محاضرات في منازعات الصفقات العمومية

ماستر2 فانون عام

د/ قنوفي وسيلة

المحور الاول

مدخل إلى الصفقات العمومية والمنازعات الناشئة عنها

1.1.القسم الأول :الإطار النظري للصفقات العمومية

سنتطلق في هذا القسم من تعريف العقد الإداري، وصولا إلى تعريف الصفقة العمومية وتحديد خصوصيتها.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

أولا: ماهية العقد الإداري:

إن العقد الإداري المقصود بالدراسة في هذه الجزئية،هو العقد الخاضع للقانون العام، الذي تتجلى فيه امتيازات السلطة العامة المحجوزة للإدارة باسم المصلحة العامة،وهو ما يعبر عنه في الفقه الإداري بالاعتبارات الجوهرية التي تأتي في مقدمتها اعتبارات المصلحة العامة .لذا يتعين علينا إيجاد تعريف للعقد الإداري ،وتحديد المعايير التي يمكن الارتكاز عليها في تحديده، ثم التطرق لبعض أنواعه.

1/ تعريف العقد الإداري:

اشترك كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري في إعطاء تعريف للعقد الإداري لا يختلف إلا من حيث الصياغة، يمكن إدراجه بشكل مبسط كما يلي:

"العقد الإداري هو اتفاق يبرمه شخص معنوي عام قصد تسيير مرفق عام،وفقا لأساليب القانون العام، بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص."

يتبين من التعريف السابق،أنه لكي يكون هناك عقد إداري بالمعنى الفني الدقيق لابد من توافر ثلاث شروط تشكل في مجملها معيارا أو ضابطا قضائيا تتحدد على أساسه الطبيعة الإدارية للعقود، أصطلح على تسميتها بالمعيار العضوى،المعيار الموضوعي والمعيار الشكلي.

2/معايير العقد الإداري:

إن تحديد العقد الإداري يرتكز على جملة من المعايير التي يمكن من خلالها تمييزه عن باقي أنشطة الإدارة العامة. هذه المعايير وكما سبق استنتاجها من تعريفه تتمثل فيما يلي:

أ- المعيار العضوي:Organique Critère

يقصد بالمعيار العضوي في تحديد طبيعة العقد الإداري، أن يكون أحد أطراف العقد شخص إداري.وقد حدد المشرع الجزائري أشخاص القانون العام بموجب المادة 801 من(ق إم إ) ب:الدولة، الولاية، البلدية والمؤسسة العمومية ذات الصيغة الإدارية. كما يمكن للقوانين الخاصة أن تحدد من يتمتع بهذه الصفة.غير أن هذا المعيار العضوي لا يعتبر كافيا لتحديد طبيعة العقد الإداري فقد تكون الجهة إدارية،لكن العقد مدني.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

ب- المعيار الموضوعي: Le Critère Objectif

وفقا لهذا المعيار حتى تضفى الصفة الإدارية على العقد لا بد أن يرتبط محله بالمرفق العام، سواء تعلق الأمر بتسييره أو تنفيذه، ويمكن إجمال صور اتصال العقد بالمرفق العام في ما يلي :

- إتصال العقد بالمرفق العام في صورة تنظيم واستغلال المرفق العام، كما هو الحال في عقود الإمتياز وعقود الأشغال العامة.
- إتصال العقد بالمرفق العام في صورة تقديم مساهمة لتسير المرفق العام، عن طريق تقديم خدمات وتوريد سلع ،كما هو الحال في عقود التوريد،النقل البيع والإيجار.
- إتصال العقد بالمرفق العام في صورة التزام الإدارة العامة إزاء الأفراد بتقديم سلع وخدمات، كما هو الحال في العقود التي يبرمها المرفق العام مع المنتفعين بخدماته.

ج- المعيار الشكلي: Le Critère Formel

ويقصد به اعتماد وسائل القانون العام في إبرام العقد وتنفيذه، بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.وهو ما يضفي الصفة الإدارية على العقد.ويعتبر هذا المعيار هو الضابط الفاصل في تحديد العقود الإدارية بطبيعتها، إلا أن الفقه الإداري واجه صعوبة تحديد هذه الشروط الاستثنائية،لكن القضاء الإداري بذل جهودا في تعريفها باعتبار أنها:" تلك الشروط التي تمنح أحد المتعاقدين حقوقا وتحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في إطار القانون المدني أو التجاري"،ومن أبرز صورها:

- حق وسلطة الإدارة في تعديل التزامات المتعاقدين معها نقصا أو زيادة.
- إمتياز سلطة التدخل للإشراف على تنفيذ العقد.
- إمتياز سلطة تغيير طريقة تنفيذ العقد ووقف تنفيذه مؤقتا.
- إمتياز سلطة فسخ العقد بالإرادة المنفردة لطرف دون حاجة لموافقة الطرف الآخر.
- إمتياز سلطة الإدارة في توقيع عقوبات مختلفة على المتعاقد معها في حال إخلاله بالتزاماته، حتى لو لم يحدث لها ضرر ودون حاجة للجوء إلى القضاء

ثانيا: ماهية الصفقات العمومية.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

تعتبر الصفقات العمومية النموذج الأكثر شيوعا للعقود الإدارية. وهي تحتل في الجزائر مكانة مميزة، ذلك أنه منذ سنوات الأولى للاستقلال وإلى يومنا هذا كانت السياسة الاقتصادية والتنموية للدولة الجزائرية ترتكز على الصفقة العمومية كأداة قانونية لتنفيذ المشاريع والمخططات الحكومية التي تتطلب إعتمادات ضخمة ،الأمر الذي جعلها تخضع لنظام قانوني خاص،يختلف عن ذلك الذي يحكم العقود المدنية والتجارية فقد خصها المشرع الجزائري بنظام قانوني خاص نظمت أحكامه في العادة بموجب مرسوم رئاسي.

وتجدر الإشارة هنا أنه لا تكيف جميع العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة على أنها صفقات عمومية، وإنما يتعين توافر معايير محددة إذا ما تحققت في عقد إداري اعتبر صفقة عمومية.لذا يتعين علينا بداية إعطاء تعريف للصفقات العمومية ثم محاولة الإحاطة بالمعايير المتبعة في تشخيصها، والتطرق لجملة الخصائص التي تنفرد بها ،لنصل في الأخير إلى أطرافها والمبادئ التي تحكمها، كل هذا في إطار ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المرسوم 247/15 ساري المفعول حاليا.

1/ تعريف الصفقات العمومية:

إن الأهمية التي تحضى بها الصفقات العمومية في الجزائر،جعلت المشرع يخرج عن القاعدة العامة التي تقضي بأن المشرع لا يعرف المصطلحات القانونية ،باعتبار أن مهمة التعريف بها تترك دائما للفقه والقضاء. والتزم في

جميع القوانين المتعاقبة في تنظيم هذا النوع من العقود(الصفقات العمومية) بإعطاء تعريف لها، وباعتبار أن التعريف التشريعي يعلو عن أي تعريف آخر.سنكتفي في هذه الجزئية بإدراج التعريف التشريعي فقط. والذي ورد في المرسوم رئاسي رقم 247/15 مادته الثانية على أن الصفقات العمومية هي "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به،تبرم بمقابل مع المتعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ،لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدين في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

إن الاستقراء والتحليل الدقيق لهذا التعريف التشريعي يبين لنا أهم معايير تحديد الصفقة العمومية، أطرافها، وكذا القواعد المطبقة عليها،وذلك بعد ربطه ببعض المواد القانونية المدرجة في نفس المرسوم.

2/ معايير تكييف الصفقات العمومية:

باعتبار أنه ليست كل العقود الإدارية المبرمة صفقات عمومية ،فإنه من الأهمية بمكان تحديد معايير واضحة التي يمكن على أساسها تكيف العقود الإدارية على أنها صفقات عمومية ،والتي لا يمكن استخراجها إلا من صلب المرسوم الرئاسي 247/15 الساري العمل به حاليا، والتي يمكن تحديدها كما يلي:

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

أ- المعيار العضوي:

كرس المشرع الجزائري من خلال المرسوم 247/15 المعيار العضوي في تكييف الصفقات العمومية، وهو معيار يهتم بطبيعة أطراف العقد وليس موضوعه ،حيث حدد بموجب المادة 06 وعلى سبيل الحصر،الجهات التي تبرم عقودها مع المتعاملين الاقتصاديين حتى يعتبر العقد صفقة وهي:

- الدولة.
- الجماعات الإقليمية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بالجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

ب- المعيار الموضوعي:

أضاف المرسوم الرئاسي 247/15 معيارا آخرا في تكييف العقد الإداري على أنه صفقة عمومية ، وذلك في نص المادة 02 ، والذي يقتضي أن ينصب موضوع الخدمة التي يقدمها المتعامل الاقتصادي على إحدى العمليات التالية المحددة حصرا

1)إنجاز أشغال:

تنصب على العقارات،وهي تتعلق بعمليات البناء ،أو الصيانة، أو التأهيل، أو الترميم، أو الهدم بالنسبة للمنشآت أو جزء منها.

2)- اقتناء اللوازم:

تتعلق بتوريد السلع والتجهيزات واللوازم الضرورية لسير المرفق العمومي.

3)- إنجاز الدراسات:

عند حاجة المرفق العمومي لدراسات فنية أو تقنية من طرف أشخاص مختصين (مهندسين أو تقنين) لإنجاز المشاريع الموكلة إليه.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

4)-تقديم خدمات:

يقصد بها اتفاق المصلحة المتعاقدة مع المتعامل الاقتصاديلأداء خدمة ما حددها في دفتر الشروط، لكن المشرع الجزائري لم يحددها تحديدا كافيا ،بل اكتفي بالإشارة إلى أن كل صفقة تختلف عن صفقات الأشغال واقتناء اللوازم وانجاز الدارسات هي صفقة للخدمات.

ج- المعيار المالي: Le Critère Financier

حتى يعتبر العقد الإداري صفقة عمومية لا بد من تحقق ضابط ثالث يعرف بالمعيار المالي، والذي يقصد به العتبة المالية الدنيا التي يحددها القانون للصفقة . وقد عرفت هذه القيمة المالية تزايد تدريجي تماشيا على التطور الاقتصادي والمالي.[لتستقر وفق المادة 13 من المرسوم 247/15 .إلا أنه لا يعتبر صفقة عمومية ما بلغ:

12 مليون دينار (12000.000 دج) أو يقل عنه لصفقة الأشغال واللوزام.

06 ملايين دينار (6.000.000 دج) لصفقة الدارسات أو الخدمات.

د- المعيار الشكلي:

ويقصد به بحسب نص المادة الثانية (02) من المرسوم 247/15 أن تتم الصفقات العمومية في شكل عقود مكتوبة وفق ما تقضيه الإجراءات المحددة في هذا المرسوم، وهو توجه سبق تأكيده في القضاء الإداري الجزائري بموجب قرار صادر بتاريخ 14 ماي 2001 الذي أكد أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة تتضمن تحت طائلة البطلان بيانات محددة على سبيل الحصر قانونا ،ما يجعلها تتعلق بالنظام العام.

هـ- معيار البند غير المألوف: Clause exorbitante

سبق وأن أكدنا أن البند غير مألوف في العقد الإداري هو أهم السمات المميزة له، والتي جعلته يختلف عن العقود في القانون الخاص،قصد تمكين الإدارة من تحقيق الأهداف المرجوة منها، خدمة للصالح العام. وتكرس هذا المفهوم أكثر في مختلف القوانين المنظمة للصفقات العمومية. من خلال منح المصلحة المتعاقدة امتيازات وحقوق في مواجهة المتعاملين الاقتصاديين ،أهمها سلطتها بالإشراف والرقابة ،وامتياز تعديل العقد وتوقيع الجزاءات المالية، وحقها في فسخ العقد بإرادتها المنفردة.

كانت هذه هي المعايير التي تكيف من خلالها العقود الإدارية على أنها صفقات عمومية، و التي أمكن استنتاجها من خلال استقراء مواد المرسوم الرئاسي 247/15 سالف الذكر.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

3/خصائص الصفقات العمومية في الجزائر:

تعتبر عقود الصفقات العمومية من أهم أنواع التعاقدات، نظرا لعلاقتها بتنشيط التنمية من جهة، وحجم الأموال التي تنصب عليها من جهة أخرى. الأمر الذي جعلها تنفرد بخصائص خاصة عن باقي عقود الإدارة، يمكن إدراجها كما يلي:

أ- تنظيمها بموجب مرسوم رئاسي:

المرسوم ورئاسي هو سلطة يتمتع بها رئيس الجمهورية في المجال التشريعي، يرتبط عادة بالمجالات الحساسة وذات الأهمية البالغة داخل الدولة.وباعتبار الصفقات العمومية أحد أهم قنوات الصرف العام،فقط حضي تنظيمها بهذا النوع من التشريع.

ب- تعلقها بالمال العام:

للصفقات العمومية صله وثيقة بالخزينة العمومية،كونها تنصب على مصاريف الإدارات العمومية،أي على عملية الإنفاق العام،وهي تنضوي ضمن الحماية الدستورية والتشريعية التي تحضى بها الأموال العامة.

ج- إحاطتها بحماية قانونية خاصة:

لقد خص المشرع الجزائري الصفقات العمومية بتشريع خاص ومستقل بذاته مقارنه بالعقود الأخرى،بتضمينه جملة من الشروط والإجراءات الشكلية، وكذا الشروط التي تبرم وتنفذ بها الصفقة العمومية. وكيفية اختيار المتعامل الاقتصادي تختلف في كثير من الأحيان على القواعد العامة المتعارف عليها، خاصة من حيث الطعون وآليات التسوية ،والآجال القانونية التي تختلف عن قواعد قانون الإجراءات المدنية وقلما تعود إليها.

4/أطراف الصفقات العمومية:

الصفقة العمومية باعتبارها إحدى العقود الإدارية فهي تبرم بني طرفين، المصلحة المتعاقدة من جهة،و المتعامل المتعاقد من جهة أخرى

أ- المصلحة المتعاقدة:

سبق وأن وضحنا بأن المشرع الجزائري كرس المعيار العضوي ضمن معايير تحديد الصفقات العمومية، وذلك بنص

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

المادة 06 من المرسوم 247/15. لكنه اختلف مع المعيار العضوي المدرج في قانون الإجراءات الإدارية والمدنية بنص المادة 801، فزيادة على الدولة ،الجماعات الإقليمية، والمؤسسات ذات الطابع الإداري. أدرج المرسوم 247/15 شخصا رابعا ممثل في "المؤسسات العمومية الخاضعة للنشاط التجاري" عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية. وهذا التعارض في محتوى المعيار العضوي بين قانون الإجراءات الإدارية والمدنية وقانون الصفقات العمومية ستتم مناقشة لاحقا عند التطرق إلى مسألة الاختصاص القضائي.

ب- المتعامل المتعاقد:

المتعامل المتعاقد هو الطرف الثاني في الصفقة العمومية،والذي تمت الإشارة إليه في المرسوم الرئاسي 247/15 في المواد 37 و81 ، والذي يمكن أن يكون شخص طبيعي أو مجموعة أشخاص طبيعية،شخص معنوي أو تجمع أشخاص معنوية، تختاره الإدارة وفقا لشروط وإجراءات الصفقة العمومية.

تجدر الإشارة في الأخيرأن المرسوم الرئاسي 247/15 استثنى بنص 07 كأطراف في الصفقات العمومية:

- العقود المبرمة فيما بين الهيئات والإدارات المؤسسات العمومية الإدارية فيما بينها.
- العقود المبرمة بين المؤسسات ذات الطابع التجاري كما حددتها 06 من المرسوم سالف الذكر عندما تزاول نشاطا غير خاضع للمنافسة.

5/المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية:

أمام الأهمية التي تحضى بها الصفقات العمومية بسبب ارتباطها بالإنفاق العام خصها المشرع بحماية تشريعية خاصة،وتدخل بإقرار مجموعة من المبادئ التي يتعين على الإدارة القائمة بالتعاقد مراعاتها واحترام أحكامها،تتمثل هذه المبادئ فيما يلي:

أ- مبدأ العلنية:

يقصد بالعلانية في الصفقات العمومية وجوب أن لا يتم إبرام عقد الصفقة بطريقة سرية التي تثير الريبة والشك، وذلك من خلال الإعلان عليها للعامة تحقيقا للشفافية، حتى تتاح الفرصة لمن يرغب في التعاقد ضمن مبدأ تكافؤ الفرص.

وقد نصت المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي للصفقات العمومية إلزاميا في الحالات التالية:"طلب العروض المفتوح،طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء".

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

وأكدت المادة 65 من نفس المرسوم أن طلب العروض لا بد أن ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعلى الأقل في جريدتين وطنيتين يوميتين موزعتين على المستوى الوطني، ويتعين على الإدارة إحترام أوضاع الإعلان من حيث الآجال وكيفية إجرائه وعدد مراته.

ب- مبدأ حرية المنافسة:

عبر عنه المشرع بحرية الوصول إلى الطلبات العمومية، ويقصد به إتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيه الشروط أن يتقدم بعطائه،إعمالا لمبدأ المساواة أمام القانون، وتكريس الحرية الاقتصادية.

لكن الانفتاح على المنافسة ليس بالمبدأ المطلق ، إذ أورد عليه المشرع استثناء يعرف **بالمنح بحكم القانون**، وهو إجراء وقائي لكل الحالات التي يمكن أن تشكل عبء على إنجاز موضوع الصفقة، والتي تم النص عليها في المادة 75 المرسوم 247/15 كالإفلاس أو التوقف عن النشاط ،عدم استيفاء الواجبات الجبائية. كما منح المشرع نوعا من السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في بعض الصفقات العمومية، لما تمتاز

به من جوانب فنية ،وتشجيعا منه لبعض المؤسسات خاصة الوطنية، وهو ما أدرج في المواد من 83 إلى 87 من ذات المرسوم.

ج- مبدأ المساواة بين المتنافسين:

وهو مبدأ مكمل لمبدأ حرية المنافسة، من خلال منح المتعاملين الاقتصاديين فرص متساوية للتقديم عطاءاتهم ، وفق الإجراءات والشروط التي حددتها المصلحة المتعاقدة. حيث يمنع على هذه الأخيرة أن تمنح امتيازات أوتضع عقبات عملية أمام المتنافسين.

د- مبدأ سرية العطاءات:

تحقيقا لمبدأ المنافسة ومبدأ المساواة كان لا بد من تكريس مبدأ سرية العطاءات، التي توضع في أظرفة مغلقة لا يتم الكشف عنها إلا وقت فتحها من طرف "**لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض**" وفقا للمادتين 62 و67 من ذات المرسوم .

وفي الأخير يمكن القول أنه رغم اختلاف هذه المبادئ، إلا أنها متكاملة فيما بينها وتسعى لتحقيق هدف واحد هو غلق باب التحايل، خوفا من مغبة الوقوع في فخ الفساد الذي من شأنه إهدار المال العام.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

ثالثا: طرق إبرام الصفقات العموميةLes modes de passation des marchés publics

بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 أعاد المشرع النظر في اختيار المتعامل المتعاقد، أين تخلى نهائيا على نظام المناقصة، واستبدله بنظام طلب العروض، حيث نصت المادة 39 من المرسوم الرئاسي "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة[32] . أو وفق إجراء التراضي" وعليه يفهم من نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري جعل من طلب العروض هو الأصل وإجراء التراضي استثناءا عليه.

1/ القاعدة العامة: إجراء طلب العروضL'appel d'offre

وفقا للمادة 40 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، يمكن تعريف طلب العروض بأنه:" إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات المتعمد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير موضوعية تعد قبل انطلاق الإجراء".

وحددت الفقرة الثانية حالات عدم الجدوى من إجراء طلب العروض في ثلاث حالات:

1- حالة عدم استلام أي عرض.

2- عدم مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ومحتوى دفتر الشروط.

3- عدم إمكانية تمويل الحاجات.

أما المادة 42 فحددت أشكال طلب العروض ب04 أشكال ندرجها كما يلي:

أ- طلب العروض المفتوح:L'appel d'offre ouvert

نصت عليه المادة 43 بأنه "كل إجراء يمكن من خلاله لأي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا" ويعتبر أهم صور الصفقات العمومية التي تكرس مبدأ المنافسة، لأنه يسمح بتقديم عدد كبير من المتعاملين لعروضهم. وعادة مايخص المشاريع التي لا تتطلب إمكانيات مادية أو بشرية كبيرة.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

ب- طلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا: L'appel d'offre avec exigence de capacités minimales

تناوله المرسوم الرئاسي 247/15 بنص المادة 42 ، واعتبره إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة ،التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد . ويقصد بالشروط الدنيا المؤهلة القدرات المالية والتقنية والمهنية التي لا بد أن تتوفر لدى المتعامل لتنفيذ الصفقة.

ج- طلب العروض المحدود:Appel d'offre sélective

عرفته المادة 45 من ذات المرسوم الرئاسي بنصها" بأنه إجراء لاستشارة انتقائية،يكون المرشحون اللذين تم إنتقائهم من قبل مدعوين وحدهم لتقديم تعهد". ما يميز هذا النوع من الصفقات هو إعطاء قدر من الحرية الواسعة للمصلحة المتعاقدة في الإتصال بالمتعاملين الاقتصاديين وانتقائهم ،إلا أن ذلك يجب أن يتم دائما في إطار الضوابط القانونية التي أقرها المشرع.

د- المسابقة:Le Concours

نص على هذا الأسلوب من الصفقة العمومية، المرسوم الرئاسي 247/15 في مادته 47 بأنها: "إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية، أو جمالية، أو فنية خاصة،قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمنافسة"

ما يميز هذا النوع من الصفقات هو وجود لجنة خاصة لتقييم عروض المتعاملين، تتميز بالكفاءة والاستقلالية تسمى ب" لجنة التحكيم".

2/ الاستثناء: إجراء التراضي. Le gré à gré

رغم أن طلب العروض يعتبر الأصل والقاعدة في إبرام الصفقات العمومية ،إلا أنه في حالات معينة تحتاج المصلحة المتعاقدة إلى الخروج عن هذه القاعدة، وإتباع أسلوب أكثر مرونة نتيجة، وجود حالات تستدعي السرعة لتغطية الحاجات العامة. وهو ما يعرف بإجراء التراضي،نص عليه المشرع في المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15 سالف الذكر ،و"هو إجراء يستهدف تخصيص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد، دون المرور بالإجراءات الشكلية لطلب العروض" وأمام هذه الخصوصية، أولى المشرع الجزائري هذا الأسلوب عناية بالغة قصد ضبط حالات اللجوء إليه، وتقرير قواعد وشروط إعماله،و ارتأى أن يتم وفق نمطين:

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

ا- التراضي البسيط. ب- التراضي بعد الاستشارة.

أ- التراضي البسيط:Le gré à gré simple

وهو إحدى أشكال التراضي، يجعل المصلحة المتعاقدة تستبعد مبدأ التنافس لتقوم مباشرة باختيار المتعامل المتعاقد بعد أن تتفاوض معه. وقد نص عليه المرسوم 247/15 في مادته 49 بحالات حصرية،حيث تميزت المادة بصيغتها القطعية في تحديد هذه الحالات بنصها:

"تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط" وتتمثل هذه الحالات في:

أ/1. الوضعية الاحتكارية للمتعامل المتعاقد:

حيث لا يمكن تنفيذ الخدمة إلا على يد متعامل وحيد ، إما لاحتلاله وضعية احتكارية ،أو إنفراده بامتلاك الطريقة التكنولوجية أو لاعتبارات ثقافية وفنية.

أ/2. حالة الإستعجال الملح المعلل:

وهي حالة قيدها المشرع بشروط:

1- أن يتعلق الاستعجال بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار، ويتعين على المصلحة المتعاقدة تبيان هذه الحالة وتبريرها. لكن المشرع الجزائري لم يضبط حالات الاستعجال المقصودة.

2- أن يتجسد ذلك الخطر في الميدان، والوقاية منه لا تتكيف وآجال طلب العروض.

3- أن لا يكون من الممكن توقع الظروف المسببة لحالات الإستعجال.

4- أن لا يكون نتيجة مناورات للمماطلة من جانب المصلحة المتعاقدة.

ومن دون هذه الشروط تزول حالة الاستعجال الملح المعلل، التي تسمح للمصلحة المتعاقدة إبرام الصفقة وفقا لإجراء التراضي البسيط.رغم هذا نرى أن المشرع لم يضبط حالات الإستعجال الملح المحلل بالقدر الكافي، فورود المصطلح بهذه الصيغة العامة من شأنه أن يفتح باب التحايل.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول للصفقات العمومية في الجزائر

أ/3. حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية:

حيث تكون المصلحة المتعاقدة في وضعية حاجة سريعة لخدمة ما يتوقف عليها نشاطها، وقد ضبط المشرع هذه الحالة بشرطين أساسين:

1) عدم توقع الظروف المسببة لهذه الحالة.

2) أن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة .

وعادة ماتتحقق هذه الحالة في ظل الكوارث الطبيعية التي تفرض على الدولة سرعة اتخاذ القرار من أجل تغطية حاجات المنكوبين.

أ/4. حالة مشروع ذي أهمية وأولوية وطنية:

وهي المشاريع الوطنية التي تحمل أعباء ماليةضخمة وبعود تقدير الأهمية الوطنية للمشروع للمصلحة المتعاقدة ما يجعل مساءلتها في ذلك أمر صعب خاصة و أن مصطلح "**الأهمية الوطنية**" غامض و مبهم قد توضع تحته كل المشاريع التي تعود بالنفع على المواطن وفي ظل هذا العنوان طالب الكثير من الولاة بتعميم حالات اللجوء إلى التراضي في معظم المشاريع بالرغم من أن المشرع حاول وضع ضمانة لعدم الانحراف و استغلال هذا الباب و ذلك بفرض الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء آو لمجلس الحكومة و عليه تتحقق هذه الحالة بتوفر شرطين :

1) أن لا تكون الظروف التي استوجبت الاستعجال متوقعة من المصلحة المتعاقدة.

2) أن لا تكون ذلك نتيجة مناورات للمماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة.

وتجدر الإشارة أن هذا النوع من الصفقات تخضع في إبرامها للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار جزائري (10.000.000.000دج)، وإلى الموافقة المسبقة لمجلس الحكومة إذا قلت عن هذا المبلغ

أ/5. ترقية الإنتاج أو الأداة الوطنية للإنتاج:

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

وهي حالة تتميز أيضا بخضوع قرار إبرامها للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10 ملايير دينار جزائري (10.000.000.000دج) ، وإلى الموافقة المسبقة لمجلس الحكومة إذا قل المبلغ عن هذا الحد.

أ/6. **عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية ،أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئاتوالإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.**

ب- التراضي بعد الاستشارة:

هو أسلوب تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإبرام صفقاتها،بإقامة المنافسة بين عدة مترشحين مدعوين خصيصا بوسائل مكتوبة، دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعتمدة في طلب العروض. وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذا النوع من التعاقد إذا تحققت واحدة من الحالات المذكورة على سبيل الحصر في المادة 51 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي حددت كما يلي:

1- حالة عدم جدوى طلب العروض للمدة الثانية.

2- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض (كالطابع السري للخدمات مثلا).

3- حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.

4- حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.

5- حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي ،أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية،وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك.

في الأخير وبناءا على ما سبق يبدوا أن المشرع كرس مبدأ المنافسة الحرة بتقيد حرية المصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل الاقتصادي وفق إجراء طلب العروض الذي يعد القاعدة العامة، وجعل من إجراء التراضي استثناء لا يمكن اللجوء إليه في حالات محددة حصرا.

ثالثا: تصنيف المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية

SAHLA MAHLA
مصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

إن الصفقة العمومية شأنها شأن باقي العقود الإدارية الأخرى تمر بعدة مراحل وإجراءات. ومادامت تتم بين طرفين مختلفين:المصلحة المتعاقدة التي تسعى إلى تحقيق الصالح العام، والمتعامل المتعاقد الذي غايتهمصلحة خاصة هي تحقيق الربح،فإن هذا العقد لا يخلو من الوقوع في النزاع ، الذي قد يحدث في مرحلة الإبرام أو في مرحلة التنفيذ.

1- المنازعات الناشئة عند إبرام العقد:

تختلف الأحكام التي تحكم المنازعات الناشئة عند إبرام الصفقة العمومية عن تلك المتعارف عليها في عقود القانون الخاص،بل وحتى في باقي العقود الإدارية الأخرى،ذلك أن المرسوم الرئاسي 247/15 أعاد النظر في اختيار المتعامل المتعاقد، بتبنيه نظام طلب العروض (عوض المناقصة) كقاعدة، وإجراء التراضي كاستثناء بنص م 39.كما حدد إجراءات وشروط إبرام خاصة بكل نوع منها،التي في حال مخالفتها بحق للمتضرر استعمال الوسائل القانونية المتاحة لحماية حقوقه.

وعادة ما يكون سبب نشوب النزاع بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد في هذه المرحلة بسبب عدم احترام المبادئ التي تحكم عملية الإبرام،كمبدأ العلنية المحكوم بنص المادة 461 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، ومبدأ المنافسة العامة المكرس بنص المادتين 40و78 ،والذي عادة ما يكون سببا في نشوب النزاع في هذه المرحلة بسبب الإخلال به. وكذلك بسبب عدم احترام مبدأ المساواة والشفافية المنصوص عليه في المادة 09.

كما قد ينشأ النزاع بسبب الطريقة التي اختارتها المصلحة المتعاقدة لإبرام الصفقة العمومية، كاعتماد أسلوب التراضي على حساب طلب العروض. وعليه يمكن تصنيف منازعات الإبرام إلى ثلاثة أصناف:

أ- المنازعة بسبب سحب دفتر الشروط وإيداع العروض.

ب-المنازعة بسبب فتح العروض وتقدمها.

ت-منازعات المنح المؤقت للصفقة.

أ- **المنازعة بسبب سحب دفتر الشروط وإيداع العروض:**

Les Contentieux sur les opérations de retrait des cahiers des charges :

تتعدد أسباب نشوب منازعة بسبب سحب دفتر الشروط وإيداع العروض، ومن أكثرها شيوعا:

- طبع عدد محدود من دفاتر الشروط، أو وضع عراقيل تمنع المتنافسين من سحبها.
- تحديد مدة قصيرة لسحب دفتر الشروط أو إيداع طلب العروض أو تمديده دون مبرر.
- تعديل محتوى دفتر الشروط بعد عمليات السحب دون إعلام من سبق وأن سحبوه أوإنقاص بنود أو صفحات من بعض النسخ.
- غياب السجل الخاص بإيداع العروض ،أو التلاعب في تواريخ الإيداع وسلامة الأظرفة من الفتح المسبق.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

ب- منازعات بسبب فتح العروض وتقييمها:

وتنقسم بدورها إلى قسمين:

- منازعات بسبب فتح العروض.
- منازعات بسبب تقييم العروض.

ب/1 منازعات بسبب فتح العروض:

أهم أسباب هذا النوع من المنازعات يتجسد في:

- الفتح المسبق للأظرفة أو قبول عروض خارج الآجال المحددة.

- وضع عراقيل أمام المتنافسين لحضور جلسات فتح العروض.

- التلاعب في إمضاء محضر فتح العروض كتوقيع الصفحة الأخيرة فقط أو غياب توقيع بعض الأعضاء.

ب/2 منازعات بسبب تقييم العروض:

أهم أسباب هذه المنازعات يمكن عرضها كما يلي:

- عدم التأكد من أن المتعاقد المختار لا يقع تحت طائلة الأشخاص الموقعة ضدهم عقوبات أو حالات الإقصاء.

- إلغاء أو توقيف الصفقة دون مبررات.

- عدم تحديد أو عدم إمضاء محاضر التفاوض.

ويصنف هذان النوعان من المنازعات ضمن منازعات المراحل التمهيدية للصفقة العمومية.

ج- منازعات المنح المؤقت للصفقة : Les Contentieux l'attribution provisoire avis d'

SAHLA MAHLA

يعتبر المنح المؤقت للصفقة إجراءا إعلاميا، تحظر بموجبه المصلحة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما، وهذا وفقا لأحكامنص المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15 سالف الذكر.

ويجب أن يتضمن الإعلان كل البيانات والعناصر(المعلومات الشخصية، آجال التنفيذ مبررات الاختيار) للفائز المعلن عنه مؤقتا، ولا يعتبر الحائز حائزا للصفقة بصورة نهائية إلا بعد دراسة الطعون إن وجدت. وعادة ما تبنى هذه الطعون بسبب:

- مخالفة أحكام دفتر الشروط المنصوص عليها قانونا.
- عدم وضوح معايير الاختيار أو غموضها (كعدم تحديد درجة الجودة أو النوعية المطلوبة).

2- المنازعات الناشئة عند تنفيذ العقد:

إن الغرض الأساسي من إبرام الصفقة العمومية هو تنفيذها، و هو ما يرتب آثار قانونية بالنسبة للمصلحة المتعاقدة وكذا المتعامل الحائز على الصفقة.حيث تتولد حقوق والتزامات متبادلة بين الطرفيين ، لكن قد يتعثر هذا التنفيذ فتنشأ نزاعات بين الطرفين عند البدء في التنفيذ أو أثناء التنفيذ أو عند التسليم النهائي للصفقة. وعليه يمكن تقسيم المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد الصفقة العمومية إلى قسمين:

- المنازعات الناشئة بسبب إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته.
- المنازعات الناشئة بسبب إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها.

أ- المنازعات الناشئة سبب إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته:

ينشأ هذا النوع من المنازعات في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية،بسبب إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، إما بالامتناع عن التنفيذ،أو أن الأداء جاء مخالفا لبنود العقد،أو الخروج عن الآجال المحددة لتنفيذ الصفقة ،وهو ما يدفع المصلحة المتعاقدة إلى التدخل إما بالمتابعة القضائية،أو استعمال امتيازاتها كسلطة عامة إما بتوقيع جزاءات على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماتهو التي قد تكون طبيعة مالية أو غير مالية .

أ/1الجزاءات المالية:

نص المرسوم رئاسي 247/15 في مادته 147 على سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاءات مالية في حال إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته في التنفيذ في الأجل المحدد،أو التنفيذ غير المطابق لما جاء في دفتر الشروط ،وتسمى هذه الجزاءاتبالجزاءاتالاتفاقية، لأنه يتم النص عليها في بنود العقد ،وهي عبارة عن جزاءات جزافية أو تأتي في صورة مصادرة مبلغ الضمان (ضمان التعهد)،كفالة حسن التنفيذ،كفالة رد التسبيقات وهي كلها عبارة عن ضمانات تضمن تنفيذ الصفقة في أحسن الظروف.

أ/2 الجزاءات غير مالية: وتنقسم إلى ثلاثة أنواع جزاءات ضاغطة،الفسخ، الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

1/ الجزاءات الضاغطة:الهدف من هذه الجزاءات هو ممارسة الضغط على المتعامل المتعاقد قصد تنفيذ التزاماته التعاقدية،وهي ليست جزاءات اتفاقية.لأن المصلحة المتعاقدة يمكن أن توقيعها حتى في غياب النص عليها في العقد، إلا أن ذلك مقيد بتوافر شروط محددة هي:

- ارتكاب خطأ جسيم عن جانب المتعامل المتعاقد.
- وجوب أعذار المتعامل المتعاقد بذلك.
- منح المتعامل مهلة لتسوية الوضع.

من أهم صور هذه الجزاءات،الشراء على حساب المورد،وضع المتعامل تحت الحراسة،وضع المقاولة تحت الإدارة المالية وغيرها. وتجدر الإشارة انه في حال تنفيذ عقد مناولة المنصوص عليه في المواد من 140 إلى 144 الذي يمكن اللجوء إليه من طرف المتعامل المتعاقد لتنفيذ جزء من الصفقة لا يتجاوز 40 يبقي هذا الأخير هو المسؤول عن عمل المناول اتجاه المصلحة المتعاقدة.

2/ فسخ العقد:

نصت عليه في المواد من 132 إلى 149 من المرسوم 247/15 في حال عدم تنفيذ المتعامل المتعاقدة لالتزاماته التعاقدية في الأجل المحدد ويتخذ الفسخ شكلين:

- **الفسخ من جانب واحد:**

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ عقد الصفقة بإرادتها المنفردة،عندما يكون هناك مبرر بسبب المصلحة العامة ،وحتى من دون ثبوت وجود أي خطأ من جانب المتعامل المتعاقد حسب المادة 150 من المرسوم الرئاسي 247/15،وهذا بعد توجيه أعذار له ومنحه أجلا لاستكمالالتزاماته. وهذا الفسخ يمكن أن يكون فسخا كليا أو فسخا جزئيا في جانب واحد فقط من جوانب التنفيذ، طبقا لأحكام المادة151.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

- **الفسخ التعاقدي:**

يسمى كذلك لأن إرادة الطرفين (المصلحة المتعاقدة، والمتعامل المتعاقد) يشتركان في إقراره عندما يكون المبرر لا يد للمتعامل المتعاقد فيه،لظروف تخرج عن إرادته. وهو ما تم النص عليه في المادة 151 من المرسوم 247/15 وهو يعتبر إمتياز مقرر لحماية المصلحة العامة الأمر، الذي يمنح المصلحة المتعاقدة حق مباشرته حتى لو لم يتم النص عليه في دفتر الشروط الذي يحكم الصفقة.

3- الإقصاء من المشاركة:

وهو جزاء نصت عليه 75 من المرسوم 247/15 يؤدي إلى الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية بشكل نهائي أو مؤقت ،وفقا للسبب الذي لأجله فرض الإقصاء بحسب الحالات التي حددتها هذه المادة.

ب/المنازعات الناشئة بسبب إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها:

قدلا يكون المتعامل المتعاقد هو المقصر الوحيد في عقد الصفقة،بل قد يكون هو نفسه ضحية عدم وفاء المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها المنصوص عليها في عقد الصفقة العمومية،هذهالالتزامات قد تكون من طبيعة

مالية أو غير مالية، وعليه يمكن تقسم المنازعات الناشئة سبب إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها في تنفيذ الصفقة إلى قسمين: إما بسبب الإخلال بالتزاماتها المالي أوالإخلال بالتزاماتها غير مالية.

ب/1- إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها المالية:

إن تنفيذ المتعامل المتعاقد لموضوع الصفقة على الوجه المنصوص عليه في دفتر الشروط يقتضي حصوله على المقابل المالي، قصد تغطية الأعباء المالية لتنفيذ الصفقة والحصول على الأرباح المحققة بهذه الطريقة المشروعة.

لكن قد يحدث أن تخل المصلحة المتعاقدة بالتزامها المالي بعدم تسديد المبلغ المالي المتفق عليه كليا أو جزئيا،أو عدم تسديده في الأجل المتفق عليهما يسبب أضرار للمتعامل المتعاقد،ومن أهم صور إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها المالية،عدم الوفاء بثمن السلع والبضائع في عقود التوريد ،وقد يكون ثمن العمل المقدم في عقود الأشغال العمومية،رفض مراجعة الأسعار أثناء التنفيذ أو بسبب حجز مبلغ الضمان بعد التسليم.

ب/2-إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها غير المالية:

SAHLAMAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

يتخذ عدم التزام الإدارة بالوفاء بالتزاماتها غير المالية عدة صور أهمها:

1/ منازعات بسبب الإخلال بالالتزامات غير المالية العقدية:

وهو يتمثل هذا الإخلال في عدم التزام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزام معين تم النص عليه في عقد الصفقة، كأن تمتنع عن تقديم المواد الضرورية لتنفيذ الصفقة.

2/ منازعات بسبب ممارسة المصلحة المتعاقدة لامتيازاتها:

قد تستعمل المصلحة المتعاقدة الامتيازات الممنوحة لها كسلطة تتمتع بامتيازات السلطة العامة تحقيقا للصالح العام على نحو غير مشروع (تعسفي) ،ما يسبب أضرار للمتعاقد معها.بل وقد تستعمل هذه الامتيازات بصفة مشروعة ومع ذلك تتسبب في ضرر للمتعاقد معها. وفي كلتا الحالتين بحق التعويض للمتعاقد معها.

3/منازعات بسبب ظروف خارجة عن إرادة الطرفين:

قد يكون مصدر المنازعة الناشئة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد ظروف خارجة عن إدارة الطرفين، بسبب وقائع وأحداث غير متوقعة تؤدي إلى استحالة تنفيذ الصفقة وهي بدورها تأخذ عدة أشكال:

- **حدوث ظرف طارئ:**

الظرف الطارئ هو ظرف غير متوقع لا يؤدي إلى استحالة التنفيذ وإنما يؤثر على خطة وشروط التنفيذ،ما قد يوقع المتعامل المتعاقد في خسارة كبيرة مع بقاءه ملزما بمتابعة التنفيذ:كارتفاع أسعار أوندرة المواد الضرورية للصفقة. في هذه الحالة ،ووفقا لنظرية الظروف الطارئة للمتعامل المتعاقد الحق في الحصول على تعويض جزئي، يكون بمثابة تحمل المصلحة المتعاقدة لجزء من هذه الخسارة،ويتم التعويض تحت رقابة القضاء.

- **حدوث قوة قاهرة:**

هو في العادة مستقل عن إرادة طرفي العقد ويصعب توقعه مسبقا، يحول دون تنفيذ الصفقة جزئيا أو كليا.

- **حدوث صعوبة مادية:**

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

الصعوبة المادية التي قد تطرأ على موضوع الصفقة العمومية هي أيضا من طبيعة غير متوقعة ،تكون بسبب استحالة مادية ما ،كأن تكون أرضية تنفيذ الصفقة من طبيعة استثنائية غير متوقعة، فتزيد من الأعباء المالية على المتعاقد مما يؤدي إلى تعويض المتعاقد المرهق ماديا[23].

كان هذا تصنيف للمنازعات التي تثيرها الصفقات العمومية في الواقع العملي، سواء في مرحلة إبرامها أو تنفيذها، محدثة عراقيل تحول دون ذلك ،مما يؤدي إلى تعطيل عجلة التنمية ، ما يستوجب البحث عن آليات من أجل إزالة هاته العراقيل،وتسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية في أقرب الآجال، وضمان السير الحسن للحياة التنموية واستمرار تقديم الخدمات وتنفيذ المشاريع على أكمل وجه ،وهو ما سنتطرق إليه في المحور الثاني.

المحور الثاني :

التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

إن اللجوء إلى القضاء ليس هو الطريق الوحيد لحل كل منازعات أشخاص القانون العام،ذلك أن التطور الحاصل في القانون الإداري طور وسائل وإجراءات ووسائل بديلة لتسوية النزاعات وحلها خارج الدعوى القضائية،توفيرا للجهد والوقت وتقليصا لحجمها في المستقبل خاصة، وأن القضاء بطئ بطبيعته حتى في أرقي دول العالم.فأغلب الدول تعاني من طول عمر النزاع بسبب ثقل الإجراءات وكثرة الطعون التي رسمها القانون ،وغالبا ما ينجر عنهذا تراكم القضايا أمام المحاكم، و شعور المتقاضي بعدم الأمان لدور القضاء.

وأمام الأهمية البالغة التي تكتسيها الصفقات العمومية، وأثرها البالغ في تطوير الاقتصاد،من خلال تنفيذ البرامج والخطط الاستثمارية،وتفاديا للعراقيل التي تحول دون تنفيذها بسبب وقوع منازعات بشأنها قد تتسبب في تأخير تنفيذها، و من ذلك إلى تعطيل عجلة التنمية، تدخل المشرع الجزائري بالبحث عن آليات وحلول لتسوية هذه المنازعات،تعتبر بمثابة حلول بديلة للحل القضائي، نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، الذي يعتبر القاعدة العامة والأصل. كما تدخل قانون الصفقات العمومية 247/15و خصص قسما كاملا بعنوان "**التسوية الودية للنزاعات**" يحتوي على ثلاث مواد 155،154،153.

حيث جاء في نص المادة 153 "تسوى النزاعات التي تطرأ عن تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف في الطرفين.
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة."

كما قدم قانون الصفقات العمومية 247/15 طريقا آخر لتسوية منازعاتها، من خلال الطعن أمام اللجان المختصة ،زيادة على حق الطعن المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك في نص المادة 82.

وتم الاعتراف أخيرا ب"**التحكيم**"كآلية فعالة في تسوية المنازعات الإدارية عموما، ومنازعات الصفقات العمومية على وجه الخصوص، بعد أن كان يتخذ موقفا معارضا لإعمال هذه الآلية لمدة طويلة من الزمن، وذلك من خلال إفراد مواد له في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 976 و975 ،1006 إلى 1061 أين سمح بتطبيق هذه الآلية على منازعات الصفقات العمومية بنص المادة 1006 في فقرتها الأخيرة.و

عليه سنتطرق إلى الحل الودي للنزاع ثم عرض النزاع على لجنة التسوية الودية كما سنتناول الطعن الإداري الذي يتم أمام لجان خاصة لننتهي في الأخيرإلى الطرق المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هي التحكيم الوساطة و الصلح.

القسم الاول : الحل الودي للنزاع

تبنى المشرع الجزائري مبدأ الحسم الودي لمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ، حتى يمكن أطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم من جهة، ويضمناستلام المشروع في آجاله من جهة أخرى. حيث نص بموجب المادة 2/153 من المرسوم 15/ 247:

" يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه،أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع إنجاز موضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة".

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

ثم أضاف لاحقا في المادة نفسها فقرة 3 أنه "في حال عدم أتفاق الطرفين يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة". وعليه يمكن القول أن التسوية الودية تتم على مرحلتين:

- التفاوض المباشر مع المصلحة المتعاقدة.
- عرض النزاع على اللجنة التسوية الودية.(انظر المخطط التوضيحي-2- في الملحق)

اولا/التفاوض المباشر:

باستقراء هذه المادة153 سالفة الذكر وتحليلها تستنتج أن المشرع الجزائري أسس طريقة جديدة لتسوية هذا النوع من المنازعات (منازعات الصفقات العمومية) تتمثل في التفاوض المباشر،وأضفى عليها صيغة الوجوب من جانب المصلحة المتعاقدة متى تعلق الأمر بتنفيذ صفقة عمومية في الحالات الثلاث فقط التي تم النص عليها. و بمفهوم المخالفة لا نجد أي مجال للتفاوض إذا خرج الأمر عن تلك الحالات الثلاث ،كعدم احترام المتعاقد لطريقة الإنجاز،عدم إتباع الطرق التقنية المتفق عليها..... وغيرها. لذا سنتولى شرح هذه الحالات الثلاث كالآتي:

الحالة الأولى:إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين.

يقصد بالتوازن في تحمل التكاليف التوازن المالي الناشئ بين الطرفين المتعاقدين في الصفقة العمومية ،الذي قد يتعرض إلى الاختلال عند مرحلة التنفيذ لظروف ما،عادة ما تجعل المتعاقد يتحمل أعباء أكثر من تلك التي تم الاتفاق عليها في العقد. واللجوء للقضاء قصد إعادة هذا التوازن من شأنه أن يرهقه ماديا ويطيل في أجل تنفيذ الصفقة ، لذا يجب على المصلحة المتعاقدة أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف الجديدة وتتفهمها، وتنصف المتعامل المتعاقد بأن تتحمل جزء من هذه التكاليف،وبهذا تكون قد حسمت النزاع ودي.

الحالة الثانية :التوصل إلى إنجاز أسرع لموضوع الصفقة

أكد المشرع الجزائري على العامل الزمني وأهميته في تنفيذ الصفقة العمومية، ما يجعل التسوية الودية هي الحل الأمثل والأسرع لحسم النزاع في مرحلة التنفيذ مقارنة بالحل القضائي، الذي لا بد أن يستغل الإجراءات القانونية بآجالها.

الحالة الثالثة: الحصول على تسوية نهائية في وقت أسرع وبأقل تكلفة

SAHLA MAHLA
المحامي الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

أكد المشرع الجزائري من خلال هذه الحالة أن تكون التسوية الودية لا بد أن تعطي حل نهائيا للنزاع الناشئ في مرحلة التنفيذ ،وقرنت فكرة التوصل إلى هذا الحل النهائي بعامل الزمن سالف الذكر من جهة،وقله التكلفة التي من شأنها تحقيق هذه التسوية الودية.

وتجدر الإشارة هنا أن المادة 4/153 أو جبت على المصلحة المتعاقدة ضرورة أن تضمن دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

وعليه فإن المشرع نص صراحة على ضرورة تبني الحل الودي، إذا كان يرمي إلى تحقيق الأهداف المنصوص عليها في المادة 2/153 ،شرط أن لا يمس اللجوء إليه بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

ثانيا/عرض النزاع على لجنة التسوية الودية:

في حال عدم التوصل إلى حل للنزاع القائم أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل وفق أسلوب التفاوض المباشر.عندها يحال النزاع أمام لجنة التسوية الودية المختصة،حسب طبيعة الصفقة المبرمة، التي يتعين عليها أن تبحث في العناصر القانونية والوقائع قصد إيجاد حل ودي ومنصف.ونصت المادة 2/154و3 على نوعين من هاته اللجان:

أ- لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية:

يتم إنشاءها لدى كل وزارة ومسؤول هيئة عمومية، تتولى مهمة تسوية النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية التي تبرمها الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها.

ب- لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية:

يتم إنشاءها على مستوى الولاية، وتعمل على تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية التي تبرمها

- الجماعات الإقليمية(الولاية والبلدية)
- منازعات تنفيذ الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية والمصالح غير الممركزة المحلية التابعة للجماعات الإقليمية.
- منازعات تنفيذ الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح غير الممركزة للدولة.

تخضع عملية التسوية الودية لإجراءات خاصة، تبدأ من خلال عرض الطرف الشاكي (الذي قد يكون هو المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد) للنزاع أمام اللجنة المختصة، بأن يوجه إلى أمانة اللجنة تقريرا مفصلا مرفقا بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل استلام، ثم تستدعى أمام رئيسي اللجنة بنفس الطريقة لإعطاء رأيها في النزاع في أجل 10 أيام من تاريخ مراسلتها كأقصى حد.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

يتعين على اللجنة المختصة أن تصدر رأيها المبرر في النزاع بعد دراسته في أجل 30 يوما كأقصى، حد من تاريخ جواب الطرف الخصم، ويبلغ هذا الرأي لطرفي النزاع ،ثم يبقى على المصلحة المتعاقدة أن تبلغ قرارها إلى المتعامل المتعاقد،وسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وللجنة التسوية الودية في أجل أقصاه 08 أيام من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل استلام.

من خلال هذا الطرح يتبين لدينا أن لجنة التسوية الودية يمكنها أن تلعب دور فعال في تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، بما يقلل الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، إلا أن رأيها يبقى مجرد رأي استشاري، مادام القرار في النزاع سيعود للمصلحة المتعاقدة بقبول هذا الرأي أو رفضه

-خاصة و أن المادتين 136 و 137 من المرسوم الرئاسي 247/15 تبيح صراحة للمصلحة المتعاقدة حق إعادة النظر في أسعار الصفقة وقفا للظروف المستجدة

- وتتشكل هذه اللجنة من: ممثل عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية (رئيسا)،ممثل عن المصلحة المتعاقدة،ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة كما جاء في المادة 2/154 من المرسوم 247/15 سالف الذكر.

جاءت تشكيلة هذه اللجنة كما يلي: ممثل عن الوالي رئيسا،ممثل عن المصلحة المتعاقدة،ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع، ممثل عن العون العمومي المكلف كما وردت بنص المادة 3/154 من المرسوم 247/15 سالف الذكر

- وقد ورد تفصيل هذه الإجراءات والآجال القانونية اللازمة لعرض المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة النزاع على اللجنة في نص المادة 155 من المرسوم الرئاسي 247/15 سالف الذكر

القسم الثاني: الطعن الاداري في منازعات الصفقات العمومية

وضع المشرع الجزائري مجموعة من الضمانات القانونية التي تكفل حماية الطرف المتعاقد من التجاوزات الواقعة في حقه، عن طريق آليات تعمل على تسوية مختلف الخلافات الطارئة أثناء عملية إبرام الصفقة العمومية. وفي هذا الصدد كرس قانون الصفقات العمومية حق ممارسة الطعن في قرارات المصلحة المتعاقدة، وهذا من خلال نص المادة 82 جاعلا منه حلا داخليا حتى لا يصل النزاع إلى القضاء.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

أولا/ماهية الطعن الإداري في مجال الصفقات العمومية :

نصت المادة 1/82 من قانون الصفقات العمومية 247/15: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به،يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغاءه، أو إعلان عدم جدوي،أو إلغاء الإجراء في إطار طلب العروض، أو إجراء التراضي بعد الاستشارة أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة"

-إن الطعن الذي قصدته المادة 82 من المرسوم 247/15 ليس بالطعن القضائي، وإنما هو طعن موجه إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة، التي ماهي إلا جهة إدارية مخولة بنظر الطعون المقدمة لها في حدود اختصاصاتها. وعليه فإن الطعن المقصودهناما هو إلا الطعن الإداري الذي يمكن تعريفه على أنه:

"طلب أو شكوى مرفوعة من طرف متظلم إلى السلطة الإدارية المختصة لفض خلاف أو نزاع عن عمل قانوني أو مادي للإدارة."

فهل هذا يعني أنه هو نفسه النظم الإداري المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 830 ق إ م إ؟

الإجابة على هذا التساؤل تقتضى تحديد الطبيعة القانونية للطعن الإداري المنصوص عليه في قانون الصفقات العمومية.

إن الطعن الإداري المنصوص عليه بموجب المادة 82 من قانون الصفقات العمومية ليس هو نفسه الطعن الإداري المنصوص عليه في م 830 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،لأنه لو كان الأمر كذلك لما وردت عبارة "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به

2- نطاق الطعن الإداري في مادة الصفقات العمومية وفق المرسوم 247/15

حصرت المادة 1/82من المرسوم الرئاسي 247/15 حق اللجوء إلى الطعن أمام لجان الصفقات العمومية المختصة في قرارين اثنين:

- قرار المنح المؤقت أو إلغاء.
- قرار عدم الجدوى أو إلغاء.

سواء تعلق الأمر بإجراء طلب العروض أو التراضي بعد الاستشارة.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

أ-المنح المؤقت للصفقة أو إلغاءه:

يعرف المنح المؤقت للصفقة بأنه إجراء إعلامي، بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما، نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرضين المالي والتقني.

ومن المعلوم أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض لا تتمتع بصلاحية اتخاذ القرار النهائي المتعلق بالصفقة باعتبار أنها هيئة رقابة إدارية فقط،وإنما يعود للمصلحة المتعاقدة وحدها قرار الإرساء المؤقت للصفقة على أحد المتعهدين المقبولين من طرف اللجنة..كما يمكن إلغاء إجراء طلب العروض وجوبيا عندما يتعلق الأمر بالصالح العام بالاستغناء عن الإجراء نهائيا قبل البت فيه ،وذلك بسبب ظهور مستجدات تغير من احتياجات المصلحة المتعاقدة.

وأكد المشرع الجزائري أنه في حالة الطعن في المنح المؤقت ،لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسة إلا بعد انقضاء أجل 30 يوما ،ابتداء من تاريخ نشر الإعلان المنح المؤقت للصفقة.وعليه لا يصبح قرار المنح المؤقت نهائيا بمجرد انقضاء فترة الطعون في حالة عدم تقديم أي طعن،أو بمجرد إصدار اللجنة المختصة لرأيها سلبا في الطعون المقدمة لها.

ب-عدم الجدوى من الصفقة أو إلغاءه:

إعلان عدم الجدوى من إجراء الصفقة العمومية منصوص عليه في المادة 2/40.

ثانيا/اللجان المختصة بنظر الطعون:

خول قانون الصفقات العمومية سلطة البت في الطعون الإدارية إلى لجان مختصة مدرجة على المستوى المحلي والمركزي، تعتبر هذه الوظيفة نوعا من الرقابة الإدارية الخارجية. والملاحظ أن المشرع الجزائري إعتمد عدد من هذه اللجان المختلفة من حيث التكوينوالاختصاص، وأعاد تنظيمها بموجب المواد من 165 إلى 190 من المرسوم الرئاسي 247/15،حيث يمكن تقسيمها وفق هذا المرسوم الأخير على إلى:

1/لجان الصفقات العمومية غير المركزية:

وتشمل نوعين من اللجان،اللجان المحلية واللجان الخاصة بالمؤسسات العمومية والهيكل غير الممركز:

أ- اللجان المحلية:

وهي لجان محدثة على المستوى المحلي تتولى دراسة الطعون المرفوعة لها بسبب صفقة مبرمة في حدود إختصاصها وهي على نوعين:

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

- اللجنة الولائية للصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 173 من قانون الصفقات العمومية.
- اللجنة البلدية للصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة174من قانون الصفقات العمومية.

ب- اللجان الخاصة بالمؤسسات العمومية والهيكل غير الممركز:

وفيها فرق المشرع الجزائري بني المؤسسات العمومية الوطنية وتلك المحلية وعلى هذا الأساسي قسمت إلى قسمين:

- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري المنصوص عليها في المادة 172من قانون الصفقات العمومية.
- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري المنصوص عليها في المادة175من قانون الصفقات العمومية.

ج/ اللجان المركزية:

وهي لجان محدثة على المستوى المركزي تختص بنظر الطعون المرفوعة لديها بسبب صفقة عمومية من طبيعة مركزية ،حيث تنقسم هذه اللجان حسب اختصاصاتها غلى نوعين:

- اللجنة الجهوية للصفقات العمومية ونصت عليها المادة 171من قانون الصفقات العمومية.
- اللجنة القطاعية للصفقات العمومية ونصت عليها المادة 185من قانون الصفقات العمومية.

ما يمكن قوله في الأخير أن هذه اللجان عرفت تطورا تبعا للمراسيم المتلاحقة المنظمة للصفقات العمومية،فبعد أن كانت بموجب المرسوم الرئاسي 250/02 عبارة عن لجنة واحدة ،تحال أمامها كل منازعات الصفقات العمومية على مستوى التراب الوطني وفي كل القطاعات، وهو ما يسجل مركزية شديدة في التنظيم .إلا أن المراسيم المتعاقبة، وصولا إلى المرسوم 247/15 شتت هذه المركزية،بحسب طبيعة واختصاص كل لجنة،وهو ما أدى إلى تقاسم الأعباء والرقابة وتنسيق الجهود.

ثالثا/- إجراءات الطعن الإداري أمام لجان الصفقات العمومية المختصة:

إن اللجوء إلى الطعن أمام لجان الصفقات العمومية المختصة قصد تسوية النزاع القائم بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، يدعونا إلى القول أن هذه اللجان لا تتحرك في هذا الإطار من تلقاء نفسها، بل لابد من إخطارها عن طريق المتعهد المعنى الذي قدم عطاءه واحتج على اختيار المصلحة المتعاقدة، أو بسبب إعلانها عدم الجدوى أو الإلغاء في الحالتين،إذ كنا بصدد إجراء مسابقة أو طلب عروض محدود.

1- إجراءات تمكين المتعامل المتعاقد من الطعن من طرف المصلحة المتعاقدة:

أعطى المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية للمتعامل المتعاقد مجموعة من الضمانات التي يتعين على المصلحة المتعاقدة الالتزام بها لتمكين المتعامل المتعاقد من تقديم طعنه في أحسن الظروف، تتمثل هذه الضمانات التي جاءت في شكل إجراءات على التوالي كما يلي:

أ- على المصلحة المتعاقدة أن تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية عن الحائز على الصفقة مؤقتا مع البيانات اللازمة المتعلقة به.

ب-يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في إعلان المنح المؤقت المرشحين والمتعهدين الراغبين في الإطلاع على النتائج المفصلة للتقييم العروض التقنية والمالية،الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه 03 أيام،يبدأ من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت لتبليغهم كتابيا.

ت-على المصلحة المتعاقدة أن تعلم المتعهدين بقراراتها فيما يخص عدم الجدوى وإلغاء إجراء إبرام الصفقة أو إلغاء منحها المؤقت برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام.

ث-على المصلحة المتعاقدة دعوة المتعهدين الراغبين في الإطلاع على مبررات قراراتها الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه 03 أيام،ابتداء من تاريخ استلام الرسالة المذكورة. ،و يتعين عليها تبليغهم هذه النتائج كتابيا.

ج- يتعين على المصلحة المتعاقدة الإشارة إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن في إعلان المنح المؤقت ،حتى لا يخطأ المتعامل المتعاقد بإرسال طعنه إلى لجنة أخرى بالخطأ. وحتى في هذه الحالة تتولى هذه الأخيرة إرسال الطعن إلى اللجنة المختصة.

2- إجراءات تقييم الطعن أمام اللجنة المختصة:

تختلف إجراءات تقديم الطعن أمام اللجنة المختصة بحسب ما إذا كنا بصدد

- الطعن في إعلان المنح المؤقت.
- الطعن في إلغاء الإبرام (إعلان عدم الجدوى) أو في إلغاء المنح المؤقت

ويتجسد هذا الاختلاف من حيث حساب الآجال كما يلي:

2/أ) آجال الطعن في إعلان المنح المؤقت:

SAHLA MAHLA

وتختلف هذه الإجراءات تباعا بحسب ما إذا كنا **بصدد الطعن في المنح المؤقت عموما** أو **الطعن في إعلان المنح المؤقت في إجراء المسابقة أو طلب العروض المحدود**،بحيث حددأجل الطعن بـ 10 أيام من تاريخ الإعلان عن المنح المؤقت في الحالة الأولى، ونفس الأجل أي 10 أيام لكنها تبدأ من تاريخ نهاية الإجراء في حالة الثانية. أي عندما يتعلق الطعن بإعلان المنح المؤقت في إجراء المسابقة أو طلب العروض المحدود.

الطعن في إعلان المنح المؤقت.

2/ب آجال الطعن في قرار إلغاء الإبرام(عدم الجدوى) أو إلغاء المنح المؤقت:

إذا ما تعلق الأمر بالطعن في قرار الإلغاء سواء تعلق بإلغاء الصفقة (عدم الجدوى) أوالطعن في إلغاء المنح المؤقت ،وحد المشرع في أجل الطعن أمام اللجنة المختصة إبتداءا من تاريخ استلام رسالة إعلام المترشحين التي تبلغهم بالنتائج.

- الطعن في إلغاء الإبرام (عدم الجدوى) تاريخ استلام رسالة

- الطعن في إلغاء المنح المؤقت. الخاصة بتبليغ النتائج 10أيام الطعن أمام اللجنة المختصة

3- أجل الفصل في الطعن من قبل اللجنة المختصة.

تأخذ لجنة الصفقات المختصة قرارها في أجل 15 يوما يبدأ حسابها إبتداءا من تاريخ انقضاء أجل ال10 أيام المذكورة سالفا الممنوحة للطعن ، تبلغ قرارها للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

وضع المشرع الجزائري مجموعة من الضمانات القانونية التي تكفل حماية الطرف المتعاقد من التجاوزات الواقعة في حقه، عن طريق آليات تعمل على تسوية مختلف الخلافات الطارئة أثناء عملية إبرام الصفقة العمومية. وفي هذا الصدد كرس قانون الصفقات العمومية حق ممارسة الطعن في قرارات المصلحة المتعاقدة، وهذا من خلال نص المادة 82 جاعلا منه حلا داخليا حتى لا يصل النزاع إلى القضاء.

القسم الثالث : التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

يعد التحكيم نظام قانوني عرفته معظم التشريعات القديمة والحديثة على حد سواء، على أساس أنه أحد وسائل فض المنازعات على المستوى الداخلي والدولي، والذي تعدى نطاق المنازعات المدنية والتجارية والدولية،ليشمل المنازعة الإدارية، خاصة بعد تدخل الدولة وأشخاص القانون العام في الحياة الاقتصادية بعلاقات أصبحت تربطها بأشخاص القانون الخاص الوطني وحتى الأجنبي. الأمر الذي ترتب عليه ظهور فكرة التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

اولا /ماهية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية:

أصبح التحكيم يحتل مكانة بارزة بين بدائل تسوية المنازعات الداخلية والدولية،خاصة بعد أن سمحت التشريعات المقارنة باللجوء إليه لتسوية منازعات الصفقات العمومية ومنها المشرع الجزائري.

1-تعريف المشرع الجزائري للتحكيم:

عرف المشرع الجزائري "التحكيم" بموجب المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه:"الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"

وكانت المادة 1006 قد أجازت للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية أوفي إطار الصفقات العمومية.كما عرفه مرة أخرى بنص المادة 1011 بأنه:"هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"

باستقراء المادتين 1006 و1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نستنتج أن التعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للتحكيم يخص التحكيم في كافة المنازعات مهما كانت طبيعتها ،وليس فقط منازعات الصفقات العمومية على وجه الخصوص، خاصة و أن المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمراسيم التي سبقته جاؤوا خالين من أي تعريف لهذا الإجراء في مجال الصفقات العمومية.بل تمت الإشارة له فقط في بعض المواد كالمادة 153 فقرة أخيرة.

لكننا نرى أن إعطاء تعريف للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية لن يغير في تعريف التحكيم شئ، لأنه مهما طبق في منازعات عدة مهما كانت طبيعتها فإنه يظل الإجراء نفسه.

2- صور التحكيم:

قد يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية نزاع ذا طابع إداري قبل نشوء النزاع بينها،فيأتي في صيغة شرط في العقد الأصلي أو بالإحالة إليه،كما قد يردفي صورة مشارطة تحكيم إذا تم الاتفاق عليه بعد نشأة النزاع، سواء كان النزاع دولي أو داخلي.

SAHLA MAHLA
الموقع الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

1. **شرط التحكيم في العقود الإدارية:**

نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1007من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،ويقصد به ذلك الشرط الذي يردفي بنود العقد الذي تبرمه الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها،والمتعامل معها،بمقتضاه يتم الاتفاق على أن ما يمكن أن ينشأ عن تفسير الصفقة أو تنفيذها من منازعات يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم. وعلى هذا الأساس ،على الأطراف التي اتفقت على ذلك أن تمتنع على إقامة الدعوى أمام القضاء الإداري قبل أن ينظر في النزاع من قبل المحكمين.

1. **اتفاق التحكيم:** و هو الذي نصت عليه المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ويسمى أيضا مشارطة التحكيم،التي تعني اتفاق تبرمه المصلحة المتعاقدة مع المتعاقد معها على اللجوء إلى التحكيم بصدد نزاع قائم فعلا بينها، بشأن تنفيذ أو تفسير صفقة عمومية

وتجدر الإشارة أن اللجوء إلى إجراء التحكيم في منازعات الصفقات العمومية التي تكون الأشخاص المعنوية العامة أحد أطرافها يكون بمبادرة من:

- الوزير المعني أو الوزراء المعينين عندما يكون التحكيم متعلق بالدولة.
- الوالي أو ورئيس المجلس الشعبي البلدي على التوالي إذا كان التحكيم متعلق بالولاية والبلدية.
- الممثل القانوني أو ممثل السلطة الوصية التي تتبعها عندما يكون التحكيم متعلق بمؤسسة عمومية ذات طابع إداري.

ثانيا/ إجراءات التحكيم:

تنقسم إجراءات التحكيم وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى قسمين:

إجراءات التحكيم الداخلي وإجراءات التحكيم الدولي

1/إجراءات التحكيم الداخلي:

تتوجه إرادة طرفي الصفقة العمومية إلى التحكيم الداخلي وفق ما نصت عليه المادتين 1007و1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتم تعين المحكم باتفاق الطرفين، وفي حالة عدم اتفاقهم يتولى تعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها إبرام العقد أو محل تنفيذه.و يتولى المحكم إنجاز التحقيق وسماع الأطراف.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

إذا لم يحدد الأطراف أجلا للتحكيم يتعين على المحكمين إتمام مهمتهم في ظرف 4 أشهر ابتداء من تاريخ تعينهم، أو من تاريخ إخطار المحكمة التحكيم طبقا لنص المادة1018 ق إ م إ

2/إجراءات التحكيم الدولي:

الأصل أن تعيين هيئة التحكيم يكون باتفاق طرفي الصفقة العمومية، لكن في حال ظهور وصعوبة في تعيينهم، للطرف الذي يهمه التعجيل أن يرفع الأمر إلى:

- رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.
- رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج ، واختار الطرفيين تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

وتجدر الإشارة هنا أن القانون لم يحدد مهلة للتحكيم،و بالتالي فان الأمر يعود لسلطان الإرادة. وإذا لم يمارس سلطان الإرادة خيارا فلا يكون للتحكيم الدولي مهلة.

- نستنتج مما سبق أن تشكيل هيئة التحكيم يكون بموافقة الخصوم، وإذا حدث مايحول دون ذلك، فإن الجهة القضائية هي التي تقوم بالتعيين وفق مقتضيات قانون الإجراءات المدنية والإدارية.و لهيئة التحكيم الاستعانة بخبير أو أكثر.

ثالثا/حجية حكم التحكيم والطعن فيه:

- تفصل محكمة التحكيم في النزاع بحكم يودع لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة حتى يمكن إكساؤه الصيغة التنفيذية . وهنا تنقطع علاقة هيئة التحكيم بالحكم نهائيا، إلا ما تعلق منه بالتفسير أو تصحيح الأخطاء المادية.

يتقدم من صدر الحكم لصالحه بطلب قضائي قصد الأمر بالتنفيذ بعدما اكتسى حجية الشئ المقضي فيه، إلا أنها حجية نسبية تسري على طرفي النزاع دون الغير.

-أما بالنسبة للطعن في حكم التحكيم،فرق المشرع الجزائري بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي:

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

- **في التحكيم الداخلي:**

أجاز المشرع إمكانية الطعن بالاستئناف في التحكيم الداخلي وفقا لأحكام المادة 1033.كما تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض.

- **في التحكيم الدولي:**

و نصت عليه المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث لا تسري عليه أحكام الطعن في التحكيم الداخلي، ذلك أن أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر يكون متاحا فيها طلب بالبطلان في حالات حددتها المادة 1056 على سبيل الحصر ،أما الأحكام الصادرة في الخارج فلا تقبل الطعن باستثناء.

- إمكانية استئناف القرار الصادر بالاعتراف أو برفض تنفيذ الحكم حسب المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- إمكانية الطعن بالبطلان في الحكم الدولي الصادر في الجزائر في حالات المادة1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

في الأخير، يمكننا القول أن باب التحكيم فتح أمام منازعات الصفقات العمومية،وهو أمر تم استنتاجه من خلال الربط بين المواد 800، 975 والمادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من جهة، والمادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15 سالف الذكر، وذلك في إطار ما قضت به المادة 153 من نفس المرسوم ،أي في حال عدم التوصل إلى حل ودي يقضي بإيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية.

القسم الرابع : الصلح والوساطة

جاء في نص المادة 153 من المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام في فقرتها الأولى "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها" ما يعني أن منازعات تنفيذ الصفقات العمومية تخضع للإجراءات المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08،أي ما تضمنه هذا القانون من وسائل ودية لحل النزاعات. والتي تتمثل أساسا في الصلح والوساطة إلى جانب التحكيم والتظلم الإداري الذي سبق الإشارة إليها، لذا سنتناول في هذه الجزئية كل من الصلح والوساطة كآليات ودية لفض منازعات تنفيذ الصفقات العمومية.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

اولا/إجراء الصلح:

ورد تعريف الصلح في المادة 459 من القانون المدني بنصها:"الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو سيتوفيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل من منهما على وجه التبادل على حقه". وعليه فإن الصلح وسيلة قانونية هامة لتسوية النزاعات بطريقة وديه، وأجاز المشرع اللجوء إليه في جميع النزاعات، حيث نصت المادة 04 من ق إ م إ "يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أي مادة كانت" والتي من بينها المنازعات الناشئة في الصفقات العمومية .

وكان المشرع الجزائري قد حدد الإطار القانوني للصلح إضافة للمادة 4 من ق إ م إ في موضعين من المادة 970 إلى 974 ومن المادة 990 إلى 993 باعتباره آلية وقائية وعلاجية قد يتم بسعي من أطراف النزاع أو من طرف القاضي (بعد موافقة الأطراف المتنازعة) ،في أي مرحلة تكون فيها الدعوى. وهو إجراء جوازي طبقا لأحكام المواد 970 و990 التي بدأت بعبارة "يجوز..."

في حال تصالح الطرفين يحرر محضر، بذلك يوقع من طرف الخصوم والقاضي وأمين الضبط، يودع بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة، ونظرا لأهمية الصلح في فض المنازعاتفقد رفعه المشرع الجزائري إلى مصف

السندات التنفيذية حسب المادة 8/600 ق إ م إ بنصها :" إن السندات التنفيذية هي..... محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة والمودعة بأمانة الضبط"

وكذا المادة 993ق إ م إ بنصها:" تعد محضر الصلح سندا تنفيذيا لمجرد إيداعه بأمانة الضبط" وعليه فإن الصلح يؤدي إلى تسوية النزاع وغلق الملف وانقضاء الدعوى، أماني حال عدم التوصل إليه فإن باب القضاء يبقي مفتوحا لفض النزاع.

ثانيا/الوساطة: La Médiation

تعتبر الوساطة من الآليات القانونية الجديدة لتسوية النزاعات، تم استحداثها لما تتمتع به من مزايا ،كونها توفر الوقت والجهد والنفقات عل الخصوم، تناولها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية الإدارية وخصص لها 12 مادة من المادة 994 إلى 1005تناول من خلالها الإطار القانوني لهذه الآلية الودية دون إعطاء تعريف لها.

يمكن تعريف الوساطة باللجوء إلى الفقه على أنها:" آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين طرفين متخاصمين. حيث يعمل هذا المحايد على تقريب وجهات النظر بين الطرفين وتسهيل التواصل بينها ومساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة لفض النزاع ".الأصل في الوساطة أنها تتم في شكلين.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

إما **وساطة تعاقدية**: تبني على اتفاق الأطراف في اللجوء إلى وسيط في حال ظهور و نزاع بينهما.

وساطة قضائية: وهي التي تتم بمسعى من القاضي.

لكن المشرع الجزائري أخذ بالوساطة القضائية دون التعاقدية عملا بنص المادة 994 ق إم إ في فقرتها الأولى"يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام...." والتي لم تستثني منازعات الصفقات العمومية.

- جعل المشرع من الوساطة إجراء وجوبي على القاضي، لكنه لا يصبح نافذا إلا بقبول الخصمين له، ويتم تعيين الوسيط الذي قد يكون شخص طبيعي أو معنوي. ويبقي القاضي متابعا لإجراءات القضية، وله سلطة واسعة في إتخاذ التدابير التي من شأنها المساهمة في حل النزاع.
- عملية الوساطة قد تكون مطلقة تشمل كل النزاع أو جزء منه،ومدتها لا تتعدى 03 أشهر على الأكثر يمكن تجديدها مرة واحدة بطلب من الوسيط وبموافقة الخصوم[7].
- تنهي الوساطة بطريقين:

- **دون تحقيق الهدف منها** و ذلك من طرف القاضي بناءا على طلب الخصوم، أو بطلب من الوسيط نفسه، أو من تلقاء نفسه، أو بعدم التوصل لحل يرضي الطرفين لتستكمل الطريق القضائي لحل النزاع

أو بعدم التوصيل لحل يرضي الطرفين.

- **بتحقيق الهدف منها**،أي بتوصل الوسيط إلى حل يرضي الطرفين، فيحرر الوسيط محضرا يوقعه هو والخصوم ويصادق عليه القاضي بموجب أمر لا يقبل أي طعن، بحيث يعد محضر الإتفاق من السندات التنفيذية.

في الأخير يمكننا القول أن كل من الصلح والوساطة هي وسائل ودية لحل النزاعات عموما ،ومنازعات الصفقات العمومية خصوصا ،كما أشارت إليه المادة 1/135ق إم إ ضمنا ،لكنها في الواقع غير مجسدة فعليا في مجال الصفقات العمومية.

من خلال هذا العرض لآليات التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية يمكننا القول أن التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية تمتاز بإجراءاتها السهلة والبسيطة، والتي تبحث بشكل جدي لوضع حل نهائي لهذه المنازعات بصيغة ودية رضائية ، الأمر الذي ينتج عنه اختصار للجهد والوقت والمال في تجاوز النزاع.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

المحور الثالث:

الآليات القضائية لتسوية منازعات الصفقات العمومية

منح المشرع للمتضرر من الصفقات العمومية في حال فشل التسوية الودية التي سبق تناولها في المحور الثاني، وسائل قانونية أخرى لتسوية النزاعات الناشئة عنها، من خلال حقه في اللجوء إلى التسوية القضائية. التي تعني اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع وهي جهة مستقلة تماما عن الإدارة النزاع.

لكن المتتبع لحركة تطور القضاء في الجزائر خاصة بعد الإستفتاء الدستوري لشهر نوفمبر 1996، يلاحظ أن الدولة ومنذ هذا التاريخ دخلت في مرحلة الازدواجية القضائية، حيث تم فصل جهات القضاء الإداري عن جهات القضاء العادي. وتحقيقا لهذا الغرض تم تنصيب مجلس الدولة والمحاكم الإدارية ومحكمة التنازع، كما تم تكريس هذا التوجه إجرائيا تماشيا مع هذه الازدواجية، من خلال صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008.

وكما هو معروف في كل الدول التي تتبنى الازدواجية القضائية، يتعين تحديد معيار لتوزيع الاختصاص القضائي بين جهات القضاء العادي والإداري. هذا المعيار لا يخرج عن كونه معيار مادي (يعتمد على طبيعة النزاع القائم) ، أو معيار عضوي (يعتمد أساسا على طبيعة طرفي النزاع القائم). وكما هو معروف، فإن المشرع الجزائري كرس المعيار العضوي اعتمادا على نص المادة 800 ق إ م إ، المستوحاة من النص القديم في المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية.

وما يهمنا في هذا المقام، هو السعي من أجل تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا بنظر منازعات الصفقات العمومية ،وهل هناك تنازع في الاختصاص بين القاضي المدني والقاضي الإداري في هذا المجال. كما يتعين لدينا تحديد الدعاوى القضائية التي يمكن رفعها في مجال الصفقات العمومية من جهة، وكذا قضاء الاستعجال في مجال الصفقات العمومية قصد تبيان نوع المنازعة التي يمكن إخضاعها لهذا النوع من القضاء.

القسم الأول : تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر منازعات الصفقات العمومية

إن الاختصاص القضائي يعتبر من المواضيع ذات الأهمية الكبرى في مجال المنازعات القضائية،سواء ما تعلق منها بالاختصاص النوعي أو الاختصاص الإقليمي. لذلك نجد أن أول مسألة تطرق إليها المشرع الجزائري، وبدأ في تفصيلها ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الباب الرابع المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية، تمييزا لها عن تلك المتبعة أمام الجهات القضائية العادية. من خلال تحديد مسألة الاختصاص بنوعيه، وتحديد معاييره. خاصة وأنه منالنظام العام. لا يمكن الاتفاق على مخالفته، ويمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، كما يجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه وفقا لما نصت عليه المادة 807 ق إ م.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

وتزداد أهمية الاختصاص القضائي في منازعات الصفقات العمومية للأهمية التي تكتسيها هذه الأخيرة باعتبارها من أهم طرق الإنفاق العام. لذا يتعين علينا تحديد المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري في توزيعالاختصاص القضائي،وإسقاط ذلك على منازعات الصفقات العمومية.

أولا:معيار الاختصاص القضائي في التشريع الجزائري.

إن مصدر تحديد معيار الاختصاص القضائي في النظامالقضائي الجزائري هو تشريعي، ذلك أن المشرع نفسه هو من تحمل مسؤولية تحديده ولم يترك ذلك للقضاء، ويظهر ذلك جليا من خلال نص المادة 800 ق إ م إ بنصها:

"المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

من خلال نص المادة 800 وكذا المادتين 802 و803 المحددة للإختصاص النوعي المحاكم الإدارية يمكننا إبداء الملاحظات التالية:

1-أورد المشرع الجزائري عبارة مفادها أن المحاكم الإدارية هي "صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية" التي تفيد أن هذه المحاكم تختص بالفصل في جميع المنازعات الإدارية، ما عدى ما أخرج من إختصاصها بنص صريح، متى كانت أحد الأشخاص الأربع طرفا في النزاع وذلك بإصدار أحكام إبتدائية تقبل الإستئناف أمام مجلس الدولة.

2-المادة 800 ق إ م إ حددت على سبيل الحصر الأشخاص اللذين يعقد بموجبهم الاختصاص للقضاء الإداري متى كانوا طرفا في المنازعة الإدارية، وهم الدولة، الولاية، البلدية المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية. ما يعني بمفهوم المخالفة أنها تستثني المنازعات التي تكون المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري من الاختصاص القضائي للمحاكم الإدارية.

SAHLA MAHLA

3-حدد المشرع أنواع الدعاوى الإدارية التي تختص بنظرها المحاكم الإدارية، بالإضافة إلى دعاوى إلغاء القرارات الإدارية، تفسيرها وفحص مشروعيتها، أدرج كذلك منازعات القضاء الكامل الذي يشمل إضافة إلى دعوى المسؤولية الإدارية، دعاوى منازعات العقود الإدارية.

4- خول المشرع بموجب المادة 801 ق إ م إ للمحاكم الإدارية أن تنظر في الدعاوى المتعلقة "بمصالح الدولة غير الممركزة" سواء ما تعلق منها بالمنازعات الناشئة عن القرارات التي تصدرها تلك المصالح من إلغاء أو تفسير أو فحص مشروعيتها. دون دعاوى القضاء الكامل.

5- أن المشرع الجزائري ومن خلال المادة 802 ق إ م إ قلص من الاستثناءات التي كانت واردة على المعيار العضوي بموجب المادة 07 مكرر في قانون الإجراءات المدنية الملغى ،واحتفظ باستثناءين فقط:

- مخالفات الطرق

- المنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الزامية إلى طلب التعويض عن الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية.

ثانيا: تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا بنظر منازعات الصفقات العمومية

قصد تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا ثم إقليميا بالمنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية، ينبغي علينا تطبيق المعيار العضوي الذي أعتمده المشرع الجزائري في توزيع الاختصاص بين جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري.

1/**الاختصاص النوعي** :

إعمالا لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن المنازعات التي تكون فيها الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها تؤول إلى اختصاص القضاء الإداري. وعليه فإن منازعات الصفقات العمومية المبرمة من طرف الأشخاص الواردة في المادة 800 هي من اختصاص القضاء الإداري. خاصة وأن الصفقات العمومية تتفق والمعيار المعتمد من طرف المشرع في تحديد الإختصاص لجهة القضاء الإداري من خلال نص المادة 06 من المرسوم 247/15 من حيث تحديدها لنفس الأشخاص الأربع الواردة في م 800 ق إ م إ . لكن في الحقيقة، ولغاية هذه الدراسة، لا يوجد ما يثبت قانونا خضوع منازعات الصفقات العمومية للقضاء الإداري فيما عدا الصفقات التي تكون أحد أطرافها الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصيغة الإدارية] . ثم أن المادة 801 في فقرتها03 تنص أن المحاكم الإدارية تختص أيضا بنظر القضايا التي تخولها إياها نصوص خاصة، والنص الخاص هنا هو قانون الصفقات العمومية ،ممثلا في المرسوم الرئاسي 247/15 الذي لم يتضمن أي نص يحول المحاكم الإدارية ولاية النظر في منازعات الصفقات العمومية صراحة. الأمر الذي يحيلنا إلى المادتين 82 و153من المرسوم الرئاسي 15/ 247 ،التي تبقي الأحكام المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي الفيصل في تحديد الاختصاص النوعي للمحاكم الناظرة في منازعات الصفقات العمومية.

SAHLA MAHLA

أ. أيلولة منازعات الصفقات العمومية كأصل عام لاختصاص المحاكم الإدارية:

تطبيقا للمعيار العضوي المكرس في النظام القضائي الجزائري فإن منازعات الصفقات العمومية المتعلقة بمجال القضاء الكامل، والمتعلقة أيضا بقضاء الإلغاء خارج الإطار المقرر بالمادة 09 من القانون العضوي 01/98 تعرض كأصل عام أمام المحاكم الإدارية كدرجة قضائية ابتدائية، حتى ولو كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية أو هيئة عمومية وطنية.

وعليه تصبح المحاكم الإدارية صاحبة الاختصاص في منازعات الصفقات العمومية بحكم ابتدائي قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة في:

- **إلغاء القرارات**: المنفصلة عن الصفقات العمومية التي تبرمها الولاية أو البلدية أو المصالح غير الممركزة أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية.
- **التعويض** عن الأضرار الناتجة عن كل الصفقات العمومية المركزية أو المحلية ،وكذا المبرمة من طرف المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

ب. أيلولة منازعات الصفقات العمومية لمجلس الدولة:

حدد الاختصاص النوعي لمجلس الدولة كأصل عام بموجب المواد 09 ،10 و11 من القانون العضوي 01/98 والذي تأكد بموجب المواد من 901 إلى 903 ق إ م إ وباسقاط ذلك على منازعات الصفقات العمومية يمكن القول أن مجلس الدولة يختص:

- **كقاضي درجة أولى وأخيرة:**

و يختص بالفصل في دعاوى إلغاء، تفسير وتقدير مشروعية القرارات القابلة للانفصال عن الصفقات العمومية التي تبرمها السلطة المركزية، والهيئات العمومية الوطنية (كالمجلس الشعبي الوطني أو مجلس المحاسبة)،والمنظمات المهنية الوطنية (كالمنظمة الوطنية للمحامين، المنظمة الوطنية للصيادلة وغيرها...)

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

- **كقاضي استئناف:**

إن الطعن في القرار الصادر عن هيئة الدرجة الأولى -ممثلة في المحاكم الإدارية- يفرض عرض النزاع من جديد على مجلس الدولة، ليتولى مهمة الرقابة القضائية بعنوان هيئة إستئناف طبقا للمادة 10 من القانون العضوي 01/98، الذي تم تأكيده بموجب المادة 902 ق إ م إ التي جاء فيها "يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية"

كما يختص أيضا كجهة استئناف بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة. وعليه إذا أصدرت المحكمة الإدارية قرارا ابتدائيا في مجال الصفقات العمومية. جاز الطعن فيه بالاستئناف أمام مجلس الدولة.

- **كقاضي نقض:**

المفروض أن مجلس الدولة يمارس هذا الاختصاص باعتباره هيئة نقض طبقا للمادة 11 من القانون العضوي 01/98 وطبقا للمادة 903 من ق إ م إ في:

- القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية. أو الطعون المخولة له بموجب نصوص خاصة.

وكما هو معلوم. فإن اختصاص النقض لمجلس الدولة لا يزال يثير الكثير من الجدل، بسبب عدم وجود أحكام نهائية تصدر عن الجهات القضائية الإدارية، ذلك أن هذه الأخيرة تصدر أحكام ابتدائية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة.

من جهة أخرى النص الخاص ممثلا في قانون الصفقات العمومية 247/15 لم يمنح لمجلس الدولة سلطة الطعن بالنقض في أي من القرارات القضائية الفاصلة في منازعات الصفقات العمومية. وعليه يمكن الجزم بأن إختصاص النقض في منازعات الصفقات العمومية غير موجود أصلا.

ثالثا: تحديد الجهة القضائية المختصة إقليميا بمنازعات الصفقات العمومية

إن جهات القضاء الإداري التي أنشأت بموجب المادة 152 من الدستور تتمثل أساسا في مجلس الدولة و المحاكم الإدارية. وما لا جدل فيه فيما يتعلق بالاختصاص الإقليمي أنه لا يطرح بالنسبة لمجلس الدولة، باعتباره هيئة واحدة يشمل اختصاصه الإقليمي كل التراب الوطني الجزائري.

و عليه فإن الاختصاص الإقليمي الذي يتعين علينا تحديده هنا هو بطبيعة الحال الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية، باعتبارها هي صاحبة الولاية العامة في منازعات الصفقات العمومية. والذي يتحدد بنص المادة 804/ 3 ق إ م إ بنصها:

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

"..... ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:

3-في المادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه...."

هنا يعود الخيار للمدعي في استعمال المعيار الذي يراه مناسبا (مكان الإبرامأو مكان التنفيذ) ،وهو ما من شأنه تخفيف حجم المنازعات الإدارية في الصفقات التي تبرم في العاصمة عن المحكمة الإدارية هناك، ما دام بالإمكان رفع الدعوى في المحكمة الإدارية لمكان التنفيذ.

كما عقدت هذه المادة الاختصاص الإقليمي في مادة الأشغال العمومية للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال2/804 ق إ م إ، وفي مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية.

للمحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام الإتفاق او تنفيذه إذا كان أحد أطراف الدعوى مقيما به م 6/804 ق إ م إ.

لكن الملاحظ هنا أن المشرع الجزائري أعاد إدراج صفقة الأشغال مرة ثانية ضمن الفقرة 06 من المادة 804 ق إ م إ. لكن هذه المرة أعطى فيها الخيار بين مكان الإبرام أو مكان التنفيذ. إذا كان أحد الأطراف مقيما بذلك المكان. وهو ما أوقع المشرع في تناقض بسبب هذا التكرار.

وهذا بطبيعة الحال يخص منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية، ويبقي علينا تحديد الاختصاص النوعي والمحلي للمؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري.

رابعا: الإشكال القانوني للاختصاص القضائي في مجال الصفقات العمومية فيما يخص المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري

إن عدم الوضوح بخصوص القضائي بمنازعات الصفقات العمومية يخص فقط المؤسسة العمومية الخاضعة للقانون التجاري. لأن الصفقات الأخرى تخضع لاختصاص القاضي الإداري إعمالا للمعيار العضوي، والذي لا يمكن تطبيقه على المؤسسة العمومية الخاضعة للقانون التجاري الممولة كليا أو جزئيا بصفة نهائية أو مؤقتة من ميزانية الدولة، التي وردت في نص 06 من المرسوم 247/15، فهل هي خاضعة لاختصاص القضاء العادي إعمالا لصريح المادة 800 ق إ م إ، أم هي خاضعة للقانون الإداري ما دام حل المنازعات بشأنها سيكون من اختصاص القاضي الإداري بتطبيق قانون الصفقات العمومية؟

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

الواقع أن هناك اتجاهين يتنازعان تحديد الاختصاص القضائي لهذا النوع من المؤسسات العمومية ندرجها كما يلي:

الاتجاه الأول: اختصاص القضاء الإداري

يرى أصحاب هذا الرأي بأن منازعات الصفقات العمومية التي تكون المؤسسة العمومية الخاضعة للقانون التجاري طرفا فيها مع شرط التمويل الجزئي أو الكلي، بصفة دائمة أو مؤقتة من ميزانية الدولة يؤول الإختصاص فيها إلى القضاء الإداري، بناءا على الأساس الآتية:

1- أن المرسوم الرئاسي 247/15 في مادته 06،وبإضافته للمؤسسة العمومية الخاضعة للقانون التجاري مع إشتراط التمويل الكلي أو الجزئي بصفة نهائية أو مؤقتة من ميزانية الدولة، قد أضاف للصفقات العمومية_ كنوع من أنواع العقود الإداري_ معيارا جديدا وهو **"المعيار المالي"**،أي أنها مشاريع ممولة بأموال عمومية، وهنا نكون أمام استثناء من تطبيق القواعد العامة وهو إعمال المعيار المالي على أساس قانوني خاص وصريح.

2- إعمالا لمعيار **الوكالة** أو **التفويض**، وتمسكا بالمعيار العضوي المتبني صراحة من طرف المشرع الجزائري. فإن ميزانية الدولة هي الممولة للمشروع، ما يجعل الخزينة العامة طرفا في المنازعة، وأن المؤسسة الخاضعة للقانون التجاري هنا ما هي إلا مفوض عنها. مادام أن الدولة هي الممول الأساسي للمشروع (كليا أو جزئيا)، وهي إحدى أشخاص القانون العام المنصوص عليها في المادة 800 ق إ م إ. خاصة وأن القضاء الإداري الجزائري قد أعمل هذا الأساس واعتمد عليه في بعض الاجتهادات القضائية، من بينها القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 14 ماي 2001، بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لوهران ضد مؤسسة الأشغال العمومية لعين تموشنت حول صفقة عمومية تتضمن إنجاز 118 مسكنا بوهران وذلك باستعمال صريح العبارة "نيابة عن ...."

3-الإشارة الصريحة إلى اختصاص المحاكم الإدارية بنظر دعاوى الصفقات العمومية بنص المادة 946 ق إ م إ، التي استعملت في نهاية فقرتها الأولى مصطلح الصفقات العموميةما يوحي انعقادالاختصاصللقضاء الإداري بنظرها.

SAHLA MAHLA
دليلك الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

الاتجاه الثاني: اختصاص القضاء العادي.

يستند أصحاب هذا الاتجاه في إسناد اختصاص نظر منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري للقضاء العادي للمعيار العضوي باعتبار، أن هذا النوع من المؤسسات يصنف ضمن أشخاص القانون الخاص وفقا للمبررات التالية:

1- أن المادة 800 ق إ م إ التي تضمنت المعيار العضوي محددا في 04 أشخاص، هم الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية،لا تحتاج إلى تفسير أو تأويل في اعتمادها المعيار العضوي فقط.

2- أن المرسوم الرئاسي 247/15 باعتباره النص الخاص، لم يتضمن أي إشارة إلى اختصاص القاضي الإداري بنظر منازعات الصفقات العمومية المبرمة من طرف المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري، باعتبار أن المادة 801 في فقرتها 3 تنص على أن المحاكم الإدارية تختص أيضا بنظر القضايا التي تخولها إياها نصوصا خاصة ،بل أن المادتين 82 و 152 من المرسوم الرئاسي 247/15 تحيل إلى التشريع المعمول به، ألا وهو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي يبقي هو الفيصل في مجال تحديد الاختصاص القضائي.

3- نفي صفة العقد الإداري على الصفقة التي تبرمها المؤسسة العمومية الخاضعة للقانون التجاري. باعتبار أن العقد الإداري بمفهومه العضوي يتطلب أن يكون أحد طرفيه هيئة عمومية إدارية، وبالتالي فلا جدل في أن الصفقات التي تبرمها الدولة، والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية تعتبر عقود إدارية، لكن ليسلأنها صفقاتعمومية، بل لأن أحد أطرافها هو هيئة عمومية من طبيعة إدارية، خاصة وأن المادة 02 من المرسوم 247/15 نصت على أنها عقود مكتوبة فقط، ولم تكيفها على أنها عقود إدارية.

4- القول بأن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،التي توحي باختصاص المحاكم الإدارية في قضاء الإستعجال بإيرادها مصطلح "الصفقات العمومية" يجب تفسيره في إطار نص المادة 800 من ذات القانون، ومن ثمة لا يختص القاضي الإداري الاستعجالي إلا بنظر الصفقات العمومية التي يكون أحد أطرافها شخص من الأشخاص المحددة بنص المادة 800 من ق إ م إ.

وفي قرار سابق لمجلس الدولة الجزائري صدر بتاريخ 05-11-2002- ملف رقم 003889 ذهب مجلس الدولة إلى التقيّد حرفيا بنصوص القانون وأقرّ مبدأ عدم خضوع المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري لقانون الصفقات العمومية. وبالتبعية أقر أيضا عدم اختصاص القاضي الإداري للبت في النّزاع القائم بخصوص إبرام مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري لصفقة عمومية.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

وفي الأخير يمكن القول بأن قوة حجج الطرفين في إسناد الاختصاص القضائي لجهة دون الأخرى مقنعة ،لكننا نرجح الاتجاه الثاني الذي يعقدالاختصاص للقضاء العادي إيمانا منا بأن قوة المعيار العضوي المنصوص عليه في نص تشريعي ممثلا في المادة 800 من ق إ م وطبيعته الصارمة أقوى حجة من النص الوارد في النص الخاص الوارد في المرسوم 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام. خاصة وأن هذا الأخير كان بإمكانه تحديد الاختصاص القضائي على سبيل الإشارة، وما دامت المادتين 82و152 منه تحيل إلى التشريع المعمول به فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يبقي هو الفيصل في تحديد الاختصاص القضائي بمنازعات الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات التي تخضع للقانون التجاري، الممولة كليا أو جزئيا، بصفة دائمة أو مؤقتة من ميزانية الدولة.

القسم الثاني: أنواع الدعاوى الإدارية في مجال الصفقات العمومية

الدعوى القضائية هي وسيلة إجرائية، أو بالأحرى هي مجموعة من الإجراءات يلجأ إليها شخص طبيعي أو معنوي يدعي حقا، أو يطالب بحماية حق. وهي حق ساكن قبل تحريكها، ومتى لجأ الشخص إلى القضاء يتحول هذا الحق إلى حق متحرك، ويتحول إلى خصومة بمجرد توجيه الإدعاء إلى المدعى عليه.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 03 من ق إ م إ على ما يلي "يجوز لكل شخص يدعي حقا رفع دعوى أمام القضاء الإداري للحصول على ذلك الحق أو حمايته"

وبعد تبني المشرع الجزائري الازدواجية القضائية، ظهرت الدعوى القضائية الإدارية بخصوصيتها الإجرائية ،التي تختلف عن الدعوى القضائية العادية، حيث خصها المشرع الجزائري بإجراءات خاصة وردت في الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان "**الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية**".

وفي غياب تعريف تشريعي مباشر للدعوى القضائية الإدارية، فإن التعريف الفقهي يفرض نفسه في تحديدها، لذا يمكن تعريف الدعوى الإدارية بأنها:

"الوسيلة أو المكنة التي يخولها القانون للشخص في اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بحقوق مستها تصرفات وأعمال الإدارة وأضرت بها."

وحتى لا نخوض كثيرا في التصنيفات الفقهية للدعوى الإدارية، فسوف نقتصر في هذا المقام على التصنيف التشريعي الجزائري، والذي يمكن استنباطه من نص المادة 801 ق إ م إ التي عددت أنواع الدعاوى الإدارية التي ترفع أمام المحاكم الإدارية باعتبارها صاحبة الولاية العامة بنظر المنازعة الإدارية ،حيث نص في الفقرة الأولى منها على دعاوى إلغاء القرارات الإدارية ودعاوى تفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية، ونصت الفقرة الثانية على دعوى القضاء الكامل، ونصت الفقرة الثالثة على نوع ثالث هو الدعاوى الإدارية المخولة للمحاكم الإدارية بموجب نصوص خاصة، وفقا لإجراءات خاصة غير تلك المنوه عنها في القواعد العامة، كالدعاوى الناتجة عن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية أو ذلك المتعلق بنظام الانتخابات.

ويخرج عن نطاق الفقرة الثالثة من المادة 801 ق إ م إ منازعات الصفقات العمومية، باعتبار أن نصوص تنظيم الصفقات العمومية لم تدرج منازعات الصفقات العمومية ضمن القضاء الإداري بنص خاص. وباعتبار أن دعوى التفسير وفحص وتقدير المشروعية هي دعاوى فرعية، لا تأتي إلا مرتبطة بدعوى أصلية فإن منازعات الصفقات العمومية لا تخرج عن نطاق إحدى الدعاوى الأصلية ممثلة إما في دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الكامل.

من هذا المنطلق يتعين علينا تحديد نوع الدعوى التي تمارس في مجال منازعات الصفقات العمومية، وصنف المنازعة التي تنطوي ضمنها، والحد الفاصل بين مجال دعوى الإلغاء ومجال دعوى التعويض.

أولا- مجال دعوى الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية.

تعرف دعوى الإلغاء بأنها" الدعوى التي يرفعها صاحب الصفة والمصلحة أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة، قصد إبطال الآثار القانونية لقرار إداري غير مشروع"

وعليه فإن دعوى الإلغاء محلها قرار إداري فقط، وهو عمل قانوني إنفرادي يصدر عن الإدارة المنفردة للإدارة قصد إحداث آثار قانونية معينة، الأمر الذي يجعلنا نتساءل هل هناك مجال لرفع دعوى الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية؟

إن الصفقات العمومية هي عقود إدارية تشترك في إبرامها إرادتين إيجابا وقبولا، ما يجعلها تختلف عن القرار الإداري باعتباره عمل قانوني إنفرادي. لذا فإن الأصل فيها أنها تخضع لاختصاص القضاء الكامل، ولا تدخل في اختصاص قضاء الإلغاء سوى القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية، باعتبار أن القرار المنفصل هو قرار لا يدخل في الرابطة التعاقدية وعليه سنتطرقفي البداية لمحل دعوى الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية ثم نتناول بعدها شروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة و ننتهي في آخر هذه الجزئية إلى حجية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على عقد الصفقة العمومية.

1/ محل دعوى الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية:

اقر المشرع الجزائري صراحة بان يكون محل دعوى الإلغاء قرار إداري من خلال نص المادة 801 ق إ م إ ،بل و ذهب إلى ابعد من ذلك حين اشترط ضرورة إرفاق العريضة الافتتاحية للدعوى بالقرار محل النزاع تحت طائلة عدم القبول وفقا للمادة 819 ق إ م إ. لكن عندما يتعلق الأمر بمنازعة في الصفقات العمومية، و التي تكيف على أنها عقود، فان الطعن بالإلغاء يكون محصورا في القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية فقط.لذا سنتطرق بداية إلى مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة،ثم نعمل على تحديد و تصنيف القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية، و التي يمكن الطعن فيها في الإلغاء.

أ/ مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة:

إن العملية العقدية هي سلسلة متصلة الحلقات تبدأ بالقرارات التمهيدية أو المساعدة لإبرام الصفقة العمومية وصولا إلى القرار النهائي. وتعتبر القرارات الإدارية المنفصلة أولى هذه القرارات الإدارية ،ويمكن تعريفها بأنها:" تلك الأعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة تساهم في تكوين العقود الإدارية لكن يمكن فصلها عن ذات العقد المرتبطة به، وبالتالي يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالا عن العملية العقدية". وعرفت أيضا بأنها "القرارات التي تساهم في تكوين العقد الإداري وتستهدف إتمامه، إلا أنها تنفصل عن هذا العقد وتختلف عنه بطبيعتها الأمر الذي يجعل الطعن فيها بالإلغاء جائزا."

من خلال هذهالتعاريف يمكن استنتاج شرطين أساسين للقول بوجود قرار إداري منفصل هما:

1- أن يكون هذا الإجراء (القرار) ضروريا لإبرام العقد.

2- أن يكون هذا الإجراء جزءا أصليا لا يمكن تجزئته عن العقد.

والعلة في عدم خضوع القرارات المنفصلة عن العقد لاختصاص قاضي العقد لينظرها بولاية القضاء الكامل، أن تلك القرارات باعتبارها تمهد لإبرام العقد الإداري ، لم يكن العقد قد أنعقد حال صدورها الأمر الذي يخضعها لقضاء المشروعية، كونها قرارات إدارية صادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة.

ب/ القرارات الإدارية المفصلة في الصفقات العمومية:

إن نظرية القرارات الإدارية المنفصلة هي من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي:ابتداء من قضية Martin بتاريخ 4 أوت 1905. وتأثر بها القضاء الإداري الجزائري وطبقها في مجالات عدة، كنزع الملكية للمنفعة العامة والمنازعات الانتخابية، وكذا في مجال العملية العقدية. لكن ما يهمنا في هذا المقام هو القرارات الإدارية المنفصلة في الصفقات العمومية.

إن مجال الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل في مجال الصفقات العمومية يشمل القرارات الممهدة لإبرام الصفقة وكذا القرار المتعلقة بإبرامها.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

ب/1 الطعن بالإلغاء ضد القرارات الممهدة لإبرام الصفقة:

تتعدد القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة قبل إبرام الصفقة العمومية، والتي تسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة المستقلة، وبالرجوع إلى نصوص المرسوم الرئاسي 247/15 يمكن استخلاص العديد من التصرفات الصادرة عن المصلحة، والتي يمكن تكييفها على أنها قرارات إدارية منفصلة ويمكن إدراجها كما يلي:

- **قرار الإعلان عن الصفقة العمومية.**

إن الإعلان عن الصفقة العمومية هو دعوة للتعاقد، و هو إجراء جوهري يصل من خلاله أمر الصفقة العمومية إلى كل من تتوفر فيه الشروط اللازمة للقيام بالعملية المعلن عنها، ومن خلاله يتحقق مبدأ المساواة، ومبدأ حرية المنافسة ،ومبدأ حماية الإنتاج الوطني. لذا ألزم قانون الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة أن تضمن هذا الإعلان بيانات إلزامية محددة في نص المادة 62 من المرسوم 247/15 وحددت المواد 61و65 من نفس المرسوم كيفية وطرق نشره. وعليه يشترط لسلامة قرار الإعلان مراعاة نوعين من الشروط، **شروط شكلية** تتعلق بنشر الإعلان والطرق المتبعة في ذلك،**وشروط موضوعية** تخص المبادئ التي تبني عليها الصفقات العمومية كمبدأ المساواة وحرية التنافس

واعتبر القضاء الإداري الإعلان عن الصفقة قرارا إداريا منفصلا عن العملية العقدية الكلية يجوز الطعن فيه بالالغاء.

- **قرار المنح المؤقت للصفقة:**

يعرف المنح المؤقت للصفقة على انه" إجراء إعلامي بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما، نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرضين المالي والتقني"و يشترط نشره في نفس الجرائد التي نشر فيها الإعلان عن الصفقة، الغاية منه إضفاء الشفافية على إبرام الصفقة العمومية.

أعتبر القضاء الإداري الفرنسي قرار المنح المؤقت قرارا إداريا منفصلا، لتوافره على خصائص القرار الإداري، حيث قررت المحكمة الإدارية**Chalon Sur Marne** بتاريخ 06 أكتوبر 1993
بطلانقرارالمنحالمؤقتلصفقةلأنهجاءبعدالتفاوضمعالمتعهدينأثناءدراسةالعروض.

- **قرار الاستبعاد من المشاركة:**

لم يرد في قانون الصفقات العمومية مصطلح قرار الاستبعاد مطلقا، لكن يمكن إستنتاجه بطريقة غير مباشرة من نصوص المواد 72و 75 من المرسوم الرئاسي 247/15بين نوعين من قرارات الإستبعاد:

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

- قرار رفضالعرض المقدم.
- قرار إقصاء أو منع متعامل من المشاركة في الصفقة العمومية.

1) **قرار رفض العرض المقدم:**

يعد قرار المصلحة المتعاقدة برفض عطاء مقدم من متعهد ما قرارا موضوعيا، فهو لا يوجه إلى شخص مقدم العطاء، بل ينصب على العرض نفسه، لعدم استيفاءه الشروط التي يتطلبها المرسوم 247/15 لصحة العرض، ويعد من أهم أسباب رفض العرض:

- عدم احترام شروط تقديم العرض (كالآجال مثلا)
- عدم مطابقة العروض لمحتوى دفتر الشروط.
- العروض التي لم يتحصل على العلامة الدنيا اللازمة، المنصوص عليها في دفتر الشروط.

- إذا ثبت أنه يترتب عن منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق، ما يتسبب في الإخلال بمبدأ المنافسة في القطاع المعنى.

2) **قرار استبعاد متنافس:**

يعتبر قرار إقصاء متعامل اقتصادي من دخول المنافسة قرارا شخصيا، يوجه إلى شخص معين بذاته، معنويا كان أو طبيعيا.بهدف حرمانه من الاشتراك في كافة الصفقات المعلن عنها، ويعتبر من القرارات المنفصلة عن الصفقة . وقد نصت على حالات الإقصاء المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي من بينها: الإفلاس، التسوية القضائية، عدم استيفاء الواجبات الجبائية ،التصريح الكاذب ...وغيرها.

في الأخير نذكر أنه أمام خطورة التسجيل في قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، فإنه لا يتخذ هذا القرار إلا بعد إتباع عدة إجراءات حددها القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011.

ب/2الطعن في القرارات المتعلقة بإبرام الصفقة:

بعد إنهاء الإجراءات المتعلقة بإرساء الصفقة، تتخذ المصلحة المتعاقدة عدة قرارات فقد تستهدف السير في عملية الإبرام، من خلال إصدار قرار إبرام الصفقة ،وقرار التصديق عليها من طرف الجهة الوصية المختصة، وقد تقرر المصلحة المتعاقدة العدول عن إبرام الصفقة فتصدر قرارا بإلغائها.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

- **قرار إبرام الصفقة:**

قرار إبرام الصفقة هو القرار الذي بمقتضاه يتم اعتماد نتائج الإرساء من قبل الجهة الإدارية المختصة بذلك، ويؤدي هذا القرار إلى إنشاء العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل، وبه يكتمل رضا طرفي العقد. وفي هذا الإطار نصت المادة 04 من المرسوم الرئاسي 247/15 : " لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه:

مسؤول الهيئة العمومية، الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية" والتي يمكن لها أن تفوض صلاحيات الإبرام في حدود ما يسمح به القانون"

ويعد القرار الصادر بإبرام العقد في حد ذاته قرارا إداريا ،يخضع لاختصاص قاضي الإلغاء دون قاضي العقد، باعتبار أن العقد حال صدور هذا القرار لم يكن قد انعقد بعد، وهذا هو الأمر الذي يجعل منه قرارا إداريا منفصلا عن العقد الإداري. وهو النهج الذي سار عليه القضاء الإداري، وذلك قصد السماح بتوجيه دعوى الإلغاء ضده حتى لا يظل قرارا محصنا نتيجة عدم إمكانية توجيه دعوى أخرى ضده.

وبحسب مجلس الدولة الفرنسي فإنه لا يبرر الطعن في قرار الإبرام إلا لسببين:

- إما عدم الاختصاص بإبرام الصفقة.
- إما مخالفة الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون في الإبرام.

و تجدر الإشارة في الأخير انه عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، يمكن المصلحة المتعاقدة، أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية ،إعلان إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية. ولا يمكن المتعهدين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيارعروضهم أو في حال إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية .

- **قرار التصديق على إبرام الصفقة العمومية:**

إن التصديق على إبرام الصفقة العمومية هو من صميم اختصاص السلطة الوصية ،وقد تم النص على هذا النوع من الرقابة الوصائية في المادة 164 من المرسوم الرئاسي 247/15 . الغاية منه التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعاليةوالاقتصاد، والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلا في إطار البرامج والأسبقيات المرسومة للقطاع. من أمثلة قرارات التصديق على الصفقة ما نصت عليه المادة 149 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية "يصادق على محضر المناقصة والصفقة العمومية عن طريق مداولة لمجلس الشعبي البلدي.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

يرسل محضر المناقصة والصفقة العمومية إلى الوالي مرفقان بالمداولة المتعلقة بهما"

وقد أعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار التصديق أو عدم التصديق الصادر عن السلطة الوصية من القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة، حتى لو كان الطاعن طرفا في العقد رغم إمكانية لجوئهم إلى القضاء الكامل. وهو ما سنتطرق له تفصيلا في الجزئية الموالية المتعلقة بشرط الصفة في دعوى الإلغاء المتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية.

2/شروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة

تخضع دعوى الإلغاء للشروط العامة المتعارف عليها، المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي تنقسم إلى شروط شكلية وشروط موضوعية، تتمثل الشروط الشكلية أساسا في

- شرط الصفة والمصلحة (13 ق إ م إ)

- وأن تنصب دعوى الإلغاء على قرار إداري إعمالا لنص المادة 801 ق إ م إ

- وأن يحترم شرط الميعاد في رفع الدعوى، والذي وحده المشرع الجزائري سواء بالنسبة لاختصاص المحاكم الإدارية 829، أو لاختصاص مجلس الدولة 907 ق إ م إ.أما الشروط الموضوعية لدعوى الإلغاء فتقضي بأن يكون القرار الإداري المنفصل مشوبا بإحدى العيوب المتمثلة في:

1- عيب عدم الاختصاص.

2- عيب مخالفة الشكل والإجراءات.

3- عيب السبب.

4- عيب مخالفة القانون.

5- عيب الانحراف في استعمال السلطة.

من خلال إسقاط هذه الشروط على دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية نستنتج الشروط الخاصة بهذه الأخيرة المتمثلة أساسا في:

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

أ- شرط تقديم الطعن من غير المتعاقد:

الأصل أن دعوى الإلغاء في القرار المنفصل عن الصفقة لا تقبل إلا إذا رفعت من غير المتعاقد الذي تضرر بالقرار المطعون فيه، ولا تقبل هذه الدعوى من المتعاقد نفسه، لأنه يملك اللجوء إلى قاضي العقد بدعوى القضاء الكامل. لكن استثناءا طور القضاء الإداري حالات معينة يمكن فيها لهذا الأخير أن يرفع طعنا بالإلغاء. لذا سنتعرض للقاعدة العامة في شرط الصفة والمصلحة للطاعن في القرارات المنفصلة عن الصفقة بالإلغاء، ثم نتناول الاستثناء.

- **القاعدة العامة: شرط تقديم الطعن من غير المتعاقد**

يقصد ب"**الغير**" في هذا المقام "**غير المتعامل المتعاقد**"، وهو الشخص الخارج عن عقد الصفقة .فهذا " الغير" إذا تضرر من قرار أصدرته المصلحة المتعاقدة يمكنه أن يسلك دعوى الإلغاء

ويرجع سبب اشتراط صفة الغير في الطاعن، إلى رفض القضاء الإداري فصل القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد عن العقد نفسه. لأن الطاعن في هذه المرحلة هو أحد أطراف الرابطة العقدية، وعليه أن يسلك دعوى القضاء الكامل استنادا إلى قاعدة نسبية آثار العقد.

وبالرجوع إلى المرسوم 247/15 نجد أن المشرع أعطى عدة صفات لهذا "الغير" فأعطاه تسمية " متعهد" أو "مرشح" أو "المتعامل الاقتصادي" أو " المتنافس" فمثلا تعد صفة "**متعهد**" شرطا لازما لقبول دعوى إلغاء القرار المنفصل في حالة رفض العرض مثلا ،وتعد صفة "**مترشح**" شرطا في رفعها في حالة طلب العروض المفتوح أو المحدود أو المسابقة. أي الأشخاص الذين شاركوا في الانتقاء الأولي هم فقط من لهم الحق في الطعن في قرار المنح المؤقت للصفقة

- **الاستثناء: تقديم الطعن من طرف المتعاقد.**

خروجا عن قاعدة وجوب توفر صفة "الغير" في رافع الدعوى ضد القرار الإداري المنفصل عن الصفقة، أجاز القضاء الإداري للمتعامل المتعاقد أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء إذا تبين أن القرار المراد إلغاءه جاء تطبيقا للقوانين واللوائح سارية المفعول، ولا يستند إلى بنود الصفقة. ففي هذا الحالة القرار الذي تصدره المصلحة المتعاقدة لا يوجه للمتعامل باعتبارهطرف في العقد، وإنما كشخص عادي يرتبط مع الإدارة بموجب القوانين واللوائح بموجب عقد الصفقة.ويعد من قبيل القرارات المنفصلة التي يمكن للمتعاقد الطعن فيها بالإلغاء رغم صدروها عن المصلحة المتعاقدة:

SAHLAMAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

- القرار الذي تصدره المصلحة المتعاقدة بشطب اسم المتعهد عن قائمة الموردين، وهو قرار يصدر عادة بعد انتهاء العقد الإداري الذي يربط بينها وبين المتعامل المتعاقد.

- القرار الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة استنادا إلى سلطة الضبط الإداري في إطار تحقيق الأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة، والتي يكون لها أثر على المتعاقد. كقرار الإدارة بضرورة وفق أشغال صفقة الأشغال في حي سكني في ساعات متأخرة من الليل.

- القرارات التي يصدر عن السلطة الوصية كقرار الترخيص أو التصديق على الإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة لتنفيذ العقد أو فسخه.

ب- شرط أن يكون القرار نافذا:

يشترط في القرار الإداري المنفصل عن الصفقة أن يكون نافذا، شأنه شأن بقية القرارات الإدارية محل دعوى الإلغاء. ويقصد بالقرار النافذ القرار النهائي، الذي يعتبر ملزم في مواجهة المخاطبين بأحكامه. يصبح القرار نافذا في حاليتن:

- أن يصدر القرار من جهة إصداره دون الحاجة إلى تصديق جهة أخرى.

- أن يصدر القرار من جهة لها حق الاقتراح ثم يتأكد بالتصديق من الجهة الوصية بالشكل الذي يحدده القانون.

وعليه لا يعتبر من القرارات النافذة قرار لجنة تقييم العروض بإرساء الصفقة على أحد المتعهدين، فرغم أهميته لا يعد قرارا تنفيذيا(نهائيا) ،لأن القرار النهائي بإرساء الصفقة على أحد المتعهدين هو من اختصاص المصلحة المتعاقدة، وليس من اختصاص لجنة تقييم العروض.كذلك القرارات التي تحتاج إلى تصديق السلطة الوصية لا تعتبر نافذة، لأنها لا تقبل التنفيذ إلا من تاريخ التصديق.

وتجدر الإشارة هنا أن القرارات التمهيدية في الصفقة العمومية، وإن كانت قرارات غير نافذة، لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء، إلا أن القاضي الإداري ملزم بفحصها، قصد تقرير مشروعية القرار النهائي المرتبط بها.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

ج-تأسيس الطلب على عدم مشروعية القرار المنفصل:

يجب أن يكون القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية مشوبا بأحد عيوب المشروعية (عيب عدم الاختصاص، عيب المحل، عيب السبب، عيب الشكل والإجراءات، عيب الإنحراف بالسلطة). لكن السؤال الذي يطرح هنا هو:**هل أن المشروعية هنا تقاس مقارنة ببنود العقد أم بناءا على مبدأ المشروعية في حد ذاته؟**

-الأصل أنه لا يجوز الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية لمخالفته نصا عقديا، غير أنه إذا كان أساس الطعن هو عدم مشروعية بنود الصفقة فإن قاضي الإلغاء في هذه الحالة ملزم بفحص مدى مشروعية العملية العقدية.

- أما في حال صدور القرار الإداري تطبيقا لبند غير مشروع في العقد الإداري، فيؤسس الطعن على عدم مشروعية بنود العقد المرتبط به القرار. والقاضي هنا يبحث في مدى مشروعية العملية ذاتها لتقرير مدى مشروعية القرار المطعون فيه. وقد إستقر القضاء الإداري في هذه الحالة على أحقية قاضي الإلغاء بفحص سلامة العملية العقدية باعتبار أنها تشكل ركن السبب في القرار الإداري محل الطعن. والحجة في ذلك هي أن دور قاضي الإلغاء هو حماية مبدأ المشروعية في كل تصرفات الإدارة. لأن المشروعية مبدأ

مطلق وغير قابل للتجزئة. فكما أن الإدارة ملزمة باحترامه في تصرفاتها الانفرادية (القرارات)، هي كذلك ملزمة باحترامه في تصرفاتها الثنائية (العقود الإدارية).

3/حجية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على عقد الصفقة العمومية:

بمجرد استيفاء الحكم القاضي بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية لطرق الطعن، فإنه يكتسب حجية مطلقة في مواجهة الكافة، ويصبح هذا القرار كأنه لم يكن وتزول كل الآثار المترتبة عن إصداره، فلا يمكن التمسك بأي حقوق ولا التقيد بأي التزامات ناشئة عنه.

لكن الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية عن طريق دعوى الإلغاء يتميز بنتيجة أساسية بالغة الخطورة، تتمثل في أثر إلغاء تلك القرارات المنفصلة على عقد الصفقة العمومية ،**فهل ذلك الإلغاء يؤدي بصفة تلقائية إلى بطلان الصفقة العمومية من عدمه؟**.للإجابة على هذا التساؤل لا بد من التطرق إلى موقف القضاء الإداري والتطورات التي صاحبته كما يلي:

1- ذهب مجلس الدولة الفرنسي منذ أمد بعيد إلى أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في حالة العقود الإدارية وحدها، لا يمكن أن يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد الإداري فيبقي العقد سليما ونافذا، حتى يتمسك أحد أطراف العقد بالحكم الصادر بالإلغاء أمام قاضي العقد. حينها يمكن لقاضي العقد أن يحكم بإلغائه استنادا إلى عدم مشروعية القرار المنفصل الذي ساهم في العملية العقدية. وغاية القضاء الإداري في ذلك هي استقرار الأوضاع التعاقدية.

أثار موقف مجلس الدولة الفرنسي القاضي بمحدودية آثار حكم الإلغاء في العقود الإدارية عدة انتقادات، كونه أدى إلى التقليل من قيمة نتائج دعوى الإلغاء، فاالفائدة من إلغاء القرار غير المشروع إذا ظل العقد الذي بني عليه قائما. ذلك أن حكم الإلغاء لا يرتب أثاره كاملة،و لن ينتج عنه سوى الحصول على التعويض، في حين أن المدعي يمكنه اللجوء مباشرة إلى دعوى التعويض.

2- استجاب مجلس الدولة الفرنسي للانتقادات التي وجهت له، و عدل عن رأيه السابق من خلال حكم أصدره في 1 مارس 1954 في قضية"Société industrielle d'énergie" ،أينأوقف تنفيذ العقداستنادا إلى بطلان القرار القاضي بالتصديق من تلقاء نفسه دون طلب من إطراف العقد. و تأكد هذا الأمر في أحكام لاحقة، كقراره في شركة نادي اليخوت الدولية"Ste Yacht Club International de Bornes" سنة 1993 أين خلص القاضي إلى بطلان العقد من تلقاء نفسه استنادا إلى بطلان العمل المنفصل.

إن هدا الرأيأكثر انسجاما مع طبيعة الحكم بالإلغاء، الذي يتميز بالحجيةالمطلقة اتجاه الكافة، باعتباره ينتمي إلى قضاء المشروعية،و باعتبار أنآثار البطلان تسري في مواجهة الكافة و في مواجهة كل الأعمال المرتبطة به .

- **موقف المشرع الجزائري:**

تجنب المشرع الجزائري الوقوع في هذه الإشكالية القانونية ،حيث نص في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على القضاء ألاستعجالي قبل التعاقدي ،أي قبل إبرام العقد الصفقة ، حتى لا تستطيع المصلحة المتعاقدة السير في العملية التعاقدية إلى غاية الفصل في دعوى الإلغاء، و التي لا تتجاوز مدة البت فيها 20 يوما ،و هو ما سنتناوله لاحقا في القضاء ألاستعجالي في مادة الصفقات العمومية.

ثانيا: مجال دعوى القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية

يختص القضاء الإداري بالنظر في دعاوى القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية كأصل عام، حيث يتمثل دوره في إعادة الحال إلى ما كان عليه، وإعادة الحقوق لأصحابها.

ويرجع السبب في اختصاص القضاء الإداري الكامل بمنازعات الصفقات العمومية إلى طبيعة دعوى القضاء الكامل، التي تستجيب للطبيعة الذاتية لمنازعات العقود، فهي منازعات شخصية بين أطراف العقد، يتمتع القاضي فيها بسلطات واسعة، كالقيام بتعين خبير أو فسخ العقد، أو الحكم بالتعويض، أو إبطال بعض التصرفات ،أو تعديل بعض الأعمال.[41]

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

وقد تم النص على دعوى القضاء الكامل في المادة 801 ق إ م إ في فقرتها الثانية، كما يمكن استنتاجها ضمنا من نصوص المواد 800، 902، 903، 953،949، 960. ق إ م إ، لذا سنتطرق في هذه الجزئية.

1/شروط رفع دعوى القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية:

إن رفع دعوى القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية تخضع لنفس الشروط التي يخضع لها رفع دعوى القضاء الكامل في القواعد العامة في المنازعات الإدارية، والتي تقسم في العادة إلى شروط شكلية وأخرى موضوعية

أ/ الشروط الشكلية:

حتى تقبل دعوى القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية يجب أن يتأكد القاضي الإداري من صحة وتوافر الشروط الشكلية ممثلة في ما يلي:

- شرط الصفة والمصلحة حسب نص المادة 13 ق إ م ،بحيث يمكن أن يكون رافع الدعوى هو أحد طرفي العقد، إما المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد، كما قد يكون طرفا خارجا عن العملية العقدية، لكنه تعرض لضرر من جراء هذه العملية التعاقدية.

- شرط الميعاد لا تقيد دعوى القضاء الكامل بالميعاد المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتبارها من قضايا الحقوق، التي يبقي فيها حق الطعن قائما ما دام الحق المراد حمايته لا يزال قائما، ولم يخضع للتقادم.

1) بالنسبة لشرط تضمين العريضة القرار لسبب رفع الدعوى، باعتبار أن سبب رفع دعوى القضاء الكامل هي إما قرار إداري تسبب في ضرر ما للمخاطب بأحكامه،إما عمل مادي أو عمل تعاقدي. وباسقاط ذلك على دعوى القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية فلا بد أن تضمن العريضة القرار الصادر عن المصلحة المتعاقدة أو العقد حتى يتسنى للقاضي الإحاطة بمصدر الضرر وقدره.

ب/الشروط الموضوعية:

يمكن للمدعي أن يؤسس دعواه بناءا على حالة من حالات إخلال الطرف الآخر في العقد بالتزاماته،سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية (ينص عليها القانون)، كما يمكن تأسيسها على ضرر قابل للتعويض، سببه أحد طرفي العقد للآخر، أو تسبب فيه عقد الصفقة أو تنفيذها للغير، الأمر الذي يجعلنا نحاول الإشارة إلى عدد من صور دعوى القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

2/ أهم صور دعوى القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية:

سنقوم بإدراج أهم صور دعوى القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية، باعتبارها مرتبطة بالعملية التعاقدية، وتخرج عن نطاق القرارات الإدارية المنفصلة، وهي في الواقع تصنف كمنازعات "**تنفيذ**" و" **نفاذ**" الصفقات العموميةبالاضافةلإمكانية رفع دعوى التعويض اجبر الضرر لذا سيتم تقيمها إلى ثلاثة أقسام:

- دعاوى تنفيذ الصفقات العمومية.
- دعاوى نفاذ الصفقات العمومية.
- دعوى التعويض في الصفقات العمومية.(انظر الملحق: المخطط التوضيحي -3-)

أ- دعاوى تنفيذ الصفقات العمومية:

تتمثل الدعاوى المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية أساسا في دعوى إبطال بعض تصرفات المصلحة المتعاقدة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية، وكذا دعوى المطالبة بالحق في المقابل المالي.

- **دعوى إبطال بعض تصرفات المصلحة المتعاقدة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية:**

إن إخلال الإدارة بالالتزامات الملقاة على عاتقها، يعتبر خرقا لبنود الصفقة التي تم الاتفاق عليها. حيث تتجلي هذه التصرفات في صورة قرارات إدارية قد تتسبب في الضرر للمتعامل المتعاقد معها أو للغير، الذي لا يعتبر طرفا في عقد الصفقة:

1) **بالنسبة للمتعامل المتعاقد:**

يسعى المتعامل المتعاقد لإبطال تلك التصرفات التي تأتي في صورة قرارات إدارية عن طريق دعوى القضاء الكامل، لأنه لا يستطيع اللجوء إلى دعوى الإلغاء.حتى ولو كان مقصده للانفصال هو فقط إبطال تلك القرارات، لأن هذه الأخيرة لا تعد من قبيل القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن عقد الصفقة: بل تكيف على أنها إجراء تعاقدي لا يمكن تجزئته عن الصفقة العمومية وبنودها، وتعتبر المنازعة بشأنها إحدى المنازعات الحقوقية الإدارية، التي تدخل في ولاية القضاء الكامل. وعلى المتعامل المتعاقد أن يؤسس دعواه على بنود الصفقة على مبدأ المشروعية.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

2) **بالنسبة للغير:**

يقصد بالغير"الغير الخارج عن عقد الصفقة" والذي تضرر من تلك القرارات الإدارية التي أصدرتها المصلحة المتعاقدة، هذا الأخير ليس أمامه إلا اللجوء إلى دعوى الإلغاء، لأنه ليس طرف في الصفقة العمومية، وليس له أي حق شخصي مترتب عليها، إنما ينازع القرار الإداري الذي أضر به بعينه، وعليه أن يؤسس دعواه على مبدأ المشروعية، ولا يشير لا بنود الصفقة ولا نصوصها من أجل إلغاء ذلك القرار.

- **دعوى المطالبة بالحق في المقابل المالي:**

للمتعامل المتعاقد حق الحصول على مقابل نقدي نظير تنفيذه لموضوع الصفقة، مثلا بعد إنجازه للأشغال المطلوبة منه بمقتضى صفقة الأشغال، يطلب الدفع مقابل إنجازه لهذه الأشغال، الذي يعتبر دين على عاتق الإدارة، والذي يأخذ صورة أجر متفق عليه في الصفقة، تطبيقا لبنود القسم الثالث من الفصل الرابع للمرسوم الرئاسي 247/15، حيث نصت المادتين 108و 109 منه على كيفيات الدفع، وعليه فإن ثبوت إنجاز المتعامل المتعاقد لالتزامه بشكل سليم يجعله محق في طلب الحصول على تلك المبالغ المتفق عليها.

كما يمكن أن ترفع هذه الدعوى متى كان السبب هو استحقاق مالي للمتعامل المتعاقد سواء تعلق بفوائد تأخيرية، تعويض عن الحرمان من الربح ،أو ما فات من كسب طبقا للمادة122 من المرسوم 15/ 247،أو استرداد مبالغ الكفالة ،أو تحميل فارق السعر وغيرها.... فهي منازعات تدرج ضمن تنفيذ الصفقة العمومية وناشئة عن نصوصها وبنودها.فهي منازعات تنصب على حق ذا مصدر تعاقدي، ما يدخله ضمن المنازعات الحقوقية المدرجة ضمن القضاء الكامل. خاصة وأن رافع الدعوى هو طرف في العقد.

ب- دعاوى نفاذ الصفقات العمومية:

وتسمى أيضا دعاوى انقضاء الصفقات العمومية بسبب الإبطال أو الفسخ.

- **دعوى بطلان الصفقة العمومية:**

هي أبرز دعاوى القضاء الكامل، باعتبار أن الصفقة العمومية هي عقد إداري يشترط لانعقادها توافر أركان العقد، من رضا ومحل وسبب والتي تشترك فيها مع العقد المدني، والتي إذا تخلفت كانت سببا في إبطال عقد الصفقة ،

تؤسس دعواه (القضاء الكامل) على بنود الصفقة لا على مبدأ المشروعية

SAHLA MAHLA
الموسوعة الأولى لمذكرات التخرج في الجزائر

وهي دعوى يكون المؤهل لرفعها هو المتعامل المتعاقد، باعتباره صاحب الصفة والمصلحة كونه طرفا في العقد، دون الغير الذي يعتبر أجنبي عن هذا العقد.

- **دعوى فسخ الصفقة العمومية**

يعتبر الفسخ طريقا لإنهاء العلاقة التعاقدية في العقود المدنية أو الإدارية على السواء، لكن الفسخ في الصفقات العمومية يختلف عن الفسخ في العقود المدنية، ذلك أن قاعدة عدم جواز نقض (فسخ) العقد إلا باتفاق الطرفين، لا تصمد أمام امتيازات المصلحة المتعاقدة، إذ أن الفسخ ألإنفرادي من السلطات التي تتمتع بها كامتياز مقرر لمصلحتها تتخذه دون اللجوء إلى القضاء، ولو لم يتم النص عليه في الصفقة. لكن الطعن في فسخ الصفقة أمام القضاء يأخذ إحدى الصورتين الآتيتين:

ü إما أن يتم الطعن في القرار الإداري الذي أصدرته المصلحة المتعاقدة، والمتضمن فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، وهو حق مخول لها بموجب المادتين 149و 150 من المرسوم الرئاسي 247/15 سالف الذكر.

ii إما أن يلجأ المتعامل المتعاقد إلى القضاء الإداري للمطالبة بفسخ عقد الصفقة العمومية بهدف التحلل من التزاماته التعاقدية. وأمام خطورة هذه الدعوى على سير المرافق العامة، فقد تشدد القضاء الإداري في الاستجابة لطلب المتعامل فسخ الصفقة إلا في حالات محددة: كاستحالة التنفيذ لقوة قاهرة أو للإخلال بالالتزامات من جانب المصلحة المتعاقدة مما يصنف كخطأ جسيم.

وعليه فإن الدعوى في كلا الحالتين تندرج ضمن القضاء الكامل، لأن الطعن في قرار الفسخ الصادر عن المصلحة المتعاقدة لا يعتبر قرارا إداريا منفصلا عن العملية العقدية ،لارتباطه ببنود الصفقة وشروطها، لذا فإن المتعامل المتعاقد يقصد حماية إحدى حقوقه المنصوص عليها في العقد. وكذلك هو الحال عن رفع الدعوى من جانبه قصد فسخ العقد لذا نجده يؤسس دعواه على بنود الصفقة وشروطها في كلتا الحالتين، وليس على مبدأ المشروعية.

وتجدر الإشارة أنه في حالة ما إذا تدخل الغير الغريب عن العقد لرفع دعوى ضد قرار الفسخ الصادر عن المصلحة المتعاقدة، بحجة أنه الحق به ضرر ما، فيجب أن يستوفي شرط المصلحة، وليس له لممارسة هذا الطعن سوى أن يرفع دعوى الإلغاء، لأنه لا يتمتع بأي حق شخصي، وعليه أن يؤسس دعواه على مبدأ المشروعية دون الاعتماد على نصوص الصفقة وشروطها لأنه ليس طرفا فيها.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

ج- دعوى التعويض في الصفقات العمومية.:

وهي دعوى قد ترفع عند التنفيذ أو عند نفاذ الصفقة العمومية، وتعتبر أهم دعاوى القضاء الكامل ، التي تهدف إلى المطالبة بالتعويض، وجبر الأضرار الناجمة عن الأعمال الإدارية المادية والقانونية، وتعد أكثر أنواع الدعاوى انتشارا أمام القضاء الإداري، تدخل ضمن الولاية العامة للمحاكم الإدارية طبقا لنص المادة 801 ق إ م إ.

نخلص في الأخير أن المنازعات الناشئة عن عقد الصفقة العمومية تدخل كأصل عام في ولاية القضاء الكامل، خاصة عند مرحلة التنفيذ، باعتبارها التزامات حقوقية مرتبطة بالالتزامات الناشئة عن بنود الصفقة وشروطها، حتى وإن كانت تتعلق بقرارات إدارية، لأن هذه الأخيرة لا تعد قرارات منفصلة عن عقد الصفقة. ذلك أن دعوى الإلغاء تحصل في القرارات

القسم الثالث القضاء الإستعجالي القسم الثالث

إن المتتبع لتطور التشريع الإداري الجزائري، يلاحظ دون أدنى شك التهميش التشريعي للقضاء الإستعجالي الإداري، على مدى تعاقب النصوص القانونية التي سبقت قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/98.

فقانون الإجراءات المدنية السابق 23/90 جاء هزيلا جدا في هذا المجال، إذ لم يتضمن إلا نص قانوني وحيد ،ممثلا في المادة 171 ق إ م ،التي نظمت بشكل سطحي أحكام القضاء الإستعجالي دون مراعاة أدنى تمييز بين المواد المدنية والإدارية في هذا المجال.

ولم تتضمن القوانين العضوية المنظمة لمجلس الدولة 01/98 والمحاكم الإدارية 02/98 ومحكمة التنازع 03/98 أي إشارة للقضاء الاستعجالي الإداري، الأمر الذي أدى إلى وجود فراغ تشريعي في المجال التطبيقي، وهذا إلى غاية صدور قانون 08/98 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية. هذه الخطوة وإن جاءت متأخرة مقارنة بالمشرع الفرنسي،إلا أن المشرع الجزائري حاول من خلالها إعطاء تفصيل دقيقا لمجالات اللجوء إلى قضاء الإستعجال، كمادة إثبات حالة، التسبيق المالي، وتدابير التحقيق.

ويعد القضاء الاستعجالى قبل التعاقدي في مادة الصفقات العمومية والعقود الإدارية من المسائل التي قننها المشرع الجزائري لأول مرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08/98، أمام تنامي الأهمية القانونية والاقتصادية للصفقة العمومية في الجزائر، وزيادة الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية، مما أدى إلى تفشي ظاهرة عدم مشروعية الصفقات العمومية، لذا أورد المشرع الإستعجال في مادة العقود والصفقات الإدارية في الفصل الخامس، ضمن الباب الثالث المعنون بـــ "**الاستعجال**"، من خلال مادتين أساسيتين هما المادة 946 947 ق إ م إ.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

أولا: ماهية القضاء الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية

إن تحديد ماهية القضاء الاستعجالى في مادة الصفقات العمومية يقتضي هنا إيجاد تعريف له، ثم البحث في الخصائص التي يتميز بها عن القضاء ذو الطبيعة العادية.

ا/تعريف قضاء الاستعجال في مادة الصفقات العمومية:

من خلال استقراء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تأكد لدنيا أن المشرع الجزائري قد أحجم عن إعطاء تعريف للقضاء الاستعجالى، تاركا ذلك للفقه والقضاء. رغم أنه أشار في المواد 925،924،918،917 للخصائص التي يقوم عليها.

وبالعودة إلى الآراء الفقهية والأحكام القضائية في هذا المجال نجد أنها تعددت، فقد عرفه الفقه بأنه:" عمل قضائي الغرض منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة، وبصفة مؤقتة في الأمور المستعجلة، التي يخشى عليها فوات

الأوان، بشرط أن لا يتعرض حكمه لأصل الحق، ولا يقيد حكمه هذا قاضي الموضوع عند عرض المنازعة عليه".

في حين عرفته محكمة النقض المصرية بقولها:"يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر، والإستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار وقتي، يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق، ومنح خطر لا يمكن تداركه أو يخشى ضياعه إذا ما فات الوقت"

يلاحظ على هذه التعاريف أنها عرفت قضاء الاستعجال من خلال خصائصه وشروطه ،وقصد إيجاد تعريف لقضاء الإستعجال في مادة الصفقات العمومية علينا ربط هذه التعاريف بالمرسوم 247/15، وبنصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالمادة 2 من المرسوم سالف الذكر عرفت الصفقات العمومية أنها "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين،وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

في حين أن المادة 1/946 ق إ م إ " يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية."

وعليه، وبالجمع بين مصطلحي "قضاء الاستعجال و" الصفقات العمومية"، يمكن تعريف القضاء الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية بأنه:

SAHLAMAHLA
المرجع الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

"إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية ، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية العادية"

يبقي أن نبحث في خصائص الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية

ب/ خصائص الدعوى الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية:

تتميز الدعوى الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية بخصائص تميزها عن باقي الدعاوى الإستعجالية يمكن تناولها كما يلي:

1- أنها دعوى إستعجالية محددة النطاق (مقيدة)، حيث ضيق المشرع الجزائري من مجال رفعها، وحصره في الإخلال بالتزامات "الإشهار" أو "المنافسة"، وهي التزامات تتحدد أساسا في مرحلة إبرام الصفقة ولا تطال مرحلة التنفيذ.

2- أنها دعوى أصلية، بمعنى أنها ترفع بصفة مستقلة عن أي دعوى موضوعية أخرى

3- أنها دعوى وقائية الهدف منها حماية مبدأين أساسين هو "مبدأ الإشهار" و"مبدأ المنافسة" لهذا السبب حدد مجالها الزمن بالمرحلة السابقة عن دخول الصفقة حيز التنفيذ.

بقي أن نبحث في شروط رفع هذه الدعوى أمام القضاء الإداري.

ثانيا- شروط رفع دعوى الاستعجال في مادة الصفقات العمومية:

عمليا، تنقسم شروط رفع الدعوى الإستعجالية في مادة الصفقات العمومية إلى شروط عامة تشترك فيها مع الدعوى الإستعجالية الإدارية، وشروط خاصة تنفرد بها عن هذه الأخيرة.

1/ الشروط العامة:

وتتمثل هذه الشروط بحسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية في: **"توفر حالة الاستعجال" "عدم المساس بأصلالحق"و "عدم المساس بالنظام العام".**

أ- توفر حالة الاستعجال:Etat D'urgence

SAHLA MAHLA
الموصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

لم يعرف المشرع الجزائري شرط الاستعجال، لكن أشار له في المواد 920، 921، 924 ق إ م إ، ولم يقم بتحديدها حالاته حصرا، بل ترك ذلك السلطة التقديرية للقاضي باعتباره هو الأقرب لمعايشة الواقع من المشرع، ولأن هذا الأخير لا يمكنه أن يحصي حالات الاستعجال لأنها تتميز بالمرونة فهي تتغير بتغير الزمان والمكان والظروف.

لكن تجدر الإشارة أن حالة الاستعجال تنشأ من طبيعة الحق المراد حمايته والظروف المحيطة به، ولا يمكن أن يفتعلها الخصوم. فهي من النظام العام، وعلى الهيئة القضائية المختصة إثارتها من تلقاء نفسها ولا تتقيد إلا بتسببه. وفي حال عدم توفر عنصر الاستعجال يرفض الطلب طبقا للمادة 924 ق إ م إ دون التصريح بعدم الإختصاص النوعي باعتباره من إختصاص قاضي الموضوع.

ب- عدم المساس بأصل الحق:Sans faire préjudice au principal

نصت المادة 918 ق إ م إ على أنه: يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة، لا ينظر في أصل الحق...." يلاحظ أن نص المادة جاء موجزا، فلم يقدم تعريفا لأصل الحق، ولم يعط معيارا للتمييز بين ما هو من أصل الحق وما سواه.

لكن ما هو متعارف عليه قانونا وقضاء أن قضاء الاستعجال لا يفصل في أصل الحق، بمعنى لا يتطرق إلى صميم موضوع النزاع ،والذي يقصد به في الصفقة العمومية الحقوق والالتزامات المتبادلة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد. فلا يتعرض لها قاضي الاستعجال بالتعديل أو التحويل في مركز أحد الطرفين، كما يمنع عليه أن يتعرض أثناء تسبيب قراره إلى الفصل في موضوع النزاع. فيترك جوهر النزاع سليما ليفصل فيه قاضي الموضوع.

وعليه ليس لقاضي الاستعجال سوى التدخل بتدابير مؤقتة أو تحفظية، دون الحسم في الحق المتنازع عليه في الموضوع. فيمتنع مثلا عن الفصل في الدعوى الرامية إلى فسخ عقد الصفقة، أو مدى صحتها ،أو الحقوق المالية المترتبة عن التزامات الصفقة.

ج-عدم المساس بالنظام العام:

يمنع على قاضي الاستعجال بمقتضى هذا الشرط أن يتخذ أي تدبير أو إجراء تحفظي في النزاع يكون متعلقا بالنظام العام. والواقع أن هذا الشرط مستمد من النص القديم الوارد في قانون الإجراءات المدنية في المادة 171 مكرر ،والتي نصت على ما يلي: " في جميع حالات الاستعجال يجوز لرئيس المجلس القضائي... الأمر بصفة مستعجلة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة.... باستثناء ما يتعلق منها بأوجه النزاع التي تمس النظام العام أو الأمن العام."

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

وباعتبار أن فكرة النظام العام غير قابلة للتحديد وتتميز بالمرونة، كان من الصعب حصرها في مجال معين، الأمر الذي أدي إلى أتساع مجال النظام العام، وبالتالي تضيق مجال تدخل قاضي الاستعجال ،مع أنه المجال الخصب لتجاوز السلطة من طرف الإدارة، وبالتالي لا يوجد ما يبرر هذا القيد. وأمام هذا النقد تراجع المشرع الفرنسي عن هذا الشرط.

لكن المشرع الجزائري وإن سار على نفس النهج من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي لم يتضمن إلى أي نص قانوني يؤكد هذا الشرط ،إلا أنه أشار إلى وجوده في نص المادة 939 من القانون 08/98 بنصها "خلافا فالأحكام المادة 843 أعلاه، يجوز إخبار الخصوم بالأوجه المثارة الخاصة بالنظام العام خلال الجلسة"

وإن كانت هذه المادة لا توحي بأن المشرع أراد ضم هذا الشرط لشروط دعوى الإستعجال، إنما خصه باستثناء عن باقي الدفوع، والتي يجوز لهيئة القضاء فيها أن تخبر بها الخصوم دون باقي الدفوع الأخرى.

2/الشروط الخاصة:

إن الشروط الخاصة في القضاء ألاستعجالي في مادة الصفقات العمومية تنحصر في الاستعجال قبل التعاقدي (قبل الإبرام) ، وهي شروط يمكن إستنتاجها من نص المادة 946 من القانون 09/08 ، والتي يمكن إجمالها في 03 شروط:

أ- صفة المدعي:

إن صفة المدعي في القضاء ألاستعجالي قبل التعاقدي تكتسب بطريقين، إما بحكم وجود مصلحة أو بحكم القانون:

- **اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة:**

يمكن استنتاج ذلك من نص المادة 2/946 بنصها:" يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد، والذي قد يتضرر من هذا الإخلال...": أي الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة. يظهر من هذه الفقرة أن المشرع خول لكل ذي مصلحة في إبرام الصفقة. أو أي متضرر من الإجراءات المتعلقة بإبرامها أن يلجأ لقضاء الإستعجال. باعتبار أن المنازعة هنا تنشأ قبل إبرام الصفقة، ولم يتحدد بعد المتعامل المتعاقد، وهي مرحلة تتميز بإصدار القرارات الإدارية المنفصلة التي لا يمكن أن تكون إلا محل دعوى إلغاء.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

وهي من دعاوى المشروعية، التي يكفي فيها أن يمس القرار بمركز قانوني أو فائدة ما حتى تتحقق المصلحة. لذا فإن القاضي الاستعجالي يفصل في دعوى الإلغاء هنا ضمن القضاء الإستعجالي ، حتى لو كانت هذه المصلحة محتملة، وهو ما يستفاد من عبارة " قد يتضرر". وعليه لا يتصور أن يستفيد منها الغرباء عن عملية إبرام الصفقة، كالتنظيمات المهنية والمتعاقدين من الباطن، وعلى العكس من ذلك تقبل الدعوى التي يرفعها المترشحين المستبعدين منها، وكذا الأشخاص الذين لم يتمكنوا من المشاركة بسبب إخلال في قواعد العلانية.

- **اكتساب صفة المدعي بحكم القانون:**

أعطت المادة 946/ 2 ق إ م إ صفة المدعي لرفع دعوى إستعجالية لشخص قانوني وحيد وهو الوالي وذلك بقوة القانون، ودون حاجة لإثباتها، متى تعلق الأمر بعقد قد أبرام أو يبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية. وأكدت في نفس الوقت أنه يجوز هذه الصفة باعتباره ممثلا للدولة. حيث جاء فيها:

" يتم هذا الإخطار..... وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو يبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية"

يفهم من نص المادة أن الوالي هنا نصب كحارس لشفافية الصفقات العمومية المحلية .لكن كيف لهذا الأخير أن يعلم بوجود خرق لمبد أي الشفافية والمنافسة في غياب أي آلية محددة قانونا تمكنه من ذلك، سواء في المرسوم 247/15 أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية، نرى أن هذه المكنة الممنوحة للوالي فيما يتعلق الصفقات العمومية المحلية تجعلنا نتساءل عن الشخص المخول لحراسة شفافية الصفقات العمومية المركزية، أم أن هذه الأخيرة لا يعاب عليها الإخلال بمبدأي العلانية والمنافسة؟ خاصة أمام الأهمية التي تخص بها المبالغ المالية الضخمة التي ترصد لها.لذلك، نهيب بالمشرع الجزائري أن يتدخل لسد هذا الفراغ القانوني، الذي لا يجد ما يبرره في ظل إتساع نطاق الصفقات العمومية خاصة ذات الطبيعة المركزية.

ب-الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة:

حددت المادة 946 ق إ م إ مجال تطبيق الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية في مرحلة ما قبل الإبرام، لذا سميت **بالدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية**،واشترطت أن يكون هناك إخلالا بإحدى إلتزامات الإشهار أو المنافسة.

- **الإخلال بالتزامات الإشهار:**

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

أكد المشرع الجزائري على ضرورة إلتزام المصلحة المتعاقدة بمبدأ علنية الصفقة العمومية من خلال قواعد الإشهار المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية 247/15 خاصة المواد 61، 62، 65 . وتتعدد صور الإخلال بالتزامات الإشهار، بحيث لا يسعنا إدراجها جميعا في هذه الجزئية، لذا سنكتفي بإدراج الأكثر شيوعا منها كما يلي:

- تلاعب المصلحة المتعاقدة بالشروط المحددة قانونا للإعلان عن الصفقة، كأن يتضمن الإعلان عن الصفقة معلومات غير كافية، أو أن تتخلف إحدى البيانات الأساسية المنصوص عليها في المادة 62 من تنظيم الصفقات العمومية.

- عدم احترام المصلحة المتعاقدة لآجال الإعلام،أو امتناع الإدارة عن الإعلان عن الصفقة العمومية مطلقا، أو الإعلان عن المنح المؤقت لها.

- **الإخلال بمبدأ المنافسة:**

عبر المشرع الجزائري عن مبدأ حرية المنافسة ب "**حرية الوصول إلى العروض**"، وهو مبدأ مكرس قانونا بموجب المادة 37 من الدستور الجزائري، التي تؤكد على حرية التجارة والصناعة وأكدته عدة مواد في تنظيم

الصفقات العمومية ، منها المادة 44 من المرسوم من المرسوم 247/15 ،التي منعت أي انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة وكذا المادة 2/54 التي أكدت على وجوب التزام المصلحة المتعاقدة بالاعتماد على معايير غير تمييزية عند تقييمها للترشيحات. وعليه يعد من قبيل الإخلال بمبدأ حرية المنافسة ما يلي:

- اختيار المصلحة المتعاقدة لإجراء إبرام لا يتناسب وطبعة الصفقة وموضوعها، وذلك بمخالفة الشروط القانونية المحددة لكيفيات إبرام الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المواد من 39 إلى 52 من المرسوم 247/15. كأن تتم الصفقة وفق إجراء التراضي عوضا عن طلب العروض المفتوح.

- الحرمان أو الاستبعاد من الصفقة العمومية دون وجه حق، وذلك دون الاستناد مثل على الحالات المحدة قانونا بنص المادة 75 من المرسوم سالف الذكر.

ج- الأجل القانوني لرفع الدعوى:

إن الدعوى الإستعجالية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 946 ق إ م إ هي دعوى وقائية، أراد المشرع من خلالها تفادي الوقوع في إبرام صفقة غير مشروعة بسبب الإخلال بمبدأي الإشهار أو المنافسة، لذا لا يمكن أن يتصور رفعها بعد إبرام الصفقة،لأنها لا تؤدي الدور الذي رفعت من أجله. لذا نجد المشرع الجزائري أكد أنها ترفع قبل إبرام العقد وذلك حسب نص م 3/946:" يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد" . فالمشرع هنا لم يحدد أجلا لرفع الدعوى، لكن المنطق الوقائي يفرض بأن ترفع الدعوى قبل إبرام العقد، أين يمارس القاضي الاستعجالي سلطته، فيوجه أمرا للمتسبب بالامتثال لإلتزاماته، أو يأمر بتأجيل إمضاء العقد طبقا للفقرتين 4 و 6 من المادة 946 ق إ م إ.

وبالمقابل حدد المشرع الجزائري أجلا قانونيا يقيد القاضي الإستعجالي في الفصل في الدعوى وهي مدة 20 يوما من تاريخ إخطارها، وهو ما يستفاد من نص تاريخ 947 ق إ م إ" تفصل المحكمة الإدارية في أجل (20) عشرون يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 أعلاه".

من خلال الطرح السابق، وإن كان المشرع الجزائري لم يحدد أجلا قانونيا محددا لرفع الدعوى الاستعجالية إلا أن المنطق القانوني يقتضي رفعها في آجال معقولة، لتحقيق المغزى من علة الاستعجال وهذا بمراعاة طبيعة الصفقة المبرمة والآجال المحددة لتنفيذها. وهي بحسب رأينا أمر متروك للسلطة التقديرية لقاضي الإستعجال.

ثالثا:إجراءات رفع الدعوى الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية:

بعد التأكد من توافر الشروط اللازمة لرفع الدعوى الاستعجالية يجوز لصاحب المصلحة (المتضرر أو الوالي) إخطار المحكمة الإدارية المختصة، قصد اتخاذ ما تراه ضروريا من تدابير للمحافظة على التزامات

الإشهار والمنافسة. لذا سنطرح أولا مسألة تحديد قواعد الاختصاص بالدعوى، ثم نتناول كيفية رفع الدعوى القضائية الاستعجالية.

1/ قواعد الاختصاص النوعي بالدعوى:

يؤخذ على المادتين 946 و 947 المنظمتين لهذه الدعوى حصر الاختصاص القضائي في المحكمة الإدارية، دون الإشارة إلى اختصاص مجلس الدولة بنظر هذه الدعوى، باعتباره على الأقل جهة استئناف (هذا في حال ما لم نتصور كونه جهة إبتدائية في الدعوى الاستعجالية المتعلقة بالإخلال بالتزامات المنافسة أو العلانية في الصفقات العمومية المركزية، لأن الأمر مرتبط هنا بقرارات إدارية مركزية منفصلة عن الصفقة العمومية). خاصة وأن المادة 946 أوردت عبارة "الصفقات العمومية" وهي صياغة تفيد العمومية، ولا تقيم أي تمييز بين الصفقات العمومية المحلية، وتلك التي تبرم على المستوى المركزي، الأمر الذي جعلنا نتساءل قبل هذا عن مصير هذه الأخيرة من حيث الاختصاص النوعي لها من حيث القضاء الإستعجالي. فهل هذا يعني أن تخضع لاختصاص المحاكم الإدارية إعمالالصيغة العمومية في عبارة " الصفقات العمومية". أم أنها تخضع لاختصاص مجلس الدولة ضمنا،إعمالا للقواعد العامة، ما دام المشرع قد سكت عنها في محتوى المادة 946. وهو أمر يستدعي التوضيح من قبل المشرع الجزائري، أمام الأهمية التي تكتسيها الصفقات العمومية المركزية بالنظر للمبالغ المالية الضخمة التي ترصد لها، فلا يعقل أن تفلت من رقابة قاضي الاستعجال.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

2/ كيفية رفع الدعوى:

إن الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية بوصفها طلبا إستعجاليا، يتعين تقديمها بمقتضي عريضة مكتوبة وموقعة من محام، ومستوفية للبيانات المنصوص عليها في المادة 15 ق إ م إ، أهمها عرض وقائع الدعوى والوسائل التي تؤسس عليها، وكذا كتحديد طلبات المدعي بدقة. تودع لدى كتابة ضبط المحكمة الإدارية لتقيد وترقم في سجل حسب ترتيب ورودها، ويحدد لها تاريخ أول جلسة.

يبلغ المدعى عليه بنسخة من العريضة عن طريق محضر قضائي، في آجال تتناسب والطبيعة الاستعجالية للدعوى في غياب نص صريح يحدد ذلك.

رابعا:الفصل في الدعوى الإستعجالية

بعد التحقق من توفر شروط الدعوى الإستعجالية في مادة الصفقات العمومية ،واستكمال الإجراءات القانونية الضرورية لرفعها تأتي مرحلة الفصل في هذه الدعوى، وهنا سنتطرق أولا لتشكيلة الهيئة القضائية التي ستفصل فيها، ثم سنتطرق للسلطات المخولة للقاضي فيها لنتطرق في الأخير للطعن في الحكم الصادر فيها.

1/ التشكيلة الفاصلة في الاستعجال الإداري في مادة الصفقات العمومية:

جعل المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية التشكيلة القضائية التي تفصل في مادة الاستعجال الإداري تشكيلة جماعية. وهي تلك المنوط لها الفصل في دعوى الموضوع، حسب ما كرسته المادة 917 بنصها" يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع" ،وبهذا تم توحيد جهة التقاضي بين قضاء الموضوع وقضاء الاستعجال، رغم أن هذه التشكيلة لا تخدم كثيرا شرط الاستعجال مقارنة بتشكيلة القاضي الفرد، إلا أننا لا ننكر مزايا التشكيلة الجماعية ،التي من شأنها أن تعطي سدادا في الأحكام الصادرة بالنظر لخطورة هذه الأحكام على إبرام الصفقة.

2/سلطات قاضي الاستعجال في مجال الصفقات العمومية:

عبرت المادة 946 ق إ م إ عن السلطات الممنوحة للقاضي الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية بـ" **تأمر**"، "**الحكم بغرامة تهديدية**"، "**تأمر بتأجيل إمضاء العقد** "،أي المحكمة الإدارية باعتبارها صاحبة الاختصاص بالقضاء الاستعجالي، والتي يمكن تفصيلها كما يلي:

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

أ- سلطة توجيه الأمر للإدارة:L'injonction

يعتبر توجيه الأوامر للإدارة من الصلاحيات المستحدثة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 ،وذلك في عدة مجالات، أهمها الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية، طبقا للمادة 946/ 4 من نفس القانون ،يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه وسلطة الأمر في هذه المادة، موضوعها تعديل المصلحة المتعاقدة للإجراءات والعمليات التي شابتها عيوب نتيجة إخلالها بقواعد الإشهار والمنافسة.كأن يأمرها بنشر الإعلان عن الصفقة في الصحف اليومية أو إعادة نشره مستوفيا لبياناته الإلزامية، أو يوجه لها أمرا بقبول مرشح مستبعد من دخول الصفقة دون وجه حق.

تعد الأوامر التي يصدرها قاضي الاستعجال ذات طبيعة موضوعية، أي أنها تدابير نهائيه تمس أصل الحق وليست مجرد تدابير تحفظية مؤقتة. وهو ما يدعو إلى تسميتها ب "الدعوى شبه الاستعجالية"، ويجب على المصلحة المتعاقدة الامتثال لهذا الأمر وفقا للمادة 978 ق إ م إ ، وأيضا ما ذهبت إليها المادة 946 ق إ م إ

ب- الحكم بالغرامة التهديدية:Astreint

يعاب على الإدارة (المصلحة المتعاقدة) في كثير من الأحيان عدم الاستجابة لأحكام القضاء، كما قد تماطل في تنفيذ الأوامر الصادرة عن قاضي الاستعجال، لذا دعمت المادة 5/946 ق إ م إ القاضي الإستعجالي بسلطة توقيع غرامة تهديدية، تسري في حال عدم امتثال الإدارةللأوامر التي وجهت لها في الآجال المحددة. فالغرامة بهذا المعنى هي عبارة عن تهديد مالي هدفه الضغط على الإدارة الممتنعة أو المتماطلة عن تنفيذ التزاماتها، بأداء مبلغ مالي عن كل فترة زمنية في تأخير تنفيذ الالتزام، وهو ما يمكن أن يحملها على الالتزام بقواعد العلانية والمنافسة

وتجدر الإشارة أنه وطبقا للمادة 5/946 ق إ م إ، فإن سلطة توقيع الغرامة التهديدية لا تطبق إلا بانقضاء الآجال المحدة من طرف المحكمة لتنفيذ الأمر، بمعنى أنه لا يمكن الجمع بين **"الأمر بالامتثال"** و**"توقيع الغرامة التهديدية"** في آن واحد، حيث جاء فيها:"يمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ إنقضاء الأجل المحدد"

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

لكن يعاب عليها أنها جوازية وليست إلزامية ، تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الإستعجالي.

ج- تأجيل إمضاء العقد:Suspension

منحت المادة 946/ 6 ق إ م إ القاضي سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات، ولمدة لا تتجاوز 20 يوما، وهذا التأجيل في حد ذاته هو وسيلة ضغط على الإدارة لتفي بالتزاماتها، وهي وسيلة خطيرة تشل العقد، وتؤثر على سير المرفق العام بانتظام واطراد. ومن جهة أخرى هي وسيلة تترجم الطابع الوقائي لنظام الإستعجال ما قبل التعاقدي، حيث في غيابها قد تترتب نتائج يتعذر تداركها، فيما لو أسرعت الإدارة في إتمام إبرام الصفقة قبل نهاية إجراء الدعوى. وعليه في حال رفعت هذه الدعوى بعد إبرام العقد تصبح دون جدوى.

وتجدر الإشارة في الأخير أن المشرع الفرنسي، منح لقاضي الاستعجال إضافة إلى السلطات الثلاث السابقة سلطة رابعة تتمثل في إلغاء القرارات المخالفة لمبدأ المنافسة.

خامسا:حجية الأمر الصادر عن القضاء مدى وإمكانية الطعن فيه

إن القاضي الإداري عند البت في الدعوى الإستعجالية شبه التعاقدية، يستعمل السلطات المخولة له وذلك في شكل أمر، الذي يتعين علينا تحديد مدعى حجية ومدى إمكانية الطعن فيه، ضمن طرق الطعن المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1/حجية الحكم الصادر عن القضاء الإستعجالي:

إن الحكم الذي يصدر عن قضاء الاستعجال، والذي يتعلق بالبت في منازعات الصفقات العمومية الناشئة في مرحلة الإبرام هو حكم قطعي فاصل في أصل الحق، ومن ثم فهو يتميز بنفس حجية الحكم الذي يصدر عن قاضي الموضوع. ويحوز حجية الشئ المقضي فيه، فهو ليس بحكم مؤقت ولا يتعلق بتدابير وقائية إعمالا لنص المادة 300 ق إ م إ.....

2/إمكانية الطعن في الأوامر الصادرة عن قضاء الاستعجال في مادة الصفقات العمومية:

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

مرة أخرى يترك المشرع الجزائري الغموض حول طبيعة الحكم الصادر في الدعوى الإستعجالية، رغم أن المادة 946 ق إ م إ توحي بأنها أمر لاستعمالها صيغة " يأمر"، كما أن المادتين 946 و 947 ق إ م إ سكتتا عن إمكانية الطعن في هذه الأحكام إذا ما اعتبرناها " أوامر". و مصدر الغموض نابع من أنه في حالات أخرى نص صراحة على القابلية للطعن (مثل في حالة الأمر المتعلق بالتسبيق المالي) بينما لم ينص عليه في حالات أخرى.

وأكثر من ذلك فإنه نص في المادتين 936 و937 على الأوامر القابلة للاستئناف وتلك التي لا تقبله، والتي لم توحي ولو بإشارة لمادة الاستعجالي قبل التعاقدي الذي تحكمه المادتان 949 و 947 ق إ م إ في أي من الفئتين.

لكن المادة 949 ق إ م إ أجازت الطعن بالإستئناف في الأوامر الإستعجالية الصادرة عن المحاكم الإدارية، (هذا إذا ما اعتبرنا أن ما يصدر عن القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي أوامر) ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك. وتحدد أجل مقلص للاستئناف مقارنة بالاستئناف العادي، حيث حددته بـ 15 يوما تسري من تاريخ التبليغ الرسمي

أما بالنسبة لإمكانية الطعن بالمعارضة والذي يتعلق أساسا بالأحكام الغيابية، فيطرح إشكال قانوني آخر. إذ بالرجوع إلى المادة 953 ق إ م إ نجد أنها مكنت من الطعن بالمعارضة في القرارات والأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، دون أن تشير إلى الأوامر. لكن يمكننا أن نرجح إمكانية الطعن بالمعارضة إستنادا إلى المادة 304 ق إ م إ، التي تقضي في فقرتها الأولى بإمكانية الطعن بالمعارضة في الأوامر الإستعجالية الصادرة غيابيا في آخر درجة،وتحدد الأجل بـ 15 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر، هذا من جهة.

من جهة أخرى لاحظنا أن الأوامر التي تصدر عن القاضي ألاستعجالي قبل التعاقدي (خلافا للقضاء الإستعجالى العادي) تمس بأصل الحق، لذا لا يمكن أن نتصور حرمان المعنيين من درجات التقاضي ومن حقوق الطعن، على أن تحدد لذلك آجال قصيرة تتناسب مع طبيعة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية.

من خلال هذا العرض للقضاء الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية **يمكننا الجزم بان الاستعجال في مادة الصفقات العمومية يعد إجراءا استثنائيا،استحدثه المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية غرضه حماية مقتضيات الشفافية في الصفقة العمومية، من خلال حماية قواعد الإشهار والمنافسة التي يفرضها المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.**

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر