفقات العمومية، فلا شك أن الإدارة المتعاقدة تضع بعين الاعتبار المدة التي ينبغي خلالها إنجاز العمليات موضوع الصفقة، حتى يتسنى لها الانتهاء من عملية تعاقدية، والدخول في علاقة جديدة، أو تنفيذ شطر من البرنامج المسطر والانتقال إلى جزء آخر، فلا يمكن التغاضي عن عنصر الزمن⁽¹⁾.

يتخذ التأخر في التنفيذ عدة صور تدرج حسب جسامتها من: التأخر عن البدء في التنفيذ، إما بعدم الانطلاق في التنفيذ في خلال الآجال المحددة لانطلاق الصفقة، أو عدم الانطلاق في مرحلة معينة عندما يكون التنفيذ مجزأ على مراحل، وكذا تأخر المتعامل عن إتمام العمل في المدة المحددة كالتأخر عن تسليم الأشغال، أو تسليم كامل التوريدات في المدة المتفق عليها، أو في صورة تخلف المتعاقد عن تنفيذ العقد كلياً، وهي من صور المخالفة الجسيمة للالتزامات التعاقدية⁽²⁾.

ب - حالة التنفيذ غير المطابق:

عموما ترتبط الغرامة التأخير كما تدل عليه تسميتها بخطأ التأخر في التنفيذ، غير أن مفهومها الاصطلاحي ينصرف كذلك إلى شكل آخر للإخلال بالالتزامات هو التنفيذ غير المطابق، وهي حالة إخلال المتعاقد بشروط وكيفيات التنفيذ المتفق عليها، على أنه كان من الأفضل استعمال مصطلح "التنفيذ المعيب"، فبينما يضع مصطلح "التنفيذ المطابق" المتعاقد في وضع المخطئ لمجرد تغييره طريقة من طرق الإنجاز، فإن مصطلح "التنفيذ المعيب" أكثر ملائمة، لأنه ليس من قبيل الخطأ تغيير بعض شروط و كيفيات التنفيذ إذا كان تنفيذها بصورة مغايرة عما اتفق عليه يخدم المرفق العام.

2- حالات الإعفاء من الغرامة التأخيرية:

يعفى المنظم المتعامل المتعاقد من الغرامة التأخيرية، وفقا المادة 147، في حالتين:

(1) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (القسم 2)، مرجع سابق، ص 23-24.

(2) - منصور إبراهيم العتوم، "النظام القانوني لغرامة التأخير"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، العدد 53، جامعة

الإمارات، 2013، ص 360-361.

أ - حالة مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن التأخر في التنفيذ:

يكون إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها، غالباً، هو سبب تأخر المتعاقد في التنفيذ، فقد قدم القضاء الإداري عدة صور للإخلال بالإدارة بالتزامات الذي يبرر تأخر المتعاقد في التنفيذ، ويتخذ خطأ أو تقصير الإدارة شكل الإخلال بالتزامات المالية كعدم دفع مستحقات المتعاقد أو التأخر في دفعها، أو الإخلال بالتزامات الفنية كتعديل طبيعة الأعمال أو كميتها، أو عدم تسليم صور المخططات والتصاميم، التأخر في تسليم موقع العمل...⁽¹⁾. تكون المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة مسؤولة عن توقف التنفيذ وبالتالي التأخر فيه⁽²⁾، فستلزم المتعامل المتعاقد الأمر بتوقيف الأشغال أو استئنافها، تعد هذه الوثيقة ضرورية لأنه لا يمكن إثبات علاقة المصلحة المتعاقدة بالتأخر في التنفيذ إلا بموجب هذه الوثيقة.

ب - حالة القوة القاهرة:

تعد القوة القاهرة من أهم أسباب إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته، وهي كل عذر قهري منع المتعاقد من الوفاء بالتزامه في الموعد المحدد في العقد، نتيجة لظرف استثنائي، قد يكون من فعل الطبيعة أو خطأ إنساني، لم يمكن توقعه، مسبباً استحالة في التنفيذ⁽³⁾. اشترط مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر في 1999/03/4 في قضية (ب.ت) ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية (سكيكدة) ثلاثة عناصر حتى نكون أمام قوة القاهرة، وهي: أن يكون الحادث مستقلاً عن إرادة المتعاقد، وأن يكون غير قابل للتوقع ولا للدفع، وأن يجعل من المستحيل استحالة مطلقة على المتعاقد الوفاء بالتزامات.

(1) - قرينة عادل، "إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير"، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد 35، جامعة باجي مختار عنابة، 2013، ص 182.

(2) - بولكور عبد الغني، "المنازعات الناشئة بعد إبرام الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر - 1 ديسمبر 2011، ص 248.

(3) - فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص 128.

تؤدي القوة القاهرة إلى تعليق الآجال مع ضرورة الالتزام بأمر توقيف الأشغال واستئنافها وتحرير شهادة إدارية⁽¹⁾.

يعاب على المنظم أنه أشار إلى القوة القاهرة كحادث وحيد يعفي المتعامل من الجزاءات المالية، لأنه موقف يجانب الصواب، فالقضاء الإداري يعتد بحالات أخرى كحالة الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، وغيرها من أشكال الحوادث المفاجئة، لا تؤدي إلى استحالة التنفيذ، إلا أنها تجعل التنفيذ مرهقا فتبرر إعفاء المتعامل من الجزاء.

ولا أدل على صحة هذا الرأي، اضطرار الوزير الأول توجيه تعليمة تتضمن تعليق الآجال التعاقدية وعدم تطبيق الجزاءات المالية⁽²⁾ في ظل تدابير الحجر الصحي المفروضة بموجب المرسوم التنفيذي 20-69 المؤرخ في 21 مارس 2020⁽³⁾.

فقد كان انتشار فيروس (كوفيد 19) كان حادثا مفاجئا وغير متوقع أدى إلى شبه استحالة في التنفيذ، وبالتالي فإن مبادئ العدل والإنصاف تقتضي إعفاء المتعاملين المتعاقدين من الجزاءات المالية، إلا أن تطبيق المادة 147 لا يسمح بذلك، وقد جاء في التعليمات المذكورة أنه: "...حرصا على عدم تضرر المؤسسات التي وجدت نفسها أمام استحالة ضمان إنجاز الأشغال والخدمات المقررة، فقد تقرر تطبيق أحكام المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15... التي تنص على تعليق الآجال التعاقدية وعدم فرض العقوبات المالية...".

إن القول بأن وقف الآجال بناء على المادة 147 هو تحميل للمادة أكثر من ما جاء في صياغتها الصريحة، ومن الأجدر أخذ هذه ثغرة بعين الاعتبار عند مراجعة تنظيم

(1) - لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج1، دار هومة، الجزائر، 2002، ص ص 77-82.

(2) - تعليمة رقم 163/و/2020، مؤرخة في 13 أبريل 2020، بخصوص التخفيف من آثار تدابير الوقاية من وباء كورونا فيروس "كوفيد 19" ومكافحته، على الأداة الوطنية للإنجاز.

(3) - مرسوم تنفيذي 20-69 المؤرخ في 21 مارس 2020، يتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -

19) ومكافحته، ج ر عدد 15، صادر في 21 مارس 2020.

الصفقات ليكون في وسع أحكامه مجابهة كل الظروف المستجدة، دون الحاجة في كل مرة لإصدار نص أو تعليمة خاصة بكل وضع على حدا.

3- اتخاذ إجراء فرض الغرامة التأخيرية:

لابد من صدور قرار فرض الغرامة لاستحقاق المصلحة المتعاقدة لها، يراعى في اتخاذه وجوب توفر أركان الاختصاص الشكل والإجراء، المحل، الغاية والسبب⁽¹⁾.
يميل الفقه والقضاء الفرنسي إلى إلزامية إعدار المتعاقد قبل توقيع الغرامة بحقه، ولا تعفى الإدارة من توجيه الإعدار إلا إذا نص العقد صراحة على ذلك، أو إذا كانت طبيعة العقد أو الظروف التي أحاطت بإبرامه تقتضي هذا الإعفاء، أو إذا كان عديم الجدوى⁽²⁾.
تخالف المادة 36 من دفاتر الشروط الإدارية العامة، هذا المبدأ بنصها على توقيع غرامة التأخير دون حاجة إلى إعدار المتعامل⁽³⁾.

3- دور القاضي الإداري في حماية المتعاقد من التعسف في فرض غرامة التأخير:

يمكن للمتعامل في حالة خرق المصلحة المتعاقدة شروط فرض الغرامة التأخيرية، اللجوء إلى قاضي العقد، الذي يتولى رقابة قرار فرض الغرامة بالتأكد من الوجود المادي للوقائع أي مدى وجود تأخر في تنفيذ الصفقة، ومدى صحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، كما يراقب ملائمة قرار فرض الغرامة أي من التناسب بين حجم التأخر في التنفيذ ومقدار الغرامة ومن عدم مبالغة المصلحة المتعاقدة في تقدير خطأ المتعامل.

(1) - رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 212، 213.

(2) - خطر شطناوي على، "صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها"، مجلة الحقوق، العدد الأول، الكويت، 2000، ص 115-116.

(3) - تنص المادة 36 من دفاتر الشروط الإدارية العامة أنه: "إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدية للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت ...".

يتخذ القاضي الإداري الإجراء المناسب بشأن قرار فرض الغرامة، إذ يتمتع بصلاحيات واسعة باعتبار هذه المنازعة من منازعات القضاء الكامل⁽¹⁾، فقد يقرر إبقاء قرار المصلحة المتعاقدة إذا توصل إلى سلامة قرارها، أو تخفيض قيمة الغرامة حتى تتناسب مع حجم التأخر في التنفيذ ومدته، كما قد يقرر الإعفاء منها كلياً إذا وجد أحد أسباب الإعفاء.

توصل مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 2006/06/23، إلى اعتبار الغرامات المفروضة على شركة "سوربوا" تعسفية، وأن الإدارة بالغت في تقديرها بحيث أصبح مبلغ الغرامات متفاوت بشكل مفرط بالمقارنة مع مبلغ الصفقة، وبالتالي من صلاحية قاضي العقد التدخل لتعديل مبلغ الغرامات وردها إلى الحد المعقول⁽²⁾.

ب- الرقابة على جزاء مصادرة الضمان

الضمان أو التأمين هو مبلغ من المال يقوم المتعامل المتعاقد بإيداعه لدى الإدارة أو المؤسسات المالية، كتأمين لجهة الإدارة تتوقى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها ملاءته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره⁽³⁾.

1- المقصود بجزاء مصادرة الضمان:

يتمثل جزاء مصادرة الضمان في حجز واستحواذ المصلحة المتعاقدة على التأمينات التي يقدمها المتعامل المتعاقد جراء الإخلال بالالتزامات، تملك توقيعه بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي ودون اشتراط تحقق ضرر ما⁽⁴⁾، باعتباره أحد الجزاءات المالية التي تملكها الإدارة تجاه المتعاقد المقصر في التنفيذ⁽⁵⁾.

(1) - خطار شطناوي علي، "صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها"، مرجع سابق، ص 118.

(2) - **MENEMENIS Alain**, « Le pouvoir du juge de modifier les pénalités », *Juris Classeur*, Droit administratif, N°11, 2006, p 19-20.

(3) - **فارس علي جانكير**، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 136.

(4) - **سبكي ربيعة**، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها ...، مرجع سابق، ص 107.

(5) - **DE LAUBADERE André**, *Traité des contrats administratifs*, T 2, paris, 1956, p 13.

ألزم تنظيم الصفقات العمومية المصالح المتعاقدة بالحرص على إيجاد الضمانات الضرورية لاسيما المالية منها، مما يكفل حسن تنفيذ الصفقة مع متعاقد مأمون من جميع الجوانب⁽¹⁾، تتمثل تأمينات أو كفالات التنفيذ وفقا لتنظيم الصفقات العمومية في:

1- كفالة حسن التنفيذ:

يطلق عليها الفقه "التأمين النهائي"، تعرف بكونها: "مبلغ من المال يقدمه صاحب العطاء المقبول خلال مدة معينة تبدأ من يوم إخباره بقبول عطاءه، وتقدر بنسبة معينة من مجموع قيمة الأصناف، والأعمال، لضمان قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط العقد ومواعيده"⁽²⁾.

2- كفالة رد التسبيقات:

يسمح نظام التسبيقات المالية كأحد طرق دفع مستحقات المتعامل المتعاقد بإثراء خزينته لضمان البدء في تنفيذ الصفقة⁽³⁾، فالتسبيقات هي الدفعات المالية التي تصرفها المصلحة المتعاقدة للمتعاقد معها مساعدة له للتخفيف من الأعباء المالية للعقد⁽⁴⁾.

فلا يتصور أن تدفع الإدارة مبلغ التسبيقات، دون أن يقدم المتعامل ضمانات تتيح له قبض التسبيقات⁽⁵⁾، متمثلة في كفالة مصرفية بقيمة معادلة لمبلغ التسبيقات⁽⁶⁾.

(1) - بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية، 2014-2015، ص 76.

(2) - سعيد عبد الرزاق باخبيبر، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2007-2008، ص 22.

(3) - علاق عبد الوهاب، ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، مرجع سابق، ص 423.

(4) - شريقي الشريف، النظام المالي للعقد الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 222.

(5) - بن زمام عبد الغني، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة كلية الحقوق، السنة الجامعية 2007-2008، ص 31.

(6) - المادة 110 من المرسوم الرئاسي 247/15.

3- كفالة الضمان:

تتضمن صفقات الأشغال العمومية آجالاً للضمان، تؤسس كفالة لمواجهة العيوب الخفية التي قد تظهر خلال هذه الآجال، وهي كفالة لا تؤسس بشكل مستقل إنما هي نتيجة تحويل كفالة حسن التنفيذ⁽¹⁾، تغطي الفترة الممتدة من تاريخ توقيع محضر الاستلام المؤقت⁽²⁾، إلى غاية الاستلام النهائي للصفقة، إذ تسترجع هذه الكفالة في أجل لا يتعدى شهر واحد من الاستلام النهائي⁽³⁾.

4- ضوابط فرض جزاء مصادرة الضمان:

يجب ألا يشوب استعمال السلطة توقيع جزاء مصادرة الضمان تعسف أخذاً بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، فلا تتم مصادرة الضمان إلا عند ارتكاب المتعامل الخطأ الذي وضع الضمان تحسباً له⁽⁴⁾.

يحق للمصلحة المتعاقدة مثلاً، في حالة إخلال المتعاقد بالتزام البدء في التنفيذ بعد تلقيه تسبقاً مصادرة كفالة رد التسبيقات، باقتطاع المبالغ المدفوعة من هذه الكفالة⁽⁵⁾.

(1) - رغم الأهمية البالغة لكفالة الضمان أن المنظم لم يعنى بها كما ينبغي، كونها كفالة لا تأسس مستقلة إنها هي إما نتيجة تحول لكفالة حسن التنفيذ بعد الاستلام المؤقت أو تحول للرصيد المكون من مجموع اقتطاعات حسن التنفيذ في صفقات الدراسات والخدمات¹، فقد كان من الأحسن لو حرص المنظم على إلزام المتعامل بتأسيس كفالة مستقلة على غرار باقي الكفالات، وليس هذا وحسب بل إن المادة 130 من المرسوم الرئاسي 247/15 نصت على ثلاث حالات تتاح فيها إمكانية إعفاء المتعامل من كفالة حسن التنفيذ وهي الصفات التي لا يتعدى أجل تنفيذها 03 أشهر، الصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط، وكذا الصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية، فطالما أنه لا سبيل لتأسيس كفالة الضمان إلا بتحول كفالة أو اقتطاعات حسن التنفيذ، فإن حالات الإعفاء المذكورة تتسحب إلى كفالة الضمان.

(2) - أنظر المادة 131 من المرسوم الرئاسي 247/15

(3) - أنظر المادة 134 من المرسوم الرئاسي 247/15.

(4) - بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009، ص ص 84-86.

(5) - علاق عبد الوهاب، الضمانات في الصفقات ذات البعد الدولي، مرجع سابق، ص 425.

كما تكون كفالة حسن التنفيذ محلا للمصادرة من قبل المصلحة المتعاقدة كجزاء في جميع حالات فسخ العقد، وكذا في حالات تنفيذ العقد على حساب المتعامل المتعاقد⁽¹⁾، وهذا لا يعني أنه لا يمكن تطبيق جزاء المصادرة منفردا طالما ارتأت المصلحة المتعاقدة أنه كاف لجبر الضرر.

ولا يصادر مبلغ كفالة الضمان، إلا في حالة ظهور عيوب في العملية المنجزة خلال مدة الضمان، إذ تسترجع كفالة الضمان في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة.

يعتبر مجلس الدول الجزائري رد كفالة الضمان متوقف على حصول التسليم النهائي، فلا مجال للمطالبة بردها إذا لم يحصل التسليم النهائي فقد جاء في قراره الصادر في 2019/03/04⁽²⁾: "...حيث أن الصفقة فسخت وأن الأشغال لم تنتهي ولم تسلم لا مؤقتا ولا نهائيا وأن الكفالة تضمن حسن تنفيذ الصفقة وتتحول إلى كفالة ضمان عند التسليم المؤقت وهي شروط غير متوفرة في ملف الدعوى وبالتالي فإن طلب الشركة الرامي إلى استردادها طلب غير مؤسس قانونا فيتعين رفضه..."

يجب على المصلحة الملائمة بين قيمة الضرر ومصادرة التأمين، فلا تلجأ إلى المصادرة لمجرد الإخلال البسيط الذي لا يؤثر على سلامة التنفيذ، فإذا تجاوزت المصلحة هذه القيود كان قرارها غير مشروع، وأمكن للمتعامل اللجوء إلى قاضي العقد لطلب إبطاله.

ج - الرقابة على جزاء التعويض:

يعد التعويض أحد أهم الجزاءات المالية للمصلحة المتعاقدة، الخاضعة لرقابة قاضي العقد.

(1) - علاق عبد الوهاب، الضمانات في الصفقات ذات البعد الدولي، مرجع سابق، ص 422.

(2) - قرار رقم 06299، صادر في 2019/04/04، عن مجلس الدولة الجزائري، في قضية (ش ذ م م د) ضد وكالة التسيير والتنظيم العقاري والحضري معسكر (قرار غير منشور).

1- المقصود بالتعويض في مجال الصفقات العمومية:

يعد التعويض الجزاء الأساسي لعدم وفاء المدين بالتزاماته، ويقصد به الحكم بمبلغ من المال يغطي الضرر الذي لحق المتضرر، إذ تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى اقتضاء التعويض من المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله بتنفيذ الالتزامات التي تلقىها الصفقة، فهو "الجزاء الأصيل المقابل لإخلال المتعاقد بالتزاماته مما يلحق الضرر بالمشروع العام"⁽¹⁾.

يستتبع التعويض بالضرورة قيام المسؤولية العقدية للمتعامل المتعاقد نتيجة لإخلاله، فهو بذلك مجرد تطبيق للقواعد العامة المعمول بها في نطاق القانون الخاص، التي تقضي بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر، يلزم من ارتكبه بدفع مبلغ مالي يعادل الضرر اللاحق بالطرف المتضرر.

حتى أن البعض من فقهاء القانون الإداري، ذهب أن التعويض لا يعد من الجزاءات الإدارية في مجال تنفيذ العقود الإدارية، إلا أن هذا القول غير سليم تماما بالنظر إلى الخصائص المتفردة لقواعد التعويض عن الخطأ في العقود الإدارية⁽²⁾.

يتميز التعويض عن غيره من الجزاءات المالية، في إلزامية إثبات الضرر حتى يثبت حق الإدارة في اقتضاء التعويض، وإذا كان من البديهي أن يتناسب التعويض مع الضرر، فهل من اليسير تحديد بدقة قيمة الأضرار التي تلحق الإدارة بسبب إخلال المتعاقد بالتزاماته؟ يري بعض الفقه أنه من الصعب جدا تقدير الأضرار التي تصيب الإدارة المتعاقدة ذلك أن الأضرار قد لا يقتصر أثرها على المرفق محل التعاقد، بل قد يمتد إلى مرافق أخرى، بل إلى قدرة الإدارة ذاتها على أدائها لمهمتها في تسيير تلك المرافق، لذلك فالتعويضات كجزاء في العقود الإدارية هي وسيلة لصالح الإدارة تضمن بها تأمين سير المرافق العامة

(1) - فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 155.

(2) - بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 80-81.

بانتظام واطراد⁽¹⁾، كما تتوقى بها خطر عدم كفاية الجزاءات المالية الأخرى لجبر الضرر الذي لحقها جراء إخلال المتعاقد بالتزاماته.

رغم الأهمية الظاهرة لجزاء التعويض إلا أن المنظم لم يوليها العناية اللازمة، حيث لم ينص التنظيم الصفقات صراحة على التعويض كجزاء توقعه المصلحة المتعاقدة باستثناء إشارة ضمنية في المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15 - 247 التي تنص: "...والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها ...".

3 - طبيعة تدخل قاضي العقد في الرقابة على جزاء التعويض:

يطرح التعويض إشكال حول دور قاضي العقد في الرقابة على هذا الجزاء، فهل تملك المصلحة المتعاقدة توقيعه بإرادتها المنفردة، وبالتالي يراقب قاضي العقد سلامة قرارها على غرار الجزاءات الأخرى؟ أم أن دور قاضي العقد هو النظر في طلب المصلحة اقتضاء التعويض من المتعاقد، أي أن القاضي وحده يملك سلطة الحكم به؟

في هذا الشأن نجد اختلافا بين ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي وما ذهب إليه القضاء الإداري في أغلب الدول العربية، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي يسلم بحق الإدارة في تحديد التعويض واقتضائه بنفسها دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، فتقوم الإدارة بإصدار أوامر الدفع مباشرة إلى المتعاقد الذي يحق له منازعة قرار الجزاء أمام القضاء الإداري، سواء من حيث صحة القرار أو من حيث قيمة التعويض⁽²⁾.

أما في مصر، فقد جرى العمل أن تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى القضاء الإداري للحكم بالتعويض، فإذا توصلت المحكمة استحقاق الإدارة للتعويض، فإنها تحدد المبلغ الذي تراه

(1) - عبد القادر دراجي، "سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية"، مجلة المفكر، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة أحمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 98.

(2) - رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات...، مرجع سابق، ص 57.

كاف لجبر الضرر، فليس لها أن تخصم مبلغ التعويض بنفسها، اعتمد القضاء هذا المسلك بسبب خلو التشريع من نص يخول للإدارة اقتضاء التعويض بإرادتها المنفردة⁽¹⁾.

لم يتطرق المرسوم الرئاسي 15-247 إلى هذه المسألة، وبالنظر إلى غياب نص صريح يسمح للمصلحة المتعاقدة باقتضاء التعويض بقرار انفرادي، تبقى ملزمة باللجوء إلى قاضي العقد الذي يستطيع وحده إلزام المتعاقد بالتعويض، فيكون دور القاضي في منازعة التعويض هو النظر في طلب المصلحة المتعاقدة التعويض عن إخلال المتعاقد بالتزاماته.

ثانيا - الرقابة على توقيع الجزاءات الضاغطة

تعد الجزاءات الضاغطة، جزاءات مؤقتة التي لا تنهي الصفقة، وإنما توكل تنفيذها إلى غير المتعاقد الأصلي وذلك تحت مسؤوليته و على حسابه ضمانا لسير المرافق العامة، يسمى هذا النوع من الجزاءات وسائل الضغط أو الإجراءات القهرية، وتتخذ في مجال الصفقات العمومية صورتين.

1 - المقصود بالجزاءات الضاغطة:

تعرف الجزاءات الضاغطة بأنها: "جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما، وذلك بقيامها بتنفيذ تلك الالتزامات أو أن تعهد بتنفيذها إلى شخص آخر على حساب المتعاقد المقصر وتحت مسؤوليته المالية"⁽²⁾.

أقر القضاء الإداري سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الضاغطة، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه: "...فكما أن جهة الإدارة تملك توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد معها في حالة تقصيره وإخلاله بالتزاماته، فإنها تملك إلى جانب ذلك أن ترغم

(1) - فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة....، مرجع سابق، ص 161-162.

(2) - خميس السيد إسماعيل، موسوعة القضاء الإداري، الأصول العامة والتطبيقية العملية للعقود الإدارية والتعويضات، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، د ت ن، ص 95.

المتعاقد معها على تنفيذ العقد، ويكون ذلك بأن تحل الإدارة نفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الالتزام أو أن تعهد إلى غيره بتنفيذه⁽¹⁾.

2- أشكال الجزاءات الضاغطة في مجال الصفقات العمومية:

تتخذ الجزاءات الضاغطة في مجال الصفقات العمومية مظهرين وفقا للنوع الصفقة، فنجد سحب العمل من المقاول في صفقات الأشغال العامة، والشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقات التوريد⁽²⁾.

1- سحب العمل من المقاول:

بمقتضاه تحل الإدارة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق شخص آخر محل المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك لكفالة تنفيذ الأشغال لحساب المقاول وتحت مسؤوليته⁽³⁾. ويعد تنفيذ الأشغال على حساب المقاول، الوجه الثاني لقرار سحب العمل من المقاول، إذ أن الأمر لا يتوقف بسحب المشروع من المتعاقد الأصلي، وإلا فإن ذلك سيؤدي إلى وقف نشاط المرفق، بل تتولى الإدارة بنفسها أو عن طريق مقاول آخر بتنفيذ الأعمال وفقا للطرق المقررة للتنفيذ على الحساب.

تتمتع الإدارة بسلطة توقيع هذا الجزاء بإرادتها المنفردة دون حاجة للالتجاء إلى القضاء، حتى وإن لم ينص عليه العقد أو في دفاتر الشروط العامة، إعمالا لامتيازها بالتنفيذ المباشر واستنادا للقواعد العامة التي تحكم الجزاءات في العقود الإدارية⁽⁴⁾.

لم يتناول تنظيم الصفقات العمومية جزاء سحب العمل من المقاول، إنما نصت عليه المادة 35 من دفاتر الشروط الإدارية العامة: "إذا لم ينفذ المقاول ما تم الاتفاق على إنجازه

(1) - بلاوى ياسين بلاوى، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 73.

(2) - الوهبي عبد الله بن حمد، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، مطابع الحميضي، الرياض، 2002، ص 261.

(3) - بلاوى ياسين بلاوى، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 155.

(4) - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار لفكر العربي، القاهرة، 1975، ص 219.

فإن للمهندس الرئيسي بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر الذي يجوز أن يكون جزئياً هذا الوزير يمكنه تبعاً للظروف المتخلف دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول".

يأخذ الخطأ التعاقد الذي يخول للمصلحة المتعاقدة سحب العمل من المقاول وفقاً للمادة 35 من دفاتر الشروط الإدارية العامة صورتين، أولهما الإخلال بشروط العقد كعدم احترام مدة تنفيذ العقد ما لم يكن التأخير راجعاً لسبب أجنبي، وكذلك وقف الأشغال أو التخلي عنها جزئياً أو كلياً⁽¹⁾، ثانيهما عدم احترام المقاول للأوامر المصلحية⁽²⁾، ويقصد بالتأخر في التنفيذ، عدم مراعاة آجال التنفيذ بوجه عام، وليس أجل التسليم النهائي فقط إنما كل الآجال المرحلية، لأنه عادة ما تقسم الصفقة إلى مراحل تتطلب كل مرحلة تنفيذ جزء فإن وقع التأخر في أي شطر جاز للإدارة فرض الجزاء على المتعاقد لأنه بالضرورة سيؤدي إلى التأخر في الأجل النهائي⁽³⁾.

تجدر الإشارة أن عدم قيام المقاول أو المورد بإنجاز العمل من الناحية العملية قد يعود إلى أسباب لا تتعلق بتقصيره ولا تتوقف على الحالات التي ذكرتها دفاتر الشروط الإدارية، إنما يرجع لأسباب متعلقة بالمركز المالي للمتعاقد تتمثل في حالات الإفلاس، أو طلبه شهر الإفلاس، نجد المادة 65 من الشروط العامة العراقية أشارت أن أسباب سحب العمل من المقاول مذكورة على سبيل المثال لا الحصر إلا أنها لا تخرج عن فئتين الأولى منها تشمل الأسباب المتعلقة بالمركز المالي للمتعاقد، أما الفئة الثانية فهي تشمل الأسباب المتعلقة

(1) - حابي فتيحة، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية، (في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم)، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 289.

(2) - سبكي ربيعة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها، مرجع سابق، ص 123.

(3) - حوري يوسف، "سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدية، يوم 20 ماي 2013، ص 7.

بشخص المقاول كتخليه عن المقاولة أو عجزه دون عذر مشروع عن مباشرة العمل، أو وقف العمل مدة 30 يوما بعد تسلم أمر بدأ الأشغال⁽¹⁾.

ب- الشراء على حساب المورد:

يقصد بالشراء على حساب ومسؤولية المورد: "إجراء تتخذه المصلحة المتعاقدة تجاه المورد المتعاقد معها الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها بموجب الصفقة المبرمة وفي المدة المحددة، أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة والمحددة في العقد، وذلك بشراء هذه الأصناف على نفقته وتحت مسؤوليته"⁽²⁾، كما يعد الخطأ جسيما في صفقات التوريد، اللجوء إلى التعامل الثانوي دون موافقة المصلحة المتعاقدة⁽³⁾.

لم يتضمن أي نص قانوني، لاسيما المرسوم الرئاسي 15-247 أحكام جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد⁽⁴⁾، رغم أن وجود هذه الأحكام سيقيد سلطة المصلحة المتعاقدة من خلال تحديد شروط وحالات اللجوء إليه، فيسهل بالمقابل رقابة قاضي العقد، وبالتالي يشكل غياب التنظيم القانوني لهذا الجزاء فقدان ضمانات أساسية بالنسبة للمتعاقد.

3- الآثار القانونية للجزاءات الضاغطة:

1- استبعاد المتعاقد مع تنفيذ العقد على حسابه:

تتميز الجزاءات الضاغطة ببقاء العقد قائما، لأنها إجراءات مؤقتة لا يترتب عنها إنهاء العقد، وتستمر مسؤولية المتعاقد عن تنفيذه إلا أنه يستبعد مؤقتا عن تنفيذ الأعمال التي تأخر في أدائها، وتحل الإدارة محله في تنفيذ الأعمال بنفسها، أو تعهد بها إلى مقاول أو مورد آخر، على مسؤولية المتعاقد الأصلي، قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه:

(1) - بلاوى ياسين بلاوى، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ص 110-111.

(2) - سعيد عبد الرزاق باخبيهر، سلطات الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 262.

(3) - حدادة فيروز، التعامل الثانوي في صفقات التوريد في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 137.

(4) - يشمل عدم التنظيم القانوني لجزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد كل النصوص السابقة للمرسوم 10-236.

"...للإدارة إذا ما تخلف المتعاقد معها عن تنفيذ التزامه سحب العمل منه وتنفيذ الأعمال على حسابه سواء عن طريق الإدارة أو عن طريق الغير بمناقصة أو ممارسة..."⁽¹⁾.

1- تحميل المتعامل المتعاقد النتائج المالية المترتبة عن تنفيذ العمل على حسابه:

يتحمل المتعامل المتعاقد الأصلي كافة النتائج والآثار التي تترتب عن الجزاء الضاغط، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه وكأثر لجزاء الشراء على حساب المورد المقصر بتنفيذ التزامه التعاقدية فإنه يتحمل مبلغ الزيادة في قيمة الأصناف المشتراة إضافة للغرامات والمصاريف الإدارية، وبالمقابل فإن المتعاقد لا يحق له المطالبة بفرق السعر، إذا كان سعر الشراء يقل عن سعر المتعهد، حتى لا يستفيد المخطئ من تقصيره ولا يثرى من إخلاله في تنفيذ التزاماته التعاقدية⁽²⁾، كذلك إذ نجم عن منح المشروع لمقاول آخر مصاريف زائدة فإن المقاول الأصلي يتحمل كافة هذه المصاريف، إلا إذا ثبت حصول أخطاء أثناء تنفيذ العقد كانت هي السبب في زيادة المصروفات⁽³⁾.

ورغم تحميل المتعامل المتعاقد المسؤولية المالية عن تنفيذ العمل على حسابه إلا أن القضاء أقر حمايته من المغالاة والإجحاف في حقه بتكريسه القواعد الآتية:

- إذا كان تأخر المتعاقد في التنفيذ ينجر عنه مبدئياً فرض الغرامة التأخيرية، إلا أنه على الإدارة أن توقف احتسابها متى قررت سحب العمل منه، وهذا ما أقرته محكمة التمييز في العراق أنه: "...لا يجوز الجمع بين الغرامات التأخيرية وسحب العمل وذلك لأن المقاول ... لم يعد حراً في إكمال العمل والسيطرة عليه"⁽⁴⁾.

(1) - بلاوى ياسين بلاوى، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 165-166.

(2) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيماً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 95.

(3) - فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 179.

(4) - رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات ...، مرجع سابق، ص 74.

- كما تلزم الإدارة بشراء الأصناف وإنجاز الأشغال وفق الشروط والمواصفات المتعاقد عليها، حتى أن مجلس الدولة الفرنسي ألزم الإدارة بالسماح للمورد بمراقبة عملية اختيار مورد جديد ومتابعة ما يقوم به من أعمال لازمة لتنفيذ العقد⁽¹⁾.

- عدم جواز الجمع بين الشراء على حساب المورد المقصر وإنهاء العقد في نفس الوقت، نظرا لعدم إنهاء الرابطة التعاقدية، فالعقد يستمر في إنتاج آثاره ويظل المتعاقد مسؤولا أمام الإدارة عن استمرار العقد، وعليه فإن إلغاء العقد كأنه لم يكن يتنافى مع المنطق، على أنه إذا نفذت الإدارة العمل على حساب المتعاقد المقصر فليس هناك ما يمنع إنهاء العقد، ولا يعد ذلك جمعا بين جزأين⁽²⁾.

4- دور قاضي العقد في الرقابة على الجزاءات الضاغطة:

على غرار كل الجزاءات، تتدرج رقابة القضاء على سلطة فرض الجزاءات الضاغطة ضمن القضاء الكامل، وتتناول فحص قرار الجزاء من زاويتي المشروعية والملاءمة.

أ- رقابة المشروعية:

يكون الجزاء غير مشروع إذا شابه من عيوب الشكل أو الاختصاص، أو مخالفته القانون أو الانحراف بالسلطة، فعلى سبيل المثال، استقر القضاء والفقهاء في فرنسا على أن عدم مراعاة الإدارة للإجراء إغذار المتعاقد، يعد عيبا في الشكل يؤدي إلى بطلان إجراء التنفيذ على حساب المتعاقد⁽³⁾.

ب- رقابة الملاءمة:

لا يكتفي قاضي العقد بالرقابة على الوجود المادي لأسباب الجزاء وتكييفها القانوني، بل تشمل رقابته تقدير المصلحة المتعاقدة لأهمية السبب وخطورته ومدى تناسبه مع الإجراء المتخذ. وفي حالة عدم تناسب الجزاء يحكم القاضي بعدم صحة الجزاء المبالغ فيه أو يعدله،

(1) - فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، ص 200-205.

(2) - فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 94-95.

(3) - بلاوى ياسين بلاوى، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 117-118.

كما يملك أن يحكم بالتعويض المتعامل المتعاقد متى تسببت المصلحة المتعاقدة بتصرفها المعيب في إلحاق ضرر بالمتعاقد.

غير أنه وفقا قضاء مجلس الدولة الفرنسي، لا يملك قاضي المنازعات المتعلقة بالأشغال العامة والتوريد تقرير إلغاء الإجراءات التي اتخذتها المصلحة المتعاقدة⁽¹⁾، وهو الأمر الذي يشكل نقطة ضعف الرقابة القضائية على منازعات فرض الجزاءات.

(1) - بلاوى ياسين بلاوى، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 119-120.

المبحث الثاني:

رقابة الاستعجال التعاقدية.

تحتل رقابة قاضي الاستعجال في المواد الإدارية مكانة مميزة في مجال رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة، يرجع السبب في ذلك إلى الدور الذي تلعبه هذه الرقابة في إحداث نوع من التوازن بين مركز الإدارة وما تملكه من امتيازات وسلطات خطيرة، ومركز الشخص الخاص الذي يتميز بضعفه في مواجهة الإدارة.

تتطوي الصفقات العمومية على العديد من الحالات التي يجد فيها المتعامل المتعاقد نفسه في حاجة ماسة إلى حماية وقتية وسريعة تضمنها رقابة قاضي الاستعجال، في هذا الشأن يشترط لاختصاص القاضي الاستعجال الإداري بالنظر في منازعات الصفقات العمومية وجوب توفر شروط الاستعجالية العامة كأبي منازعة إدارية عامة (المطلب الأول).

فإذا توفرت هذه الشروط وتحقق اختصاص قاضي الاستعجال الإداري، فإنه يستطيع اتخاذ أي من التدابير التي تتماشى مع طبيعة المنازعة الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

شروط اختصاص قاضي الاستعجال التعاقدية.

خص المشرع الجزائي العقود الإدارية والصفقات العمومية، بدعوى استعجالية ذات طبيعة خاصة، لكنها تتعلق مرحلة إبرام الصفقات العمومية، فإذا تعلق الأمر بمرحلة التنفيذ، فإنه لا تحظى الصفقات العمومية بأحكام خاصة في مجال قضاء الاستعجال.

فلا تخرج الشروط الموضوعية اللازم توفرها لاختصاص قاضي الاستعجال الإداري بالفصل في المنازعة التعاقدية المستعجلة المتعلقة بالصفقات العمومية عن الشروط المطلوبة لتحقيق اختصاصه في أي منازعة إدارية مستعجلة أخرى.

تتمثل هذه الشروط في كل من: الشروط الموضوعية العامة (فرع أول)، والشروط الموضوعية الخاصة (فرع ثاني).

الفرع الأول:

الشروط الموضوعية العامة لدعوى الاستعجال

تتمثل الشروط الموضوعية العامة التي وضعها المشرع بنص صريح في كل من شرط الاستعجال، شرط عدم المساس بأصل الحق وشرط عدم المساس بالنظام العام.

أولا - شرط الاستعجال

الاستعجال هو شرط أساسي الانعقاد الاختصاص للقضاء المستعجل مدنيا كان أو إداريا وهو عنصر من عناصره، إذ أن الاستعجال هو الذي يحدد الجهة القضائية المختصة⁽¹⁾، وكذا الإجراءات المتبعة أمامها لأن سرعة الإجراءات تتطلب قضاء مختصا، وتحديد قواعد إجراءات ذات طبيعة سريعة⁽²⁾، فمن المعروف أن قضاء الاستعجال قد وجد لتلافي البطيء الناشئ عن استعمال سبل التقاضي العادي فيلجأ إلى الاستعجال عندما يكون قاضي الموضوع عاجزا عن حل النزاع في الوقت المناسب⁽³⁾.

(1) - الغوتي بن ملحة، القضاء الاستعجال وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 9.

(2) - بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، دراسة تحليلية مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع المؤسسات الإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2007-2008، ص 11.

(3) - علي عمار، "مفهوم القضاء الاستعجالي والقضايا الاستعجالية"، مجلة الفقه والقانون، العدد 11، 2013، ص 47.

يرجع تقدير وجود الاستعجال إلى القاضي نفسه، الأمر الذي طالما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في أحكام عديدة له منها قراره الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 2011 في قضية (جمعية سكان المنطقة الساحلية لمورييهان) حيث جاء فيه أن: "...تقدير الاستعجال يدخل ضمن السلطة السيادية للقاضي الاستعجالي..."⁽¹⁾.

فلا يمكن للأطراف الاتفاق مسبقا على تحديد حالة الاستعجال كونها من النظام العام فقد جاء في قرار محكمة التمييز اللبنانية أنه: "...وحيث أنه لا يكفي لصلاحيّة القضاء المستعجل اتفاق الطرفين على ذلك في العقد لأن هذه الصلاحيّة وإن كانت استثنائية فهي صلاحيّة مطلقة لا يحق للفرقاء الاتفاق مسبقا على تحديدها تلقائيا لأنها تتعلق بالنظام العام، ولا يكفي لتقرير منحها لقاضي العجلة... بند في العقد بل لابد من التثبت أولا من توافر شرط اختصاصه أي ركن العجلة..."⁽²⁾.

نظرا لأهمية عنصر الاستعجال، لابد من البحث عن تعريف محدد له ضمن أحكام القانون وآراء الفقه، وكذا أحكام القضاء.

1- التعريف القانوني للاستعجال:

بالرجوع إلى النصوص القانونية في الجزائر، نجد أن المشرع عندما يتطرق إلى شرط الاستعجال فإنه يسرد أهم حالاته، أي أنه يحدد مفهوم الاستعجال انطلاقا من حالات محددة على سبيل المثال دون أن يضع تعريفا عاما للاستعجال، فالمواد 919، 920، 924 و 925 من القانون 08-09 لم تحدد تعريفا شاملا لشرط الاستعجال، واكتفت بالتأكيد على أن الاستعجال يعتبر شرطا جوهريا لرفع الدعوى الاستعجالية.

هذا ما يدفعنا للتساؤل هل تنعكس مسألة عدم وضع تعريف قانوني للاستعجال سلبا

(1) - خضرون عطاء الله، "الاستعجال في المادة الإدارية"، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الرابع، ص 64.

(2) - برهان رزيق، الدعوى المستعجلة في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 16.

على دور القاضي الإداري في حماية حقوق المتقاضين؟ يرى عدد من الفقهاء أن عدم وجود تعريف قانوني لشرط الاستعجال يؤدي إلى نتائج محدودة.

إذ يرى الأستاذ «*Pronces*» أن ذلك يعطي للقاضي حرية واسعة في التقدير، فيأخذ في اعتباره ظروف كل دعوى، ما يجعله قادرا على إيجاد الحل المناسب على ضوء الوقائع المعروضة عليه⁽¹⁾، كما يرى الأستاذ «*مسعود شيهوب*» أن: "أية محاولة من المشرع لتعريف حالة الاستعجال أو صياغة قائمة حصرية لها يعني تقييد القاضي، وأن القاضي هو أقرب لمعايشة الواقع من المشرع الذي لن يستطيع مهما تنبأ أن يحصر جميع حالات الاستعجال"⁽²⁾.

2- التعريف القضائي للاستعجال:

تعرض القضاء الإداري في الجزائر إلى مفهوم الاستعجال، في قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الذي جاء فيه: "...فإننا نكون أمام حالة استعجال، كلما كنا أمام حالة يستحيل حلها فيما بعد..."⁽³⁾.

أما مجلس الدولة فقدم بدوره تعريفا أكثر تفصيلا في قراره المؤرخ في 2000/12/20 بين (الشركة ذات المسؤولية المحدودة كورديال) ضد والي ولاية وهران الذي جاء فيه: "حيث أنه في هذه الظروف فإن توقيف تفريغ الباكسة و منذ 2 نوفمبر 2000 قد تسبب ويسبب يوميا في تكاليف معتبرة تسدد بالعملية الصعبة، كما أنه من المحتمل جدا أن يؤدي إلى تلف البضاعة المحمولة نظرا للظروف الخاصة بتخزينها داخل الباكسة، مما يجعل

(1) - بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرفي، باتنة، 1995، ص 33-34.

(2) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية-نظرية الاختصاص - ج 2، د م ج، الجزائر، 2009، ص 136.

(3) - قرار رقم 92189، صادر بتاريخ 22 مارس 1992، عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، عدد 1، 1993.

عنصر الاستعجال متوفر في قضية الحال، ويفيد أن قاضي الاستعجال مختص لأخذ التدابير المنصوص عليها في المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية وهذا لوضع حد للأضرار الراهنة إلى حين الفصل في الموضوع⁽¹⁾.

3 - التعريف الفقهي للاستعجال:

تعددت التعاريف الفقهية المقدمة لشرط الاستعجال، والتي حاولت في مجملها إبراز عناصر الاستعجال من خلال تعريف محدد، فمنهم من عرفه بأنه: "الفصل في المنازعات التي يخشى عليها من فوات الوقت، فصلا مؤقت لا يمس بأصل الحق، وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقتي ملزم للطرفين قصد المحافظة على الأوضاع القائمة، أو احترام الحقوق الظاهرة، أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين"⁽²⁾.

ويعرفه آخرون على أنه: "ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة، التي لا تتحقق بإتباع الإجراءات العادية للتقاضي نتيجة لتوفر ظروف تمثل خطرا على حقوق الخصم، أو تتضمن ضررا قد يتعذر تداركه أو إصلاحه"⁽³⁾.

ثانيا - شرط عدم المساس بأصل الحق

تنص المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كـ "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة."

لا ينظر في أصل الحق...".

(1) - نقلا عن: بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، مرجع سابق ص 14-15.

(2) - عبد التواب عبد الباسط، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، ط 3، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1995، ص 16.

(3) - بركايل رضية، الدعوى الإدارية الاستعجالية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014، ص 22.

ألزم قانون الإجراءات المدنية والإدارية قاضي الاستعجال بأن لا يمس بأصل الحق، إذ يهدف القضاء الاستعجالي إلى اتخاذ تدابير وقائية تحفظية لحماية الحق الذي يخشى من ضياعه بمرور الوقت، لا أن ينظر في أصل الحق.

إلا أن المشرع الجزائري وعلى غرار شرط الاستعجال لم يعرف أصل الحق، وكان من الأجدر بالمشرع أن يبحث ماهية أصل الحق وتحديد مكوناته الضرورية، والتي لا بد من إيجاد عناصر وشروط لتحديدتها حتى تصبح في متناول المخاطبين بها من فئات العوام أو الفئات الخصوصية⁽¹⁾، فلا بد من اللجوء إلى مصادر أخرى لإزالة الغموض عن هذا الشرط.

1 - التعريف الفقهي لشرط عدم المساس بأصل الحق:

تعددت الآراء الفقهية في تحديد معنى المساس بأصل الحق، فعرف بأنه: "كل ما يتعلق بالحق وجودا وعدما، فيدخل في ذلك ما يمس صحته أو يؤثر في كيانه، أو في الآثار القانونية التي رتبها لها القانون، أو التي قصدها المتعاقدان"⁽²⁾.

ويرى البعض أن المقصود بعدم المساس بأصل الحق، ألا يكون للحكم المستعجل تأثير على الموضوع -أصل الحق- أي عدم تعديل المراكز القانونية أو تأكيدها أو محوها فيبقى كل من الخصوم محتفظا بمركزه القانوني الذي كان عليه قبل الحكم المستعجل⁽³⁾.

2: التعريف القضائي لشرط عدم المساس بأصل الحق

يعتمد على مستوى القضاء على قرار شهير صادر عن المحكمة العليا مؤرخ في 1985/11/18 جاء في حيثياته: "...إن المقصود بأصل الحق الذي يتمتع قاضي الأمور

(1) - بوجادي عمار، "اختصاص مجلس الدولة في المادة الإدارية الاستعجالية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية،

جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد 01، 2007، ص 95.

(2) - نقلا عن: بركايل رضية، الدعوى الإدارية الاستعجالية...، مرجع سابق، ص 29.

(3) - فريحة حسين، "الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري"، إدارة، العدد 26، الجزائر، 2003، ص 15.

المستعجلة عن المساس به هو السبب القانوني والذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر، فلا يجوز أن يتناول هذه الحقوق والتزامات بالتفسير والتأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني بينهما، كما ليس له أن يغير أو يعدل من المركز القانوني لأحد الطرفين، أو أن يتعرض في أسباب حكمه إلى الفصل في موضوع النزاع، أو يقضي فيها بالصحة أو البطلان، أو يأمر باتخاذ إجراء تمهيدي كالإحالة على التحقيق، أو ندب خبير، أو استجواب الخصوم، أو سماع الشهود، أو توجيه يمين حاسمة أو متممة لإثبات أصل الحق، بل يتعين عليه أن يترك جوهر النزاع سليماً ليفصل فيه قاضي الموضوع المختص دون غيره⁽¹⁾.

يمنع إذن على قاضي الاستعجال تناول موضوع الحق بالدراسة والشرح والتفسير الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني المثار أمامه، وذلك إما بالتعديل أو التحويل في مركز أحد الطرفين⁽²⁾. كما يمنع عليه أن يتعرض أثناء تسبيب قراره إلى الفصل في موضوع النزاع، فيترك جوهر النزاع سليماً يفصل فيه قاضي الموضوع⁽³⁾.

إلا أن هذا الشرط لا يعني حرمان قاضي الاستعجال من فحص موضوع الدعوى من حيث الظاهر للتوصل إلى القضاء في الإجراء الوقتي المطلوب منه، فقد قضت محكمة النقض السورية أنه إذا كان لا يجوز لقاضي الاستعجال أن يتعدى في قضائه إلى أصل النزاع، فإن له فحص ظاهر المستندات، وأن يناقش الوثائق بمقدار ما يسمح له التأكد من جدية الطلب⁽⁴⁾.

(1) - قرار رقم 35444، صادر بتاريخ 1985/12/18، عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية للمحكمة

العليا، عدد 1، لسنة 1990 ص 46.

(2) - بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، مرجع سابق، ص 303.

(3) - بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية وتطبيقاتها في الجزائر، مرجع سابق، ص 19.

(4) - برهان زريق، الدعوى المستعجلة في القضاء الإداري، 2017، د ب ا، ص 38.

كما ورد في أحد أحكام القضاء المغربي: "...يمكن للقاضي أن يطلع على مستندات وأوراق الخصوم المتعلقة بأصل الحق و هو يفصل في ذلك لا ليحسم النزاع لكن ليتوصل إلى معرفة أي من الطرفين أجدر بالحماية القضائية واتخاذ الإجراء الوقتي..."⁽¹⁾.

لصعوبة تحديد معيار معرفة ما يدخل ضمن أصل الحق من دونه، يمكن الرجوع لأحكام القضاء الإداري، للاطلاع التي حكم فيها بتوفر هذا الشرط أو عدم توفره، من بين هذه الحالات في مجال الصفقات العمومية:

1 - طلب المتعامل المتعاقد تعيين خبير بصفة مستعجلة للإطلاع ولإثبات ما تم إنجازه من أشغال لصالح المصلحة المتعاقدة والتي تم استلامها في حالة رفض المصلحة المتعاقدة صرف مستحقات المتعامل المالية كلياً أو جزئياً عن أداء تلك الأشغال. وتطبيقاً لذلك نجد قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة المؤرخ في 2002/3/30، الذي تقرر بموجبه تعيين خبير لمعاينة الأشغال التي أنجزها المدعي وتقدير قيمتها نقداً⁽²⁾.

غير أنه على الخبير أن يتوخى الحذر لعدم تجاوز حدود المعاينة ونقل صورة الوقائع المطلوب إثباتها، فقد قضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (سابقاً) في قرارها الصادر في 1990/06/16 بأن الخبير المعين من طرف قاضي الاستعجال قصد معاينة الأضرار يكون قد مس بأصل النزاع عندما تطرق للتعويض فجاء في حيثيات القرار: "...حيث أن الخبير هنا بدل أن يثبت حالة الضرر المدعى به من طرف المدعي، تطرق إلى موضوع التعويض الذي يمس حقوق الأطراف، فيكون بذلك تجاوز المهمة المنوطة له بحكم الأمر الاستعجال..."⁽³⁾.

(1) - قاسمي خديجة، عرابوي نبيل صالح، "نطاق اختصاص القاضي..."، ...، مرجع سابق.

(2) - بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مرجع سابق، ص 70.

(3) - قرار رقم 66930، صادر بتاريخ 1990/06/16، عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، قضية (س ا) ضد (بلدية بانتة)، المجلة القضائية، عدد 3، 1993، ص ص 170-173.

2 - طلب الإذن بالحجز التحفظي لحماية للحقوق الناشئة عن العقد⁽¹⁾، فالمصلحة المتعاقدة يمكن أن تلجأ إلى قاضي الاستعجال لاستصدار الإجراءات التحفظية والوقائية بدلا من أن تقوم بتوقيعها بموجب قرار انفرادي، كالأمر بتنفيذ بعض الأشغال أو وقف تنفيذها.

كما يمكن في الحالة العكسية، يأمر القاضي الاستعجالي بناء على طلب المتعامل المتعاقد، بوقف تنفيذ ما اتخذته المصلحة المتعاقدة ضده من إجراءات تعاقدية إذا كان يترتب عن تنفيذها أضرار يتعذر تداركها، ففي قرار مجلس الدولة الصادر في 2002/12/17 أيد الأمر المستأنف، إذ اعتبر أن قرار وقف تنفيذ الحجز من اختصاص قاضي الاستعجال، وهو تدبير تحفظي مؤقت لا يمس أصل الحق ولا يتطرق لمراكز الأطراف بالتعديل⁽²⁾.

بالمقابل، اعتبر القضاء أن المطالبة بالديون الناتجة عن تنفيذ الأشغال المنجزة في إطار صفقة عمومية تتعلق بأصل الحق وتخرج بذلك عن اختصاص القضاء الاستعجالي⁽³⁾.

كما يعتبر القضاء الفصل في طلب تعديل بند من بنود صفقة عمومية على أساس تفسير ما هو غامض فيها مساسا بأصل الحق وتدخل في صميم اختصاص قاضي الموضوع⁽⁴⁾.

ثالثا - شرط عدم المساس بالنظام العام

يمنع على قاضي الاستعجال بمقتضى شرط عدم المساس بالنظام العام أن يأمر بأي تدبير من التدابير التي تمس أوجه النزاع المتعلقة بالنظام العام، وبالعودة أصل وجود هذا الشرط في التشريع الجزائري، نجد أنه تم التأكيد عليه ضمن نص المادة 171 مكرر من

(1) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 326.

(2) - قرار رقم 5671، صادر في 2002/12/17، صادر عن الغرفة الثانية لمجلس الدولة، في قضية (ض ص) ضد إدارة الجمارك، مجلة مجلس الدولة، عدد خاص بالمنازعة الضريبية، ص ص 68-69.

(3) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 152.

(4) - بوجادي عمر، "اختصاص مجلس الدولة في المادة الإدارية الاستعجالية"، مرجع سابق، ص 96.

قانون الإجراءات المدنية الملغى⁽¹⁾، حيث نصت أنه: " في جميع حالات الاستعجال يجوز لرئيس المجلس القضائي ... الأمر بصفة مستعجلة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة ... باستثناء ما يتعلق منها بأوجه النزاع التي تمس النظام العام أو الأمن العام...".

تتميز فكرة النظام العام بكونها فكرة واسعة، فهذا المصطلح تتعدد استعمالاته في مجالات السياسة، الضبط الإداري، الإدارة بوجه عام وحتى القضاء⁽²⁾، بل وأنها فكرة ليست ذات مفهوم قانوني موحد، فالمرجع، والقاضي عندما يستعملانها، ليس دائما للدلالة على نفس المعنى، ذلك أن المشرع بين قانون وآخر، قد يعطيها مقصدا مختلفا، كما أن استناد القاضي إليها بين حكم وآخر، بل وفي ذات الحكم نفسه، قد يتعدد المقصد المراد من مفهومها.

فكرة النظام العام ليست ذات طبيعة قانونية بحتة، بل ذات طبيعة سياسية، لاسيما في مجال القانون العام والنشاط الإداري، مما جعلها فكرة مرنة ومتطورة، حتى وصفت بأنها عبارة عن غلاف فارغ، والحديث عنها مجرد كلام مطاط، مما يثير صعوبة في تحديدها، وضبط مفهومها العام خاصة وأن مفهومها نسبي يتغير بتغير الزمان والمكان.

ومن ثم، فقد تم تعريف فكرة النظام العام، على أنها مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، فقواعد النظام العام هي تلك التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، التي هي كل أمر يتعلق بالنظام الأساسي للمجتمع، بحيث يرجح على كل مصلحة فردية، ومن ثم وجب على جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام، حتى ولو

(1) - أمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 47، صادر في 9 يونيو 1966، معدل ومتمم بقانون رقم 90-23 مؤرخ في 18 أغسطس 1990، ج ر عدد 36، صادر في 22 أغسطس 1990، (ملغى).

(2) - بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مرجع سابق، ص 78.

كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة فإذا هم خرجوا على هذا النظام، باتفاق خاص، كان هذا الاتفاق باطلا⁽¹⁾.

كما عرف القضاء الجزائري النظام العام بأنه: "مجموع القواعد الضرورية لحفظ السلم الاجتماعي"⁽²⁾.

يمكن القول أن فكرة النظام العام غير قابلة للتحديد، هذه الخاصية تؤدي إلى اتساع مجال النظام العام وبالتالي تضيق مجال تدخل قاضي الاستعجال الإداري، هذا السبب جعل المشرع الفرنسي يتراجع في وقت مبكر عن شرط عدم المساس بالنظام العام.

يعد شرط عدم المساس بالنظام العام قيذا غير مبرر على سلطة القاضي، لأنه يخرج مجال النظام العام من اختصاصه مع أنه يعد المجال الخصب لتجاوز السلطة من طرف الإدارة⁽³⁾، وهو المجال الذي يجب أن يؤدي فيه القاضي دوره في الحد من هذا التجاوز، فمن غير المعقول لاسيما في الوقت الحالي حرمان قاضي الأمور المستعجلة من مراقبة نشاط الإدارة بحجة المحافظة على النظام العام⁽⁴⁾.

رغم هذه الانتقادات فقد أشارت المادة 939 من القانون 08-09 إلى هذا الشرط بنصها: "خلفا لأحكام المادة 843 أعلاه، يجوز إخبار الخصوم بالأوجه المثارة الخاصة بالنظام العام خلال الجلسة".

فالمشرع وإن لم يورد شرط عدم المساس بالنظام العام ضمن شروط الاستعجال ولم يشير إليه صراحة كقيد على اختصاص قاضي الاستعجال، إلا أنه ذكر في المادة 939، فقد

(1) - العربي وردية، فكرة النظام العام في الإجراءات القضائية الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون عام،

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية، 2010/2009، ص 02-03.

(2) - فريجة حسين، "الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري"، مرجع سابق، ص 32.

(3) - بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية وتطبيقاتها في الجزائر، مرجع سابق، ص 23.

(4) - فريجة حسين، "الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري"، مرجع سابق، ص 35.

خصه باستثناء عن باقي الدفوع، إذ يجوز لهيئة القضاء الاستعجالي أن تخبر الخصوم بالأوجه المثارة المتعلقة بالنظام العام خلال الجلسة، على عكس باقي الأوجه.

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية الخاصة

فضلا عن الشروط الموضوعية العامة التي يجب توفرها في كل دعوى استعجالية أيا كان موضوعها، يضاف في بعض الدعاوى شرط سبق نشر دعوى الموضوع (أولا)، كما يضيف القضاء شرط رفع الدعوى في آجال معقولة (ثانيا).

أولا- نشر دعوى الموضوع في الحالات التي يتطلبها القانون

كرس المشرع الجزائي شرط وجوب نشر دعوى الموضوع لقبول دعوى الاستعجال بموجب المادة 926 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص: "يجب أن ترفع العريضة الرامية إلى وقف تنفيذ القرار الإداري أو بعض آثاره، تحت طائلة عدم القبول، بنسخة من عريضة دعوى الموضوع".

لا يعد هذا الشرط كما هو واضح من نص المادة، شرطا مطلقا، حيث يربطه المشرع ببعض حالات الاستعجال التي يكون فيها من الضروري سبق رفع دعوى في الموضوع أو رفعها بالتوازي مع دعوى الاستعجال، ويتعلق الأمر بحالة وقف تنفيذ القرارات الإدارية، وحالة طلب تسبيق مالي (كما سيتم التطرق إليها لاحقا بالتفصيل عند التطرق لتدابير الاستعجال).

فمن غير المنطقي قبول الدعوى الاستعجالية الرامية إلى وقف تنفيذ قرار إداري، ما لم ينازع في عدم مشروعيته أمام قضاء الموضوع⁽¹⁾.

(1) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية-نظرية الاختصاص - ، مرجع سابق ص 154.

يلاحظ أن القضاء الإداري في الجزائر طالما كان يشترط وجوب نشر دعوى الموضوع لقبول دعوى الاستعجال، حتى قبل تكريس هذا الشرط ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث قضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/06/16 في قضية (بلدية عين أزال) ضد (ب س) أنه: "...وعليه وبدون فحص الأوجه المثارة من طرف المستأنفة حيث أن المستأنف عليهم لم يرفعوا دعوى البطلان ضد مقرر الوالي المتعلق بإدراج قطعتي الأرض محل النزاع.

حيث أن الاجتهاد القضائي استقر على أن القاضي الإداري لا يمنح وقف التنفيذ لقرار إداري ما لم يكن مسبقا بدعوى مرفوعة ضده في الموضوع، لان طلب وقف التنفيذ يعتبر طلبا فرعيا مرتبطا ارتباطا وثيقا بالدعوى المرفوعة في الموضوع..."⁽¹⁾.

كما نجد هذا الشرط مكرسا في قرار مجلس الدولة الصادر في 2003/07/07 الذي جاء فيه: "...حيث ثابت من عناصر الملف أن النزاع يتعلق بقرار فردي يرجع الفصل فيه إلى مجلس الدولة، لكن حيث من الثابت أن إجراء وقف التنفيذ يشكل...إجراءا تبعا لدعوى أصلية لبطلان القرار محل الطلب، وبما أن هذه الدعوى لم ترفع، فيتعين رفض الطلب شكلا..."⁽²⁾.

إن ارتباط طلب وقف تنفيذ القرار الإداري بدعوى الإلغاء، يجعل من دعوى الاستعجال دعوى تبعية تتأثر بكل ما يطرأ على الدعوى الأصلية، ففي حالة التنازل عن دعوى الموضوع فإن ذلك يستتبع بالضرورة التنازل عن طلب وقف التنفيذ، وإذا تم تقديم دعوى الإلغاء في أجلها فإن تقديم دعوى وقف التنفيذ لا يخضع لأجل، كأصل عام، أما إذا وردت

(1) - قرار رقم 72400، صادر بتاريخ 1990/06/16، عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، في قضية بلدية عين أزال

ضد السيد (ب س)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، 1993، ص 131-133.

(2) - قرار رقم 13397، صادر بتاريخ 2003/01/17، عن مجلس الدولة، في قضية (ر ل) ضد (ب ع)، مجلة مجلس

الدولة، العدد 04، 2003، ص 135-137.

دعوى الموضوع خارج الآجال القانونية فإنه يرفض طلب وقف التنفيذ على اعتبار أنه طلب فرعي مرتبط بالطلب الأصلي⁽¹⁾.

في مقابل حالتي استعجال وقف التنفيذ، والتسبيق المالي، لا يكون من اللازم نشر دعوى الموضوع في بقية حالات الاستعجال، كما هو الحال في الدعوى الاستعجالية المتعلقة بطلب إجراءات التحقيق كإثبات حالة أو المعاينة، ففي هذه الحالات لا يعد الطلب الاستعجالي تابعا أو فرعا لدعوى الموضوع، بل إنه عنصر أساسي للتمهيد والتحضير لها، فتنعكس الصورة لأن المدعي يعتمد على الحكم الاستعجالي (خبر أو إثبات حالة) ليقدم دعوى في الموضوع تهدف لوضع حد للنزاع، ودعوى استعجالية تهدف لتقاضي الضرر الناشئ عن فوات الوقت⁽²⁾.

ثانيا - شرط رفع الدعوى في آجال معقولة

أقر الاجتهاد القضائي شرط رفع الدعوى في آجال معقولة، وذلك كنتيجة حتمية لشرط الاستعجال، المغزى من هذا الشرط أن المتقاضي الذي يلجأ إلى قاضي الاستعجال يسعى إلى تجنب طول الفترة التي يتطلبها قضاء الموضوع للفصل في النزاع، فمن الأولي لهذا المتقاضي أن يتجنب هو هدر الوقت، وذلك برفع الدعوى فور اكتشافه الخطر الذي يهدد حقوقه.

على هذا الأساس أقر القضاء قاعدة مفادها أنه لا وجود لحالة استعجال كلما كانت المدة الفاصلة بين حدوث الوقائع وتاريخ رفع الدعوى طويلة، فرغم أنه ليس من شروط الدعوى الاستعجالية ميعاد معين، ولكن منطقيا يجب ألا يتجاوز ميعاد دعوى الموضوع كحد

(1) - مقيمي ريمة، القضاء الاستعجالي الإداري وفقا للقانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة

مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون الإدارة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، السنة الجامعية 2012-2013، ص 3.

(2) - المرجع نفسه، ص 4.

أقصى، وإلا فإن ذلك يرجح عدم وجود حالة استعجال⁽¹⁾.

تطبيقا لهذه القاعدة، لا وجود لحالة استعجال طالما أن الطاعن لم يلجأ إلى القضاء بالدعوى الاستعجالية إلا بعد ثلاث سنوات من صدور القرار المطلوب وقف تنفيذه⁽²⁾.

كذلك، لا وجود لحالة الاستعجال طالما أن الشركة الطاعنة لم تلجأ إلى القضاء الاستعجالي لتعيين خبير من أجل معاينة حالة الأشغال التي أنجزتها لصالح الولاية وتقييمها إلا بعد مرور شهرين من فسخ الصفقة معها من قبل الإدارة وإسنادها إلى مقاول آخر، إذ أن معالم الوقائع المادية المراد معاينتها وتقييمها تكون قد تغيرت بسبب شروع المقاول الجديد في الأشغال منذ شهرين كاملين، فقد كان على الطاعنة رفع الدعوى الاستعجالية قبل استلام المقاول الجديد الأشغال وضياع معالم الأشغال التي أنجزتها الطاعنة بسبب اختلاطها مع الأشغال الجديدة⁽³⁾.

تعقيا على شرط رفع الدعوى في أجل معقول، فإنه لا بد من الحذر وعدم الغلو في تقدير مسألة تأخر المتضرر في رفع دعواه، لأن مناط اختصاص قاضي الاستعجال يبقى دائما هو توفر عنصر الاستعجال وتظل صلاحية قاضي الاستعجال بالنظر في الدعوى قائمة طالما لم يزل عنصر الاستعجال لذلك لا بد من التمييز بين حالتين:

- إذا توفر في النزاع عنصر الاستعجال، وتراخى المدعي في تقديم دعواه، بحيث أدى تراخيه إلى زوال صفة الاستعجال أو فقدان قيمة التدبير التحفظي المراد لأي فائدة، فيخرج الأمر بذلك من اختصاص قضاء الاستعجال.

- أما إذا كان في الواقعة موضوع النزاع عنصر الاستعجال، وتماطل المتضرر في رفع دعواه، لكن تؤخره لم يؤدي إلى زوال صفة الاستعجال، فإن النزاع يبقى من اختصاص

(1) - بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية وتطبيقاتها في الجزائر، مرجع سابق، ص 33.

(2) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 138.

(3) - المرجع نفسه.

قاضي الاستعجال⁽¹⁾.

المطلب الثاني:

تدابير الاستعجال في مجال تنفيذ الصفقات

لا توجد أحكام خاصة بدعوى الاستعجال الإداري في مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية، وبالتالي لم يحدد المشرع تدابير خاصة في هذا المجال، على أنه بالاطلاع على التدابير الاستعجالية التي منحت للقاضي الإداري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يمكن التطرق إلى تدبير وقف تنفيذ القرارات الإدارية للوقوف على إمكانية تطبيقه مجال قرارات تنفيذ الصفقات العمومية (الفرع الأول)، وكذا دراسة التدابير الأكثر نجاعة والقابلية للتطبيق في وتتمثل في: التحقيق (الفرع الثاني) ومنح تسبيق مالي (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

عن إمكانية وقف تنفيذ القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة تنفيذا للصفقة

يترتب على خاصية التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية، قاعدة الأثر غير الموقف للطعن القضائي الرامي إلى إلغاء القرار الإداري، فمجرد تسجيل دعوى إلغاء ضد القرار الإداري لا يوقف تنفيذ هذا القرار⁽²⁾.

تتضمن هذه القاعدة خطورة على حقوق الأفراد، فتسبب إفراغ حكم الإلغاء -إن حصل- من قيمته، فقد تسارع الإدارة لتنفيذ قرارها قبل صدور الحكم بالإلغاء، فلا يستفاد من هذا الحكم فيما بعد سوى تعويض المتضرر، هذا التعويض مهما كانت قيمته لن يعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر⁽³⁾.

(1) - برهان زريق، الدعوى المستعجلة في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 18.

(2) - بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية وتطبيقاتها في الجزائر، مرجع سابق، ص 33.

(3) - يعيش تمام أمال، حاحة عبد العالي، "دعوى وقف تنفيذ القرارات بناء على أمر استعجالي على ضوء قانون

الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08"، مجلة المفكر، المجلد 04، العدد 04، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2009، ص

لتقاضي مساوئ قاعدة الأثر غير الموقف لدعوى إلغاء القرار الإداري، أوجد القانون طريق لوقف القرار الإداري وهو طريق الدعوى الاستعجالية⁽¹⁾.

تنص المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض، ويكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي، يجوز لقاضي الاستعجال، أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة منه متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك، ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار.

عندما يقضى بوقف التنفيذ يفصل في طلب إلغاء القرار في أقرب الآجال.

ينتهي أثر وقف التنفيذ عند الفصل في موضوع الطلب".

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع أقر اختصاص القاضي الإداري بالنظر في طلبات الاستعجالية لوقف القرارات الإدارية، وحدد الشروط اللازم توفرها، المتمثلة في: وجود قرار إداري إيجابي أو سلبي (قرار بالرفض)، وأن يكون هذا القرار محل طلب إلغاء، مع توفر عنصر الاستعجال، وكذا شرط تقديم المدعي أسباب جدية تبعث على اعتقاد قوي بأن احتمال إلغاء القرار وارد⁽²⁾، باجتماع هذه الشروط لا يوجد ما يمنع قبول قاضي الاستعجال النظر في الطلب.

لكن في مجال الصفقات العمومية، هل يمكن التسليم بهذه البساطة بإمكانية قبول دعوى وقف تنفيذ قرارات المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة؟

تشتط المادة 919 أن يكون القرار الإداري "موضوع إلغاء"، وهو الشرط الذي يجعل قضاء الاستعجال تابعا لقضاء الموضوع، فهل يمكن تصور توفر هذا الشرط في قرارات

(1) - مقيمي ريمة، القضاء الاستعجالي الإداري وفقا للقانون 09/08 ...، مرجع سابق، ص 111.

(2) - يعيش تمام أمال، حاحة عبد العالي، "دعوى وقف تنفيذ القرارات ..."، مرجع سابق، ص 223.

تنفيذ الصفقة؟ كما سبق الإشارة إليه لا يمكن أن تكون قرارات تنفيذ صفقة محل لدعوى الإلغاء كونها تعد وفقا لنظرية القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية، قرارات متصلة وغير قائمة بذاتها بعيدا عن العملية العقدية.

لكن المادة 919 تشير إلى قرار موضوع إلغاء وبمفهوم المخالفة لا تحصر الطعن في دعوى الإلغاء، وكما هو معلوم فإن طلب إلغاء القرار الإداري ممكن في إطار دعوى القضاء الكامل التي تضمن فضلا عن إلغاء القرار، التعويض عن الأضرار الناجمة عنه.

ومع ذلك فإنه كما سبق التطرق إليه من خلال الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الدراسة، فإن قاضي العقد لا يملك إلغاء قرارات المصلحة المتعاقدة المتضمنة تعديل الصفقة، رفض تمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ، فرض الجزاءات، إنهاء الصفقة... إلخ، حيث تحد المبادئ العامة التي أقرها القضاء من صلاحياته، فلا يمكنه ترتيب كل آثار دعوى القضاء الكامل في حالة ثبوت عدم مشروعية قرارات المصلحة المتعاقدة، وتحديد صلاحية إلغاء القرار غير المشروع، فإذا كان قاضي الأصل (قاضي الموضوع) لا يملك صلاحية الإلغاء، فكيف يمكن منح قاضي الفرع (قاضي الاستعجال) صلاحية وقف التنفيذ؟

كرس القضاء الإداري قاعدة اختصاص قاضي الاستعجال بالنظر في الطلبات المستعجلة المتعلقة بمنازعات تنفيذ العقود الإدارية وقد بررت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا الاختصاص بقولها: "...ما دامت المحكمة المختصة بنظر الأصل، فهي مختصة بنظر الفرع أي في الطلب المستعجل، دون أن يحتج أمامها بأن الفصل يمس أصل الحق أو موضوع النزاع، لأنها وحدها المختصة بالفصل في هذا الموضوع، وإذا كان هو الشأن في المحاكم العادية فإنه أولى بالإتباع في نظام القضاء الإداري، تأسيسا على قاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع..."⁽¹⁾.

(1) - برهان زريق، الدعوى المستعجلة في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 142.

غير أن أغلب التطبيقات القضائية في مجال وقف تنفيذ القرارات الإدارية الصادرة في إطار عقد إداري نجدها تتعلق بعقد الالتزام، وهو كما سبق الإشارة إليه عقد تختلف القواعد التي تحكم رقابة القضاء الإداري فيه، من حيث الموضوع، اختلافا تاما مع عقود الصفقات العمومية، وبالتحديد في مسألة إلغاء قرارات الإدارة المتعاقدة، فعلى عكس الوضع في مجال الصفقات يمكن لقاضي العقد إلغاء قرارات فرض الجزاءات ولاسيما الفسخ المتخذة من الإدارة صاحبة الالتزام.

أما في مجال الصفقات العمومية فإن صلاحية قاضي الموضوع محدودة جدا، لا تتعدى إمكانية تعديل بعض الجزاءات المالية، في حالة غلو المصلحة المتعاقدة في تقدير خطأ المتعامل المتعاقد.

نتيجة لما سبق، يمكن القول أن محدودية سلطات قضاء الموضوع، تأثر سلبا على اختصاص قضاء الاستعجال، نظرا لاحتمية تبعية دعوى الاستعجال للدعوى الأصلية المرفوعة في الموضوع.

الفرع الثاني:

تدابير التحقيق

تشكل التدابير التحفظية النسبة الأكبر من التدابير التي يأمر بها قاضي الاستعجال الإداري هذه التدابير قد يكون موضوعها البحث والتحقيق في حالة من الحالات المادية التي وقعت، أو الجاري وقوعها، أو القيام بوصفها وصفا مجردا، مثل القيام بإثبات وجود أشغال، أو حالة توقف هذه الأشغال، أو تقدير قيمة الأشغال المنجزة في مشروع معين.... إلخ.

يطلق على هذه الطائفة من التدابير: "تدابير التحقيق"، هي مجموعة من النشاطات التي تنصب على عدة إجراءات من ضمنها إثبات حالة، الخبرة، والانتقال ومعاينة الأماكن.

أولا - إثبات حالة:

تنص المادة 939 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجوز للقاضي الاستعجال، ما لم يطلب منه أكثر من إثبات حالة الوقائع، بموجب أمر على عريضة ولو في غياب قرار إداري مسبق، أن يعين خبيرا ليقوم بدون تأخير، بإثبات حالة الوقائع التي من شأنها أن تؤدي إلى نزاع أمام الجهة القضائية.

يتم إشعار المدعى عليه المحتمل من قبل الخبير المعين على الفور"

١ - المقصود بإجراء إثبات حالة:

يعد إثبات حالة إحدى الوسائل التي يلجأ إليها صاحب الحق لإثبات حقه⁽¹⁾، يقصد بها تصوير حالة مادية يخشى ضياع معالمها إذا طال الانتظار إلى غاية الفصل في موضوع النزاع، وقد اتفقت أغلب التشريعات المقارنة على اختصاص قاضي الاستعجال بالفصل في طلب إثبات حالة.

فالمشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي أجاز للقاضي الاستعجالي أن يأمر بمجرد أمر على عريضة، ولو في غياب قرار إداري مسبق، بتعيين خبير ليقوم بإثبات "الوقائع" التي من شأنها أن تؤدي إلى قيام نزاع.

يفصل القاضي في مجال إثبات الحالة بموجب أمر على عريضة بسيطة، إذ يتمتع بسلطة تقديرية، في الموافقة على الطلب أو رفضه دون تسبيب، فالأوامر تصدر في إطار السلطة الولائية للقاضي بناء على طلب الخصوم ودون تكليف الخصم الآخر بالحضور، ولا يخضع طلب إثبات حالة للتحقيق الجاهي، إذ لا يلتزم القاضي من حيث المبدأ بتبليغ العريضة إلى المدعي الاحتمالي، ولا يلتزم أيضا بعقد جلسة علنية، وذلك لأن المطلوب من القاضي يقتصر على تعيين خبير ليقوم في أقصر الآجال بإثبات الواقعة التي من المحتمل

(1) - غني أمينة، الاستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع الإجراءات والتنظيم القضائي، كلية الحقوق جامعة وهران، السنة الجامعية، 2011-2012، ص 159.

أن تكون محل نزاع، بل يقع فقط على المحضر القضائي بمجرد تعيينه، التزام بإشعار المدعى عليه المحتمل⁽¹⁾.

ب: شروط قبول طلب إثبات حالة

يشترط لقبول طلب إثبات الوقائع اجتماع عدة عناصر، وهي: توفر عنصر الاستعجال، ألا يتجاوز موضوع الطلب إثبات حالة الوقائع، وأن يكون من شأن الوقائع المطلوب إثباتها إحداثها نزاع أمام القضاء، وبطبيعة الحالة عدم المساس بأصل الحق.

1- توفر عنصر الاستعجال:

يرى الأستاذ "مسعود شيهوب" بخصوص عنصر الاستعجال في مادة إثبات الحالة أن المشرع الجزائري قد تأثر بالمشرع الفرنسي، إذ تخطى عن شرط الاستعجال الذي كان يشترطه للاستجابة لأي طلب من طلبات التحقيق ومنها طلب إثبات حالة⁽²⁾.

غير أن الاستعجال في مادة إثبات حالة، في رأيي لا يزال قائما، لأنه في الأصل يعتبر إثبات حالة من الطلبات المستعجلة، لأنه ناتج عن خطر محقق يتمثل في ضياع معالم أو أدلة واقعية متغيرة المعالم مع الزمن، حيث يهدف التدبير إلى إثبات حالات معينة إذا لم تثبت مباشرة استحالة بعد ذلك استنباط الدليل منها، فإذا ما رفعت دعوى الموضوع بعد ذلك أمكن الاستناد إلى ما انتهت إليه دعوى إثبات الحالة⁽³⁾.

ورغم أن مهمة الخبير الذي كلف بإثبات الحالة هي مجرد تصوير الوقائع الحاصلة والتي طلب منه إثباتها ووصفها مثل حالة الطريق المغلق من طرف العمال المضربين أو إثبات حالة البضائع التي وصلت الميناء وهي فاسدة، حتى يتمكن المدعي من مطالبة شركة

(1) - عدو عبد القادر، "التحقيق في الدعوى الإدارية المستعجلة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،

المجلد 52، العدد 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ص 73.

(2) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 140.

(3) - مقيمي ريمة، القضاء الاستعجالي الإداري وفقا للقانون 09/08 ...، مرجع سابق، ص 91.

التأمين بالتعويض مستقبلا أمام قاضي الموضوع، أو الأمر بخبرة فنية على شاحنة تعطلت بسبب اصطدامها بحفرة وسط الطريق، فإن عنصر الاستعجال في هذا المثال لا يعود إلى كون الحالة ستتغير بمضي الوقت ولكن يعود إلى أن ترك الحالة لمدة أطول يلحق ضررا بصاحب الشأن، إذ أن المدعي يضار إذا تأخر إثبات الحالة، حيث ستتعلل الشاحنة التي يستغلها في مشاريع اقتصادية متعددة ولأنه لا يمكن استعمالها بالحالة التي هي عليها، فإن من مصلحته إثبات حالتها وتقدير الأضرار اللاحقة بها، حتى يتمكن من إصلاحها فوراً والمطالبة بالتعويضات أمام قاضي الموضوع لاحقاً⁽¹⁾.

2- التقيد بحدود إثبات حالة الوقائع

يجب ألا يتجاوز موضوع الطلب المقدم إلى قاضي الاستعجال أكثر من إثبات وقائع مادية، وقد سمحت الفرصة لمجلس الدولة تأكيد هذا الشرط في قرار له بتاريخ 2000/10/08 ورد في حيثياته ما أنه: "...حيث أنه وبموجب أحكام المادة 171 مكرر من ق.إ.م. الملغى، يجوز لقاضي الاستعجال تعيين خبير لمعاينة حالة يمكن أن تؤدي إلى نزاع، لكن في قضية الحال النزاع قائم، وأن مهمة الخبير قد تدور حول تحديد التعويض الناتج عن ضرر، لا يمكن الفصل فيه بعد الخبرة من طرف قاضي الاستعجال، ولذا يتعين رفض الطلب"⁽²⁾.

يتعين على قاضي أن يحدد المهمة التي كلف بها الخبير تحديدا كافيا، وعلى الخبير التقيد بحدود أمر تعيينه، فإذا تجاوز المهام الموكلة إليه، فإنه بذلك يعرض محضره للبطالان، كما يجب عليه أن يتحرى التزام الضوابط القانونية لإثبات حالة، فالوقائع التي يثبتها الخبير المكلف في محضره هي الوقائع التي يلاحظها بنفسه وليست الوقائع التي يرويها الأطراف.

(1) -مقيمي ريمة، القضاء الاستعجالي الإداري وفقا للقانون 09/08 ...، مرجع سابق، ص 16.

(2) - قرار رقم 12300، صادر في 2000/10/08، عن الغرفة الخامسة لمجلس الدولة، قضية (التعاضدية ع.أ.ح.م) ضد (وزير الداخلية)، مجلة مجلس الدولة، عدد 03، 2003، ص ص 184-187.

تجدر الإشارة أنه وفقا لنص المادة 939 المذكورة، يتولى مهمة القيام بإثبات الوقائع المادية، "خبير معين"، وهنا نتساءل عن السبب الذي حدا بالمشرع إلى تحديد الموظف أو الشخص المؤهل بإجراء إثبات حالة وحصره في الخبير فقط، فإجراء إثبات حالة من أبسط الإجراءات، ولا يتطلب في الأغلب تقني أو مختص، وما يؤكد هذا أن هناك نصوص قانونية تسمح لأشخاص آخرين القيام بهذا الإجراء، وأهمهم المحضر القضائي، إذ تنص المادة 12 من القانون 03/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي⁽¹⁾: "يتولى المحضر القضائي:

- القيام بمعاينات أو استجوابات أو إنذارات، بناء على أمر قضائي دون إبداء رأيه.

-زيادة على ذلك، يمكن انتدابه قضائيا أو بالتماس من الخصوم للقيام بمعاينات مادية بحتة، أو إنذارات دون استجوابات، أو تلقي تصريحات بناء على طلب الأطراف".

3 - أن يكون من شأن الوقائع أن تؤدي إلى نزاع قضائي

اشتراط المشرع لقبول طلب إثبات حالة، أن يكون من شأن الوقائع المراد إثباتها أن تؤدي إلى نزاع أمام إحدى جهات القضائية، لكنه لم يحدد نوع الجهة القضائية، وكان من باب تحري الدقة أن يشير المشرع لكون الوقائع المراد إثباتها من شأنها أن تؤدي إلى نزاع أمام جهات القضاء الإداري، وهذا إعمالا لقواعد الاختصاص النوعي التي تحدد توزيع الاختصاص بين جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري.

4 - عدم المساس بأصل الحق:

يجب ألا يمس طلب إثبات حالة بأصل الحق الذي يكون من اختصاص قاضي الموضوع وحده، فالمدعي الذي يطلب إثبات حالة التلف الموجودة بالأشجار والمحاصيل

(1) - قانون 03/06 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر عدد 14، صادر في

الفلاحية، وكذا تحديد الأطراف التي تسببت في هذا الإلتلاف، فإن قاضي الاستعجال يجوز له الأمر بإثبات حالة الأشجار والمحاصيل الفلاحية المتلفة، ولكن ليس من اختصاصه تحديد المتسبب في هذا الإلتلاف، لأن تحديد الأطراف التي تسببت في إحداث الأضرار من شأنه أيضا أن يحدد المسؤوليات، وبالتالي المساس بموضوع النزاع⁽¹⁾.

يكون للقاضي في حال توفر جميع شروط طلب إثبات حالة، سلطة تقديرية في قبول طلب إثبات حالة أو رفضه، فهو غير ملزم بطلبات الأطراف، ولكن عليه أن يتقيد بالشروط العامة التي تنظم اختصاصه، إذ يجب أن يتوفر في الطلب عنصر الاستعجال، فإذا كانت الوقائع المطالب بإثباتها قد زالت، أو أنها غير قابلة للتغيير بمضي الوقت، فإن قاضي الاستعجال الإداري غير مختص للنظر في هذا الطلب، لأن اختصاصه يبقى مرتبطا دائما بشرط أساسي هو شرط الاستعجال، وفي حالة انتفاء عنصر الاستعجال، فإن للمدعي أن يطلب أمام قاضي الموضوع المعروض عليه النزاع، إجراء إثبات حالة.

ثانيا - الخبرة:

تنص المادة 940 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجوز لقاضي الاستعجال، بناء على عريضة، ولو في غياب قرار إداري مسبق، أن يأمر بكل تدبير ضروري للخبرة أو للتحقيق"

أجاز المشرع الجزائري لقاضي الاستعجال، من خلال هذه المادة، ولو في غياب القرار المسبق أن يأمر بكل تدبير ضروري للتحقيق والخبرة.

الملاحظ أن المشرع بسط قدر الإمكان شروط طلب تدابير التحقيق ومنها الخبرة، فبصفة عامة يتشترط للأمر بالتدابير التحقيقية، أن تكون فعالة لحل النزاع⁽²⁾، إضافة إلى عدم مساسها بأصل الحق، فالقاضي لا يمكنه النطق بها إلا إذا كانت ناجعة لحل النزاع

(1) - بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مرجع سابق، ص 143-144.

(2) - بركايل راضية، الدعوى الإدارية الاستعجالية، مرجع سابق، ص 114.

الموضوعي، وهو الشرط يقتضيه المنطق، فلا فائدة من النطق بتدبير لا يكون له تأثير على موضوع النزاع فيما بعد.

تعد الخبرة بصفة عامة في المواد المدنية والإدارية، دليلا من أدلة الإثبات التي يجوز للمحكمة أن تلجأ إليها، متى كانت الوقائع المعروضة عليها تثير مسألة فنية أو علمية مما يخرج عن حدود علمها وإدراكها⁽¹⁾.

أ- تعريف الخبرة

تعرف المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الخبرة بأنها: "إجراء يهدف إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية للقاضي"، كما عرفت أيضا بأنها: "إجراء تحقيقي واستشارة فنية تقوم بها المحكمة، بقصد الحصول على معلومات ضرورية عن طريق أهل الاختصاص، وذلك للبت في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها أمورا علمية أو فنية لا تستطيع المحكمة الإلمام بها"⁽²⁾.

فالخبرة كتدبير من تدابير التحقيق الإجراء الذي يتجاوز موضوعه مجرد إثبات حالة بتصوير الوقائع المادية، بل يتعداه إلى التحقيق في موضوع النزاع⁽³⁾. وعلى الرغم أن المكلف بإثبات حالة وتقديم خبرة هو الشخص نفسه وهو الخبير⁽⁴⁾، إلا أن مهمته في كل من التدبيرين مختلفة، ذلك أن الخبير المعين بموجب أمر استعجالي يمكن تكليفه بمهام أوسع من الخبير المعين لغرض إثبات حالة، إذ يمكن في الحالة الأولى

(1) - حزيط محمد، الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري، دار هومة، ط2، الجزائر، 2015، ص 11.

(2) - المرجع نفسه، ص 15.

(3) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، مرجع سابق، ص 140.

(4) - تم تنظيم مهنة الخبير القضائي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 95-310 المؤرخ في 10 أكتوبر 1995، الذي نص على الإجراءات التي يتعين على الخبير إتباعها للتسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية إعداد هذه القوائم، كما تضمن النص على حقوق وواجبات الخبير القضائي.

للخبير أن يحدد قيمة الأضرار أو توضيح قيمة الأشغال المنجزة في مشروع أو إعطاء رأيه في مسألة فنية⁽¹⁾.

يعتبر إجراء الخبرة من الإجراءات التي يكثر اللجوء إليها في مجال الصفقات، إذ يلجأ المتعامل في كثير من الأحيان إلى طلب تعيين خبير لتحديد قيمة أو حالة الأشغال المنجزة، كأن يكون الهدف من الخبرة هو تقدير الأشغال التي أنجزتها المقاوله حسب سعر الصفقة⁽²⁾.

ب- شروط صحة الخبرة:

يتعين على الخبير المكلف بإعداد تقرير خبرة، مراعاة قواعد شكلية وأخرى موضوعية تحت طائلة تعريض تقريره للبطلان.

1- القواعد الشكلية لصحة الخبرة:

تتعدد القواعد الشكلية التي يلتزم بها الخبير، وفي حال مخالفتها تكون الخبرة مشوبة بأحد عيوب الشكل، وهي ثلاث فئات:

العيب المتعلق بالنظام العام، والعيب الشكلي الجوهرى، وكذا العيب الشكلي غير الجوهرى.

فيؤدي فالعيب المتعلق بالنظام العام، إلى بطلان تقرير الخبرة بطلب من الخصوم أو تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، كخلو التقرير من عرض ما قام به وعابنه في حدود المهمة المسندة إليه، أو خلو التقرير من أي تعليل.

(1) - بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مرجع سابق، ص 156-157.

(2) - كما هو الحال في الأمر الاستعجالي الصادر بتاريخ 1986/10/08 عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة في قضية شركة دراسات الري ضد المقاوله العامة لبناء الإسفلت والزفت بقسنطينة، قرار أشار إليه: بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مرجع سابق، ص 163.

أما العيب الشكلي الجوهرى فهو مقرر لصالح الخصوم ويشترط فيه وقوع الضرر، فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يتعين أن يدفع به الخصم المتضرر قبل أي دفاع في الموضوع، وذلك اعتباراً لأحكام المادتين 60 و 61 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقرر أن بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً لا يتقرر إلا إذا قدم من تمسك به دفاعاً في الموضوع لاحقاً للعمل الإجرائي المشوب بالبطلان دون إثارته.

ومثاله مخالفة الخبير الالتزام الذي يقع عليه بموجب المادة 135 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلق بإخطار الخصوم بيوم وساعة ومكان إجراء الخبرة، بأن يتغافل الخبير عن استدعاء الخصوم، فلا يقوم فلا يقوم بإخطار الخصوم أو أحدهم أصلاً، مما أدى إلى عدم حضورهم وإلى منعهم من تقديم ملاحظاتهم وطلباتهم، فإنه يكون قد أخل بأحد القواعد الإجرائية المقررة لأطراف الدعوى، وأن من شأن الإخلال بهذا الإجراء أن يؤدي إلى بطلان تقرير الخبرة إذا تمسك به الطرف المتضرر منه⁽¹⁾.

من تطبيقات القضاء الإداري في هذا الشأن القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2000/10/23 الذي قبل الوجه المتعلق بخرق الإجراء الخاص بقيام الخبير بإجراء الخبرة دون استدعاء ممثل الطرف المستأنف وألغى فيه قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة الذي قضى بالمصادقة على تقرير خبرة، وبعد التصدي من جديد بإبطال تقرير الخبير وتعيين خبير آخر ليقوم بنفس المهمة، إذ أكد قضاة مجلس الدولة في هذا القرار على الطابع الوجوبي لإجراء إخطار الخصوم بيوم إجراء الخبرة، وبأن السهو من جانب الخبير عن هذا الإجراء يعرض خبرته للبطلان⁽²⁾.

(1) - حزيط محمد، الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 177-180.

(2) - قرار رقم 656، صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2000/10/23 قضية مديرية الضرائب لولاية ميله ضد (شركة س)

(قرار غير منشور)، أشار إليه لحسين بن شيخ آث ملويا، المنقّى في قضاء مجلس الدولة، ج 1، دار هومه للنشر،

الجزائر 2005، ص 269.

من أمثلة العيب الشكلي المتعلق بإجراء جوهري أيضا، عدم أداء الخبير غير المقيّد اسمه في سجل الخبراء القضائيين، اليمين القانونية، حيث يتوقف بطلان الخبرة لهذا السبب على تمسك الخصوم به.

رفض كان مجلس الدولة، في قراره الصادر بتاريخ 2000/01/31، على إثر استئناف قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء مستغانم، الوجه المثار المتعلق ببطلان الخبرة بمبرر أن الخبير المعين لم يؤدي اليمين القانونية، وأن هذا الإجراء من النظام العام.

وقد أسس رفضه لهذا الوجه على أساس أن هذا الدفع لم يثر أمام قضاة الدرجة الأولى، الأمر الذي يعني أن أداء اليمين القانونية من الخبير غير المقيّد اسمه في جدول الخبراء القضائيين ليس إجراء من النظام العام وإنما هو مقرر لمصلحة الخصوم ويتعين أن يدفع به الخصوم قبل أي دفع في الموضوع⁽¹⁾.

أما العيب الشكلي غير الجوهري فلا يترتب عنه أي بطلان ولا تأثير على صحة الخبرة، ومثاله وضع الخبير لتقرير مستقل عن زملائه الخبراء في حال تعددهم⁽²⁾.

2- القواعد الموضوعية لصحة الخبرة:

ينصب عمل الخبير على المعاينة بصفة شخصية وبموضوعية، حالة الأشغال المنجزة، فلا يعتمد في تقريره إلا على وقائع عاينها بنفسه.

يستبعد القضاء الإداري تقرير خبرة اعتمد فيه الخبير المكلف على تقرير أعده الخبير المكلف من طرف المصلحة المتعاقدة.

(1) - قرار رقم 20، صادر بتاريخ 2000/01/31، عن مجلس الدولة، قضية مدير القطاع الصحي "شي قفارة" بمستغانم

ضد (ب ف)، أشار إليه لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص 237.

(2) - حزيط محمد، الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 181.

حتى يستفيد المتعامل من الخبرة التي يطلب إجرائها في حالة الدعوى الاستعجالية في صفقات إنجاز الأشغال بالتحديد، لابد من أن يلجأ إلى قاضي الاستعجال فور إنجاز الأشغال المراد إثباتها، لأنه يصعب على الخبير أداء مهامه كلما طالت الفترة الفاصلة بين إنجاز الأشغال ومعاينتها من طرف الخبير. أشار مجلس الدولة إلى هذه الفكرة في العديد من قراراته إذ ذكر في إحداها: "... حيث أن الخبير انتقل إلى الأمكنة موضوع النزاع وخلال إجراء المعاينة بعين المكان لم يتمكن من إنجاز مهمته على أحسن وجه، ذلك لسبب المدة التي مرت على إنجاز الأشغال ابتداء من سنة 2000 لغاية تكليفه بالمهمة سنة 2007..."⁽¹⁾.

ثالثا - المعاينات والانتقال إلى الأماكن

يستطيع القاضي الاستعجال الإداري من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك⁽²⁾، يتبع في هذه حالة الإجراءات المنصوص عليها في المواد من 146 إلى 149 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويمكنه أن يستعين بالمعارف التقنية إذا كانت هناك أي ضرورة (إذا كانت الوقائع المطلوب معاينتها ذات طابع تقني أو فني معين)، وينتهي بإعداد محضر معاينة.

يشترط في الانتقال للمعاينة، كغيرها من تدابير التحقيق، عنصر الفعالية أو النجاعة⁽³⁾، أي أن تكون الوقائع المطلوب معاينتها من شأنها أي تثير نزاع أمام القضاء.

(1) - قرار رقم 045200، صادر بتاريخ 2009/02/11، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، في قضية السيد (ح ط) ضد والي ولاية الجزائر (قرار غير منشور).

(2) - المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) - زواوي عباس، "الدعوى الاستعجالية الإدارية في ظل قانون 09/08 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة

العلوم الإنسانية، العدد 31/30، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 3013، ص 2017.

على غرار تدبير الخبرة فقد أكد القضاء الإداري كذلك على وجوب عدم تأخر المتعاقد في طلب إجراء المعاينة والانتقال إلى الأماكن⁽¹⁾.

تجدر الإشارة أنه بالاطلاع على القوانين المقارنة، نجد أحد إجراءات التحقيق الناجعة في مجال المنازعة الإدارية بوجه عام والصفقات العمومية بوجه خاص، لا يشير إليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هو إجراء الاستجواب، باعتباره إجراء في غاية الأهمية يضع الإدارة موضع الملزم بتبرير تصرفاته، حيث يجبرها قاضي الاستعجال الإداري بتقديم جواب بخصوص تصرف قامت به أو امتنعت عنه.

تستشف فعالية إجراء الاستجواب من خلال حكم المحكمة الإدارية بالمغرب، الذي جاء فيه: "... بناء على المقال الافتتاحي المقدم من طرف شركة الصيد (البلغيتي إخوان) بواسطة نائبها... المسجل بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2003/10/02 تعرض فيها أنها فوجئت بمنعها من ممارسة نشاطها في ميناء العيون بناء على تعليمات صادرة من المندوب الجهوي للصيد البحري بعيون الساقية الحمراء إلى المشرفين على المزاد بسوق السمك بعين الاعتبار. وقد حاولت العارضة بكافة الطرق المشروعة أن تتعرف على الأسباب المبررة للقرار المذكور، لكن دون جدوى. الأمر الذي اضطرت معه إلى استصدار أمر من السيد رئيس المحكمة الإدارية بإجراء استجواب في الموضوع، حرر على إثره محضر في ملف التنفيذ عدد 03/644 يتضمن إقرار السيد المندوب الجهوي بكونه أصدر فعلا قرارا بتعليماته برفض مزادات العارضة مبيّنا أن سبب ذلك يعود إلى كون هذه الأخيرة مدينة بمبالغ مالية للمكتب الوطني للصيد البحري"⁽²⁾.

(1) - فقد جاء في قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 16 ماي 1981 في قضية مؤسسة "ع ب" ضد والي ولاية... ووزير الداخلية أن: "الشركة الطاعنة لم تلجأ إلى القضاء الاستعجالي إلا بعد مرور شهرين من فسخ الصفقة وبالتالي فإن معالم الوقائع المادية المراد معاينتها وتقييمها تكون قد تغيرت بفعل الأشغال التي انطلقت فيها خلال الشهرين ذلك أن الأشغال التي أنجزتها الشركة قد اختلطت مع الأشغال الجديدة"، أنظر: شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 138.

(2) - نقلا عن: باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية، (ج 2)، مرجع سابق، ص 180.

الفرع الثالث

منح تسبيق مالي

الأمر الاستعجالي بالتسبيق المالي ويسمى أيضا الاستعجال التسبيقي (Référé provision)، هو أمر قضائي يصدر بعد استتفاذ إجراءات الدعوى الوجيهة⁽¹⁾، وقد نصت عليه المادة 942 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "يجوز لقاضي الاستعجال أن يمنح تسبيقا ماليا إلى الدائن الذي رفع دعوى في الموضوع أمام المحكمة الإدارية، ما لم ينازع في وجود الدين بصفة جدية. ويجوز له ولو تلقائيا، أن يخضع دفع هذا التسبيق لدفع ضمان".

وكما هو واضح من خلال نص المادة، فإن هذا النوع من الاستعجال مقرر لتمكين الدائنين من الحصول على تسبيق مالي من المبالغ المستحقة في انتظار تحديد مبلغ الدين بصفة نهائية، وهو الأمر الذي لا يمكن الوصول إليه إلا عبر إجراءات طويلة⁽²⁾. يحتل التسبيق المالي في مجال الصفقات العمومية أهمية خاصة لاسيما فيما يتعلق بصفقات الأشغال والتوريدات، فالمتعامل يستثمر مبالغ هامة، ويرتبط في إطار تنفيذ الصفقة بعلاقات مديونية تستوجب التدخل بمنحه تسبيقا ماليا في حالة الضرورة المستعجلة.

لم ينص المشرع الجزائري على تدبير التسبيق المالي رغم أهميته إلا بموجب القانون 08-09، بالمقابل عرف هذا التدبير في التشريع الفرنسي منذ سنة 1988، وقبل هذا التاريخ كان مجال التسبيقات المالية يعتبر من اختصاص قضاء الموضوع، فقد كان يعد من أصل

(1) - خيرة هلالبي، سليمان شلباك، "الاستعجال الإداري في ظل أحكام قانون 09/08"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 02، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، 2015، ص 303.

(2) - عدو عبد القادر، "الجديد في قضاء الاستعجال الإداري"، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 1، العدد 1، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2013، ص 95.

الحق، ثم أنشأ المرسوم 88-907 المؤرخ في 02/09/1988 المتعلق بمختلف الإجراءات الإدارية القضائية حالة استعجال جديدة خاصة بالتسبيق المالي⁽¹⁾.

حددت المادة 942 من القانون 08-09 بصياغة مباشرة، الشروط اللازم توفرها ليستجيب قاضي الاستعجال لطلب منح تسبيق مالي.

حيث يتطلب الأمر: وجود دين ثابت غير منازع فيه بصفة جدية، ونشر دعوى الموضوع، وهما شرطان لازمان في كل الحالات، يضاف إليهما شرط ثالث يخضع لتقدير قاضي الاستعجال، وهو شرط تقديم الضمان.

1 - وجود دين غير متنازع فيه بصفة جدية:

بموجب هذا الشرط يتعين على قاضي الاستعجال الإداري أن يتأكد من وجود التزام غير مشكوك فيه في ذمة المدين⁽²⁾، يبرر منح دائئه التسبيق الذي يطلبه.

فعلى المدين تقديم وثائق تثبت أن وجود الدين مسألة لا نقاش فيها، وأن قاضي الموضوع لن يجد صعوبة في الإقرار بهذا الدين لفائدته، وكل ما في الأمر أن المطالبة بكامل الدين أمامه تتطلب فترة زمنية طويلة.

يكون الدين غير قابل للنزاع الجدي عندما يكون واضحا، ووجوده حتميا وأكيدا، فهو الدين الأكيد والثابت والواضح يقينا، والذي لا يمكن لمحكمة الموضوع في حال رفع الدعوى أمامها إلا أن تحكم به.

ولا يمكن الأمر بدفع التسبيق المالي إذا كان المدين يشك في جدية الدين أو لا يعترف به أصلا، أو كان يستند إلى قرار غير مشروع أو ممن رفضت دعواه أمام قضاء الموضوع.

(1) - مقمي ريمة، القضاء الإداري الاستعجالي وفقا لقانون 09/08 ...، مرجع سابق، ص 98-99.

(2) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 143.

وبالمقابل يكون الدين جديا متى كان غير مشكوك في وجوده أو صحته، كأن يكون ثابتا بالكتابة، والكتابة المقصودة هي الكتابة الكافية بذاتها لإثبات وجود الدين واستحقاقه، مثل الدين الثابت بسند رسمي، وحالة المسؤولية دون خطأ، أين يكون الالتزام ثابتا ومؤكدا.

يشترط، بطبيعة الحال، أن يكون الدين من النقود مهما كانت قيمتها، وأن يكون حال الأداء وغير معلق على شرط أو مضاف لأجل، حيث يعتبر في هذه الحالة احتماليا⁽¹⁾.

في مجال الصفقات العمومية، من اليسير على المتعامل المتعاقد الموجود في وضعية سليمة تجاه المصلحة المتعاقد معها، طلب تسبيق مالي، ويكون في الوضعية السليمة، المتعامل الذي أدى التزاماته التعاقدية بتنفيذ الأشغال أو تقديم التوريدات أو أداء الخدمات الدراسات موضوع الصفقة، إلى جانب كونه حريصا على سلامة وضعيته الإدارية بتقديمه للوثائق المثبتة لتنفيذ الالتزام، فلا يتصور رفض منح تسبيق مالي للمتعامل المتعاقد الذي يثبت دينه في ذمة المصلحة المتعاقدة بموجب الصفقة المبرمة، يضاف إليها محضر الاستلام النهائي أو الاستلام المؤقت دون تحفظات.

2- سبق رفع دعوى الموضوع:

يتميز طلب تسبيق مالي بخاصية أساسية، وهي كونه طلبا استعجاليا تبعا، مثله مثل استعجال وقف تنفيذ القرارات الإدارية⁽²⁾، حيث لا يمكن قبول الدعوى الاستعجالية إلا إذا رفع المدعي دعوى في الموضوع، ويجب أن تكون هذه الدعوى مقبولة على الأقل من الناحية الشكلية أثناء النظر في الدعوى الاستعجالية، وأن يكون الهدف منها هو الحصول على الحكم بالإدانة المالية⁽³⁾.

(1) - بركايل راضية، الدعوى الإدارية الاستعجالية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 120-121.

(2) - عدو عبد القادر، "الجديد في قضاء الاستعجال الإداري"، مرجع سابق، ص 95.

(3) - بركايل راضية، الدعوى الإدارية الاستعجال وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ص 120.

يختلف، في هذه النقطة، قانون الإجراءات الجديد في قضاء الاستعجال الإداري المدنية والإدارية عن قانون القضاء الإداري الفرنسي حيث لا يشترط هذا الأخير، حسب مقتضيات المادة 1-541 R، لقبول الدعوى الاستعجالية ضرورة تقديم طعن موضوعي⁽¹⁾، تشجيعاً منه للمواطنين على استعمال هذا النوع من المطالبة القضائية.

يعد هذا الشرط منطقياً، ذلك أن سبب طلب التسبيق هو وجود دين للمتعاقل المتعاقد في ذمة المصلحة المتعاقدة، فمن الطبيعي أن ينازع المتعاقل لمتعاقد أولاً في أصل الدين.

3- شرط تقديم الضمان:

يعد شرط تقديم الضمان شرطاً اختيارياً للقاضي، إذ يقدر مدي وجود أسباب تدعو إلى إلزام المتعاقل بتقديم ضمان حسب ظروف كل قضية، إلا أنه في مجال الصفقات العمومية يشكل إنشاء المتعاقل المتعاقد كفالة حسن التنفيذ ضماناً كافياً يبرر منحه التسبيق المالي دون الحاجة لإلزامه بتقديم ضمان آخر.

تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي أكد في عدة قرارات صادرة عنه ومنها القرار الصادر في 2 جوان 2004، أن غياب الحساب النهائي العام للصفقة لا يشكل مانعاً يحول دون منح المتعاقد التسبيق الذي يطلبه طالما توفرت شروط منح التسبيق⁽²⁾.

كما أقر إمكانية منح تسبيق مالي يساوي أصل الدين بأكمله بالرغم من تسمية هذا النوع بتسمية "Le Référé provision".

(1) - **Réné chapus**, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 10 éd. **op.cit**, p 1323.

(2) - **MENEMENIS Alain**, « Référé-provision et marché de travaux », *Juris Classeur*, Droit administratif, N° 8-9 2004, p 25.

الفصل الثاني

الرقابة على منازعات فسخ الصفقة

تبرم الصفقات العمومية بهدف اقتناء السلع أو الخدمات أو إنجاز الأشغال أو الدراسات اللازمة لتسيير المرافق العامة، ففي الوضع الطبيعي، يفترض أن الصفقة لا تنتهي إلا باستكمال تنفيذ المتعامل المتعاقد لموضوعها وتلقيه مقابل التنفيذ، غير أن هذه النهاية لا تتحقق دائما، فقد يكون مصير الصفقة أن تنقضي قبل استكمال تنفيذها.

تمتاز الصفقات العمومية كنموذج للعقد الإداري بطبيعة قانونية وأحكام خاصة، متميزة عن العقود التي يحكمها القانون الخاص، تظهر هذه الأحكام على الخصوص في مرحلة إنهاء الصفقة العمومية، حيث تشغل المصلحة المتعاقدة مركزا قانونيا متميزا عن المتعامل المتعاقد معها، فتظهر بصفقتها سلطة عامة تتمتع بسلطات استثنائية، وتهدف لضمان حسن سير المرافق العامة، فيكون من ضمن هذه السلطات ما يتيح لها الإنهاء الانفرادي للصفقة، أو ما يعرف بالفسخ، غير أن فسخ الصفقة لا يكون دائما في صورة الجزاء، بل إنه توجد عدة صور للفسخ غير الجزائي للصفقة

تكون النهاية المبتسرة للصفقة، غالبا مصحوبة بمنازعات بين طرفيها، سواء من حيث صحة إجراء الإنهاء، أو من حيث تسوية الحقوق العالقة بين طرفي الصفقة، الأمر الذي يستدعي لجوء الطرف المتضرر إلى قاضي العقد، حيث تثور منازعات بسبب فسخ الصفقة سواء تعلق الأمر بالفسخ الجزائي (المبحث الأول) أو بالفسخ غير الجزائي (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

منازعات الفسخ الجزائي للصفقة العمومية

يعتبر الفسخ طريقاً لإنهاء العلاقة التعاقدية في العقود المدنية أو الإدارية على السواء، إذ أن الفسخ من الأفكار المشتركة بين نظامي العقود، على أن الفسخ في العقود الإدارية ومنه الصفقات العمومية يختلف تماماً عن الفسخ في العقود المدنية، حيث أن قاعدة عدم جواز نقض العقد إلا باتفاق الطرفين، لا تصمد أمام امتيازات المصلحة المتعاقدة، إذ أن الفسخ الانفرادي من السلطات التي تتمتع بها كامتياز مقرر لمصلحتها

يتم إنهاء العلاقة التعاقدية عن طرق الفسخ، في حالة ارتكاب المتعامل المتعاقد مخالفة جسيمة لا تجدي معها الجزاءات الأقل خطورة، فالفسخ الجزائي يعد من أخطر الجزاءات التي قد تفرضها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها، (المطلب الأول)، وهو من أكثر طرق إنهاء الصفقة إثارة للمنازعات بين طرفيها أمام قاضي العقد (المطلب الثاني)، غير أن هذا لا يعني بأي حال أن للفسخ طابعاً جزائياً مطلقاً، بل هنالك عدة أشكال للفسخ غير الجزائي للصفقة (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية

تتميز عملية اختيار المتعامل المتعاقد بتعقيدها بسبب كثرة إجراءات وطول المدة التي تتطلبها، وبعد اختيار المتعاقد تملك المصلحة المتعاقدة وسائل قانونية متعددة لإلزامه بتنفيذ التزاماته على نحو مرض، بل لها أن تعدل هذه الالتزامات بما يخدم المرفق العام ويضمن المصلحة العامة، لهذه الأسباب لا يبدو من العملي فسخ الصفقة، غير أن الواقع يفرض فكرة الفسخ الجزائي للصفقة كجزاء حتمي للمتعامل المتعاقد الذي لا تجدي معه الجزاءات غير

المنهية للصفقة (الفرع الأول)، لكن مع التشدد في تحديد شروط توقيع هذا الجزاء (الفرع الثاني)، لما يترتب عنه من آثار خطيرة (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

مفهوم الفسخ الجزائي للصفقة العمومية

تعرف الصفقة العمومية على غرار كل العقود الإدارية مفهوم الفسخ، ولم يضع تنظيم الصفقات العمومية تعريفا لفسخ الصفقة لذلك لابد من البحث عن تعريف لها خارج النصوص القانونية (أولا)، وتحديد طبيعته القانونية (ثانيا)، وأنواعه (ثالثا).

أولا: تعريف الفسخ الجزائي للصفقة العمومية

يعرف الإنهاء الجزائي أو الفسخ الجزائي للعقود الإدارية بأنه: "جزاء بمقتضاه تنهي الإدارة الرابطة العقدية بينها وبين المتعاقد معها"⁽¹⁾، ويعرف أيضا على أنه: "جزاء توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها الذي لم يعد قادرا على الوفاء بالتزامه التعاقدى على نحو ما ينبغي، حيث تنهي الإدارة بهذا الجزاء التعاقد معه بصورة مباشرة تفرضها ضرورات تحقيق المصلحة العامة في دوام سير المرافق العامة بانتظام"⁽²⁾.

عرف الفسخ الجزائي كذلك، بالارتكاز على عنصر الخطأ المرتكب المتعاقد أنه: "جزاء تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة عندما يثبت لها بصورة قاطعة عجز المتعاقد عن تنفيذ الالتزامات محل التعاقد بصورة مرضية والتي منها عدم مراعاة تنفيذ الأعمال، أو عدم تسليم التوريدات في المواعيد المقررة، تنتهي بمقتضاه الرابطة التعاقدية"⁽³⁾.

(1) - جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 294.

(2) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 277.

(3) - محمود أبو السعود، "سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية

الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، 1997، ص 200.

يتميز الفسخ الجزائي لصفقة الأشغال العامة وصفقة اللوازم غالباً، بكونه يأتي تالياً لجزاء سحب العمل من المقاول والشرء على حساب المورد على التوالي، وذلك حينما تقدر المصلحة المتعاقدة عدم جدوى هذين الجزاءين الأخيرين⁽¹⁾.

ويعرف الفسخ الجزائي في عقود الأشغال العامة أنه: "أكثر الجزاءات صرامة، والذي تستطيع الجهة المتعاقدة توقيعه بقرار إداري منها دون الحاجة إلى القضاء، إذ ارتكب المتعاقد مع الجهة الإدارية خطأ جسيمة تؤثر على تنفيذ الأشغال العامة، وبصدور قرار الإدارة بفسخ عقد الأشغال العامة يستبعد المقاول نهائياً من تنفيذ العقد"⁽²⁾.

أما في مجال عقود التوريد فلقد عرف أنه: "ذلك الجزاء شديد الجسامة الذي يترتب عليه إنهاء عقد التوريد بصورة فورية، حيث يستبعد المورد من توريد باقي التوريدات محل العقد، نتيجة لإخلاله ببنود هذا العقد"⁽³⁾.

على ضوء ما تقدم، فإنه يمكن تعريف الفسخ الجزائي في مجال الصفقات العمومية بكونه: "عقوبة قاسية صادرة من المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية إخلالاً فادحاً، في شكل قرار إداري انفرادي، وبناءً على سلطتها التقديرية، ويترتب على ذلك إنهاء الصفقة واستبعاد المتعاقد نهائياً من تنفيذ الأعمال محل العقد وتحمله تبعات ومخاطر الصفقة الجديدة"⁽⁴⁾.

رغم تعدد التعريفات لجزاء الفسخ إلا أنها لا تخرج عن فكرتين أساسيتين:

-
- (1) - سبكي ربيعة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها، مرجع سابق، ص 140.
- (2) - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 240.
- (3) - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص 272.
- (4) - قابسي محمد الصادق، "سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 16، جامعة حاج لخضر، باتنة، 2018، ص 437.

*إن الإدارة تقرر الإنهاء بموجب قرار انفرادي من جانبها وحدها، وبناءا على سلطتها التقديرية وحققها في توقيع الجزاء من تلقاء نفسها⁽¹⁾ دون اللجوء إلى القضاء، ولو لم يتم النص عليه في الصفقة⁽²⁾.

*يترتب على توقيع هذا الجزاء فسخ العقد واستبعاد المتعاقد مع الإدارة بصورة نهائية من تنفيذ الأعمال محل العقد⁽³⁾.

ثانيا: أنواع الفسخ الجزائي للصفقة العمومية

تختلف أنواع الفسخ الجزائي وفقا لدرجة جسامة خطأ المتعامل المتعاقد الذي استوجب اتخاذ الجزاء، فقد فرق الفقه الإداري في فرنسا بين الفسخ الجزائي البسيط والفسخ الجزائي الجسيم ويسمى كذلك الفسخ على مسؤولية المتعاقد، بحيث يشترك النوعان في بعض الآثار، ويختلفان في البعض الآخر.

أ- الفسخ الجزائي المجرد البسيط:

يقصد به قيام المصلحة المتعاقدة بإنهاء الرابطة التعاقدية مع المتعامل المتعاقد معها المخل بالتزاماته دون قيد أو شرط، أي دون تحميله الأعباء المترتبة على إعادة طرح الصفقة في مناقصة جديدة لإتمام تنفيذها⁽⁴⁾، مع الإبقاء على حق الإدارة في توقيع عقوبات أخرى كتوقيع غرامات تأخيرية أو المطالبة بالتعويض عن أضرار فسخ العقد⁽⁵⁾.

(1) - هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، مكتبة سعيد رأفت، الإسكندرية، 1979، ص 250.

(2) - LAURENT Richer, Droit des contrats administratifs, op, cit, p 212.

(3) - عادل عبد الرحمان خليل، آثار العقود الإدارية وفقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد، مطبعة الإيمان، (د س ن)، ص 61.

(4) - إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 131.

(5) - DE LAUBADERE André, MODERNE Frank, DELVOLVE Pierre, Traité des contrats administratifs, T 1, L.G.D.J, 1983 p 167.

يتضمن الفسخ المجرد بذلك إنهاء للرابطة التعاقدية تماما، بحيث يعاد التعاقد إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، دون أن تحمله الإدارة المتعاقدة أي تعويضات نتيجة لفسخها للعقد الإداري، وهنا تمارس المصلحة المتعاقدة سلطتها بصورة أقل صرامة منها في حالة الفسخ بسبب الأخطاء الجسيمة للمتعاقد، ولا يمكن لها أن تطالب المتعامل المتعاقد بأي تبعات مالية للعقد الجديد الذي تبرمه⁽¹⁾.

ومما سبق فإن الفسخ المجرد يتصف بصفتين:

* أن الإدارة لا يمكنها عند توقيع الفسخ أن تلزم المتعاقد بالتكاليف اللازمة لإعادة طرح الأعمال المتعاقد عليها في المناقصة العامة على نفقته ومسؤوليته، فهي تكتفي بمجرد إنهاء العقد.

* يتم توقيع الفسخ في أغلب الأحيان على الحالات التي لا يبلغ فيها خطأ المتعاقد درجة كبيرة من الجسامة، أو الأخطاء التي لا يمكن تبريرها⁽²⁾، كأن يظهر للإدارة، بصفة قطعية، أن المتعاقد لم يعد قادرا على المشاركة وتقديم العون في تنفيذ المرفق المتعاقد عليه بطريقة مرضية وفعالة، كعدم تسديد المتعاقد للتأمينات في الوقت المحدد، أو إفلاسه، أو تنازله عن العقد للغير دون موافقة الإدارة⁽³⁾.

أخذ المنظم الجزائري بهذا النوع من الفسخ، وأطلق عليه "فسخ الصفقة دون قيد"، وهو ما يتضح من خلال المادة 35 فقرة 5 من دفا تر الشروط الإدارية العامة التي تنص: "...وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة بدون قيد

(1) - علي عبد العال سيد أحمد، الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 1998، ص 25.

(2) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد والرقابة القضائية عليها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،

2019، ص 76.

(3) - إبراهيم محمد علي، أثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998، مرجع سابق، ص 126.

أو متابعة النظام المباشر للإدارة".

ب - الفسخ الجزائي الجسيم

يعد هذا النوع من الفسخ أشد وطأة وجسامة على المتعامل المتعاقد المقصر، حيث يكون الفسخ في هذه الحالة مصحوبا بعقد جديد لإتمام تنفيذ العقد الأصلي⁽¹⁾، ولا تتوقف الإدارة عند مجرد إنهاء العقد واستبعاد المتعاقد، إنما تحمله أيضا مصاريف أو نفقات إجراءات التعاقد مع متعاقد جديد لإكمال الأعمال التي لم ينجزها، مما يعني إعادة طرح هذه الأعمال في مناقصة جديدة أو إعادة الشراء على مسؤولية المتعاقد⁽²⁾.

نظرا لخطورة هذا الإجراء الجزائي، فإنه يجب أن يتم النص عليه في العقد حتى يمكن اتخاذه، وعلى المصلحة المتعاقدة في حال قررت فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد الأصلي، إعلامه به، كما تعلمه أيضا بأن إبرام العقد الجديد سيكون على مسؤوليته، وأن تعين له اسم المتعاقد الجديد، حتى يستطيع المتعاقد الأصلي أن يباشر حقه في متابعة العمليات المنفذة على حسابه ومسؤوليته، بواسطة المقاول الجديد، حفاظا على حقوقه ومصالحه⁽³⁾.

يتعين كذلك على المصلحة المتعاقدة أن تجري المناقصة الجديدة بأسرع ما يمكن وفقا لقواعد المناقصة الأصلية بكافة شروطها الشكلية والموضوعية، وإلا جاز للمتعاقد الطعن في قرار الفسخ غير المشروع، ليتجنب المبالغ المترتبة عن إبرام العقد الجديد على حسابه⁽⁴⁾.

(1) - عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 356.

(2) - الشريف عزيزة، دراسة في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ص 258.

(3) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 77.

(4) - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص 200.

يرى غالبية الفقه في مصر أن المشرع المصري لم يأخذ بنظام الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد في كل القوانين التي أصدرها، وكذا في اللوائح التنفيذية الصادرة لتنظيم المزايدات والمناقصات، لذلك يذهب هذا الفقه إلى عدم جواز الأخذ به من قبل الإدارة المتعاقدة، مستندة إلى غياب النص القانوني⁽¹⁾، فالقانون المصري ترك الحرية للإدارة في الاختيار بين توقيع الفسخ المجرد أو التنفيذ على حساب المتعاقد⁽²⁾.

أما في الجزائر فالأمر مختلف تماما، فقد نصت على إجراء الفسخ الجزائي الجسيم المادة 35 الفقرة 5 من دفا تر الشروط الإدارية التي جاء فيها: "...وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف...".

كما كرسته بوضوح الفقرة الأولى من المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاء فيها: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها. وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة...".

إن المتعارف عليه في الأنظمة المقارنة بشأن أنواع الفسخ، هو ما سبق تفصيله (من فسخ جزائي مجرد، وفسخ جزائي جسيم)، كما توجد بعض الأنظمة التي تعرف التقسيم القائم على التمييز بين الفسخ الوجوبي والفسخ الجوازي.

(1) - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 298.

(2) - تجدر الإشارة أن المشرع المصري جسد هذه القاعدة بصفة صريحة، من خلال المادة 51 من القانون 186-2018 المتضمن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة التي تنص: "يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأي شرط جوهري من شروطه.... ولا يجوز للجهة الإدارية الجمع بين كل من الإجراءين...".

إلا أن تنظيم الصفقات العمومية، تحديدا من خلال المادة 149 يشير إلى تقسيم آخر⁽¹⁾، حيث جاء لأول مرة بمصطلح "الفسخ الجزئي" يقابله بالضرورة مصطلح الفسخ الكلي، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه: "...إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد. ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

وفقا لهذه المادة من الممكن فسخ صفقة أنجز جزء أو عدة أجزاء منها، طالما أن هذه الأجزاء تشكل بذاتها وحدة وظيفية متكاملة أو على الأقل يظل ممكنا أن تستعمل بمعزل عن بقية أجزاء الصفقة، فإن الفسخ الجزئي ممكن في هذه الحالة وعلى خلاف ذلك، فإنه إذا كانت الأجزاء المتبقية من الصفقة والمراد فسخها لا يمكن أن يتم إنجازها من طرف متعامل آخر، أو كان التخلي عنها عن طريق الفسخ الجزئي من قبل المتعامل الأصلي يكلف المصلحة المتعاقدة مصاريف أكبر من تلك التي حددتها الصفقة الأولية فإن الفسخ الجزئي يصبح في صالح المتعامل المتعاقد على حساب المصلحة المتعاقدة⁽²⁾.

يري البعض، أن فتح تنظيم الصفقات لإمكانية الفسخ الجزئي للصفقة أمر منتقد، معلا ذلك بأن الفسخ الجزئي يفتح باب للممارسات والمناورات غير النزيهة، إذا يمكن لطرفي العقد الاتفاق خلصة على تقليل مصاريف بعض أجزاء المشروع ضمن العرض الذي يتقدم به

(1) - تنص المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة.

يحدد الوزير المكلف بالمالية، بموجب قرار، البيانات الواجب إدراجها في الإعذار، وكذلك آجال نشره في شكل إعلانات قانونية".

(2) - خرشي النوي، الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 399.

المتعامل المتعاقد المتواطئ، وبعد حصوله على الصفقة بناء على هذا العرض يلجأ إلى المماطلة في تنفيذ هذه الأجزاء، الأمر الذي يسمح للمصلحة المتعاقدة بالفسخ الجزئي لهذه الخدمات، التي لن يرضى المتعامل الجديد بتنفيذها إلا بأسعار مراجعة ومحينة⁽¹⁾.

الفرع الثاني:

شروط الفسخ الجزائي للصفقة العمومية

نظرا لخطورة جزاء فسخ الصفقة، فإنه يشترط لممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الإنهاء الجزائي للصفقة توفر بعض الشروط الهامة لضمان عدم التعسف من جانب المصلحة المتعاقدة.

يرتكز الفسخ الجزائي على شرط الخطأ الجسيم، (أولاً)، كما يعد الإعذار إجراء جوهرياً لا بد منه (ثانياً)، فضلاً عن ضرورة صدور قرار إداري بالفسخ (ثالثاً).

أولاً- ارتكاب المتعامل المتعاقد خطأ جسيماً:

ليس كل خطأ يبرر الفسخ وإنما يجب أن يكون المتعاقد قد ارتكب خطأ على درجة معينة من الجسامة، فالخطأ الجسيم عبارة عن إخلال تعاقدى أو قانوني جوهري، والمصلحة المتعاقدة هي الوحيدة التي تستطيع تقدير مدى جسامة هذا الخطأ⁽²⁾.

يعد شرط الجسامة ضروري من أجل التقليل من تعسف الإدارة والحد من توقيع جزاء الفسخ، فالأخطاء البسيطة المرتكبة من قبل المتعاقد لا تتناسب مع جزاء الفسخ، يفترض في الخطأ الجسيم، مهما كانت صورته سواء سوء نية أو إهمال وعدم تبصر، أن يبلغ حداً من

(1) - خرشي النوي، الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 399.

(2) - ديش سورية، "الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 247-15"، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد 09، 2016، ص 229.

الجسامة يجعله ذا أهمية خاصة⁽¹⁾.

تملك السلطة العامة في فرنسا، صلاحية فسخ العقد من جانب واحد، متى صدر عن المتعاقد خطأ جسيم، ويكون الفسخ بسبب خارج التوقعات العقدية فهو إخلال بين، وكيف على أنه خطأ جسيم بالقدر الذي لم يستجب فيه المتعاقد لأحكام الصفقة، فمن أمثلة الأخطاء الجسيمة المبررة للفسخ في نظر الفقه والقضاء الفرنسي:

* ترك مواقع العمل وإيقاف تنفيذ الأشغال.

* عدم تنفيذ الأعمال في مواعيدها المحددة.

* التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة⁽²⁾.

أما في مصر، فقد حددت المادة 50 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة 2018 الأخطاء التي تبرر توقيع الفسخ الوجوبي وهي:

- استعمال المتعاقد بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في معاملته مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في الحصول على العقد، بشرط أن يكون هذا الغش أو التلاعب مؤثرا حيث أنه لولاه لما أقدمت الإدارة على إبرام العقد.

ومناطق تحقيقي الغش أو التلاعب لأثره في منح الإدارة سلطة فسخ العقد متى قام به تابعي المتعاقد، أن يعلم به (المتعاقد) ويقبله على أساس أن الأمور تسير لصالحه في تنفيذ العقد بهذا الغش أو التلاعب⁽³⁾، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بعدم جواز قيام الإدارة

(1) - قابسي محمد الصادق، "سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية"، مرجع سابق، ص 444.

(2) - ديش سورية، "الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 229.

(3) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 72.

بفسخ التعاقد مع مورد جبن بحجة مخالفته لشروط التعاقد بالغش، حيث ثبت قيام المورد بشراء هذا الجبن من آخرين ارتكبوا هذا الغش ولم يثبت علمه به⁽¹⁾.

- إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيالي أو فساد أو احتكار.

- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.

أما المادة 51 من نفس القانون فتجيز للجهة المتعاقدة فسخ العقد إذا أخل المتعاقد بأي شرط جوهري من شرطه.

لا يضع المرسوم الرئاسي 15-247 تحديدا لما يعد خطأ جسيما موجبا للفسخ، لا بتعريف الخطأ الجسيم وحتى بذكر أهم أصناف الأخطاء التي يرتكبها المتعاملون والتي يمكن وصفها بالأخطاء الجسيمة.

نصت المادة 149⁽²⁾ من المرسوم الرئاسي 15/247 على جزاء الفسخ وقد جاءت بصيغة فضفاضة جدا تقبل كل تأويل، أما المادة 147 من نفس المرسوم فتشير إلى التزامات لم يتم تنفيذها من قبل المتعامل دون أي تفصيل بشأن طبيعة هذه الالتزامات.

نص المنظم على حالة واحدة بموجب المادة 89، وقد جاءت في إطار تدابير مكافحة الفساد، التي نصت أن الأفعال أو المناورات التي ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر مكافئة أو امتياز

(1) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 106.

(2) - تنص المادة: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في الأجل المحدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد...".

بمناسبة تنفيذ صفقة عمومية أو ملحق، هذه الأفعال من شأنها أن تشكل سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردي لاسيما فسخ الصفقة.

على خلاف ذلك فإن دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال العمومية أشارت إلى أهم الأخطاء الجسيمة التي تبرر للمصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة وتتمثل في:

١- الإخلال بالتزام التنفيذ الشخصي للصفقة:

تعد شخصية المقاول محل اعتبار في إبرام الصفقة وتنفيذها، ويدخل ضمنها: مؤهلاته الفنية وخبراته والتي تكون محل لتقدير المصلحة المتعاقدة في مجال تنفيذ صفقات الأشغال العمومية، والتي تتطلب دراية عالية بأصول المهنة، يدخل كذلك ضمن الاعتبار الشخصي سمعة المقاول وجنسيته، ويجب أن يتمتع المقاول بملاءة مالية وكفاءة تقنية وتجارية. اعتمد المنظم على عدة معايير لاختيار أفضل مقاول لإنجاز الأشغال، لذلك فإن أي عارض يطرأ على شخصيته كالموت، الإفلاس، التسوية القضائية، أو استعماله للغش أو التدليس أثناء إنجاز الأشغال كل ذلك يعرض الصفقة لجزء الفسخ⁽¹⁾.

نصت المادة 11 من دفاتر الشروط الإدارية العامة، على حضر التنازل عن المقاول أو الشراكة فيها دون إذن من المصلحة المتعاقدة، وأن مخالفة هذا الحضر يعرض المقاول للفسخ حيث جاء فيها:

"1- لا يجوز للمقاول التنازل عن جزء أو كل مقاولته لمقاولين فرعيين أو تقديم مساهمة منها لشركة أو جماعة بدون إذن صريح من الإدارة.

2- وفي كل الأحوال يبقى المقاول مسؤولا شخصيا سواء كان تجاه الإدارة أو تجاه العمال والغير.

(1) - حابي فتيحة، "فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 09،

المركز القانوني لتمرست، 2015، ص 100-101.

3- إذا قام المقاول دون إذن، بالتعاقد مع مقاول فرعي أو قام بالمشاركة على الصفقة مع شركة أو جماعة يجوز عند ذاك ودون إنذار سابق تطبيق الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 35 الواردة فيما بعد".

ب- التعتت في التقيد ببنود الصفقة:

يصبح عدم التقيد ببنود الصفقة والأوامر المصلحية خطأ جسيماً، في حالة إصرار المقاول على عدم التقيد بهذه الشروط والأوامر حتى بعد إنذاره من المهندس الرئيسي، وكذلك الأمر بالنسبة لآجال تنفيذ الصفقة، وفقاً للمادة 35 من دفاتر الشروط الإدارية العامة، التي تنص: "إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحة.

5- وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعاً للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد".

ج- سوء النية في تنفيذ الصفقة:

طبقاً للمادة 18 من دفاتر الشروط الإدارية العامة، إذا اكتشف المقاول عمل سوء نية فيجب عليه أن ينذر فوراً مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، تحت طائلة المتابعة الجزائية، وذلك بصرف النظر عن وضع الأشغال تحت تصرف الإدارة بدون توجيه الإنذار المسبق، أو عن فسخ الصفقة بدون قيد أو شرط¹.

بصفة عامة يمكن القول أن المنظم لم يذكر الحالات العامة الموجبة لفسخ الصفقة، فالمرسوم الرئاسي 15-247 كما سبق ذكره يشير إلى حالة واحدة فقط، أما دفاتر الشروط

(1) -تنص المادة 18 من دفاتر الشروط الإدارية العامة: "ب- عندما يكتشف المقاول والمقاولون الفرعيون عمل سوء النية المشهود فيتعين عليهم أن ينذروا فوراً مهندس الدائرة أو المهندس المعماري وإلا فتقع عليهم المتابعة عند الاقتضاء طبقاً للمادة 100 من قانون العقوبات، وذلك بصرف النظر عن وضع الأشغال تحت تصرف الإدارة بدون توجيه الإنذار المسبق، أو عن فسخ الصفقة بدون قيد أو شرط أو عن إبرام صفقة جديدة بموجب الإجراء الذي تراه الإدارة مناسباً..."

الإدارية العامة فإنها وثيقة تطبق على نوع واحد من الصفقات وهي صفقات إنجاز الأشغال، وليست نصا عاما لجميع أنواع الصفقات.

الواقع أنه كان من الأجدر بالمنظم تحديد بعض الأخطاء المبررة للفسخ، مع الحرص على تأكيد صفة الجسامة لهذه الأخطاء، ليشكل قيد على حرية المصلحة المتعاقدة يحد من تعسفها في فسخ الصفقة.

ثانيا - الإعذار بالفسخ:

يعد الإعذار، طبقا للقواعد العامة، إثبات قانوني لحالة تأخر المقاول في تنفيذ التزاماته، ويهدف في عقود الأشغال العامة إلى إثبات عدم وفاء المقاول بالتزاماته من الناحية القانونية⁽¹⁾، وهو كذلك الإجراء الذي يضع المدين قانونا في حالة المتأخر عن تنفيذ التزاماته⁽²⁾.

قيد مجلس الدولة الفرنسي الإدارة ، بضرورة إعذار المتعاقد قبل اتخاذ قرار الفسخ، نظرا لخطورة هذا الجراء، وما ينتج عنه من نتائج وخيمة، ومنح المتعاقد مع الإدارة مدة إضافية تسمح له بتنفيذ التزاماته العقدية، فالإعذار يعد التزام عام وضمانة إجرائية لحماية حقوق المتعامل المتعاقد من تعسف وتغول الإدارة أثناء استعمالها لسلطتها في توقيع الجزاءات⁽³⁾، فيكون قرار الفسخ غير المسبوق بإعذار قرار معيبا.

أكدت محكمة التمييز في العراق في أحد أحكامها أنه لا يجوز للإدارة أن تسحب العمل من المقاول في العقود الإدارية إلا بعد توجيه إنذار له، معتبرة ذلك تطبيقا لقاعدة مقررة في الفقه والقضاء الإداري، كما جاء في حكم آخر لها: "أن الشروط العامة والشروط الخاصة للمقاول يكمل بعضها بعضا، وكلها ملزمة للطرفين، فالنص الوارد في الشروط

(1) - عمر حلمي فهمي، آثار العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1993، ص 124.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، (مصادر الالتزام)، منشأة المعارف الإسكندرية، 2004، ص

576.

(3) - قابسي محمد الصادق، "سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية"، مرجع سابق، ص 444.

العامة يلزم توجيه رب العمل إنذارا إلى المقاول في حالة إخلاله، لم يبلغ بما ورد في الشروط الخاصة من جواز قيام رب العمل بالعمل على حساب المقاول ما دام النص الخاص لم يعف رب العمل من توجيه إعدار⁽¹⁾.

١- إجراءات الإعدار:

حرص المنظم على ضبط قواعد الإعدار، إدراكا منه بالأهمية البالغة لشرط أو ضمانته إعدار المتعاقد، مبدئيا يأخذ تنظيم الصفقات العمومية بقاعدة الإعدار المسبق المصحوب بأجل لتدارك الإخلال بالالتزامات، الأمر الذي تأكده المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاء فيها: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد"

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد...".

فصل القرار الوزاري الصادر بتاريخ 28 مارس 2011 عن الوزير المكلف بالمالية²، بشكل أوضح إجراءات الإعدار، فوفقا للمادة الثانية منه⁽³⁾، لا يتم الفسخ من جانب واحد للصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة إلا بعد توجيه إعدارين اثنين للمتعاقد الذي أطلقت عليه المادة وصف التعاقد "العاجز"، وحددت المادة الثالثة البيانات الإلزامية التي لا يجب أن يخلو منها أي إعدار⁽⁴⁾.

(1) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 84.

(2) - قرار وزاري صادر في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعدار وآجال نشره، ج ر عدد 24 صادر في 20 أبريل 2011.

(3) - تنص المادة 02 من القرار الوزاري المذكور: "إن الفسخ من جانب واحد لصفقة من طرف مصلحة متعاقدة لا يتم إلا بعد إعدارين قانونيين للمتعاقد المتعاقد العاجز".

(4) - تنص المادة 03 من القرار: "يجب أن يتضمن الإعدار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة إلى المتعاقد المتعاقد، البيانات الآتية:

- تعيين المصلحة المتعاقدة و عنوانها،

أما عن طرق تبليغ الإعذار، فيكون برسالة موصى عليها، ترسل للمتعاقد المعني مع إشعار بالاستلام¹، وفضلا عن ذلك ينشر الإعذار بنفس إجراءات نشر طلب العروض، أي أنه ينشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، كما ينشر على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين، موزعتين على التراب الوطني، ويحرر باللغة العربية ولغة أجنبية واحدة على الأقل، ولا يسري الأجل الممنوح للمتعامل من تاريخ التبليغ بل من تاريخ النشر⁽²⁾.

أكد القضاء الإداري في الجزائر على وجوب التزام المصلحة المتعاقدة بالإعذار المسبق، في عدة قرارات، ومنها قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 1990/07/28، في قضية السيد (ت ط) ضد والي ولاية عنابة الذي جاء فيه بهذا الخصوص: "أن الإدارة لم توجه إنذارا للمتعامل معها قبل توقيع جزاء الفسخ، لاسيما وأن المادة (06) وكذلك المادة (35) من العقد تقتضيان ضرورة الإعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ. كما أن نص المادة (102) من المرسوم 145/82 المؤرخ

- تعيين المتعامل المتعاقد و عنوانه،

- توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار، عند الاقتضاء،

- موضوع الإعذار،

- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار،

- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ".

(1) - تنص المادة 04 من القرار: "يجب تبليغ الإعذار برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام..."

(2) - تنص المادة 05 من القرار: "يجب أن ينشر الإعذار في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن ر ص م ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين، موزعتين على المستوى الوطني. ويحرر باللغة العربية ولغة أجنبية واحد على الأقل.

يجب أن يرسل طلب نشر الإعذار في نفس الوقت الذي تم فيه تبليغه للمتعامل المتعاقد.

يسري مفعول الإعذار من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن ر ص م ع) أو في الصحافة".

في 1982/04/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، يقضي صراحة بضرورة الإعذار المسبق للمتعامل قبل توقيع هذا الجزاء⁽¹⁾.

كما أكد مجلس الدولة الجزائري في قرار له صادر بتاريخ 2003/02/25 في قضية (ق ع) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية الخيثر بأن: "...الإعذار شرط واجب قبل، الفسخ وكل، قرار لا يحترم ذلك يكون غير شرعي وتعسفي يستوجب التعويض..."⁽²⁾.

ثالثا - صدور قرار الفسخ مسببا:

توقع المصلحة المتعاقدة جزاء الفسخ في شكل قرار إداري، فيتعين إصدار هذا القرار في حدود مبدأ المشروعية، باحترام قواعد الاختصاص الإداري، والإجراءات والشكليات التي يجب أن تسبق أو تواكب إصدار القرار، وكذا الغاية والسبب من إصدار القرار اللذان يجب ألا يخرجنا عن أهداف تحقيق المصلحة العامة.

ركز الفقه الإداري على شكلية تسبب أو تعليل القرار، واعتبرها ضمانا هامة، وحاجزا مانعا لكل تعسف وسوء استعمال لسلطة خطيرة هي سلطة فسخ العقد.

يعد تعليل القرار الإداري، التزام قانوني تعلن الإدارة بمقتضاه، عن الأسباب القانونية والواقعية التي حملتها على إصداره، ويختلف التسبب عن السبب في القرار الإداري، إذ يعد هذا الأخير ركنا من الأركان التي يقوم عليها القرار وغيابه يجعله باطلا، أما التسبب فهو إجراء شكلي لا يرقى إلى مرتبة الركن، لكن غيابه يؤثر على القرار إذا نص القانون على وجوبه⁽³⁾.

(1) - قرار أشار إليه: **باخبيرة سعيد عبد الرزاق**، سلطة الإدارة الجزائرية أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 350.

(2) - قرار أشار إليه: **قابسي محمد الصادق**، "سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي..."، مرجع سابق، ص 445.

(3) - **بوفراش سفيان**، "أهمية التعليل الوجوبي للقرارات الإدارية في دولة القانون"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية،

العدد 2، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 186.

تكمن أهمية الإعلان عن الأسباب القانونية والواقعية في صلب القرار الإداري، في جعل عملية الرقابة القضائية على القرارات الإدارية أكثر فعالية، عن تلك الأسباب التي أصبحت بعد إظهارها للعلن تشكل ركنا قائما بذاته هو ركن السبب⁽¹⁾.

في فرنسا لم تكن الإدارة المتعاقدة ملزمة بتسبيب قرارات الجزاءات ومنها قرارها بالإلغاء الجزائي للعقود الصادرة ضد متعاقديها قبل صدور قانون 1979/07/11.

وإذا كانت دفاتر الشروط المختلفة في فرنسا قد نصت بطريقة منفصلة على الأسباب التي تسمح للإدارة المتعاقدة أن توقع جزاء الفسخ على المتعاقد معها، فإن أي من بنود هذه الدفاتر لم يكن يلزم الإدارة بأن تسبب قرارها بالفسخ الجزائي للعقد، حتى صدور هذا القانون⁽²⁾.

بعد صدور القانون المذكور، والخاص بتسبيب قرارات الإدارة، ظهر إجماع في الفقه الفرنسي على تطبيق هذا القانون على قرارات توقيع الجزاءات على المتعاقدين مع الإدارة، أيا كانت هذه الجزاءات⁽³⁾، وأنه يقع على عاتق الإدارة أن تلتزم بتسبيب قراراتها بفسخ عقودها، لتتوالى المناشير الوزارية المؤكدة للإلزامية تعليل كل القرارات الصادرة في إطار العقود الإدارية، ويشترط أن يكون التسبيب مكتوبا، ومتضمنا شرحا للأسباب القانونية والفعلية للقرار.

في الجزائر، يلاحظ أن تنظيم الصفقات، أولى اهتماما بالغاً للإعذار، وبالمقابل لم يعر ضمانة التسبيب الاهتمام اللازم رغم أنها لا تقل عن الإعذار فعالية في حماية المتعاقد من تعسف المصلحة المتعاقدة.

(1) - بوفراش سفيان، "أهمية التعليل الوجوبي للقرارات الإدارية في دولة القانون"، مرجع سابق، ص 190.

(2) - TERNEYRE Philip, La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, Paris, 1985, p 109.

(3) - DUFAU Jen, Marché dorit des travaux publics ,2^{ed}, LE MONITEUR, Paris, 1985, p 521.

ب - حالات الإعفاء من الإعذار

لا تعد قاعدة الإعذار المسبق قاعدة مطلقة، وفقا لما استقرت عليه الأحكام القضائية وآراء الفقهاء في فرنسا، إذ ترد عليها بعض الاستثناءات، حيث يمكن توقيع جزاء الفسخ دون إعذار مسبق، وتتمثل في الحالات:

1 - النص صراحة على إعفاء المصلحة المتعاقدة من الإعذار المسبق:

إذا ورد نص صريح في الصفقة أو دفا تر الشروط يعفي الإدارة من الالتزام بالإعذار المسبق للمتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ، في هذه الحالة يطبق هذا النص لكونه يمثل تعبيرا عن إرادة طرفي العقد المشتركة في الإعفاء من التزام إعذار المتعاقد بصراحة ووضوح. غير أنه في هذه الحالة يرى الفقه أنه يجب أن يفسر هذا النص تفسيراً ضيقاً، نظراً لما ينطوي عليه من مخاطر جمة بالنسبة للمتعاقد، فضلاً عن أنه يمثل استثناءاً على القاعدة العامة التي توجب الإعذار⁽¹⁾.

2 - تعمد المتعاقد عدم التنفيذ أو فقدته النهائي للقدره عليه:

في حالة إعلان المتعاقد صراحة، وبدون ضغط أو أي شائبة تعيب إرادته الحرة، رفضه تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو عدم قابليته للاستمرار في تنفيذ العمل بصورة نهائية، فإن هذا من شأنه إعفاء الإدارة المتعاقدة من التزام إعذار المتعاقد قبل فسخ الصفقة⁽²⁾، وعلة ذلك أنه لا ترجى أي فائدة من إعذار المتعاقد في هذه الحالة.

3 - حالة غش المتعاقد:

لا توجد ضرورة لإعذار المتعاقد مع الإدارة إذا ارتكب أفعال الغش في تنفيذ التزامه، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي بعدم إمكانية التمسك بقواعد الحماية العقدية التي تكفلها المبادئ العامة للقانون عند توافر سوء نية أو غش من جانب المخاطب بها.

(1) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 87.

(2) - المرجع نفسه.

أخذ مجلس الدولة الجزائري بهذا الاستثناء في حكمه الصادر في 2019/04/04 قضية (ش ذ م د) ضد وكالة التسيير والتنظيم العقاري والحضري معسكر الذي جاء فيه: "...حيث أن المستأنفة تعيب على صاحب المشروع اتخاذ قرار الفسخ دون إعدار المقاول وهذا ما يجعل قرار الفسخ قرار غير نظاميا.

حيث أنه وعلمًا بما ذكر أعلاه فإن قرار الفسخ مؤسس على تزوير وثيقة في مرحلة إبرام الصفقة وليس إخلال المقاول بالتزاماته التعاقدية الذي يقتضي إعدار المقاول بتنفيذ التزاماته التعاقدية..."⁽¹⁾.

4- حالة ثبوت عدم جدوى الإعدار:

لا محل للإعدار المسبق، كقيد على سلطة الإدارة في اتخاذ جزاء الفسخ إذا كانت الظروف المحيطة باتخاذها تجعل منه دون جدوى أو فائدة ترجى منه ولأسباب راجعة للمتعاقد نفسه، مثال هذه الحالة، مخالفة المتعاقد التزاما جوهريا أو ارتكابه خطأ فنيا، بحيث يستحيل تدارك هذا الوضع أو إصلاحه⁽²⁾.

5- تنازل المتعاقد عن العقد للغير:

لا ضرورة للإعدار إذا قام المتعامل المتعاقد بالتنازل عن الصفقة للغير، بارتكابه خطأ التعاقد من الباطن بدون تصريح مسبق من الإدارة⁽³⁾.

(1) - قرار رقم 19/06299 مؤرخ في 2019/04/04، صادر عن مجلس الدولة الجزائري، قضية (ش ذ م د) ضد وكالة التسيير والتنظيم العقاري والحضري معسكر (قرار غير منشور).

(2) - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 227.

(3) - حذيفة عادل عبد الكريم منصور، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة (دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والعراقي)، مذكرة مقدمة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015، ص 60.

6- حالات الضرورة والاستعجال:

لا محل للإعذار في حالات الاستعجال أو الضرورة التي تحتم إنهاء العقد بصورة فورية وعلى سبيل الجزاء، يحدث ذلك عندما تقتضي الظروف الملازمة للمخالفة أو الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد، إما التخلي عن تنفيذ العقد فوراً دون إعذار، أو تقصير الآجال المحددة في القانون أو في بنود الصفقة، وقد أشارت المادة 35 من دفا تر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال إلى الخروج عن قواعد الإعذار في حالة الاستعجال، دون أن تقدم المادة أي توضيح لحالة الاستعجال، فتركت أمر تقديرها للمصلحة المتعاقدة.

7- عدم تكرار الالتزام بالإعذار المسبق:

تعفى الإدارة من إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ، إذا كان جزاء الإنهاء تالياً لجزاء وضع المشروع محل التعاقد تحت الإدارة المباشرة، وكان هذا الجزاء الأخير قد مسبوق بإعذار الإدارة للمتعاقد⁽¹⁾.

الفرع الثالث

آثار الفسخ الجزائي للصفقة

يترتب على فسخ الصفقة العمومية كنموذج للعقد الإداري، وعلى غرار العقود المدنية إنهاء العلاقة التعاقدية فوراً، غير أن الفسخ في حالة الصفقات العمومية كما سبق بيانه تختلف درجاته من الفسخ البسيط إلى الفسخ الجسيم، فتختلف معه شدة آثار الفسخ، لذلك يجب التمييز بين الآثار المشتركة لكلا النوعين من الفسخ، والآثار الخاصة المتعلقة بكل نوع على حد:

(1) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص ص 87-89.

أولاً: الآثار المشتركة للفسخ الجزائي

تتمثل الآثار المصاحبة للفسخ الجزائي بسيطاً كان أو جسيماً؛ في النتيجة الأساسية وهي إنهاء العلاقة التعاقدية، يضاف إلى ذلك، حق المصلحة المتعاقدة في توقيع مختلف الجزاءات المالية لجبر الضرر الذي لحقها.

1- انتهاء الرابطة التعاقدية

إن أهم أثر مباشر للفسخ الجزائي للعقود الإدارية ومنها الصفقات العمومية، هو انتهاء الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها بالنسبة للمستقبل⁽¹⁾، وذلك من تاريخ الإعلان عن الفسخ الجزائي للصفقة العمومية أو ابتداء من التاريخ المحدد في قرار الفسخ إن وجد، فلا يعتد بالأعمال التي ينجزها المتعامل المتعاقد بعد هذا التاريخ، ولا تلزم المصلحة المتعاقدة بدفع مقابل عنها⁽²⁾.

كذلك الأمر بالنسبة لصفقات التوريد، فمن حق الإدارة المتعاقدة أن ترفض استلام أية توريدات بعد الفسخ⁽³⁾.

يقر الفقه والقضاء الإداري في الأنظمة المقارنة، أن الفسخ بسيطاً كان أو جسيماً على السواء، يشمل الصفقة كلها، فلا يوجد فسخ جزئي، على خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة للجزاءات الضاغطة، فإما أن يكون كلياً أو لا يطبق مطلقاً⁽⁴⁾.

(1)- LAJOYE Christophe, Droit des marchés publics, Berti, Alger, 2007, p175.

(2)- PRIEUX Henri, Traite pratique du Droit des travaux publics, Tome 3, LE MONITEUR, 1959, p 1605.

(3) - بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 124.

(4) - ازرايب نبيل، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 162.

خرج المرسوم الرئاسي 15-247، بشكل واضح وصريح عن هذه القاعدة، إذ نصت المادة 149 منه على إمكانية قيام المصلحة المتعاقدة بالفسخ الجزئي للصفقة.

عرض المنظم المتعامل المتعاقد لخطر شديد بإقراره لسلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزئي للصفقة، ففي حالة سوء النية والتعسف في استعمال هذه السلطة، سيختل التوازن المالي للعقد، بأن تستغل المصلحة المتعاقدة خطأ المتعاقد فتفسخ الجزء المربح وتبقى على الجزء الخاسر من الصفقة.

يتعين على المتعامل الصادر ضده قرار الفسخ الجزئي في صفقات إنجاز الأشغال، إخلاء أماكن العمل في المواعيد المحددة من طرف المصلحة المتعاقدة، فإذا رفض أو تأخر عن ذلك، قامت المصلحة المتعاقدة بإخلاء هذه الأماكن على نفقته ومسؤوليته، وجاز لها خصم المبالغ المستحقة له من مبلغ الضمان أو بيع أدواته عن طريق المزاد العلني.

لا يرتب الفسخ الجزئي، أيلولة ملكية الأدوات والآلات وعتاد المقاول المتعاقد، إلى ذمة المصلحة المتعاقدة بصفة آلية، كما لا يفرض عليها السعي إلى تملكها، وعادة ما تنظم الصفقة أو دفاتر الشروط مصير هذا العتاد، فللمتعامل المتعاقد حرية عدم التنازل عنها، وللمصلحة المتعاقدة الحرية في شرائها⁽¹⁾.

أكد مجلس الدولة الجزائري على حق المصلحة المتعاقدة في شراء السلع الموجودة في الورشة في قراره الصادر في 2019/04/04 الذي جاء فيه: "...حيث أن وعملا بالمادة 43 فقرة من دفاتر الشروط الإدارية العامة فإن الدولة والمقصود بها صاحب المشروع تشتري المواد المطابقة الموجودة في الورشة على أساس سعر السوق..."⁽²⁾.

(1) - حابي فتيحة، "فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية"، مرجع سابق، ص 107.

(2) - قرار رقم 162004، صادر في في 2019/04/04، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، في قضية (ش ذ م د) ضد وكالة التسيير والتنظيم العقاري والحضري معسكر (قرار غير منشور).

2- حق المصلحة المتعاقدة في توقيع مختلف الجزاءات المالية:

يترتب على الفسخ الجزائي للصفقة حق المصلحة المتعاقدة في الحصول على التعويض اللازم لجبر الأضرار التي لحقت بها حتى تاريخ صدور قرار الفسخ، كما يحق لها مصادرة التأمين المالي وفرض غرامات التأخير، شرط أن تكون عن الفترة السابقة على قرار الفسخ.

لا يعتبر الجمع بين الفسخ ومصادرة التأمين جمعا بين تعويضين⁽¹⁾، فالعبرة بعدم غلو المصلحة المتعاقدة في تقدير الضرر وفي اقتصاص المبالغ اللازمة لجبره.

عبرت المحكمة الإدارية العليا في مصر أحسن تعبير عن هذه الفكرة في حكمها الصادر في 1971/01/09، الذي سمحت فيه بالجمع بين الفسخ، ومصادرة التأمين وطلب التعويض، حيث أقرت: "...أن رجوع الإدارة بالتعويضات الأخرى على المتعاقد معها المقصر في حقها، عند مصادرة التأمين الذي يقل عن مستوى التعويض الكامل، لا يستند إلى اعتبار العقد قائما ومنفذا على حساب المتعاقد، مع أنه سبق فسخه... وإنما يستند ذلك الرجوع إلى أحكام القواعد العامة في أي عقد كان، وتلك الأحكام تقضي بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض، ويقدر قيمة الضرر، وهذه الأحكام لا تتعارض البتة مع فكرة التأمين في العقود الإدارية بوجه عام، ولا غرو فإن فروق الأسعار، ونزول جعل المقاصف، وما يضيع على جهة الإدارة من كسب محقق، كل أولئك في حقيقتها أضرار فعلية، وقيما معلومة لحقت الإدارة وتعاقبت عليها من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ ما التزم به قبلها..."⁽²⁾.

(1) - قابسي محمد الصادق، "سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية"، مرجع سابق، ص 446.

(2) - قرار أشار إليه الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 733-745.

ثانيا: الآثار الخاصة بكل نوع من الفسخ

١- آثار الفسخ البسيط

تكتفي المصلحة المتعاقدة في هذا النوع باستبعاد المتعامل المتعاقد دون قيد ولا شرط، فلا تلزمه بالأعباء المالية المترتبة عن إبرام صفقة جديدة مع متعاقد آخر من أجل إتمام تنفيذ الأعمال، وبذلك تظهر المصلحة المتعاقدة في هذا النوع أقل صرامة في ممارسة سلطة الفسخ.

تستلم الأشغال المنجزة في الفترة السابقة للفسخ، لتبدأ في تسوية الحساب النهائي للعقد، بعد نهاية مدة الضمان الأعمال المنفذة، مع رد الكفالات أو التأمين للمقاول إن كان له محل بعد فترة الضمان مع الأخذ بعين الاعتبار سوء الصنعة والعيوب الخفية⁽¹⁾.

كما تقيم كشف حسابات بالأعمال والتوريدات المنجزة والمسلمة للإدارة والتي توضع في الاعتبار عند تصفية الصفقة المفسوخة وتعويض المتعاقد⁽²⁾.

ب- الآثار المتعلقة بالفسخ على حساب المتعاقد (الفسخ الجزائي الجسيم)

1- يترتب على هذا النوع من الفسخ كافة الآثار التي تترتب على الفسخ المجرد، يضاف إليها في الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، أن يقع على عاتق المتعاقد المفسوخ عقده تحمل النفقات الناجمة عن إبرام عقد جديد مع غيره، وبالنظر إلى خطورة ما يترتب عن هذا النوع من الفسخ الجزائي، فإن مجلس الدولة والفقهاء في فرنسا يشترط ضرورة أن ينص عليه العقد أو دفتر الشروط، لاسيما بالنسبة لعقد الأشغال العامة⁽³⁾.

(1) - حابي فتيحة، "فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية"، مرجع سابق، ص 107.

(2) - سبكي ربيعة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها، مرجع سابق، ص 161.

(3) - باخيرة سعيد عبد الرزاق، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 362.

2- إبرام صفقة جديدة مع متعامل متعاقد آخر لإنجاز الالتزامات التي تخلف عنها المتعاقد الأصلي، وللمصلحة المتعاقدة أن تختار كيفية الإبرام التي تراها ملائمة، فلها أن تلجأ إلى إجراء طلب العروض، كما لها أن تلجأ إلى إجراء التراضي.

إلا أنه يجب أن تتوفر عدة ضمانات يستحقها المتعاقد، خاصة بالنسبة للمقاول في عقد الأشغال العامة، لما لها من صلة وثيقة بالخزينة العامة، مقابل الآثار التي يربتها له جزاء الفسخ على مسؤوليته، تتمثل هذه الضمانات فيما يلي:

- يجب أن يتم العقد الجديد في إطار العقد الأصلي، وعلى أساس دفتر الشروط ذاته، الذي أبرم بمقتضاه هذا العقد، كما أنه من حق المتعاقد المطالبة بإجراء المناقصة الجديدة، دون تعديل مواصفات الأعمال المنصوص عليها أصلا، إلا إذا كانت التعديلات لا تؤثر في زيادة الأسعار الجديدة.

- يجب أن يبرم العقد الجديد بأسعار عادية، فلا يمكن أن يتحمل المتعاقد الزيادة في الأسعار إلا في حدود مشروعة ومعقولة، على أنه بالمقابل إذا تمت عملية التعاقد في إطار العقد الجديد، بثمن أقل من الثمن المقرر في العقد الأصلي المفسوخ، فإن هذا الفارق يعود للمصلحة المتعاقدة وحدها، ولا يحق للمتعاقد المستبعد بقرار الفسخ أن يطالب بقسط منه.

من حق المتعاقد المستبعد مراقبة المناقصة الجديدة، وله أن يطعن بالإلغاء في عدم مشروعيتها أمام القاضي الإداري وذلك على أساس أن إجراء المناقصة يعد قرارا إداريا منفصلا عن العقد الإداري، ويمكن للقاضي الإداري إلغاؤها متى تحقق من عدم مشروعيتها. كما يتوجب على المتعاقد المفسوخ عقده على مسؤوليته، أن ينتظر حتى انتهاء تنفيذ الأعمال محل التعاقد عن طريق المتعاقد الجديد، وتصفيته الحساب كي يحق له المطالبة بالقيمة المالية للأعمال التي قام بتنفيذها، واسترداد ما بقي له من تأمين⁽¹⁾.

(1) - بن سديرة جلول، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ص 125-127

3- اتخاذ جزاء الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

يلحق جزاء الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية بالمتعامل المتعاقد المفسوخ صفقته على مسؤوليته، فلا يخص الفسخ البسيط، وذلك حسب الحالات:

- يقصى المتعامل إقصاء مؤقت تلقائي بعنوان صفقات المصلحة المتعاقدة التي بادرت بالإجراء، عندما يكون محل أول قرار فسخ لصفقاته تحت مسؤوليته إلا إذا أثبت أن الأسباب التي أدت إلى هذا الفسخ قد زالت⁽¹⁾.

- يقصى المتعامل إقصاء مؤقت تلقائي بمقرر، في حالة التسجيل في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها بعد أن كانوا محل مقررين اثنين (2) للفسخ على الأقل تحت مسؤوليتهم⁽²⁾.

4- التسجيل في قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية:

وهذا في الحالة التي يكون فيها الخطأ الجسيم المرتكب من قبل المتعامل المتعاقد متعلق بأفعال الغش والفساد⁽³⁾.

مما سبق، فإن القانون والقضاء الإداري نظم آثار فسخ الصفقات العمومية بشكل يوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، ليضمن أكبر قدر ممكن من العدل للطرفين،

(1) - تنص المادة 04 من القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2015: "يخص الإقصاء المؤقت التلقائي بعنوان صفقات المصلحة المتعاقدة التي بادرت بالإجراء، المتعاملين الاقتصاديين:

....

-الذين كانوا محل قرار فسخ لصفقاتهم تحت مسؤوليتهم، إلا إذا أثبتوا أن الأسباب التي أدت إلى هذا الفسخ قد زالت".
(2) - تنص المادة 06 من نفس القرار الوزاري: "يخص الإقصاء المؤقت التلقائي الذي يتم بمقرر، المتعاملين الاقتصاديين المسجلين في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها، بعد أن كانوا محل مقررين اثنين (2) للفسخ، على الأقل، تحت مسؤوليتهم..."

(3) - المادة 89 من المرسوم الرئاسي 15-247.

لكن لابد من القول أن الواقع العملي لا يعكس في كثير من الأحيان هذا التوازن، إذ تنتشر ظاهرة الروح الانتقامية والبيروقراطية لدى أعوان الإدارة تجاه المتعاقد المفسوخ صفقته.

حيث يسعى ممثل المصلحة المتعاقدة، بمجرد حدوث الفسخ إلى تطبيق أقصى العقوبات المالية، ويضيف عليها حرمان المتعاقد المفسوخ صفقته من حقوقه، إذ أن كثيرا من المقاولين والموردين يحرمون من مقابل الأشغال السلع التي قاموا بأدائها فعليا ووفقا للشروط التعاقدية، فكيف يعقل عدم دفع مستحقات المقاول بعد أدائه للجزء الأهم من الأشغال لمجرد فسخ الصفقة؟

المطلب الثاني:

منازعات قرار الفسخ الجزائي للصفقة أمام قاضي العقد

يعد الفسخ الجزائي من أكثر أنواع الفسخ إثارة للمنازعات أمام القضاء، وهو أمر منطقي لسببين، أولهما الطابع الانفرادي لقرار الفسخ، إذ تتخذ المصلحة المتعاقدة قرار فسخ الصفقة كجزء لخطأ المتعامل المتعاقد بإرادتها المنفردة دون إشراك هذا المتعاقد، وثانيهما خطورة آثاره، فيختص قاضي العقد بالنظر في هذه المنازعات (الفرع الأول)، إذ تتعدد أنواع النزاعات التي يمكن أن تطرح عليه (الفرع الثاني)، غير أنه بعد فرض رقابته على النزاع لا يكون أمام قاضي العقد سوى صلاحيات محدودة تجاه قرار الفسخ غير المشروع (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

اختصاص قاضي العقد بالبت في منازعات قرار الفسخ الجزائي

استقر القضاء والفقه الإداريان على أن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تنتمي أصلا إلى القضاء الكامل، حيث يختص القضاء الإداري بالنظر في كافة المنازعات

القضائية الناشئة بين طرفي العقد، باستثناء المسائل الأولية التي تدخل بطبيعتها في اختصاص القضاء العادي، كأهلية المتعاقد مع جهة الإدارة وغيرها⁽¹⁾.

وكما سبق تناوله من خلال المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة، فإن رقابة القضاء الإداري الفرنسي على بعض المنازعات ومنها منازعات العقود الإدارية، قد شهدت تطورا كبيرا، متمثلا في إنشاء وابتداع نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، تلك النظرية التي سمحت بفصل القرارات الإدارية المساهمة في تكوين وبناء العملية الكلية كالعقود الإدارية، فهل تشمل هذه النظرية قرارات الجزاءات الإدارية الصادرة أثناء مرحلة تنفيذ العقود الإدارية وبالنتيجة إمكانية الطعن ضدها بموجب دعوى المشروعية أمام قاضي الإلغاء؟

طبقا للقضاء المستقر في فرنسا، ويتبعه في ذلك جل القضاء الإداري في الأنظمة القضائية العربية، لا يمكن أن تكون القرارات الإدارية المتعلقة بتنفيذ العقد محلا لدعوى الإلغاء المرفوعة من المتعاقد أمام قاضي الإلغاء، بل تكون محلا لدعوى القضاء الكامل (دعوى العقد) أمام قاضي العقد⁽²⁾.

لا يحق للمتعاقد المتعاقد في هذه المرحلة أن يطعن في القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة بصفة منفصلة عن طريق دعوى الإلغاء، لأن أمامه طريق أشمل من دعوى الإلغاء يتمثل في دعوى القضاء الكامل، لكونه طرفا في العلاقة التعاقدية، لأن دعوى إلغاء القرارات المنفصلة وضعت لحماية غير المتعاقد الذي لا يملك رفع دعوى القضاء الكامل باعتباره لم يكن طرفا في العقد⁽³⁾.

(1) - منصور محمد أحمد، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، دار النهضة الحديثة، القاهرة، 2000، ص 196.

(2) - De LAUBADERE André, les contrats administratifs, LGDJ, Paris, 1990, p 36.

(3) - بوعكاز نسرین، "القرارات القابلة للانفصال في عقد الصفقات العمومية...."، مرجع سابق، ص 73.

لذلك أقر مجلس الدولة الفرنسي، ووافقه الفقه بعد ذلك، بقبول الطعن المقدم من الغير الأجنبي على العقد ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد، وبالمقابل فإن قرار الفسخ الجزائي سواء في عقد الأشغال العامة أو عقد التوريد لا يمكن أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء من جانب المقاتل المفسوخ عقده، فليس أمامه سوى الطعن بموجب دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد⁽¹⁾.

أكد القضاء الإداري في مصر هذا الاتجاه فجاء في قرار المحكمة الإدارية العليا أنه: "...لما كان القرار المطعون عليه قد تضمن إلغاء التعاقد مع الطاعن استناداً لما نسب إليه من إخلاله بالتزاماته التعاقدية بعدم سداد قيمة التأمين النهائي والتوريد خلال المواعيد المقررة- فإنه والحالة هذه يكون مستنداً إلى أحكام العقد -ومن ثمة فإن المنازعة المثارة بشأنه تكون من المنازعات الحقوقية التي تكون محلاً للطعن على أساس إستعداد ولاية القضاء الكامل، وتخرج من ثمة عن ولاية الإلغاء، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم قبول طلب وقف تنفيذ وإلغاء هذا القرار بحسبانه يكتسب وصف القرار الإداري الذي يتعين وجوده كشرط لقبول الإلغاء..."⁽²⁾.

لم يخرج مجلس الدولة الجزائري عن هذا المنهج، فقد اعتبر منازعات قرار الفسخ تخرج عن ولاية قضاء الإلغاء، وتدخل في صميم اختصاص قاضي العقد، فقد ذكر في قراره الصادر في 2016/01/07 أنه: "...حيث أنه ثبت للمجلس أن النزاع الحالي ينصب حول إلغاء مقرر فسخ الاتفاقية المؤرخ في 2012/06/13... وحيث أنه ومن المستقر عليه اجتهد مجلس الدولة أن كل النزاعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية هي من دعاوى

¹ - DUFAU Jen, Marché dorit des travaux publics, op.cit, p 150.

² - قرار أشار إليه عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته ...، مرجع سابق، ص 331-332.

القضاء الكامل وبالتالي فإن قرار الفسخ لا يمكن أن يكون محل دعوى إلغاء لأن هذا القرار ليس قرارا إداريا بمفهومه التقليدي أي ليس قرارا قائما بذاته...⁽¹⁾.

يخرج عن هذا الأصل بعض الاستثناءات، حيث يستطيع فيها المتعاقد مع الإدارة الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة في مرحلة التنفيذ، وهي القرارات التي تُصدرها الإدارة بصفتها صاحبة سلطة عامة، وليس بصفتها متعاقدة⁽²⁾.

لأن ولاية القضاء الكامل لنظر المنازعات العقدية تشمل المنازعات التي تثيرها قرارات الإدارة الصادرة عنها بوصفها جهة تعاقد، وليست سلطة عامة تملك الإفصاح عن إرادتها الملزمة بإصدار قرارات إدارية بقصد إحداث أثر قانوني، حيث يؤول النظر في مشروعية تلك القرارات لقاضي الإلغاء⁽³⁾.

استخدم القضاء الإداري الفرنسي لتحديد جواز الطعن بالإلغاء من عدمه، معيار التفرقة بين القرارات التي تصدرها الإدارة العامة باعتبارها متعاقدة، وتلك التي تصدر عنها باعتبارها سلطة عامة، ومن أمثلة القرارات التي تتخذها الإدارة باعتبارها سلطة عامة ولكنها قد تؤثر عن تنفيذ العقد الإداري، قرارات الضبط الإداري المتخذة لتحقيق أهداف هذا الأخير، والمتمثلة في المحافظة عن الأمن والصحة والسكينة العامة⁽⁴⁾.

(1) - قرار رقم 091413، صادر بتاريخ 2016/01/07، عن مجلس الدولة الجزائري، في قضية مديرية التكوين المهني والتمهين ضد (ق ن) ومن معه (قرار غير منشور).

(2) - طالب بن دياب إكرام، القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون عام معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2016-2017، ص 125.

(3) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيمًا، مرجع سابق، ص 331.

(4) - طالب بن دياب إكرام، القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها...، المرجع السابق، ص 126.

الفرع الثاني:

المنازعات التي يثيرها قرار الفسخ الجزائي للصفقة

قد يحدث أن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى الطريق القضائي لفسخ الصفقة بدل أسلوب القرار الإداري وذلك بالسعي لاستصدار حكم قضائي بفسخ الصفقة (أولاً)، ولأنه أمر يندر وقوعه عملياً، فإن الغالب أن تستعمل المصلحة المتعاقدة سلطتها في إنهاء الصفقة بقرار الفسخ الجزائي، هذا القرار غالباً ما يكون محل طعن في صحته وفي آثاره من طرف المتعامل المتعاقد المخاطب به (ثانياً).

أولاً: منازعة المتعلقة بطلب المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة أمام قاضي العقد

كما سبق تناوله من خلال المطلب السابق، فإن المصلحة المتعاقدة تفسخ الصفقة بقرار انفرادي، يبرر هذا القرار بتقصير المتعامل في تنفيذ الصفقة، تعد سلطة الفسخ من الامتيازات التي تغني المصلحة المتعاقدة عن اللجوء إلى القضاء الإداري لطلب الفسخ على عكس المتعامل، غير أن المصلحة المتعاقدة تستطيع أن تتنازل عن حقها في فسخ الصفقة انفرادياً وتلجأ إلى القاضي الإداري كأبي متقاضي عادي لطلب فسخ الصفقة.

قد يبدو أنه ليس من مصلحة المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ، فهي بذلك تتخلى عن مركزها الممتاز وتنزل إلى مرتبة المتعامل المتعاقد، إلا أن لجوئها إلى القضاء أفيد لها، إذ بذلك تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض إذا ثبت أنها أساءت استعمال هذا الحق ⁽¹⁾، كما أنها تثبت حسن نيتها في تنفيذ الصفقة وأن طلب الفسخ كان لأسباب جدية إذ أنها تعلم مسبقاً أن القاضي سيراقب تقدير الإدارة لهذه الأسباب فلن يحكم بالفسخ إلا بعد أن يتأكد من مشروعيتها.

(1) - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 773.

يشترط قاضي العقد لفسخ الصفقة في هذه الحالة إخلال المتعامل المتعاقد إخلالا جسيما بالتزاماته التعاقدية، وعدم سعيه لتدارك أخطائه بعد إذاره بالطرق القانونية.

ثانيا: منازعة المتعاقد قرار المصلحة المتعاقدة بالفسخ الجزائي للصفقة

تعد الرقابة القضائية ضمانا هامة للمتعامل المتعاقد، وتشمل جميع أنواع الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة عليه دون استثناء، ومن ضمنها الفسخ الجزائي للصفقة العمومية.

فمن حق المتعامل المتعاقد المفسوخ عقده منازعة قرار المصلحة المتعاقدة بخصوص مشروعيتها، فالمصلحة المتعاقدة وإن كانت تتمتع بحق توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة، دون حاجتها للالتجاء إلى القضاء، فإن قراراتها بهذا الشأن تخضع من دون أدنى شك لرقابة القضاء المختص بالنظر في المنازعات التي تنشأ عنها⁽¹⁾.

ولأن قرار الفسخ الجزائي أخطر عقوبة يمكن أن توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد، فإن القاضي الإداري يطلع برقابة واسعة تجاه هذا القرار، تشمل رقابة المشروعية ورقابة الملائمة.

1 - الرقابة على مشروعية قرار الفسخ الجزائي

ينصب دور القاضي الإداري في مجال رقابة المشروعية حول فحص القرار الصادر عن الإدارة بتوقيع جزاء الفسخ، للتأكد من توفر الأركان الشكلية والموضوعية للقرار، فيتصف قرار الفسخ الجزائي بعدم المشروعية إذا اقترن بأحد العيوب التالية:

(1) - عبد الوافي عبد الجبار، بن السبحو محمد المهدي، "رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة توقيع الجزاء في عقود

الصفقات العمومية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد 7، المركز الجامعي بالنعامة، 2018، ص 257.

1 - عيب الاختصاص:

يكون قرار المصلحة المتعاقدة بتوقيع جزاء الفسخ غير مشروع عندما يصدر من جهة إدارية غير مختصة بتوقيعه، أو من غير الجهة التي حددها العقد أو دفتر الشروط، لذلك يتحقق قاضي العقد ما إذا كانت الجهة التي اتخذت الجزاء، هي السلطة المختصة بالفعل⁽¹⁾. طبقا لدفاتر الشروط في فرنسا تكون السلطة المختصة بتوقيع جزاء الفسخ هي الوزير، وذلك بخصوص العقود التي تبرمها الدولة⁽²⁾، والأمر كذلك في الجزائر⁽³⁾، ووفقا لقاعدة توازي الأشكال، فإنه بالنسبة للصفات المبرمة من هيئات أخرى غير الدولة، ترجع سلطة فسخ الصفقة للسلطة التي لها صلاحية الإبرام.

2 - عيب الشكل:

عيب الشكل هو عدم احترام القواعد الإجرائية والشكلية المحددة في القوانين واللوائح لإصدار القرارات الإدارية، سواء كان ذلك بإهمال تلك القواعد كليا أو بمخالفتها جزئيا. ومن المسلم به أن عيب الشكل لا يؤدي دائما إلى البطلان، فلا يبطل القرار الإداري إلا مخالفة قاعدة شكلية أو إجرائية جوهرية التي من شأنها التأثير في جوهر القرار.

يعد إجراء الإعذار المسبق، من ضمن الإجراءات الجوهرية في حالة الفسخ الجزائي، لأن الغاية من الإعذار هي الضغط على المتعامل لحثه على التنفيذ وتبنيه إلى احتمال إنهاء العقد في حالة عدم استجابته، فيكون الإعذار لازما للمتعاقد الذي قد يتخذ الإجراءات

(1) - عبد الوافي عبد الجبار، بن السبحو محمد المهدي، "رقابة القضاء الإداري على قرار..."، مرجع سابق، ص 259.

(2) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 140.

(3) - تنص المادة 5/35 من دفاتر الشروط الإدارية العامة: "...وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة"

اللازمة لتجنب الفسخ، ولا يكون الإعذار قانونيا إلا بمراعاة الشروط التي سبق الإشارة إليها والمحددة من خلال القرار المؤرخ في 28 مارس 2011.

كما يتوجب على المصلحة المتعاقدة احترام المهلة الممنوح للمتعاقل المحددة في الإعذار، فلا يقر مجلس الدولة الفرنسي بصحة الفسخ الجزائي للعقد إذا كان صادرا في تاريخ سابق على التاريخ المحدد بالإعذار، فجاء في حكمه الصادر في 1975/11/08: "...إن عدم احترام الإدارة للإجراءات الشكلية يكون دائما له أثر هام جدا، وهو إعفاء المتعاقد من النتائج الباهظة المترتبة على هذا الإجراء مهما كانت جسامة المخالفات المنسوبة لهذا المتعاقد..."⁽¹⁾.

كما استقر المجلس كذلك، أنه إذا كان الفسخ تاليا لإجراء وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة، وكان هذا الإجراء قد سبقه إعذار المقاول المتعاقد، فلا حاجة لإعذار جديد لإعلان الفسخ، بشرط ألا يكون هذا الفسخ قد أعلن اختلالات جديدة وأخطاء أخرى تستوجب إعذارا جديدا⁽²⁾.

3- عيب إساءة استعمال السلطة:

تكون قرارات الإدارة مشوبة بعيب الغاية أو عيب إساءة استعمال السلطة، عندما تتصرف إلى غايات لا يقرها القانون، فتخرج الإدارة عن تحقيق المصلحة العامة أثناء ممارسة نشاطها.

إن أبرز مثال اعتد به القضاء الإداري لإقرار إساءة استعمال سلطة الفسخ الجزائي للصفقات، هو حالة فسخ الإدارة العقد بغرض إبرام عقد جديد مع متعاقد آخر.

(1) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 141-142.

(2) - حابي فتيحة، "فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية..."، مرجع سابق، ص 104.

يعرف عيب إساءة السلطة بخاصية صعوبة إثباته، لأنه لا يرتبط بوقائع مادية كالإجراءات والشكليات، بل بنوايا وغايات خفية لمصدر القرار، غير أن القضاء الإداري قد اعتمد على بعض القرائن للاعتداء بوجود غايات غير مشروعة لمصدر قرار الفسخ، منها قرينة فسخ الصفقة بعد أداء المتعاقد لجزء هام منها، سواء من حيث حجم الأعمال المنجزة أو صعوبتها أو المبالغ المستثمرة فيها.

فقد ذكر قرار محكمة التمييز في العراق أنه: "...العقد المبرم هو عقد... يتعهد بموجبه المميز عليه بتشديد أبنية... وحيث ثبت من تقرير الخبراء... أن الجزء الذي لم ينفذ من التشييد قليل بالنسبة لما تم إنجازه فيكون من حق المحكمة ألا تقضي بالفسخ..."(1).

4 - عيب مخالفة القانون:

يشمل المعنى الواسع لمصطلح مخالفة القانون كل العيوب التي تشوب القرار الإداري، من عيب الاختصاص وعيب الشكل وعيب الانحراف بالسلطة، التي تعد جميعها بمثابة مخالفة للقانون، لكن عيب مخالفة القانون يستخدم للتعبير عن المخالفة المباشرة للقواعد الموضوعية للقانون، وتهدف رقابة القضاء في عيب مخالفة القانون إلى التأكد من مراعاة الإدارة للقواعد القانونية الموضوعية فهي رقابة داخلية متصلة بمحل القرار (2).

يجب أن يصدر قرار الإدارة بتوقيع جزاء الفسخ على المتعاقد معها طبقاً للنصوص القانونية والعقدية، ومن أولها ضرورة أن ينطوي الفعل الصادر من المتعاقد على خطأ على درجة هامة من الجسامة يبرر للإدارة المتعاقدة توقيع جزاء الفسخ بحقه، فإذا لم يوجد هذا الفعل أصلاً، أو وجد لكنه لا يشكل خطأ بذاته، أو لا يتعارض مع التزاماته التعاقدية أو

(1) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 143.

(2) - رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة...، مرجع سابق، ص 172-173.

القانونية، أو كان خطأ بسيطاً لا يرقى إلى درجة الجسامة التي تبرر اللجوء إلى أخطر جزاء، فإن قرار الفسخ يكون مشوباً بعيب مخالفة القانون⁽¹⁾.

2 - رقابة ملائمة قرار فسخ الصفقة:

يعرف الأستاذ محمد فريد سليمان الزهري الملائمة فيقول: " في نطاق القرارات الإدارية تعني الملائمة، توافق القرار مع الظروف الخاصة التي دعت إلى إصداره والأوضاع السائدة وقت اتخاذه، والأخرى المختلفة، بإصداره في الوقت المناسبة وبالكيفية المطلوبة، وأن يكون ملائماً لمواجهة الحالة التي اتخذ من أجلها، وغير ذلك من الأمور"⁽²⁾.

فيوصف القرار بأنه ملائم لاتخاذه في الوقت وبالكيفية المناسبين لإصداره، أو لاتفاق القرار مع الظروف والأوضاع السائدة، ويوصف كذلك بالملائمة لتناسب الإجراء المتخذ مع سبب القرار.

ترتبط الملائمة ارتباطاً وثيقاً بالسلطة التقديرية للإدارة، حيث يرى الفقيه "رنييه" René « CHAPUS أن الإدارة وحدها تملك ممارسة حرية تقدير الملائمة⁽³⁾.

كان الموقف التقليدي للقضاء الإداري يقضي بأن السلطة التقديرية للإدارة في تحديد تناسب الظروف مع الإجراءات التي تتخذها، لا معقب قضائي عليها، فتقتصر رقابة القاضي الإداري على التحقق من قيام الأسباب من الناحية المادية، ومن صحة تكييفها، ولا يحق له التطرق إلى مدى تناسب هذه الأسباب مع الإجراء المتخذ.

(1) - بلاوى ياسين بلاوى، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 218

(2) - نقلا عن: سماح فارة، دور القاضي الإداري في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة العامة (دراسة مقارنة، فرنسا، مصر والجزائر)، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، السنة الجامعية 2014-2015، ص 64.

(3) - CHAPUS René, Droit administratif générale, T 2, 8^{ème} éd, MONTCHRETIEN, Paris, 1995, p 901.

غير أن تطورا هاما حصل في نطاق رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، حيث وضع مجلس الدولة الفرنسي قاعدة تقوم على ضرورة التزام الإدارة بمراعاة التناسب بين الوقائع والإجراءات المتخذة، تأسيسا على مبدأ التناسب الذي أصبح من المبادئ العامة للقانون.

أقر القضاء سلطته في الرقابة على وجود شرط التناسب، مع استحسان واسع للفقه لهذا الموقف الجديد، حيث قال مفوض الدولة "**BRAIBANT**": "إن هذه الرقابة القضائية التي بدأ يمارسها مجلس الدولة على الإدارة العامة، هدفها أن تفرض قدرا أدنى من المنطق وحسن التقدير على رجال الإدارة، فإذا كان في وسعهم أن يختاروا، فليس معنى ذلك أن يفعلوا ما يشاءون"⁽¹⁾.

تطبيقا للتطور الجديد، أخضع القضاء الإداري القرارات المتضمنة فرض الجزاءات الإدارية لرقابة الملائمة، حيث تمد رقابته من رقابة المشروعية التقليدية على صحة أركان القرار، لتشمل مدى تناسب الوقائع مع قرار الجزاء.

يضع القاضي الإداري في اعتباره جسامه الخطأ المرتكب من المتعاقد، فبالإضافة إلى الوجود المادي لأسباب الجزاء وتكييفها القانوني، يراقب أيضا مدى تناسب الجزاء مع خطورة الأسباب التي دعت إلى اتخاذ قرار الفسخ الجزائي، وذلك بأن يتأكد بأن المتعاقد مع الإدارة قد ارتكب أخطاء جسيمة تبرر توقيع جزاء الفسخ.

فإذا يتبن للقاضي أن خطأ المتعاقد مع الإدارة ليس جسيما بدرجة كافية لتبرير جزاء الفسخ، فإنه يستطيع على الأقل أن يعفيه من النتائج المالية المترتبة على هذا الفسخ⁽²⁾.

(1) - سماح فارة، دور القاضي الإداري في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة العامة، مرجع سابق، ص 72-73.

(2) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 145-146.

الفرع الثالث

محدودية سلطات قاضي العقد في مواجهة قرار فسخ الصفقة

بعد أن يفرض القاضي الإداري رقابته على قرار الفسخ الجزائي للصفقة من حيث المشروعية والملاءمة، فإنه يصل إما إلى سلامة القرار من أي شائبة وهنا لا يثور أي إشكال، أما إذا تبين أن هذا القرار غير مشروع، هنا يطرح التساؤل عن سلطات القاضي تجاه هذا القرار الغير مشروع، فهل يملك إلغاء القرار؟ وكيف يتم تحديد التعويض اللازم أدائه للمتعاقد؟

أولاً: قاعدة عدم جواز الحكم بإلغاء قرار الفسخ الجزائي للصفقة

إن الدعوى الموجهة ضد قرار الفسخ الجزائي للصفقة هي دعوى القضاء الكامل، وتقتضي القاعدة أن قاضي العقد في إطار هذه الدعوى يملك سلطات واسعة في مواجهة هذا القرار، إذ يمكنه إلغاء أو تعديل العمل الإداري الغير مشروع، ثم يمكنه بعد ذلك الحكم بإصلاح الضرر وذلك بالتعويض عن الأضرار التي قد تلحق المتعاقد⁽¹⁾، إلا أنه في حالة قرار الفسخ فإن القضاء الإداري قد استقر على مبدأ قضائي أساسي مفاده أن قاضي العقد في مجال الصفقات العمومية لا يستطيع إلغاء قرار الفسخ الصادر عن المصلحة المتعاقدة حتى وإن كان غير مشروع⁽²⁾.

أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا الموقف مرارا، وقد جاء في أحد قراراته: "إنه لا يحق لقاضي العقد أن يقضي بإلغاء القرار الصادر من جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها،

(1) - عوابدي عمار، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، ج 1، ط 2، د م ج، الجزائر،

1984، ص 92.

(2) - DE LAUBADERE André, GAUDMET Yves, Traité de droit administratif, Op.cit, p 399.

وأن عدم المشروعية المنسوبة إلى هذا القرار لا يمكن بأي حال أن تنشئ لصاحب الشأن، إلا الحق في التعويض عن الضرر الذي أحدثه هذا القرار".

كما قرر في مناسبة أخرى: "أن قاضي المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لا يملك سلطة إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة صاحبة العمل في مواجهة المقاول، وإنما يحق له فقط أن يبحث عما إذا كانت هذه التدابير قد صدرت في ظروف من شأنها أن تنشأ لصالح المقاول الحق في التعويض المستحق عن هذا الإنهاء"⁽¹⁾.

بالنتيجة، فإنه طبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإن القاعدة العامة هي أن قاضي العقد يملك سلطة الحكم بالتعويض للمتعاقد، دون سلطة الحكم بالإلغاء لقرارات الإدارة بالفسخ الجزائي للعقود الإدارية المختلفة، مما دفع البعض من الفقه إلى القول بأن هذه القاعدة تمثل المبدأ العام للعقود الإدارية⁽²⁾.

فلا يقبل من المتعاقد مع الإدارة أن يطلب من القاضي إلغاء قرار إنهاء العقد، ويرجع السبب في ذلك، كون القضاء الإداري الفرنسي لا يعبر قرار الفسخ قرار منفصلا عن العقد بالنسبة للمتعاقد، وبالتالي لا تكون دعوى الإلغاء متاحة أمام المتعامل المتعاقد، كما أنه تقليديا جرى العمل على أنه في نطاق القضاء التعاقدية يتم حل كل المنازعات المتعلقة به عادة في صورة تعويضات، بالتالي فإنه يمكن لقاضي العقد أن يقدر التعويض المستحق للمتعاقد عن قرار فسخ عقده، دون أن يستطيع أن يلغي هذا القرار.

إن المتأمل لموقف القضاء الفرنسي، بنظرة تقييمية غير مسلمة بكل ما يقره القضاء، يلاحظ ولا شك عدم تطابق هذا الموقف مع المبادئ العامة للقضاء الإداري والقواعد التي تحكم الدعاوى الإدارية وسلطة القاضي في كل منها.

(1) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 146-148.

(2) - CHAPUS René, Droit du contentieux administratif, MONTCHRETIEN, Paris, 1982, p 398.

بل إن هذا الموقف القاضي بعدم منح صلاحية إلغاء قرار الفسخ غير المشروع، يحمل تناقضا واضحا، فمن جهة حرم المتعاقد مع الإدارة من إمكانية اللجوء إلى دعوى الإلغاء بحجة أن المتعاقد يملك طريق طعن آخر يضمن له نفس النتائج التي تحققها دعوى الإلغاء، حيث يفترض أن دعوى القضاء الكامل أشمل من دعوى الإلغاء، إذ يملك فيها القاضي سلطتي فحص القرار وتقدير مدى مشروعيته أولا ثم سلطة إلغاء القرار غير المشروع ثانيا، وفضلا عن هاتين سلطتين يملك سلطة ثالثة لتحديد التعويض المناسب والزام الإدارة بدفعه.

إذن فإن مجلس الدولة الفرنسي أبقى للمتعاقد مع الإدارة طريقا واحدا هو طريق القضاء الكامل، لكنه أفرغ دور القاضي فيه من فعاليته بتجريدته من سلطة هامة جدا هي سلطة إلغاء القرار غير المشروع.

يزيد من غرابة موقف القضاء الفرنسي، ما ذهب إليه من إقرار استثناء للقاعدة العامة التي تقضي بعدم تمكين القاضي الإداري من إلغاء قرار الفسخ في العقود الإدارية، إذ يملك قاضي العقد استثناء سلطة الحكم بإلغاء قرار الإدارة غير المشروع بالنسبة لبعض العقود دون غيرها، هذا الاستثناء لم يأتي به التشريع إذ لم يرد النص عليه في القوانين واللوائح، إنما أسس له القضاء الإداري في فرنسا، ويتعلق بعقود التزام المرافق العامة، ففي هذا النوع من العقود الإدارية يجوز للقاضي أن يحكم بإلغاء قرار الإدارة بإنهاء العقد سواء كان فسخ جزائيا أو لدواعي المصلحة العامة بالنسبة لعقود التزام المرافق العامة.

يأخذ الإنهاء الإداري لهذه العقود صورة إسقاط الالتزام أو استرداده، وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن قاضي العقد يملك سلطة إلغاء قرار الإدارة من خلال إسقاط استرداد التزام المرفق العام في حالة عدم مشروعية هذا القرار⁽¹⁾، حدد مجلس الدولة الفرنسي هذه السلطة في مجال عقود الالتزام، في نطاق القرارات التي تنهي العقد بين الإدارة مانحة

(1) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 763.

الالتزام والمتعاقد معها فقط، فلا تشمل القرارات التي تتخذها الإدارة العامة والمتعلقة بالعقد نفسه.

من خلال بعض قرارات مجلس الدولة الفرنسي، ذكر الفقه التبريرات أو الحجج التي أقام على أساسها الاعتراف بهذه السلطة في هذه النوع من العقود تدور كلها في ثلاث حجج:

- قيمة المبالغ المالية التي ينفقها المتعاقد مع الإدارة في تجهيز وإعداد المرفق المتعاقد بشأنه، حيث أن هذه الأموال يتم استهلاكها خلال مدة طويلة، لذا يجب أن يملك حقوقا أكثر ثباتا وضمانا بعدم التعدي عليها من قبل الإدارة بقرارات غير مشروعة⁽¹⁾.

- يخول عقد الالتزام للملتزم (المتعاقد مع الإدارة)، سلطات خاصة فيما يتعلق بالمرفق العام تجعله جديرا بالرعاية⁽²⁾.

- في حالة عقود الأشغال العامة تكون الإدارة المتعاقدة هي صاحبة المشروع، وبالتالي لا يمكن لقاضي العقد أن يلغي قرارات الإدارة بشأن هذه الأشغال حتى في حالة عدم مشروعيتها.

أما في حالة عقود الامتياز فيمكن الإقرار بسلطة قاضي العقد في إلغاء قرار استرداد التزام المرافق الغير مشروع، لاسيما أن الملتزم يقوم باستثمار مبالغ هامة لتسيير المرفق، وأن تنفيذ العقد يستمر لمدة طويلة⁽³⁾.

الواقع أن هاته الحجج غير كافية للتدليل والقول بصحة موقف القضاء الفرنسي، فهما تقومان على اعتبارات واهية تجاوزها الزمن، فنظرا للتطور الذي عرفته عقود الأشغال العامة

(1) - توركان ابراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 150-151.

(2) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 532-533.

(3) - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص 414.

وعقود الصفقات العمومية فقد زالت الفروق بينها وبين عقود التزام المرافق العامة، من حيث قيمة الأموال المستثمرة فيها.

يرى الأستاذ "الطماوي سليمان" أن الاعتبارات التي أودها مجلس الدولة الفرنسي قد تصدق على المفاول في الأشغال العامة، "فمن يتقدم لإنشاء كوبري على النيل، أو سد ضخم أو توليد الكهرباء من سد مقام... إلخ لا يقل من حيث درجة الاتصال بالمرافق العامة والصالح العام، عن ملتزم توريد المياه أو النور أو تسيير عدد من سيارات الأوتوبيس"⁽¹⁾.

لذلك يمكن القول أن موقف مجلس الدولة الفرنسي هو موقف مرتبط بمرحلة وبظروف معينة، تجاوزها الزمن، ورغم ذلك تمسك القضاء الإداري في أغلب الدول العربية بهذا الموقف وجعل قاعدة عدم امتلاك قاضي العقد سلطة إلغاء قرار الفسخ غير المشروع إلا في عقود الالتزام، قاعدة ثابتة لا يحيد عنها. فجعل من فسخ الصفقة قرار محصن غير قابل للإلغاء تتحصر سلطة قاضي العقد في الحكم بالتعويض عنه.

ثانيا - سلطة تقدير التعويض في حالة الفسخ الجزائي:

إذا كان قرار المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة مشروعا، وطالبت بالتعويض عن الضرر الذي لحقها، هنا ينظر قاضي العقد في طلب المصلحة المتعاقدة للتعويض، وله سلطة كاملة لتقديره، فيحكم للمصلحة المتعاقدة بالمبلغ الذي تطلبه أو يرده إلى حد معقول.

وكما تم الإشارة إليه عند التطرق لآثار الفسخ، فإنه في حالة فسخ الصفقة لخطأ المتعاقد فإن المصلحة المتعاقدة تستحق تعويضا عما لحقها من أضرار نتيجة خطأ المتعاقد ومن ضمن هذه الأضرار التكاليف التي تتحملها نتيجة إبرام صفقة جديدة.

(1) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 533.

تطرق مجلس الدولة الجزائري لمسألة التعويض عن الأضرار التي لحقت المصلحة المتعاقد جراء فسخ قانوني ومشروع للصفقة لخطأ المتعامل المتعاقد في قراره الصادر في 2019/05/02، بخصوص قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية (باتنة) ضد السيد (ل ف) (1).

وتتلخص وقائع القضية في أن الطرفين أبرما صفقة تتضمن إنجاز 15 مسكن اجتماعي إيجاري في أجل 12 شهر بمبلغ 75,30.820.066 د ج، غير أن المتعامل المتعاقد لم ينطلق في الإنجاز رغم استلامه للأمر بالخدمة، وبعد إعذاره مرتين، فسخت الصفقة على مسؤوليته، وأبرمت صفقة جديد ببلغ يفوق الصفقة الأولى، وتم إعداد الكشف الإجمالي النهائي.

فقضى المجلس في قراره المذكور بإلزام المتعامل المتعاقد بدفع المبلغ المساوي للفارق بين تكلفة إنجاز الصفقتين، ورفض باقي المبالغ على أساس مبدأ عدم الجمع بين تعويضين. وكان على المجلس، أن يراعي حقيقة أن المصلحة المتعاقدة لحقتها أضرار مختلفة جراء خطأ المتعاقد، فتأخر انطلاق الأشغال من تاريخ 2013/06/13 تاريخ تسلم أمر الخدمة إلى 2015/09/23، وكذا إبرام صفقة جديدة، سبب أضرار بسبب تعطيل سير المرفق وزيادة أعباء المشروع، فلا مجال للحديث عن الجمع بين تعويضين لتعدد الأضرار. أما في الحالة العكسية حيث يكون قرار الفسخ الجزائي غير مشروع، هنا تثار مسألة استحقاق المتعامل المتعاقد للتعويض.

ميز القضاء الإداري بين ما إذا كان قرار الفسخ غير مشروع من حيث الشكل وله ما يبرره من حيث الموضوع، في هذه الحالة لا يقوم المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة

(1) - قرار رقم 142279، صادر بتاريخ 2019/05/02، عن مجلس الدولة الجزائري، في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية باتنة ضد "ل ف" (قرار غير منشور)

تجاه المتعاقد معها، ولكن يعفي المتعاقد من النتائج الباهظة المترتبة عن فسخ العقد، أي أن قاضي العقد في هذه الحالة يحكم بإعفاء المتعاقد المفسوخ عقده من النتائج التي كان سيتكبدتها فيما لو لم يصدر حكمه بذلك، أما إذا لم يقر الفسخ على أسباب مبررة له، ففي هذه الحالة فضلا عن إعفاء المتعاقد من نتائج الفسخ الباهظة، فإن للقاضي أن يمنحه تعويضا كاملا يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب⁽¹⁾.

بتقييم دور قاضي العقد في الرقابة على منازعات فسخ الصفقة، يلاحظ محدودية فعالية هذه الرقابة إذا انصبت على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة وهي الطريقة الغالبة للفسخ، إذ فضل القضاء الإداري تقليص دوره في الرقابة على قرار الفسخ في حالة الصفقات على خلاف غيرها من العقود الإدارية وبالتحديد عقد التزام المرفق العامة (الامتياز).

إذ يكفي في مجال الصفقات بمنح المتعاقد التعويض عن قرار الفسخ الغير مشروع، دون أن يحكم بإلغائه، رغم أن الإلغاء هو الجزء الأصلي للامشروعية، وعلى خلاف ذلك، فإنه إذا تعلق الأمر بعقد امتياز فإن قاضي العقد يحكم بإلغاء قرار الفسخ الغير مشروع، ويرجع أصل هذا التمييز إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي برر موقفه بحجج ظرفية تجاوزها الزمن.

الواقع أن هذا التبرير غير مقبول في الوقت الحالي، فالمبالغ التي يستثمرها المتعامل في إنجاز الصفقة لا تقل أهمية عن مبالغ تسيير مرفق عام، فقد حدد السعر الأدنى لصفقة الأشغال والتوريد بـ: ثمانية ملايين دينار، أربعة ملايين بالنسبة لصفقات الخدمات والدراسات، من جهة أخرى فإن مدة إنجاز الصفقات ليست بالمدة القصيرة، لاسيما عندما يتعلق موضوع الصفقة بإنجاز المشاريع الضخمة.

(1) - باخبيرة سعيد عبد الرزاق، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 352-353.

المبحث الثاني

منازعات الفسخ غير الجزائي للصفقة العمومية

يعد الفسخ الجزائي للصفقات العمومية من أهم صور إنهاء الصفقة شيوعاً من الناحية العملية، وأكثرها إثارة للمنازعات بين طرفي الصفقة، إلا أنه لا يمثل كل حالات إنهاء الصفقة، إذ توجد صور متعددة للفسخ في مجال الصفقات العمومية.

يمكن للمصلحة المتعاقدة فسخ صفقاتها بالإرادة المنفردة، لكن ليس كجاء لخطأ المتعامل المتعاقد معها، وإنما مراعاة لمتطلبات المصلحة العامة، ويعبر عن الفسخ في هذه الحالة، بالإنهاء الانفرادي للصفقة بدون خطأ، أو الفسخ لدواعي المصلحة العامة (المطلب الأول).

وإذا كان كل الفسخ الجزائي والفسخ لدواعي المصلحة العامة يشتركان في أنهما يتمان بموجب إجراء انفرادي من المصلحة المتعاقدة، فإنه توجد عدة صور للفسخ غير الانفرادي للصفقة (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

فسخ الصفقة من جانب المصلحة المتعاقدة لدواعي المصلحة العامة

تتمتع المصلحة المتعاقدة بامتياز هام في صفقاتها، يتمثل في قدرتها على إنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة قبل إتمام الصفقة، ودون صدور خطأ من جانب المتعامل المتعاقد، إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك، وقد أقر الفقه والقضاء الإداري بهذا الامتياز، تمارسه المصلحة المتعاقدة حتى لو لم يتم النص عليه في الصفقة.

نظراً لخطورة هذا الامتياز، لابد من تحديد مفهومه (الفرع الأول)، وكذا ضوابط ممارسته

(الفرع الثاني)، للوصول إلى تحديد الرقابة القضائية التي يمكن فرضها عليه (الفرع الثالث)

الفرع الأول

مفهوم الفسخ لدواعي المصلحة العامة

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة إنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة ودون خطأ المتعامل، إذ تبرم الصفقات العمومية لتحقيق مصلحة عامة وقد يحدث أن تتطلب المصلحة العامة نفسها فسخ الصفقة⁽¹⁾.

أولاً: تعريف الفسخ لدواعي المصلحة العامة

يمكن تعريف الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة بأنه: "قيام الإدارة بوضع نهاية للعلاقة التعاقدية القائمة بينها وبين المتعاقد معها قبل انقضاء الأجل المحدد للتنفيذ"، أو أنه: "حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون أي خطأ من جانب المتعاقد معها، ولا يلزم النص على هذا الحق في العقد، كما يقع باطلا تنازل الإدارة عنه، وللمتعاقد في هذه الحالة الحق في التعويض الكامل عن ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة بسبب إنهاء العقد"⁽²⁾.

كما يمكن تعريفه بأنه: "تمتع الإدارة بامتياز مهم في ما يتعلق بعقودها وهو قدرتها على إنهاء العقد الإداري، بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد، ودون صدور خطأ من جانب المتعاقد، وغالبا ما تتضمن الإدارة في عقودها هذا الشرط، أو قد تنص عليه دفاتر شروط العامة أو الخاصة، ويعتبر هذا الشرط من أهم الشروط الاستثنائية غير المألوفة

(1) - LAURENT Richer, Droit des contrats administratifs, op. cit, p 212.

(2) - عبد الوهاب محمد، "الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة العلوم الاجتماعية والقانونية، العدد 09، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018، ص 533.

في عقود القانون الخاص وتخرج عن قواعده، كما أنها سلطة قائمة بذاتها ولا تحتاج للنص عليها".

ويعتبر الإنهاء الانفرادي، من أهم مظاهر سلطة الإدارة في العقود الإدارية بشكل عام والصفقات العمومية بشكل خاص⁽¹⁾.

ثانيا - الأساس القانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة في الإنهاء الانفرادي للصفقة:

انقسم الفقه الإداري بشأن الأساس الذي يستند عليه لتبرير منح سلطة إنهاء العقد للإداري دون خطأ من جانب المتعاقد مع الإدارة.

1 - فكرة الصالح العام:

ذهب مؤيدو هذا الفريق الفقهي، إلى أن سلطة الإنهاء بالإرادة المنفردة للعقود الإدارية تعتمد أساسا على ضرورات الصالح العام ومقتضيات حسن سير العمل بالمرافق العامة وانتظامه⁽²⁾.

فيرون أن مصلحة المرفق العام الذي يركز عليه العقد هي التي تبرر إنهاء العقد الذي يصبح غير مفيد للمرفق العام أو غير ملائم لاحتياجات المرفق أو يشكل عبئا ثقيلا عليه⁽³⁾.

يعد الأستاذ "بيكينو" *Péquignot* « من أشهر القائلين بهذا الرأي، حيث يرى أن للإدارة الحق في فسخ عقودها إذا اقتضى ذلك الصالح العام، لأنه من غير المقبول أن يصبح العقد حائلا بين الإدارة وبين تحقيق أهدافها وتأمين المصلحة العامة⁽⁴⁾.

¹ - عبد الوهاب محمد، "الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة، ص .

⁽²⁾ - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 750.

⁽³⁾ - حذيفة عادل عبد الكريم منصور، إنهاء العقد الإداري...، مرجع سابق، ص 22.

⁽⁴⁾ - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 98.

اعتمد القضاء الإداري على أساس الصالح العام في العديد من أحكامه، منها الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 2001/05/15 الذي جاء فيه: "للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان، حتى لو لم يرتب المتعاقد معها أي خطأ إذا قدرت أن هذا الإنهاء يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية"⁽¹⁾.

2 - فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام

يقصد بالسلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإنهاء الانفرادي هو أن تطبق المصلحة المتعاقدة قواعد قانونية خاصة وتمتيزة تختلف عن تلك المطبقة على الأفراد الذين يرغبون في التعاقد معها هذا من جهة، وأن تتمتع المصلحة المتعاقدة بامتيازات معينة مقارنة بما هو عليه الحال بالنسبة للأفراد، من جهة أخرى.

وتشمل السلطة العامة كل نشاط إداري تمارسه الإدارة مع استعمالها لوسائل القانون العام غير المألوفة في القانون الخاص، ففكرة السلطة العامة ملازمة للقانون العام، فهي بهذا المعنى لا تكتمل كنشاط إلا باستعمال وسائل القانون العام.

يرى الفقيه الفرنسي **ديفولفي «Delvolve»** وهو من أبرز أنصار هذا الاتجاه، أن الإدارة المتعاقدة تملك دائما حصانات وامتيازات سلطوية لا يمكنها أن تتنازل عنها أو أن تتصرف فيها تعاقديا، إلا بمقتضى نص اتفاقي في العقد، ذلك أنها عندما تبرم عقدا بقصد استغلال أو تسيير مرفق عام، فإنها تحتفظ دائما بكل المسؤولية والسلطة الأساسية المقابلة لها في تنظيم وتسيير هذا المرفق العام، وبذلك فإن العقد لا يمكن أن يفقدها السيطرة والسيادة على المرفق العام⁽²⁾.

(1) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 100.

² - حذيفة عادل عبد الكريم منصور، إنهاء العقد الإداري...، مرجع سابق، ص 29.

3- فكرة السلطة العامة واحتياجات المرفق العام

يقود هذا الاتجاه الفقيه "دي لوبادير"، حيث يرى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد قبل أوانه، لا يمكن أن تكون سوى مظهر من مظاهر سلطتها العامة في إدخال بعض التعديلات على الشروط التعاقدية خلال تنفيذه، لأن ذلك يؤدي إلى تغيير الشرط الخاص بمدة العقد. ويضيف أن للإدارة أن تنهي العقود التي أصبحت غير صالحة أو غير متلائمة لحاجيات المجموعة مع تعويض المتعاقد معها. فعلى الرغم من الشروط الاتفاقية، إلا أن الإدارة المتعاقدة غير مجبرة على أن تواصل قبول خدمات أو أعمال غير صالحة أو غير مفيدة⁽¹⁾.

فسلطة إنهاء الإدارة لعقودها من جانب واحد تقوم على أساس مزدوج يستند إلى الصالح العام واحتياجات المرافق العامة من جهة، على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام، من جهة أخرى.

أخذ مجلس الشورى اللبناني بهذا الاتجاه في قراره رقم 418 الصادر بتاريخ 2004/02/24 الذي جاء فيه: "...من المسلم به أن الإدارة تتمتع في نطاق العقود الإدارية بامتيازات وسلطات في مواجهة المتعاقد معها لا مثيل لها في القانون الخاص، كحقها في الرقابة على المتعاقد أثناء التنفيذ وفي تعديل العقد، وتوقيع الجزاءات، وحقها في إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد إذا رأت أن مقتضيات المصلحة العامة توجب ذلك، وهذه الامتيازات مقررّة انطلاقاً من صلة العقود الإدارية بتسيير المرافق العامة"⁽²⁾.

لم يشر المنظم الجزائري إلى فكرة الإنهاء الإداري للصفقة العمومية دون خطأ المتعامل المتعاقد في جميع تنظيمات الصفقات العمومية السابقة للمرسوم الرئاسي 247/15، إلا أن هذا المرسوم الأخير نص على الإنهاء الانفرادي للصفقة للمصلحة العامة، كنوع من أنواع

(1) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 750-751.

(2) - حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، ص 32.

الفسخ، لكن دون أي تفصيل، إذ تنص المادة 150 منه: "يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبرراً بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد".

يبدو من خلال نص المادة أن المنظم تأثر بمعيار الصالح العام، وبذلك على المصلحة المتعاقدة أن تراعي بأن فسخ صفقاتها دون خطأ من المتعامل المتعاقد، لا يتم إلا إذا اقتضاه الصالح العام، فلا تفسخ سوى الصفقة التي أصبحت لا تحقق المصلحة العامة.

الفرع الثاني:

شروط ممارسة سلطة الفسخ لدواعي المصلحة العامة

يمكن إعمال سلطة الفسخ الانفرادي بدون خطأ، في كل أنواع الصفقات العمومية وإن لم يتم النص عليها في بنود العقد، غير أنها ليست سلطة مطلقة تمارسها المصلحة المتعاقدة كما تشاء⁽¹⁾، إنما هي سلطة منحت لها من أجل تحقيق غاية معينة (المصلحة العامة)، وبالتالي يكون استعمالها تعسفياً وغير مشروع كلما حادت عن هذه الغاية.

تخضع المصلحة المتعاقدة عند ممارسة سلطة إنهاء الصفقة دون خطأ المتعامل لرقابة القاضي الإداري الذي يتحقق من صحة قرار الإنهاء من زاويتين، هما أن يكون إنهاء الصفقة مما تقتضيه المصلحة العامة وأن يصدر قرار الإنهاء في حدود الأطر العامة للمشروعية.

أولاً - أن يكون الإنهاء مما تقتضيه المصلحة العامة:

اتفق الفقه والقضاء على ضرورة قيام سبب من الأسباب التي تتعلق بالصالح العام أو صالح المرفق حتى تتمكن الإدارة المتعاقدة من ممارسة سلطة الإنهاء الانفرادي⁽²⁾، فأساس سلطة الإنهاء الانفرادي في هذه الحالة هو مراعاة مبدأ الملائمة والتكيف الذي تخضع له

(1) - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص 404.

(2) - محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، دار الثقافة، عمان، 2002، ص 70.

المرفق العامة⁽¹⁾، بالتالي يكون استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطة الإنهاء تعسفيا كلما كانت الأسباب غريبة عن المصلحة العامة.

قضت محكمة القضاء الإداري في مصر، بهذا الشأن أنه: "...لكي يكون قرار الإنهاء محققا للمصلحة العامة يجب أن يكون بعيدا عن الأسباب الشخصية، كالعداء الشخصي للمتعاقد مع الإدارة أو لأسباب دينية أو سياسية أو لاعتبارات تتعلق بالمصلحة المالية للإدارة، كالحصول على زيادة في مورد مالي تتقاضاه الدولة دون أن يكون هناك مصلحة عامة كإلغاء عقود ايجار المحل المؤجر رغبة في زيادة بدلات الإيجار أو استرداد الالتزام لغرض مالي...".

تتعدد حالات الإنهاء الانفرادي التي يتحقق فيها شرط الصالح العام بحيث لا يمكن حصرها إلا أنه بالرجوع إلى أحكام القضاء الإداري يمكن تحديد أهم هذه الحالات:

1- زوال حاجيات المرفق العام التي يهدف العقد لإشباعها:

فيصبح العقد الإداري بذلك غير صالح للنفع العام⁽²⁾، كفسخ عقد إصلاح وتحسين منشآت توصيل المياه في إحدى المدن لانقضاء احتياجات المدينة لهذا الإصلاح بسبب انضمامها إلى مشروع عام لتوصيل المياه وصيرورة الأشغال المنصوص عليها في العقد غير مفيدة⁽³⁾.

أو كإنهاء عقد نقل للبضائع من دولة إلى أخرى، بسبب اتفاق أبرم بين الدولتين على وقف استيراد هذه البضائع.

(1) - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 103.

(2) - KOB TAN Mohamed, Les marchés de l'opérateur public ou la réforme du droit des marchés publics, OPUA, 1982, p 36.

(3) - الطماوي سليمان، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 751.

كما يعطي وقف الحرب، للإدارة حق إنهاء العقود التوريد المتعلقة بالمجهود الحربي، لتوفر شرط المصلحة العامة المتمثل في عدم فائدة استمرار هذه العقود نتيجة وقف القتال⁽¹⁾.

2- إنهاء العقد لزوال أو تعديل أو تحديث المرفق:

تتناسب أركان المرفق العام، من عناصر بشرية ومعدات ومنشآت وأدوات، مع التطورات الحديثة التي تريد المصلحة المتعاقدة القيام بها، فتقوم بإعادة تنظيم المرفق من جديد وتنتهي نتيجة لذلك العقود المتعلقة به، كإنهاء الإدارة عقود بعض العاملين في مستشفى حكومي لإعادة تنظيمه وتزويده بالوسائل والأجهزة الطبية الحديثة التي تحتاج إلى عاملين جدد ذوي مهارات فنية خاصة⁽²⁾.

3- إنهاء الصفقة لأسباب ذات طابع فني بحت:

اتجه مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه للاعتراف بسلطة الإدارة في إنهاء عقودها من جانب واحد لأسباب ذات طبيعة فنية خالصة بوصفها حالة خاصة ومستقلة من دواعي المصلحة العامة التي يمكن للمصلحة المتعاقدة الاستناد إليها في الإنهاء المبكر للعقد، كإنهاء عقد الأشغال العامة بسبب صعوبات فنية واجهت تنفيذ الأشغال محل الصفقة⁽³⁾.

4- إنهاء العقد لارتفاع كلفة المشروع المتعاقد على إنجازه ارتفاعا غير متوقع، أو عدم الحصول على الأهداف المتوخاة من إتمامه:

اعترف مجلس الدولة الفرنسي للإدارة المتعاقدة بسلطة إنهاء العقود بسبب تغير الظروف الاقتصادية، لتخفيف العبء على الخزنة العامة للدولة وحمايتها.

(1) - حذيفة عادل عبد الكريم منصور، إنهاء العقد الإداري...، مرجع سابق، ص 50.

(2) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 108-109.

(3) - المرجع نفسه، ص 110.

5- حدوث تغير في سياسة الحكومة يجعلها تسلم بأن العقد أصبح غير ضروري للمصلحة الوطنية⁽¹⁾.

ثانيا: أن يحقق قرار الإنهاء جميع شروط المشروعية

تعد سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة بالإرادة المنفردة سلطة تقديرية، إلا أنها ليست سلطة مطلقة تلجأ إليها كيفما شاءت، فيجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة⁽²⁾.

أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر، أن من حق جهة الإدارة إنهاء العقود الإدارية التي تبرمها بشرط أن يتوفر في قرار الإنهاء جميع الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على السلطة التقديرية، أي ألا يكون القرار مشوبا بالانحراف في السلطة⁽³⁾.

يجب أن يستوفي قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة دون خطأ المتعامل شروط المشروعية، فيتعين صدوره عن الجهة المختصة، وكقاعدة عامة فإن السلطة المختصة بإنهاء الصفقة هي ذاتها السلطة المختصة بإبرامها ما لم ينص القانون على تحديد سلطة أخرى ينعقد لها الاختصاص بإنهاء الصفقة، فإذا صدر قرار الفسخ من جهة غير المصلحة المتعاقدة أو غير الجهة التي حددها القانون، يكون قرارا معيبا بعيب عدم الاختصاص، ما يجعله قرارا غير مشروع⁽⁴⁾.

يجب ألا يكون قرار الإنهاء مخالفا للإجراءات المنصوص عليها في بنود الصفقة، فإذا اتفق الطرفان على إجراءات معينة يجب أن يستوفي قرار الإنهاء هذه الإجراءات، كما يجب

(1) - محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 72-73.

(2) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 751.

(3) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 106.

(4) - محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 74-75.

على المصلحة المتعاقدة ألا تتحرف في استعمال سلطة إنهاء الصفقة، بإصدارها قرار الإنهاء لباعث لا يتعلق بالمصلحة العامة أو لتحقيق غاية غريبة عن الغاية التي أرادها القانون⁽¹⁾.

غير أن قرار الإنهاء الانفرادي للصفقة يثير بعض المسائل المتعلقة بنفاذه، والتي عالجها القضاء الإداري الفرنسي:

1- لا يخضع قرار المصلحة المتعاقدة بإنهاء الصفقة لتصديق الوصاية

ذهب مجلس الدولة الفرنسي، في بداية الأمر أنه طبقاً لمبدأ توازي الأشكال، إذا كان تصديق السلطة الوصية واجباً عند إبرام العقد، فإن تصديق هذه السلطة يكون أيضاً واجباً عند إنهاء هذا العقد، حتى في حالة غياب نص في العقد أو القانون يستلزم ذلك.

لكن المجلس غير موقفه بعد ذلك، حيث قرر أن قيام الإدارة بفسخ العقد لا يخضع بالضرورة لتصديق سلطة الوصاية، حتى لو تطلب إبرام العقد تدخل هذه السلطة.

2- لا يجوز أن يكون قرار الإدارة بإنهاء الصفقة ذا أثر رجعي

القاعدة العامة في تنفيذ القرارات هي عدم رجعية القرارات الإدارية، وأن القرار الصادر بأثر رجعي يعتبر قرار غير مشروع، فهو معيب بعيب عدم الاختصاص الزمني، ويشكل تجاوزاً في السلطة.

فلا يمكن لقرار المصلحة المتعاقدة بإنهاء الصفقة أن يسري بأثر رجعي، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه: "إن قرار الإدارة بإنهاء العقد يسري ابتداءً من تاريخ إبلاغه إلى المتعاقد، وليس من تاريخ سابق على هذا الإبلاغ"⁽²⁾.

(1) - المرجع نفسه، ص 75-77.

(2) - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص 125.

3- المصلحة المتعاقدة غير ملزمة بتسبب قرارها بإنهاء الصفقة:

يختلف تسبب القرار الإداري عن سببه، فالتسبب هو قيام المصلحة المتعاقدة بتبيان أو ذكر السبب الذي دفعها لإصدار القرار، أما السبب فهو مسألة تثار قبل صدور القرار، فهو الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع الإدارة إلى اتخاذ القرار.

أصبحت الإدارة في فرنسا ملزمة بتسبب قراراتها الإدارية، وذلك بعد صدور قانون 11 جويلية 1989، لكن الرأي الراجح في القفه والقضاء الفرنسي أن قرار الإدارة بإنهاء الفردي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة وعلى عكس قرار الفسخ الجزائي للعقود الإدارية، لا يسري عليه القانون السابق، بالتالي فإن هذه القرار ليس واجب التسبب من جانب الإدارة، ذلك لأن ليس له طابعا جزائيا، ولا يلزم بالتالي أن يكون مسببا⁽¹⁾.

لا يشير تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر إلى إلزامية تسبب قرار الإنهاء الانفرادي للصفقة، لذلك لا يوجد من الناحية القانونية ما يلزم المصلحة المتعاقدة بتسبب قرار الفسخ، فالمادة 150 من المرسوم الرئاسي 247/15 تشير إلى سبب القرار الذي لا يجب عن أن يخرج عن تحقيق المصلحة العامة، لا إلى تسببيه.

الفرع الثالث

الرقابة القضائية على قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة

تمتاز سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة بأهمية وخطورة على السواء، فيجب أن تكون المصلحة العامة دائما هي الباعث لاتخاذ هذا القرار، وإذا كان أمر الإنهاء متروك لسلطة المصلحة المتعاقدة، فإنها تخضع دائما لرقابة القضاء الذي يضمن عدم تعسفها وخروجها عن مقاصد منحها هذا الامتياز.

(1) - توركان ابراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 118-119.

أولاً - مضمون الرقابة القضائية على قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة

يتأكد القاضي العقد عند ممارسة رقابته على قرار الفسخ الانفرادي دون خطأ المتعامل من توفر إحدى هذه الأسباب أو أي سبب آخر يتصل مباشرة بدواعي المصلحة العامة وتلبية احتياجات المرفق العام، فإذا توصل إلى أن السبب الذي استندت إليه المصلحة المتعاقدة لفسخ الصفقة لا يتعلق بالصالح العام أو المرفق العام، فإنه يحكم بعدم مشروعية قرار الفسخ.

استقر القضاء الإداري على وجود حالات لا يتوفر فيها عنصر المصلحة العامة، وهي على سبيل المثال لا الحصر:

أ- الأسباب ذات الطابع الشخصي:

فلا يجوز للمصلحة المتعاقدة ممارسة سلطتها في الإنهاء الانفرادي لصفقاتها من أجل بواعث أو أسباب شخصية صرفة لا تمت بصلة للمصلحة العامة، كالعداء الشخصي للمتعاقد، إذ لا يصوغ للمصلحة المتعاقدة أن تنتهي الصفقة من أجل إبعاد المتعاقد الذي لا يطيب لها على الرغم من عدم ارتكابه لأي تقصير في تنفيذ الصفقة.

ب- الإلغاء لأسباب تتعلق بحرية المعتقد الديني:

حيث لا يجوز للإدارة إنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة لأسباب تتعلق بممارسة العقائد الدينية، كإنهاء الصفقة بسبب اعتناق المتعامل المتعاقد عقيدة دينية معينة.

ج- الإنهاء لأسباب ذات طابع سياسي أو لانتماء نقابي:

قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار الإدارة بفصل العمال المتعاقدين، وذلك لاستناد هذه القرارات إلى أسباب ذات طابع سياسي، أو إلى النشاط النقابي للعمال⁽¹⁾.

(1) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 11-112.

د - إنهاء الصفقة لأسباب ذات طابع مالي

تعد حالة إنهاء العقود الإدارية لمصلحة مالية أي لأسباب ذات طابع مالي، من أكثر الحالات التي أثارت جدلاً فقهيًا، حول ما إذا كانت تصلح كسبب لإنهاء الصفقة أم لا.

يرى جانب من الفقه في فرنسا أنه يجوز للمصلحة المتعاقدة إنهاء الصفقة بإرادتها المنفردة لأسباب مالية تتعلق بها، مثل تحقيق مصلحة مالية، يقول الفقيه الفرنسي "جيز" «JEZE» بأنه يحق للمصلحة المتعاقدة أن تنتهي الأشغال موضوع عقد الأشغال العامة في أي وقت، سواء أثناء تنفيذها أو حتى قبل التنفيذ، وهو حق مطلق حيث تستطيع الإدارة أن تنتازل عن تنفيذ الأشغال، سواء لأنها تقدر أن العمل متعذر تحقيقه أو لأنه أصبح غير مفيد لها، أو لتحقيق أسباب مالية، فلا فرق بين هذه المبررات، فالإدارة ليس في حاجة لإعطاء أسباب غير مالية.

بالمقابل، يرى غالبية الفقه الفرنسي والمصري، أنه لا يجوز للإدارة إنهاء عقودها الإدارية بدون خطأ من المتعاقدة معها لمجرد تحقيق مصلحة مالية للإدارة.

يؤيد القضاء الإداري هذا الاتجاه، فقد قرر في عدة أحكام أن قرار فسخ العقد الإداري لأسباب مالية هو قرار غير مشروع، حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه لا يجوز للإدارة المتعاقدة إنهاء العقد لمجرد رغبتها في طرح محله في مزيدة جديدة للحصول على عرض أعلى من العرض القديم، لأن هذا فضلا عما فيه من إهدار للثقة في معاملاتها، لا يصلح في ذاته سببا مشروعًا يبرر لها المساس بمصالح الأفراد حقوقهم المكتسبة⁽¹⁾.

(1) - قرار أشار إليه خليفة عبد العزيز، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 136-137.

لم يوضح المنظم من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 موقفه من جواز فسخ الصفقة لأسباب مالية، فالأمر متروك لسلطة القاضي الإداري، والأرجح أنه على قاضي العقد إذا عرضت عليه مسألة مماثلة أن يوازن بين المصلحة العامة، التي تقتضي حماية المال العام، ومصلحة المتعامل المتعاقد حسن النية.

فإذا كانت المصلحة المالية المنتظرة من إنهاء الصفقة، محققة الوقوع ومقدارها معتبر، هنا لابد من تغليب المصلحة العامة للاستمرار في إنجاز أشغال أو دراسات مكلفة في حين يمكن تقليصها أو إنجازها على نحو مغاير أقل تكلفة، فيه هدر للمال العام ومخالفة صريحة لمبدأ عقلنة الإنفاق العمومي الذي نصت عليه صراحة المادة 27 من تنظيم الصفقات.

أما إذا كانت المصلحة المالية من إنهاء الصفقة، غير واضحة أو أنها بسيطة المقدار، هنا لا يسوغ هدر المصلحة الخاصة للمتعامل المتعاقد، إعمالاً لمبدأ احترام الالتزامات التعاقدية وحماية المتعاقد حسن النية، من جهة، ولعدم زعزعة الثقة في المصلحة المتعاقدة، وعدم نفور المتعاملين الاقتصاديين من التعاقد مع الإدارة بسبب التخوف من إمكانية إنهاء التعاقد في أي لحظة بحجة المصلحة العامة.

لا تعد سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية سلطة مطلقة، وإنما تخضع لرقابة القضاء، فعندما تقوم المصلحة المتعاقدة بإنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة، فإن للقاضي أن يراقب هذا القرار، لكن من زاوية المشروعية فقط، حيث أن رقابة القاضي هنا تقتصر على التحقق من مدى وجود سبب المصلحة العامة الذي استندت إليه المصلحة المتعاقدة، بمعنى أن رقابة القاضي هنا تقتصر على التحقق من وجود سبب المصلحة العامة الذي يبرر الإنهاء⁽¹⁾.

(1) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 172.

تشكل الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة لدواعي المصلحة العامة، الحد الأدنى من الرقابة القضائية، إذ يراقب سلامة قرار الفسخ من زاوية المشروعية فقط، فهو لا يملك الحق في تقدير ملائمة القرار لأنه يحضر عليه أن يتدخل في نشاط المصلحة المتعاقدة لأنها المسؤولة عن تنظيم وتسيير المرافق العامة⁽¹⁾.

تختلف رقابة القاضي الإداري في مجال الإنهاء الانفرادي للصفقة لدواعي المصلحة العامة عن رقابته في مجال قرار الفسخ الجزائي للصفقة، حيث تقل سلطة القاضي الإداري في حالة الفسخ لدواعي المصلحة العامة، فإذا كان يمكن له أن يبحث في مدى ملائمة الفسخ كقوبة للخطأ المنسوب للمتعاقل المتعاقد، فإنه لا يملك رقابة الملائمة في حالة الفسخ لدواعي المصلحة العامة.

ثانيا - طبيعة الدعوى الموجهة ضد قرار الفسخ للمصلحة العامة

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أنه يختلف نوع الدعوى المرفوعة ضد قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة، وفق ما إذا كان رافع الدعوى طرفا في العقد أم أنه من الغير.

1- الطعن المقدم من المتعاقد:

يتعين على المتعاقل المتعاقد الراغب في الطعن في قرار المصلحة المتعاقدة بإنهاء الصفقة، اللجوء إلى قاضي العقد، وهو ما استقر عليه القضاء الإداري في فرنسا ومصر.

يجب أن تأخذ دعوى المتعاقل المتعاقد شكل دعوى القضاء الكامل، ذلك أنها الوسيلة الوحيدة التي يملكها المتعاقد للطعن في قرار المصلحة المتعاقدة بإنهاء الانفرادي للصفقة،

(1) - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص ص 404-406.

فهو لا يملك تحريك دعوى الإلغاء، لأن قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة يعد قرار إداريا متصلا بالعقد فلا يمكن للمتعاقد أن يطعن فيه بالإلغاء.

خرج مجلس الدولة الفرنسي عن هذه القاعدة في أحد أحكامه، حيث قبل دعوى الإلغاء المقامة من المتعاقد ضد قرار الإدارة بإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة، والذي اتخذ شكل مرسوم لائحي، صادر من الإدارة بإنهاء مجموعة من العقود معا لدواعي المصلحة العامة.

على أن الفقه الفرنسي اعتبر هذا الحكم استثناء عن قاعدة اختصاص قاضي العقد بدعوى إنهاء الصفقة للمصلحة العامة، لأن قرار الإدارة في هذه الحالة صدر باعتبارها سلطة عامة وليس بوصفها طرفا متعاقدا⁽¹⁾.

2- الطعن المقدم من غير المتعاقد:

لا تقبل دعوى القضاء الكامل من الغير، لأنه أجنبي عن العلاقة التعاقدية، لكن بالمقابل أقر مجلس الدولة الفرنسي بقبول دعوى الإلغاء المرفوعة من الغير ضد قرار المصلحة المتعاقدة برفض فسخ الصفقة، فقد قبل الطعن بالإلغاء ضد قرار رفض فسخ الصفقة المرفوع من أحد الجمعيات⁽²⁾.

ثالثا - سلطة قاضي العقد تجاه قرار الإنهاء الانفرادي الغير المشروع

يتصدى القاضي الإداري عادة للقرارات الإدارية غير المشروعة، بسلطتي الإلغاء أولا، ثم التعويض عن الأضرار التي قد تسببها، غير أنه إذا تعلق الأمر بقرار فسخ لدعوى المصلحة العامة غير المشروع، فإنه تتنفي سلطة الإلغاء، فلا يبقى له سوى سلطة التعويض.

(1) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 121.

(2) - خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع التنظيم الاقتصادي، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2012-2013، ص 204.

1- انتفاء سلطة إلغاء قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة

على غرار قرار الفسخ الجزائي، يخضع قرار الفسخ أو الإنهاء لدواعي المصلحة العامة، لفكرة التمييز بين الصفقات العمومية وغيرها من العقود الإدارية لاسيما التزام المرافق العامة، حيث يستطيع قاضي العقد الحكم بإلغاء قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة الغير مشروع، في عقود تفويض المرفق العام، بينما لا يمكنه إلا الحكم بالتعويض دون الإلغاء.

فقد جاء في أحد قراراته: "إنه لا يحق لقاضي العقد إلغاء القرار الصادر من جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وإن عدم المشروعية المنسوبة إلى هذا القرار لا يمكن بأي حال أن تنشأ لصاحب الشأن إلا الحق في التعويض عن الضرر الذي أحدثه هذا القرار"⁽¹⁾.

يرى جانب من الفقه في فرنسا أن موقف مجلس الدولة الفرنسي، يرجع لكون الإدارة العامة هي صاحبة الأشغال، وأن لها حرية التصرف باعتبار أنها حريصة على المصلحة العامة، وبالتالي لا يجوز لقاضي العقد أن يلغي قرارات الإدارة المتعلقة بهذه الأشغال حتى في حالة عدم مشروعيتها، وبذلك يجب أن يقتصر دوره على إلزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض عند انتهاء صفقة الأشغال العامة⁽²⁾.

الواقع أن موقف مجلس الدولة الفرنسي⁽³⁾، موقف منتقد لا يساير التطور المستمر للقضاء الإداري، كما أن حججه في هذا الشأن مردودة.

فالقول بأن الإدارة هي صاحبة الأشغال ولها حرية التصرف باعتبارها المسؤولة عن حماية المصلحة العامة، أمر غير مقبول، لما فيه من تحجيم لدور القاضي الإداري، فبعد التطور الذي عرفه القضاء الإداري، تعددت أدوار القاضي الإداري، حيث أصبح مخولا

(1) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 187-189.

(2) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 753.

(3) - وقد اتبعت معظم الدول العربية هذا الموقف.

بحماية الحقوق والحريات الفردية، وحماية المنافسة في العقود الإدارية، وغيرها من الأدوار، فما بالك بحماية المصلحة العامة، الذي يعد دورا تقليديا اطلع به القضاء الإداري منذ بداية نشأته.

كما أن حرمان القاضي الإداري من سلطة إلغاء قرار الإنهاء الغير مشروع للصفقة، والاكتفاء بالتعويض، مسألة في غاية الخطورة على المصلحة العامة، فقد نكون أمام قرار إنهاء غير مشروع، لأنه صدر لأسباب لا صلة لها بالمصلحة العامة، ومع ذلك لا يستطيع القاضي الإداري التصدي له بالإلغاء، بل ويكون ملزما بالحكم لصالح المتعامل المتعاقد بمبالغ معتبرة كتعويض له، قد تكون أكبر من المبالغ التي تتكبدها المصلحة المتعاقدة لو استمرت الصفقة.

بالنظر إلى ما يعرفه مجال الصفقات العمومية في الجزائر من مستويات خطيرة لغياب الشفافية والممارسات غير النزيهة، فإن ذلك لا يشجع على جعل الإدارة العمومية المسؤولة عن حماية المصلحة العامة، مقابل استبعاد القضاء الإداري، بل يجب إشراكه أكثر فأكثر كأداة رقابة على قرارات المصلحة المتعاقدة.

خلاصة القول أنه على غرار الفسخ الجزائي، يعد حرمان القاضي الإداري من سلطة إلغاء قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة، مسلكا غير موفق، وعاملا من العوامل المؤثرة سلبا على فعالية رقابة القاضي الإداري.

2 - سلطة الحكم بالتعويض

يقابل سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة، حق المتعاقد معها في الحصول على تعويض عن آثار هذا الإنهاء المباغت للصفقة التي عول عليها المتعامل المتعاقد في الحصول على ربح مقابل تنفيذها⁽¹⁾.

(1) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، 132.

يسلم القضاء الإداري أنه يترتب على استعمال المصلحة المتعاقدة لحقها في إنهاء الصفة بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، حق المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض كامل.

كما لا يتحمل المتعامل النتائج المترتبة على قيام المصلحة المتعاقدة بهذا الإنهاء، ويؤسس القضاء هذا التعويض على قيام المسؤولية التعاقدية بدون خطأ في جانب المصلحة المتعاقدة، نتيجة استخدامها أحد امتيازات السلطة العامة الممنوحة لها في إطار العقود الإدارية.

إذ يمكن أن يكون من شأن الإنهاء الفردي للصفة، أن يضع المتعامل المتعاقد في موقف صعب إذا كان المتعاقد لم يستهلك بعد رؤوس الأموال التي استثمرها في تنفيذ الصفة⁽¹⁾.

يشترط لاستحقاق المتعامل المتعاقد التعويض، مجرد إثباته للضرر الناجم عن إلغاء الصفة، أقرت المحكمة الإدارية العليا في مصر بحق تعويض التعويض في أحد أحكامها الذي جاء فيه: "...إن للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد، إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام، ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه حق، و ذلك كله على خلاف الأصل في العقود المدنية..."⁽²⁾.

لتحديد كيفية احتساب التعويض، يجب التمييز بين ما إذا كان التعويض اتفاقيا أو قانونيا من جهة⁽³⁾، أو إذا كان قضائيا من جهة أخرى، بحيث يختلف دور قاضي العقد في كل حالة.

(1) - حذيفة عادل عبد الكريم منصور، إنهاء العقد الإداري...، مرجع سابق، ص 123.

(2) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 120.

(3) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري...، مرجع سابق، ص 123.

1- التعويض الاتفاقي أو القانوني:

قد يوجد نص صريح في الصفقة العمومية أو دفتر الشروط، أو في أي نص قانوني، يبين كيفية استحقاق المتعامل المتعاقد لمقدار التعويض في حالة إنهاء الصفقة العمومية بدون خطأ من المتعامل المتعاقد، أي لدواعي المصلحة العامة، حيث يمكن لطرفي الصفقة أن يحددا بالضبط عناصر حساب التعويض الممنوح للمتعامل المتعاقد.

يجب في هذه الحالة تطبيق البند القانوني أو التعاقدية بصورة كاملة، فيكون دور قاضي العقد مجرد تطبيق النص كما جاء من حيث مقدار التعويض وكيفية حسابه.

بالمقابل يمكن أن الاتفاق بمقتضي شرط صريح في الصفقة على منح تعويض جزافي، أو على استبعاد منح أي تعويض للمتعامل المتعاقد في حالة إنهاء الصفقة، فلا مجال لمناقشة هذا الشرط ويطبق بمجرد إنهاء الصفقة⁽¹⁾.

2- التعويض القضائي:

قد لا تنظم الصفقة ولا القوانين، مبدأ استحقاق التعويض ومقداره وعناصره، يحدد قاضي العقد في هذه الحالة مقدار التعويض المستحق للمتعامل المتعاقد، فيبرز دوره في الحكم بالتعويض على خلاف الحالة السابقة، معتمدا في ذلك على القواعد العامة للتعويض⁽²⁾.

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي أنه لا يرفض طلب المتعامل المتعاقد بالحصول على التعويض سوى في حالتين:

- إذا نصت الصفقة ذاتها على أن المتعامل المتعاقد لا يستحق أي تعويض في حالة إنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة.

(1) - عبد الوهاب محمد، "الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية..."، مرجع سابق، ص 538.

(2) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري...، مرجع سابق، 132.

- إذا لم يلحق المتعامل المتعاقد أي ضرر فعلي جراء إنهاء الصفقة، حيث أن المبادئ العامة للتعويض تقتضي وجوب حصول ضرر محقق تكبده المتعاقد، فلا محل للتعويض إذا لم يسبب إنهاء الصفقة أي ضرر للمتعامل المتعاقد.

لا توجد قواعد محددة يتعين الالتزام بها من أجل تحديد مبلغ التعويض إذا لم يوجد نص اتفاقي أو قانوني ينظمه، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد وضع مبدأ التعويض الكامل عن الضرر الناشئ للمتعاقد عن الإنهاء المباشر للصفقة، شاملاً الربح الفائت. يكون التعويض كاملاً، بعنصريه، أي أنه يغطي ما لحق المتعامل المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب.

العنصر الأول، يشمل تعويض المتعامل المتعاقد عما لحقه من خسارة نتيجة إنهاء الصفقة، وهو عنصر ثابت لا محل للمنازعة فيه، ولا ترد عليه أية استثناءات ولا قيود، بشرط أن تكون العلاقة السببية المباشرة بين إنهاء الصفقة والخسارة التي لحقت بالمتعامل المتعاقد، ثابتة، ويقع على المتعامل المتعاقد عبء إثبات الخسارة التي لحقت به⁽¹⁾.

يرفض القاضي الإداري تعويض المتعاقد عن الأضرار غير المنسوبة مباشرة إلى فترة تنفيذ الصفقة، إذ لا يستطيع المتعامل المتعاقد أن يطالب على أساس تعاقدية، بالتعويض عن خسائر الاستغلال السابقة لتوقيع الصفقة، أو اللاحقة على نهايتها⁽²⁾.

العنصر الثاني، يشمل تعويض المتعامل المتعاقد عما فاتته من كسب، فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي عنصر الربح الفائت للمتعامل المتعاقد، إلى جانب عنصر الخسارة المحققة، إلا أنه استبعد التعويض عن الربح الفائت من نطاق التعويض المحكوم به للمتعاقد في الحالات الآتية:

(1) - حذيفة عادل عبد الكريم منصور، إنهاء العقد الإداري...، مرجع سابق، ص 124.

(2) - توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 126.

أ- إذا كان إنهاء الصفقة لظروف خارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة

استبعد مجلس الدولة الفرنسي من التعويض الذي يمنحه للمتعاقد، عنصر الأرباح التي تفوته نتيجة إنهاء الصفقة، في جمع الحالات التي يثبت فيها أن إنهاء الصفقة كان راجع إلى ظروف خارجية لا يد للمصلحة المتعاقدة فيها، والتي جعلت من إنهاء الصفقة نتيجة حتمية لا يمكن تجنبها⁽¹⁾، وأوضح مثال على هذا، حالات إنهاء الصفقات نتيجة الأعمال العسكرية الطارئة كنشوء الحرب أو انتهائها.

ب- إذا تنازل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة

استبعد مجلس الدولة الفرنسي التعويض عن الربح الفائت كذلك، إذا كان إنهاء المصلحة المتعاقدة للصفقة راجعا إلى تخلي المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة بموافقة المصلحة المتعاقدة⁽²⁾.

ج- إذا كانت الصفقة مبرمة بين شخصين عامين

لا محل لتعويض المتعاقد عندما تكون الصفقة مبرمة بين شخصين عامين، فلا يمكن للشخص العام مطالبة الشخص العام الآخر بالتعويض⁽³⁾.

المطلب الثاني

الفسخ غير الانفرادي للصفقة العمومية

قد يحصل فسخ الصفقة خارج الإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة، فقد أقر القانون أو القضاء الإداري حالات مختلفة للفسخ بغير قرار منفرد من المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد.

(1) - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 323.

(2) - حذيفة عادل عبد الكريم منصور، إنهاء العقد الإداري...، مرجع سابق، ص 134.

3- توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية عليها، مرجع سابق، ص 127-128.

تتمثل هذه الحالات في حالة اتجاه إرادة طرفي الصفقة لإنهاءها، أي الفسخ الاتفاقي للصفقة (الفرع الأول)، كما قد يلجأ المتعامل المتعاقد للقضاء لاستصدار حكم بالفسخ، أي الفسخ القضائي للصفقة، وأخيرا يحدد القانون حالات معينة لفسخ الصفقة، بحيث تعتبر الصفقة مفسوخة بمجرد وقوع الحدث الذي ينص عليه القانون (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الفسخ الاتفاقي للصفقة

تقوم الصفقات العمومية كأى عقد على توافق إرادتين، قد تتجه هاتان الإرادتان خلال مرحلة التنفيذ وقبل انتهاء الصفقة إلى إنهاء العلاقة التعاقدية، وهو ما يسمى بالفسخ الاتفاقي، تعد هذه الحالة من الحالات العامة التي تؤدي إلى انقضاء العقد في مجال العقود الإدارية والعقود المدنية على السواء، فإذا اتفق المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة على إنهاء العقد قبل نهايته الطبيعية، فإن هذا الاتفاق من شأنه أن يؤدي إلى فسخ العقد، ذلك أن رضا المتعاقدين هو أساس الإلزام في العقد وهو أيضا أساس زوال هذا الإلزام.

هذا النوع من الفسخ لا يثير أي نزاع أمام القضاء فهو يتم بالتراضي، ولأنه ناجم عن اقتناع طرفي الصفقة بضرورة قطع العلاقة التعاقدية⁽¹⁾، فتتظيمه متروك للمتعاقدين، إذ عادة ما يكون الفسخ الاتفاقي مصحوبا بتعويض اتفاقي كذلك، تدفعه جهة الإدارة للمتعاقد معها مقابل الأضرار التي لحقته نتيجة عدم تكملته تنفيذ العقد، كما قد يكون الفسخ بلا تعويض⁽²⁾.

(1) - النوي خرشي، الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 378.

(2) - إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 665.

نصت المادة 151 من المرسوم الرئاسي 247/15 على إمكانية الفسخ الاتفاقي للصفقة : "زيادة على الفسخ من جانب واحد، المذكور في المادتين 149 و150 أعلاه، يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض".

وفقا لنص المادة يتم الفسخ بموجب اتفاق مشترك بين طرفي الصفقة، وأطلقت عليه تسمية "الفسخ التعاقدي للصفقة العمومية"، واشترطت أن يكون لا يكون المتعامل المتعاقد قد تسبب في هذا الفسخ سواء بتصرف مشروع أو غير مشروع⁽¹⁾.

في فرنسا تتحقق حالة الفسخ الاتفاقي، بمجرد اتضاح موافقة جهة الإدارة التي قامت بإبرام العقد على هذا الإنهاء، وأن تكون إرادتها واضحة جلية لا لبس فيها، ولا يشترط إفراغ تلك الإرادة في شكل معين، وهو ما يستشف من قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث قضى بإنهاء بعض العقود نتيجة تبادل الخطابات بين المتعاقدين، إذا كانت هذه الخطابات تدل دلالة واضحة على نية جهة الإدارة بإنهاء العقد⁽²⁾.

يشترط تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، على خلاف ذلك، إفراغ اتفاق الفسخ في وثيقة الفسخ، هذه الوثيقة يجب أن تتضمن في بنودها على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقي تنفيذها، وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة⁽³⁾.

(1) - يعد هذا الشرط منطقيا، لأنه إذا كان سبب الفسخ يرجع أسباب راجعة للمتعامل المتعاقد، فعلى المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى سلطة الفسخ بالإرادة المنفردة وليس الفسخ الاتفاقي، فإذا كانت هذه الأسباب تتمثل في خطأ من جانب المتعامل المتعاقد هنا تعمل تمارس المصلحة المتعاقدة سلطة الفسخ الجزائي للصفقة، أما إذا كانت أسباب الفسخ التي سببها المتعاقد لا تشكل خطأ كحالة الوفاة والإفلاس (سيتم التطرق لها لاحقا)، هنا يتم الفسخ على أساس قانوني أو الفسخ القاني للصفقة.

(2) - إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 665.

(3) - تنص المادة 2/152 من المرسوم الرئاسي 247/15: "وفي حالة فسخ الصفقة عمومية جارية التنفيذ باتفاق مشترك، يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقي تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة".

رغم فتح المنظم إمكانية الفسخ الاتفاقي للصفقة، إلا أنه على المصلحة المتعاقد تجنب قدر المستطاع اللجوء إلى الفسخ، والحرص على التنفيذ العيني للصفقة، حيث تحتل الصفقات العمومية في الجزائر أهمية خاصة، وترتبط بالحياة الاقتصادية والاجتماعية، فليس من الحكمة فسخ الصفقة لاسيما إذا كان المتعاقد قد قطع أشواطاً كبيرة في التنفيذ، حيث يكون استمرار الصفقة أضمن لحماية المصلحة العامة والمال العام⁽¹⁾.

الفرع الثاني:

الفسخ القضائي للصفقة بناء على طلب المتعامل المتعاقد

تملك المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة انفراديا كامتياز مقرر لمصلحتها، على خلاف ذلك، فإن المتعامل المتعاقد الذي يرغب في فسخ الصفقة ليس أمامه إلا اللجوء إلى القاضي الإداري بدعوى القضاء الكامل، فالقاضي وحده يستطيع الحكم بالفسخ، يهدف المتعامل من هذه الدعوى طلب التحلل من التزاماته، ونظرا لخطورتها على سير المرافق العامة فقد تشدد القضاء الإداري في الاستجابة لطلب المتعامل فسخ الصفقة⁽²⁾، فلا يحكم بالفسخ إلا في ثلاثة حالات هي: القوة القاهرة، خطأ المصلحة المتعاقدة، وكموازن لسلطات المصلحة المتعاقدة.

أ- حالة القوة القاهرة:

تعرف القوة القاهرة على أنها الحادث الأجنبي الذي لا يد لطرفي العقد في حدوثه، بحث يستحيل على طرفي العقد توقعها، كما يستحيل دفعها⁽³⁾، تجعل القوة القاهرة تنفيذ

(1) - معاشو عمار، النظام القانوني لعقود "المفتاح في اليد" بالجزائر، مرجع سابق، ص 185-186.

(2) - الوهبي عبد الله بن حمد، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها...، مرجع سابق، ص 359.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 735.

الالتزام مستحيلا، فمن الطبيعي أن يؤدي ذلك إلى فسخ الصفقة، فهذه القاعدة معروفة في القانون المدني⁽¹⁾.

ترتكز القوة القاهرة وفقا لمفهومها في القانون المدني على ثلاثة عناصر:

- أن تكون بسبب حوادث أجنبية لا يد لطرفي العقد فيها.

- استحالة توقعها

- استحالة دفعها.

يكون بذلك كل حادث تتوفر فيه هذه العناصر، سببا معفيا من تنفيذ العقد ومنهيا له، لكن هل انتقلت أحكام القوة القاهرة كسبب لطلب فسخ العقد في القانون الإداري بنفس مفهومها في القانون المدني؟

1- خصوصية القوة القاهرة في القانون الإداري

يختلف مفهوم القوة القاهرة التي تبرر للمتعاقل المتعاقد طلب فسخ الصفقة في مجال الصفقات العمومية والعقود الإدارية بوجه عام عن مفهومها في القانون المدني، فحتى وإن تم إدخال أحكام القوة القاهرة في العقود الإدارية وفقا لمبادئ قريبة جدا من المبادئ المعروفة في العقود الخاصة، إلا أن هناك نوع من الخصوصية للقوة القاهرة في العقود الإدارية.

فقد أخذ القضاء الإداري بمفهوم أوسع للقوة القاهرة يتجاوز مفهوم القانون المدني، فوفقا لهذا الأخير تقصر القوة القاهرة على حالة استحالة التنفيذ⁽²⁾، أما في مجال القانون الإداري،

(1) - تنص المادة 307 من الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر في 30 سبتمبر سنة 1975: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

(2) - علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مرجع سابق، ص 464.

فيعتبر التنفيذ المرهق قوة قاهرة، وبذلك فإن مفهوم الاستحالة في التنفيذ يقصد بها استحالة تنفيذ العقد اقتصاديا⁽¹⁾.

يعرف القانون المدني فكرة التمييز بين القوة القاهرة والظرف الطارئ، من حيث المفهوم ومن حيث الآثار، فمن حيث المفهوم، فالظروف الطارئة أو المفاجئة، هي حوادث غير متوقعة تؤدي إلى تغير الظروف الاقتصادية التي توازن العقد، والتي كانت سائدة وقت إبرامه، فيختل بذلك توازن العقد اختلالا خطيرا، غير أنه لا يؤدي لجعل التنفيذ مستحيلا⁽²⁾.

في حين أن ما يميز القوة القاهرة هو فكرة استحالة التنفيذ، وبذلك تختلف آثار كل من الظروف الطارئة والقوة القاهرة، فهذه الأخير فقط هي التي تعفي المتعاقد من تنفيذ العقد، وتؤدي إلى فسخه، في حين يكون المتعاقد ملزما بمواصلة التنفيذ رغم صعوبته في حالة الظروف الطارئة.

انتقلت النظريتان إلى القانون الإداري، وأدى التطور الذي عرفته العقود الإدارية إلى زوال التفرقة بينهما، فاعتبر مجلس الدولة الفرنسي الظرف الطارئ من الحالات التي يجوز فيها لكلا المتعاقدين طلب فسخ الصفقة.

فإذا كان الأصل أن الظرف الطارئ لا يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام بل يجعل التنفيذ مرهقا، وبالتالي فإن المتعامل المتعاقد لا يمكنه أن يتحرر من تنفيذ التزاماته ولا يمكنه إلا المطالبة بالتعويض على عكس حالة القوة القاهرة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أرسى قاعدة مفادها أنه إذا تبين أن العقد لن يعود إليه توازنه رغم مساعدة الإدارة وأنه أصبح غير قابل للحياة بدون هذه المساعدة المستمرة فإنه يحق للمتعاقد طلب الفسخ قضائيا⁽³⁾.

(1) - MAHIOU Ahmad, Cours d'institutions administratives, 2^{eme} édition, OPU, ALGER, 1979, p 258.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ص 515.

(3) - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 770-771.

إن هذه القاعدة منطقية حتى وإن كان يبدو أنها تشكل خطراً على سير المرافق العامة المتصلة بالعقد الإداري، فلا يمكن إجبار المتعامل المتعاقد على الاستمرار في تنفيذ صفقة لا تعود عليه بأية أرباح، بل وتضطره إلى تحمل جزء من الخسارة التي تسببها الظروف الطارئة، كما أنه في حال تكريس قاعدة عدم إمكانية فسخ العقد حتى في ظل الظروف الطارئ فإن ذلك يؤدي إلى عدم تشجيع المتعاملين على التعاقد مع الإدارة.

يري غالبية الفقه في مصر ضرورة التمييز بين الإدارة المتعاقد والمتعاقد معها، فالإدارة لها أن تنهي العقد بقرار منها استناداً إلى القوة القاهرة، ويصبح الفسخ في هذه الحالة فسخاً إدارياً، أما المتعاقد مع الإدارة، فإن الفقه يري ضرورة لجوئه إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ للقوة القاهرة.

يرجع الفقه سبب هذه التفرقة، إلى طبيعة العقود الإدارية، كونها تساهم في تسيير المرافق العامة، ولذلك يتعين ألا يترك تحديد استحالة التنفيذ للقوة القاهرة لتقدير المتعاقد مع الإدارة⁽¹⁾.

أما في فرنسا، فيعتبر القضاء القوة القاهرة سبباً للمطالبة بالفسخ قضائياً، وهذا بالنسبة للمصلحة المتعاقد والمتعامل المتعاقد على السواء.

ويرى الفقه أن مجلس الدولة الفرنسي باستحدثه فكرة إدارية عن القوة القاهرة (La Force Majeure Administrative)، فإن الفسخ بهذا المفهوم قد يكون مصحوباً بالحكم بالتعويض ضد المتعاقد الذي ارتكب أخطاء أدت إلى زيادة الأضرار الناجمة عن القوة القاهرة، فيتحمل هذه الزيادة⁽²⁾.

(1) - علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مرجع سابق، ص 464.

(2) - قطيش عبد اللطيف، الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 166.

2- موقف المنظم الجزائري من فكرة القوة القاهرة:

يشير المنظم إلى فكرة القوة القاهرة بصورة مقتضبة ضمن الفقرة الخامسة من المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تنص: "...وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة".

تنص المادة على تعليق الآجال، وكذا استئناف الخدمة بعد توقفها، وهو الأمر الذي يتنافى مع مفهوم القوة القاهرة في القانون المدني التي يؤدي إلى فسخ العقد مباشرة.

يتبع تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر الطريقة الفرنسية في تحديد القوة القاهرة، باعتبارها الظروف والحوادث التي لا يمكن توقعها ودفعها، فلا توجد خصوصية تدل على موقف أصيل في هذا الشأن⁽¹⁾.

تشير كذلك الفقرة "ب"، من المادة الفرعية الأولى، للمادة 33 من دفاتر الشروط الإدارية العامة إلى الظروف التي تطرأ خلال الآجال التعاقدية وتؤدي إلى ارتفاع الأسعار.

فإذا أصبحت تكاليف الأشغال تفوق نصف المبلغ المقدر للإنجاز وقت إبرام الصفقة، فيمكن للمقاول طلب الفسخ بطلب كتابي⁽²⁾.

(1) - معاشو عمار، النظام القانوني لعقود "المفتاح في اليد" بالجزائر، مرجع سابق، ص 161-162.

(2) - تنص المادة 33:

"ب - تبديل الأسعار:

أ- إذا طرأ خلال الأجل التعاقدي للأشغال، تبديل على أسعار الأشغال بصورة أصبح معها المصروف الكلي للأشغال المنوى تنفيذها لفترة ما، بفعل الصيغ المزايدة أو المنقوصة بأكثر من النصف بالنسبة للمصروف المقدر مع الأسعار الناتجة من ذات الصيغ في التاريخ الأصلي الخاص فيستطيع الوزير فتح الصفقة تلقائياً، وللمقاول أيضاً حق الفسخ بتقديمه طلباً...".

ب - حالة خطأ المصلحة المتعاقدة:

تتمتع المصلحة المتعاقدة بامتيازات خطيرة في مواجهة المتعامل، هذا ما يجعل احتمال تعسفها وارداً، لذلك استقر القضاء الإداري في فرنسا، واتبعه في ذلك القضاء الإداري في مصر والعراق⁽¹⁾، أن قاضي العقد يملك سلطة فسخ العقد، استناداً إلى طلب من المتعامل المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية.

ونظراً لخطورة فسخ الصفقة على سير المرافق العامة فإن القضاء الإداري يشترط للاستجابة لهذا الطلب أن يكون خطأ المصلحة المتعاقدة جسيماً، حيث تؤدي مخالفة المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها التعاقدية في الأصل إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية، وإلزامها بالتعويض فقط، مع بقاء المتعامل ملزماً بتنفيذ الصفقة، فالتعويض هو الجزاء الأصلي للمسؤولية التعاقدية، غير أنه إذا بلغ خطأ المصلحة المتعاقدة درجة من الجسامة، بحيث يصبح التعويض غير مجد فإن القضاء يقر بحق المتعاقد في طلب الفسخ⁽²⁾.

تعد من أهم أخطاء المصلحة المتعاقدة التي اعتبرها القضاء الإداري خطأ جسيماً مبرراً لطلب الفسخ:

1- وقف الأعمال موضوع الصفقة مدة طويلة دون مبرر معقول:

حددت المادة 34 من دفا تر الشروط الإدارية العامة الضوابط التي تحكم حق الما قول المتعاقد في طلب الفسخ نتيجة وقف الأشغال، حيث تنص: "2... - عندما تقرر الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد على سنة واحدة سواء كان ذلك قبل بدأ التنفيذ أو بعده، يحق

(1) - أنظر: رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية...، مرجع سابق، ص 264، والطماوي سليمان، الأسس العامة

للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 745.

(2) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 743.

للمقاول فسخ صفقته إذا طلب ذلك كتابيا دون الإخلال بالتعويض الذي يجوز تأديته له إذا اقتضى ذلك في إحدى الحالتين.

3 - لا يكون طلب المقاول مقبولا إلا إذا قدم في أجل أربعة أشهر ابتداء من تاريخ تبليغه أمر المصلحة الرامي لتأجيل الأشغال.

4 - وكذلك الحال بالنسبة للتأجيلات المتتالية التي تتجاوز مجموع مدتها سنة واحدة، ولو في الأحوال التي تستأنف خلال الأشغال.

....

6 - عندما تفرض الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تقل عن سنة، فلا يحق للمقاول فسخ الصفقة إنما يجوز طلب التعويض في حالة تضرره بصورة محققة".

2 - التأخر الجسيم في تنفيذ التزام تمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ:

تعرقل المصلحة المتعاقدة عملية بدأ التنفيذ بطرق قانونية أو مادية، كالامتناع عن إصدار أوامر انطلاق الأشغال، أو عدم إزالة الركام والمخلفات الموجودة على موقع الإنجاز.

3 - لجوء إلى توقيع عقوبات غير متناسبة مع الأخطاء التي يرتكبها المتعامل

المتعاقد:

لا تقتصر العقوبات على الجزاءات المخولة للإدارة في عقودها، إنما قد تلجأ إلى استخدام سلطة الضبط الإداري لإجبار المتعاقد على التنفيذ بصفة تعسفية⁽¹⁾.

يشترط القضاء الإداري للاستجابة لطلب المتعامل المتعاقد الفسخ في حالة خطأ

المصلحة المتعاقدة، فضلا عن الخطأ الجسيم شرطين:

(1) - رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، مرجع سابق، ص 264-265.

أولهما: أن يكون المتعاقد المتضرر من التصرفات التعسفية للمصلحة المتعاقدة، غير مقصر من جانبه في أداء التزاماته، لأنه إذا أثبتت المصلحة المتعاقدة وجود خلل في تنفيذ الصفقة فإن القاضي يرفض طلب الفسخ⁽¹⁾.

ثانيهما: يتعين على المتعامل المتعاقد إعدار المصلحة المتعاقدة أولاً، قبل أن يرفع دعوى الفسخ⁽²⁾، حيث يرجع مجلس الدولة الفرنسي هذا الشرط إما على أساس الالتزامات التعاقدية، وهذا إذا وجد نص في العقد، أو على أساس قاعدة القرار الإداري المسبق، التي تعد أحد شروط التقاضي التي يقوم عليها قضاء التعويض⁽³⁾.

ج- الفسخ كموازن لسلطات المصلحة المتعاقدة:

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة تعديل الصفقة، إلا أن هذه السلطة مقيدة بشرط عدم التأثير على توازن الصفقة بفرض أعمال جديدة تفوق بكثير الأعمال المتفق عليها في الصفقة⁽⁴⁾.

فإذا سبب التعديل تأثيراً جوهرياً على توازن الصفقة، بحيث غير موضوع الصفقة أو تجاوز الحدود المالية المنصوص عليها قانوناً⁽⁵⁾، ووجد المتعامل أن الوضع الجديد غير

(1) - CHABANOL Daniel, JOUGUELET Jean-Pierre, Marchés publics de travaux , 3^e édition, LE MONITEUR, PARIS, 1999, p 63.

(2) - DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratif, op cit, p 214.

(3) - رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات ...، مرجع سابق، ص 267-268.

(4) - DE LAUBADERE André, GAUDMET Yves, Traité de droit administratif, T 2, LGDJ, 11^e, édition, PARIS, 1998, p 418.

(5) - بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون عام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2010-2011، ص 100-99.

مقبول، وأن التعويض غير مجد في مواجهة هذه الظروف، يحق له طلب فسخ الصفقة مع بقاء حقه في التعويض عما أداه من أعمال قائما⁽¹⁾.

ينص المرسوم الرئاسي 247/15 على عدم جواز تأثير الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة⁽²⁾، غير أنه لا يشير إلى جزاء مخالفة هذا الالتزام، وعلى خلاف ذلك تناولت دفاتر الشروط الإدارية العامة هذه المسألة.

تأسس المادتان 30 و31 من دفاتر الشروط الإدارية العامة، لحق المقاول المتعاقد في طلب فسخ صفقة بسبب سوء استعمال سلطة التعديل الانفرادي للصفقة، وهذا بالزيادة في الالتزامات أو إنقاصها على السواء.

تشير المادة 30 إلى حالة اختل توازن الصفقة بسبب الأشغال الإضافية، حيث جاء فيها أنه: "في حال إجراء الإضافة على جملة الأشغال فلا يجوز للمقاول رفع أية مطالبة، ما دامت الإضافة المقررة بحسب الأسعار الابتدائية لا تتجاوز العشرين بالمئة من مبلغ المقابلة وإذا تجاوزت الإضافة هذه النسبة حق له فسخ الصفقة فوراً...".

وتنص المادة 31 في المقابل على حالة المعاكسة، وهي حالة إنقاص الأشغال حيث جاء فيها: "في حالة إجراء نقص في جملة الأشغال وعدا حالة تطبيق المادة 32 التالية، لا يجوز للمقاول رفع أية مطالبة ما دام التخفيض مقدرا على الأسعار الابتدائية ولا يتجاوز العشرين بالمائة من مبلغ المقابلة وإذا كان النقص أعلى من هذه النسبة المئوية. يجوز للمقاول تقديم طلب تعويض في نهاية الحساب، مستندا على الضرر الذي سببته له التعديلات المدخلة بهذا الشأن في احتياطات المشروع، وفي حالة تعذر التفاهم الودي

(1) - الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 745.

(2) - تنص المادة 8/136: "...ومهما يكن من أمر فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، وزيادة على ذلك لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها".

يجري تحديد التعويض من قبل المحكمة الإدارية دون الإخلال بحق الفسخ الفوري الذي يجب طلبه على نفس الشكل ونفس الأجل الخاص بتطبيق المادة 30 أعلاه..."

الفرع الثالث

فسخ الصفقة بقوة القانون

تفسخ الصفقة العمومية في بعض الحالات بقوة القانون، عند تحقق الشروط التي ينص عليها، فيحدث الفسخ آثاره عند تحقق الوقائع التي تنهي الصفقة⁽¹⁾. فإذا نص القانون أو حتى الصفقة ذاتها على اعتبار الصفقة مفسوخة بقوة القانون إذا حدثت وقائع معينة، فإن الصفقة تنفسخ من لحظة حدوث الواقعة، إعمالاً للقواعد العامة⁽²⁾. ينص المنظم على بعض حالات التي تفسخ فيها الصفقة بقوة القانون:

أولاً- حالة صدور أمر التوقيف المطلق للأشغال:

تنص المادة 34 من دفاتر الشروط الإدارية العامة: "1- عندما تأمر الإدارة بتوقيف الأشغال بصفة مطلقة تفسخ المقاول فوراً..."

تعد هذه الحالة منطقية، فمن غير المقبول إبقاء الصفقة على قيد الحياة في حين أن المصلحة المتعاقدة أظهرت نيتها في إنهاؤها، وحتى لا تكون هذه الحالة ثغرة تنفذ منها المصلحة المتعاقدة لهدر حقوق المتعامل المتعاقد، فقد كان القضاء الإداري واضحاً في إقرار حق المتعامل المتعاقد في التعويض تطبيقاً لفكرة مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن إنهاء الصفقة العمومية قبل حلول أجلها نتيجة إجراء إداري⁽³⁾.

(1) - علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مرجع سابق، ص 461.

(2) - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية ...، مرجع سابق، ص 321.

(3) - المرجع نفسه، ص 321.

ثانيا - حالة وفاة المتعامل المتعاقد:

يعد انتقاء المتعاقد عنصرا حاسما بالنسبة للمتعاقد الآخر، وهذا في العقود المدنية أو الإدارية، لذلك من الطبيعي ألا يستمر العقد عند وفاة هذا المتعاقد، فالفسخ هنا ليس خيارا للمصلحة المتعاقدة، فيمكن إثارته من طرفي العقد، فورثة المتعامل المتعاقد المتوفى ليسوا مسؤولين عن مواصلة تنفيذ الصفقة.

لكنه يحق للورثة تقديم عروض لمتابعة تنفيذ الصفقة، فيكون للمصلحة المتعاقدة قبول هذه العروض أو رفضها، بمقتضى سلطتها التقديرية، ضمانا لاستمرار سير المرافق العامة⁽¹⁾.

تنص المادة 37 من دفا تر الشروط الإدارية العامة على حالة وفاة المقاول، فقد جاء في نص المادة: "1- الوفاة:

يفسخ العقد بحكم القانون وبدون تعويض في حالة وفاة المقاول، باستثناء الحالة التي تقبل فيها الإدارة العروض التي قد يتقدم بها إليها ورثته لتكملة الأشغال".

ثالثا - حالة تعرض المتعامل المتعاقد للإفلاس أو التسوية القضائية:

يصبح المتعامل المتعاقد الذي يعلن إفلاسه في وضع ليس بالإمكان الاستمرار في الإبقاء على التعاقد معه، لا يحق للمصلحة المتعاقدة أن تعتمد إلى فسخ الصفقة مع المتعامل المتعاقد إلا من تاريخ صدور الحكم القاضي بإعلان إفلاسه، وليس قبل ذلك⁽²⁾.

تنص المادة 37 في فقرتها الثانية: "2- الإفلاس أو التسوية القضائية:

أ - يفسخ العقد كذلك بحكم القانون وبدون تعويض، في حالة إفلاس المقاول ...

ويفسخ العقد كذلك في حالة التسوية القضائية التي لا يسمح فيها للمقاول بمتابعة استغلال مشغله..."

(1) - عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 106-107.

(2) - المرجع نفسه، ص 110-111.

تقودنا دراسة التنظيم القانوني لحالات الفسخ بقوة القانون في القانون الجزائري، لإبداء

ملاحظتين هامتين:

أولهما:

إهمال المنظم تحديد حالات الفسخ بقوة القانون رغم أهميتها، فهي ليست بالمسألة العرضية أو المقتصرة على نوع من الصفقات دون غيرها، التي يمكن أن يتغاضى عنها تنظيم الصفقات، ليتم الإشارة إليها في فقط في نص خاص بنوع معين من الصفقات، فبالنظر لعدم صدور دفاتر الشروط الإدارية العامة بالنسبة لصفقات التوريدات والخدمات والدراسات، فإن مسألة الفسخ القانوني لهذا النوع من الصفقات تبقى دون أساس قانوني.

ثانيهما:

ينص تنظيم الصفقات العمومية ضمن القسم الثامن من الفصل الثالث من الباب الأول منه، والمتعلق بمكافحة الفساد، على تحديد أفعال الفساد، حالات التنافي وتعارض المصالح ... وغيرها في مجال الصفقات العمومية⁽¹⁾، لكنه لم يجعل من الفسخ التلقائي جزاء لمخالفة هذه الأحكام.

تعتبر القوانين المقارنة في الغالب، حالة ارتكاب المتعامل المتعاقد مختلف أفعال الفساد بمناسبة تنفيذ صفقة عمومية، حالة من حالات الفسخ بقوة القانون⁽²⁾، وهذا لخطورة هذه الأفعال ووجوب وضع إجراءات رادعة لها.

(1) - المواد من 88 إلى 94 من المرسوم الرئاسي 247/15.

(2) - على سبيل المثال تنص المادة 50 من قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري لسنة 2018 المعنونة بـ

"الفسخ الوجوبي للعقد تلقائيا وشطب المتعاقد من سجل المتعاقدين، أنه: "يجب فسخ العقد في الحالات الآتية:

1- إذا تبين أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في حصوله على العقد.

2- إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيالية أو فساد أو احتكار

فهل يعقل أنه في دولة عانت الولايات بسبب ظاهرة الفساد التي أدت إلى هدر خطير للمال العام، فضلا عن تضرر كبير لسمعتها الدولية وتدني مستويات الشفافية والنزاهة، ألا يكون فيها ارتكاب المتعامل المتعاقد لأفعال الفساد سبب لفسخ الصفقة فوراً؟⁽¹⁾.

(1) - يتم الفسخ في التنظيم الجزائري في حالة ارتكاب أفعال الفساد عن طريق قرار إداري تتخذه المصلحة المتعاقدة، هذا ما نصت عليه المادة 89 من المرسوم الرئاسي 247/15 كما سبق الإشارة إليه في المبحث السابق عند التعرض لحالات الفسخ الجزائي بسبب خطأ المتعامل المتعاقد.

خاتمة

تتميز منازعات الصفقات العمومية بتعددتها وتشعبها، لذلك فإن أفضل تقسيم يسهل الإلمام بها، هو اعتماد التقسيم من زاوية مراحل إبرام الصفقة، الذي يفرز لنا محورين رئيسيين، منازعات إبرام الصفقات العمومية ومنازعات تنفيذها.

من خلال دراسة كل أصناف المنازعات المتعلقة بالصفقة إبراما وتنفيذا، وكيفية معالجتها من قبل القانون وكذا القضاء الإداري في الجزائر، نخلص إلى عدة نتائج:

- لا يضمن التشريع في الجزائر تنظيم قانوني موحد جامعا لكافة المنازعات الناجمة عن الصفقات العمومية، كما لا يضمن توازنا في أحكام هذه المنازعات، حيث لم تحظ جميع المنازعات بنفس الاهتمام من جانب المشرع أو المنظم، فبينما نجد تنظيما أقل ما يوصف به أنه مقبول لمنازعات مخالفة قواعد العلانية والمنافسة في إبرام الصفقات العمومية، لم تعرف منازعات مرحلة التنفيذ أي تطور أو تحديث عن القواعد التي أرساها القضاء الإداري منذ حقبة زمنية بعيدة.

- رغم أهمية المرحلة التمهيدية للصفقة، والتي تجعلها جديرة بضمانة الرقابة القضائية، فإن تنظيمها القانوني بصفة عامة لا يميل في اتجاه تشجيع رقابة القضاء الإداري عليها، وذلك لعدة عوامل، منها مرونة القواعد المنظمة لها بما يمنح أكبر قدر ممكن للسلطة التقديرية للإرادة، وكذا ترجيح الرقابة الوصائية على الرقابة القضائية.

تظهر المرونة في مسألة تقييد المصلحة المتعاقدة بتحصيص صفقاتها، فرغم أهمية آلية التخصيص في توسيع مجال المنافسة ومنع احتكار الطلبات العمومية، إلا أن المنظم لم يكن حريصا على إلزام المصلحة المتعاقدة باللجوء إليه.

أما آلية تنسيق الطلبات العمومية، فتظهر عدم عناية المنظم بها، من خلال عدم تحديد ضوابط تنسيق الطلبات العمومية، ولعل أبسطها اشتراط توافق الطبيعة القانونية وطبيعة النشاط للمؤسسات والمرافق المنسقة لطلباتها.

كذلك بالنسبة لإنجاز الدراسات، فرغم أهمية الدراسات السابقة، إلا أن المنظم لم يخصص لها قسما أو حتى مادة واحدة بعنوان الدراسات السابقة.

-رغم التطور الهام الذي جاء به المرسوم الرئاسي 247/15 والنصوص المكمل له، حيث حمل العديد من المستجدات، إلا أن الغريب أن مسألة جوهرية بحجم وأهمية دفتر الشروط لم تعرف أي تطور يذكر، فلا تزال المآخذ التي طالما أشار إليها الباحثون وكذا المسيريون والفنيون الممارسون في الميدان قائمة.

إن أبرز هذه المآخذ، عدم تحيين القرار الوزاري المتضمن المصادقة على دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال والنقل، وكذلك عدم صدور دفاتر التعليمات الإدارية المشتركة، الأمر الذي سببا عجزا قانونيا في مجال دفاتر الشروط.

وبصفة عامة، فإن عدم إرساء نظام قانوني محكم وخاص بوثيقة جوهرية كدفاتر الشروط شكل العامل الأساسي الانتشار الممارسات غير النزيهة المتعلقة بالتلاعب بدفاتر الشروط.

- يكتنف مسألة التنظيم القانوني لمشتملات العرض من وثائق وبيانات، ولاسيما الجزاء المترتب على مخالفتها، الكثير من الغموض، مما صعب تحديد أهمية كل وثيقة أو بيان ومدى إمكانية تدارك النقص وتصحيحه من عدمها، الأمر الذي أدى إلى تلقي قسم الصفقات بوزارة المالية لوابل من الاستفسارات وطلب الرأي يوميا حول هذه المسألة، فحسب مقابلة أجريتها مع أحد موظفي القسم المذكور، فقد شكلت المراسلات المستفسرة عن الأخطاء في ملء البيانات حصة الأسد، من مجموع المراسلات التي تلقاها القسم، فقد تضمنت هذه

المراسلات طلب الرأي القانون عن حالات: عدم ملء التصريح بالترشح أو التصريح بالاكنتاب أو رسالة العرض بصفة كلية، أو عدم إدراجها في العرض أو عدم إمضاءها، أو عدم ملء إحدى خانات هذه الوثائق، كذلك عدم كتابة عبارة "قرأ وقبل" في دفتر الشروط، وأيضا حالة اختلاف المبلغ المكتوب بالأرقام عن المبلغ المكتوب بالأحرف...الخ.

-تميز النص القانوني للإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، وهو القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، بمظاهر نقص التنظيم والتناقض، من خلال عدم الدقة في تعداد حالات الإقصاء، وترتيب الآثار، وما يشير الاستغراب أن النص السابق، وهو القرار المؤرخ في 28 مارس سنة 2011، كان أكثر جودة ودقة.

- وفق المنظم من خلال تمديده مبدأ العلانية ليشمل إبرام الصفقة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة، رغم أنه كان من الأفضل لو أن تمديد العلانية شمل حتى الصفقات المبرمة وفق أسلوب التراضي البسيط، لأن القضاء المقارن قد أقر بمزايا الإعلان في هذا الأسلوب بالذات، وذلك بفرض أنواع الرقابة على اللجوء إلى الأسلوب الاستثنائي وترك الأصل.

-بخصوص تنظيم المنح المؤقت للصفقة، فقد حمل المرسوم الرئاسي 247/15 مفاجآت غير سارة، من خلال تراجع عن العديد من ضمانات الشفافية، أبرزها إلغاء ازدواجية لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، الذي أثار سلبية تستغرق بكثير الآثار الإيجابية، وترك سلطة تقديرية شبه مطلقة لمسؤول المصلحة المتعاقدة في تحديد عضوية اللجنة وشروط صحة اجتماعاتها، حيث تنعدم أدنى الشروط التي تكفل جدية وشفافية أداء مهامها.

- غياب فكرة الجزاء والردع للمصالح المتعاقدة المخالفة للمبادئ التفضيلية للمؤسسات والمنتج الوطني، الأمر الذي أدى إلى عدم فعالية آليات الدعم التي أقرها المنظم.

- إن إقرار المرسوم الرئاسي 247/15 بصحة تفويض اختصاص إبرام الصفقات مخالف للقواعد التي استقر عليها فقه القانون الإداري، والتي تقتضي أن ينحصر التفويض

في الأعمال المتعلقة بتصريف الشؤون الجارية أو الأعمال الروتينية، دون القرارات ذات الآثار المالية الهامة المؤثرة في حياة الإدارة العامة.

- وفق المنظم باستحداث حالة إلغاء إبرام الصفقة للمصلحة العامة، على أنه كان من الأفضل تدعيمها بأهم الحالات المعروفة في هذا الصدد على سبيل المثال والاستثناس، لتفادي تعسف الإدارة في تفسير حالة الإلغاء للمصلحة العامة.

- ضيق تنظيم الصفقات مجال اللجوء إلى إعلان حالة عدم الجدوى، فبعد أن كان يتم إعلان عدم الجدوى في حالة استلام عرض واحد أو التأهيل التقني لعرض واحد، فإنه بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 لا يتم إعلان عدم الجدوى إلا في حالة عدم استلام أي عرض أو عدم التأهيل التقني لأي عرض، فضلا عن حالة عدم ضمان تمويل الحاجات، وكان من الأجدر بالمنظم الإبقاء على موقفه السابق، نظرا لخطورة إبرام الصفقة مع مقدم العرض الوحيد وإمكانية تسببها في الإخلال بالمنافسة.

- تحمل المادتان 1/51 و 7/48 من المرسوم الرئاسي 247/15 تناقضا بسبب نص المادة الأولى على أن اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة لا يتم إلا بقيام حالة عدم الجدوى للمرة الثانية، بينما تفيد المادة 7/48 بإمكانية اللجوء للتراضي بعد الاستشارة فور قيام حالة عدم الجدوى للمرة الأولى.

- لم ينص المنظم صراحة على تحديد القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة، الأمر الذي يستلزم اللجوء إلى المعايير التي وضعها الفقه في هذا المجال، والملاحظ أنه من السهل تمييز كل من قرار الإعلان وقرار الاستبعاد والمنح المؤقت وقرار الإبرام، إلا أنه بالمقابل ترتب عن عدم اتضاح ملامح المرحلة التمهيدية وعدم ضبط أحكامها، صعوبة وصف التصرفات التمهيدية بكونها قرارات قائمة بذاتها، وبالتالي إفلاتها من الرقابة القضائية.

- جاء المشرع الجزائري بدعوى الاستعجال قبل التعاقدي، كبديل لدعوى الإلغاء التقليدية التي لم تواكب خصوصيات وتطور الصفقات العمومية، وقد لاقت هذه الدعوى

استحسانا واسعا في وسط المختصين من فنيين وباحثين ورجال القانون، لكن بعد أزيد عن عشرة سنوات من دخول القانون 09/08 حيز التنفيذ، لم تشهد جهات القضاء الإداري إقبالا واسعا على اللجوء إليها، بل إن الباحث ليجد صعوبة كبيرة في الحصول على اجتهاد قضائي يخص هذه الدعوى لاسيما على مستوى مجلس الدولة الجزائري.

يمكن رد عدم شيوع اللجوء إلى دعوى الاستعجال إلى فشل آليات إخطار المحكمة الإدارية، وهي الفرضية الأقرب للصحة، وإلا كيف نفسر "إغراق" القضاء الجزائري بدعوى الفساد في الصفقات مقابل ندرة قضايا الاستعجال قبل التعاقد أمام القضاء الإداري.

- إن ما يؤسف له بقاء المنازعات التقليدية، المتعلقة بالتنفيذ العادي للصفقة تحوز حصة الأسد بالنسبة لمجموع المنازعات المعروضة أمام القضاء الإداري، ولاسيما المنازعات المتعلقة بدفع مستحقات المتعامل المتعاقد، فالأمر الغير مقبول هنا هو تعنت المصلحة المتعاقد في الدفع، لا بحجة الإخلال بالتزام التنفيذ، إنما بحجة عدم توفر المبالغ اللازمة، وبحجج واهية أخرى، وهو الأمر الذي يرسخ أكثر فأكثر بقاء النهج البيروقراطي كسمة أساسية للإدارة العمومية.

لعب القضاء الإداري الجزائري رغم ذلك، دورا جد إيجابي في إنصاف المتعاملين المتعاقدين في هذا النوع من المنازعات، فبمجرد وجود المتعامل في وضع سليم، بأدائه لالتزاماته وتقديم الوثائق المثبتة، فإن حكم القضاء دائما يكون لصالحه.

-ميز المنظم في مجال النظام القانوني للجزاءات المفروضة على المتعامل المتعاقد، بين الجزاءات المالية من جهة، والتي حظيت بتنظيم مقبول جدا، لاسيما غرامة التأخير، وبين الجزاءات الضاغطة من جهة أخرى، وهي الجزاءات التي لا نجد لها أثرا ضمن المرسوم الرئاسي 247/15، وأحكام محتشمة ضمن دفاتر البنود الإدارية العامة، وهو الأمر الذي يحتم على القضاء الإداري الجزائري في حالة نشوء نزاع بصدها، باللجوء إلى القواعد المنظمة لها والتي بلورها الفقه وفقا لاجتهاد القضاء الإداري لاسيما مجلس الدولة الفرنسي.

غير أن ذلك لا يعفي المنظم من أداء دوره لتسهيل رقابة القضاء الإداري، فلا يعقل إهمال جزاء هام كجزاء مصادرة الضمان، فالمرسوم الرئاسي 247/15 لا ينص عليه، كما أنه يتسامح بخصوص تأسيس كفالة الضمان، من خلال جعلها تابعة لكفالة حسن التنفيذ وخاضعة لاستثناءاتها، الأمر الذي لا يضمن جدية المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزامه.

- فضل المنظم تسوية منازعات اختلال التوازن المالي للصفقة بعيدا عن القضاء، ووضع سبل وهيئات تضمن حل النزاع خارج أروقة القضاء، وهذا بالاتفاق بين الطرفين دون تدخل طرف ثالث، وهو موقف جد إيجابي يتماشى مع متطلبات الواقع العملي، فبعد نشوء العلاقة التعاقدية والشروع في إنجاز العمليات موضوع الصفقة، من الأفضل الحفاظ على العلاقة الودية مع المتعامل المتعاقد للحفاظ على سير المرافق العامة وعدم تعطيلها.

أما في حالة فشل الحل الودي الاتفاقي وتطور النزاع، فإن المنظم قدر أنه من اللازم وضع سبل أخرى، بين الضرورة والحتمية، إذ أنه من الضروري إنشاء لجان التسوية الودية بالنسبة للمتعاملين الوطنيين، ومن الحتمي السماح باللجوء إلى هيئات التحكيم الدولي بالنسبة للمتعاملين الأجانب، نظرا لقوة مركز المتعامل الأجنبي، لاسيما امتلاكه للتكنولوجية والوسائل اللازمة لإنجاز بعض الصفقات، الأمر الذي يحتم الاستجابة لرغبة المتعاملين الأجانب في رفض سبل وهيئات فض النزاعات الوطنية.

- ساهم سماح المنظم بإصدار أوامر الخدمة للإنجاز خدمات إضافية و/أو تكميلية، في تجاوز عائق طول إجراءات إبرام الملحق ورقابته والموافقة عليه، وذلك بتجنيب المتعامل المتعاقد خطر إنجاز الملحق بناء على أمر شفوي من المصلحة المتعاقدة.

- إن احتفاظ المشرع الجزائري بشرط عدم المساس بالنظام العام لاختصاص قاضي الاستعجال الإداري كدفع يجوز لهيئة القضاء الاستعجالي أن تخبر الخصوم به خلال الجلسة دون بقية الدفوع، أمر لا يعكس الرغبة في توسيع وعدم تقييد اختصاص القاضي الإداري، فهو شرط تجاوزه الزمن وتخلت عنه أكثر الأنظمة القضائية المقارنة رقبيا.

-رغم خطورة جزاء فسخ الصفقة العمومية، فقد تميزت سلطة القاضي الإداري تجاه قرار الفسخ الجزائي غير المشروع بالمحدودية، إذ أنه بعد القضاء بعدم مشروعية القرار لا يسع القاضي سوى الحكم بالتعويض للمتعاقل المتعاقد بدل توقيع جزاء الإلغاء وهو الجزاء اللازم في حالات اللامشروعية، ويرجع السبب في ذلك لقاعدة تبناها مجلس الدولة الفرنسي منذ حقبة زمنية بعيدة، قائمة على حجج ظرفية، وإنه من غير المبالغة القول أن محدودية سلطة القاضي الإداري في مرحلة تنفيذ الصفقة بوجه عام وبخصوص قرار الفسخ الجزائي غير المشروع، هي نقطة الضعف الأكثر خطورة والأكثر تهديدا لمكانة الرقابة القضائية على منازعات الصفقات العمومية.

بالنظر إلى النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة، يمكن تقديم بعض المقترحات التي من شأنها تفعيل الرقابة القضائية على مختلف منازعات الصفقات العمومية:- من ناحية التنظيم القانوني:

1- يحتاج التنظيم القانون للصفقات العمومية للعديد الجهود لتحسينه، لأنه غني عن البيان أن جودة النص القانوني تشكل أول ركيزة تدعم نجاح دور القضاء، فمن خلال دراسة النظام القانوني للصفقات العمومية إبراما وتنفيذا يتضح لنا الحاجة لإصلاح كل من تنظيم الصفقات العمومية وكذا النصوص المكملة له من خلال:

-ضرورة رسكلة تنظيم الصفقات العمومية والنصوص المكملة، وكذا النصوص التطبيقية له، بمراعاة عدة نقاط أهمها:

-ضرورة مراجعة بعض نصوص المرسوم الرئاسي 247/15 لتصبح أكثر قابلية لاستيعاب التطورات العملية، كتحيين الماديين 12 و 147 اللتان عجزتا عن احتواء الظروف الناجمة عن آثار إجراءات الوقاية من انتشار وباء كورونا.

- تحيين دفتر الشروط الإدارية العامة.

-مراجعة القرار الوزاري المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، بهدف إصلاح الاختلالات التي يعرفها.

2- استكمال البناء القانوني المكمل، حيث لا تزال القرارات التي نص المرسوم الرئاسي 247/15 على إصدارها لتحديد كفاءات تطبيق بعض أحكام لم تعرف النور بعد أكثر من خمسة سنوات على النص عليها، على سبيل المثال نذكر عدم صدور المرسوم التنفيذي المحدد لتنظيم وكفاءات سير سلطة ضبط الصفقات وتفويضات المرفق العام، هذا الوضع أدى إلى بقاء النصوص المتخذة تطبيقاً لأحكام المرسوم الرئاسي 236/10 سارية المفعول لمدة تزيد عن خمسة سنوات، مما وضع نظام الصفقات العمومية في مرحلة انتقالية طويلة.

- يتعين على المنظم القضاء تدريجياً على عيب عدم التوازن في تنظيم مختلف أحكام الصفقات العمومية.

أما ضمن مرحلة الإبرام ذاتها فإن المرحلة التمهيدية بدأت ملامحها في الظهور بصفة أفضل من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 لكنها لا تزال بحاجة إلى المزيد من التفصيل.

- وضع تنظيم قانوني محكم ومفصل للجزاءات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة، وهذا بتفصيل أكثر بالنسبة للغرامة التأخيرية، والفسخ لاسيما تحديد أهم حالات الفسخ النموذجية، ووضع الأساس القانوني لجزاء مصادرة الضمان، وللجزاءات الضاغطة.

- إعادة الاعتبار للضمانات التي تم إسقاطها من خلال المرسوم الرئاسي 247/15، وهي عديدة، لاسيما: العودة إلى نظام إزدواجية لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض، إعلان حالة عدم الجدوى عند تلقي عرض واحد أو التأهيل التقني لعرض واحد، وكذا عدم جواز تفويض اختصاص إبرام الصفقات.

- تقييد سلطات المصلحة المتعاقدة في المرحلة التمهيدية وتحديدًا في مجال: تحديد الحاجات، تنسيق الطلبات وتخصيص الصفقات.

- توسيع مبدأ العلانية في مرحلة إبرام الصفقات بتطبيقه في حالة إبرام الصفقة بأسلوب التراضي البسيط، وبذلك يصبح شاملاً لكل أساليب إبرام الصفقة الأصلية والاستثنائية.

- إعادة تنظيم إجراءات المنح المؤقت للصفقة، من خلال الحد من مظاهر السلطة التقديرية المطلقة لمسؤول المصلحة المتعاقدة.

-إعادة النظر في آليات إخطار قاضي الاستعجال قبل التعاقدي، للرقابة على مخالفة قواعد العلانية والمنافسة في إبرام الصفقات العمومية، باستحداث آليات جديدة أو تحسين الآليات الموجودة، لضمان تفعيل دعوى الاستعجال قبل التعاقدي.

-الإلغاء التام لشرط عدم المساس بالنظام العام، في مجال تحديد اختصاص قاضي الاستعجال.

أما على الصعيد القضائي البحت فيقترح:

-توسع القضاء الإداري في تفسير مخالفة قواعد العلانية والمنافسة، وقبول دعوى الاستعجال قبل التعاقدي، وهذا لتشجيع المتضررين من هذه المخالفات على إخطار المحكمة الإدارية، ووقف تجاوزات المصالح المتعاقدة في هذا الشأن.

-يتعين على القضاء الإداري أن يلعب دوره الإنشائي وأن يطور مبادئه ويتخلى عما أصبح منها لا يحقق العدالة لأطراف النزاع، فقد أصبح من الضروري قلب المفاهيم التقليدية التي تحكم دور القاضي الإداري وسلطاته في مجال قرارات مرحلة التنفيذ الصادرة خارج إطار المشروعية، بل وحتى الملائمة، وهذا بفرض الجزاء الحتمي والطبيعي للامشروعية وهو إلغاء القرار وإعدام آثاره القانونية، فضلا عن إلزام المصلحة المتعاقدة بجبر الأضرار التي قد تسببها تصرفاتها.

قائمة المراجع

أولا - باللغة العربية:

أ - الكتب:

- 1 - إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القضاء الإداري، الدار الجامعية، بيروت، 1997.
- 2 - إبراهيم محمد علي، أثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 3 - أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013.
- 4 - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
- 05 - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام -، ج 1، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- 06 - _____، الوسيط في شرح القانون المدني، (مصادر الالتزام)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 07 - الشريف عزيزة، دراسة في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1998.
- 08 - الطماوي سليمان، القضاء الإداري، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، ط 6، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986.
- 09 - _____، الأسس العامة للعقود الإدارية، (دراسة مقارنة) ط 05، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.

- 10- _____، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة- دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
- 11- الغوتي بن ملح، قضاء الاستعجال وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- 12- ازرايب نبيل، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018.
- 13- الوهيبي عبد الله بن حمد، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، مطابع الحميضي، الرياض، 2002.
- 14- باهي محمد، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2015.
- 15- _____، الدعوى المستعجلة في القضاء الإداري، 2017، (د ب ا).
- 16- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، 2005.
- 17- _____، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.
- 18- بلاوى ياسين بلاوى، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2011.
- 19- بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرفي، باتنة، 1995.
- 20- بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، ط 2، جسور، الجزائر، 2009.
- 21- _____، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 22- _____، القرار الإداري دراسة تشريعية قضائية فقهية مدعمة بأحدث القرارات القضائية، جسور، الجزائر، 2009.

- 23- _____، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، جسور، الجزائر، 2017.
- 24- _____، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، جسور، الجزائر، 2017.
- 25- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، عين مليلة، 2018.
- 26- توركان إبراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد والرقابة القضائية عليها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.
- 27- تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 28- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 29- جليل مونية، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، دار بلقيس، الجزائر، 2017.
- 30- حسن محمد هند، محمد حسن علي حسن، الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2004.
- 31- حلمي محمود، العقد الإداري، ط 2، دار الفكر العربي، 1977.
- 32- حمدي حسن حلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، 2002.
- 33- حمدي علي عمر، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2018.
- 34- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، (العقود الإدارية في التطبيق العملي)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

- 35- **حزيط محمد**، الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2015.
- 36- **خرشي النوي**، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، (د ت ن).
- 37- _____، الصفقات العمومية-دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، عين مليلة، 2018.
- 38- **خليفة عبد العزيز عبد المنعم**، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 39- _____، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام التنفيذ والمنازعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 40- _____، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 41- _____، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.
- 42- **خميس السيد إسماعيل**، موسوعة القضاء الإداري، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، (د ت ن).
- 43- **رشا محمد جعفر الهاشمي**، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

- 44- رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، د م ج، الجزائر، 1985.
- 45- ريم علي إحسان محمد العزاوي، وسائل إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014.
- 46- سرديوك هيبة، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، دار الوفاء للنشر، الإسكندرية، 2009.
- 47- شرواط حسين، شرح قانون المنافسة، دار الهدى، عين مليلة، 2012.
- 48- شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية-نظرية الاختصاص - ج 2، د م ج، الجزائر، 2009.
- 49- عادل عبد الرحمان خليل، آثار العقود الإدارية وفقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد، مطبعة الإيمان، (د ت ن).
- 50- _____، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- 51- عبد التواب عبد الباسط، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، ط 3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- 52- _____، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 53- عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري (دراسة مقارنة) دار لفكر العربي، القاهرة، 1975.
- 54- علي الدين زيدان، محمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، نظرية العقود الإدارية (صيغ الدعوى الإدارية)، ج 4،

المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، (د ت

(ن).

55- علي شفيق، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية (دراسة

مقارنة)، مركز البحوث، 2002.

56- علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج 1، مكتبة زين

الحقوقية والأدبية، بيروت، 2011.

57- علي عبد العال سيد أحمد، الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، مؤسسة دار الكتب،

الكويت، 1998.

58- علي عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري، مبدأ المشروعية (دعوى الإلغاء،

دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

59- عمر حلمي فهمي، آثار العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1993.

60- عوابدي عمار، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري،

ج 1، ط 2، د م ج، الجزائر، 1984.

61- _____، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار

هومه، الجزائر، 1999.

62- _____، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري (نظرية

الدعوى الإدارية)، ج 2، ط 3، د م ج، الجزائر، 2004.

63- فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري،

منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014.

64- كراش دحو، الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري والفرنسي، النشر

الجامعي الجديد، تلمسان، 2017.

65- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج 1، دار هومه

للنشر، الجزائر، 2005.

- 66- _____، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، ط 4، دار هوم، الجزائر، 2009.
- 67- _____، رسالة في الاستعجالات الإدارية، ج 2، دار هوم، الجزائر، 2016.
- 68- لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2013.
- 69- محمد الشافعي أبو راس، القضاء الإداري، عالم الكتب، القاهرة، (د ت ن).
- 70- _____، العقود الإدارية، (د ب ا).
- 71- محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، دار الثقافة، عمان، 2002.
- 72- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري المقومات الإجراءات الآثار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 73- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010.
- 74- محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، (دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 1998.
- 75- مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999.
- 76- معاشو عمار، النظام القانوني لعقود "المفتاح في اليد" بالجزائر، د م ج، الجزائر، 1998.
- 77- مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 78- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلّمانى، العقود الإدارة وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.

79- منصور محمد أحمد، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، دار النهضة الحديثة، القاهرة، 2000.

80- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

81- هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، مكتبة سعيد رأفت، الإسكندرية، 1979.

ب - الرسائل والمذكرات الجامعية:

1- رسائل الدكتوراه:

1- أكرور ميريام، الأجر في الصفقة العمومية للأشغال، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية 2014-2015.

2- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية، 2011-2013.

3- بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

4- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

5- جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2015.

- 6- **خضري حمزة**، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.
- 7- **رحماني راضية**، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه طور ثالث في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية 2016/2017.
- 8- **سعيد عبد الرزاق باخبيهر**، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2007-2008.
- 09- **شريف الشريف**، النظام المالي للعقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2013/2014.
- 10- **عتيق حبيبة**، القرارات الإدارية المنفصلة (دراسة نظرية تطبيقية)، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2018/2019.
- 11- **علاق عبد الوهاب**، ضمانات التعاقد في الصفقات ذات البعد الدولي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، فرع القانون العام، كلية الحقوق، قسم الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، السنة الجامعية 2016-2017.
- 12- **عليوات ياقوتة**، تطبيقات النظرية العامة للعقود الإدارية، (الصفقات العمومية في الجزائر)، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2008-2009.

- 13- فارة سماح، دور القاضي الإداري في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة العامة (دراسة مقارنة، فرنسا، مصر والجزائر)، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، السنة الجامعية 2015/2014.
- 14- كنتاوي عبد الله، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القوانين الجزائري والفرنسي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2018/2017.
- 15- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998.
- 16- يعيش تمام أمال، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2011-2012.
- 2- مذكرات الماجستير:
- 01- أكرور ميريام، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية، 2008-2007.
- 02- العربي وردية، فكرة النظام العام في الإجراءات القضائية الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2010/2009.

- 03- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة يوسف بن خده، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009.
- 04- بختي سهام، التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية 2013-2014.
- 05- بركايل رضية، الدعوى الإدارية الاستعجالية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
- 06- بزاجي سلوى، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية (دعوى الإلغاء نموذجاً)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون إداري ومؤسسات دستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2007.
- 07- بغيث عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص دولة ومؤسسات، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2013-2014.
- 08- بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، (دراسة تحليلية مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع المؤسسات الإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2007-2008.

- 09- **بن أحمد حورية**، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون عام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2010-2011.
- 10- **بن سديرة جلول**، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية، 2014-2015.
- 11- **بن زمام عبد الغني**، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة كلية الحقوق، السنة الجامعية 2007-2008.
- 12- **حابي فتيحة**، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- 13- **حدادة فيروز**، التعامل الثانوي في صفقات التوريد في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011.
- 14- **حذيفة عادل عبد الكريم منصور**، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفرد (دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والعراقي)، مذكرة مقدمة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015.

- 15- **خلف الله كريمة**، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، السنة الجامعية 2012-2013.
- 16- **زيات نوال**، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2013/2012.
- 17- **سبكي ريحة**، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- 18- **سي العربي عبد العزيز**، صلاحية القضاء في أمر الإدارة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017.
- 19- **شقطي سهام**، النظام القانوني للملحق في الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون إداري، جامعة باجي مختار عنابة، السنة الجامعية 2011/2010.
- 20- **صدراتي صدراتي**، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العلوم الإدارية والمالية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1984/1983.
- 21- **طالب بن دياب إكرام**، القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون عام

- معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد
تلمسان، السنة الجامعية 2017/2016.
- 22- **علاق عبد الوهاب**، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة
لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق
والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية
2004/2003.
- 23- **غانم ياسمين**، إجراءات إبرام الصفقات العمومية ومتطلبات الحوكمة الرشيدة، مذكرة
لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق
والعلوم السياسية، جامعة سوسة، تونس، السنة الجامعية 2017/2016.
- 24- **غني أمينة**، الاستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية،
مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع الإجراءات والتنظيم القضائي،
كلية الحقوق جامعة وهران، السنة الجامعية، 2012/2011.
- 25- **فرقان فاطمة الزهراء**، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة
ماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية
الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية
2007/2006.
- 26- **فينيش محمد الصالح**، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى تعاقدها، بحث لنيل درجة
الماجستير، فرع إدارة ومالية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية،
جامعة الجزائر، (د ت ن).
- 27- **كاملي مختار**، إبرام الصفقات العمومية ونظام مراقبتها في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة
ماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع نقود ومالية، كلية العلوم
الاقتصادية وعلوم التسيير جامعة الجزائر، السنة الجامعية
2007/2006.

28- كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012/2011.

29- مانع عبد اللطيف، طرق إبرام الصفقات، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، فرع قانون عام، السنة الجامعية 2008/2007.

30- محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014-2013.

31- مقيمي ريمة، القضاء الاستعجالي الإداري وفقا للقانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون الإدارة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2013-2012.

ج - المقالات والملتقيات:

1- المقالات:

01- ابن خليفة سميرة، "الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 9، العدد 2، جامعة غرداية، 2016، ص ص 187-205.

02- إرزيل الكاهنة، "التناسب القائم بين المنافسة والصفقات العمومية"، مجلة الحقوق والحريات، العدد 5، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018، ص ص 07-16.

- 03- إيمان فاطمة الزهراء رزوق، "تجليات تطبيق مبدأ المنافسة الحرة على إجراء المنح المؤقت لمشروع الصفقة - نظام طلب العروض-"، مجاميع المعرفة، المجلد 02، العدد 01، المركز الجامعي علي كافي، تيندوف، 2016، ص ص 60-69.
- 04- بخوش زين العابدين، "القضاء المستعجل في الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، المجلد 24، العدد 02، جامعة باجي مختار، عنابة، 2018، ص ص 36-50.
- 05- بدران مراد، "القضاء الاستعجالي قبل التعاقد: آلية جديدة نحو حوكمة العقود والصفقات العامة"، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 3، العدد 2، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص ص 50-72.
- 06- براهيم سهايم، براهيم فايزة، "الاعتراف القانوني للقاضي الإداري بمواجهة الإداري في تنفيذ الأحكام القضائية"، دفا تر السياسة والقانون، العدد 10، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص ص 209-228.
- 07- براهيم عبد الرزاق، "مدى فعالية الرقابة القبلية الداخلية على الصفقات العمومية في الحد من ظاهرة الفساد الإداري"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 3، العدد 4، جامعة المسيلة، 2018، ص ص 187-207.
- 08- بزاجي سلوى، "رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 1، جامعة بجاية، 2012، ص ص 29-47.

- 09- بغلول عباس، "الإقصاء في قانون الصفقات العمومية الجزائري"، حوليات كلية الحقوق، المجلد 6، العدد 1، جامعة محمد بن أحمد، وهران ، 2014، ص ص 40-55.
- 10- بلشهب يوسف، "إشكالية المصادقة على صفقات الجماعات الترابية"، <https://www.marocdroit.com> تاريخ الاطلاع: (2018/10/16).
- 11- بن السي حمو محمد المهدي بن عبد الله، "الرقابة الداخلية على إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 10، العدد 1، جامعة العقيد أحمد دراية، أدرار، 2017، ص ص 328-342.
- 12- بن النوي الزبير، "الحماية القانونية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 7، جامعة المسيلة، 2017، ص ص 560-576.
- 13- بن بوزيد دغبار نورة، "الكتابة في الصفقات العمومية"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 9، العدد 1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016، ص ص 67-73.
- 14- _____، "منازعات الصفقات العمومية"، دفا تر السياسة والقانون، العدد 15، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016 ، ص ص 441-447.
- 15- بن جيلالي عبد الرحمن، "انتفاء استقلالية ونجاعة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتقييضا ت المرفق العام في الجزائر"، مجلة الأستاذ الباحث

- للدراستات القانونية والسياسية، العدد 2، المجلد 4، جامعة
المسييلة، 2019، ص ص 1101-1117.
- 16- بن سالم خيرة، "نحو ترشيد النفقات وتعزيز مبادئ عقود الصفقات قراءة في مرسوم
247/15 المتضمن تنظيم الصفقات وتفويضات المرفق العام"، مجلة
صوت القانون، المجلد 5، العدد 1، جامعة خميس مليانة، 2018،
ص ص 27-51.
- 17- بن شعلال محفوظ، "إجراءات إبرام الصفقات العمومية: ضمانات للشفافية أم حواجز
تقليدية؟"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد
9، المركز الجامعي لتامنغست، 2015، ص ص 63-74.
- 18- بوالكور عبد الغني، منيغز سناء، "ضبط و تحديد الحاجات بمناسبة إبرام الصفقات
العمومية"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 03،
جامعة عبد الحق بن حمودة جيجل، 2017، ص
ص 168-183.
- 19- بوجادي عمار، اختصاص مجلس الدولة في المادة الإدارية الاستعجالية، المجلة
النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو،
العدد، 2007، ص ص 29-47.
- 20- بورحلة مولود، لحلول كمال، لعيسوف سمير، "معايير اختيار العرض الأمثل بين
المزايا المالية أو الاقتصادية أو التقنية في مجال صفقات الأشغال"،
مجاميع المعرفة، المجلد 1، العدد 1، المركز الجامعي تيندوف، 2015،
ص ص 32-56.
- 21- بوزيدي خالد، "إدماج البعد البيئي في مجال الصفقات العمومية بين متطلبات تحقيق
التنمية المستدامة وحماية البيئة"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات

- القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 04، جامعة المسيلة، 2019،
ص ص 417-433.
- 22- بوسلامة حنان، "الرقابة على الصفقات العمومية في القانون الجزائري"، مجلة العلوم
الإنسانية، العدد 47، جامعة منتوري، قسنطينة، 2017، ص ص
153-162.
- 23- بوضياف الخير، "الرقابة الداخلية في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الدراسات
والبحوث القانونية، المجلد 3، العدد 4، جامعة المسيلة، 2018، ص
95-107.
- 24- بوعكاز نسرين، "القرارات القابلة للانفصال في عقد الصفقات العمومية - صفقات
الأشغال العامة-"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 10،
العدد 01، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2017، ص ص 67-78.
- 25- بوفراش سفيان، "أهمية التعليل الوجوبي للقرارات الإدارية في دولة القانون"، المجلة
النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، جامعة مولود معمري، تيزي
وزو، 2013، ص ص 185-206.
- 26- تونسلي سعاد، "الإخلال بقواعد المنافسة والإشهار في الصفقات العمومية"، مجلة
الدراسات الحقوقية، المجلد 03، العدد 01، جامعة مولاي طاهر،
سعيدة، 2016، ص ص 39-55.
- 27- جابر زيد، ديجي وهيبة، "إجراءات وطرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع
الجزائري"، مجاميع المعرفة، المجلد 1، العدد 1، المركز
الجامعي علي كافي، تيندوف، 2017، ص ص 151-
167.

- 28- جدي سليمة، "منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة الإشراف والمراقبة"، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد 10، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2017، ص 530-546.
- 29- جليل مونية، "دور لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض في حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 31، العدد 1، الجزائر، 2017، ص ص 393-409.
- 30- جمل سليمان، "دور رقابة لجان الصفقات العمومية في الوقاية من الفساد ومكافحته في الجزائر"، دراسات في الوظيفة العامة، المجلد 3، العدد 1، المركز الجامعي بالبيض، 2018، ص ص 121-135.
- 31- حابي فتيحة، "فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 09، المركز الجامعي لتمرست، 2015، ص ص 96-116.
- 32- حسن محمد علي حسن البنان، "أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري-دراسة مقارنة-"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 58، العراق، 2018، ص ص 156-218.
- 33- حمودي محمد بن هاشمي، "الاستشارة كآلية لإبرام الطلبات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 9، العدد 2، جامعة غرداية، 2016، ص ص 47-62.
- 34- خضرون عطاء الله، "الاستعجال في المادة الإدارية"، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الرابع، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، 2018، ص ص 53-82.

- 35- خضري حمزة، "الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية"، دفا تر
السياسة والقانون، العدد 7، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012،
ص ص 173-188.
- 36- _____، "الإجراءات السابقة على التعاقد في الصفقات العمومية"، مجلة
الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 9، المركز الجامعي
لتمنراست، 2015، ص ص 52-62.
- 37- _____، "الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر"، مجلة الفكر
القانوني، المجلد 11، العدد 1، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016،
ص ص 197-213.
- 38- خطار شطناوي على، "صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد
معه"، مجلة الحقوق، العدد 1، الكويت، 2000، ص ص
67-121.
- 39- خيرة هلالبي، سليمان شلباك، "الاستعجال الإداري في ظل أحكام قانون 09/08"،
مجلة الدراسات القانونية والسياسية "، المجلد 1، العدد
02، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، 2015، ص ص
294-307.
- 40- دهمة مروان، "القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية"، مجلة
التمكين الاجتماعي، المجلد 2، العدد 3، جامعة عمار ثلجي،
الأغواط، 2020، ص ص 122-139.
- 41- ديش سورية، "الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومية طبقا
للمرسوم الرئاسي 15-247"، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد
09، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2016، ص ص 227-239.

- 42- دراجي عبد القادر، "سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية"، مجلة المفكر، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد خيضر، بسكرة، ص ص 92-105.
- 43- رزايقية عبد اللطيف، "دعوى الصفقات العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 8، العدد 1، المركز الجامعي لتمرست، 2019، ص ص 261-281 .
- 44- رزيق عمار، شمس بشير الشريف، "قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية في الجزائر"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، العدد 11، 2017، ص ص 626-639.
- 45- رشا عبد الرزاق جاسم، "الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري"، مجلة الحقوق، المجلد 04، العدد 13، كلية القانون، جامعة المستنصرية، بغداد، 2012، ص ص 191-214.
- 46- زناتي مصطفى، "ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية -حجر الزاوية في عقلنة وترشيد الطلب العمومي"، مجلة البحوث السياسية والإدارية، العدد 01، المجلد 07، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ص ص 41-50.
- 47- زواوي عباس، "الدعوى الاستعجالية الإدارية في ظل قانون 09/08 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 31/30، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2013، ص ص 211-220.

- 48- سحر جابر يعقوب، "الجزاءات المالية في العقد الإداري"، مجلة كلية الفقه، المجلد 3، العدد 5، جامعة الكوفة، ص ص 329-345.
- 49- سلامي سمية، "الإجراءات السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، العدد 04، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ص ص 39-64.
- 50- شتوان حنان، "مدى تطبيق نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية في القضاء الإداري الجزائري"، مجلة إليزا للبحوث والدراسات، العدد 03، المركز الجامعي إليزي، 2018، ص ص 316-288.
- 51- ضريفي نادية، دراج عبد الوهاب، "المركز الممتاز للمصلحة المتعاقدة في مرحلة تكوين الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 1، المجلد 4، جامعة المسيلة، 2019، ص ص 39-72.
- 52- عباد صوفية، "الأساس القانوني لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على امتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري"، مجلة حقيقة، مجلد 17، العدد 3، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2018، ص ص 295-274.
- 53- عبد القادر دراجي، "سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية"، مجلة المفكر، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد خيضر بسكرة، 2014، ص ص 91-105.

54- عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، "القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري"، مجلة كلية الحقوق، العدد 8، المجلد 2، جامعة

النهرين، العراق، 2006، ص ص 1-45.

55- عبد الوافي عبد الجبار، بن السي حمو محمد المهدي، "رقابة القضاء الإداري على

قرار الإدارة توقيع الجزاء في

عقود الصفقات العمومية"،

مجلة القانون والعلوم

السياسية، العدد 7، المركز

الجامعي بالنعامة، 2018،

ص ص 252-270.

56- عبد الوهاب محمد، "الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في

ظل أحكام المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة العلوم الاجتماعية

والقانونية، العدد 09، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018 ص

ص 531-542.

57- عدو عبد القادر، "التحقيق في الدعوى الإدارية المستعجلة"، المجلة الجزائرية للعلوم

القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 52، العدد 02، جامعة بن

يوسف بن خدة، الجزائر، ص ص 69-94.

58- _____، "الجديد في قضاء الاستعجال الإداري"، مجلة القانون والمجتمع،

المجلد 1، العدد 1، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2013، ص ص

90-105.

59- عزوزي فؤاد، "دور القضاء الإداري في حماية حقوق أطراف العقد الإداري"،

(تاريخ الاطلاع <https://www.bibliotdroit.com/2017/10/>)،

(2018/07/04

- 60 - عطوي مريم، بن شيخ نور الدين، "قواعد المنافسة في إطار الصفقات العمومية وفقا للقانون الجزائري"، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد 4، العدد 2، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2019، ص ص 99-110.
- 61 - علاق عبد الوهاب، "آثار هامش الأفضلية على مبدأ المنافسة في الصفقات الدولية"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 13، جامعة لحاج لخضر، باتنة، 2017، ص ص 33-50.
- 62 - علي عمار، "مفهوم القضاء الاستعجالي والقضايا الاستعجالية"، مجلة الفقه والقانون، العدد 11، المغرب، 2013، ص ص 45-54.
- 63 - عماري عصام، "حقوق المتعامل الاقتصادي في قانون الصفقات العمومية 247/15"، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 8، العدد 19، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2019، ص ص 143-172.
- 64 - عميري أحمد، "دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 18، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2017، ص ص 226-234.
- 65 - غربي أحسن، "النظام القانوني للحكم بالإلغاء"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص ص 355-374.
- 66 - فاضلي سيد علي، "التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية"، <https://cte.univ-setif2.dz/moodle/pluginfile.php> (تاريخ الاطلاع 2019/10/10).

- 67- فريحة حسين، "الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري"، إدارة، العدد 26، الجزائر، 2003، ص ص 7-48.
- 68- قابسي محمد الصادق، "سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 16، جامعة لحاج لخضر، باتنة، 2018، ص ص 434-453.
- 69- قاسمي خديجة، عرباوي نبيل صالح، "نطاق اختصاص القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية"، مجلة القانون والأعمال،
<https://www.droitentreprise.com/?p=1>
 1079 (تاريخ الاطلاع 2018/09/21).
- 70- قاصدي فايزة، "المبادئ الأساسية للصفقات العمومية"، المعيار، المجلد 06، العدد 01، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2015، ص ص 334-346.
- 71- قرانة عادل، "إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير"، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد 35، جامعة باجي مختار، عنابة، 2013، ص ص 177-188.
- 72- قمار خديجة، "تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقات (حقائق وتناقضات)"، مجلة صوت القانون، المجلد 06 العدد 02، جامعة خميس مليانة، 2019، ص ص 801-819.
- 73- كتو محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص ص 73-101.

- 74 - كنتاوي عبد الله، "أطراف دعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية -دراسة مقارنة-"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 17، جامعة الوادي، 2018، ص ص 288-303.
- 75 - لعلام محمد مهدي، "الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية"، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 1، العدد 02، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص ص 195-218.
- 76 - لعلاونة سليمان، "تفعيل سلطات القاضي الإداري في مواجهة الإدارة العامة من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09"، بحوث جامعة الجزائر 1، العدد 9، ج 2، الجزائر 2016، ص ص 223-241.
- 77 - لكساسي سيد احمد، "مبدأ العلانية في الصفقات العمومية"، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية، العدد 7، جامعة العربي بن المهيدي، أم البواقي، 2017، ص ص 797-809.
- 78 - ليث رافع خلف، يعرب ثائر حبيب، "أثر القيود الموضوعية السابقة على إبرام العقد الإداري على عمل سلطة الإدارة المتعاقدة في القانون العراقي"، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 45، العدد 4، الجامعة الأردنية، الأردن، 2018، ص ص 249-258.
- 79 - محمد سعيد غندور، "دعوى القضاء المستعجل السابقة للتعاقد في فرنسا"، المنارة، المجلد 2، العدد 2/أ، جامعة آل البيت، الأردن، 2014، ص ص 325-348.

- 80- محمد سمير محمد جمعة، "مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 49، مصر، 2011، ص 187-221.
- 81- محمود أبو السعود، "سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 39، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1997، ص ص 165-280.
- 82- مدين أمال، "مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي"، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، العدد 2، المجلد 1، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص ص 32-52.
- 83- مسقم مريم، "دفاتر الشروط كآلية لتحقيق شفافية الإجراءات في الصفقات العمومية"، مجلة المقار للدراسات الاقتصادية، العدد 3، المركز الجامعي تيندوف، 2018، ص ص 116-130.
- 84- منصور إبراهيم العتوم، "النظام القانوني لغرامة التأخير"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 53، كلية القانون، جامعة الإمارات، 2013، ص ص 343-395.
- 85- مهند مختار نوح، "القاضي الإداري والأمر القضائي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية، المجلد 20، العدد 02، سوريا، 2004، ص ص 183-245.
- 86- نجيمي جمال، "القضاء الإداري الاستعجالي بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي" الفكر البرلماني، العدد 11، الجزائر، 2006، ص ص 106-113.

- 87- هزيل جلول، "المنح المؤقت جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية"، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 1، العدد2، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص ص 01-31.
- 88- هشام محمد أبو عمرة، عليوة كامل، "الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الإدارية والمالية، المجلد 01، العدد 01، جامعة الوادي، الجزائر، 2017، ص ص 75-88.
- 89- هلاي مسعود، بن ساعد محمد أنور، "الدعوى المستحدثة في إبرام العقود والصفقات في التشريع الجزائري -قراءة في أحكام المادة 946- من قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة التراث، المجلد 01، العدد02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2019، ص ص 74-89.
- 90- يحي محمد مرسي النمر، "التطورات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة -دراسة مقارنة-"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2، 2017، ص ص 131-203.
- 91- يعيش تمام أمال، حاجة عبد العالي، "دعوى وقف تنفيذ القرارات بناء على أمر استعجالي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08"، مجلة المفكر، المجلد 04، العدد 04، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009، ص ص 319-326.
- 92- يعيش تمام شوقي، "سلطات القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية في النظام القانوني الجزائري"، مجلة الحقوق

والعلوم السياسية، العدد 09، جامعة خنشلة، 2018، ص ص
341-351.

2- المداخلات:

01- الواشني مريم، "مراحل إبرام المناقصة في الصفقات العمومية"، الملتقي الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013.

02- بلحاج نصيرة، "تحديد السعر في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري"، الملتقي الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013.

03- بودريوه عبد الكريم، "مدي مسايرة قانون الصفقات العمومية للنهج الإصلاحية دولة متدخلة أم ضابطة أم مترددة"، الملتقي الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 30-01 ديسمبر 2011.

04- بولكور عبد الغني، "المنازعات الناشئة بعد إبرام الصفقات العمومية"، الملتقي الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر - 01 ديسمبر 2011.

05- حططاش عبد الكريم، زيتوني هند، "مدي ملائمة نظام الصفقات العمومية لتجسيد برنامج الاستثمارات العامة للفترة 2001-2004"، أبحاث المؤتمر الدولي حول تقييم آثار برامج الاستثمارات العامة وانعكاساتها على التشغيل، الاستثمار والنمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2004، أنظر: www.univ-

تاريخ ecosetif.com/Article-546.html

الاطلاع (2013/01/13)

06- حوري يوسف، "سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني

السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام،

كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013.

07- جيلالي عبد الحق، "الغرامة التهديدية كآلية لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام

والقرارات الصادرة ضدها"، الملتقى الدولي الثامن حول

التوجهات الحديثة للقضاء الإداري، ودوره في إرساء دولة

القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشهيد حمة

لخضر الوادي، يومي 06-07 مارس 2018، ص ص

271 - 282.

08- سهام بن دعاس، "فعالية قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، الملتقى

الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية

المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20

ماي 2013.

09- شقطني سهام، "الرقابة على الملحق في الصفقات العمومية في الجزائر"، الملتقى

الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال

العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي

2013.

10- شكلاط رحمة، "الصفقات العمومية: مقاربة تشريعية جديدة"، الملتقى الوطني حول أثر

التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر - 01 ديسمبر 2011.

- 11- ضريفي نادية، "توسيع مجال قانون الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية"، يوم دراسي حول الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، جامعة المسيلة، يوم 23 فيفري 2016، <https://www.univ-msila.dz/ar/wp-> (تاريخ الاطلاع 19 2020/07/).
- 12- طباع نجاة، "الحماية القانونية للمال العام من جانب اختيار المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية بين الامتيازات والعراقل"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013.
- 13- فكير محمد، "رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن -آلية وقائية لحماية المال العام"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20 ماي 2013.
- 14- مركادن فريدة، "طرق و إجراءات إبرام الصفقات العمومية -دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013.
- 15- لعور بدرة، "الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015.
- 16- ليلى بوكحيل، "دور القضاء الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة"، الملتقى الوطني حول حرية المنافسة في القانون الجزائري، جامعة باجي مختار عنابة، يومي 03-04 أفريل 2013.

د - النصوص القانونية:

أ - الدستور

- دستور الجزائر لسنة 1996، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بنشر نص الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، معدل و متمم بالقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل 2002، معدل و متمم بالقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 36، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008، معدل و متمم بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر عدد 14 صادر في 2016/03/07.

ب - النصوص التشريعية

- 01- أمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 47، صادر في 9 يونيو 1966، معدل و متمم بقانون رقم 90-23 مؤرخ في 18 أغسطس 1990، ج ر عدد 36، صادر في 22 أغسطس 1990، (ملغى).
- 02- أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر، عدد 52، صادر في 27 يونيو 1967، (ملغى).
- 03- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر في 30 سبتمبر سنة 1975 معدل و متمم.
- 04- مرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 10 أبريل 1982، يتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج ر عدد 15، صادر في 13 أبريل 1982، معدل و متمم (ملغى).

05- مرسوم رقم 84-116 مؤرخ في 12 ماي 1994، يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد 20، صادر في 15 ماي 1984.

06- قانون 21/90 مؤرخ في 15 أوت 1990 يتعلق بالمحاسبة العمومية، ج ر عدد 35 صادر في 15/08/1990.

07- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 2003/07/19 يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، الصادر في 2003/07/20، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12، المؤرخ في 25/06/2008، ج ر عدد 36 الصادر في 2008/07/02، معدل ومتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46 صادر في 18/08/2010.

08- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14 الصادر في 08 مارس سنة 2006، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 غشت سنة 2010 ج ر عدد 05 صادر بتاريخ 01 سبتمبر 2010، متمم بالقانون 10-11 المؤرخ في 27 أكتوبر 2010، ج ر عدد 66 صادر في 03 نوفمبر 2010، معدل ومتمم بالقانون رقم 11-15 مؤرخ في 02 أوت 2011، ج ر عدد 44 صادر في 10 أوت 2011.

09- قانون 03/06 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر عدد 14، صادر في 08/03/2006.

10- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر في 23 أبريل 2008.

- 11- قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 يونيو 2011 يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37، صادر في 03 يوليو سنة 2011.
- 12- قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فيفري 2012 يتعلق بالولاية، ج ر عدد 12 صادر في 29 فيفري 2012.
- 13- قانون 17-02 مؤرخ في 10 يناير 2017 يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج ر عدد 02 صادر في 11 يناير 2017.

ج- النصوص التنظيمية

- 01- مرسوم رئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، صادر في 28 جويلية 2002، معدل بالمرسوم رئاسي رقم 08 - 338 مؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2008، (ملغى).
- 02- مرسوم رئاسي رقم 128/04 مؤرخ في 19 أبريل 2004، يتضمن المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بتحفظ، ج ر عدد 26 صادر في 25 أبريل 2004.
- 03- مرسوم رئاسي رقم 137/06 مؤرخ في 10 أبريل 2006، يتضمن المصادقة على اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمكافحة فساد، ج ر عدد 24 صادر في 16 أبريل 2006.
- 04- مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، صادر في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 1 مارس 2011، ج ر عدد 14، صادر في 6 مارس 2011، معدل و متم بالمرسوم الرئاسي 11-222، مؤرخ في 16 يونيو 2011، ج ر عدد 34، صادر في 19 يونيو 2011، معدل و متم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23، المؤرخ 18 يناير 2012، ج ر عدد 4، صادر في 26 يناير

- 2012، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي - رقم 03-13، مؤرخ في 7 يناير 2013،
ج ر عدد 2، صادر في 13 يناير 2013.
- 05- مرسوم رئاسي رقم 249/14 المؤرخ في 08 سبتمبر 2014، الاتفاقية العربية
لمكافحة الفساد ج ر عدد 54 صادر في 21 سبتمبر 2014.
- 06- مرسوم رئاسي 247/15 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات
العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، صادر في 20 سبتمبر 2015.
- 07- مرسوم رئاسي 237/20 مؤرخ في 31 غشت 2020، يحدد التدابير الخاصة المكيفة
لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا
(كوفيد 19) ومكافحته، ج ر عدد 51، صادر في 31 غشت 2020.
- 08- مرسوم تنفيذي رقم 91-434، مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات
العمومية، ج ر عدد 57، صادر في 11 نوفمبر 1991، (ملغى).
- 09- مرسوم تنفيذي رقم 95-310 مؤرخ في 10 أكتوبر 1995، يحدد شروط التسجيل في
قوائم الخبراء القضائيين وكيفية، كما يحدد حقوقهم وواجباتهم، ج ر عدد 60 صادر
في 15 أكتوبر 1995.
- 10- المرسوم التنفيذي 67/98 المؤرخ في 1998/02/21، يتضمن إنشاء صندوق ضمان
الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، ج ر عدد 11 صادر في 1998/02/28، معدل
ومتتم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06/08 المؤرخ في 2008/01/19، ج ر عدد
05، الصادر في 2008/01/30.
- 11- مرسوم تنفيذي رقم 98-227 مؤرخ في 13 يوليو سنة 1998، يتعلق بنفقات الدولة
للتجهيز، ج ر عدد 51، صادر في 15 يوليو 1998، معدل و متمم بموجب المرسوم
تنفيذي رقم 09-148 مؤرخ في 2009/05/02، ج ر عدد 26 صادر في 03 ماي
2009.

12- مرسوم تنفيذي 20-69 المؤرخ في 21 مارس 2020، يتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) و مكافحته، ج ر عدد 15، صادر في 21 مارس 2020.

د - القرارات

01- قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج ر عدد 6، صادر في 19 يناير 1965.

02- قرار مؤرخ في 28 مارس سنة 2011، يحدد كفايات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 24، صادر في 20 أبريل 2011 (ملغى).

03- قرار وزاري صادر في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، ج ر عدد 24 صادر في 20 أبريل 2011.

04- القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011 يتعلق بكفايات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ج ر عدد 24، صادر في 20/04/2011.

05- قرار وزاري صادر عن الوزير المكلف بالمالية بتاريخ 28 مارس 2011، يحدد كفايات تشكيل وسير مجموعات الطلبات، ج ر عدد 24 صادر في 20 أبريل 2011.

06- قرار وزاري مؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد نماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشح والتصريح بالاككتاب ورسالة التعهد والتصريح بالمناول، ج ر عدد 17 صادر في 16 مارس 2016

07- قرار وزاري مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كفايات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 17، صادر في 16 مارس 2016.

08- قرار وزاري مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كيفية التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 17، صادر في 16 مارس 2016.

09- تعليمة وزارية (الوزارة الأولى) رقم 163/و/2020، مؤرخة في 13 أبريل 2020، بخصوص التخفيف من آثار تدابير الوقاية من وباء كورونا فيروس "كوفيد 19" ومكافحته، على الأداة الوطنية للإنجاز.

هـ - الاجتهادات القضائية:

01- قرار رقم 35444، صادر بتاريخ 18/12/1985، عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 1، لسنة 1990، يتضمن تعريف لشرط عدم المساس بأصل الحق.

02- قرار رقم 66930، صادر بتاريخ 16/06/1990، عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، قضية (س ا) ضد (بلدية باتنة)، المجلة القضائية، عدد 3، 1993، ص ص 170-173، يتضمن عدم جواز تطرق الخبير لمسألة التعويض.

03- قرار رقم 72400، صادر بتاريخ 16/06/1990، عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، قضية بلدية عين أزال ضد السيد (ب س)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، 1993، ص ص 131-133، يتضمن شرط وجوب نشر دعوى الموضوع لقبول دعوى الاستعجال.

04- قرار رقم 92189، صادر بتاريخ 22 مارس 1992، عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، عدد 1، 1993، يتضمن مفهوم الاستعجال.

05- قرار رقم 12300، صادر بتاريخ 08/10/2000، صادر عن الغرفة الخامسة لمجلس الدولة، قضية (التعاضدية ع.أ.ح.م) ضد (وزير الداخلية)، مجلة مجلس الدولة، عدد 03، 2003، يتضمن وجوب عدم تجاوز موضوع الطلب المقدم إلى قاضي الاستعجال في تدبير إثبات حالة، أكثر من إثبات وقائع مادية.

- 06- قرار رقم 5671، صادر بتاريخ 2002/12/17، عن الغرفة الثانية لمجلس الدولة، قضية (ض ص) ضد إدارة الجمارك، مجلة مجلس الدولة، عدد خاص بالمنازعة الضريبية، ص ص 68-69، يتضمن اختصاص قاضي الاستعجال باتخاذ تدبير وقف تنفيذ الحجز.
- 07- قرار رقم 13397، صادر بتاريخ 2003/01/17، عن مجلس الدولة، قضية (ر ل) ضد (ب ع)، مجلة مجلس الدولة، العدد 04، 2003، ص ص 135-137، يتضمن شرط وجوب نشر دعوى الموضوع لقبول دعوى الاستعجال.
- 08- قرار رقم 006052، صادر بتاريخ 2003/04/15، عن مجلس الدولة، قضية (ق ع) ضد بلدية مثلي، مجلة مجلس الدولة، العدد 4، 2003، ص ص 71-73، يتضمن عدم استحقاق فوائد التأخير نتيجة التأخر في تسديد مبالغ تحيين السعر الأصلي للصفقة.
- 09- قرار رقم 38061، صادر بتاريخ 2007/11/14، عن مجلس الدولة، قضية السيد (ح م) ضد والي ولاية البيض (قرار غير منشور)، يتضمن وجوب احترام المتنافس الطرق التي حددتها المصلحة المتعاقدة لإيداع العروض.
- 10- قرار رقم 44954+44746، صادر بتاريخ 2009/02/11، عن مجلس الدولة، في قضية مقالة الأشغال العمومية ضد ولاية الشلف ومن معها (قرار غير منشور)، يتضمن إمكانية إلغاء المصلحة إبرام الصفقة مع المتعاقد في حالة تماطله في توقيع العقد.
- 11- قرار رقم 045429، صادر بتاريخ 2009/02/11، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة قضية بلدية حاسي الرمل ضد (م ف.ت.ا.م.ك) (قرار غير منشور)، يتضمن وجوب التأشير على الوثائق الخاصة بإنجاز الصفقة من الموظف المختص.

- 12- قرار رقم 045359، صادر بتاريخ 2009/02/11، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة في قضية بلدية بطيوة ضد مؤسسة الأشغال العمومية بوهرا (قرار غير منشور)، يتضمن وجوب توفر شروط مراجعة الأسعار.
- 13- قرار رقم 045200، صادر بتاريخ 2009/02/11، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، قضية السيد (ح ط) ضد والي ولاية الجزائر (قرار غير منشور)، يتضمن شرط عدم مرور فترة زمنية طويلة تفصل بين إنجاز الأشغال وإجراء المعاينة أو الخبرة.
- 14- قرار رقم 047446+044954، صادر بتاريخ 2009/02/11، مجلس الدولة الجزائري، قضية ولاية الشلف ومن معها ضد مقالة الأشغال العمومية (قرار غير منشور)، يتضمن وجوب التوقيع على الصفقة حتى يكون العقد قائما بين طرفيه.
- 15- قرار رقم 045576، صادر بتاريخ 2009/03/18، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، قضية رئيس بلدية أنسيغة ولاية خنشلة (قرار غير منشور)، يتضمن وجوب حصول المتعاقد على الوثائق التي تثبت التنفيذ للحصول على مستحقاته.
- 16- قرار رقم 045619، صادر بتاريخ 2009/03/18، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة في قضية الشركة الوطنية لكبريات أشغال الطرق بالرعاية ضد ولاية ورقلة (قرار غير منشور)، يتضمن عدم إمكانية مراجعة الأسعار بعد الغلق النهائي للحساب.
- 17- قرار رقم 049432، صادر بتاريخ 2009/12/10، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، في قضية مقالة الأشغال العمومية والعمارات والري (س أ) ضد والي ولاية وهران ومن معه، (قرار غير منشور)، يتضمن إلزامية حصول المقاول على أمر الشروع في الخدمة قبل مباشرة تنفيذ الأشغال.
- 18- قرار رقم 048888، صادر بتاريخ 2009/12/10، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، في قضية شركة اللافتات وإشارات الطرق والبيئة ش ذ م م ضد ولاية الجزائر، (قرار غير منشور)، يتضمن وجوب التطابق بين الوثائق التي تملكها المصلحة المتعاقدة ووثائق التي يظهرها المتعامل لإثبات التنفيذ.

- 19- قرار رقم 050305، صادر بتاريخ 2009/12/10، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة قضية بلدية رأس العيون ضد مقاوله الاتصالات (ط ع) (قرار غير منشور)، يتضمن وجوب إثبات المتعامل التنفيذ المطابق للصفقة للحصول على مستحقاته.
- 20- قرار رقم 049432، صادر بتاريخ 2009/12/10، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، في قضية مقاوله الأشغال العمومية والعمارات والري (س أ) ضد والي ولاية وهران ومن معه، (قرار غير منشور)، يتضمن إلزامية حصول المقاول على أمر الشروع في الخدمة قبل مباشرة تنفيذ الأشغال.
- 21- قرار رقم 058475، صادر بتاريخ 2011/03/10، عن مجلس الدولة الجزائري، قضية ش.ذ.ش والمسمأة أشغال البناء العمومي "كوجديب" COGDIB ضد الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره "عدل" AADL ومن معها (قرار غير منشور)، يتضمن اختصاص قاضي الاستعجال قبل التعاقد بمجرد توفر حالة إخلال بقواعد العلانية والمنافسة في إبرام الصفقات العمومية.
- 22- قرار رقم 066331، صادر بتاريخ 2012/03/15، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، قضية مكتب الدراسات (BETARS) ضد ولاية بومرداس (قرار غير منشور)، يتضمن إلزام المصلحة المتعاقدة بدفع مستحقات المتعاقد بمجرد إثبات تنفيذ موضوع الصفقة.
- 23- قرار رقم 091247، صادر بتاريخ 2016/01/07، عن مجلس الدولة، قضية بلدية بسكرة ضد (ح ع) (قرار غير منشور)، يتضمن التزام المصلحة المتعاقدة دون غيرها بدفع مستحقات المتعاقد.
- 24- قرار رقم 091413، صادر بتاريخ 2016/01/07، عن مجلس الدولة، قضية مديرية التكوين المهني والتمهين ضد (ق ن) ومن معه (قرار غير منشور)، يتضمن عد إمكانية الطعن بالإلغاء ضد قرار الفسخ، لكون دعوى الفسخ تندرج ضمن دعاوى القضاء الكامل.

- 25- قرار رقم 17/01308، صادر بتاريخ 2017/12/19، عن المحكمة الإدارية الجلفة، قضية السيد (م ع) صاحب مؤسسة التجارة بالجملة للحوم الحمراء، ضد الديوان الوطني للخدمات الجامعية ومديرية الخدمات الجامعية بالجلفة، يتضمن سلطة وقف إمضاء الصفقة، (غير منشور).
- 26- قرار مجلس الدولة رقم 18/0006 صادر في 2018/03/28 قضية الديوان الوطني للخدمات الجامعية ضد (ع م) (غير منشور)، يتضمن وجوب سحب دفتر الشروط من طرف المتعامل الاقتصادي أو بوكالة خاصة.
- 27- قرار رقم 162004 صادر بتاريخ 2019/04/04، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة قضية (ش.ذ.م.د) ضد وكالة التسيير والتنظيم العقاري والحضري معسكر (قرار غير منشور)، يتضمن إمكانية فسخ الصفقة دون إعدار في حالة الغش.
- 28- قرار رقم 142279، صادر بتاريخ 2019/05/02، عن مجلس الدولة، قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية باتنة ضد "ل ف" (قرار غير منشور)، يتضمن عدم الجمع بين تعويضين.
- 29- قرار رقم 19/00112، صادر بتاريخ 2019/06/19، عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة في قضية مقالة أشغال البناء الكبرى ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية خنشلة (قرار غير منشور)، يتضمن عدم استحقاق المتعامل المتعاقد الفوائد التأخيرية في حالة تأخر المصلحة المتعاقدة في دفع مبلغ مراجعة الأسعار.

ثانيا - باللغة الفرنسية:

A – Ouvrages :

- 01- ALLAIRE Frédéric, L'essentiel du droit des marchés publics, 2^{eme} ed, Lextenso Editions , Paris, 2009.
- 02- BOULIFA Brahim, Marchés publics, Berti, Alger, 2013.

- 03- **CABANES Christophe, NEVEU Benoît**, Droit de la concurrence dans les contrats public, Le Moniteur, Paris, 2008.
- 04- **CHABANOL Daniel, JOUGUELET Jean-Pierre**, Marchés publics de travaux , 3^e édition, Le moniteur , Paris, 1999.
- 05- **CHAPUS René**, Droit du contentieux administratif, 10^{ème} éd, Montchretien , Paris, 1982.
- 06- —————, Droit administratif générale, T2, 8^{ème} éd, Montchretien, Paris, 1995.
- 07- **CYRILLE Emery**, Passe un marché public, 2^{éd}, Le Moniteur, Paris, 2004.
- 08- **DE BAECKE Pierre**, Comprendre simplement les marché public, LE MONITEUR, PARIS, 2013.
- 09- **DE LAUBADERE André**, Traité des contrats administratifs, T 2, Paris, 1956.
- 10- **DE LAUBADERE André, MODERNE Frank, DELVOIVE Pierre**, Traité des contrats administratifs, Tome 1, L.G.D.J, paris, 1983.
- 11- **DE LAUBADERE André**, les contrats administratifs, LGDJ , Paris, 1990.
- 12- **DE LAUBADERE André, GAUDMET Yves**, Traité de droit administratif, T 2, LGDJ, 11^e, édition, Paris, 1998.
- 13- **DUFAU Jen**, Marchés dorit des travaux publics ,2^{ed}, Le Moniteur, Paris, 1985.
- 14- **DUPUIS George, GUEDON Marie-José, CHRTIEN Patrice**, Droit administratif, 10 ed, DALLOZ, Paris, 2007.
- 15- **EMERY Cyrille**, Passer un marché public, 2 ed, Le Moniteur, Paris, 2004.

-
- 16- **GOURDOU Jean, BORRL Antoine**, Les référés d'urgence devant le juge administratif, L'Harmatan, Paris, 2003.
- 17- **GRELIER BESSMANN Patricia**, Mémento des marchés publics, 2^e édition, Eyrolles, 2003.
- 18- **KOBTAN Mohamed**, Les marchés de l'opérateur public ou la réforme du droit des marchés publics, OPUA, Alger, 1982 .
- 19- **LAJOYE Christophe**, Droit des marchés publics, Berti, Alger, 2007.
- 20- **LATRECHE Arnaud**, Marchés publics : Les droits des opérateurs économiques évincés, Territorial, Bourgoin Jalilieu, 2016.
- 21- **LINDITCH Florian**, Le droit des marchés publics, 4^{éd}, DLLUZ, Paris, 2006.
- 22- **MAHIOU Ahmed**, Cours d'institutions administratives, 2^e édition, OPU, Alger, 1979.
- 23- **PEISER Gustave**, Contentieux administratifs, 10^e édition, DALLOZ, Paris, 1997.
- 24- **PRIEUX Henri**, Traite pratique du Droit des travaux publics, Tome 3, Editions Du Moniteur, Paris, 1959.
- 25- **RICHER Laurent**, Droit des contrats administratifs, 2^e édition, LGDJ, Paris, 1999.
- 26- **RIVERO Jean, Waline Jean**, droit administrative, Dalloz, 20ed, Paris, 2004.
- 27- **TERNEYRE Philip**, La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, Paris, 1985.
- 28- **ZOUAMIA Rachid, ROUALT Marie Christine**, Droit administratif, Berti éditions, Alger, 2009.

B – Articles :

- 01- AUBY Jean-Bernard**, « Un acte administratif ne peut affecter les contrats encours », *Juris Classeur, Droit administratif*, N° 5, Paris, 2004, p p 17-18.
- 02- BRACONNIER Stéphane, NOGUELLOU Rozen**, « Marché présentant un "intérêt transfrontalier certain" et offres anormalement basses », *RDI*, n°8, 2008, p p 383-384.
- BRACONNIER Stéphane, NOGUELLOU Rozen**, « Les droit à indemnité du cocontractant en cas de nullité du contrat », *RDI*, N° 8, 2008, pp 383-385.
- 04 -GERMAIN Jérôme**, « Les recours juridictionnels ouverts au concurrent évincé contre un marché public communautaire après sa conclusion en France et en Allemagne», *RFDA* , N° 1, 2009, p p 49-60.
- 05- LAFAIX Jean-François**, « Réflexions sur la sanction des règle relatives aux procédures de passation des contrats public », *RFDA*, N°1,2010,p p 85-98.
- 06- LE FOYER DE COSTIL Louis**, « Le référé précontractuel », <https://louislefoyerdecostil.fr/lerefere-precontractuel/>, Publié le 7 mars 2020.
- 07- LUCIENNE Erstein**, « Régularisation rétroactive d'un acte détachable annulé», *Revu La Semaine Juridique*, N° 25, 2011, p 1210-1211.
- 08- MENEMENIS Alain**, « Référé-provision et marché de travaux », *Juris Classeur, Droit administratif*, N° 8-9 2004, p 25-26.

- 09- _____, « Le pouvoir du juge de modifier les pénalités », *Juris Classeur*, Droit administratif, N°11, 2006, p p 19-20.
- 10- **ROUVEYRAN Thomas, RICCI Nathalie**, « un an de contentieux des marches publics », *LAGAZETTE*, Paris, 2012, p p 22-24.
- 11- **SLIMANI kahina, DEBIANE Mouloud**, « Intitulé de l'article : Etendue et limites des mesures de lutte contre la corruption dans les marchés publics », *J F F S A E R*, N 02 ,2017, p p 14-25.
- 12-**TESSIER André**, « L'nouvelle refonte du code des marchés public », *JURIS CLASSEUR*, n° 4, 2004, p p 7-12.
- 13- **Xavier LIBERT**, « Les modifications du marché au cours d'exécution », *AJDA*, Numéro spécial, Dalloz, 1994, p p 63-71.

C-TEXTES JURIDIQUES

- 01- Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, sur : Mhtml://D:User/DATA/Bureau/jj/LOI no 2000-597 du 30 juin 2000 relatives au référé devant les juridictions administratives.
- 02- Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique). <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnArticleDeCode?commun=CJUSA D&art=L551-1>
- 03- Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, j.o.r.f, publié 27 mars 2016.

فهرس

05	مقدمة.....
15	الباب الأول الرقابة القضائية على المنازعات الناشئة عن إبرام الصفقات العمومية
17	الفصل الأول النظام القانوني لإبرام الصفقات العمومية
18	المبحث الأول: الإجراءات التحضيرية للمصلحة المتعاقدة لإبرام الصفقة
18	المطلب الأول: الإجراءات الأولية لإبرام الصفقات العمومية
19	الفرع الأول: تحديد الحاجات وإنجاز الدراسات
19	أولاً: تحديد الحاجات
25	ثانياً: إنجاز الدراسات اللازمة
26	الفرع الثاني: الإجراءات الإدارية لتجسيد الصفقات العمومية
27	أولاً: تسجيل المشروع
30	ثانياً: التأكد من توفر الاعتماد المالي
31	ثالثاً: إعداد دفتر الشروط
37	المطلب الثاني: الإجراءات المتعلقة بالاستبعاد من مجال الصفقات
37	الفرع الأول: قرار رفض العرض
38	أولاً: استبعاد العروض المخالفة للشروط الشكلية
44	ثانياً: استبعاد العروض المخالفة للشروط الموضوعية
51	الفرع الثاني: قرار استبعاد متنافس

51	أولاً: الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية
60	ثانياً: التسجيل في قائمة المتعاملين الممنوعين من المشاركة في الصفقات
63	المطلب الثالث: قرار الإعلان عن الصفقة
63	الفرع الأول: مفهوم الإعلان عن الصفقة
66	الفرع الثاني: الإعلان عن الصفقة في الحالات العادية
66	أولاً: إعلان الصفقات في حالة طلب العروض والتراضي بعد الاستشارة
72	ثانياً: غياب الإعلان في حالة التراضي البسيط
74	الفرع الثالث: الإعلان في الحالات الخاصة، بين الانعدام والمرونة
75	أولاً: الطلبات التي تقل عن العتبة المالية
77	ثانياً: عقود المؤسسات العمومية التجارية والاقتصادية
79	ثالثاً: انعدام الإعلان للصفقات المبرمة في إطار حالة الاستعجال الملح
79	رابعاً: انعدام الإعلان في الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار
80	خامساً: انعدام الإعلان في حالة الصفقات المتضمنة خدمات ضرورية المبرمة في ظل جائحة كورونا
82	المبحث الثاني: قرارات الإبرام أو العدول عن الإبرام
83	المطلب الأول: قرار المنح المؤقت للصفقة
83	الفرع الأول: تشكيل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وسير عملها
83	أولاً: النظام القانوني للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

87	ثانيا: سير عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض
87	الفرع الثاني: دور اللجنة في انتقاء أحسن عرض.
93	الفرع الثالث: إصدار قرار المنح المؤقت للصفقة
96	المطلب الثاني: قرار إبرام أو رفض إبرام الصفقة
97	الفرع الأول: مفهوم قرار إبرام الصفقة
98	الفرع الثاني: الاختصاص بإبرام الصفقة
99	أولاً: الأشخاص المخولة بإبرام الصفقات العمومية
102	ثانياً: الاختصاص الشخصي
103	ثالثاً: تفويض اختصاص بموافقة على إبرام الصفقة
104	الفرع الثالث: قرار رفض إبرام الصفقة
105	أولاً: قرار إلغاء إجراء إبرام الصفقة للمصلحة العامة
107	ثانياً: الإلغاء لقيام حالة عدم الجدوى
112	المطلب الثالث: قرار التصديق على الصفقة
113	الفرع الأول: قرار التصديق في الأنظمة القانونية المقارنة
113	أولاً: في فرنسا
116	ثانياً: في لبنان
117	ثالثاً: في المغرب
119	الفرع الثاني: قرار التصديق على الصفقة في الجزائر
122	الفصل الثاني التطبيقات القضائية للرقابة على قرارات إبرام الصفقات العمومية
123	المبحث الأول: رقابة المشروع
123	المطلب الأول: نظرية القرارات المنفصلة أساس رقابة المشروعية لقرارات إبرام الصفقات

124	الفرع الأول: نشأة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة
124	أولاً: الانتقال من منهج الإدماج إلى نظرية الفصل
126	ثانياً: تحديد القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية
132	الفرع الثاني: قابلية قرارات الإبرام للانفصال عن الصفقة
132	أولاً: التصرفات التي تخضع لرقابة قاضي المشروعية
137	ثانياً: التصرفات التي لا تعد قرارات إدارية منفصلة
144	المطلب الثاني: النظام القانوني لدعوى إلغاء القرار المنفصل
145	الفرع الأول: شروط دعوى إلغاء القرار المنفصل عن الصفقة
145	أولاً: شرط تقديم الطعن من غير المتعامل المتعاقد
149	ثانياً: أن يكون القرار نافذاً
151	ثالثاً: تأسيس الطلب على عدم مشروعية القرار المنفصل
162	الفرع الثاني: أثر إلغاء القرار المنفصل على الصفقة العمومية
163	أولاً: حالة صدور حكم بإلغاء المنفصل قبل إبرام الصفقة
164	ثانياً: حالة صدور الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل بعد إبرام العقد الإداري
169	المبحث الثاني: رقابة الاستعجال قبل التعاقد
169	المطلب الأول: مفهوم دعوى الاستعجال قبل التعاقد
170	الفرع الأول: نشأة دعوى الاستعجال قبل التعاقد
172	الفرع الثاني: خصائص دعوى الاستعجال قبل التعاقد
175	المطلب الثاني: شروط دعوى الاستعجال قبل التعاقد
175	الفرع الأول: شرط توفر الصفة في المدعى
175	أولاً: صاحب المصلحة

180	ثانيا: ممثل الدولة على مستوى الولاية
183	الفرع الثاني: شرط وجود إخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة
185	أولا: أشكال الإخلال بقواعد العلانية و المنافسة
189	ثانيا: القواعد المستجدة لتنظيم رقابة قاضي الاستعجال قبل التعاقد
193	ثالثا: النطاق الزمني لرفع الدعوى
195	المطلب الثالث: سلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد
196	الفرع الأول: سلطة الأمر لقاضي الاستعجال قبل التعاقد
196	أولا: تطور القضاء الإداري من مبدأ عدم جواز توجيه أوامر للإدارة إلى إقرار سلطة الأمر
201	ثانيا: طبيعة الأوامر التي يصدرها قاضي الاستعجال بين النظامين الفرنسي والجزائري
207	الفرع الثاني: تأجيل إمضاء العقد
208	الفرع الثالث: الحكم بالغرامة التهديدية
212	الباب الثاني الرقابة على منازعات تنفيذ الصفقات العمومية
214	الفصل الأول رقابة قاضي العقد على منازعات التنفيذ العادي للصفقات
215	المبحث الأول: رقابة قاضي الموضوع على منازعات تنفيذ الصفقة
215	المطلب الأول: منازعات الإخلال بالتزام دفع مستحقات المتعامل المتعاقد
216	الفرع الأول: منازعات الإخلال بالتزام دفع مقابل تنفيذ الصفقة
220	الفرع الثاني: منازعات الإخلال بالالتزام تعديل سعر الصفقة
221	أولا: منازعات الإخلال بالتزام تحيين سعر الصفقة
223	ثانيا: منازعات الإخلال بتطبيق صيغة المراجعة

226	المطلب الثاني: المنازعات الناشئة عن الإخلال بالالتزامات الحمائية
226	الفرع الأول: المنازعات الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ الصفقة
226	أولاً: الرقابة على تسليم موقع العمل في الوقت المناسب خالياً من العوائق
228	ثانياً: الرقابة على تسليم المتعامل مواد أو أدوات لازمة
228	ثالثاً: الرقابة على مساعدة المتعامل في الحصول على التراخيص اللازمة
228	الفرع الثاني: منازعات الإخلال حماية التوازن المالي للصفقة
229	أولاً: مضمون فكرة التوازن المالي
234	ثانياً: نظريات المفسرة للتوازن المالي للصفقة العمومية
237	ثالثاً: آثار نظريات التوازن المالي
240	رابعاً: مكانة الرقابة القضائية على منازعات التوازن المالي
242	المطلب الثالث: المنازعات الناجمة عن استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطاتها أثناء التنفيذ
243	الفرع الأول: المنازعات الناجمة عن سوء استخدام سلطة الإشراف والرقابة
243	أولاً: المقصود بسلطة الإشراف و الرقابة في الصفقات
243	ثانياً: آليات لممارسة سلطة الإشراف والرقابة
247	ثالثاً: ضوابط استعمال سلطة الإشراف والرقابة
248	رابعاً: ممارسة القاضي للحد الأدنى من الرقابة على استعمال سلطة الإشراف والرقابة
249	الفرع الثاني: الرقابة على سلطة التعديل الانفرادي للصفقة
249	أولاً: مفهوم سلطة التعديل الانفرادي

250	ثانيا: ضوابط سلطة التعديل
254	ثالثا: تعديل الصفقة العمومية عن طريق آلية الملحق
259	الفرع الثالث: منازعات الاستعمال التعسفي لسلطة فرض الجزاءات على المتعاقد
259	أولا: الرقابة على قرارات توقيع الجزاءات المالية
272	ثانيا: الرقابة على توقيع الجزاءات الضاغطة
279	المبحث الثاني: رقابة الاستعجال التعاقدية
279	المطلب الأول: شروط اختصاص قاضي الاستعجال التعاقدية
280	الفرع الأول: الشروط الموضوعية العامة لدعوى الاستعجال
280	أولا: شرط الاستعجال
283	ثانيا: شرط عدم المساس بأصل الحق
287	ثالثا: شرط عدم المساس بالنظام العام
290	الفرع الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة لدعوى الاستعجال
290	أولا: نشر دعوى الموضوع في الحالات التي يتطلبها القانون
292	ثانيا: شرط رفع الدعوى في آجال معقولة
294	المطلب الثاني: تدابير الاستعجال في مجال تنفيذ الصفقات
294	الفرع الأول: عن إمكانية وقف تنفيذ قرارات المصلحة المتعاقدة المتعلقة بتنفيذ الصفقة
297	الفرع الثاني: تدابير التّحقيق
298	أولا: إثبات حالة
302	ثانيا: الخبرة
307	ثالثا: المعاينات والانتقال إلى الأماكن
309	الفرع الثالث: منح تسبيق مالي

313	الفصل الثاني الرقابة على منازعات فسخ الصفقة
314	المبحث الأول: منازعات فسخ الصفقة العمومية
314	المطلب الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة
315	الفرع الأول: مفهوم الفسخ الجزائي للصفقة العمومية
315	أولاً: تعريف الفسخ الجزائي للصفقة العمومية
317	ثانياً: أنواع الفسخ الجزائي للصفقة العمومية
322	الفرع الثاني: شروط الفسخ الجزائي للصفقات
322	أولاً: ارتكاب المتعامل المتعاقد خطأ جسيماً
327	ثانياً: الإعذار المتعامل بالفسخ
330	ثالثاً: صدور قرار الفسخ مسبباً
334	الفرع الثالث: آثار الفسخ الجزائي للصفقة العمومية
335	أولاً: الآثار المشتركة للفسخ الجزائي
338	ثانياً: الآثار الخاصة بكل نوع من الفسخ
341	المطلب الثاني: منازعات قرار الفسخ الجزائي للصفقة أمام قاضي العقد
341	الفرع الأول: اختصاص قاضي العقد بالبت في منازعات قرار الفسخ الجزائي
345	الفرع الثاني: المنازعات التي يثيرها قرار الفسخ الجزائي للصفقة
345	أولاً: منازعة طلب المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة أمام قاضي العقد
346	ثانياً: منازعة المتعاقد قرار المصلحة المتعاقدة بالفسخ الجزائي للصفقة

352	الفرع الثالث: محدودية سلطات قاضي العقد في مواجهة قرار فسخ الصفقة
363	أولاً: قاعدة عدم جواز الحكم بإلغاء قرار الفسخ الجزائي للصفقة
356	ثانياً: سلطة تقدير التعويض في حالة الفسخ الجزائي
359	المبحث الثاني: منازعات الفسخ غير الجزائي للصفقة العمومية
359	المطلب الأول: فسخ الصفقة من جانب المصلحة المتعاقدة لدواعي المصلحة العامة
360	الفرع الأول: مفهوم الفسخ لدواعي المصلحة العامة
360	أولاً: تعريف الفسخ لدواعي المصلحة العامة
361	ثانياً: الأساس القانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة
364	الفرع الثاني: شروط ممارسة سلطة الفسخ لدواعي المصلحة العامة
364	أولاً: أن يكون الإنهاء مما تقتضيه المصلحة العامة
367	ثانياً: أن يحقق قرار الإنهاء جميع شروط المشروعية
369	الفرع الثالث: الرقابة القضائية على قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة
370	أولاً: مضمون الرقابة القضائية على قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة
373	ثانياً: طبيعة الدعوى الموجهة ضد قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة

374	ثالثاً: سلطة قاضي العقد تجاه قرار الإنهاء الانفرادي غير المشروع
380	المطلب الثاني: الفسخ غير الانفرادي للصفقة العمومية
381	الفرع الأول: الفسخ الاتفاقي للصفقة
383	الفرع الثاني: الفسخ القضائي بناء على طلب المتعاقد
392	الفرع الثالث: فسخ الصفقة بقوة القانون
396	خاتمة.....
405	قائمة المراجع.....
451	فهرس.....

ملخص:

تبرم الصفقات العمومية عن طرق إصدار المصلحة المتعاقدة مجموعة من القرارات الإدارية، الأمر الذي جعل مرحلة الإبرام خاضعة لرقابة المشروعية، إعمالاً لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، ثم استحدث المشرع لهذه القرارات نفسها دعوى القضاء الاستعجالي قبل التعاقد.

في حين تخضع منازعات مرحلة التنفيذ لرقابة قاضي العقد، سواء تعلق الأمر بمنازعات التنفيذ العادي للصفقة، أو منازعات إنهاؤها.

Résumé:

Les marchés publics sont conclus au moyen de l'intérêt contractant qui émet un ensemble de décisions administratives, Cela a soumis l'étape de la conclusion au contrôle de la légitimité, en application de la théorie des décisions administratives séparées, Ensuite, le législateur a créé pour ces mêmes décisions le procès d'urgence avant celui contractuel.

Alors que les litiges de la phase d'exécution sont soumis à la supervision du juge des contrats. Que ce soit en matière de litiges de mise en œuvre normale de l'accord, ou de litiges de résiliation.

Abstract:

The public procurements are concluded by issuing a set of administrative decisions by the contracting authority, which made the conclusion stage subject to legitimacy control, in implementation of the theory of separate administrative decisions, and then the legislator created for these same decisions the emergency court case before contracting.

Whereas, the disputes of the execution phase are subject to the control of the contract judge, whether they relate to the normal execution of the deal disputes, or the disputes of its termination.