

الجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية
جامعة عبد الرحمن ميرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق/نظام ل.م.د.



السنة الثانية ماستر
سلسلة محاضرات في:

مادة قانون الصفقات العمومية

من إعداد الأستاذة: د. تياب نادية

السنة الجامعية: 2014 - 2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصل تمهيدي: مفهوم الصفقات العمومية وتمييزها عن المصطلحات المشابهة لها

مقدمة

أصبحت الدول كافة على تعدد مذاهبها السياسية واختلاف فلسفتها الاقتصادية والاجتماعية تأخذ بمبدأ الأسلوب التعاقدية في علاقاتها ببعضها البعض أو في علاقاتها بالأشخاص الطبيعية، وذلك في مختلف نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية لإدارة مرافقها العامة بانتظام واضطراد لتأمين حياة كريمة لمواطنيها.

فالرابطة التعاقدية إحدى الوسائل الهامة التي تلجأ إليها الإدارة في تنفيذ مشاريعها وتسيير مرافقها⁽¹⁾ ولا تقل أهمية عن القرارات الإدارية، لأجل ذلك تدخل المشرع معترفاً للإدارة بأهلية التعاقد بغرض تمكينها من تحقيق أهدافها.

غير أن دخول الإدارة في روابط عقدية قد يخضعها في بعض الأحيان للقانون الخاص كالقانون المدني والتجاري، وقد يخضعها لتنظيم متميز عند اختيارها لأسلوب الصفقات العمومية.

ومن منطلق أن التعريف التشريعي يعلو عن بقية التعريفات نسوق التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري، إذ عرقت المادة الثالثة من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁽²⁾ الصفقة العمومية بأنها "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

1 - سعد محمد علي المرى، مبدأ حرية المنافسة في المناقصة العامة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الكويتي، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 2004، ص 5.

2 - مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (58)، بتاريخ 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 1 مارس 2011، ج ر عدد (14)، بتاريخ 6 مارس 2011، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 11-222، مؤرخ في 16 جوان 2011، ج ر عدد (34)، بتاريخ 19 جوان 2011، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، ج ر عدد (4)، بتاريخ 26 جانفي 2012، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 13-03، مؤرخ في 13 يناير سنة 2013، ج ر عدد (2)، بتاريخ 13 يناير 2013.

ولعل إصرار المشرع على إعطاء تعريف للصفقات العمومية في التنظيمات المتعاقبة للصفقات العمومية يعود بالأساس إلى أن طرق إبرامها خاصة وإجراءاتها معقدة. وتخضع لأطر رقابية متنوعة ونتيح للإدارة ممارسة أساليب وامتيازات القانون العام.

كما أن تعريف الصفقات العمومية يُمكن من الناحية القانونية معرفة العقود الإدارية المشمولة بقانون الصفقات العمومية ودون ذلك نحن أمام عقد إداري.

وبالنسبة لمجلس الدولة الجزائري فقد عرّف الصفقات العمومية في قراره المؤرخ في 2002/12/17، وجاء فيه "... وحيث أنه تعرّف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقابلة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات... الخ".

ملاحظة: حصر مجلس الدولة أطراف العقد في الدولة وأحد الخواص إلا أن الصفقة العمومية قد تبرم من عدة أشخاص عامة مذكورة في المادة الثانية من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، إذن فتعريف مجلس الدولة للصفقة العمومية قد مسّ بالمعيار العضوي المنصوص عليه في نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236. ونظرا لأهمية الصفقة العمومية وما تثيره من آثار قانونية وجب تمييزها عن المصطلحات المشابهة لها.

المبحث الأول - تمييز الصفقة العمومية عن العقد الإداري:

نشأت نظرية العقد الإداري حديثا، ويرجع الفضل في ذلك إلى الدور الرئيسي الذي لعبه القضاء الإداري الفرنسي⁽³⁾.

قد تعددت التعاريف التي قبلت بشأن العقد الإداري إلا أنها تتفق في مجملها على أنه "عقد يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص" وانطلاقا من هذا التعريف رسم الفقه معايير العقد الإداري.

- **المعيار العضوي:** أن يكون أحد أطراف العلاقة العقدية شخص من أشخاص القانون العام.

والمقصود بها الدولة والجماعات المحلية ممثلة في الولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

- **المعيار الموضوعي:** ويقصد به أن يتعلق موضوع العقد بإدارة وتسيير مرفق عام⁽⁴⁾.

3 - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة الدول العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، مصر، 2000، ص 10.

4 - يقصد بالمرفق العام نشاط تتولاه الإدارة يستهدف النفع العام.

- معيار إتباع أساليب القانون العام: لا يكفي وجود أحد أشخاص القانون العام طرفا في العقد إذ ينبغي أن تكشف عن رغبتها في استخدام وسائل وأساليب القانون العام عند التعاقد⁽⁵⁾.
 كأن تنص في العقد على حقها في الفسخ بالإرادة المنفردة أو التعديل المنفرد لبنود العقد وغيرها. وتتوافر هذه المعايير ينبغي اعتبار الرابطة العقدية عقدا إداريا، وهي المعايير ذاتها لاعتبار العقد صفقة عمومية مع فارق بسيط يكمن في أنّ الصفقات العمومية محددة حصرا في قانون الصفقات العمومية، وما خرج عن ذلك يعد عقدا إداريا، وبالتالي فكل صفقة عقد إداري وليس كل عقد إداري صفقة عمومية.

والحكمة في تمتع الإدارة بامتيازات وأساليب القانون العام تعود بالأساس إلى اختلاف مكانة الأطراف مقارنة بعقود القانون الخاص أين يتم التعاقد بين طرفين متساويين يهدف كل منهما تحقيق مصلحة شخصية.

المبحث الثاني: تمييز الصفقة العمومية عن عقود القانون الخاص:

مما لا شك فيه أن الصفقات العمومية تختلف عن سائر العقود الأخرى مدنية كانت أو تجارية، إذ تخضع لأحكام خاصة سواء تعلق بإجراءات وطرق إبرامها وسريتها وكيفيات نهايتها، لذا سنتولى تمييزها عن العقود المدنية (المطلب الأول) من جهة، وعن العقود التجارية (المطلب الثاني) من جهة أخرى.

المطلب الأول: تمييز الصفقات العمومية عن العقود المدنية

تختلف الصفقات العمومية عن العقود المدنية في زوايا كثيرة أبرزها:

الفرع الأول - من حيث مراكز أطراف العلاقة العقدية:

يحتل أطراف العقد المدني مرتبة واحدة، فلا امتياز لطرف على آخر، فلا مجال لتغليب مصلحة البائع على المشتري أو المؤجر على المستأجر أو الرهن على المرتهن، باحتواء العقد الإداري عضويا على إدارة عامة أو ما يسمى "شخص معنوي عام"، وجب الاعتراف لها بامتيازات السلطة العامة.

الفرع الثاني - من حيث إجراءات إبرام العقد:

إذا أرادت الإدارة أن تبدي رغبتها في التعاقد تُلزَم كأصل عام بإعلام الجمهور، وذلك بنشر إعلان المناقصة بأشكالها المختلفة في جريدتين وطنيتين؛ وفي نشرة صفقات المتعامل العمومي BOMOP، كما تخضع لإجراءات طويلة ولأوجه رقابية صارمة جاء تنظيمها في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، رغبة في الحفاظ على المال العام وترشيد النفقات العمومية.

5 - أ.د بوضيف عمار، الوجيز في القانون الإداري الجزائري، دار ريحانة، الجزائر، 2002، ص 156.

ولم يكتفِ المشرع بهذه القواعد إذ عمد إلى حماية الصفقة العمومية بأدوات جزائية أشارت إليها المادة 26 من قانون رقم 06-01⁽⁶⁾.

بينما يحكم العقد المدني مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، فللمتعاقدين الحرية في اختيار بنود العقد واختيار الطرف المتعاقد ولا يخضع العقد لإجراءات النشر والإشهار كأصل عام.

الفرع الثالث - من حيث الهدف من العملية التعاقدية:

إذا كان الهدف من إبرام الصفقة العمومية هو تحقيق المصلحة العامة فعقد الأشغال مثلا إذا انصب على إنجاز طريق أو جسر أو مجموعة سكنية فإن المنتفع هو الجمهور، كما أن تمويل إدارة الخدمات الجامعية لمادة معينة كاللحوم أو الخبز أو الخضار والفواكه إنما يتم بغرض إطعام الطلبة، وعليه فكل صفقة عمومية يرجع عائدها وأثرها إلى عامة الناس تحقيقا للمصلحة العامة.

بينما الهدف من إبرام العقد المدني هو تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف العقد، فعقد البيع مثلا يحقق مصلحة للبائع والمشتري فينتفع البائع بالثمن وينتفع المشتري بالمبيع.

الفرع الرابع - من حيث الجهة القضائية المختصة:

يعقد الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية كأصل عام للقضاء الإداري، فابتداءً من دستور 1996 أخذ المشرع الجزائري بالازدواجية القضائية، وبناء على ذلك صدر القانون العضوي رقم 98-01⁽⁷⁾ المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله والقانون رقم 98-02⁽⁸⁾ المتعلق بالمحاكم الإدارية والقانون العضوي رقم 98-03⁽⁹⁾ المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها.

وهي جهات عهد إليها النظر في المنازعات الإدارية بعدها صدر قانون رقم 08-09⁽¹⁰⁾ كإجراء تكميلي معلنا عن إجراءات خاصة تحكم سير الدعوى المدنية تختلف عن الدعوى الإدارية

6 - قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد (14)، بتاريخ 08 مارس 2006، معدل ومتمم بأمر رقم 10-05، مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، ج ر عدد (50)، بتاريخ 1 سبتمبر 2010، معدل ومتمم بقانون رقم 11-15، مؤرخ في 02 أوت 2011، ج ر عدد (44)، بتاريخ 10 أوت 2011.

7 - قانون عضوي رقم 98-01، مؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد (39)، بتاريخ 7 جوان 1998، معدل ومتمم بالقانون العضوي رقم 11-13، مؤرخ في 26 يوليو 2011، ج ر عدد (43)، بتاريخ 3 غشت 2011.

8 - قانون رقم 98-02، مؤرخ في 30 مايو سنة 1998، يتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر عدد (37)، بتاريخ 1 جوان 1998.

9 - قانون عضوي رقم 98-03، مؤرخ في 3 يونيو سنة 1998، يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج ر عدد (37)، بتاريخ 1 جوان 1998.

10 - قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد (21)، بتاريخ 23 أبريل 2008.

في جوانب عدة.

وهي نصوص قانونية تعكس اتجاه إرادة الدولة إلى تبني الازدواجية القضائية غير أنها لم تكن إلاّ ازدواجية قانونية⁽¹¹⁾، بينما يعقد الاختصاص بالنظر في الخصومات الناتجة عن تنفيذ العقود المدنية لجهة القضاء العادي (محكمة، مجلس قضائي، محكمة عليا).

الفرع الخامس - من حيث سلطة القاضي الفاصل في النزاع:

فسلطات القاضي الإداري أوسع من سلطات القاضي المدني الذي يسيره الخصوم طبقاً للمبدأ القائل "الخصومة ملك للخصوم"، إذ يستطيع إجبار الإدارة وتوجيه أوامر لها تصل إلى درجة غرامات تهديدية⁽¹²⁾.

المطلب الثاني: التمييز بين الصفقات العمومية عن العقود التجارية

تتميز الصفقة العمومية عن العقد التجاري من عدة زوايا أبرزها:

الفرع الأول - من حيث قواعد الإثبات:

لا تثبت الصفقة العمومية إلاّ بالكتابة وقد تشدد مجلس الدولة في تطبيقه لهذا الشرط، فلم يقبل إدعاء وجود علاقة بعنوان "صفقة عمومية" إذا لم يحوز المدعي عقداً مكتوباً، فعنصر الكتابة ورد في مختلف التعريفات التشريعية للصفقات العمومية.

بينما يسود الحياة التجارية عنصر الائتمان ويحكمها مبدأ السرعة، لذا وجب مسايرة العقود التجارية لهذين المبدأين، فيثبت العقد التجاري بعدة وسائل فإلى جانب السندات الرسمية ذكر السندات العرفية والفواتير المقبولة وغيرها...

الفرع الثاني - من حيث طرق الإبرام:

يأخذ إبرام الصفقة العمومية مراحل طويلة، وكل مخالفة لقانون الصفقات العمومية يترتب المسؤولية الجزائية المقررة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم. بالمقابل يسهل إبرام العقد التجاري تماشياً وسرعة المعاملات التجارية.

الفرع الثالث - من حيث الجهة القضائية المختصة:

القضاء الإداري هو المختص في منازعات الصفقات العمومية، فإن القضاء العادي هو الجهة المختصة في المنازعات التجارية.

11 - يتغنى المشرع الجزائري بتكريس الازدواجية القضائية، إلاّ أنّ ذلك كان من الناحية القانونية فقط، فالتجسيد الفعلي أو الهيكلي لم يتم إلاّ مؤخراً بإنشاء هياكل تمثل القضاء الإداري.

12 - انظر المادة 2/8/9 من قانون رقم 09-09.

الفصل الأول

المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية

جاء تكريس هذه المبادئ في قانون الصفقات العمومية وكان ذلك بصفة ضمنية في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250 الملغى، ويأتي التكريس الفعلي لها بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 08-338 ليتم التأكيد عليها في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بموجب أحكام المادة 3 منه، التي جاء فيها "ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

وعليه تقوم عملية إبرام الصفقات العمومية على حرية المنافسة (المبحث الأول) والمساواة في معاملة المترشحين (المبحث الثاني) ضماناً لشفافية الإجراءات.

المبحث الأول - مبدأ حرية المنافسة:

تعدّ المنافسة في مجال الصفقات العمومية من المبادئ الهامة التي حرص المشرع على تكريسها، فلا يوجد أيّ مانع لاشتراك أي منافس متى توافرت فيه الشروط القانونية، وفي إطار الشكلية الواجب إتباعها للدخول في المنافسة.

يقصد بها فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقّق فيهم الشروط المطلوبة التقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط التي تضعها وتحددها مسبقاً¹³. بمعنى أنّ تقف المصلحة المتعاقدة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين وليست حرّة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدها، وجاء المبدأ متماشياً مع حرية الصناعة والتجارة¹⁴.

وبتكريس المبدأ تمّ توسيع نطاق المنافسة لتشمل كل المجالات الاقتصادية. ونظراً لأهمية المبدأ كرس المشرّع من القواعد ما يضمن تجسيده (المطلب الأول)، غير أنّ لكلّ مبدأ استثناء فهناك حالات تبرّر خروج المصلحة المتعاقدة عن مقتضيات المبدأ دون أن يعتبر ذلك إخلالاً منها بأحكام المنافسة الحرة (المطلب الثاني).

¹³ - أنظر في ذلك:

GIBAL Michel, "Le nouveau code des marches publics, une réforme composite", **la semaine juridique**, juris classeur périodique, édition général, N°16-17, Paris, 2004, P722.

¹⁴ - وهو من أهم المبادئ المعن عنها في دستور 1996 إذ تنص المادة 37 منه على "حرية الصناعة والتجارة مضمونة وتمارس في إطار القانون".

المطلب الأول - إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة الإعلان تحقيقاً لمبدأ حرية المنافسة:

يكون الإعلان عن طريق الإشهار الصحفي الذي ورد بصيغة الإلزام ضمن أحكام المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي تنص "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات التالية:

- المناقصة المفتوحة،
- المناقصة المحدودة،
- الدعوة إلى الانتقاء الأولي،
- المسابقة،
- المزايدة...".

فالإعلان على هذا النحو إجراء شكلي جوهري تلزم المصالح المتعاقدة بمراعاته في كل أشكال المناقصة المفتوحة أو المحدودة، الوطنية أو الدولية، وكذا الحال لو رغبت في التعاقد بإتباع أسلوب الاستشارة الانتقائية أو المسابقة أو حتى المزايدة.

يتمّ نشر الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي "BOMOP" المحدثة بموجب مرسوم رقم 84-116¹⁵، ويتم الأمر عملياً عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار ANEP المكلفة بعملية النشر في الصحف الوطنية، وذلك بصفة وجوبية وهو ما أكدته المادة 49 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

كما ألزمت المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على ضرورة نشر الإعلان المتعلق بالمناقصة ضمن جريدتين يوميتين وطنيتين على الأقل موزعتين على المستوى الوطني، وأن يتمّ تحرير الإعلان باللغة الوطنية أو بلغة أجنبية واحدة على الأقل¹⁶. لم يشر المشرع في التنظيمات السابقة للصفقات العمومية للنشر الإلكتروني رغم أهميته من الناحية العملية، وهو الأمر الذي حرص على تأكيده في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، في مادتيه 173 و174.

¹⁵ - مرسوم رقم 84-116 مؤرخ في 12 مايو 1984 يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد (20)، بتاريخ 15 مايو 1984.

¹⁶ - يتجه أد. بعلي محمد الصغير إلى ضرورة قصر هذا الشرط على المناقصات الدولية فقط حمايةً وحفاظاً ودعمًا للثوابت الوطنية المكرسة في دستور 1996 ضمن نص المادة 3 منه. أنظر في ذلك أد. بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 41.

ملاحظة: وجود هذه النصوص في قانون الصفقات العمومية، إنما يدلّ على مساندة المشرّع للتطور العلمي الحديث وبهذه القواعد جسد المشرّع بحق المبادئ الأساسية في التعاقد، فلم يكتف بإلزام المصالح المتعاقدة باللجوء كأصل عام لأسلوب المناقصة، بل فرض نشر الإعلان ووجوب وصوله إلى المعنيين به سواء عن طريق الإشهار الصحفي وحتى الإلكتروني¹⁷.

وبغرض توسيع دائرة المنافسة، تدخل المشرّع بموجب المرسوم الرئاسي رقم 301-03 فتمم مقتضيات المادة 43، وأجاز إجراء الإشهار المحلي بالنسبة لمناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها. أمّا عن بيانات الإعلان فقد أشارت إليها صراحة أحكام المادة 46 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

ملاحظة: - مقارنة بالنصوص السابقة جاءت بيانات الإعلان أكثر دقة ووضوحاً في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وعلى المصالح المتعاقدة احترام الشروط التي يتطلبها المشرّع في الإعلان من حيث المدّة والكيفية، وإلا ترتب على ذلك بطلان المناقصة. - جعل المشرّع هذه البيانات إلزامية بما يعني أنها بيانات جوهرية يترتب على عدم مراعاتها البطلان.

- إذا كانت المناقصة الميدان الحقيقي لتطبيق المنافسة، فالتراضي بشكليته لا يعفي المصلحة المتعاقدة من مبدأ التنافس، لكن على النحو الذي يتماشى وهذا الأسلوب.

المطلب الثاني - الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المنافسة:

حرية المنافسة من المبادئ الهامة التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية، وقد حرص المشرّع على تكريسها سواء في قانون الصفقات العمومية أو في القوانين الاقتصادية الأخرى. غير أنّ تطبيق المبدأ لا يأخذ على إطلاقه، ففي بعض الحالات تجد المصلحة المتعاقدة ضرورة عدم احترامه دون أن يعتبر ذلك إخلالاً بمبدأ حرية المنافسة، ويكون ذلك إمّا تطبيقاً لنص قانوني (الفرع الأول) أو لأسباب عملية فقد تحدّد المصالح المتعاقدة بعض الشروط ويؤدّي فرضها جعل مجال المنافسة محصور على فئات محددة (الفرع الثاني) ولا يعتبر ذلك إخلالاً منها بمبدأ حرية المنافسة.

الفرع الأول - المنع لأسباب قانونية:

وهي قيود يفرضها المشرّع ويترتب على إعمالها منع المعنيين بها المشاركة في الصفقات

¹⁷- ACCORDO Christophe, La Dématérialisation des procédures de passation de marchés publics, mémoire pour le D.E.A, de droit public des affaires, U.F.R, des sciences juridiques, administratives et politiques, Université de Paris x-Nanterre, 2005, P31.

العمومية، ونذكر منها ما جاءت به المادة 62 من أمر رقم 96-31¹⁸ التي تقضي بأن "كل شخص حكم عليه قضائياً بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب تورطه في الغش الجبائي يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية ولمدة عشرة سنوات".

كذلك يمنع من عقد صفقة عمومية كل شخص معنوي ارتكب إحدى المخالفات المنصوص عليها في المادتين 1 و2 من الأمر رقم 96-22¹⁹ وذلك طبقاً لنص المادة 5 منه.

أمّا عن كيفية تطبيق هذه الأحكام فحالات المنع تتمّ بقرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية. ورغم وجود نص المادة 52 المحددة لحالات الإقصاء حصراً فرض التنظيم الجديد للصفقات العمومية على كل عون يرغب الدخول والمشاركة في المناقصات تقديم تصريح بنزاهته²⁰.

الفرع الثاني - المنع لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة:

إذا كان مبدأ حرية المنافسة من المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية، إلا أنّ حق المصلحة المتعاقدة في فرض بعض الشروط الخاصة بالمناقصة يبقى قائماً خاصة ما تعلق بالقدرة المالية والفنية، فلها الحق في استبعاد الأفراد الذين يثبت عدم مقدرتهم على أداء الأعمال المطروحة في المناقصة، وهذا ما يفسر وجوب تقديم شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين من قبل المؤسسات التي ترغب في إنجاز صفقات عمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري²¹، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 93-289²² وألزم بها حتى المؤسسات الأجنبية، وهو ما أكدت عليه أحكام الفقرة 3 من المادة 3 بعد تعديلها بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 05-114.

¹⁸ - أمر رقم 96-31، مؤرخ في 30 ديسمبر 1996، المتضمن قانون المالية لسنة 1997، ج ر عدد (85)، بتاريخ 1996.

¹⁹ - أمر رقم 96-22، مؤرخ في 9 يوليو 1996، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر عدد (2)، بتاريخ 1996، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-03، مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر عدد (50)، بتاريخ 1 سبتمبر 2010.

²⁰ - أنظر المادة 51 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

²¹ - وهو ما حدث على سبيل المثال في الإعلان عن المناقصة الذي قامت به مديرية الشباب والرياضة لولاية تيزي وزو، قصد إنجاز ملعب متعدد الرياضات يتسع ل 50.000 مقعد مغطى وملحقاته، إذ وجه الإعلان إلى المؤسسات أو مجمع المؤسسات التي تملك شهادة التأهيل والتصنيف المهني ب صنف 8 أو أكثر ذي النشاط الرئيسي في البناء والنشاط الثانوي في الأشغال العمومية، وقامت بإنجاز على الأقل مشروع مماثل (ملعب 40.000 مقعد مغطى).

²² - مرسوم تنفيذي رقم 93-289، مؤرخ في 28 نوفمبر 1993، يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن يكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، ج ر عدد (79)، بتاريخ 1993، معدل ومتمم بموجب مرسوم تنفيذي رقم 05-114، مؤرخ في 7 أبريل 2005، ج ر عدد (26)، بتاريخ 2005.

كما تشترط المصالح المتعاقدة ضرورة الحصول على ترخيص مسبق فيما يخص المهندسين أو الخبراء أو مكاتب الدراسات لإبرام صفقات الدراسات مع إحدى المصالح التابعة للوزارات المكلفة بالسكن والعمران والأشغال العمومية والموارد المائية، طبقاً لنص المادة 1 والمادة 7 من مرسوم رقم 68-652²³.

على العموم فإن تقييد مبدأ حرية المنافسة بهذه الضوابط من شأنه حصر التنافس بين أهل الخبرة والاختصاص ممن يشهد لهم كفاءة في الأداء، الأمر الذي يؤدي إلى منح هذا المبدأ وجهاً آخر للتطبيق الأمثل يؤدي إلى الاصطلاح عليه "بآليات حماية مبدأ المنافسة".

المبحث الثاني - مبدأ المساواة بين المتنافسين

إذا كان مبدأ المنافسة الحرّة من المبادئ التي كرّسها قانون الصفقات العمومية فهذا المبدأ لن يجد صدها ولن يتجسد قانوناً وواقعياً، إلا إذا تمّ إقراره بمبدأ المساواة بين المتنافسين. يقضي هذا المبدأ بأنّ كلّ من يملك حق المشاركة في الصفقات المعلن عنها، أن يتقدم على قدم المساواة مع باقي المتنافسين²⁴.

إنّ حرص المشرّع الجزائري على مبدأ المساواة في قانون الصفقات العمومية جاء تطبيقاً لأحكام الدستور²⁵.

والنتيجة المترتبة عن هذا المبدأ أنّه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى وسائل للتمييز بين المتقدمين، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية²⁶.

غير أن محاباة الإنتاج الوطني لا تتفق ومبدأي حرية المنافسة والمساواة بين المترشحين وكذا قواعد التجارة العالمية التي تفرض نفسها على بلدان العالم في الآونة الأخيرة.

بعد أن تباينت تطبيقات المشرع لمبدأ الحماية بالنسبة للمنتوج الوطني في مختلف النصوص المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية بين التشديد والوسطية، يعود مرة أخرى إلى محاباة الإنتاج الوطني في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 من خلال نص المادة 23 منه

²³- مرسوم رقم 68-652، مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 1968، يتضمن تحديد الشروط التي يمكن للأفراد أن يبرموا ضمنها مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء عقوداً أو صفقات تتعلق بالدراسات، ج ر عدد (2)، بتاريخ 7 يناير 1969. معدل ومتمم بمرسوم تنفيذي رقم 02-176، مؤرخ في 20 ماي 2002، ج ر عدد (37)، بتاريخ 2002.

²⁴- عزت عبد القادر، المناقصات والمزايدات في ظل أحكام القانون 1989، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000، ص40.

²⁵- انظر المادة 29 من دستور 1996، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ...، سابق الإشارة إليه.

²⁶- NICINSKI Sophie, BINCZAK Pascal, Q C M, Droit administratif des biens, Gualin éditeur, Paris, 2001, P103.

التي تمنح نسبة أفضلية تقدر ب 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون وذلك في جميع أنواع الصفقات المنصوص عليها في نص المادة 13 وهذا الأمر لا يتماشى ومتطلبات التجارة العالمية وتشجيع الاستثمار في الجزائر²⁷.

ويبقى ضمان نجاعة الطلبات العمومية والوصول إلى أهداف الفعالية أهم المبادئ، ولن يتحقق ذلك إلاً بالتحديد الدقيق والمسبق لاحتياجات المصلحة المتعاقدة²⁸، ويكون ذلك على أساس دراسات واقعية وموضوعية تعدها المصلحة المختصة مسبقاً وإن كان ذلك يؤدي إلى زيادة تكلفة إنجاز المشروع.

وبالرجوع لأحكام المادة 11 فقد تضمنت شرحاً مفصلاً للشروط التي يتعين مراعاتها عند تحديد الطلب العام وذلك بالنسبة لكل نوع من أنواع الصفقات العمومية وكل خروج عن هذه الأحكام يعرض دفتر الشروط المتضمن لهذا الطلب رفض منح التأشير، كما تتأكد المصلحة المتعاقدة من أن الطلب موضوع دفتر الشروط ليس موجهاً نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد منعاً للمحاباة.

فرقابة مشاريع دفاتر شروط المناقصات من طرف لجان الصفقات المختصة قبل إعلان المناقصة أمر ضروري لتكريس فعالية الطلب العمومي ومطابقته للاحتياجات المصلحة المتعاقدة وهي خطوة ضرورية لتفادي التجاوزات التي يمكن أن تطرأ لاحقاً.

فالتحديد الدقيق والمسبق للطلب العام يكون في حدود الاحتياجات الفعلية والضرورية لسير المرفق بانتظام وباضطراد، وبمفهوم المخالفة فكل طلب لا يتم تحديده مسبقاً وبصفة دقيقة يؤدي إلى تجزئته لعدة عقود وبذلك يتم إفلاته من إجراءات المنافسة والإشهار، وذلك سيؤدي لا محالة إلى المساس بأهم المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية، وهي حرية المنافسة والمساواة وشفافية الإجراءات، كما أن تجزئة الصفقة تؤدي إلى إفلاتها من أطر الرقابة خاصة الرقابة الخارجية، فعدم تمتع أجهزة الرقابة بسلطة على هذه العقود من شأنه أن يفتح المجال واسعاً للتلاعبات والتجاوزات²⁹.

²⁷- KESSAL Malik, "La Cour des comptes algérienne et le contrôle des marchés publics", **Séminaire de Tunis sur le contrôle des délégations de service publics et des marchés publics**, Tunis, 6-8 avril 2009, P19.

²⁸- DEBIEVE Christian, La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ?, mémoire pour le DESS management du secteur public, faculté de sciences de gestion (IEP de Lyon), 2004, P 08.
Publié sur le site : <http://www.doc.sciences-po-Lyon.fr>

²⁹- SABRI Mouloud, "Le droit des marchés publics en Algérie : réalité et perspectives", **IDARA**, volume18, N°01, Alger, 2008, P20.

تلك هي مخاطر عدم التحديد الدقيق للطلب العام عند إبرام الصفقة العمومية، أما عند التنفيذ فتجبر المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى نظام الملاحق³⁰ وهذا ما يرهق الخزينة العامة ويزيد من تكاليف المشروع ويرفع من مخاطر الفساد.

ومن أجل تدعيم المبادئ المنصوص عليها في المادة 9 من الأمر رقم 10-05 تم إدراج إجراء جديد لم يسبق للمشرع أن نص عليه وهو التصريح بالنزاهة، الذي يعتبر من مشتملات العرض التقني بتأكيد من المشرع في نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236³¹.

وبالرجوع إلى أحكام التعلية الرئاسية الصادرة سنة 2009 المتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد يتعين التوقيع على التصريح بالنزاهة من قبل الشركاء المتعاقدين جزائريين منهم وأجانب الراغبين في تقديم عروض للحصول على الصفقات ومن قبل من يعمل معهم بالمناولة.

يلتزم الشريك المتعاقد عند التوقيع على التصريح بالنزاهة بعدم منح أية عمولة للوسطاء ويقبل الاعتراف بما ينسب إليه من أخطاء في حالة الإتيان بالبينة التي تثبتها.

للتصريح بالنزاهة آثار إيجابية لذا يتعين فرضه كلما استعملت الأموال العمومية وتطبيقه على جميع المتعاملين عموميين كانوا أو خواص، جزائريين أو أجانب وعلى جميع أنواع الصفقات من الصفقات المحلية إلى المركزية، كما يجب فرضه بالنسبة لصفقات المؤسسات والشركات العمومية والشركات المختلطة التي تملك الدولة جزء من رأسمالها.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه لماذا لم يرد مضمون التصريح بالنزاهة في قانون الصفقات العمومية خاصة وأن هذه التعلية صدرت سنة 2009؟ فهل يعني هذا أن المشرع لا يزال متخوف من فرض هذا الإجراء؟!

³⁰ - الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليصها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقات.

أنظر المادة 103 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

³¹ - وبذلك يكون المشرع قد حذا حذو المشرع التونسي والمغربي.

- المادة 14 فقرة 5 من الأمر عدد 3158 لسنة 2002، بالنسبة للمشرع التونسي.

- المادة 23 من المرسوم رقم 2-06-338، الصادر في 5 فبراير 2007، يحدد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتسييرها ومراقبتها، ج ر عدد 5518، صادر في 19 أبريل 2007، بالنسبة للمشرع المغربي.

الفصل الثاني

طرق إبرام الصفقات العمومية

إبرام الصفقة العمومية مرحلة حاسمة في مسار حياتها، لذا يتم إبرامها وفق آليات معينة سواء تمت بإجراءات طويلة ومعقدة كما هو الحال في أسلوب المناقصة، أو تمت وفق إجراءات بسيطة ومباشرة كما هو الحال في أسلوب التراضي.

فلا يترك مجالاً لحرية المصلحة المتعاقدة وذلك باعتبار المناقصة القاعدة في إبرام الصفقات العمومية (المبحث الأول) وجعل التراضي أسلوباً استثنائياً (المبحث الثاني) وهو ما أكدته أحكام المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها "تبرم الصفقات العمومية تبعاً لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي".

المبحث الأول - المناقصة أساس إبرام الصفقات العمومية

أولى المشرع لأسلوب المناقصة أهمية خاصة في قانون الصفقات العمومية، فخصص لها دون غيرها كما معتبرا من المواد عملاً على التوفيق بين الاعتبارين المالي والفني، ونظراً لأهميتها سنتولى تحديد مفهومها (المطلب الأول) ومختلف الأشكال التي تخذها (المطلب الثاني).

المطلب الأول - مفهوم المناقصة:

تطبيقاً لأحكام المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 تعد المناقصة أهم أساليب اختيار المتعامل المتعاقد باعتبارها القاعدة العامة، وبالرجوع للنص الفرنسي نجده ينص على: « Les marches publics sont passés selon la procédure d'appel d'offres ». أي أن المصطلح المقابل للمناقصة هو "L'appel d'offres" الذي يراد به "طلب العروض" وهذه الترجمة لا تستقيم والمنطق القانوني ولم ينتبه المشرع إلى ذلك حتى في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، ذلك أن طلب العروض أسلوب من أساليب التعاقد الإداري يتيح للمصلحة المتعاقدة حرية اختيار المتعاقد معها في إطار من المنافسة دون التزامها بمبدأ آلية الإرساء³²، في حين أن المبدأ الذي يميز المناقصة عن أساليب التعاقد هو آلية الإرساء على العطاء الأقل سعراً³³.

وجاء تعريف المناقصة ضمن أحكام المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على أنها "إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض".

³² - يقصد بهذا المبدأ التزام المصلحة المتعاقدة بمنح الصفقة لمقدم أقل عطاء.

³³ - لباد ناصر، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، لباد Editeur، سطيف، 2004، ص434.

واضح من أحكام النص أنّ المعيار المعتمد في إسناد الصفقة، هو "العرض الأفضل" وهذا الأمر لا يتفق ومبدأ الإرساء الآلي كما لا يتفق مع ما هو معروف في الأنظمة القانونية العالمية المتبنية لأسلوب المناقصة، إذ تسند الصفقة للعارض الذي يقدم أقل الأثمان³⁴.

إنّ: ما المقصود بأفضل عرض وهل يعتبر العرض الأفضل العرض الأقل ثمن؟. للإجابة على هذا التساؤل يتعين الرجوع إلى نص المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها "... وتتم في مرحلة ثانية دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم انتقاءهم الأولي تقنياً، مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم للقيام طبقاً لدفتر الشروط بانتقاء إما العرض الأقل ثمنًا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية وإما أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية إذا كان الاختيار قائماً أساساً على الجانب التقني للخدمات".

فإذا أصر المشرع على المعيار المالي في المناقصات المتعلقة بالعمليات العادية، فقد رجّح معيار أحسن أو أفضل عرض اقتصادي إذا تعلق الأمر بعمليات معقدة.

المطلب الثاني - أشكال المناقصة:

جاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مانحاً للمصلحة المتعاقدة أشكالاً مختلفة للمنافسة³⁵، بما يتوافق ونشاطاتها وإمكانياتها وذلك في خمسة أشكال المناقصة المفتوحة والمحدودة (الفرع الأول)، المزايدة (الفرع الثاني) الاستشارة الانتقائية والمسابقة (الفرع الثالث) وبذلك تكون الجزائر من الدول التي تفضل التوسع في أشكال المنافسة.

الفرع الأول - المناقصة المفتوحة والمحدودة

عُرِّفت المناقصة المفتوحة في أحكام المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على أنّها "إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهد". وقد تكون المناقصة المفتوحة وطنية أي مفتوحة للمتعاملين الوطنيين لا غير، أو دولية مفتوحة للمتعاملين الأجانب والوطنيين.

³⁴ - شريفي شريف، "المناقصة العامة كأسلوب تعاقد في قانون البلدية"، الملتقى الوطني الأول حول دور البلدية في التنمية الحلية، المركز الجامعي النعامة، يومي 18 و 19 أبريل 2012، ص8.

³⁵ - أنظر المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه. قد تمّ الإبقاء على نفس أشكال المناقصة المعروفة المنصوص عليها في ظل المرسوم الرئاسي رقم 02-250، على عكس المشرع المصري الذي حصرها في أسلوب المزايدة والمناقصة طبقاً لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998. أنظر: عبد الله حنفي، العقود الإدارية، ماهية العقد الإداري وأحكام إبرامه، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 274.

أما المناقصة المحدودة فقد عرفتها المادة 30 على أنها "إجراء لا يُسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمتشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً"³⁶.

فالمناقصة المحدودة بهذا المعنى تبدو ملائمة للأعمال والتوريدات ذات الأهمية الكبيرة كإنشاء مطار جوي أو ميناء بحري³⁷، التي فرض فيها المشرع على المقاولين المنفذين لها حيازة شهادة التخصص والتصنيف المهنيين كأصل عام، وعادة ما تدخل ضمن الفئة ب و ج المحددة في القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 مايو 1988³⁸ وتضم هاتين الفئتين المنشآت ذات الطبيعة المعقدة نسبياً كمقرات البلديات والدوائر، ذات الكثافة السكانية القليلة ومقرات الشركات الصغيرة، المدارس الابتدائية والثانويات، المراكز الصحية، المحطات السياحية المتوسطة الدرجة... الخ.

الفرع الثاني - المزايدة:

إذا كانت الصفقات العمومية بأشكالها المختلفة ينجم عنها خروج مال من الخزينة العمومية، فإن التعاقد بطريق المزايدة ينجم عنه مداخيل ناتجة عن عمليات البيع وتأجير العقارات أو المنقولات التابعة للمصلحة المتعاقدة³⁹.

عرفتها المادة 33 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على أنها "المزايدة هي الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمن، وتشمل العمليات من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري"⁴⁰.

أما محل المزايدة فقد حدده المشرع بطريقة سلبية لا تتلاءم وطبيعة هذا الأسلوب فعبارة "العمليات البسيطة من النمط العادي" قد كانت موضوع المناقصة في النصوص السابقة وكانت

³⁶- بالربط مع المادة المماثلة في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 وهي المادة 25 نجد المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 استبدل عبارة "الشروط الخاصة" بعبارة "الشروط الدنيا المؤهلة" للتأكيد على ضرورة توافر عنصر التأهيل في كل مترشح خاصة وأن المناقصة محدودة.

³⁷- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 512.

³⁸- قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 15 مايو 1988، المتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، ج ر عدد (43)، بتاريخ 1988.

³⁹- د. عوابدي عمار، مرجع سابق، ص 206.

⁴⁰- إن اقتصر المزايدة على المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري يعدّ خروجاً عن القاعدة العامة الواردة بالمادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي تنص "يمكن أن تكون المناقصة وطنية أو دولية" وباعتبار المزايدة شكل من أشكال المناقصة فمن المفروض أن تخضع لهذه القاعدة ولعل هذا التحديد راجع إلى احترام مبدأ السيادة على الأملاك الوطنية. لمزيد من التفصيل أنظر: بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 16.

تتفق وطبيعة العمليات التي تبرم وفقاً لهذا الأسلوب.

والغريب في الأمر أن المشرع لم يتفطن لذلك حتى في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 في حين وفق المشرع في تحديد الأشخاص التي يجوز لها الدخول في المزايدة وتتمثل في المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري مادام الأمر يتعلق بأملكها فمن باب أولى تمتعها بسلطة واسعة في التصرف فيها.

أمّا معيار المنح المطبق على المزايدة فقد حدده المشرع بأقل الأثمان وهو أمر غريب مثير للدهشة، خاصة وأن المغزى من اللجوء إلى المزايدة هو بيع أو إيجار ملك من أملاك الدولة الجزائرية، فكان من باب أولى أن يعتمد المشرع على معيار آخر وهو أحسن الأثمان أو أعلى الأسعار بما يتماشى وطبيعة الأسلوب⁴¹.

الفرع الثالث - الاستشارة الانتقائية والمسابقة

تطور مستوى العمليات المرتبطة بالصفقات العمومية، فرض على المشرع تحديد أشكال أخرى تتمكن من خلالها المصلحة المتعاقدة الحصول على عدة عروض متنافسة إما على أساس الاستشارة الانتقائية (أولاً) وإما على أساس المسابقة (ثانياً).

أولاً - الاستشارة الانتقائية:

عرفها المرسوم الرئاسي رقم 10-236 في المادة 31 بنصه "الاستشارة الانتقائية هي إجراء يكون المترشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعون خصيصاً للقيام بذلك بعد انتقاء أولي". واعتبرت صورة لأسلوب المناقصة طبقاً لنص المادة 28.

فالاستشارة الانتقائية آلية لإبرام الصفقات العمومية تهدف إلى تحقيق التنافس بين مجموعة محددة من المترشحين المدعويين خصيصاً لتقديم عروضهم بعد أن تم انتقائهم بصفة أولية اعتماداً على معطيات مسجلة لدى المصلحة المتعاقدة الخاصة بكل المتعاملين المتعاقدين معها⁴² بما يمكنها من التعرف بصورة مبدئية على المترشحين المؤهلين مبدئياً إلى عملية الانتقاء⁴³.

ثانياً - المسابقة:

تعد المسابقة شكلاً من أشكال المناقصة يتم اللجوء إليها إذا اقتضت ذلك اعتبارات فنية أو جمالية من أجل حصولها على أحسن العروض من طرف المتنافسين من رجال الفن والإبداع.

⁴¹- إن الربط بين هذا التعريف ومثله في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 وتحديداً في المادة 27 يبدو الفرق واضحاً، فالأول ورد فيه عبارة "أحسن عرض" والثاني لسنة 2010 ورد فيه عبارة الأقل ثمناً وقد رجعنا إلى النص الفرنسي لأننا اعتقدنا بأنها مجرد هفوة من المشرع في النص العربي وإذا في النص الفرنسي نجد النص يتضمن عبارة « moins disant ».

⁴²- BENNADJI Cherif, "Marchés publics et corruption en Algérie", Revue d'études et de critique social, N°25, Alger, 2008, P144.

⁴³- صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 287.

يثير مصطلح "رجال" الوارد في المادة 34 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 إشكالية مفادها هل يقتصر أسلوب المسابقة على الأشخاص الطبيعية دون سواهم، لا شك أن هذا المفهوم الضيق يتعارض مع مقتضيات مواد كثيرة من المرسوم ذاته، خاصة نص المادة 28 التي اعتبرت المسابقة شكلاً من أشكال المناقصة التي تعني فسخ المجال للعارضين لتقديم عروضهم سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين هذا من جهة.

من جهة أخرى نجد نص المادة 21 من المرسوم نفسه قد جاء بعنوان **"المتعاملون المتعاقدون"**، بما يفهم منه أن المتعامل المتعاقد قد يكون شخصاً أو عدة أشخاص طبيعية أو معنوية.

كما وسعت المادة 22 مجال المناقصة فقصت بإمكانية التعاقد مع الطرف الأجنبي. وعليه كان من الأفضل لو جاء النص بالصيغة الآتية **"المسابقة هي إجراء يضع الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين في منافسة"**.

المبحث الثاني - التراخي أسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية

تعتبر المناقصة بأشكالها المختلفة، الأصل والقاعدة في إبرام الصفقات العمومية، ورغم ذلك قد لا تصلح في الصفقات التي تعتمد على جوانب فنية وتقنية وغيرها من المعايير ذات الطابع المتميز⁴⁴، أو تلك الصفقات التي يتطلب تنفيذها ممن تتوفر لديهم الخبرة والاختصاص.

لذلك تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أساليب تتسم بطابعها الخاص وهو ما يتم في إطار الاستشارة الانتقائية والمساابقة، إلا أنه في حالات أخرى تحتاج المصلحة المتعاقدة الخروج عن الإجراءات المعروفة في قانون الصفقات العمومية، واتباع أسلوب أكثر مرونة نتيجة وجود حالات تستدعي السرعة لتغطية الحاجات العامة ويتمثل هذا الأسلوب في التراخي⁴⁵.

فالتراخي إحدى طرق اختيار المتعامل المتعاقد، وهو إجراء استثنائي بموجبه تقوم المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد معها متحررة من القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب المناقصة بأشكالها المختلفة⁴⁶ ولعل هذه الخاصية هي التي جعلت التشريعات المقارنة

⁴⁴ - وبذلك يكون المشرع قد تفادى النتائج السلبية المترتبة على مبدأ الإرساء الآلي خاصة في حالة عدم جدوى المناقصة كآلية يسترشد بها في إبرام الصفقات البالغة الأهمية أو تلك التي يتطلب تنفيذها اللجوء إلى أهل الاختصاص ممن تتوفر فيهم الخبرة العالية.

⁴⁵ - التراخي أسلوب معروف في التشريعات المقارنة ففي مصر يعرف بالاتفاق المباشر، أما في فرنسا فقد ظل مصطلح gré à gré متداولاً إلى غاية صدور مرسوم 1976/01/21 حيث تم استبداله بمصطلح les marchés négociés أي التعاقد بناءً على مفاوضة.

⁴⁶ - جاء تعريف التراخي في المادة 27 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على أنه **"إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة..."**.

تولي عناية بالغة إلى ضبط حالات اللجوء إليه وتقرير قواعد وشروط إعماله، سواء بالنسبة للتراضي البسيط (المطلب الأول) أو التراضي بعد الاستشارة (المطلب الثاني). وعن موقف المشرع الجزائري فقد ظهر هذا الأسلوب بصفة متأصلة في مختلف التشريعات المنظمة للصفقات العمومية، إلا أنه فيما يخص استعمال المشرع لمصطلح التراضي - وهو ليس الوحيد في ذلك - ليس في محله، لأن التراضي أساس كل العقود سواء عقود القانون العام أو الخاص. ويتحقق التراضي في الحالتين فإن أنسب مصطلح يوافق هذه الطريقة هو الاتفاق المباشر أو التفاوض.

المطلب الأول - حالات التراضي البسيط

التراضي البسيط إحدى أشكال التراضي، يجعل المصلحة المتعاقدة تستبعد مبدأ التنافس لتقوم مباشرة باختيار المتعامل المتعاقد بعد أن تتفاوض معه⁴⁷. وبصدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أزيل كل الغموض الذي شاب هذا النوع من التراضي بتوضيح أدق جوانبه بدءاً من جعله إجراءً استثنائياً، إذ نصت المادة 27 فقرة 2 على "إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 43 من هذا المرسوم".

يلاحظ إعادة وتأكيد من المشرع على الطابع الاستثنائي للتراضي البسيط، رغم أنه قد سبق وجعل من التراضي قاعدة استثنائية في الإبرام في نص المادة 25 فهذه الإعادة لم تكن لرغبة المشرع في التكرار، وإنما أراد التأكيد على أن التراضي في صورته البسيطة يعد استثناء على استثنائية التراضي بصفة عامة، بما يؤدي إلى تقييد سلطة المصلحة المتعاقدة في اعتمادها. يدل هذا الأمر على تظن المشرع لخطورة الإجراء وما يتمخض عنه من نتائج سلبية أثرت وستؤثر على المال العام وكذا حظوظ المتعاملين المتنافسين الراغبين في التعاقد، إذ أثبت الواقع أن التراضي البسيط مجالاً خصباً للفساد.

وما يزيد في الثناء على المشرع أفراد التراضي البسيط بحالات حصرية تختلف عن حالات التراضي بعد الاستشارة، تم ذكرها ضمن أحكام المادة 43 من المرسوم ذاته وتم تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23، تميزت بصيغتها القطعية في تحديد الحالات فنصت الفقرة الأولى منها على "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط..." وتتمثل تلك الحالات في:

⁴⁷- BENNADJI Cherif, op cit, P140.

الفرع الأول - الوضعية الاحتكارية للمتعاقد:

وهي الحالة التي لا يمكن فيها تنفيذ الخدمات إلاّ على يد متعامل وحيد إما لاحتلاله وضعية احتكارية⁴⁸.

وإما لانفراده بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة، وعندما تواجه المصلحة المتعاقدة هذه الحالة فما فائدة الإعلان أو الخضوع لإجراءات المناقصة، وهناك متعامل وحيد يستجيب لشروط التعاقد ويلبي الخدمة؟!.

أو لاعتبارات ثقافية وفنية تيرر اللجوء لمتعامل متعاقد وحيد على أن توضح الخدمات المعنية بهذه الاعتبارات بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية وهو الأمر الذي استحدثه المشرع في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23⁴⁹.

ملاحظة: الاعتبارات الثقافية والفنية مصطلح مرن يؤدي وجودها كحالة من حالات التراضي البسيط إلى توسيع دائرة أعماله.

الفرع الثاني - حالة الاستعجال الملح:

وهي حالة تبرر إبرام الصفقة بطريق التراضي البسيط⁵⁰ واللجوء لهذه الحالة قيده المشرع بشروط وهي:

« أن يتعلق الاستعجال بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار وعلى المصلحة المتعاقدة تبيان حالة الضرورة والاستعجال، وتقديم التبرير الكافي وهو ما عبر عنه المشرع بالاستعجال الملح "المعلل" خاصة وأن قانون الصفقات العمومية لم يحدد ولم يضبط حالات الاستعجال الملح، فورود العبارة بصيغة عامة يفتح المجال واسعاً أمام التحايل، لذا كان على المشرع تجنب ذلك بضبط حالات الاستعجال الملح وتحديدتها حصراً من أجل الحفاظ على الطابع الاستثنائي لهذا الأسلوب.

« أن يتجسد ذلك الخطر في الميدان، والوقاية منه لا تتكيف وآجال المناقصة التي تتميز بإجراءاتها الشكلية الطويلة والمعقدة.

⁴⁸ - عرفت المادة 3 فقرة ج من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المقصود بالاحتكار بأنه "الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنية من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو مموليها".

⁴⁹ - أنظر الفقرة 3 من المادة 43 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، سابق الإشارة إليه.

⁵⁰ - تطبيقاً لهذه الحالة قرر مجلس الوزراء المنعقد يوم 2003/12/28 اعتماد صيغة التراضي البسيط طبقاً للمادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 لتحقيق البرنامج الذي يهدف إنجاز 20 ألف سكن اجتماعي لفائدة منكوبي زلزال ولايتي الجزائر وبومرداس.

«ألا يكون من الممكن توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال لأنه لو حدث العكس لكان لازماً على المصلحة المتعاقدة أن تتخذ الاحتياطات اللازمة للتقليل من آثاره بما يحافظ على سلامة العين المهدة.

«ألا يكون نتيجة مناورات للمماطلة وهو الشرط الذي استحدثه المشرع بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ومفاده تماطل المصلحة المتعاقدة إلى أن يتعرض الملك أو الاستثمار إلى خطر داهم للجوء إلى المتعاقد الذي ترغب فيه، وبمفهوم المخالفة أن يكون نتيجة قوة القاهرة وبذلك يقطع كل سبيل للاحتيال⁵¹.

وبانتفاء أحد الشروط السابقة تزول حالة الاستعجال الملح التي تجيز للمصلحة المتعاقدة إبرام الصفقة وفقاً لإجراء التراضي البسيط، وعلى المصلحة المتعاقدة تقديم التبريرات اللازمة وكل ما يثبت تحقق هذه الشروط عند كل رقابة تمارس على الصفقة العمومية.

ملاحظة: الاستعجال الذي يبرر اللجوء إلى التراضي البسيط لم يعد في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 يقتصر على وجود خطر يهدد ملك أو استثمار، فعندما يتحتم تنفيذ خدمات بصفة استعجالية لا تتلاءم طبيعتها مع أجل إجراءات إبرام الصفقات فبإمكان المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي البسيط بتبرير صريح من المشرع⁵² وفق شروط وهي:

- ألا يكون من الممكن توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال.
 - ألا يكون نتيجة مناورات للمماطلة.
 - أن تتم الموافقة أثناء اجتماع الحكومة.
- ورغم تحديد المشرع لهذه الشروط يعاب عليه عدم تحديده لطبيعة الخدمات التي تبرر اللجوء لأسلوب التراضي البسيط.

الفرع الثالث - حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية:

هذه الحالة ليست منفردة أو مستقلة عن الحالة السابقة لأنها تدخل ضمن حالة الاستعجال، غير أن موضوع الصفقة يتعلق بالتموين وهي الوضعية التي تكون فيها المصلحة المتعاقدة في حاجة سريعة لخدمة ما يتوقف عليها نشاطها. ولو ألزمت بالخضوع لإجراءات التعاقد العادية بما تستلزمه من نشر وأجال وإجراءات لتوقفت الحركة وفي ذلك إضراراً بها والاقتصاد

⁵¹ - عبيد ريم، مرجع سابق، ص 111.

⁵² - أنظر الفقرة 2 من أحكام المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، سابق الإشارة إليه.

الوطني ككل، لذا وجب تمكينها من التعاقد بأسلوب التراضي البسيط⁵³. وفي ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 تم ضبط هذه الحالة بشرطين، وهو الأمر الذي لم يتم اعتماده في النصوص التي سبقت المرسوم أعلاه، وتتمثل هذه الشروط في: عدم توقع الظروف المسببة لهذه الحالة. أن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة. تتحقق هذه الحالة في ظل الكوارث الطبيعية التي تفرض على الدولة بمختلف أجهزتها السرعة في اتخاذ القرارات من أجل تغطية حاجات المنكوبين التي تبرز دفعة واحدة، مما يحتم على المصلحة المتعاقدة اللجوء مباشرة لممّون أو مجموعة ممّنين لتزويدها بالمواد محل التعاقد.

الفرع الرابع - حالة مشروع ذي أهمية وطنية:

إنّ الطابع الخاص لهذا المشروع سيخلف أثرًا إيجابيًا يمس كل إقليم الدولة طالما وصفته المادة 43 بأن له أهمية وطنية، ومن المؤكد أن الأعباء المالية الناتجة عن إبرام هذه الصفقة ستكون ضخمة جدًا.

تعد هذه الحالة من بين المستجدات التي حملها المرسوم الرئاسي رقم 02-250 وبعد إلغائه جاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ليؤكد الاتجاه نفسه بجعل الحالة من حالات التراضي البسيط وقد جاءت نتيجة الواقع العملي الذي عرفه مجال الصفقات العمومية، فقد كانت الصفقة الواحدة يستمر تنفيذها أكثر من 10 سنوات دون أن تكتمل خاصة المشاريع ذات الأهمية البالغة مما أدى إلى تدهور النمو الاقتصادي للبلاد.

يتميز هذا النوع من الصفقات في خضوع قرار إبرامها للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج، وللموافقة المسبقة لمجلس الحكومة إذا كان المبلغ يقل عن المبلغ السالف ذكره.

هذا التمييز جاء به المشرع في ظل المرسوم الرئاسي رقم 12-23⁵⁴ وهنا تقل مسؤولية المصلحة المتعاقدة لتتوزع بين مختلف الجهات التي يهملها تنفيذ العملية.

الفرع الخامس - عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقًا حصريًا القيام بمهمة الخدمة العمومية:

أستحدثت هذه الحالة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وما يعاب على المشرع أن الأمر يتعلق بالتراضي البسيط ومن المفروض أن يكون أكثر دقة وحذر، فما طبيعة المؤسسة التي يمنح لها النص التشريعي أو التنظيمي صلاحية القيام بمهمة الخدمة العمومية؟

⁵³ - أ.د. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر...، مرجع سابق، ص 113.

⁵⁴ - أنظر الفقرة 6 من المادة 43 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، سابق الإشارة إليه.

فهل هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري أو اقتصادي أو تجاري أو صناعي ما دام قد أقر بأحقيتها في إبرام الصفقات العمومية بصريح نص المادة 2 من المرسوم ذاته، وعلى أي أساس يمنح لها هذا الحق؟ وهل يعني ذلك أن كل صفقاتها تتم عن طريق التراضي البسيط؟.

كل هذه الأسئلة لا نجد لها إجابة حتى في ظل المرسوم الرئاسي رقم 12-23 خاصة وأن المشرع كان صريحاً عندما نص أن قائمة المؤسسات المعنية ستحدد بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني، فالقرار المشترك يخص تحديد المؤسسات المعنية وليس الحالات التي يجوز فيها لجوء هذه المؤسسات إلى أسلوب التراضي البسيط.

ملاحظة: لاشك أن إعطاء الأولوية لبعض المؤسسات العمومية والترخيص لها التعاقد بأسلوب التراضي ولو كان مصدره نص تشريعي أو تنظيمي ولو كانت المؤسسة مدرجة ضمن القائمة المحددة في القرار الوزاري الموعود بإصداره، فهو أمر خطير على مبدأ المساواة الذي اعتبره المشرع من المبادئ الهامة التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية بصريح المادة 3 من قانون الصفقات العمومية.

الفرع السادس - عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية:

وهي من الحالات التي جاء بها المرسوم الرئاسي رقم 10-236، ونظراً لأهميتها تخضع للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج، وللموافقة المسبقة لمجلس الحكومة إذا كان المبلغ يقل عن القيمة السالف ذكرها، وهذا التمييز جاء به المشرع في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23⁵⁵.

ملاحظة: إذا تعلق الأمر "بمشروع ذي أهمية وطنية" أو "بترقية الأداة الوطنية العمومية"، يمكن أن تخصص الصفقة إلى متعامل أجنبي في إطار صفقة دولية وبالكيفية المنصوص عليها في المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁵⁶.

ملاحظة هامة: نص المادة 27 عدل بالمادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 11-98 - السالف ذكره - فلم تعد الصفقات المبرمة وفقاً لإجراء التراضي البسيط تتم عن طريق الصفقات الدولية، وبتعبير أدق عندما تكون المصالح المتعاقدة أمام إحدى حالات التراضي البسيط يجب لا تلجأ إلى صفقات دولية، ويعود سبب ذلك في نظرنا إلى أن التراضي البسيط عندما يتم في شكل صفقة دولية يكون مجالاً خصباً للفساد، والدليل على ذلك أن فضاء سوناطراك كانت بسبب صفقات التراضي التي تمت مع متعاملين أجانب، في حين تخضع الصفقات المبرمة وفق إجراء

⁵⁵ - أنظر الفقرة 8 من المادة 43 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، سابق الإشارة إليه.

⁵⁶ - أنظر المادة 27 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

التراضي بعد الاستشارة لأحكام المادة 24، باستثناء الصفقات التي تبرمها المؤسسات السيادية في الدولة فصفقاتها سواء تمت في شكل التراضي البسيط أو بعد الاستشارة فلا تخضع أبداً لأحكام المادة 24⁵⁷.

الفرع السابع - عندما تنفذ الخدمات في إطار أحكام المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23:

هذه الحالة من المستجدات التي جاء بها المرسوم الرئاسي رقم 12-23، يتحدد مجال تطبيقها في حالة وجود خطر يهدد استثمار أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، وهنا يمكن لمسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني أن يرخص بموجب مقرر معلل الشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة وهو ما أكده المشرع في نص المادة 7 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

السؤال المطروح ما سبب إدراج هذه الحالة ضمن حالات التراضي البسيط؟ فنص المادة 7 المذكورة أعلاه قد جاء واضحاً وصريحاً، يرخص للجهات المعنية الشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة، وليس إبرام صفقة عن طريق التراضي البسيط⁵⁸.

خلاصة: تنقيد المصلحة المتعاقدة مقيدة بالحالات السابقة الواردة في نص المادة 43 على سبيل الحصر، فلا يجوز القياس عليها أو الربط بين حالة أخرى مماثلة لها في الوصف أو السبب أو الحالة.

المطلب الثاني - حالات التراضي بعد الاستشارة

وهو شكل آخر من أشكال التراضي المنصوص عليها في المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي تنص "...أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

فالتراضي بعد الاستشارة أسلوب تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإبرام صفقاتها بإقامة المنافسة بين عدة مترشحين مدعويين خصيصاً، بوسائل مكتوبة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعتمدة في المناقصة.

حدد المشرع الجزائري حالات التراضي بعد الاستشارة بصفة حصرية في نص المادة 44 وتتمثل في:

⁵⁷ - أنظر المادة 27 فقرة 3 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 1 ماس 2011، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

⁵⁸ - فالإسراع في تطبيق برنامج رئيس الجمهورية كانت نتيجته مسارعة الولاية إلى تطبيق حالة التنفيذ قبل الإبرام، ومن أمثلتها صفقات تعبيد الطرقات وإعادة تهيئة المدن.

الفرع الأول - عندما يتضح أن الدعوة للمنافسة غير مجدية:

ملاحظة: عدم جدوى الدعوة للمنافسة مصطلح يصح في المرسوم الرئاسي رقم 82-145 لاعتماده طريقة الدعوة للمنافسة في إبرام الصفقات العمومية، ولا يتماشى مع المراسيم التي جاءت بعد هذا المرسوم، لذا كان على المشرع أن تدارك ذلك بتصحيح العبارة بما يتلاءم والتعديلات التي أدخلت على طرق الإبرام ويعيد صياغة الفقرة بالشكل التالي "في حالة عدم جدوى المناقصة" وليس المنافسة.

أما عن حالات عدم الجدوى فيعتبر المرسوم الرئاسي رقم 12-23 أكثر النصوص وضوحاً، إذ تناولها بصفة دقيقة متمثلة في حالة تسلم عرض واحد فقط، أو لم يتم استلام أي عرض أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط بعد تقييم العروض المستلمة.

وعند تحقق إحدى الحالات السابقة بإمكان المصلحة المتعاقدة الانتقال من القاعدة العامة "المناقصة" إلى الاستثناء "التراضي" ولا تعفى من إجراء الاستشارة.

وقد أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة استعمال دفتر الشروط نفسه، باستثناء كفالة التعهد وكيفية الإبرام وإلزامية نشر إعلان المنافسة من باب تخفيف إجراءات الإبرام، حتى لا تضطر المصلحة المتعاقدة لإعادة دفتر الشروط وإحالاته على لجنة الصفقات المعنية للمصادقة عليه، وينبغي أن تذكر في رسالة الاستشارة التعديلات المتعلقة بكفالة التعهد وكيفية الإبرام وإلزامية نشر إعلان المناقصة.

الفرع الثاني - حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة:

الطبيعة الخاصة لهذه الصفقات هي التي تحتم على المصلحة المتعاقدة إعمال أسلوب التراضي بعد الاستشارة، إلا أن المشرع لم يبين طبيعة هذه الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة وما المراد بها لكي يتسنى لنا فهم الغرض من عدم إخضاعها لأسلوب المناقصة.

كما أن مصطلح "الخاصة" أضفى عليها نوعاً من الغموض فهل يُقصد بها صفقات الدولة التي تكتسي طابعاً سرياً في إبرامها وتنفيذها، كصفقات الأسلحة ولوازم وزارة الدفاع الوطني والأمن، التي لا تتوافق وطبيعتها أسلوب المناقصة.

قد أشارت المادة 44 إلى أن تحديد قائمة الخدمات واللوازم سيتم بموجب قرار مشترك بين سلطة المؤسسة الوطنية ذات السيادة⁵⁹ أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني حسب الحالة والوزير المكلف بالمالية.

ومن ثم فإن إعمال أسلوب التراضي بعد الاستشارة في هذه الحالة مقيد بالعودة إلى القائمة المعدة مسبقاً، فلا يجوز التعاقد في لوازم وخدمات ودراسات أخرى لم تحددتها القائمة.

⁵⁹ - ما يُلاحظ على نص المادة 44 أن المشرع أعاد لسلطة المؤسسة الوطنية ذات السيادة الحق في تحديد قائمة الخدمات واللوازم بعدما استبعدها من ذلك بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

الفرع الثالث - حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة:

استحدثت هذه الحالة في المرسوم الرئاسي رقم 08-338، وتم الإبقاء عليها في ظل المرسوم الرئاسي رقم 12-23، تتعلق بالأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة، وتحدد طبيعتها بموجب قرار وزاري مشترك بين سلطة المؤسسة الوطنية ذات السيادة أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني حسب الحالة والوزير المكلف بالمالية.

إن اعتبار الحالة من حالات التراضي بعد الاستشارة كان مقصوداً من المشرع لتعلقها بالعمليات المتميزة بالدقة والسرية إذ تخص الأمن والدفاع الوطني، فهذا النوع من الصفقات يكتنفه الطابع السري الذي يتنافى وعملية النشر المعروف في المناقصة.

وتضاف حالات أخرى للتراضي بعد الاستشارة جاء تنظيمها أيضا في المرسوم الرئاسي رقم 08-338، وأعيد تنظيمها في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وكذا المرسوم الرئاسي رقم 12-23، تتعلق بالعمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار الاتفاقات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية.

كما أصبح التراضي بعد الاستشارة سبباً لتخليص الدولة من ديونها، وذلك بتحويل تلك الديون إلى مشاريع تنمية⁶⁰ كما يمكن منح الصفقة بالتراضي بعد الاستشارة بناءً على هبة لتقتصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط بالنسبة للحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

كما أضيفت حالات أخرى للتراضي بعد الاستشارة في المرسوم الرئاسي رقم 12-23 تتعلق بصفقات الدراسات أو اللوازم أو الخدمات التي تم صدور قرار المنح بشأنها، لكن لسبب من الأسباب كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم وأجال مناقصة جديدة. تضاف إليها العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية.

ما يعاب على المشرع أنه أمام حالات التراضي بعد الاستشارة أي أمام اختيار للمتعامل المتعاقد دون تلك الإجراءات الشكلية المعقدة، فعدم تحديد المشرع لطبيعة العمليات السابقة سيؤدي لا محالة إلى توسيع مجال أعمال هذا النوع من التراضي، فما الفائدة إذاً من تحديد حالات التراضي بعد الاستشارة!؟

⁶⁰ - تجسيدا لذلك تم اتفاق بين الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الإيطالية وتمت المصادقة على هذا الاتفاق بمرسوم رئاسي رقم 11-427، مؤرخ في 11 ديسمبر 2011، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية المتعلقة بكيفيات تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنمية، الموقع في الجزائر بتاريخ 12 يوليو سنة 2011، ج ر عدد (68)، بتاريخ 14 ديسمبر 2011.

ملاحظة: يجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة عن طريق التراضي بعد الاستشارة محل نشر⁶¹، وفي ذلك تكريس لمبدأ الشفافية الذي يشكل أهم نقاط القوة في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الذي لم يقصر شرط نشر الإعلان عن المنح المؤقت على أسلوب المناقصة، بل مدّه لأسلوب التراضي بعد الاستشارة، فطالما كنا أمام منافسة ولو محدودة وجب ضمان حقوق المتعهدين وتمكينهم ممارسة حق الطعن عند معارضة اختيار المصلحة المتعاقدة.

أما في التراضي البسيط فلا تلزم المصلحة المتعاقدة بنشر إعلان المنح المؤقت لأن المادة 43 خلت من الإشارة لذلك نظراً للطابع الخاص لأسلوب التراضي البسيط.

وهكذا تخضع عملية إبرام الصفقات العمومية لنظام قانوني متميز فتتسم طرق إبرام الصفقات العمومية بطابعها الإجرائي الخاص والمعقد، وقد اعتمد المشرع في كل النصوص المنظمة للصفقات العمومية تحديد آليات إبرامها تحقيقاً للمصلحة العامة وترشيدها للمال العام.

⁶¹ - وفي حالة الصفقات التي تنفذ في الخارج أو تلك التي تكتسي طابعاً سرياً يعوز إعلان المنح المؤقت للصفقة بمراسلة المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم.

الفصل الثالث

الرقابة على عملية إبرام الصفقات العمومية

للرقابة مكانة بارزة في مجال الصفقات العمومية⁶² لا اعتبارها أحد أهم المجالات صرفا للمال العام، هذا ما استوجب إخضاعها لنظام رقابي فعال خوفاً من انتهاك قواعد وإجراءات إبرامها، وهو الأمر الذي نلتزمه عند التدقيق في النصوص المنظمة للصفقات، إذ نلمس اهتمام المشرع وحرصه الأكيد على رقابة المال العام وذلك بتنظيمه لمختلف أشكال الرقابة فتتص المادة 116 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 " تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده"، كما أكدت المادة 118 على المبدأ ذاته فنصت على "تمارس على الصفقات مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها".

عمومية النصوص السابقة تجعل المصلحة المتعاقدة ملزمة بتوضيح الإجراءات التي اتبعت في عملية إبرام الصفقة، والمعايير التي تم على أساسها اختيار المتعامل المتعاقد⁶³ سواء أمام جهات الرقابة الإدارية (المبحث الأول)، وحتى أمام الجهات القضائية ممثلة في القضاء الإداري (المبحث الثاني)، سواء أمام قضاء الإلغاء أو حتى أمام قضاء الاستعجال (المبحث الثالث)⁶⁴.

المبحث الأول - الرقابة الإدارية

امتداداً إلى سلسلة القيود التي تضبط عمل المصالح المتعاقدة في إبرامها للصفقات العمومية وضماناً لتحقيق احترام قواعد إبرام الصفقات ومبادئها، حرص المشرع على فرض ضوابط وجب التصرف في حدودها تحقيقاً للمصلحة العامة التي تسعى لها المصلحة المتعاقدة من خلال صفقاتها.

تجسيدا لهذا الغرض نص المشرع في قانون الصفقات العمومية على إخضاع عملية إبرام الصفقات العمومية للرقابة، وما يهم في إطار هذه الدراسة هو الشرط المتعلق بالرقابة الإدارية.

⁶² - قد خصص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 باباً بأكمله للرقابة (الباب الخامس)، وأدرج فيه مجموعة من الأقسام وفصل في أحكام الرقابة بما لم يفعله مع أحكام أخرى حيث خصص لها 57 مادة (من المادة 116 إلى المادة 172) بما يعكس أهمية الرقابة على مستوى منظومتنا القانونية.

⁶³ - يتم تبرير عملية الاختيار عملياً بإعداد المصلحة المتعاقدة لملف كامل يخص الصفقة بجميع الإجراءات المتخذة بشأنها من يوم الإعلان عنها إلى غاية المنح المؤقت ترفقه بوثيقة تسمى بطاقة التقديم "Fiche de Presentation" تتضمن ملخص عن كل الإجراءات التي سبقت المنح المؤقت تبرر من خلالها عملية الاختيار بعد ترتيب المترشحين كل حسب إمكانياته وعدد النقاط المتحصل عليها، ليرسل الملف بعدها إلى اللجنة المختصة من أجل التأشير على الصفقة العمومية.

⁶⁴ - كما تخضع الصفقة العمومية للرقابة المالية عن طريق المراقب المالي والمحاسب العمومي.

تعدّ الرقابة الإدارية إحدى الوظائف الإدارية الهامة تركز على متابعة النشاطات من أجل مطابقتها للخطط المرسومة⁶⁵.

تضطلع بهذه المهمة لجنتان يتم إحداثهما على مستوى كل مصلحة متعاقدة وبالتالي هي نوع من الرقابة الذاتية تتم على مستوى المصالح المتعاقدة لفحص مدى صحة الإجراءات التي تمت في إبرام الصفقة العمومية (المطلب الأول)، كما يدخل في إطار الرقابة الإدارية رقابة لجان الصفقات على اختلاف مستوياتها وهي رقابة خارجية تتم على مستويات مختلفة (المطلب الثاني).

المطلب الأول - الرقابة الداخلية - الرقابة الذاتية -

تمارس الرقابة الداخلية من المصلحة المتعاقدة على يد موظفيها أو المصالح التابعة لها فهي نوع من الرقابة الذاتية التي يسميها البعض بالرقابة الروتينية.

تكمن أهمية هذه الرقابة في كشف الانحرافات والتجاوزات دون توقيع الجزاء فهي تنبني على مراجعة وفحص مختلف الإجراءات لأجل التحقق من صحتها وسلامتها.

وبالرجوع إلى الأحكام المنظمة للصفقات العمومية يقوم بالرقابة الداخلية لجنتان تنشأن لدى كل مصلحة متعاقدة هي لجنة فتح الأظرفة (الفرع الأول)، ولجنة تقييم العروض (الفرع الثاني) وذلك طبقاً للمادتين 121 و 125 من الأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم⁶⁶.

الفرع الأول - إنشاء لجنة دائمة لفتح الأظرفة:

تتولّى مهمة فتح الأظرفة لجنة تنشأ لهذا الغرض، تستمد صلاحيتها من تسميتها لذلك فاستحداثها أمراً إلزامياً على كل الهيئات التي لها صلاحية إبرام الصفقات العمومية⁶⁷.

تعمل هذه اللجنة في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها وللإمام بالنصوص المنظمة لها، لذا سيتم تناول دراسة تشكيلة اللجنة (أولاً)، وتحديد الاختصاصات التي تتمتع بها (ثانياً).

أولاً - تشكيلة اللجنة:

نصّت المادة 121 فقرة 2 على "يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، تشكيلة اللجنة المذكورة في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها".

⁶⁵ - ROBBINS Stephen, DECENZO David, Management l'essentiel des concepts et des pratiques, 4^{ème} édition, Pearsan Education, France, 2004, P434.

⁶⁶ - لم يشر القانون الفرنسي إلى الرقابة الداخلية وإنما توجد لجنة المناقصة حسب نصوص المواد 22، 23، 25 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي التي تتولى عملية فتح الأظرفة وتقييم العروض.

Code des marchés publics français 2009, version consolidée au 21/12/2008. أنظر:

Publié sur le site :

www.marchéspublicspme.com

⁶⁷ - إذ تنص المادة 121 "تحدث في إطار الرقابة لداخلية، لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة متعاقدة..."، سابق الإشارة إليه.

وبذلك يكون المشرع قد منح المصلحة المتعاقدة حرية تشكيل واختيار أعضاء لجنة فتح الأظرفة من بين موظفيها مع ضرورة مراعاة الإطار القانوني والتنظيمي الساري المفعول⁶⁸. وبذلك تختلف التشكيلة حسب طبيعة المصلحة المتعاقدة ويكون المشرع الجزائي بذلك قد أحسن صنعا، ذلك لأن التشكيلية التي تصلح لهيئة قد لا تصلح لهيئة أخرى.

يعدّ تاريخ وكيفية اجتماع اللجنة من المسائل الضرورية التي يتعين الوقوف عندها وهو ما ذكره المشرع في صلب المادة 123 التي جاء فيها "يتم فتح الأظرفة التقنية والمالية في جلسة علنية، بحضور كافة المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا خلال نفس الجلسة في تاريخ وساعة فتح الأظرفة المنصوص عليها في المادة 50 أعلاه".

تجتمع اللجنة في مقرها الرسمي وهو المصلحة المتعاقدة وتخضع اجتماعاتها لمبدأ العلنية وذلك بتمكين المتعهدين أو من ينوب عنهم الحضور إلى أشغال اللجنة. ورغبة من المشرع في مواجهة الفساد ابتداءً من أول مراحل الرقابة نص في المرسوم الرئاسي رقم 12-23 على ضرورة توقيع كل وثائق الأظرفة المفتوحة بالأحرف الأولى منعاً للتلاعب والمحاباة.

ثانياً - مهام لجنة فتح الأظرفة:

جاء تحديد مهام اللجنة فقد جاء تحديدها في صلب المادة 122⁶⁹ وبذلك يكون دور لجنة فتح الأظرفة إعدادي (1) واستشاري (2).

1. الدور الإعدادي: اختصاص اللجنة بقيّد بما رسمه المشرع في المادة 122 إذ تعدّ لمرحلة أخرى لاحقة لها وهي مرحلة التقييم، وعليه تتمثل مهام اللجنة في:

- التثبت من صحة تسجيل العروض على سجل خاص.
- إعداد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.
- إعداد وصف مفصل للوثائق التي يتكون منها كل عرض.

فبعد تعديل قانون الصفقات العمومية بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة ممثلة في - لجنة فتح العروض - ضرورة إعداد وصف مفصل للوثائق التي يتكون منها التعهد وبذلك يكون المشرع قد أضفى على عملية إبرام الصفقات شفافية أكثر خاصة وأن لجنة فتح الأظرفة يحضرها المتعهدون أنفسهم أو من ينوب عنهم.

⁶⁸ - د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1989، ص 339.

⁶⁹ - هي أشبه ما تكون بجلسة الفرز في الانتخابات.

كما أصبح من مهام لجنة فتح الأظرفة إمكانية دعوة المتعهدين كتابياً عند الاقتضاء من أجل استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة في أجل أقصاه 10 أيام وهذا باستثناء التصريح بالاكتتاب وكفالة التعهد والعرض التقني.

▪ تحرير محضر عند الاقتضاء بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون عندما يتم استلام عرض واحد أو في حالة عدم استلام أي عرض⁷⁰.

ملاحظة: هل يعتبر المحضر الذي تحرره لجنة فتح الأظرفة الخاص بعدم جدوى المناقصة، قراراً نهائياً بعدم مواصلة إجراءات إبرام الصفقة؟ أم قراراً قابلاً للطعن فيه أمام القضاء من قبل المترشحين؟.

لم ينص المشرع على إمكانية الطعن في هذا المحضر حتى في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 ولكن بما أنه يتضمن قرار إداري فيمكن الطعن فيه أمام القضاء الإداري، خاصة إذا كانت لجنة فتح الأظرفة تابعة لمصالح عمومية إدارية كالولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، لكن الإشكال يثور دائماً عندما تكون لجنة فتح الأظرفة تابعة لمراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما تكلف هذه المؤسسات بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة⁷¹.

فمحضر عدم جدوى المناقصة الصادر عن هذه المؤسسات لا يمكن أن يكون محل طعن أمام القضاء الإداري لأن هذا الأخير يختص فقط بإلغاء القرارات الصادرة عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية وكذلك البلدية والمصالح الأخرى للبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري⁷².

لم يعالج المشرع الجزائري هذه المسألة وترك غموضاً كبيراً في مسألة الاختصاص وكان من المفروض أن يكون أكثر دقة في تحديد مهام لجنة الفتح لضمان شرعية إجراءات اللجوء إلى المنافسة ومصادقيتها وشفافيتها للحد من الفساد والتلاعب الذي انتشر في مجال الصفقات العمومية. كما أضيف لمهام اللجنة مهمة أخرى تتعلق بإرجاع الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها وهذا دائماً في إطار أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

⁷⁰ - هذه الحالات قد تم إعادة النظر فيها بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 وذلك حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 31 و34 و44 من المرسوم ذاته.

⁷¹ - أنظر المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

⁷² - أنظر المادة 801 من قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد (21)، بتاريخ 23 أبريل 2008.

2. الدور الاستشاري: ويظهر ذلك في تحرير محضر تبدي فيه تحفظاتها وملاحظاتها سواء تعلق الأمر بالعروض ذاتها أو ما تعلق بأصحابها⁷³. وهكذا تخضع الصفقات العمومية لرقابة داخلية تتجسد في لجنة دائمة لفتح الأظرفة، ولا شك في أن السبب في إحداثها على مستوى كل مصلحة متعاقدة هو تحقيق مبدأ التسيير الجماعي للصفقة وإضفاء إطار رقابي داخلي.

الفرع الثاني - إنشاء لجنة دائمة لتقييم العروض

يتم إنشاء اللجنة ليكون عملها مكملاً لمهام لجنة فتح الأظرفة ولتمارس مهمة الرقابة الداخلية، فبعد إتمام عملية فتح الأظرفة على النحو - السالف ذكره - تأتي مرحلة دراسة العروض وتتولاها لجنة تقييم العروض على مستوى كل مصلحة متعاقدة وذلك طبقاً لأحكام ومقتضيات نص المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 إذ تنص "تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض...".

ونظراً لأهمية الدور الذي تلعبه اللجنة سيتم التعرض لها بدراسة تشكيلتها (أولاً)، وبيان اختصاصاتها (ثانياً).

أولاً - تشكيلة لجنة تقييم العروض:

حرصاً من المشرع على قطع كل السبل التي من شأنها المساس بنزاهة عملية الإبرام، أكد على ضرورة الفصل بين العضوية في لجنة التقييم والعضوية في لجنة الفتح وذلك طبقاً لنص المادة 125 فقرة 2 وحتى تتحمل كل لجنة مسؤوليتها في حدود المهام المنوطة لها⁷⁴.

يخضع تشكيل اللجنة للسلطة التقديرية لمسؤول المصلحة المتعاقدة ويتم التعيين بمقرر⁷⁵. كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع في نص المادة 125 لم يوضح إن كان أعضاء اللجنة ينتمون للإدارة نفسها أم لا لكن بنصه في المادة ذاتها على إمكانية استعانة المصلحة المتعاقدة وتحت مسؤوليتها بكل كفاءة لتكفل بإعداد تقرير تحليل العروض يفهم منه أنه يمكن أن لا ينتمي أحد أعضاء لجنة التقييم إلى المصلحة المعنية بالرقابة.

المهم أن المشرع قد أكد على ضرورة تأهيل الأعضاء الذين يختارون ويستحب أن تكون

⁷³ - فنينش محمد الصالح، القيود الواردة على الإدارة لدى تعاقدها، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1986، ص142 وما يليها.

⁷⁴ - أد. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر...، مرجع سابق، ص183.

⁷⁵ - قد أحسن المشرع صنعاً، فهذه النقطة بالذات كانت محل تساؤل فما هو سبب اختلاف طريقة تشكيل كل من لجنة الفتح ولجنة التقييم؟ أو بتعبير آخر لماذا لم يسوِ المشرع بين طريقة تشكيل اللجنتين مع أن كلاهما وجهاً للرقابة الداخلية أو الذاتية؟! فتعيين أعضاء لجنة فتح الأظرفة - كما سلف الذكر - يكون بمقرر في حين تعيين أعضاء لجنة تقييم العروض كما هو واضح أعلاه يكون بموجب قرار. وبعد التعديل تم حسم هذه المسألة وتم توحيد طريقة التعيين.

تركيبهم متنوعة تجمع خبراء ماليين وقانونيين وتقنيين مساهمة لتقل المهام الموكلة لهذه اللجنة، إذ يشترط معرفتهم بمعايير التقييم التي تضمنها دفتر شروط المناقصة.

وفي كل الأحوال تلتزم اللجنة بإتباع القواعد والإجراءات المقررة قانوناً.

ثانياً - صلاحيات لجنة تقييم العروض:

تستمد لجنة تقييم العروض مهامها من نص المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ونص المادة 02 من قرار اللجنة الوطنية للصفقات العمومية رقم 215/02 المؤرخ في 2002/09/30⁷⁶ وتتميز في مجملها بطابع تقييمي (1) والبعض منها بطابع استشاري (2).

1. الدور التقييمي للجنة تقييم العروض

أول ما تقوم به لجنة تقييم العروض هو دراسة مدى مطابقة التعهدات للشروط الواردة في دفتر شروط المناقصة لمعرفة ما قد يتضمنه كل تعهد من شروط واقتراحات فنية. على هذا الأساس يكون للجنة صلاحية إقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولدفتر الشروط⁷⁷.

وبعد إتمام عملية التصفية تنتقل اللجنة إلى تحليل العروض المتبقية عبر مرحلتين هما:

❖ **المرحلة الأولى:** يتم خلالها إجراء دراسة تقييمية للعروض التقنية وفق جدول تنقيط تضعه المصلحة المتعاقدة مسبقاً في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة، وعلى أساسه يتم حساب مجموع النقاط المحصل عليها في كل عرض تقني، بعدها يتم الترتيب التقني للعروض وتفصى العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

ملاحظة: المصلحة المتعاقدة ليست لها حرية مطلقة في عملية الاختيار والبت النهائي في العروض، إذ تنقيد بجملة من الضوابط، يتم الإعلان عنها عملاً بنص المادة 56 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

❖ **المرحلة الثانية:** على إثر نتائج التقييم التقني يتم فحص ودراسة العروض المالية للمتأهلين في المرحلة الأولى ولأجل بعث ضمانات أكبر تتم المراجعة التفصيلية لأهمية النواحي المالية في الصفقة⁷⁸ ويتم التدقيق في العروض بالتحقق من العناصر التالية:

- وجود كل الأسعار الوحدوية في جدول الأسعار بالأرقام وبالأحرف.
- مطابقة الأسعار الوحدوية في جدول الأسعار بالأرقام والأحرف.

⁷⁶ - أد. بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 44.

⁷⁷ - أنظر المادة 125 فقرة 5 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

⁷⁸ - محمد أنس جعفر قاسم، الوسيط في القانون العام، أسس وأصول القانون الإداري، مطبعة اخوان مورافنتلي، القاهرة، 1984، ص 111.

- مطابقة الأسعار بين كشف أسعار الوحدة والبيان الكمي والتقديري والأخذ بعين الاعتبار عند عدم المطابقة بينهما بالسعر الوارد بالأحرف وبحسب المبلغ المحدد في العرض.
- الحساب الأفقي والعمودي للبيان الكمي والتقديري ومقارنة مختلف المبالغ الواردة في العرض.

تسترشد اللجنة في تقديرها للعرض المالي بأسعار السوق المتعلقة بالمواد محل الطلب سواء تعلق الأمر بعمليات الأشغال أو التوريدات أو حتى الخدمات قصد تقديم الاقتراحات المناسبة للمصلحة المعنية، وتقوم اللجنة عند الضرورة بدراسة تغييرات العروض وبدائلها والأسعار الاختيارية المنصوص عليها في المادة 11، وهذه المسألة استحدثها المشرع بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

هذا ما يفسر اشتراط المشرع ضرورة تعيين أعضاء مؤهلين يختارون، نظراً لكفاءتهم من أجل إبراز الاقتراح أو الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للمصالح المعنية⁷⁹، للقيام طبقاً لدفتر شروط المناقصة بانتقاء إما العرض الأقل ثمناً إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية وإما لأحسن عرض اقتصادي إذا تعلق الأمر بتقديم خدمات معقدة تقنياً، في ظل احترام أحكام ومقتضيات نص المادة 58 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 لإضفاء قدر من الشفافية والنزاهة.

فاختصاصات اللجنة واسعة لا تقتصر على تحليل ودراسة وتقييم العروض فحسب، إذ يمتد اختصاصها إلى البت فيها بانتقاء العرض المناسب، بتقديم اقتراح أو أكثر للمصلحة المتعاقدة التي يبقى من صلاحياتها اختيار المتعامل المتعاقد.

ملاحظة: قد تذهب جهود اللجنة هباءً لأنّ المشرع مكن المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول المختار مؤقتاً إذا كان يبدو منخفضاً بشكل غير عادي، وذلك بقرار معلل وأصبح يتم بمقرر في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

وإذا كان المشرع قد منح المصلحة المتعاقدة إمكانية رفض العرض المنخفض، إلا أنه لم يذكر الحد الأدنى الذي يتم على أساسه الرفض، ولم ينتبه إلى هذه المسألة حتى في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

2. الدور الاستشاري للجنة تقييم العروض

فضلاً عن المهام المتعلقة بالتقييم للجنة اختصاصات استشارية محضة تهدف إلى تنوير وإرشاد المصلحة المتعاقدة نتيجة الدراسة والتحليل الدقيق للعروض المقدمة إليها لدرجة إمكانية تقديم اقتراح رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن منح المشروع يؤدي إلى هيمنة المتعامل

⁷⁹ - أنظر المادة 125 فقرة 1 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت وهو ما نصت عليه المادة 125 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁸⁰.

ويتضح ذلك باستعمال المشرع لعبارة - **تقترح** - بمعنى يمكن للمصلحة المتعاقدة قبول الاقتراح أو رفضه، وهو ما يجعل لجنة تقييم العروض لجنة استشارية لا تملك سلطة اتخاذ القرار. وهكذا قيد المشرع حرية المصلحة المتعاقدة بإحداثه للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في إطار ما يعرف بالرقابة الداخلية أو الذاتية على عملية إبرام الصفقات العمومية حرصاً منه على مطابقة الصفقات المبرمة للتشريع والتنظيم المعمول بهما، ليتم بعدها عرض الإجراءات التي مرت بها عملية إبرام الصفقات العمومية على لجان الرقابة الخارجية.

المطلب الثاني - تعدد أجهزة الرقابة الخارجية

رقابة لجان الصفقات العمومية الخارجية آلية أخرى من آليات الرقابة الإدارية تهدف إلى تحقيق البرنامج الحكومي بكفاءة وفعالية⁸¹. ولتحقيق هذا الغرض تم تأسيس لجان الصفقات على مستويات مختلفة تكفل الرقابة المسبقة للصفقات كل في مجال اختصاصها المحدد عبر التنظيم⁸². ونظراً لأهمية الدور الذي تلعبه هذه اللجان، عمل المشرع على تجسيدها بإنشاء لجان لرقابة الصفقات على المستوى المحلي (الفرع الأول)، وصولاً إلى المستوى المركزي (الفرع الثاني) يعني هي رقابة من القاعدة إلى القمة تبعاً لاختلاف السقف المالي للصفقة المزمع إبرامها. هذا بالإضافة إلى الدور الذي تلعبه الجهات الوصية في الرقابة على الصفقات العمومية (الفرع الثالث).

الفرع الأول - رقابة اللجان المحلية على الصفقات العمومية:

أهمية الرقابة على الصفقات العمومية أدّى بالمشرع إلى إقرارها على كل المستويات بدءاً بالمصالح المتعاقدة المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية إلى المستوى البلدي وصولاً إلى المستوى الولائي.

أولاً - رقابة لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية، ولمراكز البحث والتنمية الوطني والهيكلي غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية الاقتصادية المنصوص عليها في المادة 2 من قانون الصفقات العمومية:

تم استحداث هذه اللجنة تماشياً ومقتضيات تطور المعيار العضوي، إذ أعلن المرسوم

⁸⁰ - نظراً لخطورة هذه الوضعية أو الحالة، أوجب المشرع إطلاع المتعهدين في دفتر الشروط عن أحقية المصلحة المتعاقدة في استبعاد المترشح الفائز في حالة توافر شروط الاحتكار أو اختلال السوق.

⁸¹ - خرياشي عقيلة، "دور تعدد أشكال وهيئات الرقابة في ضمان مشروعية الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني حول الصفقات العمومية، المركز الجامعي العربي بن مهدي، يومي 13 و14 ماي، 2007، ص5.

⁸² - لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص85.

الرئاسي رقم 338-08 عن استحداث المادة 119 مكرر، وبموجبها تم إنشاء صفقات المؤسسات العمومية ومراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02، وجاء المرسوم الرئاسي رقم 236-10 مثبتاً وجود هذه اللجنة بموجب المادة 134.

تختص لجنة الصفقات لمركز البحث والتنمية الوطني أو المؤسسة العمومية الوطنية أو المؤسسة العمومية الاقتصادية بدراسة دفاتر شروط مناقصات الجهات المذكورة. كما تختص بدراسة ملف المناقصة ومنح التأشير بشأنه وفق ما هو مقرر بالنسبة لباقي لجان الصفقات العمومية.

يتحدد اختصاص اللجنة وفق المعيارين العضوي والمالي:

- **المعيار العضوي:** لا ينعقد الاختصاص للجنة إلا إذا كان الطرف المعني بالصفقة أو الخاضع للرقابة من الجهات المذكورة في المادة 134، وهي مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الوطنية والهيكلي غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري والمؤسسة العمومية الاقتصادية، لتقوم بـ:

-دراسة دفاتر شروط مناقصات الجهات المذكورة.

-دراسة ملف المناقصة ومنح التأشير بشأنه.

ملاحظة: يتضح من نص المادة 114 خروج المشرع الواضح عن القاعدة المعمول بها في كل لجان الصفقات العمومية إذ لم يعترف لهذه اللجنة دون سواها بدراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت، بل أوكل الاختصاص بالنظر في الطعن للجنة البلدية للصفقات أو اللجنة الولائية أو الوزارية للصفقات أو اللجنة الوطنية حسب كل حالة.

هذا الاستثناء يطرح تساؤلاً في غاية الأهمية لماذا استثنى المشرع فقط هذا النوع من

المؤسسات⁸³؟!

- **المعيار المالي:** السقف المالي المطلوب لاختصاص اللجنة يكون في حدود المبالغ

المذكورة في المواد 146-147-148⁸⁴.

❖ **بالنسبة لصفقات الأشغال واقتناء اللوازم:** ينبغي أن لا يفوق السقف المالي لصفقة

الأشغال المواد عرضها على اللجنة عن 1.000.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق

⁸³ - أد. بوضياف عمار، شرح قانون الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 278.

⁸⁴ - وهو ما أشارت إليه صراحةً نص المادة 136 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236-10، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

بها⁸⁵ وما زاد عن هذا السقف المالي يدخل في اختصاص اللجنة الولائية للصفقات. أما عن صفقات اقتناء اللوازم فعرضها على اللجنة مرهون بعدم تجاوز سقفها المالي 300.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة⁸⁶.

❖ بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات: رجوعاً لأحكام المادة 148 ينعقد الاختصاص للجنة بالنسبة لصفقات الخدمات شريطة ألا يتجاوز مبلغ الصفقة 200.000.000 دج⁸⁷، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة وألا يتجاوز مبلغ 60.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة⁸⁸.

ثانياً - رقابة لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكورة في القائمة المنصوص عليها في المادة 134:

إنشاء لجنة خاصة بصفقات المؤسسات العمومية المحلية يعود هو الآخر إلى المرسوم الرئاسي رقم 08-338، الذي أدخل محتوى جديد لنص المادة 122 الذي صار يحمل عنوان المادة 122 مكرر التي أعلنت عن استحداث لجنة صفقات على مستوى المؤسسات المحلية لكل من الولاية والبلدية. وجاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مثبتاً وجود هذه اللجنة في المادة 138 منه، بما يؤكد استقلالها عن باقي اللجان وهذا أمر طبيعي، فالمؤسسات المحلية تتمتع بالشخصية الاعتبارية، ولها وجود ذاتي ومستقل عن كل من الولاية والبلدية وتبعاً لذلك تستقل بلجنة خاصة.

ملاحظة: إذا كان الأمر واضحاً بالنسبة للمؤسسات العمومية المحلية، فالإشكال يثور بالنسبة لشخص آخر تدخل صفقاته ضمن هذه اللجنة وهو الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكور في القائمة المذكور في المادة 134، فالمرشح لم يحدد المقصود بهذه الهياكل.

يتحدد اختصاص اللجنة وفق معيار عضوي ومالي.

- المعيار العضوي للجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكورة في المادة 134

لا ينعقد اختصاص اللجنة إلا إذا كان الطرف المعني بالصفقة أو الخاضع للرقابة الخارجية

⁸⁵- في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان المبلغ محدد ب 600.000.000 دج.

أنظر المادة 164 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

⁸⁶- في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان المبلغ محدد ب 150.000.000 دج.

أنظر المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

⁸⁷- في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان المبلغ محدد ب 100.000.000 دج.

⁸⁸- تعتبر صفقات الدراسات الصفقات الوحيدة التي لم يتغير سقفها المالي بعد التعديل.

مؤسسة عمومية محلية، قد تكون تابعة للبلدية أو للولاية فلكل مؤسسة محلية لجنتها الخاصة.

- **المعيار المالي:** أما السقف المالي المطلوب لعقد الاختصاص لهذه اللجنة فهو كما يلي:

❖ **بالنسبة لصفقات الأشغال واقتناء اللوازم:** يجب أن يقلّ السقف المالي لصفقة الأشغال أو اقتناء اللوازم المراد عرضها على اللجنة 200.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة⁸⁹ وما زاد عن هذا المبلغ يدخل في اختصاص اللجنة الولائية للصفقات، وبتعبير أوضح إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يزيد عن 200.000.000 دج يدخل في اختصاص اللجنة الولائية للصفقات، وإن قلّ عن المبلغ المذكور خضع لاختصاص هذه اللجنة.

❖ **بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات:** بعد تعديل قانون الصفقات العمومية بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 ميّز المشرع بين صفقات الدراسات والخدمات، فحدد مبلغ 20.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات، وهو مبلغ الذي كان موجودًا قبل التعديل، وحدد مبلغ 50.000.000 دج بالنسبة لصفقات الخدمات بمعنى ينعقد الاختصاص إلى اللجنة إذا كان مبلغ صفقة الدراسات يقل عن 20.000.000 دج ويقلّ عن 50.000.000 دج بالنسبة لصفقات الخدمات، وإذا كان المبلغ يفوق أو يساوي المبالغ المذكورة تدخل الصفقة في اختصاص لجنة الصفقات الولائية⁹⁰.

ثالثاً - الرقابة على الصفقات العمومية البلدية:

يقوم بالرقابة على عملية إبرام الصفقات العمومية على المستوى البلدي كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي وهو ما أكدّه قانون البلدية (1) وكذا اللجنة البلدية المحدثة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250 والتنظيمات المتلاحقة للصفقات العمومية (2).

1. رقابة رئيس المجلس الشعبي البلدي على الصفقات العمومية

نصّت المادة 82 من قانون رقم 11-10⁹¹ المتعلق بالبلدية على "رئيس المجلس الشعبي البلدي يقوم باسم البلدية، وتحت مراقبة المجلس بجميع الأعمال الخاصة بالمحافظة على الأموال والحقوق التي تتكون منها ثروة البلدية لاسيما ما يأتي:

- تسيير إيرادات البلدية والإذن بالإنفاق ومتابعة تطور مالية البلدية،

⁸⁹- في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان المبلغ محدد ب 50.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة.

أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.
⁹⁰- في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 عمل المشرع على توحيد السقف المالي لكل من صفقات الدراسات والخدمات ب 20.000.000 دج.

⁹¹- قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد (37)، بتاريخ 3 يوليو 2011.

- إبرام عقود اقتناء الأملاك وعقود بيعها، وقبول الهبات والوصايا والصفقات أو الإيجارات،

- إبرام المناقصات أو المزادات الخاصة بأشغال البلدية ومراقبة حسن تنفيذها...".
يُلاحظ أنّ هناك تجانس بين نص المادة 82 من قانون البلدية وقانون الصفقات العمومية التي تجعل من رئيس المجلس الشعبي البلدي السلطة المختصة بإبرام صفقات البلدية وكذا مراقبتها. فضلاً عن سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي أحدث المشرع بموجب أحكام قانون الصفقات العمومية لجنة تدعى باللجنة البلدية للصفقات.

2. رقابة اللجنة البلدية للصفقات العمومية

تناول كل من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وقانون البلدية تحديد الجهة المكلفة بالرقابة على الصفقات العمومية على المستوى البلدي.

نصت المادة 137 على "إنشاء لجنة بلدية لمراقبة الصفقات العمومية تتشكل من:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيساً،

- ممثل المصلحة المتعاقدة،

- منتخبين اثنين يمثلان المجلس الشعبي البلدي،

- ممثلين اثنين من الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)،

- ممثل المصلحة التقنية المعنية بالخدمة".

وجاءت المادة 191 من قانون البلدية بتشكيلة أخرى "نشأ لجنة بلدية للمناقصة تتشكل

كما يأتي:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيساً

- منتخبان (2) يعينهما المجلس الشعبي البلدي، عضوين

- الأمين العام للبلدية، عضواً

- ممثل مصالح أملاك الدولة".

ملاحظة: الغريب في الأمر أن كل من قانون الصفقات العمومية وقانون البلدية يتضمنان

اللجنة نفسها وهي لجنة الصفقات كهيئة مكلفة بالرقابة على صفقات البلدية، إلا أن المشرع في

تنظيم الصفقات عبر عن اللجنة بمصطلح "اللجنة البلدية للصفقات" وفي قانون البلدية عبر عن

اللجنة بمصطلح "لجنة بلدية للمناقصة".

هذا الأمر يؤدي إلى تضييق نطاق عمل لجنة الصفقات بمنظور قانون البلدية مقارنةً

بقانون الصفقات العمومية، الأمر الذي يؤدي إلى عدم تجانس النصوص القانونية المتعلقة

بالصفقات العمومية.

تختص لجنة صفقات البلدية بدراسة مشاريع دفاتر الشروط قبل نشر إعلان المناقصة وذلك طبقاً للمادة 132 التي جاءت بحكم عام ينطبق على كل لجان الصفقات.

وقد حددت الفقرة الثانية من المادة 132 مدة 45 يوماً لدراسة مشروع دفتر الشروط ويتضح من صياغة المادة أن المشرع استعمل عبارة "مقرر التأشير" ولم يرد عبارة "رفض" كما هو الحال بالنسبة للمادة 141 فالإبقاء على نص المادة بهذه الكيفية يجعل منح التأشير أمراً مقضياً⁹².

كما تختص اللجنة بدراسة مشاريع الصفقات التي تيرمها البلدية أخذاً بعين الاعتبار السقف المالي، إذ ميّز المشرع بين صفقات الدراسات والخدمات، فكل صفقة دراسات يقل مبلغها عن 20.000.000 دج ينعقد الاختصاص بشأنها إلى اللجنة البلدية والأمر نفسه بالنسبة لصفقات الخدمات التي يقل مبلغها عن 50.000.000 دج وأن يقل السقف المالي لصفقة الأشغال أو اقتناء اللوازم عن 200.000.000 دج⁹³.

يتوج عمل اللجنة بمنح التأشير أو رفضها خلال 20 يوماً من تاريخ ايداع الملف لدى كتابة ضبط اللجنة وهذا ما نصت عليه المادة 141 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236. كما تتولى اللجنة البلدية للصفقات دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت خلال 10 أيام من نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة⁹⁴.

وفي حال ثبوت التجاوز يمكن للجنة الصفقات إلغاء المنح المؤقت وفي هذه الحالة أوجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 خضوع إلغاء المنح المؤقت للموافقة المسبقة للوالي.

رابعاً - رقابة اللجنة الولائية للصفقات العمومية:

أنط المشرع إلى اللجنة الولائية⁹⁵ رقابة الصفقات على المستوى الولائي، فعهد إليها دراسة مشاريع دفاتر الشروط (1)، دراسة مشاريع الصفقات (2) ودراسة الطعون الموجهة ضد اختيار المصلحة المتعاقدة الناتجة عن المنح المؤقت للصفقة (3).

1. دراسة مشاريع دفاتر الشروط

طبقاً للمادة 132 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 تتولى اللجنة الولائية للصفقات دراسة مشاريع الصفقات المتعلقة بالمناقصات، قبل إعلان المناقصة خلال مدة حددتها المادة نفسها وهي 45 يوماً، ينتج عنها صدور مقرر التأشير صالحاً لمدة 3 أشهر.

⁹² - أد. بوضياف عمار، شرح قانون الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 256.

⁹³ - المادة 136 بعد تعديلها بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، سابق الإشارة إليه.

⁹⁴ - أنظر المادة 114 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

⁹⁵ - قبل تعديل قانون الولاية كان للوالي دور في الرقابة على الصفقات التي تيرمها الولاية وكذا المؤسسات العمومية الواقعة تحت وصايتها مراعاةً للسقف المالي المحدد في المادة 136 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

ينعقد الاختصاص لهذه اللجنة بتوافر المعيارين العضوي والمالي.

- **المعيار العضوي:** يجب أن تكون الإدارة المعنية بالصفقة إما:

- الولاية.

- الصفقات العمومية التي تبرمها البلدية ضمن حدود مالية خارجة عن اختصاص اللجنة البلدية للصفقات.

- الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات المحلية ضمن الحد المالي الذي يخرج عن اختصاص لجنة الصفقات للمؤسسة المحلية.

- الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح غير الممركزة للدولة ويتعلق الأمر هنا بالمديريات التنفيذية الموجودة على مستوى الولاية.

- **المعيار المالي:** إذ يجب توافر السقف المالي المبين في المادة 136 بعد تعديلها، وذلك حسب نوع كل صفقة من الصفقات الآتية:

- **بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات:** حتى ينعقد الاختصاص إلى اللجنة الولائية ينبغي

أن يكون السقف المالي لصفقة الدراسات يساوي أو يفوق 20.000.000 دج⁹⁶ و 50.000.000 دج بالنسبة لصفقات الخدمات⁹⁷.

في حين يختلف السقف المالي بالنسبة للصفقات التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على النحو المبين في نص المواد 146-147-148 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

- **بالنسبة لصفقات الأشغال:** حتى يتقرر اختصاص اللجنة الولائية في دراسة مشاريع

دفاتر الشروط الخاصة بصفقات الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة، ينبغي أن تكون العتبة المالية لصفقة الأشغال يساوي أو يقل عن 1.000.000.000 دج⁹⁸، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة وما زاد عن هذا الحد يدخل في اختصاص اللجنة الوطنية.

- **بالنسبة لصفقات اللوازم:** حتى يتقرر اختصاص اللجنة الولائية بالنسبة لهذا النوع من

الصفقات ينبغي أن يكون السقف المالي يساوي أو يقل 300.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة⁹⁹.

⁹⁶ - بالنسبة لصفقات الدراسات لم يتغير السقف المالي سواء قبل أو بعد التعديل.

⁹⁷ - في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان السقف المالي يساوي أو يفوق 20.000.000 دج.

⁹⁸ - في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان السقف المالي محدد بـ 600.000.000 دج.

أنظر المادة 146 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مرجع سابق.

⁹⁹ - في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان السقف المالي محدد بـ 150.000.000 دج، أنظر المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

- **بالنسبة لصفقات الخدمات:** حتى يتقرر اختصاص اللجنة الولائية بالنسبة لصفقات الخدمات ينبغي أن يكون السقف المالي للصفقة يساوي أو يقل عن 200.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة¹⁰⁰.

- **بالنسبة لصفقات الدراسات:** فكل صفقة دراسات يقل مبلغها أو يساوي 60.000.000 دج وكل مشروع ملحق بها يخضع قانوناً لاختصاص اللجنة الولائية للصفقات¹⁰¹.

2. دراسة مشاريع الصفقات: لا تتوقف اختصاصات اللجنة الولائية للصفقات عند دراسة مشروع دفتر الشروط الخاص بالمناقصة والمصادقة عليه بل تمتد حتى إلى الصفقة في حد ذاتها، تجد هذه الرقابة أساسها القانوني في مواد كثيرة من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236¹⁰².

3. دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت: أفضل إجراء جاء به المرسوم الرئاسي رقم 02-250 (الملغى) هو استحداثه لآلية جديدة تمثلت في المنح المؤقت للصفقة.

وجاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ليثبت هذا الإجراء نظراً لأهميته في المادة 130 منه التي جاء فيها "تقدم لجنة الصفقات مساعدتها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبيها وتقدم رأياً حول كل طعن يقدمه متعهد يحتج على اختيار المصلحة المتعاقدة".

وجاءت المادة 114 تحت عنوان "تسوية المنازعات" أين اعترف المشرع لكل متعهد الطعن في نتائج اختيار المصلحة المتعاقدة¹⁰³.

الفرع الثاني - الرقابة على الصفقات العمومية المركزية:

نظراً لأهمية الرقابة على الصفقات العمومية جهود المشرع ومساعيه لم تتوقف عند تقرير الرقابة المحلية، فوجود مشاريع ضخمة تقوم بها هيئات على المستوى المركزي أدى إلى ضرورة إيجاد نظام رقابي مركزي تقوم به لجان أنشئت لهذا الغرض، تتمثل في لجنة صفقات الهيئات الوطنية المستقلة (أولاً) واللجان الوزارية بالنسبة لصفقات الوزارات المختلفة (ثانياً)، كما أن هناك مشاريع ذات أهمية وطنية تصرف فيها أموال ضخمة، فلا يعقل أن تبقى هذه المشاريع دون رقابة، لذا عمل المشرع على إنشاء لجنة وطنية للرقابة على الصفقات العمومية، وتمّ تدعيم عملها بإحداث لجنتين وطنيتين كلّ واحدة منها تختصّ بمجال من مجالات الصفقات العمومية لضمان فعالية هذه اللجان الوطنية (ثالثاً).

¹⁰⁰ - في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان السقف المالي محدد بـ 100.000.000 دج أنظر المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، من المرسوم السابق الإشارة إليه.

¹⁰¹ - صفقات الدراسات هي الصفقات الوحيدة التي لم يرفع سقفها المالي بعد التعديل.

¹⁰² - المواد 130 و131 وخاصة المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

¹⁰³ - أ. بوضياف عمار، شرح قانون الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 266.

أولاً - رقابة لجنة الصفقات الخاصة بالهيئات الوطنية المستقلة:

لم يرد في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ذكر القائمة الكاملة للجنة صفقات الهيئة المستقلة واكتفت المادة 128 بالاعتراف لمسؤول الهيئة المستقلة بالإعلان عن تشكيلة اللجنة، حيث جاء فيها "ويحدد مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة المنصوص عليها في المادة 2 أعلاه تشكيلة لجنة الصفقات الموضوعة لدى المؤسسة المعنية...".

تختص اللجنة كباقي لجان الصفقات الأخرى بدراسة دفاتر شروط مناقصات الهيئة المستقلة، كما تختص بدراسة ملف المناقصة وتمنح على اثرها التأشير وعلى غرار الاختصاص المنوط لباقي لجان الصفقات تتولى دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت. غير أن تولي اللجنة لهذه الاختصاصات مرهون بتوافر المعيارين العضوي والمالي. - المعيار العضوي: فلا ينعقد اختصاص اللجنة إلا إذا كان الطرف المعني بالصفقة أو الخاضع للرقابة الخارجية هو هيئة وطنية مستقلة كالمجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة أو المجلس الاقتصادي والاجتماعي.

- المعيار المالي: قد أحالتنا المادة 128 إلى المادة 133 وهذه الأخيرة أحالتنا للمواد 146 و147 و148 المعدلة بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

- بالنسبة لصفقات الأشغال: ينبغي أن لا يفوق السقف المالي لصفقة الأشغال المراد عرضها على هذه اللجنة عن 1.000.000.000 دج¹⁰⁴.

وبتعبير آخر إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يقل المبلغ المذكور، فالصفقة تدخل في اختصاص لجنة صفقات الهيئة المستقلة، كما يعود للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة في المادة 106 من قانون الصفقات العمومية.

- بالنسبة لصفقات اقتناء اللوازم: ينبغي أن لا يفوق السقف المالي لصفقة اللوازم المراد عرضها على لجنة صفقات الهيئة المستقلة عن 300.000.000 دج¹⁰⁵، بمعنى إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يقل المبلغ المذكور فالصفقة من اختصاص اللجنة، كما يعود للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة في المادة 106 من قانون الصفقات العمومية.

- بالنسبة لصفقات الدراسات: ينبغي أن لا يفوق سقفها المالي عن 60.000.000 دج أي إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يقل عن المبلغ المذكور، فالصفقة من اختصاص الهيئة كما يعود للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة في المادة 106 من قانون الصفقات العمومية.

¹⁰⁴ - أنظر المادة 146 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، سابق الإشارة إليه.

¹⁰⁵ - أنظر المادة 147 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

- بالنسبة لصفقات الخدمات: ينبغي أن لا يفوق سقفها المالي عن 200.000.000 دج لعرضها على رقابة اللجنة، وإذا زاد عن المبلغ المذكور جعل الصفقة من اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات العمومية¹⁰⁶.

ثانياً - رقابة اللجنة الوزارية للصفقات العمومية:

لا تبتعد اللجنة الوزارية للصفقات العمومية عن باقي لجان الصفقات الأخرى، إذ تصادق على مشاريع دفاتر الشروط الخاص بالمناقصات التي تدخل نطاق اختصاصها (1) كما تتولى دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت (2).

1. المصادقة على مشاريع دفاتر الشروط

تتولى اللجنة الوزارية للصفقات دراسة مشروع دفتر شروط المناقصة قبل نشر الإعلان في أجل 45 يوماً من إيداع المشروع لدى كتابة اللجنة، وعند الموافقة تصدر مقرر التأشيرة يكون صالحاً لمدة 3 أشهر من توقيعها.

2. دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت

كما تتولى اللجنة الوزارية دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت للصفقة وفق القواعد المشار إليها في المادة 114 من قانون الصفقات العمومية، وحتى تمارس اللجنة هذا الاختصاص وجب توافر المعيار العضوي والمالي.

- **المعيار العضوي:** تمارس اللجنة الوزارية للصفقات رقابتها على الوزارة، فهي معنية بالدخول في روابط عقدية وإبرام الصفقات العمومية حسب نص المادة 2 من قانون الصفقات العمومية.

- **المعيار المالي:** تمارس اللجنة الوزارية للصفقات رقابتها في حدود المبالغ المذكورة في المواد 146 - 147 - 148 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 حسب ما هو مبين كالاتي:

- **بالنسبة لصفقات الأشغال:** ينبغي أن لا يفوق السقف المالي لصفقة الأشغال المراد عرضها على لجنة الصفقات الوزارية عن 1.000.000.000 دج بمعنى أن يكون مبلغ الصفقة يساوي أو يقل المبلغ المذكور كما يعود للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة في المادة 106¹⁰⁷.

- **بالنسبة لصفقات اقتناء اللوازم:** ينبغي أن لا يفوق السقف المالي لصفقة اقتناء اللوازم المراد عرضها على اللجنة عن 300.000.000 دج بمعنى أن مبلغ الصفقة يساوي أو يقل المبلغ المذكور.

¹⁰⁶ - أنظر المادة 148 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

¹⁰⁷ - أنظر المادة 146 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

كما يعود دائماً للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة في المادة 106 من قانون الصفقات العمومية¹⁰⁸.

- **بالنسبة لصفقات الدراسات:** ينبغي أن لا يفوق السقف المالي لصفقة الدراسات المراد عرضها على اللجنة الوزارية عن 60.000.000 دج، كما يعود دائماً للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة في المادة 106.

- **بالنسبة لصفقات الخدمات:** ألا يفوق السقف المالي لصفقة الخدمات المراد عرضها على اللجنة الوزارية عن 200.000.000 دج أي أن يكون مبلغ الصفقة المراد عرضها على اللجنة يساوي أو يقل المبلغ المذكور، كما أن للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة دائماً في صلب المادة 106¹⁰⁹.

ثالثاً - رقابة اللجان الوطنية للصفقات العمومية:

هناك صفقات ذات أهمية كبرى لذا عبر عنها المشرع بالصفقات ذات الأهمية الوطنية، هذا النوع من الصفقات من اختصاص لجنة ذات مستوى أعلى لضخامة سقفها المالي.

ملاحظة: كل تعديل يمس قانون الصفقات العمومية إلا وأحدث المشرع بموجبه لجنة وطنية للرقابة على الصفقات في مجال معين، فكان إحداث أول لجنة وطنية للرقابة على الصفقات بموجب المادة 126 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 التي تنص **"تحدث لجنة وطنية للصفقات"**، ولتقل المهام الملقاة على عاتقها قام المشرع بإحداث لجنة أخرى ليصبح هناك لجنتين وطنيتين لكل منهما مجال اختصاص خاص بها¹¹⁰.

ويأتي المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بلجنة وطنية أخرى وهو ما أكدته صراحة نص المادة 142 التي تنص **"تحدث اللجان الوطنية للصفقات الآتية:**

- اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال،

- اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم،

- اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات".

ملاحظة 2: واضح أن نص المادة لم يتضمن في حقيقته إحداث لجنة وطنية جديدة، وإنما الوصف الدقيق للأمر يبين أن ثقل المهام الموكلة لهذه اللجان الوطنية حتم تفكيك مهام اللجنة

¹⁰⁸ - أنظر المادة 147 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، سابق الإشارة إليه.

¹⁰⁹ - أنظر المادة 148 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

¹¹⁰ - وهو ما نصت عليه المادة 28 المعدلة لأحكام المادة 126 من المرسوم الرئاسي رقم 08-338 "تحدث لجنتان وطنيتان للصفقات:

- اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال.

- اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات".

الوطنية لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات المحدثه، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 إلى لجنة وطنية لصفقات اللوازم ولجنة أخرى لصفقات الدراسات والخدمات، وهذا الأمر إنما يدل على حرص المشرع الواضح والأكيد على تفعيل دور أجهزة الرقابة.

نصت المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على المحاور الكبرى لاختصاصات اللجان الوطنية للصفقات بنصها "تتمثل صلاحيات اللجان الوطنية للصفقات فيما يأتي:

- تساهم في إعداد قانون الصفقات العمومية،

- تراقب صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية".

وفي سبيل تحقيق الأهداف الكبرى المنصوص عليها في المادة 143 جاءت المادة 144 لتحديد المهام التي تقوم بها هذه اللجان وتتمثل في:

- دراسة مشاريع دفاتر الشروط التي تدرج ضمن اختصاصها وهي المهمة التي تخص بها كل لجان الصفقات على اختلاف مستوياتها.

- دراسة مشاريع الصفقات والملاحق التي تدرج ضمن اختصاصها¹¹¹.

- دراسة الطعون التي يرفعها المتعهدون الذين يعارضون الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أو التراضي بعد الاستشارة.

- دراسة الطعون التي يرفعها المتعاملون المتعاقدون قبل أي دعوى قضائية بشأن النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة وهي المهمة التي خص بها المشرع الصفقات الوطنية دون اللجان الأخرى.

واضح أن المشرع حصر مهام اللجان في الرقابة لا غير وهو أمر يتعارض والاطار العام المحدد في صلب المادة 143 المشار إليها أعلاه.

إذا كانت لجان الرقابة السابقة يتحدد اختصاصها وفقاً لمعيار عضوي ومالي، فنوع الصفقة يلعب دوراً هاماً في تحديد اختصاص هذه اللجان، وهو ما يفسر تقسيمها إلى ثلاث لجان وطنية.

- المعيار العضوي: تملك اللجان الوطنية للصفقات العمومية دون سواها اختصاصاً

عضوياً واسعاً، يشمل جميع الإدارات والمؤسسات المذكورة في نص المادة 2 من قانون الصفقات العمومية، وهذا ما يتماشى وتسميتها ويتعلق الأمر بـ:

- الإدارات العمومية،

- الهيئات الوطنية المستقلة،

- الولايات،

- البلديات،

¹¹¹ - الأصل أن الملاحق لا تخضع للرقابة إلا في حدود ما نصت عليه المادة 106.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،
- وهي أشخاص القانون العام تخضع تقليدياً لقانون الصفقات العمومية يضاف إليها:
- مراكز البحث والتنمية،
- المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي،
- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني،
- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.
- **المعيار المالي:** لا ينعقد اختصاص اللجان الوطنية للصفقات إلا بتوافر السقف المالي المطلوب المنصوص عليه في المواد 146-147-148.
- فحسب المادة 146 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 فإن اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال تتولي في مجال الرقابة البت في:
- كل صفقة أشغال يفوق مبلغها مليار دينار 1.000.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 من قانون الصفقات العمومية.
- كل ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستوى المحدد في نص المادة 106 من قانون الصفقات العمومية.
- كما حددت المادة 147 مجال اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم وذلك في:
- كل صفقة لوازم يفوق مبلغها ثلاث مئة مليون دينار 300.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 من قانون الصفقات العمومية.
- كل ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستوى المحدد في المادة 106 من تنظيم الصفقات أو أكثر.
- كما حددت المادة 148 اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات دائماً في مجال الرقابة البت في:
- كل صفقة دراسات يفوق مبلغها ستين مليون دينار 60.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 من قانون الصفقات العمومية.
- كل صفقة خدمات يفوق مبلغها مائتين مليون دينار 200.000.000 دج، وكذا كل ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 من قانون الصفقات العمومية.

- كل ملحق يرفع المبلغ الأصلي لصفقة دراسات أو خدمات إلى المبالغ المحددة أعلاه أو أكثر. تلك هي اختصاصات لجان الصفقات الوطنية في سبيل تحقيق دورها الرقابي. إلا أن لهذه اللجان مهام أخرى لا تقل أهمية تتعلق بمجال التنظيم، إذ تعتبر اللجان الوطنية للصفقات مصدرًا هامًا من مصادر التنظيم في الجزائر، ترتقي آرائها ومقرراتها إلى درجة التنظيم وفي سبيل تحقيق ذلك تقوم اللجان الوطنية بالمهام الآتية:

- اقتراح أي إجراء من شأنه تحسين ظروف إبرام الصفقات العمومية.
- إعداد واقتراح نظام داخلي نموذجي يحكم عمل لجان الصفقات العمومية حسب مقتضيات المادتين 140 و156 من قانون الصفقات العمومية¹¹².

ورغم اختلاف هذه اللجان في مستوياتها وكيفية تشكيلها ومجال اختصاصها يتوج عملها بمنح أو رفض التأشيرة، إذ تعتبر اللجان الوطنية والقطاعية وكل لجان الرقابة الخارجية مركز اتخاذ القرار¹¹³ فيما يخص الصفقات الداخلة في اختصاصها وتسلم لهذا الغرض تأشيرة. فالتأشيرة هي المعبرة عن إرادة اللجنة وهي المتوجة لعملها، وعلى المصلحة المتعاقدة أن تطلبها.

أما عن مدة منحها فتختلف بين اللجان الوطنية ولجان الرقابة الخارجية الأخرى 20 يومًا بالنسبة لهذه الأخيرة، و45 يومًا بالنسبة للجان الوطنية¹¹⁴، ويمكن أن تكون التأشيرة مرفقة بتحفظات موقفة أو غير موقفة.

وفي جميع الحالات يجب تبليغ المصلحة المتعاقدة المعنية والسلطة الوصية عليها بالقرارات بعد 8 أيام على الأكثر من انعقاد الجلسة وهو ما أكدته صراحةً نص المادة 165 فقرة 4 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236. وبالرجوع إلى أحكام الفقرة الرابعة من نص المادة 165 يتضح أن منح التأشيرة أو رفضها يكون بقرار صادر عن اللجان المختصة.

غير أن أعمال اللجنة قد تتوج برفض التأشيرة على أن يكون الرفض معللاً إما بمخالفة

¹¹² - مارست اللجان الوطنية للصفقات دورها التنظيمي فصادقت على النظام الداخلي النموذجي للجان الوطنية ولجان صفقات المصلحة المتعاقدة وصدر هذا النظام بموجب مرسوم تنفيذي رقم 2011-118، مؤرخ في 16 مارس سنة 2011، يتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، ج ر عدد (16)، بتاريخ 13 مارس 2011. نقلاً عن أ.د. بوضياف عمار، شرح قانون الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 298.

¹¹³ - كما اعترفت المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 11-118 سالف الذكر، بأن لجان الصفقات العمومية هي مركز اتخاذ القرار فيما يخص الرقابة الخارجية القبلية على الصفقات فلها أن تمنح التأشيرة كما لها أن ترفضها.

¹¹⁴ - في حين كانت مدة منح التأشيرة بالنسبة إلى اللجان الوطنية محددة بـ 30 يومًا في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250 أنظر المادة 134 منه.

التنظيم أو التشريع.

فإذا كان رفض التأشير معللاً¹¹⁵ بمخالفة الأحكام التنظيمية فيمكن للوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يتجاوزهم بمقرر معلل¹¹⁶. أما إذا كان قرار رفض التأشير معللاً بمخالفة الأحكام التشريعية يصبح قرار لجنة الصفقات المختصة نهائياً ويحدث أثراً بذاته، لأنه لا يمكن تجاوزه وينتج عن قرار الرفض إيقاف تنفيذ الصفقة وسحب المشروع من المصلحة المتعاقدة.

ملاحظة: اتجاه المشروع يشكل أمراً خطيراً لأن هذه اللجان إنما الغاية من إحداثها هو الرقابة السابقة على إجراءات إبرام الصفقات العمومية، هذه الإجراءات جاء النص والتأكيد عليها في قانون الصفقات العمومية وهو نص تنظيمي.

لا شك أن صياغة المادة بهذه الكيفية يتعارض مع مبدأ دولة القانون الذي يلزم هيئات الدولة على كل المستويات أن تحترم القوانين والتنظيمات وتعمل على تطبيقها لا تجاوزه، ولاكتشاف الخلل الذي يعتري النص المتعلق بمقرر التجاوز يكفي الرجوع لنص المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

ملاحظات عامة تخص لجان الرقابة الخارجية

بعد استعراض مهام لجان الرقابة الخارجية على اختلاف مستوياتها تسجل الملاحظات الآتية:
- كل تعديل يمس قانون الصفقات العمومية إلا وعدل المشروع بموجبه السقف المالي الذي على أساسه يتحدد اختصاص اللجنة من لجان الصفقات المختلفة، وذلك برفعه إلى مستويات كانت في الكثير من الأحيان بالضعف، هذا الأمر يؤدي إلى إفلات العديد من الصفقات من الرقابة على أساس أن سقفها المالي لم يصل بعد الحد المطلوب.
ألا يعتبر المال المتعاقد به قلّ أو كثر مال عام يتعين حمايته، وذلك بإخضاعه لمختلف أشكال الرقابة!؟

- الإحالة الدائمة والمستمرة لنصوص المواد 146 - 147 - 148 أدى إلى تداخل الاختصاص، ولاسيما بين اختصاص اللجنة الولائية للصفقات واختصاص اللجنة الوزارية مادام السقف المالي واحد، فهذا سيؤدي دون شك إلى تنازع إيجابي ولم ينتبه المشرع لذلك التداخل عند إصدار المرسوم الرئاسي رقم 12-23. لحسن الحظ أن المشرع في

¹¹⁵ - التعليل أمر مطلوب إذ كيف نثبت حالة تجاوز ملف الصفقة للتشريع و/ أو التنظيم دون تعليل من اللجنة المختصة وذلك للكشف عن وجه المخالفة بدقة ووضوح.

¹¹⁶ - أنظر المادة 170، 172 من أحكام المرسوم الرئاسي 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

المادة 114 أوجب على المصلحة المتعاقدة عند الإعلان عن المنح المؤقت ذكر لجنة الصفقات المعنية بالنظر في الطعن.

-تحتي الوالي عن رقابة الصفقات العمومية في ظل قانون الولاية الجديد، في حين ابقاءه كجهة مراقبة للصفقات من منظور قانون الصفقات العمومية.

النتيجة: الرقابة الفعالة هي التي تكون على جميع المستويات وعلى جميع مراحل إبرام الصفقة وعلى جميع الصفقات التي تبرمها الأشخاص المنصوص عليها في المادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

وإفلات أي إجراء أو أي صفقة أو أي شخص يفرغ الرقابة من محتواها، قد يؤدي إلى تجاوزات يمكن أن تلحق بالصفقة سواء في مرحلة الإبرام أو حتى في مرحلة التنفيذ.

الفرع الثالث - الوصاية أسلوب رقابي تكميلي على الصفقات العمومية

- الرقابة الوصائية -

إضافة إلى الرقابة الداخلية والخارجية هناك أنماط رقابية أخرى حماية للمال العام ولتقرير شفافية أكبر على عملية إبرام الصفقات العمومية ومن بين هذه الأساليب الرقابية نجد رقابة الوصاية¹¹⁷.

تعددت التعاريف التي قيلت بشأن الرقابة الوصائية تتعلق في مجملها بـ "الرقابة التي تمارسها الدولة على الهيئات والجهات اللامركزية" أو هي رقابة المشروعية والملائمة على تصرفات وأعمال الجهات اللامركزية الإقليمية أو المصلحية بواسطة الجهات المركزية بغية الحفاظ على كيان الدولة السياسي والاقتصادي والاجتماعي ولا يمكن ممارستها إلا في حدود ما هو منصوص عليه في القوانين¹¹⁸.

ملاحظة: إذا كانت الغاية من الرقابة الخارجية هو التأكد من احترام قواعد وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، فإن الغاية من الرقابة الوصائية يتمثل أساساً في التأكد من ملائمة الصفقات العمومية لأهداف الفعالية والاقتصاد وفيما إذا كان يدخل موضوع الصفقة في إطار البرنامج والأسبقيات المرسومة، وهي الرقابة التي تقوم بها الوصاية قبل البدء في تنفيذ الصفقة حفاظاً على المال العام وتحقيقاً للديمقراطية المحلية.

¹¹⁷ - يعود إدراج الرقابة الوصائية في إطار الرقابة الإدارية الخارجية لسببين:

- فهي رقابة خارجية لأنها تمارس خارج المصلحة المتعاقدة،

- وهي رقابة إدارية لأنها تمارس من هيئات إدارية.

¹¹⁸ - LOMBARD Martine et DUMONT Grilles, Droit administratif, 6^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 2005, P 144.

وإذا أخذنا مثلاً عن الرقابة الوصائية فيجب على البلدية إرسال الملف الكامل للصفقة إلى الوالي، بدءاً من محضر التأشير على دفتر الشروط والإعلان عن المناقصة في الجرائد الوطنية والنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وصولاً إلى التأشير الممنوحة من هيئات الرقابة الخارجية، والمداولة الخاصة بالصفقة¹¹⁹.

تتضمن المداولة مختلف المراحل التي مرت بها الصفقة، فيتم التأكد من وجود النفقة، وفيما إذا تم منح المشروع للعارض الذي قدم أحسن أو أقل عرض حسب الحالة، وللوالي مهلة 30 يوماً للمصادقة عليها والتقرير في شرعيتها وصحتها، كما له حق المطالبة بتصحيح الأخطاء وحتى إبطال المداولة.

ملاحظة: 1 - تخصيص مادة واحدة للرقابة الوصائية دون النص على إلزاميتها جعلها غامضة، يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة للرقابة الوصائية في قانوني البلدية والولاية لفهمها، خاصة وأن مجال الصفقات العمومية واسع وإجراءات الإبرام معقدة وتنفيذ الصفقة يستوجب رقابة واضحة محددة المعالم لتفادي الانحرافات.

2 - عدم وجود تنسيق أو انسجام بين رقابة الوصاية ورقابة اللجان سواء الداخلية أو الخارجية¹²⁰.

أكد المشرع في نص المادة 118 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أن كل الصفقات العمومية تخضع لمختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم، هذا النص يطرح مشكل تحديد الجهة الوصية المخولة بهذا النوع من الرقابة بالنسبة لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، فهي أشخاص عامة تتمتع بالاستقلال المالي، خاصة وأن المادة 7 من قانون رقم 88-01¹²¹ نصت صراحة على أن المؤسسة العمومية الاقتصادية تلتزم وتتعاقد بكيفية مستقلة بواسطة أجهزتها المؤهلة لهذا الغرض، بمقتضى قانونها الأساسي طبقاً لقواعد التجارة والأحكام التشريعية المعمول بها في مجال الالتزامات المدنية والتجارية.

¹¹⁹ - MARCEAU Anne et VERPEAUX Michel, "Qui exerce le contrôle de légalité sur les actes des collectivités locale ?", **Revue Française de Droit Administratif**, N°1, Paris, 2001, P 129.

¹²⁰ - Rapport du gouvernement français au parlement sur le contrôle à posteriori des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux, 21^{ème} rapport, 2004, 2005, 2006, P 34.
Publié sur le site :

<http://www.lesrapportes-ladocumentationfrancaise.fr>

¹²¹ - قانون رقم 88-01، مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد (02)، بتاريخ 13 يناير 1988، ملغى جزئياً بأمر رقم 95-25، مؤرخ في 25 ديسمبر 1995، يتعلق بتسيير الأموال التجارية التابعة للدولة، ج ر عدد (55)، بتاريخ 25 ديسمبر 1995، ملغى بموجب الأمر رقم 01-04، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر، عدد (47)، بتاريخ 2001.

أما المؤسسات ذات الطابع الوطني فلا يوجد نص صريح يمكن اعتماده كمعيار لمعرفة الرقابة الوصائية وتحديد أساسها القانوني والجهة المخولة بممارستها.

لكن بالرجوع دائماً إلى القانون رقم 88-01 يُستشف أن المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الوطنية يعود الاختصاص بشأنها للوزارة الوصية على قطاع نشاطها.

ولضمان فعالية الرقابة تم استحداث لجان قطاعية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23، لذا جاء تعديل عنوان القسم الفرع الثاني من القسم الثاني من الباب الخامس بالشكل الآتي "اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات وتشكيلها"، تختص هي الأخرى بالرقابة الخارجية على الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على أساس أن هذه المؤسسات تنشط في قطاعات معينة.

والمعيار المالي المحدد لاختصاص اللجان القطاعية هو ذات المعيار المحدد لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات.

السؤال المطروح: كيف نميز بين اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية مادام المعيار المالي واحداً؟

الفاصل بين اختصاص هذه اللجان هو المعيار العضوي، أي عندما تكون الصفقة مبرمة من طرف مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تكون اللجان القطاعية هي المختصة، وتختص اللجان الوطنية عندما تبرم الصفقة من إدارة مركزية أو محلية فاق سقفها المالي حدود اختصاص اللجنة الولائية للصفقات العمومية.

كما يمكن أن تمارس رقابة الوصاية عند الانتهاء من تنفيذ الصفقة بعد التسليم النهائي للمشروع، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بإعداد تقرير تقييمي عن ظروف إنجاز المشروع وكلفته الإجمالية، يرسل التقرير حسب نوعية النفقة الملتمزم بها إلى الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي وكذلك إلى هيئة الرقابة الخارجية¹²².

¹²² - OUCHEN Mohamed, "Pouvoirs de l'assemblée populaire de wilaya", **Revue du Conseil d'Etat**, N° 03, Alger, 2003, P 79.

المبحث الثاني - رقابة القضاء الإداري للصفقات العمومية

رغم حرص المشرع على إيجاد نظام يهدف من خلاله الحفاظ على المال العام وترشيد النفقات العمومية، إلا أنّ المساس بقواعد وإجراءات إبرام الصفقات العمومية يبقى أمراً كثير الحصول، لذا كان لا بدّ من تقرير رقابة القضاء الإداري نظراً لأهمية الصفقات العمومية سواء أمام قضاء الإلغاء (المطلب الأول) أو أمام قضاء الاستعجال (المطلب الثاني).

المطلب الأول - رقابة قضاء الإلغاء للصفقات العمومية

لم يقصّ قضاء الإلغاء من منازعات الصفقات العمومية على إطلاقه، إذ أقرّ قضاء مجلس الدولة الفرنسي إمكانية إلغاء بعض القرارات المتصلة بالصفقة العمومية، على أساس أن عملية الإبرام مركبة يدخل في طبيعتها عدة إجراءات تمهيدية وقرارات لم تكتسب بعد الطابع التنفيذي والنهائي، لذا تم تأسيس نظرية جديدة سميت بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة (الفرع الأول). ولما كان القرار الإداري المنفصل هو محل أو موضوع دعوى الإلغاء، يعني ذلك اعترافاً من القضاء أنه قرار يحمل خصائص القرار الإداري، بالمفهوم الفني للقانون الإداري ولما كان الأمر كذلك يعني إلغاءه يجب أن يستند إلى إحدى عيوب المشروعية كأبي قرار إداري غير مشروع (الفرع الثاني).

الفرع الأول - نظرية القرار الإداري المنفصل أساس دعوى الإلغاء:

وهي النظرية التي يتقرر على أساسها الحق في رفع دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية، ولأهميتها يتعين الوقوف عند مفهومها (أولاً) وتحديد مجالها حتى يتسنى تحديد القرارات المتعلقة بالصفقة التي يشملها الإلغاء (ثانياً).

أولاً - مفهوم القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية:

يمكن تعريف القرارات الإدارية المنفصلة على أنها "قرارات تكون جزء من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالاً عن ذات العقد"¹²³.

¹²³ - عرف القضاء الجزائري نظرية القرارات الإدارية المنفصلة سواء في منازعات "نزع الملكية للمنفعة العامة" والمنازعات المتعلقة "بالانتخابات التشريعية"، وفي مجال العملية العقدية لكن ما يهمنا في مجال دراستنا تلك القرارات المنفصلة في مجال العقود والصفقات العمومية. ومن تطبيقات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة رفض مداولة صادرة من مجلس محلي متعلق بعقد امتياز، إذ اعتبرته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قراراً إدارياً منفصلاً وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 18-04-1969 في قضية اتحاد النقل والشركة.

كما يمكن تعريفها بأنها "تلك الأعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة تساهم في تكوين عقد من العقود الإدارية ومن ثم يمكن فصلها عن ذات العقد المرتبطة به وبالتالي يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالاً عن العملية العقدية"¹²⁴.

ثانيا - مجال تطبيق نظرية القرار الإداري المنفصل:

يكتنف نظرية القرارات الإدارية المنفصلة الكثير من الغموض في التشريع الجزائري، غير أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 9 من قانون رقم 06-01 المعدلة والمتممة بالأمر رقم 10-05 فقد جاء فيها "...ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية".

عمومية النص توضح بصفة ضمنية اعتبار قواعد إبرام الصفقات العمومية بمثابة قرارات إدارية قابلة للانفصال عن الصفقة، وبالتالي يجوز الطعن فيها بكل طرق الطعن.

السؤال المطروح: تتكون الصفقة العمومية من عدة قرارات فما هي القرارات التي يمكن

الطعن فيها بالإلغاء باعتبارها قرارات إدارية منفصلة؟

ملاحظة: يرى جانب كبير من الفقه بأنه لا يمكن قبول الطعن ضد القرارات التحضيرية¹²⁵ وإنما يجب أن ينصب الطعن ابتداءً من قرار الإعلان عن الصفقة إلى منحها ولاسيما القرارات الخاصة بالتصديق على الصفقة¹²⁶.

تبعاً لذلك يمكن دراسة هذه القرارات اعتماداً على الترتيب المعمول به في إصدارها.

1 - الطعن بالإلغاء ضد قرار الإعلان عن الصفقة العمومية:

الإعلان شرط أساسي في قيام الصفقة وكل إخلال بأحكامه يمكن أن يكون سبباً في رفع دعوى الإلغاء¹²⁷.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على اعتباره قراراً إدارياً منفصلاً، إذ رتب بطلان قرارات الإعلان إذا وقعت مخالفة للشروط والشكليات الجوهرية المقررة قانوناً. لذا يجوز لكل من تأثرت مصالحه جراء عدم مشروعيته الطعن فيه استقلالاً.

¹²⁴ - وسيم نظير سويدات، مرجع سابق، ص 01.

¹²⁵ - علي خاطر الشنتاوي، القرار الإداري الأردني، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، د دن، عمان، 1995، ص 447.

¹²⁶ - محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 28.

كما أكد القضاء المصري هذا الاتجاه في العديد من أحكامه خاصة في حكمه الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1997 فيما يتعلق بعقد مقاوله أن الأعمال التمهيديّة من وضع شروط المناقصة والإعلان عنها وتلقي العطاءات وإرساء المناقصة يتم بقرارات إدارية تتخذها جهة الإدارة للإفصاح عن إرادتها فكل ما يتخذ من قرارات بهذا الصدد ويكون مخالفاً للقوانين واللوائح يخضع لرقابة قاضي الإلغاء.

¹²⁷ - لمزيد من التفصيل حول شروط الإعلان وأحكامه انظر ص 71 من هذا البحث.

2 - الطعن بالإلغاء ضد قرار الحرمان من دخول الصفقة العمومية:

يعتبر من القرارات المهمة التي تتخذها المصلحة المتعاقدة، فلا يتصور دخول شخص لصفقة ما بعد أن ثبت غشه أو تماطله في تعاقداته السابقة رغم قيام الصفقات العمومية على مبدأ المساواة. لذا خول القانون للمصلحة المتعاقدة سلطة إصدار قرار الحرمان من دخول الصفقة إذا كان الحرمان مستنداً إلى نص قانوني ولو توافر في الشخص كل المؤهلات المطلوبة، وهو ما أكدته صراحةً نص المادة 52 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم. كَيْفَ قضاء مجلس الدولة الفرنسي قرار الحرمان من دخول الصفقة على أنه قرار إداري منفصل يجوز الطعن فيه بالإلغاء، فيمكن للشخص الذي حرم من دخول الصفقة العمومية الطعن بالإلغاء إذا كان الحرمان مؤسساً على نص قانوني وثبت أن الشخص لا ينتمي إلى الفئات المحددة في النص، أو ثبت إلغاء النص القانوني أو تعديله¹²⁸.

ثالثاً - الطعن بالإلغاء ضد قرار المنح المؤقت:

يرتب المنح المؤقت آثاراً في مواجهة من منحت له إذ يتم إعلامه بالمنح وترد له كفالة التعهد بعد وضع كفالة حسن التنفيذ، وهو ما أكدته المادة 51 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236. أما المتعهدين الآخرين فيصدر بشأنهم قرار الاستبعاد وترد لهم كفالة التعهد لعدم قبول عروضهم بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن بالنسبة للمتعهد الذي لم يقدم طعناً، وعند تبليغ قرار رفض الطعن بالنسبة للمتعهد الذي قدم طعناً. وعن طبيعة قرار المنح المؤقت فلم يرد نص صريح يحدد طبيعته، غير أن القضاء الإداري الفرنسي يعتبره قراراً إدارياً منفصلاً لتوافره على خصائص القرار الإداري، لذا يجوز الطعن فيه بالإلغاء.

4 - الطعن في قرار الاستبعاد:

ملاحظة: يختلف قرار الحرمان عن قرار الاستبعاد فهذا الأخير يأتي بعد قبول دخول الشخص للصفقة العمومية ثم يستبعد لإحدى الأسباب، بينما لا يُمنح الشخص فرصة دخول الصفقة أصلاً في حال صدور قرار الحرمان.

فإذا أقرت المصلحة المتعاقدة منحها الصفقة لأحد مقدمي العروض، فتصدر قرارات الاستبعاد لباقي المتقدمين لعدة أسباب أهمها:

1- عدم مطابقة الشروط أو المواصفات أو المؤهلات المعلنة في الصفقة.

2- استبعاد العرض لدواعي المصلحة العامة.

¹²⁸ - بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص110.

اعتبر القضاء الإداري قرار الاستبعاد قراراً إدارياً منفصلاً لتوافره على مقومات القرار الإداري ولترتيبه آثار قانونية بذاته تتمثل في الحرمان من التعاقد مع الإدارة وهو ما يخول أصحاب الشأن الطعن فيه بالإلغاء¹²⁹.

5 - الطعن في قرار إلغاء الصفقة العمومية:

قد تلجأ المصلحة المتعاقدة بعد إعلانها عن الصفقة وبعد قطع الأشواط - السالف ذكرها - إلى إصدار قرار إلغاءها أيًا كانت طريقة إبرامها، وذلك في حالتين:

الأولى - اقتضاء المصلحة العامة لذلك

قد يتضح للمصلحة المتعاقدة أن الصفقة لا تحقق مصلحة عامة أصلاً وذلك لخطأ في تقدير أهمية المشروع أو لظهور طارئ يفرض عليها التراجع، في هذه الحالة تصدر المصلحة المتعاقدة قرار إلغاء الصفقة¹³⁰.

الثانية - عدم جدوى المناقصة

ما يجب التنويه إليه أن قانون الصفقات العمومية الجزائري لم ينص صراحةً على إمكانية إلغاء الصفقة لعدم توافر الشروط المنصوص عليها في المواد 31 و34 و44. وإنما عبر على ذلك بمصطلح آخر "عدم الجدوى"، وهو ما يستخلص من نص المادة 122 المعدلة بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 في فقرتها الأخيرة "تحرر لجنة فتح الأظرفة، عند الاقتضاء، محضراً بعدم جدوى العملية بوقعه الأعضاء الحاضرون، حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 31 و34 و44 من هذا المرسوم".

ملاحظة: يتضح بعد تعديل قانون الصفقات العمومية بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، توسع المشرع في تقرير حالات عدم الجدوى في تلك الحالات المنصوص عليها في المواد 31 - 32 - 44 المشار إليها أعلاه.

وقد اعتبر القضاء الإداري هذا القرار بأنه قراراً إدارياً منفصلاً يجوز الطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري، عندما يتم تقرير عدم الجدوى خارج الحالات المنصوص عليها قانوناً أو استناد المصلحة المتعاقدة لإحدى حالات عدم الجدوى صوري¹³¹.

¹²⁹ - وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 09-05-1999. عن تفاصيل هذه القضية أنظر عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005، ص112.

¹³⁰ - رغم عدم وجود نص صريح يؤكد حق الإلغاء لدواعي المصلحة العامة في التنظيم الجزائري، فلا يمكن تصور عدم وجود هذا القرار عملياً، ذلك لأن الدافع من إبرام الصفقة العمومية هو تحقيق الصالح العام، وإذا انتفى قامت المصلحة المتعاقدة بإلغاء الصفقة وهنا تبرز السلطة التقديرية الواسعة التي تملكها المصلحة المتعاقدة.

¹³¹ - المقصود بالصوري أن يكون استناد المصلحة المتعاقدة لحالة من حالات المواد 31-32 و44 دون أن يكون ما يبررها واقعياً أي أن الحالة غير موجودة واقعياً وتدعى المصلحة المتعاقدة توافرها حتى تستطيع الإعلان عن عدم الجدوى.

6 - الطعن بالإلغاء ضد قرار إبرام الصفقة العمومية:

إبرام الصفقة آخر مرحلة للتعاقد تتوج بصدور قرار من السلطة المختصة، وقد عدت المادة الثامنة من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الجهة المخول لها قانوناً إبرام الصفقات العمومية، لكل هيئة من الهيئات المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية وجاء فيها: "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه:

- الوزير، فيما يخص صفقات الدولة،
- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة،
- الوالي، فيما يخص صفقات الولاية،
- رئيس المجلس الشعبي البلدي، فيما يخص صفقات البلدية،
- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري،
- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري
- مدير مركز البحث والتنمية،
- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتقني،
- مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي
- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني،
- الرئيس المدير العام أو المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال، بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

الفرع الثاني - شروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة:

دعوى الإلغاء أداة قانونية فعالة لتحريك عملية الرقابة القضائية على أعمال الدولة والإدارة العامة، تؤدي إلى القضاء على الأعمال الإدارية غير المشروعة بصفة نهائية وهدم آثارها القانونية بأثر رجعي.

لقبول دعوى الإلغاء وضع المشرع شروطاً يجب توافرها تتعلق بقبول الدعوى أو ما يسمى بالشروط الشكلية (أولاً)، كما يجب أن يستند رافع الدعوى إلى وجه من أوجه الطعن ويطلق عليها تسمية الشروط الموضوعية (ثانياً).

أولاً - الشروط الشكلية:

تخضع دعوى الإلغاء باعتبارها دعوى قضائية للشروط والإجراءات المقررة قانوناً، فلا يمكن للقاضي الفصل فيها ما لم تتوفر على الشروط المقررة لقبولها وتعرف اصطلاحاً بـ

"شروط القبول"¹³².

إن الشروط المقررة قضاءً وفقهاً وتشريعاً وتنظيماً هو أن يتوفر في رافع الدعوى شرط الصفة والمصلحة والأهلية (1)، وأن تنصب دعوى الإلغاء على قرار له مواصفات وخصائص القرار الإداري (2)، وأن ترفع في الميعاد والأجل المحدد قانوناً (3)، أمام الجهة القضائية المختصة (4).

1 - شرط الصفة والمصلحة:

دعوى الإلغاء باعتبارها دعوى قضائية في طبيعتها وخصائصها، فلا يمكن قبولها إلا إذا توافر في رافعها شرط الصفة والمصلحة، وهو المبدأ الذي وضعته المادة 13 من قانون رقم 09-08¹³³ التي جاء فيها "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقررها القانون".

واضح من النص أن الأهلية لم تعد شرطاً لقبول الدعوى سواء أمام الجهات القضائية العادية أو الإدارية¹³⁴، لورود نص المادة 13 تحت عنوان الكتاب الأول "الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية".

السؤال المطروح: ما مدى تمتع المتعامل المتعاقد بالصفة؟ أليس أمامه قاضي العقد وهو قاضي القضاء الكامل وما له من ولاية إلغاء القرار غير المشروع وتصحيح الوضع والتعويض عنه؟ وبتعبير دقيق هل للمتعامل المتعاقد الصفة لرفع دعوى الإلغاء؟ يذهب أغلب الفقهاء إلى القول بأن المتعامل المتعاقد ليس أمامه سوى اللجوء إلى قاضي العقد لحسم المنازعات المتعلقة بالعقد.

غير أن القضاء الفرنسي أوجد بعض الاستثناءات، إذ أجاز للمتعاملين مع الإدارة الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بمرحلة الإبرام، لكن إذا أصدرت الإدارة قرارات تخص تنفيذ الصفقة أو على الصفقة ذاتها، فتكون قراراتها غير قابلة للطعن فيها بالإلغاء استقلالاً عن العقد.

أما لغير المتعاقد مع الإدارة أجاز له القضاء الفرنسي الطعن بالإلغاء شرط أن تكون له مصلحة جادة ومشروعة في إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العملية التعاقدية، خاصة وأن الغير لا يمكنه بأي حال من الأحوال اللجوء إلى قاضي العقد أو القضاء الكامل لأنه ليس طرفاً

¹³² - عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص356.

¹³³ - قانون رقم 09-08، مؤرخ في 25 فبراير 2008...، سابق الإشارة إليه.

¹³⁴ - على عكس نص المادة 459 من ق إ م الملغى التي جاء فيها "لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً للصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك" واضح من نص المادة أن الأهلية شرط لقبول الدعوى أمام القضاء.

في العقد، فكان من المنطقي أن لا يحرم من دعوى تجاوز السلطة¹³⁵.
بالإضافة إلى الصفة يشترط في رافع الدعوى المصلحة التي يجب أن تكون مباشرة،
شخصية ومشروعة.

وفي مجال الصفقات العمومية يأخذ شرط المصلحة طابعاً خاصاً انطلاقاً من أن إلغاء القرار
الإداري المنفصل لا يؤدي بذاته إلى إلغاء الصفقة العمومية، وإنما يبقى العقد أو الصفقة قائماً حتى
يطلب أحد أطرافه إلغاءه أمام قاضي العقد وهو ما جعل القضاء والفقهاء الإداريين يقران بعدم وجود
مصلحة من رفع دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل، لأنه لا يمس بالصفقة العمومية.

2 - أن تتصب دعوى الإلغاء على قرار إداري:

من أهم شروط دعوى الإلغاء أن تتصب على قرار إداري وهو ما أكدته صراحة نص
المادة 801 من قانون رقم 08-09 التي جاء فيها "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:
- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية
للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية،

- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية،

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية،

- دعاوى القضاء الكامل،

- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة".

يبدو واضحاً اشتراط المشرع وجود قرار إداري، لكن رغم أن المنازعة متعلقة بصفقة
عمومية أجاز القضاء الفرنسي بأن تكون محلاً لدعوى الإلغاء إذا انصببت على قرار إداري
منفصل من القرارات السالف ذكرها.

3 - شرط الميعاد:

تقتضي المصلحة العامة وضع مواعيد و آجال لرفع دعوى الإلغاء وعدم تركها عرضةً
للطعن حتى تحظى القرارات والمعاملات بالاستقرار.

يقصد بشرط الميعاد المدة التي حولها المشرع للفرد للمطالبة بحقوقه أمام الجهات القضائية¹³⁶.
على هذا الأساس حدد المشرع الجزائري أجلاً لرفع دعوى الإلغاء مميّزاً بين ميعاد الإلغاء أمام
المحاكم الإدارية (1)، ومجلس الدولة (2)، نظراً لتنوع الجهات المؤهلة بإبرام الصفقات العمومية.

¹³⁵ - علاق عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 135.

¹³⁶ - أد. تاجر محمد، ميعاد رفع دعوى الإلغاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود
معمر، تيزي وزو، 2006، ص 04.

أ - ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحاكم الإدارية

نصت المادة 829 على ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحاكم الإدارية بأنه "يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة (4) أشهر يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي".

وعليه فإن رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية يكون خلال أربعة أشهر التابعة لتبليغ قرار الاستبعاد أو الحرمان من دخول الصفقة العمومية، أو قرار الإبرام أو رفض الإبرام، لأن هذه القرارات يتم تبليغها بطبيعتها.

وخلال أربعة أشهر التابعة لنشر القرار عندما يتعلق الطعن بقرار الإعلان عن المنح المؤقت أو قرار إلغاء الصفقة العمومية، لأن هذه القرارات بطبيعتها تنشر ولا تبليغ.

ب - ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة

يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية¹³⁷.

كما يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية¹³⁸.

وبالرجوع إلى نص المادة 970 من قانون رقم 08-09 تنص "عندما يفصل مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة تطبيق الأحكام المتعلقة بالآجال المنصوص عليها في المواد 829 إلى 832 أعلاه".

ملاحظة: الإحالة إلى نصوص المواد 829 إلى 832 يجعل ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة هو 4 أشهر التابعة لتبليغ القرار أو نشره.

تلك هي مواعيد رفع دعوى الإلغاء انطلاقاً من ق إ م وإ، فهل نص قانون الصفقات العمومية على مواعيد خاصة لرفع الدعوى؟

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية لا نجد أي ميعاد أو آجال خاصة لرفع دعوى الإلغاء، يفهم من ذلك ضمناً أنه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في ق إ م وإ على النحو المبين أعلاه.

4 - شرط الاختصاص:

يعرّف الاختصاص على أنه صلاحية جهة قضائية بالنظر في نزاع في الحدود المرسومة لها قانوناً.

¹³⁷ - أنظر المادة 901 من القانون السابق الإشارة إليه.

¹³⁸ - أنظر المادة 902 من القانون السابق الإشارة إليه.

ويعتبر من أهم شروط قبول الدعوى الإدارية، فلا ينظر القاضي الإداري في الشروط الأخرى إلا بعد تأكده من الاختصاص لأنه من النظام العام.

ملاحظة: يعود الاختصاص بالدعوى الإدارية أساساً لجهات القضاء الإداري بالنسبة للدول التي تطبق نظام الازدواجية القضائية¹³⁹.

1. الاختصاص النوعي

تناول المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة الاختصاص النوعي لجهات القضاء الإداري ضمن القسم الأول من الكتاب الرابع تحت عنوان "في الاختصاص النوعي" من المادة 800 إلى غاية المادة 802.

واضح من النصوص السابقة أن المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري لتحديد الاختصاص لجهة القضاء الإداري يتمثل في المعيار العضوي¹⁴⁰.

فالاختصاص القضائي يؤول إلى الجهة الإدارية كلما كان أحد أطراف الخصومة أحد الأشخاص المذكورين ضمن نص المادة 800 من ق إ م وإ، ولا ينظر لطبيعة المنازعة ولا لموضوعها إلا ما تم استثناءه.

ملاحظة: المعيار العضوي الذي تبناه المشرع وطبقه القضاء تعترضه إشكالية قانونية هامة لوجود نص المادة 2 من قانون الصفقات العمومية¹⁴¹.

الدارس لنص المادة يتأكد بأنها لم تحدد الاختصاص القضائي لمنازعات الصفقات العمومية، وإنما موضوعها هو تحديد مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية. إذ قامت بتعداد الأشخاص المعنوية العامة وهذه الأشخاص لا إشكال فيها إذ يعود الاختصاص بشأنها إلى القضاء الإداري تطبيقاً للمعيار العضوي سالف الذكر.

لكن الإشكال يثور بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بعملية ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة. فهذه المؤسسات ستحدث على المستوى القضائي إشكالات عملية في غاية التعقيد فهل تعود المنازعة لاختصاص القاضي العادي أم لاختصاص القاضي الإداري؟!.

ويبقى اختصاص القضاء الإداري هو الاحتمال الوارد مع أنه هدماً صارخاً للمعيار العضوي على أساس معيار "الوكالة" مؤيدين بذلك رأي الأستاذ رشيد خلوفي، لأنه ورد في المادة 2 من قانون

¹³⁹ - أد. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية...، مرجع سابق، ص 240.

¹⁴⁰ - بموجب هذا المعيار تتحدد الجهة القضائية بالنظر إلى أطراف المنازعة فإذا كان أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام فإن المنازعة تخضع للقضاء الإداري بغض النظر عن موضوعها.

¹⁴¹ - راجع المادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

الصفقات العمومية العبارة التالية "...عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة"، فوجود عبارة "تكلف" تعني وجود موكل هو الدولة كلف وكيل وهي هذه المؤسسات التي جاءت في صلب المادة 2 للقيام بعمل ما لحساب الدولة ولمصلحتها.

فامتداد نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية على الوجه المحدد في المرسوم الرئاسي رقم 10-236، إنما يدل على رغبة المشرع في توسيع نطاق الرقابة على الصفقات العمومية المخصصة أساساً للاستثمارات التنموية، خاصة في ظل صرامة الإجراءات التي تمر بها عملية إبرام الصفقات ناهيك عن الرقابة المفروضة في كل مرحلة من مراحل عمر الصفقة سواء قبل الإبرام أو أثناءه أو حين التنفيذ.

2. الاختصاص الإقليمي (المحلي):

تمّ إفراد قواعد الاختصاص الإقليمي لمنازعات القضاء الإداري بصفة عامة ومنازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة في ظل ق إ م وإ بنصوص خاصة ضمن قواعد الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية¹⁴².

جاء المشرع بثلاثة معايير لتحديد الاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية، تشكل استثناءات على القاعدة العامة، ضمن أحكام المادة 804 من ق إ م وإ في فقراتها الثانية والثالثة والسادسة وذلك وفقاً لما يلي:

أول قاعدة تخص عقد الأشغال العامة والجهة القضائية المختصة هي المحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال العامة، وهو ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 804 من ق إ م وإ التي جاء فيها "في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال".

أما القاعدة الثانية فقد تضمنتها الفقرة الثالثة من المادة نفسها¹⁴³ التي تنص على "في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه".

فجاءت الصياغة في ظل ق إ م وإ أكثر وضوحاً ودقة بذكر المشرع لمصطلح "العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها، وهنا تدخل الصفقات العمومية لاعتبارها أهم أنواع العقود الإدارية. ما يلاحظ هو استعمال معيارين لتحديد الاختصاص الإقليمي "مكان الإبرام" أو "مكان التنفيذ"، وحق الخيار يعود لرافع الدعوى، وبذلك تجنب المشرع النقد الذي وجه إليه في ق إ م الملغى.

¹⁴² - نص المشرع على قواعد الاختصاص الإقليمي من المادة 803 إلى المادة 806 وذلك ضمن القسم الثاني من الفصل الأول المتعلق بالاختصاص من الباب الأول المتضمن الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية.

¹⁴³ - المادة 804 من قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008...، سابق الإشارة إليه.

أما القاعدة الثالثة فتخص صفقات التوريد أو الأشغال، جاء تنظيمها في الفقرة السادسة من المادة نفسها التي نصت على "في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف يقيم به".

فالمحكمة الإدارية المختصة إقليمياً هي التي يقع في دائرة اختصاصها "مكان الإبرام" أو "مكان التنفيذ"، بشرط أن يكون أحد أطرافها مقيماً بهذا المكان وإلا تطبق القاعدة العامة المتمثلة في المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليها (المصلحة المتعاقدة).

أما إذا كان موضوع الصفقة العمومية أحد الأنواع المتبقية المتمثلة في انجاز دراسات أو تقديم خدمات، فالمحكمة الإدارية المختصة إقليمياً هي تلك التي يقع بدائرة اختصاصها "مكان إبرامها" أو "مكان تنفيذها" طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 804 من ق إ م و.

ملاحظة: يتحدد الاختصاص الإقليمي في منازعات الصفقات العمومية حسب موضوع الصفقة. تلك هي الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء أمام القضاء، ويبقى السؤال مطروحاً بخصوص التظلم، فما مدى اعتباره شرطاً شكلياً لقبول الدعوى؟

التظلم الإداري وسيلة من وسائل تحريك عملية الرقابة الإدارية الذاتية ووسيلة لحل المنازعات الإدارية ودياً.

يتضمن في جوهره شكوى يقدمها أصحاب الصفة والمصلحة إلى السلطات الإدارية طاعنين في قرارات وأعمال إدارية، طالبين إلغائها أو سحبها أو تعديلها¹⁴⁴.

بعدما كان التظلم الإداري المسبق شرط وجوبي قبل رفع الدعاوى أمام القضاء، أصبح في مجال منازعات الصفقات العمومية إجراءً اختياريًا بموجب المادتين 101 فقرة 1 والمادة 102 فقرة 8 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250.

ليسلك المشرع نفس الاتجاه في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 "جوازية التظلم واعتباره إجراءً اختياريًا".

ملاحظة: تم الاعتراف بنوعين من القرارات التي يجوز التظلم فيها، مما يعني أن القرارات الأخرى القابلة للانفصال لا تظلم فيها أصلاً، ولو كان اختياريًا لاقتصر نص المادة 114 و115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على نوعين من القرارات، التي يكون التظلم بشأنها اختياريًا.

- يتعلق نص المادة 114 بمرحلة إبرام الصفقة العمومية

وتماشياً وأجال الطعن والرد والتبليغ لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة

¹⁴⁴ - أد. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية...، مرجع سابق، ص366.

الصفقات المختصة لدراسته في إطار الرقابة الخارجية، إلا بعد انقضاء أجل 30 يوماً ابتداءً من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة¹⁴⁵.

- يتعلق نص المادة 115 بمرحلة تنفيذ الصفقة العمومية

كما هو واضح فطبيعة التظلم في مجال الصفقات العمومية ليس بتظلم ولائي¹⁴⁶ ولا رئاسي¹⁴⁷، وإنما تظلم إداري يقدمه صاحب المصلحة "المتعهد" في صورة طعن أمام لجان الصفقات المختصة لمراقبة أعمال وقرارات الهيئات الإدارية.

الفرع الثاني - الشروط الموضوعية

عيوب المشروعية هي الأسباب التي يمكن بواسطتها للقضاء المختص إلغاء قرار إداري مطعون فيه بعدم المشروعية¹⁴⁸.

نشأت عيوب عدم مشروعية القرار الإداري في فرنسا وكان أقدمها ظهوراً عيب عدم الاختصاص (أولاً) ثم عيب الشكل (ثانياً) ثم عيب الانحراف في استعمال السلطة (ثالثاً)، أما القرارات المخالفة للقانون مخالفة موضوعية فلم يكن القضاء الفرنسي يقبل الطعن ضدها بالإلغاء إلى غاية سنة 1864 (رابعاً) وحديثاً أجاز مجلس الدولة الفرنسي الأخذ بعيب انعدام السبب (خامساً).

أولاً - عيب عدم الاختصاص:

يمكن تعريف عيب عدم الاختصاص بأنه عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني جعله المشرع من اختصاص هيئة أو فرد آخر¹⁴⁹.

يأخذ عيب عدم الاختصاص ثلاث صور وهي:

1. عيب عدم الاختصاص الموضوعي

ويتحقق هذا العيب إذا أصدرت جهة إدارية قرارها في موضوع لا تملك قانوناً حق إصداره.

2. عيب عدم الاختصاص المكاني

إذا صدر القرار من الإدارة خارج نطاقه الجغرافي كان معيباً بعيب عدم الاختصاص المكاني.

¹⁴⁵ - أنظر المادة 114 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

¹⁴⁶ - التظلم الولائي هو الشكوى التي يرفعها صاحب الصفة والمصلحة إلى نفس الجهة أو الهيئة الإدارية المصدرة للقرار يلتمس منها إعادة النظر ومراجعة ما أصدرته.

¹⁴⁷ - التظلم الرئاسي هو الشكوى التي يرفعها صاحب الصفة والمصلحة إلى الجهة التي تعلق وترأس من أصدر القرار الإداري المطعون فيه مطالباً بمراقبة الأعمال والقرارات رقابة رئاسية.

¹⁴⁸ - أد. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية...، مرجع سابق، ص 499.

¹⁴⁹ - محمد عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص 231.

3. عيب عدم الاختصاص الزمني

المقصود به أن يصدر القرار الإداري في وقت لا يكون فيه الاختصاص بإصداره منعقدًا لمن أصدره.

ملاحظة: يتميز عيب عدم الاختصاص بأنه من النظام العام، لذا يستطيع القاضي إثارته من تلقاء نفسه ولو لم يثره صاحب الطعن¹⁵⁰.

ثانيا - عيب مخالفة الشكل والإجراءات:

يقصد بعيب الشكل والإجراءات أن يقع القرار الإداري مخالفاً للقواعد والإجراءات التي يتطلبها القانون سواء كانت المخالفة كلية أو جزئية.

والسؤال المطروح ما هي الشكليات التي تكون سبباً في إلغاء القرار؟

يفرق الفقه والقضاء بين نوعين من الشكليات جوهرية وثنائية.

فالشكليات الجوهرية هي التي تؤثر مخالفتها في صحة وشرعية القرارات الإدارية، وبالتالي التي تكون سبباً في الحكم بالإلغاء، ومن أمثلة الشكليات الجوهرية اشتراط قانون الصفقات العمومية أن يكون قرار الإعلان عن الصفقة محتوياً لبيانات إلزامية محددة في نص المادة 46، وتخلف أي بيان يجعل قرار الإعلان معيباً بعيب الشكل.

كما يكون قرار المنح المؤقت معيباً بعيب الشكل والإجراءات إذا لم يتم الإعلان عنه في الجرائد التي نشر فيها الإعلان عن الصفقة.

ملاحظة: كل مخالفة لقواعد وإجراءات إلزامية منصوص عليها في قانون الصفقات العمومية يفتح مجال الطعن بإلغائها لعدم مشروعيتها.

وبالرجوع إلى الواقع العملي نجد أن أكثر العيوب التي تثار أمام قضاء الإلغاء "عيب مخالفة الشكل والإجراءات".

أمّا مخالفة الإجراءات والشكليات غير الجوهرية أو الثانوية، فقد استقر قضاء مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر على أن إغفالها لا يعيب القرارات الإدارية ولا يكون سبباً في إلغائها.

ثالثاً - عيب مخالفة القانون:

هو العيب الذي يشوب محل القرار الإداري، نشأ في النصف الثاني من القرن التاسع عشر كسبب من أسباب الحكم بالإلغاء بعد كل من عيب عدم الاختصاص وعيب مخالفة الشكل والإجراءات كان يطلق عليه عيب "مخالفة الحقوق المكتسبة"، ثم سمي بعيب "مخالفة القانون

¹⁵⁰ - بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 114.

والحقوق المكتسبة" إلى أن استقرت تسميته بصفة نهائية بعيب "مخالفة القانون"¹⁵¹. ولما كان سبب الإلغاء هو مخالفة القانون فقد تتعلق المخالفة بمخالفة نص القانون بذاته أو في تفسيره أو في تطبيق أحكامه.

رابعاً - عيب السبب:

يقصد به أن تكون الحالة الواقعية التي أدت إلى اتخاذ القرار معيبة، مما يستوجب إلغاء القرار الإداري¹⁵².

ملاحظة: تقوم رقابة القضاء الإداري للسبب على درجات ثلاث، إذ يتأكد القاضي الإداري من الوجود الفعلي للوقائع ومدى صحة التكييف وملائمته لإصدار القرار الإداري.

خامساً - عيب الانحراف في استعمال السلطة:

عيب الانحراف في استعمال السلطة حالة من حالات عدم مشرعية القرارات الإدارية يشوب ركن الهدف فيجعل القرار غير مشروع، قابلاً للطعن فيه أمام القضاء. وهو وسيلة قضائية تعمل على مراقبة أعمال السلطات الإدارية، بما فيها تلك المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية من أجل ضمان تطبيق فكرة دولة القانون ومبدأ الشرعية وحماية حقوق وحرريات الأفراد¹⁵³.

ملاحظة: القرار المعيب بعيب الانحراف في استعمال السلطة في شق منه صحيح في جميع أركانه، لكنه معيب في ركن وحيد منه يتعلق بركن الغرض أو الهدف. فالموظف الذي يطبق النصوص القانونية المتعلقة بإبرام الصفقة العمومية بكل ما تتضمنه من مراحل وإجراءات، ليتم منح الصفقة بعدها لإحدى معارفه أو أقاربه يعتبر قراره هذا مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة.

كما يجب على رافع الدعوى أن يؤسس دعواه على وجه من أوجه الإلغاء التي سبق توضيحها، ومتى كان القرار الإداري معيباً بإحدى هذه العيوب، حكم القاضي بالإلغاء لعدم مشروعية القرار.

¹⁵¹ - علماً أن التسمية بلغة الفرنسية منتقدة من جلّ فقه القانون العام في فرنسا، لأن عيب مخالفة القانون له مفهوم واسع وهو مخالفة محل القرار الإداري لأحكام وقواعد القانون في معناه الواسع بمصادره المختلفة بينما اصطلاحاً أو تسمية "la violation de la loi" تعني مخالفة أحكام القانون في معناه الشكلي الضيق، لذلك يفضل البعض إطلاق اصطلاح "la violation de règle de droit".

¹⁵² - الشوبكي عمر، القضاء الإداري، -دراسة مقارنة-، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص339.

¹⁵³ - أد. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية...، مرجع سابق، ص535.

ملاحظة هامة: بعد استعراض حالات عدم مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة يطرح سؤالاً مهماً يتعلق بأثر إلغائها على عقد الصفقة العمومية أو بتعبير آخر حجية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على الصفقة العمومية. فيما إذا كان إلغاء القرار الإداري المنفصل يؤدي إلى بطلان الصفقة العمومية.

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي إلغاء القرار الإداري المنفصل سبباً مباشراً في إبطال العقد الإداري، حتى ولو لم يتمسك به الأطراف، وأكد على ذلك في حكمه الصادر في أول مارس سنة 1954 في قضية *Société d'énergie industrielle*، حيث قضى بأن "إلغاء القرار الصادر بالتصديق على العقد الإداري يجعل طلب التفسير المقدم إلى المجلس بعد ذلك غير ذي موضوع، لأن الشروط الواردة في العقد لا يمكن تنفيذها".
وعليه فالإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يؤدي مباشرة إلى إلغاء الصفقة حتى ولو لم يتمسك به أطرافها أو الغير.

فالعلاقة التعاقدية تتأثر تلقائياً بذلك الإلغاء خاصة إذا كان إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة نتيجة الإخلال بأحد مبادئ إبرام الصفقة العمومية: حرية المنافسة والمساواة وشفافية الإجراءات أو الإخلال بقواعد الإشهار وغيرها من القواعد الهامة التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية¹⁵⁴.

ملاحظة: عمل المشرع الجزائري على تجنب هذه الإشكالية القانونية الخطيرة (إبطال الصفقة العمومية) فجاء ق إ م وإ بنصوص تنظم إجراءات الاستعجال في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية، بغية الفصل في الطعون المرفوعة ضد القرارات الإدارية المنفصلة قبل أن يتم إبرام الصفقة العمومية، حتى لا يضطر القاضي الإداري إلغاء الصفقة نتيجة إلغاء أحد القرارات الإدارية المنفصلة.

المطلب الثاني - رقابة قضاء الاستعجال للصفقات العمومية

أمام اتساع النشاط التعاقدى والحرص على تحقيق أهداف المصلحة العامة وتجسيد مبادئ المنافسة الشريفة والمساواة، لم تتوقف جهود المشرع ومساويه عند تقرير الحق في إلغاء كل قرار يمس بشفافية الصفقات ونزاهتها وبتعبير آخر فمجال تدخل القضاء الإداري لم يقتصر على قضاء الإلغاء فقد تطلب الأمر تقرير الحق في رفع دعوى استعجاليه تحمي القواعد والمبادئ التي عمل على تكريسها كل من قانون الصفقات العمومية وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته¹⁵⁵.

¹⁵⁴ - كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 107، 108.

¹⁵⁵ - قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006، معدل ومتمم بأمر رقم 10-05، مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، يتمم=

يعتبر الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات واحدة من مستجدات قانون رقم 08-09¹⁵⁶ يندرج في إطار الفصل الخامس من الباب الثالث المعنون "بالاستعجال" في مادة إبرام العقود والصفقات وذلك للمكانة التي تحتلها عملية إبرام العقود والصفقات ضمن نشاطات الإدارات ودورها في عملية البناء والتطوير وتلبية الاحتياجات العامة، مما يعني أن تنظيم الاستعجال فيها أمر حتمي¹⁵⁷ رغبة من المشرع في تجسيد آلية سريعة لمواجهة المخالفات في مجال العقود والصفقات حتى ولو أنها وقتية¹⁵⁸.

أمام خلو النصوص القانونية المنظمة للاستعجال الإشارة إلى مفهومه، فإن الآراء الفقهية والأحكام القضائية في هذا المجال قد تعددت حيث عرفه بعض الفقهاء بأنه "توافر أمر يتضمن خطراً داهماً أو يتضمن ضرراً لا يمكن تلافيه إذا لجأ الخصوم إلى القضاء العادي".

وقيل أيضاً بأن الاستعجال هو "ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التي لا تتحقق من إتباع الإجراءات العادية للتقاضي نتيجة توافر ظروف تمثل خطراً على حقوق الخصم أو تتضمن ضرراً قد يتعذر تداركه وإصلاحه"¹⁵⁹.

وقيل أيضاً بأن الاستعجال هو "إجراء مختصر واستثنائي يسمح للقاضي اتخاذ قرار وقتي في المسألة المتنازع عليها التي لا تحتل التأخير"¹⁶⁰.

كما حاول القضاء المساهمة في تعريف الاستعجال بالمحاولات الآتية:

1. فقد عرفته محكمة النقض المصرية بما يلي "يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر والاستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار وقتي يراد به ردّ عدوان لا يمكن تداركه إذا فات الوقت".

=القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 50، الصادرة في 1 سبتمبر 2010، المعدل والمتمم بقانون رقم 11-15، مؤرخ في 2 غشت سنة 2011، يعدل ويتم القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحة ج ر ج ح عدد 44، الصادرة بتاريخ 10 غشت 2011.

¹⁵⁶ - قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

¹⁵⁷ - أكرور مريام، "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"، أعمال الملتقى الوطني الثاني حول قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يومي 5 و 6 ماي، جامعة المسيلة، 2009، ص 3.

¹⁵⁸ - فريجة حسين، "الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري"، مجلة إدارة، العدد 26، الجزائر، 2003، ص 8.

¹⁵⁹ - بشير بالعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، دون دار النشر، 1993، الجزائر، ص 32، 33.

¹⁶⁰ - سامي بن فرحات، الوجيز في قضاء الأمور المستعجلة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2005، ص 12.

2. كما أوضحت المحكمة الإدارية العليا الاستعجال "..."بتعيين على القضاء الإداري ألا يقف تنفيذ قرار إداري، إلا عند قيام ركن الاستعجال بمعنى أن يترتب على تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء نتائج يتعذر تداركها"¹⁶¹.

من التعاريف السابقة وغيرها نستخلص أنه من الصعب وضع تعريف جامع لمفهوم الاستعجال لكونه مفهوم مرن يرجع تقديره للقاضي حسب نوع الطلب المستعجل وموضوعه وأطرافه والمصالح المهددة وغيرها من العناصر، فهو يقرر حماية قضائية عاجلة لأحد الخصوم بسبب ببطء القضاء الموضوعي وطول إجراءاته.

فالقضاء الاستعجالي قضاء وقتي بطبيعته لا يحسم نزاعاً بصفة نهائية ولا يحوز على قوة الشيء المقضي به، فهو عمل قضائي الغرض منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة وبطريقة مؤقتة شرط ألا يتعرض القاضي في حكمه لأصل الحق¹⁶².

فما هي خصوصية الدعوى الاستعجالية الخاصة بمنازعات الصفقات العمومية ؟

الفرع الأول - الشروط الشكلية لقبول دعوى الاستعجال:

دعوى الاستعجال باعتبارها دعوى قضائية تخضع في تحريكها للشروط والإجراءات القضائية المقررة قانوناً، فلا يمكن أن يقبل القاضي المختص بدعوى الاستعجال والفصل فيها ما لم تتوافر على الشروط المقررة لقبولها والتي تعرف اصطلاحاً بـ "شروط القبول"¹⁶³. إن الشروط المقررة قضاءً وفقهاً وتشريعاً وتنظيماً هو أن تنصب دعوى الاستعجال على قرار إداري له مواصفات وخصائص القرار الإداري (أولاً) وشرط الصفة والمصلحة والأهلية (ثانياً) وشرط الاختصاص (ثالثاً).

أولاً - أن تنصب دعوى الاستعجال على قرار إداري:

من أهم شروط دعوى الإدارية أن تنصب على قرار إداري وهو ما أكدته صراحة نص المادة 801 من قانون رقم 08-09 التي جاء فيها "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في: - دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية،

- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية،

¹⁶¹ - بوجادي عمار، "اختصاص مجلس الدولة في المادة الإدارية الاستعجالية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، 2007، الجزائر، ص 91.

¹⁶² - فريجة حسن، مرجع سابق، ص 10.

¹⁶³ - عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 356.

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية،

- دعاوى القضاء الكامل،

- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة".

يبدو جلياً أن المشرع قد اشترط لرفع دعوى الإدارية أن يكون محلها قراراً إدارياً بالمفهوم القانوني للقرار الإداري وهو ذلك العمل القانوني الصادر عن السلطات الإدارية المختصة في الدولة بإرادتها المنفردة، قصد إحداث آثار قانونية بإنشاء مركز أو مراكز قانونية أو تعديله أو إلغائه.

ورغم أننا في إطار منازعة متعلقة بصفة عمومية التي تكيف على أنها عقد إداري الذي يختلف في موضوعه وجوهره عن القرار الإداري فقد قبل القضاء بأن يكون محلاً لدعوى الاستعجال وحتى الإلغاء، وذلك باعتبار القرارات الصادرة بخصوص الصفة العمومية قرارات إدارية منفصلة.

يمكن تعريف القرارات الإدارية المنفصل على أنها "قرارات تكون جزء من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالاً عن ذات العقد".

كما يمكن تعريفها بأنها "تلك الأعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة تساهم في تكوين عقد من العقود الإدارية ومن ثم يمكن فصلها عن ذات العقد المرتبطة به وبالتالي يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالاً عن العملية العقدية"¹⁶⁴.

ثانياً - شرط الصفة والمصلحة والأهلية:

دعوى الاستعجال باعتبارها دعوى قضائية في طبيعتها وخصائصها فلا يمكن قبولها من طرف الجهة القضائية المختصة إلا إذا توافر في رافعها شرط الصفة والمصلحة وهو المبدأ الذي وضعته المادة 13 من قانون رقم 08-09 وجاء فيها "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقررها القانون".

واضح من النص أن الأهلية لم تعد شرطاً لقبول الدعوى سواء أمام الجهات القضائية العادية أو الإدارية¹⁶⁵ لورود نص المادة 13 تحت عنوان الكتاب الأول "الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية".

¹⁶⁴ - وسيم نظير سويدات، نظرية الإجراءات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية-دراسة مقارنة - مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة آل البيت، الأردن، 2005.

¹⁶⁵ - على عكس نص المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية القديم التي جاء فيها "لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً للصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك" واضح من نص المادة أن الأهلية شرط لقبول الدعوى أمام القضاء.

لقد اختلف الفقهاء في مدلول شرطي الصفة والمصلحة فمنهم من يعتبرهما شرطين منفصلين ومنهم من يعتبر الصفة شرطاً في المصلحة.

ولعل التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد هو مدى تمتع المتعامل المتعاقد بالصفة؟ أليس أمامه قاضي العقد وهو قاضي القضاء الكامل وما له من ولاية إلغاء القرار غير المشروع وتصحيح الوضع والتعويض عنه؟ أو بتعبير آخر هل للمتعامل المتعاقد الصفة لرفع دعوى الاستعجال؟ يذهب أغلب الفقهاء إلى القول بأن المتعامل المتعاقد ليس أمامه سوى اللجوء إلى قاضي العقد لحسم جميع المنازعات المتعلقة بالعقد، لأن المتعاقد إن ذهب إلى قضاء الإلغاء سيواجه حتماً بفكرة الدعوى الموازية لكن الأستاذ رشيد خلوفي يرى أن هذه الدعاوى ضد هذا النوع من القرارات لا تشكل دعوى موازية.

الواقع أن فكرة الطعن في القرارات المنفصلة من طرف المتعامل المتعاقد هي فكرة تجافي المنطق فكيف يُترك قاضي العقد بصلاحياته الواسعة ليتم الذهاب إلى قاضي الإلغاء وعلى فرض أنه حصل على حكم من قاضي الإلغاء فيجب عليه الرجوع إلى قاضي العقد لكي يرتب الآثار القانونية لهذا الحكم ومن ثمة فهو تضييع للوقت والجهد والمال بين جنبات القضاء.

لكن القضاء المقارن بصفته قضاءً مبتكراً أوجد بعض الاستثناءات حيث أجاز للمتعاملين مع الإدارة الطعن عن طريق الاستعجال وعن طريق الإلغاء ضد القرارات التي تصدر عنها باعتبارها صاحبة سلطة عامة وليس بصفتها مصلحة متعاقدة ضد القرارات الإدارية المنفصلة - السالفة الذكر - المتعلقة بمرحلة الإبرام فإذا حدث وأن أصدرت الإدارة قرارات بشأن تنفيذ الصفقة أو على الصفقة ذاتها فتعتبر قرارات غير قابلة للطعن فيها لا بالإلغاء ولا بالاستعجال لأنها صادرة عن الإدارة باعتبارها مصلحة متعاقدة.

بالإضافة إلى الصفة يشترط في رافع الدعوى المصلحة التي يجب أن تكون مباشرة وأن تكون شخصية ومشروعة.

وفي مجال الصفقات العمومية يأخذ شرط المصلحة طابعاً خاصاً وذلك انطلاقاً من فكرة أن القرار المنفصل لا يؤدي بذاته إلى إلغاء الصفقة العمومية، وإنما يبقى العقد أو الصفقة قائماً حتى يطلب أحد أطرافه إلغاءه أمام قاضي العقد تأسيساً على الحجية المطلقة للحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل وهو ما جعل القضاء والفقهاء الإداريين يقران في العديد من الحالات عدم وجود المصلحة في رفع دعوى الاستعجال ودعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل لأنه لا يؤدي في النهاية إلى المساس بالصفقة العمومية.

ثالثاً - شرط الاختصاص:

يعرف الاختصاص على أنه ولاية جهة قضائية ما للنظر في النزاعات. وهو صلاحية

جهة قضائية للنظر في نزاع في الحدود المرسومة لها قانوناً. ويعرف كذلك بأنه نصيب الجهة القضائية من النزاعات التي تعرض على القضاء أي المنازعات التي تكون للجهة القضائية سلطة للفصل فيها نوعاً ومكاناً¹⁶⁶.

يختلف شرط الاختصاص القضائي عن قاعدة الاختصاص الإداري إذ يقصد بالاختصاص الإداري مجموعة القواعد والشروط الواجب إتباعها لإعداد وتطبيق وإبطال القرار الإداري، بينما يتعلق الاختصاص القضائي بأهلية القاضي للفصل في النزاعات المحددة قانوناً. يعتبر شرط الاختصاص القضائي من أهم شروط قبول الدعوى الإدارية حيث لا ينظر القاضي الإداري في الشروط الأخرى إلا بعد تأكده من الاختصاص الذي يعتبر من النظام العام. إن الولاية والاختصاص القضائي بالدعوى الإدارية هي معقودة أصلاً وأساساً لجهات القضاء الإداري بالنسبة للدول التي تطبق نظام الازدواجية القضائية¹⁶⁷.

وفي إطار إصلاح القضاء نص التعديل الدستوري لسنة 1996 على انتقال النظام القضائي الجزائري من الوحدة إلى الازدواجية، فتم إنشاء مجلس الدولة بناءً على نص المادة 152 من الدستور وعلى إثر ذلك صدر قانون رقم 01-98 المنظم لمجلس الدولة وقانون رقم 02-98 المتعلق بالمحاكم الإدارية وقانون رقم 03-98 المتعلق بمحكمة التنازع لكن على المستوى القانوني بقي قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 هو المطبق بإحالة من المادة 40 من قانون رقم 01-98 والمادة 2 من قانون رقم 02-98.

وفي إطار إتمام مسيرة الإصلاح صدر قانون رقم 09-08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث خصص المشرع أحكاماً قانونية جديدة تنظم عمل المحاكم الإدارية ومجلس الدولة في الكتاب الرابع تحت عنوان "في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية".

إن الحديث عن مسألة الاختصاص القضائي في باب المنازعة الإدارية يعني البحث عن الجهة المختصة بالنظر في النزاع المطروح والحديث عن الاختصاص القضائي يعني الحديث عن الاختصاص النوعي والمحلي للمحاكم الإدارية، وكذا مجلس الدولة.

1 - الاختصاص النوعي

يقصد به تحديد أنواع معينة ومحدودة من القضايا والنزاعات التي يعود فيها الاختصاص لجهة القضاء الإداري دون غيرها من الجهات القضائية الأخرى¹⁶⁸.

¹⁶⁶ - بريق عمار، "الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية وإشكالاته"، أعمال الملتقى الوطني حول الإجراءات المدنية والإدارية في ظل قانون رقم 09-08، يومي 05 و06 ماي 2009، ص01.

¹⁶⁷ - د/عوايدي عمار، مرجع سابق، ص240.

¹⁶⁸ - بريق عمار، مرجع سابق، ص2.

تناول المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة الاختصاص النوعي لجهات القضاء الإداري ضمن القسم الأول من الكتاب الرابع تحت عنوان "في الاختصاص النوعي" من المادة 800 إلى غاية المادة 802.

أ. الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية:

يقصد بالاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية تحديد أنواع معينة ومحددة من القضايا والنزاعات التي يعود فيها الاختصاص للمحاكم الإدارية دون غيرها من الجهات القضائية الأخرى. بالرجوع إلى نص المادة 801 من قانون رقم 08-09 نجدها تنص على "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1. دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية

للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية،
- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية،
- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية،

2. دعاوى القضاء الكامل،

3. القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة".

من قراءة نص المادة يلاحظ أن المشرع قد جمع بين اختصاصات الغرف الإدارية الجهوية والغرف الإدارية المحلية وأحالها إلى المحاكم الإدارية دون أن يصنف هذه الأخيرة إلى جهوية ومحلية فهي تختص طبقاً للفقرة الأولى من المادة 801 بدعاوى الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية للقرارات الصادرة عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية والبلدية¹⁶⁹ والمؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية وهنا قد أحسن المشرع بعدم تمييز القرارات الصادرة عن الولاية بجهة قضائية خاصة بها وهذا يحقق مبدأ هام هو تقريب العدالة من المواطن¹⁷⁰.

لكن المشرع سرعان ما أعاد المساس بمبدأ الولاية العامة ففي نفس المادة والفقرة نص

¹⁶⁹ - نلاحظ أن المشرع باستعماله عبارة "البلدية" قد تدارك الخطأ المذكور في المادة 7 عندما ذكر دعاوى الإلغاء الصادرة عن رؤساء المجالس الشعبية البلدية فقط بحيث لم يأخذ بعين الاعتبار القرارات الأخرى التي قد تصدر عن البلدية والمتعلقة بالمداولات التي تصدر عن المجلس الشعبي البلدي.

¹⁷⁰ - شرون حسيبة، بودوح شهبناز، "قواعد اختصاص القضاء الإداري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، أعمال الملتقى الوطني حول الإجراءات المدنية والإدارية في ظل قانون رقم 08-09 يومي 05-06 ماي 2009، جامعة المسيلة، ص 04.

على أن المحاكم الإدارية تنتظر في الدعاوى المرفوعة ضد القرارات الصادرة عن المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية فقط دون المؤسسات العمومية الأخرى إلا أن المشرع أعلن بمناسبة التعديل الذي أعلنت عنه المادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أشخاصاً قانونية تختلف من حيث طبيعتها ومن حيث مهامها ومن حيث القانون الذي تخضع له فإلى جانب المؤسسات العمومية الإدارية، ذكر مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي فلا يمكن اعتبار قراراتها بمثابة قرارات إدارية ولا يمكن اعتبار منازعاتها من قبيل المنازعات الإدارية¹⁷¹ تطبيقاً للمفهوم العضوي للمنازعة الإدارية المكرس بمنطوق المادة 800 من ق إ م و أ.

ولا تدخل في اختصاص المحاكم الإدارية بمنظور المادة 801 ولا نجد النصوص المنظمة لهذه المؤسسات ما يدل على الجهة المختصة بمنازعاتها.

إن هذه الشمولية لمجال تطبيق قانون الصفقات العمومية سيحدث إشكالات عملية على المستوى القضائي في غاية التعقيد إذا كانت هذه المؤسسات طرفاً في العقد فإن هذا العقد سيخضع لقانون الصفقات العمومية سواء من حيث طرق الإبرام أو الإجراءات أو الرقابة أو التنفيذ أو من حيث ممارسة سلطات المصلحة المتعاقدة.

فإذا حدث نزاع طرحت إشكالية الاختصاص القضائي فهل تعود المنازعة لاختصاص القاضي العادي أم لاختصاص القاضي الإداري؟!.

ليس من السهل الإجابة على هذا السؤال وذلك بالنظر لآثاره من الناحية القانونية، فلو سلمنا أن الاختصاص سينعقد للقاضي العادي اعتباراً من أن المنازعة لا تجد أحد أطرافها شخص من الأشخاص المحددين حصراً في المادة 800 من قانون رقم 08-09 فإن هذا الحل وإن كان يكرس المعيار العضوي المعمول به في ظل قانون رقم 08-09 فإنه يطرح إشكالية أن الصفقات العمومية تنطوي على أحكام نجدها مقننة وثابتة في قانون الصفقات العمومية وهي في مجموعها قواعد تنطوي على الطابع الإداري المحض، بما يجعلها تختلف اختلافاً كبيراً عن العقود المدنية والتجارية هذا ما يضعف من درجة اعترافنا باختصاص القاضي العادي لما لهذا الاعتراف من أثر سلبي في محاولة نقل قواعد القانون الخاص وتوظيفها على منازعة هي أقرب ما تكون إدارية.

¹⁷¹ - شيهوب مسعود، المبادئ العامة في المنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 398.

كما أن الإشكال يثور أيضاً إذا ما أسندنا الاختصاص للقاضي الإداري اعتباراً من أن المنازعة تدور حول صفقة عمومية، وهذه الأخيرة عقد إداري فيجب أن ينظر فيها القاضي الإداري غير أن مثل هذا الحل من شأنه أن يهز المعيار العضوي المعتمد عليه في توزيع الاختصاص بين جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري فنكون أمام اختصاص للقاضي الإداري رغم أن أحد أطراف المنازعة إحدى المؤسسات -السالف ذكرها- لذلك ذهب الأستاذ الدكتور محمد الصغير بعلي إلى الحكم على هذا التعدد المفرط للمؤسسات المشمولة بالمادة 2 بعدم الجدوى¹⁷².

وإذا كان التناقض يثار بين المعيار العضوي المكرس في كل من قانون الصفقات العمومية وق إ م وإ فليس هو التناقض الوحيد، فبالرجوع لأحكام المادة 27 من قانون رقم 06-01 التي حددت الهيئات الإدارية بمفهوم قانون مكافحة الفساد فلم يعتبر مراكز البحث والتنمية والمؤسسات ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني هيئات يجوز لها إبرام الصفقات العمومية، مما يؤدي إلى إحداث آثار قانونية خطيرة وإلى عدم تجانس النصوص القانونية الخاصة بمجال الصفقات العمومية.

ويبقى اختصاص القضاء الإداري هو الاحتمال الوارد مع أنه هدماً صارخاً للمعيار العضوي على أساس معيار "الوكالة" مؤيدين بذلك رأي الأستاذ خلوفي رشيد لأنه ورد في المادة 2 من قانون الصفقات العمومية العبارة التالية "...عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة" فوجود عبارة "تكلف" تعني وجود موكل هو الدولة كلف وكيل وهي هذه المؤسسات التي جاءت في صلب المادة 2 للقيام بعمل ما لحساب الدولة ولمصلحتها.

فامتداد نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية على الوجه المحدد في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 إنما يدل على رغبة المشرع في توسيع نطاق الرقابة على النفقات العمومية المخصصة أساساً للاستثمارات التنموية، خاصة في ظل صرامة الإجراءات التي تمر بها عملية إبرام الصفقات ناهيك عن الرقابة المفروضة في كل مرحلة من مراحل عمر الصفقة سواء قبل الإبرام أو أثناءه أو حين التنفيذ، الأمر الذي يقلل من احتمال وقوع أفعال وممارسات تمس بنزاهة وشفافية الصفقة أو حتى تفادياً لسوء التقدير والتخطيط خاصة وأن الأموال المتعاقد بها ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة.

كما أن مجلس الدولة لا يزال يحتكر القرارات الصادرة عن السلطات المركزية طبقاً لنص المادة 901 من قانون رقم 08-09 وهذا فيه مساس بمبدأ التقاضي على درجتين كما يمس بالمبدأ الذي يجعل المحاكم الإدارية صاحبة الولاية العامة.

¹⁷² - أ.د بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص53.

نلاحظ أيضاً أن المشرع قد أضاف إلى اختصاص المحاكم الإدارية الدعاوى المتعلقة بقرارات المصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية والمتمثلة في المديرية التابعة للوزارة¹⁷³.

تثار هنا مجموعة من الأسئلة بما أن هذه المديرية لا تتمتع بالشخصية المعنوية، وبالتالي بأهلية التقاضي - باستثناء البعض منها - فمن يمثلها أمام القضاء الوالي أو الوزير؟ أم نفهم من هذا التعديل أنه أصبح لديها أهلية التقاضي؟ أم أن التعديل يتعلق فقط بتلك المديرية التي لها أهلية التقاضي بموجب القانون الخاص الذي ينظمها مثل مديرية الضرائب؟ ومع ذلك تعتبر هذه الإضافة خطوة حسنة قام بها المشرع حيث وسع من الولاية العامة للمحاكم الإدارية.

وهكذا يتحدد الاختصاص القضائي للمحاكم الإدارية على أساس معيار عضوي يستند إلى وجود أحد أشخاص القانون العام طرفاً في النزاع كما هو مشار إليه في المادة 800 فقرة 2 من قانون رقم 08-09.

وللمعيار العضوي أهمية عملية تتمثل في سهولته حيث يستطيع المتقاضي العادي تحديد مجال اختصاص القاضي الإداري بصفة مسبقة إذ يكفي أن يكون خصمه أحد الأشخاص العمومية المذكورة في المادة 800 فقرة 2 من قانون رقم 08-09 لتوجيه دعواه أمام القضاء الإداري¹⁷⁴. ومع ذلك نجد أن المشرع قد وسع من اختصاص القضاء الإداري ليمتد إلى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الاقتصادية التي كانت المادة 7 والمادة 800 فقرة 2 قد أخرجتها من اختصاصها ذلك أن المادتين لم تذكر إلا المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية. وفي إطار إعادة هيكلة المؤسسة الاقتصادية تم إصدار قانون رقم 88-01¹⁷⁵ ويظهر من محتوي مادتيه 55 و56 أن المشرع قد أدخل قواعد غير عادية تحيل بعض نزاعات هذه المؤسسات إلى القضاء الإداري.

طبقاً لهاتين المادتين يؤول الاختصاص للقاضي الإداري، وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو الإلغاء الجزئي لقانون رقم 88-01 المذكور أعلاه بأمر رقم 95-25 باستثناء البابين الثالث والرابع علماً أن المادتين 55 و56 تقعان في الباب الرابع، وعليه سيستمر العمل بهما حتى في إطار

¹⁷³ - صالح عنصر، "رأي حول تمثيل الدولة من طرف هيئاتها غير الممركزة"، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، 2002، ص 52.

¹⁷⁴ - شرون حسينة، بودوح شهيناز، مرجع سابق، ص 6.

¹⁷⁵ - قانون رقم 88-01، مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 2 الصادر في 13 يناير 1988.

قانون رقم 08-09 وهكذا تؤول المؤسسة العمومية الاقتصادية إلى اختصاص المحاكم الإدارية¹⁷⁶.

ب. الاختصاص الإقليمي (المحلي) للمحاكم الإدارية

يقصد بالاختصاص الإقليمي أية محكمة من المحاكم الإدارية هي المختصة بالفصل في النزاع. رجوعاً إلى نص المادة 803 من ق إ م وإ يتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية طبقاً للمادتين 37 و38 من ذات القانون طبقاً للقواعد العامة، فلا تتمتع المحاكم الإدارية باختصاص إقليمي خاص بها فيؤول الاختصاص الإقليمي إذن إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

إلا أن المادة 804 من نفس القانون قد جاءت لتحديد الاختصاص الإقليمي في بعض أنواع الدعاوى وما يهمنها في هذا الإطار تلك المتعلقة بالنزاعات الخاصة بالصفقات العمومية فقد نصت المادة 804 على "خلافًا للأحكام المادة 803 أعلاه ترفع الدعاوى وجوباً أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:

1.....

2.....

3. في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه".

وهكذا كان تنظيم المشرع للاختصاص المحاكم الإدارية النوعي والمحلي، وقد قضى بأن كلا من الاختصاصين من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويمكن إثارته من قبل الخصوم أو من تلقاء القاضي المختص بالفصل في المنازعة وفي أي مرحلة من مراحل سير الدعوى الإدارية.

2 - مجلس الدولة:

يحتل مجلس الدولة قمة الهرم في التنظيم القضائي الإداري الجزائري وهو خاضع في تنظيمه لما تقضي به أحكام الدستور طبقاً للمواد 119، 143، 152، 153 وكذا أحكام القانون العضوي رقم 98-01 لاسيما المواد 9، 10، 11 كما نصت المواد من 901 إلى 903 من قانون

¹⁷⁶ - فازدواجية النظام القانوني لعقود هذه المؤسسات ناتج عن التمايز في الخصائص التي تطبع القطاع العام والمتمثلة في المتاجرة والعمومية بما يسمح لها بالعمل طبقاً لآليات ومقتضيات التجارة من جهة واستعمال وسائل القانون العام وما تتطلبه من امتيازات السلطة العامة من جهة أخرى. وقد ربط الدكتور محمد الصغير بعلي بين تحويل القانون للمؤسسات العامة الاقتصادية إصدار القرارات الإدارية وحققها في إبرام الصفقات العمومية قائلاً: "إذا كان القانون قد حول المؤسسة العمومية الاقتصادية سلطة إصدار قرارات إدارية فإن لها أيضاً أن تبرم عقود إدارية" لمزيد من التفصيل أنظر: د/ بعلي محمد الصغير، القرارات الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005، ص17.

رقم 08-09 على الاختصاصات القضائية لمجلس الدولة¹⁷⁷.

يتضح من هذه المواد أن مجلس الدولة يتمتع باختصاصات تجعل منه قاضي أول وآخر درجة في بعض القضايا (1) وقاضي استئناف ونقض في قضايا أخرى (2).

1. اختصاصات مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة

يتحدد الإطار القانوني لاختصاص مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة في المادة 9 من قانون رقم 98-01 والمادة 901 من قانون رقم 08-09 فجاء في مضمون المادة 9 أن مجلس الدولة يفصل ابتدائياً ونهائياً في الطعون بالإلغاء والطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطة الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

هذا النص يشبه تماماً ما ورد في نص المادة 274 من قانون الإجراءات المدنية، لكن الجديد هو ذكره لعبارات "الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية" وبالتالي التوسع في مجال اختصاص مجلس الدولة على حساب الولاية العامة للمحاكم الإدارية في دعاوى الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية الصادرة عن هذه الأشخاص الجديدة.

وإذا رجعنا إلى نص المادة 901 نجدها تنص على "يختص مجلس الدولة بدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية".

كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة".

أول ما يلاحظ على نص المادة هو تغيير عبارة "ابتدائياً ونهائياً" بعبارة "درجة أولى وأخيرة". إن سبب هذا التغيير هو النقد الذي وجهه الفقه للعبارة الأولى بحيث أنها تفتح المجال لاحتتمال رفع الطعن بالنقض ضد قرارات مجلس الدولة الصادرة نهائياً لأن عمومية عبارة "الجهات القضائية الإدارية" تشمل كذلك مجلس الدولة.

كما أن كلمة "نهائية" تدعم هذا الافتراض لأن القرارات الصادرة في إطار المادة 9 تكتسي هذا الطابع لكن المنطق يرفض ذلك فلا يمكن لنفس الجهة القضائية وعلى مستوى واحد أن تنظر في نفس القضية من حيث الموضوع ومن حيث القانون.

كما نلاحظ أن المشرع قد استغنى على عبارة "تنظيمية" أو "فردية" فهي إضافة لا فائدة منها بحيث استعمل عبارة "قرارات إدارية" وهي كافية لتشمل كل القرارات الإدارية ماعدا ما

¹⁷⁷ - دنش رياض، قواعد تنازع الاختصاص القضائي في المادة الإدارية وفقاً لأحكام القانون رقم 08-09، أعمال الملتقى الوطني حول الإجراءات المدنية والإدارية في ظل قانون رقم 08-09، يومي 05-06 ماي 2009، جامعة مسيلة، ص12.

استثنى بنص أو باجتهاد من القاضي الإداري.

كما أضاف المشرع في المادة 901 فقرة ثانية تنص على اختصاص المجلس بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة وعلى الأرجح أن الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية تندرج ضمنها وهذه الإضافة لنص المادة 901 تثير تساؤلاً هل فعلاً قضاء مجلس الدولة هو قضاء محدد أي قاضي اختصاص؟.

2. اختصاص مجلس الدولة بالاستئناف والنقض

أما فيما يخص هذين الاختصاصين فقد نصت عليهما المادتين 10 و 11 من قانون رقم 01-98 وتقابلهما المادتين 902 و 903 من قانون رقم 08-09.

• الاستئناف:

تنص المادة 902 من قانون رقم 08-09 على "يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية.

كما يختص أيضاً كجهة استئناف بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة"

لقد أضاف المشرع في نص المادة عبارة "أوامر" وهذا لم يكن مذكوراً في المادة 10 كما أنه أضاف فقرة تفتح له المجال للنظر في الأحكام التي تصدر عن جهات أخرى غير المحاكم الإدارية.

• النقض:

تنص المادة 903 من قانون رقم 08-09 على "يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية.

يختص مجلس الدولة كذلك في الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة".

قد استعمل المشرع عبارة "في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية" وهذا قد يرجعنا إلى الإشكال الذي -عالجناه سابقاً- فهذه العبارة توحى بإمكانية الطعن بالنقض في قرارات مجلس الدولة وكنا قد رأينا بأن هذا غير منطقي، خاصة وأنه في المادة 901 من قانون رقم 08-09 نص بأن مجلس الدولة "يفصل كدرجة أولى وأخيرة" ونجد المادة 903 من نفس القانون لم تستثنى مجلس الدولة بنصها "الجهات القضائية الإدارية" كما أن المادة أضافت فقرة تجيز الطعن بالنقض بإحالة من نصوص خاصة¹⁷⁸.

الفرع الثاني - الشروط الموضوعية لرفع دعوى الاستعجال في مجال الصفقات العمومية

(صور المخالفات التي يجوز الطعن فيها أمام قضاء الاستعجال):

بالرجوع إلى أحكام المادة 946 من ق إ م وإ التي جاء فيها "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات

¹⁷⁸ - شرون حسيبة، بودوح شهيناز، مرجع سابق، ص 12.

إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد."

الأصل العام وطبقاً لما هو متعارف عليه في القواعد العامة أن رفع دعوى استعجالية يقتضي توافر عنصر الاستعجال، فالاستعجال شرطاً أساسياً لرفع الدعوى الاستعجالية.

لكن ما يلاحظ أن المشرع قد خرج عن إطار المعروف، فلم يوضح حالات الاستعجال فاقترص مجاله على الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة.

واضح أن طبيعة هذه الحالات ليست استعجالية لكن في اعتقادنا أن سبب جعلها من مبررات رفع الدعوى الاستعجالية يعود لأهمية الإشهار والمنافسة فحتى يضمن المشرع حماية فعلية وسريعة جعل الإخلال بأحكام المنافسة والإشهار الأسباب الوحيدة لرفع الدعوى الاستعجالية.

بما يعني بمفهوم المخالفة أن رفع دعوى استعجالية في غير الحالات السابقة سيؤدي لا محالة إلى عدم قبول الدعوى.

المطلب الثاني: أنواع الدعاوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية

يفهم من نص المادة 946 أن الاستعجال في العقود والصفقات العمومية ينقسم إلى نوعين وذلك على حدّ تعبير المشرع -بجواز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد أو بعده-

1. الاستعجال ما قبل التعاقد¹⁷⁹

أدخل الاستعجال ما قبل التعاقد لأول مرة في القانون الفرنسي سنة 1992، وتم إدخال النص على القضاء الاستعجالي في فرنسا تحت تأثير قانون المجموعة الأوروبية للصفقات العمومية من أجل تحقيق التجانس بين القوانين الوطنية والشفافية في منح الصفقات العمومية¹⁸⁰ وفي هذا النوع من الاستعجال يتمتع القاضي بسلطة رقابية يُمارسها قبل إبرام العقد من أجل تصحيح أي إخلال يمس القواعد المتعلقة بالإشهار والمنافسة.

¹⁷⁹ - استعملت هذه الترجمة من قبل محافظ بمجلس الدولة في مقالة: "إجراءات الاستعجال في المادة الإدارية"، مجلة مجلس الدولة، العدد 4، 2003، ص33.

¹⁸⁰ - VANDERMEERN Roland, Le référé administrative précontractuel, Actualité juridique de droit administrative, numéro spécial, 1994, P 91.

2. الاستعجال بعد إبرام العقد

ويُفهم من استعمال المشرع لعبارة "إذا أبرم العقد" وهو غير معروف في القانون المقارن، إذ يرفض القضاء الفرنسي دعوى الاستعجال في العقود والصفقات التي ترفع بعد إبرام العقد¹⁸¹ وفي اعتقادنا هو مصاب في ذلك فما فائدة الاستعجال بعد إبرام العقد أي بعد اكتساب الحقوق واستقرار المراكز القانونية؟!

وبذلك يتقرر حق اللجوء إلى القضاء الاستعجالي سواء قبل أو بعد إبرام الصفقة العمومية رغبةً من المشرع في رصد أي إخلال يمس الصفقة العمومية سواء قبل أو بعد الإبرام وذلك بإخطار المحكمة الإدارية من طرف:

أ. كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال وهم المرشحين الذين يتقدمون للحصول على الصفقة.

ب. ممثل الدولة على مستوى الولاية وحسب رأينا هو الوالي إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية¹⁸².

على أن يعقد الاختصاص للمحكمة الإدارية مكان إبرام العقد وذلك تطبيقاً للمادة 804 ق إ م والتي نصت على "ترفع وجوباً الدعوى أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:

1.

2. في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرتها مكان تنفيذ الأشغال.

3. في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة التي يقع في دائرة

اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه"¹⁸³

ولا يختص قاضي المحكمة الإدارية الذي يخطر طبقاً لأحكام المادة 946 من ق إ م وإ على شرط صدور قرار إداري مخالف كما هو معروف في الاستعجال طبقاً للقواعد العامة.

كما لا يختص بكل المخالفات المتعلقة بإبرام العقود والصفقات، وإنما المتعلقة بالمخالفات الخاصة بالإشهار والمنافسة باعتبارها من المبادئ الهامة التي يقوم عليها إبرام الصفقات وبذلك يكون المشرع قد حدد مجالات أعمال الاستعجال الذي يخص إبرام الصفقات عن طريق المناقصات بأشكالها المختلفة دون أسلوب التراضي باعتبار قواعد الإشهار والمنافسة تخص المنافسة أكثر من أسلوب التراضي.

¹⁸¹ - SHWARTZ Rémy, Le juge français des référés administratifs, Revue du conseil d'état, numéro 4, 2008, P 72.

¹⁸² - د/ بربار عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغراوي، الجزائر، 2009، ص479.

¹⁸³ - إذا كان تطبيق نص المادة لا يثير إشكالاً بالنسبة للهيئات الإدارية التي جاء تحديدها في صلب نص المادة 2، فإنه يثير الإشكالات نفسها بالنسبة للهيئات التي لا يصطبغ عليها الطابع الإداري.

فكل إخلال بالمواد من 45 إلى 49 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 يخول إمكانية رفع دعوى استعجالية، إذ يفرض القانون على كل مصلحة متعاقدة ترغب في التعاقد الالتزام بأحكام النشر والإشهار، إذ يحزر إعلان المناقصة باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل وينشر إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني وذلك حسبما نصت عليه المادة 49.

كما تضمنت المادة 46 بيانات إلزامية يجب أن يحتويها إعلان المناقصة الذي ينشر في الصحافة¹⁸⁴ وغيرها من القواعد والإجراءات الشكلية.

لضمان حرية المنافسة والمساواة بين المتعهدين وشفافية الإجراءات وتأمين فعالية الطلبات العمومية¹⁸⁵.

وعليه فالمخالفات التي يمكن أن تقع وتكون سبباً في رفع دعوى الاستعجال تتمثل في:

- غياب الإشهار
- غياب إحدى البيانات الجوهرية في إعلان المناقصة
- عدم النشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي
- عدم احترام الأجل بين النشر الأول وآخر أجل لإيداع العروض
- عدم التحديد الدقيق لمحل الصفقة لعدم كفاية معلوماتها
- اللجوء إلى الاستعجال غير المبرر¹⁸⁶.

إلى غير ذلك من المخالفات التي يمكن أن تحصل عند إبرام الصفقات العمومية. ويتوافر إحدى موجبات الدعوى الاستعجالية يتقرر الحق في رفعها وحتى يحقق الاستعجال الغاية من تقريره، يجب على القاضي أن يفصل في الدعوى في أجل 20 يوماً وهو ما نصت عليه أحكام المادة 947 من قانون رقم 08-09 التي جاء فيها "تفصل المحكمة الإدارية في أجل عشرين يوماً تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقاً للمادة 946 أعلاه".

كما تضيف المادة 2 من قانون المنافسة المعدل والمتمم¹⁸⁷ "أن الصفقة العمومية تخضع

لقانون المنافسة من الإعلان إلى غاية المنح النهائي لها".

¹⁸⁴ - أميداتو محمد، "الإجراءات القانونية للشفافية في التسيير العمومي وفي النشاطات التجارية"، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 1، 2009، ص 54.

¹⁸⁵ - أنطوان كلاي، "مراقبة القاضي الإداري لضرورة الإعلان الملائم في مادة الصفقات العمومية"، مجلة القانون العام والسياسة، ترجمة عرب صاصيلا، العدد 4، 2006، ص 1073.

¹⁸⁶ - AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed, LAOUER Rachid, SABRI Mouloud, management des marchés publics, séminaire I.S.G.P. du 26 au 19 septembre, 2006, P 85-102.

وبالتالي يجب على المصلحة المتعاقدة أن تلتزم بنصوص قانون المنافسة عند إبرام الصفقة العمومية ولما كان الأمر كذلك فالسؤال الذي يطرح نفسه هو هل يمكن لمجلس المنافسة متابعة المصلحة المتعاقدة؟ أو بتعبير آخر هل يمكن الطعن أمام مجلس المنافسة ضد المصلحة المتعاقدة في حالة إخلالها بمبدأ المنافسة الحرة؟!.

تُجيب على هذه الإشكالية نص المادة 946 من قانون رقم 08-09 التي جعلت الاختصاص يؤول للمحكمة الإدارية عند الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة، وبالتالي يتحدد مجال تدخل مجلس المنافسة في مراقبة المرشحين للصفقة العمومية دون المصلحة المتعاقدة، خاصة وأن الفقرة الأخيرة من المادة 2 من قانون المنافسة قيّدت تدخل مجلس المنافسة بضرورة عدم إعاقة أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة، كما لا نجد في قانون المنافسة العقوبات التي تتماشى والطبيعة الإدارية لبعض المصالح المتعاقدة المحددة في صلب المادة 2 من قانون الصفقات العمومية¹⁸⁸.

وفي انتظار تنصيب مجلس المنافسة والتأكد من موقفه حول هذه المسألة، ينبغي التذكير أنه في القانون الفرنسي تم توزيع الاختصاص في قمع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة بين مجلس المنافسة والقضاء الإداري، فإذا كانت الممارسة بفعل إحدى المصالح المتعاقدة فيؤول الاختصاص للقضاء الإداري، أما إذا صدرت الممارسة من طرف عون اقتصادي طبيعي أو معنوي عام أو خاص يمارس نشاط الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد فإن الاختصاص يؤول لمجلس المنافسة¹⁸⁹.

ويبقى إقحام المشرع للاستعجال في العقود الإدارية والصفقات إجراء يستحق الثناء عليه، مكرساً في ذلك خصوصية لا نجدها في القواعد العامة وقد ظهر ذلك بصفة جلية في الأوجه التي يستند إليها للجوء إلى قضاء الاستعجال إلا أنه كان يجب أن يكون مجاله أكثر اتساعاً لرصد أي إخلال يمكن أن يرتكب من المصالح المتعاقدة.

¹⁸⁷ - قد عدل قانون المنافسة بقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2008، يعدل ويتم الأمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 36، الصادرة في 2 جويلية 2008.

¹⁸⁸ - براهيم فضيلة، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 03-03 والقانون رقم 08-12، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2010، ص85.

¹⁸⁹ - HUBRECHT Hubert -Gérald, Droit public économique Dalloz, Paris, 1997, P 295-296.

الفصل الرابع

حقوق والتزامات طرفي الصفقة العمومية

بعد إبرام الصفقة العمومية ودخولها حيز النفاذ، ترتب حقوقا والتزامات يتعين على الأطراف احترامها، جانبا منها يتعلق بالمصلحة المتعاقدة (المبحث الأول) وجانبا آخر يخص المتعامل المتعاقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول - حقوق والتزامات المصلحة المتعاقدة

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات واسعة اتجاه المتعامل المتعاقد معها، وبمركز تعاقدى أسمى لا نجده في عقود القانون الخاص، وفي المقابل تخضع إلى جملة من الالتزامات تشكل حقوقا بالنسبة للمتعاقد معها.

ولم تقتصر هذه السلطات في مواجهة المتعامل الوطني وإنما خول لها سلطات حتى في مواجهة المتعامل المتعاقد الأجنبي¹⁹⁰، رغبة في تحقيق المصلحة العامة وحفاظا على سير المرافق العمومية. يقصد بهذه السلطات الوسائل القانونية التي تملكها المصلحة المتعاقدة عند تنفيذ الصفقة العمومية.

من هذا المنطلق يحق للمصلحة المتعاقدة متابعة مراحل تنفيذ الصفقة العمومية من خلال سلطة الرقابة التي يباشرها مهندسيها، لضمان سير تنفيذها على النحو المتفق عليه (المطلب الأول) كما يمكنها أن تتدخل بهدف متابعة التنفيذ من خلال سلطتها في تعديل شروط الصفقة (المطلب الثاني).

المطلب الأول - سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف والرقابة

على تنفيذ الصفقة العمومية

نظرا لأهمية الصفقات العمومية، ولاعتبارها أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية ولعلاقتها بالخزينة العمومية وجب تكييف آليات الرقابة على نحو يشمل مختلف مراحل الصفقة قبل الإبرام وأثناء التنفيذ وبعده¹⁹¹.

فبالإضافة إلى الرقابة التي تمارسها المصلحة المتعاقدة على إجراءات إبرام الصفقة العمومية بواسطة لجان الرقابة الداخلية، للمصلحة المتعاقدة ممارسة الرقابة على المتعامل

¹⁹⁰ - انظر المادة 24 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة والمتممة بموجب المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

¹⁹¹ - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية، فقهية وقضائية)، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 108.

المتعاقد معها حتى في مرحلة التنفيذ نظرا للطابع التنموي للصفقة كونها تتعلق بمشاريع الدولة. فالرقابة على تنفيذ الصفقات أمرا ضروريا لأن تنفيذ المشاريع باختلاف أنواعها ووفقا لمستلزمات المصلحة العامة يتطلب رقابة ومتابعة المصلحة المتعاقدة. ونظرا لأهمية الرقابة وجب الوقوف على صورها (الفرع الأول). وبتعدد أنواع الصفقات العمومية يتطلب إظهار مظاهر الرقابة مراعاة للطبيعة التي يقتضيها كل نوع من هذه الصفقات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صور الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

تتخصر سلطة الرقابة التي تباشرها المصلحة المتعاقدة في صورتين فقد تكون مرادفا لحق الإشراف (أولا) ويمكن أن تتعدى إلى توجيه أعمال التنفيذ (ثانيا).

أولا - حق الإشراف (Droit de surveillance):

تمثل هذه الصورة المعنى الضيق لسلطة الرقابة والمقصود بها التحقق من أن المتعامل المتعاقد يقوم بتنفيذ الصفقة طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها. تمارس سلطة الرقابة بمعنى الإشراف عن طريق الأعمال المادية التي تباشرها المصلحة المتعاقدة كزيارة ورشات العمل والتحقق من سلامة المواد المستعملة وجودتها بواسطة الفحص الاختبار أو استلام بعض الوثائق للإطلاع عليها وفحصها¹⁹². أو مراقبة نوعية المستخدمين من حيث الخبرة والتخصص في إنجاز بعض الأشغال. كما تمارس عن طريق أعمال قانونية كأن تصدر الإدارة أوامر تنفيذية أو تعليمات أو إنذارات للمتعاقد معها.

ثانيا - حق التوجيه:

تمثل هذه الصورة المعنى الواسع لسلطة الرقابة يجعلها تمتد إلى توجيه المتعاقد مع ما ينطوي ذلك من تحميله لأعباء إضافية غير منصوص عليها في العقد تمثل امتيازها وضروريا للمصالح المتعاقدة. وحق التوجيه لا نجده في جميع الصفقات وإنما يختلف حسب طبيعة الصفقة، فهو مبدأ مقرر في صفقات الأشغال العامة ولو لم تنص عليه الصفقة العمومية¹⁹³. عكس صفقات اللوازم أو التوريد حيث لا ينقرر للمصلحة المتعاقدة إذا لم تنص عليه الصفقة.

¹⁹² - انظر: د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار المسيرة، عمان، 1997، ص 285.

¹⁹³ - إذ يأخذ حق التوجيه مداه في صفقات الأشغال العامة من خلال ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة اتجاه المقاول في إصدار أوامر مصلحة التي تعد الوسيلة الأساسية في بسط الرقابة على التنفيذ.

الفرع الثاني: مظاهر الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

إن كانت سلطة الرقابة ثابتة للمصلحة المتعاقدة، إلا أن ممارستها تختلف بين صفقة وأخرى فيتسع مداها ومجالها في صفقات الأشغال العامة (أولاً). مقارنة مع صفقات اللوازم أو التوريد أين يكون حق المصلحة المتعاقدة أي الرقابة أضعف (ثانياً).

أولاً - مظاهر الرقابة على تنفيذ صفقات الأشغال العامة:

تعتبر صفقات الأشغال العامة من أبرز أنواع الصفقات التي تبدو فيها سلطة الرقابة بمختلف معانيها - الأشراف والتوجيه -.

يرجع ذلك إلى عدة اعتبارات تعود إلى الخصائص التي تميز صفقة الأشغال العامة ويأتي في مقدمتها أن المصلحة العامة هي صاحبة المشروع، الأمر الذي يؤدي إلى اتساع سلطتها في مواجهة المتعامل المتعاقد منذ بداية تنفيذ الصفقة إلى تسليم الأعمال المتعاقد عليها.

فاتساع سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العامة يؤدي إلى تعدد مظاهرها التي تتمثل في:

- الأمر بالبداية في تنفيذ المشروع:

تحدد المصلحة المتعاقدة بوصفها صاحبة المشروع بداية تنفيذ الأشغال وهو التاريخ المحدد في الصفقة صراحة. وإذا لم تتضمن الصفقة تحديد موعد البدء في التنفيذ فيحسب من تاريخ إعلان المقاول بالأمر المصلي، أو ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة للمقاول طبقاً لما جاء في نص المادة 1/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تقضي بأنه:

"يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري".

يتضح من نص المادة أن المقاول يلتزم بالبداية في تنفيذ الأشغال فور تلقيه الأمر المصلي؛ وهو أمر تنفيذي يتعين على المقاول احترامه والتقييد بما جاء فيه وكل رفض أو تباطؤ يعد خطأ متعمداً يعطي للمصلحة المتعاقدة الحق في توقيع الجزاءات¹⁹⁴.

- تحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال:

فاحترام خطوات سير العمل ومدة التنفيذ يعد أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول؛ إذ تنص صفقات الأشغال العامة في غالب الحالات على خطوات تنفيذ الأشغال وسيرها بوضع جدول أعمال بالفترات التي تتم فيها تلك الأعمال وكذا مواعيد التسليم.

أما إذا جاء العقد خالياً من تحديد خطوات تنفيذ الأشغال ومواعيد التسليم فإن مندوبي

¹⁹⁴ - سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 31.

المصلحة المتعاقدة الفنيين يحددون تلك الخطوات والمواعيد.

أما في حالة تأخر المقاول في تسليم الأعمال موضوع الصفقة يعطي للمصلحة المتعاقدة الحق في توقيع غرامة عن المدة التي يتأخر فيها إنهاء الأعمال.

- الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتاً:

يحق لمندوبي المصلحة المتعاقدة المكلفون بالأشراف والتوجيه أن يرفعوا المواد أو الأعمال التي يرون أنها من نوع رديء أو غير مطابق للمواصفات المتفق عليها.

لذا يجوز لمهندسي المصلحة المتعاقدة في هذا الصدد هدم أو إزالة ما تم تنفيذه من أشغال وإعادة القيام بها من جديد على حساب المقاول المقصر طبقاً لنص المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة، إذ يُظهر النص سلطة المصلحة المتعاقدة في ممارسة الرقابة أثناء تنفيذ صفقة الأشغال العامة في شكل إصدار أوامر بهدم الأشغال.

- الأمر باستبدال عمال المقاول:

تمتد سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة لتشمل العمال الذين يستعين بهم المقاول في تنفيذ الأشغال، فالمصلحة المتعاقدة لها على سبيل المثال أن تطلب تغيير العمال إما لعدم كفاءتهم الفنية، أو لعدم نزاهتهم أو بسبب تمردهم ورفضهم تنفيذ تعليمات مندوبيها أو مخالفة شروط الصفقة¹⁹⁵.

ثانياً - مظاهر الرقابة على تنفيذ صفقات اللوازم:

تفرض طبيعة صفقة اللوازم أن تتخذ المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذها مظهراً آخر، فيتعلق الأمر بمواد أو منقولات يلزم المورد بأن يضعها تحت تصرف المصلحة المتعاقدة، فتتجلى مظاهر الرقابة في التأكد من أن المورد يقوم بتسليم الأصناف المتعاقد عليها طبقاً للمواصفات والعينات المعتمدة وللمصلحة المتعاقدة الحق في رفض صنف أو أكثر من الأصناف الموردة وسحبها وتوريد بدلها.

المطلب الثاني - سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية

تمثل سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة أو تعديل طريقة تنفيذها أبرز الخصائص التي تميز نظام الصفقات العمومية عن عقود القانون الخاص¹⁹⁶.

فللمصلحة المتعاقدة أن تعيد النظر في موقفها بالنسبة إلى أوضاع تنفيذ الصفقة، إذا اتضح أن الأوضاع المحددة في الصفقة لم تعد توافق الصالح العام.

¹⁹⁵ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، (الإبرام - التنفيذ - المنازعات)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص 74.

¹⁹⁶ - التي تقوم على مبدأ هام مفاده العقد شريعة المتعاقدين الذي جاء النص عليه في صلب المادة 106 من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

وهو حق ثابت لها بوسعها استعماله ولو خلا العقد من نص بشأنه ولو انطوى العقد على نص يُحظره ليبقى الحق قائماً. وبالرجوع لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وتحديدًا المواد 102 إلى 106¹⁹⁷، أعتُرف للمصلحة المتعاقدة ممارسة سلطة التعديل عن طريق إبرام ملاحق إذا كان هدفها زيادة الخدمات، أو تقليصها أو تعديل بند من عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية هذا من جهة.

من جهة أخرى فبالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة نلاحظ تضمينه للعديد من النصوص التي تعطي المصلحة المتعاقدة الحق في التعديل الانفرادي، وأمام خطورة ممارسة المصلحة المتعاقدة لهذه السلطة على مصلحة المتعامل المتعاقد أو لاها المشرع اهتماماً واضحاً من خلال التشريعات المنظمة للصفقات العمومية، بالإضافة إلى الأحكام التي تضمنتها دفاتر الشروط الإدارية العامة.

وباستقراء أحكام النصوص السابقة نجد سلطة تعديل شروط الصفقة أثناء التنفيذ ليست مطلقة، بل يرد عليها شروط وضوابط يتعين ممارسة السلطة في إطارها (الفرع الأول)، كما أن التعديل إذا توافرت مبرراته إنما يمارس وفقاً لآليات معينة (الفرع الثاني).

الفرع الأول - شروط ممارسة سلطة التعديل

سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل بنود الصفقات العمومية بإرادتها المنفردة ليست مطلقة، بل تخضع لضوابط يتعين توافرها لإمكان ممارستها، فيجب أن تطرأ ظروف ومستجدات بعد إبرام الصفقة تستدعي التعديل (أولاً) وإلزامية صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية (ثانياً) وأن تمارس سلطة التعديل أثناء مدة تنفيذ الصفقة (ثالثاً) وألاً يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة (رابعاً) وألاً يغير من طبيعتها (خامساً).

أولاً - أن تطرأ مستجدات بعد إبرام الصفقة:

فالتعديل مرتبط في جوهره بظروف استجدت بعد إبرام الصفقة، ففي هذه الحالة يكون من الجائز تعديل بعض شروط الصفقة العمومية التي تعرقل إمكانية مسايرتها للواقع، وبالتالي فهو تمكين للصفقة من أن تحقق ما كانت تهدف إليه منذ إبرامها وهو تحقيق النفع العام للإدارة والأفراد⁽¹⁹⁸⁾.

تختلف سلطة التعديل من عقد إلى آخر حسب طبيعته وحسب الظروف التي ينفذ فيها. ففي صفقات الأشغال العامة تمارس سلطة التعديل من المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة

¹⁹⁷ - تجدر الإشارة أن المواد 103، 106 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المذكورة أعلاه معدلة ومتممة بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

¹⁹⁸ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، منشأة المعارف، مصر، 2009، ص 52.

المشروع، غير أنه لا يجوز إجراء تعديل على الأعمال والشروط المتعاقد عليها إلا عند الضرورة القصوى وذلك:

- إذا كان عدم التعديل يسبب تأخيراً في التنفيذ أو ضرراً كبيراً به من الناحية الاقتصادية والفنية.

- إذا كان التعديل يؤدي إلى توفير مبالغ كبيرة للإدارة¹⁹⁹.

ففي هذه الحالات فقط يتقرر التعديل في صفقات الأشغال العامة أما في صفقات التوريد خاصة ذات المدة الطويلة فتغير الظروف فرصة لإجراء التعديلات على الأسعار، وعلى نوعية السلع محل التوريد؛ بل يؤدي التعديل في بعض الأحيان إلى إعادة تنظيم عمل مرفق انصب عليه التوريد بمواصفات جديدة.

ثانياً - صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية:

فقرار تعديل الصفقة العمومية قراراً إدارياً وبالتالي يتعين أن يتوفر على مقومات وأركان القرار الإداري، فيجب أن يصدر في حدود المشروعية التي هي الإطار العام الذي يحكم جميع الأعمال الإدارية.

وإذا خرج عن هذا المبدأ وقع باطلاً وأمكن المتعامل المتعاقد الطعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري إذا أمكن تطبيق نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة أو باللجوء إلى القضاء الكامل.

ثالثاً - تزامن قرار التعديل مع سريان الصفقة العمومية:

يجب أن تمارس سلطة التعديل أثناء تنفيذ الصفقة، ويقصد بفترة سريان الصفقة التي يتعين صدور قرار التعديل خلالها هي الفترة أو المدة الفعلية وليس المدة الزمنية المحددة في العقد، لأن المتعامل المتعاقد قد يتأخر في التنفيذ²⁰⁰، وبالتالي تملك المصلحة المتعاقدة حق التعديل حتى انتهاء التزامات المتعامل المتعاقد وفقاً لما تحدده شروط كل صفقة.

رابعاً - ألا يخل التعديل بالتوازن المالي للصفقة:

إذا كان من حق المصلحة المتعاقدة تعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، فيقابلها حق المتعامل المتعاقد بالألا يخل هذا التعديل بالتوازن المالي للصفقة بأن يجعل التزامات المتعامل المتعاقد لا تتناسب مع حقوقه، أو أن يلحق به خسائر لم يتوقعها وقت إبرام العقد، لأن طبيعة الصفقات العمومية يجب أن تتجه إلى تحقيق التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعامل المتعاقد وبين المزايا المالية التي ينتفع بها، وكل إخلال لهذا التوازن بسبب تدخل الإدارة في تعديل

¹⁹⁹ - د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 173 - 174.

²⁰⁰ - سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 51.

شروط الصفقة فمن حق المتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض²⁰¹.

خامسا - ألا يؤدي التعديل إلى تغيير الصفقة:

لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة أو موضوعها بما يخالف المحل الذي انصرفت إليه إرادة الأطراف.

وهذا يعني أن على المصلحة المتعاقدة أن تراعي عند إصدار قرار التعديل الدقة في مضمونه بما لا يؤدي إلى انصرافه إلى موضوع جديد يختلف عن الموضوع الأصلي، فنكون أمام صفقة جديدة، إذن على الإدارة أو المصلحة المتعاقدة المعنية ممارسة حقها في التعديل دون قلب اقتصاديات الصفقة العمومية، لذا حرصت المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة على حصر التعديل في حدود 20% بالنسبة لعقد الأشغال العامة.

واضح من النص أعلاه أن الأعباء الجديدة إذا زادت أو نقصت الحدود الموضحة لا يكون المتعامل المتعاقد طبقا للقانون ملزما بتنفيذها وإذا قام بذلك له حق المطالبة بالتعويض.

الفرع الثاني - آليات ممارسة سلطة التعديل

يتطلب سير المرافق العامة بانتظام واطراد أن يستمر العقد أو الصفقة مهما حصل من تغيرات أثناء تنفيذها، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بتعديلات انفرادية على التزاماتها التعاقدية لمواكبة التغيير الحاصل بعد إبرام الصفقة، لذا خول قانون الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة سلطة تعديل شروط الصفقة عن طريق تقنية الملحق (أولا)، وبإمكانها تعديل شروط تنفيذ الصفقة خارج الإطار التعاقدية نتيجة تدابير متخذة من طرفها (ثانيا).

أولا - التعديل عن طريق الملحق:

جسد المرسوم الرئاسي رقم 10-236 هذه الآلية في القسم الخامس منه المتضمن المواد 102-106.

إذ تنص المادة 102 "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم".

يقصد بالملحق كل اتفاق إضافي للصفقة الأولى هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة الأصلية أو زيادة الخدمات أو تقليلها²⁰².

يستدعي تعديل شروط الصفقة عن طريق الملحق توفر شروط أهمها:

- صدور الملحق في صيغة مكتوبة، مرقم ومؤرخ ومصادق عليه من السلطة المختصة.

²⁰¹ - الصفقات العمومية وامنيارات التعديل، انظر الموقع:

www.droit.maroc.blogspot.com/2012/05/blog-post1680.html le 23/05/2012.

²⁰² - كما يعرف أيضا بأنه عقد مكتوب يشمل اتفاق إرادة الطرفين في الصفقة، يتضمن تعديل بند أو عدة بنود وهو ما تضمنته المادة 1/103 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

- احترام الملحق لقواعد المنافسة، لذا يتعين منع أي ملحق قد يسئ إليها.
- إخضاع الملحق كأصل عام للرقابة²⁰³.
- ألا يؤدي الملحق إلى إخلال التوازن الاقتصادي للصفقة، فلا يمكن أن يؤثر الملحق بصفة جوهرية على محلها وقلب اقتصادياتها وكل تعديل يمس بشروط الصفقة يجعل منها صفقة جديدة.

ثانيا - التعديل خارج الإطار التعاقدية:

كما يحدث تعديل شروط الصفقة أثناء تنفيذها نتيجة تدابير متخذة من قبل المصالح المتعاقدة التي تؤدي إلى تغيير شروط تنفيذ الصفقة، دون أن يكون الهدف منها إحداث تعديلات على الصفقة التي أبرمتها.

ترتبط هذه التعديلات بنظرية فعل الأمير، كما يمكن أن تنتج بسبب ظروف طارئة أثناء تنفيذ الصفقة²⁰⁴.

المطلب الثالث - سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة

إلى جانب سلطتي الرقابة والتعديل تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته. هذه الجزاءات لا تقف على نوع محدد، بل تتعدد بالنظر إلى الأسس والمبادئ التي تحكم وتنظم هذه السلطة²⁰⁵.

فالجزاءات التي توقع على المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية والعقود الإدارية عامة تحكمها قواعد خاصة يتضمنها قانون الصفقات العمومية ودفاتر الشروط الإدارية العامة، فضلا عن نصوص الصفقة ذاتها ودفاتر شروطها التي عادة ما تتضمن حق الإدارة في اتخاذ الجزاءات في حالة إخلال الطرف الآخر، فالمصلحة المتعاقدة سلطة توقيع جزاءات منها ما هو

²⁰³ - لكن هناك حالات لا يلزم فيها القانون بإخضاع الملحق لرقابة هيئات الرقابة الخارجية القبلية إذا استوفت الشروط التالية:
- إذا كان موضوع الملحق لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد.
- إذا لم يكن للملحق أثر مالي، فلا حاجة لعرضه على لجنة الصفقات إذا كان مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز بالزيادة أو بالنقصان النسبة التالية:

- 20% من المبلغ الأصلي للصفقة إذا كانت الصفقات من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.
- 10% من المبلغ الأصلي للصفقة إذا كانت الصفقات من اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات.
انظر المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.
²⁰⁴ - سنتناول هذه المسائل بالتفصيل في إطار حقوق المتعامل المتعاقد، انظر ص ** من هذا البحث.

²⁰⁵ - لأن الجزاءات المقررة في القانون الخاص لإجبار الأفراد على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية لا تصلح ولا تتلاءم في مجال القانون العام، وبالأخص في مجال الصفقات العمومية ومقتضيات تفسير المرفق العام.

ذا طابع مالي لتغطية الضرر الذي لحقها جراء الإخلال الذي ارتكبه المتعامل المتعاقد، ويمكن أن تصل هذه الجزاءات إلى استعمال الضغط والإكراه بهدف إجبار المتعامل المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، وبالتالي فهي جزاءات مؤقتة غير منهيبة للصفقة العمومية (الفرع الأول).
غير أن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته إخلالا جسيما يُمكن المصلحة المتعاقدة تسليط جزاءات فاسخة تُتَهي الرابطة التعاقدية بصفة نهائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول - سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاءات غير منهيبة للصفقة العمومية

يحق للمصلحة المتعاقدة توقيع جزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية لا تؤدي بطبيعتها إلى إنهائها، وهي جزاءات ذات طابع مالي إذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية (أولا)، ولها أن تلجأ إلى جزاءات أكثر صرامة تهدف إلى إرغام المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية باستعمال وسائل الضغط (ثانيا)، وهي إجراءات مؤقتة تفرضها اعتبارات الصالح العام ضمانا لتنفيذ الصفقة.

أولا - سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية:

تعتبر الجزاءات المالية من الجزاءات الإدارية التي تطبقها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية كلها أو بعضها، بغية ضمان تنفيذ عقودها الإدارية وفق الشروط والمواعيد المتفق عليها في العقد، وهو ما قضت به أحكام المادة 1/9 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

تتخذ هذه العقوبات صورة الغرامة التأخيرية (1) أو مصادر التأمين (2) أو في صورة تعويض مالي يدفع من المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية لتغطية الضرر اللاحق بالمصلحة المتعاقدة (3).

1 - الغرامة التأخيرية

حول المشرع الجزائري بموجب المادة 9 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236/10 سلطة توقيع عقوبات مالية في شكل غرامة وحدد حالتين لممارستها دون وضع تعريف لها²⁰⁶.
في حين تعددت التعاريف الفقهية التي قيلت بشأن الغرامة التأخيرية لكنها تتفق على إبراز طبيعة هذا الجزاء المالي وغايته.

عرفها الدكتور سليمان محمد الطماوي بأنها "مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في تنفيذ العقد".
كما عرفها الدكتور عمار عوابدي بأنها "المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية".

²⁰⁶ - كما كرس قضاء الغرفة الإدارية للمحكمة العليا تطبيق الغرامة التأخيرية في القرار الصادر بتاريخ 1989/12/16، إذ جاء فيه "من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبيق عند عدم تكملة الأشغال في الأجل على أساس موازنة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتعاقد عليه وتاريخ الاستلام".

تتميز الغرامة التأخيرية بطابع خاص تنفرد به عن غيرها من الجزاءات المالية الأخرى. فهي ذات طبيعة اتفافية بمعنى أن تطبيقها متوقف على إرادة الطرفين ومقدارها يحدد في الصفقة، وهو ما أكدته المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تقضي **«إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدى للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت...»**.

واضح من النص أن تطبيق الغرامة التأخيرية متوقف على إرادة الطرفين، وهو ما تفيده الأداة الشرطية **«إذا»** التي ابتدأ بها نص المادة أعلاه.

غير أن الإشكال يثور في حالة غياب النص على الغرامة التأخيرية، فهل يعني ذلك تنازلاً من المصلحة المتعاقدة على الرغم من توفر النص التشريعي المنظم لها؟

المشرع الجزائري حسم الأمر بتأكيد على الطبيعة الاتفافية للغرامة التأخيرية²⁰⁷. والجدير بالذكر أن غرامات التأخير لا تطبق فقط على المتعامل المتعاقد الوطني، بل يمكن تطبيقها حتى على المتعامل المتعاقد الأجنبي، إذا عاينت المصلحة المتعاقدة أن الاستثمار لم يتجسد حسب الرزنامة الزمنية والمنهجية المذكورة لخطأ من المتعامل المتعاقد الأجنبي²⁰⁸. وتطبق بصفة تلقائية بمجرد التأخير حتى ولو لم يُثبت أن هذا التأخير قد ألحق ضرراً بجهة المصلحة المتعاقدة.

2 - مصادرة التأمين:

تعتبر التأمينات، مبالغ مالية تدفع من المتعامل المتعاقد كضمان للمصلحة المتعاقدة²⁰⁹. تتوقى بها آثار الأخطار التي قد تصدر منه أثناء مباشرة تنفيذ الصفقة العمومية، وقصد ضمان جدية العرض وقدرته على تحمل المسؤوليات الناتجة عن تقصيره من جراء إخلاله بالتنفيذ. وبالتالي فمصادرة التأمين جزاء مالي يتمثل في حجز واستحواذ المصلحة المتعاقدة على التأمينات التي يقدمها المتعامل المتعاقد معها عند الإخلال بالالتزامات²¹⁰، تملك المصلحة المتعاقدة توقيعه بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي ودون اشتراط تحقق خطر ما²¹¹.

يتميز هذا الجزاء بجملة من الخصائص التي تميزه عن الجزاءات المالية الأخرى:

- تتمتع المصلحة المتعاقدة بحق مصادرة التأمين عند التقصير في التنفيذ، حتى ولو لم

²⁰⁷ - انظر المادة 90 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

²⁰⁸ - انظر المادة 14/24 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

²⁰⁹ - تتمثل هذه التأمينات في كفالة التعهد، كفالة رد التسبيقات وكفالة حسن التنفيذ.

²¹⁰ - يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد من شرط تقديم الضمان إذا لم يتعدَّ أجل تنفيذ الصفقة 3 أشهر

أو إذا اعتقدت أن طابع الخدمات لا يتطلب ذلك.

²¹¹ - سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 107.

ينص عليه صراحة في الصفقة.

- يوقع هذا الجراء دون الحاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية ودون الحاجة إلى إلزامها بإثبات وقوع الضرر نتيجة تقصير المتعامل المتعاقد.

- يمثل التأمين المودع لضمان تنفيذ الصفقة الحد الأدنى للتعويض الذي يحق اقتضاه*، فلا يحق للمتعامل المتعاقد أن يثبت أن الضرر الذي لحق المصلحة المتعاقدة يقل عن التأمين.

3 - التعويض:

وهو الجراء الأصل للإخلال بالتزامات التعاقدية إذا لم تنص الصفقة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال. يفرض على المتعامل المتعاقد قصد إصلاح الأضرار التي لحقت المصلحة المتعاقدة لذلك.

فالتعويض هو جزاء المسؤولية العقدية التي يتحملها المتعامل المتعاقد وأهم الجزاءات لعدم وفاء المدين في القانون المدني²¹². يتميز التعويض في العقود الإدارية بصفة عامة، وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة ببعض الخصوصية مقارنة بقواعد القانون الخاص. ومن أبرز خصائصه جبر الضرر الذي تتعرض له المصلحة المتعاقدة ولا يكون محددًا مقدما في الصفقة، وإلا أصبح في حكم الغرامات ولا تملك المصلحة المتعاقدة إمكانية استيفاء مقدار التعويض بنفسها لانعدام النصوص القانونية أو العقدية، لذا فهي مجبرة على اللجوء إلى القضاء للحصول على التعويض المناسب للأضرار التي لحقتها، وإذا كان من حق المصلحة المتعاقدة الحصول على التعويض جراء إخلال المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته، فلم تشر النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر شروطها إلى كيفية التعويض، واكتفت المواد 7/35، 36، 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة بالنص بأن التعويض يقتطع من المبالغ التي يستحقها المتعاقد أو من ضمانه.

ثانيا - سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة:

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بسلطة توقيع جملة من الوسائل الضاغطة أو الإجراءات القهرية، تستهدف إرغام المتعاقد المقصر على الوفاء بالتزاماته، لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك.

تتصف هذه الجزاءات بأنها أشد قسوة إذا ما قورنت بالجزاءات المالية، لذا لا تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة إلا إذا أخل المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة إخلالا خطيرا.

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذه الإجراءات في كافة العقود الإدارية والصفقات العمومية خاصة، لذا تختلف صور توقيع هذه الجزاءات باختلاف نوع الصفقة، فيما إذا كانت صفقة

²¹² - إذ تنص المادة 124 من القانون المدني "كل فعل أيًا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

الأشغال العامة (1)، أو إذا كانت صفقة لوازم (توريد) (2).

وقد اقتصرَت الدراسة على هذه الصفقات على سبيل المثال ولاعتبارها من الصفقات التي يكثر إيرامها ولا ينبغي فهم ذلك، أن المصلحة المتعاقدة لا تستطيع ممارسة هذه الجزاءات إلا على هذين النوعين فقط، بل هي سلطة مقررة في كل عقد يحمل وصف صفقة عمومية.

1 - سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة:

بمقتضاه تحل المصلحة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق مقاول آخر بتنفيذ الأشغال على حساب المقاول المتخلف، وفي سبيل ذلك يمكنها الاستيلاء على أدواته وعماله بالقدر الذي يُمكنها من إنجاز العمل، ولا يعني ذلك إنهاء الصفقة، بل الغرض منه حرمان المقاول المقصر من فائدتها بصفة مؤقتة²¹³، ولخطورة هذا الجزاء على المقاول المتعاقد كان لابد من توافر شروط لممارسته، يتمثل أهمها في وجود خطأ في تنفيذ الالتزام وإذا أستوفي الإجراء هذا الشرط يرتب آثاره القانونية التي يمكن حصر أهمها في:

- سحب العمل من المقاول نتيجة إهماله أو تقصيره ليتم تنفيذ الصفقة إما عن طريق المصلحة المتعاقدة بنفسها أو بواسطة مقاول آخر.

- حصول المصلحة المتعاقدة على النفقات من مستحقات المقاول أو من مبلغ التأمين²¹⁴.

- حق المصلحة المتعاقدة في احتجاز كل أو بعض محتويات محل العمل من منشآت وآلات ومواد ولا يحق للمقاول المطالبة باستردادها.

- لا يجوز الجمع بين جزاء سحب العمل من المقاول وبين فسخ الصفقة.

ويبقى الإشكال مطروحا حول إمكانية الطعن في هذا الإجراء أمام قضاء الإلغاء، خاصة وأنه لا يمكن وصفه بالقرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية، وإنما مجرد إجراء تتخذه المصلحة المتعاقدة استنادا إلى نص من نصوص الصفقة، خاصة وأنه إجراء مؤقت لا ينهي الصفقة العمومية²¹⁵.

2 - الشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقات التوريد:

وهو الإجراء الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة اتجاه المورد المتعاقد معها، الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها في المدة المحددة أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة، وذلك بشراء هذه الأصناف على نفقته وتحت مسؤوليته.

²¹³ - حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية (العقود الإدارية في التطبيق العملي)، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص 233.

²¹⁴ - وهذا ما قضت به المادة 7/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

²¹⁵ - سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 130.

يعتبر هذا الإجراء من وسائل الضغط المكرسة فقها وقضاءً، لعلاقته الوثيقة بفكرة استمرارية المرفق العام وخدمة الجمهور وهو حق ثابت ولو لم تنص عليه الصفقة، وذلك ما قرره مجلس الدولة الفرنسي²¹⁶، رغم ذلك لم يسبق لقانون الصفقات العمومية أن تضمنه في أحكامه سواء في التنظيم الحالي أو التنظيمات السابقة.

ولتطبيق الإجراء يستوجب توافر عدة شروط حتى لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في توقيعه وتتمثل في:

- وجود خطأ يتسم بجسامة معينة من قبل المورد. ومن الأخطاء التي تبرر الشراء ما يلي:
- التأخر الجسيم عن تسليم الأصناف المتعاقد عليها.
- الامتناع أو العجز عن تنفيذ التوريد.
- تنفيذ الصفقة على وجه غير مرضٍ.
- الإهمال في تنفيذ الالتزامات التي تفرضها الصفقة على وجه يعرض المرفق للخطر.
- وجوب الإعذار إذ يجب على المصلحة المتعاقدة التقيد بشرط الإعذار قبل اتخاذ أي إجراء ضاغط بما فيه الشراء على حساب ومسؤولية المورد العاجز عن التوريد، وذلك بمنحه مهلة أولية بإخطاره بوجوب تنفيذ التزامه مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك. يعتبر الإعذار ضرورة تقتضيها طبيعة هذا الجزاء بالنظر إلى نتائجه القانونية على المورد، كما حرص مجلس الدولة الفرنسي على وجوب إعذار المتعاقد قبل توقيع هذا الجزاء ولا يوجد أي سبب لاستبعاد هذا المبدأ²¹⁷.

المبحث الثاني - حقوق المتعامل المتعاقد

تتضمن الصفقة العمومية شروطاً استثنائية تمكن المصلحة المتعاقدة استعمال سلطات واسعة غير معروفة في مجال التعاقد بين الخواص. وفي المقابل يتمتع المتعامل المتعاقد بحقوق تعوضه عما قد يتكبده من نفقات وما يواجهه من صعوبات تتمثل في قبض المقابل المالي المتفق عليه في العقد (المطلب الأول)، ونظراً للسلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة تحقيقاً للمصلحة العامة، قد يُحمل المتعامل المتعاقد نفقات إضافية، لذا يتعين عليها التدخل لإعادة التوازن المالي للصفقة الذي يعد أبرز حقوق المتعامل المتعاقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول - الحصول على المقابل المالي المتفق عليه

فقبض المقابل المالي أهم حقوق المتعامل المتعاقد وهو الغاية من التعاقد، يتمثل في العائد المادي مقابل تنفيذ العقد، والمسلم به أن الشروط المتعلقة بتحديد المقابل المالي في العقد هي

²¹⁶ - سعيد عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، فرع قانون عام، كلية الحقوق، الجزائر، 2008، ص 262، 263.

²¹⁷ - بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 130.

شروط تعاقدية لا يمكن تعديلها دون موافقة المتعاقد معها يتخذ المقابل المالي عدة صور، فقد يتخذ رسم كما هو الحال في عقود الامتياز، إذ يتقاضاها من المنتفعين مباشرة. وقد يكون في شكل مرتب شهري كما هو الحال في عقود التوظيف. وقد يكون في شكل ثمن وهو الطابع الغالب في العقود الإدارية عامة وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة. أما عن كيفية دفع الثمن فقد حددتها المادة 73 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، والمتمثلة أساسا في التسبيق (الفرع الأول) والدفع على الحساب (الفرع الثاني) والتسوية على رصيد الحساب (الفرع الثالث).

الفرع الأول - التسبيق

يقصد بالتسبيق طبقا لأحكام المادة 74 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد. وبدون مقابل مادي للخدمة" ويتخذ صورتين أساسيتين، جاء تحديدهما في صلب المادة 76 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، وهما التسبيق الجزافي (أولا) والتسبيق على التمويل (ثانيا).

أولا - التسبيق الجزافي:

ويسدد بنسبة أقصاها 15% من السعر الأولي للصفقة، طبقا لأحكام المادة 77 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236²¹⁸ قد يُدفع مرة واحدة، كما يمكن دفعه على أقساط تنص الصفقة على تعاقبها الزمني²¹⁹.

ثانيا - التسبيق على التمويل:

ويخص صفقات الأشغال أو اللوازم إذا أثبت أصحابها حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة لمواد أو منتجات ضرورية لتنفيذ الصفقة²²⁰.

نشير في هذا الصدد أنه يمكن للمتعاقد في مجال صفقات الأشغال أو اللوازم أن يجمع بين الحقين (التسبيق الجزافي والتسبيق على التمويل) بشرط ألا يتجاوز مجموعه 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة²²¹.

وفي كل الأحوال لا تدفع التسبيقات إلا إذا قدم المتعاقد مسبقا كفالة يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية بالنسبة للمتعهدين الجزائريين. وتصدر كفالة المتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل

²¹⁸ - يمكن أن يتجاوز ذلك الحد استثناءً طبقا للمادة 78 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

²¹⁹ - انظر المادة 79 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

²²⁰ - انظر المادة 80 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

²²¹ - انظر المادة 82 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى، وذلك طبقاً لنص المادة 75 من المرسوم رقم 12-04.

الفرع الثاني - الدفع على الحساب

وهو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة ويخص صفقات الأشغال أو الخدمات ويكون شهرياً كقاعدة عامة²²²، استثناءً يمكن النص في الصفقة على مدة أطول تتلاءم مع طبيعة صفقات الخدمات.

قيد المشرع الاستفادة من الدفع على الحساب بشروط منها:

- أن يثبت المتعاقد قيامه بعمليات جوهرية في تنفيذ الصفقة.
- أن يقدم المتعاقد الوثائق الثبوتية كالمحاضر الخاصة بالأشغال المنجزة ومصاريها، جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة، جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الاجتماعية مؤشر عليه من صندوق الضمان الاجتماعي.

الفرع الثالث - التسوية على رصيد الحساب

يقصد به الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل المرضي لموضوعها²²³.

فالتسوية على الرصيد المؤقت تستهدف طبقاً للمادة 74 إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها مع اقتطاع ما يلي:

- الضمان المحتمل.
- الغرامات المالية المتبقية على عاتق المتعامل عند الاقتضاء.
- الدفوعات على اختلاف أنواعها بمعنى (التسبيقات والدفع على الحساب التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة).

أما التسوية على الرصيد النهائي فتتم بعد رد اقتطاعات الضمان وشطب الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد عند الاقتضاء.

المطلب الثاني - ضمان التوازن المالي للصفقة

تهدف الصفقة العمومية إلى إشباع الحاجات العامة بينما يسعى المتعامل المتعاقد إلى تحقيق الربح واستهداف مصلحته الشخصية.

فإذا حال بينه وبين تحقيق تلك المصلحة إجراءات اتخذتها المصلحة المتعاقدة أو فرضتها ظروف أو صعوبات جعل تنفيذ التزاماته التعاقدية عسيراً ومكلفاً بصورة فاقت إمكانياته، على المصلحة ضمان التوازن المالي تحقيقاً لفكرة التناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه، حتى يمكنه

²²² - انظر المواد 72، 73 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

²²³ - انظر المادة 74 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه²²⁴، فتتدخل المصلحة المتعاقدة على الرغم من أنها لم ترتكب أي خطأ فأساس مسؤوليتها اعتبارات العدالة، فضلا عن مقتضيات المصلحة العامة التي تستلزم معاونة المتعاقد مع الإدارة لضمان استمراره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، الذي سيؤدي إلى ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام في أداء خدماته للجمهور.

ويكون أداء المصلحة المتعاقدة للتعويض في إطار شروط نظرية فعل الأمير (الفرع الأول) أو شروط نظرية الظروف الطارئة (الفرع الثاني)، أو نظرية الظروف المادية غير المتوقعة (الفرع الثالث).

الفرع الأول - التعويض على أساس نظرية فعل الأمير

تعتبر نظرية فعل الأمير وما تستهدفه من إعادة التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة من قبيل المظاهر الإنسانية المعروفة في القانون الإداري.

والنظرية من ابتكار القضاء الفرنسي، تهدف إلى تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت الناتجة عن ممارسة الإدارة لسلطاتها المشروعة دون أن يكون هناك خطأ من جانبها، إذ تصدر أعمالا ذات طبيعة تنظيمية أو تشريعية دون أن يكون الهدف منها إحداث تعديلات على العقد، لكنها تحمل تغيرات على شروط تنفيذه، فيصبح أكثر صعوبة على المتعامل المتعاقد الذي يتحمل بسببها أعباء إضافية.

فيقصد إذن بفعل الأمير التصرف أو العمل الصادر عن الإدارة الذي يؤدي إلى إرهاب المتعامل المتعاقد بصورة جدية، الأمر الذي يقضي دعمه ماليا وتعويضه حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ العقد تحقيقا للمصلحة العامة²²⁵ يتخذ عمل الأمير صورة العمل الفردي (أولا)، أو صورة إجراء عام (ثانيا).

أولا - عمل الأمير في صورة إجراء خاص:

وهي الصورة الغالبة لعمل الأمير ويتم ذلك بطريق مباشر (أ) أو غير مباشر (ب).

أ - تعديل مباشر في شروط الصفقة: يحق للمصلحة المتعاقدة أن تتدخل مباشرة بقرارات لتعدل في التزامات المتعامل المتعاقد معها سواء بالزيادة أو النقصان.

يشكل هذا الإجراء أعباء وتكاليف مالية مرهقة للمتعامل المتعاقد، فتمس بالتوازن المالي للصفقة العمومية يؤدي إلى ضرورة تعويض المتعاقد تعويضا كاملا عما لحقه من جراء تعديل

²²⁴ - أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 124.

²²⁵ - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 89.

شروط العقد²²⁶.

ب - تعديل غير مباشر في شروط الصفقة: قد لا يؤثر الإجراء بطريقة مباشرة على شروط الصفقة، ولكنه يؤثر على ظروف تنفيذها من شأنه تحميل المتعاقد أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد، حينئذ يتعين تعويض المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا تحقيقا للتوازن المالي للعقد.

ثانيا - عمل الأمير في صورة إجراء عام:

يقصد بالإجراء العام صدور قوانين وتشريعات من المصلحة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد معها، وقد يؤدي الإجراء العام إلى تعديل شروط العقد أو يؤثر في ظروف التنفيذ الخارجية شأنه في ذلك شأن الإجراء الخاص²²⁷.

ولا تطبق النظرية إلا بتوافر مجموعة من الشروط وضعها القضاء:

1 - وجود عقد إداري: فلا تطبق نظرية فعل الأمير على عقود القانون الخاص ولو كانت الإدارة طرفا في العقد.

2 - صدور تصرف من الجهة الإدارية: فالإجراء الذي يطبق على أساسه نظرية فعل الأمير هو الإجراء الصادر عن الهيئة المتعاقدة أو من أي سلطة أخرى²²⁸ في الدولة، المهم أن يؤثر في التزامات المتعاقد بما يزيد من أعباءه، وأن يكون التصرف غير مخالف للنظام العام، بمعنى أن يكون مشروعاً، مطابقاً للنظام القانوني السائد بالدولة.

3 - أن يكون الإجراء غير متوقع: فالتمسك بنظرية فعل الأمير يشترط أن تكون الإجراءات غير متوقعة بمعنى لم يكن بوسع المتعامل المتعاقد التنبؤ بها موازاة بالرجل العادي الحريص الذي يتواجد في نفس ظروفه، وإلا اعتبر مقصراً ولا يستحق التعويض.

4 - أن يلحق الإجراء ضرراً: فالضرر هو السبب في تقرير التعويض ولا يشترط في الضرر قدر من الجسامة، فكل ضرر يولد الحق في التعويض فقد يزيد من أعباءه المالية أو يُنقص ما توقعه المتعامل المتعاقد من أرباح، فتوافر الشروط السابقة يؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة يولد حق الحصول على تعويض كامل يعيد التوازن المالي للعقد.

وإذا وجدت نظرية فعل الأمير لمواجهة المخاطر التي يتعرض لها المتعامل المتعاقد نتيجة سلطات الإدارة الخطيرة، ألا أن السؤال يثور في حالة تعرض المتعامل المتعاقد لأضرار تعود

²²⁶ - د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1991، ص 626.

²²⁷ - بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع

القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص 86.

²²⁸ - فلا يختلف الأمر لو صدر التصرف عن السلطة التنفيذية إذ يستحق الملتزم تعويضاً على أساس نظرية فعل الأمير

استناداً إلى فكرة وحدة شخصية الدولة، فلا عبرة بتعدد أجهزة الدولة واستقلال كل جهاز عن الآخر، مادامت هذه الأجهزة تابعة لشخص قانوني واحد هو الدولة. ولمزيد من التفصيل انظر: أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 120.

أسبابها إلى ظروف خارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة وتخرج عن إرادة أجهزة الدولة، فهل يتحمل وحده التكاليف والخسائر التي تحدثها الظروف؟ من أجل التصدي لهذه الاحتمالات عمل مجلس الدولة الفرنسي على إيجاد نظرية الظروف الطارئة²²⁹.

الفرع الثاني - التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة

برزت نظرية الظروف الطارئة أثر الأزمات التي حلت بالاقتصاد الرأسمالي بعد الحرب العالمية الأولى، وظهرت في وقتنا هذا لمواجهة ظرف يقع أثناء تنفيذ العقد يؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد، الأمر الذي يلزم المصلحة المتعاقدة تحمل جزء من هذه الخسارة يعود بفضلها التوازن المالي للعقد، لأن المتعاقد لا يتحمل لوحده الأعباء غير المتوقعة. وتعد من الأسس التي تقوم عليها العقود الإدارية، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على استبعاد تطبيقها²³⁰. يستوي أن يكون مصدر الظرف الطارئ ظواهر طبيعية أو ظروف اقتصادية أو إجراءات إدارية صادرة عن غير الجهة المتعاقدة.

وتطبيق النظرية يستوجب توافر شروط وهي:

- **حدوث ظرف أو حادث استثنائي**²³¹: فتنطبق النظرية مرهون بأن يطرأ خلال تنفيذ العقد ظروف خارجة عن إرادة الطرفين لم تكن في الحسبان عند إبرام العقد، وتترك للقاضي تقدير مدى توقع المتعاقد لوقوع الظرف الطارئ، أو إمكانية توقع حدوثه على ضوء معيار الرجل العادي المتواجد في نفس ظروفه.

- **أن يحدث الظرف الطارئ خلال تنفيذ الصفقة وليس بعدها**: لذلك فأكثر الصفقات عرضة لتطبيق النظرية هي صفقات الأشغال العامة التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن ويقل تطبيقها وينعدم في صفقات التوريد لأن مدة تنفيذها قصيرة²³².

- **أن يكون الظرف الاستثنائي غير متوقع**: وإلا كنا أمام نظرية فعل الأمير، أما إذا كان الظرف الطارئ يعود إلى فعل المتعامل المتعاقد فنثار آنذاك مسؤوليته على أساس الخطأ العقدي، وقد أكد القضاء الإداري الجزائري هذا الموقف²³³.

²²⁹ - أنشئت نظرية الظروف الطارئة من طرف مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ 30 ماي 1916 في قضية شركة غاز بوردو.

²³⁰ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008، ص 146.

²³¹ - يقصد بالظروف الاستثنائية أحداث الحرب والفتن والانقلابات الداخلية، وكل الحالات الخطيرة التي من شأنها المساس بالنظام العام، لمزيد من التفصيل انظر: تميمي نجا، حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، بحث للحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، الجزائر، 2002، ص 13.

²³² - سحر جابر يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، كلية الحقوق، مجلة جامعة الكوفة، العدد السابع، 2008، ص 148.

لذا أجاز القانون المطالبة بتعويض كامل لجبر ما أحدثته تلك الصعوبات من أضرار²³⁴ ولاستحقاق المتعامل المتعاقد لهذا التعويض يستوجب توافر شروط خاصة، وهي:

- أن يواجه تنفيذ العقد صعوبات مادية غير متوقعة، إذ يخرج عن إطار تطبيق النظرية إذا كانت الصعوبة ذات طبيعة اقتصادية أو إدارية أو طبيعية أو سياسية، لأن مجالها نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة، إذا توافرت شروط تطبيقها.
- أن تكون الصعوبة المادية ذات طابع استثنائي تجاوز ما كان متوقعا وخارجة عن إرادة طرفي العقد، فلو اعترض تنفيذ العقد صعوبات مادية كان بوسع تجاوزها لولا خطأ أو إهمال المتعامل المتعاقد فلا مجال لتطبيق النظرية.
- أن تلحق الصعوبة المادية ضررا بالمتعاقد.

فلا تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تلقائيا بمجرد اعتراض تنفيذ العقد صعوبات مادية استثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين، إذ يفترض وقوع ضرر جراء ذلك يستوي أن يكون بسيطا أو جسيما.

وإذا توافرت الشروط السابقة مجتمعة على القاضي تطبيق أحكام النظرية وما تستتبعه من أحكام تتمثل أساسا في تعويض المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا عما لحقه من أضرار ويفرض على المتعامل واجب الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، رغم ما يسد طريقه من صعوبات مادية وتوقف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته يجعله عرضة لتطبيق الجزاءات فضلا عن فقدانه لحق التعويض²³⁵.

فإذا تحققت الشروط السابقة كانت إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة يترتب عن ذلك مساهمة المصلحة المتعاقدة في تحمل الأعباء المالية من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

غير أن تشجيع التعديل عن طريق الملحق أدى إلى تراجع طلبات التعويض للظروف الطارئة وذلك ما توضحه المادة 2/115 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي تجعل إبرام الملحق ضرورية إذا اختل التوازن الاقتصادي للصفقة، دون أن تنص على مصدر أو سبب الاضطراب بل أكدت فقط على أن تكون لأسباب خارجة عن إرادة الطرفين.

فحرصا على مواصلة تنفيذ الصفقة يصبح من الضروري إبرام ملحق من أجل إعادة

²³³ - المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 99694 المؤرخ في 10/10/1993، قضية (د.ح) ضد المجلس

الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، المجلة القضائية، العدد 1، الجزائر، 1994، ص 217.

²³⁴ - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 714.

²³⁵ - أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 133.

التوازن المالي للصفقة، والملحق الذي يؤسس على نظرية الظروف الطارئة يمكن إبرامه خارج حدود الآجال التعاقدية وفي جميع الحالات يخضع لرقابة لجنة الصفقات المختصة. وفي غياب الأرقام الحقيقية عن الملحقات المبرمة بسبب الظروف الطارئة وغياب اجتهاد قضائي لا يمكن الجزم حول مدى استعمال أو تراجع نظرية الظروف الطارئة في ميدان الصفقات العمومية في الجزائر، وإذا تبين أن العقد لن يعود له توازنه المالي وقلب اقتصادياته أصبح نهائيا بما يتعارض مع الطبيعة المؤقتة التي يتسم بها الطرف الطارئ يحق لطرفي العقد المطالبة بفسخ العقد²³⁶.

ولا يتحقق إعادة التوازن المالي من خلال نظريتي فعل الأمير والظروف الطارئة، بل هناك نظرية أخرى قد تجد أساسا لتطبيقها في حالة عدم توفر شروط تطبيق النظريتين السابقتين، وهذه النظرية تتمثل في:

الفرع الثالث - نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعد النظرية من ابتداء القضاء الفرنسي جاءت لمواجهة صعوبات استثنائية غير متوقعة يترتب عليها زيادة أعباء المتعامل المتعاقد تجعل العقد أكثر إرهاقا وتكلفة، لذا من حقه المطالبة بتعويض كامل لجبر ما أحدثته تلك الصعوبات من أضرار²³⁷.

ولاستحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض الكامل يستوجب توافر مجموعة من الشروط كغيرها من النظريتين السابقتين وتتمثل في:

- أن يعترض بتنفيذ العقد صعوبة ذات طابع مادي استثنائي تجاوز ما كان متوقعا وقت التعاقد. فضلا عن ذلك يجب أن تكون الصعوبة المادية خارجة عن إرادة طرفي العقد وإلا فسخ المجال لتطبيق نظرية فعل الأمير إذا ما توفرت شروط تطبيقها.
- أن تلحق الصعوبة المادية ضررا بالمتعاقد، فلا تطبق النظرية تلقائيا بمجرد اعتراض التنفيذ صعوبة مادية استثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين، إذ يفترض إصابة الملتزم بضرر جراء ذلك يستوي أن يكون بسيطا أو جسيما، فأساس تطبيق النظرية جبر الضرر الناجم عن الصعوبة المادية.

فإذا توفرت الشروط السابقة مجتمعة، تسنى للقاضي تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وأهم نتائجها التزام المصلحة المتعاقدة تعويض المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا عما لحقه من أضرار.

²³⁶ - أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 127.

²³⁷ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في تنفيذ العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 714.

وقيام الظروف المادية غير المتوقعة لا يرقى لأن يكون سببا لإعفاء المتعاقد من أداء التزاماته التعاقدية، إذ يفرض على المتعاقد واجب الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم ما يسد طريقه من صعوبات مادية، طالما اقتضت آثارها على جعل التنفيذ أكثر كلفة دون أن تجعله مستحيلا، وتوقفه عن تنفيذها يجعله عرضة لمختلف الجزاءات فضلا عن فقدانه لحق التعويض عما خلفته الصعوبات المادية من آثار ضارة ولا يتقرر الإعفاء إلا في حالة القوة القاهرة²³⁸.

والجدير بالذكر أن النظريات الثلاث السابقة تقوم على أساس مسؤولية الإدارة بلا خطأ، فإن أخطأت لا يمكن إثارة مسؤوليتها على أساس النظريات السابقة بل تُسأل على أساس وفي نطاق المسؤولية العقدية.

فضلا عن الحقوق السابقة يتمتع المتعامل المتعاقد ببعض المزايا المالية الأخرى ومن أمثلتها، القروض التي تتعهد الإدارة بتنفيذها للمتعاقد معها والتسهيلات الائتمانية. كما يجوز للمتعاقد مع المصالح المتعاقدة في حالات عديدة المطالبة بالتعويض سواء بارتكاب خطأ من هذه المصالح أدى إلى إحداث الأضرار أو بسبب قيامه بأعمال غير مطلوبة، ولكنها ضرورية للمرفق محل الصفقة ولازمة بالنسبة للمتعاقد جاز له في هذه الحالات وغيرها المطالبة بالتعويض.

نهاية الصفقات العمومية

باعتبار الصفقة العمومية من العقود الزمنية فلا بد من مآل ساعة زوالها الذي قد يتم بالطرق العادية وهي النهاية الطبيعية لأي صفقة عمومية. كما قد تكون ضحية خلافات بين الأطراف نظرا لعدم احترام أي منهما لالتزاماته المفروضة فيؤدي إلى نهايتها.

- النهاية الطبيعية للصفقات العمومية

تُعتبر الصفقة العمومية عن علاقة قانونية بين طرفين يعتبر الزمن فيها عنصرا جوهريا، وبالتالي فانقضاء المدة الزمنية لنفاذه يؤدي حتما إلى انقضائه، ويبدأ سريان المدة من تاريخ المصادقة النهائية على العقد.

وقد يحدث وأن يُغفل ذكر المدة في العقد وهو أمر نادر الوقوع فنستعين بالمدة القصوى المحددة قانونا لتمثل تاريخ نهايته حسب طبيعة كل صفقة⁽²³⁹⁾.

238- وجد هذا المبدأ تكريسا في القضاء الجزائري لاسيما قرار مجلس الدولة المؤرخ في 8 مارس 1990، في قضية بلارة توفيق ضد رئيس المندوبية التنفيذية ولاية سكيكدة، نقلا عن: لباد ناصر، القانون الإداري، النشاط الإداري، LEBED، 2004، ص 450.

239 - أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 151.

والجدير بالإشارة أن قانون الصفقات العمومية لم يخصص أحكاماً خاصة لكل نوع من الصفقات العمومية، بل جميع أحكام الصفقات بمختلف أنواعها وترك للمصالح المتعاقدة باختلاف أنواعها حرية تحديد تاريخ نهاية الصفقة العمومية حسب طبيعة كل صفقة، كما تنتهي الصفقة العمومية نهاية طبيعية بتنفيذ موضوعها فتتحل الرابطة العقدية بوفاء كل طرف بالتزاماته التعاقدية، ففي عقد الخدمات ينتهي العقد بوفاء كل طرف بما في ذمته من التزام، فيقوم المتعهد بتنفيذ الخدمة موضوع العقد وتقوم المصلحة المتعاقدة بالتسوية المالية للصفقة أو أن يقوم المتعامل المتعاقد في عقد الدراسات بإنجاز الدراسة وتبادر المصلحة المتعاقدة إلى الوفاء بالتزامها أيضاً وغيرها...

الواضح أن الصفقة العمومية في هذه الصورة تقترب من نهاية العقد المدني، الذي ينتهي بتنفيذ موضوع العقد وبوفاء كل طرف بما عليه من التزامات⁽²⁴⁰⁾.

رغم ذلك تظل الصفقة العمومية متميزة بأحكامها الخاصة لاسيما في عقد الأشغال العامة؛ فبعد وفاء المتعامل المتعاقد بالتزاماته كاملة في الموعد المحدد وتسليمه المشروع تظل مسؤوليته قائمة فهذا النوع من الصفقات يعرف نوعين من التسليم.

- التسليم المؤقت عند إتمام الأشغال موضوع الصفقة، يتولى المتعامل المتعاقد تسليم المشروع للإدارة المعنية وتبادر إلى الاحتفاظ بمبلغ الضمان للتأكد من حسن تنفيذ الصفقة طبقاً لما تم الاتفاق عليه، كما تقتطع الغرامات المالية والدفعات بعنوان التسبيقات⁽²⁴¹⁾.

- التسليم النهائي عند تسجيل تحفظات على كيفية التنفيذ، يلزم المتعامل المتعاقد بمحاولة رفعها والاستجابة لمضمونها وحال إتمام ذلك يتم تسليم المشروع نهائياً وعندها تقوم المصلحة المتعاقدة برد اقتطاعات الضمان وشطب الكفالات⁽²⁴²⁾.

- النهاية غير الطبيعية للصفقات العمومية - النهاية المبسترة: تنتهي الصفقة العمومية كأصل عام بتنفيذ موضوعها وهو الوضع الطبيعي والمألوف، وقد تنتهي قبل إتمام عملية التنفيذ، حال ارتكاب خطأ جسيم أثناء تنفيذ العقد أو بتقاعس أحد طرفي العقد في الوفاء السليم بالتزاماته، وهو ما يؤدي إلى وضع حد لهذا العقد قبل حلول أجله في صورة نهاية مبسترة، وهذه الحالة تأخذ أشكالاً متعددة حسب نوع وطبيعة كل صفقة، لكننا في هذا المقام نتعرض إلى الفسخ باعتباره النهاية غير الطبيعية المشتركة لجل الصفقات على اختلاف أنواعها وطبيعتها.

240 - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات...، مرجع سابق، ص 351.

241 - انظر المادة 86 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

242 - انظر المادة 87 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

يعتبر الفسخ نهاية الصفقة وجزاء أو عقوبة توقع على الطرف الذي تراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية، بعد أن خابت كافة الوسائل في إصلاحه؛ مما يفقد المصلحة المتعاقدة الثقة في التعامل معه.

يأخذ الفسخ صوراً مختلفة فقد يكون استجابة لرغبة طرفيه أو خضوعاً واحتراماً للقانون أو تطبيقاً لحكم قضائي.

- الفسخ الاتفاقي:

وهو ذلك الفسخ الذي يتم باتفاق الطرفين قبل نهاية مدة الصفقة وبمقتضاه يتولى الطرفان تقدير التعويض المستحق وكيفية دفعه دون حاجة للجوء إلى القضاء⁽²⁴³⁾.

يجد هذا الفسخ أساسه في أحكام المادة 113 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها "زيادة على الفسخ من جانب واحد المنصوص عليه في المادة 112 أعلاه يمكن القيام بالفسخ التعاقدية للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض".

ولما كان للفسخ الاتفاقي الطابع الرضائي، فإن نص المادة 113 المذكورة أعلاه أوجب توقيع اتفاقية أو وثيقة الفسخ من قبل الممثل القانوني للمصلحة المعنية والمتعامل المتعاقد، تتضمن التسوية المالية للأشغال المنجزة حفاظاً على حقوق المتعامل المتعاقد خاصة وأنه لم يثبت الخطأ من جانبه⁽²⁴⁴⁾.

- الفسخ بقوة القانون:

خلافاً للفسخ الاتفاقي قد يفسخ العقد بقوة القانون دون الوقوف على رغبة أحد أطرافه كما لو هلك محل الصفقة العمومية بسبب قوة قاهرة، أو إذا تضمنت الصفقة شرطاً فاسخاً يجعل الصفقة مفسوخة بتحقيقه... وغيرها.

- الفسخ الإداري:

من أهم سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد الفسخ الانفرادي أو الإداري للصفقة العمومية وهو ما جاء صراحة في أحكام المادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

واضح من نص المادة أن المشرع الجزائري اعترف صراحة للمصلحة المتعاقدة ممارسة هذه السلطة، ألا أن ممارستها معلقة على إجراء جوهري يتمثل في الإعداء وهو إجراء شكلي

243 - أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 155.

244 - بوضياف عمار، شرح قانون الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 354.

جوهرى قبل توقيع الفسخ⁽²⁴⁵⁾.

إذ يشكل الإعذار حماية للمتعامل المتعاقد من تعسف المصالح المتعاقدة وخروجها عن مبدأ المشروعية، وبالتالي لا فسخ دون إعدار، وما نسجله على نص المادة 112 أنها لم تحدد أجلا بعد توجيه الإعدار يسمح بعد انتهائه ممارسة سلطة الفسخ، ولربما تعمد المشرع ذلك ليمنح المصالح المتعاقدة سلطة تقديرية حسب طبيعة كل صفقة.

وبالرجوع إلى قرار وزير المالية بتاريخ 28 مارس 2011 نصت المادة 2 منه أن الفسخ لا يتم من جانب المصلحة المتعاقدة إلا بعد توجيه إعدارين للمتعامل المتعاقد العاجز كما وصفته المادة المذكورة، كما بينت المادة 3 من ذات القرار مضمون الإعدار، وأوجبت ذكر البيانات التالية:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.
- تعيين العامل المتعاقد وعنوانه.
- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعتها.
- توضيح إن كان أول أو ثاني إعدار.
- موضوع الإعدار.
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعدار.
- العقوبات المنصوص عليها في حال رفض التنفيذ.

أما عن شكل الإعدار فبيّنته المادة 4 إذ يتم برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام ونشره وجوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي⁽²⁴⁶⁾. على خلاف الفسخ الاتفاقي فإن الفسخ الانفرادي أو الإرادي يشكل أهم صورة لسلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد يمارس جراء تقصيره أو إخلاله الجسيم بالتزاماته العقدية بما يضمن السير الحسن للمشروعات محل الصفقات العمومية، بما يجسد فكرة استمرارية المرافق العامة لذا يسمى أيضا بالفسخ الجزائي.

245 - وذلك ما جاء عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قضية توهامي طاهر ضد والي ولاية عنابة، الذي جاء في مضمونه أن الإدارة لم توجه إنذار للمتعامل المتعاقد معها قبل توقيع جزاء الفسخ لاسيما وأن المادة 6 والمادة 35 من العقد تقتضيان ضرورة الإعدار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ.

المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار مؤرخ في 1990/07/28، قضية توهامي طاهر ضد والي ولاية عنابة.

246 - وفي صفقات الأشغال العامة كثيرا ما تستعمل الإدارة وسائل الإعلام المكتوبة كالجرائد قبل ممارسة سلطة الفسخ وهذا ما توضحه الإعدارات المنشورة يوميا في الجرائد.

كما يجوز للمصلحة المتعاقدة فسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى ولو لم يرتكب المتعامل المتعاقد أي خطأ مراعاة لمبدأ الملائمة، غير أن هذا الأمر يعطي المصالح المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في وضع حد للرابطة العقدية، وتلزم المصلحة المعنية تبرير موقفها عند ممارسة الرقابة من الجهات المخولة قانوناً.

- الفسخ القضائي:

من منطلق أن حق التقاضي مكفول للجميع، فيجوز لطرفي الرابطة العقدية اللجوء إلى القضاء الإداري ممثلاً في المحاكم الإدارية المختصة إقليمياً.

ومن الطبيعي أن يستند رافع الدعوى لسبب جدي يوجب الفسخ القضائي ويبرر استجابة القاضي الإداري لموضوع الدعوى⁽²⁴⁷⁾.

تلك هي حالات نهاية الصفقة العمومية بمعنى نهاية حياتها أو مسارها القانوني.

247 - بعلي محمد الصغير، مرجع سابق، ص 103.

خلاصة:

تحتل الصفقات العمومية جانبا هاما من أعمال الدولة وذلك بالنظر إلى مكانتها إذ تمثل الشريان الذي يدعم عملية التنمية الوطنية.

لذا حرص المشرع الجزائري على توفير منظومة قانونية متكاملة عبر كم هائل من النصوص بدءا بالأمر رقم 67-90 إلى المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وتعديلاتها المتلاحقة، ينطوي في طياته ميكانيزمات وتدابير جذابة لمحاربة الصفقات المشبوهة، ورغم ما يعتريه من نقائص يعبر عن إرادة الدولة الصادقة في مواجهة الفساد أو على الأقل التقليل من آثاره.