جامعة قاصدي مرباح – ورقلة-
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لإستكمال شهادة الماستر أكاديمي

الشعبة : حقوق

التخصص: القانون العام للأعمال

إعداد الطالبة: برهان مسعودة

منازعات الصفقات العمومية

نوقشت و أجيزت بتاريخ.....

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الدكتور : سويقات أحـمد (أسـتاذ مساعد " أ " جامعة قاصدي مرباح – ورقلة-) رئيسا

الدكتور: لعبادي إسماعيل (أستاذ مساعد " أ " جامعة قاصدي مرباح – ورقلة-) مشرفا و مقررا

الدكتور: حـساني مـنير(أسـتاذ مـساعد " ب" جامعة قاصدي مرباح – ورقلة-) مناقشا

السنة الجامعية 2015/2014

صفحة الإهداء

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك و لا يطيب النهار إلا بطاعتك و لاتطيب اللحظات إلا بذكرك و لا تطيب الآخرة إلا بعفوك و لا تطيب الجنة إلا برؤيتك – الله عز وجل -

إلى من بلغ الرسالة و أدى الأمانة و نصح الأمة إلى نبي الرحمة و نور العالمين حبيبي يا رسول الله عليه أفضل الصلاة و السلام .

إلى المتربعة على عرش الأيام التي عمرت بيتها من الحب و الحجارة الأصيلة التي طالما سبقت دنياها و زمانها وطني الحبيب الجزائر .

إلى اليد الطاهرة التي أزالت من أمامنا أشواك الطريق و رسمت المستقبل بخطوط من الأمل والثقة إلى الذي لا تفيه الكلمات و الشكر و العرفان الجميل أبي حبيبي محمد نجيب .

إلى من ركع العطاء تحت قدميها و أعطتنا من دمها و روحها و عمرها حبا و تصميما ودفعا لغد أجمل إلى الغالية التي لا نرى الأمل إلا من عينيها أمي حبيبتي نورية نحالي.

إلى كل من هم أقرب إلي من روحي إلى من شاركني حضن الأم و بهم أستمد عزتي و إصراري إخوتي سمية .إسماعيل . نصر الدين . أمينة و صبرينة. إلى جدتي حبيبتي الحاجة بلحاج .

إلى كل من آنسني في دراستي و شاركني همومي تذكارا و تقديرا إلى كل طلاب دفعة 2015/2014 ماستر 2 قانون العام للأعمال وإلى كل الطلبة و طالبات قاصدي مرباح من دون إستثناء إلى صديقاتي و أحبابي : نابي فايزة. صوفية شيحة . بن يحي فاطمة الزهراء.وسيلة. جهاد. ريهام آدم إسماعيل. بوسماحة عبد الصمد. أحمد عبد الفتاح سليم. محمود إبراهيم الوكيل. إلى كل حبيباتي في الفيس بوك. إلى كل أفراد عائلة عمي غضبان حسان ولاية قسنطينة على حسن الضيافة و الكرم.

إلى كل من دعى بالخير لي في غيبتي و حضوري . شكرا لكم جميعا

إلى هذا الصرح العلمي الفتي و الجبار جـــــــــامعة قـــــاصدي مـــرباح – ورقلة-

إلى كل الشموع التي ذابت في كبرياء لتنير كل خطوة في دربنا لتزيح كل عائق أمامنا فكانو رسلا للعلم و الأخلاق .

صفحة الشكر

كن عالما... فإن لم تستطع فكن متعلما... فإن لم تستطع فأحب العلماء... فإن لم تستطع فلا تبغضهم...

لابد لنا ونحن نخطو خطوتنا الأخيرة في الحياة الجامعية من وقفة تعود بنا إلى خمسة أعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير...

إلى الدكتور بوليفة عمران و الدكتورة لعجال ياسمينة و الدكتور بامون لقمان الذين نقول لهم بشراكم قول الرسول عليه أفضل الصلوات : " إن الحوت في البحر و الطير في السماء ليصلون على معلم الناس الخير".

كما أنني أتوجه بخالص الشكر إلى من علمنا التفاؤل و الإنضباط و المضي إلى الأمام و تقديم يد المساعدة بدون كلل الدكتور أحمد سويقات فله منا جزيل الشكر.

كذلك نشكر كل من قدم لنا يد المساعدة على إتمام هذا البحث و زودنا بالمعلومات و الوثائق اللازمة و نخص بالذكر:

إلى كل طاقم مكتبة الجامعة كلية الحقوق وعلى رأسهم السيد عبد القادر على حسن سلوكه و معاملته الطيبة فشكرا لك سيدي الفاضل. و إلى كل العاملين في كليه الحقوق فردا فردا.

كذلك إلى كل طاقم مكتبة جامعة وهران بلقايد كلية الحقوق للسيدة حياة على صبرها و مساعدتها لنا .

إلى كل طاقم مكتبة الحقوق جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان على حسن الكرم و الإستقبال و على رأسهم السيدة نسرين و كذا نخص بالشكر الخاص للسيد عبدالصمد بوسماحة وكل العاملين معه على تقديم يد المساعدة.

إلى السيدة أمال و كل طاقم مكتبة الحقوق في جامعة عنابة و إلى كل العاملين فيها أتمنى أن يصلك شكري .

و أشكر كل العاملين في جامعة سطيف 1 من عمال وطلبة إلى كل من قدم يد المساعدة هناك فأنتم مشكورين.

إلى كل طاقم مكتبة الوادي بالتحديد كلية الحقوق مشكورين و جزاكم الله كل خير.

إلى طاقم مكتبة كلية الحقوق جامعة قسنطينة1 .

إلى الأمين العام لبلدية المنصورة إمامة على تقديم يد المساعدة إلى خالي رشيد بوجمعة.

إلى كل من قدم يد المساعدة لي في الشارع أو الحافلة..... بشكركم و سعدت بالتعرف إليكم.

أما الشكر الذي هو من النوع الخاص فنحن نتوجه بالشكر أيضا إلى كل من لم يقف إلى جانبنا و من وقف في طريقنا و عرقلة مسيرة بحثنا و زرع الشوك في طريق بحثنا فلو لا وجودهم لما أحسسنا بمتعة البحث ولا حلاوة المنافسة الإيجابية ، فلو لا هم لما وصلنا إلى ما نحن عليه فلهم منا كل الشكر.

لكني أريد أن أرد جميلكم بأن أكون كما أردتموني
"إنسانية قبل أن أكون مهنية"
فشكرا لكم جميعا على جهودكم معنا

بقلم **běřħăňě mĕššăŏŭdă**

صفحة الشكر

صفحة الإهداء

قائمة المختصرات

الفهرس

المقدمة..... أ

الفصل الأول: المنازعات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية

تمهيد للفصل الأول

المبحث الأول: المنازعات الناشئة بإبرام الصفقات العمومية..... 1

المطلب الأول: المنازعة في المراحل التمهيدية للصفقة العمومية.....1

الفرع الأول: المنازعة في سحب دفاتر الشروط و إيداع العروض.....1

الفرع الثاني: المنازعة في فتح العروض و تقييمها.....3

المطلب الثاني: أسس المنازعة في المنح المؤقت للصفقة.....5

الفرع الأول: مخالفة الأحكام الواردة في دفتر الشروط و معايير الإختيار و الرقابة عليه.....6

الفرع الثاني: القرارات الإدارية المنفصلة.....7

المبحث الثاني: تسوية المنازعات الناشئة عند الإبرام.....8

الفرع الأول: اللجان المختصة بدراسة الطعن الإداري.....9

المطلب الأول: المنازعات أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة.....9

الفرع الثاني: الإجراءات الأولية لحل منازعات الصفقات العمومية.....10

المطلب الثاني: المنازعات أمام القضاء الإستعجالي.....14

الفرع الأول: دور قاضي الإستعجالي في حل منازعات الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام.....14

الفرع الثاني: التدخل عن طريق الإستعجال ما قبل التعاقد.....23

خاتمة الفصل الأول

الفصل الثاني: المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية

تمهيد للفصل الثاني

المبحث الأول: المنازعات الناشئة عند تنفيذ الصفقة العمومية.....33

المطلب الأول: النزاعات الناشئة نتيجة إخلال المصلحة المتعاقدة بإلتزاماتها.....33

الفرع الأول: المنازعة الناشئة عن سلطة الإشراف و المراقبة.....33

الفرع الثاني: المنازعة الناشئة عن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء.....35

المطلب الثاني: المنازعات الناتجة عن إخلال المتعامل المتعاقد مع الإدارة بإلتزاماته.....37

الفرع الأول: إلتزامات المتعامل المتعاقد 37

الفرع الثاني: حقوق المتعامل المتعاقد.....38

المطلب الثالث: صور المنازعات الناشئة عند التنفيذ.....39

الفرع الأول: المنازعات التقنية..... 39

الفرع الثاني: المنازعات المالية.....40
المبحث الثاني: تسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية.....41
المطلب الأول: إختصاص البت في النزاعات.....41
الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في الحكم ببطلان الصفقة العمومية و فسخها.....41
الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالتعويض.....46
المطلب الثاني: طرق تسوية المنازعات الناشئة عند التنفيذ.....48
الفرع الأول: تسوية النزاعات بالطرق الودية.....48
الفرع الثاني: التسوية القضائية في مرحلة التنفيذ.....50
خاتمة الفصل الثاني
الخاتمة 53
قائمة المراجع
الملاحق
الملخصات

الملخص باللغة العربية

منازعات الصفقات العمومية

برهان مسعودة

يتناول موضوع البحث المعروف بمنازعات الصفقات العمومية دراسة الآليات و الطرق لتسوية هذه المنازعات .

فكان الفصل الأول بعنوان المنازعات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية فتطرقنا فيه للمنازعات الناشئة بإبرام الصفقة العمومية و خصوصا في المراحل التمهيدية و كذا بينا الأسس التي تدخل في سياق المح المؤقت. وكذا في الأخير تناولنا كيفية تسوية هذه المنازعات خصوصا في هذه المرحلة بالنظر أمام اللجان المختصة و كذا القضاء الإستعجالي مبرزين دور القاضي الإداري.

أما الفصل الثاني فعنوانه كان المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية مبينين فيه المنازعات التي تنشأ أثناء هذه المرحلة و إبراز أسباب نشوء هذه النزاعات إما من طرف المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد معها ، و حددنا الصور المتعلقة بها خصوصا المالية منها و التقنية. و في الأخير ميزنا بين نوعين من التسوية بخصوص مرحلة التنفيذ الودية و القضائية.

الكلمات المفتاحية: قانون الصفقات العمومية . قضاء الإستعجال. المنح المؤقت. التسوية الودية. التسوية القضائية. الصلح. التحكيم .

الملخص باللغة الفرنسية :

Litiges transactions publiques

BERHANE MESSAOUDA

Offres avec l'objet de litiges de recherche connu transactions publiques étude des mécanismes et des moyens de régler ces différends.

Le premier chapitre a été intitulé litiges relatifs à la conclusion de marchés publics qui Vttrguena des différends découlant conclusion de la transaction et le public, en particulier dans les phases préliminaires et Pena ainsi que les bases sur lesquelles l'intervention temporaire dans le contexte local. Ainsi que dans la façon dont nous avons traité avec le récent règlement de ces litiges, en particulier à ce stade, compte tenu devant les commissions compétentes et de la magistrature ainsi que l'urgence en soulignant le rôle du juge administratif.

Le deuxième chapitre est intitulé les litiges relatifs à la mise en œuvre de l'accord et a soutenu les différends publics qui surviennent pendant cette étape et mettent en évidence les raisons de l'émergence de ces conflits soit en contractant des intérêts ou trader contrat, nous avons identifié et images qui lui sont liées, notamment financières et techniques. Et dans le final, nous avions identifié entre les deux types de règlement concernant la phase de mise en œuvre et les juridictions amicales.

Mots clés: droit des marchés publics. Élimination de l'urgence. Subventions temporaires. Règlement à l'amiable. Règlement judiciaire. Magistrat. arbitrage

الملخص باللغة الإنجليزية:

Disputes public transactions

BERHANE MESSAOUDA

Deals with the subject of research known disputes public transactions study of mechanisms and ways to settle such disputes.

The first chapter was titled disputes relating to the conclusion of public contracts which Vttrguena of disputes arising conclusion of the deal and the public, especially in the preliminary stages and Pena as well as the foundations on which the temporary intervention in the local context. As well as in how we dealt with the recent settlement of these disputes, especially at this stage, given before the competent committees and the judiciary as well as the urgency highlighting the role of the administrative judge.

The second chapter is entitled the disputes relating to the implementation of the deal and argued the public disputes that arise during this stage and highlight the reasons for the emergence of these conflicts either by contracting interest or contracted trader, we have identified and images related to it, especially the financial and technical ones. And in the final we had identified between the two types of settlement regarding the implementation phase and friendly jurisdictions.

Key words: public procurement law. Elimination of urgency. Temporary grants. Amicable settlement. Judicial settlement. Magistrate. Arbitration

المقدمة

إن العقود الإدارية هي عقود و إتفاقات تبرمها الأشخاص المعنوية العامة بإستعمالها إمتيازات السلطة العامة لتسيير مرفق عام و إستعمال أساليب القانون العام بتضمينه شروط إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، و بهذا تعد الصفقات العمومية الأداة الإستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة لإنجاز العمليات المالية بإنجاز ، تسيير و تجهيز المرافق العامة إذ أن الإقتصاد الجزائري و يعتمد بصفة أساسية على ضخ الأموال العامة من أجل تنشيط العجلة الإقتصادية و ذلك بزيادة حجم النفقات العمومية و منه فالصفقات العمومية تمثل الشريان الأساسي لدعم عملية التنمية .

تكمن **أهمية الموضوع** من خلال إرتباطها المباشر بالمال العام فهي بهذا نزاع بين المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة على إبرام أو تنفيذ عقد ممول عن طريق ميزانية الدولة لذلك وجب الـــبحث عـن الآليات القانونية و القضائية التي تؤدي إلى حل نزاع بين الطرفين بالدرجة الأول
و المحافظة على المال العام بدرجة أخرى .

من المتعارف عليه في البحث العلمي أن **الأسباب** التي تدفع الباحث إلى **إختيار موضوع** معين متنوعة بين ذاتية و أخرى موضوعية ، بل أن هناك جوانب مختلفة تتحكم في عملية الإختيار و عليه فإن تناول موضوع منازعات الصفقات العمومية جاء لعدة أسباب وهي:

* **أسباب ذاتية** تمثل في الرغبة النفسية الملحة في متناول الذي يعتبر الأكثر تعقيدا في الصفقات العمومية .

* **أسباب موضوعية** تتمثل في فقر المكتبة الجزائرية لأبحاث متخصصة في هذا المجال إذ لا يمكن القول أنها تكاد تخلو من أي عمل أكاديمي متخصص في منازعات الصفقات العمومية لأنها تعد على الأصابع، ذلك لأن معظم الأبحاث السابقة في هذا الموضوع كانت في شكل هوامش و فروع في إطار المؤلفات العامة للقانون الإداري .بل إن الأمر يتعدى إلى الكتابات العربية التي تكاد تخلو من بحث متخصص في منازعات الصفقات العمومية على إعتبار الكتابة في هذا الموضوع بالنسبة للدول العربية تندرج ضمن التطرق إلى العقود الإدارية بصفة عامة.

ترمي هذه الدراسة إلى تبيان القواعد القانونية المتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بها و إكتشاف الثغرات الموجودة فيها و التي عادة ما تؤدي إلى مشاكل عملية كثيرة عند تطبيقها سواء بالنسبة للإدارة أو المتعامل المتعاقد و هذا ما نستشفه من المرسوم الرئاسي **236/10** المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي **03/13 .**

لذلك يعد تحديد الإطار العام لدراستنا تبيان **الإشكالية** التالية :

*** ماهي الآليات أو الطرق التي يعتمدها المشرع الجزائري في كل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية؟**

و بناءا على ما سبق بيانه و للإجابة على الإشكالية المطروحة، قمنا بتقسيم موضوعنا محل الدراسة إلى فصلين أساسين:

فكان الفصل الأول بعنوان **المنازعات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية** فتطرقنا فيه للمنازعات الناشئة بإبرام الصفقة

العمومية و خصوصا في المراحل التمهيدية و كذا بينا الأسس التي تدخل في سياق المح المؤقت. وكذا في الأخير تناولنا كيفية تسوية هذه المنازعات خصوصا في هذه المرحلة بالنظر أمام اللجان المختصة و كذا القضاء الإستعجالي مبرزين دور القاضي الإداري.

أما الفصل الثاني فعنوانه كان المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية مبينين فيه المنازعات التي تنشأ أثناء هذه المرحلة و إبراز أسباب نشوء هذه النزاعات إما من طرف المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد معها ، و حددنا الصور المتعلقة بها خصوصا المالية منها و التقنية. و في الأخير

ميزنا بين نوعين من التسوية بخصوص مرحلة التنفيذ الودية و القضائية.

و ننهي دراستنا بخاتمة تضمنتها مختلف النتائج المتوصل إليها و الإقتراحات الممكن التوصية بها .

و بطبيعة الحال كأي باحث في مجال الدراسات القانونية تواجهنا العديد من **الصعوبات** نذكر بعضا منها:

** قلة المراجع الجزائرية بخصوص هذا العنوان بالتحديد لكن هذا لا يعني خلوها تماما أو إنكار بعض الكتابات لكن ممكن أن نجده كذكره في فروع أو نقاط فقط أو أن تجد كتاب أو كتابين فقط ...

** كذلك نجد صعوبة في الوصول إلى النشريات .

إن هذا النوع من الدراسات ينبغي إدماج فيه بعض **المناهج العلمية** بغرض التوصل إلى دراسة شاملة و عليه لا مفر من لإقحام المنهج الوصفي التحليلي النقدي ذلك من خلال دراسة النصوص القانونية الواردة في هذا المجال و مقاربتها بالواقع العملي لأنه الأقرب و الأنسب و الأكثر ملائمة في دراسة الأبحاث القانونية.

كما أن هذا البحث تضمن المنهج الإستدلالي حيث تم الإنطلاق من مقدمات موجودة في القواعد العامة تم تطبيقها على منازعات الصفقات العمومية من أجل الوصول إلى تحديد طبيعة هذه المنازعة مـــن جوانب مختلفة تتعلق خاصة بالإختصاص القضائي و تسوية المنازعات كما إستخدمنا المنهج المقارن بـــــــمقارنة بعض المسائل أو العينات بماهو موجود في التشريعات العربية كالتشريع المصري

و الإجتهادات القضائية الحديثة التي إبتكرها مجلس الدولة الفرنسي و ذلك للإستفادة منها.

و للأمانة العلمية توجد **دراسات السابقة** نذكر منها:

- الأطرش سعاد، المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014/2013 .

- اسكندر لحماري و هشام قندوزي، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة 16، 2008/2005.

- بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجيستير القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان،2011/2010 .

- خرشي إلهام، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في الحقوق جامعة فرحات عباس سطيف 2006/2005 .

المبحث الأول: المنازعات الناشئة بإبرام الصفقات العمومية

بالـــــجمع بـــين القواعد و الأحكام المقررة في كل من المرسوم رقم **10-236** المؤرخ في **28** شوال عـــــام **1431** الموافق لـ **7** أكتوبر سنة **2010** و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فـــي المواد **114** [1] و **115** [2]و قـــــانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد **08-09** المؤرخ في **25** فبراير **2008** في المواد **800** و**801** يـــــمكن تقسيم منازعات الصفقات العمومية الناشئة عند الإبرام على النحو التالي.

المطلب الأول: المنازعة في المراحل التمهيدية للصفقة العمومية

إن القرارات الصادرة عن الإدارة أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد، هي قرارات تقبل الطعن. و الإدارة لـــيست حـــرة كـباقي الأشخاص الطبعيين في إختيار المتعاقد معها ، بل ألزمها القانون بإتباع إجراءات دقيقة و محددة في ضبط طرق الإبرام وبيان مراحل إجراءات التعاقد.

و جاءت المادة **115** في فقرتها **4** من المرسوم السابق الذكر نصت على مايلي : **"** يمكن المتعامل الـــمتعاقد أن يرفع طـــعنا قـــبل كل مقاضاة أمام العدالة، أما اللجنة الوطنية للصفقات المختصة التي تصدر مقررا في هذا الشأن خلال (30) ثلاثين يوما إبتداءا من تاريخ إيداع الطعن **".**

و سنتناول في الفرعين التالين:

- **المنازعة في سحب دفاتر الشروط و إيداع العروض.**
- **الـــــمنازعة فـــي فـــتح الـــعروض و تقييمـــها.**

الفرع الأول: المنازعة في سحب دفاتر الشروط و إيداع العروض

قبل الحديث عن المنازعة في سحب دفتر الشروط لابد من التطرق إلى الإجابة عن السؤال **ماهو دفـــتر الشروط؟** إذن دفتر الشروط هو عبارة عن وثيقة تتضمن مجموعة من البنود تتعلق بموضوع الـــصفقة، طريقة منحه و الوثائق الـــــمكونة لها و المطلوبة من المترشحين، الأسس التي يتم الإعتماد عـــليها فـــي إختـــيار المتعامل المتعاقد ومعايير الإختيار، إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتنفيذ الصفقة

و الـــــــشروط التقنية التي تضعها الإدارة مـــن أجل حسن تنفيذ الصفقة. تنص المادة **10** من المرسوم الرئاسي **10-**

[1] - عدلت بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في أول ربيع الأول عام1434 الموافق لـ 13 يناير سنة 2013.

[2] - عـــدلت بالـــمرسوم الـــــرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 24 صفر عام 1433الموافق لـ18 يناير 2012.

236: **"** توضح دفاتر الشروط المعنية دوريا، الشروط التي تبرم و تنفذ وفقها الصفقات و هي تشمل على الخصوص مايلي:

1 - دفـــــاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال و اللوازم و الدراسات و الخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

2- دفـــاتر التعليمات المشتركة التي تحدد الـــترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات الـمتعلقة بـــنوع واحد من الأشغال و اللوازم و الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار مـــن الوزير المعني.

3 – دفـــاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة لكل صفقة.**"**

وهـــذا ما وضحه وبينه الأستاذ الدكتور **خرشي النوي**[3] في كتابه **تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية** بقوله: يعد مخالفة للمبادئ العامة للصفقة كل من:

- طبع عدد محدود من دفاتر الشروط.
- منع المتسابقين من الدخول لسحب دفاتر الشروط أو خلق عراقيل تصعب ذلك.
- عرقلة أو خلق صعوبات في وجه ولوج العارضين قصد إيداع عروضهم، علما أن تنظيم الصفقات أوجب إيداع العروض من قبل العارضين عند آخر أجل لإيداع العروض، أي عند بداية عملية فتح العروض.
- رفع أسعار و سحب دفاتر الشروط بمقادير غير موضوعية مقارنة بموضوع الصفقة.
- عدم مسك دفتر خاص لسحب دفتر الشروط.
- تحديد مدة قصيرة لسحب دفاتر الشروط و لآجال إيداع العروض.
- تزامن آجال سحب أو إيداع العروض مع فترات إستثنائية (مثل أعياد، عطل، كوارث....).
- تمديد آجال إيداع العروض بدون مبرر أو تقليصها.
- تـــــعديل محتوى دفتر الشروط بعد عمليات السحب دون إعلام من سبق بـــعد أن سحبوا هذه الدفاتر.
- طبع أكثر من نموذج لدفتر شروط مناقصة واحدة، أو إنقاص بنود أو صفحات من بعض نسخ ملف المناقصة.
- تـــــسرب أو تسريب للمعلومات، مما يقتضي تأمين مكان إيداع العروض، و الحرص على مراقبة ســـلامة الأظـــرفة الـــحاوية للعروض، لاسيما ما تعلق بصيغة الإستشارة الإنتقائية في مرحلتها الثانية و صيغة المسابقة.

---

3 - خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع،الجزائر،2011 ، ص 401 .

- غياب السجل الخاص بإيداع العروض ، وهو سجل إشترطه التنظيم ليضمن صحة التسجيلات. [4]
- الـــتأكد مـــن تـــواريخ الـــسحب و يوم و ساعة الإيداع، و سلامة الأظرفة من الفتح المسبق .

الفرع الثاني: المنازعة في فتح العروض و تقييمها

قبل التطرق للحديث عن المنازعة في فتح العروض و تقييمها، لابد من توضيح **ما المقصود بمرحلة فتح العروض (En matière d'ouverture des plis) ؟ و كـــذلك مـــــرحلة تـــقييم العروض (En matière de sélection des offres)** للإجابة عن هذه الأسئلة، يمكن القول بالنسبة للإشكالية الأولى أنـــــه يوجد لدى كل مؤسسة أو مصلحة متعاقدة لجنة فتح الأظرفة تحدد هذه الأخيرة بموجب مقرر و تحدد كذلك تشكيلتها من طرف مسؤول المصلحة المتعاقدة. أما مهامها فندكر بعضا منها مثلا تثبت صحة تسجيل العروض على سجل خاص كذلك تعد قائمة تعهدات حسب ترتيب وصولها ، كذلك تعد وصفا مختصرا للوثائق التي يتكون منها التعهد...
تـــجتمع هـــــــذه اللجنة في جلسة علنية بحضور المتعهدين الذين يتم إعلانهم مسبقا في دفتر شروط المناقصة و تصح إجتماعات هذه اللجنة مهما يكن عدد أعضائها الحاضرين.
لكن من خلال ما سبق يمكن تحديد المنازعة التي تدخل في هذا الإطار و توضيحها كالتالي:
في حالة الفتح المسبق للأظرفة الخاصة بالعروض.

- قبول عروض متأخرة عن الآجال المحددة.
- إزدواجـــية تمثيل عضو في لجنة فتح العروض و في لجنة تقييم العروض بصدد مناقصة واحدة. [5]
- وضـــع عراقيل لحضور العارضين لجلسات فتح العروض، بتغير ساعة أو مكان الجلسة، أو القيام بعملية الفتح خارج أوقات العمل أو في أيام العطل و الأعياد الرسمية.
- إمـــضاء مـــــــتأخر لمحاضر فتح العروض، التي يجب إمضاؤها لحظة إجتماع فتح العروض أو غـــياب توقيع بعض الأعضاء لاسيما في السجل الخاص بفتح العروض أو غياب الإمضاء في باقي أوراق المحاضر و الإكتفاء بتوقيع الصفحة الأخيرة.
- تخصيص أوراق خاصة بأعضاء اللجنة الواحدة على حدة و أخرى خاصة بإمضاء العارضين.[6]

هـــــــذا بالنسبة لإجابة عن الإشكالية الأولى أما الإجابة عن الإشكالية الثانية المتمثلة في مرحلة تقييم العروض هنا تـــوجد لـــجنة هذه اللجنة تنشأ من طرف مسؤولي المصلحة المتعاقدة و يعين أعضائها بموجب مقرر و تتـــكون من أعضاء مؤهلين يختارون نظرا لكفاءاتهم و يقومون بتحرير العـــروض و بدائل العروض عـــند الإقتضاء من

---

4 -أشارت المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 نصت على أنه :" تتمثل مهمة لجنة فتح الأظرفة فيما يأتي: تثبيت صحة تسجيل العروض على سجل خاص" .
5 - أنظر للمادة 125 من المرسوم الرئاسي 10-2/236 نصت على: " تتنافى العضوية في لجنة تقييم العروض مع العضوية في لجنة فتح العروض."
3- خرشي النوي، مرجع سابق ، ص 403 .

أجل إبراز الإقتراح الذي ينبغي تقديمه للهيئات المعنية، و تقوم هذه اللجنة بإقصاء الـــعروض غـير المطابقة لموضوع الصفقة و لمحتوى دفتر الشروط . كما أنها تحرر العروض على مرحلتين، المرحلة يكون فيها الترتيب التقني للعروض مع لإقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.
اما المرحلة الثانية هنا تقوم بدراسة العروض المالية للمتعهدين المؤهلين مؤقتا بعد فتح أظرفة العروض الـــمالية للقيام طبقا لدفتر الشروط بإنتقاء إما العرض الأقل ثمنا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية . و إما أحـــسن عـــرض إقتصادي إذا تعلق العرض بتقديم خدمات مقدمة تقنيا. لكن الأمر المهم هنا هو إبراز المنازعة التي تطرأ على مرحلة تقييم العروض التي يمكن مثلا حصرها في مايلي :
لابد من التأكد أن المتعامل المختار لا يقع تحت طائلة العقوبات وحالات الإقصاء المنصوص عليها في التنظيم.

- عدم تطبيق أسلوب التنقيط أو تطبيقه بطريقة خاطئة. [7]
- عدم تطبيق هامش الأفضلية الممنوح للمتعامل الخاضع للقانون الجزائري.
- مـــقارنة الأسعار وفقا للسعر الجزافي الإجمالي بصدد سلع ذات أسعار وحدوية تختلف أهميتها ضمن الصفقة حسب الكميات المستهلكة من كل منهما.
- إلغاء أو توقيف إجراء المناقصة بصورة نهائية و دون مبررات.
- عدم تحرير و إمضاء محاضر التفاوض. [8]
- عـــــدم تصحيح الأخطاء الحسابية للعروض، في حدود الهامش المسموح به ضمن دفتر الشروط.
- الإنـتباه للآراء الغير موضوعية أو ذاتية لأعضاء لجان التقييم، و التأكد من سلامة و نوعية تقارير اللجان التحضيرية.
- إلغاء عرض بحجة كون أن الأسعار منخفضة بدرجة غير معقولة قبل إستفسار صاحبه كتابيا و دراسة ردوده و ملاحظاته. [9]

---

7 -أنظر للمادة 125 من المرسوم 10-6/236 نصت على: " تقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط".

8 - أنـــظر الـــمادة 122 من نفس المرسوم فقرة3 نصت على: " تحرر المحضر أثناء إنعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، و الذي يجب أن تتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة."

9 - أنظر للمادة 125 من نفس المرسوم فقرة 10 نصت على:" إذا كان العرض المالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتا، يبدو منخفضا بشكل غير عادي، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة إن ترفضه بقرار معلل، بعد أنتطلب كتابيا، التوضيحات التي تراها ملائمة و التحقق من التبريرات المقدمة."

المطلب الثاني: أسس المنازعة في المنح المؤقت للصفقة

إن منازعات المنح المؤقت للصفقة العمومية**(L'avis d'attribution provisoire)** يمكن القول أنه ما تم ملاحظته من خلال دراستنا المرسوم الرئاسي **10-236** خصوصا في مادته **49** الفقرة **2** نصت على أنه : **"** يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة عندما يكون ذلك ممكنا مع تحديد السعر و آجال الإنجاز و كل العناصر التي سمحت بإختيار صاحب الصفقة."

و يعتبر المنح المؤقت إجراءا إعلاميا بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين و الجمهور بإختيارها المؤقت و غير نهائي لمتعاقد ما نظرا على أعلى تنقيط فيما يخص العرض التقني و المالي. و طبقا للمادة المذكورة ، وجب أن ينشر في الإعلان مجموعة بيانات أو عناصر كإسم و لقب الشخص العارض أو إسم المؤسسة أو المقاولة، وموضوع المناقصة و سعرها و آجال التنفيذ وبصفة عامة كل المعلومات التي تبرر إختيار الإدارة للفائز المعلن عنه مؤقتا. و لا يعتبر الحائز حائزا بصورة نهائية و لا يصبح كذلك إلا بعد دراسة الطعون إن وجدت. و كرس المرسوم الرئاسي **10-236** إجبارية الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة بالنسبة لكافة أنواع المناقصة، و كذا لأنواع الإستشارات الأخرى و هو ما يفهم في المادة 44 منه، التي فضلا عن أنها ألزمت المصلحة المتعاقدة بإستعمال نفس دفتر الشروط لدى قيامها بإستشارة بعد عدم جدوى مناقصة، فإنها ألزمتها بإتباع نفس إجراءات المناقصة، ماعدا ما يتعلق منها بكفالة التعهد، و كيفية الإبرام و إلزامية نشر إعلان المنافسة، فخرج بذلك من هذا الإستثناء الإعلان عن نتائج العروض .حيث نصت المادة **44** [10]في الفقرة **2**: **"** لا يمثل إلغاء أي إجراء لإبرام الصفقات العمومية أو عندما تكون مبالغ العروض مبالغا فيها، حالات لعدم الجدوى. و يتعين على المصلحة المتعاقدة، إستعمال نفس دفتر شروط المناقصات ، بإستثناء كفالة التعهد ،كيفية الإبرام، .إلزامية نشر الإعلان عن المنافسة و يجب أن تشير رسالة الإستشارة إلى التعديلات سالفة الذكر".

و لإثراء الموضوع إرتأينا أن نتناول في هذا المطلب فرعين ، نخصص الأول لمخالفته لأحكام الواردة في دفتر الشروط و الرقابة عليه و الثاني للقرارات الإدارية المنفصلة المخالفة للمشروعية.

---

10 - معدلة بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03 السابق الذكر.

الفرع الأول: مخالفة الأحكام الواردة في دفتر الشروط و معايير الإختيار و الرقابة عليه

يـــؤسس الـــــطعن الـــــمرفوع عادة في المراحل التمهيدية لإبرام الصفقة العمومية، على مخالفة الأحـــــكام الـــــواردة فـــي دفـــــتر الشروط وكذا الرقابة على بنود دفتر التعليمات و معايير الإختيار ومخالفة الإدارة لـــــلأشكال و الإجـــــراءات المقررة قانونا و المنبثقة عن القرارات الإدارية المنفصلة. **أولا: مخالفة الأحكام الواردة في دفتر الشروط**

يتم إعداد دفتر الشروط من طرف الإدارة قبل إبرام أي صفقة و يبلغ لجميع المترشحين مطلعا إياهم عن الشروط العامة. و يعتبر دفتر الشروط **Le cahier de charge** أساس تكوين الصفقة، حـيث يحدد بموجب كيفيات إبرام و تنفيذ الصفقات في إطار الأحكام التنظيمية.

و تـــقتضي دقة إعداد دفتر الشروط تحديد الخدمات المطلوبة أو السلع المطلوبة و مكان التسليم أو تركيب و الـــضمانات المطلوبة و أعمال الصيانة. كـــــــما يحدد دفتر الشروط، الأشكال و الأساليب المطلوبـة لـــتقدير مطابقة المنتوج المطلوب أو الأشغال الـــــــمراد إنجازها ، كما يتعين تحديد المواصفات التقنية وتوافق مخططات تنفيذ الصفقة. و من جهة أخرى تحدد الشروط العامة:

- إلتزامات المتعاقد.
- مبلغ الكفالة.
- التعويضات.
- العقوبات.
- شـــروط فسخ العقد و التسبيقات التي يستفيد منها المتعامل حسب كل نوع من أنواع تسديد مبلغ الصفقة.

و هـــــذه الـــشروط لا يسمح خضوعها للتفاوض لاحقا، و إن جاءت الصفقة عن ضوابط دفاتر الشروط وجب الإعلان عن تلك المخالفة في صلب الوثيقة التي حدث في مستواها الإنحراف.[11]

ثانيا: الرقابة على بنود دفتر التعليمات و معايير الإختيار

1 - الرقابة على بنود دفتر الشروط:

يمكن أن نجد هذه الرقابة من خلال التأكد من عدم إثقال كاهل العرضين عند دخول المنافسة، أو دفعهم إلى رفع عروضهم، مثل إشتراط آجال إنجاز قصيرة جدا أو آجال ضمان طويلة جدا .

و كـــــذا إدراج إشتراط إجراء المراقبة في المصنع بصدد مسائل لا تقضي ذلك، لاسيما مع متعاملين أجـــانب. و إدراج بـــــند التكوين في مواضيع، حيث أنه ليس من الضروري إجراء التكوين فيها أو إجراءه محليا.

---

[11] - خرشي النوي، مرجع سابق، ص 186 .

2 - الرقابة على معايير الإختيار :

إن مـــــجال الـــــــرقابة على معايير الإختيار، تكمن في:

- التأكد من وضوح معايير الإختيار، و مدى توافره من عدالة بين المتنافسين .
- التأكد من عدم خلق غموض مقصود، في مسائل تعلق بمعايير إختيار العروض عن طريق عدم ذكـــر الشروط الهامة أو عدم تحديد درجة الجودة أو النوعية المطلوبة عندما يقتضي موضع الصفقة ذلك.[12]
- أولوية الإعتماد على طريقة التنقيط لمعايير الإختبار، إذ أن الإعتماد على أسلوب التنقيط يعتبر ضروريا للتمييز بين مختلف العروض بصورة محايدة و عادلة.
- التأكد من عدم تضخيم نقاط معايير ثانوية الأهمية، على حساب معايير أخرى أهم ، كتضخيم معـــيار الآجال مثلا ما يرجح كفة عارض على حساب آخر بصورة موضوعية ، في حين أنه لا يقع على المصلحة المتعاقدة إختيار الأسرع إنجازا و إنما يعتمد معيار الأجل كمعيار لمعرفة قدرة المتعامل المتعاقد فقط.
- التأكد من عدم إدخال غموضات في مسائل تتعلق بمعايير إختيار العروض عن طريق عدم ذكر بـــعض الشروط الهامة، أو عدم تحديد درجة الجودة أو النوعية المطلوبة وهو ما يلاحظ أحيانا بصدد صفقات إقتناء المواد الغذائية بجميع أصنافها.
- نسيان إدراج هامش الأفضلية الممنوح للمتعامل الخاضع للقانون الجزائري.
- إشتراط درجة تصنيف و تأهيل أعلى مما يقتضيه المشروع.

الفرع الثاني: القرارات الإدارية المنفصلة

قـد تصدر من المصلحة المتعاقدة أثناء المراحل الـــــتمهيدية لتكوين الصفقة العمومية قرارات إدارية منفصلة قد تؤدي إلى خلق الشروط و الإجراءات المنصوص عليها في القوانين و اللوائح .....

تتمتع الإدارة بذات الحرية التي يتمتع بها الأفراد في إبرام عقودهم و بالتالي فإنها تلزم في أغلب الحالات بـــإتباع الطرق المرسومة لها وفق التشريعات و التنظيمات المعمول بها لكي تصل إلى إختيار المتعاقد معها سواء من حيث الأهلية أو حسن السمعة أو الكفاية المالية و الفنية[13] و قد تصدر الإدارة في مرحلة الـتعاقد قـرارات إداريـة تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه.....إلخ و هذه القـرارات ليست مستقلة بذاتها و إنما تدرج في عملية التعاقد ، و يستلزم المشرع حماية المصلحة العامة و تـجسيدا لمبدأ المساواة بين المتعاملين مع

---

[12] - الأطرش سعاد، المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014/2013 .ص 92 .

13 - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي ، الطبعة الخامسة ، مصر ،1979 ،ص 208،209.

الإدارة إحـترام الشروط الإجراءات المحددة بـموجب الـــقوانين و اللوائح [14] . و عليه فإن القرارات التي تتخدها الإدارة تمهيدا لإبرام العقد تعد بمثابة أعمال مـــنفصلة يمكن المطالبة بإلغائها في حالة عدم إحترامها للإجراءات و الشروط المفروضة عليها قانونا

-- و يـــجب أن نشير إلى الفرق بين القرار الإداري المنفصل عن العقد و القرار التنفيذي لـــه **فالقرارات التي تصدرها الجهة الإدارية في شأن العقود الإدارية نوعان:**

- الـــــقرارات **الـــتي تصدرها أثناء المراحل التمهيدي للتعاقد و قبل إبرام العقد،** و تسمى بالقرارات الـــمنفصلة المستقلة و هي قرارات نهائية تـخضع لنفس الأحكام من حيث قابلية طلب إلغائها. [15]

- الـــــقرارات **التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذا للعقد،** و إستنادا لنص من نصوصه فهذه الأخـيرة تدخل في نطاق القضاء الكامل و لا يمكن المطالبة بإلغائها لتجاوز السلطة أو حتى وقف تنفيذها.

وتـعتبر نظرية القرارات و الأعمال المنفصلة من إبتكار مجلس الدولة الفرنسي، حيث أخذ يوسع من نـــطاقها لتشمل القرارات الإنفرادية الصادرة قبل إبرام العقد، و نـــذكر منها على سبيل المثال قرارات الـــــسلطة الوصائية المتضمنة التصديق على إبرام العقد، قـــرارات لجنة تقييم العروض، قرار المنح المؤقت للصفقة، قرار إقصاء أحد المتعهدين.....إلخ. إن الأمـــر المسلم به هو أ ن إلغاء القرار الإدارية المنفصلة يؤدي إلى بطلان ما يترتب عليها من نتائج لأن ما يبنى على باطل فهو باطل. و لـــكن إجتهاد مجلس الدولة الفرنسي يجري بإستمرار و منذ أمد بعيد علـى أن إلـــغاء القرارات المنفصلة فـي حالة العقود الإدارية وحدها لا يكن أن يؤدي بناءا على الأثـر الـــمطلق لحكم الإلغاء أمام قاضي العقد و حينئذ

يجوز لهذا الأخير أن يحكم بإلغائه إستنادا إلى ما سبق إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة و التي ساهمت في إتمام عملية التعاقد [16] . سنتطرق لهذا العنصر فيما بعد في دعوى الإلغاء.

---

14 - سليماني السعيد، محاضرة بعنوان دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، كلية الحقوق، جامعة جيجل،2010 .

15- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، مصر ،2004،ص 338 .

16 - محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية و قوانين المزايدات و المناقصات، الكتاب الأول، إبرام العقد الإداري، دار أبو المجد للطباعة، مصر ، 2003،ص 2008 .

المبحث الثاني: تسوية المنازعات الناشئة عند الإبرام

مـــما لا شك فيه أن تسوية منازعات الصفقات العمومية في وقـــتنا الـــحالي أصـــبح أمرا ملحا و ذلـــــك لتلبية متطلبات الأعمال الحديثة و حسن سير المرافق العامة. فمع التطور المستمر في خدمات الـــــدولة و ما ينتج عنها من تعقيدات في المعاملات و الحاجة إلى السرعة و الفعالية في بث الخلافات أصبح دور الـــتسوية في منازعات الصفقات العمومية طريقة سريعة للتقاضي بين المتخاصمين وعليه سنستهلها بالمنازعات الناتجة عند الإبرام و نوضحها كالتالي.

المطلب الأول: المنازعات أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة

ســـنحاول فـــــي هذا المطلب توضيح عمل الجان المختصة في دراسة الطعون الإدارية المتعلقـــة بالـــصفقات العمومية خصوصا عند الإبرام و من ثم الوقوف على الإجراءات الأولية لـــحل منازعات الصفقات الـــعمومية ، بـغض النظر عن التفصيل في التطرق إلى أصناف اللجان وطنية .وزارية...إلخ
و كـــــــذا إختصاصاتها[17] بل ركزنا على لب الموضوع في المنازعات الإدارية خصوصا الصفقات العمومية .

الفرع الأول: اللجان المختصة بدراسة الطعن الإداري

تـمثل إختصاصات اللجان الـــــوطنية للصفقات في المساهمة في إعداد تنظيم الصفقات العمومية و الـرقابة على صحة إجـــــراءات إبرام الصفقات العمومية، وتتولى دراسة مشاريع دفاتر الشروط ومـــــــشاريع الصفقات و الملاحق و الطعون المعارضة لإختيار المتعامل المتعاقد التي تدخل ضمن إختصاصها.[18] .عرف تعداد اللجان الوطنية للصفقات تطورا عبر التنظيمات المتلاحقة، إذ في ظل تنظيم **2002** كـــانت هناك لجنة وطنية واحدة تتكفل بمراقبة الصفقات أي ما كان مجالها، و في **2008** إنبثقت عـــن هذه اللجنة الوطنية لجنتان وطنيتان عهدا لأولهما الرقابة على صفقات الأشغال، و عهد للثاني على الرقابة على بقية المجالات وعن التنظيم الحالي إنبثقت عن اللجة الوطنية للصفقات ثلاث لجان وهي:

- **الـــلجنة الـــوطنية لـــصفقات الأشغـــال.** [19] **Commission National de travaux**

---

17 - بوالطيب بناصر، محاضرات في الصفقات العمومية ،ملقاة على طلبة ليسانس حقوق القانون العام، جامعة قاصدي مرباح ورقلة،2013/2012 .

- سويقات أحمد، محاضرات في الصفقات العمومية ،ملقاة على طلبة ماستر 1 قانون العام للأعمال، جامعة قاصدي مرباح ورقلة،2014/2013 .

- لعبادي إسماعيل، محاضرات في الصفقات العمومية ،ملقاة على طلبة ماستر 2 قانون العام للأعمال، جامعة قاصدي مرباح ورقلة،2015/2014 .

- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر،2011 ،ص254، 255 .

18 - خرشي إلهام، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في الحقوق ،جامعة فرحات عباس سطيف 2006/2005 ،ص 99 .

19 - أنظر للمواد من 146 إلى 149 من المرسوم الرئاسي 10-236.

- الـــلجنة الـــوطنية لـــصفقات الـــلوازم .[20] Commission National de fournitures

- اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات و الخدمات. [21] Commission National D'Etudes Et De Services

الفرع الثاني: الإجراءات الأولية لحل منازعات الصفقات العمومية

نتناول في هذا الفرع الاجراءات التي تدخل في حل المنازعات التي تطرأ في الصفقات العمومية بتوضيح الجهة المختصة و كذا الشروط المتعلقة بوثيقة الطعن وكل الاجراءات المتعلقة بها.

أولا – تحديد الجهة الإختصاص

- هل منازعات الصفقات العمومية من إختصاص القضاء العادي أم من إختصاص القضاء الإداري؟

و لإجـابة عن هذا الإشكال لابد من القول أن الاختصاص بالنّظر في الخصومات النّاتجة عن إبرام أو تنفيذ العقود المدنية لجهة القضاء العادي. بينما يعقد الاختصاص بالنّظر في منازعات الصفقات العمومية كأصل عـــام للـــقضاء الإداري أو لجهة محددة تشريعا. ولقد كرس القانون العضوي **01/98** المؤرخ في **30** ماي **1998** المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه و عمله. والقانون **02/98** بنفس الـــتاريخ والـــــمتعلق بالمحاكم الإدارية. والقانون العضوي **03/98** بتاريخ **3** جوان **1998** المتعلق بـــاختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها الازدواجية القضائية من منظور هيكلي. وأخيرا كرس قانون الإجراءات المدنية والإدارية الازدواجية الإجرائية .

وهـــذا ما وضـــحـه الأستاذ الدكتور عمار بوضياف بقوله:" إن ســـــلطة القاضي الإداري أوســـع مـن سلطة القاضي المدني هذا الأخير الذي يسيره الخصوم. طـــبقا للمبدأ القائل الخصومة مـــلك للخصوم، بينما القاضي الإداري يستطيع جبر الإدارة على تـــقديم قرار وهو ما أشارت إلـيه الـــمادة الفقرة 2 من المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. يتميّز العقد التجاري عـن الصفقة أيضا فيما تعلّق بقواعد الاختصاص القضائي في حالة نشوب نزاع أو خصومة. فإذا كان الـــقضاء الإداري هو المختصّ بالنّظر في منازعات الصفقات العمومية فإنّ القضاء العادي هو الجهة الـــمختصّة بالـــنظر في المنازعات التجارية. ومن جملة الأحكام الجديدة فيما يخص تشكيلة المحكمة التجارية نصت المادة 533 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أن المحكمة التجارية تتشكل مـــن قـــاض رئيسا ومساعدين ممن لهم دراية بالمسائل التجارية ويكون لهما دور استشاري. بينما تتشكل المحكمة الإدارية فقط من قضاة."[22]

ثانيا – الشروط الشكلية الواجب إحترامها عند ممارسة الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة

---

[20] - أنظر للمواد من 147 إلى 150 من المرسوم الرئاسي 10-236.

[21] - أنظر للمواد من 148 إلى المواد 151 من المرسوم الرئاسي 10-236.

[22] - محاضرات الأستاذ الدكتور عمار بوضياف ،المادة القانون الإداري ،العنوان:تعريف الصفقات العمومية والتمييز الصفقات العمومية عن سائر العقود المدنية و معايير تحديد الصفقات العمومية تشريعا وفقها وقضاء ، ص 30 و ما بعدها.

مـــــما لاشك فـــيه هو أنه باللجوء إلى الطعن الإداري المسبق لتسوية منازعات الصفقات العمومية و تقديمه أمام اللجان المختصة[23] هو أمر يدعونا إلى القول بأن هذه الجان لا تتحرك في هذا الإطار من تـــــلقاء نـــــفسها بل لابد من إخطارها عن طريق المتعهد المعني الذي قدم عطاءه و إحتج على إختيار المصلحة المتعاقدة في إطار إبرام صفقة عمومية ...و تحقيقا لذلك فإن هذا الطعن يرفع بشروط مـحددة قانونا أمام هذه اللجان[24] (أولا) و أن هذا الطعن سينتج عنه عدة نتائج، فهو إذن يـحتاج إلى تحديد جدوى اللجوء إليه(ثانيا).

1/ شروط رفع الطعن الإداري أمام لجان الصفقات المختصة

تنقسم شروط رفع الطعن الإداري المسبق عادة إلى :

أ/ الشروط المتعلقة بوثيقة الطعن

يجب أن يفرع الطعن الإداري أو التظلم في الـــــشكل المكتوب و أن يحتوي على عرض الوقائع وتحديد الـــــــنصوص القانونية التي يستند عليها الـــمتظلم في تحديد طلباته و الإشارة إلى القضاء في حالة عدم إستجابة اللجنة لطلبه بتصحيح الخطأ سواء بـــتعويض الأضرار أو بالتراجع عن القرار محل التظلم[25].و هذا ما يشترط على الطاعن أو المتعهد الـــــذي لم يقع عـــــليه الإختيار من قبل المصلحة المتعاقدة أن يبينه حتى يوضح أسباب الإنحراف بقرار المنح المؤقت مثلا.

ب / شـــــرط مـــــيعاد الـــــــــطعن

يشـــــترط على الطاعن التـــقيد بمواعيد الطعن الواردة في النصوص القانونية و ذلك لإرتباطها بـــــشرط الميعاد رغم أن هذا الأخير شرط منفصل. و الميعاد المقرر في منازعات الصفقات العمومية لرفع الطعن أمـــام الـــلجان الـــمختصة هـــو **10**أيام من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النـــــشرة الرسمية لـــصفقات الـــمتعامل الـــعمومي أو الصحافة في إطار مناقصة أو إجراء بالتراضي بـــــعد الإستشـــارة، مع إمكانية تـمديد هذا الأجل في حالة مصادفة يوم العاشر مع يوم عطلة أو راحة قانونية و هنا يرفع الطعن في يـــوم العمل الموالي.

غـــــير أنه في حالات المسابقة أو الإستشارة الـــــقانونية فـــــإن الطعن يقدم عند نـــــــهاية الإجراء، و تقدم كافة الـــطعون أمـــام لجان الصفقات المختصة وفـــق إختصاص لجنة و كذا الـــــطبيعة الجغرافية للمؤسسة حتى و إن كـــــانت الـــــصفقة تـــابعة لإختصاص صفقات المؤسسات العمومية و مراكز البحث و التنمية أو الـــمؤسسات العمومية المذكورة في المادة **2** من تنظيم الصفقات الـــعمومية.[4] أمـــا بقية القرارات الإدارية المنفصلة فسوف تخضع

---

[23] - فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية و آليات حمايتها، مجلة الإجتهاد القضائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر،بسكرة،2009، ص 34 .

[24]- ماجدة شاهيناز بودوح، قواعد الإختصاص القضاء الإداري في ظل ق.إ.م.إ، مجلة المنتدى القانوني. بسكرة، العدد 06، ص 239 و ما بعدها.

[25] - إطلع على محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2009، ص61.

- و عبدلي سهام، دعوى القضاء الكامل ، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في القانون العام فرع الإدارة العامة، جامعة أم البواقي،2009/2008 ،ص 90.

3- أنظر للمادة 5/144 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم بالمرسوم 12-23.

إلى الميعاد المقرر في ق.إ.م.إ وهو أربعة أشهر.

جـ / الشروط المتعلقة بالجهة المختصة

يشترط في الطاعن أن يقدم طعنه إلى الجهة الإدارية المختصة أي السلطة الإدارية التي تتمتع بصلاحيات إتخاذ القرار المطلوب منها و بالتالي فإن الطعن أو التظلم الإداري المرفوع أمام جهة إدارية غير متخصة لا يؤخذ بعين الإعتبار [26] .

و من خلال ذلك فإنه و تسهيلا للإجراءات و إزالة الغموض أمام المتعهد الطاعن، أوجبت في الفقرة السادسة من المادة **114** من تنظيم الصفقات العمومية أن تحدد اللجنة المختصة بدراسة الطعن في إعلان المنح المؤقت.[27] . كما نصت المادة **23** من المرسوم رقم **88-131** الصادر بتاريخ **1988/07/04** المتعلق بالعلاقات بين الإدارة و المواطن على أنه: **"** إذا قدم لمصلحة أو هيئة طلب لا يدخل في إختصاصها بإمكانها قدر المستطاع أن تحول الطلب المذكور إلى المصلحة أو الهيئة المعنية مع إشعار الطالب بذلك في الوقت ذاته**."** غير أن عبارة **قدر المستطاع** لا تلزم الإدارة وهو موقف متردد لا يهدف إلى تبسيط الإجراءات أمام الإدارة.[28] و لقد نصت المادة **5/830** من ق.إ.م.إ: على أنه يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية المختصة بكل الوسائل المكتوبة و يرفق بعريضة**."**

كما أوجب تنظيم الصفقات العمومية على اللجنة التي تنظر في الطعن أن تبلغ نتيجته إلى الطاعن و للمصلحة المتعاقدة و في هذا الإطار، تنص المادة **3/114** من تنظيم الصفقات العمومية على أنه:

" تصدر لجنة الصفقات رأيا**..."** وهو نفس ما جاء به النص المترجم إلى اللغة الفرنسية" **AVIS**"[29] .

و هذا أمر يتفق مع تشكيلة لجان الصفقات العمومية المختلفة لأنها مكونة من رجال الإدارة يرأسها إما والي أو وزير حسب الحالة أو مفوض عنهما و أن هذه الآراء يمضيها رئيسها فضلا على أن رأي اللجنة يفضل على رأي الفرد لأنه ينال القبول العام وهو حصيلة آراء متعددة و تعبير عن خبرات عدة أفراد و بالتالي سيكون موضوعيا رصينا.[30]

د/ الشروط المتعلقة بشخص الطاعن

لا يشترط لصحة الطعن أو التظلم توافر شروط الدعوى من مصلحة وصفة بل يشترط أن يكون للطاعن أهلية التصرف المدنية.[31] بينما يرى الأستاذ خلوفي رشيد: أنه يجب أن تتوفر في شخص الطاعن الشروط الواردة في المادة **13** من ق.إ.م.إ و هي الصفة و المصلحة القائمة أو المحتملة، و أنه يمكن للطاعن أن يرفع تظلمه بنفسه أو بواسطة وكيل أو محام.

وعند التمعن في نص المادة **114** من تنظيم الصفقات العمومية الجديد نجد عبارة **"** يمكن للمتعهد أن يحتج على

---

[26] - خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، الجزائر 2005 ص25

[27] - أنظر للمادة 6/114 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

[28] - عبدلي سهام، مرجع سابق، ص 92 .

[29]- كريمة خلف الله ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1، 2013/2012 ،ص 56 .

[30] - فودال جورج دلفولفي بيار، ترجمة القاضي منصور، القانون الإداري، بيروت، 1997 ، ص 232 و ما بعدها.

[31]- كريمة خلف الله، مرجع سابق، ص 55.

الإختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة ....أن يرفع طعنا..." نستنتج أنه لا يحق لغير المتـــــعهد اللجوء إلى هذا الطريق و المقصود بالمتعهد هنا هو من قدم إقتراحا للمصلحة المتعاقدة بـــخصوص موضوع الصفقة، أما المتنافسين الذين لم يقدموا عروضا فليس لهم الحق في إستعمال هذا الطريق أي الطعن الإداري و لو كان سبب تخلفهم راجع للمصلحة المتعاقدة كأن يرفض أعوانها إستلام الـــعرض أو يرفض تمكين المتنافسين من الوثائق اللازمة لدخول المنافسة أو حتى لم تحترم المصلحة المتعاقدة الآجال التي حددتها من أجل تقديم العروض.[32]

كما أن صيغة المفردة التي وردت في النص بالقول **" المتعهد"** معناها أن الطعون الإدارية ترفع فردية ولا مجال لقبول الطعون الجماعية. [33]

ثالثا: جدوى رفع الطعن الإداري أمام لجان الصفقات العمومية المختصة

1- الإيجابيات

تـــــملك السلطات الإدارية المختصة بالنظر و الفصل في التظلمات الإدارية سلطات واسعة و كاملة في مواجهة أعمالها المطعون فيها كما أن مجال التظلم أوسع من مجال الدعوى الإدارية.[34]

و كـــما أن الطعن أمام اللجنة المختصة لدراسته يتماشى و القواعد المقررة في قانون الوقاية من الفساد خاصة تلك النصوص المنصوص عليها في المادة **9** منه[35]**.** وفـــــــــي هذا يقول المثل الفرنسي:

" Un mauvais arrangement étant toujours préférable à un bon procès " [36]

بـــمعنى: الترتيب سيئة يجري دائما أفضل من دعوى قضائية جيدة. و بـــالتالي فإن مسك ق.إ.م.إ و كذا تـــــنظيم الـــــصفقات العمومية في التخلي عن شرط التظلم الإلزامي في جميع المنازعات العامة، و كذا منازعـات الصفقات العمومية هو مسلك يستحق الثناء و التشجيع لأنه يؤدي إلى جعل العدالة الإدارية في متناول الأفراد.

2 – الـــــسلبيات

تـظهر التصرفات السلبية لهذه اللجان عندما لا تجيب على طلب التظلم فتعتبر نفسها الأقوى و لا تخطئ. وهذا ما يستشف من كلمة ألقاها فخامة رئيس الجمهورية السيد **عبد العزيز بوتفليقة** عند إفتتاحه للـسنة القضائية **2002/2001** :اكد على : " أن الطعن ضد ممارسات أعوان الإدارة قد سمح لتسوية بعض حالات النزاعات و إعادة حقوق التي هضمت إجحافا و ظلما .... **".**[37]

كـــما أن تـــنظيم الصفقات العمومية لم يشر إلى جزاء ما يجوز للجان المختصة توقيعه على أي مـن

---

[32]- بومرزوق فائزة، الصفقات العمومية خلال مرحاتي الإبرام و التنفيذ، مذكرة مكملة عن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، فانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2013 ،ص 82 و ما بعدها.

[33] بن ناجي شريف، محاضرات في الصفقات العمومية، ملقاة على طلبة الدفعة 14، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2005/2004 .

[34] -عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ص 366 .

[35] - ج ر، عدد 14 المؤرخة في 2006/3/8 المتعلق بقانون 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد وكافحته.

[36]- Debbasch Charles , Institution et droit administratif, T2 collection Thémis P.U.F, paris, 1978 ,p 211 .

[37] -فخامة رئيس الجمهورية السيد عبد العزيز بوتفليقة، كلمة ألقاها عند إفتتاح السنة القضائية 2002/2001، منشورة بالمجلة القضائية، عدد 1، سنة 2002 .

طـــرفـــي الـــنزاع إذا إمتنع عن تنفيذ ما كلفته به اللجنة، وهذا يجعلنا نعتقد أنه لا يجوز للجنة الحكم بالـــــغرامة كما لا يجوز لها أن توقف نظر طلب الطعن أو أن تقضي بعدم قبوله ، وكل ما يمكن للجنة عمله أن تستمر في نظره و إصدار رأيها فيه.[38]

المطلب الثاني: المنازعات أمام القضاء الإستعجالي

إزداد الإهـتمام بـــقانون الصفقات العمومية و كرس هـــــذه الأهـــمية قانون الإجراءات المدنية و الإداريـــة الـــجديد، و تناول الطعن في مادة الصفقات العمومية و وضعها في القسم الإستعجالي نظرا لضرورة و مقتضيات السرعة في تقدير مدى مراعاة إجراءات إسناذ الصفقة للقانون و لمبادئ المنافسة و الـــــــشفافية. إذن إن الغاية من دراسة القضاء الإستعجالي في مجال منازعات الصفقات العمومية هو إعـــطاء المميزات التي تنفرد بها الدعوى الإستعجالية في هذا المجال عن غيرها من الدعاوى وهذا ما سنوضحه في الفروع التالية.

الفرع الأول: دور قاضي الإستعجالي في حل منازعات الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام

قبل الحديث عن دور القاضي الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية لابد من تحديد الدوافع التي أدت إلى قيام النزاع ورفع هذه الدعوى و بالتالي من هم الأشخاص الذين لهم الحق في رفع هذه الأخيرة و إبراز ماهية الدعوى الإستعجالية وعلاقتها بمجال الصفقات العمومية و في الأخير نبين سلطات القاضي الإداري و دوره في حل منازعات الصفقات العمومية. كل هذا وذاك نتطرق إليه بالتفصيل في مايلي .

أولا: الدوافع المحتملة لقيام النزاع و رفع الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية

و هذا ما وضحته **الأستاذة ليلى بوكحيل بقولها :**[39] تقوم المناقصة على مبدأي الإشهار و المنافسة **فالإخلال بمبدأ المناقصة** و **بمبدأ الإشهار**[40] يؤدي حتما إلى نشوب النزاع.

ثانيا: الأشخاص الدين لهم الحق في رفع دعوى الإستعجال قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية

نـــصت الفـــــــقرة **2** من المادة **946** من ق.إ.م.إ على أنه: **"** يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد الـــذي قـد يتضرر من هذا الإخلال، و كذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذ أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.**"**

نستخلص من إستقراء نص المادة أعلاه أن الأشخاص الذين لهم الحق في إخطار المحكمة الإدارية هم:

---

[38]- حسن النيداني الأنصاري، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،2001 ،ص 320 .

[39] ليلى بوكحيل، مداخلة بعنوان دور القضاء الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة، كلية الحقوق، جامعة عنابة، بتاريخ 2013/05/28 .

[40]- أنظر للمادة 45 من قانون الصفقات العمومية لسنة 2013 .

1/ كل من له مصلحة في إبرام العقد و الذي قد يتضرر من الإخلال [41]

أ/ المصلحة

نقصد بها: المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، فهذه المنفعة تـــشكل الدافع وراء الدعوى و الهدف من تحريكها، فلا دعوى بدون مصلحة[42] و المصلحة قد تكون:

- فـتكون قائمة، حـــينما تستند إلى حق أو مركز قانوني، فيكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني من العدوان عليه او تعويض ما لحق به من ضرر.

- و تكون محتملة، إذا لـــم يـــقع الإعـــتداء ولم يتحقق بذلك ضرر لصاحب الحق، يقال بأن المصلحة محتملة، فقد تتولد مستقبل كما قد لا تتولد أبدا.

2- الـــــضرر

و يقصد به بصفة عامة المساس بحق أو بمصلحة مشروعة لشخص ما مساسا يترتب عليه جعل مـــركزه أســـوأ مـما كان قبل ذلك، لأنه إنتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبه. [43]

يمكنه أن يتضرر من القبول غير القانوني للعرض مادام أنه لم يتم قبول عرضه منذ البداية. [44]

كما يمكن للقاضي الإستعجالي تقدير الضرر من خلال مراقبة أسباب إقصاء المرشح بالنظر إلى الشروط المنصوص عـليها في دفتر الشروط، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 10 **نـــوفمبر 2010** في **قضية وزير الدفاع، رقم 34133.** و يقع عبء إثبات الضرر على المدعي، حيث يجب أن يـــظهر بأن الإخلال بإلتزامات الإشهار و المنافسة قد سبب له ضررا

-- نلاحظ إذن أن القاضي الإستعجالي في هذه الدعوى يتمتع برقابة مزدوجة، **الأولى** تتعلق بمراقبة مدى إحترام الشروط المنصوص عليها في ق. ص. ع ، التي من شأنها ضمان المنافسة بين المترشحين و المساواة بينهم، أما **الثانية** فتتعلق بمراقبة مدى إحترام معايير قبول الترشيحات، التي قام بوضعها المتعامل العمومي في دفتر الشروط.

ب / الـــــوالي

جـــــاء في المادة **2/946** من ق.إ.م.إ على أنه يتم إخطار قاضي الإستعجال من **طرف ممثل الدولة على مستوى الولاية.** و بالرجوع إلى المادة **110** من قانون رقم **12-07** المؤرخ في **21** فيفري **20012** المتعلق بالولاية [45] نجد أنها قد نصت على أن: **"** الوالي مثل الدولة على مستوى الولاية وهو مفوض الحكومة. **"**

-- و بالتالي فإن الوالي هو من له الحق في إخطار قاضي الإستعجال الإداري في حالة إخلال جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية بإلتزامات الإشهار و المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية.

و نقصد بالجماعات الإقليمية: الولاية طبقا لأحكام المادة الأولى من القانون رقم **12-07** المتعلق

---

[41]- غني أمينة، قضاء الإستعجال في المواد الإدارية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2014 ، ص 258 .

[42] - بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات بغداوي ،ط 1،الجزائر ، 2009 ،ص 38 .

[43] - غني أمينة، مرجع سابق، ص 259 و ما بعدها.

[44]- http://www.conseil-etat.fr/

[45] - ج ر، عدد 12، مؤرخة في 2012/02/29، ص 5 .

بالولاية[46] التي نصت على أن: **" الولاية هي الجماعة الإقليمية للدولة."**

و البلدية طبقا لأحكام المادة الأولى من القانون رقم **11-10** المتعلق بالبلدية [47]التي نصت على أن:

" البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة."

أما المؤسسات العمومية المحلي، فنقصد بها جميع المؤسسات المذكورة في المادة **2** من ق.ص.ع المتواجدة على مستوى الولاية.

ثالثا: أسس و قواعد قبول الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية

1/ مصادر الدعوى الإستعجالية

إن المشرع الأوروبي عمل على إيجاد دعوى قضائية[48] فعالة تضمن إحـــترام الأحكام الأوروبية فـــي نــطاقي المنافسة و العلانية فقام بإصدار هذا الأخير القانون رقم **92-10** بتاريخ **04** يناير **1992** تطبيقا لتعليمة الإتحاد الأوروبي تحت عنوان " طعن و رقابة " المؤرخة في **21** ديسمبر **1989** المتعلق بـــتنسيق الأحكام التشريعية و التنظيمية بين الدول الأعضاء، حيث تهدف هذه التعليمة بالرقابة الدقيقة للمقتضيات الخاصة بقانون المجموعة الأوروبية في مجال إبرام العقود و الصفقات العمومية و بعد ذلك أضـــاف قانون **1992** المعدل بقانون يناير **1993** المادة لـ **22** إلى قانون المحاكم الإدارية و المجالس الإداريـــة للإستئناف ، و الذي يمنح مجموعة من السلطات لرئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه

و الـــذي يـــفصل إبتدائيا و نهائيا [49] لكل شخص له مصلحة في إبرام العقد و الذي يتضرر بسبب الـمخالفات المرتكبة في مجالي العلانية و المنافسة سمي عذا التوجيه بتوجيه الدعوى **Directive de recours** [50]جـــاء بها القانون الفرنسي رقم **69-665** مع إختلاف في حجم السلطات الممنوحة لقاضي الإداري، حيث يرجع السبب في الإستقطاب السريع لهذا النمط من الإجراءات القضائية، أنه كان هناك فراغ تشريعي فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية وقائية سابقة على إبرام العقود و الصفقات العمومية أمـــا بالنسبة **للقانون الجزائري**، كـان يـتميز بالفراغ التشريعي الخاص بضمان الشفافية للمتعاملين و هـــذا مـا دفع بالمشرع لإيجاد هذا الحل القضائي الإستعجالي الموضوعي قبل التعاقدي في القانون الـــجديد رقـــم **08-09** بعدما كان لا يوجد أي نص قانوني ينظم هذه المسألة الجوهرية و المهمة لـــيصدر قانون المرسوم الرئاسي **10-236** في مادته **3** تنص على أنه: " لـــضمان نـجاعة الـطلبات الـــعمومية و الإستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى مبادئ حركة الوصول للطلبات العمومية و الـــمساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات من إحترام مبادئ هذا المرسوم " .

---

[46] الجريدة الرسمية العدد 12 المؤرخة في29 -09-2012 المتضمنة الأمر رقم 12-07 الصادر في 21 فبراير 2012 المتعلق بالولايـة.

[47] - الجريدة الرسمية ،عدد 37 المؤرخة في 01 شعبان 1432 هـ الموافق لـ: 03 جويلية 2011 .إقـرأ المزيـد: http://boubidi.blogspot.com/2011/12/11-10.html#ixzz3XSUeRWaR .

[48] -بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجيستير القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان،2011/2010 ،ص 47 .

[49] - الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الإستعجال الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007،ص 268 و ما بعدها.

[50] - Richer L'aurrent ,Droit des contrats administratifs,T2 LGPJ, paris, 1999, p 142.

إذن إن الـــدعوى الإستعجالية يرجع مصدرها إلى المادة **225** من تقنين المحاكم الإدارية و محاكم الإستئناف الإدارية من القانون الفرنسي السالف الذكر و المواد **946** و **947** من ق.إ.م.إ الجديد .

2/ خصائص الدعوى الإستعجالية

- تـقنية قضائية قبل تعاقدية: يـــــتم تحريك هذه الدعوى في مرحلة الإبرام، لأنها تهدف إلى الحد مـــــن المخالفات التي تمس قواعد العلانية و المنافسة، بحيث لها دور وقائي يحول دون تحريك دعوى الإلغاء بعد إبرام العقد و أثناء تنفيذه، و بالتالي بمجرد إبرام العقد تفقده هذه الدعوى قيمتها القانونية.

- الدعوى الإستعجالية تخول للقاضي الإداري سلطات هامة: يتمتع القاضي الإداري وهو بصدد الـــفصل في الدعوى الإستعجالية بسلطات واسعة غير معروفة في النظام القانوني العام للقضاء الإداري بمـــــفهومه اللاتيني، تتمثل هذه السلطات في الأمر **Injonction** و الـــــوقف **Suspension** و الإلغاء **L'annulation** و لكنه لا يمكن له منح التعويض .

- دعـــــوى القضاء المستعجل: يوكل النظر في هذه الدعوى لقاضي الإستعجالي لا يمس بأصل الـــــحق و إنما يتخذ التدابير الإستعجالية و الضرورية فقط ، إلا أنه في هذه الدعوى يفصل فيها بصفة إستعجالية موضوعية أي ينظر في الموضوع .[51]

ثالثا: مجال تطبيق الدعوى الإستعجالية

إن الأحكام الخاصة بهذه الدعوى يمكن أن تثار في مادة إبرام العقود أو الصفقات العمومية و هذا ما جاء به الفصل الخامس من ق.إ.م.إ.

أ - في مجال الصفقات العمومية

إن الـــــقانون **الـــفرنسي** السالف الذكر و المؤرخ في **01-01-1992** قد منح إمكانية إثارة الـــــدعوى الإستعجالية الموضوعية قبل التعاقدية[52] على عقود التوريد و الأشغال العامة فقط، وذلك إذا تـــجاوزت القيمة المحددة لتطبيق أحكام العلانية و المنافسة ذات الأصل الأوروبي، لكن بعـــد ذلك نصت الـــمادة **5** مـــن القانون الفرنسي المؤرخ في **25-01-1993** على إمكانية إثارة هذه الدعوى الإستعجالية شـــــاملا لمخالفات العلانية و الشفافية المرتكبة عند إبرام كل الصفقات العمومية و بغض النظر عن قيمتها.[53]

أما بالنسبة للقانون **الجزائري** و في إطار الجهود الرامية لإضفاء الشفافية على إبرام الصفقات الـــــعمومية، فـــــقد تم وضع نصوص تسد هذا الفراغ و تعمل على تدعيم الشفافية، إذ تسمح للقاضي الإســـــتعجالي التدخل قصد تأجيل إبرام الصفقات في الحالات التي لم تحترم فيها الإجراءات المسبقة المتعلقة بإجراءات الإشهار و المنافسة، وقد روعيت المصلحة العامة وعدم عرقلة الإدارة في نشاطاتها

و ذلك بأن لا يتجاوز هذا التأجيل أكثر من **20** يوما، و يفصل في الدعوى الإستعجالية في نفس الأجـل

---

[51] - مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2005 ، ص 846 .

[52] - عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2007 ، ص 287 .

[53]- بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 50 و ما بعدها.

و هذا ما نصت عليه المادة **3** من المرسوم الرئاسي **10-236** .

ب - في مجال إبرام العقود الإدارية

و المقصود هنـــــا أن تكون هذه العقود مستوفية لجميع الشروط و الأركـان الضرورية، و يمكن الطعن فيها من خـــلال الدعوى الإستعجالية، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة **946** من ق.إ.م.إ و الـــــتي تنص على مايلي: " يـــــــجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، و ذلك في حالة الإخـــــلال بإلتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية. " لكن ما نلاحظه أن المشرع الجزائري لم يحدد أنواع و نماذج لهذه العقود الإدارية، و إنمـا إكتفى بإدخالها في نطاق تطبيق هذه الدعوى الإستعجالية الموضعية قبل التعاقدية.

رابعا: سلطات قاضي الإستعجال قبل التعاقد

مـــنحت المادة **946** ق.إ.م.إ ثلاث سلطات للقاضي الإستعجالي[54] في حالة الإخلال بإلتزامـــات الإشهار و المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود و الصفقات العمومية، تتمثل في :

1/ توجيه أمر الإدارة الإمتثال لإلتزاماتها

يـــملك القاضي حق توجيه أمر للإدارة للإمتثال لإلتزاماتها طبقا لأحكام المادة **4/946** من ق.إ.م.إ

و كـــان من المستقر عليه في فرنسا أن القاضي لا يأمر الإدارة، إذ يحكم القاضي الإداري مبدأ إجرائي مـفاده أن :" القاضي يحكم و لا يدير." و ذلك تطبيقا لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية و الإدارية وهو ما يترتب عليه مسألتين هامتين هما:

- الـــــــــــقاضي لا يـــــحل مـــــحل الإدارة.

- الإمتناع عن توجيه الأوامر إليها: وذلك مهما بلغت درجـــة و جـــــدية إنتهاك الحجية فالقاضي لا يمكنه توجيه أمرا لها بالتنفيذ و لا بطريقة إجرائه.

و لا يـــتوقف المنع عند هذا الحال بـــل يـمتد ليدخل في نطاقه وسائل التهديد المالي بتنفيذ الحكم، إذن فـــالقاضي الإداري لا يستطيع الحكم على الإدارة بطرق تهديدية لحملها على التنفيذ إذ أهملت أو تأخرت وهـذا ما صرح به مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته بأنه: " إذا كان يناط بالقاضي أن يبين الحقوق و الإلـــــتزامات المتبادلة للمتداعين و أن يقضي بالتعويض المستحق عما يلحق بهم من أضرار فإنه لا يـــــسوغ له التدخل في إدراة المرافق العامة بتوجيه أوامر تنطوي على التهديد بجزاء مالي سواء إلى الإدارة أو أولئك الذين يقومون على إدارة مرفق عام ".

-- وهـــو الموقف الذي ظل القضاء الإداري الجزائري يتبناه إلى وقت قريب جدا فنجده يصرح في **24-9-2000** في " قضية رئيس بلدية درقينة " و ضد " س،ع": " البلدية إدارة عمومية لا يـــمكن لها أن تكون محلا لأمر أداء...

---

[54]- لندة عزوز، تطور المنازعة في النظام القضائي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار،عنابة،2003/202 ،ص 65 و ما بعدها.

و قـــرار حـديث له في **08-04-2008** قضية السيدة ''ك، م '' ضد '' وزارة التربية الوطنية " قـــضى بأنه**: "** لا يجوز للقاضي الإداري الحكم بغرامة تهديدية لإنعدام النص القانوني الصريح.**"** [55]

غير أن ق.إ.م.إ **08-09** منحه كل هذه السلطات (بعد أن تبناه نظيره الفرنسي) و هو ما يعني أن الـــقاضي الإســـتعجالي أصـبح يـملك مـــكنة توجيه أمر للإدارة لتفي بإلتزاماتها في مجالي العلانية والـــمنافسة كل يـــأمرها بنشر الإعلان عن الصفقة في الصحف اليومية أو إعادة نشره مستوفيا لبيانته الإلـــزامية أو يوجه لها أمر بقبوله مرشح محروم أو مستبعد من دخول الصفقة دون وجه حق، وهو ما يـــجعله يـــتدخل في أصل الحق و ينظر في جوهر الدعوى خلافا للقواعد العامة المعروفة في القضاء الإستعجالي وهو ما يدعونا إلى تسمية هذه الدعوى ب " شبه الإستعجالية" .

2/ سلطة القاضي في فرض الغرامة التهديدية

الغرامة التهديدية هي وسيلة قانونية أقرها المشرع الجزائري صراحة في نص المواد **980إلى 986** من ق.إ.م.إ **08-09** . وقـد إستقر الفقه و القضاء في الجزائر على أنها: **"** مبلغ مالي يوقعه القاضي الإداري عـلى الـــمدين الـممتنع عـــــــن تنفيذ إلتزام واقع على عاتقه بمقتضى سند تنفيذي، بناءا على طلب الدائن**" .**

-- فـــــالغرامة التهديدية بهذا المعنى تهديد مالي هدفه الضغط على الإدارة الممتنعة أو المتماطلة عن التنفيذ بإلتزامها بأداء مبلغ مالي عن كل فترة زمنية في تأخير تنفيذ الإلتزام، وهو ما يمكن أن يحملها على الإلتزام بقواعد العلانية و المنافسة.

و عرفها الدكتور **فريجه حسين** في كتابه شرح المنازعات الإدارية [56]بقوله: **"** تعتبر الغرامة التهديدية غـرامة مالية لكل ممتنع عن تنفيذ أحكام القضاء و هي وسيلة إكراه للمدين و حمله على تنفيذ الإلتزام الـــواقع على عاتقه عينا بطلب من الدائن، و بهذا فهي تهديد مالي أو غرامة للحكم على المدين بمبلغ مـــعين يدفعه عن كل يوم يتأخر فيه عن تنفيذ إلتزام بعمل أو الإمتناع عنه، و يستند القاضي في فرض الغرامة التهديدية على القانون. وقد تضمن مواد القانون الجديد 08-09 الحكم على الأشخاص المعنوية بالغرامة التهديدية أو الجهات التي تخضع في منازعاتها للجهات القضائية الإدارية. **"**

و لعل أهم إشكالية تطرح في معرض الحال هي**: ألا تعد هذه الأوامر صادرة في إطار الإختصاص الـــولائي للـــــقاضي و لم يتخذها بموجب وظيفته القضائية فهي لا تحسم خصوم أو نزاعا .فـــــكيف يـــمكن ربـــــطها بـــغرامة تـــــهديدية** ؟ و خاصة أن مجلس الدولة الفرنسي رفض طلب الحكم بغرامة تـــهديدية لإجـــــبارها على تنفيذ أمر تقدير لرسوم الخبرة [57] و هو رأي منتقد لأن الأوامر الإستعجالية تـــتمتع بقوة تنفيذية ما يجعلها قابلة للتنفيذ بقوة القانون، و هو ما يؤكده الفقيه **AUBU** بـــــقوله:

---

[55]- غني أمينة. مرجع سابق.ص.266.265.264 .

[56] - فريجه حسين، شرح المنازعات الإدارية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2011 ،ص 333 .

[57]- سديرة عبد الرحمان، القضاء الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، 2014/2013، ص 43 .

" أن الـــــغرامة الـــــتهديدية تسري على جميع ماله قوة تنفيذية مما يصدره القضاء حتى و لو كان لا يتمتع بحجية أو قوة الشيئ المقضي به"[58]. و هو مـــا تؤكده المادة **980** من ق.إ.م.إ بنصها على أنه:

" يـــجوز لـــــلجهة القضائية الإدارية المطلوب منها إتخاذ أمر بالتنفيذ.... أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها." و على هذا الأساس نصت المادة **946** في فقرتيها **4** و **5** على أنه:

" يمكن للمحكمة الإدارية أن تـــــأمر الـــمتسبب فـــي الإخـــلال بـــالإمتثال لإلـــــتزاماته، و تـــــحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه. و يمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ إنقضاء الأجل المحدد ". ويـــــلاحظ أن المشرع منح القاضي الإستعجالي سلطة تقديرية في فرض الغرامة التهديدية من عدمه في حال إنقضاء الأجل المحدد دون تنفيذ الإدارة لإلتزامها.

خامسا: تأجيل إمضاء الصفقة

منحت الفقرة السادسة من المادة **946** من ق.إ.م.إ للقاضي سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلـــى نهاية الإجراءات و لمدة لا تتجاوز **20** يوما، و يعد هذا التأجيل بحد ذاته وسيلة ضغط على الإدارة لتفي بإلتزاماتها، و هي سلطة خطيرة تشل عمليات العقد و تؤثر على سير المرفق العام بإنتظام و إطراد.

و لـــعدم تعطيل المصلحة العامة تفصل المحكمة في أجل **20** يوما من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لـــها وفـــق المادة **947** بنصها على: "تفصل المحكمة الإدارية في أجل عشرون يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة **947** أعلاه." و قـــد رأى الـــبعض بـــأن هذه المدة هي من المواعيد التنظيمية فقط التي لا يترتب على مخالفتها البطلان و ذلك على أساس أن النص لم يتضمن أي جـــــزاء في حالة مـــــخالفة هذا الأجل. [59] و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قذ منح للقاضي الإستعجالي في هذا المجال سلطة أخرى تتمثل في سلطة إلغاء القرارات المخالفة للمنافسة و كذا الشروط المخالفة لها .[60]

-- كما تجدر الإشارة أنه إلى جانب السلطات الممنوحة لقاضي الإستعجال الإداري في مادة العقود الإدارية و الصفقات العمومية المقررة بموجب المادتين **946** و **947** من ق.إ.م.إ ، فإن له سلطات أخرى تـمنحها الـــــدعاوى الإســـــتعجالية العامة المتمثلة في إستعجال الوقف، إستعجال الحريات و الإستعجال التحفظي، و ذلك إذا توافرت شروطها :

1- إستعجال الوقف: إن الشروط اللازم توافرها من أجل منح الوقف تتمثل أولا في حالة الإستعجال المتمثـــــل في الضرر الجسيم و الحال بالفوائد التجارية و القدرة الإقتصادية للمؤسسة (وضعية المؤسسة) الـــــذي يترتب عن قرار الإبعاد من الصفقة بالإضافة إلى وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار.

---

[58] - عمر باهي يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لجبر الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر ،مصر 2001،ص 58.

[59] عبد الرحيم بوليفة، تسوية منازعات الصفقات العمومية، مذكرة مكملة لنيل شهادة ليسانس في القانون العام، جامعة الوادي 2014/2013، ص 30.

[60] - محمد فقير ،رقابة القضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري، المداخلة رقم 16 جامعة الجزائر، ص 16 .

2- إســــــــتعجال الحريات: يمكن لقاضي الإستعجال الإداري أن يتدخل لحماية الحريات الأساسية المتمثلة في حرية الصناعة و التجارة أو حرية التعاقد تطبيقا للمادة **920** من ق.إ.م.إ.

3- الإستعجال التحفظي: يمكن لكل ذي مصلحة اللجوء إلى قاضي الإستعجال الإداري دون عرقلة تنفيذ قرار المنح للحصول على الوثائق الخاصة بالإجراءات تطبيقا لنص المادة **921** من ق.إ.م.إ.

وخلاصة القول أن السلطات التي يتمتع بها القاضي الإستعجالي [61]في إطار هذه الدعوى تتمثل فيمايلي:

أ/ بـــالنسبة لــمخالفة العلانية و المنافسة: التي يمكن أن يترتب عند إبرام عقود الشراء العام تفويض الـــــمرفق العام في مجال بعض القطاعات الخاصة كالماء و الطاقة و المواصلات و الإتصالات لرئيس المحكـمة الإدارية توجيه أمر للإدارة المتسببة في هذه المخالفات بأن تراعي إلتزاماتها المفروضة عليها قانونا فـــــي مجالي العلانية و المنافسة في إبرام عقود الشراء العام أو عقود تفويض المرفق العام خلال مدة قانونية محددة تحت طائلة غرامة طبقا لنص المادة **2/551من** قانون العدالة الإدارية و ذلك خاصة إذا تـــم إبـــرام العقد قبل إنقضاء المدة الواجب إحترامها و التي أمر فيها القاضي بوقف التنفيذ بل لـــــه فـــــي هذا الإطار أن يأمر الإدارة بتصرفات محددة تكون مطابقة مع منطق المنافسة وفق ما نص عليها القانون.

ب/ وقـــــف إجـراءات توقيع العقد مدة عشرون يوما كحد أقصى، حتى لا يبقى العقد معلقا مع إعتماد المناقشات الشفهية و إشراف قاضي و الرد عليه[62].

جـ/ إلـــــغاء القرارات و إبطال الشروط و التعليمات المدرجة في العقد التي تتجاهل الإلتزامات المذكورة و لـــــــلقاضي الإستعجالي في هذا الإطار أن يأمر بنشر الإعلان عن المناقصة إذ لم تقم الإدارة بذلك أو بإعادة النشر إذا كان النشر الأول غير مشروع.

و تطبيقا لذلك قضى رئيس المحكمة الإدارية أمر لإحدى الجماعات المحلية بإعادة الإجراءات الخاصة بـــقبول الـــترشيح بإستخدام إجراء مفتوح – طلب فتح العروض- بدلا من العروض المقيدة بإستخدام الإجـــراء الـــمقيد – مـــناقصة مـــــقيدة أو طلب العروض المقيد – لمخالفة ذلك معطيات العملية التعاقدية كـــــما نوهت المحكمة إلى ضرورة مراعاة ما يستوجبه قانون عقود الشراء العام للمشروعية مثل هذا الإجراء كما أمر القاضي الإداري أحد المقاطعات تحت غرامة تهديدية بإحترام الإجراءات المقررة قانونا ببيع ممتلكات عقارية تابعة للمقاطعة.

د/ لـلقـــاضي الإداري الإستعجالي أن يقنن أوامره بغرامة تهديدية بناءا على طلب الطاعن لضمان إحترام قـــواعد الـــمنافسة و العلانية إذا تعلق الخرق بمجال إبرام العقود في مجالات معينة....، بينما لا يمكن فرض هذه الغرامة إذا تعلق الأمر بمخالفة هذه الإلتزامات في مجال إبرام العقود في الأشغال أو التوريد في غير القطاعات السابقة ...

-- وبـــهذا نشير في الأخير إلى أن القاضي الإستعجالي لا يراقب إلا مدى إحترام الإلتزام بقواعد الـــعلانية و الـــمنافسة، أي يتوقف بسلطته عند حد النطق بشرعية أو عدم شرعية الإجراءات أو عـدم الإختصاص

---

[61]- ليلى بوكحيل، مرجع سابق، ص 44 .

[62] - أحمد محمود جمعه، العقود الإدارية، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 433 و ما بعدها.

بالعقد و التدخل بالأمر بوقف تنفيذ كل القرارات المرتبطة به دون أن يتعدى ذلك إلى إلـــغاء العقد ككل غير أنه حسب وجهة نظرنا لم يبين القاضي الإداري الإستعجالي الفرنسي المذكورة فما المانع من إستخدامه في بقية المجالات طالما أن هدفه من فرضها واحد، وهـــو ضمان تنفيذ أوامره و إخضاع الإدارة لمبدأ المشروعية.

هذا و قد سار مجلس الدولة المصري على نحو ما سار عليه نظيره الجزائري و الفرنسي آخذا في ذلك بنظرية الإعمال الإدارية المنفصلة في ميدان العقود الإدارية و بإمكانية الطعن بالإلغاء في:

- **القرارت الإدارية المستقلة عن عملية التعاقد كالقرارات المتعلقة بإرساء المناقصة.**
- **الطعن في قررات الإدارة بوضعها لشروط المناقصة أو المزايدة.**
- **الطعن في قرارات لجنة البت.**

الفرع الثاني: التدخل عن طريق الإستعجال ما قبل التعاقد

إن الدارس لنصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الباب الثالث من الكتاب الرابع المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية الإستعجالية إبتداءا من المادة **917** يلخص إلى أن هناك نوعين من الإستعجال الإداري وهذا ما سنوضحه في المراحل التالية.

أولا: الإستعجال بالطبيعة في منازعات الصفقات العمومية

إن الإستعجال الذي تكون منازعاته ناتجة عن إشكالات تطرأ أثناء ســير الـــدعوى الإدارية الأصلية أو قبل ممارستها هو ذلك الإستعجال بالطبيعة تتطلب حلولا إستعجالية تتمثل في إتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير، أو تدعو إليها الضرورة لدفع خطر محدق، أو يترتب عليها وضعية يتعذر تدارك نتائجها. [63]

فهذه الإجراءات السريعة و التدابير المؤقتة لا تكون من إختصاص قضاء الإستعجال، و ذلك قبل الـــفصل في أصل الحق أو قبل اللجوء إلى قضاء الموضوع للبث فيه. فالمنازعة تدخل في نطاق قضاء الإســـتعجال بالـــطبيعة كـــلما تـــوفرت فيها شروط معينة، و إذا إنعدمت تلك الشروط المقررة خرجت الـــمنازعة عـــن نـــطاقه، و من ثم فإن منازعات الصفقات العمومية تخضع لهذا النوع من الإستعجال - **الإستعجال بالطبيعة** - كلما توفرت فيها شروطه.

1/ شروط الإستعجال بالطبيعة

أ- **توفر حالة الإستعجال :** إن شرط حالة الإستعجال أشارت إليها المواد من **920-921-924** من ق.إ.م.إ، دون أن

---

[63]- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الإختصاص ، ج 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،2009 ، ص 133 .

تـــعطي تـــعريفا لها. و دون أن توضح الحالات التي يتوفر فيها ظرف الإستعجال، بل تـــركت ذلـك للـسلطة التقديرية للقضاء الإستعجالي الذي يستشفها من خلال ظروف و وقائع كل منازعة تـــــــعرض عليه فهو مبدأ مرن غير محدد يقدر في وصفه للواقعة و الظروف التي تتغير بتغير الزمان
و المكان و تطور المجتمع.

ووضح الدكتور **شيهوب مسعود** في كتابه المبادئ العامة للمنازعات الإدارية :" و في الحقيقة أن أيـــة محاولة من المشرع لتعريف حالة الإستعجال أو وضع صياغة قائمة حصرية لها، يعني تقييد ســـلطة الـــقاضي، إن الـقاضي هو أقرب لمعايشة الواقع من المشرع الذي لا يستطيع مهما تنبأ أن يحصي جميع حالات الإستعجال . " [64]

أمـــا الدكتور **راتب محمد علي**.... في كتابه قضاء الأمور المستعجلة أكد على أنه : " مبدئيا يمكن القول بأن حالة الإستعجال هي: الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه، و الذي يلزم درؤه بسرعة، ولا تكون عادة في التقاضي العادي و لو قصرت مواعيده ." [65]

-- إذن فحالة الإستعجال تتعلق بنزاع لا يحتمل الفصل فيه بالبطئ المألوف في تقاضي الموضوع كـأن يتعلق بواقعة سرعان ما تتغير معالمها، أو خطر وشيك الوقوع يصعب جبره و يستحيل إصلاحه عـــند حدوثه، أو فوات فرصة لا يمكن تداركها حماية للحقوق الظاهرة و الحريات الأساسية المنتهكة كـــإثبات حالة مادية قد تتغير أو تزول مع الزمن، أو المحافظة على أموال متنازع عليها تتأثر حقوق أصحابها من إستمرار تركها في يد الحائز الفعلي لها.
و يلاحظ أن حالة الإستعجال تنشأ من طبيعة الحق المطلوب صيانتها و من الظروف المحيطة به، فلا يتوفر عنصر الإستعجال بمجرد رغبة الأطراف على الحصول على حكم سريع . [66]

و إن حـــالة الإستعجال هذه هي التي أنشأت قضاء المستعجل بالطبيعة، إذ يعتبر القاسم الـــمشترك بـــين القضاء الإستعجال الإداري و القضاء الإستعجال العادي ، و أن هذا الشرط – حالة الإســـتعجال – من النظام لا يمكن الإتفاق على مخالفته. و على الهيئة القضائية المختصة إثارتها من تلقاء نفسها
و تسبيب حكمها على هذا العنصر، و في حالة إنعدامه يتم رفض الطلب طبقا للمادة **924** من ق.إ.م.إ
و لا يتم التصريح بعدم الإختصاص النوعي برغم من أن إنعدام حالة الإستعجال هذه تجعل من قضاة الموضوع هم المختصين بالفصل في المنازعة.

ب / عدم المساس بأصل الحق :يشترط في قضاء الإستعجال بالطبيعة أن لا يفصل في أصل الحق ولا يتطرق إلى صميم موضوع النزاع، و إنما يقضي بتدابير وقائية أو إجراءات وقتية و لا يعتبر حسما للـحق المتنازع عليه في الموضوع، وقد أشارت المادة **918** من ق.إ.م.إ الجديد على هذا الشرط بصريح الـــعبارة " ... لا ينظر في أصل الحق..." وهو الشرط الذي كان ق .إ.م السابق ينص عليه صراحة في المادة **171** مكرر منه.

-- فالقضاء الإستعجال بالطبيعة ليس له بأي حال من الأحوال أن يفصل في أصل الحقوق

---

[64]- كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر ، برج بوعريريج، الجزائر، 2012، ص 127 .
[65] - راتب محمد على، قضاء الأمور المستعجلة، كتاب 01، ص 26 ، طبعة 7، مصر، 1985 ، ص 26.
[66]- كلوفي عز الدين، مرجع سابق ، ص 128 و ما بعدها .

و الإلـــــتزامات مـــــهما أحاط بها من حالة لإستعجال، أو ترتب على إمتناعه عن البت فيها من ضرر للـــخصوم ، بل يجب عليه تركها لقضاة الموضوع المختصين وحدهم للفصل فيها، كالدعوى الرامية إلى فـــسخ عـــقد الـــصفقة الـــعمومية، أو مـــــدى صحتها أو بطلانها أو الدعاوى الرامية إلى طلب التعويض و الحقوق المالية المترتبة على إلتزامات الصفقة العمومية...إلخ.

و إذا تعلقت بالطلبات الواردة في دعوى الإستعجال بالطبيعة إلى أصل الحق " حكم القاضي الإستعجالي بـــــعدم الإخـــتصاص لأن النزاع الخاص بموضوع الحق من إختصاص قاضي الموضوع، هذا المستقر عـــــليه فـــــي فـــقه المرافعات ولكن التطبيق الحرفي للمادة 924 من ق.إ.م.إ يؤدي إلى الحكم برفض الطلب."[67]

جـ / عدم المساس بالنظام العام : إن هذا الشرط خاص بالقضاء الإستعجال الإداري بالطبيعة دون الـــــقضاء الإستعجال العادي و دون الخوض في فكرة النظام العام بإعتبارها فكرة مرنة، و واسعة تتغير بتغير الظروف الإجتماعية و الإقتصادية و السياسية لأي دولة من الدول، كما أن مـــــفهوم النظام العام يـــــختلف بإخـــــتلاف الموضوع، إذ أن النظام العام في مجال الضبط الإداري ليس مفهومه فـــي مجال إجراءات التقاضي و هكذا فأهم شيء في هذا المقام هو أن قاضي الإستعجال الإداري عليه التحقق قبل الـــــفصل بإتخاذ أي تدبير وقائي أو مؤقت من عدم مساس المنازعة بالنظام الـــــعام و الأمن العام الذي يـــــخضع للـــــسلطة التقديرية للقاضي في تحديده دون التأثر بإدعاءات الأطراف و دفوعهم بما في ذلك الإدارة .و إن شرط عدم المساس بالنظام العام كان منصوص عليه ضمن المادة **171** مـكرر الفقرة **3** من ق.إ. م إلا أنـــه ضمن ق.إ.م.إ فإن المشرع لم يورده ضمن شروط الإستعجال و لـــــم ينص عليه صراحة إلا أنـــــه تمت الإشارة إليه في المادة **932** منه [68] ، عندما خصه بإستثناء عن باقي الـــدفوع إذ يجوز لهيئة الـــــقضاء الإستعجالي أن تخبر الخصوم بالأوجه المثارة المتعلقة بالنظام العام خلال الجلسة، خلافا لباقي الأوجه مهما كانت طبيعتها تطبيقا للمادة **843** من ق.إ.م.إ و أن المادة **932** جاءت كإستثناء لها.

-- هـــذا عن الشروط الثلاثة للإستعجال بالطبيعة، و من ثم فإن كل منازعة من مـــنازعات الـــــصفقات الـــــعمومية إذا توفرت فيها تلك الشروط مجتمعة تكون من إختصاص القضاء الإســـــتعجال بالـــــطبيعة وفقا للقواعد العامة للإستعجال المقررة ضمن ق.إ.م.إ مهما كان تصنيف نوع الـــــمنازعة، إذا ما كانت في مرحلة إبرام الصفقة العمومية أو كانت في مرحلة تنفيذها . و إن كان هذا النوع من الإستعجال يتعلق أساس بمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ. [69]

ثانيا : مميزات الإستعجال بالطبيعة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

إن الإستعجال بالطبيعة في ظل ق.إ.م.إ يتميز عن غيره سواء ما تعلق بإستعجال في ظل ق.إ.م السابق أو عن قضاء الموضوع أوعن الإستعجال القانوني حسب كل حالة بالأوجه التالية:

---

[67]- مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 151 .

[68] - أنظر للمادة 932 من قانون 08-09، المتضمن ق.إ.م.إ.

[69] - كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص130 .

1/ حـــــجية الـــــحكم الصادر عن قضاء الإستعجال بالطبيعة

إن الـــحكم [70] الصادر عن قضاء الإستعجال بالطبيعة تكون له حجية مؤقتة، ينتهي آثاره عند الـــفصل في دعوى الموضوع، لا يحوز بقوة الشيئ المقضي فيه كونه ذو طـــــابع وقـــائي و وقـــتي. و يترتب عـــن هذه الخاصية أنه يجوز لقاضي الإستعجال الرجوع فيه كلما ظهرت مقتضيات جديدة بطلب من كل ذي مـصلحة طبقا لما كرسته المادة **92** من ق.إ.م.إ ، و أن قاضي الموضوع الناظر في أصل الحق غير مـلزم بالتقيد به، فهو بهذا يختلف عن حجية الحكم الصادر عن قضاء الموضوع ، كما يختلف عن حجية الـــحكم الـــصادر عن قضاء الإستعجال القانوني كما سنوضحه فيما بعد، كما يتميز الحكم الصادر عن الـــقضاء الإســتعجالي بـأنه معجل النفاذ، و غير قابل للمعارضة ولا للإعتراض على النفاذ المعجل. أما عن طريق طرق الطعن فيخضع للقواعد العامة المقررة للأحكام الإستعجالية ضمن ق.إ.م.إ .

2/ قضاء الإستعجال بالطبيعة يندرج ضمن الإختصاص النوعي

إن الإستعجال بالطبيعة الذي يشترط لإنعقاده توافر عنصر الإستعجال و عدم المساس بأصل الـــحق و عـــدم الـــمساس بالـــنظام الـــعام هو من قبيل الإختصاص النوعي بين قاضي الموضوع
و قاضي الأمور المستعجلة، و بإعتبار أن الإختصاص النوعي من النظام العام فإن تلك الشروط الثلاثة تـــــكون بدورها متعلقة بالنظام العام، و من تم يجوز للأطراف الدفع بعدم الإختصاص إذ ا تـخلف أي شـــرط من الشروط، و في أي حالة كانت عليها الدعوى، كما يجوز لقاضي الإستعجال أن يـــثيرها من تـــلقاء نفسه، و ليس للخصوم أن يتفقوا على مخالفتها و يكون منطوق الحكم عند تخلف أي شـــرط من الشـــروط التصريح بعدم الإختصاص النوعي، وهذا ما وضحة الدكتور **راتب محمد علي** في قوله:
" و هـذا المتفق عليه في فقه المرافعات، و كان الأمر كذلك في ظل ق.إ.م السابق غير أن الأمر تـغير شـــيئا ما بصدور ق.إ.م.إ، ذلك إذا ظهر للتشكيلة الجالسة للنظر في الـــقضايا الإستعجالية أن شروط الإســـتعجال غـــير مـــتوفرة، فإنها لا تحكم بعدم الإختصاص النوعي كـما كان سابقا على إعتبار أن الإختصاص يعود لقضاة الموضوع، بل عليها وفقا ق.إ.م.إ أن تحكم " برفض الطلب " و أن رفـــض الـــطلب هـــو حـــكم فـي الموضوع كما نعرف لا يصدر إلا عن قاضي الموضوع، و أن الحكم بعدم الإختصاص لا يكون إلا في حالة التي تكون الدعوى الإستعجالية من إختصاص القضاء العادي **."**

إن مسك المشرع هنا غير مبرر ولا يخلو من تناقضات، و يخالف المفاهيم القانونية المعروفة فـــي فـــــقه المرافعات ، و مـــن شأنه أن يهدم أصلا نظرية قضاء الإستعجال و يقضي على خصوصيتها
و يـــــكاد يقتصر الأمر في هـــذه الحالة كفارق بين قضاء الإستعجال و قضاء الموضوع على تقليص الإجراءات و

---

[70]- أنظر لشرح كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 131 .

المهل لا غير [71].

3/ التشكيلة الفاصلة في الإستعجال الإداري بالطبيعة

إن ما يـــتميز به قضاء الإستعجال الإداري عن قضاء الإستعجال العادي الذي كان سائدا في ظل ق.إ.م.إ ، هـــو أن الـــمشرع الجزائري ضمن هذا الأخير جعل التشكيلة القضائية التي تفصل في مادة الإستعجال الإداري تشكيلة جماعية و هي تلك المنوط لها الفصل في دعوى الموضوع هذا ما كرسته المادة **917** منه [72] .

و قـــد تبنى الدكتور **غناي رمضان**[73] في مقالة له بعنوان " قراءة أولـــية لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية " فكرة أن تـــبني المشرع الجزائري التشكيلة الجماعية كـــانت لإستعادة قاضي الإستعجال لإخـــتصاص الأمـــر بـــوقف تنفيذ القرارات الإدارية بعدما إستقر الإجـــتهاد القضائي على منح هـــذا الإختصاص إلى قاضي الموضوع بناءا على تفسير مجلس الدولة للمادة **11/170** من ق.إ.م .

و إن كان ما تضمنه ق.إ.م.إ بهذا الشأن أكثر موضوعية و فعالية لنوع معين من المنازعات بـــإعتبار أن الـــقضاة الـــذين يفصلون في الدعوى الإستعجالية هم الذين يفصلون في دعوى الموضوع بالتشكيلـــة الجماعية نفسها حتى يتحقق الإنسجام بين الأحكام القضائية عندما تصدر عن نفس التشكيلة القضائية إلا أن هذا لا يشترط في نوع آخر من الدعاوى الإستعجالية و الـــذي يكفي للفصل فيها قاضي الفرد و هذا على عـــكس الـــمشرع الفرنسي الذي أخذ بالتشكيلة الفردية للقاء الإستعجال الإداري، مكلفا بها رئيس المحكمة الإدارية أو أي قاض منتدب لذلك.[74]

ثانيا: الإستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية

إن ابرز خاصية تتمتع بها منازعات الصفقات العمومية هو الإســـتعجال القـــانوني ، و قد أفردها الـــمشرع بـــنص مـــادتين من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فهذا النوع من منازعات الصفقات الـــعمومية يـــؤول إلـــى إخـــتصاص قـــضاء الإســـتعجال بـــنص القانون، و لو لم تتوفر فيه شروط الإستعجال... أي أن قاضي الإســـــتعجال وهو يفصل في هذه المنازعة التي آلت إليه بنص القانون فإنه لا ينظر إلى مدى توفر عنصر الإســـتعجال مـــــن عدمه، كما أنه يتصدى للموضوع و يفصل في أصـــل الحق و هذا ما سيتم توضيحه كالتالي.

1- منازعات الصفقات العمومية في نطاق الإستعجال القانوني

ســـــــيكون حديثنا في هذا المجال بالتفصيل عـــــن تحديد صنف منازعات الصفقات العمومية التي تـــــــدخل في نطاق قضاء الإستعجال القانوني و من ثم محاولة معرفة الغاية من إدراج هذا الصنف من المنازعات ضمن القضاء القانوني ثم تختمه بالتطرق إلى بيان التناقض الذي إحتوته فقرات نص المادة **946** من ق.إ.م.إ .

---

[71]- مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 132 .

[72] - راجع المادة 917 من قانون 08-09.

[73] - غناي رمضان، عنوان المداخلة، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كلية الحقوق ،جامعة بومرداس، الجزائر، 2009، ص 25 .

2 - Voir Richer Laurent, Droit des Contrats Administratifs, op cité, p 169 .

أ / تحديد منازعات الصفقات العمومية التي تندرج ضمن قضاء الإستعجال القانوني

قد خص المشرع الجزائري نوعا معينا من منازعات الصفقات العمومية و أدرجه ضمن قضاء الإستعجال بنص القانون، و هذا النوع من المنازعات يستقرأ من نص المادة **946** من ق.إ.م.إ التي نجدها تنص في فقرتها الأولى على أنه : " يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، و ذلك في حالة الإخلال بإلتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية. "[75]

-- إذن فالفقرة الأولى قد حددت صنف منازعات الصفقات العمومية التي تدخل في إختصاص قضاء الإستعجال بقوة القانون والتي تتمثل في المنازعات التي تنشأ في مرحلة إبرام الصفقة العمومية بسبب الإخلال بإجراءات الإشهار أو المنافسة و أن ما يؤكد هذا كذلك الفقرة **3** من نفس المادة التي نجدها تنص على أنه : " يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد " . و أن المنازعات التي تنشأ في مرحلة الإبرام هي التي تكون قبل إبرام العقد الصفقة العمومية، و أن المنازعات التي تنشأ في مرحلة التنفيذ هي التي تكون بعد إبرام عقد الصفقة العمومية .

إن جميع الإجراءات التي تتبع في مرحلة الإبرام، و التي تتمثل في الكيفية التي يتم على ضوئها إبرام الصفقة العمومية أو تأهيل المرشحين أو الإقصاء من المشاركة أو إختيار المتعامل المتعاقد، فإن كل ذلك له علاقة بإجراءات الإشهار أو المنافسة و ذلك تقيدا بإحترام مبادئ الحرية
والمساواة والشفافية أي بمعنى حرية الوصول للطلبات العمومية، مساواة في معاملة المرشحين
وشفافية الإجراءات و من أجل هذا وضع تنظيم الصفقات العمومية لضمان نجاعة الطلبات العمومية
والإستعمال الحسن للمال العام.

إن المصلحة المتعاقدة وهي تقوم بمختلف إجراءات الإبرام للصفقة العمومية، فإن تصرفاتها تظهر في شكل قرارات إدارية ، إذ كل إجراء تقوم به تجسده ضن قرار إداري معين، و أن هذه القرارات الإدارية التي تجسد إجراءات الإبرام تلك، تتمثل أساس في قرارات الإعلان عن الصفقة العمومية
و قرارت المنح المؤقت ، قرارات الخاصة بالتصديق على الصفقة العمومية، قرارات الإلغاء الصفقة العمومية التي تتخذ قبل إبرامها و قرار إبرام الصفقة العمومية في حد ذاته .
فكل تلك القرارات ضرورية في تكوين عقد الصفقة العمومية و لكنها غير مرتبطة به، فهي تعد قرارات إدارية منفصلة. و من ثم فإن منازعات الصفقات العمومية التي تنشأ في مرحلة الإبرام بسبب الإخلال بإجراءات الإشهار أو المنافسة، فإنها تتم أساس عبر الطعن في إحدى تلك القرارات الإدارية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة.

و مما سبق نرتكز على أن القرارات الإدارية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في مرحلة الإبرام تدخل في نطاق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، و أن الطعن فيها يكون عن طريق قضاء الإلغاء و هذ اما أكدته المادة **2/946** من ق.إ.م.إ التي تنص على: " يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد و الذي قد يتضرر

---

[75] - كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 135 .

من هذا الإخلال. و كذلك لممثل الدولة على مستوى الــولاية إذا العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية. "

-- و يــظهر من هذه الفقرة أن المشرع قد خول لكل ذي مصلحة فــي إبرام الصفقة العمومية، أو أي مـــــتضرر من أي إجراء من تلك الإجراءات المتعلقة بالإبرام، أن يلجأ إلى قضاء الإستعجال و يطعن فيه
و أن صاحب المصلحة أو المتضرر هنا يتمثل في الغير (غير المتعامل المتعاقد) لأن المنازعة يمكن أن تــنشأ قــبل إبــرام عــقد الصفقة العمومية و هنا المتعامل المتعاقد لم يتم التعرف عليه بعد، و إن كانت الــمنازعة قــد نــشأت بــعد إبرام عقد الصفقة العمومية فإن المتعامل المتعاقد يجب أن توفر فيه الصفة
والـمصلحة، ولا يكون الإكتفاء بالمصلحة فقط . كما نصت على ذلك المادة أعلاه ، أي أن يكون طرفا في العقد من جهة و أن يكون قد تضرر من الإجراء من جهة أخرى، أما الغير فيكفي أن تتوفر فيه المصلحة حتى و لــو لــم يكن طرفا في العقد، إذ أن المصلحة في دعوى الإلغاء توفر بمجرد أن يمس القرار الإداري بمركز قانوني أو فائدة . فهذه الخاصية تتعلق بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، و أن هذا الغير (غير المتعامل المتعاقد) لـــــــيس أمامه للطعن في القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة إلا سبيل دعوى الإلغاء كــونه لا يمكن له أن يسلك طريق دعوى القضاء الكامل لإنعدامه بحق شخصي أي حق شخصي بهذه الصورة و أنه ينازع أساسا في حق عيني يتمثل في القرار الإداري.

و من هنا نخلص إلى القول: انطلاقا من الفقرات الثلاثة الأولى من المادة 946 من ق.إ.م.إ بـــــأن مــنازعات الصفقات العمومية التي تنشأ في مرحلة الإبرام دون المنازعات التي تنشأ في مرحلة التنفيذ هـــي التي تؤول إلى إختصاص قضاء الإستعجال القانوني، هذه المرحلة التي تتميز بإصدار الــقرارات الإداريـــة المنفصلة، و التي يتم الطعن فيها بموجب دعوى الإلغاء بإعتبار أن المشرع قد خول لكل ذي مــصلحة فــي ذلــك، و أن موضوع دعوى الإلغاء يتمثل في تحديد مدى مشروعية القرار الصادر عن المصلحة المتعاقدة في مرحلة الإبرام و ذلك بمدى إحترام إجراءات الشهر أو إجراءات المنافسة و من ثم مدى تقيد المصلحة المتعاقدة بمبادئ الحرية، المساواة و الشفافية .

-- إذن فالقاضي الإستعجالي يفصل في أصل الحق عن طريق قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية ضمن الإستعجال.

ب / الهدف من إدراج منازعات مرحلة الإبرام ضمن قضاء الإستعجال القانوني

إن منازعات الصفقات العمومية التي خصها المشرع بالقضاء الإستعجالي القانوني هي منازعات موضوعية تعلق بإجراءات الإبرام على أن يتم الفصل فيها بسرعة، و ذلك لإعتبارات أهمها :

- **المحافظة على المال العام.**
- **المحافظة على الوقت .**
- **المحافظة على أهمية موضوع مشروع الصفقة العمومية.**

ذلك أنه في عالم الأعمال فإن **الوقت** هو المال وفقا للمثل الإنجليزي ، لكن عند المسلم **الوقت هو الحياة** و الحياة أثمن

من المال ، وهنا تمت مقارنة الوقت بما هو أهم لأن هناك الكثير من المشاريع ذات النفـع العام تم إتباع إجراءات إبرامها في ظل ق.إ.م السابق، فقدت أهميتها الإقتصادية و زادت تكاليفها المالية بـسبب توقف المشروع إلى غاية الفصل النهائي في منازعة دعوى الموضوع المتعلقة بالطعن بالإلغاء فـي إحـدى قـرارات الإبرام أمام قاضي الموضوع، أي وفقا للإجراءات العادية التي ليس لها طابع الإسـتعجال. ومـن ثم فلا بد أن يستنفذ المنازعة جميع طرق الطعن المقررة قانونا حتى يتسن إستئناف الـمشروع من جديد مما جعل موضوع الصفقة العمومية يفقد أهميته وزالت الغاية من إيجاده و زادت قـيمته المالية. مـما أدى بالمشرع الجزائري إلى إستدراك ذلك في ظل ق.إ.م.إ الجديد فخص منازعات الإبرام الـصفقة الـعمومية بإجراءات الإستعجال القانوني، و هذا حماية للمصلحة المتعاقدة بأن يتم إنجاز الـمشروع ضـمن آجـاله تـحقيقا للنفع العام، و لمصلحة المتعامل المتعاقد حتى يتسنى له تنفيذ إلتزاماته و لا يـبقى في الإنـتظار و كذلك لمصلحة الغير القائم بالطعن حتى يحدد مصيره بالنسبة للصفقة العمومية في أقرب الآجـال و ذلك بالفصل في المنازعات التي تنشأ في مرحلة إبرام الصفقة العمومية بسرعة، مقتديا في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي سبقه بتنظيم هذا النوع من المنازعات و مقتبسا من نصوصه.

2 - مميزات الإستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية

يـعد معرفة منازعات الصفقات العمومية التي أدرجها المشرع ضمن إجراءات الإستعمال القانوني فإنه من الواجب بيان الخصائص التي يتميز بها هذا الإستعجال عن غيره خاصة ما يتميز به عن الإستعجال بالطبيعة .

أ/ حجية الحكم الصادر عن قضاء الإستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية

إن الـحكم الذي يصدر عن قضاء الإستعجالي القانوني، و الذي يتعلق بالبت في منازعات الصفقات الـعمومية الناشئة في مرحلة الإبرام ، وهو حكم قطعي فاصل في أصل الحق، و من ثم فهو يتميز بنفس حـجية الحكم الذي يصدر عن القضاء الإداري و يحوز الشيء المقضي فيه، فهو ليس بحكم مؤقت ولا يتعلق بتدابير وقائية كما هو عليه الحكم الصادر عن قضاء الإستعجال بالطبيعة، وهذا ما كرسته الـمادة **300** مـن ق.إ.م.إ التي جاءت ضمن الكتاب الأول المتضمن الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية هذا كقاعدة عامة، و إذا تضمن الحكم الصادر عن قضاء الإستعجال القانوني إلغاء قرار إداري صـادر عـن المصلحة المتعاقدة . فإن هذا الحكم يأخذ بالإضافة إلى ذلك حجية الحكم بالإلغاء الذي له حجية العامة و المطلقة في مواجهة كافة و جميع السلطات العامة في الدولة.[76]

كـما أن الحكم الصادر عن قضاء الإستعجال القانوني يحمل نفس خصائص الحكم الإستعجالي، فهو مـشمول بالنفاذ المعجل ، أما عن طرق الطعن فإن المشرع لم يفرده بإجراءات خاصة و مـن تم فهـو يـخضع للقواعد العامة المقررة للأحكام الإستعجالية ضمن ق.إ.م.إ دون الخوض في تفاصيلها. و هـذا عـكس المشرع الفرنسي الذي حدد الطبيعة القانونية للأحكام الصادرة عن القضاء الإستعجالي الإداري لمنازعات الصفقات العمومية في هذا النطاق بكونها أحكاما تصدر إبتدائيا و نهائيا.

ب/ آجال الفصل المقررة لمنازعات الصفقات العمومية في نطاق الإستعجال القانوني

---

[76]- شيهوب مسعود. مرجع سابق. ص 145

قد حدد الـــمشرع آجال الفصل في منازعات الصفقات العمومية ضمن قضاء الإستعجال القانوني بعشرين **(20)** يوما من تاريخ إخطاره بالعريضة الإفتتاحية، و ذلك ضمن المادة **947** مـــن ق.إ.م.إ التي تنص: **"** تفصل المحكمة الإدارية في أجل عشرين (20) يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة **946** أعلاه .**"** وهي المدة نفسها التي أخذ بها المشرع الفرنسي[77].

و إن المدة عشرون يوما للفصل في المنازعة مسألة مهمة لصالح المصلحة المتعاقدة، و مشروع الصفقة العمومية، و لصالح المتعامل المتعاقد و لصالح الغير. حتى لا تتعطل مصالح كل واحد منهم يـخصه إلا أن المشرع لم يرتب أي جزاء إجرائي على تجاوز هذه المدة في الفصل غير أن هذه المدة جد قـــصيرة لا تـتفق و أهمية المنازعة و تطوراتها، كما أن مدة الفصل في حقيقة الأمر تخضع للسلطة

الـــتقديرية لهيئة القضاء الناظرة في المنازعة و تدخل في صميم صلاحياتها، بإعتبار أن كل منازعة تـختلف عن غيرها، و لكل منازعة وقت خاص بها. و ذلك بالنظر إلى موضوع المنازعة و ما تضمنته مـــن وثائق و ما تحتاجه من دراسة و مناقشة للدفوع المثارة، لأن الفصل هـنا يكون فـي أصل الحق

و بـالنظر كذلك إلى حجم الملفات الملقاة على كاهل هيئة القضاء. إن المشرع الجزائري غير معتاد على تـــحديد مدة الفصل في المنازعات القضائية و كان يشترط فقط بأن يتم الفصل في أقرب الآجال إلا أنه ضـــمن ق.إ.م.إ الـــجديد نجده قد حدد مدة الفصل في نوع معيين من الدعاوى كمت هو الحال في هذا المقام.

جـ / إجراء تأجيل إمضاء عقد الصفقة العمومية

قـد خول الـمشرع لجهة القضاء الإستعجالي و هي النظر منازعات الصفقات العمومية الناشئة عـــن مرحلة الإبرام، أن تـأمر بتأجيل إمضاء عقد الصفقة العمومية، إذا أخطرت بذلك لمدة لا تتجاوز عـــــشرين يومـا وفقا لما نصت عليه المادة **946** الفقرة الأخيرة من ق.إ.م.إ الجديد [78] . و هي من صلاحيات المتميزة الممنوحة للجهة القضائية الإستعجالية.

بداية يلاحظ ان مدة تأجيل إمضاء الصفقة العمومية هي نفسها المدة المقررة للفصل في أصل المنازعة أمام قضاء الإستعجال القانوني، و إن إجراء تأجيل إبرام عقد الصفقة إلى غاية الفصل في أصل المنازعة يؤخذ بالدراسة من زاويتين:

- **الزاوية الأولى** بالنظر إلى الغاية من منح سلطة تأجيل إمضاء العقد.
- **الزاوية الثانية** مقارنة إجراء تأجيل إمضاء العقد مع إجراءات وقف التنفيذ للقرار الإداري المطعون فيه، و ذلك على النحو التالي:

1/ إن غـــاية المشرع من وضع إجراءات الإستعجال الخاصة بمنازعات الصفقات العمومية و المتمثلة أساسا في تقصير آجال الفصل، و جواز الطعن قبل إبرام عقد الصفقة العمومية، و تخويل لهيئة القضاء ســـــلطة تأجيل إمضاء

77 - Lajoye Christophe, droit des marchés publics, ber éditions, Alger, 2007, p149.

2 - كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 145 و ما بعدها .

العقد، هو لتفادي وضعية يصعب تداركها ذلك أنه إذا نشب نزاع للمطالبة بإلغاء إحـــدى القرارات الإداريـــة المنفصلة التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة في مرحلة الإبرام و بالمقابل تكون عـــملية إبرام الصفقة العمومية قد تمت و دخلت حيز التنفيذ، و صـــــدر بعد ذلك حكم بالإلغاء **فما مصير عقد الصفقة العمومية؟ هل يتم التوقف عن تنفيذها بمجرد صدور هذا الحكم بصفة تلقائية لتأثيره الـــمباشر و حجيته المطلقة، أم أنه يتم الإستمرار في تنفيذ الصفقة العمومية إلى غاية تمسك مـــــن له مصلحة بهذا الحكم و الطعن في عقد الصفقة العمومية، أم أن الحكم بالإلغاء هو مجرد حكم نـــظري فصل في مدى مشروعية القرار الإداري و ليس له تأثير عملي و أن من صدر لمصلحته ليس له سوى المطالبة بالتعويض؟** .

و لتـجنب هذه الوضعية المتشابكة، و لتحقيق المصلحة العامة لمشروع الصفقة العمومية، و لحماية المال العام، و ضـمان مبدأ المساواة و تمكين الإختيار الأفضل للمتعامل المتعاقد، قام المشرع الجزائري بوضع إجـــراءات الإستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية و منح لهيئة القضاء الإستعجالي سلطة تأجيل إبرام عقد الصفقة العمومية إلى غاية الفصل في الطعن، بآجال قصيرة كما خول الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة قبل إبرام الصفقة العمومية.

2/ أما المسألة الثانية التي يثيرها إجراء تأجيل عملية إبرام عقد الصفقة العمومية، هو **ما مـــدى إمكانية وقف التنفيذ للقرار الإداري المطعون فيه[79]؟** ذلك أنه و كما هو مقرر قانونا أن القرار الإداري مشمول بالنفاذ المعجل، فهو بمجرد صدوره قابل للتنفيذ رغم الطعن فيه أمام القضاء وفـــقا لما أشارت إلى ذلك الـــمادة **833 /01** من ق.إ.م.إ و أن المشرع أجاز عند الطعن بالإلغاء في القرار الإداري أن يـــتم رفع دعـــوى مـــتزامنة معه للمطالبة بوقف تنفيذ ذلك القرار المطعون فيه إلى غاية الفصل في دعوى الإلغاء هذا ما كرسته المادة **833 /2** و المادة **834** من ق.إ.م.إ .

-- إذن فـــــــخاصية إجـراء تأجيل إمضاء الصفقة العمومية هو إجراء تتميز به منازعات العقود الإداريـــــة بصفة عامة و منازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة أمام القضاء الإستعجالي القانوني دون ســـواها من المنازعات بمختلف أنواعها، وهي من الصلاحيات المعتبرة و الهامة المخولة لجهات قضاء الإستعجالي في هذا المقام .

---

[79]- إطلع على بروك حليمة، دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود و الصفقات العمومية مجلة الفكر،عدد11، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 296 و ما بعدها.

الفصل الثاني

المبحث الأول: المنازعات الناشئة عند تنفيذ الصفقة العمومية

يـــحدث أن تـــنشأ نـــزاعات بين طرفي الصفقة العمومية في هذه المرحلة تحول دون تنفيذ هذه الأخـــير ســـواء عـــند الـــبدء أو التسليم النهائي للصفقة العمومية و هذا نتيجة إخلال أحد الطرفين بإلـــتزاماته ســـواء عن طريق إخلال المتعاقد مـــع الادارة بإلتزاماته أو إخلال المصلحة المتعاقدة بإلتزاماتها.

المطلب الأول: النزاعات الناشئة نتيجة إخلال المصلحة المتعاقدة بإلتزاماتها

قـــد يحدث و أن تخل المصلحة المتعاقدة **(service contractant)** بإلتزاماته[80] و التي تتمثل أساسا على الإلتزامات المالية، التي تلتزم بها أمام المتعاقد معها لعدم تسديد المقابل المالي المقرر بـموجب الـصفقة المبرمة، أو دفتر الشروط أو تتأخر في تسديده وفق الآجال المحددة مما يلحق أضرار بالمتعاقد معها ، و بالـــتالي يمكن للطرف المتعاقد إسترداد حقه أمام الجهات المختصة .كما قد تنشأ نـــزاعات متعلقة بالجانب المالي، رفض الإدارة الأسعار أثناء تنفيذ الصفقة .كذلك قد تنشأ نزاعات مالية عندما تقوم الإد ارة بحجز مبلغ الضمان بعد التسليم النهائي للصفقة... وهذا ما سيتم توضيحه بالتفصيل.

الفرع الأول: المنازعة الناشئة عن سلطة الإشراف و المراقبة

تـــتمتع الإدارة في مجال الصفقات العمومية بسلطات واسعة تبتدئ قبل إبرام العقد و حتى نهايته و هي سلطات متنوعة [81].

1- سلطة الإشراف

هـــي إمـتياز يخول للإدارة مرافقة المتعاقد معها و توجيهه من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة و إتـــمامها علـى الـنحو المتفق عليه، و هذا في مختلف مراحل التنفيذ و عادة مـا يقوم بهذا الإشراف و الـــتوجيه أعـــوان إداريين و تقنيون مختصون حسب موضوع الصفقة[82]و تـظهر هذه الخاصية في صـــفقات الإنجاز وتـمارس عادة بالتنسيق مع مكتب الدراسات المعهود إلـــيه لمـتابعة إنجاز الصفقة

و هذا ما أشارت إليه المادة **03/19** [83] و الـــتي تنص على أنه: **"** كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عـن حسن تنفيذ الجزء من الصفقة التي يعنيها." و يتم الإشراف و التوجيه عمليا من خلال تعليمات توجه للمتعاقد و لمكتب الدراسات

---

80 - حكيم طيبون، دور لجان الصفقات العمومية المختصة في التسوية الودية للنزاعات الناشئة عند تنفيذ الصفقات العمومية، مداخلة رقم 1، جامعة خميس مليانة، الجزائر، 2012

81 - عبد الرحيم بوليفة، تسوية منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ليسانس في القانون العام. كلية الحقوق جامعة الوادي،2014/2013، ص 34.

82- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2009، ص 144 .

83- المادة 03/19 من قانون 236/10 .

على حد سواء، و تدون في محضر موقع الإنجاز **(P.V de chantier)**

و تتمتع التعليمات بالقوة الملزمة مثل القرار الإداري تماما متى كانت صادرة عن الأعوان الإداريين المكلفين رسميا عن تنفيذ الصفقة [84] .و الغاية من منح الإدارة هذه السلطة، هو الرغبة في تجاوز الأخطاء المحتملة عند تنفيذ العقد الإداري و تحقيق الجودة، و هي تلعب دورا وقائيا و التقصير هنا يكون في عدم إلتزام الإداريون المشرفون، فيما يخص التوجيهات و الإشراف المستمر وهذه التوجيهات تصدر على شكل أوامر مصلحية مكتوبة و مؤرخة و مسجلة مع توقيع المتعاقد في سجل خاص **" cahier de chantier"** و إذا ما لاحظ هذا الأخير، أن هذه التوجيهات تتعدى إلتزاماته التعاقدية، يمكنه عندئذ الإحتجاج عليها بواسطة رسالة معللة يوجهها لصاحب المشروع داخل أجل خمسة عشر **(15)** يوما، لكن هذا الإحتجاج لا يوقف التنفيذ [85] .

2- سلطة المراقبة

هي سلطة ممنوحة للإدارة وهي مقيدة و ليست مطلقة، و ينبغي أن تراعي فيها مجموعة من الشروط من أهمها التقيد بمبدأ المشروعية، و المصلحة العامة و ألا يكون الهدف من هذه المراقبة يؤدي إلى مخالفة موضوع العقد أو تعديله، و تشمل مراقبة الإدارة للمتعامل المتعاقد كافة نواحي عمله [86] .

لا يمكن للإدارة إنتظار إنتهاء الصفقة حتى تمارس سلطة المراقبة عليها، و إنما تتزامن هذه المراقبة مع التنفيذ، و تتم إما عن طريق التقارير التي يرسلها كل من المتعاقد و مكتب الدراسات إلى الإدارة و التي تتعرض لنسبة تقدم الأشغال **"taux d'avancent des travaux"** و العراقيل المادية

و التقنية التي تعيق السير الحسن للأشغال إن وجدت. و إما عن طريق الخرجات الميدانية التي تقوم بها فرق إدارية متخصصة من أجل معاينة التنفيذ سواء بالعين المجردة أو بأخذ عينات و إرسالها للمخبرين

إن تطلب الأمر ذلك، و توجه للمتعاقد المخل إعذارات من أجل تدارك النقائص أو الأخطاء التي تمت معاينتها.

ولا تقتصر المراقبة على طريقة التنفيذ و آجاله فحسب، و إنما تشمل أيضا الوسائل و المواد و المنتجات المستعملة لتنفيذ الصفقة، وقد تمتد في بعض الحالات إلى علاقة المتعاقد بمستخدميه من حيث الكفاء و التخصص إذا كان مطلوبين [87] و هذا ما جاء في المادتين **35** و**36** من المرسوم الرئاسي **10-236** .وهذه السلطة تظهر بوضوح في صفقات الإنجاز أن تتحول الإدارة إلى المدير الحقيقي للمشروع أما المقاول فيصبح جهة تنفيذ للتعليمات الصادرة عن الإدارة و مع ذلك فسلطة الإدارة في رقابة تنفيذ الصفقة العمومية تحدها إعتبارات تتمثل في:

- وجوب توفير ضمانات للمتعاقد معها ضد تعسفها أو إنحرافها في إستعمال السلطة بغية

84- رشيد السعيد، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الإجتهاد القضائي المغربي، ط 1 2010،ص 16 .

85- عبد العالي سمير، الصفقات العمومية و التنمية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط 01، 2010، ص70.

86 - الأطرش سعاد، مرجع سابق، ص 118.

87- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1997، ص 110 و ما بعدها.

تحقيق أغراض غير متعلقة بالمصلحة العامة.

- لا يجوز للإدارة أيضا أن تؤدي سلطتها في الرقابة إلى التدخل في الأعمال الداخلية للمتعامل المتعاقد و إلا إنقلب أسلوب الإدارة إلى إستغلال مباشر.

و الأوامـــر الـتي تصدرها الإدارة إلى المقاول بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد أو تكمل و النقص فيها بـــصورة مباشرة، بعد التنفيذ. و ما على المقاول إلا أن يستجيب لتلك الأوامر و له الحق في الطعن فيها أمـــام الـــقضاء بـــعد التنفيذ أو إقامة دعوى وفق التنفيذ تلك الأوامر إدا ما كانت هناك ضرورة لوقف تنفيذها.[88]

الفرع الثاني: المنازعة الناشئة عن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء

لإدارة حـق توقيع جزاءات متعددة على المتعاقد معها، الذي يخل بإلتزاماته سواء تمثل هذا الإخلال فـــي الإمتناع عن التنفيذ أو في التأخير فيه أو في القيام به بصورة غير مرضية وهذا الحق مقرر للإدارة أيضا و لو لم يرد النص عليه صراحة في العقد.

و ليس للإدارة توقيع العقوبات الجنائية، على المتعاقد معها كما يجب عليها إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاءات عليه، إلا في حالات الإستعجال أو نص العقد على خلاف ذلك. ويراقب القضاء الإداري الإدارة في إستعمالها لحق توقيع الجزاءات من حيث المشروعية و الملائمة معا، أي أنه لا يراقب فقط مخالفة الجزاء لأحكام القانون و إنما تناسب الجزاء الموقع مع المخالفة المرتكبة.

و إذا توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معينا، ووضعوا له جزاء بعينه فيجب أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات لأن الأحكام التي تضمنتها اللائحة كانت ماثلة أمامها عند إبرام العقد، بل لا يجوز للمحكمة أن تقبض على غير مقتضاه.

و الهدف الأساسي من توقيع الجزاءات على المتعاقد هو مجازاته أو تعويض الإدارة عما أصابها من ضرر و إنما هو ضمان سير المرافق العامة بإنتظام و إطراد و تتنوع الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها و تشمل مايلي:

1- الجزاءات المالية

هـــي مبالغ مالية محددة تلزم الإدارة بها المتعاقد الذي يخل بإلتزاماته، و تختلف الجزاءات المالية في العقود الإدارية عن الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي في القانون الخاص في أن الإدارة توقعها على المتعاقد معها دون تدخل من جانب القضاء و بغير حاجة إلى إثبات ما لحقها من ضرر بسبب الإخلال بالشروط الموجودة في العقد و الجزاءات المالية نوعان:

---

88 -ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 149 و ما بعدها.

- أ/ غرامات الإخلال (التأخير)

و يـــــقصد بها بأنها غالبا ما توقع بمناسبة التأخير في تنفيذ الإلتزامات و هي مبالغ مالية منصوص عـليها في العقد ....و لإدارة أن تحصلها من المتعاقد في حالة إخلاله بإلتزاماته [89]دون الحاجة إلى حكم قضائي أو إثبات ما أصابها من ضرر و لا يعفى المتعاقد منها ، إلا بإثبات أن الضرر يرجع إلى القوة القاهرة أو فعل الإدارة نفسها.

- ب/ مصادرة التأمين

هي إستلاء الإدارة على مبلغ التأمين [90]الذي ودعه المتعاقد مع الإدارة ليضمن لها مسؤوليته في حالة إخلاله بشروط العقد . و يجوز الجمع بين مصادرة التأمين و بين التعويض لجبر كل الضرر الذي أصاب الإدارة، ما لم ينص العقد صراحة على العكس، و ذلك لأن مبلغ التأمين لا يمثل الحد الأقصى. و إنما الحد الدنى للتعويض المستحق للإدارة في حالة الإخلال بشروط العقد.

و للإدارة حق مصادرة التأمين بطريقة التنفيذ المباشر دون الحاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء في حالة عدم التنفيذ، و ذلك سواء نص أو لم ينص في شروط العقد على ذلك و حق مصادرة التأمين لا يستلزم إثبات الضرر لأنه ركن مفترض غير قابل لإثبات العكس.

2- جـــزاء الإكـــراه أو التنفيذ على حساب المتعاقد

هو أن تقوم الإدارة بنفسها في حالة الخطأ الجسيم مقام المتعامل المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته أو أن تحل غيره محله في القيام بها بصفة مؤقتة لحساب و على مسؤولية المتعاقد، وذلك كوسيلة للضغط عليه و حمله على تنفيذ إلتزاماته مع بقاء العقد قائما. و تتمتع الإدارة بالسلطة التقديرية في اللجوء إلى التنفيذ على حساب المتعاقد و لا يشترط حدوث الضرر أو اللجوء للقضاء.

3- فسخ العقد

أي حل الرابطة العقدية كجزاء لإخلال الطرف الآخر بإلتزاماته و لا تلجأ الإدارة إلى جزاء فسخ العقد إلا في حالة الـضرر الـــــجسيم أو الـمتكرر الذي يفقدها الأمل على حسن تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته في المستقبل [91]

89-راجع المادة 24 من المرسوم الرئاسي 12-23. مرجع سابق.

90- و هذا ما وضحه الطالب بوليفة عبد الرحيم. مرجع سابق. في مذكرته مبينا أن مصادرة مبلغ الضمان يعتبر الضمان مبلغ مالي محدد بـ05 %أو 10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعتها. هذا المبلغ تحتفظ به الإدارة كضمان في حالة ظهور عيوب على الإنجاز، و لقد أوجبته المادة 12 من المرسوم الرئاسي 12-23 لذلك قد تتمكن الإدارة من ممارسة هذه السلطة أو هذا الجزاء المتمثل في مصادرة هذا المبلغ يتعين وجوده بين يديها في شكل مبلغ ضمان يسمى " كفالة حسن السيرة".

91- عبد الغني بسيوني، النظرية العامة للقانون الإداري، منشأة المعارف، مصر،2013، ص 595 .

المطلب الثاني: المنازعات الناتجة عن إخلال المتعامل المتعاقد مع الإدارة بإلتزاماته

يـــمكن لأحـــد طـــرفي الـــصفقة أن يـــخل بإلتزاماته مما يؤدي إلى نشوب نزاع حول تنفيـــذ الصفقة العمومية، فقد يحدث أن يـــخل المتعاقد مع الإدارة بإلتزاماته سواء تمثل هذا الإخلال في الإمتناع عن التنفيذ أم فـــي الـــتأخير أو في الـــقيام بـــه بصورة غير مرضية أي معينة، مما يؤدي بالمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى إستعمال إمتيازات التي تتمتع بها فتقوم بإرادتها المنفردة بتوقـيع مختلف الجزاءات المخولة لها على المتعاقد معها أو اللجوء إلى القاضي للمطالبة بإدانة هذا الأخير نتيجة الإخلال الذي إقترفه. وهذا ما سنبينه فيمايلي ..

الفرع الأول: إلتزامات المتعامل المتعاقد

إن المتعاقد مع الإدارة في إطار الصفقة العمومية يجب أن يقوم بالتنفيذ طبق للشروط و المواصفات التي تعهد بها الإمتثال لأوامر المصلحة المشروعة و الإلتزام بمسألتين أساسيتين:

- تـــــواجده بعين المكان و إنجاز الصفقة في موعدها المحدد في وعلى المقاول أن يحرص بنفسه على حسن سير الأشغال وهذا التواجد يمكنه من التدخل في الوقت المناسب قصد تقويم الإعوجاج المحتمل و تـنفيذ أوامـر الإدارة و إيجاد الحلول للمشاكل التي من شأنها أن تعرقل السير العادي للمنجزات.
- أما بخصوص المسألة الثانية و التي تهم إنجاز الصفقة في موعدها المحدد – الأمر **الذي** غالبا ما يكون مقررا في دفتر الشروط الخصوصية – يتعين على المتعاقد أن يبادر بالشروع في التنفيذ بمجرد المصادقة على الصفقة.

إن تنفيذ الإلتزامات التعاقدية في عقود القانون الخاص يرتبط بمبدأين أساسين و هما:

- **مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.**
- **مبدأ العقد شريعة الـــمتعاقدين.**

فبالنسبة **لمبدأ حسن النية**، فهو مبدأ عام سواء في عقود القانون الخاص أو عقود القانون العام. أما بالنسبة **لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين** فيأخذ معنى آخر ، حيث يصبح المتعاقد مع الإدارة متعاون معها في الأخذ بكل ما من شأنه إدامة سير المرفق العام و إدارة نشاطه، و لهذا الوضع أثره في تنفيذ إلتزاماته.

فالمتعاقد مع الإدارة عليه أن يعلم أنه يقوم بتنفيذ إلتزاماته وفقا لنوع خاص من القواعد و الأحكام القانونية هي أكثر شدة من تلك التي يجري تطبيقها في عقود القانون الخاص و مع ذلك فالمتعاقد مع الإدارة يلتزم بتنفيذ إلتزاماته العقدية شأنه في ذلك كل متعاقد في أي عقد كان، إلا أن إلتزامه بالتنفيذ لا يكون مصدره الوحيد العقد و إنما يضاف إليه ماهو منصوص عليه في دفاتر الشروط العامة أو النصوص الآمرة في القوانين و التعليمات التي تنظم التعاقد ...

-- إذن إن إلتزامات المتعاقد تجاه الإدارة لا يمكن حصرها من جميع النواحي لأنها تتعلق بطبيعة كل عقد من العقود الإدارية ، و مع ذلك يمكن إجمالها بمايلي:

- أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد على مسؤوليته الخاصة، و أن يلتزم بالتنفيذ شخصيا.

- عليه تنفيذ إلتزاماته كماهي عليه في العقد أو في دفاتر الشروط العامة.
- أن ينفذ إلتزاماته بطريقة سليمة و بعناية تامة.
- أن يلتزم بمبدأ حسن النية في التنفيذ.
- أن يحترم المدة المحددة للوفاء بإلتزاماته. [92]

الفرع الثاني: حقوق المتعامل المتعاقد

إزاء السلطات الواسعة لجهة الإدارة في العقد، فإن للمتعامل المتعاقد حقوقا مستمدة من العقـد وقد عمل مـجلس الدولة الفرنسي على أن يقرر للمتعاقد حقوقا توازي سلطات الإدارة الواسعة، و ذلك لكي لا تكون تـلك السلطات تشكل عقبة أمام الأفراد الراغبين بالتعاقد مع الإدارة فتفقد هذه الأخيرة بذلك وسيلة مـن أنـجع الـوسائل في تسيير الـمرافق العامة، فالمتعاقد يساهم في تسيير المرفق العام من ناحية، و من الـناحية الثانية فإنه يسعى إلى تـحقيق الـربح المشروع، و لذلك فإن حقوق المتعاقد مع الإدارة تتمثل فيمايلي:

أولا: حق المتعاقد في أن تحترم الإدارة إلتزاماتها العقدية

إن الإدارة حينما تتعاقد يجب عليها تنفيذ العقد من لحظة تصديقه، و هذا يعني أن الإدارة لا تستطيع أن تـفسخ العقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من إلتزامات و إلا فإنها تعتبر مسؤولية تعاقدية إذا أجرت ذلك، و يترتب للمتعاقد حق التعويض من جرائه . و يجب على الإدارة أن تحترم مقتضيات حسن النية فلا يجوز لها أن تتعسف في عدم قبول بعض الأعمال التي قام المتعامل المتعاقد و ينبغي عليها أيضا إن تمهد و توفر سبل الكفيلة أو لبدأ المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته العقدية.

ثانيا: حق المتعامل في الحصول على المقابل النقدي

يـعتبر هـذا الحق مـن أهم حقوق المتعامل مع الإدارة و ذلك لكون المتعاقد دائما يهدف قبل كل شيئ إلى تحقيق منفعة مادية تتمثل بالربح الناجم عن الفرق بين كلفة العقد و بين ما بذله المتعاقد من جهود فعليـة و المقابل النقدي الذي يحصل عليه المتعاقد عبارة عن ثمن. و الشروط الخاصة بالناحية المالية في الـعقد، هي شروط تعاقدية . فالإدارة لا تستطيع تعديلها أو نقضها[93] و الأصل أن المقابل المالي في العقد يتسم بطابع الإستقرار و الثبات لأن المتعاقد مع الإدارة يحدد عند التعاقد المقابل الذي يطلبه مقابل ما يقدمه لـلإدارة و يـحقق به التوازن المالي للعقد، و لا يلتفت بعد ذلك إلى تقلبات السوق أو العملة أو الـتعريفة الجمركية و غـيرها من المسائل المتوقع حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة ، فلا يجوز للـمتعاقد المطالبة بفرق السعر مـرجعه إلى زيادة سعر العملة عند مراحل الـتنفيذ ،بإعتبار أن ذلك يؤدي إلى زيادة أعباء الإدارة و إلى زيـادة قيمـة المقابل النقدي للعقد، وهـو أمر غير جائز كأصل

92- الأطرش سعاد، مرجع سابق، ص 122.

93- أنظر حكيم طيبون، مرجع سابق، ص 4.

- محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 81.

- ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 155-161.

عام و لا يتم الأخذ به إلا إستثناء و بنص تعاقدي خاص قائم على الرضا المشترك لطرفي العقد.

ثالثا: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد

إن مـــرونة العقد الإداري أن تمنح الإدارة سلطة كبيرة في تعديل العقد الإداري فإنها ينبغي أن تمنح المتعاقد معـــــها الفرصة لكي يستعيد حقوقه بحسب الأحوال زيادة أو نقصانا، فالإلتزامات التي تفرضها ضرورات التعديل على مضمون العقد ينبغي أن تقابلها من الجانب الآخر حقوق للمتعاقد، وهذا ما يسمى بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري.[94]

المطلب الثالث: صور المنازعات الناشئة عند التنفيذ

إن تنوعت أشكال المنازعات الناشئة بمناسبة تنفيذ الصفقة العمومية منحت لنا إمكانية تصور قسمين من الـــمنازعات الـــمطروحة أمام الجهات القضائية المختصة، وعلى هذا الأساس حاولنا أن نخصص لها فرعين الأول يتعلق بالمنازعات التقنية و الثاني بالمنازعات المالية و هذا ما سنوضحه كمايلي.

الفرع الأول: المنازعات التقنية

هي تلك المنازعة التي تنشأ بمناسبة تنفيذ الجانب التقني من الصفقة، و ذلك بمخالفة أحد البنود الواردة بها فـــقد يحدث و أن تعمد المصلحة المتعاقدة إلى تفسير أحد البنود الواردة في العقد بمحض إرادتها لإرغام الـــــمتعامل المتعاقد على تغيير نوعية الخدمات المطلوبة.. و في الواقع العملي نجد أكثر هذه المنازعات شيوعا في صفقات الأشغال نظرا للميزة التي تتصف بها من خلال إستعمال الطرق التقنية و التكنولوجية. كما الـــمتعامل المتعاقد يقوم بتنفيذ مضمون الصفقة على أساس الكشف الكمي و التقديري الذي يجدد فيه
و بدقة نـــــوعية المواد المستعملة و الخدمات المطلوبة...و عليه يمكن أن نورد أهم المنازعات المتعلقة بالجانب التقني للصفقة و المطروحة على الجهات القضائية:

- المنازعات المتعلقة بتفسير بند من البنود التقنية للصفقة

فقد يحدث و أن تقوم المصلحة المتعاقدة بتفسير أحد البنود الغامضة بإرادتها المنفردة، و تضيف بذلك إلـــتزامات أخرى على عاتق المتعامل المتعاقد كالخلاف الناشئ بشأن نوعية الحديد المستعمل في إنجاز بناية معينة.

- المنازعات المتعلقة بتغيير نوعية الخدمات المطلوبة

و مـــــــثالها أن تفرض المصلحة المتعاقدة نوعية معينة من الخدمات بالرغم من عدم إدراجها في الصفقة كتزويدها بأجهزة إعلام آلي دون تحديد نوعيتها.

- المنازعات المتعلقة بتفسير مخططات الإنجاز بعد البدء في تنفيذ الصفقة

و مثالها أن تضطر المصلحة المتعاقدة إلى تغيير مخطط إنجاز المشروع مما يترتب إلتزاما إضافيا على عاتق

94- اسكندر لحماري و هشام قندوزي، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة 16، 2008/2005، ص 29.

المتعامل المتعاقد الذي يرفض تحمل تكاليف هذا التغيير.

الفرع الثاني: المنازعات المالية

هي تلك المنازعة المتعلقة بالجانب المالي للصفقة، وتنشأ نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد أو المصلحة المتعاقدة بإلتزاماتها التعاقدية، و تتمحور أساسا في تسديد مستحقات الصفقة أو التأخر في تسديدها
و للوقوف على أهم المنازعات المتعلقة بالجانب المالي للصفقة نذكر منها:

- المنازعات المتعلقة بتحيين الأسعار

إن التحيين يسمح بتغيير السعر القاعدي للصفقة، و ذلك بسبب التغيرات الإقتصادية و لا يطبق التحيين إلا في الفترة الممتدة ما بين التاريخ المحدد لإيداع العروض و تاريخ الأمر بالتنفيذ و التحيين يمكنه قبوله حتى في الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة و غير قابلة للمراجعة .

- المنازعات المتعلقة بالتأخير في تسديد مستحقات الصفقة

عند التسليم النهائي لمشروع الصفقة تقوم المصلحة المتعاقدة بتسوية حساب الرصيد النهائي و رد إقتطاعات الضمان و شطب الكفالات التي كونه المتعامل المتعاقد و ذلك في أجل لا يمكن أن يتجاوز ثلاثين **(30)** يوما من إستيلام الكشف أو الفاتورة ....

- المنازعات المتعلقة بالفوائد التأخيرية

يخول عدم صرف المدفوعات على الحساب في الأجل المحدد للمتعامل المتعاقد و بدون أي إجراء الحق في إستلام فوائد التأخير و من ثمة فإن الفوائد التأخيرية هي عبارة عن قيم مستحقة في ذمة المصلحة المتعاقدة تدفع للمتعامل المتعاقد في حالة عدم تمكينه من مبلغ الدفوعات على الحساب .

- المنازعات المتعلقة بالأشغال التكميلية

و مثالها أن تطلب المصلحة المتعاقدة من المتعامل القيام ببعض الأشغال الإضافية غير المدرجة في بنود الصفقة و دون الإتفاق على السعر المحدد لها مع الإشارة على أن دفتر البنود الإدارية العامة ينص في هذا المجال على أن المصلحة المتعاقدة بإقتراح سعر معين لهذه الأشغال التكميلية.

- المنازعات المتعلقة بحبر الأضرار اللاحقة بالمتعامل المتعاقد

إذا تعرض المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة إلى أضرار جاز له المطالبة بالتعويض شريطة ألا يكون هو المتسبب فيها، و لعل أهم الأسباب التي تخوله اللجوء إلى القضاء و المطالبة بالتعويض نذكرها على سبيل المثال:

- حالة إختلال التوازن المالي للمتعامل المتعاقد و ذلك بفعل الإدارة أو لأسباب خارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة ،الكوارث الطبيعية مثلا .
- حالة قيام المتعامل المتعاقد بأشغال لإضافية غير واردة في الصفقة و لكنها لازمة و مفيدة للمصلحة المتعاقدة.
- حالة حدوث تقصير من طرف المصلحة المتعاقدة يترتب عليه ضرر للمتعامل المتعاقد.

-- و هـــــــذه بإختصار أهم المنازعات المطروحة في الواقع العملي على الجهات القضائية لإثراء الموضوع أكثر سنحاول أن نبرز دور القاضي الإداري في معالجة المنازعات الناشئة عند تنفيذ الصفقة العمومية و ذلك كالتالي.

المبحث الثاني: تسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية

نصت المادة **115** من المرسوم **10-236** على أنه: " تسوي النزاعات التي تطرأ في تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها."

لكن قبل الحديث عن التسوية الودية و القضائية لابد من إبراز دور القاضي الإداري في حله لمنازعات الصفقات العمومية عند التنفيذ ومن ثم نفصل في التسوية بنوعيها.

المطلب الأول: إختصاص البت في النزاعات

و نقصد به هنا – إختصاص البت في النزاعات - فيما تكمن سلطات القاضي الإداري في البث في النزاعات و الحكم ببطلان الصفقة العمومية و فسخها. و كذلك في إختصاصاته في إلزام الإدارة في التعويض عن الأضرار الناجمة عن خطئها.

الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في الحكم ببطلان الصفقة العمومية و فسخها

نتطرق في هذا الفرع إلى سلطات القاضي الإداري في حل منازعات التي تحدث أثناء مرحلة التنفيذ لـــــعدم توافر الأركان الأساسية، و الشروط الشكلية المتعلقة بالصفقات العمومية. ما يؤدي إلى إمكانية إبطالها من قبل أصحاب المصلحة في ذلك.

أولا: سلطة القاضي الإداري في الحكم ببطلان الصفقة العمومية

أ/ العيوب المتعلقة بالصفقات العمومية

1 – العيوب الخارجية

أهلية أطراف الصفقة العمومية و سلامة الإرادة من العيوب: كما هو معروف أن العقد الإداري ينعقد بوجود شخصين أحدهما معنوي (دولة. أو الولاية أو البلدية.....إلخ) نص المادة **49** من ق.م.ج[95] يـــــعتبر العقد الـــمبرم بين شخصين من القانون الخاص عقدا إداريا ليس بالنظر إلى أطراف العقد بل بالنظر غلى مـــــــوضوعه، و ذلك إذا تعلق بأشغال هي بطبيعتها تخص الدولة كالأشغال العمومية[96] كما أن صفة المصلحة المتعاقدة المنصوص عليها في المادة

---

95 - رشيد خلوفي، القانون 05-10المؤرخ في 13 جمادى الاولى 1426 الموافق ل 20 جوان 2005 المتضمن تعديل القانون المدني، كليك للنشر، الجزائر، 2010، ص 12.

96-Marceau LONG, GAJA2 eme, Edition Dalloz, Paris, 1999, p 603.

2 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 80.

2 من ق.ص.ع الجديد تثير عدة مسائل ندكر بعضا منها:

- عدم الإختصاص الإقليمي: كأن تقوم إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري في بلدية **"أ"** خطأ إبرام صفقة عمومية تدخل في نطاق إختصاص مؤسسة عمومية أخرى تابعة لهذه البلدية.

- عدم الإختصاص الزمني: كأن تبرم مؤسسة عمومية صفقة عمومية بعد قرار حلها و إنشاء مؤسسة عمومية أخرى عوضها.

- عدم الإختصاص النوعي: الذي يرتبط أساسا بقاعدة تخصيص الأهداف بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، إذ لا يمكن مباشرة إختصاصاتها إلا داخل النطاق القانوني.

-- كما أن مشكلا آخر يمكن إثارته وهو ما مدى إختصاص الموظف العمومي الذي يمثل المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقات العمومية؟

إن صفة الشخص الذي يتعاقد مع الإدارة و تتعلق أساس بفكرة الأهلية بالنسبة للشخص الطبيعي. أما إذا كان المتعاقد شخصا معنويا، فإن الصفة تتعلق بمدى صحة تمثيل الشخص الذي قام بالتوقيع على الصفقة الـــــعمومية للشخص المعنوي الذي ينوب عنه. و من ثم فإن القاضي المدني هو الذي يختص بالنظر في هذه المسائل، فإذا كان الفصل في صحة العقد الإداري متوقفا على الدفع الجدي لمسألة أولية تتعلق بأهلية الـــشخص الخاص، فـإن القاضي المختص يوقف الدعوى، و يحيلها على القاضي العادي ليفصل فيها. و يعتبر هذا الحكم مقيدا للقاضي الإداري.

بطلان الصفقات العمومية لعيب يتعلق بركن الرضا: إن الصفقات العمومية تتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتان[97] إذ يتمثل الإيجاب في العرض المقدم من طرف المتعهد فإذا وافقه قبول طرف المصلحة المتعاقدة إنعقدت الصفقة. أما الإعلان عن الصفقة العمومية فلا يعتبر سوى دعوة للتعاقد[98]، حيث لا يكفي للقيام الصفقات العمومية توافر الإيجاب و القبول، لكن يجب أن يكون التراضي صحيحا خاليا من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط و التدليس و الإكراه فإذا شابت إرادة المتعاقد أيا من تلك العيوب جاز له طلب إبطالها .

الغلط: هو حالة تقوم إما على أساس واقعة يتوهم الإنسان عدم صحتها أو واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، و يشترط في الغلط لإحداث تلك النتيجة أن **يكون جوهريا** وفقا لنص المادة **82** من ق.م.ج [99] .أما حالاته:

- إذا وقع في صفة الشيء.

---

3 - عبد الحفيظ مانع ، طرق إبرام الصفقات العمومية و كيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد .تلمسان ،الجزائر، 2008/2007، ص 140.

- لـــــحميم زولـــــــيخة، محاضرات في مصادر الإلتزام، ملقاة على طلبة سنة أولى حقوق، كلية الحقوق جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2011/2010.

- بـــن الـــــــــشيخ هشام، محاضرات في مصادر الإلتزام ، ملقاة على طلبة سنة أولـــى حقوق، كلية الحقوق جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2011/2010.

- بن أحمد صليحة، محاضرات في مصادر الإلتزام ، ملقاة على طلبة سنة ثانية حقوق قانون العام، كلية الحقوق جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2012/2011.

- إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته و كانت هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.[100]

أما بالنسبة لشروط الغلط فتتمثل في كونه أن يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام الصفقة لو لم يقع في هذا الغلط. و ما تجدر الإشارة إليه أن الخطأ في الكتابة أو الحساب، لا يعدو ان يكون غلطا ماديا يتم تصحيحه دون تأثيره على صحة الصفقات العمومية.

إتصال علم المتعاقد الآخر بالغلط ، وهذا ما إشترطته المادة **82** من ق.م.ج. أنه متى يؤدي الغلط إلى إبطال الصفقات العمومية، فإنه يتعين أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع في ذات الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ولا شك في أن هذا الشرط قصد المشرع به حماية الطرف الآخر حسن النية.

التدليس: إن الصفقات العمومية تبطل إذا ما شاب إرادة أحد طرفيها غلط أوقعه في الطرف الآخر مستعملا طرقا إحتيالية، إلا أنه من غير المعقول أن تدلس الإدارة على المتعاقد معها لحمله على التعاقد بحيث يفترض أن المتعاقد مع الإدارة هو الذي يقوم بالتدليس عليها لدفعها للتعاقد معه.

و يلحق أضرار بالإدارة و بالتالي من حقها و واجبها إبطالها. لأن التدليس كسبب للإبطال يجب أن يكون صادرا من أحد طرفيه ليكون بمثابة جزاء، و لا يجوز توقيع هذا الجزاء على أحد طرفي الصفقة إذا لم يكن سببا في ذلك كما في حالة قيام شخص أجنبي بالتدليس، و بالتالي يشترط فيه أن يكون مستعمل هذه الحيل أحد الطرفين أو يكون هذا الطرف على علم به أو من المفروض أن يعلم به.

و من عناصره: **العنصر المادي** و يتمثل في إستعمال طرق إحتيالية من طرف أحد المتعاقدين أو نائبيهما تبلغ درجة الجسامة تدفع بالطرف الآخر لإبرام الصفقة. أما **المعنوي** فيتحقق بتوافر القصد لدى مستخدم الطرق الإحتيالية في دفع الطرف الآخر للتعاقد معه، أي توافر نية التظليل لدى المدلس.

و التدليس نوعان هناك التدليس الدافع **Incitatif** وهو وحده الذي يعيب الرضا، و بالتالي يستوجب إبطال الصفقات العمومية .أما العارض **Incident** لا يعد سببا للإبطال و إنما هو سبب للتعويض.

الإكراه: هو الضغط الذي تتأثر به إرادة الشخص فيندفع للتعاقد، إذ يفسد الرضا على أساس الرهبة النفسية التي توجدها الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه، ويكون هذا الأخير مبطلا للصفقات العمومية إذا ما تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق.[101]

و تكمن عناصره فيمايلي : **العنصر المادي** يتمثل في الوسائل المستخدمة في الإكراه و التي من شأنها تـــــهديد الطرف المكره. أما **العنصر المعنوي** يكمن في الرهبة المتولدة عن الوسائل المادية المستخدمة و التي تؤثر في نفس المتعاقد المكره دافعة إياه إلى التعاقد. و يقع عبء إثبات إبرام الصفقات العمومية تحت تأثير الإكراه على عاتق من

---

100 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية و القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي مصر 2007، ص 83 .

101- بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص79.

يدعيه.[102]

الغبن: يتحقق في الصفقات العمومية إذا ما كانت إلتزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مع ما حصل عليه أحدهما من فائدة مالية حيث يتبين أن الطرف المغبون قد أبرم الصفقة نتيجة لإستغلال الطرف الآخر لطيش بين أو هوى جامح. و يجوز للقاضي الإداري بناءا على طلب المتعاقد المغبون إبطال الصفقة ما لم يكن هذا الغبن عاديا نظريا لأن الصفقة العمومية هي نوع من أنواع العقود و التي تعتبر من عقود الإذعان و المتضمنة لإلتزامات غير متساوية و إنما متفاوتة يرجع السبب في ذلك إلى المركز القانوني لكلا طرفي الصفقة العمومية.

مخالفة قواعد الشكل و الإجراءات في الصفقات العمومية: يرتب القضاء الإداري الفرنسي في هذا الصدد نتائج بالغة الأهمية على الشكل الكتابي للصفقات العمومية تتمثل فيمايلي:

- **أن العقد المكتوب يعتبر ثابت التاريخ،** وهذا ما نصت عليه المادة **4** من المرسوم **10-236**
- **لا يمكن إنكار ما تشمل عليه الصفقات العمومية إلا عن طريق الطعن بالتزوير.**

وعلى هذا الأساس يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتبع بعض الشكليات الجوهرية و التي يترتب على مخالفتها بطلان الصفقة العمومية بطلانا مطلقا [103]و هي:

- **مبدأ الشكل الكتابي للصفقة .**
- **دفتر الشروط .**

و نظرا لأهمية هذه الصفقات العمومية يجب على الإدارة عدم التعسف و ضمان إحترامها و إلا كانت عرضة للبطلان من قبل القاضي الإداري الذي له سلطات مقيدة بموجب النصوص القانونية و التنظيمية المعمول بها.

2- العيوب الخارجية

يقصد بالعيوب الداخلية للصفقات العمومية تلك التي تتعلق بجوهر التصرف القانوني، تستمد من محل العقد الذي يشكل موضوعه و سبب مشروع إلتزامه سنفصلها كالتالي.

أ/ العيوب المتعلقة بمحل الصفقة العمومية: المحل هو العملية القانونية التي قصد الطرفان تحقيقها لأن محل الإلتزام هو الشيئ الذي يلتزم المدين للقيام به ... و يشترط في المحل أن يكون موجودا و ممكنا [104] أما إذا كان مستحيلا ترتب عليه بطلان الصفقة. غير أنه إذا كانت الإستحالة نسبية فإن الصفقة لا تكون باطلة، و عادة ما يكون الملتزم الذي يقوم بأداء العمل مسؤولا عن عدم تنفيذه لإلتزامه. سواء كانت هذه الإستحالة سابقة على الإبرام الصفقة أو لاحقة لها . كما يجب أن يكون محل الصفقة معينا بذاته أو بنوعه أو بمقداره.. أما فيما يتعلق بقابلية المحل للتعامل فيه، لأن المصلحة المتعاقدة ملزمة بإرادة المشرع للتعاقد بين الإدارة و الأفراد لأن هذا يتنافى مع طبيعة المراكز الإدارية.

ب/ العيوب المتعلقة بسبب الصفقة العمومية

---

102 - عبد الحفيظ مانع، مرجع سابق، ص 143.

103- راجع بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 86 .

104- محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، مطبعة دار الثقافة، ط 02، مصر، 1988، ص 123.

السبب هو الدافع الذي يدفع بالمصلحة المتعاقدة إلى إبرام الصفقات العمومية، إذ يعتبر السبب ركنا مـــن أركـــانها لا تقوم بدونه، حيث يشترط أن يكون سببها موجودا و مشروعا غير مخالفا للنظام العام و الآداب العامة فإذا تخلف السبب أو أحد شروط مشروعيته كانت هذه الصفقة باطلة بطلانا مطلقا. كما أن غياب سبب الصفقة بعد إبرامها يبرر فسخها لا بطلانها و على ذلك فإن القاضي الإداري يبحث في وجود السبب وقت إبرام الصفقة، فإذا طرأت ظروف بعد ذلك أدت إلى إنعدام السبب فإن ذلك ليس من شأنه إبطال الصفقة. كما أنه إذا كان غير مشروع يؤدي إلى بطلان الصفقات العمومية لان المخالفة هنا مخالفة للنظام العام و الآداب العامة.

جـ/ الجزاء المترتب على مخالفة شروط الإنعقاد و الصحة في الصفقات العمومية

1- أحكام البطلان

إن لأحكام البطلان ثلاثة أنواع و هذا ما سنفصله

الإنعدام و يكون في الحالات التالية:

- إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية من موظف غير مختص.
- تدخل السلطة الإدارية محل سلطة أخرى لها الحق في إبرام العقود الإدارية و الصفقات يترتب عليه البطان المطلق.

البطلان المطلق و يكون إذا لم يستكمل عناصره و شروط صحته، لأنه يقرر لحماية المصلحة العامة.

البطلان النسبي يقرر لمصلحة أحد المتعاقدين، و في هذه الحالة فإن الطرف الذي تقررت له الحماية هو الذي يطلب الحكم ببطلان الصفقة.

2- آثار البطلان في الصفقات العمومية

يترتب عليه تلاشي كافة آثاره، و لا يقتصر هذا التلاشي على زوال أثر الصفقة بالنسبة للمستقبل بل يزيل كافة ما ترتب عن آثار بالنسبة للماضي. ويعني ذلك أن البطلان يرتد إلى الماضي وهو ما يعرف بالصفة الرجعية للبطلان **Le Caractère de L'annulation** وعلى ذلك لا يرتب أي إلتزام على عاتق طرفيه، و لا يصلح كأساس لإستفادة أي من طرفيه بحق عقدي حيث متى كانت الصفقة باطلة تعين إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد

ثانيا: سلطة القاضي الإداري في فسخ الصفقات العمومية

أ/ سلطة القاضي بفسخ الصفقات العمومية

تخول للقاضي هذا الإختصاص بطلب من المتعامل المتعاقد ، وهو أخطر الجزاءات التي تتعرض لها المصلحة المتعاقدة حيث لا يحكم القاضي الإداري بهذا الجزاء إلا لخطأ جسيم ترتكبه الإدارة.

أما الحالات التي يعتمد عليها القاضي الإداري للحكم بفسخ الرابطة التعاقدية هي:

الفسخ للإخلال بالإلتزامات التعاقدية: مادامت الإدارة تملك حق فسخ العقد بقرار إداري إستنادا إلى خطأ المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته العقدية فلا تلجأ إلى القضاء لتقرير الفسخ إلا لكي تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض إذا ما تبين

أن قرارها بالفسخ مشوبا بالتعسف. أما بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة فلابد من اللجوء للقاضي الإداري للحصول على حكم قضائي يقضي بفسخ الصفقة العمومية إذ أخلت الإدارة بإلتزاماتها إخلالا جسيما.[105]

الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة: تعتبر هذه الوسيلة الوحيدة التي تؤدي إلى إعفاء المتعاقد معها لتحلل من إلتزاماته .

الفسح في مقابل حق الإدارة في تعديل الصفقة العمومية: من البديهي القول أن سلطة التعديل تخضع لرقابة القاضي الإداري، الذي يسعى إلى التأكد من مد تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق و كذلك من مدى علاقته بالصفقة الأصلية ... فإذا ثبت للقاضي الإداري عكس ذلك جاز له أن يحكم بفسخ الرابطة التعاقدية بناءا على تجاوز المصلحة المتعاقدة لحدودها لتعديل الصفقة العمومية.[106]

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالتعويض

يظهر دور القاضي الإداري في التعويض على أساس المسؤولية العقدية و هذا ما سنوضحه.

أولا: إخلال المصلحة المتعاقدة بإلتزاماتها العقدية

و إخلال الإدارة بهذه الإلتزامات يولد مسؤوليتها المرتبة لحق المتعاقد في الحصول على تعويض عما أصابه من ضرر و ما فاته من كسب.

1- إخلال الإدارة بإلتزاماتها إتجاه المتعاقد معها من البدء في التنفيذ

و ذلك عن طريق **عـــدم تـــسليم الـــمصلحة الـــمتعاقدة موقع التنفيذ للمتعاقد معها** بمعنى أنه لا يكفي لإعفاء الإدارة من إلتزامها بتسليم موقع العمل مجرد القيام بذلك، بل يجب أن يكون هذا الموقع خاليا من الموانع التي تحول دون قيام المعاقد مع الإدارة من البدء في التنفيذ سواء كانت تلك الموانع قانونية أو مادية[107]. و كذلك يظهر من خلال **عـــدم تـــقديم الـــمصلحة الـــمتعاقدة الـــدفعة الأولى مـــقدما** بمعنى تقدم لابد من تقديم الدفعة الأولى من المال مقدما لمساعدة المتعاقد مع الإدارة على التنفيذ يعني تمنح شهريا بقدر ما تم إنجازه من عمل و تقدم للمتعاقد بعد أن تتأكد الإدارة أن المتعاقد جاهز للتنفيذ و لا يتم إيداعها إلا بتقديم المتعاقد لخطاب الكفالة المصرفية من أحد البنوك... بالنسبة إلى **مسؤولية المصلحة المتعاقدة لعدم تسليمها موقع الصفقة خال من العوائق** بمعنى أن يكون الموقع جاهز لمباشرة العمل دون أن يتدخل المتعاقد و يزيل عوائق أخرى فيبدل بذلك جهدا إضافيا خارج بنوذ الصفقة مستغرقا مدة غير أصلية ...كذلك بالنسبة لـ **مـــسؤولية الـــمصلحة الـــمتعاقدة لـــعدم تقديمها للتراخيص اللازمة** مثلا تمثل هذه التراخيص في منح تراخيص الحفر أو الردم أو الهدم أو المرور و غيرها من التراخيص التي غالبا ما يتطلب الحصول عليها تراخيص من جهات حكومية. و أخيرا **عـــدم تـــقديم الـــمصلحة الـــمتعاقدة لـــمواد الـــضرورية للتنفيذ** بمعنى يتعين على الإدارة تقديم كافة المواد الضرورية للتنفيذ، إذ تعتبر تلك المواد الآليات التي لا يتم التنفيذ بدونها، إذ

---

105 - عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، منشأة المعارف، مصر 2003، ص 150.

106 - بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 92 .

107 -عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 96.

تتكفل بإعدادها و تجهيزها و تسليمها للمتعاقد فإذا أخلت أو تأخرت في ذلك ، ترتب مسؤوليتها و إلتزامها بالتعويض إذا تحقق الضرر.

2- إخلال المصلحة المتعاقدة بإلتزاماتها المالي

تظهر في **الإخلال بإلتزام أداء المقابل المادي للصفقة** بما أن الصفقة العمومية عقد يلتزم به المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات و الشروط المتفق عليها، و تلتزم الإدارة المعنية بدفع المقابل المالي بالأشكال و الكيفيات التي حددها القانون[108]. أما بخصوص **تأخر المصلحة المتعاقدة في الوفاء بأداء المقابل المادي** بمعنى أن المصلحة المتعاقدة لا يقع على عاتقها فقط الإلتزام بأداء المقابل المادي بل يلتزم أيضا بعدم التأخر في الوفاء بهذا الإلتزام، إذ يشكل خطأ يرتب مسؤوليتها عن تعويض المتعاقد معها دون حاجة منه لإثبات أن هناك ضرر ترتب على ذلك. أما في خصوص **تأخر الإدارة برد التأمين النهائي** يقصد منه أن يلتزم المتعامل المتعاقد وقبل مطالبته أن يدفع مبلغ الضمان المتفق عليه كإحتياط مالي يوضع تحت تصرف الإدارة بإمكانها مصادرته في الأوضاع المحددة قانونا، و تظهر المنازعة في حال إمتناع عن أداء أو رد التأمين النهائي رغم وافق المتعاقد معها بإلتزاماته التعاقدية فور إنتهائه من تنفيذ الصفقة.

ثانيا: إستعمال المصلحة المتعاقدة غير المشروع لسلطتها الإستثنائية

تبرز من خلال **إستعمال الإدارة غير المشروع لسلطتي الرقابة و الإشراف،** بمعنى أن هذه السلطات التي تتمتع بها الإدارة ليست بالمطلقة لأن إطلاقها يؤدي إلى تعسف الإدارة و مبالغتها في الأوامر مما يضر بالمتعاقد معها خاصة من الناحية المالية .أما بخصوص **الإستعمال غير المشروع لسلطة التعديل**[109]

إذا كان تعديل العقد الإداري من السلطات الممنوحة للإدارة، فإن إستعمالها لتلك السلطات لا يجوز أن يكون طليقا من كل قيد، حيث يؤدي ذلك إلى مجموعة من الأضرار غير المبررة، لذلك فإن هذا الإستعمال غير المشروع يشكل خطأ عقديا يترتب عليه التعويض. أما **الإستعمال غير المشروع لسلطة توقيع الجزاءات** حيث تملك الإدارة بإعتبارها سلطة عامة لتوقيع جزاءات على المتعاقد معها، إذا ثبت إهماله أو تقصيره في تنفيذ أحكام الصفقة أو عدم مراعاته آجال التنفيذ و لم يحترم شروط التعاقد أو تنازل عن التنفيذ لشخص آخر و غيرها من صور الإخلال المختلفة. ففي حالة الإستعمال غير المشروع ها يمكن للقاضي المطالبة بالتعويض للمتعامل المتعاقد من جراء الضرر الذي لحقه. نفس الحديث كذلك بالنسبة **إستعمال الإدارة غير المشروع لسلطة إنهاء الصفقات العمومية.** يفترض في هذه الحالة أن المتعامل المتعاقد إرتكب خطأ جسيما يخول للإدارة ممارسة هذه السلطة.

من خلال هذا وذاك يمكن أن نقول هذه بعض الصور التي يمكن للقاضي الإداري أن يطالب الإدارة بالتعويض من خلال إستعمال سلطات تعسفية ضد المتعامل المتعاقد.

المطلب الثاني: طرق تسوية المنازعات الناشئة عند التنفيذ

108 - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط2 ، الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007 ، ص 160 .

109 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 114.

من خلال ما تطرقنا إليه من سلطات الإدارة من جهة و ما يقابلها من حقوق المتعامل المتعاقد، و ما يـــنجم عن ذلك من صور مختلفة لمنازعات تنشأ نتيجة تعسف الإدارة في إستعمال سلطاتها، أو تجريد الـمتعامل المتعاقد من بعض حقوقه ، لذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى كيفيات تسوية هذه المنازعات وديا أو قضائيا.

الفرع الأول: تسوية النزاعات بالطرق الودية

نظرا لأهمية الصفقات العمومية في سير التنمية، لذلك تتسم بالسرعة في إنجاز المشاريع لهذا أوجد المشرع طرق ودية لتسوية منازعات الصفقات العمومية قبل اللجوء إلى الجهات القضائية، و هذا حفاظا على المال العام.

أولا: التظلم

ليس التظلم صلحا ولا الصلح تظلما، وقد يبدو لأول وهلة أنهما متشابهان، فالتظلم إجراء إداري و لكنه في نفس الوقت قد يكون شرطا من شروط قبول الدعوى و يمتاز بكونه قاطعا لتقادم الدعوى و أنه محدد زمنيا مقرون في وقتيه بمدة رفع دعوى الإلغاء و ينتهي دوما بصدور قرار صريح أو ضمني يكون موضوع الخصومة الإدارية [110] ، إذن فالتظلم الإداري يثير مسألة هامة و هي معرفة عناصر هو بذلك التظلم هو الشكوى أو الطلب المرفوع من قبل المتضرر للحصول على حقوقه أو لتصحيح وضعيته.

و منه فالتظلم يفترض وجود عمل قانوني ذو طابع إداري و التظلم نوعان:

تظلم إداري يرفع إلى السلطة الإدارية التي قامت بالعمل المادي محل التظلم.

تظلم رئاسي يرفع إلى السلطة الإدارية التي تمارس سلطة رئاسية على السلطة الإدارية التي قامت بالعمل المادي محل التظلم.

هذا التظلم يرفع أمام لجان الطعن الموجودة على المستوى الإقليمي، أو الوطني حسب نوعية الصفقة من الناحية الموضوعية، و كذا حسب الإختصاص الإقليمي لهذه اللجان.

ثانيا: الصلح

من خلال النظر و التمعن في نص المادة **115** من المرسوم الرئاسي **10-236** المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي **12-23** و في فقرته الثانية حيث تنص: **"** ... غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل....**"**

إن المشرع أجاز اللجوء إلى الصلح قبل اللجوء إلى القضاء، وهذا لعدة أسباب كما ذكرها نص المادة السابقة كمايلي:

- **التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.**
- **الحصول على تسوية نهائية أسرع بأقل تكلفة.**

---

110 - بن صاولة شفيقة، الصلح في المادة الإدارية، دار هومة ، ط 2، الجزائر، 2008، ص75 .

إن الهدف من اللجوء إلى الصلح في مادة الصفقات العمومية هو الحفاظ على المال العام و سرعة التنفيذ.
و في الفقرة الثالثة من ذات المادة نصت في حالة إتفاق طرفي النزاع عن طريق الصلح يكون هذا الإتفاق موضوع مقرر يصدره مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب طبيعة النفقات المطلوبة. الإلتزام بها في الصفقة.[111]

كما نص ق.إ.م.إ الجديد **09/08** في المواد من **970** إلى المادة 974 على جواز اللجوء إلى الصلح، حيث نستخلص من مجموع تلك المواد أنه:

- الصلح يكون في أي مرحلة من مراحل الخصومة.
- الصلح يكون بمبادرة من طرفي الخصومة أوو مان رئيس تشكيلة الحكم.
- إذا تم الصلح يحرر رئيس المحكمة محضر يبين فيه كل ما تم الإتفاق عليه ، و بذلك يغلق ملف الخصومة مع العلم أن هذا المقرر أو هذا الصلح غير قابل لأي نوع من أنواع الطعون.

ثانيا: التحكيم

التحكيم هو إتفاق بين طرفي هذا النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة.... و يعتبر التحكيم وسيلة بديلة لتسوية النزاعات وديا، و هو طريقة مكرسة بموجب القانون
و نجد ذلك من خلال المادة **1006** من ق.إ.م.إ الجديد خاصة في مجال منازعات الصفقات العمومية
حيث تنص على أنه: " .... لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب للتحكيم، ماعدا في علاقتها الإقتصادية الدولية، أو في إطار الصفقات العمومية..."

إذن فالتحكيم قائم على عنصرين هما إرادة الخصوم في عرض النزاع القائم بينهما إلى هيئة غير الهيئة القضائية، و إقرار المشرع لهذه الإرادة بنص قانوني. لذا فإن التحكيم هو عقد رضائي ملزم للجانبين كذلك إشترط فيه شرط الرضى لإنعقاده. و في الجزائر من أهم ما جاء في إصلاحات قانون **09/08** أنه أجاز لأول مرة لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في الحالات التالية و الواردة في الإتفاقيات الدولية أو في الصفقات العمومية.[112]

و للتحكيم عدة مزايا:

- سرعة الفصل في المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة.
- يمتاز بالسرعة.
- بإمكان المتنازعين إختيار محكميهم على عكس القضاء حيث لا يجوز للمتخاصمين إختيار قضائهم.

وتعتبر أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة، بينما يتم الإستئناف فيها في أجل شهر من تاريخ النطق بالحكم أمام المحكمة الإدارية التي صدر في دائرة إختصاصها حكم التحكيم. وهذا الأخير يكون قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة إختصاصها.

رابعا: الوساطة

111- عبد الرحيم، مرجع سابق، ص39.

112 - عمار بوضياف. مرجع سابق. ص 332 .

نصت المادة **994** من ق.إ.م.إ على مايلي:**"** يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، بإستثناء قضايا شؤون الأسرة و القضايا العملية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام.

و إذا قبل الخصوم هذا الإجراء يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم و محاولة التوفيق بينهم لتمكينهم من إيجاد حل النزاع.**"**

فمن خلال نص المادة نجد أن الوساطة هي اللجوء إلى طرف ثالث لمساعدة الأطراف المتنازعة لإزالة سوء التفاهم و الوصول إلى إتفاق قد يجنبهم كثيرا من الوقت و الجهد إذا ما لجأ إلى القضاء.

إذن خلاصة القول أن الوساطة عبارة عن عملية تطوعية يوافق طرفا النزاع من خلالها على العمل مع شخص محايد لحل النزاع بينهما، مع منح كامل السلطة للمتنازعين في قبول الوساطة أو رفضها مع إنصراف عمل الوسيط و بذل جهوده صوب نقاط الخلاف و إقتراح سبل الحل.

الفرع الثاني: التسوية القضائية في مرحلة التنفيذ

أعطى المشرع للقاضي الإداري حق الرقابة على العقد الإداري، فطرفي العقد خاصة فيما يخص الصفقات العمومية هما الإدارة من جهة و المتعامل المتعاقد من جهة أخرى، و نظرا لما للإدارة من إمتيازات على المتعامل المتعاقد يجعل هذا الأخير يلجأ إلى القضاء ، لذلك سوف نتطرق في هذا الفرع التسوية القضائية للصفقات العمومية و ذلك عن طريق دعوى القضاء الكامل و دعوى قضاء الإلغاء.

أولا: دعوى القضاء الكامل

تعتبر هذه الدعوى دعوى شخصية ذاتية يرفعها صاحب الصفة و المصلحة أمام الجهات القضائية المختصة وفقا للإجراءات و الشكليات المنصوص عليها قانونا للمطالبة بالتعويض الكامل.

و المشرع الجزائري أقر لجهات القضاء الكامل الإختصاص في مجال منازعات الصفقات العمومية يرجع السبب في إختصاص القضاء الكامل لمنازعات الصفقات العمومية إلى طبيعة دعوى القضاء الكامل التي تستجيب للطبيعة الذاتية لمنازعات العقود .[113]

و بناءا على ذلك يدخل إختصاص القضاء الكامل للدعوى المتعلقة بإبطال الصفقة العمومية أو فسخها و كذا الدعوى المتعلقة بالطلبات الناشئة عن الصفقة إلى صاحب الدعوى التي تتعلق بالضمانات.

أ/ دعوى بطلان الصفقة العمومية

تعتبر هذه الدعوى من أهم دعاوى القضاء الكامل و ذلك لأن موضوعها هو عيب في تكون الصفقة العمومية وبطلان الصفقات العمومية يأخذ من الصور التالية:

- إما أن يتم الطعن في القرار الإداري الذي أصدرته الإدارة و بذلك هذا القرار لا يدخل في

113 - كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 108 .

القرارات المنفصلة لإرتباطه ببنود الصفقة العمومية و شروطها، و يتم اللجوء إلى القضاء الإداري من طرف المتعامل المتعاقد للمطالبة بفسخ العقد لعدة أسباب كالإخلال بالإلتزامات . لذلك نجد أن القضاء يعتمد على مدى إحترام الإلتزامات التعاقدية، و شروط الصفقة. و هناك العديد من صور الفسخ القضائي[114]:

- الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة.
- الفسخ القضائي كجزاء للإخلال بالإلتزامات التعاقدية.

ب/ دعوى الحصول على مبالغ مالية

إن جميع المنازعات في مجال الصفقات العمومية و التي ترمي إلى الحصول على مبالغ مالية أو تعويضات في إطار بنود العقد الإداري هي تمارس في نطاق دعوى القضاء الكامل.

و بالتالي فإنه لا جدل في أن مثل هذه المنازعات هي منازعات حقوقية يختص بها القضاء الإداري الكامل، و تتمثل هذه المبالغ المالية المراد الحصول عليها في عدة صور سواء كانت تمثل فيه للإلزام المتفق عليه ضمن بنود الصفقة، أو قسط من الأقساط، و غرامة مالية تنتمي إلى إحدى الإمتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في إيقاعها على المتعامل المتعاقد في حالة عدم تنفيذه خارج الآجال مبالغ ضمان حسن التنفيذ. و للإشارة فإن هذه الدعوى تمارس **فقط** من أحد طرفي العقد دون غيرهما.

جـ /دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة من المصلحة المتعاقدة على خلاف إلتزاماتها التعاقدية

قد تقوم الإدارة بصفتها مصلحة متعاقدة بتصرفات مخالفة لإلتزاماتها المخولة لها في بنود العقد، هذه التصرفات قد تضر بالمتعامل المتعاقد لذلك يلجأ هذا الأخير إلى القضاء لإبطال تلك التصرفات، وحتى لو كانت هذه التصرفات متمثلة في قرارات أو أنه يلجأ إلى القضاء الكامل ولا يستطيع اللجوء إلى دعوى الإلغاء و ذلك لأن القرار الذي أصدرته المصلحة المتعاقدة كان في الأساس مستندا إلى نصوص عقد الصفقة و لا يدخل في القرارات المنفصلة لذلك على المتعامل المتعاقد أن يؤسس دعواه على بنود الصفقة العمومية.

أما بالنسبة للغير المتعامل المتعاقد المتضرر من تلك التصرفات التي قامت بها الإدارة تنفيذا لإلتزاماتها التعاقدية وفقا لبنود الصفقة العمومية أن يرفع دعواه إلى قضاء الإلغاء دون القضاء الكامل. وهذا لأنه أولا ليس طرفا في العقد من جهة و من جهة أخرى ليس له أي حق شخصي.

ثانيا: دعوى الإلغاء

إن مجال العقد الإداري من إختصاص القضاء الكامل ، خاصة في مرحلة التنفيذ كأصل عام على إعتبار أن دعوى الإلغاء توجه ضد قرار إداري صادر عن الإرادة المنفردة . و في الغالب تكون هذه القرارات في مجال الصفقات العمومية قرارات سابقة أو مصاحبة لعملية التعاقد، و هي قرارات تدخل

في إطار العملية التحضيرية لإبرام الصفقة العمومية إلا أننا قد نجد قرارات مصاحبة لعملية تنفيذ الصفقة العمومية، و التي تتخذها الإدارة بصفتها سلطة عامة. و ليس كطرف في العقد كتوقيع الجزاءات على المتعاقد أو القرارات المتضمنة

---

114 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 309.

تعليمات موجهة للمتعامل المتعاقد لتنفيذها أو تلك القرارات الإدارية المتضمنة تعديلات في الصفقة، و هناك قرارات أخرى بعد تنفيذ العقد كمصادرة الضمان مثلا.

هذه المجموعة من القرارات تمثل القرارات الإدارية المنفصلة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية و يجوز الطعن فيها بالإلغاء، و يجب على رافع الدعوى أن يثبت العيب الذي إنطوى عليه القرار الإداري مثل مخالفته لأركان القرار الإداري المعروفة.

و الجدير بالإشارة أن سلطة القاضي الإلغاء ضيقة جدا فقبل أن ينطق بالإلغاء قرار إداري ما ينبغي أن يسبب قراره بتبيان وجه الخرق في القرار الإداري الصادر كأن يشير لمخالفته ركن الإختصاص أوركن الشكل و الإجراءات.

و على غرار دعوى الإلغاء القرارات المنفصلة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية فإن الشخاص المؤهلين قانونا لممارسة دعوى الإلغاء هم الغير و المتعامل المتعاقد .

و ما يمكن الإشارة إليه انه في هذه المرحلة يكتسب صفة المتعاقد على عكس مرحلة الإبرام لأن العقد أصبح ساري المفعول.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة المتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية و آليات تسويتها نستخلص إن للصفقات العمومية أهمية كبيرة ، فهي تعد وسيلة لتعامل الإدارة مع المتعاملين المتعاقدين من أجل توفير حاجاتها و تـــنفيذ مشاريعها المختلفة. و هي عقد يربطهما ولكن هذا العقد يمتاز بقواعد غير مألوفة في العقود الأخـــــــرى ، تكمن في عدم التساوي في المراكز بين الإدارة و المتعامل المتعاقد، و قد خص المشرع الجزائري الصفقات العمومية بجملة من القوانين و التشريعات يعتبر أهمها وهو الساري المفعول المرسوم الـــــرئاسي **236/10** المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي **03/13** ، كما خص تسوية منازعات الصفقات العمومية بمجموعة من المواد بالإضافة إلى المواد **114** و **115** من المرسوم السابق الذكر كذلك بـــــمواد في ق.إ.م.إ الجديد **09/08** ، و تخضع مرحلة إبرام الصفقات العمومية إلى إجراءات قانونية تنشأ عن الإخلال بها منازعات إدارية بين المتعهد و الإدارة ، كما يولد تنفيذ الصفقة العمومية سلطات للإدارة عـــن المتعامل المتعاقد يقابلها حقوق لهذا الأخير على الإدارة صاحبة المشروع ، تنشأ على إثر تعسف الإدارة في إستعمال تلك السلطات أو حرمان المتعاقد من حقوقه منازعة إدارية تسوى هذه المنازعة بعدة طـــرق وديا من خلال التظلم الإداري أمام اللجان المختصة و هو إجراء إختياري و ليس إلزامي أو عن طريق الصلح و التحكيم و غيرها من الوسائل المشابهة لهذا الأخير .

كـــما توجد طرق قضائيا لحل النزاعات و هي القضائية من خلال دعوى الإلغاء القرارات الإدارية التي تـــصدرها الإدارة أثـــناء إجراءات إبرام الصفقة عن طريق القضاء الإستعجالي هذا في مرحلة الإبرام للـــصفقة، أما منازعات مرحلة التنفيذ فتسوى منازعاتها قضائيا من خلال دعوى القضاء الكامل عموما و كذلك دعوى الإلغاء في بعض الحالات .

لقد توصلت دراستنا هذه إلى مجموعة من **الإستنتاجات** يمكن أن نوجزها فيمايلي:

** من بين الأمور التي صادفتنا على المصلحة المتعاقدة إحترام بنوذ العقد من طرف المتعامل المتعاقد لاســـــــــيما فيما يخص الموارد البشرية و المعدات التقنية اللازمة للتنفيذ و التي ينتج عن تخلفها زيادة التكاليف التي تسبب في بعض الأحيان أضرار جسيمة.

** كـــــــــذا مراعاة التغيرات الإقتصادية التي تؤثر في توازن السوق و تخلق مشاكل بالنسبة للمتعامل المتعاقد.

الإقتراحات نجد أن نذكر بعضا منها:

** إخـــــتيار إجراءات التسوية المناسبة لحماية المصلحة المتعاقدة هذا بالبحث عن الشروط التي تتماشى و الأهداف التي وضعته من قبل المصلحة المتعاقدة.

** لابـــــــــد من الإختيار الأمثل للمتعامل المتعاقد وهذا بالنظر إلى الشروط الواردة في دفتر الشروط.

** الإلتزام بالمراقبة الدورية و المنتظمة لحسن التنفيذ.

** إن غموض النص يدفع الإدارة إلى إرتكاب الخطأ في حق المتعامل المتعاقد ، مما يدفع إلى نشوء المنازعة بين طرفي العقد وهذا ما يدفع الإدارة إلى اللجوء إلى التسوية الودية قبل اللجوء إلى القضاء .

** إن الغرامات التهديدية التي تفرضها القرارات القضائية على الإدارة تبقى دائما غير كافية لضمان حقوق المتعامل المتعاقد فلابد على المشرع أن يسعى إلى البحث عن سبل أخرى لإجبار الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية.