

الفصل الأول: حدود سلطة الإدارة في مرحلة الإبرام

ترتبط مسألة ممارسة الإدارة لسلطاتها و الحدود التي يمكن أن تقف عندها هذه الممارسة في كل الدراسات القانونية و الفقهية ارتباطا وثيقا بمدى مشروعية هذه الممارسات من جهة والآثار التي يمكن أن تتجم عنها من جهة ثانية . و قد تكون هذه الحدود من رسم الإدارة نفسها من خلال تفعيل آليات رقابية على أعمال الإدارة، أو برسم القضاء المختص من خلال ما يصدره من أحكام موجهة أساسا للجهات الإدارية . بالإضافة إلى ما يميز هذه المرحلة بكونها من الأعمال السابقة عن تكوين العقد الإداري و تعتبر مفصولة عنه، و لكن هذا لا يعني خلوها بأي حال من الأحوال من أعمال الإدارة لسلطاتها التي تؤثر في المجرى التعاقدية وتؤثر أيضا في المراكز القانونية . و الدليل على ذلك يتمثل في ما تصدره الإدارة من قرارات إدارية بإرادتها المنفردة تساهم في تكون العقد و قد تكون مشروعة كما يمكن أن تكون مشوبة بعدم المشروعية مما يعرضها للإلغاء أو البطلان.

إن مسألة الإحاطة بسلطة الإدارة في هذه المرحلة يتطلب أن ننظر إليها من وجهتين مختلفتين الوجهة الأولى تتمثل في ما يجب أن تقوم به الإدارة العامة لإبرام الصفقة العمومية من رقابة إدارية و الوجهة الثانية ما يقدمه القضاء المختص أثناء نشوب منازعة تتعلق بعملية إبرام الصفقات . لهذه الأسباب قسمنا هذا الفصل عمليا إلى مبحثين لنخصص المبحث الأول منه لسلطة الإدارة في الصفقات العمومية والرقابة الإدارية عليها، و المبحث الثاني نقدم فيه أهم القرارات الإدارية التي تصدرها سلطة الإدارة و رقابة القاضي الإداري عليها.

المبحث الأول: سلطات الإدارة و الرقابة الإدارية عليها

تتمثل سلطة الإدارة في هذه المرحلة في تلك الصلاحيات التي تمتلكها وعلاقتها بمدى التزامها بأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 الذي يحدد مجموعة من الإجراءات النوعية التي - إن تحققت - تؤدي بالضرورة إلى ظهور الإدارة بمظهر النزاهة و تتحقق السياسة العامة التي تنتهجها الدولة في إعداد و إبرام الصفقات العمومية . وهذا ما يعكس حرص المشرع الجزائري على تفعيل آليات الرقابة أيا كان نوعها على أعمال الإدارة من رقابة داخلية ذاتية أو رقابة الوصاية أو رقابة خارجية، من شأنها أن تضي على الصفقات العمومية المصادقية و تحقق النجاعة المستهدفة من الطلب العمومي. فللوقوف على مدى السلطة التي تتمتع بها الإدارة في هذا المجال قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين نتناول في المطلب الأول منه مضمون

السلطات التي تمارسها الإدارة إزاء المتعاملين معها، وفي المطلب الثاني نعرض أهم القيود التي وضعها المشرع لضمان صحة وسلامة الصفقات العمومية.

المطلب الأول: مضمون سلطات الإدارة في مرحلة الإبرام

تمتلك الإدارة في مرحلة إبرام الصفقات مجموعة من السلطات تمكنها من بسط قدرتها على المتعاملين معها، يمكن تقسيمها نظريا إلى فرعين نقدم الفرع الأول سلطة الإدارة عندما تختار التعاقد بالطريقة المباشرة من خلال الإجراءات المكيفة وفي الفرع الثاني نعرض من خلاله سلطاتها عند اللجوء إلى الطرق العادية والشروع في عملية الإبرام.

الفرع الأول: سلطة الإدارة عند الأخذ بالإجراءات الخاصة

تمارس الإدارة أو المصلحة المتعاقدة عند الأخذ بالإجراءات الخاصة صلاحيات واسعة، فهي تتمتع بسلطة تقديرية في أن تختار أسلوب التعاقد الذي تراه مناسبا، وذلك في حالات معينة حددها المشرع في القسم الثاني من المرسوم الرئاسي 15-247 تتمثل في حالة توفر الاستعجال الملح، أو عند الأخذ بالإجراءات المكيفة، أو في الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار، أو تلك التي تتعلق بتقديم خدمات خاصة، أو الإجراءات التي تتعلق بتكاليف الماء والغاز والكهرباء و الهاتف و الأنترنت.

أولاً: في حالة الاستعجال الملح:

في حالة الاستعجال الملح المحددة في المادة 12 في المرسوم الحالي 15-247 تستطيع الإدارة و على مسؤوليتها اللجوء عملا بالاستثناء إلى تنفيذ الصفقة مع المتعاقد دون إبرامها بمعنى توقيع العقد بسلطتها التقديرية شريطة أن تقوم في خلال 6 أشهر من توقيعه بإبرام صفقة على سبيل التسوية. و يكون الاختيار معللا بموجب قرار يصدر عن مسؤول الهيئة، أو الوزير أو الوالي، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي بمعنى أن يكون القرار مراعيًا لقاعدة الاختصاص باعتبارها من النظام العام، و في هذه الحالة بالذات لم يشر المشرع لاختصاص المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية كما هو منصوص عليه في المادة 4 من المرسوم الحالي، و لعل الحكمة من ذلك خضوع هذه المؤسسات إلى الوصاية.

ثانياً: في الإجراءات المكيفة:

تلجأ الإدارة للتعاقد المباشر دون الدخول في إجراءات الإبرام كاستثناء عندما يتعلق الأمر بتطبيق المعيار المالي المحدد في المادة 13 من المرسوم الحالي، وفي هذه الحالة تمتلك الإدارة الاختصاص وتتمتع بسلطة تقديرية واسعة عند الأخذ بالإجراءات المكيفة. سواء في

العقود التي تكون مبالغها محدودة، أو في حالة الخدمات ذات النمط العادي، أو الأشغال التي لا تتطلب شهادة تصنيف و إعمالا للمعيار المادي مثلا، يمكن أن تلجأ الإدارة و على ضماناتها الخاصة إلى إبرام الصفقة وفق إجراءات داخلية شكلية¹ عندما تكون مبالغ العقود التي تعتمز إبرامها تساوي أو تقل على ما هو محدد في المادة 13 من المرسوم 15-247 في هذه الحالة تنظم الإدارة استشارة لمعاملين مؤهلين كتابيا و تكون محل اشهار مناسب و لا تستطيع منح الصفقة للمتعاقد وفق أسلوب التراضي البسيط إلا بعد إعلان عدم جدوى الاستشارة.

لقد إشتراط المشرع على الإدارة في حال الأخذ بالإجراءات المكيفة عدم اللجوء إلى التراضي البسيط إلا في حالة وجود نص يقضي بذلك².
ثالثا: الإجراءات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار:

و هو الإجراء المنصوص عليه في المادة 23 الذي يعفي بعض الصفقات العمومية من طرق الإبرام العادية بحكم النص عليها قانونا لذلك تستطيع الإدارة اختيار المتعاقد باللجوء إلى التعاقد المباشر. وقد اقتصر المشرع هذا الإجراء على استيراد المنتجات و الخدمات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها، أو نظرا للتقلبات في أسعارها تحت مسؤولية الوزير المكلف شريطة إبرام صفقة على سبيل التسوية في مدة ثلاثة أشهر من تاريخ الشروع في التنفيذ³.

رابعا: الإجراءات المتعلقة بالخدمات الخاصة:

تستطيع الإدارة اللجوء إلى الإرساء المباشر وفق أسلوب التراضي بعد الاستشارة أو التراضي البسيط في الخدمات التي تتعلق بالفندقة و النقل والإطعام و الخدمات القانونية مهما كانت مبالغها باستثناء مبالغ تقديم الخدمات التي تفوق مبالغها ما هو محدد في المادة 13، و تكون محل لرقابة لجنة الصفقات المختصة التي تنظر في الطعون المقدمة من طرف

1 تنص المادة 13 على مايلي: " كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار 12.000.000 أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم وستة ملايين دينار 6.000.000 د ج للدراسات أو الخدمات لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب.

2 المادة 15 التي تنص: (تعفي الصفقات العمومية المبرمة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 49 من هذا المرسوم من الاستشارة).

3 تنص المادة 23 من المرسوم على أنه: ص تعفى من أحكام هذا الباب لا سيما ما يتعلق منها بطريقة إبرام الصفقات العمومية لاستيراد المنتجات و الخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها و التقلبات الرسريعة في أسعارها ومدى توفرها وكذا الممارسات التجارية المطبقة عليها و التي لا تكون مكيفة مع هذه الصفقات.

المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت إستشارتهم.

خامسا: الإجراءات المتعلقة بتكاليف الماء و الغاز و الكهرباء و الهاتف و الإنترنت:

يخضع هذا النوع من الصفقات إلى أحكام خاصة نظرا لأهميتها الاقتصادية من ناحية وعلاقتها المباشرة بحياة المواطن، لذلك عدتها المشرع ضمن الصفقات الطلبات ذات النمط العادي والمتكرر، كما هو منصوص عليه في المادة 34 . و أنها أيضا من العقود الزمنية التي قد تستغرق سنة، أو سنتين ماليتين أو أكثر، لذلك يصعب على المصلحة المتعاقدة تحديد حاجياتها . وهذا ما نوه عليه المشرع في المادة 125¹.

الفرع الثاني: سلطة الإدارة عند الأخذ بالطرق العادية

تتجسد الطرق العادية لإبرام الصفقات العمومية في الأخذ بأسلوب طلب العروض أو المسابقة²، و للوقوف على سلطة المصلحة المتعاقدة (الجهة الإدارية المختصة) ينبغي عرض كيفية إبرام الصفقة فنيا و التي تتمثل في ما يلي؛

أولا: تحديد الحاجات:

المصلحة المتعاقدة (الجهة الإدارية المختصة) هي صاحبة الاختصاص عند تحديد الحاجات ويكون ذلك قبل الشروع في أي إجراء للإبرام كأصل عام ولا سبيل لذلك إلا بتشكيل لجنة تشرف على العملية التي تمتاز بطابعها المركب فنقوم بإعداد تقدير إداري عقلائي و يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعهد للمتعاملين بالمشاركة في تحديد الحاجات التي تتعلق بالخدمات المعقدة تقنيا، وذلك بتقديم بدائل يجب أن ينص عليها في دفتر الشروط وتتعهد بتقييم كل البدائل. وتحدد الحاجات وفق طبيعتها، أو مداها بدقة، استنادا لمواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس، أو نجاعة يتعين بلوغها، أو متطلبات وظيفية.

ثانيا: الدعوى إلى المنافسة:

و يكون من خلال الإعلان عن الصفقة باللجوء إلى الإشهار الذي يتناسب مع الإجراء المختار و الذي يتضمن كل البيانات اللازمة مثل تحديد الجهة الداعية للصفقة و نوع الصفقة

¹ ورد في المادة 25 مانصه: "يمكن أن تكون الطلبات المتعلقة بالصفقات المذكورة أعلاه محل تسوية استثنائية فور تبليغ الاعتمادات بغض النظر عن الأحكام المخالفة للمادة 27 أدناه .

² وهي الطرق المنصوص عليها في المادة 42 ، وتتمثل في طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا في المتعاقد، أو طلب العروض المحدود، و المسابقة سواء المفتوحة، أو المحدودة.

والصنف العمل المطلوب وقيمة شراء دفتر الشروط واليوم المحدد لاستلام العروض و آخر موعد لتقديمها و اليوم المحدد لفتح الأظرفة و تقييم العروض ... إلخ

ثالثا: استلام دفاتر الشروط

تعمل المصلحة على تمكين المتعاملين من اقتناء دفتر الشروط بالتناسب مع الإجراء المختار من أجل دراسته، وتقديم عروضهم في حالة الرغبة في المشاركة وتقديم في مظاريف مغلقة بإحكام وموقعة يكتب عليها لا يفتح تسلم باليد أو عن طريق البريد المضمون مع مراعاة طبيعة الصفقات محلية كانت أو دولية.

رابعا: تسلم و تقييم العروض

تمارس مهمة فتح الأظرفة و تقييم العرض لجنة مختصة منشأة بموجب المادة 159 من المرسوم الرئاسي 15-247 تقوم بالمهام التالية؛

- افتتاح الاجتماع المخصص لفتح الأظرفة وتقييم العروض.
- تتأكد من مطابقة العروض للشكليات المنصوص عليها و وجود الضمان الابتدائي.
- تستبعد العروض غير المطابقة لدفتر الشروط أو الشكل إعمالا لصلاحياتها¹.
- تتولى اللجنة ذاتها عملية تقييم العروض ويكون ذلك من الناحية التقنية ثم المالية لتصدر رأيها في أفضل عرض مقترح على المصلحة المتعاقدة².

خامسا: المنح المؤقت أو الإرساء

و يكون بقرار معلل من الجهة الإدارية المختصة طبقا لأحكام المادة 04 من المرسوم الحالي بعد الأخذ بتوصية لجنة فتح الأظرفة وفحص العروض³ حيث يتم استدعاء الفائز بالصفقة من أجل توقيع العقد. وقد تصطم المصلحة المتعاقدة أو لجنة فتح الأظرفة بمجموعة من المشكلات العملية نلخصها في ما يلي؛
في حالة وجود عروض محلية و أجنبية فيجب حينها توحيد الأسعار

¹ يجب التمييز بيناستبعاد أحد العروض وعمليات الإقصاء نظرا لخطورة هذه الإجراءات فالاستبعاد يكون للعروض غير المطابقة لدفتر الشروط أو الشكل المطلوب، أما الإقصاء فيكون تطبيقا للقانون في الحالات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الحالي.

² و يكون معيار اختيار أفضل عرض من الناحية التقنية و المالية، و يبدو أن مسألة اختيار المتعاقد على أساس أفضل عرض من الناحية التقنية غير مبرر، لذلك انتقده الكثير من رجالات القانون بحجة أن العروض يفترض فيها المساواة من الناحية التقنية نظرا لإحتكامها لدفتر الشروط. أنظر في هذا الصدد مقال رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية ص 10

³ لايعد رأي اللجنة قرار إداريا بل مجرد توصية فلا يرتب أثارا أو يحتج به أو يطعن ضده.

في حال مطابقة عرض دون العروض الأخرى لكنه اقترن بارتفاع الأسعار أو تحفظات فيجوز التفاوض مع صاحب العرض لتخفيض الأسعار أو رفع التحفظات فإذا لم يقبل يجوز للجنة أن تمر للعرض الذي يليه، في حال تساوي الأثمان بين عرضين أو أكثر، تستطيع اللجنة إجراء مفاوضة علنية.

سادسا: قرار إلغاء الصفقة:

و يكون في حالات محدودة في حالة تقديم عرض وحيد، أو بقاء عرض وحيد بعد استبعاد باقي العروض و كان مقترنا بارتفاع في الأسعار على حساب أسعار السوق.

و يميز الدارسون بين إلغاء الصفقة بسبب الإدارة و بين إلغائها بسبب المتعاقد، ففي حل إلغاء الصفقة من طرف الإدارة فتكون صلاحياتها أوسع فهي تمتلك سلطة تقديرية حيث تستطيع إلغاء الصفقة بقرار انفرادي ومن دون خطأ من طرف المتعاقد عندما يتعلق الأمر بالمصلحة العامة¹، حينها تعيد المصلحة المتعاقدة أثمان دفتر الشروط لأصحاب العطاءات بينما في حال إلغاء الصفقة بسبب المتعاقد بعد ما تبين مثلا ارتكابه لعملية غش أو تدليس فإن كان المتعاقد قد وقع على العقد فتستطيع الإدارة المختصة أن تنفذ الصفقة على حسابه.

المطلب الثاني: القيود الإدارية على سلطة الإدارة

تخضع الإدارة لجملة من القيود التي يمكن تصنيفها إلى طائفتين، قيود عامة يجب أن تتوفر عند الإعداد للصفقة العمومية، وهي في الحقيقة إجراءات ممهدة لعملية التعاقد مثل ضرورة الحصول عن الإذن بالتعاقد، و وجوب الأخذ بالاستشارة، أو ما يتعلق منها بتحديد الحاجيات و دفاتر الشروط، ومنها طائفة تتعلق بعملية الإبرام في حد ذاتها، مثل اختيار أحد الأساليب أو العدول عن الصفقة، أو ترسية الصفقة على أحد العروض . وهذا ما سوف نعرضه بشيء من الاختصار فيما يلي:

الفرع الأول: القيود العامة في الصفقات العمومية

تتعدد القيود التي وضعها المشرع الجزائري على الإدارة أو المصلحة المتعاقدة و تختلف باختلاف مظهر السلطة في حد ذاته، فمنها ما يدخل في الاختصاص المقيد، و منها ما يدخل في سلطة الإدارة التقديرية حينما يمنح المشرع الاختصاص للإدارة نفسها، بحيث يمكن تقسيمها إلى فئتين من القيود العامة، قيود سابقة على مرحلة الإبرام، و قيود أثناء الإبرام:

1 أنظر مداخلة الدكتورة؛ لعور بدر، الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري جامعة بسكرة ص 25

أولاً: القيود العامة قبل الإبرام:

1- الإذن المالي:

إن إشتراط ضرورة حول الإدارة على الإذن المالي من أجل الوفاء بالتزاماتها التعاقدية لا يؤثر قانونياً على صحة و مشروعية ما تبرمه من عقود، و هذا ما أسلفه سابقاً إلا ان عدم وفائها بالتزاماتها يؤثر على مصداقية مؤسسات الدولة وهذا ما يترجم إرادة المشرع على وجوب تعيين ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية دائمين في كل لجان الصفقات العمومية كما هو مبين في المواد 171 إلى غاية المادة 185 من المرسوم 15-247. أما عند أخذ الإدارة بالإجراءات الخاصة حيث تتمتع هذه الأخيرة بسلطة تقديرية واسعة فقد أشتراط المشرع في حال الاستعجال الملح إرسال نسخة من المقرر إلى الوزير المكلف بالمالية وفي الإجراءات المكيفة تكون بقرار من الوزير المكلف بالمالية. في حال لجوء الإدارة إلى إبرام صفقة عقد برامج في شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات فان عقد البرامج يخضع لمراقبة توفر الاعتماد عند الالتزام المحاسبي للصفقة¹ كما هو وارد في المادة 33 في فقرتها الرابعة و كذلك الأمر ذاته لصفقة الطلبات المحددة بالمادة 34.

2- الإذن القانوني:

إذا كان الفقه و القانون يجمعان على رأي واحد و هو ضرورة أن يتوفر ركن الاختصاص و إلا افتقرت أعمال الإدارة للمشروعية، فإن المشرع الجزائري أولى العناية الخاصة لهذه المسألة و يبدو ذلك جلياً في نص المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 15-247 الذي منح الاختصاص المقيد² لكل من مسؤول الهيئة، و الوزير، و الوالي، و رئيس المجلس الشعبي البلدي و المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.

¹ تنص المادة 33 في الفقرة 4 على أنه: " يخضع عقد البرامج لإبرامه إلى نفس إجراءات إبرام الصفقات ، غير أنه بغض النظر على أحكام المادة 195 أدناه، تتم مراقبة توفر الاعتمادات عند الالتزام المحاسبي للصفقة حسب الشروط المحددة في الفرة السابقة".

² تنص المادة 04 : " لا تصح و لا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه حسب الحالة: مسؤول الهيئة العمومية، الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.

ويمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال للمسؤولين المكلفين بأي حال بإبرام و تنفيذ الصفقات العمومية طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

3- الأخذ بالاستشارة:

يجب في هذا المقام التمييز بين أمرين موضوع الاستشارة و موضوع التراضي بعد الاستشارة فإذا كان من الدارج عند رجال الفقه و القانون أن نبحث متى تكون الاستشارة اجبارية أو اختياريه و بذلك تتحدد قيمة ما أقدمت عليه الإدارة، فإن موضوع الاستشارة في التراضي البسيط أهمية كبيرة حين تأخذ به الإدارة لإبرام الصفقات العمومية كما هو في المادة 52 بقوله: "تستشير المصلحة المتعاقدة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة و بنفس دفتر الشروط"¹.

و في الفقرة الثانية بقوله: و إذا قررت المصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، فإنه يجب عليها نشر الإعلان عن الاستشارة حسب الأشكال المنصوص عليها في هذا المرسوم، وتستعمل المصلحة المتعاقدة نفس دفتر الشروط استثناء الاحكام الخاصة بطلب العروض . و المستفاد من هذا كله، أن المشرع أستوجب على المصلحة المتعاقدة استشارة المؤسسات المشتركة في طلب العروض برسالة استشارة من باب الإعلام فقط، في حين أن استشارة المؤسسات غير المشاركة في طلب العروض و إن كانت جوازية، فإنها تتطلب الإعلان وفق الشروط القانونية.

ثانيا: القيود العامة أثناء الإبرام

طبقا لأحكام المادة 59 فإن اختيار إجراءات الإبرام من اختصاص الإدارة، أو المصلحة المتعاقدة، شريطة أن يكون الاختيار معلل فقط عند كل رقابة تفرضها السلطات المختصة، مما يجعل المصلحة المتعاقدة تتمتع بصلاحيات تقديرية واسعة في هذه المرحلة و التي يمكن أن نبرزها في ثلاث محطات أساسية؛

¹ تنص المادة 51 على ما يلي: " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد ارستشارة في الحالات التالية:

- 1- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.
- 2- في حالة صفقات الدراسات و اللوازم و الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض و تحدد هذه الصفقات بموضوعا أو بضعف مستوى المنافسة أو الطابع السري للخدمات.
- 3- في خاة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.
- 4- في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.
- 5- في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية و تحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات عندما تنص اتفاقيات التمويل المذكور على ذلك. وفي هذه الحالة يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المدم للأموال في الحالات الأخرى.

و تشير المادة 52 أن المصلحة المتعاقدة تباشر استشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة و بنفس دفتر الشروط إلا في حال وجود نص يقضي بغير ذلك.

1- عند تحديد الحاجات و الصفقات

تمتلك الإدارة صلاحيات واسعة في مجال تحديد الحاجات، و اختيار شكل و موضوع الصفقة التي تبرمها، إلا أن إمتلاكها لسلطة تقديرية لا يعني ذلك أن لها حرية مطلقة على التقدير، فقد حدد المشرع ضوابط متعددة تفرض على الإدارة من أجل تحقيق نجاعة الصفقات العمومية وصحتها نعددها في ما يلي:

- يجب أن يكون تحديد الحاجات استنادا لتقدير عقلائي
- يراعى في كل صفقة طبيعة الحاجات، ومداهما استنادا لمواصفات تقنية دقيقة.
- يجب على المصلحة المتعاقدة أن لا توجه الحاجات نحو منتج محدد أو متعامل بعينه¹.
- إذا أقدمت الإدارة على إشراك المتعاملين من خلال تقديم بدائل عند تحديد الحاجات المعقدة تقنيا، أو أدرجت أسعارا اختيارية، فيجب أن تنص عليها في دفتر الشروط.
- يجب على الجهة الإدارية المختصة ضبط المبلغ الإجمالي في حدود اختصاص اللجنة المختصة.

عند اختيار موضوع كل صفقة يجب مراعاة المعايير الوظيفية، و التقنية، و الاقتصادية.

أ- صفقة أشغال:

- يجب أن تكون عملية الأشغال مرتبطة بموضوعها و تنفذ في إقليم محدد و بنفس الطريقة التقنية، و تقيد في تمويل يرصد لهذا الغرض.
- أ- صفقة اللوازم، و الدراسات، و الخدمات:
- و تحدد إما بتجانس الحاجات، أو بالرجوع إلى وحدتها الوظيفية.
- و في حال تخصيص الحاجات، فإنه يؤخذ في الحسبان اختصاص رقابة لجان الصفقات و الإجراءات الواجب اتباعها، و المبلغ الإجمالي لجميع الحصص المنفصلة بغض النظر عن الإجراء المتخذ.

يمكن للمصلحة المتعاقدة في حال ظهور حاجات جديدة أن تبرم ملحقا²، ويدخل الملحق في نطاق سلطة الإدارة التقديرية³ طبقا لأحكام المادة 135 من المرسوم الحالي و لايمكن ان

¹ الفائدة من هذا الشرط تقادي التحايل في الصفقات العمومية ومثل ذلك أن تحدد الحاجات لاستهداف منتج معين أو لصالح متعامل اقتصادي فريد.

² ورد تعريف الملحق في المادة 136 على أنه : " وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة وتبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو بنود تعاقدية في الصفقة.

³تنص المادة 135 على أنه: يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم.

تتجاوز الملحق ثلاثة أشهر و الكميات بالزيادة نسبة العشرة من المائة كما هو منصوص عليه في المادة 136، أما إذا تجاوز مبلغ ملحق يتعلق بزيادة الخدمات أو القيمة الإجمالية للعديد من الملاحق نسبة خمسة عشر بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة في حال صفقة اللوازم و الدراسات والخدمات و العشرون من المائة في صفقة الأشغال فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر ذلك لدى لجنة الصفقات المختصة¹، أو تطلق إجراء جديدا و لا يجوز تجزئة الحاجات بهدف تفادي الإجراءات الواجب إتباعها.

2- عند اختيار شكل و موضوع الصفقة:

منح المشرع الإدارة أو المصلحة المتعاقدة كامل الصلاحية في اختيار الشكل أو الموضوع الذي تراه مناسباً للإبرام مع ذلك وضع مجموعة من الشروط العامة التي يمكن أن تحد من سلطتها التقديرية، فلم يكتف بمعيار الهدف بل عدد المعايير التي يجب أن تلتزم بها الإدارة مثل معيار والموضوع و معيار الوحدة الوظيفية و معيار التجانس و من أمثلة هذه القيود نذكر على سبيل المثال لا الحصر؛

- إذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات، وكان الموضوع الأساسي للصفقة يتعلق بإنجاز أشغال، فإن الصفقة تكون صفقة أشغال.

- إذا كانت أشغال وضع و تنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة العمومية، و لا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة لوازم.

- إذا كان موضوع الصفقة خدمات و لوازم، و كانت قيمة اللوازم تفوق قيمة الخدمات، فإن الصفقة تكون صفقة لوازم.

3- في مرحلة الإعلان عن الصفقة

وضع المشرع مجموعة من الإجراءات تتناسب طردياً مع كل أسلوب تختاره المصلحة المتعاقدة لإبرام الصفقات العمومية تتمثل في مايلي:

¹ تنص المادة 136 على في فقرتها 6 على أنه: يمكن للمصلحة المتعاقدة عندما تبرر الظروف إبرام ملحق لصفقة تم تنفيذ موضوعها لأداء خدمات أو اتناء لوازم للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشئ من قبل ولكم مهما يكن من أمر قبل الاستلام النهائي للصفقة إذا قرر مسؤول الهيئة أو الوزير أووالي المعني ذلك شريطة أن لا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف التي استدعت هذا التمديد أن لا تكون نتيجة ممارسات مماثلة من طرفها ولا يمكن أن تتجاوز مدة الملحق (3) أشهر والكميات بالزيادة نسبة عشرة بالمائة المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 139 أدناه. وفي المادة ذاتها الفقرة الأخيرة يذكر المشرع ما نصه: عندما يتجاوز مبلغ زيادة الخدمات أو القيمة الإجمالية للعديد من الملاحق باستثناء التبعات التنقيعية غير المتوقعة التي سبق ذكرها نسبة خمسة عشر بالمائة من المبلغ الأصلي في حالة صفقات اللوازم والدراسات و الخدمات و عشرون في المائة في حال صفقات الأشغال فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر لدى لجنة الصفقات المختصة أنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة و أنه لم يتم التراجع فيها و أ، إعلان إجراء جديد بعنوان زيادة الخدمات لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثالي للأجال و السعر.

أ- اللجوء إلى الإشهار الصحفي:

يعد إجراء جوهريا في طلب العروض كأصل عام، عملا بأحكام المادة 61 من المرسوم الحالي التي تنص على وجوب الإشهار في طلب العروض المفتوح، و طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا في المتعاقد، و طلب العروض المحدود والمسابقة. واستثناء في التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء.

ب- في الشكل و البيانات:

يتضمن ملف طلب العروض و ملف الاستشارة وجوبا على البيانات المحددة على التوالي في المادة 62 من المرسوم 15-247، و يكون يحرر باللغة العربية، و لغة أجنبية ثانية على الأقل¹، باستثناء طلبات العروض للولايات و البلديات و المؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها إعمالا للمعيار المادي، و هذا ما أحالت إليه المادة 65 من المرسوم. شريطة أن يكون الإشهار مناسبا

ت- تقديم دفاتر الشروط للمتعهدين:

تتألف دفاتر الشروط حسب المادة 26 من المرسوم الرئاسي الحالي من ثلاثة نماذج:

- دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال و اللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.
- دفتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة في كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال، أو اللوازم، أو الدراسات، أو الخدمات الموفق عليها بقرار من الوزير المعني.
- دفتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية.

و تبدو أهمية دفاتر الشروط التي يحتكم إليها عند إبرام الصفقات العمومية في كونها تعكس

¹ طبقا لأحكام المادة 62 يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات التالية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.
- كيفية طلب العروض.
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولى.
- موضوع العملية
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة
- مدة تحضير العروض.
- إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر.
- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام تكتب عليه عبارة "لا يفتح لا من طرف لجنة فتح و تقييم العروض" ومرجع الطلب.
- ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

تدرج القاعدة القانونية و هي من الإجراءات الجوهرية التي يجب مراعاتها تماشياً مع مبادئ إبرام الصفقات العمومية لذلك نوه المشرع في المادة 63 على ضرورة تقديم دفاتر الشروط للمتعاقد أو لوكيل في إطار تجمع مؤسسات.

4- في مرحلة إستلام العروض:

تعد هذه المرحلة من المراحل الحساسة جداً في إبرام الصفقات العمومية وقد أحاطها المشرع بالعناية وذلك من خلال المادة 66 و ما بعدها إلى غاية المادة 69 من المرسوم الرئاسي 15-247، حيث تحدد المصلحة المتعاقدة آجال تحضير العروض تماشياً مع طبيعة الصفقة و درجة تعقيدها كما يمكن لها أن تمتد في الآجال عند الضرورة ويكون ذلك بالاستناد إلى تاريخ أول نشر الإعلان عن المنافسة عندما يكون مطلوباً في النشرة الرسمية للمتعاقد العمومي، أو الصحافة، أو بوابة الصفقات العمومية، و يدرج تاريخ و ساعة إيداع العروض و تاريخ وساعة فتحها في دفتر الشروط. و يجب على المصلحة المتعاقدة أن تراعي الآجال التي تسمح باستدعاء أكثر عدد من المتعهدين و يجب أن تحتوي العروض على ملف الترشيح الملف التقني و الملف المالي اللازمة طبقاً لأحكام المادة 67¹.

5- في مرحلة فتح أظرفة العروض وتقييم العروض

أ- فتح الأظرفة:

و يكون في جلسة علنية تدعو فيها المصلحة المتعاقدة كل المترشحين، أو المتعهدين للحضور لجلسة فتح الأظرفة في إعلان المنافسة، أو برسالة موجهة، وذلك وفق الإجراءات التالية:

- في حالة الإجراءات المحددة تفتح ملفات المترشحين بصفة منفصلة.
- في حالة طلب العروض المحدود تفتح العروض التقنية، أو العروض التقنية النهائية، والعروض المالية على مرحلتين.
- في حالة المسابقة تفتح أظرفة على ثلاث مراحل، و لا يتم فتح ملف الخدمات في الجلسة العلنية، كما لا يتم فتح العروض المالية إلا بعد تقييم الخدمات من قبل لجنة

¹ تنص المادة 67 في الفقرة الأولى على ما يلي: يجب أن يشمل طلب العروض على ملف المترشح وعرض تقني و عرض مالي.

يوضع ملف المترشح و العرض التقني و العرض المالي في أظرفة منفصلة و مقفلة بإحكام يبين كل منها تسمية المؤسسة و مرجع طلب العروض و موضوعه و تتضمن عبارة ملف المترشح أو عرض تقني أو عرض مالي حسب الحالة و توضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام و يحمل عبارة لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض- طلب العروض رقم ... - موضوع العروض.

التحكيم، كما هو منصوص عليه في المادة 48، و التي تكون مؤمنة و تحت مسؤولية المصلحة المتعاقدة.

ب- مرحلة تقييم العروض:

تقوم لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض - بالإضافة لما سبق- بتقييم العروض، وبهذه الصفة تتولى في هذا الباب المهام التالية؛

- استبعاد العروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط المعد طبقا لأحكام هذا المرسوم.
- في حالة الإجراءات التي لا تحتوي على مرحلة انتقاء أولي، لا تفتح العروض المقصاة. و تقوم بتحليل العروض الباقية على مرحلتين:
- تقوم بالترتيب التقني للعروض¹ مع إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط.
- في مرحلة ثانية دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم تقنيا، مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم.
- و تقوم طبقا لدفتر الشروط بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية
- تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا ثبت أن المتعهد يقوم بممارسات تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق، أو قد تسبب في اختلال المنافسة و يجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط.
- و إذا كان العرض الإجمالي للمتعاقد المختار مؤقتا، أو سعر واحد أو أكثر منخفضا بشكل غير عادي تطلب اللجنة من المتعاقد تبريرا كتابيا، أو توضيحات و تقترح بناء على جواب المتعاقد إذا لم يقبل أن ترفض هذا العرض و يكون رفض المصلحة المتعاقدة بمقرر معلل.

6- حالات الإقصاء:

تظهر أهمية ما تتمتع به الإدارة من سلطة في هذه المرحلة في القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة سواء بالإقصاء النهائي أو المؤقت للمتعاملين الاقتصاديين و تجدر الإشارة أن الأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة في حال تطبيق سلطتها في الإقصاء مقيد

¹ يبدو أن هذا الشرط غير مجدي لأن العروض يغلب عليها التكافؤ من الناحية التقنية، لذلك يفترض أن ترتب اعتمادا على الأساس المالي، أو الزمني عند استلام العروض.

بالنصوص التنظيمية حيث حددها المشرع الجزائري سلفا، وهي في الحالات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الحالي¹، و نظرا لأهمية هذه العملية فقد حدد المشرع سلفا أهم الحالات التي تلجأ فيها لإعمال سلطتها فهي لا تمتلك هامشا للتقدير.

الاختيار المتعاقد:

يعد اختيار المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة من اختصاص الإدارة فهي تتمتع بسلطة تقديرية واسعة، و يكون الاختيار بعد تقديم المتعهد ملف ترشحه مرفقا بالضمان الإبتدائي² فلا يمكنه التراجع عن عطائه حتى تاريخ البت من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض³. فبعد أبداء رأيها تتخذ السلطة المختصة قرار الترسية خلال الفترة المحددة قانونا و النصوص عليها في دفتر الشروط، فيطلب استدعاء الفائز للتوقيع على العقد بعد تقديمه للضمان النهائي، فإذا رفض التوقيع تنفذ المصلحة المتعاقدة الصفقة على حسابه فيتحمل الفارق في السعر.

- ¹ جاء في نص المادة 75: يقضى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون:
- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ الصفقة قبل نفاذ آجال العروض حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 17 و 74.
 - يقضى الذين هم في حالة الإفلاس، أو التصفية، أو التوقيف عن النشاط، أو التسوية القضائية أو الصلح، و من هم محل ذلك.
 - الذين كانوا محل حكم قضائي حائز على قوة الشيء المقضي به، فيه سبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.
 - الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية، أو شبه الجبائية.
 - الذين قاموا بتقديم بتصريح كاذب.
 - المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها، بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع.
 - المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 89 .
 - المسجلون في القائمة الوطنية لمرتكبي الغش، و المخالفات الخطيرة للتشريع و التنظيم، في مجال الجباية والجمارك و التجارة.
 - الذين كانوا محل ادانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل و الضمان الاجتماعي.
 - الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم.

² في هذا الصدد تنص المادة 125 على أنه: " يجب على المتعهدين فيما يخص الصفقات العمومية لأشغال و اللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المظتين الأولى و الثانية على التوالي من المادة 184 من هذا المرسوم تقديم كفالة تعهد تفوق واحد في المائة من مبلغ العروض و يجب أن ينص على هذا الطلب في دفتر الشروط للدوى للمناقسة و تعد الكفالة بالرجوع لمبلغ العرض.

³ انظر رفيق المصري، مناقصات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 13

الفرع الثاني: القيود الخاصة المفروضة أثناء إبرام

أفرد المشرع الجزائري فصلا كاملا لموضوع الرقابة المفروضة على الإدارة، أو المصلحة المتعاقدة خلال عملية إبرام الصفقات العمومية، و ذلك لضمان التسيير الحسن للمال العام وتحقيق نجاعة الطلب العمومي . ففي الفقرة الثانية المادة 156 من المرسوم 15-247 التي تحدد أشكال الرقابة¹، و يذكر المشرع أنواع الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية و التي تمارس في شكل رقابة داخلية، و رقابة خارجية، و رقابة الوصاية . وفي ذلك دلالة قاطعة تكشف اتجاه نية المشرع إلى ضبط ما تتمتع به الإدارة من سلطات، و التي تتجسد قيمتها القانونية في هذه المرحلة في القرارات التي يمكن أن تصدر على هذه المصالح الرقابية . لهذه الأسباب سنقدم في مقام أول أهم هذه الأجهزة التي أحدثها المشرع، و في مقام ثان نحاول التركيز على الدور القانوني الذي تلعبه من خلال آليات عملها في مجال الصفقات العمومية.

أولاً: الأجهزة الرقابية في الصفقات العمومية

تمكن أهمية الرقابة في مجال الصفقات العمومية في السهر على إحترام القواعد التي سنها المشرع في المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية كونها تتصل بصفة مباشرة بحياة المواطن، و تسيير المال العام، و الحكم الرشيد . لذلك تلعب هذه الأجهزة دورا رياديا في الصفقات العمومية، من خلال فرض القيود على المصلحة المتعاقدة لتمثل للقانون، و من أهم هذه الأجهزة نذكر:

1- الرقابة الداخلية و لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض:

يتميز هذا النوع من الرقابة بالرقابة الذاتية على الصفقات العمومية، و التي تستمد أساسها القانوني من خلال النصوص التنظيمية لمختلف المصالح المتعاقدة و قوانينها الأساسية طبقا لأحكام المادة 159 من المرسوم الحالي، حيث تحدث كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة، أو أكثر عند الاقتضاء تكلف بممارسة الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية، تدعى في صلب النص لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض .

فضل المشرع العمل بتشكيل لجنة واحدة تهتم وتقوم في الوقت ذاته بالإشراف على فتح الأظرفة و دراسة العروض، على خلاف ما كان سائدا في المرسوم الرئاسي السابق 02-250

¹ ورد في المادة 156 الفقرة الثانية ما نصه: " تمارس الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في شكل رقابة داخلية و رقابة خارجية و رقابة الوصاية."

و الذي نص على وجوب تشكيل لجنة لفتح الأظرفة في المادة 107 و لجنة لتقييم العروض في المادة 111¹. كما أوكل في هذا الصدد للمصلحة المتعاقدة مهمة انشاء لجنة تقنية تدخل ضمن اختصاصها التقديري و على مسئوليتها.

و من الشروط التي تلتزم بها لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض أن تستلم العطاءات و تقوم بترتيبها و تقييم كل عرض من خلال المزايا المالية و الاقتصادية، و تبت برأيها في الصفقة و تقدم توصياتها كما يمكن لها أن تبدي تحفظاتها.

أ- الطبيعة القانونية للجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض:

بالعودة الى المادة 160 من المرسوم الحالي فانه يدخل في اختصاص المصالح المتعاقدة أن تستحدث لجنة دائمة واحدة أو اكثر تتولى فتح الأظرفة و تقييم العروض وهي لجنة ذات طابع اداري بالإضافة الى مهامها المسندة اليها قانونيا فإنها تقترح على المصلحة المتعاقدة منح صفقة او الغائها أو تعلن عدم الجدوى وذلك بتقديم رأي استشاري.

والجدير بالذكر ان قرارات لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض لا ترتب اثار في حد ذاتها فهي بذلك لا تقبل الطعن بالإلغاء امام القضاء الاداري ، إلا انه بإمكان اعضائها الطعن في قرارات المصلحة المتعاقدة إذا ثبت أنها خالفت التشريع المعمول به من باب إمكانية ان يطعن من هو خارج أطراف العقد لداعي المصلحة.

2- هيئات الرقابة القبلية الخارجية للصفقات العمومية:

تهتم هذه الهيئات بتقديم المساعدة في تحضير الصفقات و اتمام ترتيباتها و دراسة دفاتر الشروط و الصفقات و الملاحق و معالجة الطعون بصفة عامة و يمكن تقسيمها إلى مستويين اثنين:

أ- هيئات المستوى الأول:

وهي الهيئات الرقابية المنشأة بموجب قرار من رئيس اللجنة

أ-1 اللجنة الجهوية

تهتم بدراسة مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات و الملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية

¹ توحيد لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض من أهم المستجدات التي جاء بها المرسوم الرئاسي 15-247 ، لأنها تضي على الصفقات العمومية المصدقية و الشفافية.

تتشكل من :

- الوزير المعني أو من يمثله رئيسا
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة
- ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب طبيعة الصفقة
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة

أ-2 اللجنة الولائية

تهتم بدراسة مشاريع دفاتر الشروط الصفقات و الملاحق التي تبرمها الولاية و المصالح غير الممركزة للدولة و المصالح الخارجية للإدارات المركزية.
تعد دفاتر الشروط الصفقات و الملاحق التي تبرمها البلدية و المؤسسات العمومية المحلية التي تساوي مبالغها أو تفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي مليون دينار بالنسبة لصفقات الاشغال و اللوازم، خمسون مليون دينار بالنسبة للنفقات الخاصة مليون بالخدمات و عشرون مليون بالنسبة للدراسات.

تتشكل من:

- الوالي او ممثله رئيسا.
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- ثلاثة ممثلين من المجلس الشعبي الولائي.
- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية و مصلحة المحاسبة).
- مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة.
- مدير التجارة.

أ-3 اللجنة البلدية

دراسة مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات و الملاحق الخاصة بالبلدية.

تتشكل من :

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو من يمثله رئيسا
- ممثل المصلحة المتعاقدة
- منتخبين اثنين عن المجلس الشعبي البلدي.
- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية و مصلحة المحاسبة)

- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية
أ-4 لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية و الهيكل غير المركز للمؤسسة الوطنية
العمومية ذات الطابع الإداري:

تقوم بدراسة مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات و الملاحق الخاصة بهذه المؤسسات
تتشكل من:

- ممثل عن السلطة الوصية رئيسا
- المدير العام او مدير المؤسسة او ممثله
- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية و مصلحة المحاسبة)
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة

أ-5 لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية و الهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية
الوطنية ذات الطابع الإداري:

و تقوم بدراسة مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات و الملاحق الخاصة بالمؤسسة
تتشكل من:

- ممثل عن السلطة الوصية رئيسا
- المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله
- ممثل منتخب عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية
- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية و مصلحة المحاسبة)
- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية

عندما يكون عدد المؤسسات العمومية المحلية التابعة لقطاع واحد كبيرا يمكن للوالي
أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب الحالة تجميعها في لجنة واحدة أو أكثر للصفقات
و يكون مدير المؤسسة أو المدير العام عضوا فيها.

ب- هيئات المستوى الثاني:

ب-1 اللجنة القطاعية:

و هي لجنة تحدث لدى كل وزارة تهتم بمراقبة صحة اجراءات إبرام الصفقات العمومية
و مساعدة المصالح المتعاقدة التابعة لها في مجال تحضير الصفقات و إتمام ترتيباتها، و قد

أناط المشرع هذه اللجنة بمهام كبيرة نظرا لأهميتها انطلاقا من المادة 180 إلى غاية المادة 185 و تتمثل صلاحياتها في ما يلي:

- تختص بدراسة الملفات التابعة لقطاع آخر عندما تتصرف الدائرة الوزارية المعنية في إطار صلاحياتها لحساب دائرة وزارية أخرى.
- تختص بالرقابة على دفاتر الشروط، والصفقات، والملاحق، و الطعون المنصوص عليها في المادة 82 الخاصة بكل المصالح المتعاقدة التابعة للقطاع المعني.
- تهتم في مجال التنظيم باقتراح تدابير من شأنها تحسين رقابة صحة إبرام الصفقات.
- تعتمد وتصادق اللجنة القطاعية على النظام الداخلي النموذجي الذي يحكم لجان الصفقات كما هو مبين في المواد 177 و 190.¹

و تختص بالفصل في مجال رقابة كل مشروع و تطبيقا للمعيار المالي في ما يلي:

- دفاتر الشروط، أو صفقة أشغال يفوق مبلغها التقديري للحاجات، أو الصفقة مليار دينار، و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في الحدود المبينة في المادة 139.
- دفتر الشروط، أو صفقة لوازم يفوق المبلغ التقديري فيها للحاجات 300 مليون دينار.
- دفتر الشروط، أو صفقة خدمات يفوق مبلغها التقديري 200 مليون، و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في الحدود المنصوص عليها في المادة 139.
- دفتر الشروط، أو صفقة للخدمات يفوق مبلغها التقديري للحاجات 200 مليون دينار.
- دفتر شروط، أو صفقة دراسات يفوق مبلغها التقديري للحاجات 100 مليون دينار.
- دفتر شروط، أو صفقة أشغال، أو لوازم للإدارة المركزية يفوق مبلغها التقديري 120 مليون دينار.
- دفتر شروط، أو صفقة دراسات، أو خدمات للإدارة المركزية يفوق مبلغها التقديري للحاجات 60 مليون دينار.
- كل بند منصوص عليه في المادة 139، يمكن أن يرفع تطبيقه من المبلغ الأصلي إلى المقدار المحدد أعلاه.
- كل ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستويات المحددة في 139 أو أكثر.

¹ تذكر المادة 177 ما يلي: " يجب أن تعتمد لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة النظام الداخلي النموذجي الموافق عليه وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 183. وتذكر المادة 190 بأنها: " تصادق اللجنة القطاعية للصفقات على النظام الداخلي الذي تتم الموافقة عليه بموجب مرسوم تنفيذي.

و تتشكل اللجنة القطاعية من:

- الوزير المعني أو ممثله رئيسا
- ممثل عن الوزير المعني نائب
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة
- ممثلين اثنين عن وزير المالية (المديرية العامة للمالية و المديرية العامة للمحاسبة)
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

ثانيا: الدور القانوني المناط بها في الصفقات العمومية

حدد المشرع الجزائري الإطار الرقابي الذي تخضع له الصفقات العمومية في هذه المرحلة والتي تتولاها مجموعة الأجهزة الرقابية المنشأة في هذا المرسوم خاصة تلك المهام المسندة إليها طبقا لأحكام المواد من 191 إلى غاية المادة 202 و الذي سنذكره في مايلي:

1- آلية الممارسة الرقابية:

أوضح المشرع الإطار القانوني الذي يحكم لجان الصفقات العمومية خلال قيامها بمهامها حيث تبدأ الرقابة الفعلية من خلال الدور الذي تلعبه لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض باعتبارها أول جهاز رقابي يقوم بالرقابة الداخلية، و يبت في صحة الصفقات العمومية فتستطيع هذه اللجنة و بهذه الصفة إصدار مجموعة من القرارات المهمة في مرحلة الإبرام من أهمها، قرارات الإقصاء، و قرار الإرساء، و اختيار المتعاقد. بينما تقوم اللجان المختصة سواء تلك التي تقوم بدورها على مستوى المصالح المتعاقدة، أو على مستوى القطاع بمراقبة الصفقات من خلال مراقبة صحة وسلامة الصفقات، ومدى مطابقتها للتشريع، أو التنظيم والتزامها بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية .

فقد بين المشرع بأن اجتماعات هذه اللجان لا تصح إلا بغالبية الأعضاء و في حالة عدم اكتمال النصاب، يعاد الاجتماع فتصح مداولاتها بعدها مهما يكن عدد الحضور. فتبدي رأيها بالتصويت، و في حالة تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا، كما يجب أن يكون حضور الأعضاء شخصا فلا ينوب عنهم إلا مستخلفوهم قانونا.

و لضمان نجاعة الصفقات العمومية، يقوم مسؤول المصلحة المتعاقدة بتعيين مقرر لكل ملف، و لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتولى الرئيس أو نائبه مهمة مقرر اللجنة لأنها تنتافي قانونا مع وظيفة الرئيس أو من ينوبه.

تصدر اللجنة القرار منح التأشيرة أو رفضها، شرطية أن يكون قرارها معللا، كما يمكن لها أن تتحفظ على الصفقة أو الملحق، و يكون التحفظ موقفا عندما يتعلق الأمر بخرق المبادئ أو ترتئي أن هناك طعنا مؤسسا، أو عندما يتصل التحفظ بدفتر الشروط أو الصفقة أو الملحق و عند رفع التحفظ تعرض المصلحة المتعاقدة القرار على الهيئات المالية لكي تلتزم بالنفقات قبل الموافقة عليها و البدء في التنفيذ.

تعفى من التأشيرة العمليات ذات الطابع المتكرر أو تلك التي تكون على أساس الدفتر النموذجي مصادق عليه في حدود الاختصاص و يجب أن تطلب المصلحة المتعاقدة التأشيرة جبرا. وتعرض التأشيرة الشاملة التي تستلمها لجنة الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة وتفرض على المراقب المالي و المحاسب المكلف بالمالية، إلا في حالة عدم مطابقة التشريعات. و في حالة عدم مطابقة التشريعات يجب على المراقب المالي و المحاسب المكلف بالمالية أن يعلما لجنة الصفقات العمومية المختصة كتابيا، و يمكن أن تسحب تأشيرتها مهما يكن من أمر قبل تبليغ الصفقة للمتعاقد المختار.

أما في حالة العدول تودع المصلحة المتعاقدة نسخة من مقررة الصفقة أو الملحق وجوبا مقابل وصل استلام خلال 15 يوما الموالية لإصدارها لدى المصالح المختصة إقليميا الإدارة الجبائية و الضمان الاجتماعي.

و ترسل المصلح المختصة دوريا كل 03 أشهر الوزارة المكلفة بالمالية (المديرية العامة المكلفة بالضرائب)، و الوزارة المكلفة بالضمان الاجتماعي (المديرية العامة) لجمعها و استعمالها.

يبلغ أعضاء اللجنة بطاقة تحليلية و تقرير تقديمي عن كل مشروع صفقة، أو ملحق يشملان العناصر الأساسية لممارسة مهامهم . و تتولى المصلحة إعداد المذكرة التحليلية والمرفقة بالتقرير التقديمي طبقا للنموذج المحدد النظام الداخلي، و ترسلها في أجل لا يقل عن 8 أيام قبل انعقاد المجلس. و اذا لم تصدر التأشيرة في الآجال المحددة، تخطر المصلحة المتعاقدة الرئيس الذي يجمع اللجنة الصفقات المختصة في 8 أيام المالية للإخطار.

في حالة رفض التأشيرة، يمكن للوزير بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة، أن يتجاوز ذلك بمقرر، و يمكن للوالي و في حدود صلاحياته بناء على تقرير من المصلحة، أن يتجاوز

التأشيرة بمقرر، كما يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي أن يصدر قرار التجاوز في حدود صلاحيته و يعلم الوالي بذلك¹.

ترسل نسخة من مقرر التجاوز إلى مجلس المحاسبة، و الوزير المكلف بالمالية و المفتشية العامة للصفقات العمومية، و المفتشية العامة للمالية ولجنة الصفقات المختصة. ولا يمكن اتخاذ مقرر تجاوز في حالة رفض التأشيرة المعلل بعدم مطابقة الأحكام التشريعية. في حال رفض التأشيرة المعلل بعدم مطابقة الأحكام التنظيمية يفرض مقرر التجاوز على المراقب المالي، و المحاسب العمومي، لا يمكن بأي حال من الأحوال اتخاذ مقرر التجاوز بعد مرور 90 يوما من رفض التأشيرة.

المبحث الثاني: سلطات الإدارة و رقابة القاضي الإداري عليها

تتمثل القيود التي يمكن أن يفرضها القضاء على ممارسة الإدارة لسلطاتها في مجال الصفقات العمومية و بالخصوص في مرحلة الإبرام في الرقابة القضائية للقرارات التي تصدر عن الإدارة تطبيقا لنظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال² عن العقد، وهنا يجب التمييز بين طائفتين من القرارات . طائفة القرارات التي تتوفر على أركان القرار الإداري مثل قرار استبعاد أحد العروض من المنافسة، أو إقصاء أحد المتعاملين، أو قرار الإرساء، أو رفض التصديق و اتمام العقد .

و بين طائفة الأعمال الإدارية السابقة أو اللاحقة عن القرار الإداري، مثل التعليمات و المنشورات، و الآراء الاستشارية، فمن المتفق عليه فقها و قضاء أن قرارات الطائفة الأولى تقبل الطعن بالإلغاء، و إن كان الأصل فيها من المنازعات العقدية³، لأنها من دعاوى القضاء الكامل لا اعتبار أن دعوى الإلغاء توجه ضد قرار إداري صادر بالإرادة المنفردة . في حين أن

1 ورد في المادة 200 ما نصه : " يترتب في حالة رفض لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة منح التأشيرة ما يأتي: يمكن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية المعنى بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بقرار معلل يمكن الوالي في حدود صلاحياته و بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل و يعلم وزير الداخلية و الجماعات المحلية بذلك. يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي يمكن الوالي في حدود صلاحياته و بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل و يعلم الوالي المختص بذلك. وفي جميع الحالات ترسل نسخة من مقرر التجاوز المعد حسب الشروط المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما إلى مجلس المحاسبة و إلى الوزير المكلف بالمالية و إلى لجنة الصفقات المعنية.

2 شهد القضاء الفرنسي أول تطبيق لنظرية العقود القابلة للانفصال في سنة 1903 و 1905 في القرار الشهير martin ، أما في الجزائر فقد قضت الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا في حكم لها صادر في 18 أفريل 1969 في قضية اتحاد النقل و شركة، حيث رفضت قرار مداولة صادر عن مجلس محلي متعلق بعقد امتياز لأنه قرار إداري قابل للانفصال. 3 أنظر كتاب محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، مرجع سابق ص196.

العقد ينم على توافق إرادتين الإدارة و المتعاقد معها، بالإضافة إلى اعتبار دعوى العقد دعوى شخصية تنصب على موضوع العقد.

و مع ذلك أجاز القضاء الإداري الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدر عن الإدارة في هذه المرحلة متى أمكن فصلها عن العقد، وذلك وفقا للشروط ذاتها التي يتطلبها رفع دعوى الإلغاء، و يمكن أن تتعدد القرارات التي تقدم عليها الإدارة في هذا الشأن . إلا أننا سوف نكتفي بأهم هذه القرارات فقط دون حصرها كلية، و هذا في ما يلي:

المطلب الأول: مضمون القرارات التي تصدر عن الإدارة في مرحلة الإبرام

تستطيع الإدارة في مرحلة الإبرام إصدار جملة من القرارات التي تدخل في صميم عملية التعاقد وتعتبر عن أعمال الإدارة (المصلحة المتعاقدة) لسلطاتها، وإن تفاوتت من الناحية القانونية، فمن القرارات ما يكون صادرا عن الإدارة مقيدة فيها بتطبيق القانون و اللوائح، ومنها ما تمتلك إزاءه سلطة تقديرية واسعة، و منها أيضا ما يكون صادرا عن الوصاية، أو صادرا عن لجنة الصفقات المختصة، كقرار إستبعاد أحد العروض، أو قرار إعلان عدم جدوى الصفقة أو قرار اختيار أحد العروض...إلخ . وهذا ما سوف نحاول إبرازه من خلال فرعين اثنين:

الفرع الأول: الإطار القانوني للقرار الإداري القابل للانفصال:

من الأهمية بمكان أن نتطرق للقرار الإداري المنفصل على العقد نظرا لأهميته في مجال الصفقات العمومية لذلك حاولنا أن بينه إليها في نقطتين فرعيتين:

أولاً: التطور التاريخي لفكرة القرار الإداري المنفصل:

لقد مرت نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال بمرحلتين نذكرهما في ما يلي:

1- مرحلة عدم الاعتراف بجواز الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة:

فضل مجلس الدولة ولمدة طويلة من الزمن عدم الأخذ بنظرية جواز الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال معللا ذلك بكون دعوى الإلغاء دعوى احتياطية فالطريق الوحيد للطعن ضد هذه القرارات يكون أمام قاضي العقد و ذلك لسببين اثنين:

أ- الدفع بوجود الدعوى الموازية:

ومفادها أن الطعن بالإلغاء لا يقبل إذا وجد طريقا آخر لرفع دعوى يمكن أن تحقق النتائج ذاتها التي تتحقق عن طريق الإلغاء لذلك اشترط مجلس الدولة الفرنسي آنذاك لرفع دعوى الإلغاء انتفاء الدعوى الموازية.

ب- احترام الحقوق المكتسبة:

و مفاد هذه الفكرة أنه وبمجرد إبرام العقود المركبة بصفة نهائية يترتب عليه حقوق لا يمكن الطعن ضدها بالإلغاء لأن في ذلك مساس بالحقوق المكتسبة.

2- مرحلة الاعتراف بجواز الطعن ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال:

أقر مجلس الدولة الفرنسي بجواز الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة التي تدخل ضمن العمليات المركبة في السنوات الأخيرة م القرن العشرين وذلك للأسباب التالية:
التخلي اشتراط الدعوى الموازية لرفع دعوى الإلغاء واعتبارها دعوى الشريعة العامة¹ بدلا من اعتمادها كدعوى احتياطية.

سهولة الإجراءات في دعوى الإلغاء التي لا تتطلب رسوما قضائية أو وساطة المحامي.
تميز أحكامها بالحجية المطلقة اتجاه الغير كما أن إلغاء القرارات الإدارية يعدم آثار القرار في الماضي و المستقبل.

الفرع الثاني: أهم القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة الإبرام

تطبيقا لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد في مرحلة الإبرام، فإن كل ما تصدره الإدارة من قرارات قادرة على إحداث أذى بذاته يعد قرار قابلا لأن للطعن فيه بدعوى الإلغاء وتعرف مرحلة الإبرام العديد من القرارات التي تساهم في تكون العقد بذكر منها ما يلي:

أولا: قرار الإعلان عن الصفقة

بما أن قرار الإعلان عن الصفقة و اختيار أسلوب المتعاقد يؤول إلى الإدارة أو المصلحة المتعاقدة، فإن ذلك يؤدي بالضرورة إلى هيمنتها و امتلاكها لسلطة تقديرية لا معقب عليها فقد يقع اختيارها على إجراء تراه مناسبا للإبرام كأن تختار طلب العروض المفتوح أو طلب العروض المحدود أو تلجأ إلى أسلوب التراضي البسيط.

و قد نوه المشرع في هذا المجال على صلاحيات الإدارة في العديد من المواضع بالنسبة للمرسوم الحالي 15-247 مثل ما ورد في المادة 45 بقوله: " يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم العروض " و قوله في الفقرة 06 من المادة ذاتها: " يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة"، و أيضا في

¹ محمد سمير جمعة، مدى قبول الطعن الغاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي و المصري، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، العدد 49، 2011، ص 196.

المادة 59 في فقرتها الثانية بقولها " يدخل هذا الاختيار ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة التي تتصرف طبقاً لأحكام هذا المرسوم". و مهما يكن من أمر فإن المتتبع لما جاء به المرسوم في الباب يلحظ مدى اتساع حرية الإدارة في هذا المجال.

ثانياً: قرار تخصيص الصفقة

تستطيع الإدارة أن تقرر تخصيص الصفقة إعمالاً لسلطاتها التقديرية سواء في شكل حصة واحدة تعهد بها لمتعامل واحد، أو في شكل حصص منفصلة تعهد بها لمتعامل واحد أو أكثر طبقاً لأحكام المادة 31 و التي ورد في فقرتها ما نصه: "إن التخصيص من اختصاص المصلحة المتعاقدة التي يجب عليها تعليل اختيارها عند كل رقابة." و في موضع ثان أشار المشرع صراحة إلى اعتبار التخصيص إجراء للصفقة وفق أسلوب التراضي، و يتضح ذلك في المادة 41 بتعريف التراضي على أنه إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة.

ثالثاً: قرار إعلان عدم الجدوى

بعد هذا النوع من القرارات من أهم القرارات التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة لذلك خصه المشرع بعناية كبيرة، حيث حدد كل مناسبة يمكن أن تلجأ فيها الإدارة لاتخاذ هذا القرار وهذا في مايلي:

- في حال اختيار أسلوب طلب العروض أو المسابقة:

يكون إعلان عدم جدوى الصفقة عندما لا تستلم الإدارة أو المصلحة المتعاقدة أي عرض أو في حال عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط طبقاً لأحكام المادة 40 و المادة 48 من المرسوم 15-247 الحالي. حينها يمكن أن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى اختيار أسلوب التراضي بعد الاستشارة

- في حال التراضي البسيط:

و يكون نتيجة إعلان عدم جدوى الأخذ بأسلوب التراضي بعد الاستشارة للمرة الثانية عندما لا تستلم المصلحة المتعاقدة أي عرض أو عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط الخاص بالاستشارة. و يبدو أن المشرع الجزائري في هذا الشأن يأخذ بقاعدة العطاء الوحيد كما هو سائد عند غالبية الفقهاء.

رابعاً: قرار منح التأشيرة أو رفضها

يدخل هذا القرار في صلاحيات لجنة الصفقات العمومية كما هو مبين في المادة 195 و يكون ذلك مرفقا بمقرر معلل، كما يمكن لها أن تصدر قرارا برفض التأشيرة أو تبدي تحفظات تكون موقفة أو غير موقفة، و يكون التحفظ موقفا عندما يتصل بمشروع دفتر الشروط أو الملحق، أو الصفقة و يكون التحفظ غير الموقوف عندما يتصل بالشكل.

خامساً: مقرر التجاوز

و هو مقرر يصدر على مختص، سواء كان مسؤول الهيئة، أو الوالي، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة، و هذا ما ورد في أحكام المادة 200 من المرسوم الرئاسي الحالي التي تبين في حال رفض التأشيرة على الصفقات العمومية يمكن لمسؤول الهيئة أن يصدر مقرر تجاوز ويكون معللا .

و يستطيع الوالي بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يصدر مقرر التجاوز ويعلم وزير الداخلية بذلك، كما يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي أن يصدر مقرر تجاوز التأشيرة بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة في حدود صلاحياته و يبلغ الوالي بذلك.

سادساً: قرار العدول عن الصفقة

يمكن أن تصدر المصلحة المتعاقدة قرار العدول عن الصفقة، أو الملحق من خلال اعمال سلطتها التقديرية، الذي يكون معللا عادة بتحقيق المصلحة العامة، و لا يترتب شيئا عن الإدارة كما لا يمكن أن يحتج به ضدها، مع ذلك يجب التمييز بين حالتين:

- ففي حال صدور قرار العدول عن الصفقة قبل التأشير عليها، فلا يمكن أن يثير أي منازعة حولها.

- أما في حالة عدول المصلحة المتعاقدة عن الصفقة أو الملحق بعد منح التأشيرة عليه فيمكن أن تتولد عليه منازعة لذلك أورد المشرع على وجوب إعلام لجنة الصفقات العمومية المختصة.

سابعاً: قرار الإرساء

يعد من أهم القرارات الإدارية في الصفقات العمومية، حيث تفصح الإدارة من خلاله على شخصية الطرف المتعاقد وذلك بعد تقييم العروض من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ويكون القرار صادرا عن السلطة المختصة إعمالا للمعيار العضوي، و بهذا يكون القرار صادرا

عن مسؤول الهيئة، أو الوزير، أو الوالي، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، أو المدير العام أو مدير المؤسسة، طبقاً لأحكام المادة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

المطلب الثاني: القيود التي تفرضها رقابة القاضي الإداري

تتمثل رقابة القاضي الإداري لسلطات الإدارة في هذه المرحلة المتقدمة عن تشكل العقد الإداري في رقابة ما يصدر عنها من قرارات إدارية قابلة للانفصال و الطعن فيها بالإلغاء تطبيقاً لرقابة المشروعية وعادة ما تمتد رقابة القاضي الإداري على القرارات الإدارية إلى بسط رقابة المشروعية الخارجية للقرار محل الإلغاء من حيث الشكل والإجراءات ورقابة المشروعية الداخلية المتمثلة أساساً في المحل و السبب والغاية لذلك حاولنا في هذا المطلب أن نركز الضوء في فرعين اثنين على نقطتين مهمتين تتعلق أولاً بالقيود التي يفرضها القضاء الإداري على الإدارة في مرحلة الإبرام وفي الثانية نخصصها للنتائج التي يمكن تترتب على إلغاء القاضي الإداري لمثل هذه القرارات.

الفرع الأول: رقابة القضاء الإداري لقرارات الإدارة في مرحلة الإبرام

لا شك أن الإدارة أو المصلحة المتعاقدة مقيدة باحترام شروط صحة الصفقات العمومية التي وضعها المشرع في شكل قواعد موضوعية، ففي هذه الحالة تكون سلطتها مقيدة، و لا تمتلك هامشاً لتقدير فعلها أن تسعى إلى مراعاة ذلك في ما تصدره من قرارات إدارية، تقادياً للوقوع في أية منازعة .

و قد أخذ المشرع الجزائري بهذا المسلك، و ذلك بقبول الطعن ضد قرار الإدارة في مادة العقود الإدارية أمام القضاء الإداري خاصة في القانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية كما هو الحال في نص المادة 804 التي تبين الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية بالقول (خلافاً لأحكام المادة 803) : " ترفع الدعاوى وجوباً أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:

- الفقرة الثانية في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال
- الفقرة الثالثة: في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

كما بين أيضا إمكانية اللجوء إلى القضاء الاستعجالي في المادة 946 بقوله: " يمكن إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، و ذلك في حالة الاخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الادارية و الصفقات العمومية".
و يمكن أن أساسا قانونيا آخر يكفل حق التقاضي في مجال الصفقات العمومية في القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المؤرخ في 20 فبراير 2006 في كل من المواد 09، 27، 35، 55.

و تجدر الإشارة في هذا السياق إلى طرح سؤال مهم مفاده؛ ما مصير القرارات التي تصدر عن الوصاية في مرحلة إبرام الصفقات العمومية، و التي لم يشر المشرع الجزائري بشأنها في القانون العضوي 89-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة ؟

فقد تدخل هذه القرارات في فحوى المادة 09 من القانون السالف الذكر، ولكن يبقى السبب في إثارة مثل هذا التساؤل قائما، لأن الفقه و القضاء يميزان في هذا الصدد بين القرارات التي تصدرها السلطات اللامركزية، و تلك التي تصدر عن السلطات المركزية . فالقضاء الفرنسي¹ يجيز بقبول الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة بعدم المشروعية ضد القرارات الصادرة عن الوصاية بشكل منعزل..

أولا: حدود سلطة الإدارة أمام قاضي الإلغاء

من الأمور المسلم بها أن رقابة القاضي الإداري للقرارات الإدارية المهددة بالإلغاء في الحقيقة هي رقابة مشروعية تستهدف في المقام الأول فحص أركان القرار الإداري لذلك سوف نقسمها إلى مايلي:

1- حدود سلطة الإدارة في نطاق المشروعية الخارجية للقرار الإداري:

وفيها ينظر القاضي الإداري إلى القرار الإداري من زاويتين اثنتين:

أ- من حيث توفر الاختصاص:

يعرف الاختصاص بالمعنى العام على أنه القدرة، أو المكنة أو الصلاحية المخولة لشخص أو جهة إدارية للقيام بعمل معين على الوجه القانوني². ولعل أكثر ما يهمننا في مسألة الاختصاص في مجال الصفقات العمومية أهلية الإدارة، أو المصلحة المتعاقدة على إبرام العقد وقد حرص المشرع الجزائري كثيرا على ركن الاختصاص و خصه بالذكر في الكثير من

¹ محمد سمير محمد جمعة، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، العدد 49 ، أبريل، 2011.

² د: محمد الصغير بعلي، دعوى الإلغاء ، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، (ب ط)، 2007، ص 290.

المواضع ففي نص المادة 04 من المرسوم الحالي، أكد المشرع على ضرورة الاختصاص بقوله؛ لا تصح الصفقات و لا تكون نهائية، إلا إذا وافقت عليها السلطات المختصة المذكورة أدناه حسب الحالة:

مسؤول الهيئة، أو الوزير، أو الوالي، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، أو المدير العام، أو مدير المؤسسة العمومية.

وفي فقرة ثانية أجاز تفويض هذه السلطات لصلاحياتها في هذا المجال للمسؤولين المكلفين طبقاً للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها .

و قد تثار مسألة تحديد الاختصاص حول الصفقات التي تشارك فيها أكثر من مصلحة متعاقدة عندما نسق صفقاتها، و قد عالج المشرع هذا الأمر في المادة 36 من المرسوم الحالي بقوله في الفقرة الثانية: "و يمكن للمصالح المتعاقدة التي تنسق إبرام صفقاتها أن تكلف واحدة منها بصفتها مصلحة متعاقدة منسقة بالتوقيع على الصفقة و تبليغها، أما في مرحلة التنفيذ فكل مصلحة مسؤولة عن حسن تنفيذ الجزء من الصفقة التي يعنيها".

لقد جعل المشرع مسألة عدم الاختصاص من النظام العام سواء في تحديد الجهة القضائية أو الإدارية المختصة، يثار تلقائياً من طرف القاضي في أي مرحلة كانت عليها الدعوى فلا يجوز تحت أي حال من الأحوال مخالفتها، و إلا عدت القرارات التي يتخلف فيها هذا الركن معدومة، أو باطلة .

إن كان الفقه يرتب في هذه الحالة أمراً مهماً جداً و هو تغليب فكرة البطلان المطلق على فكرة الانعدام عند غالبية الفقهاء، ماعدا الفقيه "جيز" الذي يقر بنظرية الانعدام في مجال العقود الإدارية، عندما يبرم العقد من طرف شخص غير مختص، أو يخالف القرار القواعد المتعلقة بالعقد، أو بانعدام التصديق عليه من طرف الجهات المختصة¹. و أياً كان الأمر فإن إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد نتيجة مخالفة الاختصاص لا يؤدي بالضرورة إلى إلغاء العقد، مع ذلك يمكن أن نلتزم نتائج هامة تتمثل في إمكانية اللجوء إلى قاض العقد من أجل إبطاله، أو الحصول على تعويض وفق الشروط، كما ينتقل عبء المسؤولية على كاهل الإدارة العامة التي تتحمل على عاتقها مسؤولية سياسية ضخمة.

من حيث توفر الشكل و الإجراءات:

¹ برهان زريق، نظرية البطلان في العقد الإداري، مرجع سابق، ص141.

تعتبر سلطة الإدارة في هذا الشأن مقيدة بما وضعه المشرع من قواعد موضوعية لممارسة الاختصاص، فلا تمتلك بذلك الإدارة أي تقدير في قواعد الشكل و الإجراءات مع ذلك يجب التمييز في مجال الصفقات العمومية بين أمرين هامين:

أ-1 قواعد الشكل (la forme) :

و يقصد بها المظهر الخارجي للقرار الإداري باعتباره محررا رسميا صادر على السلطة المختصة.

أ-2 قواعد الإجراءات (le procédure) :

و تتمثل في الأساليب و الطرق، وهي الركن الأهم في الصفقات العمومية، مثال ذلك قد تختار الإدارة التعاقد وفق أسلوب طلب العروض، أو أن تستبعد أحد العروض، أو تلجأ التراضي البسيط.

و قد سبق أن بينا اتجاه إرادة المشرع الجزائري في منح الاختصاص للإدارة، كما هو مبين في المادة 59 من المرسوم 15-247 . حيث تتسع سلطتها التقديرية في اختيار ما تراه مناسباً، مع ذلك فقد اختلف الفقه في هذا إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يلزم الإدارة أو المتعاقد معا بضرورة احترام قواعد الإجراءات لذلك يجيز للقضاء الحكم ببطان القرارات الإدارية التي تصدر عنها بطلان مطلقا.

الاتجاه الثاني: يشترط أن تكون المخالفة جوهريّة لقواعد الشكل و الإجراءات.

2- حدود سلطة الإدارة في نطاق المشروعية الداخلية للقرار الإداري:

تتحصّر رقابة القاضي الإداري على القرارات الإدارية التي تقدم عليها الإدارة في مرحلة الإبرام في رقابة ركن المحل و ركن السبب و ركن الغاية، إلا أن ما نحن بصدد دارسته و التركيز عليه يتمثل أساسا في معرفة العيوب التي يمكن أن تصيب القرار الإداري في مادة العقود الإدارية، و بشكل أكثر دقة في الصفقات العمومية فتجعله عرضة للإلغاء القضائي، وهذا ماسنذكره في مايلي:

أ- عيب خالفة القاعدة القانونية (la violation de la règle de droit):

يتصل عيب مخالفة القاعدة القانونية بركن محل في القرار الإداري عندما يصدر القرار مخالفاً للقاعدة القانونية أي كان مصدرها، و يتخذ ثلاثة صور في حال المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية، أو حدوث الخطأ في تفسير القاعدة القانونية، أو الخطأ في تطبيقها.

المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية: (la violation directe de la règle de droit) :

وتتمثل في حالة النص على احترام الإدارة بتطبيق القانون إزاء كل تصرف يمكن أن تقوم به وقد تكون مخالفة الإدارة في هذا الإطار إيجابية، أو سلبية . كأن تستند الإدارة في تصرفاتها إلى قاعدة غير القاعدة التي نص عليها القانون، أو تضيف شرطاً في دفاطر الشروط مخالفاً للتشريع، أو التنظيم، أو تمتنع عن تطبيق قاعدة من القواعد الملزمة حينها يمكن لأي صاحب مصلحة يرى نفسه قد تضرر من القرار، أن يطعن أمام القضاء مطالباً بإلغاء القرار الإداري المعيب.

ب - الخطأ في تفسير القاعدة القانونية (fausse application de la règle de droit) :

وتظهر تطبيقات هذه الحالة عندما تقوم بتفسير قاعدة قانونية بمعنى غير الذي أراده منها المشرع، وتبدو هذه المسألة في غاية الصعوبة، مع ذلك يمكن أن يتدخل القاضي الإداري من خلال مطالبة الإدارة بتقديم كل المعلومات التي تتعلق بموضوع الدعوى، فإذا ما فسر القضاء القاعدة القانونية، فإن الإدارة ملزمة بتطبيقها وفق ما حكم به القضاء و لو كان ذلك الحكم لا يتفق مع حرفية النص¹.

ج - الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية (l'erreur de faits) :

في هذه الحالة تتصرف الإدارة مع علمها بالقاعدة الصحيحة و لكن أثناء تطبيقها قد لا تتناسب مع الوقائع المفضية لاتخاذ القرار فتطرح في هذه الحالة مشكلة الخطأ في تكييف القاعدة القانونية تتمثل في هل بإمكان القاضي الإداري أن يبسط رقابته على الإدارة إزاء تكييفها للوقائع؟

ففي هذه الحالة لا يملك القاضي الإلغاء من الناحية القانونية أن يفرض على الإدارة القيام

¹ د؛ عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة حلب، مديرية الكتب الجامعية، ط2، (ب،س)، ص

بتصرف ما، لأن القاضي يراقب المشروعية في القرارات الإدارية و لا يراقب الملائمة¹ لأنها تمتلك سلطة تقديرية مع ذلك نجد من الفقهاء من يرى عدم تعارض مراقبة المشروعية و قدرة الإدارة على الملائمة إستنادا لسلطتها التقديرية، وهذا ما قصد إليه "قالين" عندما أقر بعدم وجد تناقض بين المشروعية و الملائمة و لا يجوز المقابلة بينهما بما يوحي التناقض، فالرقابة على المشروعية تستلزم أحيانا بسط الرقابة على الملائمة باعتبارها شرطا من شروط مشروعية القرارات الإدارية و يرى "دي لوبادير" أن مجلس الدولة الفرنسي لا يقيد حرية الإدارة التقديرية ولا يراقب الملائمة، ولكنه ينشئ قواعد جديدة تحدد اختصاص الإدارة تحرمها سلطتها التقديرية في نطاق معين وبصبح اختصاصها تطبيقا لهذه القواعد مقيد.

د- عيب الانحراف بالسلطة (le détournements de pouvoir):

يعد عيب الانحراف بالسلطة من أشد العيوب في القرار الإداري نظرا لاتصاله بركن الغاية طالما أن الإدارة تهدف من وراء قراراتها المصلحة العامة، فإن حدد المشرع الهدف من القرار الإداري فلا يمكن إثارة هذا العيب، أما إذا لم يحدده المشرع، فإن الإدارة تستهدف الصالح العام لذلك جعل منه مجلس الدولة الفرنسي في البداية عيبا احتياطيا². وفي حال تعدد الأهداف فإن إبطال القرار الإداري لا يكون إلا إذا كان الهدف الذي التزمت به الإدارة هو الحاسم في قرارها فمن صور³ هذا العيب يمكن أن نذكر بأن تكون الغاية من القرار تحقيق هدف غريب عن نشاط الإدارة أو تحقيقا للمصلحة الشخصية، أو تحقيقا لغرض سياسي، أو ديني، أو بغرض الإنتقام...

هـ- عيب السبب:

يتمثل في الحالة الواقعية التي تدفع رجل الإدارة إلى التدخل، ويعد أيضا من أهم الأركان في القرار الإداري، لذلك سوف نتوسع قليلا في هذا الركن لتبيان أهميته القانونية على القرارات الإدارية.

لقد أحدث السبب شرخا بين الفقهاء، وذلك ليس على مستوى التعريف وإنما على مستوى الأثر الذي يترتب عن تخلف ركن السبب على القرار الإداري وعلى رأس هؤلاء نجد كل من

¹ مايا محمد نزار أبودان القابة القضائية على التناسب في القرار الإداري دراسة مقارنة بين فرنسا و مصر ولبنان شركة المؤسسة الحديثة للكتاب ط1 2011 ص43 و44.

² العيب الاحتياطي وهو الذي لا يثار إلا بعد فحص باقي العيوب، فإذا ابطال القرار لعيب من هذه العيوب، يكتفي القاضي، فلا يثيره.

³ أنظر مؤلف عبد الله طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ص 296، وما بعدها.

الفقيهين DUGUIT و BONNARD¹ اللذين يتفقان حول تعريف السبب بأنه الحالة الخارجية التي تولد في نفس رجل الإدارة احتمال إرادة عمل معين، إلا أن DUGUIT فيرى بأن تخالف ركن السبب لا يبطل القرار الإداري، في حين يري BONNARD العكس تماما فتخلف هذا الركن يبطل القرار نظرا لعلاقته بركن الغاية، و يؤيده في ذلك من فقهاء العالم العربي سليمان الطماوي وعلى هذا الأساس فإن رقابة القضاء على هذا الركن تتمثل في التحقق من وجود الواقعة القانونية التي دفعت الإدارة لاتخاذ القرار. فلا يملك القاضي الإداري سلطة على الإدارة، كما هو الحال في رقابة المشروعية وذلك لسببين اثنين:

- أن الإدارة ليست ملزمة بتسبب قراراتها دائما.

- أن هذا الركن لم يجعله المشرع من النظام العام.

و من أمثلة هذا التطبيق في الصفقات العمومية نجد أنه قد يضع أسباب محددة للإدارة فتكون سلطتها مقيدة بالأسباب القانونية المحددة، و المثال على ذلك الحالات التي حددها المشرع عند اللجوء إلى إقصاء المتعاملين الاقتصاديين إلا أنه وفي حالات عديدة تتصرف الإدارة وفقا لسلطتها التقديرية مثل اختيارها أسلوب التعاقد، أو اللجوء إلى الإجراءات الخاصة، أو في حالة إلغاء الصفقة...إلخ.

ثانيا: رقابة القضاء الاستعجالي

أقر المشرع الجزائري بإمكانية اللجوء إلى الاستعجالي في مادة إبرام العقود و الصفقات العمومية حينما نص عليها صراحة في المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في فبراير 2008 ونظرا لأهميتها نوردتها في نصها الكامل:

يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود و الصفقات العمومية. و يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقود و الذي قد يتضرر من الإخلال، و كذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية، إذا أبرم العقد، أو سيرم من طرف جماعة إقليمية، أو مؤسسة عمومية محلية.

يجوز إخطار المحكمة قبل إبرام العقد، حينها يمكن للمحكمة أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الآجل الذي يجب أن يمتثل فيه. و يمكن لها أيضا الحكم

¹ د: أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية دراسة مقارنة
WWW. KOTOBARABIA.COM ، 2005، ص 22.

بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد و يمكن لها كذلك، و بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما.

من خلال قراءة المادة بشيء من التفصيل يمكن أن نقف عند بعض الأمور التي أحاط بها المشرع في مجال القضاء الاستعجالي نشير إليها في مايلي:

جوزاية اللجوء إلى قضاء الاستعجال بشأن المنازعات التي تثور في مرحلة إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية وقد ذكرها المشرع على سبيل المثال لا الحصر في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة، مع العلم أن هناك قرارات تصدر في هذه المرحلة تتعدى إجراءات الإشهار و المنافسة.

أثار المشرع الجزائري في الفقرة الثانية مسألة مهمة جدا تتعلق بتحديد من هو صاحب المصلحة الذي يجوز له الطعن في القرارات الإدارية التي تصدر عن الإدارة في هذه المرحلة و قد حددها المشرع الطرفين؛ في كل من هو ذو مصلحة في إبرام العقود و الصفقات العمومية الذي يمكن أن يكون طرفا في العقد، أو طرفا متنافسا تقدم للصفقة، أو من غير أطراف العقد.

أجاز المشرع لممثل الدولة على مستوى الولاية إمكانية اللجوء إلى رفع دعوى استعجاليه في حالة وحيدة و هي إذا أبرم العقد، أو سيرم من طرف جماعة إقليمية، أو مؤسسة عمومية و يمثل صاحب المصلحة في هذه الحالة الوالي باعتباره ممثلا للدولة و القائم على حماية و وقاية المال العام.

1- تشكيلة هيئة المحكمة التي تبت في الحكم:

أورد المشرع في المادة 917 تشكيلة المحكمة التي يناط بها الحكم في حالة الاستعجال بقوله يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المناط بها البت في دعوى الموضوع، وهنا تظهر إرادة المشرع في مجال العقود الإدارية و الصفقات العمومية تتجه نحو توحيد التشكيلة التي تبت في هذه القضايا، وهي نفسها تشكيلة البت في الموضوع.

2- صلاحيات قاضي الاستعجال:

إمكانية وقف تنفيذ القرارات الإدارية و يكون إزاء طلب إلغاء قرار إداري كله أو جزء منه، متى تحقق فيه طابع الاستعجال أو تم التحقق من كونه معيب بعيب عدم المشروعية شريطة الفصل في القرار في أقرب الآجال.

و يستطيع القاضي في مادة الاستعجال أن يأمر بفتح التحقيق في الانتهاكات التي تقوم بها الأشخاص المعنوية، أو الهيئات أثناء ممارستها للسلطة العامة في مجال الضبط الإداري

وهنا يجب التنويه أن الإدارة في مجال الصفقات العمومية، قد تصدر قرارات استنادا لسلطتها الضبطية¹، و هي قرارات قابلة للانفصال عن العقد.

و يمكن لقاض الاستعجال أن يوجه أوامر للإدارة بالامتثال للالتزامات مع تحديد أجل لذلك، فيستطيع أن يفرض على الإدارة غرامة تهديديه عند عدم الامتثال للأوامر يبدأ سريانها من تاريخ إنهاء الأجل المحدد للامتثال. و من صلاحيات القاضي في الاستعجال أيضا أن يأمر بتأجيل إمضاء العقد في حدود عشرين يوما.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن إلغاء القرارات القابلة للانفصال في مرحلة الإبرام

من المفيد جدا أن ننتقل حيث انتهى مفوض الدولة الفرنسي "رومير" في تعليق له عن قرار لمجلس الدولة الفرنسي في قضية² (martin) بقوله: (إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية، فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق وقد يبقى العقد بالرغم من الإلغاء إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضي الموضوع بطلب فسخ العقد ولكن هذه النتيجة يجب أن لا تدهشكم أو تبعث التردد في أنفسكم فأنتم تعلمون تماما أن دعوى الإلغاء في بعض الحالات لا تؤدي إلى نتائج نظرية ليس على قاضي الإلغاء أن يبحث فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أن يلغى أو لا يلغى دون أن يهتم بما يترتب عن الإلغاء من نتائج سلبية أو إيجابية فإذا صححت الإدارة الوضع القانوني بإجراء لاحق فإن هذا يحمل في طياته أسمى آيات الاحترام لحكمكم . أما إذا صمم الطرفان على الاحتفاظ بالعقد رغم حكم الإلغاء فسيكون هذا الحكم دائما أثرا هاما يتركز في أنه أمن حكم القانون ولم يغلق أبواب المحكمة في وجه المواطن يستعمل رخصة قد خوله إياها القانون لكي يراقب قرارات الإدارة و أنه قد نور الرأي العام بحيث يمتنع في المستقبل عن العودة إلى هذه التصرفات الخاطئة وهذا يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضائكم المستتير و مستلزمات الديمقراطية المنظمة)³

¹ تظهر القرارات التي يمكن أن تصدر عن الإدارة في مجال الضبط في مرحلة التنفيذ، فيكون أساسها القانوني في هذه الحالة التشريع و التنظيم، وليست بنود العقد لذلك تعد من القرارات الإدارية القابلة للانفصال على العقد يمكن الطعن فيها بالإلغاء. وستنطبق لها أكثر في مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية.

² جاء في حيثيات القضية أن المجلس الدولة الفرنسي في حكم له صدر في 1905/8/4 قبل الطعن ضد قرار صادر عن المجلس العام حيث تقدم أحد أعضاء المجلس برفع دعوى لإلغاء قرار مجلس المداولة بمنح عقد إمتياز وهو من عقود القانون العام مؤسسا على أن القرار شابه عيب في الإجراءات حيث يتوجب على المدير أن يقدم تقريرا سابقا يوزع على الأعضاء قبل الجلسة بمدة حددها القانون وهو ما لم يحدث وفي بادرة من نوعا فقبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن شكلا و إن رفضه موضوعا ويعد هذا القرار دليلا على أن المجلس يأخذ بنظرية القرارات القابلة للانفصال في نظرية العقود.

³ عبد الله طلبه الرقابة القضائية على اعمال الإدارة ص 172.

لعل هذا التعليق يجعلنا نشاطر المحامي "برهان زريق"¹ في كتابة نظرية بطلان في العقد الإداري حينما تسأل على لسان النجار قائلًا؛ هل تقتصر ولاية قضاء تجاوز السلطة على إلغاء القرار الإداري المنفصل دون أي تأثير على العقد ذاته الذي يبقى قائمًا حتى يطلب بطلانه أحد أطرافه بدعوى أمام قاضي العقد؟

أولاً: صلاحيات قاضي الإلغاء

لقد حاول الفقهاء التصدي إلى هذا السؤال

الاتجاه الأول:

يرى بأن إبطال القرارات التي تدخل في الأعمال المركبة التي تتصل بالعقد يجب أن تؤدي إلى إبطال العقد عملاً بقاعدة ما بنى على باطل فهو باطل و على رأس هؤلاء بيكينو في كتابه النظرية العامة للعقد الإداري الذي يرى في حكم مجلس الدولة الفرنسي في هذه القضية أنه غير منطقي لأن عدم مشروعية القرار تسري إلى العقد.

الاتجاه الثاني:

ومثله "p.weil" الذي يري في رسالته نتائج إلغاء القرارات الإداري لعيب تجاوز السلطة بأن الطعن في القرارات التي تساهم في تكون العملية المركبة برمتها إنما يقصد بها مجرد قبول دعوى الإلغاء أما عند النظر في مشروعية العملية فيجب أن ننظر إلى عملية ككل لا يتجزأ فيبطل العقد إذا بطل قرار كان أساساً لإنشائه.

ويقترح النجار في هذا الشأن ضرورة التمييز بين فرضين:

الفرض الأول:

عند صدور حكم إلغاء القرار المنفصل قبل إبرام الإدارة للعقد بصفة نهائية في هذه الحالة لا يثير القرار نزاعاً و إذا ما استمرت الإدارة في إجراءات التعاقد حتى نهايتها تكون قد ارتكبت عملاً من أعمال الاعتداء المادي على الغير أو المتعاقد المحتمل.

الفرض الثاني:

عند صدور الحكم بإلغاء القرار المنفصل في العملية التعاقدية بعد إبرام العقد نهائياً، ففي حقيقة الأمر، وهذه الحالة بالتحديد فقد استقر الفقه، والقضاء الإداري على مبدأ بقاء العقد principe de la survivance du contrat ، حتى يقوم أحد أطرافه بإلغائه أمام القضاء الكامل وعلى هذا الأساس فإلغاء القرار الإداري بإرساء الصفقة لا يؤدي إلى إهدار العلاقة التعاقدية

أنظر برهان زريق، نظرية البطلان في العقد الإداري، مرجع سابق ص 192 و193.

التي نشأت فيه و لا يستطيع القاضي أن يعين رسو الصفقة على المدعي، أو أن يأمر الإدارة بذلك، و إن كان الأمر يعد بالغ الصعوبة من ثمة يحتاج إلى مهارة فائقة، إذا كان موضوع الإلغاء هو القرار بإبرام العقد فالأمر وإن كان يستتبع منطقيا بطلان العقد الإداري إلا أن قاضي تجاوز السلطة لا يملك ذلك يستوي في ذلك أن يكون القرار الذي حكم بإلغائه متعلق بعقد إداري أم عقد من عقود القانون الخاص.

ولعل ما يقصده النجار من هذين الفرضين حينما علق الأمر على سرعة بداهة القاضي الإداري أن عليه أن يميز بين نوعين من القرارات الإدارية: قرارات تحمل في ذاتها سبب عدم مشروعيتها:

وهي القرارات التي يستطيع القاضي أن يضع يده فيها على عيب عدم المشروعية، دون الحاجة إلى البحث في بنود العقد، مثل قرار الذي يصدر عن لجنة فتح الأطراف و تقييم العروض، أو قرار مداوات المجالس، أو عدم قانونية شرط من شروط دفتر الصفقة، أو قرار صادر عن الوصاية مشوب بعيب من العيوب، أو قرار إرساء الصفقة. قرارات لا تحدد مشروعيتها إلا من خلال فحص العقد:

ومثل هذه القرارات قرار إرساء الصفقة على شخص يحتكر عمل ما، و لكن احتكاره غير قانوني، أو قرار منح الصفقة لشخص على أساس مزايا لكنه ليس الوحيد. مع ذلك حاول بعض الفقهاء إضفاء فاعلية على دعاوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات القابلة للانفصال فيما لو وجهت الدعوى من طرف الغير، عندما تكون لهم المصلحة في إبطاله مستثنين لبعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي فقد أقر هذا الأخير في حكم له في قضية société l'énergies industriel الإلغاء الصادر عن محكمة "Rennes" في حكم له في قضية commune de guid w/c/Mme courtet ، قرر فيه أن المحكمة لم تخطئ، حين قررت إن العقد المبرم استنادا إلى القرار الملغى يعتبر ذا آثار باطلة.¹ وعليه يمكن القول بأن مسألة إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد تتطلب من القاضي الإداري فحص مقدار الاتصال بين القرار الملغى والعقد الإداري فلا يحكم ببطلان العقد كون القرار غير مشروع بل يكشف على مقدار العيب الذي أصاب القرار في حد ذاته.

¹ مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية و كيفية الرقابة القضائية عليها في ظل القانون الجزائري ص 126

وقد أخذ القضاء الإداري بهذا المفهوم بالنسبة للقرارات الإدارية القابلة للانفصال ففي قرار لمحكمة القضاء الإداري في مصر ورد ما نصه: (المحكمة ترى في تحليل العملية القانونية التي ينتهي إليها إبرام العقد على الأجزاء المكونة له أن القرارات السابقة و اللاحقة على العقد كوضع الإدارة شروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة فحص العطاءات و قرارات لجنة البت في إرساء المناقصة أو المزايدة هي من غير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد ومن ثمة يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عنها إن كان لهذا التعويض محل أما العقد ذاته فالمنازعة بشأنه تدخل أو لا تدخل في اختصاص هذه المحكمة حسب طبيعة العقد و الاختصاص المعقود للقضاء الإداري و القرار المطعون فيه الصادر عن مصلحة الإذاعة بإرساء مزاد توزيع مجلتي الإذاعة المصرية وكابروكولج على شركة التوزيع المصرية إنما هو قرار إداري صادر من جانب جهة الإدارة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين و اللوائح.

موقف المشرع الجزائري:

من النادر جدا أن نجد موقفا مطابقا لمثل هذه الحالة في التشريع الجزائري، ولكن باستقراء ولو بصفة موجزة للمرسوم الرئاسي 15-247، نجد ما يثبت اتجاه إرادة المشرع الجزائري للأخذ بنظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال الصفقات العمومية، مثال ذلك ما ورد في المادة 193 بأن يتولى مدير المصلحة المتعاقدة تعيين مقرر لكل ملف يرسل الملف كاملا للمقرر خلال 8 أيام على الأقل قبل انعقاد الاجتماع . و في المادة 195 يذكر المشرع بأن اللجنة هي مركز القرار يمكن أن تمنح التأشيرة، أو ترفضها مع و جوب تعليل الرفض و هذه القرارات هي من قبيل القرارات المنفصلة التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء.

ومن جهة أخرى نوه المشرع إلى أهمية هذه القرارات، خاصة قرار رفض التأشيرة الذي يجب أن معللا بمخالفة التشريع، أو التنظيم، أو مخالفة مبادئ إبرام الصفقات. فقد نص قانون الوقاية من الفساد و مكافحته 06-01 على ضرورة احترام الإجراءات المعمول بها الصفقات العمومية و بين مقدار العقوبة التي تتجم عن مخالفة الموظف العمومي التي تصل حد التجريم، و بين أيضا صلاحيات القضاء المختص.¹ الذي يستطيع أن يحكم بإلغائها، أو إعدامها، أو الحكم بالتعويض . مراعيًا في ذلك مبدأ الفصل بين السلطات، و احترام الحقوق المكتسبة.

1 نص المشرع في القانون 06-01

المادة 09: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في الصفات العمومية على قواعد الشفافية، و المنافسة الشريفة، و على معايير موضوعية".

الملاحظات:

يمكن أن نستخلص في مجال الرقابة التي يفرضها القضاء المختص على أعمال الإدارة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية مجموعة من النتائج نذكرها في ما يلي؛
القضاء الإداري يقبل الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية التي تسبق إبرام العقد، أو اللاحقة به أن التعاقد بالطريقة المباشرة يقوم على قرار إداري يتمثل في الإذن بالتعاقد، ومن ثم يجوز الطعن فيه بالإلغاء.

قرارات الوصاية بالترخيص، أو التصديق، أو رفض الإبرام تعتبر قرارات إدارية منفصلة عن العقد يمكن الطعن عليها بالإلغاء.

أن الأخذ بمفهوم المصلحة بمعناه الواسع يحفظ حقوق مهمة جدا، من بينها حقوق الغير الذين لا يستعطون اللجوء إلى قاضي العقد، مع أنهم متضررون منه.

و يمكن أن نستخلص بأن اللجوء إلى قضاء الإلغاء من أجل استصدار حكم بالإلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال التي تصدر عن الإدارة أو المصلحة المتعاقدة في مرحلة الإبرام في مجملها لا ترتب نتائج عملية، لأن قاضي تجاوز السلطة يخضع لمبدأ القاضي الإداري يقضي و لا يدير، فلا يستطيع أن يملّي على الإدارة إرساء الصفقة على متعاقد يكون محتملا، و لا يستطيع أيضا أن يعيد المتعاقدين إلى ما كانوا عليه قبل التعاقد .

فمن الأجدى أن تؤول المنازعات التي تنشب في هذه المرحلة إلى قاضي العقد، الذي يتمتع بسلطات واسعة في إطار القضاء الكامل مع ذلك يجب ان ننوه إلى خطورة عدم استجابة الإدارة لأحكام القضاء في هذا الشأن.

فإذا لم يرتب المسؤولية الكاملة على الإدارة فإنه يرتب مسؤولية أشد خطورة تززع علاقة الأفراد بدولتهم، أنها ببساطة تحمل الإدارة المسؤولية السياسية.

ويجب أن تكرر هذه القواعد على وجه الخصوص في:

علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات الإبرام.

الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء.

معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

ممارسة كل طرق الطعن في حال عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.

نص المادة 55: "كل عقد أو صفقة أو براءة أو إمتياز أو ترخيص محصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها

في هذا القانون، يمكن التصريح ببطلانه و انعدام أثاره من قبل الجهة القضائية المختصة التي تنظر في الدعوى ، مع مراعاة حقوق الغير حسن النية".

ثانيا: صلاحيات قاضي الاستعجال:

تظهر أهمية القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية بصفة أدق على الصفقات العمومية في كونه قضاء و قائي في المقام الأول، و ذلك من خلال ممارسته لمجموعة من السلطات في مواجهة الإدارة، مثل تطبيقه للإجراءات التحفظية من وقف للقرارات الإدارية التي يمكن أن تتسبب في حدوث نتائج لا يمكن تداركها في ما بعد، كما يمكنه أن يأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية الفصل فيه أمام قاضي العقد، و يمكن أيضا أن يأمر الإدارة بإجبار الأضرار التي تسببت فيها من خلال أعمالها لسلطاتها، و يستطيع أن يفرض غرامات تهديديه تجبر الإدارة على تصحيح الأوضاع غير القانونية. وعلى العموم يمكن يمثل قضاء الاستعجال أقرب الأبواب التي يمكن أن يطرقها المتقاضي للحفاظ على أصل الحق الذي يكفله له القانون.